

# TE OGH 1991/9/18 10b22/91

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.1991

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiener als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. Friederike B\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Theodor Strohal und Dr. Wolfgang Kretschmer, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, wegen S 79.751,40 s.A. infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 19. März 1991, GZ 12 R 12/91-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 19. November 1990, GZ 2 Cg 152/90-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben; die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Hauses Wien 20, Jägerstraße 19. Am 25.4.1982 sperrten die Wiener Stadtwerke-Gaswerke die Versorgung des Hauses mit Gas wegen Gebrechens an der im öffentlichen Gut liegenden Hausgaszuleitung ab. Mit Bescheid vom 8.6.1982 erteilte der Magistrat der Stadt Wien (Wiener Stadtwerke-Gaswerke) der Klägerin den Auftrag, die Hausgaszuleitung so herzustellen, daß die Gasanlage wieder in Betrieb genommen werden könne. Infolge Berufung der Klägerin änderte die Wiener Landesregierung den Bescheid mit Berufungsbescheid vom 5.5.1983 dahin ab, daß der Auftrag ausdrücklich dem "Inhaber der Gasanlage" des Hauses erteilt werde; in der Begründung wurde allerdings ausgeführt, daß Inhaber der Anlage der Hauseigentümer sei.

Schon am 13.7.1982 hatte die Klägerin durch ihre Hausverwalterin den Wiener Stadtwerken-Gaswerken eine Zuleitungsbestellung erteilt, mit der sie diese mit der Behebung des Gebrechens beauftragte; allerdings erteilte sie diesen Auftrag ausdrücklich "mit Vorbehalt", weil die Klägerin den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien für rechtswidrig hielt und dagegen Berufung einlegte. Die über den Betrag von S 43.837,93 gelegte Rechnung der Wiener Stadtwerke-Gaswerke beglich die Klägerin am 2.11.1982.

Gegen den Berufungsbescheid erhob sie Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, der den Bescheid mit Erkenntnis vom 27.1.1987 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufhob. Darin wurde unter

anderem ausgeführt, daß die Lage der Hauszuleitung im öffentlichen Gut die Inhabereigenschaft der Klägerin, welcher Begriff dem Privatrecht zu entnehmen sei, nicht schlechthin ausschließe; die belangte Behörde hätte allerdings darlegen müssen, weshalb die Klägerin im konkreten Fall als Inhaberin der Gaszuleitung anzusehen sei.

Mit Ersatzbescheid vom 15.1.1988 hob die Wiener Landesregierung den Bescheid des Magistrats vom 8.6.1982 (ersatzlos) auf. Dem Instandsetzungsauftrag sei mittlerweile entsprochen worden, so daß die Bescheidgrundlage weggefallen sei.

Im Verfahren 21 Cg 101/88 des Landesgerichtes \*\*\*\*\* forderte die Klägerin von den Wiener Stadtwerken-Gaswerken die Rückzahlung des von ihr beglichenen Werklohns von S 43.837,90. Da der Bescheid, in dessen Befolging der Werkauftrag erteilt und der verrechnete Werklohn bezahlt worden seien, letztlich vom Verwaltungsgerichtshof behoben worden sei, sei der Rechtsgrund für die Zahlung weggefallen, so daß die Klägerin den ausgelegten Betrag kondizieren könne. Im übrigen stütze sie das Rückforderungsbegehr auch auf jeden anderen denkbaren Rechtsgrund, insbesondere auf § 1042 ABGB.

Das Landesgericht für ZRS Wien wies das Klagebegehr ab. Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung mit Urteil vom 17.5.1989. Es führte darin in rechtlicher Hinsicht aus, die Zuleitungsbestellung sei ungeachtet des Vorbehaltes eine die Zahlungsverpflichtung der Klägerin auslösende vertragliche Vereinbarung, in welche die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Energieversorgungsunternehmens einbezogen seien. Diesen AGB zufolge sei die Reparatur von Hausgaszuleitungen jedenfalls nicht auf Kosten des Energieversorgungsunternehmens vorzunehmen, weshalb keine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung vorliege, weil der erwähnte Vorbehalt die Rückforderung des Aufwands lediglich für den Fall zum Inhalt habe, daß die Zahlung eines ausreichenden Rechtsgrundes entbehre.

Die Klägerin begeht die Verurteilung des beklagten Rechtsträgers zum Ersatz des von ihr ausgelegten Werklohns zur Behebung des Gaszuleitungsgebrechens sowie des ihr im vorher erwähnten Rechtsstreit entstandenen Kostenaufwands im Gesamtbetrag von S 79.751,40 s.A. Sie brachte darin insbesondere vor, das Berufungsgericht im Vorprozeß sei von einer unrichtigen, aber auch unvertretbaren Rechtsansicht ausgegangen, indem es die Geltung der AGB des Energieversorgungsunternehmens angenommen habe, ohne daß eine vertragliche Beziehung bestanden hätte.

Die beklagte Partei bestreitet die Rechtswidrigkeit, jedenfalls aber ein Verschulden ihres Organs.

Das Erstgericht wies das Amtshaftungsbegehr ab. Das Berufungsgericht im Vorprozeß habe den Geltungsbereich der AGB nicht aus der "mit Vorbehalt" erteilten Zuleitungsbestellung abgeleitet, sondern sei davon ausgegangen, daß die Klägerin als Gasbezieherin bereits Vertragspartnerin der Wiener Stadtwerke-Gaswerke gewesen sei, ehe sie den Instandsetzungsauftrag erteilt habe. Angesichts dieser schon bestandenen vertraglichen Beziehungen habe es daher zu Recht angenommen, daß die Klägerin aufgrund der sie bindenden AGB zur Instandhaltung der Hauszuleitung verpflichtet sei. Von einer unvertretbaren Rechtsansicht des Berufungsgerichtes im Vorprozeß kann somit keine Rede sein.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Die Klägerin meine, die "Verknüpfung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung" zur Herstellung der Hausgaszuleitung mit der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung sei vom Oberlandesgericht Wien aufgrund unvertretbarer Rechtsansicht verneint worden. Entgegen dieser Auffassung komme es im vorliegenden Fall auf die Vertretbarkeit der Rechtsausführungen des Oberlandesgerichtes Wien insofern nicht an, als sich am Streitauftang nichts ändern würde, ginge man von der Rechtsposition der Klägerin aus. Sei aber die als unvertretbar bekämpfte Entscheidung im Ergebnis richtig, fehle es an der Haftungsvoraussetzung eines der Klägerin entstandenen Schadens. Unterziehe man den nach Auffassung der Klägerin vereinbarten Inhalt des Reparaturauftrages, die vom Vertragspartner akzeptierte Abhängigkeit von der öffentlich-rechtlichen Herstellungsverpflichtung der Klägerin, einer materiellen Überprüfung, müsse bei dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung angesetzt werden. Da unbekämpft feststehe, daß es der Klägerin bei ihrem Vorbehalt erkennbar nur um das "tatsächliche Zurechtbestehen" des behördlichen Auftrages und nicht um eine rechtskräftige bescheidmäßige Verpflichtung als Bedingung ihrer Auftragserteilung gegangen sei, könne der Umstand, daß es gerade wegen des in der Zwischenzeit ausgeführten Instandsetzungsauftrages nicht mehr zur Erlassung eines Ersatzbescheides gekommen sei, von der Klägerin nicht als Nichteintritt der von ihr gesetzten Bedingung gewertet

werden. Es sei daher unabhängig von einer bescheidmäßigen Erledigung zu untersuchen, ob ein behördlicher Reparaturauftrag Berechtigung gehabt hätte. Der Verwaltungsgerichtshof habe die Verpflichtung der Klägerin als Inhaberin keineswegs verneint, sondern lediglich die von der belangten Behörde angenommene Inhabereigenschaft als ungenügend begründet angesehen. Es sei daher zu fragen, ob die Klägerin im Sinne des § 4 Wiener GasG als Inhaberin der Gasanlage anzusehen sei. Nach dem von der Privatrechtsordnung geprägten Bedeutungsgehalt des Begriffes "Inhaber", der auch für das öffentlich-rechtliche Verhältnis maßgeblich sei, sei die für die Gewahrsame erforderliche Nähe zur Sache und Möglichkeit der Einflußnahme auf die im öffentlichen Gut verlaufende Hausgaszuleitung bei der Klägerin gegeben. Die nach der Verkehrsauffassung zu beurteilende Voraussetzung der Innehabung, daß sich die Sache im Herrschaftsbereich einer Person befindet, sei von den Eigentumsverhältnissen an der Sache nicht abhängig. Auch die unmittelbare Zugriffsmöglichkeit sei nicht entscheidend, es genüge vielmehr, wenn dem Inhaber eine Möglichkeit zur Disposition über die Sache offenstehe. Diese Möglichkeit sei hier gegeben, weil die Wiener Stadtwerke-Gaswerke, die für die Versorgung mit Gasanschlüssen ausschließlich zuständig und dabei zur Benützung von öffentlichem Gut befugt seien, die Herstellung und Instandhaltung von Hausgaszuleitungen von der Bestellung oder zumindest von der Zustimmung des Hauseigentümers abhängig machten. Diese ausschließlich dem Hauseigentümer zustehende Einflußnahme begründe dessen Inhabereigenschaft bezüglich der Hausgaszuleitung. Davon und von der damit verbundenen Instandsetzungsverpflichtung der Klägerin gemäß § 4 Wiener GasG ausgehend wäre deren Begehren auf Rückzahlung des Werklohnes auch nach deren Rechtsstandpunkt über die Bedeutung ihres Vorbehaltes abzuweisen gewesen. Ein schadensstiftendes Organverhalten sei somit unabhängig von der Begründung der Klagsabweisung zu verneinen, weil die Klägerin den Prozeßkostenaufwand in jedem Fall hätte tragen müssen.

Die Revision der Klägerin ist berechtigt.

Das Berufungsgericht will die Entscheidung des Oberlandesgerichtes \*\*\*\*\* ohne deren Gründe rechtlich zu würdigen, damit rechtfertigen, daß das Klagebegehren im Vorprozeß jedenfalls aus dem von ihm selbst über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Inhabers der Gasanlage zu deren Instandsetzung im Sinne des § 4 Abs 3 des Wiener Gasgesetzes angestellten Erwägungen abzuweisen gewesen wäre. Da die Klägerin auch soweit, als die Hausanschlußleitung (vgl. § 6 Abs 2 erster Satz des Wiener Gasgesetzes idF LGBI für Wien 1991/14) in öffentlichem Gut verlegt sei, als Inhaberin der Gasanlage anzusehen sei, sei ihrem Vorbehalt in der "Zuleitungsbestellung" selbst bei Unterstellung der diesem Vorbehalt von ihr zugeschriebenen Bedeutung der Boden entzogen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien erweise sich somit im Ergebnis jedenfalls unter diesen Gesichtspunkten als richtig.

Damit führt das Gericht zweiter Instanz das - von der beklagten Partei jedenfalls nicht ausdrücklich eingewendete - rechtmäßige Alternativverhalten ins Treffen: Selbst wenn die Entscheidungsgründe des Oberlandesgerichtes \*\*\*\*\* einer Prüfung der Rechtslage nicht standhalten sollten, wäre der Berufung der Klägerin im Vorprozeß aus den im Berufungsurteil angestellten rechtlichen Überlegungen nicht Folge zu geben gewesen. Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten ist zwar grundsätzlich beachtlich (1 Ob 42/90 ua; Mayrhofer in Ehrenzweig, Schuldrecht3 AT 281), doch kann einer solchen Einwendung nur dann Erfolg beschieden sein, wenn die als Alternativverhalten dem Streitaustritt im Vorprozeß zugrundegelegte Entscheidungsbegründung nicht bloß nur vertretbar, also nicht schulhaft, sondern auch richtig - demnach "rechtmäßig" - ist.

Das ist im vorliegenden Fall indessen zu verneinen:

Gemäß § 1 Abs 1 des Wiener Gasgesetzes (LGBI für Wien 1954/17) unterliegen unter anderem auch Anlagen zur Leitung brennbarer Gase als Gasanlagen den Bestimmungen dieses Gesetzes. Nach dessen § 4 Abs 3 (idF der Gesetze LGBI für Wien 1966/13 und 1980/23) hat der Magistrat "nötigenfalls den Inhaber einer Gasanlage" zu deren dort näher beschriebenen Instandsetzung zu verhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem schon zitierten, in ZfV 1987/2007 veröffentlichten Erkenntnis vom 27.1.1987 ausgesprochen, § 4 Abs 3 des Wiener Gasgesetzes beziehe sich auf die dem Zivilrecht entstammende Rechtsfigur der Innehabung. Entsprechend dem Grundsatz der Einheit der Rechtsprache (so auch in ZfV 1978/132) sei bei der Auslegung dieses Begriffes von jenem Bedeutungsgehalt auszugehen, den die Privatrechtsordnung geprägt hat. Danach sei gemäß § 309 ABGB (Sach-)Inhaber, wer eine Sache in seiner Gewahrsame habe. Dieser Auffassung ist beizutreten:

Die Innehabung als Gewahrsame stellt auf etwas rein Äußerliches ab: Die Sache muß sich im Herrschaftsbereich einer Person befinden (Koziol-Welser, Grundriß8 II 17). Sie ist nicht bloß räumlich-körperlich zu verstehen, sondern vor allem als äußere Erscheinung der Herrschaft einer Person über den Gegenstand; ob das zutrifft, ist nach der

Verkehrsauffassung zu beurteilen (SZ 57/99 ua; Spielbüchler in Rummel 2 § 309 Rz 2). Sie ist ein tatsächlicher Zustand; auf das Recht zum Gebrauch der Sache oder auf die Art ihres Erwerbs kommt es dagegen nicht an (MietSlg 38.610/44). Von einer solchen rein äußerlichen, faktischen Sachherrschaft des Hauseigentümers kann jedoch bei der Hausanschlußleitung, soweit sie im Untergrund des öffentlichen Guts verlegt ist, im Rahmen der Gasversorgung keine Rede sein: Es fehlt schon das räumliche Naheverhältnis, noch viel mehr aber das äußere Bild faktischer Herrschaft, weil der Hauseigentümer keinen Zugang zu diesem, noch viel weniger aber Zugriff auf diesen Teil des Gasleitungssystems hat. Die vom Gericht zweiter Instanz zur Unterstützung seiner Rechtsauffassung ins Treffen geführte Dispositionsmöglichkeit des Hauseigentümers kann als rein rechtliche Verfügungsbefugnis schon deshalb keinen faktischen Zustand nach außen hin zum Ausdruck bringen; überdies steht - wie noch zu zeigen sein wird - noch gar nicht fest, ob die AGB der Wiener Stadtwerke-Gaswerke deren Rechtsbeziehungen zur Klägerin überhaupt zugrundezulegen sind; nur in diesen AGB ist aber die vom Berufungsgericht als Dispositionsmöglichkeit beurteilte Verpflichtung des "Bestellers" festgelegt, mit Instandsetzungen auch der Hausanschlußleitung auf seine Kosten ausschließlich die Wiener Stadtwerke zu betrauen.

Auch den Motivenbericht zur Gasgesetznovelle 1966 (vom 21.5.1964, Zl.M.Abt 64-3668/63), mit welchem die Instandsetzungspflicht, die bis dahin den Eigentümer der Gasanlage getroffen hatte, dem "Inhaber" auferlegt wurde, kann kein besonderes von dem im § 309 ABGB festgelegten Begriff des Inhabers abweichendes Verständnis dieser Rechtsfigur entnommen werden: Der Normadressat wurde geändert, um bei gegebener Notwendigkeit von Instandsetzungsarbeiten rasch behördliche Maßnahmen treffen zu können; die Feststellung des Eigentümers sei bisher aber stets auf Schwierigkeiten gestoßen. Diese Erwägungen legen nahe, daß der Novellengesetzgeber dabei den praktikableren Begriff des Inhabers im Sinne des § 309 ABGB vor Augen hatte. Ist somit die Klägerin nicht als Inhaberin der Hausanschlußleitung anzusehen, soweit diese im öffentlichen Gut verlegt ist, war ihr auch der behördliche Auftrag zur Instandsetzung der Hausanschlußleitung zu Unrecht erteilt worden, weil das Gebrechen unbestrittenmaßen diesen Teil des Leitungssystems betraf. Wohl ist nun durch § 6 Abs 2 des Wiener Gasgesetzes idFd LGBl 1991/14 positiv angeordnet, daß die Herstellung, Instandsetzung und Erhaltung der Hausanschlußleitung durch das Gasversorgungsunternehmen auf Kosten des Inhabers der Gasanlage erfolgt, diese Rechtslage ist jedoch auf den bereits lange vor dem Inkrafttreten der Novellenbestimmung abgeschlossenen Sachverhalt nicht anzuwenden. Die vom Berufungsgericht substituierte Entscheidungsbegründung erweist sich demnach nicht als rechtlich zutreffend, so daß sie dem Streitaustritt im Vorprozeß nicht als rechtmäßiges Alternativverhalten des Oberlandesgerichtes Wien zugrundegerichtet werden könnte.

Dennoch erweist sich die Rechtssache noch nicht als spruchreif:

Das Oberlandesgericht \*\*\*\*\* begründete seine Auffassung, die Klägerin wäre schon aufgrund der AGB verpflichtet gewesen, das Gebrechen auf ihre Kosten von den Wiener Stadtwerken-Gaswerken beheben zu lassen, ihr Vorbehalt wäre schon deshalb nicht weiter beachtlich gewesen, damit, die erwähnten AGB würden auch ohne Unterwerfung Vertragsinhalt, hat dabei aber übersehen, daß - bis jetzt - nicht feststeht, ob die Klägerin als Hauseigentümerin vor der mit Vorbehalt erteilten Zuleitungsbestellung mit den Wiener Stadtwerken-Gaswerken überhaupt in vertraglicher Beziehung stand. Die Rechtsprechung vertritt zwar den Standpunkt, daß die AGB vom Energieversorgungsunternehmen auch ohne Kenntnis des Vertragspartners von ihrem Inhalt Vertragsbestandteil werden (vgl RdW 1983, 72; SZ 41/131; zweifelnd Rummel in Rummel 2 § 864a Rz 2) doch können auch solche AGB nur aufgrund entsprechender vertraglicher Beziehungen, die sie dann näher ausgestalten, wirksam werden. Es liegt nahe, daß die Gasversorgung des Hauses der Klägerin nur aufgrund eines entsprechenden Vertragsverhältnisses zwischen den Wiener Stadtwerken-Gaswerken (bzw deren Rechtsvorgängern) und der Klägerin (bzw deren Rechtsvorgängern) eingerichtet und damit auch die Hausanschlußleitung hergestellt wurde. Derartiges war im Vorprozeß der Sache nach auch eingewendet worden. Es darf auch nicht unerwähnt bleiben, daß die Klägerin in dem der Entscheidung RdW 1983/72 zugrundeliegenden Verfahren selbst davon ausging, daß zwischen ihr - allerdings in ihrer Eigenschaft als Inhaberin dreier Wohnungen im Haus - und den Wiener Stadtwerken-Gaswerken ein Gasbezugsvertrag vorliege. Es widt aber doch im fortgesetzten Verfahren nach Erörterung mit den Parteien festzustellen sein, ob zwischen dem Hauseigentümer (Rechtsvorgänger der Klägerin) und den Wiener Stadtwerken-Gaswerken (bzw deren Rechtsvorgängern) ein entsprechender Vertrag abgeschlossen worden war, bejahendenfalls, ob auch diesem Vertrag

AGB des Energieversorgungsunternehmens einbezogen waren, welchen Inhalt diese aufwiesen und ob solche AGB gegebenenfalls auch schon eine Punkt X Z 2 der nun geltenden AGB (Beilage 1) entsprechende Klausel enthielten, wonach sich das Energieversorgungsunternehmen entsprechende Änderungen der AGB vorbehält.

Erst nach Ergänzung dieses Verfahrens kann festgestellt werden, ob die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien im Vorprozeß richtig bzw zumindest rechtlich vertretbar war.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

**Anmerkung**

E26542

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0010OB00022.91.0918.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19910918\_OGH0002\_0010OB00022\_9100000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)