REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Martin Kralj, 9020 Klagenfurt, Stolzstraße 1a, 2. Meinhard Maier, 9020 Klagenfurt, Heizhausgasse 7, beide vertreten durch List Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Stadtwerke Klagenfurt Aktiengesellschaft, 9020 Klagenfurt, St. Veiter Straße 31, vertreten durch Wiedenbauer Mutz Winkler Pramberger Rechtsanwälte GmbH in Klagenfurt am Wörthersee, wegen Feststellung und Unterlassung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 11. Juli 2012, GZ 2 R 106/12v-60, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 5. April 2012, GZ 24 Cg 62/10i-54, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt und beschlossen:

Der Revision wird Folge gegeben.

A. Die angefochtene Entscheidung wird teilweise dahingehend abgeändert, dass sie - einschließlich des bereits in Rechtskraft erwachsenen stattgebenden Teils - als Teilurteil zu lauten hat wie folgt:

„1. Es wird mit Wirkung zwischen der jeweils klagenden Partei einerseits und der beklagten Partei andererseits festgestellt, dass zwischen den Parteien ein aufrechter Wasserlieferungsvertrag, dem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Versorgung mit Wasser aus dem Rohrnetz der Stadtwerke Klagenfurt AG - Wasser (laut Aufsichtsratsbeschluss vom 25. Mai 2005) zugrundeliegen,

besteht.

2. Das Mehrbegehren, es werde weiters festgestellt, die beklagte Partei sei im geschäftlichen Verkehr mit den klagenden Parteien nicht berechtigt, nachstehende oder sinngleiche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Anlagen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und sich darauf zu berufen:

a. '1. Der Kunde räumt der STW AG unentgeltlich das Recht zur Verlegung von Rohrleitungen einschließlich Zubehör zum Zweck der Zu- und Fortleitung von Wasser über bzw auf den durch die Wasserversorgung betroffenen Grundstücken ein (Leitungsrecht). Der Kunde verpflichtet sich auf erstes Anfordern der STW AG unentgeltlich die grundbücherliche Einverleibung der Leitungsrechte vorzunehmen und die dadurch entstehenden Kosten zu tragen (insbesondere Eingabe- und Eintragungsgebühren, Notarskosten, etc).

2. Sollte bei der Herstellung der Hausanschlussleitung Eigentum Dritter berührt werden (zB deshalb, weil die Hausanschlussleitung über dessen Grundstück zu führen ist) ist der Kunde verpflichtet, vor Beginn des Baus der Hausanschlussleitung die schriftliche Erklärung des betroffenen Dritten einzuholen, dass dieser der STW AG all jene Rechte im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Grundstücken einräumt, wie es in den Bestimmungen dieser AGB vom Kunden selbst verlangt wird.

3. Wird ein Grundstück nachträglich beispielsweise baulich oder durch Grundstücksteilung geändert und wird dadurch eine Umlegung einer bereits verlegten Leitung oder Einrichtung erforderlich, ist hierfür eine zusätzliche Vereinbarung mit dem Kunden oder dem neuen Liegenschaftseigentümer oder dem zusätzlichen Wasserabnehmer erforderlich. In dieser zusätzlichen Vereinbarung ist insbesondere zu regeln, dass die Kosten für die Umlegung der Leitungen oder Einrichtungen vom Kunden oder dem neuen Liegenschaftseigentümer oder dem neuen Wasserabnehmer getragen werden.

4. Der Kunde verpflichtet sich, die der STW AG im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Liegenschaften eingeräumten Rechte (insbesondere Leitungsrechte, aber auch außerbücherliche Zutritts- oder Zufahrtsrechte) auf Rechtsnachfolger zu überbinden, also beispielsweise in Fällen der Teilung und/oder Veräußerung

von Liegenschaften.'

b. 'ENTGELTE, RECHNUNGSLEGUNG UND BEZAHLUNG

1. Die Höhe der vom Kunden zu bezahlenden Beträge ergibt sich aus dem Preisblatt der STW AG (Anlage 1). Das Preisblatt ist auf der Website der STW AG unter www.stw.at abrufbar.

2. Die Wasserentgelte sind wertgesichert. Sie verändern sich in gleicher Weise, wie sich der im Preisblatt definierte Indexmix verändert. Als Ausgangsbasis ist die für 31. 12. eines Jahres errechnete Indexzahl heranzuziehen. Werden Veränderungen des Indexmix berücksichtigt, ist die neue Indexzahl jeweils die Ausgangsbasis für die Errechnung der weiteren Veränderungen. Die STW AG beabsichtigt, Wertanpassungen jährlich vorzunehmen. Die wertangepassten Wasserpreise gelten jeweils ab dem 1. 1. eines Jahres. Nimmt die STW AG in einem Jahr eine Wertanpassung vor, erfolgt die Berechnung der Wasserentgelte wie folgt: Der Jahresverbrauch des Kunden wird gleichteilig auf 365 Tage aufgeteilt. Der sich daraus ergebende Wasserverbrauch bis zur Wertanpassung wird mit den noch nicht wertangepassten Wasserpreisen verrechnet, der übrige Wasserverbrauch wird unter Zugrundelegung der bereits wertangepassten Wasserpreise verrechnet. Die Entgegennahme von nicht erhöhten Preisen gilt nicht als Verzicht auf den Erhöhungsanspruch.

3. Die Abrechnung erfolgt zu den jeweils von der STW AG festgelegten Terminen durch Jahresabrechnungen mit monatlichen Teilzahlungsbeträgen, aufgrund der ermittelten Messdaten. Als Basis für die Ermittlung des Teilzahlungsbetrages wird der Wasserverbrauch des Kunden vom Vorjahr oder bei Neuanmeldung der geschätzte Wasserverbrauch des Kunden herangezogen.

4. Der monatliche Teilbetrag ist im Vorhinein bis zum siebenten Werktag eines Monats zur Zahlung fällig. Nach Vorliegen des Jahresverbrauchs wird eine Jahresabschlussrechnung gelegt, in der die bereits entrichteten Teilbeträge berücksichtigt werden.

5. Eine Aufrechnung mit Gegenansprüchen an die STW AG ist nur zulässig, wenn diese Gegenansprüche im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Kunden zur Bezahlung der Wasserrechnung stehen oder diese bereits gerichtlich festgestellt oder von der STW AG anerkannt worden sind.

6. Der Kunde ist verpflichtet, die jeweils gesetzlichen Verzugszinsen zu bezahlen.

7. Die STW AG ist berechtigt, bei Zahlungsverzug des Kunden einen Kostenersatz für Mahnungen und Inkasso

bzw Inkassoversuche zu verlangen. Der Kostenersatz für Mahnungen und Inkasso bzw Inkassoversuche ergibt sich aus dem Preisblatt. Der Kunde ist zudem verpflichtet, im Verzugsfall die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung an die STW AG zu bezahlen.

8. Zahlungen des Kunden sind für die STW AG gebührenfrei auf ein Konto der STW AG zu leisten. Ebenso sind allfällige Bankrücklaufspesen und dergleichen vom Kunden zu bezahlen. Für nicht automatisierbare Verbuchungen von Zahlungseingängen wird ein Kostenersatz pro erforderlicher Zahlungsbuchung verrechnet. Die Höhe des Kostenersatzes ergibt sich aus dem Preisblatt.'

c. 'Die Preise für den Wasserverbrauch, die Wasserbereitstellung, den Wasserschutz und die Messleistung sind auf Basis einer jährlichen Indexanpassung wertgesichert. Der Index wird, gem. Pkt. XI. der geltenden AGB, aus einem Jahres-Indexmix mit Stichtag 31. 12. ermittelt und setzt sich wie folgt zusammen: 1/3 Verbraucherpreis-Index Basis 2005, 1/3 Lohnindex für Arbeiter im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe Basis 2006, 1/3 Baukostenindex für den Straßenbau Basis 2005."

d. 'VERTRAGSSTRAFE BEI UNRECHTMÄSSIGER WASSER-ENTNAHME

1. Der Kunde ist verpflichtet, der STW AG eine Vertragsstrafe (§ 1336 ABGB) zu bezahlen, sofern er oder ihm zuzurechnende Dritte Wasser unter Umgehung, Beeinflussung oder Voranbringung von Messeinrichtungen beziehen. Die Höhe der Vertragsstrafe wird wie folgt berechnet:

a) Kann die Dauer des unrechtmäßigen Wasserbezugs festgestellt werden, ist der Strafbetrag unter der Annahme zu berechnen, dass für den Zeitraum eine tägliche Benützung der vorhandenen Verbrauchslage bis zu 12 Stunden stattgefunden hat.

b) Kann die Dauer des unberechtigten Wasserbezuges nicht festgestellt werden, ist der Strafbetrag unter Zugrundelegung der Grundsätze, wie sie im vorhergehenden Absatz definiert sind, und unter der Annahme eines Verbrauchszeitraums von sechs Monaten zu errechnen.

2. Die STW AG ist berechtigt, einen darüber hinausgehenden Schaden geltend zu machen.'

e. 'HAFTUNG

1. Die STW AG haftet für Schäden, mit Ausnahme von Personenschäden, nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit, der Ersatz von Folgeschäden und Vermögensschäden, entgangenem Gewinn und von Schäden aus Ansprüchen Dritter gegen den Kunden ist ausgeschlossen.

2. Die Haftung der STW AG ist gegenüber dem Kunden mit einem Betrag von EUR 75.000,00 beschränkt (Haftungsobergrenze).

3. Soweit das Vertragsverhältnis dem Konsumentenschutzgesetz unterliegt, gilt die Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit und die betragsmäßige Haftungsbeschränkung (Punkt XIV.2.) nicht.'

f. 'EINSTELLUNG DER WASSERVERSORGUNG

Die STW AG ist berechtigt, die Wasserversorgung einzustellen oder auf ein Mindestmaß zu reduzieren,

a) wenn der Kunde vorsätzlich oder grob fahrlässig Eigentum der STW AG beschädigt oder Wasser vertragswidrig entnimmt oder bezieht;

b) bei Nichtbezahlung fälliger Rechnungen aus dem Vertrag über die Wasserversorgung;

c) bei Verweigerung des Zutritts durch den Kunden nach vorheriger Ankündigung;

d) wenn der Kunde auf das Wasserversorgungsnetz rückwirkende Störquellen trotz schriftlicher Aufforderung in angemessener Frist nicht beseitigt oder bei Gefahr in Verzug bzw mangelhafter Verbrauchsanlage des Kunden.'

g. 'XIX. SCHLUSSBESTIMMUNGEN

(...)

3. In Kenntnis der jederzeitigen Widerrufbarkeit seiner Zustimmung erklärt der Kunde sich gegenüber der STW AG ausdrücklich damit einverstanden, dass die den Kunden bezüglich die Wasserlieferung betreffenden Daten - Namen, Anschrift, Verbrauchs-, Vertrags- und Verrechnungsdaten - an die STW AG zur Vertragsabwicklung und für Marketingaktivitäten übermittelt und von dieser verarbeitet werden dürfen.'

h. 'I. GEGENSTAND DES VERTRAGES, GELTUNGSBEREICH, VERTRAGSABSCHLUSS

4. Durch die Mitunterfertigung bestätigt der Eigentümer, dass er sich verpflichtet, der STW AG jene Rechte einzuräumen, welche in diesen AGB oder sonstigen Vereinbarungen mit dem Kunden festgelegt sind.'

i. 'II. WASSERBEZUG

4. Die entgeltliche oder unentgeltliche Weiterleitung an Dritte ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der STW AG gestattet.'

j. 'III. EINSCHRÄNKUNGEN DES WASSERBEZUGES

1. Sollte die STW AG durch behördliche Anordnungen, höhere Gewalt (zB Wassermangel) oder zur Durchführung betriebsnotwendiger Arbeiten an der Wasserversorgung ganz oder teilweise gehindert sein, ruht die

Verpflichtung zur Wasserversorgung für die Dauer des Hindernisses.'

k. 'Sollte der Fall der höheren Gewalt die Wasserbeschaffenheit beeinträchtigen, entfällt für die Dauer der höheren Gewalt die Verpflichtung der STW AG zur Lieferung von Wasser entsprechend den jeweils geltenden Rechtsvorschriften und den anerkannten Regeln der Technik. Das Wasser wird an den Kunden für diesen Zeitraum als Nutzwasser geliefert.'

l. 'In den Fällen höherer Gewalt oder im Fall einer über die Trinkwasserversorgung hinausgehenden Beanspruchung des Versorgungssystems (beispielsweise bei Großbränden, extremer Trockenheit oder Ausfall von Brunnenanlagen) ist die STW AG berechtigt, den Umfang der Wasserlieferung an den Kunden einzuschränken. In solchen Fällen ist die STW AG, zur Sicherung des Trinkwasserbedarfes, berechtigt, die Wasserlieferung für private, gewerbliche oder industrielle Zwecke, für private oder öffentliche Bäder, Springbrunnen, Kühlzwecke, Autowaschen, Reinigung von Verkehrsflächen oder dergleichen einzuschränken oder für den Zeitraum, für den die Sicherung des Trinkwasserbedarfes erforderlich ist, gänzlich zu versagen.'

m. 'IV. HAUSANSCHLUSSLEITUNG

4.d) Der Kunde ist verpflichtet, die STW AG darüber zu informieren, wenn das zu versorgende Objekt über die Wintermonate leer steht.'

n. 'V. HAUSANSCHLUSSLEITUNG

5. Jegliche Änderungen an der Hausanschlussleitung, insbesondere Niveauänderungen, Überbauungen, Errichtung befestigter Flächen (zB Gehwege, Zufahrten) und Pflanzungen von Bäumen und Sträuchern, die durch den Kunden oder ihm zurechenbare Dritte im Bereich von 1 Meter links oder rechts der Hausanschlussleitung erfolgen, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der STW AG. Die STW AG haftet in diesem Fall weder für Schäden infolge eines Gebrechens der Hausanschlussleitung noch für Schäden die infolge von Arbeiten an der Hausanschlussleitung entstehen.'

o. ' V. HAUSANSCHLUSSLEITUNG

8. Die Verlegung anderer Leitungen in der Trasse der Hausanschlussleitung darf nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der STW AG erfolgen.'

p. 'VIII. ÜBERGABSSTELLE

2. Bei der Eigentumsgrenze gehen Eigentum, Besitz, Nutzen sowie Risiko und Gefahr auf den Kunden über.'

q. 'X. WASSERZÄHLER, MESSUNG UND ERFASSUNG DES WASSERBEZUGES

7. Die Kosten für die Erneuerung der beschädigten Plomben trägt der Kunde.'

r. 'X. WASSERZÄHLER, MESSUNG UND ERFASSUNG DES WASSERBEZUGES

8. Bei Zuwiderhandeln ist auf Kosten des Kunden der ursprüngliche Zustand durch die STW AG wieder herzustellen.'

s. 'XI. ENTGELTE, RECHNUNGSWESEN UND BEZAHLUNG

8. Ebenso sind allfällige Bankrücklaufspesen und dergleichen vom Kunden zu bezahlen. Für nicht automatisierbare Verbuchungen von Zahlungseingängen wird ein Kostenersatz pro erforderlicher Zahlungsbuchung verrechnet.'

t. 'XVI. KÜNDIGUNG

2. Eine vorzeitige Beendigung aus wichtigem Grund ist für beide Vertragspartner jederzeit möglich.'

wird abgewiesen.

3. Das Mehrbegehren, es werde weiters festgestellt, die 'Wassergebühren' und 'Wasserentgelte' seien hoheitlich vorzuschreiben und die beklagte Partei sei nicht berechtigt, 'Wassergebühren' und 'Wasserentgelte' vorzuschreiben, wird abgewiesen.

4. Die Kostenentscheidung wird der Endentscheidung vorbehalten."

B. Im Übrigen, somit hinsichtlich des Begehrens,

1. es werde mit Wirkung zwischen der jeweils klagenden Partei einerseits und der beklagten Partei andererseits festgestellt,

a) die beklagte Partei sei im geschäftlichen Verkehr mit den klagenden Parteien nicht berechtigt, nachstehende oder sinngleiche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Anlagen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und sich darauf zu berufen:

a. „I. (...) Die AGB und deren Anlagen sind Bestandteil aller zwischen dem Kunden der STW AG - Wasser

mit Wirkung ab 1. September 2005 abgeschlossenen und auf sie verweisenden Vertragsverhältnisse. Des Weiteren gelten die AGB auch für Vertragsverhältnisse, die vor dem 1. September 2005 abgeschlossen wurden. Die STW AG ist berechtigt, die AGB jederzeit bei Bedarf abzuändern. Änderungen dieser AGB, die Erhöhung der Wassertarife sowie der sonstigen Kostenersätze, werden mindestens 2 Monate vor Wirksamkeit durch Veröffentlichung in der Kärntner Landeszeitung kundgemacht (...).“

b. „XI. RECHNUNGSLEGUNG BEZAHLUNG:

1. Dem Abnehmer werden monatlich Teilzahlungsbeträge als Rechnungen zu festgelegten Fälligkeiten vorgeschrieben. Einmal im Jahr wird über die tatsächlich angelaufenen Verbrauchskosten Rechnung gelegt. Die STW AG kann jedoch andere Zeitabschnitte für die Abrechnung wählen.

2. Die dem Rechnungsbetrag zugrunde zu legenden Angaben der Messeinrichtungen werden von Beauftragten der STW AG, die mit Ausweis versehen sind, möglichst im gleichen Monat festgestellt. Der Abnehmer hat dafür Sorge zu tragen, dass die Messeinrichtungen ohne Zeitverlust für den Ableser zugänglich sind.

3. Die Rechnung wird bei Vorlage fällig. Der Rechnungsbetrag muss mittels zugesandtem Erlagschein oder durch Überweisung auf ein Konto der STW AG oder bei der Kasse der STW AG gebührenfrei bezahlt werden.

4. Eine Aufrechnung mit Gegenansprüchen an die STW AG ist nur gestattet, wenn diese Gegenansprüche im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Abnehmers zur Bezahlung der Wasserrechnung stehen oder diese bereits gerichtlich festgestellt oder von der STW AG anerkannt worden sind.

5. Die STW AG ist berechtigt, aus triftigen Gründen eine Vorauszahlung in Höhe des höchsten monatlichen Rechnungsbetrages oder die Hinterlegung einer Sicherheit in doppelter Höhe des voraussichtlich größten Monatsverbrauches zu verlangen.

6. Nach einmaliger Mahnung kann sich die STW AG aus der Sicherheit nach den gesetzlichen Verwertungsvorschriften bezahlt machen und zwar sowohl für die Rückstände aus der Versorgung als auch aus anderen Vertragsverhältnissen zwischen den Parteien, die mit der Versorgung zusammenhängen.

7. Der Abnehmer hat auf Verlangen die Sicherheit auf die ursprüngliche Höhe zu ergänzen; die Sicherheit wird nach Beendigung des Vertrages und Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen des Abnehmers dem Überbringer der Empfangsbescheinigung zurückgegeben, wobei die STW

AG berechtigt ist, jedoch nicht verpflichtet ist, dessen Berechtigung zu prüfen.

8. Wird Wasser im Gegensatz zu diesen Allgemeinen Bedingungen oder den Bestimmungen der allgemeinen Tarife bezogen, ist der STW AG der hierdurch entstandene Schaden zu vergüten. Wird jedoch Wasser unter Umgehung, Beeinflussung oder vor Anbringung der Messeinrichtung gebraucht, so ist die STW AG - abgesehen von der Erstattung einer Strafanzeige - berechtigt, eine Vertragsstrafe zu erheben, die sie in der Höhe des Betrages feststellen, der sich unter Zugrundelegung einer täglich zehnstündigen Benutzung der vorhandenen Wasserverbrauchseinrichtungen während der Dauer des unberechtigten Gebrauches nach dem jeweils gültigen höchsten allgemeinen Tarif ergibt. Ist die Dauer des Gebrauches nicht feststellbar, so wird die Vertragsstrafe nach vorstehenden Grundsätzen für ein Jahr erhoben."

b) die beklagte Partei sei nicht berechtigt, ein über die bestehenden Entgelte hinausgehendes Entgelt für Wasserbereitstellung und Messleistung einzuheben, und

2. die beklagte Partei sei schuldig, es zu unterlassen, die Wasserversorgung der klagenden Parteien einzuschränken und eine Blende in die Wasserversorgungsanlage der klagenden Partei einzubauen,

wird das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben; insoweit wird die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Beklagte ist eine im Jahr 2000 von der Stadt Klagenfurt (ihrem einzigen Aktionär) gegründete Aktiengesellschaft, die mit einem Sacheinlage- und Einbringungsvertrag den vormals unter der Firma „Stadtwerke Klagenfurt" von der Stadt Klagenfurt betriebenen

Geschäftsbereich „Wasser“ und damit die Aufgabe der Allgemeinversorgung mit Trink- und Nutzwasser im Versorgungsgebiet der Stadt Klagenfurt übernahm. In diesem Vertrag wurde festgehalten, dass die Versorgung mit Wasser wie bisher auf privatrechtlicher Grundlage abgewickelt und die Verrechnung von Entgelten an die Wasserbezieher unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips erfolgen werde. Die Beklagte übernahm bestehende Wasserlieferungsverträge und schloss mit neu hinzukommenden Wasserkunden neue Verträge ab; sie bezieht für ihre Wasserlieferungen mit den Kunden vereinbarte Entgelte. Die Stadt Klagenfurt setzt die Wassertarife nicht fest.

Die beiden Kläger sind Wasserkunden der Beklagten.

Am 30. November 2009 versendete die Beklagte an ihre Kunden neue Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB 2010) samt Preislisten mit geänderten Wasserpreisen und der an die Kunden gerichteten Erklärung, sie ab 1. Jänner 2010 auf Basis der AGB 2010 mit Wasser zu versorgen. Die Beklagte erklärte darin weiter, dass die Kunden dieses Angebot annehmen, wenn sie nicht innerhalb von vier Wochen schriftlich den AGB 2010 widersprechen und den Wasserbezug über den 31. Dezember 2009 hinaus fortsetzen. Die Kläger widersprachen schriftlich binnen vier Wochen, worauf ihnen die Beklagte mitteilte, für den Fall der Aufrechterhaltung des Widerspruchs sei sie gezwungen, den Wasserversorgungsvertrag aufzukündigen. Während eines vertragslosen Zustands werde nur die „Grundversorgung“ aufrechterhalten.

Bisher hat die Beklagte die Verträge mit den Klägern nicht gekündigt. Sie hat ihnen vielmehr erklärt, bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens die

Wasserversorgung unverändert aufrecht zu erhalten, wenn die Kläger die bisher (vor Änderung der AGB) verrechneten Tarife bezahlen; für den Fall der Rechtfertigung der Tarifumstellung behielt sich die Beklagte eine Nachverrechnung vor.

Die Beklagte hat die ausgesendeten AGB 2010 zurückgezogen und überarbeitet und sich in einer Vertragsstrafenvereinbarung gegenüber dem Verein für Konsumenteninformation (VKI) verpflichtet, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die vom VKI gerügten Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln - soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zugrunde gelegt wurden - nicht zu berufen.

Seit dem Jahr 2004 weist der Geschäftsbereich „Wasser" der Beklagten eine Unterdeckung auf; für das Jahr 2010 ergibt sich trotz Einführung der Bereitstellungsgebühr 2010 ein kostenrechnerischer Betriebsabgang für den Geschäftsbereich „Wasser" von 668.000 EUR. Das Äquivalenzprinzip (zweifaches Deckungserfordernis) wird daher nicht verletzt. Auch für die Budgetplanungen 2011 bis 2016 ergibt sich keine Verletzung des Äquivalenzprinzips, da laut vorliegender Planung erst 2016 mit einem annähernd ausgeglichenen Budget gerechnet wird.

Die Kläger stellten das aus dem Spruch ersichtliche Urteilsbegehren. Dieses lässt sich dahin zusammenfassen, dass sie

1. folgende Feststellungen begehren:

1.1. im Verhältnis zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits

1.1.1. bestehe ein aufrechter Wasserlieferungsvertrag auf Basis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) laut Aufsichtsratsbeschluss vom 25. Mai 2005;

1.1.2. sei die Beklagte nicht berechtigt, bestimmte Klauseln in AGB oder in Anlagen zu AGB zu verwenden und sich darauf zu berufen, wobei nach dem Klagsvorbringen ein Teil dieser Klauseln in den AGB 2005, ein anderer Teil in den AGB 2010 verwendet werden;

1.2. die Beklagte sei nicht berechtigt, ein über die bestehenden Entgelte hinausgehendes Entgelt für Wasserbereitstellung und Messleistung einzuheben;

1.3. die „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" seien hoheitlich vorzuschreiben; die Beklagte sei nicht berechtigt, „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" vorzuschreiben.

2. folgendes Unterlassungsbegehren stellen:

Die Beklagte sei schuldig, es zu unterlassen, die Wasserversorgung der Kläger einzuschränken und eine Blende in die Wasserversorgungsanlage der Kläger einzubauen.

Die Kläger brachten vor, sie hätten einen aufrechten Wasserlieferungsvertrag mit der Beklagten auf Basis der AGB 2005, die bisherigen Wasserpreise seien angemessen, eine einseitige Erhöhung der Wasserpreise durch die Beklagte sei unzulässig. Die AGB 2010 seien zwischen den Streitteilen nicht wirksam geworden. Die schlechte wirtschaftliche Lage der Beklagten sei durch deren Misswirtschaft überwiegend selbst verursacht. Die dadurch nötige vorgesehene Entgelterhöhung sei daher sachlich nicht gerechtfertigt. Das Kärntner Gemeindewasserversorgungsgesetz 1997 (im Folgenden: K-GWVG) stehe einer privatrechtlichen Vereinbarung und Einhebung von

Wassergebühren (insbesondere einer Wasserbereitstellungsgebühr) durch die Beklagte entgegen, weil diese Aufgaben der hoheitlichen Vorschreibung der Stadtgemeinde Klagenfurt zukämen. Die Bestimmungen der AGB 2005 über Rechnungslegung und Bezahlung sowie die Bestimmungen der AGB 2010 über Entgelte, Rechnungslegung und Bezahlung seien daher sitten- und gesetzwidrig. Die Übertragung von Wasserversorgungsaufgaben von der Stadt Klagenfurt an die Beklagte könne auf das Außenverhältnis Gemeinde-Bürger keinen Einfluss haben. Die inkriminierten Klauseln seien auch nichtig bzw sittenwidrig bzw unwirksam gemäß § 879 Abs 1 und 3 ABGB und § 6 Abs 1 und 3 KSchG. Die Kläger hätten ein rechtliches Interesse an den begehrten Feststellungen, betreffend die Klauseln der AGB 2010 ungeachtet dessen, dass sie zwischen den Parteien nicht wirksam seien, deshalb, weil die Beklagte auch in Zukunft alles daran setzen werde, diese Klauseln den Vertragsverhältnissen mit den Klägern zugrundezulegen. Da die Beklagte in einem Schreiben gegenüber den Klägern angekündigt habe, eine Blende in die Wasserversorgungsanlage einzubauen und die Wasserversorgung nach dem 28. Februar 2010 auf eine Grundversorgung umzustellen, seien die Kläger auch berechtigt, die Unterlassung der Einschränkung der Wasserversorgung sowie die Unterlassung des Einbaus einer Blende in die Wasserversorgungsanlage der Kläger zu fordern.

Die Beklagte wendete ein, sie dürfe - auch als Monopolistin - die auf Basis der AGB 2005 mit den Klägern abgeschlossenen Wasserversorgungsverträge kündigen, wenn sie gleichzeitig den Klägern den Abschluss neuer Wasserversorgungsverträge anbiete. Das K-GWVG erlaube es der Beklagten, mit den Klägern Wasserversorgungsverträge abzuschließen und darin auf privatrechtlicher Grundlage mit

den Wasserkunden ein Wasserbezugsentgelt, einschließlich eines „Bereitstellungsentgelts“ zu vereinbaren. Der Stadt Klagenfurt sei gemäß § 15 Abs 3 Z 4 Finanzausgleichsgesetz 2008 das Recht eingeräumt worden, entweder selbst (hoheitlich festgesetzte) Wasserbezugsgebühren einzuheben oder durch ein ausgegliedertes Wasserversorgungsunternehmen - die Beklagte - privatrechtliche Entgeltvereinbarungen mit den Wasserkunden abzuschließen. Es sei kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, warum eine Gebietskörperschaft in Kärnten im Wege der Hoheitsverwaltung berechtigt sein sollte, eine Bereitstellungsgebühr einzuheben, ein privatrechtlich organisierter kommunaler Wasserversorger mit seinen Kunden jedoch kein Bereitstellungsentgelt vereinbaren dürfe. Um den Anregungen des Rechnungshofs nachzukommen, insbesondere um die dringend notwendigen Erneuerungen des Wasserleitungsnetzes durchführen zu können, sei es notwendig, das Tarifsystem für die Wasserversorgung abzuändern, weshalb auch die AGB anzupassen seien. Die Bereitstellungsgebühr entspreche dem Äquivalenzprinzip. Die Beklagte habe bereits gegenüber dem VKI eine Unterlassungserklärung abgegeben, in der sie sich verpflichtet habe, mehrere Klauseln in den geänderten AGB im geschäftlichen Verkehr nicht zu verwenden; insoweit das Feststellungsbegehren der Kläger die von der Unterlassungserklärung betroffenen Klauseln oder Teile davon betreffe, bestehe kein Feststellungsinteresse, im Übrigen seien sie rechtskonform.

Das Erstgericht sprach (rechtskräftig) aus, es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei einerseits und der beklagten Partei andererseits festgestellt, dass

zwischen den Parteien ein aufrechter Wasserlieferungsvertrag, dem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Versorgung mit Wasser aus dem Rohrnetz der Stadtwerke Klagenfurt AG - Wasser (laut Aufsichtsratsbeschluss vom 25. Mai 2005) zugrundeliegen, bestehe.

Das übrige Klagebegehren wies es ab.

Es traf über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt noch folgende, von den Klägern in ihrer Berufung bekämpfte Feststellungen:

Aufgrund der Überprüfung des Rechenwerks 2010 kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte Gelder aus dem Bereich „Wasser" zweckwidrig für andere Bereiche verwendet hat; aus den vorliegenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass Kosten aus anderen Bereichen entgegen dem organisatorisch normierten Aufteilungsschlüssel zugeordnet wurden; eine Quersubventionierung ist den Unterlagen nicht zu entnehmen; die Wasserschutzrücklage wurde nicht zweckwidrig verwendet; der Geschäftsfall „Aqua-Sist" hat keine Auswirkung auf die Wassergebühr; die Pensionisten aus dem Bereich „Energie" haben keine Auswirkung auf den Bereich „Wasser"; die Zuordnung der Verwaltungsaufwendungen nach Prozenten ist ein gängiges und nachvollziehbares Verfahren, die vorgenommene Zuordnung ist plausibel.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht zum abweisenden Teil seines Urteils Folgendes aus:

Zu den bekämpften Klauseln aus den AGB 2005: Zu Punkt I. der AGB 2005 übersähen die Kläger die korrespondierende Bestimmung zu Punkt XVI. Abs 4 der AGB 2005, wonach diese Änderung als vereinbart gelte, sofern nicht seitens des Abnehmers binnen vier Wochen nach Veröffentlichung in der Kärntner Landeszeitung und im

Internet auf der Homepage der Stadtwerke AG schriftlich Widerspruch erhoben werde. Diese Erklärungsfiktion sei zulässig und begründe nicht die Nichtigkeit der angefochtenen Bestimmung. Zur Nichtigkeit des Punktes XI. (Rechnungslegung, Bezahlung) der AGB 2005 brächten die Kläger nichts Konkretes vor.

Zum Feststellungsbegehren, die Beklagte sei nicht berechtigt, ein über die bestehenden Entgelte hinausgehendes Entgelt für Wasserbereitstellung und Messleistung einzuheben: Da die Beklagte den Bereich „Wasser" nicht kostendeckend führen könne und das Entgelt für Wasserbereitstellung nicht dem Äquivalenz-Prinzip widerspreche, sei die Beklagte berechtigt, im Rahmen der Angemessenheit und Üblichkeit „eine Änderung durchzuführen".

Zu den bekämpften Klauseln aus den AGB 2010: Da die Beklagte die AGB 2010 zurückgenommen und betreffend beanstandete Klauseln gegenüber dem Verein für Konsumenteninformation eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung abgegeben habe, fehle es den Klägern am Feststellungsinteresse.

Zum Feststellungsbegehren, die „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" seien hoheitlich vorzuschreiben und die Beklagte sei nicht berechtigt, „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" vorzuschreiben: Nach dem K-GWVG sei es der Gemeinde gestattet, sofern die Voraussetzungen Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gegeben seien, sich einer natürlichen oder juristischen Person zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich der Wasserversorgung zu bedienen; dabei bestehe ein weiter Gestaltungsspielraum. Es sei der Gemeinde selbst gestattet, anstelle einer Gebühr ein privatrechtliches Entgelt zu

verlangen. Die Gemeinde könne aber auch einem ausgegliederten Unternehmen, dessen sie sich zur Erfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung bediene, den Abschluss privatrechtlicher Entgeltvereinbarungen überlassen.

Zum Unterlassungsbegehren, die Beklagte sei schuldig, es zu unterlassen, die Wasserversorgung der klagenden Parteien einzuschränken und eine Blende in die Wasserversorgungsanlage der klagenden Partei einzubauen: Bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Verfahrens habe sich die Beklagte verpflichtet, keine Einschränkung auf die Grundversorgung vorzunehmen. Für den Fall einer zulässigen Kündigung und eines vertragslosen Zustands werde diese Einschränkung jedoch zulässig sein.

Das nur von den Klägern angerufene Berufungsgericht änderte das erstgerichtliche Urteil in seinem abweislichen Teil dahingehend ab, dass es dem gesamten Klagebegehren stattgab. Es führte Folgendes aus:

Die Berufungswerber hätten als Verfahrensmangel gerügt, das Erstgericht habe zu ihrer Tatsachenbehauptung, die Beklagte habe ihre Unterdeckung selbst verschuldet, indem sie nicht sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig im Sinne des K-GWVG agiert habe, von ihnen beantragte Zeugenbeweise nicht aufgenommen. In der Beweisrüge bekämpften die Berufungswerber (oben schon als solche ausgewiesene) Feststellungen des Erstgerichts. In der Rechtsrüge vermissten die Berufungswerber Tatsachenfeststellungen zu den Ursachen der Unterdeckung des Geschäftsbereichs „Wasser“ der Beklagten mit der Behauptung, dieser Geschäftsbereich könne aufgrund von Misswirtschaft, ungerechtfertigten Gewinnausschüttungen in den Jahren 2000 bis 2004 und anderen unberechtigten und unnötigen Ausgaben nicht kostendeckend geführt werden. Die

damit aufgeworfenen Fragen nach den Kriterien für eine privatautonome Wasserentgeltgestaltung unter Zugrundelegung von Angemessenheitskriterien würden sich nur stellen, wenn die Beklagte berechtigt wäre, mit den Klägern privatrechtliche Wasserversorgungsverträge abzuschließen, was aus folgenden Erwägungen nicht der Fall sei:

Die Stadt Klagenfurt habe gemäß Art 116 Abs 2 B-VG das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze eine wirtschaftliche Unternehmung wie die Beklagte zu betreiben und der Beklagten als ausgegliedertem kommunalen Wirtschaftsunternehmen Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge - wie der Wasserversorgung - zu übertragen. Die Gemeinde sei als Vermögensträgerin nur insoweit zu privatrechtsförmigem Handeln befugt, als der Gesetzgeber nicht öffentlich-rechtliche Handlungsformen zwingend vorgesehen habe. Für den Bereich der kommunalen Wasserversorgung in Kärnten erlaube § 1 Abs 3 K-GWVG privatrechtsförmiges Handeln der Gemeinde im Bereich der Wasserversorgung nur insoweit, als sich die Gemeinde, sofern dies im Interesse der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit oder Wirtschaftlichkeit gelegen ist, zur Sicherstellung und Abwicklung der Versorgung der Bevölkerung mit gesundheitlich einwandfreiem Trinkwasser sowie Nutz- und Löschwasser im Gemeindegebiet oder in Teilen davon einer natürlichen oder nicht natürlichen Person bedienen darf. Die in den §§ 2 ff K-GWVG geregelten Versorgungsaufgaben seien der Hoheitsverwaltung vorbehalten. Für Kärnten habe der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 1 Ob 256/05m (RIS-Justiz RS0050072 [T3]) ausgesprochen, dass die Wasserversorgungsanlagen der Kärntner Gemeinden

seit Jahrzehnten in Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung zu führen seien. Wo der Landesgesetzgeber - wie hier - die hoheitliche Gestaltung zwingend vorschreibe, bestehe keine Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen (RIS-Justiz RS0038475). Da die Kärntner Gemeindewasserversorgung zwingend öffentlich-rechtlich zu gestalten ist, verbiete sich die Anwendung der vom Obersten Gerichtshof zu 1 Ob 178/98b herangezogenen Rechtssätze, weil in dem damals zu beurteilenden Fall der Landesgesetzgeber die Gemeinde ermächtigt habe, Kanalanschlussgebühren entweder hoheitlich einzuheben oder ein ausgegliedertes Unternehmen mit dem Abschluss privatrechtlich gestalteter Entgeltvereinbarungen mit Kanalanschlusswerbern zu betrauen. Eine derartige Wahlfreiheit räume das K-GWVG den Kärntner Gemeinden gerade nicht ein. In der Tatsache, dass die Stadt Klagenfurt die gesamte rechtliche Beziehung der Wasserabnehmer zu ihrem Wasserversorger privatrechtsförmigem Handeln vorbehalten und damit trotz öffentlich-rechtlicher Bindung die Privatwirtschaftsverwaltung gewählt habe, liege ein Missbrauch der Form und daher ein Verstoß gegen die Grundsätze des Rechtsstaats, der gemäß § 879 Abs 1 ABGB zur Nichtigkeit der privatrechtlich getroffenen Vereinbarungen (und damit auch zur Sittenwidrigkeit angebotener Vertragsänderungen auf Basis von allgemeinen Geschäftsbedingungen) führe (RIS-Justiz RS0034713).

Im Einzelnen:

Die gesamte privatrechtliche „Tarif"-(Entgelt-)Gestaltung durch die Beklagte widerspreche § 23 Abs 2 K-GWVG, wonach die Gemeinde für die Bereitstellung und Inanspruchnahme von

Wasserversorgungseinrichtungen Wasserbezugsgebühren auszuschreiben, deren Höhe nach den Kriterien des § 24 K-GWVG festzusetzen und für Ausgaben und Rücklagen im jeweiligen Gebührenhaushalt zu verwenden habe (§ 24 Abs 5 K-GWVG).

Duldungspflichten bei Planung, Errichtung und Betrieb von Wasserversorgungsanlagen und bei Inanspruchnahme fremder Grundstücke seien in den §§ 3, 4 K-GWVG der Hoheitsverwaltung unterworfen.

Betreffend Einstellung der Wasserversorgung, Wasserbezug, Einschränkungen des Wasserbezugs und Einschränkung der Wasserversorgung und Einbau einer Blende in die Wasserversorgungsanlage sei gemäß § 5 K-GWVG die Gemeinde verpflichtet, den Wasserbeziehern Trink- und Nutzwasser zu liefern; Einschränkungen und Unterbrechungen der Wasserversorgung seien durch Verordnung (§ 5 Abs 2 K-GWVG) oder Bescheid (§ 5 Abs 4 K-GWVG) des Bürgermeisters festzulegen und den Wasserbeziehern durch öffentliche oder individuelle Bekanntmachung mitzuteilen (§ 5 Abs 3 K-GWVG).

Betreffend Hausanschlussleitung, Übergabsstelle normiere § 3 Abs 3 K-GWVG öffentlich-rechtliche Duldungspflichten an den Hausanschlussleitungen, § 6 K-GWVG normiere eine öffentlich-rechtliche Anschluss- und Benützungspflicht, gemäß § 7 K-GWVG sei die Gemeinde zur Überwachung der Anschlussleitungen, der Innenleitungen und des Wasserzählers und in diesem Umfang zum Zutritt zu Bauwerken und Grundstücken berechtigt.

Zu „Haftung", „Schlussbestimmungen", „Gegenstand des Vertrages, Geltungsbereich, Vertragsabschluss", „Kündigung" setzten vertragliche Haftungsbeschränkungen, vertragliche Regelungen für die

Weitergabe von Wasserlieferungs-, Vertrags- und Verrechnungsdaten, (pauschale) „Rechtseinräumungen“ durch Liegenschaftseigentümer und vertragliche Kündigungsregelungen als vertragliche Nebenbestimmungen die Wirksamkeit jener Hauptbestimmungen des Vertrags voraus, die wegen Verstoßes gegen öffentliches Recht als nichtig zu beurteilen seien.

Da die Beklagte den Standpunkt vertrete, zum Abschluss entgeltlicher Wasserversorgungsverträge mit den Klägern auf Basis allgemeiner Geschäftsbedingungen (die auch Einschränkungen der Wasserversorgung erlauben) berechtigt zu sein, bestehe das Feststellungsinteresse.

Das Berufungsgericht ließ die Revision mangels vorliegender erheblicher Rechtsfragen nicht zu.

Die außerordentliche Revision der Beklagten ist zulässig und teilweise im Sinn des Abänderungsantrags, teilweise im Sinn des hilfsweisen Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Zum abändernden Teil:

1.1. Zu den bekämpften Klauseln der AGB 2010:

1.1.1. Zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits steht rechtskräftig ein aufrechter Wasserlieferungsvertrag auf Basis der AGB 2005 fest. Damit ist auch geklärt, dass die AGB 2010 zwischen den Parteien nicht anzuwenden sind.

1.1.2. Voraussetzung der Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens ist gemäß § 228 ZPO das rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung. Der Mangel des rechtlichen Interesses bei Feststellungsklagen ist von Amts wegen und auch noch im Rechtsmittelverfahren zu beachten (RIS-Justiz RS0038939; RS0039123). Da zwischen den Streitteilen die AGB 2010 ohnehin nicht anzuwenden

sind, fehlt den Klägern das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung betreffend die Klauseln der AGB 2010. Dies führt zur Abweisung des Feststellungsbegehrens hinsichtlich der Klauseln der AGB 2010.

1.1.3. Dass die Beklagte - wie festgestellt - die AGB 2010 „zurückgezogen" und sich gegenüber dem Verein für Konsumenteninformation mit Vertragsstrafenvereinbarung zur Unterlassung der Verwendung etlicher Klauseln der AGB 2010 verpflichtet und die Gesetzmäßigkeit dieser Klauseln im vorliegenden Verfahren nicht behauptet hat, sei nur ergänzend erwähnt.

1.2. Zum Feststellungsbegehren, die „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" seien hoheitlich vorzuschreiben und die Beklagte sei nicht berechtigt, „Wassergebühren" und „Wasserentgelte" vorzuschreiben:

1.2.1. Allgemeine Grundsätze:

Für die Abgrenzung des Gebiets der Privatwirtschaftsverwaltung von dem der Hoheitsverwaltung kommt es auf die Motive und den Zweck der Verwaltungstätigkeit nicht an, entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereit hält. Es gilt unter Ausschöpfung aller Interpretationsmöglichkeiten zu ermitteln, welche Vollzugsform der Gesetzgeber angewendet wissen will (RIS-Justiz RS0049882; RS0102497).

Daseinsvorsorge kann von einem Rechtsträger sowohl im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als auch in Vollziehung der Gesetze erbracht werden. Stehen dem Rechtsträger zur Erfüllung dieser Aufgaben der Daseinsvorsorge die besonderen Handlungsformen des öffentlichen Rechts zur Verfügung, ist auf jeden Fall Hoheitsverwaltung anzunehmen (1 Ob 3/89 SZ 62/41 mwN =

RIS-Justiz RS0050125 [T1]). Wasserversorgungsanlagen der Gemeinden werden dann in Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung geführt, wenn die von der Gemeinde erlassene Wasserleitungsordnung einen mit Bescheid durchsetzbaren Anschlusszwang sowie die Vorschreibung von Gebühren vorsieht und Verstöße als Verwaltungsübertretung ahndet (1 Ob 256/05m mwN). Die Wahl zwischen hoheitlicher und privatrechtlicher Form ist nach traditioneller Ansicht freigestellt, soweit nicht durch die einfache Gesetzgebung ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, zumindest aber, solange die zugrundeliegenden Rechtsvorschriften zur hoheitlichen Vorgangsweise bloß ermächtigen. Das gilt auch für die Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge (*Ruppe*, Finanzierungsalternativen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe*, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung [1992] 55 [81] mwN; *Neuhofer*, Gemeinderecht [1998] 404; *Binder* in *Klug/Oberndorfer/Wolny*, Das österreichische Gemeinderecht [2008], 14/27).

Auch im Hinblick auf die Gegenleistung kommt den Gemeinden die Wahlfreiheit zwischen Gebührenerhebung und der Ausschreibung privatrechtlicher Entgelte zu. Dies gilt auch dann, wenn die Benützung der Gemeindeanlage eindeutig auf öffentlich-rechtlicher, hoheitlicher Grundlage geregelt ist (*Ruppe* aaO 82; *Hattenberger*, bbl 2006, 1 ff; vgl auch 1 Ob 47/91).

Hattenberger (aaO und in *Holoubek/Potacs*, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts [2007], 1390 f), weist darauf hin, dass die Wasserversorgung nach den Wasserversorgungsgesetzen der Länder grundsätzlich keine Pflichtaufgabe der Gemeinde ist, und schließt daraus, dass auch eine materielle Privatisierung, dh die gänzliche

Überlassung der Wasserversorgung an einen Privaten, zulässig ist.

1.2.2. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall bedeutet Folgendes:

1.2.2.1. Gemäß § 1 Abs 3 K-GWVG darf sich die Gemeinde, sofern dies im Interesse der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit oder Wirtschaftlichkeit gelegen ist, zur Sicherstellung und Abwicklung der Versorgung der Bevölkerung mit gesundheitlich einwandfreiem Trinkwasser sowie Nutz- und Löschwasser im Gemeindegebiet oder in Teilen davon einer natürlichen oder nicht natürlichen Person bedienen.

Aus dieser Bestimmung ist zunächst zu folgern, dass die Übertragung der Wasserversorgung auf die Beklagte durch die Stadt Klagenfurt grundsätzlich zulässig ist.

1.2.2.2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich aber aus den weiteren Bestimmungen des K-GWVG nicht ableiten, die gesamte Wasserversorgung dürfe grundsätzlich nur hoheitlich ausgeübt werden. Was die hier zu prüfende Gestaltung des Entgelts für den Wasserbezug anlangt, so sieht § 23 Abs 2 K-GWVG für den Fall der Ausgliederung der Wasserversorgung die Ermächtigung, nicht aber die Verpflichtung der Gemeinde vor, für die Bereitstellung und tatsächliche Inanspruchnahme dieser Einrichtungen Wasserbezugsgebühren auszuschreiben.

1.2.2.3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist aus der Entscheidung 1 Ob 256/05m (RIS-Justiz RS0050072 [T3]) nichts Gegenteiliges abzuleiten. Dort wird unter Hinweis auf Vorjudikatur (JBl 1983 158; SZ 62/41 ua) zunächst festgehalten, dass die Wasserversorgung als Daseinsvorsorge von einem Rechtsträger grundsätzlich sowohl im Rahmen der

Privatwirtschaftsverwaltung als auch in Vollziehung der Gesetze erbracht werden kann.

Im dortigen Verfahren ging es um Schadenersatzansprüche der Klägerin wegen einer Gesundheitsschädigung durch von der geklagten Gemeinde als Wasserversorger verwendete Bleirohre. Maßgeblich für die dortige Beurteilung, die geklagte Gemeinde habe hoheitlich gehandelt und hafte daher aus Amtshaftung, war nicht - wie hier - die Frage der Wassergebühr bzw des Wasserentgelts, sondern der für die Liegenschaft der Klägerin bestehende Anschlusszwang. Der 1. Senat sprach aus, dass dann Hoheitsverwaltung vorliege wenn die von der Gemeinde erlassene Wasserleitungsordnung einen mit Bescheid durchsetzbaren Anschlusszwang sowie die Vorschreibung von Gebühren vorsehe und Verstöße als Verwaltungsübertretung ahnde. Entstünden einem (mittels Anschlusszwang) an eine Gemeindewasserversorgungsanlage angeschlossenen Teilnehmer durch deren Betrieb Schäden, unterfielen diese den Bestimmungen des AHG. Die der Klägerin entstandenen, auf den Konsum von bleihältigem Trinkwasser zurückzuführenden Schäden seien daher nach Amtshaftungsrecht zu beurteilen.

Eine Aussage, (auch) die Abgeltung für die Wasserversorgung müsse hoheitlich erfolgen, ist der Entscheidung 1 Ob 256/05m nicht zu entnehmen.

1.2.2.4. Einschlägig ist vielmehr die Entscheidung 1 Ob 178/98b. Dort führte der Oberste Gerichtshof Folgendes aus:

„Gesetzliche Grundlage der Kanalanschlussgebühr sind ... § 8 Abs 5 F-VG 1948 und ein entsprechendes Landesgesetz (...), im vorliegenden Fall das Oö InteressentenbeiträgeG 1958, ... Mit dessen § 1 Abs 1

ermächtigt der oberösterreichische Landesgesetzgeber die Gemeinden, aufgrund eines Beschlusses der Gemeindevertretung - also mit Verordnung - folgende Interessentenbeiträge von Grundstückseigentümern und Anrainern zu erheben: a) den Beitrag zu den Kosten der Errichtung einer gemeindeeigenen Kanalisationsanlage - Kanal-Anschlussgebühr; b) den Beitrag zu den Kosten der Errichtung einer gemeindeeigenen Wasserversorgungsanlage - Wasserleitungs-Anschlussgebühr; c) den Beitrag zu den Kosten der Errichtung einer gemeindeeigenen Einrichtung zur Abfuhr oder Beseitigung von Müll - Müllabfuhr-(Müllbeseitigungs-)Anschlussgebühr. Diese Interessentenbeiträge werden nach § 1 Abs 4 dieses Gesetzes mit dem Anschluss an die gemeindeeigene Anlage (Einrichtung) fällig. Im Rahmen des freien Beschlussrechts können die Gemeinden durch sogenannte 'selbständige Verordnungen' autonom Steuerquellen erschließen und auch nutzen (VwSlg 5283[F] ua). Die gesetzliche Ermächtigung bedeutet wie auch sonst im Rechtsleben rechtliches Dürfen (...). **Ihr freies Beschlussrecht berechtigt daher die Gemeinde** im Rahmen der Art 116 Abs 2 und Art 118 Abs 2 B-VG, § 8 Abs 5 F-VG 1948 - iVm § 1 Abs 1 des Oö InteressentenbeiträgeG 1958, LGBl 1958/28 idFd Novellen LGBl 1968/55 und 1973/57 - zufolge die **Kanal-Anschlussgebühr hoheitlich einzuheben oder aber nicht einzuheben oder auch zu beschließen, in Hinkunft die bisher hoheitlich gestalteten Rechtsbeziehungen zu Kanalanschlusswerbern nun privatwirtschaftlich derart zu gestalten, dass von der möglichen Gebührenhoheit nicht (mehr) Gebrauch gemacht wird, sondern ein ausgegliedertes Unternehmen privatrechtlich bestimmte Entgeltvereinbarungen mit Kanalanschlusswerbern**

abschließt. Insoweit genießt die Gemeinde angesichts der erwähnten Ermächtigung Wahlfreiheit, sodass ihr die nicht hoheitliche Besorgung dieser Verwaltungsaufgabe rechtlich möglich ist.

...

Die baurechtlichen Bestimmungen des oberösterreichischen Landesrechts über den Zwang zum Anschluss an den gemeindeeigenen Kanal (...) rechtfertigen indes für sich allein noch keineswegs den Schluss, dass die Festsetzung und Einhebung von Kanalanschlussgebühren durch die Gemeinde, mag sie auch auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge in der Regel die Stellung eines Monopolisten innehaben, stets dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen sei."

Auch im vorliegenden Fall liegt hinsichtlich der Ausschreibung von Wasserbezugsgebühren gemäß § 23 K-GWVG - wie oben 1.2.2.2. ausgeführt - keine Verpflichtung, sondern bloß eine Ermächtigung der Gemeinde vor.

1.2.3. Zusammenfassend ist es der Stadt Klagenfurt daher gestattet, die Daseinsvorsorge Wasserversorgung gemäß § 1 Abs 3 K-GWVG auf die Beklagte auszulagern; diese kann und darf die Abgeltung der Wasserversorgung privatrechtlich gestalten. Das entsprechende Feststellungsbegehren war daher abzuweisen.

2. Zum aufhebenden Teil:

Wegen seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht, die Beklagte sei nicht berechtigt, mit den Klägern privatrechtliche Wasserversorgungsverträge (zumindest betreffend die Abgeltung der Wasserversorgung) abzuschließen, hat das Berufungsgericht die in der Berufung gerügten Verfahrensmängel sowie die Beweisrüge nicht

behandelt. Dies bildet einen Mangel des berufungsgerichtlichen Verfahrens, der zur Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts führen muss (RIS-Justiz RS0043051; RS0043371), insoweit nicht aus den unter 1. dargelegten Gründen bereits Spruchreife besteht.

3. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 6. Juni 2013
Dr. P i m m e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

ERV - Rückverkehr - Protokoll

Akt: -- Dokumentname:
Message ID (Rückverkehr): mid://20130702.ZS-002566.R157379.VJ@vj.erv.justiz.gv.at
Urteil
Schriftsatzkennung: ** ER ** Erledigung
Art der Zustellung: RSB
Empfänger: R157379
GZ: 6 OB 163 / 12 gStatus: ERV-Rückmeldung empfangen
Absendendes Gericht: Oberster Gerichtshof , 1016 Wien
Erstelldatum: 03.07.2013 18:35:32
Hinterlegungsdatum bei ERV-Übermittlungsstelle: 03.07.2013 18:24:42
Empfangsdatum: 03.07.2013 18:35:22 durch: sh

Dokument-Anhänge:

www.justiz.gv.at

Oberster Gerichtshof
Schmerlingplatz 11
1011 Wien
Tel.: +43 (0)1 521 52 - 0

Bitte obige Geschäftszahl
in allen Eingaben anführen

DVR: 0000062383

002 6 Ob 163/12g - 2

Univ.Doz.Dr. Wolfgang LIST
Rechtsanwalt
Weimarer Straße 55/1
1180 Wien

Beiliegend wird übermittelt:

Nr.	Anhangsart	Datum	ON/Beilage	Beteiligter	Zeichen (Einbringer)
1	Urteil	06.06.2013			

Oberster Gerichtshof
Gerichtsabteilung 6, am 2. Juli 2013

Dr. Herbert Pimmer
(RICHTER)