

# TE OGH 2019/4/25 50b35/19m

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.04.2019

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ralph Mayer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei I\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Erich Gemeiner, Rechtsanwalt in Wien, wegen 18.224,36 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. November 2018, GZ 11 R 120/18z-39, mit dem das Teil- und Zwischenurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 2. Juli 2018, GZ 58 Cg 112/16s-32, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

## **Text**

Begründung:

Die Beklagte bewohnt seit 2003 eine 35 m<sup>2</sup> große Wohnung, zunächst als Untermieterin, seit 5. 10. 2007 als Hauptmieterin. Am 19. 10. 2007 schloss sie einen Energielieferungs- sowie Netznutzungsvertrag, die Klägerin ist für die Verrechnung der Entgelte der Energielieferantin und der Netzbetreiberin zuständig. Die Beklagte erhielt jährlich Rechnungen für verbrauchten Strom und Netznutzung. Sie ging davon aus, den tatsächlich bezogenen Strom verrechnet bekommen zu haben. Aufgrund eines anonymen Hinweises entdeckte ein Vertreter der Netzbetreiberin am 19. 7. 2016 bei einer Kontrolle in der Wohnung der Beklagten eine Manipulation bei den Stromleitungen. Der Zähler des Strommessgeräts stand still, die Wohnung wurde aber weiterhin mit Strom versorgt. Der Zähler selbst war in Ordnung. In welchem Bereich die Zuleitung zum Zähler unterbrochen worden war, steht nicht fest. Die Umgehungsleitung lag unter Putz und war nicht erkennbar. Die Beklagte hat sie nicht installiert und dies auch nicht beauftragt. Wann und durch welche andere Person diese Manipulation durchgeführt wurde, steht nicht fest.

Die Klägerin begehrte als Inkassozessionarin mit Klage vom 27. 10. 2016 als Entgelt für den widerrechtlichen Strombezug 18.224,36 EUR, wobei ein Betrag von 11.019,52 EUR auf den Zeitraum 16. 10. 2007 bis 11. 3. 2013 und ein Betrag von 7.204,84 EUR auf den Zeitraum 12. 3. 2013 bis 19. 7. 2016 entfällt.

Das Erstgericht wies die Klage im Umfang von 11.019,52 EUR mittels Teilarbeit wegen Verjährung ab und sprach mittels Zwischenurteil aus, dass das Klagebegehren hinsichtlich 7.204,84 EUR nicht verjährt sei. Es verneinte einen Schadenersatzanspruch der Klägerin. Es liege keine unerlaubte Stromentnahme, sondern eine Manipulation an

Stromleitungen zur Umgehung des Zählers im Rahmen eines bestehenden Energielieferungs- und Netznutzungsvertrags vor. Mangels Verschulden scheide auch ein Anspruch auf Vertragsstrafe aus. Allerdings erstrecke sich der Kaufpreisanspruch der Klägerin auch auf nicht durch den Zähler erfassten Strom, sodass ihr ein vertraglicher Anspruch zustehe, der nach § 1486 Z 1 ABGB der dreijährigen Verjährungsfrist unterliege. Bis einschließlich des Rechnungslegungszeitraums 10. 2. 2012 bis 11. 3. 2013 sei der Klageanspruch daher verjährt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Der Klägerin stehe ein (kauf-)vertraglicher Anspruch zu, weil auch unrechtmäßig bezogener Strom Gegenstand des Liefervertrags sei. Auch bei Dauerschuldverhältnissen beginne die Verjährung mit Ablauf der vereinbarten Rechnungsperiode. Abzustellen sei auf die objektive Möglichkeit der Rechnungslegung. Im Übrigen unterliegen auch bereicherungsrechtliche Forderungen aufgrund von Lieferungen von Energie der kurzen Verjährungsfrist des § 1486 Z 1 ABGB. Der Schadenersatzanspruch scheitere am mangelnden Verschulden der Beklagten.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht mit der Begründung zu, es fehle höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage des Beginns und des Ausmaßes der Verjährungsfrist (kauf-)vertraglicher oder bereicherungsrechtlicher Forderungen aufgrund von Leistungen von Energie im Fall einer durch einen Dritten herbeigeführten, dem Strombezieher nicht erkennbaren Manipulation.

In ihrer Revision beantragt die Klägerin die Abänderung dahin, dass die gesamte Klageforderung nicht verjährt sei. Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden § 508a Abs 1 ZPO Ausspruchs des Berufungsgerichts nicht zulässig.

1. Zwar sprach das Berufungsgericht tatsächlich (vgl Berufungsurteil S 8) mehrmals von einer „Manipulation des Zählers“, die in den Feststellungen und den Prozessbehauptungen keine Deckung findet. Abgesehen davon, dass aus der Zulassungsbegründung erkennbar ist, dass auch das Berufungsgericht von einer Umgehungsleitung bzw Überbrückung der Messeinrichtung ausgehen wollte, wäre eine allenfalls darin gelegene Aktenwidrigkeit – wie noch zu zeigen sein wird – von keiner Relevanz für die rechtliche Beurteilung. Nur eine für das Urteil wesentliche Aktenwidrigkeit könnte aber den Revisionsgrund nach § 503 Z 3 ZPO verwirklichen (RIS-Justiz RS0043265).

2. Die behauptete Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft, sie liegt nicht vor § 510 Abs 3 ZPO). Dass sich das Berufungsgericht nicht neuerlich mit dem Beweisthema des Erkennens der zu niedrigen Rechnungsbeträge als im ersten Rechtsgang abschließend erledigten Streitpunkt befasste, ist nicht zu beanstanden (vgl dazu RS0042458; RS0042411).

3.1. Einen Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz bzw Vertragsstrafe haben die Vorinstanzen mangels Verschulden der Beklagten am unrechtmäßigen Strombezug verneint. Der Revision gelingt es nicht, zu diesem Rechtsgrund eine im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen:

3.2. Nach dem für den Obersten Gerichtshof bindend festgestellten Sachverhalt fielen der Beklagten die niedrigen Stromkosten nicht auf, auch die Vermieterin hatte keine deutlich höheren Stromkosten gehabt. Feststellungen dazu, welche elektrischen Geräte in der Wohnung vorhanden waren und benutzt wurden, waren – als bloße Hilfstatsachen betreffend – nicht erforderlich, weil der entscheidende Umstand, dass der Beklagten der niedrige Stromverbrauch nicht auffällig war, ohnedies feststeht. Fragen der Beweislast nach § 1298 ABGB stellen sich daher nicht.

3.3. Richtig ist, dass die Frage, ob eine bestimmte Tatsache einer Partei hätte bekannt sein müssen, die Unkenntnis also Fahrlässigkeit bedeutet, dem Bereich der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen ist (RS0031795). Allerdings bildet die rechtliche Schlussfolgerung der Vorinstanzen, der Beklagten sei ihre Unkenntnis subjektiv nicht vorzuwerfen, keine grobe Fehlbeurteilung, die der Korrektur des Obersten Gerichtshofs bedürfte. Die Herkunft der Beklagten aus der Slowakei war nur ein Hilfsargument, weshalb das Fehlen der Feststellung zu Stromkosten in der Slowakei keinen relevanten Verfahrensmangel begründet. Vertreter der Klägerin kamen in den Jahren 2008 und 2009, später dann alle drei Jahre regelmäßig zum Ablesen des Zählerstands in die Wohnung der Beklagten. Selbst wenn ihnen die Umgehungsleitung – ebenso wie der Beklagten – nicht auffiel, wäre es ihnen anhand der dort befindlichen Elektrogeräte ein leichtes gewesen, die Plausibilität des ausgewiesenen Stromverbrauchs ihrerseits bereits früher (und nicht erst aufgrund eines anonymen Hinweises) in Frage zu stellen. Dazu kommt die von den Vorinstanzen

hervorgehobene, äußerst einfache Lebensweise der Beklagten, die ihr nicht zwingend Anlass dafür gab, den sehr geringen Strombezug zu bezweifeln. Die in der Revision angestellten Überlegungen zum Gesamtstromverbrauch, zum Durchschnittsverbrauch pro Tag und zu der aus den Rechnungen ersichtlichen Zusammensetzung der Energiekosten verlangen intellektuelle Fähigkeiten und Kenntnisse des durchschnittlichen Stromverbrauchs einzelner Geräte, die die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt nicht hatte. Eine Verständigungspflicht lässt sich aus Pkt XI Z 10 der Allgemeinen Netznutzungsbedingungen nicht ableiten, betrifft diese doch nur Störungen oder Beschädigungen der Messeinrichtung, die für den Netzkunden erkennbar sind. Abgesehen davon, dass es hier gerade nicht um eine Störung oder Beschädigung der Messeinrichtung ging, fehlte es nach der nicht korrekturbedürftigen Auffassung der Vorinstanzen hier schon an der Erkennbarkeit des Umstands, dass Strom über eine Umgehungsleitung bezogen wird. Die Argumentation, die Beklagte habe (bewusst) Stillschweigen bewahrt, um Vorteile aus dieser Situation lukrieren zu können, widerspricht dem festgestellten Sachverhalt; insoweit ist die Rechtsrügen nicht gesetzesgemäß ausgeführt (vgl RS0043603).

3.4. Damit ist die Auffassung der Vorinstanzen, der Beklagten sei hier der Beweis ihres mangelnden Verschuldens gelungen, nicht zu beanstanden, weshalb ein Anspruch auf Schadenersatz und Vertragsstrafe ausscheidet.

4.1. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof setzt voraus, dass die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage abhängt (RS0088931). Dies ist bei der vom Berufungsgericht in der Zulassungsbegründung genannten Einordnung des Anspruchs als vertraglich und/oder bereicherungsrechtlich nicht der Fall, zumal in beiden Fällen von der Verjährung des abgewiesenen Teils des Klagebegehrens auszugehen wäre:

4.2. Die Klägerin behauptet in ihrer Revision, nur der über den Stromzähler geführte Strom sei vertragsgegenständlich, Energiekonsum über die Umgehungsleitung sei nicht Gegenstand des Liefervertrags, sodass der Klageanspruch als Verwendungsanspruch zu qualifizieren sei. Auch als vertraglicher Entgeltanspruch wäre die Klageforderung nicht verjährt, weil weder der Energielieferant noch der Netzbetreiberin eine frühere Rechnungslegung objektiv möglich gewesen wäre.

4.3. Grundsätzlich beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem das Recht „zuerst hätte ausgeübt werden können“, seiner Geltendmachung also kein rechtliches Hindernis – wie etwa mangelnde Fälligkeit – entgegensteht. Es kommt dabei nur auf die objektive Möglichkeit zur Geltendmachung an (RS0034343 [T4]; RS0034362 [T1]). Subjektive, nur in der Person des Berechtigten liegende Hindernisse haben auf den Beginn der Verjährungszeit keinen Einfluss, soweit das Gesetz – wie etwa in § 1489 ABGB für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen – keine Ausnahme macht. Auf die Kenntnis des Berechtigten vom Bestehen des Anspruchs oder der Person des Verpflichteten kommt es daher grundsätzlich nicht an (RS0034248 [T7]). Auf die Ausnahme im Fall arglistigen Verhaltens des Verpflichteten (vgl RS0034292; RS0014838), die die Vorinstanzen verneinten, kommt die Revision nicht mehr zurück.

4.4. Die weite Fassung des § 1486 Z 1 ABGB umfasst nach der Absicht des Gesetzgebers „so ziemlich den ganzen geschäftlichen Verkehr“, sodass Unternehmer ihre Forderungen grundsätzlich binnen drei Jahren geltend zu machen haben (RS0034137). Demnach unterliegen Forderungen eines Energieversorgungsunternehmens aufgrund der Lieferung von Energie – so auch auf Errichtung eines Netzbereitstellungsentgelts – der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist des § 1486 Z 1 ABGB (RS0122723; RS0124811). Nach gesicherter Rechtsprechung (RS0019996) ist der Stromlieferungsvertrag ein Dauerschuldverhältnis, das als Kaufvertrag in Form eines Sukzessivlieferungsvertrags den Vorschriften über Kaufverträge unterliegt (RS0025878 [T2]).

4.5. Die in der Revision zitierte Judikatur zur Fälligkeit von Werklohnforderungen ist hier daher schon mangels Vorliegens eines Werkvertrags nicht einschlägig. Dass der Energielieferant und/oder der Netzbetreiberin eine Verrechnung der über die Umgehungsleitung bezogenen Energie objektiv nicht möglich gewesen wäre, ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht; hätte dies doch nur eine Kontrolle durch Mitarbeiter der Klägerin – wie 2016 tatsächlich erfolgt – vorausgesetzt. Dass Personal dafür bei der Netzbetreiberin und/oder Energielieferant nicht zur Verfügung steht, ist keine Frage der objektiven Möglichkeit früherer Rechnungslegung, sondern nur der subjektiv mangelnden Kenntnis von der Umgehungsleitung. Bejaht man mit den Vorinstanzen den vertraglichen Charakter dieser Entgeltansprüche, ist deren Verjährung ausgehend von der vom Erstgericht festgestellten Rechnungslegung für den Zeitraum bis einschließlich 11. 3. 2013 mit 19. 4. 2013 und der Hemmung der Verjährung erst mit Schreiben vom 23. 8. 2016 nicht zu beanstanden.

4.6. Dass hier – entgegen der Argumentation des Berufungsgerichts – keine Manipulation am Zähler vorgenommen,

sondern eine Umgehungsleitung zur Vermeidung der Zählung bezogenen Stroms installiert wurde, spricht nicht zwingend gegen eine Qualifikation als vertraglichen Entgeltanspruch. Hervorzuheben ist Pkt I der AGB (./D) der Energielieferantin, der als Vertragsgegenstand ganz allgemein die Lieferung von elektrischer Energie an den Kunden zur Deckung seines Eigenbedarfs vorsieht, ohne dass dort von einem „Zählpunkt“ die Rede wäre. Die Rechtsfolgen von Manipulationen sind in den AGB der Energielieferantin und der Netzbetreiberin gleich geregelt, dies unabhängig davon, ob eine Messeinrichtung durch den Kunden umgangen oder das Messergebnis direkt beeinflusst wird. In beiden Fällen wird der Energielieferantin bzw der Netzbetreiberin die Verrechnung einer Vertragsstrafe zugestanden (Pkt VIII Z 1 in ./D sowie Pkt XXII Z 1 in ./E). Eine dem deutschen § 18 StromGVV vergleichbare Bestimmung kennt das österreichische Recht zwar nicht, Pkt VII der AGB ./D lehnt sich an deren Wortlaut aber durchaus an und ist inhaltlich vergleichbar. Die Definition des „Zählpunkts“ in § 7 Abs 1 Z 83 EIWOG als Einspeise- bzw Entnahmestelle, an der eine Strommenge messtechnisch erfasst und registriert wird, sagt über die rechtliche Qualifikation der nicht über den Zählpunkt bezogenen Strommenge nichts aus. Im Übrigen trat diese Bestimmung gemäß § 109 Abs 2 EIWOG 2010 erst mit 3. März 2011 in Kraft und war daher auf die bereits 2007 abgeschlossenen Verträge nicht anwendbar. § 7 des EIWOG BGBI 143/1998 enthielt keine vergleichbare Definition. Letztlich kann die Frage der rechtlichen Qualifikation dieses Strombezugs als vertraglich aber dahingestellt bleiben:

4.7. Selbst wenn man der Argumentation der Klägerin folgt, es handle sich um einen Verwendungsanspruch iSd§ 1041 ABGB, wäre dieser hier§ 1486 Z 1 ABGB zu unterstellen. Zwar unterliegen Ansprüche aus der Verwendung von außerhalb eines Vertrags erbrachten Leistungen des Unternehmers (wie etwa Planungsleistungen an Architekten) nach § 1041 ABGB nicht den in§ 1486 Z 1 ABGB genannten Ansprüchen für Lieferung von Sachen oder Ausführung von Arbeiten oder sonstigen Leistungen in einem gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Betrieb und verjährten daher in 30 Jahren (RS0126350 = 4 Ob 117/10z). Allerdings unterscheidet § 1486 Z 1 ABGB grundsätzlich nicht nach der Rechtsnatur des Anspruchs, sodass selbst ein Verwendungsanspruch nach herrschender Auffassung der kurzen Verjährungsfrist unterliegt, wenn er sich aus einem Sachverhalt ableitet, der sich objektiv als Leistung „in einem geschäftlichen Betriebe“ darstellt (Vollmaier in Klang3 § 1486 Rz 9, 15 mwN).§ 1486 Z 1 ABGB erfasst daher nicht nur Forderungen aus einem gültigen Vertragsverhältnis, sondern etwa auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Aufwandersatz nach § 1041 ABGB oder Bereicherungsansprüche aus ungültigen, sonst jedoch§ 1486 ABGB unterliegenden Rechtsgeschäften (RS0034137 [T6]; konkret zu Energielieferungs- und Netznutzungsverträgen RS0124811; 7 Ob 269/08x; 2 Ob 185/11m; zuletzt 9 Ob 2/15g). Die 30-jährige Verjährung wäre nur dann anzuwenden, wenn eine Leistung oder Lieferung im geschäftlichen Betrieb nicht vorliegt (RS0020167). Voraussetzung für die kurze Verjährungsfrist nach § 1486 Z 1 ABGB ist weiters, dass der Anspruchsteller an oder für den Anspruchsgegner – wenn auch nicht vertraglich gedeckte – Leistungen erbrachte (RS0034137 [T8] = 2 Ob 217/09i) und dass die Forderung, die der dreijährigen Verjährungsfrist unterworfen werden soll, das Entgelt für eine der im Gesetz aufgezählten Gegenleistungen bilden oder funktionell vertraglichen Erfüllungsansprüchen ähneln oder wirtschaftlich an deren Stelle treten muss, sodass ein synallagmatisches Leistungsverhältnis (wie Vertrag, Auftrag oder Geschäftsbesorgung) vorauszu setzen ist (RS0034280 [T2] = 4 Ob 181/13s).

4.8. Diese Voraussetzungen sind hier nach der nicht korrekturbedürftigen Auffassung des Berufungsgerichts gegeben. Auf eine bewusste Zuwendung der Energie im Einzelfall (somit bei jedem Einschalten eines elektrischen Verbrauchers) kommt es beim Sukzessivlieferungsvertrag nicht an. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Energielieferantin und die Netzbetreiberin ihre Leistungen bewusst zur Verfügung stellten; dass deren korrekte Abrechnung aufgrund der Umgehung der Zählstelle, hinsichtlich derer nicht einmal feststeht, wann und von wem sie installiert wurde, zunächst nicht erfolgte, ändert nichts daran, dass es sich jedenfalls um eine Leistung oder Lieferung im geschäftlichen Betrieb dieser Unternehmen handelt, für die Entgelt zu entrichten ist, der es aber – folgt man der Auffassung der Revisionswerberin – insoweit an einer vertraglichen Deckung ermangeln würde. Auch einen derartigen Anspruch nach § 1041 ABGB der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist zu unterstellen, wie dies die Vorinstanzen in ihrer Hilfsbegründung getan haben, hält sich aber im Rahmen der bisherigen Lehre und Rechtsprechung. Dass im Fall der Qualifikation als Bereicherungsanspruch die Verjährungsfrist bereits mit Eintritt der Bereicherung beginnt (vgl 1 Ob 32/08z mwN), würde sich hier nur zu Lasten der Revisionswerberin auswirken, zumal die Vorinstanzen von einer Verjährung des vertraglichen Anspruchs erst mit Rechnungslegung für den Zeitraum bis 11. 3. 2013 am 19. 4. 2013 ausgegangen sind. Auch eine Qualifikation als Verwendungsanspruch iSd § 1041 ABGB würde daher im Ergebnis nicht zugunsten der Revisionswerberin ausschlagen.

5. Die Revision war daher zurückzuweisen (§ 510 ZPO).

6. Im Zwischenstreit über die mangels erheblicher Rechtsfrage verneinte Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen ein Teilurteil findet ein Kostenvorbehalt nach § 52 ZPO nicht statt (RS0123222); da die Beklagte aber nicht auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen hat, hat sie die Kosten der Revisionsbeantwortung selbst zu tragen (RS0035962).

**Textnummer**

E125167

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:0050OB00035.19M.0425.000

**Im RIS seit**

06.06.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

03.11.2021

**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)