

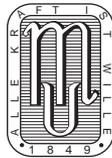
Gedenkschrift

ROBERT REBHAHN

Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Kietaihl
Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler
Priv.-Doz. Dr. Harun Pačić

Sonderdruck



Wien 2019
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Grenzbereiche der Amtshaftung bei der Daseinsvorsorge

Stefan Perner, Wien

Übersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Ausgangsfrage
- III. Anerkannte Kriterien für die Anwendung des AHG
- IV. Schwierigkeiten der Einordnung: Das Beispiel Wasserverband
 - A. Daseinsvorsorge und Hoheitsverwaltung
 - B. Rechtsprechung zu Wasserverbänden
 - C. Zwischenbilanz
 - D. Einordnung anhand der Landesgesetze
- V. Praktische Folgen der Einordnung
 - A. Amtshaftung und ABGB
 - B. Mehrspurige Verantwortung bei Abwasserentsorgung
- VI. Ergebnis

I. Vorbemerkung

Der folgende Beitrag untersucht eine Fragestellung an der Schnittstelle von Amtshaftung und allgemeinem Schadenersatzrecht, die Querbezüge zum öffentlichen Recht aufweist. Das Thema eignet sich daher in besonderer Weise für eine Untersuchung in dieser Schrift: *Robert Rebhahn* hat nicht nur zu Grundfragen der Amtshaftung veröffentlicht.¹⁾ Er verstand es vor allem – wie jeder weiß, der mit ihm über juristische Fragestellungen diskutieren durfte – wie kein zweiter, vernetzt zu denken, den Gesprächspartner mit einem über den Tellerrand des eigenen Fachs reichenden Argument aus der Reserve zu locken und nicht selten zu überzeugen, die eigene Position zu überdenken.

So erging es auch dem *Verfasser* dieses Beitrags, der in den letzten Jahren vor allem in Klagenfurt oft die Gelegenheit hatte, *Robert Rebhahn* – Universitätsratsvorsitzender der AAU und „Elder Statesman“ des dortigen Instituts für Rechtswissenschaften – anzutreffen und ihm Gesellschaft zu

1) *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr. Eine Studie insbesondere zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht (1997).

leisten. Dass der Anstoß für die vorliegende Untersuchung aus Kärnten kommt – ein Wasserverband suchte Orientierung bei der Frage nach seiner Haftung, um eine darauf aufbauende Versicherung abzuschließen –, hätte ihn daher wohl gefreut. Jedenfalls bietet der Beitrag eine Gelegenheit, *Robert Rebhahn* für seine Unterstützung und seine Freundschaft zu danken. Es war ein Privileg, von ihm lernen zu dürfen.

II. Ausgangsfrage

Die in diesem Beitrag behandelte Frage hat einen wasserrechtlichen Ansatzpunkt: Zum Zweck der Beseitigung und Reinigung von Abwässern sowie der Reinhaltung von Gewässern (§ 73 Abs 1 lit d WRG) werden meist *Wasserverbände* (vgl den 10. Abschnitt des WRG) gebildet, wenn sich die erforderlichen Maßnahmen über den Bereich mehrerer Gemeinden erstrecken (§ 87 Abs 1 WRG). Solche Verbände – denen die betroffenen Gemeinden als Mitglieder angehören (vgl § 87 Abs 2 lit a WRG) – haben als Körperschaften des öffentlichen Rechts nach § 87 Abs 1 WRG Rechtspersönlichkeit. Zur Umsetzung ihrer Aufgaben schließen die Wasserverbände – vertreten durch ihre Leitungsorgane – Verträge mit Unternehmern ab, zB um eine Kanalanlage zu bauen und zu warten.

Vor dem dargestellten Hintergrund soll die *Frage nach der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit* gestellt werden: Wer haftet etwa für Schäden, die – um das Beispiel aufzugreifen – durch fehlerhaft oder gar nicht gewartete Kanalanlagen bei dritten Personen verursacht werden? Das Schadensrisiko ist naturgemäß erheblich: Von der Beschädigung (Überschwemmung) von Häusern über Gewässerverschmutzungen bis hin zu Umsatzeinbußen von Bade- und Hotelbetrieben ist zu denken.

Die Haftungsfrage wirkt auf den ersten Blick mit Standardwissen des Schadenersatzrechts lösbar. Wie eine nähere Betrachtung zeigt, täuscht der Eindruck. Es ist nämlich weitgehend unklar, ob und in welchem Ausmaß die angesprochenen Tätigkeiten als *hoheitlich* zu qualifizieren sind, sodass sie in den Anwendungsbereich des AHG fallen. Dies ist in der Folge zu zeigen.

III. Anerkannte Kriterien für die Anwendung des AHG

Die Antwort auf die Frage, ob eine Tätigkeit Amtshaftung oder allgemein-zivilrechtliche Haftung nach dem ABGB auslöst, scheint auf den ersten Blick einfach zu sein: Es kommt darauf an, ob die schädigende Handlung „in Vollziehung der Gesetze“ (§ 1 Abs 1 AHG) vorgenommen wurde. Rechtsverletzungen durch die Rsp und die *Hoheitsverwaltung* sind also erfasst, ausgenommen sind hingegen die Bereiche der Gesetzgebung und der *Privatwirtschaftsverwaltung*.²⁾

2) Siehe nur *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ VII (2016) § 1 AHG Rz 17.

Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit ist allerdings – was an dieser Stelle nicht zu vertiefen ist – sehr schwierig.³⁾ Die Rsp geht im Wesentlichen davon aus, dass es für die Abgrenzung nicht auf die Motive und den Zweck der Verwaltungstätigkeit ankomme, entscheidend sei vielmehr, welche *rechtstechnischen Mittel* die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereit hält und welche Mittel der Rechtsträger konkret einsetzt. Es gelte unter Ausschöpfung aller Interpretationsmöglichkeiten zu ermitteln, welche Vollzugsform der Gesetzgeber angewendet wissen wolle.⁴⁾

Abstrakt gesprochen lässt sich das iS der Judikatur so formulieren: Ein Organ eines Rechtsträgers handelt „in Vollziehung der Gesetze“, wenn es zur Erreichung von Verwaltungszielen *Hoheitsakte*⁵⁾ setzt, auf dem Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung, wenn es sich der Mittel bedient, die die Rechtsordnung auch Privaten zur Verfügung stellt. Hoheitsverwaltung liege damit vor, wenn der Rechtsträger dem Staatsbürger mit *Befehls- und Zwangsgewalt* ausgestattet gegenübertritt. Dabei sei es grds irrelevant, ob der Rechtsträger selbst handelt oder die hoheitliche Aufgabe *an einen Dritten überträgt*. Die Übertragung alleine mache eine öffentliche Aufgabe nicht schon deswegen zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit.⁶⁾

Die hoheitliche Tätigkeit ist jedoch nach der Rsp – und damit beginnt es für uns schwierig zu werden – nicht auf die unmittelbare Ausübung (oder Unterlassung) von Befehls- und Zwangsgewalt beschränkt. Entscheidend sei, dass eine Aufgabe ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur ist. Ist dies zu bejahen, sind auch alle damit in Zusammenhang stehenden Maßnahmen „Vollziehung der Gesetze“, selbst wenn die Handlung nur die Ausübung hoheitlicher Gewalt vorbereitet oder abschließt.⁷⁾ Von der hoheitlichen Tätigkeit seien daher auch bestimmte *faktische Tätigkeiten* – Verhaltensweisen außerhalb der formellen Hoheitsakte – umfasst, wenn diese einen hinreichend *engen inneren und äußeren Zusammenhang* mit der hoheitlichen Aufgabe aufweisen.⁸⁾ Anhand der Wasserverbände lässt sich nun zeigen, welche Schwierigkeiten mit dieser Einordnung verbunden sind.

3) Siehe zu den Theorien etwa *Ziehensack*, AHG² (2011) § 1 Rz 267 ff. In jüngerer Zeit war vor allem die „schlichte Hoheitsverwaltung“ Anlass für ausführliche Untersuchungen; s *Cohen*, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung, JBl 2014, 163 und 228; *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung (2018) insb 7 ff. Siehe auch *Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in FS Mayer (2011) 515.

4) RIS-Justiz RS0049882, RS0102497.

5) Was eben nicht generell mit „Vollziehung von öffentlichem Recht“ gleichzusetzen ist, *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 10.

6) ZB OGH 1 Ob 3/89.

7) ZB OGH 1 Ob 114/07 g.

8) Siehe etwa OGH 1 Ob 75/15h.

IV. Schwierigkeiten der Einordnung: Das Beispiel Wasserverband

A. Daseinsvorsorge und Hoheitsverwaltung

Der Bereich der Abwasserentsorgung gehört – wie etwa auch die Wasserversorgung oder die Müllabfuhr – zum Bereich der Daseinsvorsorge. Sie kann von einem Rechtsträger abstrakt sowohl im Rahmen der *Privatwirtschaftsverwaltung* (durch Abschluss von Verträgen) als auch in *Vollziehung der Gesetze* (etwa durch bescheidmäßige Vorschreibung) erbracht werden.⁹⁾ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine Leistung der Daseinsvorsorge konkret hoheitlich oder im Rahmen des Privatrechts erbracht wird.

Sind vom Gesetzgeber die Handlungsformen des öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt, ist die Wahl zwischen hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Verwaltung dem Rechtsträger nach traditioneller Ansicht freigestellt, soweit nicht durch die einfache Gesetzgebung ausdrücklich anderes bestimmt ist. Eine Wahlmöglichkeit steht jedenfalls offen, solange die Rechtsvorschriften zur hoheitlichen Vorgangsweise bloß ermächtigen. Das gilt auch für die Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge.¹⁰⁾

Es kann daher nicht allgemein gesagt werden, dass ein bestimmter Bereich der Daseinsvorsorge jedenfalls der hoheitlichen oder der privatwirtschaftlichen Tätigkeit zugeordnet wird. Es muss immer *im Einzelfall überprüft* werden, ob die Kriterien für das Vorliegen hoheitlicher Tätigkeit erfüllt sind.

Ein Judikaturbeispiel aus der *Wasserversorgung* illustriert das: Eine von der Gemeinde erlassene Wasserleitungsordnung hatte einen mit *Bescheid durchsetzbaren Anschlusszwang* sowie die *Vorschreibung von Gebühren* vorgesehen und *Verstöße als Verwaltungsübertretung* geahndet. Entstehen einem (mittels Anschlusszwang) an eine Gemeindewasserversorgungsanlage angeschlossenen Teilnehmer durch deren Betrieb Schäden – zB durch den Konsum von bleihaltigem Trinkwasser –, ist nach dem OGH das AHG anwendbar.¹¹⁾

Wie bereits erwähnt, fallen nicht nur die eigentlichen Akte der Befehls- und Zwangsgewalt in den Bereich der Hoheitsverwaltung, sondern auch damit im engen Zusammenhang stehende *faktische Tätigkeiten*: Der OGH musste sich etwa mit Schäden auseinandersetzen, die durch ein Baggerunternehmen verursacht worden waren, welches von der Bezirksverwaltungsbehörde (namens des zuständigen Rechtsträgers als Wasserrechtsbehörde erster Instanz) den Auftrag bekam, durch einen Tankwagenunfall kontaminiertes Erdreich zu entfernen.¹²⁾ Der OGH sprach aus, dass

9) ZB OGH 1 Ob 47/91; 1 Ob 98/16t (jeweils Wasserversorgung).

10) So OGH 6 Ob 163/12 g mit Verweis auf *Ruppe*, Finanzierungsalternativen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 55 (81) mwN; *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1988) 404.

11) OGH 1 Ob 256/05m; vgl auch OGH 6 Ob 163/12 g.

12) OGH 1 Ob 56/98m.

das Baggerunternehmen, das bloß faktisch tätig war und selbst keine hoheitlichen Befugnisse hatte, *hoheitlich gehandelt hatte*. Dies wurde damit begründet, dass unmittelbar mit hoheitlichem Handeln im Zusammenhang stehende Aufgaben (im konkreten Fall Maßnahmen nach § 31 Abs 3 WRG)¹³) an das Baggerunternehmen übertragen wurden. Die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde (Bezirkshauptmannschaft) musste gem § 31 Abs 3 WRG bei Gefahr im Verzug selbst die erforderlichen Maßnahmen zur Schadensverhinderung iZm (drohenden) Gewässerunreinigungen vornehmen oder aber damit einen Dritten beauftragen. Das Baggerunternehmen handelte *insoweit statt der Behörde als behördliches Hilfsorgan*. Dafür sprach nach dem OGH auch, dass die Einbringung der durch den beauftragten Bau- oder Baggerunternehmen verrechneten Kosten gegenüber dem Verpflichteten mit Bescheid, also mit den Mitteln des öffentlichen Rechts, zu erfolgen hatte.

Diese Entscheidungen zeigen, dass der OGH – wie oben bereits generell dargelegt – darauf abstellt, ob der Rechtsträger im konkreten Fall mit Befehls- oder Zwangsbefugnissen ausgestattet ist und welchen Zusammenhang die Tätigkeit der handelnden Personen mit der Daseinsvorsorge hat.

Im Lichte der dargestellten Rsp ist nun zur Frage zurückzukehren, ob ein Wasserverband *hoheitlich oder privatwirtschaftlich* tätig ist.

B. Rechtsprechung zu Wasserverbänden

Bei der Abgrenzung ist zunächst auf eine einschlägige Entscheidung des OGH – 1 Ob 3/89 – einzugehen: Aufgabe des in der Entscheidung beklagten Wasserverbands in Vorarlberg war laut Satzung, die *Beseitigung von anfallenden Abwässern und deren Reinigung in einer gemeinsamen Kläranlage* zu übernehmen. Zu seinen Aufgaben gehörten die Errichtung der Verbandsanlagen, ihre Instandhaltung, ihr ordnungsgemäßer Betrieb sowie die laufende Überwachung des Zustandes und der Wirkung.

Der OGH qualifizierte den Wasserverband zunächst als Selbstverwaltungskörper, der im Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist. Als solcher könne er Leistungen sowohl im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als auch in Vollziehung der Gesetze erbringen.

Nach dem damals in Vorarlberg geltenden Kanalisationsgesetz¹⁴) hatte die Gemeinde für die Errichtung und den Betrieb einer öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage zu sorgen. Das in Geltung stehende Kanalisationsgesetz sah vor, dass Eigentümer von Bauwerken und befestigten Flächen grds verpflichtet waren, diese an den Sammelkanal anzuschließen und ihre Abwässer dahin einzuleiten (*Anschlusspflicht*). Die Behörde (Bürgermeister) hatte den Anschluss mit *Bescheid* aufzutragen. Weiters konnte die Behörde die notwendigen Untersuchungen der Abwässer auf Kosten des Anschlusspflichtigen vornehmen und war er-

13) Dazu noch unten Punkt V.B.

14) LGBl 1979/33.

mächtigt, damit in Zusammenhang stehende Verordnungen zu erlassen. Die Gemeinden waren berechtigt, *Kanalisationsbeiträge und Kanalbenützungsgebühren vorzuschreiben*. Wenn Abwässer oder Niederschlagswässer ohne den erforderlichen Anschlussbescheid eingeleitet wurden, war bei Gefahr im Verzug die Ausübung *unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt* zulässig. Die Einleitung von Abwässern ohne entsprechenden Bescheid wurde als *Verwaltungsübertretung* geahndet.

Zur Stellung des Wasserverbandes führte der OGH aus, dass diesem eigene hoheitliche Rechte, etwa die Fällung von Schlichtsprüchen nach § 97 Abs 2 WRG und die Erlassung der Satzung sowie allenfalls eines Sanierungsplanes nach den §§ 77 und 92 WRG, zustünden. Die im Wasserverband zusammengeschlossenen Gemeinden hätten diesem aber auch unmittelbar im *Zusammenhang mit ihrer hoheitlichen Tätigkeit* stehende Aufgaben wie die Inbetriebnahme und den ordnungsgemäßen Betrieb der Sammelkanäle übertragen. Die Übertragung an den Wasserverband mache die öffentliche Aufgabe noch zu keiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Es liege daher Vollziehung der Gesetze vor, welche immer noch durch den *Rechtsträger „Gemeinde“* erfolge. Auch unmittelbar im Zusammenhang stehende Ereignisse wie *Schädigungen* durch den Betrieb der Anlage gehörten demnach zur Hoheitsverwaltung.

Die Entscheidung macht deutlich: Die Abwasserbeseitigung kann trotz Übertragung von Aufgaben an einen Wasserverband in Vollziehung der Gesetze vorgenommen werden. Dabei kommt es darauf an, ob den Gemeinden in den jeweiligen Landesgesetzen im Bereich der Abwasserentsorgung die besonderen *rechtstechnischen Mittel* der Handlungsformen des öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt werden.¹⁵⁾

Umstritten ist jedoch nach der Rsp, wie weit die hoheitliche Tätigkeit im Einzelnen reicht. Nach der dargestellten Rsp fallen nämlich zwar jedenfalls der *Betrieb und die Erhaltung der Anlagen* in den Bereich der Hoheitsverwaltung. *Anderes könnte für die erstmalige Errichtung der Anlage gelten* – obwohl es sich dabei natürlich ebenfalls um eine Aufgabe der Wasserverbände handelt: In der Judikatur wurde nämlich allgemein ausgesprochen, dass die Errichtung von Anlagen, auch wenn deren Betrieb im Rahmen der Hoheitsverwaltung erfolgt, zur Privatwirtschaftsverwaltung gehöre.¹⁶⁾ Auf der anderen Seite finden sich jedoch auch Entscheidungen, die offenbar nicht zwischen Errichtung und Erhaltung unterscheiden.¹⁷⁾

15) Dies wird auch durch OGH 1 Ob 193/01 s zum Tiroler KanalisationsG 1985 bestätigt; in der Entscheidung weist der OGH nämlich darauf hin, dass erst das seit 1. 1. 2001 geltende neue Recht Kanalanschlüsse in Tirol privatrechtlichen Vereinbarungen unterwerfe.

16) OGH 1 Ob 43/88; 1 Ob 39/91 (Wasserversorgungsanlage); 1 Ob 9/96.

17) ZB OGH 1 Ob 31/78; 1 Ob 183/68; 1 Ob 206/08 p; vgl allgemein RIS-Justiz RS0010549 („Errichtung, Betrieb und Erhaltung“ der Wiener Wasserleitung).

C. Zwischenbilanz

Nach der Rsp fällt also die *Errichtung einer Kanalisationsanlage in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung*. Somit wäre in diesem Bereich das AHG nicht anwendbar und es bliebe bei einer Haftung nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen. Freilich geht es bei den hier interessierenden Haftungsfragen meist nicht primär um die Errichtung der Anlage, sondern die Erhaltung – und diese soll dem AHG sehr wohl unterfallen.

Dieser Einordnung kann *Kritik* nicht erspart bleiben:¹⁸⁾ Die der Rsp zu entnehmende Differenzierung zwischen Errichtung auf der einen Seite und Erhaltung (Betrieb) auf der anderen kann nicht überzeugen. Der OGH führt selbst aus, dass alle mit der hoheitlichen Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Maßnahmen als in Vollziehung der Gesetze erfolgt angesehen werden, wenn sie nur einen hinreichend engen Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe aufweisen.¹⁹⁾ Dies soll bei vorbereitenden oder abschließenden Tätigkeiten der Fall sein. Warum jedoch die *Errichtung* einer Kanal- oder Wasserversorgungsanlage keine vorbereitende Tätigkeit ist, erscheint schwer nachvollziehbar, zumal es sich gerade nicht um die Errichtung eines gewöhnlichen, austauschbaren Gebäudes (zB Bürogebäude) handelt. Für die Gleichbehandlung spricht außerdem, dass auch iZm der Errichtung des Kanals häufig hoheitliche Befugnisse vorgesehen sind. So hat etwa nach § 3 des Kärntner Gemeindekanalisationsgesetzes die Bezirksverwaltungsbehörde auf Antrag eines Anschlusspflichtigen (oder Anschlusswerbers) gegen Entschädigung das gegen jedermann wirkende Recht einzuräumen, einen bestehenden Anschlusskanal mitzubenenutzen (oder sogar einen neuen am Nachbargrund zu errichten).

D. Einordnung anhand der Landesgesetze

Die dargestellten Grundsätze sind bislang unwidersprochen geblieben. Freilich basieren sie auf landesgesetzlichen Rahmenbedingungen aus Vorarlberg (dieses Bundesland war in der Entscheidung betroffen) von vor etwa 30 Jahren. Bei einer Überprüfung der Vorgaben der Bundesländer, die im Detail voneinander abweichen, ist allerdings festzuhalten, dass sich im Grundsatz nichts geändert haben dürfte.

Die Länder haben durchwegs einschlägige Kanalgesetze, die vorsehen, dass Gemeinden (jedenfalls in bestimmten größeren geschlossenen Siedlungen) *Kanalisationsanlagen zu errichten und zu betreiben haben*, die der Sammlung, Ableitung, Reinigung, Behandlung oder Beseitigung der im Gemeindegebiet anfallenden Abwässer dienen.²⁰⁾ Die Rechtsgrundlagen

18) Siehe schon *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ VII § 1 AHG Rz 39, der zu Recht darauf hinweist, dass die Entscheidungen „nicht ganz widerspruchsfrei“ sind.

19) OGH 1 Ob 39/91.

20) Siehe (alphabetisch nach Bundesland, LGBl jeweils idGF): Bgld Kanalanschlussgesetz 1989, LGBl 1990/27; Ktn Gemeindekanalisationsgesetz 1999, LGBl 1999/62; NÖ Kanalgesetz 1997, LGBl 8230-0; OÖ Abwasserentsorgungsgesetz 2001,

sehen vor, dass sich die Gemeinden an der Errichtung und dem Betrieb einer Kanalisationsanlage eines anderen Rechtsträgers (Wasserverband) beteiligen können.

Durchwegs legt der Gemeinderat durch *Verordnung* den Einzugsbereich der Kanalisationsanlage fest, es besteht eine *Anschlusspflicht* für Eigentümer von Grundstücken und der Bürgermeister hat die Anschlusspflicht mit *Bescheid* auszusprechen. Zahlreiche hoheitliche Befugnisse des Bürgermeisters und der Bezirksverwaltungsbehörden (zB Einräumung des Rechts, einen bestehenden Anschlusskanal mitzubenzützen; Überwachung; Behebung von Mängeln und Beseitigung von Missständen; Strafbestimmungen) runden das Bild ab.

All diese Bestimmungen zeigen aus Sicht des Verfassers deutlich, dass den Gemeinden im Bereich der Abwasserentsorgung durchwegs die besonderen *Handlungsformen der Hoheitsverwaltung zur Verfügung gestellt* werden; oft sind sie nicht nur dazu ermächtigt, sondern müssen sogar hoheitlich handeln.

Einzig bei der *Abgabeneinhebung* – somit in einem Teilbereich der in Frage stehenden Tätigkeit – steht es den einzelnen Gemeinden oft frei zu entscheiden, ob sie privatrechtlich oder hoheitlich tätig werden. Während etwa der Kanalanschlussbeitrag in Kärnten vom Bürgermeister mit *Bescheid* festzusetzen ist (§ 16 Kärntner Gemeindekanalisationsgesetz), wird in Tirol ein *Anschlussvertrag* zwischen Eigentümer und Betreiber der Abwasserentsorgungsanlage abgeschlossen (§ 8 Tiroler Kanalisationsgesetz).²¹⁾

Dies ändert aber nach Ansicht des Autors nichts an der grds Einordnung der Tätigkeit als hoheitlich. Dies illustriert eine jüngere Entscheidung des OGH²²⁾ zum Kärntner Gemeindewasserversorgungsgesetz,²³⁾ das ebenfalls eine Wahlfreiheit zwischen Gebührenerhebung und der Ausschreibung privatrechtlicher Entgelte vorsieht. Der OGH führt aus, dass der Gemeinde die Wahlfreiheit auch dann zustehe, wenn die Benützung der Gemeindeanlage eindeutig auf öffentlich-rechtlicher, hoheitlicher Grundlage geregelt ist.²⁴⁾ Obwohl der OGH dazu nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, wird dies dahingehend gedeutet werden können, dass die Wasserversorgung selbst – und somit kann auch für die Abwasserent-

LGBI 2001/27 sowie das OÖ Interessentenbeiträge-Gesetz 1958, LGBI 1958/28; Salzburger Benützungsgebührengesetz, LGBI 1963/31; Steiermärkisches Kanalgesetz 1988, LGBI 1988/79; Tiroler Kanalisationsgesetz 2000, LGBI 2001/1; Vorarlberger Gesetz über öffentliche Abwasserbeseitigungsanlagen (Kanalisationsgesetz), LGBI 1989/5; Wiener Kanalanlagen- und Einmündungsgebührengesetz, LGBI 1955/22 und Kanalräumungs- und Kanalgebührengesetz, LGBI 1978/2.

21) Beachte freilich § 10 *leg cit*, wonach es zu einem Anschlussbescheid kommt, wenn der Vertrag nicht zustande kommt.

22) OGH 6 Ob 163/12 g.

23) LGBI 1997/107.

24) OGH 6 Ob 163/12 g; Verweis auf *Ruppe* in *Krejci/Ruppe*, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung 55 (82); *Hattenberger*, Liberalisierung der Wasserversorgung, Rechtliche Rahmenbedingungen, Grenzen und Anpassungsbedarf, bbl 2006, 1 ff; vgl auch OGH 1 Ob 47/91.

sorgung nichts anderes gelten – trotz privatrechtlicher Gebührenabrechnung insgesamt eine hoheitliche Tätigkeit bleibt, weil sich die Gemeinde in diesem Bereich an sich gerade nicht privatrechtlicher Instrumente bedient.

Schließlich ändert auch die Entscheidung OGH 1 Ob 47/00 v, die sich mit *Wassergenossenschaften* befasst, an der dargestellten Einordnung nichts. Zwar führt der OGH darin aus, dass entgegen älterer Rsp und der Literatur zum Amtshaftungsrecht die generelle Gleichsetzung der Vollziehung von öffentlichem Recht mit Akten hoheitlicher Vollziehung überholt sei.²⁵⁾ Vielmehr komme es ausschließlich darauf an, ob der Wassergenossenschaft *selbst* hoheitliche Befugnisse zukommen. Nun könnte argumentiert werden, dass der Wasserverband idR keine hoheitlichen Befugnisse hat und daher keine hoheitliche Tätigkeit vorliegen kann. Die Argumentation zu den Wassergenossenschaften trifft aber für Wasserverbände in zweifacher Hinsicht nicht zu. *Erstens* hat der OGH in 1 Ob 3/89 ausgeführt, dass die Wasserverbände selbst auch in beschränktem Ausmaß hoheitlich tätig sein können.²⁶⁾ *Zweitens* und vor allem muss beachtet werden, dass die Wasserverbände *Aufgaben für die Gemeinden* erledigen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erfüllung der *hoheitlichen Tätigkeiten der Gemeinden* stehen. In diesem Fall kommt es eben gerade nicht darauf an, dass den Wasserverbänden selbst hoheitliche Befugnisse iS von Befehl- oder Zwangsgewalt zukommen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Wasserverbände für die dahinterstehenden Gemeinden im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig sind. Dies gilt jedenfalls für den Betrieb und die Erhaltung der Anlagen²⁷⁾ – mit Blick auf die Errichtung der Anlage dürfte die Situation wie erläutert anders sein.

V. Praktische Folgen der Einordnung

A. Amtshaftung und ABGB

Dass die Grenzen der Amtshaftung in einem wichtigen Bereich der Daseinsvorsorge unklar sind, ist für sich genommen nicht erfreulich. Angesichts der praktischen Bedeutung der Unterscheidung ist dieser Umstand freilich besonders bedauernswert. Aus *Sicht des Klägers* – man denke an das Eingangsbeispiel des aufgrund einer fehlerhaften Wartung einer Leitung Geschädigten – geht es nämlich um nichts Geringeres als um die Frage, *wen er klagen muss*. Bei Anwendbarkeit des AHG kann weder der Wasserverband noch eine für ihn tätige Person direkt in Anspruch genommen werden (es geht um die Erfüllung von Aufgaben der Gemeinde). Der geschädigte Dritte kann ausschließlich den dahinterstehenden Rechtsträger, nämlich die zuständige Gemeinde, zur Haftung heranziehen (§ 1 Abs 1, § 9 Abs 5 AHG).

25) Vgl nur *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 10; *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 4.

26) Siehe oben B.

27) Vgl *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ VII § 1 AHG Rz 39 mwN.

Die Unterscheidung ist aber nicht nur aus dem genannten Blickwinkel von Interesse. Die Anwendung des Amtshaftungsrechts entscheidet ja bekanntlich auch zum Teil über die endgültige Schadenstragung. Zwar kann die Gemeinde im Regressweg auf das handelnde Organ greifen (zu denken ist hier aufgrund des Umstandes, dass der Wasserverband von den Gemeinden gespeist wird, vor allem an externe Unternehmer), dieser Regress ist aber von vornherein auf die Fälle eines *groben Verschuldens* beschränkt (§ 3 Abs 1 AHG).

B. Mehrspurige Verantwortung bei Abwasserentsorgung

Abgesehen davon, dass die Situation schon bei verschuldensabhängiger Haftung unklar ist, wird die *Rechtslage* durch weitere bei der Abwasserentsorgung in Betracht kommende oder sogar typische Haftungsgrundlagen²⁸⁾ *unübersichtlich*:

Neben einer Haftung aus Verschulden kommt bei Wasserverbänden auch eine *verschuldensunabhängige Haftung* aufgrund eines Gefährdungstatbestandes in Frage. Die Gefährdungshaftung wird nicht durch das AHG verdrängt, weil dieses nur die Haftung aus Verschulden regelt.²⁹⁾ Das bedeutet, dass selbst bei Zusammenhang mit der Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit im Rahmen der Gefährdungshaftung grds auch der Wasserverband zur Haftung herangezogen werden kann.³⁰⁾ Abgesehen davon, dass der Wasserverband als Fahrzeughalter auftreten kann, was zur Haftung nach EKHG führt, könnten etwa auch verschuldensunabhängige nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche bestehen³¹⁾ (Beeinträchtigung geht von einem Grundstück des Wasserverbandes oder der Gemeinde aus).³²⁾ Die nachbarrechtliche Haftung wird dabei nicht dadurch eingeschränkt, dass der Schaden durch eine Anlage entsteht, die der allgemeinen Daseinsvorsorge dient.³³⁾

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass den Wasserverband eine verschuldensunabhängige Verantwortung auf *wasserrechtlicher Basis* treffen kann. Zu denken ist insb an § 31 WRG, der eine verschuldensunabhän-

28) Daneben treten aus Perspektive der Verantwortungsträger der Wasserverbände noch Konsequenzen aus dem Justizstrafrecht (vgl insb den siebenten Abschnitt im StGB, der die Umwelthaftung gesondert regelt) und aus dem Verwaltungsstrafrecht.

29) Vgl nur *Ziehensack*, AHG² § 1 Rz 165; *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ VII Vor § 1 AHG Rz 4 f. Die Wahrnehmung von allgemeinen Verkehrssicherungspflichten (Sicherung des Kanaldeckels) gehört außerdem stets zur Privatwirtschaftsverwaltung, auch wenn sie im räumlichen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit steht; OGH 1 Ob 5/91; 1 Ob 55/09h.

30) Siehe *Mader/Vollmaier in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ VII § 9 AHG Rz 12.

31) Vgl zB RIS-Justiz RS0010549.

32) Ausgeschlossen ist eine Haftung nach dem RohrleitungsG (BGBl 1975/411). Unter § 1 RohrleitungsG fällt nämlich weder die Beförderung von Wässern noch die Beförderung von Abwässern (OGH 1 Ob 3/89).

33) OGH 1 Ob 31/78 (Abwasserkanal unter einer öffentlichen Straße); RIS-Justiz RS0010537; OGH 7 Ob 66/02k; 1 Ob 206/08p.

gige³⁴) Verpflichtung des Betreibers zur Setzung der „erforderlichen Maßnahmen“ (§ 31 Abs 2 WRG) nach einer *Gewässerverunreinigung* vorsieht.³⁵) Diese Verpflichtung, die finanziell natürlich sehr weitreichend sein kann, ist ebenfalls unabhängig davon, ob der Schaden (Gewässerverunreinigung) im Zuge der Hoheitsverwaltung eingetreten ist.

Die herausgearbeitete Mehrspurigkeit der Haftung ist aus mehreren Gründen nicht optimal. *Geschädigte* sind (wie erläutert) in der unangenehmen Lage, oft nicht zu wissen, wer beklagt werden soll. Bei einer Überschwemmung im Keller oder einer Verunreinigung des Gewässers kann es sich nach der dargestellten Rsp des OGH um einen Fall der Amtshaftung oder eben der allgemein-zivilrechtlichen Haftung handeln. Aus Sicht der *Schädiger* (Wasserverband und Gemeinde) lässt sich das Haftungsrisiko *im Ergebnis* nicht leicht einschätzen: Bei Amtshaftung liegt das Risiko durch die Regressbeschränkung oft endgültig bei der Gemeinde, bei allgemeinschadenersatzrechtlicher Haftung (oder Verantwortlichkeit nach dem WRG) durchwegs beim Verband (der von mehreren Mitgliedsgemeinden gespeist wird und bei allgemein-zivilrechtlicher Haftung die herkömmlichen Regressmöglichkeiten hat).

VI. Ergebnis

Das Ergebnis des Beitrags ist vorläufig unbefriedigend, denn es zeigt sich bloß, dass die *Rechtslage schwer durchschaubar* ist. In der Literatur hat das freilich noch nicht für allzu viel Aufsehen gesorgt. Warum das so ist, kann in einer knappen Untersuchung wie der vorliegenden nicht abschließend beurteilt werden. Drei Beobachtungen lassen sich allerdings machen:

Erstens sollte die mangelnde Aufmerksamkeit, die der Amtshaftung bei der Daseinsvorsorge geschenkt wird, nach der Einschätzung des Autors nicht dazu verleiten, sie – aus Perspektive der Gemeinde – als Papiertiger einzustufen. Tatsächlich handelt es sich wohl eher um einen *schlafenden Hund*.

Zweitens dürfte die Praxis Wege finden, mit den Problemen (außergerichtlich?) umzugehen. Ein Stück weit lassen – bei Berücksichtigung der realpolitischen Verhältnisse: ließen – sich die Abgrenzungsschwierigkeiten freilich im Vorhinein vermeiden. Eine *Versicherungslösung*, die den Wasserverband als Versicherungsnehmer ausweist und die auch das Haftpflichtrisiko der Gemeinden als Mitversicherte abdeckt, würde dazu führen, dass alle Wege der Haftung zu ein und demselben Versicherer führen.

34) *Bachler in Oberleitner/Berger, WRG-ON*^{4.00} (2018) § 31 Rz 10: Die Verpflichtung ist nicht einmal an die Vorhersehbarkeit der Gefahr einer solchen Verunreinigung gebunden.

35) Diese Maßnahmen können unter den Voraussetzungen des § 31 Abs 3 WRG von der Wasserrechtsbehörde aufgetragen oder (allenfalls sogar vom Bürgermeister) angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann sogar angeordnet werden, dass diese Maßnahmen von einem Dritten – gegen Ersatz der Kosten durch den Betreiber – durchgeführt werden.

Drittens ist wieder an *Rebhahn* zu erinnern, der auf die verschiedenen Steuerungswirkungen durch Amtshaftung und allgemeines Schadenersatzrecht hingewiesen hat.³⁶⁾ Wirtschaftlich ist das Ergebnis auch bei der Daseinsvorsorge schon wegen der verschiedenen Regresslage im Ergebnis nicht immer dasselbe. Es wäre daher (aus Sicht aller Beteiligten) wichtig, den Anwendungsbereich der Amtshaftung klar(er) zu regeln – wie so oft ein Gedanke, den *Robert Rebhahn* schon viel früher hatte.³⁷⁾

³⁶⁾ *Rebhahn*, Amtshaftung für „Bankprüfer“ – Wohltat oder Irrweg? ÖBA 2004, 267, 279 f.

³⁷⁾ *Rebhahn*, ÖBA 2004, 280.