

# TE OGH 1997/7/24 1Ob145/97y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.07.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Staffan W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Klaus Nuener, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Gemeinde S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Hansjörg Schweinester und Dr.Paul Delazer, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 500.000 S sA infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgerichts vom 27.Februar 1997, GZ 2 R 23/97t-11, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 29.November 1996, GZ 18 Cg 149/96w-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 21.375 S (darin 3.562,50 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Gastwirt im Gemeindegebiet der beklagten Partei und betreibt dort - im Bereich einer Fußgängerzone - eine Bar. Infolge des Wechselns der Gäste von einem Lokal zum anderen war die Fußgängerzone in den Nachtstunden eine Lärmquelle. Aufgrund von Beschwerden über die Lärmbelästigung sah sich der Bürgermeister veranlaßt, Abhilfe zu schaffen. Er suchte bei Juristen des Amts der Tiroler Landesregierung Rat. In einem Gespräch wurde dem Bürgermeister empfohlen, Lärmmessungen zu veranlassen, alle Betriebe, die als Ursache "für die gesamte Lärmsituation" in Betracht kämen, gleich zu behandeln und die Sperrstunde der Gastgewerbebetriebe schließlich vorzuverlegen. Dem Landesbeamten waren die örtlichen Verhältnisse bekannt. Nach dessen Ansicht sollte „eine Mitverursachung“ der Lärmsituation als Rechtfertigung für eine Vorverlegung der Sperrstunde ausreichen.

Danach ließ der Bürgermeister ein lärmtechnisches Gutachten über die Verhältnisse im Ortskern aufgrund von Messungen an drei Tagen erstellen. Die Expertise ergab, daß die Lärmeinwirkungen durch das „zwischen den einzelnen Lokalen pendelnde bzw vor der Tür wartende Publikum“ erheblich erhöht wurden. Die Lärmspitzen konnten jedoch einzelnen Gastgewerbebetrieben nicht zugeordnet werden. Festgehalten wurde allerdings, daß sich an den Meßtagen vor dem Lokal des Klägers immer wieder Personengruppen aufgehalten und unterhalten hatten sowie - teilweise - unter lauten Gesprächen weggegangen waren. Deshalb hielt der Sachverständige „einen ursächlichen Zusammenhang“ zwischen der Betriebsanlage des Klägers und „der unzumutbaren Lärmbelästigung der Nachbarschaft“ von 2 Uhr bis 3 Uhr 30 für erwiesen. Während dieses Zeitraums lag der äquivalente Dauerschallpegel

um mehr als 10 Dezibel über dem Grundgeräuschpegel. Danach wurde in einem ärztlichen Gutachten eine Vorverlegung der Sperrstunde „intensiv begrüßt und wärmstens empfohlen“, sei doch das „Belastungsausmaß für die Bevölkerung ... deutlich berücksichtigungswürdig“.

Aufgrund dieser Gutachten erließ der Bürgermeister den Bescheid vom 16.Jänner 1992, womit die durch den Landeshauptmann von Tirol aufgrund der Sperrzeitverordnung 1975 - LGBl 23 in der Fassung LGBl 1991/27 - spätestens für 3 Uhr festgelegte Sperrstunde für den Betrieb des Klägers auf 2 Uhr vorverlegt wurde. Gleichzeitig wurde ausgesprochen, daß „gemäß § 64 Abs 2 AVG einer allfälligen Berufung die aufschiebende Wirkung aberkannt“ werde. Dieser Bescheid wurde dem Vertreter des Klägers am 24.Jänner 1992 zugestellt. Der Kläger erhob gegen die Vorverlegung der Sperrstunde Berufung, unterließ aber eine Anfechtung des Ausspruchs gemäß § 64 Abs 2 AVG. Er beantragte dagegen - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist - mit Schriftsatz vom 19.Februar 1992, seiner Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Aufgrund dieser Gutachten erließ der Bürgermeister den Bescheid vom 16.Jänner 1992, womit die durch den Landeshauptmann von Tirol aufgrund der Sperrzeitverordnung 1975 - LGBl 23 in der Fassung LGBl 1991/27 - spätestens für 3 Uhr festgelegte Sperrstunde für den Betrieb des Klägers auf 2 Uhr vorverlegt wurde. Gleichzeitig wurde ausgesprochen, daß „gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG einer allfälligen Berufung die aufschiebende Wirkung aberkannt“ werde. Dieser Bescheid wurde dem Vertreter des Klägers am 24.Jänner 1992 zugestellt. Der Kläger erhob gegen die Vorverlegung der Sperrstunde Berufung, unterließ aber eine Anfechtung des Ausspruchs gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG. Er beantragte dagegen - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist - mit Schriftsatz vom 19.Februar 1992, seiner Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Mit Devolutionsantrag vom 31.Juli 1992 beehrte der Kläger den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über seine Berufung gegen den Bescheid auf Vorverlegung der Sperrstunde an den Gemeinderat als sachlich in Betracht kommende Oberbehörde. Der Gemeinderat wies die Berufung mit Bescheid vom 23.August 1993 als unbegründet ab. Dagegen erhob der Kläger Vorstellung. Dieser wurde mit Bescheid des Landeshauptmanns von Tirol vom 8.Februar 1994 durch Behebung des angefochtenen Bescheids und Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an den Gemeinderat Folge gegeben. Die Aufhebungsentscheidung wurde im wesentlichen damit begründet, daß die Mitverursachung einer unzumutbaren Lärmbelästigung durch einen bestimmten Gastgewerbebetrieb für eine Vorverlegung dessen Sperrstunde nicht ausreiche. Da es bisher nicht gelungen sei, die Lärmbelästigung konkret dem Betrieb des Klägers zuzuordnen, liege ein Verfahrensmangel vor, dessen Behebung eine Ergänzung der eingeholten Gutachten erfordere. Gegen den Vorstellungsbescheid erhob die beklagte Partei Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Diese wurde mit Erkenntnis vom 25.April 1995 als unbegründet abgewiesen. Der Gerichtshof bestätigte inhaltlich die Rechtsansicht der belangten Behörde.

Mit Devolutionsantrag vom 21.Februar 1994 beehrte der Kläger sinngemäß den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag, der Berufung gegen den Bescheid des Bürgermeisters auf Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, an den Gemeinderat. Dieser hob mit Bescheid vom 3.März 1994 den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 auf und sprach aus, daß der Berufung des Klägers vom 27.Jänner 1992 aufschiebende Wirkung zukomme. Dem Kläger war ab Vorverlegung der Sperrstunde klar, daß er eine Gewinneinbuße erleiden werde; ungewiß war lediglich das Schadensausmaß. Er forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 18.März 1996 gemäß § 8 AHG auf, Schadenersatz zu leisten. Diese lehnte eine Ersatzleistung mit Schreiben vom 22.April 1996, das dem Kläger wenige Tage später zuzuging, ab. Mit Devolutionsantrag vom 21.Februar 1994 beehrte der Kläger sinngemäß den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag, der Berufung gegen den Bescheid des Bürgermeisters auf Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, an den Gemeinderat. Dieser hob mit Bescheid vom 3.März 1994 den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 auf und sprach aus, daß der Berufung des Klägers vom 27.Jänner 1992 aufschiebende Wirkung zukomme. Dem Kläger war ab Vorverlegung der Sperrstunde klar, daß er eine Gewinneinbuße erleiden werde; ungewiß war lediglich das Schadensausmaß. Er forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 18.März 1996 gemäß Paragraph 8, AHG auf, Schadenersatz zu leisten. Diese lehnte eine Ersatzleistung mit Schreiben vom 22.April 1996, das dem Kläger wenige Tage später zuzuging, ab.

Der Kläger beehrte den Zuspruch von 500.000 S sA und behauptete, Organe der beklagten Partei hätten den auf die Vorverlegung der Sperrstunde bezogenen Bescheiden eine „völlig unvertretbare Rechtsansicht“ zugrundegelegt. Das ergebe sich aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs und aus dem Schrifttum. Die Organe der beklagten Partei

wären jedoch auch verpflichtet gewesen, der nach dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz bestehenden Entscheidungspflicht jeweils zumindest binnen sechs Monaten zu entsprechen. Das rechtswidrige und schuldhaftige Organverhalten habe daher im Vermögen des Klägers insgesamt folgenden Schaden verursacht:

Verdienstentgang (ON 4 Seite 4 f) 488.900,00 S

Frustrierter Mietzinsaufwand 235.000,00 S

Anwaltskosten im Verfahren zur

Vorverlegung der Sperrstunde 68.063,00 S

Verwaltungsstrafen aufgrund behaupteter

Sperrstundenüberschreitungen 17.600,00 S

Anwaltskosten im Verwaltungsstraf-

verfahren 77.101,52 S

Kosten des VwGH-Verfahrens 32.960,00 S

Vertretungskosten in den Verfahren zur

Aufhebung der Straferkenntnisse 9.960,76 S

Derzeit werde jedoch aus prozeßökonomischen Gründen bloß der eingeklagte Betrag geltend gemacht.

Die beklagte Partei wendete ein, der Kläger hätte den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 zwecks Abwehr allfälliger Schäden mittels Berufung bekämpfen müssen. Anstelle eines solchen Rechtsmittels habe er jedoch bloß den gesonderten - wenn auch später erfolgreichen - Antrag vom 19.Februar 1992 gestellt, seiner Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Die im Bescheid vom 16.Jänner 1992 dargestellte Rechtsansicht des Bürgermeisters sei vertretbar gewesen. Den maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung habe nicht eindeutig entnommen werden können, daß die Mitverursachung von Lärm durch einen bestimmten Gastgewerbebetrieb für die Vorverlegung dessen Sperrstunde nicht ausreiche. Eine solche Auslegung sei erst aus Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofs ab 1992 und 1993 ableitbar. Der geltend gemachte Anspruch sei überdies verjährt, habe doch der Kläger bereits seit 1992 vom Eintritt eines Schadens Kenntnis gehabt. Soweit der Kläger außerstande gewesen sei, den Schaden genau zu beziffern, hätte er einer drohenden Verjährung mit Feststellungsklage vorbeugen müssen. Die beklagte Partei wendete ein, der Kläger hätte den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 zwecks Abwehr allfälliger Schäden mittels Berufung bekämpfen müssen. Anstelle eines solchen Rechtsmittels habe er jedoch bloß den gesonderten - wenn auch später erfolgreichen - Antrag vom 19.Februar 1992 gestellt, seiner Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Die im Bescheid vom 16.Jänner 1992 dargestellte Rechtsansicht des Bürgermeisters sei vertretbar gewesen. Den maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung habe nicht eindeutig entnommen werden können, daß die Mitverursachung von Lärm durch einen bestimmten Gastgewerbebetrieb für die Vorverlegung dessen Sperrstunde nicht ausreiche. Eine solche Auslegung sei erst aus Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofs ab 1992 und 1993 ableitbar. Der geltend gemachte Anspruch sei überdies verjährt, habe doch der Kläger bereits seit 1992 vom Eintritt eines Schadens Kenntnis gehabt. Soweit der Kläger außerstande gewesen sei, den Schaden genau zu beziffern, hätte er einer drohenden Verjährung mit Feststellungsklage vorbeugen müssen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Rechtsansichten des Bürgermeisters im Bescheid vom 16.Jänner 1992 und des Gemeinderats im Berufungsbescheid vom 23.August 1993 seien vertretbar. Damals habe es noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gegeben, nach der die Mitverursachung von Lärm durch einen bestimmten Gastgewerbebetrieb für die Vorverlegung der Sperrstunde nicht ausreiche. Ein Verschulden von Organen der beklagten Partei sei jedoch auch deshalb zu verneinen, weil aufgrund zahlreicher Beschwerden von Anrainern und Gästen „Handlungsbedarf“ bestanden und eine sonstige Abhilfemaßnahme gegen die Lärmbelästigung nicht möglich gewesen sei. Soweit der Kläger sein Begehren auf die Verletzung der Entscheidungspflicht gestützt habe, sei ein Amtshaftungsanspruch gemäß § 2 Abs 2 AHG ausgeschlossen, habe es der Kläger doch verabsäumt, den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 mit dem Rechtsmittel der Berufung zu bekämpfen. Da das Klagebegehren schon aus diesen Gründen nicht zu Recht bestehe, bedürfe es keiner Erörterung der Verjährungsfrage

mehr. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Rechtsansichten des Bürgermeisters im Bescheid vom 16. Jänner 1992 und des Gemeinderats im Berufungsbescheid vom 23. August 1993 seien vertretbar. Damals habe es noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gegeben, nach der die Mitverursachung von Lärm durch einen bestimmten Gastgewerbebetrieb für die Vorverlegung der Sperrstunde nicht ausreiche. Ein Verschulden von Organen der beklagten Partei sei jedoch auch deshalb zu verneinen, weil aufgrund zahlreicher Beschwerden von Anrainern und Gästen „Handlungsbedarf“ bestanden und eine sonstige Abhilfemaßnahme gegen die Lärmbelästigung nicht möglich gewesen sei. Soweit der Kläger sein Begehren auf die Verletzung der Entscheidungspflicht gestützt habe, sei ein Amtshaftungsanspruch gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG ausgeschlossen, habe es der Kläger doch verabsäumt, den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2 A, fünf G, im Bescheid vom 16. Jänner 1992 mit dem Rechtsmittel der Berufung zu bekämpfen. Da das Klagebegehren schon aus diesen Gründen nicht zu Recht bestehe, bedürfe es keiner Erörterung der Verjährungsfrage mehr.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, daß unmittelbare Schadensursache der Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 gewesen sei, hätte doch die Berufung ohne einen solchen Ausspruch gemäß § 64 Abs 1 AVG aufschiebende Wirkung gehabt. Beim Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG handle es sich um einen selbständigen Nebenanspruch im Sinne des § 59 AVG, der - in Verbindung mit der Hauptsache - innerhalb der Berufungsfrist anfechtbar sei. Der Kläger habe durch die Unterlassung der Berufung gegen diesen Nebenanspruch die Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG verletzt. Die erfolglose Ergreifung der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe oder die Aussichtslosigkeit einer erfolgreichen Schadensabwehr oder -minderung durch solche Rechtsbehelfe, sei ein anspruchsbegründendes Element. Es sei nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfs, wäre ein solcher ergriffen worden, zu ergründen. Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen, die für eine Schadensabwehr oder -minderung schon nach ihrer abstrakten Wirkungsmöglichkeit ungeeignet seien, ließen die Rechtsfolgen des § 2 Abs 2 AHG nicht eintreten. Im allgemeinen liege auch bereits in der Unterlassung, einen Rechtsbehelf im Sinne des § 2 Abs 2 AHG zu ergreifen, ein Verschulden. Es könne im übrigen gar nicht zweifelhaft sein, daß eine Berufung gegen den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 abstrakt geeignet gewesen wäre, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zumindest zu mindern. Ein Amtshaftungsanspruch sei daher gar nicht entstanden. Der Antrag des Klägers vom 19. Februar 1992 ändere an dieser Konsequenz nichts. Auch im Verwaltungsverfahren gelte gemäß § 68 Abs 1 AVG der Grundsatz „ne bis in idem“. Ob allenfalls die Voraussetzungen nach § 68 Abs 2 bis 4 AVG für eine Aufhebung des Ausspruchs gemäß § 64 Abs 2 AVG vor Ergehen des Vorstellungsbescheids des Landeshauptmanns von Tirol vom 8. Februar 1994 erfüllt gewesen seien, bedürfe keiner Erörterung, stehe doch gemäß § 68 Abs 7 AVG niemandem ein Anspruch auf die Ausübung des der Verwaltungsbehörde gemäß § 68 Abs 2 bis 4 AVG vorbehaltenen Abänderungs- und Behebungsrechts zu. Aus dem Umstand, daß Organe der beklagten Partei über den Antrag des Klägers vom 19. Februar 1992 erst am 3. März 1994 entschieden hätten, könne daher kein Amtshaftungsanspruch abgeleitet werden. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, daß unmittelbare Schadensursache der Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 gewesen sei, hätte doch die Berufung ohne einen solchen Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz eins, AVG aufschiebende Wirkung gehabt. Beim Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG handle es sich um einen selbständigen Nebenanspruch im Sinne des Paragraph 59, AVG, der - in Verbindung mit der Hauptsache - innerhalb der Berufungsfrist anfechtbar sei. Der Kläger habe durch die Unterlassung der Berufung gegen diesen Nebenanspruch die Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG verletzt. Die erfolglose Ergreifung der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe oder die Aussichtslosigkeit einer erfolgreichen Schadensabwehr oder -minderung durch solche Rechtsbehelfe, sei ein anspruchsbegründendes Element. Es sei nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfs, wäre ein solcher ergriffen worden, zu ergründen. Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen, die für eine Schadensabwehr oder -minderung schon nach ihrer abstrakten Wirkungsmöglichkeit ungeeignet seien, ließen die Rechtsfolgen des Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht eintreten. Im allgemeinen liege auch bereits in der Unterlassung, einen Rechtsbehelf im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AHG zu ergreifen, ein Verschulden. Es könne im übrigen gar nicht zweifelhaft sein, daß eine Berufung gegen den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 abstrakt geeignet gewesen wäre, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zumindest zu mindern. Ein Amtshaftungsanspruch sei

daher gar nicht entstanden. Der Antrag des Klägers vom 19. Februar 1992 ändere an dieser Konsequenz nichts. Auch im Verwaltungsverfahren gelte gemäß Paragraph 68, Absatz eins, AVG der Grundsatz „ne bis in idem“. Ob allenfalls die Voraussetzungen nach Paragraph 68, Absatz 2, bis 4 AVG für eine Aufhebung des Ausspruchs gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG vor Ergehen des Vorstellungsbescheids des Landeshauptmanns von Tirol vom 8. Februar 1994 erfüllt gewesen seien, bedürfe keiner Erörterung, stehe doch gemäß Paragraph 68, Absatz 7, AVG niemandem ein Anspruch auf die Ausübung des der Verwaltungsbehörde gemäß Paragraph 68, Absatz 2, bis 4 AVG vorbehaltenen Abänderungs- und Behebungsrechts zu. Aus dem Umstand, daß Organe der beklagten Partei über den Antrag des Klägers vom 19. Februar 1992 erst am 3. März 1994 entschieden hätten, könne daher kein Amtshaftungsanspruch abgeleitet werden.

Abgesehen davon, ob der Ausspruch gem § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 überhaupt rechtswidrig gewesen sei, was das Amtshaftungsgericht gemäß § 11 Abs 1 AHG gar nicht selbständig beurteilen dürfe, seien die durch den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung der Berufung allenfalls verursachten Schäden gemäß § 6 Abs 1 AHG verjährt. Der Ausspruch gem § 64 Abs 2 AVG sei bereits im Februar 1992 in Rechtskraft erwachsen. In diesem Zeitpunkt sei jedoch ein Schaden, der aus der Vorverlegung der Sperrstunde resultieren möge, bereits eingetreten und dem Kläger bekannt gewesen. Die Verjährungsfrist von drei Jahren sei daher bereits abgelaufen gewesen, als der Kläger die beklagte Partei gemäß § 8 AHG aufgefordert habe, Schadenersatz zu leisten. Der drohenden Verjährung müsse der Geschädigte auch dann mit Feststellungsklage begegnen, wenn ihm noch nicht alle Schadensfolgen bekannt bzw diese noch nicht zur Gänze eingetreten seien. Abgesehen davon, ob der Ausspruch gem Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16. Jänner 1992 überhaupt rechtswidrig gewesen sei, was das Amtshaftungsgericht gemäß Paragraph 11, Absatz eins, AHG gar nicht selbständig beurteilen dürfe, seien die durch den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung der Berufung allenfalls verursachten Schäden gemäß Paragraph 6, Absatz eins, AHG verjährt. Der Ausspruch gem Paragraph 64, Absatz 2, AVG sei bereits im Februar 1992 in Rechtskraft erwachsen. In diesem Zeitpunkt sei jedoch ein Schaden, der aus der Vorverlegung der Sperrstunde resultieren möge, bereits eingetreten und dem Kläger bekannt gewesen. Die Verjährungsfrist von drei Jahren sei daher bereits abgelaufen gewesen, als der Kläger die beklagte Partei gemäß Paragraph 8, AHG aufgefordert habe, Schadenersatz zu leisten. Der drohenden Verjährung müsse der Geschädigte auch dann mit Feststellungsklage begegnen, wenn ihm noch nicht alle Schadensfolgen bekannt bzw diese noch nicht zur Gänze eingetreten seien.

Der Bescheid vom 16. Jänner 1992 sei, soweit er sich auf die Vorverlegung der Sperrstunde für das Lokal des Klägers beziehe, nach wie vor - wenn auch nicht rechtskräftig - aufrecht. Durch die spätere Aufhebung des Ausspruchs gemäß § 64 Abs 2 AVG sei nur dessen „schädliche Wirkung“ beseitigt worden. Der Rechtsmittelzug sei daher noch gar nicht erschöpft. Im Amtshaftungsprozeß sei jedoch nur die Frage zu klären, ob und - bejahendenfalls - wie weit eine Haftung eintrete, obgleich der Rechtsmittelzug erschöpft und die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen worden sei. Mangels Rechtskraft oder Behebung des Bescheids vom 16. Jänner 1992 stehe die Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung noch nicht fest. Diese Frage könne derzeit auch nicht mittels Antrags gemäß Art 131 Abs 2 B-VG und § 11 Abs 1 AHG an den Verwaltungsgerichtshof herangetragen werden. Deren Beantwortung sei aber auch nicht erforderlich, weil die Rechtsansicht, daß „eine Mitursächlichkeit von Gästen des klägerischen Betriebs“ an einer nächtlichen Lärmbelästigung für die Vorverlegung der Sperrstunde ausreiche, vertretbar erscheine, lasse sich doch weder aus § 198 Abs 5 GewO 1973 in der Fassung der Novelle 1988 noch aus § 157 Abs 5 GewO 1973 in der Fassung der Novelle 1992 explizit Gegenteiliges entnehmen. Damals habe es auch noch an einer den Prozeßstandpunkt des Klägers stützenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gefehlt. Erst aus dem Erkenntnis vom 25. Mai 1993, Zl. 93/04/0052, ergebe sich - soweit überschaubar - eindeutig, daß eine „Mitursächlichkeit“ für die Lärmimmissionen nicht ausreiche, sondern derartige Einwirkungen „eindeutig und abgrenzbar unmittelbar von der Betriebsanlage ihren Ausgang gefunden haben“ müßten. Eine unrichtige, jedoch vertretbare Rechtsansicht begründe keinen Amtshaftungsanspruch. Es gehe insbesondere nicht an, jede Ermessensentscheidung in einem nachfolgenden Amtshaftungsprozeß neuerlich zu überprüfen. Der Bescheid vom 16. Jänner 1992 sei, soweit er sich auf die Vorverlegung der Sperrstunde für das Lokal des Klägers beziehe, nach wie vor - wenn auch nicht rechtskräftig - aufrecht. Durch die spätere Aufhebung des Ausspruchs gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG sei nur dessen „schädliche Wirkung“ beseitigt worden. Der Rechtsmittelzug sei daher noch gar nicht erschöpft. Im Amtshaftungsprozeß sei jedoch nur die Frage zu klären, ob und - bejahendenfalls - wie weit eine Haftung eintrete, obgleich der Rechtsmittelzug erschöpft und die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen worden sei. Mangels Rechtskraft oder Behebung des Bescheids vom 16. Jänner 1992

stehe die Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung noch nicht fest. Diese Frage könne derzeit auch nicht mittels Antrags gemäß Artikel 131, Absatz 2, B-VG und Paragraph 11, Absatz eins, AHG an den Verwaltungsgerichtshof herangetragen werden. Deren Beantwortung sei aber auch nicht erforderlich, weil die Rechtsansicht, daß „eine Mitursächlichkeit von Gästen des klägerischen Betriebs“ an einer nächtlichen Lärmbelästigung für die Vorverlegung der Sperrstunde ausreiche, vertretbar erscheine, lasse sich doch weder aus Paragraph 198, Absatz 5, GewO 1973 in der Fassung der Novelle 1988 noch aus Paragraph 157, Absatz 5, GewO 1973 in der Fassung der Novelle 1992 explizit Gegenteiliges entnehmen. Damals habe es auch noch an einer den Prozeßstandpunkt des Klägers stützenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gefehlt. Erst aus dem Erkenntnis vom 25. Mai 1993, Zl. 93/04/0052, ergebe sich - soweit überschaubar - eindeutig, daß eine „Mitursächlichkeit“ für die Lärmimmissionen nicht ausreiche, sondern derartige Einwirkungen „eindeutig und abgrenzbar unmittelbar von der Betriebsanlage ihren Ausgang gefunden haben“ müßten. Eine unrichtige, jedoch vertretbare Rechtsansicht begründe keinen Amtshaftungsanspruch. Es gehe insbesondere nicht an, jede Ermessensentscheidung in einem nachfolgenden Amtshaftungsprozeß neuerlich zu überprüfen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Gemäß § 2 Abs 2 AHG besteht der Ersatzanspruch gegen den Rechträger nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können. Nach dem Willen des Gesetzgebers hat die Rechtsprechung im einzelnen Fall nur zu entscheiden, ob und inwieweit ein fehlerhafter Akt der hoheitlichen Vollziehung die Amtshaftung eines Rechtsträgers begründet, weil der Schaden, obgleich der Rechtsmittelzug erschöpft und die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen worden war, nicht abgewendet werden konnte. Der Amtshaftungsanspruch ist also insofern formell subsidiär, als auch ein durch Bescheid (potentiell) Geschädigter zunächst verpflichtet ist, die ihm vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten und eine Abwendung oder Minderung des Schadens noch ermöglichenden Rechtsbehelfe - ausgenommen die in § 2 Abs 2 AHG nicht erwähnte Verfassungsgerichtshofbeschwerde - auszunützen. Amtshaftung hat demnach nur einzutreten, wenn das von den Gesetzen primär zur Verfügung gestellte Sicherheitsnetz an Rechtsbehelfen nicht ausreicht oder ausreichen könnte, den Schaden noch zu verhindern. Die vorherige erfolglose Ergreifung der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe oder die Aussichtslosigkeit, daß diese Rechtsbehelfe den Schaden noch hätten abwenden können, ist somit anspruchsbegründendes Element der Amtshaftung; Ersatz soll nur für unverbesserbare Vollzugsakte geleistet werden. Das Wort „können“ in § 2 Abs 2 AHG bedeutet im übrigen nur, daß ein Rechtsbehelf bestand, der seiner Art nach abstrakt die Möglichkeit bot, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern (1 Ob 15/95; SZ 66/77; JBl 1992, 249; SZ 64/126; EvBl 1990/47 mwN; Mader in Schwimann, ABGB2 8, Rz 2 und 3 zu § 2 AHG; Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr [1997] 526 ff; Schragel, AHG2 Rz 176; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 174 f, 177 f, 185, 187 [aM zu Fragen der Behauptungs- und Beweislast]). Es ist dagegen nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfes, wäre er ergriffen worden, nachzuvollziehen (1 Ob 15/95; JBl 1992, 249; JBl 1983, 326; Mader aaO Rz 3 zu § 2 AHG; Rebhahn aaO 529; Schragel aaO). Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen lassen die Rechtsfolgen des § 2 Abs 2 AHG nicht eintreten, was vor allem dann der Fall ist, wenn ein bestimmter Rechtsbehelf schon nach seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit zur Schadensabwehr ungeeignet ist (1 Ob 15/95; JBl 1993, 788; JBl 1992, 249; Mader aaO Rz 3 zu § 2 AHG; Rebhahn aaO 529, 533; Schragel aaO; Vrba/Zechner aaO 177 f). Im allgemeinen liegt auch bereits in der Unterlassung, einen Rechtsbehelf im Sinne des § 2 Abs 2 AHG zu ergreifen, ein Verschulden (EvBl 1997/80 [Unterlassung einer Beweistrüge durch den Berufungsgegner]; 1 Ob 15/95; JBl 1992, 249; SZ 57/173; Rebhahn aaO 529, 533; Schragel aaO Rz 193). Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG besteht der Ersatzanspruch gegen den Rechträger nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können. Nach dem Willen des Gesetzgebers hat die Rechtsprechung im einzelnen Fall nur zu entscheiden, ob und inwieweit ein fehlerhafter Akt der hoheitlichen Vollziehung die Amtshaftung eines Rechtsträgers begründet, weil der Schaden, obgleich der Rechtsmittelzug erschöpft und die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen worden war, nicht abgewendet werden konnte. Der Amtshaftungsanspruch ist also insofern formell subsidiär, als auch ein durch Bescheid (potentiell) Geschädigter zunächst verpflichtet ist, die ihm vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten und eine Abwendung oder Minderung des Schadens noch ermöglichenden Rechtsbehelfe - ausgenommen die in Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht erwähnte Verfassungsgerichtshofbeschwerde - auszunützen. Amtshaftung hat demnach nur einzutreten, wenn das von den

Gesetzen primär zur Verfügung gestellte Sicherheitsnetz an Rechtsbehelfen nicht ausreicht oder ausreichen könnte, den Schaden noch zu verhindern. Die vorherige erfolglose Ergreifung der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe oder die Aussichtslosigkeit, daß diese Rechtsbehelfe den Schaden noch hätten abwenden können, ist somit anspruchsbegründendes Element der Amtshaftung; Ersatz soll nur für unverbesserbare Vollzugsakte geleistet werden. Das Wort „können“ in Paragraph 2, Absatz 2, AHG bedeutet im übrigen nur, daß ein Rechtsbehelf bestand, der seiner Art nach abstrakt die Möglichkeit bot, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern (1 Ob 15/95; SZ 66/77; JBl 1992, 249; SZ 64/126; EvBl 1990/47 mwN; Mader in Schwimann, ABGB 2 8, Rz 2 und 3 zu Paragraph 2, AHG; Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr [1997] 526 ff; Schragel, AHG2 Rz 176; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 174 f, 177 f, 185, 187 [aM zu Fragen der Behauptungs- und Beweislast]). Es ist dagegen nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfes, wäre er ergriffen worden, nachzuvollziehen (1 Ob 15/95; JBl 1992, 249; JBl 1983, 326; Mader aaO Rz 3 zu Paragraph 2, AHG; Rebhahn aaO 529; Schragel aaO). Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen lassen die Rechtsfolgen des Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht eintreten, was vor allem dann der Fall ist, wenn ein bestimmter Rechtsbehelf schon nach seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit zur Schadensabwehr ungeeignet ist (1 Ob 15/95; JBl 1993, 788; JBl 1992, 249; Mader aaO Rz 3 zu Paragraph 2, AHG; Rebhahn aaO 529, 533; Schragel aaO; Vrba/Zechner aaO 177 f). Im allgemeinen liegt auch bereits in der Unterlassung, einen Rechtsbehelf im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AHG zu ergreifen, ein Verschulden (EvBl 1997/80 [Unterlassung einer Beweistrübe durch den Berufungsgegner]; 1 Ob 15/95; JBl 1992, 249; SZ 57/173; Rebhahn aaO 529, 533; Schragel aaO Rz 193).

Bei Verletzung der Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG entsteht ein Ersatzanspruch jedoch nur soweit nicht, als die unterlassene Abhilfemaßnahme geeignet gewesen wäre, den Eintritt eines Schadens zu verhindern (1 Ob 15/95; SZ 67/26; JBl 1992, 249; EvBl 1990/47; SZ 53/61; Mader aaO Rz 3 zu § 2 AHG; Rebhahn aaO 529; Schragel aaO Rz 175; Vrba/Zechner aaO 185). Unterließ der Geschädigte schuldhaft einen für die Schadensabwehr abstrakt tauglichen Rechtsbehelf, kann daher ein Amtshaftungsanspruch nur entstehen, soweit der Schaden schon entstanden ist, ehe der Rechtsbehelf hätte Abhilfe schaffen können (EvBl 1990/47; Mader aaO Rz 3 zu § 2 AHG; Rebhahn aaO 76). Das ist besonders für sofort vollstreckbare Entscheidungen - ungeachtet der durch die jeweils in Betracht kommende Verfahrensordnung eingeräumten Rechtsmittelmöglichkeit - von Bedeutung (SZ 64/45; Mader aaO Rz 11 zu § 2 AHG; Schragel aaO Rz 187; Vrba/Zechner aaO 180). Unterläßt der Geschädigte in einem derartigen Fall das ihm durch die Verfahrensordnung an die Hand gegebene Rechtsmittel, entsteht der Amtshaftungsanspruch jedenfalls soweit nicht, als dieses den Schaden hätte mindern können (Schragel aaO Rz 187; Vrba/Zechner aaO 180). Darauf wird noch zurückzukommen sein. Bei Verletzung der Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG entsteht ein Ersatzanspruch jedoch nur soweit nicht, als die unterlassene Abhilfemaßnahme geeignet gewesen wäre, den Eintritt eines Schadens zu verhindern (1 Ob 15/95; SZ 67/26; JBl 1992, 249; EvBl 1990/47; SZ 53/61; Mader aaO Rz 3 zu Paragraph 2, AHG; Rebhahn aaO 529; Schragel aaO Rz 175; Vrba/Zechner aaO 185). Unterließ der Geschädigte schuldhaft einen für die Schadensabwehr abstrakt tauglichen Rechtsbehelf, kann daher ein Amtshaftungsanspruch nur entstehen, soweit der Schaden schon entstanden ist, ehe der Rechtsbehelf hätte Abhilfe schaffen können (EvBl 1990/47; Mader aaO Rz 3 zu Paragraph 2, AHG; Rebhahn aaO 76). Das ist besonders für sofort vollstreckbare Entscheidungen - ungeachtet der durch die jeweils in Betracht kommende Verfahrensordnung eingeräumten Rechtsmittelmöglichkeit - von Bedeutung (SZ 64/45; Mader aaO Rz 11 zu Paragraph 2, AHG; Schragel aaO Rz 187; Vrba/Zechner aaO 180). Unterläßt der Geschädigte in einem derartigen Fall das ihm durch die Verfahrensordnung an die Hand gegebene Rechtsmittel, entsteht der Amtshaftungsanspruch jedenfalls soweit nicht, als dieses den Schaden hätte mindern können (Schragel aaO Rz 187; Vrba/Zechner aaO 180). Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Verletzt ein fehlerhafter Akt der Vollziehung unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, ist der Vorrang des - oben im einzelnen dargestellten - Primärrechtsschutzes aufgrund der dem Geschädigten aufgebürdeten Rechtspflicht, alle für die Schadensabwehr abstrakt geeigneten Rechtsbehelfe zu ergreifen, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht gemeinschaftsrechtswidrig (näher dazu: Rebhahn aaO 75 ff). Es besteht daher auch nach europarechtlichen Gesichtspunkten kein Anlaß, von den durch die Rechtsprechung zur Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG bisher geprägten Grundsätzen abzugehen. Dabei ist hier nicht der Frage nachzugehen, ob ein fehlerhafter Akt der Vollziehung, der unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verletzt, auch dem Gesetzgeber zuzurechnen wäre (Rebhahn aaO 77). Verletzt ein fehlerhafter Akt der Vollziehung unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, ist der Vorrang des - oben im einzelnen dargestellten - Primärrechtsschutzes

aufgrund der dem Geschädigten aufgebürdeten Rechtspflicht, alle für die Schadensabwehr abstrakt geeigneten Rechtsbehelfe zu ergreifen, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht gemeinschaftsrechtswidrig (näher dazu: Rebhahn aaO 75 ff). Es besteht daher auch nach europarechtlichen Gesichtspunkten kein Anlaß, von den durch die Rechtsprechung zur Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG bisher geprägten Grundsätzen abzugehen. Dabei ist hier nicht der Frage nachzugehen, ob ein fehlerhafter Akt der Vollziehung, der unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verletzt, auch dem Gesetzgeber zuzurechnen wäre (Rebhahn aaO 77).

Wie das Berufungsgericht zutreffend darlegte, ist der Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 als unmittelbare und eigentliche Ursache der (meisten) in der Klage behaupteten Schäden anzusehen, hätte doch die Berufung des Klägers ohne einen solchen Ausspruch aufschiebende Wirkung gehabt. Das gilt nur nicht für jenen Teil der in der Klage aufgegliederten Verfahrenskosten, die der Kläger im Zuge der Bekämpfung des Bescheids auf Vorverlegung der Sperrstunde auch dann hätte aufwenden müssen, wenn ein Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG unterblieben wäre. Dieser Teil des Klageanspruchs wird unten näher zu behandeln sein. Wie das Berufungsgericht zutreffend darlegte, ist der Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG im Bescheid vom 16.Jänner 1992 als unmittelbare und eigentliche Ursache der (meisten) in der Klage behaupteten Schäden anzusehen, hätte doch die Berufung des Klägers ohne einen solchen Ausspruch aufschiebende Wirkung gehabt. Das gilt nur nicht für jenen Teil der in der Klage aufgegliederten Verfahrenskosten, die der Kläger im Zuge der Bekämpfung des Bescheids auf Vorverlegung der Sperrstunde auch dann hätte aufwenden müssen, wenn ein Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG unterblieben wäre. Dieser Teil des Klageanspruchs wird unten näher zu behandeln sein.

Der Ausspruch nach § 64 Abs 2 AVG ist ein selbständiger Nebenausspruch der in der Hauptsache erlassenen Entscheidung im Sinne des § 59 Abs 1 AVG. Dieser Ausspruch kann in Verbindung mit der Berufung in der Hauptsache bekämpft werden (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens [1996] E. 16a zu § 64). Dessen Anfechtung unterliegt daher demselben Instanzenzug wie der Ausspruch in der Hauptsache (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I [1987] E. 11 zu § 64). Die Verwaltungsbehörde erster Instanz kann jedoch den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung auch mit gesondertem Bescheid anordnen (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; RIS-Justiz VwGH 24.1.1995 Kennung 93/04/0203). Genauso kann die Berufungsbehörde über das Rechtsmittel gegen einen solchen Ausspruch mit einem von der Hauptsache getrennten Bescheid erkennen (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188). Da aber der Berufung gegen den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG keine aufschiebende Wirkung zukommt (Hauer/Leukauf aaO E. 13a und c zu § 64 AVG; Ringhofer aaO Anm 6 zu § 64), soll über dieses Rechtsmittel nach der Lehre unverzüglich und ohne Rücksicht darauf zu entscheiden sein, ob auch die Berufung gegen den die Hauptsache erledigenden Bescheid bereits entscheidungsreif ist (Ringhofer aaO Anm 6 zu § 64). Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs gilt das jedoch nur in dem durch § 73 Abs 1 AVG gezogenen Rahmen, weil diese Bestimmung auch auf die Berufungsentscheidung über den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung anwendbar ist (Hauer/Leukauf aaO E. 17a). Maßgeblich für die Beurteilung, ob die Verwaltungsbehörde erster Instanz die Bestimmung des § 64 Abs 2 AVG zu Recht anwendete, ist der Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheids (Hauer/Leukauf aaO E. 13b). Die Anfechtbarkeit eines Ausspruchs gemäß § 64 Abs 2 AVG wird vom Verwaltungsgerichtshof - nach den dargestellten Kriterien - in ständiger Rechtsprechung bejaht (Hauer/Leukauf aaO E. 13c zu § 64). Der Ausspruch nach Paragraph 64, Absatz 2, AVG ist ein selbständiger Nebenausspruch der in der Hauptsache erlassenen Entscheidung im Sinne des Paragraph 59, Absatz eins, AVG. Dieser Ausspruch kann in Verbindung mit der Berufung in der Hauptsache bekämpft werden (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens [1996] E. 16a zu Paragraph 64,). Dessen Anfechtung unterliegt daher demselben Instanzenzug wie der Ausspruch in der Hauptsache (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze römisch eins [1987] E. 11 zu Paragraph 64,). Die Verwaltungsbehörde erster Instanz kann jedoch den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung auch mit gesondertem Bescheid anordnen (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188; RIS-Justiz VwGH 24.1.1995 Kennung 93/04/0203). Genauso kann die Berufungsbehörde über das Rechtsmittel gegen einen solchen Ausspruch mit einem von der Hauptsache getrennten Bescheid erkennen (RIS-Justiz VwGH 26.8.1996 Kennung 96/11/0188). Da aber der Berufung gegen den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG keine aufschiebende Wirkung zukommt (Hauer/Leukauf aaO E. 13a und c zu Paragraph 64, AVG;



Ringhofer aaO Anmerkung 6 zu Paragraph 64,) soll über dieses Rechtsmittel nach der Lehre unverzüglich und ohne Rücksicht darauf zu entscheiden sein, ob auch die Berufung gegen den die Hauptsache erledigenden Bescheid bereits entscheidungsreif ist (Ringhofer aaO Anmerkung 6 zu Paragraph 64,). Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs gilt das jedoch nur in dem durch Paragraph 73, Absatz eins, AVG gezogenen Rahmen, weil diese Bestimmung auch auf die Berufungsentscheidung über den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung anwendbar ist (Hauer/Leukauf aaO E. 17a). Maßgeblich für die Beurteilung, ob die Verwaltungsbehörde erster Instanz die Bestimmung des Paragraph 64, Absatz 2, AVG zu Recht anwendete, ist der Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheids (Hauer/Leukauf aaO E. 13b). Die Anfechtbarkeit eines Ausspruchs gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG wird vom Verwaltungsgerichtshof - nach den dargestellten Kriterien - in ständiger Rechtsprechung bejaht (Hauer/Leukauf aaO E. 13c zu Paragraph 64,).

Wie aus diesen Ausführungen folgt, verletzte der Kläger, der den Bescheid vom 16.Jänner 1992 nur in der Hauptsache, jedoch nicht im Ausspruch über den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung bekämpfte, seine Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG. Daran vermag die Tatsache nichts zu ändern, daß schließlich dem - nach Rechtskraft des erörterten Ausspruchs eingebrachten - gesonderten Antrag vom 19.Februar 1992, der Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde doch aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, stattgegeben wurde. Dieser Antrag war kein Rechtsmittel im Sinne des § 2 Abs 2 AHG, hat doch, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend darlegte, jedenfalls auch der Bescheidadressat keinen Anspruch auf Ausübung des der Verwaltungsbehörde vorbehaltenen Abänderungs- und Behebungsrechts gemäß § 68 Abs 2 bis 4 AVG. Mit dieser Antragstellung unternahm der Kläger vielmehr nur nachträglich den - schließlich erfolgreichen - Versuch einer Schadensminderung durch Herbeiführung einer Entscheidung gemäß § 68 Abs 2 AVG. Derjenige, der behauptet, durch eine behördliche Entscheidung in Vollziehung der Gesetze geschädigt worden zu sein, hat jedoch als notwendige Voraussetzung des Entstehens eines Amtshaftungsanspruchs das durch die jeweils anwendbare Verfahrensordnung eingerichtete und mit Entscheidungsanspruch ausgestattete Rechtsmittel, das - im Sinne der einleitenden Ausführungen - aufgrund seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit eine Abänderung oder Behebung der schadensursächlichen Entscheidung ermöglicht, zu ergreifen. Der Geschädigte hat daher in Erfüllung seiner Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG nicht die Wahl, anstelle eines Rechtsmittels eine Anregung zu wählen, die - bei entsprechendem Wohlwollen nach Belieben der Behörde (vgl dazu etwa: Ringhofer aaO Anm 36 zu § 68 und E. 169 bis 171 und 174 f; Hauer/Leukauf aaO E. 1 bis 4 und 7 f zu § 68 Abs 7), ohne daß also ein der potentiellen Wirkung eines Rechtsmittels entsprechender Anspruch auf Sacherledigung besteht - allenfalls zum selben Ergebnis wie ein Rechtsmittel führen kann. Wie aus diesen Ausführungen folgt, verletzte der Kläger, der den Bescheid vom 16.Jänner 1992 nur in der Hauptsache, jedoch nicht im Ausspruch über den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung bekämpfte, seine Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG. Daran vermag die Tatsache nichts zu ändern, daß schließlich dem - nach Rechtskraft des erörterten Ausspruchs eingebrachten - gesonderten Antrag vom 19.Februar 1992, der Berufung gegen die Vorverlegung der Sperrstunde doch aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, stattgegeben wurde. Dieser Antrag war kein Rechtsmittel im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AHG, hat doch, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend darlegte, jedenfalls auch der Bescheidadressat keinen Anspruch auf Ausübung des der Verwaltungsbehörde vorbehaltenen Abänderungs- und Behebungsrechts gemäß Paragraph 68, Absatz 2, bis 4 AVG. Mit dieser Antragstellung unternahm der Kläger vielmehr nur nachträglich den - schließlich erfolgreichen - Versuch einer Schadensminderung durch Herbeiführung einer Entscheidung gemäß Paragraph 68, Absatz 2, AVG. Derjenige, der behauptet, durch eine behördliche Entscheidung in Vollziehung der Gesetze geschädigt worden zu sein, hat jedoch als notwendige Voraussetzung des Entstehens eines Amtshaftungsanspruchs das durch die jeweils anwendbare Verfahrensordnung eingerichtete und mit Entscheidungsanspruch ausgestattete Rechtsmittel, das - im Sinne der einleitenden Ausführungen - aufgrund seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit eine Abänderung oder Behebung der schadensursächlichen Entscheidung ermöglicht, zu ergreifen. Der Geschädigte hat daher in Erfüllung seiner Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht die Wahl, anstelle eines Rechtsmittels eine Anregung zu wählen, die - bei entsprechendem Wohlwollen nach Belieben der Behörde vergleiche dazu etwa: Ringhofer aaO Anmerkung 36 zu Paragraph 68 und E. 169 bis 171 und 174 f; Hauer/Leukauf aaO E. 1 bis 4 und 7 f zu Paragraph 68, Absatz 7,), ohne daß also ein der potentiellen Wirkung eines Rechtsmittels entsprechender Anspruch auf Sacherledigung besteht - allenfalls zum selben Ergebnis wie ein Rechtsmittel führen kann.

Fraglich kann hier allerdings sein, welcher Teil des Amtshaftungsanspruchs durch die Verletzung der Rettungspflicht entfällt, liegt doch die Besonderheit der Anfechtung eines Ausspruchs gemäß § 64 Abs 2 AVG darin, daß bis zu seiner früheren oder späteren, abstrakt möglichen Beseitigung durch die Berufungsbehörde bereits ein Schaden entstanden

sein kann. Das ist hier deshalb von Bedeutung, weil feststeht, daß dem Kläger schon ab dem Zeitpunkt der von der Verwaltungsbehörde erster Instanz angeordneten Vorverlegung der Sperrstunde der Eintritt einer Gewinneinbuße klar war. Der Kläger hätte daher einen geringeren oder größeren Teil seines behaupteten Schadens - je nach dem Zeitpunkt einer abstrakt möglichen stattgebenden Entscheidung durch die Berufungsbehörde - auch mit einem erfolgreichen Rechtsmittel gegen den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG nicht mehr abwenden können. Diese Erwägungen sind letztlich jedoch nicht entscheidungswesentlich, weil ein Amtshaftungsanspruch - auch für den durch ein Rechtsmittel nicht mehr abwendbaren Schadensteil - jedenfalls die Rechtswidrigkeit des im Bescheid vom 16.Jänner 1992 angeordneten Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung voraussetzte, wäre doch dieser Ausspruch nur dann gesetzwidrig, wenn die vorzeitige Vollstreckung des Bescheids über die Vorverlegung der Sperrstunde weder im Interesse einer Partei noch zur Wahrung des öffentlichen Wohls wegen Gefahr im Verzug dringend geboten war (Ringhofer aaO Anm 8 zu § 64; Hauer/Leukauf aaO E. 13c zu § 64 Abs 2). Da aber das Amtshaftungsgericht den hypothetischen Erfolg einer für die Abwehr oder Minderung eines Schadens tauglichen, jedoch unterlassenen Abhilfemaßnahme nach herrschender Ansicht nicht zu prüfen hat, ist nur von Bedeutung, ob den Geschädigten an deren Unterlassung ein - mangels gegenteiliger Verfahrens- ergebnisse hier zu bejahendes - Verschulden trifft. Soweit der behauptete Schaden durch den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG verursacht wurde, kann daher das Klagebegehren schon deshalb nicht erfolgreich sein, weil der Kläger seine Rettungspflicht verletzte und es nicht Aufgabe des Amtshaftungsgerichts ist, hypothetisch zu klären, ob ein Rechtsmittel gegen den Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG wegen dessen allfälligen Rechtswidrigkeit Erfolg gehabt hätte. Erst wenn sich die Rechtswidrigkeit dieses Ausspruchs im verwaltungsbehördlichen Instanzenzug oder letztlich aufgrund eines Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs ergeben hätte, wäre die Verwirklichung der weiteren Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs zu prüfen gewesen. In diesem Zusammenhang wäre dann allenfalls auch jener Vermögensschaden zu ermitteln gewesen, der trotz Erfüllung der Rettungspflicht nicht mehr vermeidbar war. Dabei sei jedoch daran erinnert, daß die Erfüllung der Rettungspflicht gemäß § 2 Abs 2 AHG nach herrschender Ansicht anspruchsbegründend ist, sodaß der Kläger, selbst wenn der hier erörterte Teil des Klagebegehrens nicht schon wegen des bereits abgehandelten Grundes zum Scheitern verurteilt wäre, zu behaupten und zu beweisen gehabt hätte, welcher Teil des geltend gemachten Schadens auch durch Ergreifung des nach der anzuwendenden Verfahrensordnung möglichen Rechtsmittels oder sonstigen Rechtsbehelfs nicht mehr vermeidbar war (Mader aaO Rz 11 zu § 2 AHG; Schragel aaO Rz 90; aMVrba/Zechner aaO 187). Fraglich kann hier allerdings sein, welcher Teil des Amtshaftungsanspruchs durch die Verletzung der Rettungspflicht entfällt, liegt doch die Besonderheit der Anfechtung eines Ausspruchs gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG darin, daß bis zu seiner früheren oder späteren, abstrakt möglichen Beseitigung durch die Berufungsbehörde bereits ein Schaden entstanden sein kann. Das ist hier deshalb von Bedeutung, weil feststeht, daß dem Kläger schon ab dem Zeitpunkt der von der Verwaltungsbehörde erster Instanz angeordneten Vorverlegung der Sperrstunde der Eintritt einer Gewinneinbuße klar war. Der Kläger hätte daher einen geringeren oder größeren Teil seines behaupteten Schadens - je nach dem Zeitpunkt einer abstrakt möglichen stattgebenden Entscheidung durch die Berufungsbehörde - auch mit einem erfolgreichen Rechtsmittel gegen den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG nicht mehr abwenden können. Diese Erwägungen sind letztlich jedoch nicht entscheidungswesentlich, weil ein Amtshaftungsanspruch - auch für den durch ein Rechtsmittel nicht mehr abwendbaren Schadensteil - jedenfalls die Rechtswidrigkeit des im Bescheid vom 16.Jänner 1992 angeordneten Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung voraussetzte, wäre doch dieser Ausspruch nur dann gesetzwidrig, wenn die vorzeitige Vollstreckung des Bescheids über die Vorverlegung der Sperrstunde weder im Interesse einer Partei noch zur Wahrung des öffentlichen Wohls wegen Gefahr im Verzug dringend geboten war (Ringhofer aaO Anmerkung 8 zu Paragraph 64 ; Hauer/Leukauf aaO E. 13c zu Paragraph 64, Absatz 2.). Da aber das Amtshaftungsgericht den hypothetischen Erfolg einer für die Abwehr oder Minderung eines Schadens tauglichen, jedoch unterlassenen Abhilfemaßnahme nach herrschender Ansicht nicht zu prüfen hat, ist nur von Bedeutung, ob den Geschädigten an deren Unterlassung ein - mangels gegenteiliger Verfahrens- ergebnisse hier zu bejahendes - Verschulden trifft. Soweit der behauptete Schaden durch den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG verursacht wurde, kann daher das Klagebegehren schon deshalb nicht erfolgreich sein, weil der Kläger seine Rettungspflicht verletzte und es nicht Aufgabe des Amtshaftungsgerichts ist, hypothetisch zu klären, ob ein Rechtsmittel gegen den Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG wegen dessen allfälligen Rechtswidrigkeit Erfolg gehabt hätte. Erst wenn sich die Rechtswidrigkeit dieses Ausspruchs im verwaltungsbehördlichen Instanzenzug oder letztlich aufgrund eines Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs ergeben hätte, wäre die Verwirklichung der

weiteren Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs zu prüfen gewesen. In diesem Zusammenhang wäre dann allenfalls auch jener Vermögensschaden zu ermitteln gewesen, der trotz Erfüllung der Rettungspflicht nicht mehr vermeidbar war. Dabei sei jedoch daran erinnert, daß die Erfüllung der Rettungspflicht gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG nach herrschender Ansicht anspruchsbegründend ist, sodaß der Kläger, selbst wenn der hier erörterte Teil des Klagebegehrens nicht schon wegen des bereits abgehandelten Grundes zum Scheitern verurteilt wäre, zu behaupten und zu beweisen gehabt hätte, welcher Teil des geltend gemachten Schadens auch durch Ergreifung des nach der anzuwendenden Verfahrensordnung möglichen Rechtsmittels oder sonstigen Rechtsbehelfs nicht mehr vermeidbar war (Mader aaO Rz 11 zu Paragraph 2, AHG; Schragel aaO Rz 90; aM Vrba/Zechner aaO 187).

Soweit der Kläger dagegen Schadenersatz für bestimmte Verfahrenshandlungen - etwa für die Kosten der Berufung gegen den Bescheid auf Vorverlegung der Sperrstunde - anstrebt, die er im Zuge der Bekämpfung des Bescheids vom 1.Jänner 1992 auch dann hätte aufwenden müssen, wenn ein Ausspruch gemäß § 64 Abs 2 AVG unterblieben wäre, stimmt der erkennende Senat mit den Vorinstanzen überein, daß die der Vorverlegung der Sperrstunde in den Bescheiden vom 16.Jänner 1992 und 23.August 1993 zugrundeliegende Rechtsansicht vertretbar war. Der Kläger vermag den Ausführungen des Berufungsgerichts in dieser Frage in Verkennung des Wesensgehalts und der inhaltlichen Grenzen der Begriffe Rechtswidrigkeit und Verschulden im Kern nur zu erwidern, es stehe die Rechtswidrigkeit der genannten Bescheide aufgrund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs vom 25.April 1995 „eindeutig fest“, sodaß eine Beurteilung, diese Bescheide beruhten auf einer vertretbaren Rechtsansicht, „unzulässig“ sei. Soweit der Revisionswerber die Unvertretbarkeit der den Bescheiden vom 16.Jänner 1992 und 23.August 1993 zugrundeliegenden Rechtsansicht im übrigen durch einen Verweis auf die bereits im Berufungsurteil erörterten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs vom 19.Mai 1992, Zl. 92/04/0018, und 25.Mai 1993, Zl. 93/04/0052, darzulegen versucht, erschöpfen sich die Rechtsmittelausführungen in der bloßen, nicht näher begründeten Behauptung einer unrichtigen rechtlichen Abwägung durch das Gericht zweiter Instanz. So wird etwa in den Revisionsgründen gar nicht versucht, darzulegen, dem Gemeinderat sei im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheids vom 23.August 1993 bereits das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 25.Mai 1993 verfügbar gewesen. Die Ansicht des Klägers, es sei aus (im einzelnen gar nicht konkretisierten) „Durchführungserlassen zu den Gewerberechtsnovellen 1988 und 1992“ erkennbar gewesen, wie die Begriffe „unmittelbar vor“ und „vor“ in den hier maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen auszulegen gewesen wären, entbehrt einer näheren Begründung. Es muß daher nicht erörtert werden, ob Verwaltungs- oder auch Rechtsverordnungen, hätten solche im hier bedeutsamen Punkt damals existiert und den Prozeßstandpunkt des Klägers gestützt, als Hoheitsakte der Verwaltungsbehörde überhaupt geeignet gewesen wären, einer Interpretation des Gesetzes als Grundlage zu dienen. Gemäß § 510 Abs 3 ZPO wird daher, soweit der Kläger die Vertretbarkeit der den Bescheiden vom 16.Jänner 1992 und 23.August 1993 zugrundeliegenden Rechtsansicht in Zweifel zieht, auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen. Soweit der Kläger dagegen Schadenersatz für bestimmte Verfahrenshandlungen - etwa für die Kosten der Berufung gegen den Bescheid auf Vorverlegung der Sperrstunde - anstrebt, die er im Zuge der Bekämpfung des Bescheids vom 1.Jänner 1992 auch dann hätte aufwenden müssen, wenn ein Ausspruch gemäß Paragraph 64, Absatz 2, AVG unterblieben wäre, stimmt der erkennende Senat mit den Vorinstanzen überein, daß die der Vorverlegung der Sperrstunde in den Bescheiden vom 16.Jänner 1992 und 23.August 1993 zugrundeliegende Rechtsansicht vertretbar war

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

© 2025 JUSLINE

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

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