

# TE OGH 1999/10/22 10b80/99t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.10.1999

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Helga G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wilfried Ludwig Weh, Rechtsanwalt in Bregenz, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, wegen 1 Mio S sA infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 25. November 1997, GZ 1 R 268/97i-27, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 21. Juli 1997, GZ 5 Cg 331/96y-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

1. Der Antrag der klagenden Partei auf Anberaumung einer mündlichen Revisionsverhandlung wird abgewiesen.
2. Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 18.937,50 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige, absolvierte in Deutschland eine Ausbildung zur Ergotherapeutin. Über die von ihr abgelegte Prüfung für Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten erhielt sie am 4. Jänner 1990 von der medizinischen Schulungseinrichtung Marburg (Deutschland) ein Zeugnis sowie eine vom Regierungspräsidium Gießen (Deutschland) am 5. Jänner 1990 ausgestellte Urkunde über die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung "Beschäftigungs- und Arbeitstherapeut". Die Klägerin war dann als Beschäftigungs- und Arbeitstherapeutin vom 15. Jänner 1990 bis 30. September 1991 beim Hessischen Diakoniezentrum Hephata und vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1991 für die "Seniorenwohnanlage Wiesenhof GmbH" in Neustadt (Deutschland) tätig. Vom 11. April 1994 bis 31. Dezember 1995 stand sie als Ergotherapeutin beim "Vorarlberger Arbeitskreis für Vorsorge- und Sozialmedizin", einem privatrechtlich organisierten Verein, in einem Dienstverhältnis, in dessen Rahmen sie bis 28. Februar 1995 im Bereich der neurologischen Nachbetreuung und danach bis zu der durch Dienstgeberkündigung erfolgten Beendigung dieses Dienstverhältnisses als Leiterin einer sozialpsychiatrischen Wohngruppe in Bludenz tätig war.

Am 10. Oktober 1995 stellte die Klägerin beim Amt der Vorarlberger Landesregierung den Antrag auf Bewilligung der

freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes gemäß § 7 Abs 3 des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-G) BGBI 1992/460 - wonach ein Erfordernis die befugte Berufsausübung durch drei Jahre bei Vollbeschäftigung war (in gleicher Weise nun § 7a MTD-G idFd Novelle 1996 BGBI 1996/327 [im folgenden nur Novelle 1996]) - und legte ihrem Antrag ua das Zeugnis vom 4. Jänner 1990 sowie die Urkunde vom 5. Jänner 1990 bei. Anläßlich einer persönlichen Vorsprache im Amt der Vorarlberger Landesregierung teilte man der Klägerin mit, daß für eine Weiterbearbeitung ihres Antrags die Vorlage einer Bestätigung über die Zulassung zur Berufsausübung in Österreich erforderlich sei. Am 10. Oktober 1995 stellte die Klägerin beim Amt der Vorarlberger Landesregierung den Antrag auf Bewilligung der freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes gemäß Paragraph 7, Absatz 3, des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-G) BGBI 1992/460 - wonach ein Erfordernis die befugte Berufsausübung durch drei Jahre bei Vollbeschäftigung war (in gleicher Weise nun Paragraph 7 a, MTD-G idFd Novelle 1996 BGBI 1996/327 [im folgenden nur Novelle 1996]) - und legte ihrem Antrag ua das Zeugnis vom 4. Jänner 1990 sowie die Urkunde vom 5. Jänner 1990 bei. Anläßlich einer persönlichen Vorsprache im Amt der Vorarlberger Landesregierung teilte man der Klägerin mit, daß für eine Weiterbearbeitung ihres Antrags die Vorlage einer Bestätigung über die Zulassung zur Berufsausübung in Österreich erforderlich sei.

Die Klägerin suchte am 11. Oktober 1995 beim Bundesminister für Gesundheit und Konsumentenschutz (BMGK) um Erteilung einer Bestätigung über die Zulassung zur Berufsausübung im ergotherapeutischen Dienst an. Nach Überprüfung der deutschen ergotherapeutischen Ausbildung im Vergleich zur österr. Ausbildung und einer Äußerung durch die zuständige Fachabteilung des Ressorts wurde der Klägerin am 13. März 1996 die Bestätigung über die Zulassung zur Berufsausübung im ergotherapeutischen Dienst gemäß der Richtlinie 92/51/EWG antragsgemäß ausgestellt.

Im April oder Mai 1996 sprach die Klägerin erneut beim Amt der Vorarlberger Landesregierung vor und wurde dahin informiert, daß die von ihr im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses beim Arbeitskreis für Vorsorge- und Sozialmedizin in Bregenz absolvierten Praxiszeiten nicht anerkannt werden könnten, weil die Bestätigung über die Zulassung der Klägerin zur Berufsausübung vom BMGK erst am 13. März 1996 ausgestellt worden sei und sie daher die davor absolvierte Praxiszeit nicht befugtermaßen ausgeübt habe.

Der Landeshauptmann von Tirol entschied dagegen mit dem in Rechtskraft erwachsenen Bescheid vom 24. Juni 1996 iSd Antrags der Klägerin vom 11. Juni 1996 auf Erteilung einer Bewilligung gemäß § 68 Abs 6 KrankenpflegeG - nach welcher Übergangsbestimmung das Erfordernis der befugten Berufsausübung nur zwei Jahre bei Vollbeschäftigung beträgt - für die freiberufliche Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes mit dem Berufssitz in Innsbruck. Der Landeshauptmann von Tirol entschied dagegen mit dem in Rechtskraft erwachsenen Bescheid vom 24. Juni 1996 iSd Antrags der Klägerin vom 11. Juni 1996 auf Erteilung einer Bewilligung gemäß Paragraph 68, Absatz 6, KrankenpflegeG - nach welcher Übergangsbestimmung das Erfordernis der befugten Berufsausübung nur zwei Jahre bei Vollbeschäftigung beträgt - für die freiberufliche Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes mit dem Berufssitz in Innsbruck.

Der Landeshauptmann für Vorarlberg wies mit unangefochten gebliebenem Bescheid vom 18. Februar 1997 den Antrag der Klägerin auf Erteilung der Bewilligung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes gemäß § 7a MTD-G idFd Novelle 1996 wegen entschiedener Sache zurück, weil über einen solchen Antrag bereits durch den Bescheid des Landeshauptmanns für Tirol von einer zuständigen Behörde abgesprochen worden und der Klägerin die Berechtigung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes im gesamten Bundesgebiet erteilt worden sei. Für eine Berufsausübung in Vorarlberg muß die Klägerin nur die Verlegung ihres Berufssitzes beim Landeshauptmann anzeigen (§ 8 Abs 3 MTD-G). Der Landeshauptmann für Vorarlberg wies mit unangefochten gebliebenem Bescheid vom 18. Februar 1997 den Antrag der Klägerin auf Erteilung der Bewilligung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes gemäß Paragraph 7 a, MTD-G idFd Novelle 1996 wegen entschiedener Sache zurück, weil über einen solchen Antrag bereits durch den Bescheid des Landeshauptmanns für Tirol von einer zuständigen Behörde abgesprochen worden und der Klägerin die Berechtigung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes im gesamten Bundesgebiet erteilt worden sei. Für eine Berufsausübung in Vorarlberg muß die Klägerin nur die Verlegung ihres Berufssitzes beim Landeshauptmann anzeigen (Paragraph 8, Absatz 3, MTD-G).

Die Vorinstanzen wiesen das gegen den beklagten Rechtsträger inhaltlich auf Staatshaftung (unterlassene rechtzeitige

Umsetzung der Richtlinien 19/48/EWG und 92/51/EWG in Österreich) und Amtshaftung (die Klägerin habe bereits im Oktober 1995 alle Voraussetzungen für eine freiberufliche Tätigkeit als diplomierte Ergotherapeutin erfüllt) gestütztes Schadenersatzbegehren auf Zahlung des näher spezifizierten Betrags von 1 Mio S sA ab. Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision wegen Fehlens höchstgerichtlicher RSPR zur Frage der gemeinschaftsrechtlichen Konformität der Bestimmungen des § 68 Abs 6 KrankenpflegeG und des § 7 Abs 3 MTD-G zu. Die Vorinstanzen wiesen das gegen den beklagten Rechtsträger inhaltlich auf Staatshaftung (unterlassene rechtzeitige Umsetzung der Richtlinien 19/48/EWG und 92/51/EWG in Österreich) und Amtshaftung (die Klägerin habe bereits im Oktober 1995 alle Voraussetzungen für eine freiberufliche Tätigkeit als diplomierte Ergotherapeutin erfüllt) gestütztes Schadenersatzbegehren auf Zahlung des näher spezifizierten Betrags von 1 Mio S sA ab. Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision wegen Fehlens höchstgerichtlicher RSPR zur Frage der gemeinschaftsrechtlichen Konformität der Bestimmungen des Paragraph 68, Absatz 6, KrankenpflegeG und des Paragraph 7, Absatz 3, MTD-G zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Antrag der Klägerin auf Anberaumung einer mündlichen Revisionsverhandlung ist abzuweisen; ihre Revision ist (zufolge Bewilligung der Wiedereinsetzung) zwar rechtzeitig, aber entgegen der Auffassung der zweiten Instanz mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage iSD § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. Der Antrag der Klägerin auf Anberaumung einer mündlichen Revisionsverhandlung ist abzuweisen; ihre Revision ist (zufolge Bewilligung der Wiedereinsetzung) zwar rechtzeitig, aber entgegen der Auffassung der zweiten Instanz mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage iSD Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig.

a) Die Anberaumung einer mündlichen Revisionsverhandlung liegt gemäß § 509 Abs 2 ZPO im Ermessen des Obersten Gerichtshofs (SZ 67/215, SZ 66/97, 1 Ob 153/98a ua; Kodek in Rechberger, § 509 ZPO Rz 1). Mangels eines entsprechenden Revisionsgrunds kann eine Revisionsverhandlung niemals der Erörterung der Tatfrage dienen, zur Erörterung der in den Rechtsmittelschriften dargelegten Rechtsfragen bedarf es aber keiner mündlichen Verhandlung. a) Die Anberaumung einer mündlichen Revisionsverhandlung liegt gemäß Paragraph 509, Absatz 2, ZPO im Ermessen des Obersten Gerichtshofs (SZ 67/215, SZ 66/97, 1 Ob 153/98a ua; Kodek in Rechberger, Paragraph 509, ZPO Rz 1). Mangels eines entsprechenden Revisionsgrunds kann eine Revisionsverhandlung niemals der Erörterung der Tatfrage dienen, zur Erörterung der in den Rechtsmittelschriften dargelegten Rechtsfragen bedarf es aber keiner mündlichen Verhandlung.

b) Die Klägerin stellte am 10. Oktober 1995, zeitlich somit noch vor der MTD-G Novelle 1996, beim Landeshauptmann für Vorarlberg den Antrag auf Bewilligung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes in Österreich und wendet sich nun zur Begründung ihres Schadenersatzanspruchs inhaltlich gegen die nicht rechtzeitige Umsetzung zweier Richtlinien durch den österr. Gesetzgeber sowie die Vorgangsweise des Landeshauptmanns von Vorarlberg und des BMGK im Zusammenhang mit der Berücksichtigung in Österreich absolvierten Praxiszeiten. Ihre in Deutschland zurückgelegte Berufspraxis wird nicht releviert.

Da der BMGK der Klägerin die beantragte Bestätigung über die Zulassung zur Berufsausübung im ergotherapeutischen Dienst in Österreich gemäß der Richtlinie 92/51/EWG erteilte und ein die Klägerin belastender, weil in der Sache ihren Antrag auf Bewilligung zur freiberuflichen Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes in Österreich ablehnender Bescheid des Landeshauptmanns von Vorarlberg - als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung - nach dem Aktenstand nicht erlassen, sondern ihr Antrag unangefochten wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wurde, könnte ein Amtshaftungsanspruch nur daraus abgeleitet werden, daß der Landeshauptmann zu Unrecht eine Bestätigung des BMGK über die Zulassung zu Berufsausübung forderte oder aus anderen schadenskausalen und unvertretbaren Verfahrensverzögerungen beider Behörden.

Nach § 7 Abs 3 Z 3 MTD-G in der Stammfassung - in gleicher Weise jetzt § 7a Abs 2 MTD-G idFd Novelle 1996, womit ua die Bestimmungen über die unselbständige (§ 7) und über die selbständige (§ 7a) Berufsausübung getrennt wurden - war die freiberufliche Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes von einer Bewilligung durch den auf Grund des Berufssitzes zuständigen Landeshauptmanns abhängig. Die Bewilligung war und ist zu erteilen, wenn die Bewerberin innerhalb der letzten zehn Jahre den Beruf befugtermaßen durch drei Jahre vollbeschäftigt oder entsprechend länger bei Teilzeitbeschäftigung in einem Dienstverhältnis gemäß Abs 1 Z 1 bis 3 ausgeübt hatte. Auf dem Boden dieser gesetzlichen Regelungen verlangte der Landeshauptmann von Vorarlberg von der Klägerin zu Recht eine Bestätigung des zuständigen BMGK über die Zulassung zur Berufsausübung. Einer allfälligen amtshaftungsrelevanten

Verfahrensverzögerung in den Verfahren beim Landeshauptmann für Vorarlberg oder beim BMGK steht aber die Vorschrift des § 2 Abs 2 AHG entgegen:Nach Paragraph 7, Absatz 3, Ziffer 3, MTD-G in der Stammfassung - in gleicher Weise jetzt Paragraph 7 a, Absatz 2, MTD-G idFd Novelle 1996, womit ua die Bestimmungen über die unselbständige (Paragraph 7,) und über die selbständige (Paragraph 7 a,) Berufsausübung getrennt wurden - war die freiberuflische Ausübung des ergotherapeutischen Dienstes von einer Bewilligung durch den auf Grund des Berufssitzes zuständigen Landeshauptmanns abhängig. Die Bewilligung war und ist zu erteilen, wenn die Bewerberin innerhalb der letzten zehn Jahre den Beruf befugtermaßen durch drei Jahre vollbeschäftigt oder entsprechend länger bei Teilzeitbeschäftigung in einem Dienstverhältnis gemäß Absatz eins, Ziffer eins bis 3 ausgeübt hatte. Auf dem Boden dieser gesetzlichen Regelungen verlangte der Landeshauptmann von Vorarlberg von der Klägerin zu Recht eine Bestätigung des zuständigen BMGK über die Zulassung zur Berufsausübung. Einer allfälligen amtshaftungsrelevanten Verfahrensverzögerung in den Verfahren beim Landeshauptmann für Vorarlberg oder beim BMGK steht aber die Vorschrift des Paragraph 2, Absatz 2, AHG entgegen:

Gemäß § 2 Abs 2 AHG besteht der Ersatzanspruch gegen den Rechtsträger nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder mittels Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können. Demzufolge hat die Rspr nach dem Willen des Gesetzgebers 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 ausgeschöpft und - im Verwaltungsverfahren - die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen wurde, nicht mehr abgewendet werden konnte. Der Amtshaftungsanspruch ist also insofern formell subsidiär, als ein (potentiell) Geschädigter zunächst verpflichtet ist, die ihm vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten und zur Abwendung oder Minderung des Schadens geeigneten Rechtsbehelfe – ausgenommen die in § 2 Abs 2 AHG nicht erwähnte Verfassungsgerichtshofbeschwerde - auszunützen. Amtshaftung hat demnach nur soweit einzutreten, als 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 noch zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern (stRspr, SZ 64/126, SZ 69/145 uva, zuletzt 1 Ob 373/98d mwN; Mader in Schwimann2, § 2 AHG Rz 2 f; Schragel, AHGý Rz 176; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 174 f, 177 f, 185, 187 [aM zu Fragen der Behauptungs- und Beweislast]). Dagegen ist es nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfs, wäre er ergriffen worden, nachzuvollziehen (stRspr, zuletzt 1 Ob 373/98d mwN). Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen lassen die Rechtsfolgen des § 2 Abs 2 AHG nicht eintreten (1 Ob 373/98d mwN), was vor allem dann der Fall ist, wenn ein bestimmter Rechtsbehelf schon nach seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit zur Schadensabwehr ungeeignet ist. Im allgemeinen liegt auch bereits in der Unterlassung, sich eines Rechtsbehelfs iSd § 2 Abs 2 AHG zu bedienen, ein Verschulden (1 Ob 373/98d mwN). Die Unterlassung von in diesem Sinne offenbar aussichtslosen Abhilfemaßnahmen lässt daher die Rechtsfolgen des § 2 Abs 2 AHG nicht eintreten (1 Ob 373/98d mwN). Sowohl der Devolutionsantrag nach § 73 Abs 2 AVG wie die Säumnisbeschwerde nach Art 132 B-VG unterfallen nach stRspr dem Rechtsmittelbegriff des § 2 Abs 2 AHG (SZ 54/86; JBl 1992, 249; 1 Ob 9/93 ua). Die Klägerin hat, wie bereits die zweite Instanz zutreffend erkannte, nicht Gebrauch gemacht.Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AHG besteht der Ersatzanspruch gegen den Rechtsträger nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder mittels Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können. Demzufolge hat die Rspr nach dem Willen des Gesetzgebers 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 ausgeschöpft und - im Verwaltungsverfahren - die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen wurde, nicht mehr abgewendet werden konnte. Der Amtshaftungsanspruch ist also insofern formell subsidiär, als ein (potentiell) Geschädigter zunächst verpflichtet ist, die ihm vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten und zur Abwendung oder Minderung des Schadens geeigneten Rechtsbehelfe – ausgenommen die in Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht erwähnte Verfassungsgerichtshofbeschwerde - auszunützen. Amtshaftung hat demnach nur soweit einzutreten, als 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 anspruchsgrundendes 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 noch zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern (stRspr, SZ 64/126, SZ 69/145 uva, zuletzt 1 Ob 373/98d mwN; Mader in Schwimann2, Paragraph 2, AHG Rz 2 f; Schragel, AHG Rz 176; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 174 f, 177 f, 185, 187 [aM zu Fragen der Behauptungs- und Beweislast]). Dagegen ist es nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den hypothetischen Erfolg eines unterlassenen Rechtsbehelfs, wäre er ergriffen worden, nachzu vollziehen (stRspr, zuletzt 1 Ob 373/98d mwN). Nur offenbar aussichtslose Abhilfemaßnahmen lassen die Rechtsfolgen des Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht eintreten (1 Ob 373/98d mwN), was vor allem dann der Fall ist, wenn ein bestimmter Rechtsbehelf schon nach seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit zur Schadensabwehr ungeeignet ist. Im allgemeinen liegt auch bereits in der Unterlassung, sich eines Rechtsbehelfs iSd Paragraph 2, Absatz 2, AHG zu bedienen, ein Verschulden (1 Ob 373/98d mwN). Die Unterlassung von in diesem Sinne offenbar aussichtslosen Abhilfemaßnahmen läßt daher die Rechtsfolgen des Paragraph 2, Absatz 2, AHG nicht eintreten (1 Ob 373/98d mwN). Sowohl der Devolutionsantrag nach Paragraph 73, Absatz 2, AVG wie die Säumnisbeschwerde nach Artikel 132, B-VG unterfallen nach stRspr dem Rechtsmittelbegriff des Paragraph 2, Absatz 2, AHG (SZ 54/86; JBI 1992, 249; 1 Ob 9/93 ua). Die Klägerin hat, wie bereits die zweite Instanz zutreffend erkannte, nicht Gebrauch gemacht.

Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob es allein Angelegenheit der Klägerin war, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in Österreich die Berechtigung zur Berufsausübung im Rahmen eines antragsbedürftigen Verwaltungsverfahrens iSd § 3 Abs 1 MTD-G zu erwirken. Auch die Frage, ob das BMGK die ihm durch Art 8 Abs 2 der Richtlinie 89/48/EWG - jetzt iVm § 6b Abs 6 MTD-G idFd Novelle 1996 - gesetzte Entscheidungsfrist (spätestens vier Monate nach Vorlage der vollständigen Unterlagen der Klägerin) verletzte, ist nicht von Relevanz. Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob es allein Angelegenheit der Klägerin war, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in Österreich die Berechtigung zur Berufsausübung im Rahmen eines antragsbedürftigen Verwaltungsverfahrens iSd Paragraph 3, Absatz eins, MTD-G zu erwirken. Auch die Frage, ob das BMGK die ihm durch Artikel 8, Absatz 2, der Richtlinie 89/48/EWG - jetzt in Verbindung mit Paragraph 6 b, Absatz 6, MTD-G idFd Novelle 1996 - gesetzte Entscheidungsfrist (spätestens vier Monate nach Vorlage der vollständigen Unterlagen der Klägerin) verletzte, ist nicht von Relevanz.

Amtshaftungsrechtlich ist die Frage einer verspäteten oder unvollständigen Umsetzung von Richtlinien der Gemeinschaft unerheblich, weil für allfällige Fehler des Gesetzgebers keine Haftung besteht.

c) Gemäß Art 189 EG-V (jetzt Art 249 EU-V idFd Amsterdamer Vertrags) sind Richtlinien für jeden Mitgliedsstaat, soweit es um das zu erreichende Ziel geht, verbindlich, wobei jedoch die Wahl der Form und Mittel den innerstaatlichen Stellen überlassen wird. Die Mitgliedsstaaten haben Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umzusetzen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Die gegenseitige Anerkennung ausländischer Diplome und Befähigungsnachweise wird sekundärrechtlich durch die Richtlinien des Rates 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über die allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, und 92/51/EWG vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG geregelt, wie bereits die Vorinstanzen zutreffend erkannten. Beide Richtlinien sind an die Mitgliedsstaaten gerichtet (Art 14 der Richtlinie 89/48/EWG und Art 19 der Richtlinie 92/51/EWG). Im Hinblick darauf, daß es sich bei den gehobenen medizinisch-technischen Diensten in Österreich um reglementierte Berufe handelt, die eine dreijährige Ausbildung an einer medizinisch-technischen Akademie, also einer Ausbildungseinrichtung mit hochschulwertigem Niveau, voraussetzen, kommen die Anerkennungsregelungen des Kapitels III der Richtlinie 92/51/EWG zur Anwendung (RV, 113 BlgNR XVIII.GP 14 f). Das der Klägerin am 5. Jänner 1990 in Deutschland ausgestellte Diplom unterfällt unbestrittenemmaßen jedenfalls der Richtlinie 92/51/EWG. c) Gemäß Artikel 189, EG-V (jetzt Artikel 249, EU-V idFd Amsterdamer Vertrags) sind Richtlinien für jeden Mitgliedsstaat, soweit es um das zu erreichende Ziel geht, verbindlich, wobei jedoch die Wahl der Form und Mittel den innerstaatlichen Stellen überlassen wird. Die Mitgliedsstaaten haben Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umzusetzen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Die gegenseitige Anerkennung ausländischer Diplome und Befähigungsnachweise wird sekundärrechtlich durch die Richtlinien des Rates 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über die allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, und 92/51/EWG vom 18. Juni 1992

über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungs nachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG geregelt, wie bereits die Vorinstanzen zutreffend erkannten. Beide Richtlinien sind an die Mitgliedsstaaten gerichtet (Artikel 14, der Richtlinie 89/48/EWG und Artikel 19, der Richtlinie 92/51/EWG). Im Hinblick darauf, daß es sich bei den gehobenen medizinisch-technischen Diensten in Österreich um reglementierte Berufe handelt, die eine dreijährige Ausbildung an einer medizinisch-technischen Akademie, also einer Ausbildungseinrichtung mit hochschulwertigem Niveau, voraussetzen, kommen die Anerkennungsregelungen des Kapitels römisch III der Richtlinie 92/51/EWG zur Anwendung (RV, 113 BlgNR römisch XVIII.GP 14 f). Das der Klägerin am 5. Jänner 1990 in Deutschland ausgestellte Diplom unterfällt unbestrittenermaßen jedenfalls der Richtlinie 92/51/EWG.

Der EuGH anerkennt die Staatshaftung unter drei Voraussetzungen an: Erstens muß die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, bezwecken, dem einzelnen Rechte zu verleihen, zweitens muß der Verstoß hinreichend qualifiziert sein und drittens muß zwischen dem entstandenen Schaden und dem vom Mitgliedsstaat zu vertretenden Verstoß ein Kausalzusammenhang bestehen (Schoißwohl, Zur Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungssjudikatur, in ecolex 1998, 963 mwN). Inhalt beider Anerkennungsrichtlinien sind indes nur die gegenseitige Anerkennung von Berufsausbildungen, nicht aber darüber hinausgehende Rechte wie die Erteilung der Bewilligung zur freiberuflichen Berufsausübung. Die Klägerin setzt somit ihr aufgrund der beiden Richtlinien zustehendes, ihr aber ohnehin gewährtes Recht auf Anerkennung ihres in Deutschland, somit einem anderen Mitgliedsstaat, erworbenen Diploms in unzulässiger Weise bereits mit der Berechtigung zum freiberuflichen Berufs antritt gleich, die allein Gegenstand ihres Antrags beim Landeshauptmann von Vorarlberg war. Unbestrittenermaßen besteht keine generelle Regelung der Voraussetzungen für den freiberuflichen Zugang zum Beruf einer Ergotherapeutin auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene, es ist damit Sache der Mitgliedstaaten, diese Voraussetzungen unter Bedachtnahme auf die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts durch innerstaatliches Recht selbst zu regeln. Der EuGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß die beiden genannten Richtlinien das Recht eines Mitgliedstaats unberührt lassen, die selbständige Berufsausübung durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats von weiteren Bedingungen, insbesondere vom Nachweis einer Berufspraxis, abhängig zu machen (vgl Rs C-340/89 - Ir?ne Vlassopoulou, Slg 1991, I-2357 Rn 9; RsC-104/91 - Aguirre Borell, Slg 1992, I-3003 Rn 11 ua). Der EuGH anerkennt die Staatshaftung unter drei Voraussetzungen an: Erstens muß die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, bezwecken, dem einzelnen Rechte zu verleihen, zweitens muß der Verstoß hinreichend qualifiziert sein und drittens muß zwischen dem entstandenen Schaden und dem vom Mitgliedsstaat zu vertretenden Verstoß ein Kausalzusammenhang bestehen (Schoißwohl, Zur Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungssjudikatur, in ecolex 1998, 963 mwN). Inhalt beider Anerkennungsrichtlinien sind indes nur die gegenseitige Anerkennung von Berufsausbildungen, nicht aber darüber hinausgehende Rechte wie die Erteilung der Bewilligung zur freiberuflichen Berufsausübung. Die Klägerin setzt somit ihr aufgrund der beiden Richtlinien zustehendes, ihr aber ohnehin gewährtes Recht auf Anerkennung ihres in Deutschland, somit einem anderen Mitgliedsstaat, erworbenen Diploms in unzulässiger Weise bereits mit der Berechtigung zum freiberuflichen Berufs antritt gleich, die allein Gegenstand ihres Antrags beim Landeshauptmann von Vorarlberg war. Unbestrittenermaßen besteht keine generelle Regelung der Voraussetzungen für den freiberuflichen Zugang zum Beruf einer Ergotherapeutin auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene, es ist damit Sache der Mitgliedstaaten, diese Voraussetzungen unter Bedachtnahme auf die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts durch innerstaatliches Recht selbst zu regeln. Der EuGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß die beiden genannten Richtlinien das Recht eines Mitgliedstaats unberührt lassen, die selbständige Berufsausübung durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats von weiteren Bedingungen, insbesondere vom Nachweis einer Berufspraxis, abhängig zu machen vergleiche Rs C-340/89 - Ir?ne Vlassopoulou, Slg 1991, I-2357 Rn 9; RsC-104/91 - Aguirre Borell, Slg 1992, I-3003 Rn 11 ua).

Damit kommt es auf die von der zweiten Instanz als erheblich erachteten Rechtsfrage, ob die hier relevanten Bestimmungen des MTD-G richtlinienkonform sind, ebensowenig an wie auf die Frage, ob ungeachtet der formellen Umsetzung der beiden Richtlinien erst durch die MTD-G Novelle 1996 bereits vorher eine richtlinienkonforme Vollziehung durch die zuständigen Verwaltungsbehörden erfolgte (vgl Schwamberger, Krankenpflege und EWR in RdM 1994, 57). Damit kommt es auf die von der zweiten Instanz als erheblich erachteten Rechtsfrage, ob die hier relevanten Bestimmungen des MTD-G richtlinienkonform sind, ebensowenig an wie auf die Frage, ob ungeachtet der

formellen Umsetzung der beiden Richtlinien erst durch die MTD-G Novelle 1996 bereits vorher eine richtlinienkonforme Vollziehung durch die zuständigen Verwaltungsbehörden erfolgte vergleiche Schwamberger, Krankenpflege und EWR in RdM 1994, 57).

d) Die Frage nach der Konformität des § 68 Abs 6 KrankenpflegeG (jetzt Bundesgesetz über die Regelung des medizinisch-technischen Fachdienstes und der Sanitätshilfsdienste, MTF-SHD-G BGBI I 1997/108) mit gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und nach der Richtigkeit des im Bescheid des Landeshauptmanns von Tirol zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung kann schon deshalb auf sich beruhen, weil dem Antrag der Klägerin ohnehin sofort stattgegeben wurde.d) Die Frage nach der Konformität des Paragraph 68, Absatz 6, KrankenpflegeG (jetzt Bundesgesetz über die Regelung des medizinisch-technischen Fachdienstes und der Sanitätshilfsdienste, MTF-SHD-G BGBI römisch eins 1997/108) mit gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und nach der Richtigkeit des im Bescheid des Landeshauptmanns von Tirol zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung kann schon deshalb auf sich beruhen, weil dem Antrag der Klägerin ohnehin sofort stattgegeben wurde.

Fragen der Vertretbarkeit des verwaltungsbehördlichen Handelns stellen sich nicht mehr. Zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 177 EG-V (jetzt Art 234 EU-V idFd Amsterdamer Vertrags) besteht mangels Präjudizialität kein Anlaß. Demnach war spruchgemäß zu entscheiden. Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO. Die beklagte Partei hat auf die Unzulässigkeit des gegnerischen Rechtsmittels ausdrücklich hingewiesen.Fragen der Vertretbarkeit des verwaltungsbehördlichen Handelns stellen sich nicht mehr. Zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 177, EG-V (jetzt Artikel 234, EU-V idFd Amsterdamer Vertrags) besteht mangels Präjudizialität kein Anlaß. Demnach war spruchgemäß zu entscheiden. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO. Die beklagte Partei hat auf die Unzulässigkeit des gegnerischen Rechtsmittels ausdrücklich hingewiesen.

**Textnummer**

E55630

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0010OB00080.99T.1022.000

**Im RIS seit**

21.11.1999

**Zuletzt aktualisiert am**

07.05.2012

**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)