

# TE OGH 1992/6/9 1Ob16/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.06.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiemer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Othmar Taferner, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei Stadtgemeinde S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Wonisch, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen S 31.990,60 s.A. und Feststellung (Streitwert S 150.000,-), in Folge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 21. Jänner 1992, GZ 12 R 59/91-42, womit in Folge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 17. Mai 1991, GZ 8 a Cg 6/90-35, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 und Art 140 Abs 1 B-VG beim Verfassungsgerichtshof den Antrag auf Aufhebung von § 1 Abs 3 des Amtshaftungsgesetzes vom 18. Dezember 1948 BGBl 1949/20 idF der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1989.

## Text

Begründung:

Am 25.1.1988 stürzte ein Gast in einer Imbißstube in S\*\*\*\*\* über die zur Herrentoilette hinabführende Treppe, wurde dabei schwer verletzt und starb am 28.1.1988 an den Folgen dieses Unfalls. Seit 1.2.1988 bezieht die Witwe des Verstorbenen von der klagenden Partei eine Witwenpension. Der durch den Tod ihres Mannes ausgelöste Einkommensverlust wurde durch Pensionsleistungen der klagenden Partei in Höhe von S 15.278,20 für das Jahr 1988 und von S 16.712,40 für das Jahr 1989 ausgeglichen; dieser Deckungsrechnung sind die eigene Pension der Witwe und ein Mitverschulden des Verstorbenen im Ausmaß von 50 % zugrundegelegt.

Die klagende Partei begehrt im Wege der Amtshaftung die Verurteilung des beklagten Rechtsträgers zum Ersatz ihrer Pensionsleistungen im Gesamtbetrag von S 31.990,60 sowie die Feststellung, daß ihr die beklagte Partei alle Pflichtleistungen zu ersetzen schuldig sei, die sie aufgrund des tödlichen Unfalles ihres Versicherten dessen Witwe in Zukunft zu erbringen hat, soweit diese Leistungen in deren zivilrechtlichen Ersatzansprüchen Deckung finden, die sie selbst ohne die in § 332 Abs 1 ASVG normierte Legalzession unter Berücksichtigung eines 50 %igen Mitverschuldens zu stellen berechtigt wäre. Sie brachte hiezu vor, die Organe der beklagten Partei wären verpflichtet gewesen, durch behördliche Anordnung für die Anbringung der nach § 14 Abs 6 Sbg.BauTG vorgeschriebenen Handläufe für die sichere Benützung der Treppe zu sorgen.

Die beklagte Partei wendete dagegen ein, sie treffe keine Schadenersatzpflicht, weil im Zuge des bisher noch nicht beendeten Baubewilligungsverfahrens keine Möglichkeit für eine entsprechende Anordnung bestanden und die Gewerbebehörde die Änderung der Betriebsanlage ohnedies mit der Auflage genehmigt habe, daß im Treppenhaus Handläufe anzubringen seien. Im übrigen sei das Fehlen der Handläufe für das Zustandekommen des Unfalles nicht ursächlich gewesen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Es stellte fest, das Haus, in dem das Gastlokal untergebracht ist, sei aufgrund einer am 15.4.1911 erteilten Baubewilligung errichtet worden. Das Kellergeschoß sei nach Planung und Ausführung nicht für Toiletten oder gar ein Gastlokal vorgesehen gewesen; die Baubehörde habe auch späterhin den Ausbau des Kellers für Zwecke einer Fleischerei nicht bewilligt. Nach den bei Erteilung der Baubewilligung maßgeblichen Bauvorschriften sei die Anbringung eines Handlaufs für die in den Keller führende Stiege noch nicht vorgeschrieben gewesen. „Vermutlich“ 1969 seien im Erdgeschoß zwei Räume - bisher Küche und Zimmer - ohne behördliche Bewilligung in eine Gaststätte umgewidmet worden. Die Herrentoilette sei im Keller untergebracht und zu diesem Zweck sei eine Hausmauer zum Stiegenhaus durchgebrochen worden. Von dort führten zunächst drei Stufen zu einem Podest und von diesem neun weitere Stufen in einer Rechtswendung in den Keller. Zur Unfallszeit sei in diesem Stiegenhaus kein Handlauf angebracht gewesen; ob früher dort ein solcher vorhanden war, könne nicht festgestellt werden. Am 7.2.1986 habe der Magistrat der beklagten Stadt von Amts wegen eine bau- und feuerpolizeiliche Überprüfung des Hauses durchgeführt; dabei sei das gesamte Haus begangen und in bezug auf das Lokal festgestellt worden:

„In den beiden übrigen Räumen (Top 1,...), ehemals Küche mit Zimmer, wurde ein Gaststättenbetrieb eingerichtet.

.....

Stiegenhausseitig befindet sich eine zum Lokal gehörige Toiletteanlage. Im Kellergeschoß wurde unmittelbar beim Stiegenhausabgang eine WC-Anlage (Waschraum und Toilette) errichtet. Dabei wurden bauliche Maßnahmen dahingehend betrieben, daß ein Durchgang vom Stiegenhaus aus durch die 75 cm starke Mittelmauer erfolgte und zu den übrigen Kellerräumen eine Abmauerung hergestellt worden ist. Es kann mangels der Aktenvorlage nicht festgestellt werden, ob hierfür eine Baubewilligung erteilt worden ist.“

Bei der Begehung seien mehrere Gebrechen, nicht aber auch das Fehlen des Handlaufs bei der Kellerstiege festgestellt worden. Mit Schreiben vom 22.5.1986 habe der Magistrat dem Liegenschaftseigentümer mitgeteilt, daß die Einrichtung einer Gaststätte sowie der Einbau von WC und Abstellraum im Keller nicht bewilligte bauliche Maßnahmen darstellten. Mit Bescheid vom 10.7.1986 habe die Baubehörde dem Liegenschaftseigentümer aufgetragen, entweder binnen vier Wochen ab Rechtskraft um nachträgliche Bewilligung anzusuchen oder die baulichen Anlagen zu beseitigen. Dieser habe am 12.8.1986 ein entsprechendes Ansuchen gestellt. Da die Einreichunterlagen nicht ausgereicht hätten, sei der Gesuchssteller am 26.2.1987 aufgefordert worden, die Planunterlagen zu ergänzen. Bis zum Unfall sei der Hauseigentümer dem Verbesserungsauftrag nicht nachgekommen.

Am 14.11.1983 habe der Pächter der Gaststätte die Betriebsanlagengenehmigung beantragt. Bei der Verhandlung am 12.1.1984 an Ort und Stelle habe der Magistrat der beklagten Partei - als Gewerbebehörde - festgestellt, daß für den Betrieb die Konzession für die Betriebsform eines Espressos vorliege. Am 2.5.1986 habe die Gewerbebehörde gegen den Pächter wegen des Betriebs einer genehmigungspflichtigen Gaststätte ohne Betriebsanlagengenehmigung ein Straferkenntnis erlassen. Bei einer weiteren gewerbebehördlichen Verhandlung am 4.6.1987 an Ort und Stelle hätten die beiden Sachverständigen festgestellt, daß gegen die Erteilung der begehrten Betriebsanlagengenehmigung keine Bedenken bestünden, wenn der Pächter verschiedene Bedingungen erfülle, unter anderem auch die Kellerstiege wenigstens an einer Seite mit einem durchgehenden Handlauf versehe. Bei dieser Verhandlung sei die gewerbebehördliche Bewilligung der Änderung der Betriebsanlage unter den von den Sachverständigen für nötig erachteten Auflagen erteilt worden; der Bescheid sei nach Rechtsmittelverzicht sogleich in Rechtskraft erwachsen.

Am 25.1.1988 abends habe der später Verunglückte das Lokal betreten. Er sei schwer alkoholisiert (3 ‰ Blutalkoholwert) gewesen und habe nach einem alkoholischen Getränk verlangt. Ob ihm der Kellner noch ein Getränk ausgefolgt habe, sei nicht mehr feststellbar. Während seines Aufenthaltes an der Theke sei der Betrunkene ohne fremde Einwirkung zumindest zweimal zu Boden gestürzt. Schließlich habe er den Kellner nach dem Weg zum WC gefragt; er sei in der Folge wegen seiner Alkoholisierung auf der Treppe gestürzt und an deren Ende bewußtlos liegengelassen. Wegen seiner schweren Kopfverletzung sei er in ein Krankenhaus eingeliefert worden, dort aber am

28.1.1988 an den Folgen seiner Verletzung gestorben. Der Sturz wäre auch bei Vorhandensein eines Handlaufs nicht zu verhindern gewesen.

In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht die Amtshaftung schon wegen des mißglückten Kausalitätsbeweises: Die klagende Partei habe nicht nachweisen können, daß das Fehlen des Handlaufs für das Zustandekommen des Unfalls ursächlich gewesen sei. Außerdem sei kein Organverschulden erkennbar. Die Baubehörde hätte erst in der Entscheidung über das nach dem Ortsaugenschein vom 7.2.1986 eingeleitete Baubewilligungsverfahren entsprechende Vorkehrungen anordnen können, dieses Verfahren sei aber noch nicht abgeschlossen gewesen. Unabhängig davon habe jedoch die Gewerbebehörde bereits am 4.6.1987 dem Betreiber des Lokals aufgetragen, die Kellerstiege mit einem Handlauf auszustatten, so daß die Behörde ihrer Verpflichtung zur Erteilung der erforderlichen Aufträge zum Schutz der Gäste ohnedies nachgekommen sei.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es stellte ergänzend fest, im Zuge einer baupolizeilichen Überprüfung und Feuerbeschau des Hauses habe die Baubehörde dem Eigentümer der Liegenschaft mit Bescheid vom 14.3.1988 gemäß § 20 Abs 4 Sbg. BauTG den Auftrag erteilt, die in der Verhandlungsniederschrift unter Abschnitt A von den Amtssachverständigen als notwendig befundenen Sicherheitsmaßnahmen (Anbringung von Handläufen im Bereich der vom Erdgeschoß in das Kellergeschoß führenden Stiegenanlage) binnen zwei Wochen ab Rechtskraft des Bescheides durchführen zu lassen; sie habe diese Anordnung damit begründet, daß die fehlenden Handläufe im Bereich der Stiegenanlage ein Baugebrechen darstellten, das dringend behoben werden müsse, weil „eine Gefährdung von Personen zu gewärtigen“ sei.

In Erledigung der Rechtsrüge führte das Gericht zweiter Instanz aus, mit der von der klagenden Partei ins Treffen geführten Verschiebung der Beweislast für den Kausalablauf sei für sie nichts gewonnen, weil nicht feststehe, daß die Organe der beklagten Partei eine Schutznorm übertreten hätten. Wohl hätte die Baubehörde das Fehlen der Handläufe bereits anlässlich der Überprüfung des Objekts im Jahre 1986 feststellen und entsprechende Aufträge erteilen müssen, doch habe nicht festgestellt werden können, ob die Handläufe schon zu diesem Zeitpunkt gefehlt haben. Daher komme auch der bekämpften Feststellung des Erstgerichts, der Unfall wäre auch bei Vorhandensein von Handläufen nicht verhindert worden, keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu. Soweit die klagende Partei behaupte, die Gewerbebehörde habe die Befolgung ihrer Aufträge zur Anbringung von Handläufen nicht überwacht, sei zunächst zu prüfen, ob die beklagte Partei für das Verhalten der Gewerbebehörde als mittelbare Bundesverwaltung überhaupt haftbar gemacht werden könne. Nach dem durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1989 dem § 1 AHG angefügten Abs 3 reiche es für die Mithaftung des Rechtsträgers - abgesehen von der funktionellen Zuständigkeit - aus, daß das handelnde Organ von dem in Anspruch genommenen Rechtsträger bestellt wurde. Da dies hier zutrefte, sei die beklagte Partei auch für das Handeln der Gewerbebehörde passiv legitimiert. Der der Gewerbebehörde gemachte Vorwurf sei aber nicht berechtigt. Die Gewerbeordnung sehe eine Überprüfung der Befolgung von Auflagen nicht generell vor, die Behörde sei vielmehr, abgesehen von den hier nicht zutreffenden Ausnahmen bei gefährlichen Anlagen, nur dann zum amtswegigen Einschreiten verpflichtet, wenn sie davon Kenntnis erlange, daß der Gewerbetreibende den behördlichen Aufträgen zuwiderhandelt. Da der Gewerbetreibende von der unter einer Auflage erteilten Genehmigung nur Gebrauch machen dürfe, wenn er die behördlichen Anordnungen erfülle, habe die Behörde durch die Erteilung der Auflage ausreichend Vorsorge dafür getroffen, daß der Betrieb den Sicherheitsvorschriften entspreche. Aus der Tatsache, daß sich die Behörde nach dem Unfall zur baupolizeilichen Anordnung vom 14.3.1988 veranlaßt gesehen habe, dürfe noch nicht zwingend gefolgert werden, daß eine solche Maßnahme schon bei Erteilung der durch die Erfüllung der Auflagen bedingten Betriebsanlagengenehmigung zu ergreifen gewesen wäre: Bei Erlassung des Bescheides vom 14.3.1988 sei die Nichterfüllung der Auflage bereits dokumentiert und außerdem die Einschätzung der Gefährlichkeit im wesentlichen durch das tatsächliche Unfallgeschehen bestimmt gewesen. Aus einer solchen Betrachtungsweise könne jedoch nicht geschlossen werden, daß sich die Gewerbebehörde mit der Erteilung einer Auflage nicht hätte begnügen dürfen.

Gegen das berufsgerichtliche Urteil richtet sich die Revision der klagenden Partei, die - bei Anwendung der die Passivlegitimation des beklagten Rechtsträgers begründeten Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG - berechtigt wäre.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die klagende Partei beanstandet in ihrem Rechtsmittel, der Magistrat der beklagten Stadt habe als Gewerbebehörde und Organ des beklagten Rechtsträgers die Einhaltung der von ihm in die gewerbebehördliche

Betriebsanlagengenehmigung - unter anderem- aufgenommene Auflage zur Anbringung eines Handlaufs im Stiegenhaus zum Keller in der Folge nicht überwacht. Damit zeigt die Revisionswerberin in der Tat eine Unterlassung pflichtgemäßen Organverhaltens auf:

Der Pächter des Gastlokals hatte die Genehmigung der Betriebsanlage beantragt, um den Umbau der von ihm betriebenen Imbißstube auf eine einwandfreie gewerberechtliche Grundlage zu stellen. Bei einer von der Gewerbebehörde - als Abteilung des Magistrats der beklagten Landeshauptstadt - über diesen Antrag am 4.6.1987 an Ort und Stelle abgeführten Verhandlung erstatteten die von der Behörde beigezogenen Amtssachverständigen ein Gutachten, wonach gegen den Umbau aus ihrer Sicht keine Bedenken bestünden, sofern der Gesuchsteller bestimmte näher bezeichnete Auflagen - darunter auch die Ausstattung der Kellerstiege mit zumindest einem durchgehenden Handlauf - erfüllen sollte. Nachdem der Pächter gegen dieses Gutachten keine Einwände erhoben hatte, erteilte die Gewerbebehörde dem Gesuchsteller die begehrte Betriebsanlagengenehmigung nach Maßgabe der vorgelegten Planunterlagen gegen Erfüllung bzw. Einhaltung der im Gutachten der beiden Amtssachverständigen als notwendig erachteten Auflagen. Die Gewerbebehörde unterließ es jedoch in der Folge, die Einhaltung der Auflagen zu überwachen. Tatsächlich war am Unfalltag - nahezu acht Monate nach Bescheiderteilung - noch immer kein Handlauf im Stiegenhaus angebracht gewesen.

Gemäß § 74 Abs 2 Z 1 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie - unter anderem - wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind, das Leben oder die Gesundheit der in dieser Bestimmung genannten Personen - unter anderem auch der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebs gemäß aufsuchen - zu gefährden. Gemäß § 77 Abs 1 GewO (in der Fassung vor, im übrigen aber auch in der Fassung nach Inkrafttreten der GewRNov 1988, durch die diese Bestimmung teilweise geändert wurde) war (und ist) die Betriebsanlage erforderlichenfalls unter Vorschreibung bestimmter geeigneter Auflagen zu genehmigen, wenn überhaupt oder bei Einhaltung der Auflagen zu erwarten war (bzw. ist), daß - unter anderem - eine Gefährdung von Personen im Sinne des § 74 Abs 2 Z 1 GewO ausgeschlossen ist. Die Vorschreibung des Handlaufs durch die Gewerbebehörde war eine solche Auflage; Zweck dieser behördlichen Anordnung konnte es nur sein, eine Gefährdung des Personals und der Gäste bei der Benützung der Treppe auszuschalten. Demnach war die Behörde - zu Recht (man denke bloß an alkoholisierte Gäste!) - selbst davon ausgegangen, daß eine - nach den Umständen des konkreten Falls voraussehbare (vgl Mache-Kinscher, GewO § 77 Anm 23) - Gefährdung von Personen nur durch Einhaltung einer solchen Auflage ausgeschlossen werden konnte. Gewähr für die Befolgung der Auflagen konnte der Behörde aber einzig und allein deren wirksame Überwachung bieten. Im übrigen könnten auch die für den Fall der Nichtbeachtung der mit der Auflage auferlegten Verpflichtung des Bescheidadressaten (vgl hierzu Mache-Kinscher aaO § 77 Anm 5, 5a) im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen - die Verhängung von Verwaltungsstrafen (§ 367 Z 26 GewO), die Anordnung von einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen (§ 360 Abs 1 GewO) bzw. die Vollstreckung der Auflagen durch Ersatzvornahme (VwSlg 10.973/A, 6.400/A ua; vgl auch Mache-Kinscher aaO Anm 19) - keine Abhilfe schaffen, wäre es mangels gezielter behördlicher Überwachung dem Zufall anheimgestellt, ob die Behörde von der Nichtbefolgung der Auflagen überhaupt Kenntnis erlangt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl die Nachweise bei Mache-Kinscher aaO § 77 Anm 17) darf selbst die Befürchtung, daß die vorgeschriebenen Auflagen nicht beachtet werden, nicht zum Anlaß genommen werden, der Betriebsanlage die Genehmigung zu versagen; (Diese Befürchtung lag für die Gewerbebehörde im vorliegenden Fall schon deshalb nahe, weil der Gesuchsteller die Gaststätte jahrelang ohne Betriebsanlagengenehmigung geführt hatte und deshalb auch bestraft wurde). Auch bleibt das durch den Hauptinhalt des Spruchs gestaltete Rechtsverhältnis selbst bei Nichtbeachtung der Auflage aufrecht, bei Inanspruchnahme der erteilten Genehmigung werden nur die Auflagen zu unbedingten Aufträgen (vgl die Nachweise aus der verwaltungsgerichtlichen Judikatur bei Mache-Kinscher aaO § 77 Anm 5 a). Umsomehr bedarf es dann aber einer wirksamen Überwachung der Befolgung der Auflagen durch die Behörde, durch die im übrigen auch entsprechender Druck auf den Bescheidadressaten ausgeübt wird, muß er doch dann mit gezielten Kontrollen rechnen, durch die jeder Ungehorsam aufgedeckt würde.

Soweit die beklagte Partei gegen die Überwachungspflicht einwendet, die Behörde sei zur amtswegigen Überprüfung gewerblicher Betriebsanlagen zwar berechtigt, aber - jedenfalls mangels konkreter Hinweise - nicht auch verpflichtet, übersieht sie, daß es im vorliegenden Fall nicht etwa um eine - periodische oder aus gegebenem Anlaß für erforderlich

erachtete - Überprüfung bereits genehmigter und daher schon vorher geprüfter Betriebsanlagen, sondern um die Überwachung der Einhaltung von Auflagen geht, deren Befolgung zur Vermeidung von Personengefährdungen erforderlich ist, deren Einhaltung aber - anders als die Betriebsanlage selbst - bisher eben noch nicht überprüft wurde.

Hat die Gewerbebehörde demnach zwar die Betriebsanlage genehmigt, gleichzeitig aber Auflagen angeordnet, so hat sie deren Befolgung - jedenfalls aber soweit, als diese Auflagen, wie im vorliegenden Fall, zur Vermeidung der Gefährdung der körperlichen Sicherheit von Personen angeordnet wurden (§ 74 Abs 2 Z 1 GewO) - auf geeignete Weise zu überwachen. Da die Gewerbebehörde die Überwachung ihrer Auflagen unbestrittenermaßen unterlassen hat, fällt dem dafür verantwortlichen Rechtsträger somit rechtswidriges Organverhalten zur Last. Die klagende Partei hat ihren Ersatzanspruch nicht etwa auf eine rechtswidrige Anordnung mit Bescheidcharakter, sondern auf die rechtswidrige Unterlassung der Überwachung einer rechtlich einwandfreien Verfügung gestützt, sodaß sie den von ihr behaupteten Schaden durch Rechtsbehelfe im Sinne des § 2 Abs 2 AHG nicht hätte abwenden können. Mangels Bescheidcharakters des beanstandeten Organverhaltens ist auch § 11 Abs 1 AHG nicht anzuwenden (1Ob 1/91; 1 Ob 42/87 ua).

Die beklagte Partei hat im übrigen nicht einmal behauptet, das ihr zur Last fallende rechtswidrige Organverhalten beruhe auf vertretbarer Rechtsansicht der Behörde oder ihr Organ sei aus anderem Grunde außerstande gewesen, ihren Verpflichtungen zur Überwachung der Auflagen nachzukommen. Die Behauptungs- und Beweislast für mangelndes Verschulden trifft aber stets den Rechtsträger, so daß die Haftung für die Schadensfolgen aus dem rechtswidrigen Organverhalten ohne weiteres anzunehmen ist (Schragel, AHG2 Rz 149).

Das Erstgericht hat allerdings festgestellt, daß der Sturz des tödlich Verunglückten „auch durch einen vorhandenen Handlauf nicht verhindert worden“ wäre. Damit wäre die beklagte Partei ihrer Haftung entbunden, weil der Schaden danach auch bei rechtlich einwandfreiem Verhalten des Organs eingetreten wäre (ZVR 1989/129 uva). Die klagende Partei hat diese Feststellung allerdings mit ihrer Berufung ausdrücklich bekämpft; das Gericht zweiter Instanz hat die Beweisrüge indessen in diesem Umfang nicht erledigt, weil es schon die Rechtswidrigkeit des Organverhaltens verneinte.

Dementgegen trifft jedoch nach richtiger Ansicht dem Magistrat der beklagten Partei als deren Organ in seiner Funktion als Gewerbebehörde (nicht auch als Baubehörde, deren von der klagenden Partei behauptete Sorglosigkeit nach dem Ergebnis des erstinstanzlichen Verfahrens nicht feststeht und deren Verhalten die klagende Partei in ihrer Revision auch nicht mehr weiter beanstandet) ein rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten; deshalb käme der erstgerichtlichen, von der klagenden Partei mit ihrer Berufung allerdings bekämpften Feststellung, das Fehlen des Handlaufs sei nicht unfallsursächlich gewesen, ausschlaggebende Bedeutung zu. Da das Gericht zweiter Instanz die Beweisrüge in diesem Punkt unerledigt ließ, wäre das zweitinstanzliche Verfahren in diesem Umfang zu ergänzen, das angefochtene Urteil somit aufzuheben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung zurückzuverweisen.

Die beklagte Partei hat jedoch in der Revisionsbeantwortung gegen die - wie noch zu zeigen sein wird - allein ihre Passivlegitimation begründete Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG verfassungsrechtliche Bedenken ins Treffen geführt und deshalb angeregt, der Oberste Gerichtshof wolle diesbezüglich beim Verfassungsgerichtshof gemäß Art 89 Abs 2 und Art 140 B-VG einen Antrag auf Aufhebung dieser gesetzlichen Bestimmung stellen.

Wie schon erwähnt, stützt die klagende Partei ihr Amtshaftungsbegehren im Revisionsverfahren nur mehr auf ein rechtswidriges Verhalten des Magistrats als Gewerbebehörde; die Angelegenheiten des Gewerbes sind aber gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache, so daß das Organ des beklagten Rechtsträgers, dem auch in dritter Instanz noch rechtswidriges Verhalten vorgeworfen wird, als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung (im vom Bund übertragenen Wirkungsbereich) eingeschritten ist (Art 102 und 119 B-VG).

Die beklagte Partei führt in der Revisionsbeantwortung mit Recht ins Treffen, ihre Passivlegitimation könne nur auf den mit Art XXII Z 1 WGN 1989 dem § 1 AHG angefügten Abs 3 gestützt werden, der mit Rücksicht auf den Schluß der Verhandlung erster Instanz (am 4.4.1991) auf den vorliegenden Rechtsstreit bereits anzuwenden ist (Art XLI Z 10 WGN 1989). Nach dieser Bestimmung haftet nicht nur der Rechtsträger für den Schaden, den die als seine Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben (§ 1 Abs 1 AHG), sondern zur ungeteilten Hand mit diesem auch derjenige (sc. Rechtsträger), als dessen Organ die handelnde Person gewählt, ernannt oder sonstwie bestellt worden ist.

Die Passivlegitimation der beklagten Partei wäre bei Anwendung des § 1 Abs 3 AHG jedenfalls zu bejahen, weil die im

Rahmen der gewerberechlichen Kompetenz des Magistrats zur Überwachung der Befolgung der bescheidmäßigen Auflage berufenen Person als Organ des beklagten Rechtsträgers bestellt oder sonstwie ernannt wurden (§ 2 Abs 1 AHG). Nur in diesem Fall wäre das berufungsgerichtliche Urteil aufzuheben und dem Gericht zweiter Instanz die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Blicke dagegen § 1 Abs 3 AHG im vorliegenden Rechtsstreit außer Betracht, wäre der Revision der klagenden Partei schon deshalb ein Erfolg zu versagen, weil das Ersatzbegehren - nun nur mehr auf ein gewerbebehördliches Fehlverhalten gestützt - schon an der dann mangelnden Passivlegitimation der beklagten Stadt scheitern müßte. Die Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG ist deshalb bei der Entscheidung über die Revision „anzuwenden“ (Art 89 Abs 2 B-VG), also für diese Entscheidung präjudiziell (Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 1158).

Der Oberste Gerichtshof hegt aus nachstehenden Erwägungen gegen diese Bestimmung in verfassungsrechtlicher Hinsicht Bedenken:

Der Justizausschuß, auf den diese Bestimmung zurückgeht, ging nach seinem Bericht (991 BlgNR 17.GP, 15) von der Rechtsansicht aus, Art 23 Abs 1 B-VG umfasse sowohl einen funktionellen als auch einen organisatorischen Organbegriff. Im übrigen meinte der Ausschuß noch, es sei für den Geschädigten wiederholt schwierig, denjenigen Rechtsträger zu erkennen, für den das Organ im Zeitpunkt seiner schädigenden Handlung gerade tätig war; es solle deshalb zur Verbesserung des Rechtsschutzes eine Mithaftung desjenigen Rechtsträgers vorgesehen werden, dem das Organ organisatorisch zugehöre.

Soviel die Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG auch zur Verbesserung des Rechtsschutzes beitragen mag (vgl auch Schragel aaO Ergänzungsheft [1990], 5), hegt der erkennende Senat doch Bedenken, ob sie rechtlich einwandfrei auf die verfassungsgesetzliche Grundlage der Amtshaftung, also auf Art 23 Abs 1 B-VG, zurückgeführt werden kann. Die Haftung der Rechtsträger für das rechtswidrige und schuldhaft hoheitliche Organverhalten wurzelt nämlich nicht etwa im Kompetenztatbestand „Zivilrechtssachen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), sondern beruht auf besonderem verfassungsrechtlichen Befehl (Art 23 B-VG; VfSlg 8.202/1977; JBl 1992, 122). Der Justizausschuß begründet seine Auffassung, Art 23 B-VG umfasse auch einen organisatorischen Organbegriff in den Materialien nicht näher. Die Anordnung der Haftung des Rechtsträgers derart, daß er für die als ihre Organe handelnden Personen einzustehen habe, findet sich mit übereinstimmendem Wortlaut im Art 23 Abs 1 B-VG und im § 1 Abs 1 AHG. Nach Art 23 Abs 1 B-VG in dessen Stammfassung hatten der Bund, die Länder und die Gemeinden noch für die Rechtsverletzungen der von ihnen „bestellten“ Personen zu haften. Durch die Bundes-Verfassungsgesetznovelle, BGBl 1925/268, wurde der Wortlaut dieser Verfassungsbestimmung dahin geändert, daß die Rechtsträger nun für die „als ihre Organe handelnden“ Personen zu haften haben. Den Materialien hiezu (327 BlgNR, 2.GP) kann als Motiv für diese Änderung die Absicht des Verfassungsgesetzgebers entnommen werden, damit die Haftpflicht von der Autorität, die die handelnde Person bestellt hat, auf jene Autorität übergehen zu lassen, als deren Organ die Person handelte. Diese Änderung erschien dem Verfassungsgesetzgeber deshalb notwendig, weil sonst etwa ein Land für Amtshandlungen des Landeshauptmanns in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung haftpflichtig wäre, selbst wenn dieser im konkreten Fall nach Weisung des vorgesetzten Bundesministers vorgegangen ist; die neue Konstruktion sei daher „logisch und praktisch richtiger“. Die Wendung „für als ihre Organe handelnden Personen“ kehrt auch in Art 23 Abs 1 B-VG bzw. § 1 Abs 1 AHG in der geltenden Fassung wieder. Nach den Materialien (515 BlgNR, 5.GP) soll jene Körperschaft für das Verhalten des Schädigers einstehen, als deren Organ er tätig war. Damit sollte auf die funktionelle Stellung des Handelnden abgestellt werden. Seit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes SZ 26/51 ist es nahezu einhellige Lehre und Rechtsprechung (vgl die Nachweise bei Schragel aaO Rz 51; weiters Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 819; Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 439; Antonioli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 681), daß es bei der Klärung der Frage, welcher Rechtsträger nach dem Amtshaftungsgesetz belangt werden kann, sowohl nach Art 23 Abs 1 B-VG als auch nach § 1 Abs 1 AHG nicht darauf ankommt, wessen Organ in organisatorischer Hinsicht jene Person, deren Verhalten mit der Amtshaftungsklage beanstandet wird, ist, sondern in wessen Namen und für wen - also funktionell - sie bei diesem Verhalten tätig war („Funktionstheorie“); dabei muß es gleichgültig sein, ob das Organ eines Landes in mittelbarer Bundesverwaltung oder das Organ einer Gemeinde im vom Bund übertragenen Wirkungsbereich tätig wird - wie hier der Magistrat der beklagten Landeshauptstadt mit eigenem Statut (Salzburger Stadtrecht 1966, vgl SZ 54/171).

Soweit die Auffassung vertreten wird, daß der Verfassungsgesetzgeber im Art 23 Abs 1 B-VG nur den Mindestmaßstab für den Eintritt der Amtshaftung festlegen wollte, gilt das doch nur für die Ausdehnung der Amtshaftung auch auf

rechtswidriges Organverhalten ohne Verschulden (vgl Schragel aaO Rz 6), ganz abgesehen davon, daß in der Lehre (Koziol, Haftpflichtrecht 2 II 380) ohnehin der Standpunkt vertreten wird, das Gesetz setze ein Verschulden des Organs gar nicht voraus, es genüge für die Amtshaftung vielmehr, daß einem Organ objektiv ein Fehlverhalten zur Last liegt. Die Ausdehnung der Amtshaftung auf im Bundes-Verfassungsgesetz nicht damit belastete Rechtsträger durch einfaches Gesetz ist dagegen nach Ansicht des Senats verfassungsrechtlich bedenklich, weil die schadenersatzrechtliche Haftung des Rechtsträgers für das Verhalten ihrer Organe im Hoheitsbereich erst durch die Verfassungsnorm des Art 23 B-VG ermöglicht wird, und die durch Art 23 Abs 4 B-VG dem einfachen Bundesgesetzgeber erteilte Ermächtigung zur Erlassung der näheren Bestimmungen nicht schrankenlos ist, dieser vielmehr alle durch die Bundesverfassung dem Gesetzgeber auferlegten verfassungsrechtlichen Beschränkungen beachten muß (VfSlg 8202/1977).

Der Mangel der verfassungsrechtlichen Grundlage der hier maßgeblichen Bestimmung wird auch durch die Einräumung eines Anspruches des belangten Rechtsträgers auf Rückersatz von aufgrund dieser Haftung geleisteten Zahlungen gegen den im § 1 Abs 1 AHG genannten Rechtsträger (§ 1 Abs 3 zweiter Satz AHG) nicht beseitigt. Ganz abgesehen davon, daß damit die rechtlich unbedenkliche Übereinstimmung der einfachgesetzlichen Bestimmung mit deren verfassungsgesetzlicher Grundlage auf diesem Wege nicht hergestellt werden kann, wiegt auch das mit allen Risiken der Rechtsverfolgung behaftete Regreßrecht die Vorteile aus der mangelnden Passivlegitimation keineswegs auf. Nach Lehre und Rechtsprechung (vgl nur die Nachweise bei Gamerith in Rummel, ABGB 2 § 896 Rz 10) schließt der Rückgriffsanspruch des in Anspruch genommenen Solidarschuldners nur Kosten ein, die von der Solidarhaftung umfaßt sind und nicht auch außergerichtliche bzw. Kosten des Vorprozesses, die ein einzelner Mitschuldner dem Gläubiger ersetzen mußte oder zur Abwehr der gegen ihn erhobenen Forderung aufwendete. Besondere Gründe, die für eine davon abweichende Regelung bei der Amtshaftung im Verhältnis zwischen den Rechtsträgern sprechen, sind § 1 Abs 3 AHG nicht zu entnehmen (aA allerdings Schragel, Ergänzungsheft, 7), weil mit dem Wort „Zahlungen“ nach Ansicht des erkennenden Senates nur der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck gebracht wird, daß der erfolgreiche Rückgriff tatsächliche Zahlung und nicht bloß die Entstehung des Vermögensnachteils voraussetzt (vgl Gamerith aaO Rz 2 mwN). Darüber hinaus wird durch § 1 Abs 3 AHG nun gerade dem Rechtsträger jene Beweislast (und damit das damit verbundene erhebliche Prozeßrisiko) aufgebürdet, die den Justizausschuß zur Einführung dieser Bestimmung veranlaßte. Auch der mit der Prozeßführung notwendig verbundene Prozeßaufwand kann dem nun belangbaren Rechtsträger nicht zur Gänze abgegolten werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Kann § 1 Abs 3 AHG in rechtlich einwandfreier Weise nicht auf die verfassungsrechtliche Grundlage der Amtshaftung - Art 23 B-VG - zurückgeführt werden, so bestehen (worauf schon Schragel (in ÖJZ 1988, 586, und im Ergänzungsheft, 6) hingewiesen hat) gegen die Verfassungsmäßigkeit der für die Erledigung der Revision bedeutsamen gesetzlichen Bestimmung gewichtige Bedenken, die es dem Obersten Gerichtshof geboten erschienen lassen, dem hiefür ausschließlich zuständigen Verfassungsgerichtshof die Möglichkeit zu geben, die angefochtene Bestimmung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Es wird deshalb gemäß Art 89 Abs 2 und Art 140 Abs 1 B-VG der Antrag gestellt, der Verfassungsgerichtshof möge die Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG als verfassungswidrig aufheben.

#### **Textnummer**

E30545

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:0010OB00016.92.0609.000

#### **Im RIS seit**

15.06.1997

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.02.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

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