

3. Subsidiarität der Amtshaftung

In diesem Zusammenhang ist auch von der Subsidiarität der Amtshaftung die Rede. Denn gemäss Art. 5 Abs. 1 AHG kann ein Amtshaftungsanspruch nur dann bestehen, wenn der Schaden durch ein Rechtsmittel oder eine Aufsichtsbeschwerde nicht abgewendet werden kann. Der Oberste Gerichtshof äussert sich dazu unter Berufung auf die österreichische Lehre und Rechtsprechung wie folgt: «Der Amtshaftungsanspruch ist also insofern (formell) subsidiär, als ein unter anderem durch einen Bescheid oder Beschluss potentiell Geschädigter zunächst verpflichtet ist, die ihm vom Rechtsstaat zur Verfügung gestellten und eine Abwendung des Schadens noch ermöglichenden Rechtsbehelfe 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 ist also anspruchsbegründendes Element für die Amtshaftung. Nur für unverbesserliche Vollzugsakte soll Ersatz geleistet werden. Es genügt, dass ein Rechtsbehelf seiner Art nach abstrakt die Möglichkeit bot, den Schaden noch zu verhindern. Wurde ein solcher Rechtsbehelf nicht ergriffen, besteht kein Amtshaftungsanspruch. Hingegen ist es nicht Aufgabe des Amtshaftungsprozesses, den potentiellen Erfolg eines nicht erhobenen Rechtsbehelfes nachzuvollziehen».³⁷² Daraus folgt nach den Worten des Obersten Gerichtshofs, dass «nur offenbar aussichtslose Abhilfemassnahmen» die Rechtsfolgen des Art. 5 Abs. 1 AHG nicht eintreten lassen, «was vor allem dann der Fall ist, wenn ein bestimmter Rechtsbehelf schon nach seiner abstrakten Wirkungsmöglichkeit zur Schadensabwehr ungeeignet ist.»³⁷³ Unter anderem weist er darauf hin, dass im Allgemeinen bereits in der Unterlassung, einen Rechtsbehelf zu ergreifen, ein Verschulden liege, das den Ersatzanspruch ausschliesse. Ein Anspruch aus Amtshaftung kann ausgeschlossen sein, wenn es der Geschädigte im Verwaltungsverfahren un-

372 OG-C 471/95-57 (richtig: 61), Urteil des OGH vom 1. April 1999, LES 4/1999, S. 243 (247) und OG-C 471/95-34, Beschluss des OGH vom 5. Februar 1998, LES 4/1998, S. 232 (233).

373 OG-C 471/95, Beschluss des OGH vom 5. Februar 1998, LES 4/1998, S. 232 (233).