

# TE OGH 2002/6/11 1Ob103/02g

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.06.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner sowie Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1) Dr. Karl D\*\*\*\*\*, 2) Gerhard M\*\*\*\*\*, und 3) Herta M\*\*\*\*\*, beide \*\*\*\*\*, alle vertreten durch Putz & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen Feststellung (Gesamtstreichwert 26.812,87 EUR) infolge ordentlicher Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Dezember 2001, GZ 14 R 99/01h-50, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Kläger begehrten die Feststellung der Ersatzpflicht der beklagten Partei "für jenen Ausfall an anerkannten Quotenforderungen", den sie im Konkurs über das Vermögen eines Bankunternehmens in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft infolge Zeichnung dessen "Anleihe (Tranche) 1998" erleiden werden. Sie brachten vor, Organe der Republik Österreich hätten in Ausübung der Bankenaufsicht - im Einzelnen dargelegte - erforderliche Maßnahmen rechtswidrig und schuldhaft unterlassen und so den behaupteten Schaden verursacht. Der geltend gemachte Ersatzanspruch gründe sich nicht nur auf die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes, sondern auch auf die Grundsätze der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, weil der Bund die RL 89/298 EWG (Prospektrichtlinie) "nicht richtig und vollständig" (ON 1 S. 17), aber auch "nicht termingerecht" (ON 30 S. 2) umgesetzt habe.

Die beklagte Partei wendete ein, Organe der Bankenaufsicht hätten notwendige Maßnahmen nicht unterlassen. Deren Verhalten sei somit nicht rechtswidrig, andernfalls sei es zumindest als vertretbar einzustufen. Die RL 89/298 EWG sei in Ansehung des im Anlassfall maßgebenden Sachverhalts durch § 3 Abs 1 Z 3 KMG richtlinienkonform umgesetzt worden. Wäre den Organen der beklagten Partei ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten anzulasten, so treffe die Beklagten ein Mitverschulden, hätten sie doch die betreffende Anleihe trotz deutlicher Risikohinweise im Werbeprospekt gezeichnet.

Das Erstgericht traf unter anderem folgende - gekürzt wiedergegebene - Feststellungen:

Nach der Bilanz 1996 des vom Klagegrund betroffenen Bankunternehmens überstiegen die täglich fälligen

Forderungen gegen Kreditinstitute und der Kassenstand die täglich fälligen Verbindlichkeiten und solche mit vereinbarter Laufzeit gegenüber Kreditinstituten bei weitem. Der Aufsichtsbehörde fiel bei Beurteilung dieses Jahresabschlusses erstmals die Übernahme einer Bankgarantie auf. Durch diese unentgeltliche Garantie über 10 Mio S wurde nach Ansicht des Bankprüfers der Umfang der Bankkonzession nicht überschritten. Der Bankprüfer erläuterte aufgrund einer aufsichtsbehördlichen Aufforderung, dass diese Garantie durch ein Wertpapierkonto und ein "Einlagenkonto" gedeckt sei. Am 1. 7. 1997 teilte ein Mitglied des Vorstands eines großen österreichischen Bankunternehmens der Aufsichtsbehörde mit, das hier maßgebende Bankunternehmen habe eine fällige "Interbanklinie" von 160 Mio S nicht gezahlt. Allerdings erachtete dieses Vorstandsmitglied die Forderung als nicht "gefährdet". Die Nichterfüllung einer solchen Forderung ist jedoch im Geschäftsverkehr zwischen Banken unüblich. Die Aufsichtsbehörde erteilte einem Vorstandmitglied der Schuldnerin den Auftrag, das Gutachten eines "mit dem aktuellen" nicht identischen Bankprüfers über den Vermögensstatus des Unternehmens "im Falle der Zurückziehung der Refinanzierungslinie" vorzulegen. In dem - mit Fax vom 24. 2. 1998 schließlich widerrufenen - Gutachten dieses Bankprüfers vom 11. 8. 1997, das sich auf den Jahresabschluss 1996 als nicht überprüfte Grundlage stützte, wurde die "Finanzlage der Gesellschaft ... als sehr gut" bezeichnet. Am 10. 12. 1997 wurde die Aufsichtsbehörde von der Klageeinbringung wegen der fälligen Interbanklinie verständigt. Die Bilanz- und Ertragszahlen der dort beklagten Partei böten zwar ein "positives Bild", klärungsbedürftig sei jedoch, ob "die in der Bilanz ausgewiesenen Aktivposten richtig" seien. Am 16. 12. 1997 informierte die Österreichische Nationalbank die Aufsichtsbehörde über zwei weitere Bankgarantien des hier maßgebenden Bankunternehmens in Überschreitung dessen Konzession. Es sei zu bezweifeln, dass der Abschlussprüfer in Ansehung der Geschäftsjahre 1995 und 1996 die "Grundsätze ordnungsgemäßer Abschlussprüfung nach den Vorschriften des Rechnungslegungsgesetzes" eingehalten habe. Es wurden auch einzelne Ungereimtheiten im Prüfbericht über das Geschäftsjahr 1996 behauptet. Bereits die Nachricht vom 10. 12. 1997 erweckte beim Abteilungsleiter der Aufsichtsbehörde "den Verdacht, dass die Bilanzen ... nicht stimmen könnten". Am 19. 1. 1998 wurde ein u. a. von zwei Mitarbeitern des Bankprüfers begleitetes Vorstandsmitglied des Bankunternehmens mit der Mitteilung der Österreichischen Nationalbank konfrontiert. Die Erläuterungen zur Widerlegung der Zweifel an der Liquidität des Bankunternehmens wurden vom "Bankprüfer" bestätigt. Wegen der zuvor erwähnten Klage erteilte die Aufsichtsbehörde dem Vorstandsmitglied den Auftrag, bis zum 1. 3. 1998 das Gutachten eines anderen Bankprüfers über die Vermögens- und Liquiditätslage des Unternehmens vorzulegen. Schließlich wurden noch weitere, vom Bankunternehmen übernommene Garantien bekannt. Mit Schreiben vom 26. 2. 1998 forderte die Aufsichtsbehörde das Bankunternehmen auf, binnen einer Woche alle Eventualverbindlichkeiten zum Stichtag 31. 12. 1887 mitzuteilen. Am 1. 4. 1998 langte das angeforderte Gutachten bei der Aufsichtsbehörde ein. Danach war der Buchwert der Eventualverbindlichkeiten zu 100 % durch "Einlagen besichert, weshalb sie nicht passiviert werden müssten". Der Gutachter kam überdies zum Ergebnis, dass die "Liquiditätslage der Gesellschaft ... als sehr gut zu bezeichnen" sei. Der Jahresabschluss 1997, der Kassenstand und die Saldenerklärungen wurden jedoch keiner materiellen Prüfung unterzogen. Nach einem der Aufsichtsbehörde vom Bankunternehmen vorgelegten Rechtsgutachten einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei hätten die Bankgarantien in die Bilanzen nicht aufgenommen werden müssen, weil die Garantieauftraggeber Konten bei der Garantin unterhalten hätten, "aus denen Befriedigung zu erlangen gewesen wäre". Am 26. 6. 1998 hielt die Aufsichtsbehörde im Akt "zunehmende Informationen" fest, dass sich das Bankunternehmen weigere, (fällige) Forderungen zu begleichen. Es bestehe daher der zwingende Verdacht der Zahlungsunfähigkeit. Dafür spreche auch der Umstand, dass das Unternehmen bemüht sei, sich "im Wege titrierter Kredite vom Publikum refinanzieren zu lassen". Diese Bemerkung bezog sich auf die auch von den Klägern gezeichnete Anleihe. Da sich die vermutete Zahlungsunfähigkeit des Kreditunternehmens aus dem Rechnungs- und Berichtswesen des Bankunternehmens nicht nachvollziehen lasse, bedürfe es einer in-situ-Prüfung. Dazu verfasste der Abteilungsleiter der Aufsichtsbehörde am 3. 8. 1998 ein ausführliches Referat. Mit Bescheid vom gleichen Tag wurde eine Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft beauftragt, den partiellen Vermögensstatus zum 30. 9. 1998 zu erheben und dabei "sowohl körperliche Bestandsaufnahmen als auch Bucheinsichten vorzunehmen".

Der Werbeprospekt der zuvor erwähnten Anleihe vom 23. 3. 1998 enthielt folgenden Risikohinweis:

"Der Zeichner der Anleihe erhält eine Verzinsung von ca. 3 % über der dzt. Verzinsung von Österreichischen Staatsanleihen mit vergleichbarer Laufzeit. Die höhere Verzinsung spiegelt die geringe Liquidität der Anleihe im Sekundärmarkt sowie die geringere Bonität der Emittentin wieder. Die Emittentin benötigt den Anleiheerlös zur Finanzierung des Umlaufvermögens (Valutenhandel) und zur teilweisen Substitution von strittigen Banklinien. Sofern

die Anleihe nicht in vollem Umfang aufgebracht werden kann, ist die Emittentin gezwungen, ihr Geschäftsvolumen zu reduzieren bzw.. einzelne Filialen (Wechselstuben) zu verkaufen. Dies würde die ausgezeichnete Ertragslage der Emittentin negativ beeinflussen.

Die Anleihe hat eine Laufzeit bis 29. 4. 2002. Auf Grund der bevorstehenden Einführung des Euro als gemeinsame europäische Währung wird der Valutahandel und damit der Hauptgeschäftszweig der Emittentin ab dem Jahr 2002 stark abnehmen. Das Anleihekapital unterliegt daher den wirtschaftlichen Risiken der Emittentin. Die Finanzierung des Umlaufvermögens wird ab diesem Zeitpunkt nicht mehr benötigt und daher die Anleihe rückgeführt. Weitere Sicherheiten für die Erfüllung der Anleihe bestehen nicht.

Der Anleger wird darauf hingewiesen, dass die Emittentin die vom Gesetz geforderte Mindestpublizität garantiert. Weitergehende Erfordernisse an die Publizität des Unternehmens bzw.. an die Publizität des Wertpapierhandels können nicht angeboten werden."

Diese Anleihe war der Aufsichtsbehörde spätestens am 1. 4. 1998 bekannt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zu zwei Dritteln statt und wies das Mehrbegehr ab. Es vertrat die Rechtsansicht, dass Organe der Bankenaufsicht "nicht untätig gewesen" seien. Sie hätten ferner "nicht zu einem früheren Zeitpunkt einen so konkreten Zweifel an der Richtigkeit der Jahresabschlüsse" des Bankunternehmens als Voraussetzung einer "in-situ-Prüfung" haben müssen. Deren Anordnung erst nach Begebung der von den Klägern gezeichneten Anleihe sei wegen des nach § 70 Abs 1 und 2 BWG bestehenden Ermessensspielraums nicht unvertretbar. Die beklagte Partei hafte für einen Teil des geltend gemachten Schadens jedoch deshalb, weil jene Anleihe "nicht ohne einen Prospekt im Sinne des KMG hätte platziert werden dürfen". Der Ausnahmetatbestand gemäß § 3 Abs 1 Z 3 KMG sei nicht verwirklicht gewesen. Die gegenteilige Ansicht sei unvertretbar. Mangels eines rechtskonformen Begebungsprospekts hätte die Aufsichtsbehörde vor dem Hintergrund ihres sonstigen Wissensstands Maßnahmen nach § 70 Abs 2 BWG ergreifen müssen. Obgleich die Aufzählung des § 69 BWG das Kapitalmarktgesetz nicht einschließe, sei ein Verstoß gegen die dort normierte Prospektpflicht, deren Einhaltung ebenso dem Gläubigerschutz diene, als Grundlage für Maßnahmen der Bankenaufsicht nach § 70 Abs 2 BWG relevant. Ein Einschreiten "spätestens bei Bekanntwerden der Anleihe" hätte "die Öffentlichkeit erfahrungsgemäß gewarnt und die Kläger davon abgehalten, die Anleihe zu zeichnen". Diese hätten ihren Schaden jedoch mitverschuldet. Die Risikohinweise im Werbeprospekt des Bankunternehmens über die von den Klägern gezeichnete Anleihe seien "weder versteckt noch undeutlich" gewesen. Solche Hinweise hätten jedem verständigen Durschnittsmenschen als Warnung dienen und ihm klar machen müssen, dass "der hohe Ertrag die Kehrseite eines hohen Risikos" - so auch eines Insolvenzrisikos - sei. Das rechtfertigte eine Verschuldensteilung von 1 : 2 zu Lasten der beklagten Partei.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Klagebegehren zur Gänze abwies. Es sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands - die nunmehrigen Revisionswerber betreffend - jeweils 52.000 S, nicht aber 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Nach dessen Überzeugung genügt der Umstand, dass "die Bankenaufsicht früher und schärfer" hätte vorgehen können, zur Bejahung eines Amtshaftungsanspruchs nicht. Deren Organe hätten "vielmehr alles gründlich erwogen und ihre Maßnahmen auf ihren Informationsstand abgestimmt". Sie hätten das Bankunternehmen - entgegen der Ansicht der Kläger - keinesfalls "zu Lasten seiner Gläubiger 'unbehelligt weiterwursteln lassen'", sondern es "ständig mit Aufsichtsmaßnahmen begleitet", deren "Dosierung" sich auf sorgfältige und nachvollziehbare Überlegungen gestützt habe. Der Beurteilung dieses Verhaltens durch das Erstgericht als vertretbar sei uneingeschränkt beizutreten. Somit sei aus "der Wahl des Prüfungszeitpunkts" ein Amtshaftungsanspruch nicht ableitbar. Dagegen sei die Richtigkeit der Rechtsansicht des Erstgerichts über erforderliche Aufsichtsmaßnahmen wegen einer Verletzung des Kapitalmarktgesetzes bei Begebung der von den Klägern gezeichneten Anleihe schon deshalb zweifelhaft, weil § 70 BWG Aufsichtsmaßnahmen wegen einer solchen Rechtsverletzung nicht vorsehe und die Aufzählung der in § 69 BWG "genannten Schutzzwecke" zur Gewährleistung der Einhaltung bestimmter bankrechtlicher Vorschriften nach herrschender Meinung taxativ sei. Der § 69 BWG sei nicht ausdehnend auszulegen, seien doch Aufsichtsmaßnahmen nur zulässig, soweit sie der Umsetzung der normativen Zielsetzungen dienten. Das Erstgericht habe ferner eine "Prospektpflicht" für die maßgebende Anleihe bejaht, obgleich diese nach der herrschenden Ansicht zum Verständnis des § 3 Abs 1 Z 3 KMG als - von der Prospektpflicht ausgenommene - "Daueremission" zu werten sei. Eine solche Daueremission liege nach Gancz (ÖBA 1992, 377) immer schon dann vor, "wenn die Gesamtschuld in ihrer Größe und ihrem Umfang nicht bei der quotenmäßigen Aufteilung der Teilschuldverschreibung bekannt" sei. Diese Auslegung trage auch einen Erlass des

Bundesministeriums für Finanzen. Wenngleich das "nicht allzu viel Aussagekraft" habe, weil insofern eine Verschmelzung der Funktionen als "wissenschaftlicher Autor, Erlassgeber und Vollzugsorgan in Personalunion" bestehe "und die eigene Rechtsansicht des Gesetzesvollziehers allein noch nicht die Vertretbarkeit seines Organhandelns herstellen" könne, sei dieser Auslegung jedoch immerhin auch Koziol (in Avancini/Iro/Kozol, Bankvertragsrecht II Rz 6/14) beigetreten. Andere Autoren - nämlich Nowotny (RdW 1998, 717) und Wilhelm (ecolex 1999, 1) - hätten später sogar die im Anlassfall bedeutsame Anleihe als von der Prospektpflicht ausgenommene Daueremission im Sinne des § 3 Abs 1 Z 3 KMG beurteilt. Diese Autoren seien die Herausgeber "der beiden führenden österreichischen Zeitschriften für Wirtschaftsrecht" und daher als "Wirtschaftsrechtsexperten" anzusehen. Eine (später) auch von solchen "Experten" gebilligte Rechtsansicht, die schon das vorherige Verhalten der Aufsichtsbehörde bestimmt habe, sei nicht unvertretbar, möge auch der erstgerichtlichen Wertung nach der ratio des Kapitalmarktgessetzes der Vorzug gebühren. Es sei nicht Aufgabe des Amtshaftungsgerichts, die ihm zutreffend erscheinende Auslegung nach Art einer Rechtsmittelinstanz an die Stelle derjenigen der Vollzugsorgane zu setzen, zu prüfen sei lediglich, ob deren Verhalten auf dem Boden des maßgebenden Sorgfaltsmäßigstabs dem Kriterium der rechtlichen Vertretbarkeit standhalte. Da die Aufsichtsbehörde der herrschenden Meinung zur Prospektpflicht einer Anleihe vertretbarerweise gefolgt sei, fehle es auch insofern "an einem unverzichtbaren amtshaftungsrechtlichen Zurechnungsgrund". Das führe zur gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil der Oberste Gerichtshof "vergleichbare Fälle" bisher nicht entschieden habe. Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Klagebegehren zur Gänze abwies. Es sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands - die nunmehrigen Revisionswerber betreffend - jeweils 52.000 S, nicht aber 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Nach dessen Überzeugung genügt der Umstand, dass "die Bankenaufsicht früher und schärfer" hätte vorgehen können, zur Bejahung eines Amtshaftungsanspruchs nicht. Deren Organe hätten "vielmehr alles gründlich erwogen und ihre Maßnahmen auf ihren Informationsstand abgestimmt". Sie hätten das Bankunternehmen - entgegen der Ansicht der Kläger - keinesfalls "zu Lasten seiner Gläubiger 'unbehelligt weiterwursteln lassen'", sondern es "ständig mit Aufsichtsmaßnahmen begleitet", deren "Dosierung" sich auf sorgfältige und nachvollziehbare Überlegungen gestützt habe. Der Beurteilung dieses Verhaltens durch das Erstgericht als vertretbar sei uneingeschränkt beizutreten. Somit sei aus "der Wahl des Prüfungszeitpunkts" ein Amtshaftungsanspruch nicht ableitbar. Dagegen sei die Richtigkeit der Rechtsansicht des Erstgerichts über erforderliche Aufsichtsmaßnahmen wegen einer Verletzung des Kapitalmarktgessetzes bei Begebung der von den Klägern gezeichneten Anleihe schon deshalb zweifelhaft, weil § 70 BWG Aufsichtsmaßnahmen wegen einer solchen Rechtsverletzung nicht vorsehe und die Aufzählung der in § 69 BWG "genannten Schutzzwecke" zur Gewährleistung der Einhaltung bestimmter bankrechtlicher Vorschriften nach herrschender Meinung taxativ sei. Der § 69 BWG sei nicht ausdehnend auszulegen, seien doch Aufsichtsmaßnahmen nur zulässig, soweit sie der Umsetzung der normativen Zielsetzungen dienten. Das Erstgericht habe ferner eine "Prospektpflicht" für die maßgebende Anleihe bejaht, obgleich diese nach der herrschenden Ansicht zum Verständnis des § 3 Abs 1 Z 3 KMG als - von der Prospektpflicht ausgenommene - "Daueremission" zu werten sei. Eine solche Daueremission liege nach Gancz (ÖBA 1992, 377) immer schon dann vor, "wenn die Gesamtschuld in ihrer Größe und ihrem Umfang nicht bei der quotenmäßigen Aufteilung der Teilschuldverschreibung bekannt" sei. Diese Auslegung trage auch einen Erlass des Bundesministeriums für Finanzen. Wenngleich das "nicht allzu viel Aussagekraft" habe, weil insofern eine Verschmelzung der Funktionen als "wissenschaftlicher Autor, Erlassgeber und Vollzugsorgan in Personalunion" bestehe "und die eigene Rechtsansicht des Gesetzesvollziehers allein noch nicht die Vertretbarkeit seines Organhandelns herstellen" könne, sei dieser Auslegung jedoch immerhin auch Kozol (in Avancini/Iro/Kozol, Bankvertragsrecht römisch II Rz 6/14) beigetreten. Andere Autoren - nämlich Nowotny (RdW 1998, 717) und Wilhelm (ecolex 1999, 1) - hätten später sogar die im Anlassfall bedeutsame Anleihe als von der Prospektpflicht ausgenommene Daueremission im Sinne des § 3 Abs 1 Z 3 KMG beurteilt. Diese Autoren seien die Herausgeber "der beiden führenden österreichischen Zeitschriften für Wirtschaftsrecht" und daher als "Wirtschaftsrechtsexperten" anzusehen. Eine (später) auch von solchen "Experten" gebilligte Rechtsansicht, die schon das vorherige Verhalten der Aufsichtsbehörde bestimmt habe, sei nicht unvertretbar, möge auch der erstgerichtlichen Wertung nach der ratio des Kapitalmarktgessetzes der Vorzug gebühren. Es sei nicht Aufgabe des Amtshaftungsgerichts, die ihm zutreffend erscheinende Auslegung nach Art einer Rechtsmittelinstanz an die Stelle derjenigen der Vollzugsorgane zu setzen, zu prüfen sei lediglich, ob deren Verhalten auf dem Boden des maßgebenden Sorgfaltsmäßigstabs dem Kriterium der rechtlichen Vertretbarkeit standhalte. Da die Aufsichtsbehörde der herrschenden Meinung zur Prospektpflicht einer

Anleihe vertretbarerweise gefolgt sei, fehle es auch insofern "an einem unverzichtbaren amtschaftungsrechtlichen Zurechnungsgrund". Das führe zur gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil der Oberste Gerichtshof "vergleichbare Fälle" bisher nicht entschieden habe.

Die Revision ist unzulässig.

## **Rechtliche Beurteilung**

### **1. Allgemeine prozessuale Grundsätze**

1. 1. Die Revisionswerber bekunden gleich einleitend ihre "ehrliche Absicht", in der Rechtsmittelschrift "ohne Weitläufigkeiten darzulegen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache im angefochtenen Urteil unrichtig" sei. Trotz dieser selbsterklärten "ehrlichen Absicht" unterlegen sie ihren Prozessstandpunkt in der Folge auch mit gemäß § 504 ZPO unzulässigen Neuerungen, die sich auf die Ergebnisse anderer Gerichtsverfahren beziehen. Diese Ausführungen sind gänzlich unbeachtlich.

1. 2. Soweit der geltend gemachte Anspruch im Verfahren erster Instanz auch auf den Titel der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht gestützt wurde, weil der Bund die RL 89/298 EWG (Prospektrichtlinie) "nicht richtig und vollständig" bzw. "nicht termingerecht" umgesetzt habe, hielten die Kläger diesen Rechtsgrund schon in zweiter Instanz nicht mehr aufrecht, enthält doch ihre Berufung dazu keine Ausführungen. Beruht aber ein im Berufungsverfahren nicht mehr erörterter Rechtsgrund - wie der der Staatshaftung im Anlassfall - auf einem selbständigen rechtserzeugenden Sachverhalt, so kann der Revisionswerber diesen Rechtsgrund nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in dritter Instanz nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg aufgreifen (5 Ob 95/99b; 1 Ob 117/00p; 8 Ob 33/99g; 3 Ob 52/98p; 4 Ob 329/97d; 4 Ob 2341/96k; EvBl 1985/154; diese Rsp billigend Kodek in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> § 503 Rz 5). Außerdem beschränken die Kläger ihre - sonst umfangreichen - Revisionsausführungen zum Rechtsgrund der Staatshaftung auf die Bemerkung, es werde "letztlich am Obersten Gerichtshof liegen, das Vorbringen der Kläger (zu Pkt. 2 der Klage S. 17) weiter zu würdigen und gegebenenfalls ein Vorabprüfungsverfahren bei(m) EuGH einzuleiten". Sie halten offenkundig eine bloße Verweisung in der Revision auf einen anderen Schriftsatz für ausreichend, um damit ihre Rechtsrüge zum erwähnten Rechtsgrund gesetzmäßig auszuführen. Das widerspricht gleichfalls der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach die bloße Verweisung in einem Rechtsmittel auf den Inhalt eines anderen Rechtsmittels oder eines sonstigen Schriftsatzes unbeachtlich ist (1 Ob 15/02s; SZ 69/209 je mwN). Der in der Verweisung liegende Inhaltsmangel eines Rechtsmittels ist überdies nicht Verbesserungsfähig (1 Ob 15/02s; SZ 69/209 je mwN). Demnach wäre der Rechtsgrund der Staatshaftung im Revisionsverfahren selbst dann nicht mehr von Bedeutung, wenn ihn die Kläger nicht schon im Berufungsverfahren fallen gelassen hätten.

### **2. Zur Unzulässigkeit der Revision**

2. 1. Vorweg ist festzuhalten: Die Kläger ziehen nicht in Zweifel, dass der geltend gemachte Ersatzanspruch nur dann erfolgreich sein kann, wenn Organen des Bundes in Ausübung der Bankenaufsicht ein nach der geltenden Rechtslage unvertretbares Verhalten vorwerfbar wäre. Die Revision wäre überdies nur dann zulässig, wenn dem Berufungsgericht bei Lösung der Frage nach der Vertretbarkeit des Verhaltens der Organe der Aufsichtsbehörde auch noch eine gravierende Fehlbeurteilung der Umstände des Einzelfalls unterlaufen wäre, weil eine erhebliche Rechtsfrage gemäß § 502 Abs 1 ZPO nur unter dieser Voraussetzung aufgeworfen würde (1 Ob 291/01b). Es kommt daher schon auf der für die Vorinstanzen bedeutsamen ersten Prüfungsstufe nicht auf die Richtigkeit, sondern nur auf die Vertretbarkeit der Rechtsauslegung bzw. Rechtsausübung durch Organe der Aufsichtsbehörde an, auf der im Revisionsverfahren relevanten zweiten Prüfungsstufe müsste aber auch noch die durch das Berufungsgericht vorgenommene Beurteilung des Organverhaltens als vertretbar eine gravierende Fehlbeurteilung der Umstände des Einzelfalls und soweit geradezu unvertretbar sein. Die Zulässigkeit der Revision hängt somit - entgegen der Ansicht der Kläger - nicht davon ab, ob das Berufungsgericht die Vertretbarkeitsfrage richtig löste. Bedeutsam ist vielmehr nur, ob deren Lösung auf einer gravierenden Fehlbeurteilung beruht. Für die Frage nach der Zulässigkeit der Revision ist aber auch der vom Berufungsgericht betonte Gesichtspunkt, dass der Oberste Gerichtshof bisher noch über keinen vergleichbaren Fall abgesprochen habe, nicht relevant; andernfalls wäre die Revision immer zulässig, wenn der Sachverhalt des jeweiligen Einzelfalls von jenem bereits entschiedener Fälle differiert.

2. 2. Die Kläger leiten den behaupteten Ersatzanspruch aus der Zeichnung einer Anleihe ab, die vom Bankunternehmen seit dem 23. 3. 1998 beworben und der Aufsichtsbehörde spätestens am 1. 4. 1998 bekannt wurde.

Das macht ihre Ansicht verständlich, die von der Aufsichtsbehörde letztlich mit Bescheid vom 3. 8. 1998 angeordnete in-situ-Prüfung des Bankunternehmens hätte im Lichte der getroffenen Feststellungen "spätestens um den Jahreswechsel 1997/98 tatsächlich einsetzen, also vollzogen werden müssen", weil sich die Aufsichtsbehörde schon vorher mit verhältnismäßig einfachen Mitteln Klarheit über die Notwendigkeit einer solchen Prüfung hätte verschaffen können. Die Revisionswerber bemühen sich um die Erläuterung eines aus der rein subjektiven Sicht als Geschädigte begreiflichen Standpunkts, wollen sie doch einen Zahlungsfähigen als Haftpflichtigen für den (weitgehenden) Verlust von Geldveranlagungen in Anspruch nehmen, deren Risiko bereits nach dem Informationsstand im Zeitpunkt der Zeichnung unübersehbar war. Später gewonnene Erkenntnisse lassen von der Warte der Kläger rückblickend manches als selbstverständlich erscheinen, was für die Behörde nach dem damaligen Kenntnisstand als Aufsichtsmaßnahme (noch) nicht zwingend geboten war. Den Klägern gelingt es nicht, überzeugend darzulegen, dass das Berufungsgericht die entscheidungswesentliche Vertretbarkeitsfrage nach objektiven Kriterien gravierend fehlerhaft und daher unvertretbar gelöst habe. Dafür sprechen auch folgende Erwägungen:

Ein Bankprüfer entfaltet seine Tätigkeit im Dienste der Ziele der Bankenaufsicht. Dessen Tätigkeit dient der Entlastung der Aufsichtsbehörde und soll ein zweckmäßiges Vorgehen bei der im öffentlichen Interesse angeordneten Aufsicht ermöglichen. Solange der Bankprüfer eine Anzeige nach § 63 Abs 3 BWG nicht für erforderlich hält, sind erhöhte Anforderungen an die Begründung aufsichtsbehördlicher Maßnahmen, die auf der Annahme einer Gefahr für die Funktionsfähigkeit eines Kreditinstituts beruhen, zu stellen (VwGH 21. 6. 1999 ÖBA 2000, 337 [Laurer]). Es ist ferner von Bedeutung, dass Bankprüfer nach § 63 Abs 4 BWG eine umfassende, über den Prüfungsumfang eines Abschlussprüfers nach Handelsrecht hinausgehende Prüfpflicht zu erfüllen haben. Dazu gehört die Prüfung der Solvabilität nach § 22 BWG sowie der Liquidität nach § 25 BWG (Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG § 63 Rz 4). In diesem Kontext wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, die Aufsichtsbehörde dürfe auf die Richtigkeit des Sachverhalts im "bankaufsichtlichen Prüfungsbericht" gemäß § 63 Abs 5 BWG vertrauen, "sofern ihr nicht das Gegenteil oder anderswie die Unzuverlässigkeit des Bankprüfers bekannt wird" (Laurer, ÖBA 2000, 341). Die Aufsichtsbehörde muss also nicht sogleich vermuten, dass die für die Solvabilität nach § 22 BWG sowie für die Liquidität nach § 25 BWG maßgebenden Eckdaten im "bankaufsichtlichen Prüfungsbericht" nicht der Realität entsprechen.

Vertretbarerweise wurden vom Berufungsgericht auch die Ergebnisse der vom Bankunternehmen auf Weisung der Aufsichtsbehörde eingeholten Gutachten in Verbindung mit allen anderen Feststellungen nicht als ausreichende Grundlage für die bescheidmäßige Anordnung des scharfen Aufsichtsmittels einer in-situ-Prüfung angesehen.

Die Auflegung der von den Klägern gezeichneten Anleihe diente der Aufsichtsbehörde schließlich ohnehin als letzter Stein im Mosaik einer für die Annahme unrichtiger Bilanzzahlen erhärteten Verdachtslage und daher auch als Grundlage für die Anordnung der in-situ-Prüfung. Selbst wenn nun der durch § 69 BWG vorgezeichnete Rahmen auf Verstöße gegen das Kapitalmarktgesetz als Anlass für Maßnahmen der Aufsichtsbehörde zu erweitern wäre, hätte insofern kein unmittelbarer Handlungsbedarf bestanden, weil eine Verletzung dieses Gesetzes durch die vom Bankunternehmen aufgelegte Anleihe vertretbarerweise verneint wurde. Die Kläger sind nicht in der Lage, auch nur eine Stimme zu nennen, die der Auslegung des Begriffs "Daueremission" in § 3 Abs 1 Z 3 KMG durch Gancz (Rechtsinformation Kapitalmarktgesetz, ÖBA 1992, 376) und Koziol (in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II [1993] Rz 6/14), der sich der durch Gancz vorgezeichneten Linie ohne weiterführende Begründung anschloss, widersprochen hätte. Später wurde im Schrifttum sogar die von den Klägern gezeichnete Anleihe als von der Prospektpflicht nach dem Kapitalmarktgesetz ausgenommene "Daueremission" beurteilt (Nowotny, Gläubigerschutz bei Anleihen - Lehrreiches aus der Anleihe der Rieger Bank, RdW 1998, 717; Wilhelm, Prospekthaftpflicht mit Zahnausfall und notdürftige Prothesen - Zur Pathologie der Rieger-Bank-Anleihe, ecolex 1999, 1). Den Gesetzesmaterialien zu § 3 Abs 1 Z 3 KMG (RV 147 BlgNR 18. GP, 17 f, 18 f) ist nur entnehmbar, die Ausnahme bewege sich "innerhalb von Art 5 der Prospektrichtlinie" des Rates vom 17. 4. 1989 89/298 EWG. In Art 5 lit a dieser Richtlinie wird aber der Begriff "Daueremission" nicht verwendet, sodass zweifelhaft ist, ob sich der Gesetzgeber der Bedeutung des erörterten Begriffs bewusst war. Die Ansicht, der Gesetzgeber habe sich eines Begriffs bedient, dessen Bedeutungsgehalt er gar nicht habe ausloten wollen, legt auch die Lektüre der zitierten Stellungnahme von Gancz nahe. Die Aufsichtsbehörde konnte sich ferner nicht an einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Verständnis des Begriffs "Daueremission" orientieren. Angesichts solcher Umstände ist keine Begründung zu sehen, nach der die Erwägungen des Berufungsgerichts, die Aufsichtsbehörde habe den Begriff "Daueremission" in § 3 Abs 1 Z 3 KMG vertretbar ausgelegt,

gravierend unrichtig sein soll. Die Auflegung der von den Klägern gezeichneten Anleihe diente der Aufsichtsbehörde schließlich ohnehin als letzter Stein im Mosaik einer für die Annahme unrichtiger Bilanzzahlen erhärteten Verdachtslage und daher auch als Grundlage für die Anordnung der in-situ-Prüfung. Selbst wenn nun der durch § 69 BWG vorgezeichnete Rahmen auf Verstöße gegen das Kapitalmarktgesetz als Anlass für Maßnahmen der Aufsichtsbehörde zu erweitern wäre, hätte insofern kein unmittelbarer Handlungsbedarf bestanden, weil eine Verletzung dieses Gesetzes durch die vom Bankunternehmen aufgelegte Anleihe vertretbarerweise verneint wurde. Die Kläger sind nicht in der Lage, auch nur eine Stimme zu nennen, die der Auslegung des Begriffs "Daueremission" in § 3 Abs 1 Z 3 KMG durch Gancz (Rechtsinformation Kapitalmarktgesetz, ÖBA 1992, 376) und Koziol (in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht römisch II [1993] Rz 6/14), der sich der durch Gancz vorgezeichneten Linie ohne weiterführende Begründung anschloss, widersprochen hätte. Später wurde im Schrifttum sogar die von den Klägern gezeichnete Anleihe als von der Prospektpflicht nach dem Kapitalmarktgesetz ausgenommene "Daueremission" beurteilt (Nowotny, Gläubigerschutz bei Anleihen - Lehrreiches aus der Anleihe der Rieger Bank, RdW 1998, 717; Wilhelm, Prospekthaftpflicht mit Zahnausfall und notdürftige Prothesen - Zur Pathologie der Rieger-Bank-Anleihe, ecolex 1999, 1). Den Gesetzesmaterialien zu § 3 Abs 1 Z 3 KMG (RV 147 BlgNR 18. GP, 17 f, 18 f) ist nur entnehmbar, die Ausnahme bewege sich "innerhalb von Art 5 der Prospektrichtlinie" des Rates vom 17. 4. 1989 89/298 EWG. In Art 5 Litera a, dieser Richtlinie wird aber der Begriff "Daueremission" nicht verwendet, sodass zweifelhaft ist, ob sich der Gesetzgeber der Bedeutung des erörterten Begriffs bewusst war. Die Ansicht, der Gesetzgeber habe sich eines Begriffs bedient, dessen Bedeutungsgehalt er gar nicht habe ausloten wollen, legt auch die Lektüre der zitierten Stellungnahme von Gancz nahe. Die Aufsichtsbehörde konnte sich ferner nicht an einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Verständnis des Begriffs "Daueremission" orientieren. Angesichts solcher Umstände ist keine Begründung zu sehen, nach der die Erwägungen des Berufungsgerichts, die Aufsichtsbehörde habe den Begriff "Daueremission" in § 3 Abs 1 Z 3 KMG vertretbar ausgelegt, gravierend unrichtig sein soll.

3. Der Oberste Gerichtshof ist gemäß § 508a Abs 1 ZPO bei Prüfung der Zulässigkeit der Revision an einen Ausspruch des Berufungsgerichts nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO nicht gebunden. Aus allen bisherigen Erwägungen folgt, dass die Entscheidung nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage gemäß § 502 Abs 1 ZPO abhängt, sodass die Revision zurückzuweisen ist. Dabei kann sich der Oberste Gerichtshof gemäß § 510 Abs 3 ZPO auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 40 iVm § 41 und § 50 Abs 1 ZPO. Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen, weil sie einen Hinweis auf die Unzulässigkeit der Revision unterließ. Deren Schriftsatz diente daher nicht einer zweckentsprechenden Rechtsverteidigung.4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 40, iVm § 41 und § 50 Abs 1 ZPO. Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen, weil sie einen Hinweis auf die Unzulässigkeit der Revision unterließ. Deren Schriftsatz diente daher nicht einer zweckentsprechenden Rechtsverteidigung.

#### **Textnummer**

E66020

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

ECLI:AT:OGH0002:2002:0010OB00103.02G.0611.000

#### **Im RIS seit**

11.07.2002

#### **Zuletzt aktualisiert am**

14.02.2011

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