

**Lücken und Systemfehler im
Rechtsstaat
am 19.08.2014 beim 9. Alpbacher
Expertentreffen der
österreichischen
Versicherungsmakler
von
Dr. Dieter Böhmdorfer**

I. Vorbemerkung

1. Sehr geehrte Damen und Herren!
2. Wie passt das Thema meines Vortrages „Lücken und Systemfehler im Rechtsstaat“ zu dem Tagesthema „Schadenregulierung miteinander oder gegeneinander“?

Ihre Aufgabe als Versicherungsmakler ist es, individuelle Risikoprofile zu erstellen, bestmöglichen Versicherungsschutz anzubieten.

Der Rechtsschutz hat aber Systemfehler und Lücken.

Planungssicherheit der Rechtsschutzversicherer ist Rechtssicherheit auch für den Versicherten.

3. Die aufgezeigten Systemfehler und Rechtsschutzlücken erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Sie sind meist in dem ausgeprägten Beharrungsvermögen in Österreich gegen jede Änderung und damit auch gegen Verbesserungen des Rechtsschutzes begründet.

4. Ein kurzer Überblick über die Themen und praktischen Beispiele:

1. Systemgewollte Rechtsschutzlücken bei Amtshaftungsansprüchen
2. Systemgewollte Rechtsschutzlücke bei verfassungswidrigen Gesetzen
3. Exkurs: Das Hypo-Sanierungsgesetz
4. Neue Gesetzesbeschwerde in Österreich ab 1.1.2015 – vgl. mit Deutschland
5. „Schadenersatz“ bei EMRK-Verletzungen
6. Haftungsausschluss bei Fehlverhaltensweisen der FMA
7. Haftungsausschluss bei Grenzorganen dargelegt und ein Fall aus der Praxis
8. Rechtsschutzlücken und Kuriositäten im Sachverständigenwesen
9. Sonstige Rechtsschutzlücken und Systemfehler
10. Zusammenfassung

II.

1. **Systemgewollte Rechtsschutzlücken bei Amtshaftungsansprüchen:**

- 1.1. In Österreich bestehen keine Amtshaftungsansprüche bei legislativem Unrecht

In Österreich bestehen Amtshaftungsansprüche nur, wenn Organe in „Vollziehung der Gesetze“ (also als Organe von Justiz und Verwaltung) fehlerhaft handeln (§ 1 Abs 2 AHG).

1.1.2. Teilweise Schließung dieser Lücke durch das Europäische Unionsrecht:

Staatshaftungsansprüche (d.i. Haftung des Staates für Verletzung des Gemeinschaftsrechtes durch seine Organe) bestehen nach Europäischem Unionsrecht unabhängig davon, welches Organ eines Mitgliedsstaates (also gleichgültig, ob durch Legislative, Exekutive oder Justiz) die Verletzung ausgelöst hat.

1.2.1. Der VfGH bejaht – nolens – volens- seine Zuständigkeit für Amtshaftungsansprüche (Art 137 B-VG), wenn eine Verletzung des EU-Rechtes durch den Gesetzgeber erfolgt (ZVR 2001/49).

1.3. Der österreichische Gesetzgeber bleibt rückschrittlich und reagiert auf diesen teilweisen Lückenschluss durch das EU-Recht nicht.

Er gewährt weiterhin keine Schadenersatzansprüche bei Fehlern der Legislative („legistischem Unrecht“).

Hinweis: Urteil des europäischen Gerichtshofes Luxemburg vom 05.03.1996 C-46/93
Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 06.03.2001, ZVR 2001/49

2. Systemgewollte Rechtsschutzlücken bei verfassungswidrigen Gesetzen

2.1. Die österreichischen Gerichte haben verfassungswidrige Gesetze anzuwenden, bis sie vom VfGH aufgehoben sind.

- **„Ergreiferprämie“ (gilt nur für den - die - Antragsteller beim VfGH) bedeutet:**

Bei Aufhebung einer generellen Rechtsnorm wird diese auf den Anlassfall nicht angewandt (VfGH entscheidet über Anlassfallwirkung bzw. Aufhebungsreichweite).

2.2. Damit besteht eine Rechtsschutzlücke für jene, die sich an dem Verfahren vor dem VfGH nicht beteiligen können oder wollen.

Das bringt Rechtsunsicherheit und unersetzbare Schäden für die nicht am Verfahren beteiligten Betroffenen.

2.3. (Teilweise) Schließung dieser Rechtsschutzlücke wiederum (wie in Punkt 1) durch EU-Recht:

- **Seit 10.9.2009 entfalten die im Primärrecht der Europäischen Union der GRC („Grundrechtcharta“) verbürgten Grundrechte und Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung. Der Einzelne hat durch die GRC subjektive Rechte gegenüber dem Staat.**
- **Österreichisches Recht, das gegen EU-Recht verstößt, darf nach der Rechtsprechung des EuGH von Gerichten und Behörden nicht angewandt werden (EuGH C 617/10).**
- **Allerdings ist ein Vorabentscheidungsverfahren wegen der Kompetenzkompetenz des EuGH unerlässlich.**
- **Zur Frage, ob die Aufhebung durch den österreichischen VfGH abgewartet werden muss, ist derzeit ein Verfahren beim EuGH anhängig (9 Ob 15/12).**

2.4. Vorabentscheidungsverfahren

Ein Verfahren (9 Ob 15/12) ist zur Frage (beim EuGH) anhängig, ob ein Vorabentscheidungsverfahren beantragt werden muss.

Die Vorabentscheidung ist eine Kompetenz des EuGH, die sein Auslegungsmonopol in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht sichert. Treten in einem mitgliedstaatlichen Verfahren Rechtsunklarheiten auf, sind die letztinstanzlichen Gerichte (iSd Art 267 AEUV) **verpflichtet**, die Frage dem EuGH vorzulegen (Vorlagepflicht). Ein unterinstanzliches Gericht hat lediglich eine **Vorlageberechtigung**.

Die im Vorlageantrag formulierten Rechtsfragen werden vom EuGH abstrakt ohne Bewertung der mitgliedstaatlichen Rechtslage beantwortet. Die Verletzung der Vorlagepflicht ist eine Verletzung des Rechtes eines Verfahrens vor dem gesetzlichen Richter.

Diese Lücke ist nur für EU-Recht geschlossen, sie besteht derzeit weiter, insoweit österreichische verfassungswidrige Gesetze das Gemeinschaftsrecht nicht verletzen. Für diese gilt die Aufhebungskompetenz des VfGH.

3. Exkurs: Das Hypo-Sanierungspaket – Haircut

3.1. Das Hypo-Alpe-Adria-Sanierungs-Paket („Haircut“)

- **Bundesgesetz zur Schaffung einer Abbaueinheit (GSA)**
- **Bundesgesetz zur Errichtung einer Abbaubeteiligungs AG des Bundes (ABBAG-Ges).**
- **Bundesgesetz über Sanierungsmaßnahmen für die Hypo-Alpe-Adria Bank Int. (HaaSanG).**

Diese Gesetze haben am 24.07.2014 nach Beschlussfassung im Nationalrat den Bundesrat passiert.

- **Insgesamt sollen ca. 890 Mio. Euro an nachrangigen Hypoanleihen (Kurier 17.07.2014, Wirtschaftsteil, Seite 11) verfallen. Im Augenblick auch die im Deckungsstock für Lebensversicherungen geparkten Nachranganleihen.**

Die Opposition wird hoffentlich das Paket beim VfGH (dazu ist ein Drittel der Abgeordneten erforderlich) anfechten (Artikel 140 Abs 1 Z 2 B-VG).

- **Das Niveau der österreichischen Politiker ist selbsterklärend:**

Kai Jan Krainer, Finanzsprecher: „Ich gehe davon aus, dass sich Finanz- und Justizministerium etwas überlegt haben“.

Peter Haubner, Generalsekretär des Wirtschaftsbundes: „Das ist eine der schwersten Entscheidungen, die es gibt. Man hat mir versichert, dass es sich um eine ein-malige Maßnahme handelt“.

Ex-Finanzministerin Fekter hatte Bauchweh und stimmte mit ja.

Der Bundespräsident dachte gemeinsam mit vielen Rechtsexperten lange laut und öffentlich über die Nichtunterfertigung des Gesetzes nach – und unterschrieb.

3.2. Rechtliches Ergebnis des Haircut:

- **Entschädigungslose Enteignung (Verstoß gegen Art 17 GRC)**
- **Ungleichbehandlung von Unionsbürgern (Verstoß gegen Verbot der Nichtdiskriminierung gem. Art 21 GRC)**

3.3. Amtshaftung: Weil ein Verstoß gegen EU-Recht vorliegt, sollten die Österreichischen Gerichte, wenn eine Anfechtung aus dem Titel der Amtshaftung wegen legislativem Unrecht erfolgt, nicht abwarten, bis der österreichische VfGH die gesetzlichen Regelungen des Hypo-Sanierungspaketes aufgehoben hat.

- **Klärung durch Vorabentscheidung des EuGH zu erwarten.**

3.4. Verfassungswidrigkeit:

Wenn der österreichische VfGH angerufen wird und sich die EU-Rechtsverletzung bei Gesetzesprüfung bestätigt, wird er wohl die verfassungswidrigen Teile der Gesetze wegen EU-Rechtswidrigkeit und damit auch wegen Unvereinbarkeit mit der Österreichischen Verfassungsrechtslage aufheben.

4. Endlich Gesetzesbeschwerde in Österreich:

- 4.1. Neu in Österreich ab 1.1.2015 (Art 151 Abs 54 Z 5 B-VG), beschlossen im Nationalrat am 13.6.2013 (BGBl. 114/2013).**
- 4.2. Eine Partei eines Zivil- oder Strafverfahrens kann aus Anlass eines Rechtsmittels gegen eine erstinstanzliche Entscheidung einen Prüfungsantrag beim VfGH stellen, wenn sie der Ansicht ist, durch die Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung oder eines verfassungswidrigen Gesetzes seitens des Gerichts in ihren Rechten verletzt zu sein (Art 139 Abs 1 Z 4 für Verordnungen und Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG für Gesetze).**

- **VfGH kann Behandlung der Beschwerde ablehnen (mit Beschluss), wenn keine hinreichende Aussicht auf Erfolg gegeben ist (Art 139 Abs 1b und Art 140 Abs 1b B-VG). Eine ähnliche Judikatur, wie schon jetzt beim Individualantrag, ist zu erwarten.**
- **Bei Durchdringen mit der Beschwerde hebt VfGH die angefochtene Regelung auf bzw. erklärt sie für gesetzes- oder verfassungswidrig. Eine neuerliche Entscheidung der Anlass-Rechtssache muss ermöglicht werden (Art 139 Abs 7 und Art 140 Abs 8 B-VG).**

Einfachgesetzliches Ausführungsgesetz noch unklar. Frist bis Jahresende.

4.3. OGH und zweitinstanzliche Gerichte konnten schon bisher Normprüfungsantrag stellen – ab 2015 auch für erstinstanzliche Gerichte möglich (Art 89 Abs 2 B-VG).

4.4. Verfassungsbeschwerde in Deutschland:

- **außerordentlicher Rechtsbehelf wegen Grundrechtsverletzung gegen alle Akte der Staatsgewalt.**
- **möglich bei Bundesverfassungsgericht und in einigen Bundesländern an das Landesverfassungsgericht**
- **Die Verfassungsbeschwerde ist die häufigste Verfahrensart vor dem Bundesverfassungsgericht: 96 % aller anhängigen Verfahren. Über 6000 Verfahren pro Jahr.**

4.5. Eilantrag nur in Deutschland:

Ausnahmsweise kann ein Gesetz vor Erlass eines Umsetzungsaktes mit Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, wenn irreversible Dispositionen veranlasst werden oder

sich der Betroffene gegen einen Vollzugsakt nicht wehren kann, weil er vom Eingriff nichts erfährt oder erst viel später erlangen kann.

Ziel: eine einstweilige Anordnung.

4.6. Gäbe es in Österreich einen solchen Eilantrag, blieben uns Rechtssicherheitsprobleme – siehe Hypo-Alpe-Adria-Haircut - erspart.

5. „Schadenersatz“ bei Verletzung EMRK

5.1. Bei Verletzung von Rechten, die in der europäischen Menschenrechtskonvention garantiert sind, kann der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte der verletzten Partei eine „gerechte Entschädigung“ zusprechen.

In Österreich sind Schadenersatzansprüche wegen konventionswidrigem Verhalten nicht möglich (OGH vom 12.08.2004, 1 Ob 231/03).

Allerdings: Die österreichischen Behörden dürfen wegen der Bindungswirkung dieser Entscheidungen des EGMR nicht die Auffassung vertreten, das staatliche Verhalten sei konventionsgemäß gewesen (zB JBI 1998, 370).

5.2. Österreich reduziert diesen Rechtsschutz innerstaatlich wie folgt:

OGH: Schadenersatz kann im innerstaatlichen österreichischen Rechtsbereich nur nach Maßgabe der im nationalen Recht gebotenen Möglichkeiten erfolgen (zB RIS Justiz RS0082951).

Das heißt: Vor ordentlichen Gerichten nach dem Amtshaftungsgesetz.

Konsequenz: Verfahrensthemen (Hürden) sind entsprechend des AH-Rechtes: Organverschulden, Vertretbarkeit der Rechtsauffassung, Haftungsausschluss für Entscheidungen der Höchstgerichte. Erfahrungsgemäß fast unübersteigbare Hürden.

5.3. Ausnahme: Bei Verletzung des Grundrechtes der persönlichen Freiheit gemäß Art 5 EMRK vertritt der OGH den Standpunkt, dass es sich dabei um eine „self-executing“ Norm handelt. Organverschulden ist für Schadenszuspruch nicht Voraussetzung, ersetzt wird auch immaterieller Schaden (JBI 1998, 370).

Damit bestand kurzfristig Hoffnung für alle, die zu Unrecht in Ö in Haft waren.

5.4. Nächster Widerstand Österreichs gegen diese Verbesserung des Rechtsschutzes mit Hilfe der Europäischen Menschenrechtskonvention:

- **Nach dem strafrechtlichen Entschädigungsgesetz 2005 haftet der Bund für alle Schäden wegen des Entzuges der persönlichen Freiheit und ersetzt wird auch immaterieller Schaden (Haftübel).**
- **Im Budgetbegleitgesetz (!) 2011 (BGBl I 111/2010) wurde § 5 Abs 2 StEG 2005 novelliert. Aber nicht im Interesse der zu Unrecht Inhaftierten. Der immaterielle Schadenersatzanspruch wurde reduziert auf € 20,00 bis € 50,00 pro Tag (das heißt: Maximalschadenersatz pro Tag € 50,00 bei zu Unrecht erlittenem Haftübel).**

6. Haftungsausschluss bei Fehlverhaltensweise der FMA (oder wie die Republik Österreich mit geschädigten Anlegern umgeht)

6.1. Rechtslage bis 2005

Die FMA (Finanzmarktaufsicht) nimmt die behördliche Aufgabe der Bankenaufsicht wahr und ist an keine Weisungen gebunden (BGBl I 97/2001).

- Zwei Hoffnungsschimmer für die Anleger

Die Judikatur stellt mit OGH vom 25.3.2003 klar, dass Bankenprüfer Organe der Bankenaufsicht sind. Damit wurde die Rechtsposition der Anleger zur Geltendmachung von AH-Ansprüchen verbessert (OGH vom 25.03.2003, 1 Ob 188/02g).

Amtshaftungsansprüche konnten von den Anlegern auch bei Unterlassung der Aufsichtspflicht (wegen Verletzung des Schutzzweckes) gestellt werden (OGH vom 4.3.1987, 1 Ob 47/86 sowie OGH vom 28.1.2009, 1 Ob 187/08 w).

6.2. Diese für die Republik Österreich als Rechtsträger der FMA unangenehme Rechtslage und Rechtsprechung wurde ab 2005 wie folgt „repariert“:

- **In einer Novelle im Jahr 2005 (BGBl 33/2005) wurde – sehr unauffällig**
 - **bestimmt, dass jene Abschlussprüfer, die von den Unternehmungen, die der Aufsicht der FMA unterliegen, bestellt wurden, keine Organe des Amtshaftungsgesetzes sind (§ 3 Abs 5 leg cit). Damit wurde die Judikatur des OGH vom 25.3.2003, 1 Ob 188/02 g (Punkt 6.1.) „beseitigt“. Die Bankenprüfer waren damit nicht mehr Organe, ihre Fehler konnten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr der Republik Österreich angelastet werden. Die Fehler der Bankenprüfer lagen meist in der Vorbereitung der Entscheidungen der FMA.**

- **Im Anschluss an die Finanzkrise des Jahres 2008 wurde am 26.10.2008 das Finanzmarktstabilitätsgesetz, BGBl I 136/2008 erlassen. In einer „versteckten“ Bestimmung wurde § 3 Finanzmarktbehördenaufsichtsgesetz 2001 geändert.**

Die vom Bund zu bezahlenden Schäden wurden „neu definiert“.
Ab diesem Zeitpunkt waren dies nur mehr solche, die den „beaufsichtigten Rechtsträgern“ (=Bankinstitut etc.) unmittelbar zugefügt werden. Die frühere gesetzliche Regelung, die den Anlegern Amtshaftungsansprüche zuerkannte, wurde als „Redaktionsversehen“ bezeichnet.

Seit diesem Zeitpunkt ziehen Fehlverhaltensweisen der FMA gegenüber geschädigten Anlegern keine haftungsrechtlichen Folgen nach sich. Sie sind auf die „Einlagensicherung“ verwiesen, bis dahin hatte kein Zweifel an den Anlegeransprüchen bestanden (OGH vom 28.1.2009, 1 Ob 187/08 v).

6.3. Diese Regelung erscheint auch verfassungswidrig (Art 23 B-VG).

Der Verfassungsgesetzgeber gesteht prinzipiell bei gleichartigen Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch zu.

7. Haftungsausschlüsse bei Grenzorganen

7.1. Haftungsausschluss bei Entscheidungen von Grenzorganen (§ 2 Abs 3 AHG)

Aufgrund der Bestimmung des § 2 Abs 3 AHG kann aus einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes kein Amtshaftungsanspruch abgeleitet werden.

Damit hat der einfache Gesetzgeber eine Grenze des Rechtsschutzes gezogen (zB OGH vom 5.6.2007, 1 Ob 36/07 m).

Diese systemgewollte Regelung entspricht längst nicht mehr dem modernen Rechtsschutzbedürfnis.

7.2. EMRK und das EU-Recht helfen wieder aus: Kein Haftungsausschluss wegen Säumnis auch der Höchstgerichte (VfGH vom 9.10.2012, G 64/10).

Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes besteht kein Haftungsausschluss wegen Säumnis der oben genannten Höchstgerichte (VfGH 9.10.2012), wenn deren Säumnis rechtswidrig und schuldhaft ist (Art 6 EMRK, Art 47 GRC).

Es wird nur die schuldhafterweise unangemessen lange Dauer beurteilt (VfGH vom 09.10.2012, G 64/10).

7.3. Auch der EuGH bejaht die Frage, ob Staatshaftungsansprüche aus Entscheidungen letztinstanzlicher, nationaler Gerichte abgeleitet werden können (EuGH vom 30.9.2003, C-224/01).

Voraussetzung ist, dass

- * die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm bezweckt, dem einzelnen Rechte zu verleihen,**
- * der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und**
- * zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.**

Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht, wenn sich der Verstoß aus einer letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ergibt, unter Berücksichtigung der Besonderheit der richterlichen Funktion prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.

7.4. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedsstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadenersatz zuständig ist (EuGH vom 30.9.2003, C-224/01).

Der österreichische VfGH folgt dieser Judikatur und akzeptiert seine Zuständigkeit gem. Art. 137 B-VG für Staatshaftungsansprüche aus gemeinschaftsrechtswidrigen Entscheidungen der Höchstgerichte (VfGH vom 10.10.2003. A36/00):

Der Haftungsausschluss für Höchstgerichte ist eine Lücke im Rechtsschutzsystem. Er fördert Fehlurteile. Wer nicht kontrolliert wird, wird eben nachlässig.

7.5. Ein Beispiel aus der Praxis (Primeo/Madoff-Judikatur)

Die UniCredit Bank Austria ließ sich zwischen 1993 und 1998 in ein Pyramiden-spiel mit Bernard L. Madoff ein („Primeo“).

Madoff wurde im Dezember 2008 verhaftet und sechs Monate später in den USA zu 150 Jahren Gefängnis verurteilt. Zwischen 1993 und 2008 wurde keine einzige Aktie erworben.

Schadenssumme der Anleger: ca. 1 Mrd. Euro

7.6. Vor dem Handelsgericht Wien machte eine klagende Partei aus einer Reihe von Rechtsgründen Schadenersatz gegenüber der UniCredit geltend (54 Cg 19/11 i), nämlich:

- 1. (Prospekt) Haftung als materielle Emittentin;**
- 2. Haftung als Prospektkontrolleur betreffend Nichtoffenlegung der Aufhebung des Trennungsgrundsatzes;**
- 3. Haftung als Prospektkontrolleur wegen anderer Prospektfehler;**
- 4. Ausgeschlossenheit von Prospektkontrolle;**
- 5. Unzulässigkeit des öffentlichen Angebots wegen Aufhebung des Trennungsgrundsatzes;**
- 6. Beratungsvertrag; vertragliche Haftung;**
- 7. Culpa in contrahendo wegen fehlerhafter Werbeunterlagen;**
- 8. Culpa in contrahendo wegen sonstiger Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten;**
- 9. Durchgriffshaftung;**
- 10. Sachverständigenhaftung gemäß §§ 1299, 1300 ABGB;**
- 11. Betrug, strafrechtliches Verhalten;**
- 12. grob fahrlässige Gläubigerbeeinträchtigung;**
- 13. Verletzung der Sitztheorie (§§ 10, 12 IPRG) – Nichtigkeit der Auslandsgründung der „Primeo Ltd.“ auf den Cayman Islands und daraus resultierende Handelndenhaftung der Gründungsproponenten;**
- 14. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung;**
- 15. Verletzung von Schutzgesetzen in Bezug auf Anleger;**
- 16. Haftung für die Erfüllungsgehilfen der beklagten Partei.**

Das Handelsgericht Wien schränkte den Prozess auf die Frage des ersten Rechtsgrundes, nämlich den der Prospekthaftung ein und erließ ein Zwischenurteil. Das OLG bestätigte das Ersturteil.

Der OGH verneinte die Prospekthaftung und wies die Klage mit Endurteil ab. Die weiteren 15 Rechtsgründe blieben endgültig unerörtert. Die Wissenschaft kritisierte den OGH beißend.

7.7. Nebenerscheinungen des Verfahrens, die nachdenklich machen:

Ein Richter musste den Senat verlassen, weil er (als Universitätsprofessor) mehrfach Gutachten für die UniCredit Bank Austria AG erstattet hatte.

Dieses Senatsmitglied war bestens befreundet mit einem anderen Universitätsprofessor, der auf Seite der beklagten Partei an den Schriftsätzen mitwirkte. Beide haben dasselbe Sekretariat in ihren Ordinariaten an der Wirtschaftsuniversität.

An derselben Universität ist der Vorsitzende des erkennenden Senates als Honorarprofessor und Lehrbeauftragter tätig.

Die Tochtergesellschaft der UniCredit Bank Austria, die Bank Privat AG, vertrieb die Wertpapiere. Die Vorstandsdirektorin ist mit der Ehegattin des Senatsvorsitzenden des entscheidenden Senates bestens befreundet.

Das wegen Befangenheit ausgeschiedene Mitglied des Senates ist mehrfach Co-Autor und Mitherausgeber von Werken mit einem weiteren Senatsmitglied.

Usw., usw., usw.....

7.8. Privatgutachten konnten nicht eingeholt werden, weil die meisten Gutachter erklärten, bereits für die UniCredit Bank Austria begutachtet zu haben.

7.9. Die Begründung des Senates überzeugt nicht:

Die im Zentrum des Verfahrens stehende Aufhebung des Trennungsgrundsatzes (Zusammenlegung von Verwaltung und Verwahrung der Wertpapiere) aus Kontrollgründen ,durch die das eingangs erwähnte Pyramidenspiel durch 15 (fünfzehn) Jahre erst ermöglicht wurde, wäre nach Auffassung des OGH für die Anleger aus den Prospekten erkennbar gewesen. Tatsache ist, dass die UniCredit Bank Austria die Prospekte verfasste, in ihrer Eigenschaft als Prospektrepräsentantin (§ 29 InvFG) prüfte und diese auch pflichtgemäß zur Prüfung der FMA vorlegte. Die FMA hätte den Vertrieb der Prospekte verbieten müssen, wenn die Aufhebung des Trennungsgrundsatzes erkennbar gewesen wäre.

Der OGH geht also davon aus, dass die Anleger mehr aus den Prospekten entnehmen konnten, als die FMA als spezialisierte Bankenaufsichtsbehörde...?

7.10. Die Entscheidung ist schlechthin falsch.

Es darf nicht Wunder nehmen, dass man davon ausgeht, dass derartige „Schlampereien“ (?) nicht passieren würden, wenn sich die Höchstrichter in den Grenzorganen durch Amtshaftungsansprüche kontrolliert fühlten.

Was wäre erst, wenn sie wie Ärzte, Rechtsanwälte, Installateure oder Bademeister haften würden?

8. Rechtsschutzlücken im Sachverständigenwesen

- 8.1. Nach der Rechtsprechung ist der gerichtlich bestellte Sachverständige nicht Organ im Sinne des Amtshaftungsgesetzes (§ 141 Abs 5 EO und § 2a SG, OGH vom 27.2.2011, 9 Ob 38/11 w). Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Sachverständige ist allein entscheidend, welchen Einfluss ein sachlich richtiges Gutachten auf die Entscheidung gehabt hätte (OGH vom 30.7.2009, 8 Ob 6/09 d).

Dadurch Verringerung des Rechtsschutzes:

Keine Haftung nach § 1330 Abs 2 ABGB des SV (OGH vom 7.7.1992, 4 Ob 75/92).

(Diese Haftung wäre kein Problem, wäre der SV Organ)

Kein Beitritt des SV als Nebenintervenient im Prozess.

8.2. Solange das auf ein **SV-Gutachten gestützte verurteilende Strafurteil** aufrecht ist, kann der Geschädigte wegen dessen Bindungswirkung nicht erfolgreich Schadenersatz wegen unrichtiger Begutachtung gegen den Sachverständigen geltend machen (OGH vom 10.7.2008, 8 Ob 69/08 t). In der Praxis heißt das, dass Voraussetzung eine erfolgreiche Wiederaufnahme des Strafverfahrens ist. Dieses Problem bestünde nicht, wäre der SV Organ im Sinne des Amtshaftungsgesetzes.

8.3. Gemäß § 52 Abs 2 AVG sind Personen, die **im Verwaltungsverfahren** als Sachverständige beigezogen werden, wie **Sachverständige in gerichtlichen Verfahren** zu behandeln. Sie sind also kein Organ i.S. des AH-Gesetzes und haften persönlich (OGH vom 24.6.2005, 1 Ob 49/05 w).

Bei **unrichtigen Gutachten von Amtssachverständigen** sind **Amtshaftungsansprüche** geltend zu machen.

8.4. Ein praktisches Beispiel zur SV-Tätigkeit

In einem der zahlreichen Hypo-Alpe-Adria-Verfahren (gegen die Mitarbeiterstiftung – MAPS), Streitwert EUR 10 Mio, wurde ein Sachverständiger zur Klärung jener Fragen bestellt, die bereits in einem vorangegangenen rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren zu klären gewesen waren.

Kläger war (ist) die Bayern LB. Der Sachverständige war bei jeder Verhandlung - mit Team – anwesend. Es durften an ihn zum Verfahrensschluss Fragen gestellt werden. Gutachtenskosten EUR 2,880.932,48. Hätte man das Gutachten von Anfang an mit den Parteien erörtert und wäre der Sachverständige auf Privatgutachten eingegangen, hätten die Gutachterkosten vermutlich ein Zehntel dieser Summe betragen.

Die Kritik der Verfahrensbeteiligten (Der Standard, 24.7.2014, Seite 14) lautete, dass das Gutachten „in weiten Teilen aus der bloßen Wiedergabe von Parteivorbringen und Urkunden bestand und sich die Gutachteraussagen auf einige wenige Seiten beschränkten“.

V. Sonstige Lücken und Systemfehler

9.1. Pauschalkostenregelung (Zwei-Klassenjustiz)

9.1.1. Eine Lücke im System des Rechtsstaates und Hindernis in einer vernünftigen Rechtsverfolgung sehe ich auch darin, dass die Gerichtsgebühren bei der Bemessung nicht darauf abstellen, welchen Verfahrensaufwand im Laufe des Verfahrens entsteht.

9.1.2. Es werden also schwierige und einfache Verfahren gleich behandelt. Dies ist grundsätzlich ein Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip, dem zur Folge Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden müsste.

9.1.3. Die Problematik zeigt sich an folgenden

Ziffern:

Streitwert:

Pauschalkostenbeträge:

€ 10,000.000,00

€ 122.987,00

€ 5,000.000,00

€ 67.987,00

€ 100.000,00

€ 2.779,00

9.2. Streitwertbemängelungen gem. § 7 RATG

9.2.1. Wenn der Streitwert zu bewerten ist (so insbesondere auch bei Feststellungsklagen, auch Deckungsklagen), hat der Kläger gem. § 56 Abs 2 JN den Streitwert zu bewerten. Gemäß § 7 RATG kann das Gericht den Streitwert bei Bemängelung anheben.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Die Auswirkungen betreffen Pauschalkosten und Rechtsanwaltskosten.

Konkret: Der Fall Grasser

Das Feststellungsbegehren einer Klage gegen den Steuerberater wegen Falschberatung wurde zuerst mit € 36.000,00 bewertet, der Gegner beantragte eine völlig unangemessene Erhöhung auf € 12,0 Mio mit der Begründung einer drohenden finanzstrafrechtlichen Verurteilung. Das Gericht erhöhte den Streitwert schließlich auf € 2,300.000,00. Der Kläger hatte sofort € 27.000,00 an PG nachzubezahlen, seine wirtschaftliche Existenz ist durch die Streitwerterhöhung erheblich beeinträchtigt, weil er angesichts zweier beklagter Parteien pro Prozesstag ein Kostenrisiko von ca. € 70.000,00 zu tragen hat.

Sämtliche Beschlüsse des Gerichts nach §§ 7 und 8 RATG sind unanfechtbar (Obermaier, Kostenhandbuch² Rz 607). Dieser Rechtsmittelausschluss erscheint im Hinblick auf Art 6 MRK verfassungsrechtlich bedenklich (Arnold, AnwBl 1993, 107);

9.2.2. Korruption in der EU

Österreich ist Nettozahler und hat z.B. im Jahr 2009 EUR 402,1 Mio an die EU abgeführt, im Jahr 2010 EUR 667,00 Mio und im Jahr 2011 EUR 805,00 Mio usw.

Das Zahlenwerk, das diese Zahlungen und deren Verteilung erfasst („Nettozahler und Nettoempfänger“), wird von EUROSTAT, einer EU-Behörde, die auf EU-Ebene den nationalen statistischen Ämtern entspricht, also von EU-Beamten verwaltet.

Die Länder liefern vielfach erkennbar, durchschaubar und unbeanstandet falsche Zahlen (Griechenland ist seit 1981 EU-Mitglied). Die Blindheit der EU-Beamten kann man nur mit Korruption erklären.

9.3 Die Lücke im Rechtsschutzsystem:

Die österreichischen Staatsanwaltschaften können eine solche Korruption nur verfolgen, wenn die Täter österreichische Staatsangehörige sind (§ 65 Abs 1 Z 1 StGB) oder zumindest eine Phase der Tatausführung im Inland lag (§§ 62, 67 StGB) oder die (ausländischen) Täter im Inland betreten wurden und eine Auslieferung nicht möglich ist (§ 65 Abs 2 Z 1 StGB).

Die „Kleine Zeitung“ berichtete am 31.3.2012 von einer „mühsamen Korruptionsbekämpfung“ auf EU-Ebene und verwies in diesem Zusammenhang auf die „abenteuerliche Summe von rund EUR 120,00 Mrd, die im europäischen Wirtschaftskreislauf jährlich durch Korruption in Wirtschaft und Politik verloren gingen“. Dies sei eine „Schätzung der EU“.

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit