

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja

GG Art. 34; BGB § 839 Cb, Fm; KredWesG § 10 Abs. 1 Satz 2,
§ 44

- a) 1. Ist dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hinreichend verlässlich mitgeteilt worden, daß ein Kreditinstitut zur Erzielung großer Gewinne im Devisentermingeschäft das Risiko eingeht, sein haftendes Eigenkapital ganz oder zu einem wesentlichen Teil einzubüßen, so kann dies die Amtspflicht begründen, die durch § 44 KWG dem Amt gewährten Prüfungsmittel zum Schutz der Einlagegläubiger als "Dritte" im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu gebrauchen (Ergänzung des Senatsurteils vom 15. Februar 1979 - III ZR 108/76 -).
2. Als mildestes Mittel hierzu kann es in einem solchen Fall zum Schutz der Einlagegläubiger geboten sein, den Aufsichtsrat des Kreditinstituts von den der Bankenaufsicht zugegangenen Informationen in Kenntnis zu setzen und auf eine umgehende Prüfung der Geschäftstätigkeit des Vorstands hinzuwirken.
- b) Mit der Aufstellung von "Grundsätzen" für das haftende Eigenkapital (§ 10 Abs. 1 Satz 2 KWG) erfüllt das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen keine Pflichten, die ihm gegenüber den Einlagegläubigern der angesprochenen Kreditinstitute als "Dritte" im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegen.

BGH, Urt. v. 12. Juli 1979 - III ZR 154/77 - OLG Köln
LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 154/77

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1979
[REDACTED]
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Interessengemeinschaft der H[REDACTED]-Sparer e.V.,
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
den 1. Vorsitzenden, Herrn Rechtsanwalt W[REDACTED],
M[REDACTED] Straße [REDACTED], B[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Bundesminister der Finanzen, R[REDACTED] Straße, B[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

4

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 1979 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Lohmann, Kröner und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. September 1977 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine (rechtsfähige) Interessengemeinschaft von Sparern des früheren Bankhauses J.D. H. KGaA (im folgenden: H.), begehrt von der beklagten Bundesrepublik Deutschland aus abgetretenem Recht teilweisen Ersatz des Schadens, den einige ihrer Mitglieder bei dem Zusammenbruch von H. erlitten haben.

Die Klägerin ist der Auffassung, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (im folgenden: BAK) sei



viel zu spät gegen Herstatt eingeschritten und habe dadurch Amtspflichten gegenüber den Einlagegläubigern dieses Unternehmens verletzt. Sie macht im wesentlichen geltend, bereits 1971, jedenfalls aber seit Sommer 1973 sei das BAK von dritter Seite auf den ungewöhnlichen Umfang des Devisengeschäfts bei H. [REDACTED] hingewiesen worden. Bei diesem Sachverhalt sei es amtspflichtwidrig gewesen, eine Sonderprüfung bei H. [REDACTED] nicht angeordnet und den Umfang des Devisengeschäfts nicht wesentlich beschränkt zu haben. Bei einem rechtzeitigen Einschreiten des BAK vor dem 26. Juni 1974 (Zeitpunkt des Entzuges der Erlaubnis zur Fortführung des Bankgeschäfts) hätte, so behauptet die Klägerin, das haftende Eigenkapital des Bankhauses zumindest teilweise gerettet und dadurch der den Sparern zugefügte Schaden vermieden oder gemindert werden können.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zur Zahlung von 41.000 DM zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, daß bei der Ausübung der staatlichen Aufsicht über die Kreditinstitute keine Amtspflichten gegenüber den Einlagegläubigern bestünden. Im übrigen sei es nicht geboten gewesen, gegen Herstatt in der von der Klägerin geforderten Weise vorzugehen, zumal die Prüfung des Jahresabschlusses 1973 durch eine anerkannte Wirtschaftsprüfungs-Gesellschaft keine Beanstandung des Devisengeschäfts ergeben habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hat das Bestehen von Amtspflichten des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (BAK) gegenüber den Einlagegläubigern der überwachten Kreditinstitute mit der Begründung verneint, die Bankenaufsicht diene grundsätzlich nur dem Interesse der Gesamtwirtschaft an einem funktionsfähigen Kreditgewerbe; der einzelne Bankkunde sei lediglich als - auswechselbares - Glied der Allgemeinheit geschützt und daher nicht "Dritter" im Sinne von § 839 BGB.

Diese Auffassung beanstandet die Revision zu Recht.

2. Wie der Senat in seinem nach Erlass des Berufungsurteils verkündeten Urteil vom 15. Februar 1979 (III ZR 108/76 = WM 1979, 482, zur Aufnahme in BGHZ vorgesehen) entschieden hat, dient die nach § 6 Abs. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen in der hier zur Anwendung kommenden Fassung vom 10. Juli 1961 (BGBl I 881 - KWG -) ausgeübte staatliche Aufsicht über die Kreditinstitute zugleich auch dem Schutz der Einlagegläubiger. Das gilt namentlich dort, wo die Aufsicht den Zweck verfolgt, den Kreditinstituten "zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte ein angemessenes haftendes Eigenkapital" zu erhalten (§ 10 Abs. 1 KWG), und das Gesetz das BAK ermächtigt, eine "für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte" drohende Gefahr durch einstweilige Maßnahmen abzuwenden (§ 46 KWG).

Dieser Schutzzweck ist nicht auf die "Eingangsstufe" beschränkt (Senatsurteil aaO unter II 3 der Entscheidungsgründe). Die Vermögensinteressen der Einlagegläubiger sind in dem beschriebenen Umfang auch bei der Führung der laufenden Bankgeschäfte ("Abwicklungsstufe") in den Schutzbereich der Bankenaufsicht (mit) einbezogen. Allerdings hat insoweit die staatliche Aufsicht den grundsätzlichen Vorrang der unternehmerischen Entscheidung zu achten. Ihre Aufgabe besteht daher hier im wesentlichen nur in der Aufdeckung und Bekämpfung von Mißständen bei einzelnen Kreditinstituten, aus denen sich Gefahren für die anvertrauten Vermögenswerte ergeben.

Soweit die Beklagte eine solche Schutzrichtung der Bankenaufsicht unter Darlegung der Entwicklungsgeschichte des Kreditwesengesetzes anzweifelt, entsprechen ihre Ausführungen schon im Grundsatz nicht mehr dem heutigen Verständnis des individuellen Rechtsgüterschutzes durch die Polizei-(Ordnungs-)Behörden, zu denen auch die staatliche Bankenaufsicht als Teil der Gewerbeaufsicht zu rechnen ist (Senatsurteil aaO unter II 3 c der Entscheidungsgründe). Es trifft auch nicht zu, daß der erkennende Senat den Schutzzweck des Kreditwesengesetzes 1961 im wesentlichen aus späteren Gesetzesmaterialien (aus 1968 und 1971) erschlossen hätte. Er hat vielmehr im einzelnen dargelegt, daß die späteren Änderungen des Gesetzes die (auch) dem Gläubigerschutz dienende Funktion der Bankenaufsicht lediglich mehr verdeutlicht haben, indem sie für dieses Ziel das Instrumentarium der Aufsicht verbesserten (III 3 b der Entscheidungsgründe). Auch die weiteren Angriffe der Beklagten gegen das vorerwähnte Senatsurteil geben dem Senat keinen Anlaß, seine grund-

sätzliche Auffassung von der Funktion der Bankenaufsicht zu ändern. Hierzu wird auf die ausführliche Begründung des Urteils vom 15. Februar 1979 verwiesen.

3. Im zur Entscheidung stehenden Sachverhalt geht es nach der Begründung der Klage um die Frage, welche Maßnahmen das BAK hätte treffen müssen, um eine Gefahr für die Sicherheit der dem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte abzuwenden. Das betrifft einen Bereich der Bankenaufsicht, in dem der Einlegerschutz einen selbständigen, zumindest mitwirkenden Schutzzweck abgibt (vorstehend unter 2; Senatsurteil aaO unter II 3 a der Entscheidungsgründe).

Ein Ersatzanspruch kann hiernach nicht schon mit der Begründung verneint werden, das BAK habe gegenüber den Einlagegläubigern von H. [REDACTED] keine Amtspflichten zum Schutz ihrer Spar- oder sonstigen Guthaben zu erfüllen gehabt.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die geltend gemachten Ersatzansprüche auch unter dem Gesichtspunkt eines dem BAK anzulastenden Amtsmißbrauchs geprüft. Es hat auch auf dieser Grundlage eine Amtshaftung mit der Begründung verneint, dem BAK seien bei der Handhabung der Aufsicht (jedenfalls) keine schweren Fehler unterlaufen, noch weniger könne sein Verhalten als willkürlich bezeichnet werden.

2. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 15. Februar 1979 (aaO) dargelegt, daß (im Anwendungsbereich des Opportunitätsprinzips) eine Amtspflichtverletzung durch Ernes-

sensfehlgebrauch auch dann in Betracht kommen kann, wenn die Schwelle des Amtsmißbrauchs noch nicht erreicht ist oder ein Fall evident fehlsamer Amtstätigkeit nicht vorliegt. Die Verletzung einer (auch) den Schutz eines "Dritten" bezweckenden Amtspflicht kann hiernach allerdings erst eintreten, wenn das Verhalten des Beamten den rechtlichen Bindungen, denen das Ermessen nach allgemeinen Grundsätzen und mit Rücksicht auf den Zweck des konkreten Gesetzes unterliegt, nicht genügt. Die materiellen Voraussetzungen für die Amtspflicht zu einem bestimmten Verhalten entsprechen dabei weitgehend denen einer "Ermessensschumpfung auf Null" (Senatsurteil aaO unter IV 2 a, b der Entscheidungsgründe).

Das Berufungsgericht hat - vom Standpunkt der bisherigen Senatsrechtsprechung aus folgerichtig - das Vorgehen des BAK nicht an diesem Prüfungsmaßstab gemessen. Das zwingt indessen nicht ohne weiteres zu einer Aufhebung des Berufungsurteils. Vielmehr ist zu prüfen, ob das vom Berufungsgericht gewonnene Ergebnis sich auch auf der Grundlage der neueren Senatsrechtsprechung zur Amtspflichtverletzung durch Ermessensfehlgebrauch als richtig darstellt.

III.

1. Der Zusammenbruch des Bankhauses Herstatt beruhte nach Darstellung der Klägerin auf großen Verlusten der Bank auf Grund zu hoher "offener" Devisenpositionen im Termingeschäft. Devisentermingeschäft bedeutet die vereinbarte Anschaffung gegenseitig verkaufter Devisen für einen späteren Zeitpunkt als am zweiten Werktag nach dem Abschluß, üblicherweise per ein oder drei Monate oder

- seltener - per sechs Monate (Lipfert, Int. Devisen- und Geldhandel, 1967, S. 54/55). Unter "offenen" Positionen versteht man den Aufbau nicht kursgesicherter Positionen am Devisenmarkt, bei denen auf eine Deckungsposition geeigneter Fälligkeit ("Gegengeschäft") verzichtet wird. Es gilt als das klassische Prinzip der Banken bei der Begrenzung des Devisenhandelsrisikos, daß sie ihre Devisenhändler veranlassen, über Nacht die Gesamtposition (Kauf und Verkauf) ausgeglichen zu halten. Dieses klassische Prinzip läßt eine nur geringe Bereitschaft zur Übernahme von Verlustgefahren aus dem Devisenhandel erkennen. Es wird dabei nicht nur das Währungsrisiko, sondern auch das Über-Nacht-Kursrisiko ausgeschaltet. Dementsprechend sind die Ertragsaussichten bei den unter solchen Vorschriften arbeitenden Devisenhandelsabteilungen erheblich eingeengt (Lipfert aaO S. 79).

2. Das Berufungsgericht hat den Umfang der Devisengeschäfte von H[REDACTED] in den Jahren 1971 und 1972 und die dem BAK dazu etwa zugegangenen Hinweise als unerheblich angesehen, weil bis zur Freigabe des US-Dollars im März 1973 eine mit Gefahren für die Sparer verbundene Devisenspekulation nicht bestanden habe. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, bereits dieser Sachverhalt hätte dem BAK Veranlassung geben müssen, gegen Herstatt einzuschreiten.

Bis zur Aufgabe der fixierten Wechselkurse (Erklärung des Rats der Europäischen Gemeinschaften vom 12. März 1973, daß die Zentralbanken der Mitgliedsstaaten nicht mehr verpflichtet seien, zur Aufrechterhaltung der Bandbreiten zum US-Dollar zu intervenieren) waren den Banken gewinnbringende Devisentermingeschäfte fast risikolos möglich (vgl. Lürer, Devisenhandel und Bankenaufsicht, WM Sonderbeil.

1/1977 S. 4). Das stellt auch die Klägerin nicht in Abrede. Ein "unverhältnismäßig und unüblich hoher Umsatz" in Devisen, der seinerzeit wohl nicht auf H[REDACTED] beschränkt war (Lüer aaO), gab unter diesen Umständen für sich allein noch nicht zu der Sorge Anlaß, die Bank gehe so hohe Risiken ein, daß ihr haftendes Eigenkapital gefährdet sei.

3. Das Berufungsgericht hat weiter die Richtigkeit der Behauptungen der Klägerin unterstellt, im Jahre 1973, nach der Freigabe des US-Dollars, seien dem BAK "handfeste Informationen über riesige Devisenumsätze" - täglich 200 bis 500 Mio US-Dollars - bei H[REDACTED] zugegangen. Es hat dazu die Auffassung vertreten, auch dieser Sachverhalt hätte keine ernsthaften Zweifel an den Angaben des Bankiers H[REDACTED] begründet, ein tägliches Limit von 25 Mio DM werde eingehalten, im übrigen würden der Devisenhandel und die Positionen der Bank annähernd täglich von dem Generalbevollmächtigten, Graf von der G[REDACTED], überprüft. Auch ein "riesiger" Devisenumsatz besage allein noch nichts über die Größe des eingegangenen Risikos. Nur soweit Gegengeschäfte fehlten, spekuliere die Bank und erhöhe das Risiko. Auch gegen diese Würdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß grundsätzlich nicht der Umfang der Devisengeschäfte als solcher, sondern die jeweilige Höhe der "offenen" Positionen das von der Bank eingegangene Risiko kennzeichnet, verstößt nicht gegen Erfahrungssätze.

Auch bei umfangreichem Devisenhandel bietet der Abschluß entsprechender Deckungsgeschäfte hinreichende Sicherheit gegen zu große Risiken (vgl. Vogel, Das Devisentermin-

geschäft, 1924, S. 13/14; Lipfert aaO S. 78/79; Luer aaO S. 8; Backes, Kurssicherungsgeschäfte S. 36). Dem entspricht es, daß das BAK in seinem (nach § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG erlassenen) "Grundsatz I a" der Bekanntmachung über die Änderung und Ergänzung der Grundsätze für das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute vom 30. August 1974 (Banz. Nr. 166 vom 6. Sept. 1974, abgedruckt u.a. bei Bähre/Schneider KWG 2. Aufl. § 10 Anh. S. 142) festgelegt hat, daß der Unterschiedsbetrag zwischen Aktiv- und Passivdevisenpositionen, unabhängig von ihrer Fälligkeit, täglich bei Geschäftsschluß 30 % des haftenden Eigenkapitals der Bank nicht überschreiten soll. Wenn daher - wie die Klägerin unter Beweisantritt vorgetragen hat - das BAK der H[REDACTED]-Bank im Dezember 1973 mitgeteilt hat, bei täglichen Kontrakten von 200 bis 500 Mio US-Dollars werde die Existenz der Bank aufs Spiel gesetzt, so kann hierin entgegen der Revision nicht die Kundgabe der Auffassung gesehen werden, das haftende Eigenkapital werde allein durch den Umfang des Devisenhandels und ohne Rücksicht auf die Höhe der jeweils "offenen" Positionen gefährdet. Hierzu bedurfte es vielmehr eines Verhaltens der Bank, das eine drastische Abkehr von dem "klassischen Prinzip" der Banken zur Beschränkung des Währungsrisikos (Ausgleich der Gesamtposition über Nacht, vgl. Lipfert aaO S. 79) bedeutete. Die Klägerin hat nicht dargetan, daß dem BAK bereits im Jahre 1973 verlässliche Hinweise auf eine derart risikoreiche Devisenhandelspolitik bei H[REDACTED] vorlagen, die hätten Anlaß sein müssen, die Angaben des persönlich haftenden Gesellschafters anzuzweifeln und Aufsichtsmaßnahmen zur Klärung des Sachverhalts einzuleiten.

b) Die Klägerin erblickt eine Amtspflichtverletzung des BAK auch darin, daß das BAK seinen (am 30. August 1974

bekanntgemachten) "Grundsatz I a" über eine Begrenzung der täglichen "offenen" Devisenpositionen und das dazu entwickelte Melde-Formblatt "L" nicht früher eingeführt habe. Das Berufungsgericht hat auch hierin kein amts-pflichtwidriges Vorgehen gesehen. Dies wird von der Revision ebenfalls erfolglos angegriffen.

Mit der Aufstellung von "Grundsätzen" über das haftende Eigenkapital (§ 10 Abs. 1 Satz 2 KWG) erfüllt das Bundesaufsichtsamt keine Pflichten, die ihm gegenüber den Einlagegläubigern der angesprochenen Kreditinstitute als "Dritte" im Sinne von § 839 BGB obliegen. Diese "Grundsätze" sind nach allgemeiner Auffassung weder Rechtsnormen noch Verwaltungsakte. Sie begrenzen das Ermessen des BAK in der Beurteilung der Angemessenheit des haftenden Eigenkapitals und geben den Kreditinstituten einen Maßstab dafür, ob ihre haftenden Mittel den Erfahrungsgrundsätzen für eine gesunde Geschäftsstruktur entsprechen (Bähre/Schneider aaO § 10 Anm. 9; Beck, KWG § 10 Rdn. 16; Schönle, Bank- und Börsenrecht 2. Aufl. 1976 § 44 II 1 c S. 438 mit weit. Nachw.). Es ist der Revision zuzugeben, daß eine frühere Einführung des "Grundsatzes I a", der die Übernahme von Risiken bei Devisengeschäften im Verhältnis zum haftenden Eigenkapital begrenzen soll und eine entsprechend überwachte Meldepflicht (Formblatt "L") die Gefahren des Devisentermingeschäfts bei H. hätte früher aufdecken und zu einem entsprechend früheren Einschreiten des BAK hätte führen können. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, der Aufstellung von "Grundsätzen" den Zweck beizulegen, zumindest auch dem Schutz einzelner oder doch eines individualisierbaren Kreises von Einlagegläubigern zu dienen. Dieser Schutzgedanke wird vielmehr für die Anwendung des § 839 BGB rechtlich erst bedeutsam, wenn ein Kreditinstitut bereits erlassenen "Grund-

sätzen" zuwiderhandelt und die zu schützenden Interessen der Einlagegläubiger dieses Instituts es erforderlich machen, Maßnahmen zur Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu ergreifen.

4. Das Berufungsgericht hat auch das Verhalten des BAK im Januar und Februar 1974 nicht als amtspflichtwidrig angesehen. Es hat hierbei den Vortrag der Klägerin als richtig unterstellt, die Landeszentralbank Köln habe dem BAK am 25. Januar 1974 mitgeteilt, H. [REDACTED] habe im Devisengeschäft Verluste erlitten, in der Folgezeit habe am 11. oder 12. Februar 1974 der Präsident der Deutschen Bundesbank das BAK darauf hingewiesen, daß nach den Beobachtungen ausländischer Zentralbanken das Bankhaus H. [REDACTED] "unvertretbare Positionen" im Devisenhandel halte. Auch bei diesem Sachverhalt, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, sei das BAK nicht verpflichtet gewesen, eigene Ermittlungen gegenüber Herstatt anzustellen, etwa eine Sonderprüfung vorzunehmen; vielmehr habe das Amt sich darauf beschränken dürfen, eine Auskunft bei dem persönlich haftenden Gesellschafter der Bank einzuholen und der mit der Prüfung des Jahresabschlusses 1973 befaßten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Weisung zu geben, im Rahmen der Prüfung des Geschäftsjahres 1973 die Risiken der Bank aus Devisentermingeschäften schwerpunktmäßig zu ermitteln und auch die bankinterne Kontrolle des Devisengeschäfts darzustellen.

Diese rechtliche Beurteilung des im Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Klagevorbringens greift die Revision mit Erfolg an.

a) Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 15. Februar 1979 (III ZR 108/76 aaO) ausgeführt hat, kommt

auch der Handhabung des dem BAK verliehenen Auskunfts- und Prüfungsrechts (§ 44 KWG) gläubigerschützende Bedeutung zu, wenn es im Zusammenhang mit einlegerschützenden Maßnahmen (§§ 1, 32 ff KWG) steht, die es vorbereiten und ermöglichen soll. Dieses Prüfungsrecht dient (auch) der rechtzeitigen Aufdeckung von Gefahren für die Sicherheit der dem einzelnen Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte (§ 46 Abs. 1 Satz 1 KWG). Insoweit ist das Ermessen, ob und in welchem Umfang Prüfungen vorzunehmen sind, auch auf das Interesse der Einlagegläubiger ausgerichtet und daher auch zu ihrem Schutz auszuüben. Das Berufungsgericht beurteilt deshalb die Rechtslage unrichtig, wenn es annimmt, nur (positive) "Kenntnis von beweisbaren Tatsachen oder eindeutigen Anhaltspunkten für das Bestehen hoher Devisenpositionen ohne termingleiche Deckung" hätte dem BAK Anlaß zu anderen als den getroffenen Maßnahmen geben müssen. Diese Würdigung beruht ersichtlich auf der nicht zutreffenden Voraussetzung, daß eine Haftung wegen pflichtwidrigen Unterlassens von Amtshandlungen des BAK nur bei Amtsmißbrauch oder Fehlerevidenz zu bejahen sei. Gegen diese Auffassung sprechen vor allem Gründe, die sich aus der (auch) gewerbepolizeilichen Funktion der Bankenaufsicht ergeben. Wenn das BAK erst bei einem so hohen, der Gewißheit nahekommenden Grad der Kenntnis von gefahrdrohenden Umständen sein Prüfungsrecht gebrauchen dürfte, wäre ein rechtzeitiges und damit erfolgversprechendes Einschreiten des BAK in vielen Fällen überhaupt in Frage gestellt. Für eine derart restriktive Auslegung des § 44 KWG besteht auch bei voller Beachtung der unternehmerischen Freiheit kein Anlaß. Die Prüfungsbefugnisse des BAK sollen, wie schon ausgeführt, der Aufsichtsbehörde in ihrer Rolle als Sondergewerbepolizei Kenntnis von Gefahrenlagen verschaffen. Die zu ihrer Abwehr verliehenen Eingriffsbefugnisse einschließ-

lich der Prüfungsrechte des § 44 KWG sind, weil sowohl auf den Schutz einzelner als auch auf die Bewahrung all-gemeinwirtschaftlicher Belange ausgerichtet, durch sach-gerechte und vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt; sie stellen daher eine in Ansehung des Art. 12 GG zulässige Regelung der Berufsausübung dar. Die Handhabung dieses Prüfungsrechts in der Praxis steht unter der Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz wird nicht verletzt, wenn das BAK von seiner Prüfungsbefugnis Gebrauch macht, weil ihm hinrei-chend verlässliche Mitteilungen darüber zugegangen sind, daß ein bestimmtes Kreditinstitut zur Erzielung großer Gewinne aus dem Devisengeschäft das Risiko eingeht, sein haftendes Eigenkapital ganz oder zu einem wesentlichen Teil einzubüßen. Wenn bei einem solchen Sachverhalt die Ausübung der durch § 44 KWG gewährten Befugnisse die alleinige Gewähr dafür bietet, daß die Aufsichtsbehörde sichere Kenntnis von dem Geschäftsgebaren des betreffenden Kreditinstituts er-langt, ist sie zum Schutze der auf dem Spiel stehenden Vermögensinteressen der Einlagegläubiger auch verpflichtet, die ihr gewährten Prüfungsmittel zu gebrauchen.

b) Bei den vom BAK anzustellenden Erwägungen, ob und in welcher Weise Maßnahmen nach § 44 KWG zu treffen waren, mußte der - hier unterstellten - Nachricht des Präsidenten der Deutschen Bundesbank nach ihrem Inhalt und nach den Gewährspersonen der Information (ausländische Zentralbanken) besondere Bedeutung beigemessen werden. Der Hinweis auf "unvertretbare Positionen im Devisenhandel", auf das "große Rad" H■■■■■■s im Devisentermingeschäft, war den Umständen nach so zu verstehen, daß der Devisenhandel bei H■■■■■■ nicht nur dem Umfang nach, sondern auch und gerade mit

Bezug auf gehaltene offene Positionen unvertretbar sei. Der Auffassung des Berufungsgerichts, diese Mitteilung habe (noch) keinen Hinweis auf ein von der Bank eingegangenes "erhöhtes Risiko" enthalten, weil nichts über das Bestehen "hoher Devisenpositionen ohne termingleiche Deckung" gesagt worden sei, vermag der Senat nicht zu folgen. Sie steht im Widerspruch zu der - hierzu unterstellenden - Würdigung des Vorganges durch anerkannte Bankfachleute, die durch die Kennzeichnung der Devisenhandelspraxis bei H. [REDACTED] als "unvertretbar" ersichtlich die dadurch heraufbeschworenen Gefahren ansprachen. Zu berücksichtigen ist weiter, daß - wie unstreitig ist - bereits im Sommer 1973 Gerüchte über ein "zu großes Rad" Herstatt's im Devisenhandel aufgekommen waren, die schon damals in einer Erklärung des persönlich haftenden Gesellschafters als unzutreffend bezeichnet worden waren. Von nicht zu unterschätzendem Gewicht ist in diesem Zusammenhang die weitere unstreitige Tatsache, daß die Deutsche Bundesbank im Jahre 1973 wegen "unüblich hohen Devisenumsatzes" bei H. [REDACTED] den Devisenhandel mit der Bank eingestellt oder doch zumindest eingeschränkt hatte. Wie das Berufungsgericht weiter unterstellt, war dem BAK im März 1974 bekannt, daß verschiedene in- und ausländische Banken und eine Girozentrale dem Bankhaus H. [REDACTED] das eingeräumte Geldhandelslimit gestrichen hatten und daß aufgrund "handfester Informationen" Zweifel an der Behauptung des persönlich haftenden Gesellschafters bestanden, die Devisenpositionen würden täglich kontrolliert. Schließlich unterstellt das Berufungsgericht noch die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin, das BAK sei darüber informiert gewesen, daß für das Bankhaus der Devisenhandel auch über Deckadressen abgewickelt wurde.

c) Bei diesem Sachverhalt bestand ein offener Widerspruch zwischen den Beobachtungen ernst zu nehmender Marktteilnehmer und den Angaben des persönlich haftenden Gesellschafters über Ablauf und Risikobegrenzung des Devisenhandels bei Herstatt. Das BAK hat diesen Widerspruch ersichtlich auch erkannt und deshalb der mit der Prüfung des Jahresabschlusses befaßten Gesellschaft die Weisung gegeben, im Rahmen dieser Prüfung die Risiken des Bankhauses H[REDACTED] aus Devisentermingeschäften schwerpunktmäßig zu erfassen und auch die bankinterne Kontrolle für den Devisenhandel darzustellen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte das BAK es jedoch bei dem hier zu unterstellenden Sachverhalt nicht bei dieser Weisung an die Prüfungsgesellschaft bewenden lassen; denn der Inhalt der dem Amt in den Monaten Januar und Februar 1974 zugegangenen Informationen erforderte zusätzliche Maßnahmen, die geeignet waren, die für die Beurteilung des laufenden Devisentermingeschäfts bei Herstatt notwendigen Tatsachen umgehend festzustellen.

d) Die Prüfung des Jahresabschlusses 1973 betraf grundsätzlich einen anderen Geschäftsabschnitt als den, dem die dem BAK zugegangenen Informationen galten. Ob eine schwerpunktmäßige Prüfung des Devisentermingeschäfts bei H[REDACTED] als geeignet angesehen werden konnte, auch für die Devisenhandelspraxis des Jahres 1974 ausreichende Beurteilungsgrundlagen zu gewinnen, ist deshalb nicht zweifelsfrei. Diese Frage bedarf aber keiner weiteren Erörterung. Jedenfalls bildete bei dem hier zu unterstellenden Sachverhalt die Beauftragung einer privaten Prüfungsgesellschaft allein keine geeignete aufsichtliche Maßnahme. Die Übertragung der - beschränkten -

Prüfung des Devisentermingeschäfts bei Herstatt auf eine private Prüfungsgesellschaft brachte nämlich die Gefahr mit sich, daß der überlegene Informationsstand der Bankenaufsicht bei der Prüfung nicht wirksam wurde. Nach dem Vortrag der Klägerin kann es zumindest nicht ausgeschlossen werden, daß das von dem Jahresabschlußprüfer erzielte Prüfungsergebnis durch mangelnde Kenntnis von Vorgängen auf dem Devisenmarkt beeinflußt wurde, über die das BAK verlässliche Informationen erhalten hatte und die bei einer von ihm selbst durchgeführten oder beeinflussten Prüfung hätten Anlaß geben können, die Ermittlungen auf weitere Personen oder Unterlagen auszudehnen.

e) Es bedarf nicht der Entscheidung, ob bei dieser Sachlage das BAK, wie die Revision meint, verpflichtet war, zum Schutz der Einlagegläubiger eine Sonderprüfung durchzuführen (zu den Voraussetzungen dieser Prüfung nach KWG 1961 und KWG 1976 vgl. Amtl. Begr. zu § 44 des Entwurfs des Zweiten KWG-ÄndG, BT-Drucks. 7/3657). Wenn etwa zu besorgen war, daß eine solche Maßnahme der Öffentlichkeit nicht hätte verborgen bleiben können, was die Gefahr einer Schwächung der Bank in einer ohnehin kritischen Phase mit sich bringen konnte, hätte diese Maßnahme als unverhältnismäßig verworfen werden müssen, falls ein für die notwendige Kontrolle geeignetes milderes Mittel zur Verfügung stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bot sich hier eine solche Möglichkeit darin, die unternehmens-eigenen Überwachungs- und Kontrollorgane zur vollen Wirksamkeit zu bringen.

f) Da die Angaben des persönlich haftenden Gesellschafters des Bankhauses mit den Informationen, die das BAK über den Devisenhandel bei Herstatt erhalten hatte, nicht zu vereinbaren waren, bestand die Notwendigkeit, das unternehmenseigene Kontrollorgan der KGaA, den Aufsichtsrat (§§ 111, 278 Abs. 3 AktG) einzuschalten. Das BAK war nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 KWG befugt, von der Bank die Einberufung einer Sitzung des Aufsichtsrats über das Devisentermingeschäft zu verlangen und sie nötigenfalls mit Zwangsmitteln nach § 50 KWG dazu anzuhalten (Bähre/Schneider aaO § 44 Anm. 6). In dieser Sitzung konnte der Vertreter des BAK das Wort ergreifen (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 KWG). Auch ohne ein Antrags- oder Stimmrecht des entsandten Vertreters gewährleistete dieses Verfahren zunächst einmal eine Unterrichtung des Aufsichtsrats über das Devisengeschäft bei H■■■■■, wie es sich aus der Sicht anderer Banken darstellte. Damit bestand die Aussicht, daß der Aufsichtsrat von seinem umfassenden Recht der Überwachung aller Zweige der Verwaltung, eingeschlossen die Prüfung der Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der Geschäftsführung (RG JW 1924, 1145, 1147), Gebrauch machen konnte und würde. Bei fortbestehendem Widerspruch zwischen den Angaben des Vorstands und den Informationen des BAK wäre der Aufsichtsrat in der Lage gewesen, in seine Prüfung auch die Frage einzubeziehen, ob die Überwachung der Angestellten in ordnungsmäßiger Weise vom Vorstand besorgt wurde. Hierzu bestand besonderer Anlaß (vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, 1973, § 111 Anm. 11), weil es - wie das Berufungsgericht unterstellt - Hinweise dafür gab, daß Devisengeschäfte über Deckadressen abgewickelt und die Devisenpositionen nicht täglich kontrolliert wurden. Auf diese Weise hätte auf Veranlassung des BAK der Aufsichtsrat

auf bestehende Gefahren hingewiesen und zu einer gezielten und umfassenden Prüfung des Devisentermingeschäfts angehalten werden können.

Welches Ergebnis diese Aktivierung des berufenen innerbetrieblichen Kontrollorgans zum damaligen Zeitpunkt (Januar bis März 1974) gehabt hätte, vermag der erkennende Senat mangels entsprechender tatrichterlicher Feststellungen nicht zu beurteilen. Es läßt sich jedoch nicht ausschließen, daß ein solches Vorgehen die riskante Devisenhandelspraxis der Bank noch zu einer Zeit offengelegt hätte, in der entweder durch Selbstbeschränkung des Kreditinstituts im Devisengeschäft oder durch Eingriffsmaßnahmen des BAK auf der Grundlage des § 46 KWG der den Einlagegläubigern drohende Schaden, wenn nicht abgewendet, so doch zumindest teilweise hätte vermieden werden können.

IV.

Wie sich aus den Ausführungen unter III. 4. ergibt, läßt sich die Verneinung jeglicher Ersatzverpflichtung der beklagten Bundesrepublik mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht rechtfertigen. Seine Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Bei dieser Rechtslage bedarf es der Klärung, ob die streitigen, vom Berufungsgericht als richtig unterstellten Behauptungen der Klägerin über die dem BAK in den Monaten Januar bis März 1974 zugegangenen Informationen zutreffen und welche Wirkung die dadurch etwa gebotenen Maßnahmen des BAK zur Aufdeckung der Devisenhandelspraxis bei Herstatt

auf das weitere Schicksal des Kreditinstituts und damit auch für die Belange seiner Einlagegläubiger gehabt hätten. Zur Vornahme dieser Prüfung ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nußgens

Krohn

Lohmann

Kröner

Boujong