



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderer Informationsexperten

**– zugleich ein Beitrag zur Auslegung der
§ 275 UGB, § 11 KMG, §§ 1300, 1330 ABGB,
Art 35a EU-RatingVO**

Verfasser

Mag. Andreas Baumgartner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.

Abkürzungsverzeichnis

(stellvertretend angeführt wird jeweils nur die Grundform des abgekürzten Wortes oder der abgekürzten Wortgruppe; s auch unten das Materialien- und Literaturverzeichnis mit weiteren Abkürzungen samt Erläuterungen)

1. EVHGB	Erste Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBI I 1938, 385
1. ZPEMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (1. Zusatzprotokoll), BGBl 1958/210
2. EVHGB	Zweite Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBI I 1938, 988
3. FMFörderungsG	Drittes Finanzmarktförderungsgesetz (Deutschland), dBGBI I 1998, 529
4. EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBI I 1938, 1999
4. FMFörderungsG	Viertes Finanzmarktförderungsgesetz (Deutschland), dBGBI I 2002, 2010
A(D)HGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, BGBl des Norddeutschen Bundes 1869, 404
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch, RGBI 1863/1
A-QSG	Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz, BGBl I 2005/84
aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
Abschlussprüfer-ÄnderungsRL	RL 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, ABl L 2014/158, 196
AbschlussprüferRL	RL 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl L 2006/157, 87
AbschlussprüferVO (EU) 537/2014	VO (EU) Nr 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABl L 2014/158, 77
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (deutsche Zeitschrift)
aE	am Ende

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 47
aF	alte Fassung
AG	a) Aktiengesellschaft b) Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz 1965, BGBl 1965/98
allg	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Alt	Alternative
AngG	Angestelltengesetz, BGBl 1921/292
Anm	Anmerkung
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz (Deutschland), dBGBI I 2004, 2630
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Zeitschrift)
arg	<i>argumento</i>
Art	Artikel
AtomHG	Atomhaftungsgesetz 1999, BGBl I 1998/170
ausf	ausführlich
AuslInvG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Erster Teil des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften) (Deutschland), dBGBI I 1969, 986
B.R.	Bankruptcy Reporter (US-amerikanische Zeitschrift)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BankenRL (2000/12/EG)	RL 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 2000/126, 1
Basel II	<i>Basel Committee on Banking Supervision</i> , Revised international capital framework, abrufbar unter http://www.bis.org/publ/bcbs107ger.pdf (zuletzt abgerufen am 28.7.2015)
Basel III	<i>Basel Committee on Banking Supervision</i> , International regulatory framework for banks, abrufbar unter http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf (zuletzt abgerufen am 28.7.2015)

BB	Betriebs-Berater (deutsche Zeitschrift)
bbl	Baurechtliche Blätter (Zeitschrift)
BC	(deutsche) Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BDG 1979	Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl 1979/333
BeckEuRS	Beck-Rechtsprechung des EuGH, des Gerichts der Europäischen Union und des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (deutsche Datenbank)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (deutsche Datenbank)
Begr	a) Begründer b) Begründung
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch, dRGBI 1896, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht (deutsche Zeitschrift)
BlgHH	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMF	(deutsches) Bundesministerium der Finanzen
BörseG	Börsegesetz, BGBl 1989/555
BörseG-Novelle 1993	Bundesgesetz, mit dem ua das Börsegesetz 1989 geändert wird, BGBl 1993/529
BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG)	RL (EWG) Nr 80/390/EWG des Rates vom 17. März 1980 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, die Kontrolle und die Verbreitung des Prospekts, der für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zu veröffentlichen ist, ABl L 1980/100, 1
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BT	deutscher Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWG	Bankwesengesetz, Art I BGBl 1993/532
BWGÄG 2006	Bundesgesetz, mit dem ua das Bankwesengesetz geändert wird, BGBl I 2006/141
BWGÄG 2013	Bundesgesetz, mit dem ua das Bankwesengesetz geändert wird, BGBl I

	2013/184
bzgl	bezüglich
C.D. Cal.	Central District of California
C2C	Consumer to Consumer
CESR	Committee of European Securities Regulators
cf.	confer
<i>cic</i>	<i>culpa in contrahendo</i>
Cir.	Circuit
Corp.	Corporation
d	deutsch
D	Deutschland
dAktG = AktG 1937/38	deutsches Aktiengesetz, dRGBI I 1937, 107; Einführung in Österreich durch dRGBI I 1938, 385 und 988
dAktRNov 1884	Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, dRGBI 1884, 123
DB	Der Betrieb (deutsche Zeitschrift)
dBörsenG 1896	deutsches Börsengesetz 1896, dRGBI 1896, 157
dBörsenG 1908	deutsches Börsengesetz 1908, dRGBI 1908, 215 (neue Bekanntmachung des dBörsenG 1896)
Delegierte VO Nr 447/2012	Delegierte VO (EU) Nr 447/2012 der Kommission vom 21. März 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen durch Festlegung technischer Regulierungsstandards für die Bewertung der Normgerechtigkeit der Ratingmethoden, ABl L 2012/140, 14
<i>dens</i>	<i>denselben</i>
DepotG	Depotgesetz, BGBI 1969/424
<i>ders</i>	<i>derselbe</i>
dh	das heißt
<i>dies</i>	<i>dieselbe, dieselben</i>
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBI 1965/80
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch, dRGBI 1897, 219; Einführung in Österreich durch dRGBI I 1938, 1999
diff	differenzierend
dInvG	Investmentgesetz (Deutschland), dBGBI I 2003, 2676

DM	Deutsche Mark
Dresdner Entw	Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866
dStGB 1870	Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, BGBl des Norddeutschen Bundes 1870, 197
DStR DurchführungsRL zur MarktmissbrauchsRL (2003/125/EG)	Deutsches Steuerrecht (deutsche Zeitschrift) RL (EG) Nr 2003/125/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten, ABl L 2003/339, 73
dUWG 1896	Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes (Deutschland), dRGBI 1896, 145
dUWG 2004	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Deutschland), dBGBI I 2004, 1414
dVAG	Versicherungsaufsichtsgesetz (Deutschland), dRGBI I 1931, 315
dZPO	Zivilprozessordnung (Deutschland), dBGBI I 2005, 3202
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.g.	exempli gratia
EB	Erläuternde Bemerkungen
ebd	ebenda
ECFR	European Company and Financial Law Review
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, dBGBI I 1994, 2494
EheG	Ehegesetz, dRGBI I 1938, 807
EmissionsprospektRL (89/298/EWG)	RL (EWG) Nr 89/298/EWG des Rates vom 17. April 1989 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung des Prospekts, der im Falle öffentlicher Angebote von Wertpapieren zu veröffentlichen ist, ABl L 1989/124, 8
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 1958/210
Entw	Entwurf
EntwHorten	Codex Thersianus nach dem Entwurfe Hortens
EntwMartini	Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurfe Martinis
EO	Exekutionsordnung, RGBI 1896/79

EO-Novelle 2000	Exekutionsordnungs-Novelle 2000, BGBl I 2000/59
Erbschafts- und SchenkungsStG	Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz 1955, BGBl 1955/141
erg	ergänze
ErläutRV Erste Durchführungsverordnung zur Notverordnung Aktienrecht 1931	Erläuterungen zur Regierungsvorlage Erste Verordnung zur Durchführung der aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 15. Dezember 1931 (Deutschland), dRGrBl I 1931, 760
ErwGr	Erwägungsgrund
ESMA	European Securities and Markets Authority
<i>et al</i>	<i>et alia</i>
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EU-BankenaufsichtsVO	VO (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 2013/176, 1
EU-Grundrechtecharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2010/83, 389
EU-ProspektVO	VO (EG) Nr 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis und die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung, ABl L 2004/149, 1
EU-RatingVO	VO (EG) Nr 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl L 2009/302, 1
EU-RatingVO-Novelle I	VO (EU) Nr 513/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl L 2011/145, 30
EU-RatingVO-Novelle II	VO (EU) Nr 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl L 2013/146, 1
EU-VerschG	EU-Verschmelzungsgesetz, BGBl I 2007/72
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVVO	VO (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl L 2012/351, 1
EuR	Europarecht (deutsche Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl C 2012/326, 13

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (deutsche Zeitschrift)
EWIV-VO	VO (EWG) Nr 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl L 1985/199, 1
EWIVG	EWIV-Ausführungsgesetz, BGBl 1995/521
f	der, die folgende
F.2d	Federal Reporter, 2d Series (US-amerikanische Zeitschrift)
F.3d	Federal Reporter, 3d Series (US-amerikanische Zeitschrift)
F. Supp.	Federal Supplement (US-amerikanische Zeitschrift)
F. Supp. 2d	Federal Supplement, 2d Series (US-amerikanische Zeitschrift)
FBG	Firmenbuchgesetz, BGBl 1991/10
ff	die folgenden
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMAG 2001	Finanzmarktaufsichtsgesetz, BGBl I 2001/97
FN	Fußnote
ForstG	Forstgesetz 1975, BGBl 1975/440
FS	Festschrift
GBG	Allgemeines Grundbuchgesetz 1955, BGBl 1955/39
GBLÖ	Gesetzblatt für das Land Österreich
GBU	GmbH-Bulletin (Zeitschrift)
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
GEG	Gerichtliches Einbringungsgesetz, BGBl 1962/288
GehaltsG 1956	Gehaltsgesetz 1956, BGBl 1956/54
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz, RGBl 1873/70
GenRevG	Genossenschaftsrevisionsgesetz, BGBl I 1997/127
GES	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts	Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (Deutschland), dBGBl I 2011, 2481

GesRÄG 1982	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 371
GesRÄG 2005	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, BGBl I 59
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GewRÄG	Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2001/48
GH	Gerichtshalle (Zeitschrift)
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, Neue Folge, herausgegeben von <i>Glaser/Unger</i>
GIUW	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, herausgegeben von <i>Glaser/Unger/Walther</i>
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI 1906/58
GmbHHR	GmbH-Rundschau (deutsche Zeitschrift)
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	(deutsche) Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GrünhutsZ	Grünhutszeitung (Zeitschrift)
GZ	Gerichtszeitung (Zeitschrift)
H	Heft
hA	herrschende Ansicht
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120
HDG 2014	Heeresdisziplinargesetz 2014, BGBl I 2014/2
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch, dRGBI 1897/219
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	a) Handelsrechtliche Entscheidungen b) Halbsatz
HVertrG	Handelsvertretergesetz, BGBl 1993/88
HypBG	Hypothekenbankgesetz, dRGBI 1899, 375
i.e.	id est
IA	Initiativantrag

idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn
III. Teilnovelle	Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGBl 1916/69
ImmoInvFG	Immobilien-Investmentfondsgesetz, BGBl I 2003/80
ImmZ	Österreichische Immobilien-Zeitung (Zeitschrift)
inkl	inklusive
insb	insbesondere
InvFG	Investmentfondsgesetz 2011, BGBl I 2011/77
IO	Insolvenzordnung, RGBl 1914/337
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (deutsche Zeitschrift)
IPRG	Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl 1978/304
IPRG-Novelle 2009	Bundesgesetz, mit dem ua das IPRG geändert wird, BGBl I 2009/109
IRZ	(deutsche) Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der, des
iSv	im Sinne von
IWP	Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
J&E	(deutsche) Zeitschrift Jura Studium & Examen
JAB	Justizausschussbericht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JGS	Justizgesetzsammlung
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (deutsche Zeitschrift)

JN	Jurisdiktionsnorm, RGBI 1895/111
JRP	Journal für Rechtspolitik (deutsche Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (deutsche Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (deutsche Zeitschrift)
k. k.	kaiserlich-königlich
Kap	Kapitel
KartG 2005	Kartellgesetz 2005, BGBl I 2005/61
KG	a) Kommanditgesellschaft b) Kammergericht
Klausel-RL	RL (EWG) Nr 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29
KMG	Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen und über die Aufhebung des Wertpapier-Emissionsgesetzes (Kapitalmarktgesetz – KMG), BGBl 1991/625
KMG-Novelle 1994	Bundesgesetz, mit dem das Kapitalmarktgesetz geändert wird, BGBl 1994/210
KMG-Novelle 2005	Bundesgesetz, mit dem ua das Kapitalmarktgesetz geändert wird, BGBl I 2005/78
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (Deutschland), dBGBI I 1998, 786
krit	kritisch
KSchG	Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl 1979/140
KSchG-Novelle 1997	Bundesgesetz, mit dem ua das Konsumentenschutzgesetz geändert wird, BGBl I 1997/6
L. Ed. 2d	United States Supreme Court Reports – Lawyer's Edition, 2d Series (US-amerikanische Zeitschrift)
LBG	Liegenschaftsbewertungsgesetz, BGBl 1992/150
LDG	Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, BGBl 1984/302
<i>leg cit</i>	<i>legis citatae</i>
LFG	Luftfahrtgesetz, BGBl 1957/253
Lfg	Lieferung
<i>lit</i>	<i>litera</i>

LLDG	Land- und forstwirtschaftliches Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, BGBl 1985/296
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MaklerG	Maklergesetz, BGBl 1996/262
Manz'sche Slg	Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes in Civilsachen, herausgegeben von <i>Nowak</i>
MarkSchG	Markenschutzgesetz 1970, BGBl 1970/260
MarktmissbrauchsRL	RL (EG) Nr 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl L 2003/96, 16
mbH	mit beschränkter Haftung
mE	meines Erachtens
MR	Medien und Recht (Zeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen
neugefasste BankenRL (2006/48/EG)	RL 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung), ABl L 2006/177, 1
nF	neue Fassung
NJOZ	Neue (deutsche) Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (deutsche Zeitschrift)
No	number
no	numéro
Notverordnung 1931	Die aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19. September 1931 (Deutschland), dRGBl 1931, 439
Nw	Nachweise
NZ	Österreichische Notariatszeitung (Zeitschrift)
NZG	Neue (deutsche) Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Ö	Österreich
ö	österreichisch
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex

ös	österreichische Schilling
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR Saarbrücken	OLG-Report Saarbrücken (deutsche Zeitschrift)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht, Systematische Rechtssammlung 220
ORFG	ORF-Gesetz, BGBl 1984/379
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>pa</i>	<i>per analogiam</i>
PatG	Patentgesetz 1970, BGBl 1970/259
PfandbriefG	Pfandbriefgesetz, dRGBI I 1927, 492; Einführung in Österreich durch GBlÖ 1938/648
PHG	Produkthaftungsgesetz, BGBl 1988/99
Praes	Präsidialsache
ProspektRL (2003/71/EG)	RL (EG) Nr 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl L 2003/345, 64
PSG	Privatstiftungsgesetz, BGBl 1993/694
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
QB	Queen's Bench (englische Zeitschrift)
RAO	Rechtsanwaltsordnung, RGBI 1868/96
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RegEntw	Regierungsentwurf
Rep	Repositur
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RHPflG	Reichshaftpflichtgesetz, dRGBI 1871, 207; Einführung in Österreich durch dRGBI I 1940, 713

RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (deutsche Zeitschrift)
RL	Richtlinie
RLG 1990	Rechnungslegungsgesetz, BGBl 1990/475
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RohrlG	Rohrleitungsgesetz, BGBl 1975/411
Rom I VO	VO (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6
Rom II VO	VO (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl L 2007/199, 40
Rsp	Rechtsprechung
RStDG	Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, BGBl 1961/305
RT	deutscher Reichstag
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung (Zeitschrift)
s	siehe
S	a) Satz b) Seite
S.D. Tex.	Southern District of Texas
S.D.N.Y.	Southern District of New York
sächsisches BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863, Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1863, 1
SCE-VO	VO (EG) Nr 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl L 2003/207, 1
SchuldRModG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Deutschland), dBGBI I 2001, 3138
SE-VO	VO (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl L 2001/294, 1
SEC	Securities and Exchange Commission
Sec	Section
SEG	Societas Europaea – Gesetz, BGBl I 2004/67

sog	sogenannter
SpaltG	Spaltungsgesetz, BGBl 1996/304
SPG	Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 1991/566
<i>Standard and Poor's</i> , Corporate Ratings Criteria 2001	<i>Standard and Poor's</i> , Corporate Ratings Criteria 2001, abrufbar unter http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/StandardAndPoors_Corporate_Ratings_Criteria.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)
StenProt	Stenographisches Protokoll
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60
StGB-Novelle 2000	Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung geändert werden, BGBl I 2000/58
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBL 1867/142
StPO	Strafprozeßordnung 1975, BGBl 1975/631
stRsp	ständige Rechtsprechung
str	strittig
Strafgesetz-Novelle 1929	Strafgesetznovelle 1929, BGBl 1929/440
StVG	Strafvollzugsgesetz, BGBl 1969/144
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TransparenzRL (2004/109/EG)	RL (EG) Nr 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl L 2004/390, 38
U.S. Dist. LEXIS	LexisNexis database for U.S. District Court cases
ua	unter anderem
ÜbG	Übernahmegesetz, BGBl I 1998/127
ÜbwG	Überweisungsgesetz (Deutschland), dBGBI I 1999, 1642
UGB	Unternehmensgesetzbuch, BGBl 2005/120
UMAG	Gesetz Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (Deutschland), dBGBI I 2005, 2802
UmwG	Umwandlungsgesetz, BGBl 1996/304
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, BGBl 1988/96
URÄG 2008	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008, BGBl I 2008/70
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz, BGBl I 1997/114

UrhG	Urheberrechtsgesetz, BGBl 1936/111
US	United States
USA	United States of America
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, BGBl 1984/448
UWG 1923	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 1923/531
UWG-Novelle 2007	Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird, BGBl I 2007/79
v	von/vom
v.	versus/von (als Teil eines Namens)
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz, BGBl 1978/569
Var	Variante
VerG	Vereinsgesetz 2002, BGBl I 2002/66
VerschmelzungsRL-G	Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz (Deutschland), dBGBl I 1982, 1425
VersR	(deutsche) Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz, BGBl 1959/2
Vertrag über Hilfeleistung und Bergung in Seenot	Multilateraler Vertrag: Schifffahrt – Hilfeleistung und Bergung in Seenot, RGBI 1913/33
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland: Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VRInfo	Information zum Verbraucherrecht (Zeitschrift)
VSPBG	Vereinssachwalter-, Patienten-anwalts- und Bewohnervertretergesetz, BGBl 1990/156
VuR	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VWT	Vereinigung österreichischer Wirtschaftstreuhänder (Zeitschrift)

WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, BGBl I 2007/60
WAG 1996	Wertpapieraufsichtsgesetz 1996, Art I BGBl 1996/753
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WechselG	Wechselgesetz 1955, BGBl 1955/49
Wertgrenzen-Novelle 1997	Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997, BGBl I 1997/140
WgGB	Westgalizisches Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1797/337
Wp-EmissionsG 1979	Wertpapier-Emissionsgesetz, BGBl 1979/65
Wp-VerkProspG 1990	Gesetz über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere, dBGBI I 1990, 2749
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Deutschland), dBGBI I 1998, 2708
WpPG	Wertpapierprospektgesetz (Deutschland), dBGBI I 2005, 1698
WM	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Wertpapiermitteilungen)
wN	weitere Nachweise
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Zeitschrift)
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZBB/JBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft/Journal of Banking Law and Banking
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis (Zeitschrift)
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfK	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfS	(deutsche) Zeitschrift für Schadensrecht
ZG	(deutsche) Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	(deutsche) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Zivilverfahrens-Novelle 1983	Zivilverfahrens-Novelle 1983, BGBl 1983/135
ZJS	(deutsche) Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113
ZRP	(deutsche) Zeitschrift für Rechtspolitik
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Inhaltsverzeichnis

XX

bb. Contra Dritthaftung	63
b. Rechtsdogmatische Diskussion.....	67
aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien	67
aaa. Eingrenzung des geschützten Personenkreises.....	72
bb. Gegner der Dritthaftung	73
D. Stellungnahme	75
1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren	75
a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung	75
b. Würdigung des Regelungsanliegens „Anlegerschutz“	86
c. Vermeidung einer Sinnlosigkeit des § 11 KMG	91
d. Der hinkende Vergleich mit dem PHG	96
e. Rechtsfolgen und Gegeneinwände	97
f. Die Annäherung des OGH.....	105
2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?	107
a. Einleitung.....	107
b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation.....	110
aa. A(D)HGB idF AktRNov 1884, Notverordnung 1931, dAktG 1937.....	110
bb. Schlüsse aus den historischen und österreichischen Materialien: relative Sperrwirkung des § 275 UGB.....	119
c. Mittelbarer Gläubigerschutz auch nach systematischer Interpretation.....	124
aa. Insb Beschlussmängelrecht.....	128
d. Zwecklosigkeit der Offenlegung ohne Dritthaftung? Teleologische Interpretation.....	133
e. Ergebnis	137
3. Dritthaftung von Ratingagenturen für Fahrlässigkeit	138
a. Haftungsgrundlage	138
aa. Ablehnung der herkömmlichen Ansätze.....	138
aaa. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	138
α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis	138
β. Kein Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	143
αα. Leistungsnähe der Anleger.....	144
ββ. Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises	145
γγ. Keine Gläubignähe der Anleger	149
ααα. Exkurs: Kein Abschlussprüfungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	156
δδ. Kein Verzicht auf die Gläubignähe (bei der „Expertenhaftung“).....	157
γ. (Weitere) Schwachpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	159
δ. Ergebnis und Fortgang der Untersuchung	164

bbb. Rechtsfortgebildete Vertrauenshaftung im weiteren Sinne oder „objektiv-rechtliche Dritthaftung“	165
bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage	173
aaa. Die Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB im Haftungssystem des ABGB	173
α. Einleitung und hM	173
β. Jüngere Auffassung	177
αα. Partielle Anerkennung durch den OGH	179
γ. Eigene Ansicht	182
αα. Ablehnung des „deklarativen Verständnisses“ der hM	182
ββ. „Konstitutives Verständnis“ des § 1300 Satz 1 ABGB	192
ααα. Ansatzpunkt, erste Skizzierung und Verhältnis zu herkömmlichen Dritthaftungstheorien	192
βββ. Entstehungsgeschichte des § 1300 Satz 1 ABGB	195
γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB	200
δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO	215
εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden	222
bbb. „Sachverständiger“	230
α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB	230
β. Zusammenhang mit verbreiteten Haftungsargumenten	234
γ. Auslegung des Tatbestandsmerkmals	236
αα. Anwendung auf Ratingagenturen	243
ccc. Raterteilung	244
α. Allgemeine Interpretation des Gesetzesbegriffs „Rat“	244
β. Anwendung auf Ratings	250
ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten	258
α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals	258
β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises	268
αα. Relevanz des Informationszwecks und Umfang des Vertrauenstatbestands	268
ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts“	277
γγ. Präzisierung der Reichweite des geschützten „Projekts“	286
δδ. Gegenüberstellung des erforderlichen „Projektbezugs“ mit der OGH-Rechtsprechung	291
γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen	293
eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur	305
α. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)	305
β. Sorgfaltsstandard für Ratingagenturen	308

αα. Einleitung: Prognoseverantwortlichkeit im österreichischen Recht.....	308
ββ. Präzisierende Übertragung der einschlägigen Wertungen auf Ratings	313
γγ. Die Anforderungen im Einzelnen	317
ααα. Unabhängigkeit	318
βββ. Angemessene Informationsbasis	319
γγγ. (Weitere) Verfahrensstandards für die Bonitätsbewertung	324
δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings	327
fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden	335
α. Einführung	335
β. Fallgruppen des Anlegerschadens	336
αα. Zu optimistisches Rating.....	337
ααα. Transaktionsschadenersatz	339
βββ. Preisschadenersatz.....	345
ββ. Zu pessimistisches Rating	346
ααα. Transaktionsschadenersatz	347
βββ. Preisschadenersatz.....	348
γ. Schadensbestimmung und -berechnung bei Kapitalmarktinformationshaftungen ...	350
αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes	350
ββ. Berechnung des Preisschadens (Kursdifferenzschadens).....	359
b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung	363
aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung	363
bb. Problemlösung	371
aaa. Gesamtanalogie insb zu § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 275 UGB.....	372
α. Planwidrige Regelungslücke	372
β. Ähnlichkeit der Haftungsfälle iSd § 7 ABGB	373
αα. Ausgangsbasis.....	373
ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB	379
γγ. Übertragung auf die Dritthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum	384
γ. Rechtsfolgen	387
δ. Diskussion möglicher Einwände.....	395
αα. § 275 Abs 2 UGB als system- und sachwidrige „Ausnahmevorschrift“ bloß für Wirtschaftsprüfer bzw Abschlussprüfungen?	395
ββ. § 275 Abs 2 UGB nur für Pflichtprüfungen und -informationen?	405
γγ. Art 35a EU-RatingVO oder § 11 KMG als sachnähere Haftungseinschränkungen?	409
δδ. Haftungseinschränkungen bloß bei „Kontrolldiensten“?	413
ε. Rechtspolitisch unsachgerechte Lösung?	414
II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten	419
A. Einleitung und Gang der Untersuchung	419

B. Deliktische Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur	422
1. § 1330 Abs 2 ABGB statt § 7 Abs 1 UWG	422
2. Problematik: der Tatsachenbegriff	426
a. Meinungsstand	426
aa. Lehre	426
bb. Rechtsprechung	428
b. Stellungnahme	431
aa. Kritik an der dhM	431
bb. Kritik an der <i>Diamanten</i> -Entscheidung	433
cc. Natur des Ratings	435
dd. Wortlautinterpretation: Verbreitung unwahrer „Tatsachen“	436
ee. Objektiv-teleologische Interpretation	439
aaa. Der Schutzzweck des § 1330 Abs 2 ABGB	439
bbb. Erfassung von professionellen (insb Bonitäts-)Bewertungen	442
ff. Historisch(-systematisch)e Interpretation: Entstehung der § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG	450
gg. Systematische Interpretation	455
aaa. Zweiseitige Informationsverantwortlichkeit: § 1300, § 1330 Abs 2 ABGB und Abschlussprüferhaftung	455
bbb. Verfassungsrecht: Schutz der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK, Art 13 StGG, Art 11 EU-Grundrechtecharta)	457
α. Einführung	457
β. Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen	461
hh. Ergebnis	465
aaa. Einschlägigkeit des § 1330 Abs 2 ABGB	465
bbb. Verhältnis zur Haftung der Ratingagentur gegenüber Anlegern	466
ccc. Sonderproblem: Rating als selbsterfüllende Prophezeiung	466
3. Weitere Haftungsvoraussetzungen gem § 1330 Abs 2 ABGB	468
a. Verbreitung der kreditschädigenden Mitteilungen	468
b. Sorgfaltsanforderung und Verschulden	469
aa. Verschuldensmaßstab: leichte Fahrlässigkeit	469
bb. Sorgfalt einer ordentlichen Ratingagentur	470
cc. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse	473
c. Vermögensschaden des Emittenten	474
4. Exkurs: Weitere Ansprüche (Widerruf, Unterlassung, Beseitigung)	477
C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten	479
1. Ratingvertrag als Werkvertrag	479
2. Fehlerhaftes Rating als Mangel	483
3. Gewährleistungsbefehle	484

4. Ersatz des Mangelfolgeschadens	485
Teil 2: Haftung nach der EU-RatingVO	487
I. Einführung	488
A. Überblick über den Regelungsinhalt der EU-RatingVO und Gang der Darstellung	488
B. Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO.....	490
1. Ein Kind der Finanzkrise	490
2. EU-RatingVO-Novelle II: Einfügung von Art 35a	498
C. Schutzzweck der EU-RatingVO	500
II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO	504
A. Allgemeiner Teil	504
1. Systematik des Art 35a und „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO	504
2. Rating iSd Art 35a EU-RatingVO	507
3. Haftungsadressat	510
a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1).....	510
b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung	513
4. Aktivlegitimation und ersatzfähige Schäden	517
a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2).....	517
b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3).....	521
c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung	522
aa. Beeinflussung des Ratingergebnisses	522
bb. Kausalität zwischen Ratingergebnis und Vermögensschaden.....	524
5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3.....	525
6. Verjährung.....	529
7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a.....	529
8. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse (Abs 3).....	532
9. Beweislast.....	535
a. Abs 2 iVm den Transparenzpflichten.....	535
b. Pflicht zur Bekanntmachung von Ratingfehlern	538
c. Präsentationspflichten	538
d. Offenlegungspflichten	540
e. Dokumentationspflichten	540
10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)	542
B. Besonderer Teil	544
1. Einleitung	544
2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur	546
a. Allgemeines	546
b. Organisation und operatives Geschäft der Ratingagentur	548

c. Mitarbeitermanagement	553
3. Qualität der Ratings.....	555
a. Allgemeines	555
b. Weitere Organisationsvorschriften	556
c. Ratingverfahrensqualität	557
4. Grob schuldhafte Pflichtverletzung.....	562
C. Zeitlicher Geltungsbereich des Art 35a EU-RatingVO	563
D. Rechtspolitische Würdigung	563
Teil 3: Haftungsdurchsetzung gegen Ratingagenturen.....	569
I. Beweislast des Anlegers bzw Emittenten	570
A. Einleitung: Beweis der Rechtswidrigkeit und „doppelten“ Kausalität	570
B. Kausalität des Ratingverfahrensfehlers für das Ratingergebnis	572
C. Kausalität des Ratingergebnisses für den Anleger- und Emittentenschaden	573
II. Weitere haftungsmildernde Einwände.....	579
A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen	579
1. Einleitung: Klauselarten und praktische Bedeutung.....	579
2. Meinungsstand	582
a. Deutschland.....	582
b. Österreich.....	583
3. Eigene Ansicht	583
a. Kritik an den herrschenden Meinungen	583
b. Problemlösung: Analogie zu § 6 Abs 1 Z 9 KSchG	585
B. Mitverschulden des Anlegers bzw Emittenten nach § 1304 ABGB.....	590
III. Internationales Zivilprozess- und Privatrecht.....	593
A. Internationales Zivilprozessrecht	593
1. Zuständigkeit für Klagen gegen Ratingagenturen aus Drittstaaten (JN)	593
2. Zuständigkeit für Klagen gegen Ratingagenturen aus dem europäischen Ausland (EuGVVO)	596
B. Internationales Privatrecht.....	601
1. Vertragliche Ansprüche (Rom I VO)	601
2. Außervertragliche Ansprüche (Rom II VO)	604
Zusammenfassung in Thesenform.....	607
Materialienverzeichnis	617
Bürgerliches Recht.....	617
Gesellschafts- und Unternehmensrecht.....	619
Kapitalmarktrecht.....	621

Internationales Zivilverfahrens- und Privatrecht.....	622
EU-RatingVO	623
Literaturverzeichnis	625
Monographien, Gutachten, systematische Darstellungen einschließlich Lehrbücher	625
Kommentare.....	629
Beiträge in Sammelbänden (insb in Handbüchern und Festschriften)	633
Zeitschriftenartikel, Papers, Editorials und Newsletter	636
Entscheidungsanmerkungen.....	646
Rechtsprechungsverzeichnis	648
Österreichische Gerichtsentscheidungen.....	648
Rechtssätze österreichischer Gerichte	661
Deutsche Gerichtsentscheidungen.....	669
EGMR- und EuGH-Entscheidungen.....	675
Englische und US-amerikanische Gerichtsentscheidungen	675
Anhang I: Abstract (deutsch und englisch)	677
Anhang II: Curriculum Vitae	683

Einführung

I. Bedeutung der Ratingagenturen und ihrer Bewertungen

„There are two superpowers in the world today in my opinion. There's the United States, and there's Moody's Bond Rating Service. The United States can destroy you by dropping bombs, and Moody's can destroy you by downgrading your bonds. And believe me, it's not clear sometimes who's more powerful.“¹

Diese viel zitierte Aussage des US-amerikanischen Autors *Thomas Friedman* gibt einen Eindruck davon, wie Ratingagenturen in der Finanzwelt bisweilen wahrgenommen werden und welche Bedeutung ihnen und ihren Bewertungen zukommt.² Damit sind vor allem die marktdominierenden „Big Three“ der Ratingagenturen (*Moody's*, *Standard & Poor's*, *Fitch*)³ angesprochen, die zwar jeweils über eine Hauptzentrale in New York (*Moody's*, *Standard & Poor's*, *Fitch [Inc.]*) bzw auch in London (*Fitch [Ltd.]*) verfügen,⁴ aber darüber hinaus zahlreiche Niederlassungen und Tochtergesellschaften in verschiedenen Staaten unterhalten, etwa auch in Deutschland (nicht aber in Österreich).⁵ Auf einer Linie mit dieser Einschätzung liegt es, wenn Ratingagenturen als „internationale Standardsetzer“ für die Vorstellung von Kreditwürdigkeit bezeichnet werden.⁶ Ratingagenturen definieren demzufolge also, was dieser Begriff eigentlich bedeutet: Sie bewerten die Bonität von Unternehmen und Staaten („Emittentenrating“) oder auch einzelner Wertpapiere („Emissionsrating“), insb von Schuldtiteln wie Anleihen, aber auch etwa Vorzugsaktien oder strukturierte Finanzinstrumente (s Art 3 Abs 1 *lit a* EU-RatingVO⁷).

Dabei gehen sie nach einem standardisierten Bewertungsverfahren vor, das ähnlich einer Unternehmensbewertung stets zukunftsbezogen ist, weil damit die zukünftige Fähigkeit zur Schuldtilgung beurteilt wird („Prognosecharakter“ des Ratings).⁸ Am Ende dieses Verfahrens steht die Zusammenfassung des Bewertungsergebnisses in Form einer Ratingnote, die an amerikanische Schulnoten erinnert und die typischerweise veröffentlicht wird (vgl Art 2 Abs 1 EU-RatingVO). Die Bedeutung der Ratingnote legt die bewertende Agentur selbst fest (zB *Standard & Poor's*: AAA = „*Extremely strong capacity to meet financial commitments. Highest Rating*“, B = „*More vulnerable to adverse business,*

¹ *Thomas Friedmann* in einem Interview am 13.02.1996 mit *Jim Lehrer*, zitiert nach *Schroeter*, Ratings 2.

² S zur Bedeutung von Ratingagenturen zunächst insb *Blaurock*, ZGR 2007, 608 ff; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 186 f; *Karner*, ÖBA 2010, 587.

³ Zur Marktstruktur s noch unten bei FN 142 mwN.

⁴ S *Schroeter*, Ratings 784.

⁵ Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 588.

⁶ *Becker*, ZG 2009, 133 und *Blaurock*, JZ 2012, 231: Entwicklung und Durchsetzung eines allg akzeptierten Verständnisses von Kreditwürdigkeit.

⁷ Dazu unten unter „Teil 2.II.A.2. Rating iSd Art 35a EU-RatingVO“.

⁸ S unten bei FN 2878, 4028 mwN.

financial and economic conditions but currently has the capacity to meet financial commitments“, D = „*Payment default on financial commitments*“⁹), wobei uU auch ein begleitender Ratingbericht publiziert wird, der die Bewertung (noch) näher erläutert (vgl Anh I Absch D Teil I Nr 5 EU-RatingVO). Die auf diese Weise erfolgte Präzision des Ratingurteils durch die Ratingagentur ist auch für ihre Haftung wesentlich, weil sie damit den Vertrauenstatbestand „Rating“ konkretisiert.¹⁰ Der Begriff „Rating“ (*to rate* = bewerten) kann sich dabei sowohl auf das Bewertungsverfahren als solches (Ratingverfahren) als auch auf das Ergebnis desselben beziehen (Ratingergebnis/Ratingnote).

In der Regel werden Ratingagenturen auf „Antrag“ des bewerteten Unternehmens tätig („beantragtes“ oder „beauftragtes Rating“ = „*solicited Rating*“), in welchem Fall sie ein (entgeltlicher) Vertrag („Ratingvertrag“) mit diesem verbindet. Der Emittent erhofft sich aufgrund der mit dem Ratingauftrag verbundenen Publikation der Bonitätsnote insb eine Senkung seiner Kapitalkosten, weil er bei gutem Rating den Geschäftspartnern und Anlegern eine geringere Risikoprämie zahlen muss (zB geringere Anleihezinsen bei besserem Rating, das ein geringeres Risiko signalisiert).¹¹ Insofern fungiert die Ratingagentur als „*agent*“ des Emittenten, wobei sie aufgrund ihrer Selbstdarstellung als neutraler Vertrauensintermediär jedoch stets auch zur Wahrung der Interessen der Anleger verpflichtet ist (vgl unten S 9 ff).¹² Ratingagenturen können aber ebenso ohne ein solches Vertragsverhältnis eine Bonitätsbewertung vornehmen („unbeantragtes“ oder „unbeauftragtes Rating“ = „*unsolicited Rating*“).¹³

Die Finanzierung der Ratingagenturen funktioniert also typischerweise über die Gebühren aus dem Ratingvertrag (*issuer-pays-model*), nunmehr seltener kommt es vor, dass sie Einnahmen aus Abonnement- oder Bewertungsverträgen mit Investoren erzielen (*investor-pays-model*).¹⁴ Im letzteren Fall profitieren Anleger von „exklusiven“ Ratings bzw Ratingberichten (vgl Art 2 Abs 1 EU-RatingVO).¹⁵

Der eingangs angedeutete Einfluss der Ratingagenturen auf die Kapitalmärkte und deren Teilnehmer (Emittenten und Anleger) wurde nicht zuletzt vom Gesetzgeber anerkannt und

⁹ S die Definitionen unter <http://www.standardandpoors.com/ratings/definitions-and-faqs/en/europe> (zuletzt abgerufen am 04.04.2015); s auch die präzisere Einteilung je nach Bewertungsobjekt unter <http://www.standardandpoors.com/ratings/articles/en/eu/?articleType=HTML&assetID=1245378053126> (zuletzt abgerufen am 04.04.2015).

¹⁰ Dazu noch unten bei FN 3138.

¹¹ S unten bei FN 4357, 4417.

¹² Vgl Partnoy in Fuchita/Litan, Gatekeepers 60: „*They act as agents, not principals*“.

¹³ Vgl ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II.

¹⁴ S dazu noch unten bei FN 60 mwN.

¹⁵ Vgl dazu Schroeter, Ratings 873 f mit FN 9. Das *investor-pays-model* ist durch die EU-RatingVO aber insofern verkompliziert worden, als diese VO zur unterschiedslosen und rechtzeitigen Bekanntgabe jedes Ratings verpflichtet (Art 10 Abs 1 *leg cit*; zum Problem s auch Zimmer in FS Hopt II [2010] 2707 ff).

aufgegriffen. Aus europäischer Sicht ist hierbei natürlich die EU-RatingVO zu nennen, welche die in Europa agierenden Ratingagenturen einem umfassenden Aufsichtsregime unterstellt. Zwar geht der aktuelle Regulierungstrend dahin, einem übermäßigen Vertrauen auf Ratings („*over-reliance*“) entgegenzusteuern, weil dies als eine der Ursachen der jüngsten Finanzkrise identifiziert wurde (vgl. den Titel der RL 2013/14/EU¹⁶). Nichtsdestotrotz verschließt der europäische Gesetzgeber nicht die Augen vor der Wirklichkeit und konstatiert, dass ungeachtet dessen „Ratingagenturen jedoch wichtige Teilnehmer des Finanzmarkts“ bleiben.¹⁷ Deswegen wurde auch mit der jüngsten Novelle zur EU-RatingVO (EU-RatingVO-Novelle II) eine ausdrückliche Bestimmung über die Haftung von Ratingagenturen auf europäischer Ebene eingeführt.¹⁸ Die Materialien halten dazu fest:

„Ratings haben [...] erheblichen Einfluss auf Anlageentscheidungen sowie auf das Ansehen und die finanzielle Attraktivität der Emittenten. Daher stehen Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten besonders in der Pflicht;“¹⁹

Einer am 9.4.2015 durchgeführten Suche in der Datenbank des österreichischen Firmenbuchs zufolge dürfte in Österreich kein mit *Moody's* oder *Standard & Poor's* in Bezug auf deren Geschäftstätigkeit vergleichbares (protokolliertes) Rating-Unternehmen bestehen.²⁰ Auch die hiezulande ansässigen Kreditauskunfteien, etwa der *KSV1870*, unterscheiden sich von den Ratingagenturen wesentlich, weil Erstere ihre Bonitätsauskünfte nicht veröffentlichen und auch nicht kapitalmarktorientiert bewerten.²¹ Ungeachtet dessen genießen die publizierten Ratings der ausländischen Ratingagenturen auch in Österreich Beachtung und sind österreichische Schuldner ebenso Zielobjekt solcher Ratings – eine Erfahrung, die etwa das Land Kärnten erst kürzlich schmerzlich zu spüren bekam.²²

¹⁶ RL 2013/14/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Richtlinie 2003/41/EG über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge, der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds *im Hinblick auf übermäßigen Rückgriff auf Ratings*, ABl L 2013/145, 1 (Hervorhebung nicht im Original). S. weiters Art 5a, 5b, 5c, Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO (speziell zu Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 *leg cit* s. unten nach FN 4815), ErwGr 8, 9 EU-RatingVO-Novelle II; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 9 Rz 22 f; *Baule/Tallau*, ZfK 2015, 132 ff.

¹⁷ ErwGr 8 EU-RatingVO-Novelle II.

¹⁸ Dazu ausf. unten „Teil 2: Haftung nach der EU-RatingVO“.

¹⁹ ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II.

²⁰ Für die Unterstützung bei der Suche danke ich sehr herzlich Frau Dr. Daniela Ebner. Dabei wurde nach dem Wort „Rating“ im Firmenwortlaut gesucht. Die Suche ergab zwar einige Ergebnisse, die gefundenen Unternehmen beschränken sich zumindest nach dem im Firmenbuch aufscheinenden Firmenwortlaut und Geschäftszweig aber insb. auf die Rating-Beratung (zB die *FMG Rating Unternehmensberatungs-GmbH* aus Gmunden oder die *PRO SUCCESS Business & Rating Advisory Services GmbH* aus Wien) oder auf das „Rating“ von Immobilien (zB die *Immobilien Rating GmbH* aus Wien oder die *EURAC Real Estate Rating & Consulting GmbH* aus Deutsch-Wagram).

²¹ Allerdings dürfte es vorkommen, dass hiezulande ansässige Kreditauskunfteien neuerdings als „Ratings“ bezeichnete Schuldnerbewertungen abgeben (s. *Kantner*, ZfK 2012, 90; *Malainer/Staribacher*, *ecolx* 2014, 939; OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14 t).

²² S. *derstandard.at*, *Moody's* stuft Land Kärnten empfindlich herab, abrufbar unter: <http://derstandard.at/2000012618253/Grossbanken-wuerden-laut-SP-gerettet> (zuletzt abgerufen am 16.04.2015).

Im österreichischen Kapitalmarktrecht findet sich sogar eine Norm, an der man die Bedeutung von Ratingagenturen speziell für den österreichischen Kapitalmarkt ablesen kann: Gem § 9 Abs 1 Z 2 KMG kann der Bundesminister für Finanzen anordnen, dass vor dem erstmaligen öffentlichen Angebot von bestimmten Schuldverschreibungen ein Rating über den Emittenten und die Emission zu veröffentlichen ist, um schwere Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts abzuwehren.²³ Ursprünglich sollte die Bestimmung sogar ein allgemeineres Pflichtrating vorsehen, womit man sich eine positive Beeinflussung der Anlegerinformation und Marktstruktur erhoffte; darauf wurde aber letztlich verzichtet, weil man mit einer solchen Regelung und den damit verbundenen Kosten Wettbewerbsnachteile des österreichischen Kapitalmarkts gegenüber dem europäischen Ausland befürchtete.²⁴

Wenngleich Ratingagenturen also primär eine Assoziation mit dem Kapitalmarkt wecken, werden ihre Bonitätsbewertungen auch außerhalb desselben im sonstigen Geschäftsverkehr herangezogen. Ratings erlangen daher auch Bedeutung für (sonstige) Gläubiger des bewerteten Unternehmens, die ihre Vermögensdispositionen ähnlich wie Anleger danach ausrichten. Hier sind insb Kreditinstitute zu nennen. Diese sind nach dem Kreditrisiko-Standardansatz (Art 111 ff EU-BankenaufsichtsVO)²⁵ des europäischen Bankenaufsichtsrechts (vgl auch Basel II und Basel III) befugt, das Ausmaß ihrer Eigenmittel von den externen Ratings ihrer Schuldner abhängig zu machen, sofern das herangezogene Rating von einer anerkannten (dh nach der EU-RatingVO registrierten) Ratingagentur stammt (Art 135 Abs 1, Art 4 Abs 98 EU-BankenaufsichtsVO):²⁶ Je besser das Rating, desto weniger Eigenmittelunterlegung ist erforderlich und umgekehrt. Demzufolge fungiert aus Sicht des Gesetzgebers das Rating solcher Agenturen als Indiz für die wirtschaftliche Werthaltigkeit der Forderung des Kreditinstituts gegen den bewerteten Schuldner.

Warum den Ratingagenturen eine derart große Bedeutung im Wirtschaftsleben zukommt, ist nicht abschließend geklärt. Plausibel und hervorhebungswürdig ist mE die Ansicht *Schroeters*, der den in zahlreichen empirischen Studien nachgewiesenen Einfluss von

²³ S zu dieser Norm noch unten bei FN 2338, nach FN 3792. S insb ErläutRV KMG 20: „Das Rating, das nach international anerkannten Kriterien vorzunehmen ist, soll den Anlegern Aufschluß über die Bonität, des Anleiheschuldners - und damit auch über die Angemessenheit der von ihm angebotenen Konditionen - geben. [...] Zweck der staatlichen Vorschreibung eines Ratings [...] ist es, das Vertrauen des Anlegerpublikums in den Kapitalmarkt (wieder) herzustellen, um der österreichischen Wirtschaft die Finanzierungsmöglichkeit über den Kapitalmarkt zu erhalten.“

²⁴ S zur Gesetzesgeschichte der Bestimmung unten in FN 2340.

²⁵ Vgl im Gegensatz dazu den auf internen Beurteilungen des Kreditinstituts basierenden Ansatz (IRB-Ansatz) gem Art 142 ff EU-BankenaufsichtsVO.

²⁶ S noch unten bei FN 2333; ferner etwa *Schroeter*, Ratings 113 ff (Basel II), 123 ff, insb 125 f (Basel III).

Ratings auf Anleihe- und Aktienkurse²⁷ damit begründet, dass die Ratinginformation für die Informationsadressaten relativ leicht aufnehm- und verarbeitbar ist.²⁸ Ein „Ratingkürzel“ kommuniziert eine Fülle von (teilweise Insider-)Informationen, die sich der Investor nicht selbst beschaffen muss oder gar nicht kann.²⁹ Die Bedeutung der Ratingnote kann dabei ohne große Umstände erfasst werden, weil sich das konkrete Bewertungsurteil einerseits stets in Beziehung zu bisher vergebenen Ratings setzen lässt; damit wird ein unkomplizierter Risikovergleich im Hinblick auf verschiedene Investments ermöglicht (relative Bedeutung des Ratings).³⁰ Andererseits bestehen keine allzu großen Sprachbarrieren wie bei anderen Finanzinformationen, um das Rating richtig zu interpretieren, weil die dabei verwendeten Buchstabenkombinationen international verständlich sind.³¹ Konsequenterweise ist es mE aus diesen Gründen auch, wenn man mit *Schroeter* zum Ergebnis kommt, dass Ratings zumindest aus Sicht der Kapitalmarktteilnehmer ein originärer Informationswert zuzubilligen ist.³²

II. Überblick über die vorliegende Arbeit

Die negative Kehrseite der Bedeutung von Ratings (dazu siehe oben S 2 ff) ist deren Gefährlichkeit. Ratings können erhebliche Vermögensschäden sowohl der Emittenten (bei pessimistischen Bewertungen) als auch der Adressaten der Ratinginformation (typischerweise bei optimistischen Bewertungen) verursachen. Die vorliegende Arbeit soll die in Betracht kommenden Haftungskonstellationen Ratingagentur – Anleger und Ratingagentur – Emittent aus österreichischer Sicht analysieren und dabei sowohl auf vertragliche wie außervertragliche Ansprüche eingehen.

Teil 1 der folgenden Untersuchung wird sich der Haftung von Ratingagenturen nach österreichischem Recht widmen, zunächst der (Dritt-)Haftung gegenüber Anlegern (sogleich S 9 ff), dann der Verantwortlichkeit gegenüber dem Emittenten (S 419 ff; s zur deliktischen Haftung S 422 ff; zur vertraglichen Haftung S 479 ff). Teil 2 behandelt sodann die Haftung von Ratingagenturen nach Art 35a EU-RatingVO (S 488 ff), die zur Haftung nach nationalem Schadenersatzrecht dazu tritt (Abs 5 *leg cit*³³). Teil 3 hat schließlich Fragen der Haftungsdurchsetzung zum Inhalt (S 570 ff), die gleichermaßen für

²⁷ Dazu, mit umfassenden Nw *Schroeter*, Ratings 59 ff.

²⁸ *Schroeter*, Ratings 87 ff, insb 94.

²⁹ *Schroeter*, Ratings 75 f, 94; vgl auch *Klöhn*, ZHR 178 (2014) 674; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 9 Rz 2.

³⁰ Vgl *Schroeter*, Ratings 94. Zur Relativität s auch noch unten in FN 4024.

³¹ *Schroeter*, Ratings 94.

³² *Schroeter*, Ratings 58 ff.

³³ Speziell dazu unten unter „Teil 2.II.A.10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)“.

Schadenersatzansprüche nach nationalem (Teil 1) als auch „europäischem“ Schadenersatzrecht (Teil 2) relevant sind und die insb auf die internationale Dimension der Verantwortlichkeit von Ratingagenturen eingehen sollen. In verschiedenen Zusammenhängen, insb im Rahmen der Ausführungen zur Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern, wird auch auf die Haftung der mit Ratingagenturen vergleichbaren Informationsexperten (insb der Abschlussprüfer und Prospektkontrolloren) eingegangen, um daraus Erkenntnisgewinne für die Reichweite der Verantwortlichkeit von Ratingagenturen zu erzielen. Dieses Unterfangen soll den Titel der Arbeit rechtfertigen. Am Ende der Arbeit werden die darin vertretenen Kernthesen dargestellt (S 607 ff).

Teil 1: Haftung nach österreichischem Recht

I. (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern

A. Einleitung

Jedenfalls im deutschsprachigen Raum am intensivsten diskutiert wird die Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern^{34, 35}. Dies sind jene Personen, die einem Rating Vertrauen schenken und ihre Dispositionen am Kapitalmarkt danach ausrichten, indem sie zum Beispiel top-geratete Anleihen erwerben.³⁶ Das wissenschaftliche Interesse ist auch nicht wirklich verwunderlich, sind doch die institutionellen und privaten Anleger, insb Fremdkapitalinvestoren,³⁷ primäre Informationsadressaten wohl jedes Ratings.³⁸ Zumindest aber richtet sich jedes Emissionsrating vorrangig an sie.³⁹ Damit steht in Einklang, dass nach dem Selbstverständnis der Ratingagenturen diese sogar im „Dienste“ der Anlegerschaft tätig sind⁴⁰ (Rating als „*Investor's service*“⁴¹).

Außerdem waren gerade auch die Anleger Leidtragende der exorbitanten Schadensfälle in Zusammenhang mit der jüngsten US-amerikanischen Hypothekenkrise und der damit einhergehenden weltweiten Finanzkrise, mit denen auch die Fehlleistungen der Ratingagenturen in Verbindung gebracht werden.⁴² Aus Sicht der Anleger ist es daher verständlich, dass Rufe nach der Verantwortlichkeit der Ratingagenturen laut wurden.

Immerhin führte, wie unten noch ausführlicher dargelegt werden soll, die Schutzbedürftigkeit der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts an sich und dieser primären Informationsadressaten von Ratings zum Erlass der EU-RatingVO.⁴³ Da die neuen

³⁴ Zum Begriff s. auch Weber, Kapitalmarktrecht 176 ff; vgl. auch § 1 Abs 1 Z 5 KMG und unten „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“.

³⁵ Vgl. die Nw. unten unter „Teil 1.I.C.3. Meinungsstand zur Dritthaftung von Ratingagenturen“.

³⁶ Näher zu den verschiedenen Anlegerschäden unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β. Fallgruppen des Anlegerschadens“.

³⁷ Blaurock, ZGR 2007, 627; vgl. auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 717.

³⁸ So Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 921; v. Schweinitz, WM 2008, 956; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 f; vgl. Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO; Berger/Stemper, WM 2010, 2290 f; ferner Haar, NZG 2010, 1283; Mühl, Haftung, Rz 266. Dazu, dass auch noch andere Personen primäre Informationsadressaten eines Ratings sein können, s. noch unten bei FN 1203.

³⁹ Hennrichs in FS Hadding (2004) 877; vgl. Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665. Man unterscheidet je nach Bewertungsobjekt „Emittentenratings“ von „Emissionsratings“, vgl. dazu die Legaldefinition für „Rating“ in Art 3 Abs 1 lit a EU-RatingVO: „ein Bonitätsurteil in Bezug auf ein Unternehmen, einen Schuldtitel oder eine finanzielle Verbindlichkeit, eine Schuldverschreibung, eine Vorzugsaktie oder ein anderes Finanzinstrument oder den Emittenten derartiger Schuldtitel, finanzieller Verbindlichkeiten, Schuldverschreibungen, Vorzugsaktien oder anderer Finanzinstrumente, das anhand eines festgelegten und definierten Einstufungsverfahrens für Ratingkategorien abgegeben wird“ (dazu bereits oben unter „Einführung. I. Bedeutung der Ratingagenturen und ihrer Bewertungen“).

⁴⁰ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; Peters, Haftung 73; Vetter, WM 2004, 1704; Meyer, Rechtsfragen 87, 97; Blaurock, ZGR 2007, 609, 633; Eisen, Haftung 224, 327, 333; Karner, ÖBA 2010, 592, 594; Mühl, Haftung, Rz 70; Schuler, Verantwortlichkeit 223; vgl. auch v. Schweinitz, WM 2008, 956; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268.

⁴¹ Peters, Haftung 88, 94, 99, 122; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 710; Öllinger, Haftung 165; vgl. nur die Firma *Moody's Investor's Service*.

⁴² Näher dazu unten unter „Teil 2.I.B.1. Ein Kind der Finanzkrise“.

⁴³ S. unten unter „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“. Zum Emittentenschutz, der mE erst wesentliches Regelungsanliegen der EU-RatingVO-Novelle II war, s. unten bei FN 4586, 4609.

Haftungsregeln der letzten Novelle zu dieser Verordnung die Schadenersatzpflicht der Ratingagenturen ausdrücklich nicht abschließend regeln,⁴⁴ ist es weiterhin erforderlich, auf die rein⁴⁵ nationale Haftungsfrage einzugehen.

Dabei ist der Blick auf das Haftungsrecht des ABGB nicht bloß von akademischem Interesse: Die EU-RatingVO (samt Haftungsbestimmung) ist nur auf bestimmte Ratingagenturen anwendbar.⁴⁶ Auch greift die Schadenersatzpflicht gem Art 35a Abs 1 EU-RatingVO nur bei grobem Verschulden⁴⁷ (vgl § 1324 ABGB) und ist – ähnlich einer Haftung aus Schutzgesetzverletzung – davon abhängig, dass gegen die Vorschriften der EU-RatingVO verstoßen wurde (Akzessorietät).⁴⁸ Es stellen sich daher für die Praxis die reizvollen Fragen, ob Ratingagenturen nach nationalem Recht gegenüber Anlegern auch für leicht fahrlässiges Verhalten haftbar gemacht werden können und ob eine Ersatzpflicht gem den §§ 1293 ff ABGB auch dann zu bejahen ist, wenn ein Rating inhaltlich „unvertretbar“ ist, aber keine Verhaltenspflicht der EU-RatingVO verletzt wurde oder dies zumindest nicht nachweisbar ist.⁴⁹

Vorauszuschicken ist, dass die Haftung von Ratingagenturen (auch gegenüber den Anlegern) im österreichischen Recht nicht explizit geregelt ist, sodass man insoweit auf allgemeine Haftungsgrundsätze verwiesen ist.⁵⁰ Ein entscheidender Aspekt für die Analyse der Reichweite einer allfälligen Schadenersatzpflicht ist dabei die Tatsache, dass Anleger bei den praktisch relevanten Haftungskonstellationen bloß einen Schaden am Vermögen erleiden, welches nach allgemeiner Meinung trotz der weiten Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB keinen absoluten Schutz genießt.⁵¹ Das bedeutet, dass eine rein vermögensmäßige Beeinträchtigung den dadurch Geschädigten nur ausnahmsweise zum Ersatz berechtigt. Der wichtigste Ausnahmefall ist bekanntlich die Vertragsverletzung, was im Verhältnis Ratingagentur-Anleger insb dann schlagend werden kann, wenn diesen mit

⁴⁴ Art 35a Abs 5 EU-RatingVO; s dazu ausf unten unter „Teil 2.II.A.10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)“.

⁴⁵ Vgl zur Haftung gem Art 35a EU-RatingVO, der nur Teilaspekte europarechtlich und damit einheitlich regelt und iÜ auf das nationale (Haftungs-)Recht verweist, unten unter „Teil 2.II.A.1. Systematik des Art 35a und „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO“.

⁴⁶ S dazu unten „Teil 2.II.A.3.a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1)“.

⁴⁷ Ausf dazu unten „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“, „Teil 2.II.B.4. Grob schuldhaftes Pflichtverletzung“.

⁴⁸ Näher dazu unten unter „Teil 2.II.A.1. Systematik des Art 35a und „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO“; vgl auch „Teil 2.II.A.7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a“.

⁴⁹ Soviel vorweg: Beides ist – mit Einschränkungen – zu bejahen, s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“, „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“.

⁵⁰ Dies dürfte keine Besonderheit in Europa sein, s *Haar*, DB 2013, 2489; *dies*, Civil Liability 3; vgl auch schon *Blaurock*, ZGR 2007, 624; vgl für Deutschland: *dens*, ZGR 2007, 627; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1349; *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 414; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289; *Amort*, EuR 2013, 274; v. *Schweinitz*, WM 2008, 954 ff, dort auch zur damals iW vergleichbaren Rechtslage in den USA (mit Ausnahme der „Interpretationsklausel“ des *Credit Agency Reform Act 2006* [s dazu noch unten bei FN 4606]; vgl aber auch noch unten in FN 808); für Großbritannien: *Mühl*, Haftung, Rz 90; für die Schweiz: *Vasella*, Haftung 141 f.

⁵¹ S dazu *Kozio/Welser*, Grundriß II¹³, 314; vgl OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (zur Dritthaftung des Abschlussprüfers). Näher zur Problematik des Ersatzes bloßer Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“.

jener ein Abonnementvertrag über den regelmäßigen Bezug von Ratings gegen Entgelt verbindet⁵² (dies kann vor allem bei institutionellen Investoren der Fall sein⁵³). Auf solche vertraglichen Haftungsansprüche soll dieses Kapitel auch eingehen,⁵⁴ zumal sie von Teilen der Literatur⁵⁵ abgelehnt werden. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich jedoch auf die außervertragliche Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern („Dritthaftung“⁵⁶). Denn ihre „vollwertige“ Vertragshaftung im Verhältnis zu Anlegern dürfte immer mehr an Bedeutung einbüßen,⁵⁷ weil sich das Finanzierungsmodell der Ratingagenturen seit den 1970er Jahren gewandelt hat: Diese finanzieren sich zunehmend durch die vom Emittenten⁵⁸ im Rahmen eines Bonitäts-Bewertungsvertrags („Ratingvertrags“) lukrierten Entgelte und nicht durch die (insb⁵⁹ Abonnement-)Gebühren der Anleger.⁶⁰

Zu bedenken ist zusätzlich auch die internationale Komponente der Haftung von Ratingagenturen, die Ähnliches bewirkt: Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist es eher unwahrscheinlich, dass ein (österreichischer) Anleger seine vertraglichen Schadenersatzansprüche nach österreichischem Recht gegen Ratingagenturen geltend machen kann, deren Sitz sich außerhalb von Österreich befindet.⁶¹

⁵² Habersack, ZHR 169 (2005) 202, 205 f; s zum Vertragsinhalt auch Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11 ff.

⁵³ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 710; Vetter, WM 2004, 1708; Karner, ÖBA 2010, 592.

⁵⁴ S dazu unten bei FN 2728.

⁵⁵ S zum Meinungsstand die Nw unten in FN 2735.

⁵⁶ Der Begriff dürfte – soweit ersichtlich – auf Ebke (Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung [1981]) zurückgehen (für Österreich s zB U. Torggler, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers? wbl 2001, 545). Damit sind jene Haftungsszenarien angesprochen, in denen der Schädiger (zB: Ratingagentur oder Abschlussprüfer) zwar mit seinem Auftraggeber (Emittent/geprüfte Gesellschaft) vertraglich verbunden ist, jedoch andere Personen, die sog „Dritten“ (Anleger/Gläubiger), geschädigt werden und daher Schadenersatzansprüche geltend machen wollen. Diese Terminologie wird auch in der vorliegenden Arbeit verwendet, weil sie mE zum Haftungskonzept des § 1300 Satz 1 ABGB (dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“) passt. Davon zu unterscheiden sind jene Haftungstheorien, die als Ausgangspunkt den Vertrag zwischen Anleger/Gläubiger und Emittent/geprüfte Gesellschaft wählen und in weiterer Folge den haftungsrelevanten Einfluss anderer, nicht an diesem Vertrag formell beteiligter Personen (und idS „Dritter“ [Ratingagentur/Abschlussprüfer]) auf den letztlich schädigenden Vertragsabschluss untersuchen (dazu unten bei FN 504).

⁵⁷ Haar, DB 2013, 2489; s auch Claussen, DB 2009, 1003.

⁵⁸ Bzw Emittentin. Zum Begriff s ausf Weber, Kapitalmarktrecht 170 ff. Vgl auch § 1 Abs 1 Z 2 KMG; „Teil 2.II.A.4.b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3)“.

⁵⁹ Denkbar wäre auch die Finanzierung über einen Einzelauftrag, also die Erstellung eines Bonitätsgutachtens im Auftrag eines (Groß-)Investors, s dazu zB Vasella, Haftung 276, 290.

⁶⁰ Grünbichler, ÖBA 1999, 694; Peters, Haftung 115 f; Habersack, ZHR 169 (2005) 195; Öllinger, Haftung 179; Partnoy in Fuchita/Litan, Gatekeepers 62; Reidenbach, Ratingagenturen 335; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16; Cortez/Schön, ZfK 2010, 226; Karner, ÖBA 2010, 590; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 266; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 4; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2693, 2701, 2706 ff und Blaurock, JZ 2012, 232 (s etwa dort zu den Ursachen für diesen Wandel [Entwicklung moderner Fotokopiertechniken, Beschränkung des Informationszugangs nicht mehr mögl]; vgl dazu die Gründe, die dagegen sprechen, zum investor-paid-Rating zurückzukehren, insb zur freerider-Problematik: Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 11); s zur Finanzierung der Ratingagenturen auch ErwGr 7 EU-RatingVO II; Motion for a European Parliament Resolution on credit rating agencies (CRAs): future perspectives, 2010/2302(INI) P 41; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 1. (S 3), P 2. (S 4), P 3.4.3. (S 9); ErwGr 1 f, 6, 11 EU-RatingVO III; Kalss, ÖBA 2000, 654; Vetter, WM 2004, 1702 f, 1705; beauftragtes Rating als Regelfall; ebenso Arendts, WM 1993, 230; Däubler, BB 2003, 429; Peters, Haftung 48, 76; Hennrichs in FS Hadding (2004) 876; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Meyer, Rechtsfragen 75; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 310; v. Schweinitz, WM 2008, 953; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658, 664; Korth, Dritthaftung 20; Berger/Stemper, WM 2010, 2289 f; Haar, NZG 2010, 1282; Mühl, Haftung, Rz 84; Oppitz, ÖZW 2011, 63; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461; Vasella, Haftung 122, 275; Amort, EuR 2013, 276; Wojcik, NJW 2013, 2386; vgl auch Kersting, Dritthaftung 539; Fischer, Haftungsfragen 60, 81; Baurock, ZGR 2007, 646 f; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 201; Schroeter, Ratings 873; Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 4.

⁶¹ S dazu ausf unten „Teil 3.III.B.1. Vertragliche Ansprüche (Rom I VO)“; ebenso für die Schweiz Vasella, Haftung 276, 290, 296 f.

Demzufolge gewinnt zwar die außervertragliche Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern an praktischer Relevanz, ist aber nicht leicht zu begründen⁶² und bedarf eingehender Untersuchung: Nur bei – freilich kaum beweisbaren⁶³ – vorsätzlichem Verhalten der Ratingagentur bzw der ihr zurechenbaren „Repräsentanten“ (vgl §§ 26, 337 ABGB⁶⁴) ist eine Dritthaftung eindeutig (§ 1300 Satz 2 ABGB⁶⁵; vgl auch § 1295 Abs 2 ABGB, § 826 BGB⁶⁶).⁶⁷ Für den Bereich der bloß fahrlässigen Fehlbewertungen könnte man, sofern keine einschlägige Haftungsnorm auffindbar wäre,⁶⁸ zur Haftungs begründung gegebenenfalls das Vertragsverhältnis zwischen Emittent und Ratingagentur heranziehen⁶⁹ („Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“) oder eine allgemeine Vertrauenshaftung österreichischer („objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter“) oder deutscher Prägung (*Canaris*)⁷⁰ vertreten.⁷¹

B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung

1) Die Ausführungen in der Einleitung (S 9 ff) erinnern zum Teil an bereits in anderem Zusammenhang geführte Diskussionen: Die hier interessierende Problematik reiht sich nahtlos in jene der „Dritthaftung von Experten“⁷² ein, also die Haftung von sog „Sachverständigen“ (vgl §§ 1299, 1300 ABGB) für berufliche Fehlleistungen gegenüber Dritten, die von der Leistung der Experten in irgendeiner Form betroffen sind und oftmals (gerade wenn es um Fehlinformationen geht) nur einen reinen Vermögensschaden erleiden. Seit eh und je beschäftigen die Gerichte derartige Haftungsfälle und so ist es wohl auch erklärlich, warum die dazu vertretenen Haftungstheorien so mannigfaltig sind;⁷³ allein der

⁶² Göres in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 61.

⁶³ Dazu sogleich noch unten bei FN 436.

⁶⁴ S zur deliktischen Haftung der juristischen Person für ihre „Repräsentanten“ bzw „Machthaber“: *U. Torggler* in WK GmbHG 4. Lfg (2008) § 19 Rz 15 f; *dens* in *Straube*, Fachwörterbuch 323 f; *Welser*, Haftung 71 f; *F. Bydlinksi*, Methodenlehre², 478; *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 113.

⁶⁵ S dazu noch unten bei FN 2814.

⁶⁶ Zur „Abschwächung“ des Vorsatzerfordernisses in Deutschland s noch unten bei und in FN 1637 f; s dazu aber auch unten bei FN 2823.

⁶⁷ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 206; *Blaurock*, ZGR 2007, 633; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 467; vgl auch *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 730; zur Abschlussprüferhaftung *Kozioł*, JBl 2004, 281; allg zur Sachverständigenhaftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

⁶⁸ S aber unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

⁶⁹ S dazu unten bei FN 488, 493.

⁷⁰ S dazu unten bei FN 489, 515.

⁷¹ S aber zum Ganzen unten „Teil 1.I.D.3.a.aa. Ablehnung der herkömmlichen Ansätze“.

⁷² S dazu nur die Nw unten in FN 1739.

⁷³ Insb konkludenter Auskunftsvertrag (Nw unten in FN 1623), Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (dazu unten unter „Teil 1.I.C.3.b.aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien“, „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“), „Sachwalter-“ bzw Vertrauenshaftung (dazu unten „Teil 1.I.C.3.b.aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien“, „Teil 1.I.D.3.a.aa.bbb. Rechtsfortgebildete Vertrauenshaftung im weiteren Sinne oder „objektiv-rechtliche Dritthaftung““); guter Überblick dazu bei *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 169.

OGH hat dazu über die Jahre zumindest vier⁷⁴ unterschiedliche Begründungen vertreten und ist diesbezüglich in der noch zu besprechenden Leitentscheidung aus 2001 zur Abschlussprüferdritthaftung mE überraschend umgeschwenkt.⁷⁵

Bestimmte Fälle der Sachverständigenhaftung sind freilich besonders deutlich mit der Problematik der Haftung für fehlerhafte Ratings vergleichbar. Da sich Ratingagenturen mit ihren Bonitätsbewertungen an den Kapitalmarkt wenden, bestehen ausgeprägtere Parallelen zu anderen kapitalmarktrechtlichen „Informationsintermediären“^{76, 77}. Denn auch diese prüfen mit spezifischem Fachwissen sowie teilweise exklusivem Datenzugang Unternehmen, veröffentlichen ihre Prüfungsurteile anschließend „publikumsgerecht“ und nehmen auf diese Weise für die Information und Dispositionsentscheidungen insb der Anleger eine entscheidende Rolle ein.⁷⁸ Gerade dann, wenn diese am Handel und Absatz von Kapitalanlagen beteiligten⁷⁹ „Mittelsmänner“ nach der gesetzlichen Ausgestaltung als eine streng neutrale Instanz⁸⁰ (Art 6 ff EU-RatingVO⁸¹, [§ 8 Abs 4 KMG⁸² iVm] §§ 271, 271a UGB)⁸³ und nicht – wie etwa Rechtsanwälte (vgl § 9 Abs 1 RAO) – als parteiische⁸⁴ Vertreter ihres Auftraggebers tätig werden sollen,⁸⁵ erscheint es naheliegend, dass die

⁷⁴ 1. Berufshaftung auf Basis von § 1299 ABGB (s unten unter „Teil 1.I.C.1.b.aa. Schätzmann – 4 Ob 111/34: weite Berufshaftung“), 2. konkludenter Auskunftsvertrag (Nw unten in FN 1629), 3. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (s insb unten „Teil 1.I.C.1.b.dd. Verstreute Bonitätsauskunft – 3 Ob 547/84: Präzisierung der Haftungsgrenzen“, „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“, weitere Nw unten unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“), 4. objektiv-rechtliche Schutz- und/oder Sorgfaltspflichten bzw Schutzwirkungen (s unten in FN 1408 sowie insb unter „Teil 1.I.C.1.b.ee. *Goldgrube* – 7 Ob 513/96: „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“). Einen Einblick in die Dritthaftungs-Rsp des OGH bietet auch das Kapitel „Teil 1.I.C.1. OGH-Judikatur zur Dritthaftung von Gutachtern: Entwicklung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten““.

⁷⁵ Vgl *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 877; s dazu noch unten unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“.

⁷⁶ S dazu, insb auch zu deren Funktion *Kalss*, ÖBA 2000, 645; *Weber*, Kapitalmarktrecht 179, 186 ff; *Reidenbach*, Ratingagenturen 31 ff; *Brawenz*, Prospekthaftung 204; *Assmann* in FS Lange (1992) 365, 371; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 42, 131; *Deipenbrock*, BB 2003, 1850; *Vetter*, WM 2004, 1701; *Meyer*, Rechtsfragen 71; *Eisen*, Haftung 312, 333, 349; *Becker*, ZG 2009, 133; *Möllers*, JZ 2009, 861; *ders*, ZJS 2009, 227; *Kumpian* in FS Hopt II (2010) 2160; *Becker*, DB 2010, 941; *Lerch*, BKR 2010, 403; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; *Vasella*, Haftung 332; *Gomille*, GPR 2011, 186; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 461; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 3, 5, 16; *Fleischer*, AG 2012, 7; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 468; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680 f, 683, 688; *Blaurock*, EuZW 2013, 608; *Haar*, Civil Liability 5; *Wojcik*, NJW 2013, 2385; *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 579: „berufliche Spezialisierungen zur Überwindung von Informationsdefiziten“; OLG Wien 15.12.2005, 1 R 247/05h-35: am Kapitalmarkt sind neben dem Emittenten und in Zusammenarbeit mit diesem vielzählige Dienstleister „im Austauschprozess“ tätig; zur steigenden Bedeutung solcher Intermediäre s auch schon *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97.

⁷⁷ Für ein einheitliches Haftungsregime der verschiedenen kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediäre auch *Kalss*, ÖBA 2000, 641 ff, insb 652 ff, 654 f, 657 ff, die freilich zu anderen Ergebnissen als die vorliegende Arbeit gelangt; ebenfalls Parallelen ziehend *Graf*, JBl 2012, 224 f mit FN 66.

⁷⁸ Vgl *Wagner* in FS Blaurock (2013) 468.

⁷⁹ *Kalss*, ÖBA 2000, 645.

⁸⁰ Die (völlig) neutrale Stellung der Prospektkontrolloren anzweifeln *Welser*, *ecolex* 1992, 302 f, der behauptet, der Ausgeschlossenheitsstatbestand hätte ebenso „wegbleiben können“. ME muss man aber das Gesetz so lesen, wie es ist und dieses geht nun einmal von der Neutralität der Prospektkontrolloren aus.

⁸¹ Zur neutralen Rolle der Ratingagenturen s nur *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; *Vetter*, WM 2004, 1704; *Blaurock*, ZGR 2007, 609, 633; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 268.

⁸² Vgl dazu die ErwGr der BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG).

⁸³ Vgl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h, die der OGH darin auch mit der Pflicht zur unparteiischen Prüfung (§ 275 Abs 2 HGB aF) begründet; vgl dazu *U. Torggler* in *Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 57; vgl zur „Sachwalterhaftung“ Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163.

⁸⁴ Zur neutralen Stellung des Rechtsanwalts als Ausnahme, insb bei Vertragserrichtung für beide Parteien, s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 18; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 21; *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 8; vgl auch OGH 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132 (133 ff); 2 Ob 376/61 SZ 34/153, 416 (418); zur mehrseitigen Treuhand, wo die Interessen der Treugeber gleichmäßig zu wahren sind, s OGH 7 Ob 13/90 RdW 1990, 375; zum unparteiischen Notar s OGH 8 Ob 67/70 JBl 1970, 621 (622).

⁸⁵ *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 961 FN 72; *Köndgen*, Selbstbindung 372.

Informationsadressaten ihnen Vertrauen schenken;⁸⁶ dies vor allem dann, wenn Anleger mangels alternativer Informationsquellen von gleicher Qualität auf die Information der professionellen⁸⁷ Intermediäre in besonderem Maße angewiesen sind.⁸⁸ Kalss spricht von der Funktion solcher Informationsmittler als „Transmissionsriemen der Seriositätsgewähr und Verlässlichkeit der offengelegten Information“.^{89 90}

Wo immer eine Information Vertrauen genießt, wird im Falle der Vertrauensenttäuschung der Ruf nach der Verantwortlichkeit des Informanten laut. Mit der Stellung eines Informationsintermediärs des Kapitalmarkts geht daher das Risiko einher, dass eine große Anzahl von Informationsadressaten diesen für Fehlinformationen zur Verantwortung ziehen möchte.

Darüber hinaus ist aber auch der zusätzliche Effekt zu bedenken: Gerade aufgrund des ihnen von Dritten entgegengebrachten Vertrauens üben diese sog Vertrauensintermediäre⁹¹ entscheidenden Einfluss auf die Markstellung ihres Prüfungsobjekts (idR ihr Vertragspartner, der Emittent) aus. Wird infolge einer unsorgfältigen Prüfung die Kapitalbeschaffung des Emittenten zu Unrecht beeinträchtigt, besteht auch insoweit die Gefahr einer Haftung.⁹² Die Informationsintermediäre bewegen sich damit zwischen *Scylla* und *Charybdis*, wie dies *Welser*⁹³ schon für Banken hinsichtlich ihres „zweifachen“ Schadenersatzrisikos für fehlerhafte Bonitätsauskünfte anschaulich formuliert hat.

Besondere Hervorhebung verdienen vor diesem Hintergrund mE die Prospektkontrollore (§ 8 Abs 2, Abs 2a KMG; vgl auch schon § 77 Abs 2, § 80 Abs 1 Z 2 BörseG 1989) und

⁸⁶ BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194 f); RIS-Justiz RS0108623, insb OGH 11.09.1997, 6 Ob 2100/96 h; 10 Ob 32/13 y ecolex 2013, 874 (*Wilhelm*): (vermeintlich) objektive Anlegerinformation ist geeignet, Kaufentschluss des potenziellen Anlegers zu beeinflussen; *Brawenz*, Prospekthaftung 65 f, 197, 200; *Kalss*, ÖBA 2000, 652: externe Kontrolle hebt Vertrauenswürdigkeit der Emittentenangaben; *Nowotny*, RdW 1998, 717; speziell für Ratingagenturen *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16: Neutralität schafft Vertrauenstatbestand; *Thiele*, Rating 107; vgl BGH IVa ZR 232/85 VersR 1988, 178 (179) und RIS-Justiz RS0120309, OGH 29.11.2005, 10 Ob 57/03 k: keine Dritthaftung des „befangenen“ Steuerberaters; vgl auch OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 (91) *Rieger Bank*, wo Personen, die gem § 271 HGB aF als Abschlussprüfer in Frage kamen, als „Vertrauenspersonen“ bezeichnet werden; vgl ferner Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 56. Vgl dazu noch unten bei FN 2502.

⁸⁷ Vgl OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (47) (*Oppitz*): „Gerade die Kompetenzen bzw das Fachwissen des Abschlussprüfers [...] rechtfertigen das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Richtigkeit des geprüften und mit dem Bestätigungsvermerk versehenen Jahresabschlusses.“ Vgl bereits *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 515.

⁸⁸ Vgl OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h; *Kalss*, ÖBA 2002, 196; Begr RegEntw AuslInvG, BT-Drucksache 5/3494, 23; Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 36.

⁸⁹ *Kalss*, ÖBA 2002, 200; vgl auch *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 876; *Vasella*, Haftung 57, 329 f: Reputationsintermediation; *Eisen*, Haftung 291 und *Graf*, JBl 2012, 223 sowie *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 101: faktisches bzw objektives Qualitätssiegel; *Robol*, GesRZ 1983, 85; BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1872).

⁹⁰ Ähnl *Köndgen*, Selbstbindung 387; vgl dazu auch *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 686.

⁹¹ S zu diesem Begriff *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 268.

⁹² S zum insofern bestehenden Haftungsrisiko von Ratingagenturen: *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 878; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 474; s dazu noch ausf unten „Teil 1.II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten“; „Teil 2.II.A.4.b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3)“; s zu jenem der Abschlussprüfer: *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 351; vgl auch § 275 UGB; s zu jenem der Prospektkontrollore: BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1480).

⁹³ *Welser*, Haftung 99 f; vgl auch *dens*, ecolex 1992, 305.

Abschlussprüfer (§ 270 UGB), deren Tätigkeit mit der der Ratingagenturen besonders vergleichbar ist.⁹⁴

Erstere kontrollieren den Prospekt von nicht verbriefen Veranlagungen⁹⁵ auf Richtigkeit⁹⁶ und Vollständigkeit (§ 8 Abs 2 KMG) sowie von Wertpapieren⁹⁷ auf Vollständigkeit, Kohärenz⁹⁸ und Verständlichkeit (§ 8 Abs 2a KMG).⁹⁹ Angesichts der Gefahr eines übermäßigen Unternehmeroptimismus¹⁰⁰, soll die qualifizierte¹⁰¹ Kontrolle eine Irreführung der Anleger durch fehlerhafte Prospekte hintanhaltend (vgl § 2 UWG¹⁰²).¹⁰³ Nach Prüfung unterfertigen die Kontrolloren den Prospekt unter Beifügung „als Prospektkontrollor“, was die unwiderlegliche Vermutung begründet, dass sie die gesetzlich vorgeschriebene Kontrolle vorgenommen haben (§ 8 Abs 2, Abs 2a KMG). Mit dieser Erklärung an die Öffentlichkeit setzen sie sich persönlich für die Glaubwürdigkeit der Prospektangaben ein¹⁰⁴ und übernehmen so die Verantwortung für den Prospekt.¹⁰⁵ Nur ein auf diese Art geprüfter Prospekt legitimiert – nötigenfalls nach Billigung der FMA (§ 8a KMG)¹⁰⁶ – zu einem öffentlichen Angebot¹⁰⁷ von Wertpapieren oder Veranlagungen (vgl

⁹⁴ Die Dritthaftung von Abschlussprüfern und Ratingagenturen vergleichend: *Blaurock*, ZGR 2007, 633; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Haar*, ZBB 2009, 185; *dies*, NZG 2010, 1283; *dies*, DB 2013, 2490; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 481 f; *Halfmeier*, VuR 2014, 330; vgl auch *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; *Gass*, Schadenersatzansprüche 105; die Haftung der Ratingagentur mit der eines Abschlussprüfers vergleichend *Commercial Financial Services, Inc. v. Arthur Andersen LLP*, abrufbar unter: <http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/2004/439633.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2015), Rz 19 (Court of Civil Appeals of Oklahoma 2004); die Dritthaftung von Prospektkontrolloren und Abschlussprüfern vergleichend: *U. Torggler*, wbl 2001, 551; *Iro/Riss*, RdW 2012, 449 f; Parallelen zwischen der Haftung für Ratings und der Prospekthaftung ziehend: *Peters*, Haftung 75 FN 406, 119 f; *Eisen*, Haftung 232 FN 922; *Fischer*, Haftungsfragen 174; *Korth*, Dritthaftung 192; *Haar*, NZG 2010, 1284; *dies*, DB 2013, 2490; *dies*, Civil Liability 6: „gatekeeper liability“; vgl dazu auch *Partnoy* in *Fuchita/Litan*, Gatekeepers 95 f; vgl ferner *Fleischer*, BB 2002, 1870, wonach die Prospekthaftung der „Prototyp einer kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung“ sei; s auch die Einordnung der Abschluss-, Prospektprüfer und Ratingagenturen als „Emittenten- und Wertpapierprüfer“ bei *Weber*, Kapitalmarktrecht 188 f.

⁹⁵ S § 1 Abs 1 Z 3 KMG.

⁹⁶ Vgl demgegenüber § 8 Abs 1 VermAnlG; s dazu Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 33.

⁹⁷ S § 1 Abs 1 Z 4 KMG.

⁹⁸ Darunter versteht der Gesetzgeber „Freiheit von Widersprüchen“: ErläutRV KMG-Novelle 2005, 5.

⁹⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat eine Prüfung durch sachverständige Dritte aufgrund der damit einhergehenden Kostenbelastung der Anleger abgelehnt, vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63.

¹⁰⁰ *Fleischer*, AG 2008, 11.

¹⁰¹ ErläutRV KMG 17, 20; AB KMG 1.

¹⁰² Zur Parallele zwischen Prospekthaftung und § 2 UWG s etwa OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130).

¹⁰³ *Kalss*, Anlegerinteressen 175 f; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 826; BGH III ZR 300/05 NZG 2007, 663 (665): „Aufgabe der Prospektbeurteilung ist vor allem eine nähere Prüfung und Darlegung, ob der Prospekt die aus der Sicht eines verständigen und durchschnittlich vorsichtigen Anlegers für eine Anlageentscheidung erheblichen Angaben mit hinreichender Sicherheit vollständig und richtig enthält und ob diese Angaben klar, eindeutig und verständlich gemacht werden“; vgl Stellungnahme der Bundesregierung in VfGH 10.03.1993, G 170/92; Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 1, 14; Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 56; Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 33; OGH 3 Ob 75/06 k RdW 2007, 22; 10 Ob 69/11 m ÖBA 2012, 621 (624); 6 Ob 190/12 b ecolex 2014, 130 (131); *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 1. Die Einführung einer Prospektkontrolle kann als Ausgleich für die Aufhebung der Kompetenz des BMF verstanden werden, über die Zulassung von Schuldverschreibungen zu entscheiden (*Welser*, ecolex 1992, 302).

¹⁰⁴ *Rodrigues*, ecolex 1990, 77; vgl auch *Wilhelm*, ecolex 1992, 12.

¹⁰⁵ ErläutRV KMG 19; *Gruber*, wbl 1992, 42 FN 76; vgl Art 4 Abs 2 BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG); Art 11 Abs 2 lit a EmissionsprospektRL (89/298/EWG); § 80 Abs 1 Z 1 Fall 2 BörseG 1989; § 13 Abs 1 Wp-VerkProspG idF dBGBl I 1990, 2749; § 20 Abs 1 VermAnlG; § 21 Abs 1 Z 1 WpPG; Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 14. Konkret bezieht sich die Übernahme der Verantwortung auf die Tatsache, dass die Prospektkontrolloren die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung des Prospekts sorgfältig vorgenommen haben (vgl schon *Robol*, GesRZ 1983, 85).

¹⁰⁶ Zur Abschlussprüferhaftung s *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 56; zum Begriff der Billigung s § 1 Abs 1 Z 16 KMG; dazu auch *Kalss*, GesRZ 2010, 248.

§ 2 KMG). Da der Prospekt allgemein die Funktion hat, die Anleger über alle wesentlichen (dh kaufrelevanten¹⁰⁸) Eigenschaften der angebotenen Wertpapiere oder Veranlagungen und des jeweiligen Emittenten¹⁰⁹ aufzuklären (§ 7 Abs 1 KMG),¹¹⁰ ist es naheliegend, dass der Gesetzgeber aus Präventionsgründen ausdrücklich die Haftung für fehlerhafte Prospektinformationen normiert hat (§ 11 KMG).¹¹¹ Diese kann auch dann schlagend werden, wenn das Vertrauen in eine sorgfältige Prospektkontrolle¹¹² enttäuscht wird (§ 11 Abs 1 Z 2, Z 2a, Z 2b¹¹³ KMG). Dies ist aus Sicht des vom KMG intendierten Anlegerschutzes¹¹⁴ auch deswegen konsequent, weil Prospektmängel durchwegs erst dann ans Tageslicht kommen, wenn der „primäre Ansprechpartner“ der Anleger, der Emittent, insolvent oder zumindest nicht vollkommen liquide ist; eine ausschließliche Haftung des Letzteren würde daher oft leerlaufen.¹¹⁵ Bemerkenswert ist weiters, dass die Prospektprüfer auch eine Prognoseverantwortlichkeit trifft,¹¹⁶ die mit jener der Ratingagenturen bezüglich ihrer Ratings vergleichbar ist.¹¹⁷ Der Prospektkontrollor haftet dabei zwar nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts, wohl aber für unrichtige oder unvollständige Kontrollen¹¹⁸ (auch der im Prospekt enthaltenen Prognosen¹¹⁹). Mit den spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Haftung der Prospektkontrollore wurde sohin die

¹⁰⁷ S § 1 Abs 1 Z 1 KMG.

¹⁰⁸ Vgl Begr RegEntw AuslInvG, BT-Drucksache 5/3494, 28; Köndgen, AG 1983, 88; näher zum Begriff der Wesentlichkeit etwa v. Schweinitz, WM 2008, 958 FN 76.

¹⁰⁹ Vgl dazu § 7 Abs 1 Wp-VerkProspG idF dBGBI I 1990, 2749: Mit dem Prospekt soll ein „zutreffendes Urteil“ über diesen ermöglicht werden.

¹¹⁰ S auch Art 4 Abs 1 BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG); Art 11 Abs 1 EmissionsprospektRL (89/298/EWG); Art 5 Abs 1 Prospekt-RL 2003; vgl zur Prospekttheorie bereits Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 437 f: „In den seltensten Fällen waren sich die Zeichner der vollen Bedeutung der von ihnen übernommenen Verbindlichkeiten bewußt; sie zeichneten ohne Kenntniß der wichtigsten Bestimmungen über die Grundlagen der Gesellschaft. Schlimmer aber, als die hieraus den Zeichnern erwachsenen Nachteile [...]“; vgl sodann Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23, wonach der Prospekt die Funktion habe, dem Publikum „diejenigen Mittheilungen zu machen, welche zur Beurtheilung des inneren Werthes des angebotenen Papiers erforderlich sind“; ähnl Köndgen, AG 1983, 97; vgl zur Bedeutung des Prospekts „nach der Auffassung des Verkehrs“ auch Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 24 f sowie Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 76; s außerdem Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 13 f: Erleichterung der Vergleichbarkeit der Angebote; idS auch Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 33.

¹¹¹ Vgl bereits Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23: „Das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Mittheilungen [Anm: vgl vorige FN] ist für den Erwerb der Papiere bestimmend. Wird es getäuscht, so dürfen für den daraus entstehenden Schaden die Urheber des Prospekts nicht ohne Verantwortung bleiben.“

¹¹² Eingehend zum Sorgfaltsmaßstab Robol, GesRZ 1983, 80 ff; s auch Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 826 f; Welser, JBl 2014, 613 ff, insb 618; ein Bsp für eine mögliche Pflichtverletzung eines Prospektprüfers findet sich bei BGH III ZR 300/05 NZG 2007, 663 (665).

¹¹³ Zur Prospektkontrolle von Wertpapieren (die zum Handel an der Wiener Börse zugelassen wurden) durch die Wiener Börse AG s § 8 Abs 2c KMG; zur lediglich abw Terminologie „Stellungnahme“ s Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 17.

¹¹⁴ ErläutRV KMG 16; vgl die ErwGr der EmissionsprospektRL (89/298/EWG); ErläutRV KMG-Novelle 2005, 2.

¹¹⁵ Iro/Riss, RdW 2012, 447; vgl dazu OGH 4 Ob 353/98 k ÖBA 1999, 733 (734) und die Fälle bei Coing, WM 1980, 206 f; vgl zur Problematik ferner Rüffler, JBl 2011, 71; C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 288, 305; Kalss, Anlegerinteressen 215, 224 f; Wagner, ZGR 2008, 501; Nowak, KMG (1992) 121; G. H. Roth, Wertpapierrecht², 163.

¹¹⁶ ErläutRV KMG 19; vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 76; ErläutRV KMG-Novelle 2005, 5; Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 15; Koziol, ÖBA 1992, 892 f; vgl aber noch Meyer, BörsenG (1915) § 45 Anm 2.

¹¹⁷ S dazu noch unten bei FN 2909.

¹¹⁸ OGH 10 Ob 69/11 m ÖBA 2012, 621 (624); 6 Ob 190/12 b ecolex 2014, 130; 25.02.2015, 9 Ob 63/14 a.

¹¹⁹ Vgl dazu BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710.

Dritthaftung von Experten (Gutachtern) auch¹²⁰ in Bezug auf kapitalmarktorientierte Tätigkeiten gesetzlich ausdrücklich anerkannt.¹²¹

Abschlussprüfer prüfen den aufgestellten Jahresabschluss und Lagebericht von prüfungspflichtigen Gesellschaften¹²² (§§ 268 ff UGB) und fassen – ähnlich dem Prospektkontrollor – das Ergebnis ihrer Prüfung in einem Bestätigungsvermerk (§ 274 UGB) zusammen. Dieser beurkundet, sofern er uneingeschränkt erteilt wird, dass der geprüfte Jahresabschluss und Lagebericht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen und unter Beachtung der maßgeblichen Rechnungslegungsgrundsätze ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des geprüften Unternehmens vermitteln (§ 274 Abs 1 Z 3, Abs 5 UGB¹²³). Der geprüfte Jahresabschluss samt Prüfungsurteil des Abschlussprüfers ist elektronisch beim Firmenbuchgericht einzureichen (§ 277 Abs 1 und Abs 6 UGB) und ist nach Aufnahme in dessen Datenbank öffentlich zugänglich.¹²⁴ Bei großen Aktiengesellschaften muss er gesondert veröffentlicht werden (§ 277 Abs 2 UGB). Der Bestätigungsvermerk besitzt aus diesem Grund nicht nur für die geprüfte Gesellschaft selbst bzw ihre gegenwärtigen Gesellschafter Relevanz, sondern kann auch die Dispositionen aktueller und potenzieller Gläubiger der Gesellschaft beeinflussen.¹²⁵ Diese Tatsache berücksichtigt wiederum § 11 KMG, dessen Abs 1 Z 4 eine Haftung des vorsätzlich handelnden Abschlussprüfers gegenüber Anlegern vorsieht.¹²⁶

Ratingagenturen, Abschlussprüfer und Prospektkontrolloren nehmen damit alle eine bedeutende Stellung gegenüber dem Anlegerpublikum ein.¹²⁷ Nicht zufällig werden sowohl Ratingagenturen als auch Abschlussprüfer¹²⁸ als *gatekeepers* des Kapitalmarkts bezeichnet.¹²⁹ Bildlich gesprochen entscheiden sie mit ihren drittrelevanten Prüfungsurteilen wie „Torwächter“ *de facto* darüber, welchen Emittenten eine

¹²⁰ Zu § 141 Abs 5 EO, § 220b Abs 3 AktG und § 14 Z 6 KMG s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

¹²¹ Vgl AB KMG 2; C. Nowotny in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 302 f, 306.

¹²² Namentlich sind dies Aktiengesellschaften sowie Gesellschaften mbH mit Ausnahme kleiner Gesellschaften mbH (§ 221 Abs 1 UGB), die nicht über einen obligatorischen Aufsichtsrat verfügen (§ 268 Abs 1 UGB).

¹²³ Vgl dazu § 7 Abs 1 KMG.

¹²⁴ Näher § 277 Abs 6 UGB, §§ 29, 33 ff FBG; OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (47) (*Oppitz*).

¹²⁵ Vgl OGH 7 Ob 269/07 w RdW 2008, 453; 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 *Rieger Bank*, insb der dazu gehörige Rechtssatz RIS-Justiz RS0116077, wo der OGH von einer durch den „Bestätigungsvermerk geschaffene[n] Vertrauensbasis zwischen der geprüften Gesellschaft und deren (potentiellen) Gläubigern“ spricht; s zu dieser Entscheidung noch unten unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“; vgl weiters OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h, wonach der Bankprüfer von vornherein damit rechnen müsse, dass Dritte das Prüfungsurteil als „Maßstab für wirtschaftliche Dispositionen nehmen“ würden, was insb auf Anleger zutrefte; BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (427): Bestätigungsvermerk, geprüfter Jahresabschluss und Lagebericht als „wichtige Informationsquelle für den Markt – insbesondere auch für Kapitalanlageinteressenten – über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens“; BGH III ZR 139/12 NJW 2013, 1877 (1879); vgl außerdem OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (606 ff): Vertrauenstatbestand für „jedermann“.

¹²⁶ S dazu noch unten unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“ und nach FN 2670 sowie bei FN 2833; vgl auch *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 1975, 17, 25.

¹²⁷ Vgl *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, KOM(2011) 778/2, 2.

¹²⁸ *Fleischer*, AG 2006, 13; *Wilhelmer*, RdW 2007, 457; *Haar*, NZG 2010, 1283.

¹²⁹ *Fleischer*, AG 2013, 7; vgl auch *Haar*, ZBB 2009, 184.

Finanzierung über den Kapitalmarkt überhaupt „gestattet“ ist.¹³⁰ Diese Definition trifft umso mehr auf Prospektkontrolloren zu, weil ihre Weigerung, den Prospekt zu unterzeichnen, in aller Regel dazu führen wird, dass die Emission sogar gesetzlich verboten ist.¹³¹ Sind die drei genannten „Hüter des Kapitalmarkts“ nicht „wachsam“ genug, kann dies das Anlegervertrauen schwer beeinträchtigen und damit die Effizienz des Kapitalmarkts empfindlich verringern.¹³² Bemerkenswert ist auch, dass die Prüfungsurteile dieser drei Intermediäre symbolisch und damit verkehrsfähig gestaltet sind (vgl Art 3 Abs 1 *lit h*, Art 10 Abs 3 EU-RatingVO¹³³, § 274 UGB, § 8 Abs 2, Abs 2a KMG), womit der „öffentliche Glaube“ in derartige Tätigkeiten einen vergleichbaren, eindeutig wahrnehmbaren Anhaltspunkt hat;¹³⁴ es kommt insoweit zu einer Verschmelzung von (Berufs-)Rollen- und „Symbolvertrauen“.¹³⁵

Eine weitere Parallele zwischen Ratingagenturen und Prospekt- sowie Abschlussprüfern besteht darin, dass sie alle durch ihre Kontrolltätigkeit eine gute Unternehmensführung fördern, indem sie allfällige Schwächen in der Gebarung bzw Leitung des Prüfobjekts aufdecken.¹³⁶ Sie sind damit Funktionäre der *Corporate Governance*^{137 138}. Ratingagenturen

¹³⁰ Für Ratingagenturen: insb *Partnoy in Fuchita/Litan*, Gatekeepers 59 ff (S 60: zT auch „gate openers“); s weiters *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 5; *Däubler*, BB 2003, 429; *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 138 f; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 186; *Thiele*, Rating 92; *Reidenbach*, Ratingagenturen 32; *Blaurock*, ZGR 2007, 609 f; *Eisen*, Haftung 226 mit FN 893, 271, 289 ff, 349; v. *Schweinitz*, WM 2008, 953; *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 16 f; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 658; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2159; *Haar*, NZG 2010, 1283; *dies*, Civil Liability 5; *Korth*, Dritthaftung 90; *Lerch*, BKR 2010, 403, 405; *Vasella*, Haftung 364 FN 1518; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 1, 16; *Forschner*, J&E 2012/1, 8 f; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680, 683; vgl auch *Vetter*, WM 2004, 1701 f; *Karner*, ÖBA 2010, 587; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 265; *Amort*, EuR 2013, 273; vgl dazu auch *Hopt*, WM 2013, 101; *DAI/BDI/VDT*, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 1 (in Bezug auf Anleiheemissionen); vgl für die Prospektkontrolle *Weber*, Kapitalmarktrecht 195.

¹³¹ Bei Veranlagungsprospekten würde diesfalls keine „Billigung“ iSd § 2 Abs 2 KMG vorliegen, die aber gem § 2 Abs 1 KMG Voraussetzung für ein öffentliches Angebot wäre. Bei Wertpapierprospekten bedeutet ein negatives Prüfungsurteil des Prospektkontrollors, dass kein nach den Bestimmungen des KMG erstellter Prospekt vorliegt und die FMA infolgedessen von einer Billigung desselben absehen wird (vgl § 8a KMG), womit den Anforderungen des § 2 Abs 1 KMG ebenso nicht genügt wäre (vgl dazu schon oben bei FN 107). Vgl dazu auch den Verwaltungsstrafatbestand des § 15 Abs 1 Z 1 KMG.

¹³² Vgl *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, KOM(2011) 778/2, 2; ErwGr 9 AbschlussprüferRL (Stammfassung); *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, KOM(2004) 177, 2; ErwGr 1 f EU-RatingVO (Stammfassung); *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 263, 267 f; *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/09/629.

¹³³ Zum Symbolcharakter von Ratings s etwa *Arendts*, WM 1993, 230; *Deipenbrock*, BB 2003, 1850; *Vetter*, WM 2004, 1702, 1710; *Thiele*, Rating 95; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934; *Kley/Pape* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 922; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 613; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 658; *Karner*, ÖBA 2010, 587; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2159; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; *Vasella*, Haftung 123; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 9 f; *Bauer*, BB 2013, 364.

¹³⁴ Vgl aus der Praxis (Vertrauensstatbestand „Siegel eines Zivilingenieurs“) OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (*Kerschner*); ferner OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529): „Wesentliches Kriterium für die Dritthaftung des Abschlussprüfers ist nach der genannten Entscheidung der zu veröffentlichende Bestätigungsvermerk nach § 274 HGB als Vertrauensbasis“; zust *Graf*, wbl 2012, 248; vgl auch noch unten bei und in FN 2322.

¹³⁵ Vgl *Köndgen*, Selbstbindung 387, der das Testat des Abschluss- und des Prospektprüfers miteinander vergleicht und „symbolisch konstituierte[] Vertrauensstatbestände“ als wesentliche Merkmale von Berufen öffentlichen Glaubens bezeichnet, die er einem besonderen Haftungsregime unterwerfen will (S 380 ff, insb 383, 397 f); s dazu auch *dens*, AG 1983, 126; zu dieser Verschmelzung gerade bei Ratings s *Mühl*, Haftung, Rz 254; vgl auch *Vasella*, Haftung 135: Ratingsymbole drücken aus, dass das Rating von Spezialisten erstellt wurde; vgl ferner zur „beglaubigenden Funktion“ der Emissionsbank bei der Prospekterstellung: *Köndgen*, AG 1983, 125.

¹³⁶ S zur Kontrollfunktion von Ratingagenturen und Abschlussprüfern *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 199; *Oehler/Voit*, ÖBA 1999, 968, 971 (zu Ratingagenturen).

¹³⁷ S zu diesem Begriff *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 19.

¹³⁸ Für Ratingagenturen und Abschlussprüfer *Fleischer*, AG 2012, 7; ausf *Reidenbach*, Ratingagenturen 27 f, 284 ff; für Ratingagenturen *Deipenbrock*, BB 2003, 1849; für Abschlussprüfer *Kalss*, ÖBA 2002, 189; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 4; vgl auch Z 77 ff ÖCGK.

und wohl auch Prospektkontrolloren können dabei der externen Kontrolle zugeordnet werden, während die Abschlussprüfung Elemente einer äußeren wie inneren Revision aufweist.¹³⁹

Aufgrund der soeben angesprochenen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Informationsintermediäre ist es nur verständlich, dass der nationale und europäische Gesetzgeber bestrebt ist, eine ausreichende Qualität ihrer Prüfungsurteile sicherzustellen (s EU-RatingVO, AbschlussprüferRL, AbschlussprüferVO [EU] 537/2014, A-QSG).¹⁴⁰ In verfahrenstechnischer Hinsicht wurde hierfür eine öffentliche Aufsicht über diese Expertenbranchen etabliert und präzisiert.¹⁴¹ Das erschien jedenfalls für Ratingagenturen umso dringlicher, als starre oligopolistische Strukturen auf dem Ratingmarkt vorherrschen,¹⁴² die aufgrund der damit verknüpften Netzwerk¹⁴³- sowie *lock in*¹⁴⁴-Effekte¹⁴⁵ das (dem Wettbewerb förderliche) Eintreten von neuen Marktteilnehmern erschweren.¹⁴⁶ Hier kann ein weiterer Vergleich zur Abschlussprüfungs- und damit¹⁴⁷ ebenso zur Prospektprüfungstätigkeit gezogen werden, die ebenfalls von einer ähnlichen Marktstruktur geprägt sind.¹⁴⁸ Materielles Regelungsanliegen der einschlägigen gesetzlichen Normen war insb der Aspekt der Unabhängigkeit. Wie bereits angedeutet,

¹³⁹ Reidenbach, Ratingagenturen 28; Jobst/Kapoor, WM 2013, 681, 687 f; vgl unten bei FN 1019.

¹⁴⁰ Vgl insb ErwGr 11, 75 EU-RatingVO (Stammfassung) sowie ErwGr 32 AbschlussprüferRL (Stammfassung); ErwGr 31 Abschlussprüfer-ÄnderungsRL.

¹⁴¹ S Art 21 ff EU-RatingVO bzw ErwGr 20 AbschlussprüferRL (Stammfassung), ErwGr 18 Abschlussprüfer-ÄnderungsRL, Art 32 AbschlussprüferRL. Für die Prospektkontrolloren wurde nicht eigens eine spezifische Aufsicht eingerichtet. Dies wäre aber auch überflüssig, weil iW nur Kreditinstitute und beeidete Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur Prospektkontrolle befugt sind (näher § 8 KMG), die (nach dem Gesagten oder dem BWG) ohnehin und unabhängig von ihrer Tätigkeit als Prospektkontrollor einer Berufs-Aufsicht unterliegen.

¹⁴² ErwGr 11 EU-RatingVO-Novelle II; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6, 21; Däubler, NJW 2003, 1097; ders, BB 2003, 430; ders, WM 2011, 1829, 1831, 1835; Deipenbrock, BB 2003, 1850; dies, WM 2009, 1165; Vetter, WM 2004, 1703, 1712; Partnoy in Fuchita/Litan, Gatekeepers 60; Baurock, ZGR 2007, 606, 623, 641 f; ders, EuZW 2013, 611; Reidenbach, Ratingagenturen 338 f; Eisen, Haftung 287, 292; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 201; Haar, ZBB 2009, 179; dies, ZBB 2010, 186; dies, NZG 2010, 1282; Becker, ZG 2009, 133; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 657; Spindler, AG 2010, 610; Karner, ÖBA 2010, 588; Thiele, ZG 2010, 145; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2163; Zimmer, ebd 2707; Becker, DB 2010, 942; Lerch, BKR 2010, 403 ff; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268; Oppitz, ÖZW 2011, 64; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 463; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 15; Möllers, JZ 2009, 863; ders/Wecker, ZRP 2012, 106, 109; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297 f; Amort, EuR 2013, 272, 281; Jobst/Kapoor, WM 2013, 682 f; GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 3, 14.

¹⁴³ Als Netzwerkeffekt kann man jenen Vorteil der marktdominanten Ratingagenturen im Wettbewerb bezeichnen, den diese daraus ziehen, dass der Investor bei einer solchen Ratingagentur typischerweise auf eine Vielzahl von Bewertungen zurückgreifen kann und ihm damit eine optimale Vergleichbarkeit der Bonitätsnoten dieser Agentur ermöglicht wird (zur Relativität des Ratings s unten in FN 4024). Je mehr Ratingobjekte und Marktsegmente die Ratingagentur bewertet, desto stärker ist folglich der damit verknüpfte Netzwerkeffekt. Umgekehrt führt dieser Netzwerkeffekt bei neu gegründeten Ratingagenturen dazu, dass deren Ratings tendenziell ein geringeres Maß an Anlegervertrauen entgegengebracht wird, weil die Vergleichsbasis für die Investoren schmaler ist. Es besteht demnach eine Relation zwischen dem Netzwerkeffekt auf der einen und der Vertrauensstellung bzw Bedeutung der marktdominanten Ratingagenturen auf der anderen Seite.

¹⁴⁴ Der *lock in*-Effekt ist mit dem Imageschaden (*switching costs*) verknüpft, den der Emittent erleidet, wenn er die ihn bewertende Ratingagentur wechselt und so Zweifel an seiner Kreditwürdigkeit aufkommen (Vorwurf des *rating shopping* seitens der Anlegerschaft). Auch dieser Effekt führt also dazu, dass die marktetablierte Ratingagentur im Wettbewerb im Vorteil ist, weil sich der Emittent aus diesem Grund davor hüten wird, eine neu gegründete Ratingagentur mit einer Bewertung zu beauftragen.

¹⁴⁵ S zum Ganzen ErwGr 12 EU-RatingVO-Novelle II; Habersack, ZHR 169 (2005) 199; Reidenbach, Ratingagenturen 289, 339, dort (332 ff) ausf zum *rating shopping*; Haar, ZBB 2009, 178; dies, ZBB 2010, 186; dies, NZG 2010, 1284; dies, Civil Liability 5; Lerch, BKR 2010, 403; Oppitz, ÖZW 2011, 64; Däubler, WM 2011, 1831; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 463; Jobst/Kapoor, WM 2013, 683; Blaurock, EuZW 2013, 609; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 699, 707; Eisen, Haftung 279, 295.

¹⁴⁶ Vgl Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 921; zur Abschlussprüfung vgl London Economics, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258. S ferner zur Problematik der mangelnden Produktdifferenzierungsmöglichkeit Oppitz, ÖZW 2011, 64.

¹⁴⁷ Vgl § 8 Abs 2 Z 3 KMG.

¹⁴⁸ Fleischer, AG 2012, 7.

sehen sich die drei Informationsintermediäre typischerweise mit Interessenkonflikten konfrontiert, die aus ihrem Finanzierungsmodell resultieren: Derjenige, den sie objektiv prüfen und beurteilen sollen (der Emittent, die geprüfte Gesellschaft), bezahlt sie dafür.¹⁴⁹ Die Vergleichbarkeit der Problematik wurde dabei vom Gesetzgeber insoweit anerkannt, als zahlreiche Unabhängigkeitsbestimmungen der EU-RatingVO jenen der §§ 271, 271a, 271c UGB für Abschlussprüfer ähneln¹⁵⁰ und das KMG diese UGB-Regeln durch einen Verweis teilweise sogar unmittelbar übernommen hat (§ 8 Abs 4 KMG).

2) ME lohnt es sich im Wesentlichen aus zwei Gründen, die demnach vergleichbare Tätigkeit der Abschluss- bzw Prospektprüfung und die damit verknüpfte Haftung gegenüber Dritten in die vorliegende Untersuchung betreffend Ratingagenturen miteinzubeziehen: Die Schadenersatzpflicht sowohl der Abschlussprüfer als auch der Prospektkontrollore ist, anders als jene der Ratingagenturen, ausdrücklich auf nationaler Ebene gesetzlich geregelt.¹⁵¹ Insofern bietet es sich an, die einschlägigen gesetzlichen Wertungen für die Haftung von Ratingagenturen (insb für die Frage der Rechtswidrigkeit bzw des Rechtswidrigkeitszusammenhangs¹⁵²) fruchtbar zu machen.¹⁵³ Freilich wird im

¹⁴⁹ Vgl für Ratingagenturen: *Partnoy in Fuchita/Litan*, Gatekeepers 60, 68 ff; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 657; *Haar*, DB 2013, 2491; für den Abschlussprüfer: *Walter Doralt*, ÖBA 2006, 173. S dazu auch unten bei FN 4980.

¹⁵⁰ Ausf dazu unten „Teil 2.II.B.2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur“.

¹⁵¹ § 275 UGB, § 11 Abs 1 Z 4 KMG (Abschlussprüfer) sowie § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG (Prospektkontrollore).

¹⁵² Die Berechtigung Dritter zur Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegen den fahrlässig handelnden Experten richtet sich va danach, ob deren Schäden im Rechtswidrigkeitszusammenhang der vom Experten verletzten Normen (bei der vertraglichen Dritthaftung sind dies die vertraglichen Regelungen, bei der gesetzlichen Dritthaftung die einschlägigen gesetzlichen Normen) liegen. Letzteres wiederum hängt vom Zweck der jeweiligen Normen ab (vgl unten bei FN 2459). Um für die Bestimmung der Reichweite der gesetzlichen Dritthaftung die *ratio* etwa der § 1295 Abs 1, § 1300 Satz 1 ABGB ermitteln zu können, bietet es sich mE an, auf gesetzlich geregelte (Dritt-)Haftungsfälle zurückzugreifen, deren Zwecke zu würdigen und diese gegebenenfalls auf die zu lösende Problematik zu übertragen. Damit erreicht man ein Interpretationsergebnis, das am positivierten Willen des Gesetzgebers angelehnt ist und das mE daher (insb aus Rechtssicherheitsgründen) vorzugswürdig ist. Dieser rechtsdogmatische Zugang führt zu einer verstärkten Berücksichtigung der Wertungen des Unternehmensrechts iWS (einschließlich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts) im Rahmen der Begründung einer allg zivilrechtlichen Dritthaftung für Fehlinformationen, als dies bisher geschehen ist (vgl unten „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.β.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.γγ. Präzisierung der Reichweite des geschützten „Projekts““).

¹⁵³ Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 642; *Coing*, WM 1980, 212 (für die Lösung des Problems der Prospekthaftung am grauen Kapitalmarkt unter Heranziehung der sondergesetzlichen Prospekthaftung). Ein naheliegender Einwand gegen den hier angestrebten Vergleich zwischen Ratingagenturen einerseits sowie Abschlussprüfer und Prospektkontrollore andererseits könnte lauten, dass es sich bei Ratings grunds um eine Haftung für *freiwillige* Informationen handle (vgl aber auch § 9 Abs 1 Z 2 KMG und dazu unten bei FN 2338, 3795), wogegen letzteren Intermediären eine Ersatzpflicht im Zuge von *Pflichtprüfungen* bzw gesetzlichen Informationspflichten (§ 2 iVm § 11 KMG; § 268 iVm § 275 iVm § 277 UGB) auferlegt sei (vgl *Joos/Storm*, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Drinkuth* und *Seibt*, in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 211); bei obligatorischen Prüfungen und Informationen sei dem Gesetzgeber an einer besonderen Verlässlichkeit derselben gelegen, weswegen er sich – wenn überhaupt (vgl unten unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“) – bloß insofern für eine Haftungsbewehrung entschieden habe. Es sei daher bedenklich, die Wertungen der genannten spezialgesetzlichen Bestimmungen auf die Dritthaftung von Ratingagenturen zu übertragen. Dem muss entgegengehalten werden, dass es gerade Aufgabe der Rechtswissenschaft sein sollte, eine Systematik in Rechtsgebieten zu entwickeln (vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I, V f), in denen sich aufgrund von unbestimmten Rechtsbegriffen und -sätzen sowie Generalklauseln (§ 1295 Abs 1 ABGB) – auf den ersten Blick – nahezu alles vertreten lässt. Bei dem Unterfangen, ein System für die Dritthaftung von Experten zu entwickeln, das mit den Vorstellungen des Gesetzgebers harmoniert, ist es mE nun geradezu naheliegend, auf Rechtsvorschriften zurückzugreifen, die sich mit einer möglichst ähnlichen (wenn auch nicht identen) Thematik ausdr beschäftigen (s auch „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.β.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“). Ein Verständnis, wonach man die sondergesetzlichen Normen als „systemwidrige Ausreißer“ abstempelt (vgl zB *Brawenz*, ÖBA 1992, 436 mit FN 51) und nicht einmal den Versuch unternimmt, sie (und insb die Reichweite einer allfälligen gesetzlichen Haftung [vgl dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“]) mit den allgemeinen Wertungen des Schadenersatzrechts abzustimmen, widerspricht mE diesem Auftrag an die Lehre; dies umso mehr, als doch schon auf den ersten Blick nicht so sehr die Informationspflicht für die Informationshaftung den Ausschlag geben kann, sondern vielmehr die Bedeutung und damit Gefährlichkeit der fraglichen Information (vgl auch den Ansatz von *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206 [s dazu *dens* in *Joos/Storm*, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Drinkuth* und *Seibt*, ebd 212 und unten in FN 526, 3414]; ferner *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 4, 50). So unterscheidet schon die Zentralnorm des § 1295 Abs 1 ABGB nicht danach, ob den Schädiger eine Pflicht zum schadenkausalen Handeln/Unterlassen getroffen hat, oder nicht. Auch leuchtet es mE

Zuge dessen unbedingt zu klären sein, welche Bedeutung der in § 11 KMG vorgenommenen Interessenabwägung vor dem Hintergrund von Abs 8 *leg cit* überhaupt zukommen kann.¹⁵⁴

Werden die vorhandenen gesetzlichen Normen zur Konkretisierung der Dritthaftung von Ratingagenturen herangezogen¹⁵⁵ und ernst genommen, kann mE verhindert werden, dass in die Auslegung des relativ flexiblen Schadenersatzrechts (vgl nur die unbestimmte Zentralnorm des § 1295 Abs 1 ABGB) die subjektive Einstellung des Rechtsanwenders einfließt¹⁵⁶. Darüber hinaus haben sich Wissenschaft und Judikatur in Österreich mit der Haftung von Abschlussprüfern und Prospektkontrolloren im Vergleich zur Verantwortlichkeit von Ratingagenturen¹⁵⁷ wesentlich intensiver beschäftigt, sodass insoweit auf eine breitere Basis an (wenn auch sehr unterschiedlichen) österreichischen Stellungnahmen zurückgegriffen werden kann.¹⁵⁸ Ziel muss es sodann sein, ein Haftungsregime für Ratingagenturen herauszuarbeiten, das mit jenem der anderen beiden Vertrauensintermediäre inhaltlich kongruent ist, soweit die tragenden Gründe übereinstimmen.

Dabei darf – anders als dies in der ratingspezifischen Literatur¹⁵⁹ überwiegend bisher geschehen ist – die Haftung der vergleichbaren Informationsexperten auf Basis der vorhandenen Entscheidungen und Lehrmeinungen nicht als „(nicht) gegeben“ vorausgesetzt werden. Eine derartige Betrachtung liefe mE Gefahr, für die Untersuchung der Dritthaftung von Ratingagenturen an einer falschen, weil fremden Wurzel anzusetzen. Denn es macht wohl für die Dritthaftungsfrage, die sich für Ratingagenturen stellt, wertungsmäßig einen großen Unterschied, ob man als *de facto* bindende „Vorfragen“ die allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers oder die (unbegrenzte) Prospekthaftung der Prospektkontrollore nach „allgemeinem Zivilrecht“ bejaht. Das aufgezeigte Risiko soll in dieser Arbeit vermieden werden, indem nach Würdigung des Meinungsstands zur Haftung der drei Informationsintermediäre von den einschlägigen spezialgesetzlichen Normen (insb § 11 KMG, § 275 UGB) ausgegangen und danach eine Stellungnahme auf Basis allgemeiner Schadenersatzbestimmungen zur Dritthaftungsproblematik bei Ratings

ein, dass der Gesetzgeber bei der Regelung von Informationspflichten gleichsam als Annex und iS einer „Gesetzesreform-Ökonomie“ auch die Haftung für die Verletzung derselben statuiert, ohne dass dieses Vorgehen im Umkehrschluss bedeuten müsste, dass die jeweiligen Erwägungen des Gesetzgebers nicht auch auf andere Fälle zutreffen könnten. Der Umkehrschluss ist nur dann geboten, wenn den gesetzlich geregelten Informationspflichten völlig individuelle und daher nicht übertragbare Normzwecke zugrunde liegen sollten.

¹⁵⁴ S dazu unten bei FN 94. Es ist klar, dass eine Auseinandersetzung mit der Dritthaftungsfrage etwa im Rahmen eines Artikels schon aus Platzgründen nicht so ausführlich gehalten werden kann, wie im Rahmen einer Monographie.

¹⁵⁵ Zum „induktiven Vorgehen“ s auch noch unten bei und in FN 1909.

¹⁵⁶ Allg zur unerwünschten rein subjektiven Auslegung aus Sicht des Rechtsanwenders: F. Bydlinski, Methodenlehre², 454.

¹⁵⁷ Insoweit muss mE daher überwiegend deutsche Literatur verwertet werden, will man das Thema wissenschaftlich seriös bearbeiten.

¹⁵⁸ Dazu unten unter „Teil 1.I.C.2.b. Prospektkontrollore“, „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“.

¹⁵⁹ S dazu die Nw oben in FN 94.

abgegeben wird. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den sondergesetzlichen Haftungsbestimmungen erscheint umso mehr geboten, als mE die hierzulande wohl herrschende, jedenfalls aber überwiegende Meinung zur Drittverantwortlichkeit des Abschlussprüfers¹⁶⁰ sowie zur Reichweite der Prospekthaftung des Prospektkontrollors¹⁶¹ überprüfungsbedürftig ist.

Die Ausführungen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung mögen vor dem Hintergrund des Kerns dieser Arbeit, der Haftung von Ratingagenturen, als Exkurs erscheinen. ME sind die Untersuchungsergebnisse dieser „Randthemen“ aber ganz wesentlich für die Ableitung der Dritthaftung von Ratingagenturen aus der österreichischen Rechtsordnung. Deswegen wurden diese verwandten Problematiken, welche die hier vertretene Auffassung zur Dritthaftung von Ratingagenturen prägen¹⁶², im ersten Kapitel des Teils 1 dieser Arbeit („I. (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern“) eingeordnet. Der angestrebte Rekurs auf die generellen Haftungsnormen bei Begründung der Dritthaftung von Ratingagenturen erlaubt es, über diese hinaus eine allgemeinere Stellungnahme zur Dritthaftung von Experten nach österreichischem Recht abzugeben. Damit soll die Praxisrelevanz dieser Arbeit gesteigert werden. Dieses Vorgehen bietet sich insofern an, als man die Dritthaftung von Ratingagenturen – wie bereits erwähnt¹⁶³ – mit jener von sonstigen Fachkundigen, insb Gutachtern,¹⁶⁴ vergleichen kann und weil es in beiden Fällen um eine Informationsverantwortlichkeit iwS geht, die das ABGB besonderen Regelungen unterwirft (vgl §§ 1300, 1330 ABGB). Dabei will ich versuchen, die *leges generales* des Schadenersatzrechts im Einklang mit den Wertungen der spezialgesetzlichen Haftungen auszulegen und *vice versa*.

3) Die Ausführungen sollen sich aus diesen Gründen wie folgt gestalten: Zu Beginn soll ein Überblick über die Judikatur und den Meinungsstand zur Dritthaftung von Abschlussprüfern (S 49 ff), Prospektkontrolloren (S 57 ff) und Ratingagenturen (S 60 ff) gegeben werden. Um damit keinen Leser „ins kalte Wasser“ zu stoßen und das Gesamtverständnis zu erleichtern, wird diesen Ausführungen eine Übersicht über die OGH-Judikatur zur Gutachterhaftung vorangestellt (S 23 ff). Denn die Judikatur des OGH zur Dritthaftung von Experten hat die Rechtsanschauung und -entwicklung in Österreich

¹⁶⁰ S dazu unten unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“.

¹⁶¹ S dazu unten unter „Teil 1.I.C.2.b. Prospektkontrolloren“.

¹⁶² Vgl dazu unten bei FN 1911 und unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

¹⁶³ Oben bei FN 72.

¹⁶⁴ S nur Korth, Dritthaftung 46; Emmenegger in Wiegand, Basel II 70. Auch die Abschlussprüferhaftung (zu den Parallelen zwischen Ratingagenturen und Abschlussprüfern s die obigen Ausführungen in diesem Kapitel) wird immer wieder – mE richtigerweise – mit der Gutachterhaftung verglichen (s nur U. Torggler, GBU 2001/08/28; dens, wbl 2001, 548; dens, GBU 2002/03/06; dens, AnwBl 2003, 618 mwN; Graf, wbl 2012, 246).

mE stark geprägt, wofür die österreichischen Lehrmeinungen zur Abschlussprüferhaftung¹⁶⁵ ein beredtes Zeugnis ablegen, wenn man sie mit deutschen Stellungnahmen¹⁶⁶ zu diesem Thema vergleicht.¹⁶⁷ Danach soll zunächst zur Haftung von Prospektkontrolloren (S 75 ff) und Abschlussprüfern (S 107 ff) ausdrücklich Stellung genommen werden. Werden sodann auf Basis der so gewonnenen Erkenntnisse Rückschlüsse auf die Verantwortlichkeit von Ratingagenturen gezogen (vgl den vorigen Absatz), muss es Maxime sein, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Funktionen der verschiedenen kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediäre angemessen zu berücksichtigen, dh soweit sie nach dem Normzweck relevant sind (S 293 ff).

C. Problemnahe Judikatur und Meinungsstand

1. OGH-Judikatur zur Dritthaftung von Gutachtern: Entwicklung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“

a. Untersuchungsgegenstand und Reihenfolge der Entscheidungen

Die folgenden Unterkapitel sollen einen Überblick über die für die vorliegende Arbeit mE wichtigsten Entscheidungen aus der OGH-Judikatur zur Dritthaftung von Gutachtern bieten, also deren Haftung gegenüber vom Gutachtens-„Auftraggeber“¹⁶⁸ verschiedenen Personen („Dritten“)¹⁶⁹. Dabei konzentrieren sich die Ausführungen auf eine Haftung für bloße Vermögensschäden Dritter (nicht aber auf Schäden Dritter an absolut geschützten Rechtsgütern, deren Ersatz nach allgemeinen Verständnis unproblematisch ist¹⁷⁰). Ausgeklammert wird grundsätzlich¹⁷¹ auch die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen gegenüber den Prozessparteien, weil diese nach hM einem eigenen Regime folgt, das in einer durch die gerichtliche Bestellung entstandenen Sonderbeziehung zwischen diesen Personen begründet ist.¹⁷² Insoweit kann man wohl von vornherein nicht von einer „Dritthaftung“ im klassischen Sinne sprechen. In den jeweiligen Unterkapiteln sind eigene Anmerkungen zu den jeweiligen Entscheidungen enthalten, soweit sie schon an dieser

¹⁶⁵ Dazu unten unter „Teil 1.I.C.2.a.bb. Lehrmeinungen“.

¹⁶⁶ Dazu unten bei FN 995.

¹⁶⁷ Zudem kann die Judikatur mE helfen, bei der Entwicklung eines eigenen Dritthaftungsregimes (s dazu den Versuch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“) auf die Grenzen desselben aufmerksam zu machen. Die Fallbeispiele aus der Praxis könnten insofern verwertet werden, als damit die Voraussetzungen und Schranken einer Haftung wohl deutlicher, weil anschaulicher dargestellt werden könnten.

¹⁶⁸ Gemeint ist idZ kein Auftrag iSd § 1002 ABGB, sondern die Bestellung eines Gutachtens, die, wenn sie vom Gutachter angenommen wird, idR einen Werkvertrag begründet (s unten unter „Teil 1.II.C.1. Ratingvertrag als Werkvertrag“).

¹⁶⁹ S etwa OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann*. Vgl auch oben in FN 56.

¹⁷⁰ S dazu etwa die Entscheidungen OGH 6 Ob 457/60 SZ 34/39, 109; 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (*Koziol*).

¹⁷¹ S aber auch die erstreferierte Entscheidung *Schätzmann* („Teil 1.I.C.1.b.aa. Schätzmann – 4 Ob 111/34: weite Berufshaftung“).

¹⁷² ZB *Welser*, Haftung 79; *Koziol*, JBl 1993, 521.

Stelle der Arbeit notwendig erscheinen. Im Zuge der weiterfolgenden Ausführungen soll immer wieder auf die einzelnen Judikate Bezug genommen und versucht werden, sie zweckentsprechend zu verwerten.

Die Entscheidungen sind vorrangig systematisch geordnet.¹⁷³ Da sich die Judikatur des Höchstgerichts aber im Laufe der Jahrzehnte stark verändert hat (man könnte mE diesbezüglich von einer Welle der Haftungs[un-]freundlichkeit sprechen), ist es unverzichtbar, daneben (sekundär) auch die Chronologie angemessen zu berücksichtigen. Die letzten Entscheidungen zur Haftung des Gutachters gegenüber Anlegern sollen den Bogen zur Judikatur zur Dritthaftung des Abschlussprüfers¹⁷⁴ spannen.

b. Die „Welle der Haftungs(un-)freundlichkeit“

aa. *Schätzmann* – 4 Ob 111/34¹⁷⁵: weite Berufshaftung

In diesem Fall beabsichtigte der so bezeichnete „X“, einen Darlehensvertrag mit der minderjährigen (später geschädigten) „*Gisela K.*“ abzuschließen. Das zuständige Vormundschaftsgericht schaltete einen Gerichtssachverständigen (den zukünftigen Beklagten) ein, der die Liegenschaften des potenziellen Personalschuldners auf S 22.200 schätzte. Daher gewährte das Gericht diesem aus dem Vermögen der *Gisela K.* ein Darlehen iHv S 11.000, das mit Hypotheken auf diesen Grundstücken besichert wurde. Es kam wie es kommen musste: X hielt seine Verpflichtungen nicht ein; im Exekutionsverfahren wurden die verpfändeten Liegenschaften um bloß S 5.100 versteigert. Den dadurch erlittenen Schaden klagte *Gisela K.* vom Gerichtssachverständigen ein, der das Gutachten über den Liegenschaftswert erstellt hatte.¹⁷⁶ Der Beklagte wandte insb ein, er stehe in keinem Vertragsverhältnis zur Klägerin.¹⁷⁷

Während das Erstgericht die Klage abwies, standen das Berufungsgericht und der OGH der Haftung aufgeschlossen gegenüber: Der OGH ging dabei von seiner eigenen (damaligen) Vorjudikatur¹⁷⁸ aus. Als Grundregel gelte danach, dass der Sachverständige, der ein unrichtiges Gutachten erstattet, nur gegenüber dem Auftraggeber, nicht aber Dritten hafte.

¹⁷³ Um die Identifizierung der Entscheidungen zu erleichtern, wurden diese durch den Autor benannt.

¹⁷⁴ „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“.

¹⁷⁵ SZ 16/143, 410. Vorab: dieser Fall betraf zwar die Haftung eines gerichtlichen Sachverständigen; die darin enthaltenen Aussagen des OGH sind aber nach dem Verständnis des Höchstgerichts verallgemeinerungsfähig. Insb ist die Auseinandersetzung des OGH in dieser Entscheidung mit einer früheren, nicht veröffentlichten Entscheidung (OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33) für die hier angestellte Untersuchung von Relevanz.

¹⁷⁶ S zum Sachverhalt OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 *Schätzmann*.

¹⁷⁷ Weiters brachte er vor, dass eine Haftung aufgrund seines Verhaltens bei der Schätzung nicht in Frage käme, konkret seiner anfänglichen Weigerung, an der Schätzung mitzuwirken (OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 [411 f] *Schätzmann*).

¹⁷⁸ Dazu unten in FN 183, 198.

Gestützt auf die nicht veröffentlichte Entscheidung zu 1 Ob 818/33¹⁷⁹ betreffend einen Privatsachverständigen machte der OGH davon jedoch eine Ausnahme: Verfasse der Sachverständige ein Gutachten, „das nach der Auffassung des Verkehres auch dritten Personen zur Richtschnur dienen soll“, hafte er Dritten gegenüber für den schuldhaft zugefügten Schaden. Grund hierfür sei, dass solche Gutachten nicht dafür bestimmt seien, den Besteller selbst über den Liegenschaftswert zu informieren, sondern dritten Geldgebern als Orientierungshilfe dienen sollten. Daher habe der Sachverständige „die aus seinem Berufe als Schätzmann fließende Verpflichtung“ auch gegenüber Dritten, bei Gutachtenserstellung sorgfältig vorzugehen.¹⁸⁰

Eine Dritthaftung scheide nur dann aus, wenn der Gutachter damit rechnen dürfe, dass von dem Gutachten überhaupt kein Gebrauch gemacht wird oder dass es zumindest nur gegenüber solchen Personen verwendet wird, die dem Gutachten keine Bedeutung beimessen.¹⁸¹ Diese Grundsätze seien sowohl für einen Privatsachverständigen, der auf Vertragsbasis tätig wird, als auch für gerichtlich bestellte Sachverständige beachtlich. Der für Dritte nicht erkennbare Umstand, dass sich der Beklagte *in concreto* anfänglich geweigert hatte, bei der Gutachtenserstattung mitzuwirken, vermöge seine Haftung grundsätzlich nicht auszuschließen.¹⁸²

Anmerkung:

Diese Entscheidung liest sich sehr haftungsfreundlich;¹⁸³ auf der angesprochenen gedanklichen Welle¹⁸⁴ befindet sie sich also auf einem oberen Punkt. Denn die Dritthaftung greift danach schon bei objektiver Drittrelevanz des Gutachtens (eine Voraussetzung, die etwa der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers oder ein Rating jedenfalls erfüllen). Die vom OGH in der konkreten Entscheidung erwähnte (vermeintliche) Einschränkung (keine Dritthaftung, wenn redlicher Weise angenommen werden könne, dass das Gutachten gegenüber Dritten nicht gebraucht werde oder die Dritten der Expertise keine Bedeutung zumessen¹⁸⁵) erscheint eher als negative

¹⁷⁹ OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33. Diese Entscheidung ist laut Angaben des OGH (1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 [19]) nicht mehr „greifbar“.

¹⁸⁰ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann*.

¹⁸¹ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411 f) *Schätzmann*.

¹⁸² Anderes gelte nur dann, wenn der Sachverständige seine Stellungnahme aus begründeter Furcht (infolge rechtswidrigen Zwangs [vgl dazu § 870 ABGB] abgegeben habe (OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 [412] *Schätzmann*).

¹⁸³ Vgl auch schon die „Haftungsfreundlichkeit“ des OLG Wien in OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190 (191 f); anders freilich der OGH in dieser Entscheidung; s dazu noch unten bei FN 198.

¹⁸⁴ S oben nach FN 173.

¹⁸⁵ Was sich OGH darunter vorstellt, bleibt dunkel. Eine Verwendung gegenüber Personen, für die das Gutachten gerade nutzlos ist, erscheint lebensfremd.

Umschreibung des erforderlichen Drittbezugs des Gutachtens¹⁸⁶ (und nicht als zusätzliche Haftungsbegrenzung).

Bemerkenswert ist die rechtsdogmatische Grundlage der Haftung: Der OGH leitet diese aus der beruflichen Stellung des Sachverständigen ab, vertritt also offenbar eine heute überwiegend abgelehnte Berufshaftung¹⁸⁷ – eine Verdacht, der sich durch den Leitsatz bestätigt, der als Haftungsgrundlage § 1299 ABGB anführt.¹⁸⁸ Hervorhebung verdient weiters, dass sich der OGH auch einer Vertrauenshaftung zuwendet, wenn er zum einen die als Haftungsvoraussetzung attestierte Drittgerichtetheit nach dem Zweck des Gutachtens und der Verkehrsauffassung beurteilen möchte – ein Ansatz, der die spätere OGH-Judikatur noch prägen wird.¹⁸⁹ Zum anderen versagt das Höchstgericht dem Sachverständigen solche Einwendungen gegen die Dritthaftung, die sich auf für Dritte nicht erkennbare Tatsachen stützen.

Wenngleich die vom OGH in der Entscheidung mE zu pauschal befürwortete Dritthaftung später abzulehnen ist,¹⁹⁰ ist es doch sehr interessant, dass der OGH in dieser, einer seiner ersten Entscheidungen zur Dritthaftung von Gutachtern die Haftungsansätze der Berufs- und Vertrauenshaftung kombiniert. Darin liegt eine Parallele dieses Judikats zur hier vertretenen Haftungskonstruktion.¹⁹¹

bb. Liegenschaftsbewertung II – 6 Ob 313, 314/64¹⁹²: Ablehnung der Dritthaftung bei Fahrlässigkeit

Auch in diesem Fall verklagte eine Kreditgeberin – gestützt auf § 1299 ABGB – einen Sachverständigen, der den Wert einer Liegenschaft (nach Vorbringen der Klägerin zu hoch) geschätzt hatte. Laut Klage hätte die Klägerin im Vertrauen darauf diversen Personen einen Kredit eingeräumt, was sie sich mit einer Hypothek auf dem bewerteten Grundstück besichern ließ. Da die Forderungen der Klägerin gegen ihre Personalschuldner uneinbringlich seien, verlange sie vom beklagten Sachverständigen Schadenersatz.¹⁹³

¹⁸⁶ Zum praxisüblichen Drittbezug s noch unten bei FN 1823.

¹⁸⁷ Näher dazu unten bei FN 2062, 2063.

¹⁸⁸ Für die Ableitung der Dritthaftung von Gutachtern aus § 1299 ABGB finden sich zwar Anhaltspunkte in den Materialien. Eine *alleine* darauf gestützte „Berufshaftung“ ist mE aber zu verneinen; näher dazu unten bei FN 2859.

¹⁸⁹ S dazu unten bei und in FN 2496, 2478.

¹⁹⁰ Vgl unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“.

¹⁹¹ Näher unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

¹⁹² JBl 1965, 319 (F. Bydlinski); s dazu auch Welser, Haftung 82; Liebscher, Abschlußprüfer 46 f.

¹⁹³ S zum Sachverhalt OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinski).

Während noch die Argumentation des Berufungsgerichts an die *Schätzmann*-Entscheidung (oben S 24 ff) erinnert¹⁹⁴, ging der OGH im Einklang mit einer älteren Entscheidung aus dem Jahre 1927¹⁹⁵ äußerst restriktiv vor und lehnte eine Haftung ab. Einschlägige Haftungsgrundlage sei nicht § 1299 ABGB, sondern § 1300 ABGB. Beide Gesetzesstellen beträfen die Verantwortlichkeit des Sachverständigen gegenüber dem Vertragspartner;¹⁹⁶ eine Haftung gegenüber „jedermann“ scheide aus, auch weil die genannten Bestimmungen keinen über § 1295 ABGB hinausgehenden Schutz statuierten.¹⁹⁷ Demnach komme eine Haftung nur dann in Frage, wenn der Gutachter mit Vorsatz und im Einverständnis mit dem Auftraggeber ein falsches Gutachten erstattet.¹⁹⁸ Die *Schätzmann*-Entscheidung stehe dem nicht entgegen, gehe es dabei doch um die Verantwortlichkeit eines Sachverständigen in Eigenschaft als Hilfsorgan einer öffentlichen Behörde.¹⁹⁹

Anmerkung:

Auf der „dritthaftungsrechtlichen Welle“ befindet sich diese Entscheidung ganz unten²⁰⁰: Der OGH verneint eine Verantwortlichkeit des Privatsachverständigen Dritten gegenüber ganz grundsätzlich und macht davon nur eine Ausnahme für den wenig praxisrelevanten Fall des sittenwidrigen Zusammenspiels zwischen Auftraggeber und Sachverständigem (vgl. § 1295 Abs 2 ABGB). Auffällig ist der eklatante Widerspruch zur älteren *Schätzmann*-Entscheidung, den der OGH dadurch aufzulösen versucht, indem er darauf hinweist, dass es in der *Schätzmann*-Entscheidung um die Haftung eines gerichtlichen Sachverständigen gehe. Er übergeht dabei völlig die in dieser Entscheidung enthaltenen Ausführungen über die Haftung des Privatsachverständigen auf Grundlage des Vorjudikats 1 Ob 818/33 – jedenfalls dieses wäre für den konkret beurteilten Fall unmittelbar einschlägig gewesen und hätte in eine andere Richtung gedeutet als jene, für die sich der OGH in der Begründung der hier zu besprechenden Entscheidung letztendlich entschieden

¹⁹⁴ Das Berufungsgericht vertat, dass ein Sachverständiger „grundsätzlich“ auch gegenüber Dritten hafte, wenn das Gutachten zum Zwecke der Vorlage an Dritte eingeholt worden ist (die relevante Begründung ist abgedr. in JBl 1965, 319 [320]).

¹⁹⁵ OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190 (192 f.).

¹⁹⁶ S. dazu RIS-Justiz RS0026645. Diesen restriktiven Rechtssatz hat der OGH nunmehr ausdr. als „zu allgemein“ aufgegeben: OGH 7 Ob 273/00 y. ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; s. zu dieser Entscheidung noch unten unter „Teil 1.I.C.1.b.gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands“.

¹⁹⁷ Vgl. auch RIS-Justiz RS0026234.

¹⁹⁸ OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinski); so bereits OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190 (193); s. dazu OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225, 641 (645 f.); Welser, Haftung 81 f.

¹⁹⁹ Daneben erwähnt der OGH auch noch die Entscheidung OGH 6 Ob 457/60 SZ 34/39, 109. Dieser Fall ist mE aber nicht mit *Liegenschaftsbewertung II* vergleichbar, weil es in 6 Ob 457/60 um die Beeinträchtigung des absolut geschützten Rechtsguts „Eigentum“ des dritten Hauseigentümers geht. Auch der OGH geht in *Liegenschaftsbewertung II* von der mangelnden Einschlägigkeit der Entscheidung 6 Ob 457/60 aus.

²⁰⁰ Vgl. dazu auch den Befund zur Entwicklung der Dritthaftung im österreichischen Recht bei Öllinger, Haftung 189.

hat.²⁰¹ Zustimmung verdient die Ableitung einer allfälligen Expertenhaftung aus § 1300 ABGB und nicht aus § 1299 ABGB;²⁰² abzulehnen ist dagegen die Aussage, dass § 1300 ABGB keinen über § 1295 ABGB hinausgehenden Schutz statuieren würde²⁰³ (und daher ja eigentlich im Wesentlichen überflüssig sein müsste²⁰⁴). Insb ist die Argumentation des OGH, gegen eine weitgehende Dritthaftung gem § 1300 ABGB spreche die Tatsache, dass die Bestimmung von einer Haftung gegenüber „dem andern“ handle, nicht tragfähig. Das Höchstgericht meint, dass die Norm damit bloß eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Auftraggeber („dem andern“, dem Rat erteilt wird und der die Belohnung bezahlt) normiere.²⁰⁵ Der OGH verwechselt hierbei aber Satz 2 und Satz 1 des § 1300 ABGB. Nur § 1300 Satz 2 ABGB macht die vom OGH genannte Einschränkung. In den hier interessierenden Fällen geht es aber um eine Fahrlässigkeitshaftung des Sachverständigen, also um eine allfällige Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB.²⁰⁶ Auch das systematische Argument, § 1300 Satz 1 ABGB sei im Einklang mit Satz 2 der Bestimmung auszulegen, kann – wie später dargelegt – nicht überzeugen.²⁰⁷

cc. Vorläufige Bilanz – 8 Ob 281/70²⁰⁸: Eingeschränkte Haftung nach Vertrag zugunsten Dritter

In diesem Fall erstellte der später beklagte Wirtschaftstreuhänder auftragsgemäß eine Bilanz für eine OHG. Im Vertrauen auf das darin aufscheinende beträchtliche Eigenkapital der Gesellschaft gewährte eine Bank der OHG Kredit und ging Haftungen für diese ein. Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der OHG klagte die Bank den Wirtschaftstreuhänder.²⁰⁹ Dafür brachte sie vor, die von ihm erstellten Bilanzen hätten die Vermögenslage des Unternehmens unangemessen günstig dargestellt; es habe erhebliche Diskrepanzen zwischen den Bilanzen der einzelnen Jahre gegeben, sodass der Grundsatz der formellen Bilanzkontinuität nicht gewahrt sei, was der beklagten Partei zumindest hätte

²⁰¹ Vgl auch die Kritik bei *Welser*, Haftung 82. Freilich darf nicht übersehen werden, dass der zu entscheidende Fall *Liegenschaftsbewertung II* insofern besonders gelagert war, als der Sachverständige dabei die ausdrückliche Zusage des Auftraggebers gehabt hatte, dass dieser das Gutachten bloß für sich verwenden werde. Namentlich sollte dieser damit eine „Diskussionsgrundlage für Verhandlungen mit einem Ministerium“ haben (OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 [320] *Liegenschaftsbewertung II* [F. Bydliński]). Aus heutiger Sicht erscheint damit zumindest ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Klägerin als ausgeschlossen, setzt dieser doch eine erkennbare Leistungs- und Gläubigernähe voraus (s dazu unten bei FN 1166). Demgegenüber ist eine Vertrauenshaftung nicht undenkbar, sofern das Gutachten seinem Inhalt nach den Eindruck erweckte, (auch) für Dritte bestimmt zu sein. Das „Missbrauchsrisiko“ (nicht aber das Manipulationsrisiko [s bei FN 2227]) trägt diesfalls mE der Sachverständige (unten bei und in FN 2492).

²⁰² S unten bei FN 2862.

²⁰³ S unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ. „Konstitutives Verständnis“ des § 1300 Satz 1 ABGB“ sowie unten bei FN 2872.

²⁰⁴ Vgl unten bei FN 1550.

²⁰⁵ So bereits OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190 (192 f); 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300.

²⁰⁶ S dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

²⁰⁷ S dazu unten bei FN 1820.

²⁰⁸ SZ 43/236, 833; s dazu auch *Welser*, Haftung 83; *Liebscher*, Abschlußprüfer 47; vgl dazu aus neuerer Zeit OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526; vgl ferner den vergleichbaren Fall BGH III ZR 15/92 NJW-RR 1993, 944.

²⁰⁹ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 *Vorläufige Bilanz*.

auffallen müssen. Diese habe gewusst, dass die Bilanzen zur Vorlage bei der Bank Verwendung finden sollten.²¹⁰ Der beklagte Wirtschaftstreuhänder bestritt dies und wandte ein, er sei bloß mit der Erstellung von vorläufigen Rohbilanzen für unternehmensinterne Zwecke beauftragt gewesen, die aufgrund spezieller „Weisungen“ des Auftraggebers verfasst worden wären. Die Klägerin habe daher auf eigenes Risiko disponiert.²¹¹

Während das Erstgericht²¹² „untertänig“ die restriktive Linie der Entscheidung *Liegenschaftsbewertung II* (oben S 26 ff) fortführte und eine Dritthaftung ohne Vortragen eines sittenwidrigen Zusammenspiels *per se* ablehnte, befürwortete das Berufungsgericht²¹³ die prinzipielle Möglichkeit einer Haftung gegenüber Dritten. Begründet wurde dies mit der besonderen Vertrauensstellung des Wirtschaftstreuhänders und dem von ihm geschaffenen, förmlichen (insb mit Siegel versehenen) Vertrauenstatbestand „Bilanz“. Es trug daher dem Erstgericht die Prüfung auf, ob die erstellte Bilanz auch zur Vorlage an eine Bank zur Beurteilung der Bonität der OHG verwendet werden sollte.

Dem stimmte der OGH im Ergebnis zu. In der Begründung ging er zunächst von der dritthaftungsunfreundlichen Ansicht der *Liegenschaftsbewertung II*-Entscheidung (oben S 26 ff) aus²¹⁴, wandte sich dann aber den Fällen zu, in denen ein Dritter doch gegen den Sachverständigen schadenersatzrechtlich vorgehen könnte. So könne der Dritte aus dem „fremden Vertrag“ einen Schadenersatzanspruch geltend machen, wenn er der Vertragsleistung nahesteht und den schädigenden Vertragspartner daher eine Schutzpflicht ihm gegenüber treffe.²¹⁵ Der Dritte müsse erkennbar begünstigt erscheinen, worin eine Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter liege.²¹⁶ Mit *F. Bydlinski*²¹⁷ sei daher entscheidend, dass „der Besteller [des Gutachtens], für den Sachverständigen erkennbar, gerade die Interessen des Dritten mitverfolgte“.²¹⁸ Diesfalls sei der Dritte geschützt.

Demnach sei es für den Verfahrensausgang wesentlich, ob der Auftrag zur Erstellung der vorläufigen Bilanz für den Beklagten erkennbar deswegen erfolgte, um die Klägerin über die Vermögenssituation der OHG zu unterrichten.²¹⁹ Denn dann wäre auch der beklagten

²¹⁰ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 *Vorläufige Bilanz*.

²¹¹ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (833 f) *Vorläufige Bilanz*.

²¹² HG Wien 15 Cg 234/70, Vorinstanz zu OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (834) *Vorläufige Bilanz*.

²¹³ OLG Wien 3 R 205/70, Vorinstanz zu OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (834) *Vorläufige Bilanz*.

²¹⁴ RIS-Justiz RS0026740.

²¹⁵ RIS-Justiz RS0037785.

²¹⁶ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836 f) *Vorläufige Bilanz*.

²¹⁷ *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321.

²¹⁸ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*; RIS-Justiz RS0017178.

²¹⁹ Ähnl, aber wohl etwas haftungsfreundlicher als die Entscheidung *Vorläufige Bilanz* ist die Entscheidung OGH 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300 (s dazu *Welser*, Haftung 82; *Liebscher*, Abschlußprüfer 46), die damit auf der Welle gewissermaßen zwischen *Vorläufige Bilanz* und *Schätzmann* („Teil 1.I.C.1.b.aa. Schätzmann – 4 Ob 111/34: weite Berufshaftung“) liegt. Darin hielt der OGH (ohne auf die rechtsdogmatische Grundlage der Dritthaftung einzugehen) fest: „Der Sachverständige, der auf Ersuchen des Bestellers ein Gutachten

Partei erkennbar gewesen, dass die OHG bei Gutachtensbestellung die Interessen der Klägerin mitverfolgte.²²⁰ Hätte aber die beklagte Partei die Bilanz tatsächlich nur zu betriebsinternen Zwecken erstellt und von einer Verwendung gegenüber einem Bankinstitut nichts gewusst, sei ihre Haftung zu verneinen;²²¹ dies trotz der Tatsache, dass die von der beklagten Partei erstellte Bilanz nach außen hin, also für Dritte den Anschein einer verlässlichen Bilanz erweckte.²²²

Anmerkung:

Diese Entscheidung verdient Hervorhebung, weil sie einen thematischen und rechtsdogmatischen Vorgriff auf das für die vorliegende Dissertation wohl wichtigste Dritthaftungs-Judikat, die *Rieger Bank*-Entscheidung (dazu unten S 49 ff), darstellt. Sie ist mit der zuvor erwähnten Entscheidung *Liegenschaftsbewertung II* insofern unmittelbar verknüpft, als der OGH in *Vorläufige Bilanz* ausdrücklich die Lehrmeinung *F. Bydlinskis*²²³ übernahm, die dieser in seiner Anmerkung zu *Liegenschaftsbewertung II* vertreten hatte. Das sollte Bedeutung für die zukünftige Rsp haben.²²⁴

In der Sache ist *Vorläufige Bilanz* damit freilich wesentlich haftungsfreundlicher als *Liegenschaftsbewertung II*, weil der OGH eine Dritthaftung für fahrlässiges Fehlverhalten des Wirtschaftstreuhänders prinzipiell für möglich hält. Die Welle der Haftungsfreundlichkeit wandert damit wieder nach oben, erreicht aber nicht den Höhepunkt der *Schätzmann*-Entscheidung (oben S 24 ff). Denn der OGH schränkt die Dritthaftung in *Vorläufige Bilanz* erheblich ein. Er fordert eine eindeutige Erkennbarkeit der Betroffenheit des Dritten,²²⁵ steckt also den geschützten Personenkreis recht eng ab. Auch wenn der OGH in *Vorläufige Bilanz* nicht ausdrücklich vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spricht (wie später etwa in der Entscheidung *Rieger Bank*), so vertrat er materiell schon damals eine derartige Haftungsfigur. Zutreffender

abgibt, ist nur diesem zur Sorgfalt verpflichtet, es sei denn, daß er voraussehen konnte, daß der Besteller durch die Verwendung des Gutachtens auch einen Dritten zu vermögensrechtlichen Handlungen bestimmen könnte, was allerdings in der Regel der Fall sein wird, wenn von einem öffentlich bestellten Sachverständigen ein schriftliches Gutachten verlangt wird. In diesem Falle könnte ein Verschulden gegenüber dem Dritten nach § 1295 ABGB. vorliegen.“ Diese Entscheidung dürfte aber letztlich doch der Entscheidung *Schätzmann* näher liegen, weil darin bei schriftlichen Gutachten von öffentlich bestellten Sachverständigen idR von einer Dritthaftung ausgegangen wird, was an das Regel-Ausnahme-Verhältnis der *Schätzmann*-Entscheidung erinnert.

²²⁰ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*.

²²¹ RIS-Justiz RS0022654; s auch OGH 23.10.2014, 5 Ob 173/14 y.

²²² OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (838) *Vorläufige Bilanz*.

²²³ *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321.

²²⁴ Vgl unten bei und die Nw in FN 1251.

²²⁵ Dem Wirtschaftstreuhänder müsse erkennbar sein, dass der Bilanzerstellungsauftrag deswegen erfolgte, um das Kreditinstitut über die Bonität der OHG zu informieren (OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 [837] *Vorläufige Bilanz*).

Weise stellt er dabei auf den Verständnishorizont der Vertragsparteien ab;²²⁶ konkret fragt er danach, ob dem Wirtschaftstreuhänder erkennbar war, dass sein Vertragspartner die be- und erstellte Bilanz der Bank vorlegen möchte. Dass das Höchstgericht für die Anwendbarkeit des genannten Haftungsinstituts der Feststellung, dass die Bilanz für Dritte einen ordnungsgemäßen Anschein erweckte, keine Bedeutung zumisst, ist konsequent. Hinsichtlich einer allfälligen Vertrauenshaftung müsste allerdings anderes gelten, weil es dafür auf den für Dritte geschaffenen Vertrauenstatbestand ankommt.²²⁷

Vor dem Hintergrund des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erscheint aber im Fall *Vorläufige Bilanz* die Tatsache problematisch, dass die OHG (als Kreditnehmer) und die Bank (als Kreditgeber) diametral entgegengesetzte Interessen verfolgen, sodass von einer Interessenverfolgung durch die OHG zugunsten der Bank kaum die Rede sein kann.²²⁸ Bemerkenswerter Weise geht der OGH (anders als in der Entscheidung *Rieger Bank!*) auf dieses Gegenargument ein.²²⁹ Er meint, der beklagte Wirtschaftstreuhänder könne sich nicht darauf berufen, dass der Auftraggeber (die OHG) nicht die Interessen des Dritten (der klagenden Bank) wahren wollte, weil er, wenn er dies wüsste, an einer listigen Irreführung seitens der OHG beteiligt gewesen wäre.²³⁰ Diesfalls würde er ohnehin deliktisch haften.

ME vermengt der OGH dabei zwei Dinge: Niemand bestreitet die Dritthaftung, wenn der Wirtschaftstreuhänder bewusst eine falsche Bilanz ausstellt, damit der Auftraggeber einen Dritten schädigen kann (vgl. § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB). Fraglich ist aber, was außerhalb des Bereichs listiger Irreführung gelten soll, ob den Vertragsparteien (Wirtschaftstreuhänder und OHG) also hier unterstellt werden kann, sie würden bei Vertragsabschluss einen Drittschutz auch für bloß *fahrlässig* begangene Fehler des bilanzerstellenden Experten beabsichtigen.²³¹ Das hätte etwa zur Folge, dass der Sachverständige Bewertungsspielräume anders (nämlich tendenziell ungünstiger für den Auftraggeber) ausnützen würde und sich der Auftraggeber dem Risiko des Regresses durch den Sachverständigen aussetzen würde, wenn der Auftraggeber dem Sachverständigen

²²⁶ Die (objektive) Vertragsauslegung bildet mE die methodische Basis für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, s unten bei FN 1139.

²²⁷ Näher dazu unten bei und in FN 2492. S auch die Entscheidung *Gesellschafterabschichtung* unten unter „Teil 1.I.C.1.b.gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands“.

²²⁸ *Welser*, Haftung 85 f; zutr auch BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (322): „Zudem verbietet sich die Annahme einer solchen Schutzwirkung auch mit Rücksicht auf die erkennbare Gegenläufigkeit der Interessen, die in bezug auf die Darstellung der Kreditwürdigkeit zwischen dem Auftraggeber (Kreditsuchenden) einerseits und der Bank andererseits besteht“; s zum Problem auch noch unten bei FN 1263.

²²⁹ Vgl aber auch die Entscheidung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607), wo der OGH ganz ähnl wie im Fall *Vorläufige Bilanz* argumentiert.

²³⁰ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (838) *Vorläufige Bilanz*.

²³¹ Ähnl Kritik bei *Welser*, Haftung 83 FN 12.

zuvor fehlerhafte Informationen übermittelt hat.²³² Das kann man mE nicht ohne weiteres annehmen.

dd. *Verstreute Bonitätsauskunft* – 3 Ob 547/84²³³: Präzisierung der Haftungsgrenzen

In dieser Causa verlangte ein Lieferant, dessen Abnehmer in Konkurs geschlittert war, von der Hausbank des Abnehmers Schadenersatz für seine uneinbringlichen Forderungen. Gestützt wurde das Klagebegehren ua darauf, dass die beklagte Bank zwar nicht dem klagenden Lieferanten selbst, aber doch anderen Personen positive Bonitätsauskünfte über die Vermögenslage des Abnehmers erteilt habe.²³⁴ Der Kläger habe von diesen Auskünften erfahren und im Vertrauen darauf dem Abnehmer einen Lieferantenkredit eingeräumt.²³⁵

Der OGH verneinte die Haftung.²³⁶ Im Einklang mit *Liegenschaftsbewertung II* (oben S 26 ff) und *Vorläufige Bilanz* (oben S 28 ff) hielt er fest, dass eine Sachverständigenhaftung Dritten gegenüber die Ausnahme bleiben müsse. Ein haftungsbegründendes kollusives Zusammenwirken zwischen der beklagten Bank und denjenigen Personen²³⁷, denen die Bonitätsauskünfte unmittelbar erteilt worden waren, sei nicht behauptet worden. Eine Dritthaftung käme aber allerdings auch dann in Frage, wenn der Besteller des Gutachtens (hier: der um Auskunft Ersuchende) „für den Sachverständigen erkennbar, gerade (auch) die Interessen eines – oder mehrerer bestimmter – Dritten(r) bei der Bestellung des Gutachtens mitverfolgt“; dann liege ein Vertrag zugunsten Dritter oder ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor.²³⁸ Wer solcherart geschützter Dritter ist, richte sich nach der Verkehrsübung und dem Zweck des Gutachtens.²³⁹ Demgegenüber komme eine Haftung gegenüber beliebigen Dritten im Zweifel auch dann nicht in Betracht, wenn der Sachverständige weiß, dass sein Gutachten verbreitet werden soll.²⁴⁰ Rechne er bloß abstrakt damit, dass die Stellungnahme irgendwie

²³² Vgl dazu unten bei FN 1334, 1339.

²³³ SZ 57/122, 597; s dazu auch *Liebscher*, Abschlußprüfer 47 f.

²³⁴ Eine Besonderheit des vorliegenden Falls liegt in der Behauptung des Klägers, die Bank habe wissentlich unrichtige Bonitätsauskünfte erteilt. Dieser Umstand wird aber in der Folge ausgeklammert, weil er für die hier angestellte Untersuchung (Dritthaftung für fahrlässiges Fehlverhalten; vgl demgegenüber § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB) unpassend ist.

²³⁵ OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 *Verstreute Bonitätsauskunft*; vgl zur Problematik aus deutscher Sicht *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21.

²³⁶ Zur hier interessierenden Begründung des OGH s OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600 f) *Verstreute Bonitätsauskunft*.

²³⁷ Wäre dieser Fall einer der „klassischen“ Gutachterhaftungsfälle, wären diese Personen der bzw die Auftraggeber.

²³⁸ RIS-Justiz RS0026552.

²³⁹ RIS-Justiz RS0026558; idS bereits *Welser*, Haftung 88.

²⁴⁰ RIS-Justiz RS0026558; idS bereits *Welser*, Haftung 88; so auch OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627 (628).

an Außenstehende gelangen werde, führe dies nicht zu einer Schadenersatzpflicht solchen Personen gegenüber.²⁴¹

Im konkreten Fall sei nun nicht einmal vom Kläger behauptet worden, dass gerade auch seine Interessen bei Einholung der Bonitätsauskünfte in einer für die Beklagte erkennbaren Weise mitverfolgt worden seien. Auch fehle es an der Behauptung, dass die Beklagte konkret damit habe rechnen müssen, die Bonitätsauskünfte würden von den unmittelbaren Informationsadressaten an den Kläger weitergeleitet oder ihm sonst zur Kenntnis gelangen.²⁴² Eine (Dritt-)Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger scheide daher aus. Das Bewusstsein der Beklagten, die von ihr erteilten Bonitätsauskünfte könnten die geschäftlichen Dispositionen irgendeines Dritten beeinflussen, sei hierfür nicht ausreichend.

Anmerkung:

Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit *Vorläufige Bilanz* (und damit wohl auch auf deren Höhe in der fiktiven Welle). Sie ist für die hier angestellte Untersuchung insofern wertvoll, als sie als Klarstellung und Präzisierung dieses Vorjudikats verstanden werden kann. Zunächst nimmt der OGH explizit zur rechtsdogmatischen Grundlage der Haftung Stellung („Vertrag [mit Schutzwirkung] zugunsten Dritter“). Interessanterweise erwähnt er – soweit ersichtlich erstmals – die insb von *Welser*²⁴³ vertretenen „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ zugunsten Dritter, anerkennt diese aber (noch) nicht ausdrücklich.²⁴⁴ Dennoch übernimmt das Höchstgericht die von *Welser* vorgeschlagenen Einschränkungen der Dritthaftung, die sich mit den Kriterien nach *Vorläufige Bilanz* gut vertragen. Dieses Vorgehen des OGH dürfte Folgen für die Zukunft gehabt haben – anders als in der sogleich zu besprechenden *Goldgrube*-Entscheidung (S 35 ff) wird er in späteren Judikaten in mE unzulässiger Weise die Haftungsfiguren Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einerseits und „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ andererseits vermengen und damit Verwirrung stiften.²⁴⁵

Für einen Drittschutz verlangt der OGH in *Verstreute Bonitätsauskunft* sehr deutlich die *konkrete* Betroffenheit des Dritten von der Information und die diesbezügliche

²⁴¹ RIS-Justiz RS0026569; idS bereits *Welser*, Haftung 85.

²⁴² Vgl auch die Entscheidung OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91), in der ebenso nicht der unmittelbare Adressat der Bonitätsauskunft gegen die auskunftserteilende Bank erfolglos vorging.

²⁴³ *Welser*, Haftung 86 ff mit FN 35.

²⁴⁴ Vgl auch die Interpretation bei *Liebscher*, Abschlußprüfer 47 f.

²⁴⁵ S etwa OGH 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; wohl am deutlichsten bei OGH 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i; s dazu auch *Kletečka* in FS Reischauer (2010) 290.

Erkennbarkeit für den Sachverständigen. Nicht ausreichend sei das Wissen des Sachverständigen, die Bonitätsauskunft (das Gutachten) würde irgendwie an Dritte gelangen. Damit ist wohl gemeint, dass eine Dritthaftung nur dann in Frage kommen soll, wenn der Sachverständige bei Informationserteilung wenigstens irgendwelche Anhaltspunkte hat, um den geschützten Dritten genauer (konkreter) beurteilen und das Haftungsrisiko besser abschätzen zu können. Eine abstrakte Drittrelevanz der Information (eine Eigenschaft, die bald einmal vorliegen wird) genüge nicht. Ausdrücklich hält es der OGH aber für möglich, dass nicht nur ein Dritter, sondern auch mehrere bestimmte Dritte von den vertraglichen Schutzwirkungen erfasst sein können. Wie schon in der *Schätzmann*-Entscheidung (oben S 24 ff) misst er hinsichtlich der Frage, welche Dritte ersatzberechtigt sein könnten, dem Gutachtenszweck und der Verkehrsübung maßgebliche Bedeutung zu. Hervorhebung verdient weiters, dass der OGH bezüglich der Erkennbarkeit der Drittbetroffenheit auf den Zeitpunkt der Gutachtensbestellung (dh wohl des Vertragsabschlusses) abstellt, was für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter rechtsdogmatisch durchaus konsequent ist.²⁴⁶

In das von *Verstreute Bonitätsauskunft* umrissene Haftungsregime passt gut die Entscheidung 8 Ob 542/85²⁴⁷, die hier zwecks Vermeidung von Wiederholungen nicht ausführlich besprochen wird. Darin klagte – wieder einmal – eine Kreditgeberin einen Gutachter, der über eine Liegenschaft des Kreditnehmers im Auftrag desselben ein Bewertungsgutachten erstellt hatte. Der Fall war insofern besonders gelagert, als der Auftraggeber dem Gutachter bei Gutachtensbestellung mitgeteilt hatte, dass er das zu bewertende Grundstück verkaufen wolle²⁴⁸ – von einer beabsichtigten Verwendung der Expertise zwecks Erlangung eines Hypothekendarlehens hatte er dagegen nichts erwähnt.²⁴⁹ Der OGH wiederholte im Wesentlichen die Parameter der Entscheidung *Verstreute Bonitätsauskunft*. Er verneinte auch in diesem Fall die Haftung, weil dem Sachverständigen nicht erkennbar gewesen sei, dass der Auftraggeber allenfalls die Interessen der Kreditgeberin mitverfolgte.²⁵⁰

²⁴⁶ S dazu unten bei FN 1161.

²⁴⁷ RdW 1985, 306.

²⁴⁸ OGH 11.07.1985, 8 Ob 542/85 (die relevante Sachverhaltsdarstellung ist nicht in der RdW abgedr.).

²⁴⁹ S OGH 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306 (307).

²⁵⁰ Ich halte dieses Ergebnis für unrichtig, weil sich das Haftungsrisiko des Sachverständigen nicht erhöht (vgl unten bei FN 2675), wenn man anstelle eines Käufers einen Kreditgeber in den Schutzbereich einbezieht; dies unter der Prämisse, dass man das Haftungsrisiko in beiden Varianten – richtigerweise (vgl auch unten bei und in FN 310) – mit dem vom Sachverständigen festgestellten Wert des Grundstücks begrenzt.

ee. Goldgrube – 7 Ob 513/96²⁵¹: „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“

In diesem Fall wandte sich ein Gastwirt, der auf seiner Liegenschaft den Gasthof mit dem (wenig verheißungsvollen) Namen „Goldgrube“ betrieb, an den beklagten Sachverständigen, um den Verkehrswert dieses Grundstücks feststellen zu lassen.²⁵² Dem Sachverständigen gegenüber erwähnte der Gastwirt dabei ausdrücklich, dass er das Gutachten benötige, um Geld zu „beschaffen“; ausweislich des Gutachten texts diene es „zur Vorlage bei der Bank“. Nach der Gutachtenserstellung nahm der Gastwirt eine Umschuldung mit Unterstützung durch die klagende Versicherung vor, die ihm im Vertrauen auf das Gutachten einen Kredit gewährte. Auch in diesem Fall konnte der Gastwirt letztlich seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen; es kam zu einer Zwangsversteigerung der Liegenschaft, wobei das Meistbot (öS 2.650.000) deutlich unter dem vom beklagten Sachverständigen ermittelten Wert (öS 10.787.900) lag. Den Schaden, den die Versicherung erlitten hatte, klagte sie teilweise²⁵³ vom Sachverständigen ein.

Anders als das Erstgericht²⁵⁴ lehnte das Berufungsgericht²⁵⁵ die Haftung ab. Im Sinne der Entscheidungen *Vorläufige Bilanz* (oben S 28 ff) und *Verstreute Bonitätsauskunft* (oben S 32 ff) stellte es auf eine für den Sachverständigen erkennbare Interessenverfolgung zugunsten der Versicherung durch den Gastwirt ab. Davon sei aber nicht auszugehen: Die Interessen des Kreditnehmers und jene des Kreditgebers seien stets gegenläufig ausgerichtet. „Wer bei Bestellung eines Schätzgutachtens besonders betone, daß er es zur Erlangung eines Hypothekarkredites benötige, wolle damit nicht den Dritten, sondern nur sich selbst, möglichst zu Lasten des Dritten, schützen“.²⁵⁶

Der OGH bejahte demgegenüber die Haftung.²⁵⁷ Er teilte dabei offenbar die Auffassung, dass bei konträren Interessen des Gutachtensbestellers einerseits und des Dritten andererseits nicht von einer Interessenverfolgung des Ersteren zugunsten des Letzteren gesprochen werden könne.²⁵⁸ Dennoch könne der Sachverständige Dritten gegenüber für fahrlässige Bewertungsfehler haftbar gemacht werden: Mit *Welser*²⁵⁹ und *Wilhelm*²⁶⁰ treffe den Sachverständigen eine „objektivrechtliche Sorgfaltspflicht zu Gunsten eines Dritten“,

²⁵¹ SZ 69/258, 721 = JBl 1997, 524 (Harrer 674; Rummel 676) = ecolex 1997, 844 (Wilhelm); s dazu auch *Kletečka* in FS Reischauer (2010) 288 ff.

²⁵² Zum Sachverhalt s OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (721 f) *Goldgrube*.

²⁵³ Sie gestand ein Viertel Mitverschulden am Schaden zu.

²⁵⁴ LG Salzburg 12.10.1994, 5 Cg 380/93-25.

²⁵⁵ OLG Linz 27.09.1995, 2 R 45/95-40.

²⁵⁶ Vgl schon *Wilhelm*, ecolex 1991, 87.

²⁵⁷ Zur relevanten Begründung s OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724 ff) *Goldgrube*.

²⁵⁸ Vgl auch die zuvor ergangene Entscheidung OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627 (628), wo der OGH darauf hinweist, dass für eine Interessenverfolgung im erwähnten Sinne „nach der Interessenlage konkrete Anhaltspunkte vorliegen“ müssten.

²⁵⁹ *Welser*, Haftung 86 f.

²⁶⁰ *Wilhelm*, ecolex 1991, 87.

„wenn er damit rechnen muß, daß sein Gutachten die Grundlage für dessen Dispositionen [gemeint: die Dispositionen des Dritten] bilden werde“.²⁶¹ Für einen Drittschutz sei also erforderlich, dass das Gutachten bestimmten dritten Personen als Vertrauensgrundlage dienen solle, was sich nach der Verkehrsübung richte. Dies komme beispielsweise in Betracht, wenn der Besteller dem Gutachter offenlege, dass das Gutachten „möglichen Kreditgebern oder Käufern“ vorgelegt werden soll. Da der beklagte Sachverständige *in concreto* sogar wusste, dass seine Expertise dazu diene, bei einem Dritten einen Hypothekarkredit zu erlangen und dass dieser auf dieses Gutachten vertrauen sollte, sei die Klägerin von den „objektiv-rechtlichen Schutzwirkungen“ erfasst.

Anmerkung:

Diese Entscheidung verdient nicht aufgrund ihres Sachverhalts Erwähnung – dieser ist geradezu typisch für die Gutachterhaftungsfälle in der OGH-Rsp (vgl. bloß *Schätzmann* [oben S 24 ff] und *Liegenschaftsbewertung II* [oben S 26 ff]). Allerdings ist die Begründung des Höchstgerichts bemerkenswert – sie bildet den Startschuss²⁶² für das Haftungsinstitut „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter“ in der Praxis. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht, aber im Gegensatz zur Entscheidung *Vorläufige Bilanz*, erkennt der 7. Senat in *Goldgrube* die Schwierigkeit, den Vertragsparteien und insb dem Gutachtensauftraggeber (dem Gastwirt) im Rahmen der Vertragsauslegung zu unterstellen, dass dieser einen vertraglichen Schutz seiner zukünftigen „Vertragsgegnerin“²⁶³ (die kreditgewährende Versicherung) beabsichtige.²⁶⁴ Für den OGH wäre es nun aber offenbar „unbillig“ gewesen, die Haftung gänzlich zu verneinen – er spricht von einem Haftungsbedürfnis. Daher befürwortet das Höchstgericht eine Dritthaftung des Gutachters, die – sich vom Gutachtensvertrag (und damit von der Interessenlage der Parteien) emanzipierend – (direkt) aus dem Gesetz abzuleiten sei.²⁶⁵

Die Begründung für die doch erheblich erscheinende Rechtsfortbildung fällt dabei spartanisch aus, was in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen ist.²⁶⁶ Die Ausführungen des OGH zu den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ lesen sich daher eher wie eine Behauptung. Völlig neu ist das Ergebnis allerdings nicht, zu dem der 7. Senat gelangt.

²⁶¹ RIS-Justiz RS0106433.

²⁶² Vgl. aber auch schon OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91), wo der OGH ebenfalls „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ erwähnt.

²⁶³ Vgl. *Canaris*, ZHR 163 (1999) 216.

²⁶⁴ Zur Problematik näher oben bei FN 228, 232 und unten bei FN 1263, 1334, 1339. Genau das ist mE auch der Grund, warum der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter idR nicht auf Konstellationen wie die Verantwortlichkeit von Ratingagenturen gegenüber Dritten (Anlegern) „passt“.

²⁶⁵ Vgl. RIS-Justiz RS0026561.

²⁶⁶ Näher unten bei FN 1428.

Denn materiell, also hinsichtlich der Reichweite des Drittschutzes, bleibt der OGH seiner Vorjudikatur treu und verlangt für den Drittschutz eine für den Sachverständigen konkret erkennbare Betroffenheit des oder der (geschützten) Dritten. Man bekommt das Gefühl, als würde der OGH seine bisherigen Entscheidungen und insb *Vorläufige Bilanz* inhaltlich gutheißen, diese jedoch – für den Fall eines Interessengegensatzes zwischen Gutachtensbesteller und Dritten²⁶⁷ – rechtsdogmatisch sanieren wollen. Die Tatsache, dass der OGH die Personengruppe „mögliche Kreditgeber oder Käufer“ als für einen Drittschutz ausreichend bestimmt erachtet, könnte aber eine höhere Positionierung der *Goldgrube*-Entscheidung auf der gedachten Welle der Haftungsfreundlichkeit rechtfertigen. Daher hielt es der OGH auch offensichtlich für nicht entscheidungsrelevant, dass trotz des ausdrücklichen Gutachtenszwecks „zur Vorlage bei der Bank“ letztlich die klagende Versicherung (und keine Bank) den Kredit gewährte. Anders als im Fall 8 Ob 542/85²⁶⁸ wurde im Sachverhalt der *Goldgrube*-Entscheidung immerhin noch das ursprünglich vom Gutachtensbesteller in Aussicht genommene und dem Gutachter auch offengelegte Geschäft (Kreditgewährung) mit einem Dritten abgeschlossen. Das bedeutet zugleich, dass der Sachverständige den Dritten für eine Haftung nach dem OGH nicht namentlich kennen muss, damit dieser von den „objektiv-rechtlichen Schutzpflichten“ profitieren kann.

Mit der *Goldgrube*-Entscheidung wurde der Kernanwendungsbereich der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ relativ klar umrissen. Soweit in der Folgejudikatur ein mit dieser Entscheidung vergleichbar deutlicher „Drittbezug“ des streitgegenständlichen Gutachtens gegeben war, fiel es dem OGH daher relativ leicht, eine Haftung zu bejahen.

Anschaulich zeigen das die zwei aktuelleren Entscheidungen 10 Ob 32/11 w²⁶⁹ und 7 Ob 77/11 s²⁷⁰:

Im ersten Fall erstellte ein Sachverständiger (der später Beklagte) im Zuge der Transaktion einer Liegenschaft ein Gutachten über einen Wasserschaden in dem darauf befindlichen Haus. Ihm wurde dabei mitgeteilt, dass ein Verkauf des Grundstücks bevorstehe. Er wusste sogar, dass die späteren Kläger ihre Kaufentscheidung vom Gutachtensergebnis abhängig machen wollten, namentlich davon, ob ein Baumangel schadenskausal war (in welchem Fall sie die Liegenschaft nicht kaufen wollten) oder nicht. Der Sachverständige gelangte zu dem unrichtigen Schluss, dass nicht ein solcher Mangel, sondern außergewöhnlich große

²⁶⁷ S zum insofern bestehenden Anwendungsbereich der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ J. Zehetner, ÖZW 2013, 84.

²⁶⁸ Dazu oben bei FN 247.

²⁶⁹ OGH 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w.

²⁷⁰ OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11 s.

Niederschlagsmengen sowie ein Stromausfall den fraglichen Schaden verursacht hatten. Daher kauften die Kläger das Grundstück und verzichteten gegenüber den Verkäufern sogar auf jede Gewährleistung. Nach dem Kauf stellte sich heraus, dass doch ein Baumangel zum Wasserschaden geführt hatte. Die Kläger verlangten daher vom Sachverständigen den Sanierungsaufwand ersetzt.

Aufgrund des klar ersichtlichen Zwecks des Gutachtens und der evidenten „Drittgerichtetheit“ desselben bejahte der OGH die Haftung aus „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“. Ausdrücklich ging der OGH auch noch auf die Schutzwürdigkeit der Kläger²⁷¹ ein – eine solche liege im vorliegenden Fall aber jedenfalls vor, weil der Gewährleistungsverzicht gerade im Vertrauen auf das unrichtige Gutachten erfolgt sei.²⁷²

Auch der zweite Fall war vergleichbar klar: Hier verfasste der beklagte Sachverständige ein teilweise unzutreffendes bodenmechanisches Gutachten, das ausweislich des darin enthaltenen Auftrags ua dazu diente, „Angaben über die Gründung von Einfamilienhäusern“ zu enthalten. Der Auftraggeber gab dem Gutachter dabei bekannt, dass er das Grundstück parzellieren und abverkaufen wollte. Die Kläger, die im Vertrauen auf die Expertise des Beklagten einen Teil der Liegenschaft erworben hatten, machten daraufhin gegen den Sachverständigen diverse (laut Klage) „frustrierte Aufwendungen“ schadenersatzrechtlich geltend. Auch in diesem Fall hätten diesen „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ (auch) zugunsten der Kläger getroffen, so der OGH.

ff. ÖAMTC-Ankaufstest – 2 Ob 191/06 m²⁷³: Haftung für psychische Kausalität

Gegenstand dieser Entscheidung war ein *ÖAMTC-Ankaufstest* betreffend einen *Alfa Romeo*, an dessen Erwerb der Auftraggeber (Vertragspartner) des Autoklubs interessiert war. Der ÖAMTC („der Gutachter“) kam zum Ergebnis, dass das Auto ein Unfallwagen sei. Der Auftraggeber sah in der Folge vom Kauf ab. Daraufhin verklagte die potenzielle Verkäuferin, eine Gebrauchtwagenhändlerin, die Autofahrervereinigung auf Schadenersatz.

Die Klage blieb in allen drei Instanzen ohne Erfolg. In der knappen Begründung wies der OGH auf den Interessengegensatz zwischen Verkäufer und Käufer hin. Während Ersterer

²⁷¹ Diese war aufgrund der (zunächst vorhandenen) vertraglichen Ansprüche der Kläger gegen die Verkäufer bzw wegen des „eigenverantwortlichen“ Verzichts auf dieselben durch die Kläger problematisch (vgl unten bei FN 1173).

²⁷² So ausdr sagt das der OGH zwar nicht. Er verweist aber auf die Begründung des Berufungsgerichts (OLG Graz 27.01.2011, 3 R 161/10m-49), das die Schutzbedürftigkeit aus diesem Grund bejaht hatte.

²⁷³ JBl 2007, 518 = ZVR 2007/211 (*Ch. Huber*); zust *Karner* in FS Koziol (2010) 715; s dazu und zu den sogleich in der Anmerkung genannten weiteren Entscheidungen auch *Kletečka* in FS Reischauer (2010) 294.

beabsichtige, dass der Kaufvertrag zu den angestrebten Bedingungen zustande komme, sei Letzterem an einer verlässlichen Information über den Zustand des Fahrzeugs gelegen. Da im vorliegenden Fall also die Klägerin die Kaufvertragskonditionen bereits festgelegt hatte und nur mehr auf die Zustimmung des Käufers „wartete“, könne schwerlich gesagt werden, dass im Sinne der *Goldgrube*-Judikatur (oben S 35 ff) das ÖAMTC-Gutachten nach seinem Zweck als Entscheidungsgrundlage für die Dispositionen der *Klägerin* dienen sollte. „Objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ zugunsten derselben würden daher ausscheiden. Gegen einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spreche die Tatsache, dass das bloße Vermögen dritter Personen grundsätzlich nicht vom Schutzbereich des Vertrags umfasst sei.²⁷⁴ Anderes gelte nur dann, wenn die vertragliche Hauptleistung gerade dem Dritten zugutekommen solle – eine Voraussetzung, die aber angesichts der konkreten Umstände des Falls nicht erfüllt sei.

Anmerkung:

Das Ergebnis der Entscheidung mag vielleicht nicht überraschen. Diese zeigt aber deutlich die Konturen der Haftung aus „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ im Sinne der OGH-Judikatur auf und ist insofern für die hier vorgenommene Untersuchung sehr wertvoll. Der OGH stellt klar, dass die aus Sicht des Informationsadressaten „gegenüberliegende Marktseite“, also die Person, über die oder über deren Vermögen der Sachverständige das Gutachten erstellt, typischerweise nicht vom Schutzbereich der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ zugunsten Dritter²⁷⁵ umfasst ist. Grund hierfür ist, dass nicht diese Person, also das Objekt der sachverständigen Auskunft iW.S., diejenige ist, die im Vertrauen auf das Gutachten disponiert – sie wird ja über ihre eigenen (insb wirtschaftlichen) Verhältnisse bestens (und in der Regel besser als der Sachverständige) Bescheid wissen. Es wäre daher in vielen Fällen ungewöhnlich, würde sich diese Person auf die Expertise verlassen und daher irgendwelche Vermögensdispositionen tätigen. Vielmehr erfassen die „objektiv-rechtlichen Schutzwirkungen“ im Regelfall nur den Vertragspartner des Auskunftsobjekts (zB den Kreditgeber des Auskunftsobjekts).

Daraus kann man zweierlei ableiten: Zum einen geht es bei den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ grundsätzlich um eine Haftung für psychische Kausalität und nicht um eine Verantwortlichkeit wegen kreditschädigenden Äußerungen. Die Parallele ist also

²⁷⁴ RIS-Justiz RS0022475; vgl auch RIS-Justiz RS0026552 T 3.

²⁷⁵ Anderes mag freilich dann gelten, wenn die Person, über die oder über deren Vermögen das schädigende Gutachten erstellt wird, den Gutachter beauftragt hat. Dann geht es aber um eine gewöhnliche Haftung aus Vertrag gem § 1295 Abs 1 HS 2 Fall 1 ABGB.

§ 1300 ABGB und nicht § 1330 ABGB.²⁷⁶ Zum anderen kann man die Haftung aus „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ als Vertrauenshaftung qualifizieren, für die eine Disposition aufgrund des jeweiligen Vertrauenstatbestands typisch ist.²⁷⁷ Die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wäre im vorliegenden Fall mE bereits aufgrund des vom OGH zutreffend hervorgehobenen Interessengegensatzes zwischen Verkäuferin und Käufer abzulehnen gewesen²⁷⁸ (und nicht deswegen, weil die Verkäuferin einen Vermögensschaden erlitten hatte²⁷⁹).

Einige weitere Entscheidungen lassen sich als Stütze der eben aus *ÖAMTC-Ankaufstest* gezogenen Schlussfolgerungen heranziehen. In der Entscheidung 3 Ob 67/05 g²⁸⁰ verneinte der OGH die Haftung eines Gutachters (auf Basis „objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten“), der für ein Auktionshaus eine laut Klage unrichtige Expertise über die Echtheit eines potenziell zu versteigernden Bildes erstellt hatte, gegenüber dem (dritten) Eigentümer des Bildes. Es war nicht Zweck des Gutachtens, den Eigentümer des Bildes zu bestimmten Vertrauensinvestitionen zu veranlassen, vielmehr wollte sich damit das Auktionshaus vor dem allfälligen Regressanspruch des Erstehers schützen, weil es die Echtheit der versteigerten Bilder garantierte. Und auch der Werkunternehmer hat nach der Entscheidung 8 Ob 51/08 w keinen Anspruch aus Verletzung „objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten“ gegen den von der Versicherung beauftragten Sachverständigen, wenn dessen Stellungnahme fälschlicherweise ergibt, dass der Werkunternehmer der Versicherung eine gefälschte Reparaturrechnung vorgelegt habe.²⁸¹ Dementsprechend kommt eine Dritthaftung des Sacheinlagenprüfers gegenüber dem Sacheinleger nach dieser Haftungstheorie nicht in Frage,²⁸² wenn und weil der Sacheinlagevertrag vor der Prüfung geschlossen wird.²⁸³

²⁷⁶ Vgl unten bei FN 1762.

²⁷⁷ Dazu unten bei FN 2559.

²⁷⁸ Vgl unten bei FN 1261.

²⁷⁹ Vgl unten bei FN 1227.

²⁸⁰ JBl 2006, 178; s dazu auch *Karner* in FS Koziol (2010) 714 f.

²⁸¹ OGH 8 Ob 51/08 w ZVR 2009, 60 (*Ch. Huber*) = ÖJZ 2009, 28 (EvBl 3) (*Hohensinn*); zust *Karner* in FS Koziol (2010) 715.

²⁸² RIS-Justiz RS0120539, OGH 09.03.2006, 6 Ob 39/06 p.

²⁸³ RIS-Justiz RS0026234 T 8. Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen hatte der OGH noch in der Entscheidung (OGH 05.09.2000) 5 Ob 18/00 h „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ des gerichtlichen Sachverständigen gegenüber dem Zeugen eines Strafverfahrens bejaht, wenn der Zeuge aufgrund des Gutachtensergebnisses unter Verdacht gerät, an der Straftat beteiligt gewesen zu sein und infolgedessen teure Gegengutachten erstatten lässt, um sich zu entlasten. Hier erfolgte die Vermögensdisposition des Klägers also nicht im Vertrauen auf die Expertise des beklagten Sachverständigen, sondern gerade deswegen, weil der Geschädigte von der Unrichtigkeit des Gutachtens überzeugt war. Dieses Judikat erscheint durch die neueren, oben zitierten Entscheidungen überholt. Davon zu unterscheiden ist die mE zu bejahende Frage, ob der Gutachter im konkreten Fall nicht nach anderen Grundlagen sehr wohl hätte haften müssen. Im Einklang mit der Begründung des OGH war der Zeuge mE vom Schutzzweck der gerichtlichen Bestellung erfasst, die der Erfüllung der amtswegigen Pflicht zur Wahrheitsforschung dient (vgl schon OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 [EvBl 206]; s aus neuerer Zeit OGH 22.06.2012, 1 Ob 67/12 b; 11.10.2012, 1 Ob 171/12 x); die Haftung resultiert dann aber entgegen dem Höchstgericht nicht aus „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“, sondern aus einem Vertrag (genauer: Bestellung) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Auch dieses Urteil ist damit symptomatisch für die „Vermengung“ der Haftungsansätze „objektiv-rechtliche Dritthaftung“ einerseits – Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter andererseits durch den OGH (vgl oben bei FN 245, unten in FN 1352).

gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y²⁸⁴: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands

Dieser Fall handelt von einer stillen Gesellschaft:²⁸⁵ Die sog *W.-Bank* beteiligte sich als atypisch stiller Gesellschafter an der *P. GmbH & Co KG*. Dies tat die *W.-Bank* als Treuhänderin des Klägers, wozu sie laut Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft ausdrücklich berechtigt war. Für den Fall der Auseinandersetzung wurde vereinbart, dass sich das Abschichtungsguthaben des stillen Gesellschafters nach den Beteiligungsverhältnissen und dem Substanzwert (inklusive stiller Reserven und Firmenwert) zu richten habe. Die Ermittlung desselben sollte von einem Wirtschaftstreuhänder gemäß dem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder erfolgen. Als es tatsächlich zur Auseinandersetzung kam, wurde der Beklagte zur Erstellung des notwendigen Gutachtens von der *P. GmbH & Co KG* beauftragt.²⁸⁶ In diesem wurde der genannte Zweck der Expertise ausdrücklich angeführt (Grundlage für die Bestimmung des Abfindungsguthabens des atypischen stillen Gesellschafters). Als dafür „verwendete Unterlagen“ wurde der Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft angegeben.²⁸⁷ Auf Basis des Gutachtens betrug die Abschichtung 110% des eingesetzten Kapitals. Das war dem Kläger zu wenig: Er verklagte den Sachverständigen; mit adäquater Methodenwahl und Berechnung hätte dieser einen Abschichtungserlös von mindestens 130% ermitteln müssen. Der Beklagte wandte insb ein, er sei nicht mit der Erstellung eines für Dritte relevanten Gutachtens, sondern bloß mit der Ausarbeitung einer gesellschaftsinternen Stellungnahme beauftragt worden (die bloß zur Information der Organe der *P.-Gesellschaft* dienen sollte).²⁸⁸

Während die Vorinstanzen die Haftung ablehnten, bejahte der OGH diese dem Grunde nach. Auf die Argumentation des Beklagten eingehend, führte das Höchstgericht aus:

„Legt ein Sachverständiger in seinem Gutachten dessen Tauglichkeit zu einem bestimmten Zweck offen, so haftet er auch dafür, dass das Gutachten für diesen Zweck geeignet ist und diesen Anforderungen entspricht. Er kann sich später nicht darauf zurückziehen, dass er diese Behauptung nur zum Schein aufgestellt hat. Es kann von einem (nicht immer fachkundigen) Auftraggeber bzw geschützten Dritten nicht verlangt

²⁸⁴ ÖBA 2001, 922; s dazu *Karner*, ÖBA 2001, 893; *Kletečka* in FS Reischauer (2010) 290 f.

²⁸⁵ S zum Sachverhalt OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (922, 924) *Gesellschafterabschichtung*.

²⁸⁶ Wer den Sachverständigen beauftragte, ist nicht restlos klar; die Entscheidung ist insofern ein wenig widersprüchlich (idS bereits *Karner*, ÖBA 2001, 893 FN 1; vgl OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 [924] *Gesellschafterabschichtung*: zunächst wird davon gesprochen, dass die *W. Bank* den Sachverständigen beauftragte; sodann davon, dass die *P.-Gesellschaft* ihn beauftragt habe). Hier wird in weiterer Folge davon ausgegangen, dass den Sachverständigen die *P. GmbH & Co KG* beauftragt hat, weil sich der Fall dann besser in die Dritthaftungsproblematik einfügt (vgl auch *Karner*, ÖBA 2001, 893 FN 1).

²⁸⁷ Diese Feststellung ist insofern wichtig, als damit für den OGH klar war, dass der Beklagte von der Treuhänderbeteiligung Kenntnis hatte bzw haben musste.

²⁸⁸ Zum Parteivorbringen s OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*.

werden, selbst zu prüfen, ob das Gutachten den vom Gutachter selbst genannten Anforderungen formell entspricht oder nicht. Der aus dem Gutachten ersichtliche Gutachtensauftrag ist ausschlaggebend. Er ist der Maßstab an dem die Tauglichkeit und Richtigkeit des Gutachtens zu prüfen ist. Aus ihm ergibt auch, welche Interessen Dritter geschützt sind.²⁸⁹ Somit haftet der Beklagte grundsätzlich dafür, dass das Gutachten den dort beschriebenen Anforderungen entspricht, für den genannten Zweck tauglich und inhaltlich richtig ist. Diese Grundsätze gelten auch, wenn intern ("internes Diskussionspapier") zwischen dem Gutachter und seinem Auftraggeber vereinbart sein sollte, dass das Gutachten nur einem anderen als dem im Gutachtensauftrag genannten Zweck dienen sollte“.

Nach dem konkreten, offengelegten Zweck des Gutachtens sei nun eindeutig, dass dieses dazu bestimmt war, der *W.-Bank* als Vertrauensgrundlage zu dienen und auch ihre Interessen wahren sollte, weil es den Absichtungsbetrag bindend festsetzen sollte. „Damit“ zähle auch der Kläger als Treugeber zum Kreis der geschützten Personen.²⁹⁰

Anmerkung:

Diese Entscheidung ist eine weitere, wesentliche Präzisierung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ nach der Rsp des OGH. Auch wenn sich das Höchstgericht letztlich nicht ausdrücklich auf dieses Haftungsinstitut stützt, erwähnt es dieses doch zuvor und es hat jedenfalls den Anschein, als würde es *in concreto* eine Dritthaftung zumindest auch nach diesem Rechtsgrund bejahen.²⁹¹ Implizit verdeutlicht der OGH, dass er dabei von einer Art Vertrauenshaftung ausgeht – *back to the roots* (*Schätzmann* [oben S 24 ff]; s auch *ÖAMTC-Ankaufstest* [oben S 38 ff]).²⁹² Dafür spricht nicht nur die in der Haftungsbegründung enthaltene Betonung, dass das Gutachten Dritten „als Vertrauensgrundlage“ gedient habe, sondern auch die Tatsache, dass der OGH die Reichweite der Haftung anhand des Gutachtens (genauer: des im Gutachten aufscheinenden Zwecks), dh des Vertrauenstatbestands selbst bestimmt. Dadurch wird die Haftung des Sachverständigen tendenziell verschärft.

Gesellschafterabschichtung ist daher auf der Welle der Haftungsfreundlichkeit jedenfalls höher positioniert als *Vorläufige Bilanz* (oben S 28 ff): Denn anders als bei dieser²⁹³ reicht es nach der neueren Rsp für einen Ausschluss der Dritthaftung nicht aus, dass der

²⁸⁹ RIS-Justiz RS0106433 T 4.

²⁹⁰ S zur relevanten Begründung OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (925) *Gesellschafterabschichtung*.

²⁹¹ Darauf deutet die aE der Entscheidung erfolgte Erwähnung der „Vertrauensgrundlage“ hin (OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 [925] *Gesellschafterabschichtung*).

²⁹² Vgl oben unter „Teil 1.I.C.1.b.aa. Schätzmann – 4 Ob 111/34: weite Berufshaftung“, „Teil 1.I.C.1.b.ff. ÖAMTC-Ankaufstest – 2 Ob 191/06 m: Haftung für psychische Kausalität“.

²⁹³ Vgl dazu oben unter „Teil 1.I.C.1.b.cc. Vorläufige Bilanz – 8 Ob 281/70: Eingeschränkte Haftung nach Vertrag zugunsten Dritter“.

Sachverständige bloß mit seinem Auftraggeber eine „interne Verwendung“ des Gutachtens vereinbart. Er muss vielmehr im Gutachten den eingeschränkten Zweck offenlegen. Daraus ergibt sich auch, dass der Sachverständige insofern (dh bei Vorliegen eines Vertrauenstatbestands) das Risiko des Missbrauchs der Expertise durch den Auftraggeber trägt.²⁹⁴ Sollen den für Dritte nicht erkennbaren Abreden zwischen Gutachtersauftraggeber und Sachverständigen tatsächlich keine haftungsrechtliche Bedeutung zukommen, ist mE aber die Haftungsfigur „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ überfordert (von der Anwendbarkeit [auch] derselben im vorliegenden Fall geht aber der OGH offenbar aus²⁹⁵). Denn im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter muss alleine die Parteienabrede über den Verwendungszweck den Ausschlag für den Drittschutz geben und ist dieser alleine am Verständnishorizont der Vertragsparteien zu orientieren²⁹⁶. Insofern ist mE die Begründung der Entscheidung *Vorläufige Bilanz* präziser als jene von *Gesellschafterabschichtung*.

Gegen die Konkretisierung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ durch diese Entscheidung könnte man naheliegender Weise einwenden, dass der OGH die Haftung im vorliegenden Fall in systemwidriger Weise auch auf dieses Haftungsinstitut gestützt habe, weil der Dritte (die *W. Bank* sowie der Kläger) keine Disposition im Vertrauen auf das Gutachten getätigt habe (vgl *ÖAMTC-Ankaufstest*). Denn das Sachverständigengutachten sollte den Abschichtungsbetrag ja *bindend* festlegen, sodass der *W. Bank* die Dispositionsmöglichkeit von vornherein genommen war. ME verdient die Entscheidung im vorliegenden Zusammenhang aber dennoch Erwähnung. Denn die Haftungsgrundsätze der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ müssen mE umso mehr zur Anwendung gelangen, wenn die Vertrauensdisposition des Dritten „automatisiert“ erfolgt und kein Fall der psychischen Kausalität vorliegt (Größenschluss).²⁹⁷ Es ist mE nicht abwegig, die Präzisierungen einer solchen Haftung für die Leistungsbestimmung durch vertragsexterne Personen²⁹⁸ (vgl § 1056 ABGB) auf die klassischen Fälle der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ (wenn auch nur teilweise) zu übertragen, weil es in beiden Fällen um Sachverständigengutachten geht, die ähnliche vermögensmäßige Auswirkungen für Dritte zeitigen. Freilich ist zu berücksichtigen, dass die Dritthaftung in Sachverhaltskonstellationen wie in *Gesellschafterabschichtung* eher gerechtfertigt ist als in

²⁹⁴ Das ist mE zutr, s noch unten bei und in FN 2492.

²⁹⁵ Vgl den Hinweis auf die Interessenwahrung: OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (925) *Gesellschafterabschichtung*. Auch hier (vgl bereits oben bei FN 245 mwN) dürfte der OGH die Haftungsinstitute „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ und „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ entgegen der Leitentscheidung *Goldgrube* (s dazu oben bei FN 264) miteinander vermengen.

²⁹⁶ Unten bei FN 2514.

²⁹⁷ So bereits *Karner*, ÖBA 2001, 897 f.

²⁹⁸ *Karner*, ÖBA 2001, 897.

Fällen der psychischen Kausalität²⁹⁹ (vgl aber auch 220b Abs 3 Satz 3 AktG³⁰⁰), zumal sich in diesen der Kreis der geschützten Dritten weniger eindeutig bestimmen lässt.

hh. Frischzellentherapie – 6 Ob 81/01 g³⁰¹: Anlegererschutz

Dieser Fall handelt von einer besonderen Art der Kapitalbeschaffung:³⁰² Die G. S. *Betriebsgesellschaft mbH* plante als Betreiberin eines Hotels den Ausbau desselben zu einem Gesundheitshotel mit Frischzellentherapie (bei der es zur Übertragung von tierischen Zellen auf den Menschen kommt³⁰³). Weil Banken ihr das dafür notwendige Kapital (öS 45 Mio) nicht kreditieren wollten, beauftragte sie ein Anlageberatungsunternehmen, um private Darlehensgeber zu akquirieren. Diesen sollten dafür Hypotheken auf der Hotelliegenschaft eingeräumt werden. Um offenbar die Attraktivität dieser Anlage zu verbessern, wurde diese insb in Prospekten mit dem Schätzgutachten des (zweit-)beklagten Sachverständigen beworben, das den Wert der Liegenschaft mit knapp über öS 89 Mio auswies.³⁰⁴ Bei Gutachtensbestellung war der beklagte Sachverständige angewiesen worden, einen „möglichst“ hohen Schätzwert zu ermitteln.

Im Vertrauen auf das Gutachten des Beklagten gewährte der Kläger der Betreibergesellschaft über Vermittlung des eingeschalteten Anlageberatungsunternehmens zwei Darlehen (à öS 100.000 sowie öS 150.000). Die Forderungen des Klägers wurden gemeinsam mit jenen der anderen Kreditgeber auf der Liegenschaft im ersten Pfandrang sichergestellt. Auch dieser Sachverhalt nahm ein für den Kläger verheerendes Ende: Die Betreibergesellschaft ging in Konkurs; das Hotelgrundstück wurde um (bloß) öS 21 Mio versteigert, wovon der Kläger letztlich öS 135.244,11 erhielt.

Der OGH bejahte die Dritthaftung des Sachverständigen aufgrund der Verletzung „objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten“.³⁰⁵ Er hob hervor, dass es für einen Drittschutz nach der neueren Judikatur³⁰⁶ nicht mehr entscheidend sei, dass der Gutachtensauftraggeber gerade auch die Interessen des Dritten im engeren Sinne mitverfolgt; es sei also nicht (mehr) erforderlich, dass jener den Dritten „zu protegieren

²⁹⁹ Vgl dazu noch unten bei FN 2563.

³⁰⁰ Dazu unten bei FN 1939, insb nach FN 1944.

³⁰¹ ÖBA 2002, 829; vgl auch den Fall BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035; dazu *Eisen*, Haftung 352.

³⁰² Zum Sachverhalt s OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (830) *Frischzellentherapie*.

³⁰³ S <http://www.gesundheits-lexikon.com/Therapie/Komplementaermedizinische-Verfahren/Frischzellentherapie.html> (zuletzt abgerufen am 30.04.2015).

³⁰⁴ Demnach betrug der Wert der Liegenschaft also fast doppelt so viel, wie die Summe der von den Anlegern gewährten Darlehen.

³⁰⁵ Zum relevanten Teil der Entscheidungsgründe s OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*.

³⁰⁶ Vgl insb die *Goldgrube*-Entscheidung (oben „Teil 1.1.C.1.b.ee. *Goldgrube* – 7 Ob 513/96: „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten““).

wünscht“. Geschützt seien solche Dritte, die nach Maßgabe des Zwecks des Gutachtens mit diesem in Berührung kommen. Auch wenn dem Sachverständigen die Person des Dritten nicht namentlich bekannt sei, könne dieser von den Schutzpflichten erfasst sein. Im Einklang mit der *Goldgrube*-Entscheidung (oben S 35 ff) könnten daher auch „mögliche Kreditgeber oder Käufer“ zum geschützten Personenkreis zählen. Im vorliegenden Fall habe nun der Gutachter davon ausgehen müssen, dass mit seiner Expertise Darlehensgeber angelockt würden. Dies ergäbe sich aus der Weisung seines Vertragspartners, zu einem möglichst hohen Schätzwert zu gelangen, ohne dies plausibel zu erklären und ohne den Zweck sowie die Verwendung des Gutachtens näher zu erörtern.

Anmerkung:

Diese Entscheidung verdient Erwähnung, weil sie die Haftung des Gutachters gegenüber Anlegern behandelt. Interessanterweise hatte der OGH kein Problem damit, die Verantwortlichkeit des Sachverständigen gegenüber dem klagenden Investor zu bejahen, obwohl doch der nach dem Höchstgericht geschützte Personenkreis, wenn man ihn gedanklich vervollständigt („sämtliche Anleger“), wohl sehr beträchtlich war. Schließlich betrug das gesamte, durch Darlehen aufgebrauchte Kapital öS 43 Mio;³⁰⁷ selbst wenn man davon ausgeht, dass jeder Anleger der Betreibergesellschaft ein Darlehen in der stattlichen Höhe von je öS 250.000 wie der Kläger eingeräumt hat, ergäbe sich dadurch immer noch ein geschützter Personenkreis von 172 Personen.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass das maximale Haftungsrisiko des Gutachters im vorliegenden Fall dennoch überschaubar war: Es bestand in der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem von ihm ermittelten Wert der gutachtensgegenständlichen Liegenschaft. Hätte der Sachverständige beispielsweise den Wert des Grundstücks mit öS 25 Mio geschätzt und hätten daher Anleger iHv ungefähr öS 25 Mio Kredit gewährt, letztlich aber aus der Verwertung der Liegenschaft nur öS 21 Mio erhalten, hätte das größtmögliche³⁰⁸ Haftungsrisiko im Ausmaß von öS 4 Mio bestanden.³⁰⁹ Daran sieht man

³⁰⁷ OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (830) *Frischzellentherapie*.

³⁰⁸ Damit das „worst-case-Szenario“ aus Sicht des Sachverständigen eintritt, müsste jeder Anleger die Schadenersatzvoraussetzungen (insb die Kausalität) in eigener Person erfüllen, was wohl nicht ganz realistisch ist.

³⁰⁹ Freilich wäre es möglich gewesen, dass die Anleger auch in diesem Fall (Bewertung der Liegenschaft mit öS 25 Mio) eine „doppelte Sicherheit“ gewünscht hätten, sohin insgesamt nur öS 12,5 Mio kreditiert hätten. In diesem Fall hätte der Sachverständige letztlich gar nicht zur Haftung herangezogen werden können (weil die Verwertung der Liegenschaft über öS 12,5 Mio eingebracht hätte, sodass den Anlegern gar kein Schaden entstanden wäre). Hätten die Anleger trotz Bewertung der Liegenschaft mit öS 25 Mio dagegen insgesamt zB öS 30 Mio (oder mehr) kreditiert, hätte sich das maximale Haftungsrisiko des Sachverständigen gleichwohl nicht erhöht. Denn auch diesfalls hätte sich aus seiner Expertise ergeben, dass maximal Darlehensforderungen iHv öS 25 Mio mit der Liegenschaft besichert werden können; der Vertrauenstatbestand wäre daher insofern eingeschränkt gewesen (vgl auch BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035 [3038] [s dazu sogleich in der folgenden FN aE]; *Mühl*, Haftung, Rz 259; *Fischer*, Haftungsfragen 169: in Anspruch genommenes und gewährtes Vertrauen müssten sich decken). Das hätte in einem solchen Fall bedeutet, dass spätere Anleger jedenfalls insoweit nicht

auch, dass es für den Sachverständigen keinen bedeutenden Unterschied machen kann, wie groß der geschützte Personenkreis ist, solange das Haftungsrisiko irgendwie begrenzt ist, wie etwa im konkreten Fall durch die soeben erwähnte Differenz.³¹⁰ Denn es ist dann irrelevant, ob ein Kreditgeber ein Darlehen iHv öS 25 Mio gewährt oder 25.000 Kreditgeber ein Darlehen jeweils iHv öS 1.000.

Freilich könnten sich praktische Differenzen dadurch ergeben, dass eine Vielzahl von Geschädigten für den Sachverständigen in der Regel „lästiger“ ist, insb weil dadurch ein Vergleich über den Schadensfall erschwert wird. Dieser Nachteil könnte aber durch den Vorteil ausgeglichen werden, dass bei einer Gruppe von Geschädigten dafür oft nicht alle von ihnen gegen den Sachverständigen vorgehen werden.³¹¹

Jedenfalls lässt sich aus der hier besprochenen Entscheidung ableiten, dass sich der OGH nicht davor scheut, auch bei beträchtlichen Schadenersatzrisiken, namentlich im Bereich der Gutachterhaftung gegenüber Anlegern, „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ des Sachverständigen anzunehmen. Auch können nach dem Höchstgericht offenbar sämtliche Anleger, die im Rahmen einer bestimmten Emission investieren, durch dieses Haftungsinstitut geschützt sein (sofern bei jedem von ihnen die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs erfüllt sind). Sie stellen danach einen – für einen Drittschutz immer wieder für erforderlich gehaltenen³¹² – ausreichend bestimmten Personenkreis dar. Insofern ist die Entscheidung relativ haftungsfreundlich und auf der Welle höher positioniert.

Zustimmung verdient die eindeutige Aufgabe des „Protektions-Kriteriums“ im Rahmen der „gesetzlichen“ Dritthaftung durch den OGH.³¹³ Die Annahme des Höchstgerichts, aufgrund des konkreten Sachverhalts hätte der Sachverständige davon ausgehen müssen, dass sein Gutachten gegenüber Dritten verwendet werde, erscheint mE jedenfalls nicht

mehr geschützt gewesen wären, als die Gesamtverbindlichkeiten der Betreibergesellschaft durch die Darlehen dieser Anleger den Betrag von öS 25 Mio überschritten hätten. Solchen Anlegern wäre es mE daher nicht möglich gewesen, den Gutachter erfolgreich auf Schadenersatz zu verklagen.

³¹⁰ Vgl. *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; *Schuler*, Verantwortlichkeit 248; *Göres* in *Habersack/Mülbelt/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 78; BGH III ZR 15/92 NJW-RR 1993, 944; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035 (3038): „Nichts anderes gilt, wenn der Auftraggeber das Gutachten nicht zur Erlangung eines üblichen Darlehens verwendet, sondern eine Anleihe auflegt, um sich das benötigte Kapital bei mehreren Investoren zu beschaffen. In diesem Fall erhöht sich das Haftungsrisiko des Gutachters nicht. Sein Risiko bleibt vielmehr gleich und wird durch den von ihm in seinem Gutachten festgestellten Wert des Grundstücks begrenzt. Denn der Gutachter, der weiß, dass sein Gutachten einer kreditgebenden Bank zum Nachweis von Sicherheiten vorgelegt wird, muss damit rechnen, dass eine Beleihung des bewerteten Grundstücks bis zu der banküblichen Beleihungsgrenze vorgenommen wird. Er geht damit das Risiko ein, bis zu dieser Grenze in Haftung genommen zu werden, wenn sein Gutachten einen höheren als den tatsächlichen Wert angibt. Tritt an die Stelle eines Kreditgebers eine Vielzahl von Anlegern, wird das Haftungsrisiko lediglich auf diese aufgeteilt. [...] Dies gilt jedenfalls, solange der Auftraggeber das Gutachten lediglich für die Erlangung von Kredit in einer Höhe verwendet, die durch den im Gutachten festgestellten Betrag gedeckt ist“; BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1872) (zur Prospekthaftung); Begrenzung des Haftungsrisikos des Sachverständigen mit dem Wert jenes Geschäfts, das im Vertrauen auf die Expertise des Sachverständigen abgeschlossen wird.

³¹¹ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, *Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.*; vgl. auch *Schroeter*, Ratings 917.

³¹² Vgl. unten bei und in FN 2458.

³¹³ Vgl. unten bei FN 1382.

unplausibel. Die diesbezügliche Auseinandersetzung ist aber wohl für eine Vertrauenshaftung³¹⁴ entbehrlich, wenn das Liegenschaftsgutachten objektiv, dh den Anlegern gegenüber, als ausreichende Vertrauensgrundlage für Kreditinvestitionen in Zusammenhang mit dem Grundstück erscheinen musste. Dies dürfte in der vorliegenden Entscheidung der Fall gewesen sein.³¹⁵

ii. Mündelaktie – 3 Ob 79/10 d³¹⁶: Finanzkrise und Gutachterhaftung

In der Entscheidung *Mündelaktie* hatte eine Aktiengesellschaft (die C-AG) einen Gutachter (den später Beklagten) damit beauftragt, ein Gutachten über die Mündelsicherheit von Aktien einer mit ihr wirtschaftlich verflochtenen Aktiengesellschaft (die I-AG) zu erstellen, was auch im Gutachten ausdrücklich so festgehalten wurde.³¹⁷ Der weitere Gutachtenstext war jedoch ein wenig irreführend: Er sprach zunächst davon, dass er die Mündelsicherheit nicht feststellen könne. Danach enthielt er jedoch die Aussage, dass die Aktien derzeit grundsätzlich zur Veranlagung von Mündelgeld geeignet seien, sofern die Veranlagung im Rahmen eines „sinnvollen“ Portfoliomixes erfolge. Die I-AG warb mit dem Gutachten des Beklagten auf ihrer Website. Schließlich wandte sich eine obsorgeberechtigte Mutter zwecks Veranlagung des Geldes ihrer Kinder an ihren Vermögensberater. Dieser empfahl ihr die Investition in I-Aktien und übermittelte ihr auszugsweise das Gutachten des beklagten Sachverständigen. Damit wandte sich die Mutter an das zuständige Pflegschaftsgericht, das für jedes Kind den Erwerb von I-Aktien iHv EUR 2.500 genehmigte. Durch die Finanzkrise wurde auch die I-Aktie schwer „gebeutelt“, sodass die Kinder einen finanziellen Schaden erlitten. Ihre Ansprüche traten sie an einen Verein iSd § 29 KSchG ab, der gegen den beklagten Sachverständigen eine Klage auf Feststellung der Haftung für das Gutachten über die I-Aktien einbrachte.

Der OGH wiederholte seine Rechtssätze zu den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ und hielt fest, dass der Sachverständige für die durch drittgerichtete Aussagen geschaffene Vertrauensgrundlage hafte.³¹⁸ Die Drittrichtung sei dabei „primär“ nach dem Zweck des Gutachtens zu beurteilen. Demnach könne eine Dritthaftung *in concreto* „nicht ernstlich in

³¹⁴ Und von einer solchen scheint der OGH hinsichtlich der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ auszugehen (vgl. oben „Teil 1.I.C.1.b.ff. ÖAMTC-Ankaufstest – 2 Ob 191/06 m: Haftung für psychische Kausalität“, „Teil 1.I.C.1.b.gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands“).

³¹⁵ Vgl. bereits oben die Entscheidung *Gesellschafterabschichtung* sowie die Anmerkung dazu unter „Teil 1.I.C.1.b.gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands“; vgl. weiters unten bei und in FN 2492.

³¹⁶ SZ 2010/92, 63 = iFamZ 2011/21, 22 (*Fucik*) = ecolex 2011, 300 (*Kapsch*); s. dazu auch *Kaindl/Fischer*, EF-Z 2011, 124; *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 22.

³¹⁷ S. zum relevanten Sachverhalt OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (63 ff) *Mündelaktie*.

³¹⁸ S. zur relevanten Begründung OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*.

Frage gestellt werden“. Das Vorhaben der „wahren“ Gutachtensbestellerin (die I-AG), mit der Expertise im Geschäftsverkehr zu werben, sei eindeutig erkennbar gewesen. „Der Zweck eines Gutachtens über die Sicherheit von Wertpapieren iSd § 230e ABGB besteht auch in der Schaffung einer Vertrauenslage für Dritte.“³¹⁹ Das Höchstgericht verneinte jedoch die Dritthaftung mangels inhaltlicher Unrichtigkeit des Gutachtens.³²⁰

Anmerkung:

Ähnlich wie *Frischzellentherapie* (oben S 44 ff) ist die vorliegende Entscheidung sehr haftungsfreundlich. Der OGH lässt es für eine Dritthaftung genügen, dass das Gutachten den Zweck gehabt hat, Dritten als Vertrauensgrundlage zu dienen. Das erinnert an die *Schätzmann*-Entscheidung (oben S 24 ff), zumal der OGH damals, wie in der Entscheidung *Mündelaktie*, den geschützten Personenkreis eigentlich gar nicht näher umschreibt. Hinweise darauf, dass nur „bestimmte“ Dritte geschützt seien, fehlen völlig. Im Unterschied zur *Schätzmann*-Entscheidung nimmt der OGH in *Mündelaktie* aber bewusst in Kauf, dass der Sachverständige uU zahlreichen Anlegern gegenüber haften könnte; und zwar auf einen Schadenersatzbetrag, der sich insgesamt schwer überschauen lässt (Wertverluste sämtlicher Anleger, die irgendwann nach der Publikation des Gutachtens in I-Aktien investiert haben). Die in früheren Entscheidungen (jedoch zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) enthaltene Aussage, dass der Kreis der geschützten Dritten eng zu ziehen sei,³²¹ trifft auf *Mündelaktie* daher nicht zu. Die Welle der klassischen Gutachterdritthaftung erreicht damit ihren Höhepunkt, was die Haftungsfreundlichkeit betrifft.

Gegen eine dadurch bewirkte Haftungsausuferung zulasten des Sachverständigen könnte man einwenden, dass die Verantwortlichkeit des Sachverständigen im Fall *Mündelaktie* faktisch beschränkt gewesen sei: Denn nicht sämtliche Aktionäre der I-AG seien Minderjährige, die im Sinne des Gutachtenszwecks I-Aktien erworben hätten. Diese Argumentation ließe aber Folgendes unberücksichtigt: ME liegt es keinesfalls fern, dass auch volljährige und geschäftsfähige Anleger im Vertrauen auf das Gutachten des Beklagten Aktien erworben haben, dürfte doch jeder risikoaverse Anleger ein Interesse an mündelsicheren Aktien haben.³²² Auch lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen, dass

³¹⁹ OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*.

³²⁰ OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69 ff) *Mündelaktie*.

³²¹ OGH 1 Ob 601/92 ÖJZ 1993, 520 (EvBl 119); 1 Ob 2317/96 h JBl 1997, 315 (316); 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (528); vgl auch etwa BGH VI ZR 261/75 NJW 1977, 2073 (2074); *Eisen*, Haftung 348.

³²² Vgl bloß die Entscheidung OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (830) *Frischzellentherapie*.

der OGH die Dritthaftung tatsächlich auf minderjährige Anleger beschränken wollte. Das Höchstgericht spricht allgemein von einer Haftung „gegenüber Dritten“ und „Vertrauensgrundlage für Dritte“. Was damit bleibt, ist eine Beschränkung der Haftung auf sämtliche Transaktionen betreffend I-Aktien nach Veröffentlichung der Expertise.

2. Judikatur und Meinungsstand zur Dritthaftung verwandter Informationsintermediäre

a. Abschlussprüfer

aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*

1) Der fünfte Senat des OGH hat in seiner bahnbrechenden Leitentscheidung *Rieger Bank* aus 2001³²³ die Dritthaftung der Bank- bzw Abschlussprüfer³²⁴ für fahrlässiges Fehlverhalten in einem *obiter dictum* allgemein bejaht. Der Kläger hatte im Vertrauen auf das positive Prüfungsergebnis der beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Anleihen der geprüften *Rieger Bank* gezeichnet, die bald daraufhin in Konkurs schlitterte. Er warf der Beklagten vor, sie hätte gefälschte Saldobestätigungen, die ein erhebliches Guthaben der *Rieger Bank* auswiesen, nicht (*lege artis*) durch Rückfrage beim vermeintlichen Schuldner der Bank verifiziert. Zwar war das schadenskausale Prüfungsurteil *in concreto* kein förmlicher Bestätigungsvermerk iSd § 274 HGB aF³²⁵, sondern eine vorläufige Stellungnahme, die zum internen Gebrauch und nicht zur Veröffentlichung bestimmt war. Ungeachtet dessen wurde es (missbräuchlich) zur Bewerbung der streitgegenständlichen Anleiheemission verwendet, wobei den Zeichnern nach den Klagsbehauptungen der vorläufige Charakter verschleiert worden sei.

Der OGH sprach – gestützt³²⁶ auf ein BGH-Urteil³²⁷ – aus, dass der Vertrag zwischen geprüfter Gesellschaft und Abschlussprüfer Schutzwirkungen zugunsten Dritter entfalte,

³²³ OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 *Rieger Bank*; s dazu etwa U. Torggler, wbl 2001, 546 f (zur Vorinstanz); dens, GBU 2002/03/06; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 877; J. Zehetner, ÖZW 2013, 79.

³²⁴ Zu deren Tätigkeit s oben bei und nach FN 122.

³²⁵ Jetzt: § 274 UGB.

³²⁶ Die Berufung auf den BGH erfolgte freilich zu Unrecht (vgl auch Artmann, ÖZW 2002/3, 91; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 110; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 55; J. Zehetner, ÖZW 2013, 81; Graf, JBl 2012, 245). Der BGH hatte (nur) eine ganz spezifische Fallkonstellation vor Augen, nämlich jene, in der der Abschlussprüfer mit dem Geschädigten direkt in Kontakt tritt und diesem individuell bestätigt, dass der (vorläufige) Jahresabschluss in seiner derzeitigen Form in Ordnung gehe und nicht mehr geändert werden müsse (vgl dazu OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 [529]; vgl auch sogleich in FN 328). Der BGH hat also – gerade anders als der OGH – implizit judiziert, dass das Pflichttestat für sich keine Schutzwirkung entfaltet (*Canaris*, ZHR 163 [1999] 208). Diese strenge Ansicht hat der BGH in späteren Entscheidungen bekräftigt (BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859; III ZR 307/07 NZG 2009, 37; III ZR 277/08 BGHZ 181, 12). Bemerkenswert ist zudem, dass der OGH aus den gesetzlichen Grundlagen der Abschlussprüfung (§§ 268 ff UGB) eine besonders *strenge* bzw weitgehende Dritthaftung ableitet, die im Widerspruch zu seiner bisherigen Rsp steht (s dazu noch unten nach FN 2693). Der BGH verwendet dagegen die Vorschriften über die Abschlussprüfung, namentlich § 323 dHGB, um eine *restriktive* Dritthaftung zu begründen (s dazu auch unten in FN 328, 995).

„nämlich zugunsten jener (potentiellen) Gläubiger der geprüften Gesellschaft [...], die durch die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks angesprochen werden sollen und dann bei ihren wirtschaftlichen Dispositionen davon ausgehen können, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht ihres (potentiellen) Schuldners nach fachmännischer Ansicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen“.³²⁸ Das Höchstgericht begründete dies damit, dass aufgrund der gesetzlich zwingend angeordneten Prüfung (vgl. § 268 Abs 1 UGB) die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks (vgl. § 277 UGB) und die damit einhergehende Information (auch der Gläubiger) jedenfalls Inhalt des Prüfungsvertrags werde.³²⁹ Daraus würden wiederum Schutz- und Sorgfaltspflichten des Abschlussprüfers gegenüber Dritten dergestalt resultieren, dass dieser auch jenen eine dem Gesetz entsprechende Prüfung des Jahresabschlusses schulde.³³⁰ Gehe der Prüfer dabei nicht mit der gebotenen Sorgfalt vor, werde er Dritten, die im Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk disponiert haben und dadurch geschädigt wurden, ersatzpflichtig.³³¹

Der OGH ging aufgrund des Anlassfalls sogar noch einen Schritt weiter und bejahte die Haftung für einen nicht für die Öffentlichkeit bestimmten „Bestätigungsvermerk“ unter der Voraussetzung, dass der Abschlussprüfer Kenntnis von der eigenmächtigen Verwendung des Prüfungsurteils habe und diesen Missbrauch nicht unverzüglich unterbinde.³³² Als nicht entscheidungsrelevante „Fleißaufgabe“ befürwortete das Höchstgericht entgegen der Vorinstanz³³³ *obiter* die analoge Anwendung der Haftungsbegrenzung des § 275 Abs 2 HGB aF³³⁴ auf die von ihm anerkannte Dritthaftung.³³⁵ Seiner Argumentation nach entsprängen die Sorgfaltspflichten dem Dritten gegenüber letztlich aus dem Gesetz, weswegen insoweit § 275 HGB aF (und damit auch dessen Abs 2) als Teil des gesetzlichen Systems zu beachten sei.

³²⁷ BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948.

³²⁸ RIS-Justiz RS0116076 mit T 5, T 7, T 8 und T 9; vgl. auch RIS-Justiz RS0116077. Dagegen meint der BGH, dass der Einbezug einer unbekannten Vielzahl von Dritten (insb. Gläubigern und Anteilserwerbern) der gesetzgeberischen Tendenz, das Haftungsrisiko des Abschlussprüfers angemessen zu beschränken, zuwiderlaufe; es könne daher nicht angenommen werden, dass der Abschlussprüfer bereit wäre, ein so großes Haftungsrisiko zu übernehmen (BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 [1950]; vgl. dazu auch schon oben bei FN 326).

³²⁹ Vgl. RIS-Justiz RS0116076. In einer späteren Entscheidung hob der OGH in diesem Zusammenhang hervor, dass gegenüber dem Vertragspartner des Schädigers (Experten) jene Verpflichtung bestehen müsse, aus deren Verletzung der Dritte Schadenersatzansprüche ableite, damit eine Dritthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt in Betracht komme (RIS-Justiz RS0116076 T 1; RS0116077 T 1, OGH 05.11.2002, 4 Ob 236/02 p). Für den OGH ist also entscheidend, dass das Vertragsverhältnis zwischen Abschlussprüfer und geprüfter Gesellschaft gesetzlich weitgehend zwingend geregelt ist und dass diese Vorschriften auch den Dritten in ihren Regelungsgegenstand miteinbeziehen (vgl. § 277 UGB).

³³⁰ Vgl. RIS-Justiz RS0116077 T 1, T 6.

³³¹ RIS-Justiz RS0116077.

³³² RIS-Justiz RS0116078.

³³³ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; dazu U. Torggler, wbl 2001, 547 sowie unten bei FN 369 f, 373 f, 376.

³³⁴ Jetzt: § 275 Abs 2 UGB; danach ist die Ersatzpflicht des fahrlässig handelnden Abschlussprüfers bei kleinen oder mittelgroßen Gesellschaften (§ 221 Abs 2 UGB) mit € 2 Mio, bei großen Gesellschaften (§ 221 Abs 3 UGB) mit € 4 Mio, bei großen Gesellschaften, bei denen das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird, mit € 8 Mio und bei großen Gesellschaften, bei denen das Zehnfache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird, mit € 12 Mio begrenzt.

³³⁵ RIS-Justiz RS0116080; vgl. auch BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1951).

Der OGH hat das *obiter dictum* betreffend die Haftungsgrundlage im zweiten Rechtsgang³³⁶ wie auch in anderen Fällen bekräftigt.³³⁷ Damit entspricht die allgemeine, dh die nicht an konkret-individuelle (Vertrauens-)Beziehungen zum Geschädigten anknüpfende Dritthaftung des Abschlussprüfers für (auch leicht) fahrlässige Sorgfaltsverstöße nunmehr der stRsp³³⁸. Sie verträgt sich damit prinzipiell gut mit der Haftungsfreundlichkeit der Gutachterhaftungs-Rsp in neuerer Zeit (vgl oben insb *Mündelaktie* [S 47 ff]). In der Entscheidung 7 Ob 269/07 w präzisierte das Höchstgericht die Reichweite der Abschlussprüferdritthaftung dahingehend, dass auch Großanleger³³⁹ von den Schutzwirkungen des Prüfungsvertrags erfasst seien.³⁴⁰

2) Eine weitere Konkretisierung kann der früheren Entscheidung 10 Ob 57/03 k³⁴¹ entnommen werden. In dieser ging der OGH auf die Dritthaftung eines jahresabschlusserstellenden Steuerberaters gegenüber den „interessierten Kreisen“³⁴² ein und nahm dabei einen Vergleich mit der Entscheidung *Rieger Bank* vor. Zunächst referierte der 10. Senat die Entscheidung *Vorläufige Bilanz* (oben S 28 ff) und billigte diese offenbar. Eine Dritthaftung (aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) greife nur dann ein, wenn für den Sachverständigen „klar ersichtlich“ ist, dass er seine „Tätigkeit im Interesse bestimmter Dritter“ entfaltet.³⁴³ Ließe man für eine Drittverantwortlichkeit dagegen alleine den Umstand ausreichen, dass der Steuerberater mit der Verbreitung des von ihm erstellten Jahresabschlusses rechnen müsse, führte dies zu einer Uferlosigkeit der Haftung. Daher könne nicht angenommen werden, dass der Steuerberater bereit sei, „einer unbekannten Vielzahl von Gläubigern und Aktionären sowie potenziellen Aktienerwerbern

³³⁶ OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h.

³³⁷ J. Zehetner, ÖZW 2013, 78.

³³⁸ OGH 4 Ob 236/02 p ÖJZ 2003, 294 (295) (EvBl 63); 6 Ob 39/06 p JBl 2006, 723 (725); 7 Ob 269/07 w RdW 2008, 453 (453 f); 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (47) (Oppitz); 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607 f); 21.02.2013, 2 Ob 248/12 b; 21.02.2013, 2 Ob 250/12 x; 19.03.2013, 4 Ob 165/12 m; 27.03.2013, 7 Ob 33/13 y; 27.03.2013, 7 Ob 225/12 g; 08.05.2013, 6 Ob 242/12 z; 24.04.2013, 9 Ob 60/12 g; 19.03.2013, 4 Ob 234/12 h; 28.08.2013, 6 Ob 243/12 x; 28.10.2013, 8 Ob 105/13 v; 11.12.2013, 7 Ob 194/13 z; 30.06.2014, 5 Ob 208/13 v; s auch die Rsp zum Kausalitätsbeweis des Anlegers (Nw unten in FN 5213); weiters C. Völkl/Frenzl, ZFR 2014, 119 ff.

³³⁹ Bzgl dieser könnte angesichts der § 3 Abs 1 Z 9, 11 KMG, die Ausnahmen von der Prospektpflicht für Angebote vorsehen, die sich an institutionelle Investoren bzw Großanleger richten, fraglich sein, ob diese im selben Ausmaß schutzbedürftig sind wie der (uninformierte und daher vom KMG jedenfalls geschützte) Kleinanleger (so *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 365 ff [mit der Konsequenz der unterschiedlichen Behandlung von Klein- und Großanlegern bei der Prospekthaftung der emittierenden AG]; dazu tendierend auch *Rüffler* in FS Straube [2010] 128; vgl dazu aber unten in FN 682). Der OGH hat eine solche Differenzierung (auch für die Prospekthaftung, s OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 [254] [Dreger]) abgelehnt (mE zR, weil die § 3 Abs 1 Z 9, 11 KMG keine derartig weitreichenden Wirkungen anordnen und sich weder aus dem Gesetz [insb dem KMG], noch den Materialien zum KMG eine entspr „allgemeine Wertung“ der schadenersatzrechtlichen Ungleichbehandlung von Klein- und Großanlegern ableiten lässt). Dagegen hatte noch *Kozio* in *Spier*, Limits 35 f, eine Dritthaftung des Abschlussprüfers bloß gegenüber Kleinanlegern mit der allg Erwägung befürwortet, solche Investoren wären in besonderem Maße auf die Informationsquelle „Bestätigungsvermerk“ angewiesen, sie seien damit (anders als etwa ein an einer Übernahme interessiertes Unternehmen oder eine kreditgewährende Bank, die sich anderweitig informieren könnten) besonders gefährdet und schutzbedürftig.

³⁴⁰ OGH 7 Ob 269/07 w RdW 2008, 453 (454); zust *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB Rz 93a.

³⁴¹ OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (528); s dazu etwa *U. Torggler* in *Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 57 f; J. Zehetner, ÖZW 2013, 84.

³⁴² S dazu sogleich unten im Fließtext.

³⁴³ S zur relevanten Begründung OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529), wobei der OGH das Wort „bestimmter“ nicht hervorhebt; zur Bezugnahme auf die Entscheidung *Vorläufige Bilanz* (oben „Teil 1.I.C.1.b.cc. Vorläufige Bilanz – 8 Ob 281/70: Eingeschränkte“) s OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (528).

und deren Geldgebern für die Richtigkeit des Jahresabschlusses einzustehen“. Argumentativ zog der OGH eine BGH-Entscheidung heran, in der auf die mangelnde Neutralität des Steuerberaters sowie auf die Tatsache hingewiesen wurde, dass dieser verpflichtet sei, die Interessen seines Auftraggebers zu wahren; dem würde es widersprechen, den Steuerberater allfälligen Drittinteressen zu verpflichten.³⁴⁴

Demnach sei die Erstellung des Jahresabschlusses nicht mit der Abschlussprüfung vergleichbar.³⁴⁵ Denn – so der OGH weiter – für die Abschlussprüferdritthaftung sei entscheidend, dass der Bestätigungsvermerk als Vertrauensbasis veröffentlicht werde. Einen solchen Vermerk sehe das Gesetz für die bloße Jahresabschlusserstellung gerade nicht vor. Für die differenzierte Ansicht des OGH wesentlich erscheint aber auch noch ein weiterer Punkt, den er in der Entscheidung schon früher anspricht, und zwar in Zusammenhang mit der Haftungsausuferungsgefahr: Anders als beim Abschlussprüfer käme hinsichtlich des jahresabschlusserstellenden Steuerberaters eine Risikoreduzierung, wie sie die Entscheidung *Rieger Bank* zugunsten des Abschlussprüfers aufgrund der analogen Anwendung der Haftungsgrenzen des § 275 Abs 2 HGB aF vorsehe, mangels gesetzlicher Analogiegrundlage nicht in Frage.

3) Das zuletzt angesprochene Argument des 10. Senats leitet über zu der neueren Entscheidung 3 Ob 230/12 p³⁴⁶, in der der OGH auf das Verhältnis zwischen der von ihm befürworteten, allgemeinen Abschlussprüferdritthaftung und der Gutachterhaftung eingeht.³⁴⁷ Zwar billigt der 3. Senat die Gutachterhaftungs-Rsp dahingehend, dass sie auf die Erkennbarkeit der Interessenverfolgung zugunsten *bestimmter* Dritter abstelle (vgl insb oben *Verstreute Bonitätsauskunft* [S 32 ff], *Goldgrube* [S 35 ff]), um eine Haftungsausuferung zu vermeiden. Den geschützten Personenkreis derart „eng“ zu umfassen, sei aber bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers offenbar nicht notwendig: Wegen der begrenzten Haftung (§ 275 Abs 2 UGB *pa*) und der Möglichkeit, diese versichern zu lassen, sei die Dritthaftung des Abschlussprüfers nicht mit der eines Sachverständigen gem § 1300 ABGB vergleichbar. Zusätzlich ging der OGH noch auf das (Gegen-)Argument ein, ein Prüfungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter könne nicht angenommen werden, weil zwischen geprüften Unternehmen und allfälligen Dritten ein Interessengegensatz bestünde.³⁴⁸ Dazu meinte das Höchstgericht, dass die geprüfte Gesellschaft trotz dessen eine sorgfältige Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften

³⁴⁴ BGH IVa ZR 232/85 VersR 1988, 178 (179).

³⁴⁵ Vgl auch RIS-Justiz RS0120309.

³⁴⁶ ÖBA 2013, 606.

³⁴⁷ S zur relevanten Begründung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (606 f).

³⁴⁸ Dazu noch unten bei FN 354 mwN; vgl auch unten bei FN 1263 mwN.

sowie die Abschlussprüfung auch im Interesse der Anleger wünschen könnte, die Anspruch auf Publizität hätten.

Zu bedenken sei auch die Fürsorgepflicht (iSv Interessenwahrung) des geprüften Unternehmens gegenüber seinen Kunden, für eine Aufstellung des Jahresabschlusses und ordnungsgemäße Prüfung desselben zu sorgen. Selbst aber wenn das geprüfte Unternehmen nicht den Schutz Dritter wünsche, müsse offenbar ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten dieser angenommen werden, weil die Vorschriften über die Abschlussprüfung samt der damit einhergehenden Information Dritter zwingendes Recht darstellten. Den Parteien könne es nicht freistehen, über die gesetzlich geschützten Interessen Dritter vertraglich zu disponieren (unzulässiger Vertrag zulasten Dritter). Redlichen Parteien könnte dies ohnehin nicht unterstellt werden, bewegten sie sich doch bei einem Verzicht auf die sorgsame Prüfung schon im Bereich des vorsätzlichen Handelns, das jedenfalls zu einer Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden führe.³⁴⁹

bb. Lehrmeinungen

1) In der österreichischen Literatur ist die Abschlussprüferdritthaftung heftig umstritten. Die überwiegende Meinung teilt die Ansicht des OGH im Ergebnis, bejaht also prinzipiell die allgemeine Dritthaftung für unsorgfältige Abschlussprüfungen.³⁵⁰ Unter diesen Befürwortern stimmt allerdings nur ein recht kleiner Teil dem OGH hinsichtlich der Haftungsbegründung (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) zu.³⁵¹

Der größere Teil leitet die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers Dritten gegenüber noch deutlicher aus dem Gesetz ab und sieht den Haftungsgrund in „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ (vgl oben insb³⁵² *Goldgrube* [S 35 ff]), die also nicht – wie der OGH argumentiert – aus dem Vertrag zwischen Abschlussprüfer und geprüfter Gesellschaft entspringen, sondern vielmehr ausschließlich dem Gesetz (vgl §§ 268 ff, insb § 277 UGB) zu entnehmen seien.³⁵³ Als Begründung für diesen unterschiedlichen Zugang wird

³⁴⁹ Vgl dazu schon die ähnl Argumentation in der Entscheidung *Vorläufige Bilanz* und meine Anmerkung hiezu oben unter „Teil 1.I.C.1.b.cc. Vorläufige Bilanz – 8 Ob 281/70: Eingeschränkte Haftung nach Vertrag zugunsten Dritter“.

³⁵⁰ S auch OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606.

³⁵¹ *Vavrovsky*, ÖBA 2001, 584, der aber auch die hM (nächste FN) und ihre Haftungsbegründung unterstützt; *Walter Doralt*, ÖBA 2002, 827; *Karner*, ÖBA 2010, 594; wohl auch *Fraberger/Petriz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB Rz 87; grunds auch *Enzinger* in *FS Straube* (2009) 30 ff; vgl ferner *Koziol*, JBl 2004, 280 ff, der aber relevante Einschränkungen der Haftung überlegt (Adäquität, Vorhersehbarkeit, Gehilfenhaftung).

³⁵² Weiters „Teil 1.I.C.1.b.ff. ÖAMTC-Ankaufstest – 2 Ob 191/06 m: Haftung für psychische Kausalität“, „Teil 1.I.C.1.b.hh. Frischzellentherapie – 6 Ob 81/01 g: Anlegerschutz“ und „Teil 1.I.C.1.b.ii. Mündelaktie – 3 Ob 79/10 d: Finanzkrise und Gutachterhaftung“.

³⁵³ *Koziol*, ÖBA 1992, 895; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 110 f; *Kalss*, ÖBA 2000, 658; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 876; *Artmann*, JBl 2000, 630 f; *dies*, ÖZW 2002/3, 92; *Dehn*, ÖBA 2002, 389 f; *Liebscher*, Abschlussprüfer 59 ff; *Karollus*, RdW 2006, 393; *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ (2008) § 49 Rz 51; *Graf*, wbl 2012, 246 ff; *Iro/Riss*, RdW 2012, 449; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 74, § 1300 Rz 15 f; iE

angeführt, dass die Gesellschaft in der Regel gar nicht den Schutz ihrer Gläubiger bezwecke, sodass mangels Interessengleichlaufs zwischen ihr und diesen den Parteien des Prüfungsvertrags nicht unterstellt werden könne, Dritte in den Schutzbereich des Vertrags miteinzubeziehen.³⁵⁴ Durch die zwingende Anordnung der Prüfung samt Offenlegung und Veröffentlichung des Ergebnisses derselben habe aber der Gesetzgeber offensichtlich auch den Schutz Dritter (primär) beabsichtigt,³⁵⁵ ergäbe doch ansonsten eine Publizität des Bestätigungsvermerks kaum einen oder gar keinen Sinn.³⁵⁶ Da sich die Tätigkeit des Abschlussprüfers aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung somit gezielt an Dritte wende,³⁵⁷ seien diese daher bei sorgfaltswidrigem Handeln des Abschlussprüfers als unmittelbar Geschädigte³⁵⁸ anzusehen und damit „originär“ ersatzberechtigt³⁵⁹.

Gerechtfertigt wird dieses Ergebnis zusätzlich mit allgemeinen zivilrechtlichen Überlegungen, insb damit, dass der Abschlussprüfer die Gläubiger zur eigenen Interessenverfolgung in Anspruch nehme; mit anderen Worten habe er ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Schaffung der Vertrauensbasis „Bestätigungsvermerk“,³⁶⁰ weil er hierfür sein Prüfungshonorar lukriere.³⁶¹ Zudem seien die Anleger in besonderer Weise auf die Expertise des sachverständigen Abschlussprüfers angewiesen, hätten sie doch keine adäquaten Alternativmöglichkeiten zur Informationsbeschaffung;³⁶² das dadurch entstehende Naheverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem samt erhöhtem Gefährdungspotenzial spreche für eine Dritthaftung.³⁶³

Der größte Teil jener Literaturstimmen, die wie der OGH dem Grunde nach eine strenge Dritthaftung befürworten, folgt ihm auch dahingehend, dass die Haftungsbeschränkung des § 275 Abs 2 HGB aF bzw UGB analog auf derartige Haftungskonstellationen anzuwenden

auch C. Völkl, ÖJZ 2006, 102 f; ders/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 100, 112; vgl auch Koziol, JBl 2004, 276; Wilhelm, ecolex 2001, 881; referierend Steckel in U. Torggler, UGB (2013) § 275 Rz 38. Freilich spielt die gesetzliche Normierung der Abschlussprüfung auch eine entscheidende Rolle für die Haftungsbegründung des OGH (s oben bei FN 329). Er nimmt aber den „Umweg“ über den Prüfungsvertrag, um die Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter zu begründen; vgl dazu noch unten bei FN 871.

³⁵⁴ Graf, wbl 2012, 247 f; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 15 f; C. Völkl, ÖJZ 2006, 105; vgl auch Koziol in Spier, Limits 30; dens, ÖBA 1992, 895; J. Zehetner, ÖZW 2013, 79.

³⁵⁵ Liebscher, Abschlußprüfer 66; Koziol, JBl 2004, 280; vgl auch Karner, ÖBA 2010, 594: gesetzlich angeordnete Veröffentlichung, daher hohes Informationsinteresse.

³⁵⁶ Koziol in Spier, Limits 33; ders, ebd 70; ders, JBl 1995, 689; Walter Doralt, RdW 2006, 689; Artmann, JBl 2000, 630 f; dies, ÖZW 2002/3, 92; vgl auch dies, RdW 2007, 325, 327; Vavrovsky, ÖBA 2001, 584; Dehn, ÖBA 2002, 390; Bertl/Fraberger, RWZ 2002, 60; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 51; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB Rz 87; s dazu noch im Detail unten bei FN 1086.

³⁵⁷ Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 876 f; vgl auch schon Koziol in Spier, Limits 33; dens, ebd 71; ferner Graf, wbl 2012, 247.

³⁵⁸ S zum Begriff des (un-)mittelbaren Schadens, der sich nach dem Zweck der übertretenen Norm (Rechtswidrigkeitszusammenhang) richtet, noch unten bei FN 2460 mwN; vgl auch U. Torggler, Gesellschaftsrecht I Rz 480 ff.

³⁵⁹ Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 111.

³⁶⁰ Kalss, ÖBA 2002, 196; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 877.

³⁶¹ Koziol in Spier, Limits 33; ders, ebd 71; ders, JBl 2004, 281; vgl Wilhelm, ecolex 2001, 881; Artmann, JBl 2000, 628; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 111; s aber auch dies, ebd 109.

³⁶² Artmann, JBl 2000, 629 f; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 110 f; Karner, ÖBA 2010, 594; vgl auch OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h.

³⁶³ Koziol, JBl 2004, 280; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 876; vgl auch Koziol in Spier, Limits 33; dens, ebd 71.

sei.³⁶⁴ Daraus wird jedoch Unterschiedliches gefolgert: Nach einer Ansicht stünde der von § 275 Abs 2 UGB vorgesehene „Haftungstopf“ der Gesellschaft und den Gläubigern insgesamt nur einmal zur Verfügung,³⁶⁵ wobei man sich aber dabei nicht einig ist, ob dann Gesellschaftsansprüche gegenüber jenen der Gläubiger vorrangig zu befriedigen seien³⁶⁶, oder nicht³⁶⁷. Nach anderer Ansicht führe eine konsequente analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB dazu, dass die Ersatzansprüche der Gesellschaft einerseits und jene der Gläubiger andererseits jeweils und unabhängig voneinander mit dem gesetzlichen Maximalbetrag begrenzt seien, sodass sich die Frage, ob den Gesellschaftsansprüchen der Vorrang zukomme, gar nicht stelle.³⁶⁸

Nur vereinzelt³⁶⁹ wird eine radikale Dritthaftung für *omnis culpa* dergestalt vertreten, dass der (auch fahrlässig handelnde) Abschlussprüfer betraglich unbeschränkt hafte. Argumentiert wird dies mit dem originären Ersatzanspruch des Dritten, der vom Vertragsverhältnis der Gesellschaft mit dem Prüfer (und damit auch von § 275 UGB) unabhängig sei³⁷⁰, der Systemwidrigkeit³⁷¹ oder gar Gleichheitswidrigkeit³⁷² der Haftungsbegrenzung, der Diskrepanz zwischen möglicher Schadenshöhe und gesetzlicher Haftungssumme³⁷³ und der Tatsache, dass sich der Gläubiger den Abschlussprüfer – anders als die geprüfte Gesellschaft – weder aussuchen noch einen sonstigen Einfluss auf die Prüfung nehmen könne.³⁷⁴ Der Dritte wird daher mangels „Nähe zur Schadensursache“ gegenüber der Gesellschaft offenbar für schützenswerter erachtet,³⁷⁵ zumal (nur) er in der

³⁶⁴ Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 213 FN 138; Koziol, JBl 1995, 689; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 958, 969 f; Artmann, JBl 2000, 633; dies, RdW 2007, 325; Vavrovsky, ÖBA 2001, 586; Dehn, ÖBA 2002, 391; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 42 Rz 11; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 101; Karollus, RdW 2006, 393; Karner, ÖBA 2010, 594; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1299 Rz 76; U. Torggler, wbl 2001, 553 und Brogyanyi, VWT 2002 H 1, 7, P 9 sowie Gelter in Bertl/Mandl, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.5.) (die aber alle drei die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers für fahrlässiges Fehlverhalten ablehnen); wohl auch Bertl/Fraberger, RWZ 2002, 61; vgl auch BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1951).

³⁶⁵ Gelter in Bertl/Mandl, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.5.); Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 57; J. Zehetner, ÖZW 2013, 82 (bei Ablehnung der allg Dritthaftung); Ettel, GesRZ 2008, 233; vgl auch Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 881 FN 321.

³⁶⁶ So Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 34 (die aber die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers für fahrlässiges Fehlverhalten ablehnen); Artmann, JBl 2000, 633; dies, ÖZW 2002/3, 94; dies, RdW 2007, 325; Vavrovsky, ÖBA 2001, 586; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 42 Rz 11; Karollus, RdW 2006, 396 f; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 115 f; s auch C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 103.

³⁶⁷ So Walter Doralt, RdW 2006, 689; Leupold, Zak 2013, 411; vgl auch J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 54; dens, ÖZW 2013, 82; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 57; Dehn, ÖBA 2002, 392; dies, JAP 2002/2003, 60; offen Öllinger, Haftung 211 FN 923.

³⁶⁸ Walter Doralt, ÖBA 2002, 828; ders, RdW 2006, 689 f; ders/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 111, 114 f; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 61.

³⁶⁹ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; Kalss, ÖBA 2000, 658 f; dies, ÖBA 2002, 200 ff; Wilhelm, ecolex 2001, 881; Wenusch, AnwBl 2003, 12; Talos/Schrank, ecolex 2004, 950; Liebscher, Abschluprüfer 54.

³⁷⁰ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; Wenusch, AnwBl 2003, 12; so für Deutschland Kersting, Dritthaftung 550; vgl auch Koziol, JBl 2004, 282.

³⁷¹ Kalss, ÖBA 2002, 201.

³⁷² Wilhelm, ecolex 2001, 881.

³⁷³ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; Kalss, ÖBA 2002, 204 f.

³⁷⁴ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; Kalss, ÖBA 2000, 658; dies, ÖBA 2002, 204; vgl auch Koziol, JBl 2004, 282.

³⁷⁵ Kalss, ÖBA 2000, 658; vgl auch Wenusch, AnwBl 2003, 11 f, wonach in der Haftungsbegrenzung der Gedanke des Gesetzgebers zum Ausdruck komme, dass die Gesellschaft idR durch die ihr zurechenbaren Organe am Schaden mitwirke; krit dazu U. Torggler, AnwBl 2003, 619 f.

Regel keine Möglichkeit habe, eine höhere Haftungsgrenze zu vereinbaren.³⁷⁶ Dem Einwand, dass bei einem solchen Verständnis der Dritthaftung diese ausufern könnte, versucht *Liebscher* damit zu begegnen, dass er dem Abschlussprüfer die Möglichkeit einräumen möchte, seine Haftung durch eine einseitige Zusatzerklärung zum Bestätigungsvermerk zu beschränken.³⁷⁷

2) Die Unterzahl der Autoren lehnt eine allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers für (leicht) fahrlässige Sorgfaltsverstöße gänzlich ab.³⁷⁸ Diese Ansicht wird mit § 11 Abs 1 Z 4 KMG untermauert, demzufolge eine Dritthaftung des Abschlussprüfers erst bei Vorsatz eintrete.³⁷⁹ Weiters wird darauf hingewiesen, dass die Vorschriften über die Abschlussprüfung nicht unmittelbar den Schutz Dritter bezweckten. Durch die angeordnete Offenlegung mache das Gesetz die Bilanzinformation für diese lediglich nutzbar.³⁸⁰ Darüber hinaus spreche das allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzip der Haftungskanalisation gegen die Ansicht auch des OGH zur Dritthaftung.³⁸¹ Danach führten Schäden aufgrund sorgfaltswidrigen Handelns eines Gesellschaftsorgans, aber auch eines Gründungsprüfers, lediglich im Innenverhältnis (dh gegenüber der Gesellschaft) zu einer Ersatzpflicht und die Gläubiger profitierten hiervon bloß mittelbar.³⁸²

Schließlich führe die behauptete Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers zu Inkonsistenzen im Rahmen der hM: Zum einen seien die §§ 273 ff UGB nach hM keine Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zugunsten Dritter.³⁸³ Dann sei es aber widersprüchlich, „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ zugunsten Dritter aus diesen Bestimmungen abzuleiten.³⁸⁴ Zum anderen würden die „wahren“ Verursacher der in Frage kommenden Schäden, nämlich die Geschäftsleiter, nach hM für Bilanzierungsfehler Dritten gegenüber erst bei Vorsatz haften. Es wäre in hohem Maße begründungsbedürftig, würden

³⁷⁶ OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; *Kalss*, ÖBA 2002, 204; vgl auch *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 115.

³⁷⁷ *Liebscher*, Abschlussprüfer 67 ff.

³⁷⁸ *U. Torggler*, wbl 2001, 547 ff; *ders*, GBU 2002/03/06; *ders* in *Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 59; *Geist* in *Jabornegg*, HGB (1997) § 275 Rz 11; *Harrer* in *FS Georgiades* (2005) 643 ff; *ders* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 10; *ders*, wbl 2005, 108; *Gelter* in *Berti/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.4.6.); *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 48 ff; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 79 ff; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 31; *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 155 ff; *Zahradnik/Schöller*, ÖBA 2015, 138; s auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 22 Rz 21.

³⁷⁹ *Harrer* in *FS Georgiades* (2005) 650 f; *ders*, wbl 2005, 110; *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 156; vgl auch *Gelter* in *Berti/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.4.6.); *U. Torggler*, wbl 2001, 549; *Zahradnik/Schöller*, ÖBA 2015, 138.

³⁸⁰ *U. Torggler*, wbl 2001, 549; *ders*, AnwBl 2003, 618.

³⁸¹ Vgl *U. Torggler*, wbl 2001, 546, 548; *dens*, GBU 2002/03/06; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 57.

³⁸² Vgl *U. Torggler*, wbl 2001, 546, 548; *dens*, GBU 2002/03/06; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 57.

³⁸³ Dazu noch unten in FN 1088.

³⁸⁴ *Gelter* in *Berti/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.4.6.); vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 549; zust *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 26, 31.

Abschlussprüfer als bloße Mittelsmänner für Kontrollfehler demgegenüber schon bei leichter Fahrlässigkeit haften.³⁸⁵

b. Prospektkontrollore

aa. Einleitung

Die Dritthaftung der Prospektkontrollore³⁸⁶ Anlegern gegenüber ist auch für den Bereich fahrlässigen Fehlverhaltens ausdrücklich gesetzlich geregelt (§ 11 Abs 1 Z 2, Z 2a und Z 2b KMG), sodass *de lege lata* insofern keine Zweifel an einer entsprechenden Verantwortlichkeit Dritten gegenüber bestehen können.

Die Haftung gem § 11 KMG ist freilich auf den Erwerbspreis zuzüglich Spesen³⁸⁷ und Zinsen³⁸⁸ begrenzt („Anspruchsdeckelung“³⁸⁹). Sie greift darüber hinaus bei Kontrollen von Veranlagungsprospekten nur insoweit, als der Prospektprüfer oder seine Leute³⁹⁰ grob schuldhaft handeln (Z 2a *leg cit*).³⁹¹ Es stellt sich daher die Frage, ob neben § 11 KMG – in Konkurrenz dazu – eine strengere Dritthaftung der Prospektprüfer nach allgemeinem Zivilrecht besteht, die vom sondergesetzlichen Regime des § 11 KMG losgelöst ist. Das ist mE auch für die vorliegende Arbeit von großer Relevanz:³⁹² Ist man der Auffassung, dass § 11 KMG eine allfällige, aus allgemeinen Grundsätzen ableitbare Dritthaftung verdrängt, muss man konsequenterweise den Wertungen des verhältnismäßig jungen KMG im Rahmen eines – wie immer auch rechtdogmatisch zu begründenden³⁹³ – Dritthaftungsregimes relativ hohe Bedeutung beimessen.³⁹⁴ Anderes gilt natürlich, wenn

³⁸⁵ U. Torggler, wbl 2001, 550; ders, AnwBl 2003, 619; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 31; J. Zehetner, ÖZW 2013, 84; vgl auch U. Torggler, GBU 2002/03/06.

³⁸⁶ Zu deren Tätigkeit s oben bei und nach FN 105.

³⁸⁷ Darunter fallen Depotgebühren, Provisionen etc (Zivny, KMG [2006] § 11 Rz 46; s auch noch unten bei FN 3244).

³⁸⁸ Umstritten ist, was unter Zinsen iSd § 11 Abs 6 KMG zu verstehen ist. Einer Ansicht zufolge sind damit Verzugszinsen gemeint (Zivny, KMG [2006] § 11 Rz 46), während eine andere § 11 Abs 6 KMG so auslegt, dass der Anleger zusätzlich zum Ersatz des Erwerbspreises Anspruch auf eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals habe (C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 308). Dass § 11 Abs 6 KMG den Ersatz von Verzugszinsen eigens regelt, der sich trotz der betraglichen Beschränkung des Schadenersatzes wohl schon aus den §§ 1333 f ABGB, § 456 UGB ergibt, erscheint untypisch und ungewöhnlich. ME darf § 11 Abs 6 KMG aber auch nicht so verstanden werden, dass er den Ersatz des entgangenen Gewinns iS einer hypothetischen Alternativveranlagung zulässt, weil gerade der Ersatz des entgangenen Gewinns historisch ausgeschlossen werden sollte (s noch unten bei und in FN 623; vgl auch die Wertung des § 11 Abs 5 KMG). Wegen des Zusammenhangs zwischen „Zinsen“ und „Erwerbspreis“ in § 11 Abs 6 KMG ist mit dieser Norm mE jener Preisschaden angesprochen, der sich beim Erwerb von verzinslichen Wertpapieren, insb Anleihen, entweder aus einem zu hohen Erwerbspreis oder aus zu niedrigen Zinsen ungeachtet eines angemessenen Erwerbspreises („Zins[differenz]-schaden“) ergibt (vgl unten bei FN 3357; zu diesen beiden Ausprägungen des Schadens beim Erwerb von Anleihen s noch unten in FN 3270).

³⁸⁹ OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger); Kalss, Anlegerinteressen 204; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 72. Vgl dazu noch unten bei und in FN 623.

³⁹⁰ Bzw sonstige, von ihm beschäftigte Personen.

³⁹¹ Vgl bereits I 13 § 219 ALR.

³⁹² Schon die Ausführungen oben bei und nach FN 151.

³⁹³ Besondere Bedeutung müssten die Wertungen des § 11 KMG für eine alleine auf den Gedanken der *culpa in contrahendo* gestützte Dritthaftung haben (s dazu noch unten in FN 1400), weil § 11 KMG ausweislich der Materialien ein Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* ist (unten bei und in FN 829, 835).

³⁹⁴ Vgl Koziol, JBl 1994, 212: Die gesetzlichen Wertungen seien für die Frage entscheidend, ob eine vertragsähnliche Haftung gerechtfertigt sei. Das muss dann aber sowohl für die Gesetzeswertungen gelten, die die Grundlage der Ersatzpflicht betreffen, als auch

man die Meinung vertritt, § 11 KMG sei „unglücklich“³⁹⁵ oder „wenig gelungen“³⁹⁶ formuliert bzw schreibe unpräjudiziell einen „Kern“ der Dritthaftung fest³⁹⁷, sodass parallel zum KMG eine eigentlich viel weitergehende bürgerlich-rechtliche Dritthaftung zu bejahen sei.³⁹⁸

Zu bedenken ist weiters die Reflexwirkung der Antwort auf die hier aufgeworfene Auslegungsfrage für die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers: Wie erwähnt³⁹⁹, sanktioniert § 11 Abs 1 Z 4 KMG erst vorsätzliches Verhalten des Abschlussprüfers: Macht man mit der Wertung dieser Ziffer ernst, kann man wohl kaum eine Dritthaftung „à la Rieger Bank“ (oben S 49 ff) gutheißen.

Auf den ersten Blick scheint die Beantwortung dieser Frage recht einfach zu sein: § 11 Abs 8 KMG lässt „Schadenersatzansprüche aus der Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften oder aus der Verletzung von Verträgen“ unberührt. Und dennoch ist das Konkurrenzverhältnis von § 11 KMG zu allfälligen Schadenersatzansprüchen nach allgemeinen Grundsätzen ähnlich wie die Reichweite der Abschlussprüferdritthaftung (oben S 49 ff) lebhaft umstritten:

bb. Judikatur

Die Judikatur des OGH bietet ein uneinheitliches Bild. Der OGH hat – wohl auch beeinflusst durch seine Entscheidungen zur „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ vor Inkrafttreten des KMG⁴⁰⁰ – in zwei Entscheidungen *obiter* bejaht, dass neben § 11 KMG eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen der *culpa in contrahendo*⁴⁰¹ (des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen bzw -abschluss) in Betracht komme.⁴⁰²

In einer neueren Entscheidung hat er diese Ansicht aber insofern relativiert, als er eine Beschränkung solcher bürgerlich-rechtlichen Ersatzansprüche, so sie bestehen sollten,

für jene, die dem Umfang der sondergesetzlichen Haftung zugrunde liegen. Aus § 11 KMG sollen daher später Rückschlüsse auf die Dritthaftung der Ratingagenturen dem Grunde nach (unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“, insb bei FN 1911) sowie in Bezug auf das dafür relevante Haftungsausmaß (unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“, insb bei FN 3474) gezogen werden.

³⁹⁵ Kalss, ÖBA 2000, 641.

³⁹⁶ Kalss, ÖBA 2000, 641 iZm § 11 Abs 8 KMG.

³⁹⁷ Koziol, ÖBA 1992, 888, 890, 897; OLG Wien 15.12.2005, 1 R 247/05h-35.

³⁹⁸ So Kalss, ÖBA 2000, 659 FN 220.

³⁹⁹ Oben FN 126.

⁴⁰⁰ S insb OGH 7 Ob 592/90 GesRZ 1992, 54; 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12.

⁴⁰¹ S zur allgemeineren Kodifikation der *culpa in contrahendo* in Deutschland § 311 Abs 2 und 3 BGB und dazu Begr RegEntw SchuldRMdG, BT-Drucksache 14/6040, 161 ff (insb 161 zur Prospekthaftung).

⁴⁰² OGH 10 Ob 2299/96 b JBl 1997, 319 (321); 10 Ob 69/11 m ÖBA 2012, 621 (624 f); offenlassend OGH 11.09.1997, 6 Ob 2100/96 h; 4 Ob 174/11 h ÖBA 2013, 368 (371).

analog der Regelungen des KMG zumindest⁴⁰³ über die betragliche Haftungsbegrenzung (§ 11 Abs 6 KMG) und die Präklusion⁴⁰⁴ (§ 11 Abs 7 KMG) befürwortet hat.⁴⁰⁵ Damit befand er sich weitgehend im Einklang mit der Ansicht des Berufungsgerichts, das sogar eine Verdrängung der Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht bejaht hatte.⁴⁰⁶

Gerade in Bezug auf den Prospektkontrollor hat der erste Senat des OGH zuletzt (eher beiläufig, aber immerhin) eine Anspruchskonkurrenz zwischen der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ und der Haftung gem § 11 Abs 1 Z 2a KMG abgelehnt; er spricht sich in diesem Fall für einen „Vorrang der Spezialnorm“ aus mit der Konsequenz des Ausschlusses der Haftung für leichte Fahrlässigkeit.⁴⁰⁷

cc. Lehrmeinungen

Die hM vertritt eine parallele Anwendung des § 11 KMG und der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“.⁴⁰⁸ Neben der ausdrücklichen Bestimmung des § 11 Abs 8 KMG wird auf die allgemeineren Ausführungen in den Gesetzesmaterialien verwiesen, wonach eine Verbesserung des Anlegerschutzes Regelungsmaxime des KMG gewesen sei; dem würde eine Auslegung, die dem Anleger seine Ansprüche teilweise nimmt oder diese zumindest kürzt, nicht gerecht.⁴⁰⁹

Nach der Mindermeinung regle § 11 KMG die Dritthaftung abschließend.⁴¹⁰ Dafür wird ins Treffen geführt, dass die sondergesetzliche Haftungsbestimmung und ihre Schranken nach der hM ihre Sinnhaftigkeit verloren.⁴¹¹ § 11 Abs 8 KMG sei – im Einklang mit einem entsprechenden Hinweis in den Materialien⁴¹² – so auszulegen, dass Schadenersatzansprüche aus Vertrag und Delikt jeweils im engeren Sinne weiterhin neben

⁴⁰³ Zur Beschränkung des haftungsauslösenden Verschuldensgrades s noch unten bei FN 848.

⁴⁰⁴ Dazu noch unten bei und in FN 712.

⁴⁰⁵ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (49 f) (Oppitz); zust Wenger, RWZ 2012, 294.

⁴⁰⁶ OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39.

⁴⁰⁷ OGH 03.03.2015, 1 Ob 71/14 v.

⁴⁰⁸ Koziol, ÖBA 1992, 888 ff; ders, Haftpflichtrecht I³ Rz 19/17; ders in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/86 ff; ders in Spier, Limits 71; Brawenz, ÖBA 1992, 434; Gruber, wbl 1992, 47 mit FN 130; G. H. Roth, Wertpapierrecht², 163; Kalss, ÖBA 2000, 641 f; dies, ÖBA 2002, 204 FN 234; dies, Anlegerinteressen 203, 212; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 836; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 30; Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG § 26 Rz 67; U. Torggler, wbl 2001, 552 (vorsichtig); Liebscher, Abschlußprüfer 55; Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 6; Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 2, 30; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 40 Rz 32; Ettl in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 40 Rz 21; Peter Doralt/Winner in MünchKomm AktG³ (2008) § 57 Rz 256; wohl auch Peter Doralt/Diregger, ebd § 47 Rz 48; wohl nun auch Wilhelm, ecolex 2014, 105; offen Artmann, ÖZW 2002/3, 94; zwf jedoch Iro/Riss, RdW 2012, 448 f (die aber jedenfalls den Prospektkontrollor ausschließlich nach § 11 KMG haften lassen möchten).

⁴⁰⁹ Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/87; Brawenz, ÖBA 1992, 434; Gruber, wbl 1992, 47 mit FN 130; U. Torggler, wbl 2001, 552; vgl auch G. H. Roth, Wertpapierrecht², 163; so auch im Hinblick auf § 80 BörseG 1989: Rodrigues, ecolex 1990, 79; diesbzgl aber aA Nowak, Prospekthaftung 123.

⁴¹⁰ Rüffler, JBl 2011, 88; Wilhelm, ecolex 1992, 12 f; Welser, ecolex 1992, 309; Baum, GesRZ 2015, 15; jüngst ebenso Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 97; (zumindest) in Bezug auf den Prospektkontrollor Iro/Riss, RdW 2012, 451; grunds für sämtliche nach § 11 KMG Haftpflichtige auch C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 307, der freilich eine Art „relative Sperrwirkung“ des § 11 KMG vertritt; näher dazu unten bei FN 767, 811.

⁴¹¹ Welser, ecolex 1992, 309; Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 97; vgl auch Iro/Riss, RdW 2012, 448 f.

⁴¹² Dazu noch unten bei und in FN 661.

dem KMG bestehen sollten, nicht aber jene aus dem „dazwischen“ liegenden Bereich⁴¹³ (wie solche aus der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“).⁴¹⁴ Auch gegenüber der vermittelnden Meinung der neueren OGH-Rsp, wonach allgemein zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen grundsätzlich unberührt blieben, die Wertungen des § 11 KMG aber auf diese zu übertragen seien, wird im Schrifttum Sympathie geäußert.⁴¹⁵

3. Meinungsstand zur Dritthaftung von Ratingagenturen

Im Rahmen der wissenschaftlichen Aufarbeitung der Dritthaftung von Ratingagenturen werden – ähnlich wie bei anderen Haftungsproblematiken⁴¹⁶ – bisweilen rechtspolitische und rechtsdogmatische Argumente gemeinsam behandelt und miteinander vermengt. Methodisch sauberer erscheint es, die rechtspolitische von der rechtsdogmatischen Diskussion zu sondern. Dies fällt freilich nicht immer leicht, soll aber im Folgenden dennoch versucht werden (S 60 ff, S 67 ff).

a. Rechtspolitische Diskussion

aa. Pro Dritthaftung

Ob und inwieweit sich eine Dritthaftung von Ratingagenturen *de lege ferenda* empfiehlt, ist umstritten. Ein beachtlicher Teil der Literaturstimmen⁴¹⁷ befürwortet eine außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung im Grundsatz, offenbar weil damit ein gesamtwirtschaftliches Interesse⁴¹⁸ verbunden wird: Existiere das Haftungsrisiko der Ratingagenturen nicht bloß in der Theorie, könne dies auf den (durch die Finanzkrise zerrütteten⁴¹⁹) Anlegermärkten vertrauensfördernde Wirkung haben.⁴²⁰ Damit könne die Komplexität menschlichen Handelns und Entscheidens dort⁴²¹ reduziert werden.⁴²² Nicht

⁴¹³ Zu diesem weitgehend anerkannten „Zwischenbereich“ s noch unten bei FN 1863.

⁴¹⁴ Wilhelm, *ecolx* 1992, 12 f; Welser, *ecolx* 1992, 309; Iro/Riss, *RdW* 2012, 451 (in Bezug auf den Prospektkontrollor).

⁴¹⁵ Enzinger in FS Straube (2009) 24 (mit Hinweis auf den haftungsbeschränkenden Zweck des § 11 Abs 5 KMG).

⁴¹⁶ Vgl Baumgartner, Diskussionsbericht zu den Referaten von Christian Nowotny und Hanno Merkt, in Kalss/U. Torggler (Hrsg), *Enforcement im Rechnungslegungsrecht* (im Erscheinen; 2015).

⁴¹⁷ S unten unter „Teil 1.I.C.3.b.aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien“.

⁴¹⁸ Vgl zum Abschlussprüfer Schweitzer, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, *Aktienrechtsreform* 519 f.

⁴¹⁹ S etwa Spindler, *AG* 2010, 601; Blaurock, *JZ* 2012, 230; Deipenbrock, *WM* 2009, 1165, 1167; ausf Schön/Cortez, *IRZ* 2009, 11 ff; vgl auch schon Deipenbrock, *BB* 2003, 1849.

⁴²⁰ Kley/Pape in Achleitner/Everling, *Handbuch Ratingpraxis* 924 (Abbildung 1: Gesetzliche Haftung erhöhe die Glaubwürdigkeit); vgl Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 30; Kalss, *ÖBA* 2002, 205; Nowak, *Prospekthaftung* 125. Vertrauensverluste könnten verheerende Wirkung für den Kapitalmarkt haben, Hopt, *WM* 2013, 102; Grundmann/Renner, *JZ* 2013, 384: Dritthaftung habe marktstabilisierende Funktion.

⁴²¹ Allg zur Komplexitätsreduktionsfunktion von bestimmten Berufen, s Köndgen, *Selbstbindung* 381.

⁴²² Mitteregger/Stubenböck/Wieser, *ÖBA* 2010, 267 ff; zur Vertrauensförderung als Anliegen des europäischen „Ratingrechts“ vgl Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/09/629; vgl auch European Commission, *Impact Assessment SEC(2008) 1975*, 26: steigende Kapitalkosten; weiters OGH 5 Ob 262/01 t *ecolx* 2002, 89 (91) *Rieger Bank*, wo der OGH als Argument für die Dritthaftung

jeder Anleger müsste eine eigens finanzierte Bonitätsprüfung vornehmen, wenn er sich auf das neutrale Rating berechtigterweise verlassen dürfte, sodass insofern eine Transaktionskostensenkung⁴²³ eintreten würde.⁴²⁴ Auf diese Weise könne also der Markt (noch [vgl § 277 UGB, § 2 KMG, §§ 48d, 87, 91 BörseG]) transparenter gestaltet und so das „Volumen effizienter Transaktionen“ vergrößert,⁴²⁵ also die Kapitalallokation optimiert werden.⁴²⁶

Dabei ließe sich eine Parallele zur Prospekthaftung ziehen: Auch diesbezüglich hat der Gesetzgeber aus ähnlichen Motiven, nämlich der Stärkung des Kapitalmarkts⁴²⁷ durch erhöhte, weil haftungssanktionierte Informationsqualität⁴²⁸ (Vertrauensstabilisierung⁴²⁹), eine verschiedene Haftpflichtige erfassende Prospekthaftung in § 11 KMG⁴³⁰ statuiert.⁴³¹ Im Rahmen der ökonomischen Betrachtung könnte auch die Bedeutung der Ratings für die Eigenmittelunterlegung des europäischen (und österreichischen) Bankensystems⁴³² Beachtung finden, aufgrund derer gerade aus Sicht der Kreditinstitute eine hohe Ratingseriosität wünschenswert ist.

Im Hinblick auf die gewünschte Verhaltenssteuerung⁴³³ der Ratingagenturen durch effektive Haftungsnormen⁴³⁴ sei ein weiterer Aspekt zu bedenken:⁴³⁵ Wie allgemein bei

des Abschlussprüfers für seinen Bestätigungsvermerk ua die durch die Pflichtprüfung intendierte „wirtschaftliche Sicherheit“ ins Spiel bringt; vgl auch Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 22: Einführung einer Prospekthaftung auch um „empfindliche Stockungen des Handelsverkehrs“ zu vermeiden; s dazu noch unten bei FN 570; vgl weiters Koziol, ÖBA 1992, 897; C. Völkl, ÖJZ 2006, 102, 108; zur Abhängigkeit des Kapitalmarkts von intaktem Anlegervertrauen s Brawenz, Prospekthaftung 166.

⁴²³ Zum Begriff der Transaktionskosten s etwa U. Torggler, JBl 2011, 764.

⁴²⁴ Kalss, ÖBA 2000, 645; vgl auch dies, ÖBA 2002, 189; Vetter, WM 2004, 1701, 1712; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; Däubler, BB 2003, 432; Claussen, DB 2009, 1003; zu einer ähnl Argumentation bei der Prospekthaftung vgl Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/98.

⁴²⁵ Vasella, Haftung 356: ökonomisch sinnvolle Haftung, weil sie die Kapitalmarkteffizienz steigert; ähnl Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 205 f; ähnl für Wertgutachten Schäfer, AcP 202 (2002) 829 f; vgl auch Kalss, ÖBA 2000, 645; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; Peters, Haftung 88, 125.

⁴²⁶ Allg für die Berufshaftung Hopt, AcP 183 (1983) 653 f; vgl Vetter, WM 2004, 1701; Mühl, Haftung, Rz 298, 304; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461; zum grundlegenden Ziel des Kapitalmarkt(haftungs-)rechts, die Allokationseffizienz sicherzustellen, s etwa Kalss, Anlegerinteressen 2; Brawenz, Prospekthaftung 114 f; Gruber, ÖBA 2003, 240, 251; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 460.

⁴²⁷ Wagner in FS Blaurock (2013) 485.

⁴²⁸ Kalss, ÖBA 2000, 644 f; dies, Anlegerinteressen 328; Assmann in FS Lange (1992) 349, 365; Öllinger, Haftung 179; vgl Hopt, WM 2013, 102; vgl weiters ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO, wonach die OGH-Rsp, der zufolge ein Ersatzanspruch des Erstehers einer zwangsversteigerten Liegenschaft gegen den Sachverständigen zu vereinen sei, der im Exekutionsverfahren eine Schätzung derselben vornimmt, „dem Zweck der Zwangsversteigerung, nämlich möglichst viele Kauflustige anzuziehen, um einen möglichst marktkonformen Preis für die zu versteigernde Liegenschaft zu erhalten, zuwider“ laufe; vgl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h, wo der OGH die Haftung damit begründet, dass die Abschlussprüfung auch der „Absicherung der Qualität der Information nach außen“ diene; vgl dazu auch Kalss, ÖBA 2002, 189, 200.

⁴²⁹ S dazu Köndgen, Selbstbindung 383.

⁴³⁰ Ausf dazu unten unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektcontrolloren“.

⁴³¹ C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 288; vgl die ErwGr der EmissionsprospektRL (89/298/EWG); ErläutRV KMG 16 f; Kalss, Anlegerinteressen 201, 207 ff; Brawenz, ÖBA 1992, 422; dens, Prospekthaftung 141 f; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 1: Zweck der Prospekthaftung ist die „Durchsetzung der dem Emittenten obliegenden Informationspflichten“ (enge Verknüpfung mit Prospektspflicht), hierdurch Stärkung der Position der Anleger (sachkundige Kaufentscheidung) und des Kapitalmarkts als Ganzes; ähnl Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 44, 45 BörsG, Rz 1: Sicherstellung der Informationseffizienz; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.201: „Intention der Prospekthaftung, dem Anleger durch eine hinreichende Information die Risiken der Anlage adäquat offen zu legen“; vgl zur haftungsbewehrten Informationsqualität außerdem ErläutRV BörseG 1989, 31; Brawenz, ÖBA 1990, 166; Rüffler, ÖBA 2011, 701 f; Begr RegEntw AuslInvG, BT-Drucksache 5/3494, 23; Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 10; Mühl, Haftung, Rz 270; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15: „Einflußnahme auf das Informationsverhalten“.

⁴³² Vgl §§ 21b, 22a, § 22c Abs 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; vgl dazu auch noch unten bei FN 2333.

⁴³³ Weiterführend Wagner, AcP 206 (2006) 352 ff.

der Gutachterhaftung wäre es problematisch, wenn das Haftungsrisiko des Experten *de facto*⁴³⁶ einseitig gegenüber dem Auftraggeber bestünde. Denn dies motiviere jenen gerade dazu, diesem Risiko zu entgehen, indem man „auf dem Rücken der Informationsadressaten“ scheinbar neutrale, in Wahrheit jedoch wertlose Gefälligkeitsgutachten erteilt.⁴³⁷ Diese Gefahr erscheine umso bedrohlicher, als der Gutachter mit einem solch opportunistischen Verhalten einer künftigen Auftragserlangung vom selben Auftraggeber Vorschub leisten könne.⁴³⁸ Bei einer derartigen haftungsrechtlichen „Schieflage“ und im Hinblick auf die Gefahr des Verlusts eines Kunden (den Emittenten) hätten die Ratingagenturen daher einen (zu) starken Anreiz, eine positive Bonitätsbewertung abzugeben.⁴³⁹ Die Problematik werde bei professionellen Bonitätsurteilen sogar insofern verstärkt, als Ratings wie jede Prognose naturgemäß mit Unsicherheiten belastet seien⁴⁴⁰ und hier daher die evidente Gefahr bestehe, die bei jeder Bewertungsentscheidung verbleibenden „Restzweifel“ zulasten der Anleger aufzulösen^{441 442}.

⁴³⁴ European Commission, Public Consultation on Credit Rating Agencies (05.11.2010) P 4. (S 24); Vetter, WM 2004, 1711; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Eisen, Haftung 266 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 668; Karner, ÖBA 2010, 595; Haar, NZG 2010, 1281; dies, DB 2013, 2490, 2494; Oppitz, ÖZW 2011, 67; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 16; Graf, JBl 2012, 217 FN 39; Arntz, BKR 2012, 89, 95; Schuler, Verantwortlichkeit 154 ff, 159 f, 161 ff; Wagner in FS Blaurock (2013) 467, 478 ff, 491; vgl Blaurock, ZGR 2007, 642; aus ökonomischer Sicht allg zur Dritthaftung von Experten Schäfer, AcP 202 (2002) 811, 836; Hopt, AcP 183 (1983) 654; zur Prospekthaftung Graf, GES 2011, 206; vgl auch ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 36; Vorsatzhaftung für notwendige Verhaltenssteuerung unzureichend; vgl bereits Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048; s zu dieser Problematik auch Wagner, ZGR 2008, 501.

⁴³⁵ Aufgrund des sogleich aufgezeigten Interessenkonflikts der Ratingagenturen befürwortet Spindler, AG 2010, 610, *de lege ferenda* eine Dritthaftung; vgl demgegenüber unten bei FN 2442.

⁴³⁶ Vorsätzliches Handeln der Ratingagenturen iSd § 1295 Abs 2, § 1300 Satz 2 ABGB wird kaum vorliegen bzw zu beweisen sein, Öllinger, Haftung 181 f, 184; vgl für Deutschland Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10, 19, 22; Peters, Haftung 128; Thiele, Rating 121; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 730 f; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 623; Vetter, WM 2004, 1708; Meyer, Rechtsfragen 101; Blaurock, ZGR 2007, 633; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 205; Korth, Dritthaftung 17; Berger/Stemper, WM 2010, 2293; Haar, NZG 2010, 1285; dies, DB 2013, 2490; Schuler, Verantwortlichkeit 262 f; vgl zur Gutachterhaftung Scheucher, ÖJZ 1961, 230; Bosch, ZHR 163 (1999) 275; vgl zu Bonitätsauskünften Schacherreiter in Kleitečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 57, § 1300 Rz 13; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 86; vgl zur Abschlussprüferhaftung Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 24; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 46; Baums/Fischer, Haftung 14; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 86, 95; vgl auch OGH 5 Ob 370/61 SZ 34/167, 454 (456); Lorenz in FS Larenz (1973) 575 f; abschwächend für die Haftung von Ratingagenturen nach deutschem Recht Wagner in FS Blaurock (2013) 477 f: leichtfertiges Verhalten genügt; vgl aber für die USA v. Schweinitz, WM 2008, 954, wonach die dort geforderte *recklessness* „in den seltensten Fällen nachweisbar“ sei. S dazu auch noch unten bei FN 550, 4716.

⁴³⁷ Scheucher, ÖJZ 1961, 229 f; Köndgen, Selbstbindung 47; Schäfer, AcP 202 (2002) 829 f: „Tendenz zur gutachterlichen Überbewertung“; Karner in FS Koziol (2010) 706; Korth, Dritthaftung 57; vgl zur Haftung der Ratingagenturen Habersack, ZHR 169 (2005) 207; Blaurock, ZGR 2007, 643; Kersting, Dritthaftung 542; ErwGr 10 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴³⁸ S zu dieser Problematik ErwGr 12 EU-RatingVO-Novelle II; Jobst/Kapoor, WM 2013, 682; Habersack, ZHR 169 (2005) 196; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 267; Gomille, GPR 2011, 189; Walter Doralt, ÖBA 2006, 173 f; s allg zum Interessenkonflikt von Gutachtern, der aufgrund der Bezahlung durch den Auftraggeber entsteht, etwa Canaris, ZHR 163 (1999) 226; bzgl Ratingagenturen s Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 657; Haar, DB 2013, 2491; unten in FN 4980 mwN; zur Angst der Ratingagenturen, ihren Auftraggeber zu verlieren, s Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 6; vgl auch Becker, DB 2010, 942; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2162; Zimmer, ebd 2702, 2704; s aber auch Reidenbach, Ratingagenturen 336.

⁴³⁹ Wagner in FS Blaurock (2013) 478 ff; Öllinger, Haftung 179 mit FN 696; vgl auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 668.

⁴⁴⁰ Fleischer, AG 2006, 14; s dort (2 f) auch aus zum Begriff der Prognoseinformation; s zum dabei bestehenden Beurteilungsspielraum auch Köndgen, AG 1983, 97. Zum Prognosecharakter von Ratings s noch unten bei FN 2878, 4028.

⁴⁴¹ Wagner in FS Blaurock (2013) 480; vgl Fischer, Haftungsfragen 73: „Für den subjektiv beeinflussten Analysten ergibt sich ein breites Feld an Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Rating innerhalb seines Entscheidungsspielraums“; vgl zu dieser Problematik auch Köndgen, AG 1983, 98.

⁴⁴² Die Tatsache, dass manche Ratingagenturen vertraglich gegenüber ihren Abonnenten haften, müsste wohl nicht zwangsläufig zu der erwünschten verhaltenssteuernden Wirkung führen (anders wohl Eisen, Haftung 356). Denn die Finanzierung der Ratingagenturen durch Abonnementverträge stellt den Ausnahmefall dar und dürfte immer seltener vorkommen (s oben bei FN 60). Ferner ist nicht gesichert, dass die gegenüber dem Anlegerpublikum veröffentlichten Bonitätsnoten dieselben Ratingobjekte betreffen, wie jene, die Gegenstand

Auch das *reputational risk*, dem sich die marktführenden Ratingagenturen alleine durch zu optimistische Bewertungen (ohne darauf ergehende, gerichtliche Verurteilungen zum Schadenersatz⁴⁴³) aussetzen, sei angesichts der Struktur des Ratingmarkts, auf dem für die dominanten Marktakteure nur geringer qualitativer Verdrängungswettbewerb zu befürchten sei,⁴⁴⁴ überschaubar.⁴⁴⁵ Die Selbstregulierung des Markts alleine erscheine daher unzureichend, um die erwünschte Verhaltenssteuerung zu erreichen.

Dagegen könnte man jedoch einwenden, dass das verpönte haftungsrechtliche Vakuum⁴⁴⁶ gegenüber den Anlegern nunmehr ohnehin durch die explizite Haftungsnorm des Art 35a EU-RatingVO (die auch Anlegerschäden erfasst) aufgefüllt werde, sodass es einer nationalen Fahrlässigkeitshaftung unter Präventionsaspekten nicht bedürfe. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass der Anwendungsbereich der Verordnung eingeschränkt ist und der Tatbestand des Art 35a EU-RatingVO einschließlich seines Verschuldensanfordernisses recht eng ist,⁴⁴⁷ sodass damit den vorerwähnten rechtspolitischen Überlegungen nicht (jedenfalls nicht gänzlich) der Boden entzogen sein müsste.⁴⁴⁸

bb. Contra Dritthaftung

Auf der anderen Seite wird im Rahmen der Haftungsdiskussion auch auf die Interessen der Ratingagenturen Bedacht genommen, namentlich den Schutz vor einer ausufernden Schadenersatzpflicht.⁴⁴⁹ Eine solche drohe den Ratingagenturen ja insb dann, wenn ihre Haftung, gleichsam als „willkommene Ausfallhaftung“⁴⁵⁰ des *deep-pocket-defendant*⁴⁵¹

der Abonnementverträge der Ratingagenturen sind. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Ratingagentur zumindest jene Bewertungsobjekte unseriös beurteilt, die nicht Inhalt ihrer Abonnementverträge sind.

⁴⁴³ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 668; vgl auch Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 266.

⁴⁴⁴ Blaurock, ZGR 2007, 607, 641 f; vgl auch Haar, NZG 2010, 1282; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268. Die die Ratings nachfragenden Anleger können dieser Argumentation zufolge mangels Alternativen zu den Bonitätsurteilen der großen Agenturen daher nicht die entsprechende Marktmacht aufbauen.

⁴⁴⁵ Möllers, JZ 2009, 863; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2163; Däubler, WM 2011, 1829; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 462 f; ausf Haar, ZBB 2009, 178 f, 182; vgl auch dies, ZBB 2010, 186; dies, NZG 2010, 1282, 1284; Deipenbrock, BB 2003, 1850, 1853; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 659; Habersack, ZHR 169 (2005) 191; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2695. Diesen Aspekt übersieht wohl Thiele, Rating 122.

⁴⁴⁶ Karner, ÖBA 2010, 595.

⁴⁴⁷ Zu beidem s bereits oben bei FN 46; ausf dazu noch unten unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“, „Teil 2.II.B.4. Grob schuldhaftes Pflichtverletzung“; wie hier Wagner in FS Blaurock (2013) 487.

⁴⁴⁸ Zu den Schwierigkeiten, einen Haftungsanspruch nach der EU-RatingVO zu realisieren, s Haar, DB 2013, 2494, die davon spricht, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen „sogar unmöglich“ sein könnte (s auch noch unten bei FN 5166, 5183). Auch die in der EU-RatingVO vorgesehenen Möglichkeiten der ESMA, gegen Ratingagenturen, die die Vorschriften der EU-RatingVO verletzt haben, Aufsichtsmaßnahmen zu verhängen (dazu unten bei FN 4482), führt wohl nicht schon für sich zur optimalen Verhaltenssteuerung. Denn die Effektivität der Aufsichtsmaßnahmen lässt sich in Zweifel ziehen (vgl Haar, ZBB 2009, 183 f; ferner dies, ZBB 2010, 192 f, wo Haar eine Haftung für fehlerhafte Ratings neben dem Aufsichtsregime offenbar begrüßt; „flankierende Maßnahmen“ neben dem Regime der EU-RatingVO hält auch Lerch [BKR 2010, 408] für erforderlich; vgl auch zur amerikanischen Rechtslage Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 18).

⁴⁴⁹ Vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46).

⁴⁵⁰ Vgl § 70 GmbHG, § 1356 ABGB, § 98 EHG. Kapitalmarktrechtliche Informationsintermediäre werden mitunter tatsächlich als „Bürgen“ (oder auch „Garanten“) bezeichnet, so va im Bereich der Prospekthaftung, s zB Kalss, ÖBA 2000, 652 (zum

gegenüber „jedem Dritten, den es angeht“⁴⁵², bei bloß leicht fahrlässigen Sorgfaltsverstößen schlagend werden sollte.⁴⁵³ Hierbei dürfe auch nicht die in der Vergangenheit durch positive „*track records*“ nachgewiesene volkswirtschaftlich positive Funktion der Tätigkeit von Ratingagenturen⁴⁵⁴ vergessen werden: In aller Regel erhöhe sie die Effizienz des Kapitalmarkts⁴⁵⁵ und optimiere das Verhältnis von Angebot und Nachfrage, indem sie durch Verringerung von Informationsasymmetrien zwischen Emittenten und Anlegern⁴⁵⁶ auf unübersichtlichen (internationalen) Märkten⁴⁵⁷ einen realitätsgerechteren Preis für das Emittentenrisiko (Risikoprämie⁴⁵⁸) schaffe.⁴⁵⁹ Dadurch könnten die Ratingagenturen prinzipiell einen Beitrag dafür leisten, eine Übervorteilung der Anleger durch opportunistisches Verhalten seitens der Emittenten zu unterbinden⁴⁶⁰ und jene bei ihrer Transaktionsentscheidung zu unterstützen⁴⁶¹. Andererseits könnten Ratingagenturen dem Emittenten dabei „helfen“, insb komplexe Finanzinstrumente überhaupt erst am Kapitalmarkt „unterzubringen“.⁴⁶²

Prospektkontrollor); vgl auch BGH II ZR 123/85 WM 1986, 904 (906); X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871); III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425); III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1480).

⁴⁵¹ Vgl allg U. Torggler, JBl 2011, 769: Es gibt kein Prinzip, wonach Klagen gegen finanzkräftige Personen im Zweifel begründet sind; vgl zum *deep-pocket*-Argument iZm der Abschlussprüfung: Dehn, ÖBA 2002, 391; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 964, 966 ff; Brogyanyi, VWT 2002 H 1, 7, P 12; iZm der Prospektkontrolle: Brawenz, ÖBA 1992, 426; Welser, ecolex 1992, 302.

⁴⁵² Vgl zum Abschlussprüfer Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 517; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 129 (mit krit Tendenz); vgl zur Gutachter- und Auskunftshaftung: BGH II ZR 155/52 NJW 1954, 793; I b ZR 208/62 WM 1964, 1163 (1164); VI ZR 1/65 WM 1966, 1148 (1149); II ZR 85/68 NJW 1970, 1737: „Jedoch ist die Übernahme einer Haftung durch die Bank gegenüber beliebigen noch unbekannten Dritten ungewöhnlich, und ein Angebot ‚an wen es angeht‘ regelmäßig zu verneinen“; ähnl BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (323); II ZR 177/77 NJW 1979, 1595 (1597); vgl außerdem BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356); Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 93; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 19; vgl aber die von Kalss, ÖBA 2002, 197, vorgeschlagene Eingrenzung der Abschlussprüferhaftung: „alle Personen, für die die Information gedacht ist und die sich darauf geplanterweise verlassen können sollen“.

⁴⁵³ Vgl zur Abschlussprüferhaftung European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 1975, 18; Dehn, JAP 2002/2003, 56.

⁴⁵⁴ S dazu auch Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 4 ff, 9, 20 ff; Kalss, ÖBA 2000, 654 FN 171; Peters, Haftung 68; Thiele, Rating 151 f; Öllinger, Haftung 159; Meyer, Rechtsfragen 70; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktensrecht 312 f; Becker, DB 2010, 945; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461 f; Blaurock, JZ 2012, 229; Witte/Henke, DB 2013, 2257 mit FN 5; Schuler, Verantwortlichkeit 249; Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 1; GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13; vgl zu Bonitätsauskünften BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189).

⁴⁵⁵ Reidenbach, Ratingagenturen 37: Intermediäre als Voraussetzung für Effizienz am Kapitalmarkt, 41; Korth, Dritthaftung 29.

⁴⁵⁶ Grünbichler, ÖBA 1999, 695; Oehler/Voit, ÖBA 1999, 973; Vetter, WM 2004, 1701, 1712; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 413; Habersack, ZHR 169 (2005) 186, 195 f; Reidenbach, Ratingagenturen 37 f, dort auch zur *signalling* und *screening*-Funktion der Ratingagenturen, 286, 314; Blaurock, ZGR 2007, 608, 644, 652; ders, EuZW 2013, 608; Möllers, JZ 2009, 861, 866; ders, JZS 2009, 227; Schön/Cortez, IRZ 2009, 12, 16 f; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2169; Zimmer, ebd 2693; Korth, Dritthaftung 29; Mühl, Haftung, Rz 228, 304; Lerch, BKR 2010, 403 f; Karner, ÖBA 2010, 587; Becker, DB 2010, 941; Gomille, GPR 2011, 186; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461, 469; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Forschner, J&E 2012/1, 6; Wagner in FS Blaurock (2013) 468; Dutta, WM 2013, 1729; vgl zur Prospekthaftung Rodrigues, ecolex 1990, 78; Brawenz, Prospekthaftung 165; vgl zum Abschlussprüfer H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 8; vgl ferner Kalss, Anlegerinteressen 13, 161 f, 206; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; v. Schweinitz, WM 2008, 953; Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 3; Assmann in FS Lange (1992) 345 f. Zu den besonders stark ausgeprägten Informationsasymmetrien bei strukturierten Finanzprodukten s noch unten bei FN 4528.

⁴⁵⁷ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 4 f; Vetter, WM 2004, 1701; Thiele, Rating 92; Blaurock, ZGR 2007, 609.

⁴⁵⁸ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6.

⁴⁵⁹ Vgl Everling/Trieu in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 95, 97; BGH VI ZR 120/10 NJW 2011, 2204 (2206); zum Zusammenhang zwischen Publizität und Kapitalmarkteffizienz s Köndgen, AG 1983, 88.

⁴⁶⁰ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 468.

⁴⁶¹ Reidenbach, Ratingagenturen 37 ff. Meist, dh im typischen Fall des Auftragsratings (oben bei und in FN 60), müssen die Investoren nicht einmal für diese „Hilfestellung“ zahlen, die Kosten werden vielmehr beim Emittenten zentriert (wodurch nicht jeder Anleger eigens eine Bonitätsprüfung beauftragen und bezahlen muss), s Reidenbach, Ratingagenturen 315. S aber auch noch unten bei FN 2810.

⁴⁶² Peters, Haftung 68. Damit könnten die Kapital(beschaffungs-)kosten zumindest der Emittenten mit gutem Rating verringert werden: Reidenbach, Ratingagenturen 315.

Eine unbeschränkte Haftung der Ratingagenturen für *omnis culpa* gegenüber einer in der Regel sehr großen Anzahl von geschädigten Personen würde eine Existenzgefährdung für die insofern wichtige Ratingbranche darstellen und damit mittelbar die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts negativ beeinträchtigen⁴⁶³.⁴⁶⁴ Denn wenn nach allgemeiner Meinung leicht fahrlässige Pflichtverletzungen so definiert werden, dass sie gelegentlich auch sorgfältigen Personen unterlaufen⁴⁶⁵, könne doch auch eine an sich seriöse Ratingagentur früher oder später einer existenzgefährdenden Haftung ausgesetzt sein und auf diese Weise vom Markt verdrängt werden.⁴⁶⁶

Zu befürchten sei unter diesen Umständen auch das Gegenteil des Gefälligkeitsratings, nämlich übervorsichtige Ratings (*defensive ratings*⁴⁶⁷ ähnlich *defensive audits*⁴⁶⁸) infolge exzessiver Sorgfaltsanreize.⁴⁶⁹ Solche Ratings würden die Kapitalbeschaffung der Emittenten zu Unrecht behindern⁴⁷⁰ und damit unerwünschte Kostensteigerungen auslösen⁴⁷¹. Denn die Haftung diesen gegenüber erschiene den Ratingagenturen dann als das überschaubarere und damit geringere Übel⁴⁷², zumal sie mit diesen leichter *disclaimer* vereinbaren könnten als mit Dritten. Eine weitere Konsequenz einer überstrengen Dritthaftung könne darin bestehen, dass Ratingagenturen die Veröffentlichung von Ratings insoweit gänzlich unterlassen, als ein solch großes Haftungsrisiko besteht.⁴⁷³ Dadurch könnten nicht bewertete Emissionen uU torpediert werden – eine negative Haftungsfolge, die in den USA etwa der Autohersteller *Ford* verspüren habe müssen,⁴⁷⁴ aber die gerade

⁴⁶³ Auf die Gefahr, den (für die Effizienz des Kapitalmarkts) wichtigen Informationsmarkt durch unüberschaubare Haftungsrisiken zu „ersticken“, hat schon Assmann (in FS Lange [1992] 349) hingewiesen. Zu den negativen Auswirkung einer strengen Haftung nach Europarecht auf die Kapitalmärkte der Mitgliedstaaten s. Haar, DB 2013, 2494.

⁴⁶⁴ Vgl. Peters, Haftung 68; vgl. zur Haftung der Ratingagenturen nach Europarecht Haar, DB 2013, 2494; GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13 f.; vgl. zur Abschlussprüferhaftung Wilhelmer, RdW 2007, 457.

⁴⁶⁵ S. nur Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1294 Rz 11; s. auch Hellgardt, Kapitalmarktdeliktensrecht 463.

⁴⁶⁶ Vgl. Eisen, Haftung 357; so hinsichtlich der Abschlussprüferdritthaftung Kalss, ÖBA 2002, 189, 196; s. zum Problem noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b.aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung“.

⁴⁶⁷ Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; Blaurock, ZGR 2007, 634; vgl. bereits Vetter, WM 2004, 1709.

⁴⁶⁸ S. dazu Hirte, Berufshaftung 325.

⁴⁶⁹ Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; Wagner in FS Blaurock (2013) 488, 493; vgl. zur Dritthaftung des Abschlussprüfers H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 2; diesem Argument aber keine größere Bedeutung beimessend Peters, Haftung 133 (arg. Relativität des Ratings); krit. auch Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 206; Kersting, Dritthaftung 542.

⁴⁷⁰ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; vgl. zur Abschlussprüferhaftung Brogyanyi, VWT 2002 H 1, 7, P 13.

⁴⁷¹ DAI/BDI/VDT, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 3; Hirte, Berufshaftung 325.

⁴⁷² Wagner in FS Blaurock (2013) 488.

⁴⁷³ Deipenbrock, BB 2003, 1854; Thiele, Rating 122; vgl. Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298: „Angebotseinstellung“; Korth, Dritthaftung 78; vgl. dazu schon die Argumentation des LGZRS Wien, Vorinstanz zu OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225, 641 (644); krit. Kersting, Dritthaftung 542.

⁴⁷⁴ Der US-amerikanische Gesetzgeber unterwarf Ratingagenturen mit dem *Dodd-Frank Wall Street Reform Act* (s. dazu etwa Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 13 ff., insb. 17, 20 ff.; Schuler, Verantwortlichkeit 259 mit FN 1484, FN 1490) der Expertenhaftung der Section 11 des *Securities Act* von 1933 (Verschuldenshaftung für Falschangaben sowie für das Fehlen wesentlicher Tatsachen im Börsenzulassungsspekt [vgl. zu dieser Haftungsnorm auch etwa Eisen, Haftung 362; Wagner in FS Blaurock [2013] 470 mit FN 13]). Dies hatte zur Folge, dass es die Ratingagenturen unterließen, die Bewertung der davon betroffenen Wertpapiere zu veröffentlichen (vgl. Berger/Stemper, WM 2010, 2289 FN 3; s. zum Zustimmungserfordernis der Ratingagenturen, das der Emittent für die Verwendung des Ratings im *registration statement* einholen muss: Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 20; vgl. auch Schroeter, Ratings 890). Das torpedierte eine für 2010 geplante Anleiheemission des Autoherstellers *Ford* und ließ Befürchtungen hinsichtlich einer „Kreditklemme“ aufkommen. Daher erließ die *Securities Exchange Commission* (SEC) einen „No-Action-Letter“, in dem den Ratingagenturen die Nichtanwendung der neuen Haftungsvorschrift befristet zugesichert wurde (zum Ganzen, auch zur

auch kleine und junge Unternehmen aufgrund der mit ihrer Bewertung verbundenen, besonderen Haftungsgefahr treffen könne^{475 476}.

Zu berücksichtigen sei weiters, dass Schäden, die durch fehlerhafte Ratings eintreten⁴⁷⁷, zu einem beachtlichen Teil (insb soweit es um Erwerbsgeschäfte am Sekundärmarkt geht) sog Umverteilungsschäden darstellten,⁴⁷⁸ die aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht unbedingt vermieden werden müssten.⁴⁷⁹ Die „Umverteilung“ sei darin zu sehen, dass dem Vermögensverlust des geschädigten Anlegers spiegelbildlich ein Gewinn seines (lachenden) Vertragspartners gegenüber steht, der die Anlage zu einem aus objektiver Sicht überhöhten Preis verkaufen konnte.⁴⁸⁰ Hier sei es möglich, dass gar kein volkswirtschaftlicher Nettoverlust entsteht, weil sich Vermögenseinbuße auf der einen und monetärer Vorteil auf der anderen Seite gesamtwirtschaftlich gesehen saldierten, oder dass zumindest der Individualschaden des Anlegers den volkswirtschaftlichen Schaden⁴⁸¹ übersteige.⁴⁸²

Zusammenfassend zeigt die rechtspolitische Diskussion, dass die Ausgestaltung der Dritthaftung von Ratingagenturen eine Gratwanderung zwischen optimaler Verhaltenssteuerung einerseits und Übermaßhaftung andererseits darstellt.⁴⁸³

nunmehr unsicheren Rechtslage: *Haar*, Civil Liability 8 ff; *dies*, DB 2013, 2491 f mwN; *dies*, NZG 2010, 1284; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289 mit FN 3; *Möllers/Niedorf*, ECFR 2014, 359; vgl auch *Amort*, EuR 2013, 274).

⁴⁷⁵ *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; krit zu diesem Argument *Peters*, Haftung 133 f; *Kersting*, Dritthaftung 542 f. Der gegen eine Haftung der Ratingagenturen bereits für *negligence* manchmal vorgebrachte Einwand, private Anleger würden aufgrund der erhöhten Ratinggebühren (eingepreistes Schadenersatzrisiko) zunehmend auf diese Kapitalmarktinformationen verzichten, woraus eine geringere Investitionsbereitschaft resultiere, dürfte angesichts der zunehmenden Finanzierung der Ratingagenturen durch *solicited* Ratings heutzutage so nicht mehr berechtigt sein (*Peters*, Haftung 133 [unter Verweis auf die gegenteilige Meinung von *Husisian*, What Standard of Care Should Govern the World's Shortest Editorials?: An Analysis of Bond Rating Agency Liability, Cornell Law Review 75 [1990] 411 [435 f]). Freilich wäre es aber denkbar, dass Emittenten auf solch verteuerte Ratings verzichten und eine Emission daher ohne Rating oder überhaupt nicht durchführen (vgl dazu noch die Überlegungen zur Prospekthaftung unten in FN 588). Im ersten Fall wäre zumindest die Anlegerinformation, im letzteren (nur) die Kapitalbeschaffung beeinträchtigt.

⁴⁷⁶ Diese volkswirtschaftlichen Argumente sprechen mE dagegen, eine Dritthaftung von Ratingagenturen vornehmlich auf ökonomische Erwägungen zu stützen (s aber unten bei FN 526).

⁴⁷⁷ Näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“.

⁴⁷⁸ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 484, 488, 491; *Haar*, DB 2013, 2494; vgl zur Abschlussprüferhaftung *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 2, 24.

⁴⁷⁹ *Schäfer*, AcP 202 (2002) 813 f (insb unter Berufung auf *Bishop*, Economic Loss in Tort, Oxford Journal of Legal Studies 2, 1 ff).

⁴⁸⁰ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 484; *Haar*, NZG 2010, 1284; s auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 56.

⁴⁸¹ Zu berücksichtigen sind hier etwa „mittelbare Nachteile“, die aus der Fehlleitung von Kapital (*Wagner* in FS Blaurock [2013] 484; *Graf*, JBl 2012, 218; vgl auch *Köndgen*, AG 1983, 89; *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 1 f mit FN 1) bzw dadurch entstehen, dass der Kapitalmarkt an Integrität einbüßt (*Haar*, DB 2013, 2494; *dies*, Civil Liability 19). Zum Zusammenhang zwischen der Effizienz der Zirkulations- und Emissionsmärkte s *Baums/Fischer*, Haftung 1; vgl auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 114, 131 f; ferner *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 466 mit FN 66, wonach auch durch Fehlinformationen am Sekundärmarkt „erhebliche volkswirtschaftliche Nachteile“ drohten.

⁴⁸² *Wagner* in FS Blaurock (2013) 484, 488.

⁴⁸³ Vgl *Haar*, DB 2013, 2494: „Gratwanderung zwischen einem übermäßigen Abschreckungseffekt für Ratingagenturen im Fall einer Übermaßhaftung und dem gänzlichen Ausbleiben eines verhaltenssteuernden Effekts“; vgl auch *Assmann* in FS Lange (1992) 349 (zur Entwicklung des deutschen Kapitalmarkthaftungsrechts): „Galt es auf der einen Seite, den Schadenersatzanspruch des fehlerhaft informierten Anlegers als Instrument zur Beförderung effizienter Kapitalmärkte auf der Grundlage eigenverantwortlicher Anlageentscheidungen einzusetzen, so war auf der anderen Seite zu verhindern, solche Ansprüche derart auszugestalten, daß sie die Abwälzung des vom Anleger zu tragenden immanenten Risikos einer Anlage auf Dritte erlauben und aufgrund unüberschaubarer Haftungsrisiken den Informationsmarkt ersticken.“

b. Rechtsdogmatische Diskussion

In der (insb deutschen) Literatur ist untersucht worden, ob sich der Anleger auf „quasi-vertragliche“⁴⁸⁴ Anspruchsgrundlagen stützen könne, um von fahrlässig fehlbewertenden Ratingagenturen Schadenersatz zu verlangen. Dies dürfte mit den bereits in der Einleitung⁴⁸⁵ erwähnten Gründen zusammenhängen, namentlich dem aktuell typischen Finanzierungsmodell der Ratingagenturen und dem damit einhergehenden Ausscheiden direkter vertraglicher Ansprüche des Anlegers auf der einen sowie dem als unzureichend empfundenen Vermögensschutz im deliktischen Bereich auf der anderen Seite^{486, 487}. Diese Frage ist heftig umstritten.

aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien

Besonders oft wurden in diesem Zusammenhang Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁴⁸⁸ (vgl dazu oben insb *Rieger Bank* [S 49 ff]) und solche aus „Vertrauenshaftung“⁴⁸⁹ analysiert. Während in Deutschland die Dritthaftung von

⁴⁸⁴ Damit sind Ansprüche gemeint, die ihrem Inhalt nach weitgehend den vertraglichen Regeln folgen (in Bezug auf die Ersatzfähigkeit von bloßen Vermögensschäden, der Gehilfenhaftung [§ 1313a ABGB] sowie der Beweislast [§ 1298 ABGB]), obwohl kein Vertrag zwischen Schädiger und Geschädigtem besteht. Oft werden solche „quasi-vertragliche“ Ansprüche mit dem noch zu erörternden „Zwischenbereich“ zwischen Vertrag und Delikt in Verbindung gebracht (s zum Ganzen unten bei FN 1863 mwN).

⁴⁸⁵ Oben „Teil 1.I.A. Einleitung“.

⁴⁸⁶ S auch noch unten bei FN 1642.

⁴⁸⁷ S nur *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20; *Vetter*, WM 2004, 1709; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664 f; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290.

⁴⁸⁸ S nur *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354, 18 FN 77 sowie OLG Frankfurt 21 U 23/11 BeckRS 2011, 27061; für Österreich bejahend *Öllinger*, Haftung 195 ff (der aber mE in unzulässiger Weise den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ und der Dritthaftung aus *cic* vermengt); aus der deutschen Literatur (befürwortend) *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; „Idealfall eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte“; *Peters*, Haftung 107 ff; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1351; v. *Schweinitz*, WM 2008, 954, 956 ff; *Knops*, BB 2008, 2539; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664 ff: klassischer Fall dieser Haftungsfigur; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 714 ff; *Amort*, EuR 2013, 276; vertretbar; *Halfmeier*, VuR 2014, 330; *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 383; *Jagmann* in *Staudinger*, BGB (2009) § 328 Rz 140; *Grüneberg* in *Palandt*, BGB⁷⁴ (2015) § 328 Rz 35; vgl auch *Blaurock*, ZGR 2007, 635; offen *Gomille*, GPR 2011, 191; *Haar*, NZG 2010, 1283; einschr *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290 ff, insb 2292 (unter der Voraussetzung, dass die Weitergabe des Ratingurteils an einen bestimmten Anlegerkreis vereinbart wird); *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 205 f: nur in Ausnahmefällen; gegen die Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur im gegebenen Zusammenhang *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 f; *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 887 ff; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 620 f; *Thiele*, Rating 97 ff, insb 99 ff; *Meyer*, Rechtsfragen 96; *Eisen*, Haftung 355 ff (der aber bemerkenswerter Weise die Ansicht vertritt, die Dritthaftung von Ratingagenturen sei auf Basis der damaligen deutschen Rsp zu vergleichbaren Sachverhalten „gedeckt“ [S 351 ff]); *Schuler*, Verantwortlichkeit 237 ff, insb 244 ff; *Kersting*, Dritthaftung 541 FN 2657 und *Reidenbach*, Ratingagenturen 371 sowie *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 63 ff, insb 66 f: § 311 Abs 3 S 2 BGB sei vorzugswürdiger; *Fischer*, Haftungsfragen 150; *Wojcik*, NJW 2013, 2386; *Haar*, ZBB 2009, 185; *dies*, DB 2013, 2490; *Forschner*, J&E 2012/1, 18; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243; *Kontogeorgou*, DStR 2014, 1397 (unter P 3.2.1); iE auch *Schroeter*, Ratings 930 ff; letztlich wohl auch *Claussen*, DB 2009, 1003; allg gegen eine Dritthaftung *de lege lata* (wohl aber für eine solche *de lege ferenda*) *Habersack*, ZHR 169 (2005) 208 (zur Würdigung von dessen Einwand s unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“); gegen den Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für die Schweiz *Vasella*, Haftung 351 ff, insb 354 f.

⁴⁸⁹ Bejahend für Österreich zB *Öllinger*, Haftung 195 ff, insb 198 f (der aber mE in unzulässiger Weise die Dritthaftung aus *cic* mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vermengt); *Karner*, ÖBA 2010, 594; diesem wohl zust *Oppitz*, ÖZW 2011, 67: Das zivilrechtliche Instrumentarium für eine Dritthaftung stehe „grundsätzlich“ bereit; zum haftungsfreundlichen Ansatz von *Graf* und *Kalss* s noch unten bei FN 525, 526; für Deutschland bejahend *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 716 f; *Kersting*, Dritthaftung 540 ff; *Fischer*, Haftungsfragen 150 ff; *Mühl*, Haftung, Rz 251 ff; *Peters*, Haftung 118 ff (Haftung aus *cic* unter der Voraussetzung, dass die Ratingagentur das bestellte Rating im Auftrag des Emittenten veröffentlicht), 121 ff; *Schuler*, Verantwortlichkeit 254 ff; *Schantz*, Verantwortlichkeit 243 ff; prinzipiell auch für eine Vertrauenshaftung *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293, die aber darauf hinweisen, dass der Nachweis des besonderen Vertrauens in die Sachkunde der Ratingagenturen vielfach schwer zu führen sei; zust *Amort*, EuR 2013, 276; *Wojcik*, NJW 2013, 2387; vgl ferner *Luttermann/Vahlenkamp*, ZIP 2003, 1636; *Blaurock*, ZGR 2007, 635; vgl außerdem *Haar*, NZG 2010, 1284; offen *Reidenbach*, Ratingagenturen 371 f; *Gomille*, GPR 2011, 191; vgl auch

Ratingagenturen für bloß fahrlässige Sorgfaltsverstöße überaus umstritten ist, hat diese in Österreich eine verhältnismäßig große Zustimmung gefunden⁴⁹⁰ – eine erneute, bemerkenswerte Parallele zur Abschlussprüferdritthaftung, die in Deutschland⁴⁹¹ ebenso tendenziell restriktiver beurteilt wird, als von der österreichischen hM⁴⁹².

1) Abgesehen von den bereits oben (S 60 ff) behandelten, mE eher rechtspolitischen Argumenten für eine Fahrlässigkeitshaftung der Ratingagenturen gegenüber Dritten, wurde hinsichtlich der erstgenannten Anspruchsgrundlage vertreten, dass der Ratingvertrag zwischen Ratingagentur und Emittent Schutzwirkungen zugunsten der Anleger entfalte. Denn erstens seien diese diejenigen, die primär von der Ratingleistung betroffen wären („Leistungsnähe“⁴⁹³).⁴⁹⁴

Zweitens sei die von der Rsp geforderte Nähe des dritten Anlegers zum Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung⁴⁹⁵ (Emittent) erfüllt, weil grundsätzlich sowohl Emittent als auch Anleger ein Interesse an einem sorgfältigen und seriösen Rating hätten.⁴⁹⁶ Gegenläufige Interessen bestünden insoweit nicht, zumal es allgemein bekannter Zweck des Rating(-vertrag)s sei, gerade dem Anleger eine Vertrauensgrundlage für seine Investitionsentscheidung bereitzustellen.⁴⁹⁷ Im Übrigen bejahe die Rsp⁴⁹⁸ ebenso die aus Vertrag resultierende Dritthaftung von Experten, insb Gutachtern, die zB ein Grundstück für ihren Auftraggeber bewerten, wenn dieser die Expertise bekanntermaßen als Vertrauensgrundlage für dritte Geschäftspartner verwende. Auch in diesen Fällen bestünde

den eigenen, auf § 311 Abs 3 Satz 1 BGB gestützten Ansatz von Korth, Dritthaftung 48 ff, insb 68 ff, 135, der aber den materialen Grund der Dritthaftung (auch für Ratings) in der Kompensation der asymmetrischen Pflichtenbindung des Experten sieht; vgl dazu *Kontogeorgou*, DStR 2014, 1397 (unter P 3.2.2 und 3.2.3); ähnl *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 312 f, 444, der die Dritthaftung für *solicited* Ratings entspr einer Emittentenhaftung bejaht, wenn und soweit die Unabhängigkeit der Ratingagenturen gefährdet sei, was jedenfalls bei Erbringung von Beratungsleistungen durch die Ratingagentur gegenüber dem bewerteten Emittenten der Fall sei (s dazu auch noch unten in FN 3414 [krit]); vgl dazu *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 384 (Haftung, wenn Ratingagentur ihre neutrale Rolle erkennbar überschreitet); eine Vertrauenshaftung aber abl *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16 f; *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Vetter*, WM 2004, 1710 f; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 620; *Thiele*, Rating 91 ff, insb 94, 97, 110 f; *Meyer*, Rechtsfragen 96 ff; *Eisen*, Haftung 359 f; *Haar*, DB 2013, 2490; *dies*, Civil Liability 4; *Forschner*, J&E 2012/1, 17 f; *Gehrlein/Sutschet* in Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition (2015) § 311 Rz 121; in aller Regel die Vertrauenshaftung abl *Schroeter*, Ratings 908 ff, insb 918 ff (für Deutschland) 923 ff (für die Schweiz); allg gegen eine Dritthaftung *de lege lata* (wohl aber für eine solche *de lege ferenda*) *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 889 f und *Habersack*, ZHR 169 (2005) 208 (zur Würdigung von deren Einwände s unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“); für die Schweiz die Vertrauenshaftung bejahend *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 89 ff; *Vasella*, Haftung 329 ff (allerdings mit einer gewissen allg Skepsis gegenüber dem Institut der Vertrauenshaftung).

⁴⁹⁰ *Kalss*, ÖBA 2002, 655, 659; *Öllinger*, Haftung 195 ff, insb 198 f; *Karner*, ÖBA 2010, 594; diesem wohl zust *Oppitz*, ÖZW 2011, 67: Das zivilrechtliche Instrumentarium für eine Dritthaftung stehe „grundsätzlich“ bereit; s auch *Graf*, JBl 2012, 214 ff, insb 215 ff sowie 217 ff; zust *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 100 f.

⁴⁹¹ Zur dhM s noch unten bei und in FN 995.

⁴⁹² Dazu oben unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“.

⁴⁹³ Dazu noch unten bei FN 1153.

⁴⁹⁴ *Peters*, Haftung 113; *Öllinger*, Haftung 207; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14: Ergebnisse des Ratingverfahrens seien für Dritte bestimmt; ferner *Habersack*, ZHR 169 (2005) 206.

⁴⁹⁵ Dazu noch unten bei FN 1159.

⁴⁹⁶ V. *Schweinitz*, WM 2008, 956; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; vgl auch die ähnl Argumentation des OGH in der Entscheidung 3 Ob 230/12 p zur Abschlussprüferhaftung oben bei FN 348.

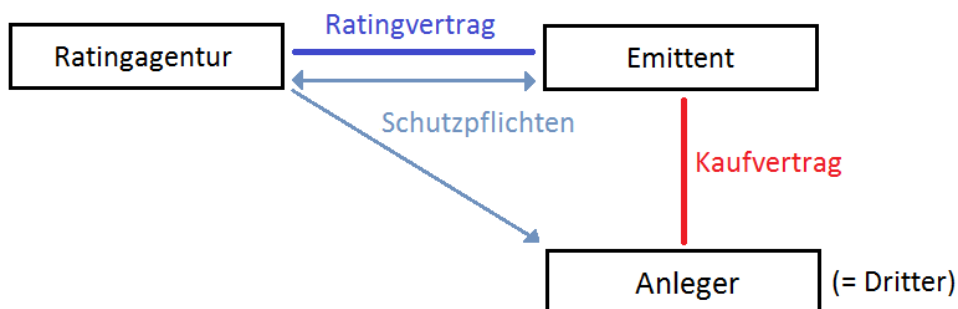
⁴⁹⁷ *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; vgl auch *Knops*, BB 2008, 2539.

⁴⁹⁸ S die Nw unten in FN 1328.

ein gewisser „Interessengegensatz“.⁴⁹⁹ Zumindest bei „staatlich“, etwa für Zwecke der Berechnung der risikoadjustierten Eigenmittelunterlegung nach Basel II bzw Basel III, anerkannten Ratingagenturen könne der Interessengegensatz vernachlässigt werden, weil solche Ratingagenturen *ex lege* zur Unabhängigkeit verpflichtet seien. Dessen sei sich auch der Emittent bewusst, der bei Beauftragung damit rechnen müsse, dass seine Interessen im Zuge der Vertragserfüllung daher keine Berücksichtigung finden können.⁵⁰⁰

Dass es bei der Dritthaftung von Ratingagenturen um einen bloßen Vermögensschaden des Anlegers gehe, dessen Ersatzfähigkeit beim Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter strittig⁵⁰¹ sei (vgl aber oben insb *Rieger Bank*), hindere ebenso nicht das Entstehen des Schadenersatzanspruchs des Anlegers. Denn diese Einschränkung greife jedenfalls dann nicht, wenn die Vertragsleistung – wie bei Ratings – gerade dem Dritten zugutekommen solle⁵⁰² (vgl oben *ÖAMTC-Ankaufstest* [S 38 ff]) oder eine Pflichtverletzung des Schuldners nur zu einem Vermögensschaden führen könne, was ebenfalls hinsichtlich des Ratingvertrags zutreffe⁵⁰³.

Grafik 1: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter



2) Einen anderen Ansatz verfolgt die Theorie der deutschen Vertrauenshaftung von Experten, die auf *Canaris*⁵⁰⁴ zurückgeht (vgl die Positivierung in § 311 Abs 3 BGB). In Anlehnung an die BGH-Rsp zur Eigenhaftung des Vertreters bzw Verhandlungsgehilfen oder einer sonstigen, am Vertragsabschluss oder -durchführung maßgeblich beteiligten Person („Sachwalter“⁵⁰⁵), wechselt *Canaris* die Perspektive: Er lenkt den

⁴⁹⁹ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Peters*, Haftung 110 f, 113; *Öllinger*, Haftung 207; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Haar*, NZG 2010, 1283.

⁵⁰⁰ *Schroeter*, Ratings 934 ff.

⁵⁰¹ S dazu noch unten bei FN 1227.

⁵⁰² Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 593.

⁵⁰³ *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665 FN 81; vgl auch *Öllinger*, Haftung 206.

⁵⁰⁴ *Canaris*, JZ 1995, 444 f; *ders*, ZHR 163 (1999) 224 ff.

⁵⁰⁵ Unter dem verwirrenden (vgl §§ 279 ff ABGB; *Köndgen*, Selbstbindung 411, 412 FN 57) Begriff der Sachwalterhaftung versteht die Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163, Folgendes: „Es handelt sich um die Haftung von Sachverständigen oder anderer „Auskunftspersonen“, die nicht selbst ein Eigeninteresse an einem Abschluss des Vertrags haben, dennoch aber durch ihre Äußerungen entscheidend zum Vertragsabschluss beitragen, weil sich ein Verhandlungspartner auf ihre Objektivität und Neutralität verlässt“; vgl schon *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951) 519; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 222; *dens* in FS Giger (1989) 103 ff; ferner *Fischer*, Haftungsfragen 152; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292.

wissenschaftlichen Fokus weg von dem Vertragsverhältnis zwischen Experte (Ratingagentur) und Vertragspartner des Geschädigten (Emittent)⁵⁰⁶ auf jenes zwischen Geschädigtem (Anleger) und dessen Vertragspartner (Emittent).⁵⁰⁷ Im Rahmen dieser Betrachtung ist der Schädiger (Ratingagentur) der Dritte, der (wie ein eigenhaftender Vertreter) durch sein vertrauensauslösendes Verhalten schuldhaft Einfluss auf den Vertragsabschluss des Geschädigten (zB Zeichnung der Anleihe) nehmen.⁵⁰⁸ Daher wird diese Haftung rechtsdogmatisch der *culpa in contrahendo* (iWS⁵⁰⁹) zugeordnet.⁵¹⁰

Haftungsbegründend ist hier also nicht das Verhältnis zwischen Ratingagentur und Emittent. Vielmehr entspringen die Pflichten der Ratingagentur gegenüber den Anlegern aus dem „Anbahnungsverhältnis“ als gesetzlichem Schuldverhältnis zwischen Emittent und Investor, an dem sie als vertragsfremder Dritter beteiligt ist⁵¹¹ („einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis“⁵¹²). Anders formuliert, aber in der Sache wohl übereinstimmend, resultiert die Haftung der Ratingagentur aus einer direkten „quasi-vertraglichen“ (Vertrauens-)Beziehung zum Anleger,⁵¹³ weswegen sich das Ausmaß der Verantwortlichkeit auch nach diesem Verhältnis richtet.⁵¹⁴

Grund für das Entstehen einer solch schuldrechtlichen Sonderbeziehung sei der Umstand, dass die Anleger den Ratingagenturen aufgrund deren allseits bekannter Sachkunde und Neutralität (ungeachtet jüngster Krisen⁵¹⁵) besonderes Vertrauen entgegenbrächten, wodurch diese einen erheblichen Einfluss auf jene ausüben könnten.⁵¹⁶ Aufgrund dieser herausragenden Expertenstellung der Ratingagenturen und der Tatsache, dass das Rating am Kapitalmarkt eine umfassende Informationsfunktion⁵¹⁷ erfülle, erübrige die Expertise

⁵⁰⁶ Zumindest verwirrend daher Thiele, Rating 91.

⁵⁰⁷ Canaris, ZHR 163 (1999) 224 f; ders, JZ 1995, 444 f; vgl dazu Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Karner, ÖBA 2001, 894; dens, ÖBA 2010, 594; vgl auch Eisen, Haftung 359 f, der sich aber auch gegen die Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur im gegebenen Zusammenhang ausspricht.

⁵⁰⁸ Vgl Fischer, Haftungsfragen 151 f; Mühl, Haftung, Rz 250 FN 85; Schuler, Verantwortlichkeit 250.

⁵⁰⁹ Vgl noch unten bei FN 829.

⁵¹⁰ S nur Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163; Peters, Haftung 118 ff; Thiele, Rating 91 ff, 96; Schuler, Verantwortlichkeit 250.

⁵¹¹ Eisen, Haftung 359; Fischer, Haftungsfragen 151; vgl auch Mühl, Haftung, Rz 251; Meyer, Rechtsfragen 97, 100.

⁵¹² Vgl Canaris, JZ 1965, 475 ff; dens in FS Larenz II (1983) 102 ff. Dazu noch unten in FN 1358.

⁵¹³ Kersting, Dritthaftung 540; Öllinger, Haftung 202; Mühl, Haftung, Rz 250; vgl Korth, Dritthaftung 52; Canaris, JZ 1998, 605: Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht zwischen Sachverständigem und Drittem; Schuler, Verantwortlichkeit 250; vgl für die Schweiz Vasella, Haftung 322; Emmenegger in Wiegand, Basel II 89.

⁵¹⁴ Fischer, Haftungsfragen 176.

⁵¹⁵ Vasella, Haftung 335.

⁵¹⁶ Fischer, Haftungsfragen 161 ff; Meyer, Rechtsfragen 97; Mühl, Haftung, Rz 254; Schuler, Verantwortlichkeit 254; Schantz, Verantwortlichkeit 253 ff; Peters, Haftung 119 f, der eine Parallele zur Prospekthaftung zieht; vgl auch dens, ebd 122; Vasella, Haftung 329; implizite Professionalitätsgarantie; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 68, 77.

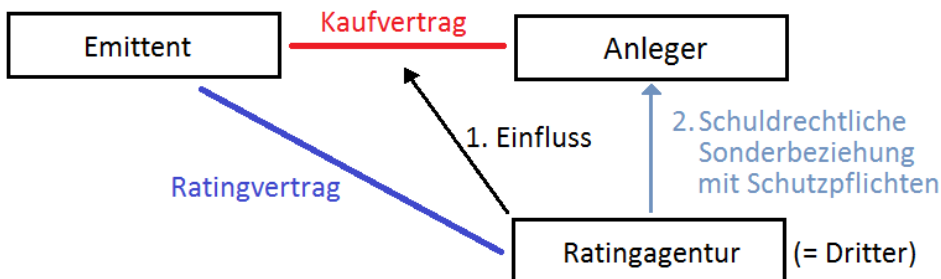
⁵¹⁷ Vgl auch Vasella, Haftung 331; Kersting, Dritthaftung 540, der zur Begründung der Sonderverbindung zwischen Ratingagentur und Anleger maßgeblich darauf abstellt, dass jene diesen Informationen zukommen lassen, welche dem Abschluss von (Anlage-) Rechtsgeschäften mit dem bewerteten Unternehmen dienen.

der Ratingagenturen eigene Nachforschungen des Anlegers hinsichtlich der bewerteten Anlage; das spreche ebenso für einen Vertrauensschutz.⁵¹⁸

Zu berücksichtigen sei auch, dass diese „Vertrauensinanspruchnahme“ der Ratingagenturen von diesen gewollt und bezweckt sei,⁵¹⁹ und zwar unabhängig von einem (wohl nie vorhandenen) „Haftungswillen“: Je stärker die Anleger auf die Bonitätsnoten der Agenturen vertrauen, desto lukrativer sei ihr Geschäft.⁵²⁰

Auch für Österreich wurde die Vertrauenshaftung im Sinne *Canaris*‘ von *Karner* vertreten.⁵²¹ Im Unterschied zur Dritthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁵²² kommt eine solche nach der Theorie von der Vertrauenshaftung auch dann infrage, wenn das schädigende Rating ein unbeantragtes ist und folglich keine Vertragsbeziehung zwischen Emittent und Ratingagentur besteht (die dann Schutzwirkungen entfalten könnte bzw müsste).⁵²³

Grafik 2: an *culpa in contrahendo* angelehnte, „quasi-vertragliche“ Vertrauenshaftung



3) Die Unabhängigkeit vom Vorliegen eines Ratingvertrags gilt im Ergebnis auch für eine an die Vertrauens- sowie „objektiv-rechtliche“ Dritthaftung (vgl oben insb *Goldgrube* [S 35 ff]) anknüpfende, jedoch zusätzlich ausdrücklich auf § 1300 Satz 1 ABGB gestützte (österreichische) Haftungstheorie von *Graf*. Diese begründet eine Haftung der sachverständigen Ratingagentur gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum damit, dass

⁵¹⁸ Mühl, Haftung, Rz 256 f, 260; Schuler, Verantwortlichkeit 254; Vasella, Haftung 330.

⁵¹⁹ Emmenegger in Wiegand, Basel II 89, 93; Vasella, Haftung 332; vgl auch Witte/Hrubesch, ZIP 2004, 1351 (iZm dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter).

⁵²⁰ Schuler, Verantwortlichkeit 256.

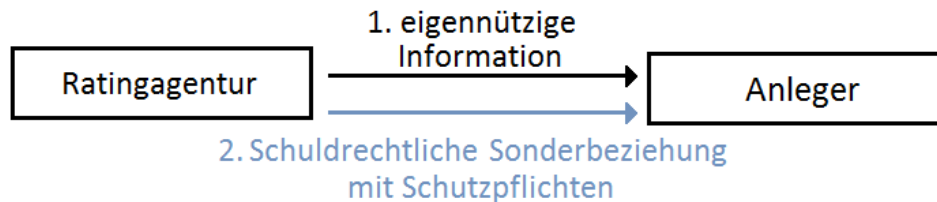
⁵²¹ Karner, ÖBA 2010, 594; vgl auch (zur Abschlussprüferhaftung) U. Torggler, wbl 2001, 550 f.

⁵²² Thiele, Rating 97 f; Witte/Hrubesch, ZIP 2004, 1351 FN 74; Reidenbach, Ratingagenturen 371; Meyer, Rechtsfragen 95; Korth, Dritthaftung 111; Forschner, J&E 2012/1, 18; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 62, 76; Amort, EuR 2013, 276.

⁵²³ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 716 f; Karner, ÖBA 2010, 594; Graf, JBl 2012, 212 f; Wojcik, NJW 2013, 2387; Schroeter, Ratings 909, 911; iE auch Fischer, Haftungsfragen 168; abw aber zur Dritthaftung aus *culpa in contrahendo*: Peters, Haftung 119; aA iE Korth, Dritthaftung 48 ff, insb 68 ff, dessen Auffassung freilich vor dem Hintergrund von „dessen“ Haftungstheorie (dazu oben in FN 489 aE) durchaus konsequent ist.

sie mit ihren professionellen Ratings diesem gegenüber einen besonderen Vertrauenstatbestand setze und daraus einen „wirtschaftlichen Nutzen“⁵²⁴ ziehe.⁵²⁵

Grafik 3: Informationshaftung nach § 1300 Satz 1 ABGB (Graf)



Die Haftung gegenüber Anlegern auch bei unbeauftragten Ratings erreicht wohl auch eine andere, hierzulande von *Kalss* vertretene Haftungstheorie: Diese rückt ökonomische Kategorien in den Fokus der Betrachtung und begründet die Dritthaftung von Ratingagenturen aus einer Sonderbeziehung zum Anleger insb mit der im Rating gebündelten „Informationsevaluierung“ und der damit einhergehenden Effizienzsteigerung für die Abwicklung von Rechtsgeschäften am Kapitalmarkt.⁵²⁶

aaa. Eingrenzung des geschützten Personenkreises

Dem Argument, dass die Haftung ausufern könnte (Erforderlichkeit der Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises im Rahmen jeder Dritthaftungstheorie), wird von Vertretern sowohl des vertraglichen als auch des gesetzlichen Ansatzes (S 67 ff) bisweilen damit begegnet, dass die Dritthaftung der Ratingagenturen für fahrlässiges Fehlverhalten nur gegenüber (potenziellen) Anlegern (nicht aber sonstigen „Dritten“) bestehe.⁵²⁷ Mitunter wird noch restriktiver vertreten, dass eine solche Haftung diesen gegenüber nur bei Emissionsratings eintrete,⁵²⁸ bei denen sich das maximale Schadenersatzrisiko – anders

⁵²⁴ Diesen ebenso im Rahmen der Ausführungen zur Vertrauenshaftungstheorie betonend *Vasella*, Haftung 330, 334.

⁵²⁵ *Graf*, JBl 2012, 214 ff, insb 215 ff sowie 217 ff; zust *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 100 f; vgl schon das auf § 1300 Satz 1 ABGB basierende Haftungskonzept von *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 ff (dazu noch unten bei FN 1523); aA *Öllinger*, Haftung 198, der davon ausgeht, dass „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ zugunsten der Anleger nur dann begründet werden könnten, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen Emittent und Ratingagentur besteht.

⁵²⁶ *Kalss*, ÖBA 2002, 655, 659; vgl auch *dies*, Anlegerinteressen 213 f. S dazu aber schon oben in FN 476. Vergleichen lässt sich die Ansicht *Kalss*' mit jener *Seibts* (in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206: „Dem überragend wichtigen Schutzziel der Funktionsfähigkeit und Preisintegrität des Kapitalmarkts entspricht es, zugunsten von Anlegern eine gesetzliche Vertrauenshaftung bei Inverkehrbringen „fehlerhafter“ Kapitalmarktinformationen in Form von Ratings und Ratingberichten zuzubilligen, die in einer Gesamtanalogie zu den spezialgesetzlich ausgeformten Vertrauenshaftungstatbeständen der §§ 37b und 37c WpHG (Ad-hoc-Publizität), § 44 BörsG (Prospekt) und § 12 WpÜG (Angebotsunterlage) bereichsspezifisch ausgestaltet ist“; vgl dazu auch *dens*, ZGR 2006, 532 und *dens* in *Joos/Storm*, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Drinkuth* und *Seibt*, in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 212 sowie unten in FN 3414 [krit]).

⁵²⁷ So wohl *Kalss*, ÖBA 2000, 655, die auf andere Geschädigte gar nicht eingeht; *Graf*, JBl 2012, 219; v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Deipenbrock*, BB 2003, 1852; deutlicher *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 666; *Schantz*, Verantwortlichkeit 274; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14, 16: jeder interessierte Anleger; *Claussen*, DB 2009, 1003.

⁵²⁸ Für Österreich *Karner*, ÖBA 2010, 594 f; für Deutschland *Peters*, Haftung 114; *Meyer*, Rechtsfragen 99 f; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 666 (die aber eine Haftung für Emittentenratings nicht explizit ausschließen); *Korth*, Dritthaftung 88 ff, insb 93 ff (der sogar eine Haftung bloß für „ursprüngliche“ Emissionsratings bejaht, nicht aber für Herab- oder Heraufstufungen durch die Ratingagentur); *Schroeter*, Ratings 919 (der ebenso bloß einen Schutz von Ersterwerbern erwägt); *Halfmeier*, VuR 2014, 330; vgl für Deutschland auch *Eisen*, Haftung 353 ff; *Knops*, BB 2008, 2539; iE für die Schweiz auch *Vasella*, Haftung

als bei allgemeinen Emittentenratings – auf den gesamten Emissionswert beschränke. Damit bleibe das drohende Haftungsausmaß überschaubar. Insb bei Privatplatzierung der angebotenen Wertpapiere sei eine Drittverantwortlichkeit für das dazugehörige Emissionsrating anzunehmen, weil insofern der Kreis geschützter Investoren klar abgrenzbar sei.⁵²⁹ Zum Teil wird sogar noch einen Schritt weitergegangen und die Dritthaftung für Emissionsratings nur gegenüber Ersterwerbern der bewerteten Wertpapiere bejaht, wogegen eine Verantwortlichkeit für Transaktionen am Sekundärmarkt verneint wird.⁵³⁰

Bei der (deutschen) Vertrauenshaftung werden diese Einschränkungen rechtsdogmatisch auch deswegen für geboten erachtet, weil sich diese Haftungstheorie als Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* versteht und damit ein (wenn auch loser⁵³¹) zeitlicher sowie aktionsmäßiger Zusammenhang zwischen Vertragsabschluss des Geschädigten (Anleihekauf) und schadenskausalen Information des Experten (Rating) vorliegen müsse.⁵³²

Wo dagegen eine relativ weitgehende Dritthaftung bejaht wird, ohne eine strenge Eingrenzung des geschützten Personenkreises vorzunehmen, versucht man eine Unzumutbarkeit der Haftung dadurch zu vermeiden, indem man die schadenersatzrelevanten Pflichten restriktiv(er) festlegt.⁵³³

bb. Gegner der Dritthaftung

Ein Teil der Lehre lehnt „quasi-vertragliche“ Schadenersatzansprüche des Anlegers und sonstiger Dritter gegen (fahrlässig handelnde) Ratingagenturen gänzlich ab.⁵³⁴ Aufbauend auf den bereits behandelten, rechtspolitischen Argumenten⁵³⁵, wird ähnlich wie bei der

333 f, der freilich auch eine Haftung für Emittentenratings zwar nicht gegenüber Anlegern, aber gegenüber Kreditgebern bejaht; s aber auch *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 63; ausdr für eine Haftung auch für Emittentenratings *Schantz*, Verantwortlichkeit 270 ff; s auch *Graf*, JBl 2012, 216 ff, 226.

⁵²⁹ *Schroeter*, Ratings 919 (wo aber eine Vertrauenshaftung für Ratings von öffentlich angebotenen Erstemissionen nicht *per se* ausgeschlossen wird); gegenteilig aber *ders*, ebd 939 (zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wo nur eine Haftung für „private Ratings“ im Zuge einer Privatplatzierung in Betracht gezogen wird).

⁵³⁰ *Peters*, Haftung 114 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), 120 (*cic*); *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 716 (der dabei aber eine Haftung für Emittentenratings nicht ausdr ausschließt); *Korth*, Dritthaftung 88 ff, insb 92 f; *Schroeter*, Ratings 919; krit dazu *Eisen*, Haftung 354; *de lege ferenda* krit *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 492; ausdr aA *Meyer*, Rechtsfragen 100; *Vasella*, Haftung 331 FN 1389; *Schantz*, Verantwortlichkeit 268 ff.

⁵³¹ S noch unten bei FN 1460.

⁵³² Dazu noch unten bei FN 2800; vgl auch *Schroeter*, Ratings 914 ff: notwendiger Bezug zu konkreter Vertragsanbahnung.

⁵³³ *Vasella*, Haftung 334 mit FN 1400; *Kersting*, Dritthaftung 544: keine Pflicht der Ratingagenturen, erhaltene Informationen zu verifizieren, keine Haftung für die Richtigkeit ihrer Einschätzung, aber Pflicht, Verfahrensstandards einzuhalten. Bzgl der demnach fehlenden Pflicht zur Richtigkeit der Einschätzung bleibt unklar, ob damit die (unbestrittene) mangelnde Garantiepflicht der Ratingagenturen (s unten bei FN 2882) gemeint ist, oder ob *Kersting* eine Haftung für (inhaltlich) unververtretbare Bonitäts-Prognosen (s dazu unten bei FN 3119) ablehnt. Wahrscheinlicher ist mE, dass *Kersting* Letzteres anspricht.

⁵³⁴ S die Nw oben in FN 488, 489.

⁵³⁵ Oben unter „Teil 1.I.A. Einleitung“.

Diskussion zur Abschlussprüferhaftung⁵³⁶ darauf verwiesen, dass weder Ratingagentur noch Emittent ein Interesse daran hätten, die Anleger in den Schutzbereich des Ratingvertrags miteinzubeziehen, sodass er keine Schutzwirkungen zugunsten dieser Personen entfalten könne.⁵³⁷

Im Übrigen könne der Kreis der anspruchsberechtigten Dritten – anders als bei der Gutachter-Dritthaftung – nicht adäquat eingegrenzt werden.⁵³⁸ Jedenfalls drohe eine Haftungsausuferung zulasten der Ratingagenturen (Haftung in unbegrenzter Höhe gegenüber einer Vielzahl von Personen),⁵³⁹ die das Gesetz durch die weitgehende Einschränkung des Schadenersatzes für reine Vermögensschäden im Deliktsrecht gerade zu verhindern suche.⁵⁴⁰ Das stehe nicht nur einer drittbegünstigenden Schutzwirkung des Ratingvertrags⁵⁴¹, sondern auch einer „quasi-vertraglichen“ Vertrauenshaftung der Ratingagenturen gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum entgegen.⁵⁴² Auch schiene es „unbillig“, Anleger, die sich möglicherweise bewusst gegen das Eingehen eines Vertragsverhältnisses mit der Ratingagentur entschieden haben und daher Ratings unentgeltlich nutzen, im Ergebnis die „gleichen“ Schadenersatzansprüche wie einem Abonnenten der Agentur einzuräumen.⁵⁴³

Gerade gegen eine Vertrauenshaftung spreche des Weiteren der Umstand, dass das Rating keine Empfehlung zum Kauf, Verkauf oder Halten von Wertpapieren darstelle;⁵⁴⁴ es sei

⁵³⁶ S oben bei FN 354.

⁵³⁷ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 887 ff; *Meyer*, Rechtsfragen 96; *Haar*, Civil Liability 4; *Schuler*, Verantwortlichkeit 246; iE auch *Thiele*, Rating 99 ff; den Willen der Ratingagentur betonend *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 621; vgl auch *Fischer*, Haftungsfragen 150.

⁵³⁸ *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 f; *Eisen*, Haftung 355; *Haar*, ZBB 2009, 185; *Wojcik*, NJW 2013, 2386; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243; *Amort*, EuR 2013, 276, der aber dennoch eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter befürwortet.

⁵³⁹ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890 und *Habersack*, ZHR 169 (2005) 208 und *Thiele*, Rating 122 und *Schuler*, Verantwortlichkeit 247 f sowie *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 f (zur Würdigung von deren Einwände s unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“); vgl *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141 mit FN 775; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *Forschner*, J&E 2012/1, 18: „unendlich viele Gläubiger“; *Reidenbach*, Ratingagenturen 371.

⁵⁴⁰ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 482; *Eisen*, Haftung 355: Gefahr der Erschaffung einer deliktischen Generalklausel für primäre Vermögensschäden, 357; vgl bereits *Meyer*, Rechtsfragen 96.

⁵⁴¹ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 481 f.

⁵⁴² *Wagner* in FS Blaurock (2013) 482 f; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890, der freilich schon aufgrund der Gegenläufigkeit der Emittenten- und Anlegerinteressen einen Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verneint (*Hennrichs* Ausführungen zur Vertrauenshaftung sind aber wohl so zu verstehen, dass für ihn die dort gegen eine Haftung vorgebrachten Gründe auch gegen eine Dritthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sprechen); gegen eine Dritthaftung aus *culpa in contrahendo*: *Thiele*, Rating 94, 97: Unüberschaubarkeit der Haftung; *Eisen*, Haftung 359 f. Letzterem Autor muss aber schon an dieser Stelle eine Inkonsistenz vorgeworfen werden: Zunächst meint er, dass eine Dritthaftung von Ratingagenturen durch die Rsp des BGH zu vergleichbaren Fallgruppen „gedeckt“ sei (*Eisen*, Haftung 351 ff). Danach hält er richtigerweise fest, dass § 311 Abs 3 BGB ausweislich der Materialien die in der Rsp anerkannten Fälle der Expertenhaftung kodifizieren sollte (*Eisen*, Haftung 360). Sodann gelangt er aber zum Ergebnis, dass sich auf § 311 Abs 3 BGB (doch) keine Dritthaftung von Ratingagenturen stützen lasse (*Eisen*, Haftung 360). Bemerkenswerterweise meint *Göres* (in *Habersack/Mülbart/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 66 ff), dass es an der Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises mangle (weswegen er eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ablehnt), was ihn aber nicht daran hindert, eine Dritthaftung von Ratingagenturen auf Basis von § 311 Abs 3 S 2 BGB zu bejahen.

⁵⁴³ *Eisen*, Haftung 355 f; zust *Forschner*, J&E 2012/1, 17 ff; vgl zur behaupteten Schutzunwürdigkeit von Nicht-Abonnenten auch *Thiele*, Rating 94, 102.

⁵⁴⁴ *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 728 f, der meint, dass dies (auch) gegen eine Dritthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spreche; idS auch *Deipenbrock*, BB 2003, 1853, die auch noch auf die zunehmende Komplexität von Finanzprodukten hinweist sowie darauf, dass das Ratingurteil bei solchen Produkten „nur einen Bruchteil der Risiken der Kapitalmarktverbindlichkeiten“ abbilde; vgl auch *Forschner*, J&E 2012/1, 17; *Quinn v. The McGraw-Hill Companies, Inc.*, 168 F.3d

lediglich eine Meinungsäußerung der Ratingagentur, die bloß als Teilelement in die Investitionsentscheidung einfließe(n dürfe).⁵⁴⁵ Schwerlich könne davon gesprochen werden, dass Ratingagenturen tatsächlich am „Anbahnungsverhältnis“ zwischen Emittent und Anleger beteiligt wären, werde doch das Rating in der Praxis mehrere Wochen vor der Platzierung der Wertpapiere erstellt.⁵⁴⁶ Zu berücksichtigen sei ferner, dass Ratingagenturen nicht im selben Ausmaß wie etwa Wirtschaftsprüfer die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten hätten, Informationen aus der Unternehmenssphäre zu erlangen.⁵⁴⁷

G. Wagner mindert die Konsequenz der Ablehnung einer „quasi-vertraglichen“ Haftung⁵⁴⁸ dadurch ab, dass er den Anwendungsbereich der deliktischen Haftung des § 826 BGB (vgl. § 1295 Abs 2 ABGB) in Anlehnung an die verwandte BGH-Rsp⁵⁴⁹ erweitert. Nach ihm begründet nicht erst ein bewusst mangelhaft erstelltes und veröffentlichtes, sondern schon ein „leichtfertig“ abgegebenes Rating die Deliktshaftung;⁵⁵⁰ dafür soll es ausreichen, dass die Ratingagentur bei der Bonitätsbewertung „in grober Weise sorgfaltswidrig gehandelt hat“.⁵⁵¹

D. Stellungnahme

1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren

a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung

1) Die Frage nach der Konkurrenz zwischen § 11 KMG und der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ (oben S 57 f) muss auch – mE verstärkt als es bisher

331, 336 (7th Cir. 1999). Bereits an dieser Stelle muss *Deipenbrocks* Argument allerdings bezweifelt werden: Es fragt sich doch, ob nicht das Ratingurteil die Risiken eines Finanzinstruments zu berücksichtigen hat, die dessen Vermögenswert beeinträchtigen und die den mit dem Finanzinstrument zusammenhängenden vermögensrechtlichen Ansprüchen des Anlegers entgegenstehen könnten (vgl. zu den Korrelationsrisiken bei hypothekenbesicherten Wertpapieren unten in FN 3148). Überhaupt mutet es seltsam an, die Ratingagenturen von einer Haftung aufgrund der Tatsache zu befreien, dass ihre Ratings ungenau wären.

⁵⁴⁵ *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Schroeter*, Ratings 920 f, 925; offen *Peters*, Haftung 123 mit FN 733; vgl. auch die Argumentation bei *Thiele*, Rating 87, hinsichtlich der (nach *Thiele* nicht bestehenden) vertraglichen Haftung der Ratingagentur gegenüber Abonnenten.

⁵⁴⁶ *Eisen*, Haftung 359 f.

⁵⁴⁷ *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Deipenbrock*, BB 2003, 1853; vgl. zu diesem Argument auch *LaSalle National Bank v. Duff & Phelps Credit Rating Co.*, 951 F. Supp. 1071, 1085 (S.D.N.Y. 1996); *In re Fitch, Inc. v. UBS PaineWebber, Inc.*, 330 F.3d 104, 110 f (2nd Cir. 2003).

⁵⁴⁸ Näher *Wagner* in FS Blaurock (2013) 481 ff.

⁵⁴⁹ S dazu unten in FN 1637.

⁵⁵⁰ Bemerkenswerterweise ähnelt dieses Vorgehen der Untersuchung der Dritthaftung von Ratingagenturen in den USA (vgl. zum Schluss auf das „scienter“-[Wissentlichkeits-]Kriterium aufgrund von „reckless“ [grob bzw bewusst fahrlässigen] Verhaltens [dazu noch unten bei FN 4716] im Rahmen der Dritthaftung von Ratingagenturen gem Sec 10(b) Securities and Exchange Act of 1934 iVm SEC Rule 10b-5; *Eisen*, Haftung 362 f; vgl. auch *Baums/Fischer*, Haftung 17; *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 21; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 125 f; *Hopt*, WM 2013, 105).

⁵⁵¹ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 477 f; vgl. auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19; für eine wortlautgetreue Auslegung aber offenbar *Eisen*, Haftung 360.

geschehen ist – die Entstehungsgeschichte dieser sondergesetzlichen Haftungsnorm miteinbeziehen, zumal die österreichischen⁵⁵² Materialien etliche Fragen offen lassen: Die Bestimmung war als § 11 bereits in der Stammfassung des KMG (BGBl 1991/625) enthalten, ist aber (wie dieses selbst) im Vergleich zur deutschen sondergesetzlichen Prospekthaftung⁵⁵³ noch relativ neu.⁵⁵⁴ Davor war für Wertpapiere, die zum amtlichen Handel an einer inländischen Börse (§ 64 BörseG) oder zum geregelten Freiverkehr (§ 67 BörseG) zugelassen waren, in § 80 BörseG 1989 (BGBl 1989/550⁵⁵⁵) für Österreich erstmals ausdrücklich eine Prospekthaftung vorgesehen.⁵⁵⁶ Demnach hafteten einerseits der Emittent⁵⁵⁷ sowie Personen, die für den Prospekt oder für bestimmte Abschnitte desselben die Verantwortung übernommen hatten⁵⁵⁸, für *omnis culpa* (Abs 1 Z 1 *leg cit*), der Abschlussprüfer aber nur bei Vorsatz (Abs 1 Z 2 *leg cit*)⁵⁵⁹. Ausweislich der Materialien zu dieser Bestimmung lehnte sich der Gesetzgeber dabei – einmal mehr⁵⁶⁰ – an sein deutsches Vorbild (§ 45 dBörsenG⁵⁶¹) an.⁵⁶²

2) Der deutsche Börsen-Gesetzgeber des Jahres 1896⁵⁶³ sah explizit eine Haftung für solche Prospekte vor, aufgrund derer Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen waren; haftpflichtig waren Personen, die den Prospekt „erlassen haben“⁵⁶⁴ oder von denen der

⁵⁵² Zu den deutschen Materialien s sogleich nach FN 562.

⁵⁵³ Dazu sogleich im Fließtext bei FN 563.

⁵⁵⁴ Das KMG trat ab 1.1.1992 in Kraft (§ 19 Abs 1 KMG).

⁵⁵⁵ Hintergrund für die Schaffung des Prospekthaftungstatbestands war der Aufschwung der Wiener Börse seit 1985 sowie die damit einhergehende zunehmende Beteiligung des breiten Anlegerpublikums am Risikokapital, s Brawenz, ÖBA 1990, 163.

⁵⁵⁶ S dazu Brawenz, ÖBA 1990, 165; Rodrigues, eolex 1990, 77 ff; Koziol, ÖBA 1992, 887 f; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 837; vgl zur Emittentenhaftung auch schon ErläutRV Wp-EmissionsG 1979, 4 (zu § 4 Abs 2 und 3 Wp-EmissionsG 1979).

⁵⁵⁷ Zur umfassenden Verantwortlichkeit des Emittenten im Gegensatz zu „anderen Prospektverantwortlichen“, insb (im Zuge der Emission tätige) Experten, vgl Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048: „Unbegrenzt haftet jedoch der Emittent selbst, da dieser als wirtschaftlicher Träger der Emission im vollem Umfang für die Richtigkeit der von ihm ausgehenden Kapitalmarktinformationen und für die Offenlegung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften verantwortlich ist“; ganz ähnl ErläutRV KMG 21 (dazu unten bei und in FN 3852 f); zur „abgestuften Verantwortlichkeit“ vgl bereits Köndgen, AG 1983, 87; ferner Groß, Kapitalmarktrecht⁵ (2012) § 21 WpPG, Rz 18 ff („Letztverantwortlichkeit“ des Emittenten).

⁵⁵⁸ Namentlich begründete die Unterschrift des Prospekts die Übernahme der Verantwortung (ErläutRV BörseG 1989, 44; vgl § 72 Abs 3 Z 7 BörseG 1989; Mühl, Haftung, Rz 273). Praktische Bedeutung hatte die Haftungsvorschrift insb für Emissionsbanken (Brawenz, ÖBA 1990, 165; Gruber, wbl 1990, 159 FN 65; G. H. Roth, Wertpapierrecht², 163; vgl Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2274; Mühl, Haftung, Rz 273; zum Hintergrund dieser Haftung s Köndgen, AG 1983, 124: Abbauung des Vertrauensdefizits der Anlegerschaft; vgl dazu bereits Weber, ZHR 45 [1986] 82: „Emissionskredit“ der Banken; s auch noch unten bei FN 725).

⁵⁵⁹ Für die Haftung musste der Abschlussprüfer in Kenntnis von schuldhaft unrichtigen oder unvollständigen Prospektangaben iSd § 80 Abs 1 Z 1 BörseG 1989 sowie in Kenntnis des Umstands, dass der von ihm bestätigte Jahresabschluss einem Prospekt beigelegt werden soll, einen Jahresabschluss oder einen Prospekt mit einem „Bestätigungsvermerk“ versehen haben.

⁵⁶⁰ Im Bereich des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts entspricht ein derartiges Vorgehen der (freilich auch zeitgeschichtlich bedingten) österreichischen „Gesetzgebungssitte“; vgl nur das AktG mit dem dAktG, das UGB mit dem dHGB, das GmbHG mit dem dGmbHG.

⁵⁶¹ IdF dRGBI 1908, 215 (neue Bekanntmachung des dBörsenG 1896 [s dazu etwa Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ [2012] BörsG Einl [14] Rz 8]).

⁵⁶² ErläutRV BörseG 1989, 45, die außerdem darauf hinweisen, dass § 80 BörseG 1989 Art 4 Abs 2 BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG) umsetze. Zur Vorbildfunktion des deutschen Prospekthaftungsrechts s auch Nowak, Prospekthaftung 4; Brawenz, ÖBA 1990, 163; dens, Prospekthaftung 141; Gruber, wbl 1990, 156.

⁵⁶³ Bereits 1842 kursierten Vorschläge zu einer an das Vertragsrecht angelehnten Prospekthaftung, s Köndgen, AG 1983, 85; vgl aber noch die Ablehnung der aus dem englischen Recht stammenden Prospekttheorie („Vorverlagerung des Gründungsschutzes“ [Brawenz, ÖBA 1990, 162]) für die aktienrechtliche Sukzessivgründung mit dem Verweis auf das allgemeine Bürgerliche Recht in Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 438.

⁵⁶⁴ Heute § 21 Abs 1 Z 1 WpPG (zur gleichen Bedeutung von „Prospekt erlassen“ und „die Verantwortung für den Prospekt übernehmen“ s Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² [2010] § 13 VerkProspG, Rz 72 FN 1; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 8; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch

„Erlaß“ desselben „ausgeht“⁵⁶⁵ (§ 43 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1896⁵⁶⁶), mithin jene, die ein ausgeprägtes geschäftliches Eigeninteresse an der Emission hatten.⁵⁶⁷ Anlass für dieses gesetzgeberische Einschreiten waren – vergleichbar mit dem Regelungsanlass des KMG⁵⁶⁸ – erhebliche Börseverluste, die vor allem (die nach den Materialien besonders schätzenswerten) kleinen und mittleren Vermögen (vgl § 3 Abs 1 Z 9, 11 KMG) getroffen hatten.⁵⁶⁹ Dadurch waren Existenzen bedroht und die Flüssigkeit des Handelsverkehrs

Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 25 FN 94; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ [2012] § 44 BörsG [14] Rz 3). Neben der schadenersatzrechtlichen Verantwortung des Emittenten (s aber auch *Heidelbach* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] § 13 VerkProspG, Rz 19) wurde dabei (wie auch später beim BörsG 1989: ErläutRV BörsG 1989, 44; *Nowak*, Prospekthaftung 90 f) insb an die Haftpflicht der „Emissionshäuser“, also das bzw die emissionsbegleitende(n) Bankinstitut(e) bzw Unternehmen (dazu noch unten bei FN 725) gedacht: s Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 f; Vorschlag einer Prospekthaftungsbestimmung, abgedr bei *Weber*, ZHR 45 (1896) 98 f FN 56a; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 78; *Meyer*, BörsenG (1915) § 45 Anm 3; näher *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 3; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 27 und *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ (2012) § 21 WpPG, Rz 32 ff; auch Zulassungsantragssteller; *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 8; *Heidelbach*, ebd § 13 VerkProspG, Rz 18; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 72 f; auch Anbieter; *Kersting*, Dritthaftung 496; *Renner*, ÖBA 2001, 591 f; krit zur einschlägigen Haftungsziffer *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.209: Wettbewerbsnachteil für deutschen Kapitalmarkt. Im Unterschied zum zweiten Tatbestand der Norm (dazu sogleich in FN 565) kommt es hier darauf an, ob der potenziell Haftpflichtige *nach außen hin erkennbar*, dh im Prospekt selbst (insb durch Unterzeichnung desselben oder weil er dort als Verantwortlicher angeführt wird) Verantwortung übernimmt (*Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ [2012] § 44 BörsG [14] Rz 3 f; *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 8, 10; *Heidelbach*, ebd § 13 VerkProspG, Rz 18; *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ [2012] § 21 WpPG, Rz 30; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.208; *Thiele*, Rating 105), wodurch sich der Emittent dessen Reputation zu eigen macht (Vertrauenstatbestand; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 27). Die dhL verneint dagegen grunds die Anwendbarkeit der sondergesetzlichen Prospekthaftung auf externe (Prospekt-)Sachverständige, weil diese nicht die – von der Norm angeblich geforderte – „Gesamtverantwortung“ (eindeutig abw aber § 80 Abs 1 Z 1 BörsG 1989) für den Prospekt übernehmen (s *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 30: Urheberchaft einzelner Prospektteile genüge nicht und Gebühreninteresse sei kein ausreichendes Eigeninteresse; *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 12; *Heidelbach*, ebd § 13 VerkProspG, Rz 20, 43; *Kersting*, Dritthaftung 497, 534; *Schuler*, Verantwortlichkeit 259; *Renner*, ÖBA 2001, 592; aA *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ [2012] § 44 BörsG [14] Rz 3; *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ [2012] § 21 WpPG, Rz 37; s auch *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.211, der externe Experten unter diejenigen subsumiert, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht [dazu sogleich bei und in FN 565] und davon auch Abschlussprüfer erfasst wissen möchte; ausdr insofern aA *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 31; vgl für Österreich auch § 11 Abs 1 Z 4 KMG).

⁵⁶⁵ Heute § 21 Abs 1 Z 2 WpPG. Die dhM versteht unter Personen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, Urheber des Prospekts, s Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 (s dazu bereits oben in FN 111); *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2294 und *Coing*, WM 1980, 212 sowie *Heidelbach* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 18, 20, 42: (idR) Gründer und Initiatoren; *Kersting*, Dritthaftung 496; *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ (2012) § 21 WpPG, Rz 35: „eigenes geschäftliches Interesse an der Emission“; vgl auch *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 4: „Drahtzieher“, unter besonderen Voraussetzungen: Konzernmutter, hinter Emission stehende Bank, Inhaber und Organmitglieder; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.210: Großaktionär, der sein Beteiligungspaket veräußern möchte und den Prospektinhalt maßgeblich beeinflusst; *Renner*, ÖBA 2001, 592; auf den Einfluss auf die Prospektgestaltung ebenso abstellend *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 29; wohl auch *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 74: aber bloße Beteiligung an Prospekterstellung, Materiallieferung hierfür und Einflussnehmen bloß in Teilbereichen reiche nicht aus; *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 9: Emissionsbegleiter, der ein weniger solventes Institut „vorschiebt“; s dazu auch *Nowak*, Prospekthaftung 92; weitergehend BGH XI ZR 344/11 NZG 2012, 1262 (1266): Einfluss auf die Gesellschaft und Veranlassung desjenigen Projekts, das die Prospektpflicht auslöst, führten zur Haftung.

⁵⁶⁶ Entspr § 45 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1908.

⁵⁶⁷ Dies trifft insb (s auch noch unten bei FN 728) auf den Emittenten sowie auf den zweitgenannten Haftungstatbestand (Prospektveranlasser [soeben oben in FN 565]) zu, s auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 78; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 74; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 29; *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 9; *Heidelbach*, ebd § 13 VerkProspG, Rz 18; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.210; *Thiele*, Rating 105; *Schuler*, Verantwortlichkeit 258 FN 1481; *Renner*, ÖBA 2001, 592; vgl auch zu § 80 BörsG 1989 *Brawenz*, Prospekthaftung 142, 176; *Nowak*, Prospekthaftung 20, 114.

⁵⁶⁸ Das KMG diente nicht nur der Umsetzung der EmissionsprospektRL (89/298/EWG) (*C. Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 287), mit ihm wurde auch auf zunehmende Anlegerverluste im „außerbanklichen Veranlagungsbereich“ (Stichwort WEB, Tiroler Loden, Neue Heimat, IMMAG) reagiert, s Stellungnahme der Bundesregierung in VfGH 10.03.1993, G 170/92; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2000, 641; *dies*, ÖBA 2002, 187; *Enzinger* in FS Straube (2009) 21; *Graf*, JBl 2012, 220; *Brawenz*, Prospekthaftung 1 f, 34, 146, 148.

⁵⁶⁹ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 22 f; *Coing*, WM 1980, 211: insb Verluste iZm ausländischen Anleihen; *Köndgen*, AG 1983, 85; vgl schon Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 437; ferner *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 2;

empfindlich beeinträchtigt worden.⁵⁷⁰ Es galt sicherzustellen, dass sich die Prospektverantwortlichen jedenfalls „nicht auch über solche Bedenken, wie sie die Umstände zur Zeit der Veröffentlichung nahelegen, hinwegsetze[n]“. ⁵⁷¹ Der Gesetzgeber wollte dabei eine Prospekthaftung ausdrücklich auch gegenüber jenen Anlegern statuieren, die nicht durch Vertrag oder sonstigen rechtsgeschäftlichen Kontakt⁵⁷² mit dem jeweiligen Haftpflichtigen (insb Emittent und/oder Emissionsbank⁵⁷³) verbunden waren⁵⁷⁴, insb gegenüber späteren Erwerbern des schadensträchtigen Wertpapiers (§ 43 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1896⁵⁷⁵: „jedem Besitzer“; vgl § 11 Abs 1 KMG).⁵⁷⁶ Eine solche außervertragliche Verantwortlichkeit konnte nämlich nach Ansicht der Redaktoren nicht aus den allgemeinen Grundsätzen des damals geltenden bürgerlichen Rechts⁵⁷⁷ abgeleitet werden.⁵⁷⁸

Regelungsmotiv war daher einerseits, „den Regreßansprüchen der Effekteninhaber eine sichere⁵⁷⁹ und [Anm: über das Vertragsrecht hinaus⁵⁸⁰] erweiterte Grundlage zu geben“. Andererseits nahmen es sich die Gesetzesverfasser zur Aufgabe, auch die „Grenzen dieser [Anm: Prospekt]-Verantwortlichkeit festzustellen“, sei „doch hinsichtlich der näheren Voraussetzungen dieses Anspruchs eine gewisse Vorsicht geboten“. ⁵⁸¹ Dies wurde –

Brawenz, Prospekthaftung 146 mit FN 199 und FN 200; *Nowak*, Prospekthaftung 2 FN 6; *Renner*, ÖBA 2001, 590; vgl ferner unten unter „Teil 2.I.B. Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO“ (zum Anlass für die EU-RatingVO).

⁵⁷⁰ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 22.

⁵⁷¹ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 (was wohl als erste Andeutung der Haftungsschwelle der groben Fahrlässigkeit interpretiert werden kann); vgl auch Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 22, wonach diejenigen Emissionen vom Markt fernzuhalten seien, die den „Wohlstand der inländischen Erwerbskreise“ beeinträchtigen.

⁵⁷² Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 80.

⁵⁷³ Vgl zum uU mangelnden rechtsgeschäftlichen Kontakt *Köndgen*, AG 1983, 125; zur Haftung der Emissionsbank s noch unten bei FN 725.

⁵⁷⁴ Vgl *Koziol*, ÖBA 2005, 415, wonach es bei der Prospekthaftung va um eine Verantwortlichkeit gegenüber außenstehenden Dritten (und nicht gegenüber dem Vertragspartner) gehe.

⁵⁷⁵ Entspr § 45 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1908.

⁵⁷⁶ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2278; vgl auch *dens*, ebd, Rz 2276; *Köndgen*, AG 1983, 86, 128; *Fleischer*, BB 2002, 1870 f; *Renner*, ÖBA 2001, 595; vgl aber heute die sechs-monatige Zeitgrenze des § 21 Abs 1 Satz 1 WpPG und dazu *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 80 ff, insb Rz 81, 84; *Habersack* in *Habersack/Mülbart/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 34; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 38, 73; vgl *Heidelberg* ebd § 13 VerkProspG, Rz 22.

⁵⁷⁷ S zur damaligen Rechtslage Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 438. Zu bedenken ist hierbei, dass das dBörsenG 1896 vor dem BGB in Kraft getreten ist, s *Brawenz*, ÖBA 1990, 171 FN 87.

⁵⁷⁸ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23; *Coing*, WM 1980, 211 FN 30; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 1: Schließung von zivilrechtlichen Schutzlücken; vgl auch *Canaris* in FS Larenz II (1983) 93; *Brawenz*, Prospekthaftung 50; s aber auch *Köndgen*, AG 1983, 85 f. Auch § 11 KMG erfasst Erwerbe am Sekundärmarkt, s dazu unten in FN 779.

⁵⁷⁹ Zum Rechtssicherheitsaspekt vgl auch Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23, wonach iZm der näheren Ausgestaltung der Prospekthaftung bei Behandlung der Verjährungsproblematik darauf verwiesen wird, dass die prospekthaftungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten meist schwierig und ihr Ausfall ungewiss seien sowie S 24, wo die Verjährung nach allg bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen für die Prospekthaftung als unangemessen lang betrachtet wird; s dazu noch unten bei FN 608; vgl ferner Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 55 f, 77.

⁵⁸⁰ Vgl dazu noch unten bei FN 634.

⁵⁸¹ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23; *Meyer*, BörsenG (1915) § 45 Anm 16.

ähnlich wie bei der im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 1884 geführten Diskussion über die eingeschränkte Verantwortlichkeit von Organmitgliedern⁵⁸² und der „Prospekthaftung“ gem Art 213b A(D)HGB idF AktRNov 1884⁵⁸³ (vgl § 40 Z 3 AktG) – damit begründet, dass zuverlässige Kreditinstitute angesichts einer überstrengen Haftung das für sie insofern risikoreiche Emissionsgeschäft aufgeben würden.⁵⁸⁴ Dieses könnte sodann in die Hände von unseriösen Geschäftsleuten geraten.⁵⁸⁵ Außerdem wurde bei der Begrenzung der Prospekthaftung⁵⁸⁶ der Gedanke des *hindsight bias*⁵⁸⁷ berücksichtigt:

„Die Fragen, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verluste des Erwerbers der Papiere und der Unrichtigkeit des Prospekts, ob ein Verschulden bei dessen Veröffentlichung anzunehmen ist, gelangen vielleicht erst mehrere Jahre nach der Ausgabe des Werthpapiers zur richterlichen Entscheidung. Der Gefahr, bei zurückblickender Betrachtung den durch den Verlauf der Angelegenheit klar gewordenen Zusammenhang der Verhältnisse auch für eine frühere Zeit als erkennbar vorauszusetzen und der Neigung, unter dem Eindrucke dessen, was inzwischen eingetreten ist, einen vielleicht verzeihlichen Mangel an Voraussicht den Emittenten als Verschulden zuzurechnen, sind auch die Gerichte ausgesetzt.“⁵⁸⁸

⁵⁸² ROHG Gutachten, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 218 f; vgl *Kalss*, ÖBA 2002, 189 mit FN 26, die diesen Gedanken auch für die Abschlussprüferhaftung fruchtbar macht; ähnl *Hirte*, Berufshaftung 325 (für die allg Berufshaftung).

⁵⁸³ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 451: „Allerdings müssen Maß und Umfang der Verantwortlichkeit genau präzisiert werden, wenn achtbare [erg: Emissions-]Häuser sich nicht vor der Besorgniß zurückziehen sollen, in dem Falle, daß die Spekulation fehl geht, der Rachsucht derer, die sich getäuscht haben, preisgegeben zu sein. Für die Wechselfälle der Konjunktoren und dafür, daß ein selbst an sich gutes Unternehmen nicht zu Grunde gehe, kann Niemand eintreten. Auch nicht für jeden eigenen Irrthum kann man gegen Andere verantwortlich gemacht werden“.

⁵⁸⁴ Vgl dazu *Kalss*, ÖBA 2000, 644, 649; *dies*, ÖBA 2002, 196; *Hübner*, NJW 1989, 11.

⁵⁸⁵ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 f; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 85; *Renner*, ÖBA 2001, 596 FN 70; vgl auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 80: Verschärfung des Haftungsmaßstabes würde bei Emissionsbegleitern „Zurückhaltung auslösen“; vgl zu diesem Gedanken allg *Hopt*, AcP 183 (1983) 655, der als Bsp die zurückhaltende Beteiligung deutscher Banken am grauen Kapitalmarkt anführt. Auch die Befürchtung, bei zu strengen Haftungsvorschriften würden Emissionen außerhalb der Börse platziert werden (wodurch erst recht eine Schädigung der Anleger drohe), dürfte bei der Abfassung des Haftungstatbestands des dBörsenG 1896 eine Rolle gespielt haben, s *Schwarck* in *Schwarck/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 2; vgl auch *Weber*, ZHR 45 (1896) 69, 90, 96 f, 99.

⁵⁸⁶ Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass die Redaktoren dabei in erster Linie die Verjährung im Auge hatten.

⁵⁸⁷ S dazu *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I, Rz 555; *dens*, wbl 2009, 171; *dens*, JBl 2011, 766; vgl auch ErläutRV StGB-Novelle 2000, 8 (zu § 159 StGB); vgl bereits III 16 § 9 EntwHorten, abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 460.

⁵⁸⁸ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23; zur Gefahr der Überwälzung des Investitionsrisikos mit der Behauptung, der Prospekt wäre ursprünglich unrichtig gewesen, obwohl etwa ein späterer Konjunktureinbruch zur ungünstigen Entwicklung des Emittenten geführt hat, s *Köndgen*, AG 1983, 129. Die zitierte Passage in den Materialien zeigt mE auch, dass insb der Beschränkung der Prospekthaftung auf grobes Verschulden der Gedanke zugrunde liegt, die *Wahrscheinlichkeit* einer Inanspruchnahme der Prospektverantwortlichen zu verringern und so deren Kostenbelastung überschaubar zu halten (vgl auch *Welser*, Haftung 119), wodurch eine Emission dem Emittenten insgesamt günstiger kommt und uU nur so finanzierbar ist (vgl dazu *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.193 FN 1; *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 462). Freilich könnte man dagegen einwenden, dass es nicht der Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden bedürfe, es vielmehr ausreiche, den Pflichtenstandard der Prospektverantwortlichen sachgerecht zu bestimmen (vgl *Korth*, Dritthaftung 163). Dabei ist allerdings zu bedenken, dass das Pflichtenausmaß im Vorhinein gerade für den Prospektverantwortlichen unsicher ist (vgl zur problematischen Haftungsunsicherheit auch Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 24 und dazu unten in FN 593) und hier in der Tat die Gefahr einer abzulehnenden Übermaßhaftung besteht, wenn man bei unbeschränkter Prospekthaftung externer Sachverständiger die „sachgerechte“ Pflichtenausschärfung im Einzelfall den Gerichten überlässt. Die „größere“ Haftungsschwelle der groben Fahrlässigkeit bringt insofern mehr Rechtssicherheit für den Haftpflichtigen und vermag die Haftungsausuführung so effektiver einzudämmen (vgl Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 [dazu bereits oben in FN 579]; vgl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 13 f, 26; vgl allg zur Rechtssicherheit im Wirtschaftsprivatrecht, mit der auch ein „Fehlerkalkül“ verbunden ist, *U. Torggler*, JBl 2011, 766, 769; ferner *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG [2014] § 41 Rz 1. Eine effektive Haftungseinschränkung erreicht man wohl auch dann, wenn man – wie das KMG – die Anforderungen an die Pflichten des Prüfers von Wertpapierprospekten deutlich einschränkt und eine Kontrolle der Richtigkeit des Prospekts von diesem überhaupt nicht verlangt [§ 8 Abs 2a, § 11 Abs 1 Z 2, 2b KMG; dazu unten bei FN 740]). Auch wenn man als Rechtsanwender die hiesige Argumentation ablehnt, ist man mE an diese gesetzliche

Der Gesetzgeber erkannte das Spannungsverhältnis zwischen dem gewollten Schutz des Publikums einerseits und der Sorge über eine Hemmung der Emissionstätigkeit durch allzu strenge Haftungsbestimmungen andererseits.⁵⁸⁹ Daher wurde die Schadenersatzpflicht bezüglich unrichtiger wesentlicher⁵⁹⁰ Prospektangaben auf grobe Fahrlässigkeit (§ 43 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1896⁵⁹¹; vgl § 11 Abs 1 Z 2a, Z 3 KMG; vgl heute auch zur Sekundärmarkthaftung § 37b Abs 2, § 37c Abs 2 WpHG⁵⁹²) sowie hinsichtlich der Unvollständigkeit des Prospekts – insofern freilich wenig einleuchtend⁵⁹³ (vgl schon §§ 1294, 1295 ABGB⁵⁹⁴) – auf „böslches“ Verschweigen⁵⁹⁵ oder Unterlassen beschränkt (§ 43 Abs 1 Satz 2 dBörsenG 1896⁵⁹⁶; vgl § 80 Abs 1 Z 1 BörseG idF BGBl 1989/550).⁵⁹⁷ In der Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit liegt möglicherweise eine Parallele zum Preußischen Recht, das schon in I 13 § 219 ALR 1794 eine *außervertragliche* Sachverständigenhaftung für grob fahrlässige Sorgfaltsverstöße statuiert hatte⁵⁹⁸ (ebenso Art 1030 Dresdner Entw⁵⁹⁹, § 1508 sächsisches BGB 1865⁶⁰⁰).

Insgesamt dürfte für den historischen Börsen-Gesetzgeber auch die Tatsache eine entscheidende Rolle gespielt haben, dass für die sondergesetzliche Prospekthaftung auf das Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen Schädiger und Geschädigtem

Wertung gebunden, die auch in § 11 KMG sowie wohl auch in der summenmäßigen Haftungsbeschränkung des § 14 Z 6 KMG (vgl unten bei FN 3572 [zur Abschlussprüfung]) zum Ausdruck kommt. Vgl dazu auch noch unten bei FN 722, 3476, 3843.

⁵⁸⁹ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 ff; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht² (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 2 f; vgl dazu die Äußerung Russells in der Börsenenquête-Kommission, abgedr bei Weber, ZHR 45 (1896) 83 f; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 4; Brawenz, ÖBA 1992, 426; vgl weiters oben bei FN 585; vgl auch schon v. Zeiller, ABGB (1813) § 1295 Anm 5; R. v. Jhering, JherJB IV (1861) 12 f; vgl zur Abschlussprüferhaftung Wilhelmer, RdW 2007, 457; vgl ferner Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16; s dazu noch unten bei FN 3568.

⁵⁹⁰ Vgl § 11 Abs 1 Satz 1 KMG.

⁵⁹¹ Entspricht § 45 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1908. S schon oben in FN 571.

⁵⁹² S dazu etwa Hopt, WM 2013, 104.

⁵⁹³ Als Begründung dafür wurde vorgebracht, dass bei Weglassen von Tatsachen im Prospekt die Beurteilung der Wesentlichkeit der fehlenden Angaben sehr schwer fallen würde (Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 24). Vor dem Hintergrund, dass die Unvollständigkeit lediglich einen Unterfall der Unrichtigkeit darstellt (Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² [2010] § 13 VerkProspG, Rz 25; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 19; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 20; Oulds in Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.195; vgl auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 80; RIS-Justiz RS0031963), leuchtet die Begründung nicht recht ein (so auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsg, BT-Drucksache 13/8933, 55, 76, 80; Rodrigues, ecolex 1990, 78; krit auch Köndgen, AG 1983, 128; aA offenbar Welser, ecolex 1992, 305). Wohl auch deswegen hat es die deutsche Rsp verstanden, auf den durch den Prospekt erweckten Gesamteindruck abzustellen und die Unvollständigkeit desselben auf diese Weise nicht anders als die Unrichtigkeit zu behandeln (s BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 [2824] Beton- und Monierbau; dazu Assmann in FS Lange [1992] 346 FN 5; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15; Köndgen, AG 1983, 99; Nowak, KMG [1992] 116; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ [2012] § 347 Rz 25, § 44 BörsG [14] Rz 7; vgl auch zur Prospekthaftung nach dem BörseG 1989: Nowak, Prospekthaftung 42 f, 100).

⁵⁹⁴ Vgl Brawenz, ÖBA 1992, 425.

⁵⁹⁵ Das setzte nach der damaligen dhM zumindest bewusste Fahrlässigkeit voraus, s etwa Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2280.

⁵⁹⁶ Entspricht § 45 Abs 1 Satz 2 dBörsenG 1908.

⁵⁹⁷ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 f.

⁵⁹⁸ S dazu unten bei FN 1716.

⁵⁹⁹ S unten bei und in FN 1733.

⁶⁰⁰ S unten bei und in FN 1732.

(zumindest im klassischen Sinne) verzichtet wurde,⁶⁰¹ obwohl sie Züge einer vertraglichen Verantwortlichkeit trug⁶⁰² („quasi-vertragliche“ Verantwortlichkeit⁶⁰³). Man wollte also mit der Haftungsmilderung die (jedenfalls nach Ansicht der Redaktoren vorgenommene) Erweiterung der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit abfedern.⁶⁰⁴

Als weitere Konsequenz der vom dBörsenG 1896 vorgenommenen Interessenabwägung zwischen Prospekthaftpflichtigen und Anlegern⁶⁰⁵ wurde die Verjährung⁶⁰⁶ auf das für die Gesetzesverfasser gerade noch vertretbare und überschaubare⁶⁰⁷ Mittelmaß von fünf Jahren begrenzt (§ 45 Satz 1 dBörsenG 1896⁶⁰⁸; vgl § 11 Abs 7 KMG in der Stammfassung⁶⁰⁹; vgl auch § 40 Z 3 iVm § 44, § 84 Abs 6 AktG, § 25 Abs 6 GmbHG, § 275 Abs 5 UGB).⁶¹⁰ Neben dem Aspekt der Rechtssicherheit⁶¹¹ trug diese Verjährungszeit wohl auch dem Umstand Rechnung, dass „eine Information oder ihre Unterlassung nur für einen sehr begrenzten Zeitraum als Grundlage einer Anlageentscheidung dienen kann“⁶¹² (vgl auch das sechs-monatige Zeitfenster des heutigen § 21 Abs 1 Satz 1 WpPG⁶¹³). Aus ökonomischer Sicht kann die Verkürzung der Verjährung zusätzlich damit gerechtfertigt werden,⁶¹⁴ dass Wertpapiere in hohem Maße Wertschwankungen ausgesetzt sind; eine (zu) lange bzw subjektive Verjährungsfrist würde daher zu *ex ante* schwierig zu lösenden Problemen bei der Kalkulierung des Haftungsrisikos und *ex post* zu unerwünschten Herausforderungen bei der Erfassung des Schadensausmaßes führen.⁶¹⁵

Auch um „übertriebene Schadensberechnungen“ zu verhindern,⁶¹⁶ begrenzte man die Haftung außerdem dadurch (im Ergebnis betraglich⁶¹⁷), dass dem Schädiger die „*facultas*

⁶⁰¹ Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 80; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280; *Renner*, ÖBA 2001, 596; vgl *Brawenz*, ÖBA 1992, 426; *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 11; *Welser*, *ecolex* 1992, 306; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/47; *dens* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 91; ferner *Rüffler*, JBl 2011, 87; s dazu auch oben bei FN 572; *Nowak*, Prospekthaftung 14, 17 f; krit zu dieser Erklärung *Köndgen*, AG 1983, 128.

⁶⁰² Auch (s § 11 KMG) nach der Prospekthaftung des dBörsenG 1896 waren Vermögensschäden der Anleger bereits bei (wenn auch nur grober) Fahrlässigkeit des Schädigers ersatzfähig (vgl oben bei FN 569 und soeben bei FN 591); vgl demgegenüber oben bei FN 10 und FN 66.

⁶⁰³ Dazu oben in FN 484.

⁶⁰⁴ *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280, der zu einer Verallgemeinerungsfähigkeit der Haftungsmilderung tendiert.

⁶⁰⁵ Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 56; vgl auch *Welser*, *ecolex* 1992, 308; *Köndgen*, AG 1983, 128, spricht von „Interessenskampf“; ebenso eine vergleichbare Interessenabwägung vornehmend ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38.

⁶⁰⁶ Zur Haftungsbeschränkungsfunktion der Verjährung s etwa *Hirte*, Berufshaftung 427.

⁶⁰⁷ Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 77.

⁶⁰⁸ Entspricht § 47 dBörsenG 1908.

⁶⁰⁹ BGBl 1991/625; die Präklusivfrist wurde durch die KMG-Novelle 2005 auf zehn Jahre verlängert.

⁶¹⁰ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 24.

⁶¹¹ Vgl *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 3; *Nowak*, Prospekthaftung 122; vgl dazu auch OGH 6 Ob 16/13 s *ecolex* 2014, 18; Begr RegEntw 4. FMFörderungsG, BT-Drucksache 14/8017, 94 (zu § 37b WpHG): „Im Hinblick auf die Schnelllebigkeit des Geschäftsverkehrs im Wertpapierbereich und zur Schaffung von Rechtssicherheit wird eine absolute Verjährungsgrenze von drei Jahren angeordnet“; ähnl bereits Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048, 1051.

⁶¹² Vgl ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38; *Kalss*, Anlegerinteressen 208; *Baums/Fischer*, Haftung 23.

⁶¹³ Vgl dazu etwa *Kalss*, GesRZ 2010, 246; *Gruber/Zahradnik*, RdW 2010, 619; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 38; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.203.

⁶¹⁴ Gegen eine lange Verjährungsfrist auch *Hopt*, AcP 183 (1983) 711.

⁶¹⁵ *Schäfer*, AcP 202 (2002) 831.

⁶¹⁶ Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 78; Überschaubarkeit der Haftung.

alternativa⁶¹⁸ (vgl. § 934 Satz 2 ABGB) eingeräumt wurde, sich von der Schadenersatzverpflichtung durch Zahlung des Erwerbspreises (oder des Kurswertes zum Zeitpunkt der Einführung der Papiere⁶¹⁹) an den Geschädigten gegen Rückgabe der Wertpapiere⁶²⁰ zu befreien (§ 44 Abs 2 dBörsenG 1896⁶²¹; vgl. § 80 Abs 2 HS 2 BörseG 1989⁶²²; ferner § 11 Abs 6 KMG).⁶²³ Gerade bei Aktiengesellschaften sei dies unentbehrlich, bestehe doch neben der im Entwurf vorgeschlagenen Prospekthaftung gegenüber den Aktionären auch eine solche „der Emittenten“⁶²⁴ gegenüber der Gesellschaft (Art 213b A[D]HGB idF AktRNov 1884)⁶²⁵ und sei dieses doppelte Haftungsrisiko⁶²⁶ offenbar möglichst im Zaum zu halten.⁶²⁷ Auf diese Weise erreichte man eine maximale Haftung ungefähr (exklusive Nebenkosten⁶²⁸) in der Höhe des gesamten

⁶¹⁷ Gleiches gilt für die Einlösmöglichkeit des dem § 44 Abs 2 dBörsenG 1896 nachgebildeten § 80 Abs 2 BörseG 1989, *Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 869.

⁶¹⁸ RG Rep I 101/00 RGZ 46, 83 (88); *Kalss*, Anlegerinteressen 218; *Gruber*, wbl 1990, 161; *Rodrigues*, ecolex 1990, 79; *Renner*, ÖBA 2001, 596, 600; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 724 FN 77.

⁶¹⁹ Damit wird das Haftungsrisiko überschaubar(er). Vgl. dazu die heutige Begrenzung auf den Ausgabepreis gem § 21 Abs 1 Satz 1 WpPG und dazu *Oulds in Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.217 mit FN 1.

⁶²⁰ Gem § 43 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1896 (= § 45 Abs 1 Satz 1 dBörsenG 1908) war lediglich der aktuelle Besitzer der Wertpapiere aktivlegitimiert (vgl. auch § 80 Abs 2 BörseG 1989); zur Problematik dieses Erfordernisses s. *Begr RegEntw 3. FMFörderungsG*, BT-Drucksache 13/8933, 55 f, 79; *Begr RegEntw AuslInvG*, BT-Drucksache 5/3494, 23.

⁶²¹ Entspricht § 46 Abs 2 dBörsenG 1908.

⁶²² Dazu etwa *Nowak*, Prospekthaftung 83 f, 88, 116 ff; *G. Kodek*, ÖBA 2012, 14 FN 57.

⁶²³ *Begr zum Entw eines Börsengesetzes*, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; *Meyer*, BörsenG (1915) § 45 Anm 4; *Baums/Fischer*, Haftung 12; krit. zu dieser *facultas alternativa* etwa *Assmann* in *FS Lange* (1992) 372. Mit dieser gesetzlichen Ausgestaltung des dBörsenG 1896 wurde der entgangene Gewinn vom ersatzfähigen Schaden ausgeschlossen (*Hopt/Voigt in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 87; vgl. für Österreich *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/82). Die Bedeutung der Haftungsbegrenzung des § 11 Abs 6 KMG soll anhand eines Bsp verdeutlicht werden: Wurde der Anleger aufgrund der fehlerhaften Prospektinformation zum Erwerb einer Aktie um 1000 (inkl. Nebenkosten) bewegt und hat das Wertpapier entgegen der Prospektangaben einen Marktwert von bloß 500, kann der Anleger (zumindest im Ergebnis [zu Naturalrestitution und Geldersatz s. unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“]) 500 als Schaden geltend machen. Hätte der Anleger allerdings bei korrekter Aufklärung 1000 in ein anderes Finanzprodukt investiert, das nun einen Wert von 3000 hat, könnte er – bei unbefangener Betrachtung des § 11 Abs 6 KMG – 1000 (500 als Minderwert der Aktie + 500 als Teil des entgangenen Gewinns) als Schaden geltend machen (auch wenn der entgangene Gewinn nach den allg. Grundsätzen der §§ 1323 f. ABGB, § 349 UGB gänzlich ersatzfähig wäre; so für ein ähnl. Bsp auch *Welser*, ecolex 1992, 307), wodurch der ersatzfähige Schaden auf ein Drittel reduziert würde (vgl. auch *Nowak*, KMG [1992] 129). Richtigerweise ist aber der (nicht auf rein vertragliche Anspruchsgrundlagen gestützte) Schadenersatzanspruch aufgrund fahrlässig fehlerhafter Kapitalmarktinformation auf den Preisschaden, d.h. den Kursdifferenzschaden beschränkt (näher unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“), sodass der Anleger auch in der Fallvariante mE nur 500 als Schaden geltend machen kann, wenn er seinen Anspruch ausschließlich aus § 11 KMG ableitet und der Schädiger nicht vorsätzlich gehandelt hat.

⁶²⁴ Gemeint war hier offensichtlich nicht die emittierende Gesellschaft, sondern jene Personen, die die AG innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Gründung an die Börse bringen, insb. Mitglieder des Emissionskonsortiums, u.U. auch Vorstandsmitglieder und Großaktionäre (vgl. *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ [2008] § 47 Rz 41; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 40 Rz 18).

⁶²⁵ Vgl. dazu § 40 Z 3 AktG. Diese Norm wird bisweilen als verbandsrechtliches Gegenstück zu § 11 Abs 1 Z 3 KMG betrachtet, s. *Kalss*, Anlegerinteressen 177, 432; *dies/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 827.

⁶²⁶ Ein solches Haftungsrisiko bestand insb. für Emissionsbanken, die jedenfalls nach beiden Vorschriften haften konnten, vgl. *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 17; *Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 840; *Gruber*, RdW 2007, 196 FN 17; *J. Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 40 Rz 29; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 40 Rz 24; *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/71; s. zur Problematik auch *Kalss*, Anlegerinteressen 433 FN 319.

⁶²⁷ Vgl. *Begr zum Entw eines Börsengesetzes*, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; zu „*Scylla und Charybdis*“ s. auch noch unten bei FN 3839.

⁶²⁸ Da auch nach dem dBörsenG 1896 spätere Erwerber des Papiers geschützt waren (oben bei FN 576) und somit die Anzahl der prospekthaftungsrechtlichen Ansprüche größer sein konnte, als jene der emittierten Wertpapiere (*Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 34), wird vertreten, dass die maximale Prospekthaftung den Emissionsgesamtbetrag übersteigen könne (*Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ [2012] § 44 BörsG [14] Rz 8). Freilich bleibt das Haftungsrisiko aber insofern am Gesamtbetrag der Emission angenähert, als es den Ersterwerbern bei Weiterveräußerung der schadenträchtigen Papiere vor Bekanntwerden der Unrichtigkeit des Prospekts idR gelingen wird, den erlittenen Schaden (in Form des zu teuer erworbenen Wertpapiers) zumindest zum Teil auf die Sekundärerwerber überzuwälzen (der Ersterwerber sohin gar keinen Schaden mehr hat oder sich diesen zumindest mit dem Zweiterwerber „teilt“ [s. etwa das Bsp bei *Kalss*, Anlegerinteressen 207]), wodurch die Sekundärerwerber (teilweise) an die Stelle der Ersterwerber treten (vgl. zur Schadensverlagerung auch *Kalss*, Anlegerinteressen 207).

Emissionswertes⁶²⁹ (vgl dazu § 8 Abs 3 KMG). Dies trug zur Überschaubarkeit der Prospektverantwortlichkeit bei, zumal dadurch reflexartig potenzielle Anleger von der Berechtigung zum Schadenersatz ausgeschlossen wurden (vgl § 11 Abs 5 KMG). Zudem diene die Betragsbeschränkung der Beseitigung des Unwesens, dass Anleger mithilfe der Prospekthaftung zum Nachteil der Haftpflichtigen spekulieren.⁶³⁰

Um dem Zweck, eine selbstständige Haftungsgrundlage zu schaffen,⁶³¹ auch in der Praxis gerecht zu werden und das Anlegerpublikum vor übergroßen Vertrauensvorschüssen zu schützen, wurde die Prospekthaftung gesetzlich relativ zwingend verankert (§ 46 Abs 1 dBörsenG⁶³²; vgl § 11 Abs 4 KMG).⁶³³

Die Frage der Konkurrenz zu allgemeinen Ansprüchen nach bürgerlichem Recht löste der historische Gesetzgeber dadurch, dass er weitergehende, „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auf Grund von Verträgen“ bestehende Ansprüche unberührt ließ (§ 46 Abs 2 dBörsenG 1896⁶³⁴; vgl § 11 Abs 8 Fall 2 KMG). Die Redaktoren hatten dabei ausweislich der Materialien Schadenersatzansprüche gegen den Emittenten als „unmittelbaren Kontrahenten“ im Auge.⁶³⁵ Im Einklang mit dem bereits erwähnten Regelungsanliegen der Begrenzung der Verantwortlichkeit⁶³⁶, legte § 46 Abs 2 dBörsenG 1896 freilich umso mehr den Umkehrschluss nahe, dass sonstige (deliktische wie „quasi-vertragliche“) Ansprüche nach allgemeinen Grundsätzen, wenn sie denn überhaupt denkbar wären, ausgeschlossen sein sollten.⁶³⁷

3) Diese „Urbestimmungen“ der deutschen Prospekthaftung haben auch jüngere deutsche Prospekthaftungstatbestände, die (teilweise lange, zum Teil aber auch unmittelbar) vor dem KMG in Kraft getreten sind, offensichtlich geprägt (vgl § 12 AuslInvG, § 17b KAGG,

⁶²⁹ Vgl Nowak, Prospekthaftung 23.

⁶³⁰ Vgl Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 17. Ähnliches bewirkt die abgekürzte Verjährungsfrist, s etwa Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 39; BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 (1278).

⁶³¹ S dazu oben bei FN 579.

⁶³² Entspricht § 48 Abs 1 dBörsenG 1908.

⁶³³ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; Köndgen, AG 1983, 130.

⁶³⁴ Entspricht § 48 Abs 2 dBörsenG 1908.

⁶³⁵ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25.

⁶³⁶ Vgl oben bei FN 581.

⁶³⁷ Köndgen, AG 1983, 127: Ausschluss aller „vertragsisolierter“ Ansprüche; Assmann in FS Lange (1992) 371; Meyer, BörsenG (1915) § 45 Anm 16: Ausschluss deliktischer Ansprüche (Meyer beruft sich dabei auf die hM); auch Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 80, spricht bzgl der Verdrängung deliktischer Ansprüche von der früheren hM; vgl auch Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 119; Renner, ÖBA 2001, 591; später dürfte die Verdrängung deliktischer Ansprüche freilich zunehmend angezweifelt worden sein: vgl Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18; s schließlich auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2289 f, 2294: Ansprüche aus culpa in contrahendo und deliktische Ansprüche konkurrierten mit der börsengesetzlichen Prospekthaftung (Canaris' Ansicht hinsichtlich der Wahrung der Ansprüche aus der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ ist aber nach heutiger Rechtslage überholt, s unten bei und in FN 648).

jeweils idF dBGBI I 1969, 986; § 13 Wp-VerkProspG idF dBGBI I 1990, 2749).⁶³⁸ Im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis zum allgemeinen Zivilrecht ist dabei insb die Gesetzgebungsgeschichte zur Haftung gem § 13 Wp-VerkProspG 1990 interessant, zumal dieses in vielen Bereichen direkt mit dem KMG vergleichbar ist: Wie das KMG in Österreich statuierte § 1 Wp-VerkProspG 1990 in Ausführung der EmissionsprospektRL (89/298/EWG) in Deutschland eine neben dem Börsenrecht bestehende, grundsätzliche Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts bei einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren⁶³⁹ („außerbörsliche Emission“⁶⁴⁰). § 14 des Regierungsentwurfs zum Wp-VerkProspG 1990⁶⁴¹ übernahm dabei sinngemäß die Konkurrenzbestimmung des dBörsenG aF, ließ also ausdrücklich weitergehende vertragliche Ansprüche des Anlegers gegen die Prospektverantwortlichen unberührt.

Diese Regelung wurde vom deutschen Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung kritisiert: Es sei nicht einzusehen, warum die sondergesetzliche Prospekthaftung die allgemeinen *deliktischen* Schadenersatznormen verdrängen sollte. Daher wurde eine Änderung der an das Börsenrecht angelehnten Konkurrenzbestimmung dahingehend vorgeschlagen, dass „weitergehende Ansprüche, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erhoben werden können, [...] unberührt“ bleiben sollten.⁶⁴² Der dafür entscheidende Gesichtspunkt dürfte gewesen sein, dass es aufgrund der wesentlich strengeren Voraussetzungen der Haftung für Vermögensschäden aufgrund unerlaubter Handlungen, insb des in der Regel erforderlichen Vorsatzes (vgl insb § 826 BGB), für ausgeschlossen erachtet wurde, dass die schadenersatzrechtlichen Wertungen des Wp-VerkProspG 1990 durch die Anwendung *deliktischer* Haftungsgrundsätze ausgehöhlt werden könnten.⁶⁴³ Die Bundesregierung stimmte dem Vorschlag des Bundesrates zu⁶⁴⁴ und so wäre in Deutschland um ein Haar ein

⁶³⁸ Köndgen, AG 1983, 86; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 4, 6; Heidelberg in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 1, 11. S zur Entwicklung auch Köndgen, AG 1983, 85 ff; Hopt, WM 2013, 102; s zur Prospekthaftung nach dem AusInvG 1969, KAGG 1969 und Wp-VerkProspG 1990 auch etwa Assmann in FS Lange (1992) 371 f; Baums/Fischer, Haftung 3; Brawenz, Prospekthaftung 128.

⁶³⁹ Vgl dazu Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 1: „Transparenzlösung“, 10; Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/8323, 22; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 2 (dort auch zur später erfolgten Ausdehnung der Prospekthaftung auf nicht verbriefte Kapitalanlagen), Rz 6; Wagner, ZGR 2008, 497 FN 9; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 2.

⁶⁴⁰ Vgl Gruber, wbl 1992, 42; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.188.

⁶⁴¹ RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 7.

⁶⁴² Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18; deutlich im Hinblick auf die Wahrung (bloß) der *deliktischen* Haftung: Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/8323, 22.

⁶⁴³ Vgl bereits Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2290; ferner Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18, wo auch der unterschiedlichen Beweislastverteilung entscheidendes Gewicht beigemessen und die Notwendigkeit der parallelen Anwendung des Deliktsrechts zusätzlich damit begründet wird, dass (nur) so Mittäter und Gehilfen nach § 830 BGB (vgl § 1301 ABGB) verantwortlich gemacht werden könnten.

⁶⁴⁴ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 20.

Gesetzeswortlaut in Kraft getreten, nach dem – wie bei § 11 Abs 8 KMG – auch die Prospekthaftung nach allgemeinen Grundsätzen der *culpa in contrahendo* nicht verdrängt worden wäre. Dass dieses Ergebnis aber nicht dem Willen der Gesetzesinitiatoren der Bundesregierung entsprochen hätte, zeigt ihre Gegenäußerung zur soeben erwähnten Stellungnahme des Bundesrates⁶⁴⁵. Darin meint sie, dass es „sachgerechter“ sei, auf die nicht vom Wp-VerkProspG 1990 erfassten Prospektveröffentlichungen⁶⁴⁶ die vom BGH entwickelten (allgemeinen) Grundsätze⁶⁴⁷ über die Prospekthaftung anzuwenden. Offenbar sollten diese Haftungsgrundsätze daher nicht auf Sachverhalte angewendet werden, die dem Wp-VerkProspG 1990 unterliegen. Auf dieser Linie liegen jüngste deutsche Prospekthaftungstatbestände, die eindeutig die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ ausschließen (§ 48 Abs 2 dBörsenG idF dBGBI I 1998, 529, § 20 Abs 6, § 21 Abs 5, § 22 Abs 6 VermAnlG, § 25 Abs 2 WpPG *e contrario*; vgl auch § 37b Abs 4, § 37c Abs 4 WpHG).⁶⁴⁸ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang weiters, dass der Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen 1978, der das Konkurrenzverhältnis zwischen sondergesetzlicher und „allgemein zivilrechtlicher Prospekthaftung“ im Sinne der österreichischen hM⁶⁴⁹ regeln wollte,⁶⁵⁰ keine Mehrheit im deutschen Parlament gefunden hatte.⁶⁵¹

Das „österreichische“ Ergebnis des überschießenden Gesetzeswortlauts⁶⁵² wurde in Deutschland schlussendlich eher zufällig dadurch vermieden, dass nach einer entsprechenden Empfehlung des deutschen Finanzausschusses⁶⁵³ die Gesetz gewordene Fassung der Prospekthaftung nach Wp-VerkProspG 1990⁶⁵⁴ im Wesentlichen auf die §§ 45 ff des dBörsenG 1908 verwies, um ein einheitliches Prospekthaftungsregime herzustellen.⁶⁵⁵ So ließ letztlich das Wp-VerkProspG 1990 aufgrund der Verknüpfung mit § 48 Abs 2 dBörsenG 1908 weitergehende Ansprüche nach vertraglichen Grundsätzen

⁶⁴⁵ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 20.

⁶⁴⁶ Das betraf insb Prospekte über nicht verbriefte Anlagen. Vgl aber für Österreich § 2 iVm § 1 Abs 1 Z 1, Z 3 KMG.

⁶⁴⁷ S dazu, und zur Anlehnung des OGH an diese, noch unten bei FN 1403, 2087.

⁶⁴⁸ Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 81; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 77, 120; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 47 BörsG (14) Rz 2, 4; ders/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 82; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.249; Mühl, Haftung, Rz 275 mit FN 125; s zur abschließenden Regelung weiters Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 66; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 Rz 231; Heidelberg in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 37, 40; Renner, ÖBA 2001, 591; Knops, BB 2008, 2538.

⁶⁴⁹ Vgl oben bei und in FN 408.

⁶⁵⁰ Vgl Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 17.

⁶⁵¹ S <http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP8/1543/154351.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2015); Hopt, AcP 183 (1983) 717; Brawenz, Prospekthaftung 124.

⁶⁵² S sogleich unten nach FN 657.

⁶⁵³ Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/8323, 2, 12, 26.

⁶⁵⁴ § 13 Wp-VerkProspG idF dBGBI I 1990, 2749.

⁶⁵⁵ S Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/8323, 24, 26; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 56; Assmann in FS Lange (1992) 372; ders in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 8.

unberührt, lud also ebenso wie dieses zu einer Auslegung ein, die sämtliche sonstige Ansprüche verdrängt.⁶⁵⁶

4) Dieser historische Zusammenhang ist mE auch bei der Interpretation des § 11 Abs 8 KMG zu berücksichtigen, orientierte sich der österreichische Gesetzgeber doch ausweislich der Materialien an der deutschen sondergesetzlichen Prospekthaftung⁶⁵⁷. Gerade vor dem Hintergrund der nachvollziehbaren Stellungnahme des deutschen Bundesrates⁶⁵⁸ und des deutschen Meinungsstreits hinsichtlich der Verdrängung deliktischer Ansprüche im Rahmen des § 48 Abs 2 dBörsenG 1908⁶⁵⁹, ist es mE äußerst naheliegend, dass der KMG-Gesetzgeber *solche* Ansprüche ausdrücklich gewahrt wissen wollte. Es wurde hierzulande daher – ähnlich wie im deutschen Gesetzgebungsprozess zum Wp-VerkProspG 1990⁶⁶⁰ – eine Formulierung gewählt, nach der zwar deliktische Ansprüche unangetastet bleiben, die aber vom Wortlaut her unbeabsichtigt auch Ansprüche aus der allgemeinen Prospekthaftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* unberührt lässt. Dass letztere Ansprüche jedoch sehr wohl ausgeschlossen sein sollten, geht aus den Materialien zum KMG⁶⁶¹ mE deutlich hervor, die zu § 11 Abs 8 ausführen, dass § 11 KMG „andere, auf *Delikt* oder Vertragsverletzung beruhende Schadenersatzansprüche“ unangetastet lassen möchte.⁶⁶² *E contrario* lässt sich daraus eine Verdrängung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ ableiten,⁶⁶³ die demgegenüber dem Bereich „zwischen“ Vertrag und Delikt zuzuordnen ist⁶⁶⁴.

b. Würdigung des Regelungsanliegens „Anlegerschutz“

Der hier vertretenen Auffassung steht mE nicht entgegen, dass die Verbesserung des Anlegerschutzes Regelungsanliegen des KMG-Gesetzgebers⁶⁶⁵ war.⁶⁶⁶ Liest man die Materialien genauer, so erscheint zunächst fraglich, ob die Rechtslage vor Inkrafttreten des

⁶⁵⁶ S bereits oben bei FN 637.

⁶⁵⁷ S oben bei FN 562; ebenso Parallelen ziehend Welser, ecolex 1992, 305 ff; vgl allg zur historischen Auslegung und zum (weiten) Materialienbegriff F. Bydliński, Methodenlehre², 449.

⁶⁵⁸ S oben bei und in FN 642.

⁶⁵⁹ S dazu die Nw oben in FN 637.

⁶⁶⁰ Vgl oben bei FN 642.

⁶⁶¹ ErläutRV KMG 21.

⁶⁶² Hervorhebung nicht im Original; vgl zur abgedruckten Passage demgegenüber ErläutRV PHG 14; dazu unten bei FN 760.

⁶⁶³ Rüffler, JBl 2011, 88; so schon Welser, ecolex 1992, 308 f; Wilhelm, ecolex 1992, 11 ff.

⁶⁶⁴ Koziol, ÖBA 1992, 890; Rüffler, JBl 2011, 88; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2300; vgl auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 81; allg hinsichtlich der *culpa in contrahendo* Canaris, ZHR 163 (1999) 220. S zu diesem (weitgehend anerkannten) „Zwischenbereich“ auch noch unten bei FN 1863.

⁶⁶⁵ ErläutRV KMG 16; Koziol in Spier, Limits 34; vgl VfGH 10.03.1993, G 170/92; die ErwGr der EmissionsprospektRL (89/298/EWG); ErläutRV KMG-Novelle 2005, 2; OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (253) (Diregger); Welser, ecolex 1992, 301.

⁶⁶⁶ Rüffler, JBl 2011, 88; aA Koziol, ÖBA 1992, 890; vgl für Deutschland (die heute überholte [s oben bei und in FN 648] Ansicht von) Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2289.

KMG für Anleger tatsächlich so günstig war, wie es die hM⁶⁶⁷ suggeriert. Mit anderen Worten fragt sich, ob eine über das Börsenrecht hinausgehende, „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ sämtlicher der in § 11 KMG genannten Personen für (auch leicht) fahrlässiges Fehlverhalten vor Inkrafttreten des KMG wirklich gesichert bestanden hat und das KMG demzufolge tatsächlich zu keiner Verbesserung des Anlegerschutzes geführt hat, wenn man § 11 Abs 8 KMG so auslegt, wie es die Mindermeinung⁶⁶⁸ vorschlägt. Denn die Erläuternden Bemerkungen zum KMG sprechen von der „Schaffung [...] einer Prospekthaftung“⁶⁶⁹, nicht von einem festschreiben und schon gar nicht von einer Einschränkung derselben.⁶⁷⁰ Besonders gut „passt“ diese Passage in den Materialien zur Haftung des Prospektprüfers, weil das KMG die zwingende „Prospektkontrolle“ samt Prüferverantwortlichkeit überhaupt erst eingeführt hat.⁶⁷¹

Zu berücksichtigen ist weiters, dass der OGH zum Zeitpunkt des KMG-Gesetzgebungsprozesses eine „allgemein zivilrechtliche Prospekthaftung“ im außervertraglichen Bereich zwar bejaht hatte,⁶⁷² dafür aber auch Kritik⁶⁷³ einstecken musste. Dagegen hatte er in mehreren Entscheidungen, für die das KMG zeitlich noch nicht anwendbar war, eine Prospektverantwortlichkeit von Publikumspersonengesellschaften⁶⁷⁴ gegenüber Kommanditisten und atypischen⁶⁷⁵ stillen Gesellschaftern abgelehnt.⁶⁷⁶ Auch konnte bis zur Einführung des (§ 80 BörseG 1989 bzw) § 11 KMG eine (auch rein vertragliche) Prospekthaftung von emittierenden Aktiengesellschaften schwer begründet werden, stand auch dem doch zumindest⁶⁷⁷ das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG), allenfalls (bei Naturalrestitution iSv Vertrags-Rückabwicklung) auch das des Erwerbs eigener Aktien (§ 65 AktG⁶⁷⁸) entgegen.

⁶⁶⁷ Oben in FN 408.

⁶⁶⁸ Oben in FN 410.

⁶⁶⁹ Anm: Hervorhebung nicht im Original; ErläutRV KMG 16; vgl auch ErläutRV KMG 20 f, wo davon gesprochen wird, dass mit den Prospekthaftungsbestimmungen des KMG eine Schadloshaltung der Anleger *ermöglicht* werden soll; s dazu auch Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 2.

⁶⁷⁰ Vgl auch ErläutRV BörseG-Novelle 1993, 23, die die unterschiedliche Reichweite des Anlegerschutzes gem KMG einerseits und BörseG 1989 andererseits erwähnen und dabei nicht ein Wort über die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ verlieren. Diese Haftung nach allg Grundsätzen – wäre sie vom Gesetzgeber tatsächlich neben der sondergesetzlichen Haftung anerkannt worden – hätte doch insofern Erwähnung bedurft, als sie dann das Anlegerschutzniveau maßgeblich mitbestimmen würde.

⁶⁷¹ Vgl Welser, ecolex 1992, 302; Iro/Riss, RdW 2012, 450.

⁶⁷² OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (61); 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12 (13).

⁶⁷³ Welser, ecolex 1992, 309.

⁶⁷⁴ Auch solche sind vom KMG umfasst, s ErläutRV KMG 18; Kalss, Anlegerinteressen 225.

⁶⁷⁵ Abw für den typischen stillen Gesellschafter aufgrund des mangelnden Eigenkapitalcharakters seiner Beteiligung, OGH 4 Ob 233/00 v SZ 73/163, 340 (347 f).

⁶⁷⁶ OGH 8 Ob 12/93 SZ 66/111, 181 (184 ff); 1 Ob 586/94, 1 Ob 595/95 SZ 68/144, 123 (138); 21.12.1995, 8 Ob 7/95; 8 Ob 2124/96 b SZ 69/166, 74 (77 ff); s dazu Rüffler in FS Straube (2009) 119; dens, JBl 2011, 88; Krejci, GesRZ 2011, 193; Gruber, ecolex 1994, 383; vgl auch aus deutscher Sicht Köndgen, AG 1983, 121.

⁶⁷⁷ Zur Problematik der fehlerhaften Gesellschaft (vgl §§ 216 ff AktG, § 10 Abs 3 FBG) und des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl § 47a AktG) in diesem Zusammenhang s nur U. Torggler, ecolex, 2011, 1122 f; Rüffler, ÖBA 2011, 700; zur fehlerhaften Gesellschaft Gruber, ecolex 1994, 383 f; dens, JBl 2007, 91 f; andererseits aber auch Rüffler in FS Straube (2009) 125 ff; dens, GES 2010, 8 f.

⁶⁷⁸ Vgl auch §§ 65b ff AktG.

Von dieser Warte aus kann man durchaus von einer Verbesserung des Anlegerschutzes in zweierlei Hinsicht sprechen, selbst wenn man der Mindermeinung⁶⁷⁹ folgt. Erstens hat der Gesetzgeber mit dem Institut der haftungsbewehrten Prospektkontrolle (§ 8, § 11 Abs 1 Z 2–2b KMG) bei jedem prospektpflichtigen Angebot eine zusätzliche Kompensationsmöglichkeit für Anleger erschaffen, die vorher jedenfalls nicht im selben Ausmaß bestand.⁶⁸⁰ Zweitens hat er zwei damals umstrittene Rechtsfragen dem Grunde nach zugunsten der Anleger entschieden: Er hat zum einen die problematische Gutachter-Dritthaftung der am Kapitalmarkt tätigen Prospektkontrolloren gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum anerkannt und ist bei der näheren Ausgestaltung der Verantwortlichkeit einen mE sinnvollen⁶⁸¹ Mittelweg gegangen. Zum anderen hat er wie der deutsche Gesetzgeber die Emittentenhaftung von Aktiengesellschaften (und darüber hinaus auch von Personengesellschaften) befürwortet.⁶⁸² Speziell im Bereich der Emittentenhaftung

⁶⁷⁹ Oben in FN 410.

⁶⁸⁰ Iro/Riss, RdW 2012, 450.

⁶⁸¹ Vgl die Ausführungen oben nach FN 71; aA Koziol, ÖBA 1992, 897; ders in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/88, der gegen einen solchen Mittelweg sogar verfassungsrechtliche Bedenken äußert (idS auch Brawenz, ÖBA 1992, 434). Diese Bedenken können nicht geteilt werden. ME hinkt der von Koziol aufgestellte Vergleich zwischen § 11 KMG und § 1319a ABGB: Bei der letzteren Bestimmung geht es um einen Schaden an absolut geschützten Rechtsgütern, insb auch an dem höchsten Rechtsgut, der körperlichen Unversehrtheit (Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 959). Daraus folgt auch, dass das Haftungsrisiko des Wegehalters wesentlich überschaubarer ist als bei der Prospekthaftung, die den Ersatz bloßer Vermögensschäden zum Gegenstand hat, weil absolut geschützte Rechtsgüter klarer konturiert sind (s noch unten bei FN 2016). In der Tat bedarf daher die gesetzliche Beschränkung der Haftung für die Verletzung derartiger hochrangiger und klar erkennbarer Güter (§ 1319a ABGB) einer besonderen Rechtfertigung (vgl VfGH G 59, 60/78 VfSlg 8.254 [XLIII/1. Halbjahr 1978 S 88]), was aber mangels Vergleichbarkeit keine Rückschlüsse auf die Verfassungskonformität des § 11 KMG zulässt.

⁶⁸² Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz und der Prospekthaftung gem § 11 KMG ist freilich umstritten (für einen Vorrang der Prospekthaftung OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 [253 ff] [Diregger]; 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 [253 ff] [zust Schuhmacher] [wo der OGH diese Judikatur auch auf Fälle der Ad-hoc-Publizitätspflichtverletzung ausdehnt]; Rüffler in FS Straube [2010] 124 ff; ders, GES 2010, 6 ff; Rodrigues, ecolex 1990, 77; diff Brawenz, Prospekthaftung 181; ders, ÖBA 1992, 423 f; einschr Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 47; Peter Doralt/Winner in MünchKomm AktG³ [2008] § 57 Rz 261; Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG [2008] § 11 Rz 31 f; Gruber, ÖBA 2003, 249 f; aA insb U. Torggler, ecolex 2011, 1121 ff). Der historische Gesetzgeber des Jahres 1896 hat bei Ausgestaltung des Prospekthaftungstatbestands an spezifische aktienrechtliche Zusammenhänge gedacht (s Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; s dazu oben bei FN 627), weswegen ihm mE keinesfalls unterstellt werden kann, auf die „Todsünde des Gesellschaftsrechts“ (U. Torggler), die Einlagenrückgewähr des älteren Art 216 A(D)HGB, einfach vergessen zu haben. Aus historischer Perspektive bekommt man den Eindruck, die Redaktoren des dBörsenG 1896 wären mit einer Selbstverständlichkeit davon ausgegangen, dass Schadenersatzleistungen iZm Prospekthaftungsmängeln – gleich aus welchem Rechtsgrund – nicht idS „sündig“ wären. Denn in den Materialien zum dBörsenG 1896 wird ausdr betont, dass sich der Anleger bei Prospektmängeln auf weitere vertragliche Ansprüche gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner, den Emittenten, stützen könne (oben bei FN 635). Das dürfte maßgeblicher Zweck für die Schaffung des § 46 Abs 2 dBörsenG 1896 (Wahrung weitergehender vertraglicher Ansprüche) gewesen sein. Die Position des historischen Gesetzgebers könnte sich daraus erklären, dass er den durch die Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten geschädigten Anleger tatsächlich als Drittgläubiger betrachtet hat (zu diesem Argument etwa Rüffler in FS Straube [2010] 124 f, 127; ders, GES 2010, 5, 7 ff; Kalss, Anlegerinteressen 220, 226, 228; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 5, 118; BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 [674] EM.TV; krit zB U. Torggler, ecolex 2011, 1123; Peter Doralt/Winner in MünchKomm AktG³ [2008] § 57 Rz 258; Krejci, GesRZ 2011, 200) und diesem daher sogar (gleich einem sonstigen Vertragsgläubiger) vertragliche (und erst recht sondergesetzliche) Schadenersatzansprüche zugestehen wollte. Wie dem auch sei: Noch viel unwahrscheinlicher als ein Versehen des historischen Gesetzgebers ist mE, dass das Konkurrenzproblem fast hundert Jahre später trotz des diesbezüglichen heftigen Meinungsstreits in Deutschland übersehen wurde. Richtiger dürfte daher sein, dass der österreichische Gesetzgeber bei Schaffung des BörseG 1989 und KMG wie der deutsche (ausdr Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 78; dazu Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ [2012] § 44 BörsG [14] Rz 5; Habersack in Habersack/Mülbelt/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 8; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.231; vgl auch die ausdr Haftungsbestimmungen der §§ 37b, 37c WpHG; dennoch für eine differenzierte Lösung Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 13) von einem unfraglichen Vorrang der neueren Prospekthaftungsbestimmungen gegenüber den älteren Rechtssätzen betreffend die Einlagenrückgewähr und die fehlerhafte Gesellschaft ausgegangen ist (aA U. Torggler, ecolex 2011, 1123 f; iE auch für die Prospekthaftung nach dem BörseG 1989: Nowak, Prospekthaftung 88) auch die ausdr zumindest aufgrund der Zweifelsregel der *lex-posterior* zu unterstellen ist (so Rüffler, GES 2010, 6 [unter Berufung auf F. Bydlinski, Methodenlehre², 572], 9; Rüffler, ÖBA 2011, 703; OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 [253 f] [zust Schuhmacher]; anders noch Rüffler in FS Straube [2010] 122 f [freilich mit demselben Ergebnis]). Dabei mögen die genannten Grundsätze – mangels abfedernder „Begleitmaßnahmen“ (vgl U. Torggler, ecolex 2011, 1123; Diregger, GesRZ 2011, 259) – vernachlässigt worden sein (s zur ganzen

erscheint das KMG gegenüber der historischen (§ 43 dBörsenG 1896) wie aktuellen (§ 21 WpPG) sondergesetzlichen Prospekthaftung in Deutschland insofern anlegerfreundlicher⁶⁸³, als es diese bereits bei leichter Fahrlässigkeit anerkennt und damit der diesbezüglichen deutschen Kritik⁶⁸⁴ den Boden entzieht.

Mit den genannten Vorteilen für die Anleger geht einher, dass durch § 11 KMG mehr Rechtssicherheit auch für den Geschädigten erzeugt wird (und seine Position insofern verbessert wird⁶⁸⁵),⁶⁸⁶ weil die erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen gesetzlich determiniert und nicht ausschließlich der Entscheidung der Gerichte im Einzelfall überlassen sind. § 11 KMG stellt daher eine Kodifikation der zuvor hinsichtlich ihrer Reichweite umstrittenen Prospekthaftung⁶⁸⁷ und damit zugleich eine Teilkodifikation der in Österreich⁶⁸⁸ (noch) nicht allgemein geregelten *culpa in contrahendo*⁶⁸⁹ dar.⁶⁹⁰ Der Grund, warum die Norm Ansprüche aus Vertrag und Delikt unberührt lässt, solche aus dem „Zwischenbereich“ jedoch verdrängt,⁶⁹¹ ist also schlicht darin zu sehen, dass § 11 KMG diese haftungsrechtliche „Grauzone“ (soweit sie für prospekthaftungsrechtliche Zusammenhänge von Bedeutung ist) positiviert. Es liegt insoweit eine „Subsidiarität“ der (fortentwickelten) *culpa in contrahendo* nach allgemeinem Zivilrecht aufgrund der

Problematik auf Kalss, Anlegerinteressen 218 ff, 225 ff). Es liegt (anders als bei der Abschlussprüferhaftung, s zu § 11 Abs 1 Z 4 KMG und § 275 UGB unten in FN 851) eine Antinomie vor, die sich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht erklärt (dazu informativ Rüffler, ÖBA 2011, 701 f), wobei mE die kapitalmarktrechtlichen Zwecke aufgrund des eindeutigen und jüngeren Normbefehls des § 11 Abs 1 Z 1 KMG insoweit prioritär zu beachten sind. Diese Auslegung harmonisiert schließlich auch mit den europarechtlichen Vorgaben, die alternativ eine Emittenten- oder Organhaftung fordern (Art 6 Abs 1 ProspektRL [2003/71/EG]; Rüffler, ÖBA 2011, 703; vgl für Deutschland Groß, Kapitalmarktrecht⁵ [2012] § 21 WpPG, Rz 16; Kersting, Dritthaftung 510; s zum Europarecht Habersack in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 4; Gruber, RdW 2007, 196; s jetzt auch EuGH C-174/12 GES 2014, 21 [21 ff] Hirmann/Immofinanz AG: Vorrang der Prospekthaftung ist europarechtskonform). Schließlich ist eine Organaußenhaftung in § 11 KMG nicht normiert und auch sonst im Gesellschaftsrecht die Ausnahme (Rüffler, GES 2010, 9; s dazu noch unten bei FN 1034 mwN). Die dadurch erfolgte Beeinträchtigung von Gesellschaftsgläubiger- und Mitaktionärsinteressen lässt sich dadurch zumindest abmildern, dass man den Schadenersatzanspruch des Anlegers grundsätzlich auf den Preisschaden beschränkt (Ausschluss der Rückabwicklung der gesamten Transaktion [s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.aa. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“]), womit sich auch die Problematik des Erwerbs eigener Aktien (§ 65 AktG) mangels Zulässigkeit der Naturalrestitution nicht stellt.

⁶⁸³ Zu den Gründen für eine strengere Emittentenhaftung s noch unten bei und in FN 3852, 3853.

⁶⁸⁴ S dazu unten in FN 722.

⁶⁸⁵ Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 55: Senkung der Transaktionskosten, 56; Oulds in Kümper/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.193 FN 1.

⁶⁸⁶ Zum (tragischen) Verlust an Rechtssicherheit bei mangelndem Wertungseinklang zwischen bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung und sondergesetzlicher Prospekthaftung s Köndgen, AG 1983, 87; Coing, WM 1980, 211 f. S allg zur Bedeutung der Rechtssicherheit im Rahmen objektiv-teleologischer Auslegung: U. Torggler, JBl 2011, 762 ff, insb 767; F. Bydliński, Methodenlehre², 454, 457 f, 459.

⁶⁸⁷ Rüffler, JBl 2011, 88; vgl Iro/Riss, RdW 2012, 452; Gruber, wbl 1990, 160 f (hinsichtlich § 80 BörseG 1989).

⁶⁸⁸ Vgl demgegenüber § 311 Abs 2 und 3 BGB.

⁶⁸⁹ Anerkennend Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 163.

⁶⁹⁰ In diese Richtung auch OGH 3 Ob 75/06 k RdW 2007, 22 sowie OGH 10 Ob 69/11 m ÖBA 2012, 621 (624): „gesetzgeberische besondere Ausprägung der allgemeinen Grundsätze über die schadenersatzrechtliche Haftung für Vertrauensschäden wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung“. Von diesem Standpunkt aus erscheint es aber gerade nicht nachvollziehbar, die Wertungen der spezielleren Regel des § 11 KMG zu missachten, indem man die *lex generalis* (die Prospekthaftung nach den allgemeinen Grundsätzen der *culpa in contrahendo*) zur Anwendung bringt (vgl Bucher, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil², 279, wonach die *culpa in contrahendo* eine seltsame Eigendynamik insofern entwickelt habe, als man sich auf sie auch noch in Rechtsbereichen berufe, in denen aufgrund von einschlägigen Sondernormen [vgl § 11 KMG] kein Anlass hierfür bestehe; s dazu auch Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 162; vgl dazu ferner OGH 10 Ob 22/13 b PSR 2014/4, 32 [36] [zur Unzulässigkeit der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Rahmen des Anwendungsbereichs der {spezielleren} §§ 948 f ABGB]). Man bekommt also den Eindruck, dass die hM zu § 11 Abs 8 KMG die Regel *lex specialis* (KMG) *derogat legi generali* (allgemeines Zivilrecht) (s zu dieser Regel F. Bydliński, Methodenlehre², 465) in ihr Gegenteil verkehren möchte (vgl zu § 80 Abs 2 BörseG 1989: Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 869).

⁶⁹¹ Diese Frage aufwerfend Brawenz, ÖBA 1992, 433.

„erschöpfende[n] Regelung“ des § 11 KMG vor, wobei es auf ein allfälliges Spezialitätsverhältnis⁶⁹² nicht ankommt.⁶⁹³

Im Übrigen ist zu bedenken, dass eine unbegrenzte und unbeschränkte Haftung des Prospektkontrollors (wie sie die hM⁶⁹⁴ befürwortet) dessen Prüfungshonorar dadurch erhöhen würde, dass er in dieses ein höheres Schadenersatzrisiko einpreisen müsste.⁶⁹⁵ Die dadurch entstehenden Kosten des Emittenten⁶⁹⁶ würden zum einen dessen Kapitalbeschaffung am österreichischen Kapitalmarkt beeinträchtigen und somit die Attraktivität desselben mindern.⁶⁹⁷ Zum anderen könnten diese Mehrkosten durch eine entsprechende Ausgestaltung der Emissionsbedingungen letztlich wieder (jedenfalls zum Teil)⁶⁹⁸ auf die Anleger übergewälzt (und damit „vergemeinschaftet“) werden,⁶⁹⁹ sodass eine strenge „Übermaßhaftung“ diesen nicht unbedingt ausschließlich Vorteile brächte. Insofern relativiert sich dann aber das Argument, nur die Auslegung der hM zum Konkurrenzverhältnis werde dem Anlegerschutz gerecht.

Dem kann mE nicht entgegengehalten werden, dass eine Verteilung der durch das größere Haftungsrisiko entstandenen Mehrkosten auf die Vielzahl von Anlegern im Sinne einer „Risikogemeinschaft“ ökonomisch sinnvoller wäre, als die Inkaufnahme von einzelnen „Härtefällen“. ⁷⁰⁰ Denn solche werden durch die Haftungsbestimmung des § 11 KMG ohnehin verhindert oder zumindest gelindert.

Diese Überlegungen werden auch durch einen Blick nach Deutschland bestätigt. Dort regelten die gesetzlichen Vorläufer der Prospekthaftung gem KMG⁷⁰¹ die Ersatzpflicht der Prospektverantwortlichen abschließend und wollten von diesem Grundsatz nur hinsichtlich

⁶⁹² S dazu die Überlegungen von *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 12 f; OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39.

⁶⁹³ Vgl *Iro/Riss*, RdW 2012, 452; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³, 89 mit FN 30 (unter Berufung auf *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt [1934] 62); *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 573.

⁶⁹⁴ Oben in FN 408.

⁶⁹⁵ Vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 77; *U. Torggler*, wbl 2001, 553.

⁶⁹⁶ Vgl Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 13; *Köndgen*, Selbstbindung 397.

⁶⁹⁷ Vgl zum Ganzen die entspr Überlegungen in Deutschland: Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 10, 13; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 77; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 3; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.213; *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ (2012) § 21 WpPG, Rz 7.

⁶⁹⁸ Vgl *Bertl/Fraberger*, RWZ 2002, 62. Die Frage, inwieweit der Emittent die Mehrkosten überwälzen kann, wird wohl von der Preiselastizität des jeweiligen Markts abhängen.

⁶⁹⁹ Vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63; Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 21, 23 f, 26 (insb 24: „eine vom Schutzzweck des Gesetzes ungewollte Belastung der Anleger“); *Kalss*, ÖBA 2000, 644; *dies*, ÖBA 2002, 189.

⁷⁰⁰ Vgl zu diesem Argument ErläutRV PHG 6 (zur verschuldensunabhängigen Haftung des Produzenten für „Ausreißer“-Schäden); s aber auch zum Konzept der Rechtssicherheit im Wirtschaftsprivatrecht, das oft auch sog „Härtefälle“ in Kauf nimmt, *U. Torggler*, JBl 2011, 766.

⁷⁰¹ §§ 45 ff dBörsenG 1908; § 13 Wp-VerkProspG 1990 iVm §§ 45 ff dBörsenG 1908; vgl oben bei FN 562.

vertraglicher Schadenersatzansprüche eine Ausnahme machen,⁷⁰² obwohl sie wie das KMG danach trachteten, dem Ziel des „Anlegerschutzes“ gerecht zu werden.⁷⁰³

c. Vermeidung einer Sinnlosigkeit des § 11 KMG

1) Nicht unerwähnt dürfen hier die gravierenden rechtsmethodischen Bedenken an der Rechtsansicht der hM⁷⁰⁴ bleiben. Würde die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ neben jener nach § 11 KMG bestehen, müsste man sich doch ernsthaft fragen, welchen Sinn die in § 11 KMG statuierten und – verglichen mit der allgemeinen Haftung aus *culpa in contrahendo* – in jeder Hinsicht⁷⁰⁵ strengeren Haftungsvoraussetzungen⁷⁰⁶ haben

⁷⁰² § 48 Abs 2 dBörsenG 1908; § 13 Wp-VerkProspG 1990 iVm § 48 Abs 2 dBörsenG 1908.

⁷⁰³ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 24 f; Begr RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 10, 14; vgl auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 1, 55, wo wie in den Materialien zum KMG (s dazu oben in FN 665) von einer Verbesserung des Anlegerschutzes die Rede ist; ähnl Begr RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 30.

⁷⁰⁴ Oben in FN 408.

⁷⁰⁵ Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass § 11 KMG eine gegenüber § 1313a ABGB strengere Gehilfenhaftung anordne (vgl Brawenz, ÖBA 1992, 432; Zivny, KMG [2006] § 11 Rz 27; Enzinger in FS Straube [2010] 23). Zwar erfasst § 11 KMG ausdr auch Leute des Haftpflichtigen, sohin Personen, die diesem zwar zurechenbar sind, aber nicht unbedingt mit der Erfüllung von Prospektaufgaben betraut sein müssen (wie dies bei Anwendung des § 1313a ABGB erforderlich wäre). Man muss sich aber fragen, wann eine Haftung für solche „Leute“ im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs gem § 11 KMG relevant werden kann, wenn deren Handlungen gar nichts mit der Prospekterstellung und -veröffentlichung zu tun haben (vgl Koziol, ÖBA 1992, 887; Welser, eolex 1992, 308). IÜ ist zu bedenken, dass gem § 11 Abs 1 Z 3 KMG nur für Leute (nicht aber auch für „sonstige Personen“ wie bei § 11 Abs 1 Z 1–2b KMG) gehaftet wird, wodurch insoweit selbständige Unternehmer als zurechenbare „Gehilfen“ ausscheiden (Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/81).

⁷⁰⁶ Hier sind zu nennen: die auf grobe Fahrlässigkeit (§ 11 Abs 1 Z 2a, Z 3 KMG) bzw Wissentlichkeit (§ 11 Abs 1 Z 4 KMG) beschränkte Haftung, die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens bei Fahrlässigkeit auf den Erwerbspreis samt Zinsen und Kosten (§ 11 Abs 5, 6 KMG) sowie die spezielle Beweislastverteilung (§ 11 Abs 1 Satz 2 KMG; vgl auch § 8 Abs 5 Satz 3 KMG); vgl außerdem die spezifische Präklusivfrist in § 11 Abs 7 KMG. Die Bedeutung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG ist nicht ganz geklärt. Der wohl überwiegende Teil der Lehre zieht aus ihm den Umkehrschluss dahingehend, dass der Anleger mangels Vorliegen eines Ausschlussgrundes des Prospektprüfers das (grobe) Verschulden des jeweiligen Prospekthaftpflichtigen beweisen müsse (Wilhelm, eolex 1992, 12; Welser, eolex 1992, 308). Die Mindermeinung befürwortet hingegen eine Beweislastverteilung entspr § 1298 ABGB zulasten des Schädigers, wobei die Bedeutung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG dadurch „gerettet“ wird, dass bei Verwirklichung eines Ausschlussgrundes auch der Vorsatz vermutet werde (Nowak, KMG [1992] 123; Brawenz, ÖBA 1992, 427; Zivny, KMG [2006] § 11 Rz 54 ff; vgl auch Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG [2008] § 11 Rz 19). Der erstgenannten Ansicht ist für die Rechtslage vor der KMG-Novelle 2005 zuzustimmen, weil der Gesetzeswortlaut insofern eindeutig war und sich kein gegenteiliger Hinweis in den Materialien befindet. Die beweisrechtliche Belastung des Anlegers dürfte mit der (nach § 11 KMG in der Stamfassung für sämtliche Prospektkontrolloren bestehenden) Haftungsgrenze der groben Fahrlässigkeit zusammenhängen (vgl auch Gruber, wbl 1992, 48 f; Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG [2008] § 11 Rz 19; abw Welser, eolex 1992, 308), weil die Beweislastumkehr nach allg Grundsätzen nicht greift, soweit der Schädiger *ex lege* oder aufgrund einer Vertragsregelung nur für grobes Verschulden haftet (OGH Praes 830/22 SZ 5/53, 135 [149]; 3 Ob 527/89 SZ 62/107, 635 [638]; 8 Ob 14/94 JBl 1995, 248 [249]; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 35; s nunmehr § 1298 Satz 2 ABGB *e contrario*; ausdr ErläutRV KSchG-Novelle 1997, 16). Das wird deutlich, wenn man die einschlägigsten deutschen Vorbildbestimmungen des § 11 KMG heranzieht (s zu diesen oben unter „Teil 1.I.D.1.a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung“), die für eine Prospekthaftung *stets* grobes Verschulden voraussetzen und den Anleger mit dem Beweis belasteten (vgl § 45 dBörsenG 1908; § 13 Wp-VerkProspG 1990 iVm § 45 dBörsenG 1908; anders aber § 12 Abs 3 AuslInvG 1969, § 17b Abs 3 KAGG 1969). Das KMG war freilich insofern nicht ganz konsequent, als es schon in der Stamfassung in § 11 Abs 1 Satz 2 KMG den Fall der Emittentenhaftung miteinbezog (und den Anleger auch insoweit mit dem Verschuldensbeweis belastete), für die aber *leichte* Fahrlässigkeit ausreicht (§ 11 Abs 1 Z 1 KMG). Das erschien den Redaktoren des KMG trotz des intendierten Anlegerschutzes (oben bei und in FN 665) aber offenbar als vernachlässigbar, weil zwischen den geschädigten Anlegern und dem Emittenten (oder der [an dessen Stelle tretenden] Emissionsbank oder den veräußernden Anlegern) eine *vertragliche* Haftungsbeziehung bestehen kann (s unten bei FN 769), für die die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB jedenfalls gilt. Aus objektiv-teleologischer Sicht kann die Beweisbelastung des Anlegers bei kapitalmarktrechtlichen Ansprüchen *gegen den Emittenten* als haftungseindämmende „Begleitmaßnahme“ (vgl oben in FN 682) angesehen werden, die den Konflikt der Haftung mit den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (insb Einlagenrückgewähr) abmildert. Dass die Beweislastumkehr nicht auf die (ebenfalls bloß für grobe Fahrlässigkeit haftenden) Händler und Vermittler (§ 11 Abs 1 Z 3 KMG) erstreckt wurde, erklärt sich mE daraus, dass ein Ausschlussgrund des *Prospektkontrollors* kein ausreichendes „Indiz“ für das grobe Verschulden von sonstigen Mittelsmännern darstellt. Durch die nachträgliche Änderung des § 11 Abs 1 Z 2 KMG (Absenkung des erforderlichen Verschuldensgrades auf leichte Fahrlässigkeit) und Einfügung der § 11 Abs 1 Z 2a, 2b KMG im Zuge der KMG-Novelle 2005 ist die *ratio* des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG insofern verdunkelt worden, als er nunmehr dem Wortlaut nach *ausschließlich* Fälle der Haftung schon für leichtes Verschulden erfasst. Ungeachtet dieses Redaktionsversehens ist mE die Beweislastverteilung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG idF KMG-Novelle 2005 so zu verstehen, dass der Anleger *nur* bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes seitens des Kontrollors vom Verschuldensbeweis befreit ist, wenn er einen Anspruch gegen den Emittenten (§ 11 Abs 1 Z 1 KMG) oder den

sollten.⁷⁰⁷ Zu erinnern ist daran, dass dem Gesetzgeber aus Sicht der Methodenlehre nicht unterstellt werden darf, zwecklose Bestimmungen zu normieren.⁷⁰⁸

Ein durch § 11 KMG verwirklichtes „Festschreiben“ des „unstrittigen“ Kerns einer Schadenersatzpflicht,⁷⁰⁹ die „in Wahrheit“ (also ohne Hinzutreten weiterer Tatbestandsmerkmale⁷¹⁰ [!]) viel weiter reicht, wäre wohl eine beispiellose Absonderlichkeit in der österreichischen Rechtsordnung. Denn dadurch müsste das unvollständige „Festschreiben“ große Unsicherheit und Verwirrung auslösen.

Bei Zutreffen der hM wäre es auch äußerst fraglich, warum der Gesetzgeber der KMG-Novelle 2005 die ab Beendigung des prospektpflichtigen Angebots laufende⁷¹¹ objektive Präklusivfrist⁷¹² des § 11 Abs 7 KMG „aus Verbraucherschutzgründen“⁷¹³ überhaupt auf zehn Jahre ausdehnen musste⁷¹⁴.⁷¹⁵ Denn dann bestünde ohnehin „neben dem KMG“ ein für den Geschädigten inhaltlich weitergehender Schadenersatzanspruch, für den eine Verjährungsfrist gilt, die sogar an seine Kenntnis von Schaden und Schädiger anknüpft und

Prüfer von Veranlagungsprospekten (§ 11 Abs 1 Z 2a KMG) geltend macht. Klagt der Anleger jedoch den Kontrollor von Wertpapierprospekten (§ 11 Abs 1 Z 2 KMG) oder die Wiener Börse AG (§ 11 Abs 1 Z 2b KMG), ist er gem § 1298 Satz 1 ABGB (analog) von der Beweislast befreit (iE auch *Lorenz in Zib/Russ/Lorenz*, KMG [2008] § 11 Rz 19): Erstens ist die Prospekthaftung (auch gem § 11 Abs 1 Z 2 und Z 2b KMG) mit der *culpa in contrahendo* verwandt (s oben bei FN 834), für die eine Beweislastumkehr entspr § 1298 ABGB anerkannt ist (s nur *Welser*, *ecolex* 1992, 308; auch dürfte die Einordnung der prospektrechtlichen Informationspflichten als Erfolgsverbindlichkeiten [dazu unten bei FN 5195] möglich sein). Zweitens setzt die Haftung der zuletzt genannten Prospektprüfer (nunmehr) keine grobe Fahrlässigkeit voraus, die aber systematisches Regelungsmotiv des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG war. Drittens steht einer Beweislastverteilung zulasten des bereits bei leichter Fahrlässigkeit haftenden Prospektprüfers auch nicht (wie bei der Emittentenhaftung) das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegen. Viertens besteht in aller Regel keine vertragliche Beziehung zwischen diesen Prospektkontrolloren und dem geschädigten Anleger, die eine Beweislastverteilung zulasten des Anlegers aus Sicht des (den Anlegerschutz bezweckenden) KMG-Gesetzgebers tragbar erschienen ließen (zum Widerspruch zwischen dem Regelungsziel des Anlegerschutzes und der Beweislastverteilung zulasten des Anlegers vgl *Begr RegEntw 3. FMFörderungsG*, BT-Drucksache 13/8933, 55, 80. Hingewiesen sei darauf, dass sich der Verdacht des Redaktionsversehens dadurch erhärtet, dass der Anleger bei wortlautgetreuer Anwendung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG idGF selbst dann beweislbelastet wäre, wenn ein Ausschlussgrund in Bezug auf den beklagten Prüfer des Veranlagungsprospekts vorliegt. ME kann dem Gesetzgeber der KMG-Novelle 2005 keinesfalls unterstellt werden, den Anleger entgegen der bisherigen Rechtslage auch in einem solchen Fall mit dem Verschuldensbeweis zu belasten, zumal sich aus den Materialien zur KMG-Novelle 2005 kein dahingehender „Änderungswille“ ergibt [vgl das bloße „Abschreiben“ der bis dahin geltenden Beweislastregeln in *ErläutRV KMG-Novelle 2005*, 30, 37] und damit ein Widerspruch zu der für Wertpapierprospektprüfer geltenden Beweislastverteilung entstünde. Dieser wird noch unverständlicher, wenn man bedenkt, dass die Beweislastumkehr nach dem Wortlaut des § 8 Abs 5 Satz 3 KMG zulasten eines ausgeschlossenen Kreditinstituts, das als Prüfer von *Veranlagungsprospekten* tätig wird, doch greift. ME muss man daher § 11 Abs 1 Satz 2 KMG zumindest auf den Prüfer von Veranlagungsprospekten analog anwenden [idS auch *Zivny*, KMG {2006} § 11 Rz 55; *Lorenz in Zib/Russ/Lorenz*, KMG {2008} § 11 Rz 18]). Jedenfalls beweislbelastet ist der geschädigte Anleger, wenn er seinen Schadenersatzanspruch auf § 11 Abs 1 Z 3 oder § 11 Abs 1 Z 4 KMG stützt. Die erste Bestimmung erfasst einen Fall der grob fahrlässigen Schädigung, der keinen ausreichenden Konnex zum allfälligen Ausschlussgrund des Prospektkontrollors aufweist. Bei der zweiten Haftungsnorm handelt es sich um eine solche deliktischer Natur (dazu unten bei FN 2833; vgl § 1296 ABGB).

⁷⁰⁷ *Welser*, *ecolex* 1992, 309; *Rüffler*, JBl 2011, 88; *Iro/Riss*, RdW 2012, 448; OGH 03.03.2015, 1 Ob 71/14 v; *Kozioł* (ÖBA 1992, 892) selbst räumt ein, dass § 11 KMG seiner Auffassung zufolge „erheblich an Bedeutung verliert“; ähnl *Brawenz*, ÖBA 1992, 433 FN 107; *Gruber*, wbl 1992, 48 FN 140: „weitgehend obsolet“; vgl dazu bereits die Kritik an der parallelen Anwendung der „allgemein zivilrechtlichen Prospekthaftung“ und der spezialgesetzlichen Prospekthaftung bei *Köndgen*, AG 1983, 130.

⁷⁰⁸ *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*, 444, 464 (zur Antinomie); *Iro/Riss*, RdW 2012, 448 f.

⁷⁰⁹ So *Kozioł*, ÖBA 1992, 888, 890, 897; OLG Wien 15.12.2005, 1 R 247/05h-35.

⁷¹⁰ Insb einen (geplanten) Vertragsabschluss; vgl unten bei und nach FN 773.

⁷¹¹ Zum Vorteil einer einheitlichen Verjährungsfrist für sämtliche Anlegeransprüche vgl *Begr RegEntw 3. FMFörderungsG*, BT-Drucksache 13/8933, 81. Abzulehnen ist daher mE die parallele Anwendung des § 1489 ABGB auf Haftungsansprüche gem § 11 KMG (so aber *Welser*, *ecolex* 1992, 308).

⁷¹² So ausdr *ErläutRV KMG-Novelle 2005*, 6; OGH 10 Ob 88/11 f *GesRZ* 2013, 44 (49) (*Oppitz*); 6 Ob 16/13 s *ecolex* 2014, 18; *Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 849; *Kozioł in Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/85.

⁷¹³ *ErläutRV KMG-Novelle 2005*, 6; vgl *Welser*, *ecolex* 1992, 301.

⁷¹⁴ *De lege ferenda* ist mE die verlängerte Präklusivfrist nicht unproblematisch, wenn man die historischen Zwecke (s oben bei FN 605) der ursprünglich fünfjährigen Anspruchsfrist würdigt (vgl dazu auch die 3-jährige Verjährungsfrist des § 82a Abs 4 BörseG idF *MinEntw GesRÄG 2005*; krit zu § 11 Abs 7 KMG idGF auch *Diregger*, *GesRZ* 2011, 260; vgl auch *Schuhmacher*, *GesRZ* 2012, 259).

⁷¹⁵ Vgl § 13 PHG; zu dieser Parallele s auch *Welser*, *ecolex* 1992, 308.

die objektiv erst nach dreißig Jahren endet (§ 1489 ABGB).⁷¹⁶ Des Weiteren wäre die Mindesthaftpflichtversicherung für Prospektprüfer gem § 8 Abs 2 letzter Satz KMG, die sich wohl an das aus § 11 KMG resultierende Haftungsrisiko anlehnt,⁷¹⁷ nach Rechtsansicht der hM falsch, weil zu gering bemessen, um ihren Zweck zu erfüllen (Sicherstellung der Durchsetzbarkeit der Haftung).

2) Richtiger dürfte sein, dass aufgrund der seit über 100 Jahren⁷¹⁸ andauernden Rechtsentwicklung der sondergesetzlichen Prospekthaftung im deutschsprachigen Raum in den Haftungsschranken des § 11 KMG wohlüberlegte⁷¹⁹ Wertungen ihren Ausdruck finden konnten⁷²⁰.⁷²¹ Wie oben aufgezeigt wurde, liegen insb dem Ausschluss potenzieller Anleger von der Aktivlegitimation, der betraglichen Begrenzung der Haftung ungefähr auf den Erwerbspreis und der Beschränkung derselben auf grobes Verschulden⁷²² mE nachvollziehbare Gesetzeszwecke zugrunde.⁷²³ Jedenfalls sind diese aber vom Rechtsanwender zu respektieren.

Nicht verkannt wird dabei, dass die deutschen Vorläufer des KMG und insb das dBörsenG 1896 zwar keine ausdrückliche Prospektkontrolle samt Haftung iSd KMG kannten. Jedoch normierte das dBörsenG 1896 eine Prospektverantwortlichkeit der Emissionsbanken (mit „quasi-vertraglichen“ Elementen⁷²⁴) gem § 43 Abs 1 Satz 1 *leg cit*⁷²⁵. Diese beruhte auf der Experten-⁷²⁶ und „Beglaubigungsfunktion“ der Emissionsbanken, die bei den Anlegern

⁷¹⁶ Vgl Koziol, ÖBA 1992, 887: „im Ergebnis“ sei die objektive Frist von dreißig Jahren auf fünf (heute: zehn) Jahre herabgesetzt worden; zur Diskrepanz zwischen der spezialgesetzlichen und der allg zivilrechtlichen Anspruchsfrist s auch C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 307. Vgl auch die ähnl Argumentation in Bezug auf die mangelnde Konkurrenz der Rechtsbehelfe gem §§ 922 ff mit jenen der §§ 918 ff ABGB: F. Bydlinski, Methodenlehre², 444.

⁷¹⁷ Vgl IA KMG-Novelle 1994, 8; Gruber, wbl 1992, 44 f.

⁷¹⁸ Vgl bloß das dBörsenG 1896.

⁷¹⁹ AA Kalss, ÖBA 2000, 641: Das Gesetz sei unglücklich formuliert.

⁷²⁰ Man mag das dBörsenG 1896 als „nicht gerade“ „gelungene legislatorische Leistung“ (Köndgen, AG 1983, 86; vgl bereits Weber, ZHR 45 [1986] 95 ff) kritisieren. Dennoch steht fest, dass sich der österreichische Gesetzgeber mit dem KMG fast 100 Jahre später an das dBörsenG 1896 angelehnt und die historischen Wertungen insofern „aktualisiert“ hat. ME muss das der Rechtsanwender respektieren.

⁷²¹ Unverständlich mE insoweit Koziol, JBl 1994, 215, 221, der meint, es fehle an einer erforderlichen Regelung des „Zwischenbereichs“ (Grauzone zwischen Vertrags- und Deliktshaftung [dazu noch unten bei FN 1863]), dem er auch die Prospekthaftung zuordnet (S 218). Deswegen verortet Koziol insofern eine Lücke, „die möglichst entsprechend eben diesen Wertungen des Gesetzes zu füllen ist“, wobei er das positive Recht hervorhebt (S 216). Dass der Gesetzgeber gerade in § 11 KMG eine Teilproblematik dieses „Zwischenbereichs“ positiviert und dabei der gemischten Interessenlage (vgl oben bei FN 589; vgl Koziol, JBl 1994, 215, 221 f: „Die in einer Sonderbeziehung bestehende Interessenlage kann eben auch zu der Wertung führen, daß der schadenersatzrechtliche Schutz [...] gegenüber anderen Sonderbeziehungen [...] abzuschwächen ist“) Rechnung getragen hat, wird von Koziol (ÖBA 1992, 888 ff) und der hM negiert, wenn sie ungeachtet dessen die parallele Anwendung einer „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ vertritt und sich dabei über die Wertungen des § 11 KMG hinwegsetzt.

⁷²² Krit dazu aber Nowak, KMG (1992) 120 f; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/80; krit zur Haftungsbeschränkung nach dem dBörsenG 1896 „zugunsten“ der Emissionsbanken: Köndgen, AG 1983, 127; idS auch (wohl insb zur beschränkten Emittentenhaftung und Haftung der Emissionsbanken) Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 45 BörsG (14) Rz 1; die Regelung des dBörsenG 1896 dagegen befürwortend Coing, WM 1980, 212. Die Kritik am Haftungsregime des dBörsenG 1896 lässt sich freilich nicht ohne weiteres auf die beschränkte Haftung von Prospektkontrolloren gem § 11 KMG übertragen.

⁷²³ S dazu oben bei und nach FN 581 (insb bei FN 591). Als zusätzlicher Grund für die Beschränkung wird angeführt, dass der Gesetzgeber Spekulationsschäden als nicht so schützenswert erachtet (vgl Welser, eolx 1992, 305). Dem ist mE jedenfalls insofern zuzustimmen, als allg bloße Vermögensschäden geringeren gesetzlichen Schutz genießen (s bereits oben in FN 681; s auch noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“; vgl auch unten nach FN 3462).

⁷²⁴ Köndgen, AG 1983, 125.

⁷²⁵ S dazu oben in FN 564; vgl dazu auch Baums/Fischer, Haftung 3; zur Funktion der Emissionsbank bei der Emission von Wertpapieren s G. H. Roth, Wertpapierrecht², 161.

⁷²⁶ Dies hervorhebend Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2279.

Schutzerwartungen auslöste („Emissionskredit“⁷²⁷) sowie auf dem ausgeprägten wirtschaftlichen Interesse an der Emissionsbegleitung.⁷²⁸ Die Stellung der Emissionsbanken als „Reputationsintermediäre“ iSd dBörsenG 1896 lässt sich damit (wenn auch nicht völlig⁷²⁹) mit der der Prospektkontrolloren nach KMG vergleichen,⁷³⁰ zumal dann, wenn die KMG-rechtliche Prospektprüfung ein Kreditinstitut vornimmt⁷³¹ (§ 8 Abs 2 Z 4 KMG).

Für die Anerkennung der entsprechenden deutschen Wertungen⁷³² sprechen mE auch die Materialien zum KMG. Diese betonen, dass mit dem Regime der Abs 1–7 des § 11 KMG Missbräuche zulasten der Haftenden verhindert werden sollen.⁷³³ Das schlägt auch die erste Brücke zur Kapitalmarktinformationshaftung gem § 82a Abs 1 BörseG idF des Ministerialentwurfs zum GesRÄG 2005,⁷³⁴ die mE dazu beitragen kann, die KMG-rechtliche Interessenabwägung besser zu verstehen.⁷³⁵ Im Rahmen dieses Entwurfs wurde die (mit dem KMG vergleichbare) Einschränkung des Kreises der ersatzberechtigten Personen auf tatsächliche Anleger mit der Gefahr missbräuchlicher Klagserhebung sowie damit begründet, dass ansonsten eine grenzenlose Haftungsausuferung zulasten der Haftpflichtigen drohen würde; bloß potenzielle Anleger erschienen nicht im selben Ausmaße schutzwürdig wie tatsächliche Anleger (deren Ansprüche wiederum durch eine erweiterte Haftpflicht wirtschaftlich ausgehöhlt werden könnten).⁷³⁶

Gerade der haftungsbegründende Verschuldensgrad des § 11 KMG hat durch die KMG-Novelle 2005 neue Ausformung und damit – hinsichtlich der Haftung für die Prüfung von Veranlagungsprospekten – insoweit Bestätigung erfahren, als auch nach dem „aktualisierten Willen“ des Gesetzgebers die Prüfer solcher Prospekte erst für grob fahrlässige Pflichtverletzungen haften sollen (§ 11 Abs 1 Z 2a KMG). Dieser Norm entsprechend hatte auch § 82a Abs 1 Z 2 BörseG idF des zuvor erwähnten

⁷²⁷ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 451; *Weber*, ZHR 45 (1896) 82; vgl auch *Nowak*, Prospekthaftung 91, 97; *Gruber*, RdW 2007, 196; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 840; *Kalss*, GesRZ 2010, 249.

⁷²⁸ *Köndgen*, AG 1983, 125; vgl auch *dens*, ebd 127; zum wirtschaftlichen Interesse der Emissionsbanken s auch *Nowak*, Prospekthaftung 20. Das Provisionsinteresse der Kreditinstitute dürfte auch der Einführung der „Prospekthaftung“ gem Art 213b A(D)HGB idF Aktienrechtsnovelle 1884 zugrunde liegen, s die Äußerung von *Koch* im Rahmen der Verhandlungen der Aktienrechtskommission, 5. Sitzung vom 29.3.1882, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 317.

⁷²⁹ Vgl *Köndgen*, AG 1983, 125. Zum unterschiedlichen Ausmaß, mit dem für den Prospekt Verantwortung übernommen wird, s *Baums/Fischer*, Haftung 4.

⁷³⁰ *Reidenbach*, Ratingagenturen 33; gegen eine Vergleichbarkeit der Funktion von Emissionsbanken einerseits und Prospektprüfer andererseits aber *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 100.

⁷³¹ Dazu *G. H. Roth*, Wertpapierrecht², 161 f.

⁷³² Vgl zur Ähnlichkeit des sondergesetzlichen Verschuldensmaßstabes in Deutschland und Österreich *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 82.

⁷³³ ErläutRV KMG 21. Solchen Missbräuchen öffnet die hM freilich Tür und Tor.

⁷³⁴ BMJ-B10.051/0003-I 3/2004.

⁷³⁵ Zur den Gründen für das Scheitern des Entwurfs, die mE nicht mit der Haftungsbeschränkung zusammenhängen, s noch unten bei FN 3752.

⁷³⁶ ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 37.

Ministerialentwurfs vorgesehen, dass Organmitglieder für die Verletzung von kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten (insb im Rahmen der *Ad-hoc*-Publizität⁷³⁷) gegenüber dem Anlegerpublikum erst bei grober Fahrlässigkeit haften sollten.⁷³⁸ Die Parallele zu § 11 KMG wird verstärkt, wenn in der Begründung zum Ministerialentwurf die darin „möglicherweise zu erblickende Privilegierung“ damit gerechtfertigt wird, dass das Organmitglied unmittelbar den Ansprüchen der am bloßen Vermögen geschädigten Anleger ausgesetzt sei,⁷³⁹ obwohl doch insofern kein Vertragsverhältnis vorliege.

Der Kontrollor von Wertpapierprospekten haftet *de lege lata* demgegenüber bereits für leichte Fahrlässigkeit (§ 11 Abs 1 Z 2, Z 2b KMG). Dies lässt sich aber dadurch plausibel erklären, dass der Gesetzgeber gleichzeitig dessen Prüfungsaufgaben stark einschränkt (§ 8 Abs 2a KMG: keine Überprüfung der Richtigkeit der Prospektangaben)⁷⁴⁰ und so die Belastung dieses Prüfers durch das drohende Haftungsrisiko insgesamt im überschaubaren und versicherbaren Rahmen⁷⁴¹ hält.⁷⁴²

3) Die hM⁷⁴³ konterkariert all diese Regelungsanliegen, indem sie aufgrund der von ihr vertretenen allgemeinen Haftungsgrundsätze eine unbegrenzte Ersatzpflicht für *omnis culpa* in Zusammenhang mit Prospektveröffentlichungen befürwortet.⁷⁴⁴ Demnach seien offenbar die Redaktoren des § 11 KMG bei Konzeption der Haftung gleichsam kompromissgetrieben⁷⁴⁵ „auf halbem Weg stecken geblieben“. Die hM wird damit der auch vom OGH erhobenen Forderung, „Wertungswidersprüche zwischen KMG und allgemeinem Zivilrecht möglichst zu vermeiden und die Lösungen so auszugestalten, dass sie sich in ein konsistentes System einfügen“,⁷⁴⁶ in keiner Weise gerecht. Es hat den Anschein, dass hier rechtspolitische Wunschvorstellungen die rechtsdogmatische

⁷³⁷ ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 37.

⁷³⁸ Vgl dazu auch *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 864.

⁷³⁹ ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 37.

⁷⁴⁰ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 44; *Lorenz* in *Zib/Russ/Lorenz*, KMG (2008) § 11 Rz 10, 16; vgl demgegenüber § 8 Abs 2 KMG (zu den Prüfungsaufgaben des Kontrollors von Veranlagungsprospekten); s zur materiellen Prüfung *Kalss*, Anlegerinteressen 177 f.

⁷⁴¹ Vgl § 8 Abs 2 letzter Satz KMG.

⁷⁴² Vgl ErläutRV KMG-Novelle 2005, 5 f; daher mE unberechtigte Kritik bei *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 29.

⁷⁴³ Bezeichnend etwa *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 30: „Die haftungseinschränkenden Regelungen des KMG [...] werden [...] kompensiert“; vgl auch *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ (2008) § 47 Rz 48; vgl ferner die iE erfolgende „Ausschaltung“ der Haftungsdeckelung des § 11 Abs 6 KMG bei *Kalss*, Anlegerinteressen 204.

⁷⁴⁴ Vgl zur Bedenklichkeit des Unterlaufens gesetzlicher Wertungen, die der sondergesetzlichen Prospekthaftung zugrunde liegen: Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 81; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 79; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 118 FN 2; vgl ferner die Ausführungen des prominentesten Vertreters der hM (zu § 11 Abs 8 KMG) zur begrenzten Frachtführerhaftung gem § 430 HGB aF (heute: § 430 UGB): *Koziol*, JBl 1994, 222: „Diese Wertung des Gesetzgebers darf sicherlich nicht durch die Gewährung eines unabhängigen deliktischen Schadenersatzanspruchs umgangen werden“; vgl sogar *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2290: Gefahr der Aushöhlung der im dBörsenG 1896 enthaltenen Einschränkungen.

⁷⁴⁵ Vgl *Gruber*, wbl 1992, 42.

⁷⁴⁶ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (50) (*Oppitz*).

Untersuchung präjudizieren.⁷⁴⁷ Insb ist mE das Argument, die Reduktion des Haftungsmaßstabes „sei mit dem heutigen Stand der Lehre von der culpa in contrahendo nicht zu vereinbaren“⁷⁴⁸, rechtsmethodisch unzulässig.⁷⁴⁹ Den „Stand“ der Haftung aus culpa in contrahendo und ihre Ausprägung in speziellen (kapitalmarktrechtlichen) Zusammenhängen wird doch in erster Linie der Gesetzgeber selbst und nicht die Lehre vorgeben dürfen.⁷⁵⁰ Wenn dieser nach mehr als hundertjähriger Rechtstradition der culpa in contrahendo⁷⁵¹ mit § 11 KMG diese Rechtsfigur für den Bereich des Kapitalmarktrechts kodifiziert⁷⁵², so kann und muss dies mE als Korrektur der allenfalls weitergehenden Lehre von der culpa in contrahendo verstanden werden.⁷⁵³ Auch unter dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung erscheint es mE untragbar, für ein und denselben Sachverhalt und aus ein und demselben Rechtsgrund (!), dem Vertrauensschutz der Anleger,⁷⁵⁴ eine „bürgerlich-rechtliche“ Prospekthaftung sowie eine KMG-rechtliche Haftung anzunehmen, die zu erheblich unterschiedlichen Rechtsfolgen führen sollen.⁷⁵⁵

d. Der hinkende Vergleich mit dem PHG

Auch der von Graf, einem Vertreter der hM, zwischen § 11 Abs 8 KMG und § 15 PHG gezogene Vergleich, wonach nach beiden sondergesetzlichen Haftungsbestimmungen Ersatzansprüche nach allgemeinen Grundsätzen offensichtlich unberührt bleiben sollten,⁷⁵⁶ überzeugt mE nicht. Zunächst handelt es sich bei der Haftung gem PHG um eine Gefährdungshaftung, wogegen das KMG eine Verschuldenshaftung normiert. Wie in

⁷⁴⁷ Bezeichnend Brawenz, ÖBA 1992, 436 mit FN 51, der zunächst auf vermeintliche Widersprüche und eine „Systemwidrigkeit“ des § 11 KMG hinweist, sodann iZm § 8 KMG (Prüfpflichten) meint, dass „in Wahrheit“ eine „möglichst große Haftungseinschränkung das Hauptanliegen gewesen“ sei; vgl auch G. H. Roth, Wertpapierrecht², 163: „nicht leicht nachvollziehbare[] Interessenwertung“ des KMG; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 831 und Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 47 Rz 48, wonach die haftungseinschränkenden Bestimmungen des KMG durch die Anwendung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ „kompensiert“ würden.

⁷⁴⁸ So aber Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2289, 2294, der daher die Konkurrenz zwischen der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ und Prospekthaftung nach dem dBörsenG in der damals geltenden Fassung bejaht. Der deutsche Gesetzgeber hat dieser Ansicht in einer nicht zu überbietenden Deutlichkeit (Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 81), die auch im Gesetzeswortlaut Niederschlag gefunden hat (s § 48 Abs 2 dBörsenG idF dBGBI I 1998, 529; § 20 Abs 6, § 21 Abs 5, § 22 Abs 6 VermAnlG, § 25 Abs 2 WpPG; vgl auch § 37b Abs 4, § 37c Abs 4 WpHG), endgültig den Boden entzogen.

⁷⁴⁹ Köndgen, AG 1983, 130.

⁷⁵⁰ Vgl zum Verbot, außerrechtlichen Wertungen den Vorzug vor gesetzgeberischen Entscheidungen zu geben: Rüffler, JRP 2002, 63. Auch Coing, WM 1980, 212, hat vorgeschlagen, sich zur Lösung des Problems der ungeregelten Prospekthaftung am grauen Kapitalmarkt in erster Linie an den Wertungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung zu orientieren, weil die Rechtsanwendung diesfalls „feste Ausgangspunkte“ zur Problembewältigung habe; vgl auch die Harmonisierungsbestrebungen bei Canaris in FS Larenz II (1983) 93.

⁷⁵¹ Vgl bereits R. v. Jhering, JherJB IV (1861) 1 ff; s zur Geschichte der „österreichischen“ Lehre von der culpa in contrahendo zB Brawenz, Prospekthaftung 40 ff.

⁷⁵² S bereits oben bei FN 687.

⁷⁵³ Der Sache nach wie hier Heidelberg in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 40; vgl auch Nowak, Prospekthaftung 123. Insofern trägt das soeben im Fließtext skizzierte Argument von Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2289, nicht für die österreichische Rechtslage, behandelt Canaris doch das fast 100 Jahre vor dem KMG in Kraft getretene dBörsenG 1896.

⁷⁵⁴ S dazu noch unten in FN 828.

⁷⁵⁵ Vgl dazu auch Köndgen, AG 1983, 87; vgl die unter dem aufgezeigten Aspekt bedenklich stimmende Bezeichnung „Zweigleisigkeit der Prospekthaftung“ etwa bei Brawenz, Prospekthaftung 4.

⁷⁵⁶ Graf, wbl 2012, 244.

anderen Bereichen der Gefährdungshaftung (s § 19 EKHG, § 162 LFG, § 9a RHPfLG, § 16 AtomHG) ist es mE tatsächlich verständlich, die Anspruchskonkurrenz zuzulassen, wäre doch ansonsten in (auch wichtigen und praxisrelevanten) Teilbereichen des Schadenersatzrechts die Verschuldenshaftung in systemwidriger Weise (vgl § 1295 Abs 1 ABGB) gänzlich ausgeschlossen.

Dabei ist zu bedenken, dass die neben der Gefährdungshaftung konkurrierende Verschuldenshaftung an *zusätzliche Voraussetzungen*, insb jene des Verschuldens knüpft, sodass ein Unterlaufen der sondergesetzlichen Wertungen nicht zu befürchten ist, wenn man bei (aber nur bei) Vorliegen der erforderlichen Tatbestandsmerkmale eine weitergehende Verschuldenshaftung zulässt. Bedenklicher ist es freilich, wenn die Schranken einer sondergesetzlichen Verschuldenshaftung (§ 11 KMG) stets, dh ohne Hinzutreten weiterer Tatbestandsvoraussetzungen,⁷⁵⁷ dadurch ausgehebelt werden könnten, dass man eine „andere“ (jedoch auf denselben Grundwertungen beruhende!) Verschuldenshaftung⁷⁵⁸ zur Anwendung gelangen lässt.⁷⁵⁹

Außerdem sprechen die Materialien zu § 15 PHG eine deutliche Sprache: Dort heißt es, dass „die Haftung nach diesem Bundesgesetz Schadenersatzpflichten nach anderen Bestimmungen nicht ausschließt oder einschränkt“.⁷⁶⁰ Gerade aber vor dem Hintergrund dieser Formulierung muss man sich doch fragen, warum die Redaktoren des KMG in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage von dieser abgewichen sind und sich deutlich einschränkender ausgedrückt haben.⁷⁶¹

e. Rechtsfolgen und Gegeneinwände

1) Das eben Ausgeführte hat folgenden Konsequenzen: § 11 Abs 8 KMG ist dahingehend teleologisch zu reduzieren,⁷⁶² dass er rein vertragliche und deliktische Ansprüche nicht verdrängt, sehr wohl aber solche aus der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*. Das bedeutet im Ergebnis etwa, dass Prospektkontrolloren, die Wiener Börse AG sowie Abschlussprüfer über § 11 KMG hinaus nicht „quasi-vertraglich“ haften.

⁷⁵⁷ Vgl bereits oben bei FN 710.

⁷⁵⁸ Vgl C. Nowotny in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 305.

⁷⁵⁹ Vgl bereits oben bei FN 755.

⁷⁶⁰ ErläutRV PHG 14.

⁷⁶¹ Vgl oben bei FN 661.

⁷⁶² Dies zum Wortlautargument der hM zu § 11 Abs 8 KMG (zB bei *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/87).

Dies gilt aber nur insoweit, als diese Haftpflichtigen die von § 11 KMG für sie vorgesehene Rolle auch tatsächlich einnehmen. So käme etwa eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit von Prospektkontrolloren oder Abschlussprüfern gegenüber (einzelnen) Anlegern dann in Betracht, wenn sie diesen gegenüber einen spezifischen Vertrauenstatbestand setzen, indem sie etwa einem Anleger bestätigen, dass der Prospekt oder Jahresabschluss nicht mehr geändert werde und bestätigt werden könne.⁷⁶³ § 11 KMG wirkt mE insofern nicht als „Haftungsprivileg“, weil er für solche Sachverhalte nicht konzipiert wurde.⁷⁶⁴ Bei Vorliegen zusätzlicher Tatbestandsvoraussetzungen⁷⁶⁵ entfaltet die Bestimmung sohin keine „Sperrwirkung“ („relative Sperrwirkung“ des § 11 KMG wie bei § 275 UGB⁷⁶⁶), womit ihre Wertungen mE ausreichend respektiert werden.⁷⁶⁷

Auch bleibt eine „klassisch“ vorvertragliche⁷⁶⁸ sowie eine echte vertragliche Haftung von § 11 KMG unberührt. Deswegen kann insb Emittenten⁷⁶⁹, die bei Eigenemissionen die Wertpapiere an die Anleger veräußern, sowie (Anlage-)Berater⁷⁷⁰, (Eigen-)Händler und Vermittler⁷⁷¹ (vgl § 3 Abs 4 MaklerG), insb Kommissionäre⁷⁷² (vgl § 384 Abs 1 UGB), eine über § 11 KMG hinaus erweiterte (vor-)vertragliche Verantwortlichkeit treffen⁷⁷³

⁷⁶³ Vgl dazu BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949), wo der BGH eine Dritthaftung bejaht. S zum Abschlussprüfer auch noch unten bei FN 991, 2726.

⁷⁶⁴ Vgl U. Torggler, wbl 2001, 552.

⁷⁶⁵ Vgl dagegen die Argumentation gegen die Anwendung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ oben bei FN 710, 757.

⁷⁶⁶ Dazu noch unten bei FN 980.

⁷⁶⁷ Wie hier auch C. Nowotny in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 307; vgl dazu auch noch unten in FN 811.

⁷⁶⁸ S dazu unten bei FN 822.

⁷⁶⁹ Unter „Emittent“ ist dabei der Aussteller des fraglichen Wertpapiers oder derjenige zu verstehen, der das Vermögensrecht verspricht, das die Veranlagung verkörpert, nicht aber Anbieter wie Emissionsbanken oder Treuhänder (vgl § 1 Abs 1 Z 2 KMG; Art 3 lit c EmissionsprospektRL [89/298/EWG]; Brawenz, ÖBA 1992, 423). Für zusätzliche vertragliche Schadenersatzansprüche der Anleger gegen den Emittenten bereits Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; s auch *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 58; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 76, § 47 BörsG, Rz 2; vgl auch *Fleischer*, BB 2002, 1870; aA *Welser*, *ecolex* 1992, 306, 309; *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 13. Dabei ist allerdings bei bestimmten Emittenten für bestimmte Titel das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten, das solchen, allg vertraglichen Ansprüchen die Durchsetzbarkeit versagen könnte (vgl dazu oben in FN 682).

⁷⁷⁰ IdS für Deutschland *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.248; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 47 BörsG, Rz 4; *Heidelbach*, ebd § 13 VerkProspG, Rz 37; vgl auch schon *Brawenz*, Prospekthaftung 164 mit FN 261.

⁷⁷¹ Die systematische Stellung des § 11 Abs 1 Z 3 KMG erklärt sich dadurch, dass diese Vertriebsleute das Prospektmaterial des Emittenten im Zuge ihrer beruflichen Tätigkeit verwerten (dazu *Köndgen*, AG 1983, 122, s dort auch zur Unterscheidung zwischen dem „neutralen“ Anlageberater ieS und dem am Erfolg der Emission interessierten Anlagevermittler ieS; vgl aus der Praxis BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 [1279]; vgl ferner zur „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung iwS“ *Brawenz*, Prospekthaftung 46, 48, 203 ff; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.246). Vgl zur Haftung dieser Mittelsmänner auch § 11 Abs 1 Z 3 Satz 3 KMG, wonach die Haftung des Händlers oder Vermittlers nur gegenüber jenem Anleger besteht, dessen Vertragserklärung entgegengenommen oder dessen Erwerb von Wertpapieren oder Veranlagungen vermittelt wurde. Demnach ist eine Haftung des Händlers oder Vermittlers nach § 11 Abs 1 Z 3 KMG gegenüber solchen Anlegern ausgeschlossen, die etwa bei einem bzw über einen anderen Händler oder Vermittler ihr Wertpapier oder ihre Veranlagung erworben haben. In der Tat wäre es seltsam, würde das Gesetz die Haftung dieser Mittelsmänner auch auf jene Anleger ausdehnen, die mit ihnen gar nicht in Kontakt treten (vgl *Welser*, *ecolex* 1992, 306). Zum Sorgfaltsmaßstab dieser Finanzintermediäre s ErläutRV KMG 21: keine zweite Prospektkontrolle (idS auch schon *Köndgen*, AG 1983, 127), aber Pflicht, den Prospekt „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Wertpapierhändlers auf Richtigkeit und Vollständigkeit durchzusehen“ (vgl auch *Kalss*, Anlegerinteressen 176 FN 99; *dies/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 46: „Plausibilitätskontrolle“; *Welser*, *ecolex* 1992, 306; *Lorenz* in *Zib/Russ/Lorenz*, KMG [2008] § 11 Rz 20; *Nowak*, KMG [1992] 121; vgl auch schon *Brawenz*, Prospekthaftung 206 f).

⁷⁷² Vgl dazu *Gruber*, wbl 1992, 48 FN 134; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 69.

⁷⁷³ Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 645; einschr (auf Händler und Vermittler) *Welser*, *ecolex* 1992, 309 (vgl dazu auch OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 [254] [Diregger]: Vertragsverhältnis; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/80 FN 250: rechtsgeschäftlicher Kontakt); s zum Anlageberater und Anlagevermittler auch *Graf*, *ecolex* 2014, 417; *Köndgen*, AG 1983, 122 ff; aA *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 13, dessen Auslegung des § 11 Abs 8 Fall 2 KMG freilich zu einer Sinnlosigkeit dieser Regelung führt, was er selbst eingesteht („Placebo“). Daneben kommen vertragliche Ansprüche gegen Emissionsbegleiter (Emissionsbanken; s zur

(insb auch aus Rechtsmängelgewährleistung⁷⁷⁴ gem §§ 922 f, 932 ABGB). Gleiches gilt aber auch für Abschlussprüfer und Prospektkontrolloren, die mit dem geschädigten Anleger ausnahmsweise durch einen (insb Auskunfts-)Vertrag verbunden sind.⁷⁷⁵ In Bezug auf Emittenten sowie „Finanzintermediäre“⁷⁷⁶ iSd § 11 Abs 1 Z 3 KMG⁷⁷⁷ regelt das KMG die Ersatzpflicht dann abschließend, wenn sie nicht selbst in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit den Anlegern treten⁷⁷⁸. Das gilt für Emittenten etwa im Hinblick auf eine Haftung gegenüber Anlegern, die die schadensträchtige Veranlagung am Sekundärmarkt⁷⁷⁹ erwerben;⁷⁸⁰ und es trifft vor allem auf solche Händler oder Vermittler zu, die im fremden Namen die Vertragserklärung des Anlegers entgegennehmen (§ 11 Abs 1 Z 3 Fall 2 KMG),⁷⁸¹ also als bloßer Gehilfe ihres Auftraggebers (zB des Emittenten) tätig werden,⁷⁸² ohne dass aufgrund spezieller Fallumstände die Grundsätze über die Eigenhaftung des Gehilfen⁷⁸³ zur Anwendung gelangen. § 11 KMG steht aufgrund seiner bloß relativen Sperrwirkung⁷⁸⁴ auch einer solch strengeren Verantwortlichkeit der Gehilfen in Einzelfällen nicht entgegen.

Parallel neben § 11 KMG besteht eine deliktische Verantwortlichkeit sämtlicher der darin genannten haftpflichtigen Personen.⁷⁸⁵ Eine Haftung gem § 11 KMG iVm § 1311 ABGB kommt dabei richtigerweise aber nicht in Frage, weil § 11 KMG eine sondergesetzliche und „in sich abgeschlossene“ Haftungsnorm darstellt; ihre Interessenabwägung darf nicht durch die Interpretation der KMG-Normen als Schutzgesetze unterlaufen werden.⁷⁸⁶

Fremdmission etwa *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 460; vgl dazu auch den Fall OGH 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 [529] [Riss], wo der OGH die Schadenersatzpflicht nach ABGB bejahte) und Dritte (vgl *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 58; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 76, § 47 BörsG, Rz 2), insb Treuhänder (*Brawenz*, Prospekthaftung 188 f) in Betracht.

⁷⁷⁴ Vgl für Deutschland *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 47 BörsG, Rz 3; zur Gewährleistung beim Wertpapierkauf s auch *Kalss*, Anlegerinteressen 336.

⁷⁷⁵ Vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 547, 553; zu pauschal daher *Welser*, *ecolex* 1992, 309.

⁷⁷⁶ *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 33.

⁷⁷⁷ Darunter können auch Anlage-, Steuerberater oder Banken fallen, *Welser*, *ecolex* 1992, 309.

⁷⁷⁸ Vgl dazu *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/94.

⁷⁷⁹ § 11 KMG erfasst solche Erwerbe, weil er „jedem Anleger“ einen Ersatzanspruch zubilligt, *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/74; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 51; *Lorenz* in *Zib/Russ/Lorenz*, KMG (2008) § 11 Rz 8; *Graf*, GES 2011, 215 unter zutr Verweis auf § 11 Abs 6 Satz 2 KMG (unentgeltlicher Erwerb); aA *Gruber/Zahradnik*, RdW 2010, 621.

⁷⁸⁰ Vgl bereits Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23, 25; *Brawenz*, ÖBA 1992, 423: „Kernbereich der c. i. c.“ verlassen; *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 11; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 25; s dazu den Fall OGH 3 Ob 75/06 k RdW 2007, 22.

⁷⁸¹ Vgl § 7 RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 6, der eindeutig zwischen dem Haftpflichtigen differenziert, der im eigenen Namen Anteile verkauft (Abs 1, 2 *leg cit*: Haftung bereits bei grober Fahrlässigkeit) und jenem, der im fremden Namen handelt (Abs 3 *leg cit*: Haftung erst bei Kenntnis; dazu *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² [2010] § 13 VerkProspG, Rz 7; so bereits § 12 Abs 4 AuslInvG 1969, § 17b Abs 4 KAGG 1969 [s dazu *Köndgen*, AG 1983, 127 mit FN 236]); vgl ferner § 127 Abs 1-3 dInvG einerseits und Abs 4 *leg cit* andererseits; diff auch *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 13; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 33.

⁷⁸² Vgl auch die auf grobes Verschulden beschränkte Haftung des § 82a Abs 1 Z 2 BörsG idF MinEntw GesRÄG 2005 für Organmitglieder, die Informationspflichten gegenüber dem Anlegerpublikum verletzen.

⁷⁸³ S dazu den Vorschlag bei und in FN 2177 mwN. Vgl zur Eigenhaftung des Vertreters iSd § 11 KMG außerdem *Brawenz*, ÖBA 1992, 428, 430; ferner (zur Abschlussprüferhaftung) *U. Torggler*, wbl 2001, 550 f; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 53; vgl allg zur Eigenhaftung des Vertreters zB *Brawenz*, Prospekthaftung 97 ff.

⁷⁸⁴ Vgl oben bei FN 765.

⁷⁸⁵ S oben bei FN 661.

⁷⁸⁶ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 376 FN 125a; *Iro/Riss*, RdW 2012, 452 f.

2) Das hier vertretene Verständnis des § 11 KMG macht mE Abs 8 dieser Norm keinesfalls sinnlos,⁷⁸⁷ wonach „Schadenersatzansprüche aus der Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften oder aus der Verletzung von Verträgen“ von § 11 KMG „unberührt“ „bleiben“. Erfolglos wird mit diesem Einwand versucht, das stärkste Argument gegen die hM⁷⁸⁸ für diese geltend zu machen oder dieses zumindest zu relativieren. Bezüglich § 11 Abs 8 KMG Fall 2 (Wahrung rein vertraglicher Ansprüche) ist zu sagen, dass die Norm bei richtiger Auslegung große praktische Bedeutung hat, worauf bereits⁷⁸⁹ eingegangen wurde. Danach kann etwa den Emittenten oder einen Anlageberater eine über § 11 KMG hinausgehende Haftung treffen.

Aber auch eine „partielle“ Sinnlosigkeit des § 11 Abs 8 KMG hinsichtlich seines ersten Falls (Wahrung von Schadenersatzansprüchen aus der Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften) liegt nicht vor, wenn man die Bestimmung so versteht, dass sie bloß deliktische Ansprüche (nicht aber solche nach der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“) unberührt lässt.⁷⁹⁰ Es wäre doch wenig verständlich, wenn dem vorsätzlich handelnden Täter sämtliche Haftungsschranken des § 11 KMG zugutekommen würden.⁷⁹¹ Aus systematischer Sicht wäre dies inkonsequent (vgl insb⁷⁹² § 275 Abs 2 UGB, § 11 Abs 6 KMG).⁷⁹³ Auch können jedenfalls mithilfe der deliktischen Haftung Mittäter und Gehilfen (vgl § 1301 ABGB) uU zum Ersatz herangezogen werden.⁷⁹⁴

Wenn dagegen vorgebracht wird, dass eine deliktische Verantwortlichkeit schwer zu beweisen sei,⁷⁹⁵ muss dem zwar zugestimmt werden.⁷⁹⁶ Deswegen verliert aber doch nicht die Norm des § 11 Abs 8 Fall 1 KMG ihren Sinn.⁷⁹⁷ Ansonsten müsste man auch die Sinnhaftigkeit der § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB in Frage stellen. Und dann wären auch § 20 Abs 6, § 21 Abs 5, § 22 Abs 6 VermAnlG, § 25 Abs 2 WpPG, § 37b Abs 4,

⁷⁸⁷ Rüffler, JBl 2011, 88; aA Koziol, ÖBA 1992, 892; offenbar auch Gruber, wbl 1992, 48 FN 131.

⁷⁸⁸ Oben in FN 408.

⁷⁸⁹ Oben bei FN 769, 771.

⁷⁹⁰ AA offenbar Koziol, ÖBA 1992, 891 f; vgl auch Wilhelm, eclex 1992, 12 f.

⁷⁹¹ Vgl Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18; s dazu oben nach FN 642.

⁷⁹² Vgl auch noch alle anderen Normen, die auf § 275 Abs 2 UGB verweisen, insb § 14 Z 6 KMG. Dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.αα. Ausgangsbasis“.

⁷⁹³ Der OGH meint (iE ähnl wie hier), dass eine derartige Privilegierung des vorsätzlich handelnden Schädigers den natürlichen Rechtsgrundsätzen (§ 7 Satz 2 ABGB) widerspräche (OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 [608]; gegen die Heranziehung von „metarechtlichen Kategorien“ überzeugend die allg Ausführungen von Rüffler, JRP 2002, 66; vgl zur Problematik der Privilegierung des vorsätzlich handelnden Schädigers auch Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 963 [mit verfassungsrechtlichen Erwägungen {Gleichheitssatz}]).

⁷⁹⁴ Vgl Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw Wp-VerkProspG 1990, BT-Drucksache 11/6340, 18; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2290; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 80.

⁷⁹⁵ Koziol, ÖBA 1992, 892; s zur Beweisproblematik Wilhelm, eclex 1992, 13; OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 86; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 57, § 1300 Rz 13; Lorenz in FS Larenz (1973) 575; s ferner bereits die Erwägungen v. Zeillers in Beratungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 44; Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 2.

⁷⁹⁶ Vgl oben in FN 436.

⁷⁹⁷ Rüffler, JBl 2011, 88; vgl etwa zur listigen Irreführung OGH 3 Ob 75/06 k RdW 2007, 22 (22 f).

§ 37c Abs 4 WpHG allesamt in Bezug auf die Wahrung deliktischer Ansprüche zwecklos.⁷⁹⁸

Nach Vertretern der hM sei das hier vorgeschlagene Verständnis des § 11 Abs 8 KMG auch deswegen abzulehnen, weil demzufolge nicht in § 11 KMG genannte „Prospektverantwortliche“ (erwähnt werden bloße Prospektverfasser, Konsortialbanken oder Garantiegeber) gar nicht für *culpa in contrahendo* in Zusammenhang mit Prospektveröffentlichungen haften müssten.⁷⁹⁹ Dem ist mE nicht zuzustimmen. Die Verdrängung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ tritt mE nur in Bezug auf solche Personen ein, die in § 11 KMG aufgezählt sind; denn diese Norm bezweckt keinesfalls eine (zufällige) Haftungsfreizeichnung für all jene, die die Bestimmung nicht adressiert (wie etwa Gründer und „Initiatoren“⁸⁰⁰, Organmitglieder⁸⁰¹, [andere] Prospektherausgeber⁸⁰², Sachverständige⁸⁰³, Emissionsbanken⁸⁰⁴ sowie sonstige sog „Garanten“)⁸⁰⁵ und an die bei Gesetzwerdung vielleicht gar nicht gedacht wurde.⁸⁰⁶

⁷⁹⁸ Ganz im Gegenteil zeigt die deutsche Rsp, dass der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung im Bereich der Kapitalmarktinformationshaftung durchaus eine (wenn auch uU zu weitgehende [unten bei FN 1638, 2823]) praktische Bedeutung zukommt, s BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 *Infomatec*; II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 *Infomatec I*; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 *Infomatec II*; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 *EM.TV*; II ZR 80/04 NZG 2007, 345 *Comroad I*; II ZR 246/04 NZG 2007, 346 *Comroad II*; II ZR 153/05 NZG 2007, 269 *Comroad III*; II ZR 147/05 NZG 2007, 708 *Comroad IV*; II ZR 173/05 NZG 2007, 711 *Comroad V*; II ZR 229/05 NZG 2008, 382 *Comroad VI*; II ZR 68/06 NZG 2008, 385 *Comroad VII*; II ZR 310/06 NZG 2008, 386 *Comroad VIII*; III ZR 139/12 NJW 2013, 1877 (1878); *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 47 BörsG (14) Rz 2; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 58; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 80; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.248; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 119 mit FN 5; s dazu (aus österreichischer Sicht) *Graf*, GES 2011, 217.

⁷⁹⁹ Vgl *Koziol*, ÖBA 1992, 895; *dens* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/88.

⁸⁰⁰ OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60); 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12 (13), wobei präzisierend angeführt wird, dass diese haftenden Personen das Management bilden und beherrschen bzw dass der Prospekt mit ihrem Wissen und Willen in Verkehr gebracht wird (ähnlich zB BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 [1277]; III ZR 424/04 WM 2006, 423 [425]). In der letztgenannten Entscheidung des OGH werden auch „Gestalter“ als Haftpflichtige qualifiziert (ebenso zB BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 [425]) und die Tatsache, dass man bei Gründung der KG nicht Komplementär war, für die allfällige Verantwortung für unbeachtlich erklärt. Vgl auch OGH 11.09.1997, 6 Ob 2100/96 h; *C. Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 306 f; *F. Bydliński*, JBl 1992, 346: an einem emittierenden „Unternehmen Interessierte“. Zur Haftung der Gründer und Initiatoren vgl auch oben in FN 565. Problematisch erscheint deren Prospekthaftung (als Vertrauenshaftung) dann, wenn sie nicht im Prospekt in Erscheinung treten. Die Haftung auch in solchen Fällen könnte sich damit erklären lassen, dass sie sich als bzw wie die sog „Hintermänner“ (s folgende FN) an der *culpa in contrahendo* anderer, im Prospekt aufscheinender Personen durch Tatherrschaft beteiligen (s *Canaris* in FS Giger [1989] 108 ff).

⁸⁰¹ Zu deren Haftung vgl die Ausführungen oben in FN 565; vgl auch zB BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 (1277): Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter; ferner BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1479 f): „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haften neben den Gründern, Initiatoren und Gestaltern der Gesellschaft – soweit sie das Management bilden oder beherrschen – als sogenannte Hintermänner ebenso alle Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen [...]. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie in dieser Einflussnahme nach außen in Erscheinung getreten sind oder nicht [...]. Anknüpfungspunkt für die Haftung ist, da vertragliche oder persönliche vorvertragliche Beziehungen zur Anbahnung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Anleger und diesem Personenkreis nicht zustande kommen, dessen Einfluss auf die Gesellschaft bei der Initiierung des in Frage stehenden Projekts [...]. Als in diesem Sinn Verantwortliche kommen in erster Linie Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter in Betracht, weil diese die Geschicke der Initiatorengesellschaft bestimmen [...]. In der Rechtsprechung sind auch schon mit ähnlichem Einfluss versehene Personen, etwa ein Generalbevollmächtigter [...] und der Leiter einer für die Baubetreuung zuständigen „Planungsgemeinschaft“ [...], der Prospekthaftung unterworfen worden. Die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der wahrgenommenen Funktion ist nicht ausschlaggebend, sondern der „Leitungsgruppe“ [...] können alle Personen zugerechnet werden, denen ähnliche Schlüsselfunktionen zukommen.“

⁸⁰² OGH 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (415) (*Koziol*).

⁸⁰³ OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60 f): Steuerberater; vgl auch OGH 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12 (13); 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*).

⁸⁰⁴ OGH 4 Ob 353/98 k ÖJZ 1999, 557 (557 f) (EvBl 125). Zu deren Haftung vgl auch die Ausführungen oben in FN 564.

⁸⁰⁵ Vgl *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 51; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 8.

⁸⁰⁶ Ähnlich wie hier *C. Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 307; *Graf*, *ecolex* 2014, 416; insofern iE zutr auch *Kalss*, Anlegerinteressen 214, 226 FN 379; aA *Rüffler*, JBl 2011, 69, 89: aus § 11 KMG ergäbe sich (in seinem Anwendungsbereich) eine Haftungsfreistellung für Organmitglieder; vgl für Deutschland *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 66. Die hiesige Argumentation trägt freilich nicht für Anbieter (s dazu § 1 Abs 1 Z 6 KMG), die nach § 11 Abs 2 KMG

Ein solches Verständnis steht zumindest auch nicht in Widerspruch mit den Materialien zum KMG, die im Einklang mit der unmittelbaren Vorgängerbestimmung (§ 80 Abs 1 Z 1 BörseG 1989) davon sprechen, dass eine Schadloshaltung der Anleger gegenüber Personen möglich sein soll, „die für den Prospekt Verantwortung tragen“⁸⁰⁷ (vgl auch § 21 Abs 1 Z 1 WpPG). ME kann man § 11 KMG im Hinblick auf das „Ob“ der Haftung sonstiger Prospektverantwortlicher⁸⁰⁸ nur entnehmen, dass diese nicht ohne weiteres bei jeder Prospektveröffentlichung für fahrlässiges Handeln ersatzpflichtig werden sollen, sich der Gesetzgeber aber bezüglich der genauen Haftungsvoraussetzungen nicht festlegen wollte.⁸⁰⁹ § 11 KMG entfaltet auch⁸¹⁰ insofern – wie mE ebenso § 275 UGB⁸¹¹ – bloß eine relative Sperrwirkung.

Ein weiterer Einwand der hM richtet sich gegen eine angeblich weitere Konsequenz der hier vertretenen Ansicht. Es sei widersprüchlich, wenn allen von § 11 KMG erfassten haftpflichtigen Personen die Haftungseinschränkungen des § 11 KMG zugutekommen

nur unter bestimmten Voraussetzungen haften sollen. Insofern ist deren außervertragliche Haftung für fahrlässiges Fehlverhalten nach KMG als abschließend zu verstehen. Diese Konsequenz mag zunächst unbefriedigend erscheinen (*Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/88); die Bedenken relativieren sich allerdings dadurch, dass § 11 Abs 8 KMG weitergehende vertragliche Ansprüche des Anlegers unberührt lässt, die gegen den Anbieter bestehen können.

⁸⁰⁷ ErläutRV KMG 20. Umgekehrt findet sich in den Materialien kein Hinweis darauf, dass die Haftung von Emissionsbanken, die nicht ausdr in § 11 KMG geregelt ist (vgl bloß § 11 Abs 1 Z 3 KMG), die aber eindeutig im BörseG 1989 normiert war (s ErläutRV BörseG 1989, 44), aufgehoben werden sollte. Auch das spricht für eine (weiterhin) mögliche Verantwortlichkeit von Emissionsbanken nach vertraglichen Grundsätzen (insofern zutr *Gruber*, RdW 2007, 197; vgl dazu OGH 4 Ob 155/14 v ÖBA 2015, 376).

⁸⁰⁸ Ratingagenturen kommen hierfür regelmäßig nicht in Betracht (*Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15 f; *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Deipenbrock*, BB 2003, 1854; *Lemke in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 731; *Habersack*, ZHR 169 [2005] 206; *Thiele*, Rating 104 ff; *Reidenbach*, Ratingagenturen 367; *Meyer*, Rechtsfragen 102; *Blaurock*, ZGR 2007, 636; *Eisen*, Haftung 360 f; *Haar*, NZG 2010, 1282; *Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 81; *Schroeter*, Ratings 886 f; ausf *Mühl*, Haftung, Rz 270 ff; *Schuler*, Verantwortlichkeit 258 ff; vgl aber für die USA oben in FN 474; zur alten US-amerikanischen Rechtslage etwa *Reidenbach*, Ratingagenturen 364; aA für die Schweiz *Emmenegger in Wiegand*, Basel II 96 f; *Vasella*, Haftung 362 ff), weil sie in die Prospekterstellung und -veröffentlichung schon aufgrund ihres Neutralitätsanspruchs gar nicht näher eingebunden sind, insb unterschreiben sie den Prospekt nicht (*Eisen*, Haftung 360; *Haar*, NZG 2010, 1282; *Mühl*, Haftung, Rz 274; s aber *Vasella*, Haftung 365 f) oder wirken sonst bei seiner Gestaltung mit (s zu dieser Voraussetzung *Rüffler*, JBl 2011, 87; *Thiele*, Rating 105; vgl aber zur problematischen Rolle bei der Strukturierung von Verbriefungen in der Vergangenheit *Schroeter*, Ratings 890 f). Ratingagenturen haben auch kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse am Erfolg der Emission (*Thiele*, Rating 105; *Eisen*, Haftung 360 f; *Meyer*, Rechtsfragen 102; *Schuler*, Verantwortlichkeit 259), weil ihre Entlohnung davon unabhängig ist (*Mühl*, Haftung, Rz 274). Selbiges gilt iE auch, wenn sie die Aufnahme des Ratings in den Prospekt billigen (*Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Lemke in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 731; *Schuler*, Verantwortlichkeit 259; *Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 81). Zu betonen ist ferner, dass das „Rating“ für sich mangels umfassender Anlegerinformation nicht als Prospekt verstanden werden kann (*Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16; *Thiele*, Rating 106 f; *Reidenbach*, Ratingagenturen 367; *Mühl*, Haftung, Rz 276 f; vgl BGH II ZR 218/03 NZG 2004, 816 [817] *Infomatec I* [zur Ad-hoc-Mitteilung]; vgl aber für die Schweiz *Vasella*, Haftung 362 ff).

⁸⁰⁹ Vgl *Kalss*, Anlegerinteressen 226: Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der KMG-Gesetzgeber auf die Prospekthaftung von Personen, die nicht in § 11 KMG aufgelistet sind, verlassen wollte. Ähnl wie hier wird in Deutschland die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ von Wertpapier- bzw Vermögensanlagenvermittler (die in den einschlägigen gesetzlichen Prospekthaftungstatbeständen nicht genannt werden) trotz des unzweifelhaft (teil-)abschließenden Charakters der sondergesetzlichen Prospekthaftung (oben bei FN 648 mwN) für möglich gehalten, s Begr RegEntw AnSVG, BT-Drucksache 15/3174, 44; *Heidelbach in Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 37, 41. Eine andere Frage ist, welche Voraussetzungen für eine solch allgemeine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der von § 11 KMG nicht erfassten Personen vorliegen müssen. Vgl dazu die Frage, unter welchen Voraussetzungen Inhaber oder Organmitglieder gem § 21 Abs 1 Z 1 WpPG haften, oben in FN 565.

⁸¹⁰ Vgl oben bei FN 764.

⁸¹¹ S unten bei FN 980. Die Sperrwirkung kann mE wie folgt präzisiert werden: Es entspricht dem in § 275 UGB und § 11 KMG augenscheinlich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, dass der Abschlussprüfer Dritten gegenüber *typischerweise* nicht haften soll und dass andere als die in § 11 KMG genannten Personen *in aller Regel* nicht für den Prospekt „quasi-vertraglich“ verantwortlich sein sollen. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten oder eine „quasi-vertragliche“ Prospektverantwortlichkeit anderer als der in § 11 KMG genannten Personen *unter allen Umständen*, dh auch wenn besondere Tatbestandsmerkmale dazu treten, ausscheiden müsste (keine absolute Sperrwirkung). Denn § 275 UGB und § 11 KMG treffen insoweit keine Regelung und ihnen kann daher keine diesbezügliche Wertung entnommen werden.

würden, nicht aber einem sonstigen Prospektverantwortlichen.⁸¹² Denn auf diese Weise würde diesen eine strengere Ersatzpflicht treffen.⁸¹³ Dieser Widerspruch lässt sich mE leicht vermeiden. Wenn und soweit sonstige Haftungskonstellationen zu beurteilen sind, die mit jenen des § 11 KMG vom Normzweck her betrachtet ähnlich iSd § 7 ABGB sind,⁸¹⁴ müssen die Schranken des § 11 KMG analog auf solche Haftungsfälle angewandt werden.⁸¹⁵ So würde mE zB ein externer Sachverständiger, der zusätzlich zur förmlichen Prüfung des Prospektkontrollors iSd § 8 KMG Teile des Prospekts inhaltlich auch auf ihre Richtigkeit begutachtet und unterzeichnet,⁸¹⁶ analog § 11 Abs 1 Z 2a KMG bloß für grobe Fahrlässigkeit haften.⁸¹⁷

Der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ bleibt mE insb insoweit Raum, als entgegen § 2 KMG kein Prospekt veröffentlicht wurde⁸¹⁸ oder es um die Haftung für Nachrichten geht, die mit einem Prospekt vergleichbar sind oder diesen ergänzen⁸¹⁹, gleichwohl nicht als Prospekt iSd KMG qualifiziert werden können.⁸²⁰ Soweit eine solche Verantwortlichkeit zur Diskussion steht, ist mE auch hier eine Anlehnung an die Wertungen des § 11 KMG und insb an dessen Haftungseinschränkungen geboten.⁸²¹

Nicht übersehen wird, dass die hier vertretene Ansicht verschiedene Haftungsfälle, die alle unter die Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* iwS fallen, differenziert behandelt:⁸²² So ist etwa eine unbeschränkte Haftung wegen *culpa in contrahendo* denkbar, wenn der mit dem

⁸¹² Vgl. Koziol, ÖBA 1992, 896; dens in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/88; Brawenz, ÖBA 1992, 434, 428 FN 69.

⁸¹³ Vgl. Koziol, ÖBA 1992, 896; dens in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/88; Brawenz, ÖBA 1992, 434, 428 FN 69.

⁸¹⁴ S zur Analogie allg noch ausf unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa. Gesamtanalogie insb zu § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 275 UGB“.

⁸¹⁵ Vgl. auch Kersting, Dritthaftung 535, der iE die analoge Anwendung des spezialgesetzlichen Verschuldensmaßstabs sowie der sondergesetzlichen Verjährung auf die (bürgerlich-rechtliche) Prospekthaftung von Experten bejaht, die nicht von der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfasst seien. Wie erwähnt weisen die Materialien (ErläutRV KMG 20) selbst in diese Richtung, wenn sie davon sprechen, dass § 11 KMG Schadenersatzansprüche der Anleger gegen Personen ermöglichen soll, „die für den Prospekt Verantwortung tragen“.

⁸¹⁶ Vgl. Koziol, ÖBA 1992, 895; BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710 (711 ff) (wo der BGH in einem solchen Fall eine Dritthaftung bejaht).

⁸¹⁷ Für solche Fälle ließe sich mE die Haftung (dem Grunde nach) auch aus § 1300 Satz 1 ABGB ableiten (dazu ausf unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“).

⁸¹⁸ Kalss, Anlegerinteressen 203; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 831; vgl. demgegenüber § 22 WpPG. Denkbar wäre (ausnahmsweise [s oben bei FN 786]) wohl auch eine Haftung gem § 2 KMG iVm § 1311 ABGB (so Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/71 FN 210 mwN; vgl. für Deutschland Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 46 FN 240). Zum Rücktrittsrecht des Verbrauchers in diesem Zusammenhang s § 5 Abs 1 KMG.

⁸¹⁹ Vgl. BGH III ZR 103/10 NJW 2012, 758 (760).

⁸²⁰ IdS Graf, ecolex 2014, 416; für die deutsche Rechtslage Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 73; vgl. auch Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 18, 79; Heidelberg ebd § 13 VerkProspG, Rz 37; vgl. zum Verhältnis „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ und Prospekthaftung gem § 80 BörseG 1989: Nowak, Prospekthaftung 29.

⁸²¹ IdS für die deutsche Rechtslage auch Mülbert/Steup, WM 2005, 1648 ff; Schwark in FS Hadding (2004) 1129; Zimmer/Cloppenburg, ZHR 171 (2007) 536; dazu tendierend auch Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 73; (wohl zumindest) für die Verjährung Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 46 BörsG, Rz 2.

⁸²² So der Vorwurf von Koziol, ÖBA 1992, 890. Indes ebenso zwischen „allgemeiner zivilrechtlicher Prospekthaftung“ und „individuellen vorvertraglichen Verhältnis[sen]“ (zB Falschberatung) diff Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 47 BörsG (14) Rz 2, 4; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 77 ff, § 47 BörsG, Rz 3 f; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 120: Haftung aus Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens bleibe unberührt; Renner, ÖBA 2001, 590 f; s auch schon Brawenz, Prospekthaftung 48 f, 163 ff, 211, der insofern differenziert, als er gewisse Prospekthaftungskonstellationen nach „klassischem“ (auch Vor-)Vertragsrecht lösen möchte, für andere Haftungsfälle jedoch einen eigenen Begründungsansatz entwickelt; zust. etwa Nowak, Prospekthaftung 25; vgl. schließlich die Differenzierung selbst bei Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/93, Rz 1/95 ff.

Anleger in rechtsgeschäftlichen Kontakt tretende Vermittler seine vorvertraglichen Pflichten verletzt;⁸²³ nicht aber, wenn der Prospektkontrollor seine Sorgfaltspflichten verletzt (ohne dass besondere Umstände⁸²⁴ hinzutreten).

Diese Differenzierung ist aber in der Rechtsentwicklung und -ordnung⁸²⁵ mE durchaus angelegt.⁸²⁶ Zum einen liegt sie den deutschen Vorläuferbestimmungen des § 11 KMG zugrunde, die nur rein vertragliche Ansprüche unberührt und damit nur insoweit (wohl auch für den „klassisch“ vorvertraglichen Bereich) eine weitergehende Verantwortlichkeit eintreten ließen.⁸²⁷ Zum anderen beruht das Institut der Prospekthaftung in seiner Gesamtheit nach hM auf einer Weiterentwicklung der Haftung aus vorvertraglichem Kontakt⁸²⁸.⁸²⁹ Sie nimmt nämlich nicht nur den unmittelbaren Vertragspartner des Anlegers (vgl § 11 Abs 1 Z 1⁸³⁰, Z 3 Fall 1 und Fall 3 KMG) in die Pflicht,⁸³¹ sondern erfasst auch sonstige, „vertragsexterne“⁸³² Personen, die bloß auf die Zeichnungsverträge der (vielezähligen) Anleger Einfluss nehmen (vgl § 11 Abs 1 Z 2, Z 2a, Z 2b, Z 3 Fall 2, Z 4 KMG).⁸³³ Dementsprechend ordnen die Materialien zum KMG die Haftung gem § 11

⁸²³ Vgl bereits Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25.

⁸²⁴ Insb bei persönlich-individuellem Kontakt (s oben bei FN 763) bzw Vertragsabschluss (s oben bei FN 775).

⁸²⁵ Vgl Begr RegEntw SchuldRMdG, BT-Drucksache 14/6040, 125, wonach § 311 BGB (der einerseits die „klassischen Fälle“ der culpa in contrahendo regelt [s Abs 2 leg cit, insb dessen Z 1 und 2] und andererseits auch solche Sachverhalte erfasst, in denen Dritte wegen „Einmischens“ in fremden Vertrag für culpa in contrahendo haften [Abs 3 leg cit]) die Haftung aus culpa in contrahendo ausdifferenziert. S dazu unten bei FN 833.

⁸²⁶ Vgl Brawenz, ÖBA 1992, 433; vgl auch Iro/Riss, RdW 2012, 449, die die Haftung des Prospektkontrollors überhaupt nicht mit der „Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten“ erklären wollen; aA Koziol, ÖBA 1992, 890, der aber selbst vom „Kernbereich der culpa in contrahendo“ spricht (S 886).

⁸²⁷ Vgl § 48 Abs 2 dBörsenG 1908; § 13 Wp-VerkProspG 1990; ausdr diff Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 81.

⁸²⁸ § 11 KMG, namentlich dessen Abs 1 Satz 1 („im Vertrauen“) kann mE daher als Stütze jener Ansichten (grundlegend Ballerstedt, AcP 151 [1950/1951] 501 ff) herangezogen werden, die den Vertrauensgedanken im Rahmen der Begründung von vorvertraglichen Pflichten als (zumindest mit-)maßgeblich erachten (zur Problematik s etwa Rüffler, JBl 2011, 81 f; Liebscher, Abschlußprüfer 43).

⁸²⁹ OGH 7 Ob 592/90 GesRZ 1992, 54 (55); 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12 (13); 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130); 7 Ob 2387/96 x SZ 70/99, 706 (714); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (Koziol) („Verschulden bei Vertragsabschluß“); RIS-Justiz RS0108218, insb OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02 v; 11.05.2010, 9 Ob 85/09 d JBl 2010, 713 (714) (P. Bydlinski); 6 Ob 190/12 b ecolex 2014, 130 (131); 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (529) (Riss); Brawenz, Prospekthaftung 168 f; ders, ÖBA 1992, 422; Nowak, Prospekthaftung 21 ff, 114, 123 (allerdings auch mit einer mE nicht nachvollziehbaren Vermengung mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter); Koziol, ÖBA 1992, 889; ders in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; Kalss, ÖBA 2000, 651, 653; dies, Anlegerinteressen 211 FN 296; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformatihaftung 830; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 26; G. H. Roth, Wertpapierrecht², 162; U. Torggler, wbl 2001, 552; Gruber, RdW 2007, 195; ders/Zahradnik, RdW 2010, 620; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 47 Rz 49; Rüffler, JBl 2011, 87 f; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 40 Rz 31; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 40 Rz 23; für Deutschland Canaris in FS Larenz II (1983) 93; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15; Mühl, Haftung, Rz 275; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB³ (2010) § 323 Rz 65; vgl auch Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 96 f; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.190; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformati² § 29 Rz 2; Groß, Kapitalmarktrecht⁵ (2012) § 21 WpPG, Rz 9; vgl aber auch Koziol, JBl 1994, 218: das „Anklammern an die culpa in contrahendo“ sei weder nötig noch überzeugend; dens, JBl 2004, 274: Prospekthaftung sei dem deliktischen Bereich näher als der cic; dens, ÖBA 2005, 415; für eine deliktische Anknüpfung aus deutscher Sicht zB Hopt, WM 2013, 104; vgl dazu den schweizerischen Meinungsstand bei Vasella, Haftung 360 f, der sich aber für eine Qualifikation als Vertrauenshaftung ausspricht; aA für die Schweiz (deliktsrechtliche Einordnung) Emmenegger in Wiegand, Basel II 95 mit FN 188; vgl zu der „Hypertrophie an Konstruktionen“ auch schon Köndgen, AG 1983, 87.

⁸³⁰ Was den Erwerb am Sekundärmarkt betrifft, ist freilich auch hinsichtlich der Haftung des Emittenten der „ursprüngliche Einsatzbereich“ der culpa in contrahendo jedenfalls verlassen, weil hier der Emittent (auch bei Eigenemission) nicht Vertragspartner des Anlegers ist (vgl oben bei FN 576).

⁸³¹ Koziol, JBl 1994, 211, 218; ders in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/95; vgl ErläutRV ÜbG 34 (zum Verhältnis des Bieters zu den Beteiligungsinhabern der Zielgesellschaft).

⁸³² Picker in FS Medicus (1999) 414, 419; Kalss, ÖBA 2000, 648; dies, ÖBA 2002, 195.

⁸³³ Vgl Welser, ecolex 1992, 303 („in einem weiteren Sinn am rechtsgeschäftlichen Verkehr“ beteiligt bzw „Mitwirkung am Geschäftsverkehr“); Brawenz, ÖBA 1992, 422, 425; Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 4; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15; Canaris, JZ 1995, 445; vgl insb auch § 311 Abs 3 BGB; Begr RegEntw SchuldRMdG, BT-Drucksache 14/6040, 163. Insofern ließe

KMG als eine „Art der Haftung für culpa in contrahendo“⁸³⁴ ein.⁸³⁵ Es liegt mE nicht fern, dass der Gesetzgeber im Sinne der Vermeidung eines eklatanten Systembruchs den seit je her anerkannten Kern⁸³⁶ der Haftung aus *culpa in contrahendo* (vgl §§ 866, 874, 878, 932 ABGB idF JGS 1811/946⁸³⁷; I 5 §§ 284 ff ALR) umfassend gewährt, eine moderne Fortentwicklung desselben jedoch bloß zum Teil (dh innerhalb der Schranken des § 11 KMG) anerkannt und den Rest (mit guten Gründen⁸³⁸) verdrängt wissen wollte.⁸³⁹

f. Die Annäherung des OGH

Wichtig für die Praxis ist, dass sich der OGH in einer neueren Entscheidung⁸⁴⁰ der hier vertretenen Position angenähert hat. Zunächst hatte die Vorinstanz⁸⁴¹ im Wesentlichen die hier unterstützte Ansicht zum Konkurrenzverhältnis vertreten. Das Höchstgericht sprach sodann aus, dass die betragliche Haftungsbegrenzung des § 11 Abs 6 KMG sowie die Präklusivfrist des § 11 Abs 7 KMG⁸⁴² analog auf eine neben § 11 KMG bestehende allgemeine zivilrechtliche Haftung aus *culpa in contrahendo* oder aus sonstigen Grundlagen angewendet werden müssten, sofern eine solche Verantwortlichkeit überhaupt anzuerkennen sei (!).⁸⁴³ Eine ähnliche Entwicklung findet man bei der Rsp zur Abschlussprüferhaftung, in deren Rahmen der OGH⁸⁴⁴ (mE freilich zu Unrecht⁸⁴⁵) die §§ 273 ff HGB aF als Schutzgesetze qualifiziert, auf diese deliktische Haftung aber die Verjährungsfrist des § 275 HGB aF offenbar anwenden möchte.⁸⁴⁶

Dann ist es aber kein allzu großer Schritt mehr, die übrigen Wertungen der sondergesetzlichen Haftungsnorm, *in concreto* des § 11 KMG, auf eine derartige

sich auch die Haftung des Prospektkontrollors der fortentwickelten *culpa in contrahendo* zuordnen (aA offenbar Iro/Riss, RdW 2012, 449 f; vgl auch Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 100).

⁸³⁴ Anm: Hervorhebung nicht im Original.

⁸³⁵ ErläutRV KMG 21; OGH 11.09.1997, 6 Ob 2100/96 h; Wilhelm, ecolex 1992, 11; Welser, ecolex 1992, 301 f; Gruber, wbl 1992, 47; Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 4; Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 2; Enzinger in FS Straube (2009) 23; vgl Reischauer in Rummel, ABGB³ (2000) Vor §§ 918 ff–933 Rz 15c; OGH 10 Ob 9/12 i ÖBA 2012, 776 (777).

⁸³⁶ Selbst Koziol (in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73) spricht vom „Kernbereich der culpa in contrahendo“.

⁸³⁷ Zur Ableitung der *culpa in contrahendo* aus diesen Normen mittels Rechtsanalogie s etwa Welser, Haftung 48; F. Bydlinski, Methodenlehre², 479. Vgl demgegenüber § 311 Abs 2 Z 1, 2 BGB und dazu Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 161, 163.

⁸³⁸ Vgl die Ausführungen oben nach FN 71; aA Koziol, ÖBA 1992, 897 (mit verfassungsrechtlichen Bedenken); s dazu oben in FN 681.

⁸³⁹ Vgl Brawenz, ÖBA 1992, 426.

⁸⁴⁰ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (Oppitz).

⁸⁴¹ OLG Graz 4.5.2011, 4 R 8/11w-39.

⁸⁴² Zum Zeitpunkt der Entscheidung noch idF BGBI 1991/625 (5-Jahresfrist).

⁸⁴³ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (49 f) (Oppitz); zust Wenger, RWZ 2012, 294; bestätigend OGH 6 Ob 16/13 s ecolex 2014, 18 (19); s auch Graf, ecolex 2014, 415 f; vgl bereits BGH II ZR 114/81 NJW 1982, 1514 (1515); vgl zur Verjährung der Abschlussprüferhaftung RIS-Justiz RS0128186; s dazu noch unten bei und in FN 3652, 3656.

⁸⁴⁴ OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279 (287); bestätigend OGH 4 Ob 89/04 y ÖBA 2005, 285 (287); 1 Ob 144/03 p ÖJZ 2005, 391 (EvBl 89).

⁸⁴⁵ S dazu noch unten in FN 1088.

⁸⁴⁶ Vgl OGH 4 Ob 89/04 y ÖBA 2005, 285 (287); Iro/Riss, RdW 2012, 452 mit FN 59.

Ersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen zu übertragen.⁸⁴⁷ So hat denn auch der OGH in der zuerst erwähnten Entscheidung die analoge Anwendung der Verschuldensbeschränkung (§ 11 Abs 1 Z 2a KMG) zwar nicht dezidiert befürwortet, zeigt sich diesbezüglich aber zumindest nicht abgeneigt;⁸⁴⁸ dies auch zu Recht. Warum sollte hier ein „*pick and choose*“ dahingehend stattfinden, dass man eine bürgerlich-rechtliche Haftung bei jedem Verschulden eingreifen lässt, die Verjährung aber im Einklang mit der Präklusion nach KMG einschränkt?⁸⁴⁹ Dies darf man mE nicht damit beantworten, dass man nur die spezialgesetzliche Verjährungsnorm für „angemessen“, „sachgerecht“ etc befindet, weil diese Entscheidung nicht dem Rechtsanwender, sondern dem Gesetzgeber obliegt. Im Ergebnis müsste also auf diese Weise ein allgemeines zivilrechtliches Haftungsregime entstehen, das in der Praxis nichts mehr wert ist: Es kommt immer dann zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 11 KMG ohnehin erfüllt sind. Und es lässt umgekehrt den Anleger immer dann „im Stich“, wenn zumindest eines der Tatbestandselemente des § 11 KMG fehlt. Auf eine solche allgemein zivilrechtliche, jedoch bloße „Haftungshülse“ kann mE getrost verzichtet werden, indem man – wie hier – grundsätzlich eine Verdrängung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ befürwortet (oben S 97 ff).

Diesem Ergebnis hat sich der OGH in einer jüngeren Entscheidung zur Haftung des Prospektkontrollors noch deutlicher angenähert: Er spricht sich darin für einen „Vorrang“ des § 11 Abs 1 Z 2a KMG samt seiner Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden vor der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ aus.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ Widersprüchlich Gruber, der einerseits (wbl 1992, 48 FN 140; vgl auch dens, wbl 1992, 50 FN 151) meint, die Verneinung der analogen Anwendung der Verschuldensbeschränkung auf die Prospekthaftung nach ABGB führe dazu, dass § 11 „weitgehend obsolet“ würde, was man dem Gesetzgeber „grundsätzlich“ nicht unterstellen dürfe (dem ist ohne Einschränkung zuzustimmen), andererseits (wbl 1992, 48 FN 131) aber auch eine analoge Anwendung des § 11 Abs 6 KMG auf Prospekthaftungsansprüche nach allg zivilrechtlichen Grundsätzen erwägt, dies aber ablehnt und lediglich damit begründet, dass „durchaus auch andersartige Vertrauensschäden denkbar sind, deren Ausschluß nach ABGB nicht einzusehen wäre“. IÜ wäre dann, so Gruber weiter, § 11 Abs 8 KMG „weitgehend sinnentleert“. Erstem ist die Tatsache entgegenzuhalten, dass der KMG-Gesetzgeber nur bestimmte Schäden im bestimmten Ausmaß für ersatzfähig erklärt hat und der Rechtsanwender dies *de lege lata* hinzunehmen hat. Außerdem ist § 11 Abs 8 KMG, wenn man ihn so versteht, dass er die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ grunds verdrängt, keinesfalls „sinnentleert“, weil er diesfalls Schadenersatzansprüche aus Delikt und Vertrag unberührt lässt (s dazu oben unter „Teil 1.I.D.1.e. Rechtsfolgen und Gegeneinwände“).

⁸⁴⁸ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (49 f) (Oppitz); vgl Kersting, Dritthaftung 516.

⁸⁴⁹ So aber Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2299, der offenbar eine „Sachgerechtigkeit“ bloß der sondergesetzlichen Verjährungsfrist annimmt; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 45 BörsG (14) Rz 1, § 46 BörsG (14) Rz 1.

⁸⁵⁰ OGH 03.03.2015, 1 Ob 71/14 v.

2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?

a. Einleitung

Nach den Ausführungen zur Prospekthaftung (S 75 ff) ist die Richtung für die Beurteilung der Abschlussprüferverantwortlichkeit klar vorgegeben: § 11 Abs 1 Z 4 KMG⁸⁵¹ lässt den Abschlussprüfer gegenüber Anlegern nur unter der Voraussetzung haften, dass er einen Jahresabschluss mit einem Bestätigungsvermerk versieht, obwohl er weiß, dass die Prospektangaben unrichtig oder unvollständig sind und dass der von ihm bestätigte Jahresabschluss eine Unterlage für die Prospektkontrolle darstellt (doppelte Wissentlichkeit;⁸⁵² vgl § 1300 Satz 2 ABGB).⁸⁵³ Systematisch kann die Bestimmung dadurch erklärt werden, dass der KMG-Gesetzgeber den Abschlussprüfer als jemanden betrachtet, der eine „Vorarbeit“ zur Prospekterstellung leistet.⁸⁵⁴ Nimmt man – wie es hier vorgeschlagen wurde⁸⁵⁵ – die Wertungen des § 11 KMG ernst, wäre es in hohem Maße begründungsbedürftig, gerade § 11 Abs 1 Z 4 KMG davon auszunehmen und ungeachtet dieser Bestimmung eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten iSd ständigen OGH-Rsp⁸⁵⁶ zu vertreten.⁸⁵⁷

Die angebotene Argumentation, § 11 KMG regle „die Haftung des Abschlußprüfers für Angaben bzw das Fehlen gebotener Angaben im Prospekt [...], nicht aber seine Haftung aufgrund der von ihm durchgeführten Abschlußprüfung“, insb auch nicht eine Verantwortlichkeit „für seinen Bestätigungsvermerk“,⁸⁵⁸ kann diesen Widerspruch mE nicht hinreichend erklären. § 11 Abs 1 Z 4 KMG sanktioniert ja gerade das Erstellen des Bestätigungsvermerks, sohin den an sich drittrelevanten letzten *Prüfungsschritt*⁸⁵⁹ (vgl

⁸⁵¹ Mit dieser Bestimmung hat sich der (jüngere) kapitalmarktrechtliche Gesetzgeber (anders als bei der Prospekthaftung [vgl zu § 11 Abs 1 Z 1 KMG und § 52 AktG oben in FN 682]) zu den älteren gesellschaftsrechtlichen Wertungen (dazu im Detail unten „Teil 1.I.D.2.b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation“, „Teil 1.I.D.2.c. Mittelbarer Gläubigerschutz auch nach systematischer Interpretation“, „Teil 1.I.D.2.d. Zwecklosigkeit der Offenlegung ohne Dritthaftung? Teleologische Interpretation“) bekannt.

⁸⁵² OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (48) (Oppitz); Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 837; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 48; Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 38; Nowak, KMG (1992) 122.

⁸⁵³ Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 19, 23 FN 85; Schmaranzer, Zak 2013, 153 f; vgl auch J. Zehetner, ÖZW 2013, 84.

⁸⁵⁴ Welser, ecolex 1992, 305; vgl Assmann in FS Lange (1992) 346; zu Ratingagenturen Haar, NZG 2010, 1282.

⁸⁵⁵ Ausf oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“.

⁸⁵⁶ Dazu oben unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: Rieger Bank et alia“.

⁸⁵⁷ Zutr insofern Harrer, wbl 2005, 108, 110 und Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 49 und J. Zehetner, ÖZW 2013, 85 sowie Schmaranzer, Zak 2013, 153 f, die es sich mE aber zu leicht machen, wenn sie gar nicht auf die hM zu § 11 Abs 8 KMG eingehen (s aber auch Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 157 FN 563); als Befürworter der Dritthaftung des Abschlussprüfers bezeichnet Koziol (in Spier, Limits 71) § 11 Abs 1 Z 4 KMG als „highly problematical“. Nicht nachvollziehbar mE insoweit Kalss, ÖBA 2000, 654, 658; dies, ÖBA 2002, 200, die die deliktische Haftungsbestimmung des § 11 Abs 1 Z 4 KMG argumentativ für die von ihr befürwortete Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Anlegern aus einer Sonderbeziehung (dh auch für leichte Fahrlässigkeit) verwendet. Auch die dabei gezogene Parallele zur ausdr geregelten Haftung des Verschmelzungsprüfers (die schon für sich zu einem Umkehrschluss hinsichtlich der Abschlussprüferhaftung verleitet [s unten bei FN 1008 mwN]) kann mE nicht überzeugen, weil die drittrelevante „Haftungsprojektnähe“ der Tätigkeit des Verschmelzungsprüfers eine andere als die der Prüfungstätigkeit des Abschlussprüfers ist (s dazu noch unten bei FN 2632).

⁸⁵⁸ Liebscher, Abschlußprüfer 54; Vavrovsky, ÖBA 2001, 581; vgl dazu neuerdings auch Graf, ecolex 2014, 417 FN 12.

⁸⁵⁹ Vgl Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 43.

§§ 268 ff, 274, 277 UGB) mit einem spezifischen Vorsatz.⁸⁶⁰ Und daher stellt sich eben die Frage, warum der Abschlussprüfer Dritten gegenüber „für seinen [unrichtigen] Bestätigungsvermerk“ in einem Fall nur für Wissentlichkeit haften solle (§ 11 Abs 1 Z 4 KMG), im anderen Fall (*Rieger Bank* [oben S 49 ff]) aber bereits für Fahrlässigkeit.⁸⁶¹ Im Übrigen wird bisweilen die *Rieger Bank*-Entscheidung selbst als Judikat zur Prospekthaftung des Abschlussprüfers verstanden, weil dort der Bestätigungsvermerk als Teil einer Verkaufsbroschüre verwendet wurde und die Haftung gegenüber einem Anleger zu beurteilen war.⁸⁶²

Auch die Erklärung *Grafs*⁸⁶³, es bestehe kein Widerspruch zwischen dem Ergebnis der *Rieger Bank*-Entscheidung und § 11 Abs 1 Z 4 KMG, weil die allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers nur im Rahmen der Betragsgrenzen des § 275 Abs 2 UGB bestehe, wogegen § 11 Abs 1 Z 4 KMG eine unbeschränkte Haftung normiere, überzeugt mE nicht. Diese Begründung verkennt, dass § 11 Abs 1 Z 4 KMG den Abschlussprüfer *überhaupt nicht* (dh auch nicht nur betraglich beschränkt) für Fahrlässigkeit Dritten (Anlegern) gegenüber haften lassen möchte. ME darf man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er hätte bei Etablierung des § 11 Abs 1 Z 4 KMG „stillschweigend“ eine parallel bestehende (wenn auch summenmäßig begrenzte) Fahrlässigkeitsdritthaftung des Abschlussprüfers gebilligt, welche mit der Wertung des § 11 Abs 1 Z 4 KMG zumindest insoweit bricht, als die durch fahrlässiges Fehlverhalten des Abschlussprüfers geschädigten Anleger die Haftungssummen des § 275 Abs 2 UGB im Einzelfall nicht ausschöpfen müssen.

Natürlich könnte man zusätzlich einwenden, dass § 11 KMG lediglich die *Prospektverantwortlichkeit* des Abschlussprüfers restriktiv festschreiben wolle, jedoch eine Haftung gegenüber anderen Dritten als Anlegern nicht tangiere, etwa individuellen Kreditgebern der geprüften Gesellschaft. § 11 Abs 1 Z 4 KMG gelte demnach nur in einem ganz spezifischen kapitalmarktrechtlichen Zusammenhang, also in einer „Sonderkonstellation“⁸⁶⁴. ME müssen aber auch „Sondernormen“ so interpretiert werden, dass sie sich in ein insgesamt stimmiges Haftungssystem einfügen und damit nicht in Widerspruch geraten. Die differenzierte Ansicht kann vor dem Hintergrund nicht überzeugen, dass Anleger (vgl nur KMG Anlage D Kap 3 Z 3⁸⁶⁵) zumindest im selben

⁸⁶⁰ Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 38.

⁸⁶¹ Vgl OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (50) (*Oppitz*), wo der OGH um ein konsistentes Haftungssystem, bestehend aus allgemeinem Zivilrecht und § 11 KMG, bemüht ist; vgl auch *Welser*, *ecolex* 1992, 309.

⁸⁶² *Kalss*, ÖBA 2002, 199 FN 163.

⁸⁶³ *Graf*, wbl 2012, 248.

⁸⁶⁴ *Kalss*, ÖBA 2002, 193.

⁸⁶⁵ Demnach ist der letzte Jahresabschluss samt Bestätigungsvermerk in den Prospekt aufzunehmen.

Ausmaß wie „klassische“ Fremdkapitalgeber (vgl § 28b Abs 2 BWG⁸⁶⁶) Informationsadressaten des Bestätigungsvermerks sind.⁸⁶⁷ Eine unterschiedliche schadenersatzrechtliche Behandlung (insb von Anleihegläubigern und Kreditinstituten) erschiene daher willkürlich.⁸⁶⁸

Die folgende Untersuchung soll der Frage nachgehen, ob sich die hier vertretene Ansicht zu § 11 Abs 1 Z 4 iVm § 11 Abs 8 KMG mit den normativen Grundlagen der Abschlussprüfung (§§ 268 ff UGB, insb § 275 UGB) vereinbaren lässt. Wer durch die Ausführungen zu § 11 Abs 8 KMG nicht überzeugt ist und den Wertungen des § 11 KMG somit eher ein „Mauerblümchen-Dasein“ attestiert,⁸⁶⁹ der möge die folgenden Zeilen als einen Versuch verstehen, von „anderer Seite“ (Gesellschaftsrecht) „kommend“ das zu § 11 Abs 1 Z 4 KMG Vertretene zu untermauern.

Wie oben⁸⁷⁰ dargestellt, begründet der OGH die allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Da die Rsp diese Schutzwirkungen letztlich aus dem Gesetz ableitet, liegt hinsichtlich der höchstgerichtlichen Haftungsbeurteilung zumindest eine „*falsa demonstratio*“ vor.⁸⁷¹ Auch vor dem Hintergrund, dass die dem OGH im Ergebnis zustimmende hL⁸⁷² bei ihrer Argumentation auf die „Zwischenstufe“ des Prüfungsvertrags verzichtet und ausschließlich das Gesetz selbst als haftungskonstituierend ansieht, wird an dieser Stelle davon abgesehen, auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besonders einzugehen. Diesbezüglich wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Stellungnahme zur Dritthaftung von Ratingagenturen verwiesen,⁸⁷³ weil mE da wie dort dieselben Gründe gegen diese Haftungsbeurteilung sprechen. Die unmittelbar folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die von der überwiegenden Meinung⁸⁷⁴ aus den §§ 268 ff UGB

⁸⁶⁶ „Bei Großkrediten im Sinne des Art. 392 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder mindestens 750 000 Euro betragenden Forderungen im Sinne des Art. 389 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 haben sich die Geschäftsleiter des Kreditinstitutes vor Einräumung eines solchen Kredites an einen Kunden oder eine Gruppe verbundener Kunden die wirtschaftlichen Verhältnisse der Verpflichteten und Haftenden offenlegen zu lassen und sich für die Dauer der Einräumung über die wirtschaftliche Entwicklung der Verpflichteten und Haftenden sowie über die Werthaltigkeit und Durchsetzbarkeit von Sicherheiten ausreichend zu informieren sowie die laufende Vorlage von Jahresabschlüssen zu verlangen. Bei Nichtvorlage von Jahresabschlüssen haben sich die Geschäftsleiter des Kreditinstitutes anderweitig ausreichend über die Verpflichteten und Haftenden zu informieren [...]“; s dazu Kalss, ÖBA 2002, 198 f; vgl auch zum Informationsadressat „Kreditgeber“ aus der Praxis den Fall OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526.

⁸⁶⁷ Kalss, ÖBA 2000, 656 FN 193: allg Publizität richtet sich an mehrere Adressatenkreise, 657; dies, ÖBA 2002, 199.

⁸⁶⁸ Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 156; ders, Zak 2013, 154; Kalss, ÖBA 2002, 199 (die jedoch eine Fahrlässigkeitshaftung gegenüber beiden Gruppen von Geschädigten annimmt); vgl auch Harrer in FS Georgiades (2005) 651, 653; dens, wbl 2005, 110 mit FN 25.

⁸⁶⁹ Vgl C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112.

⁸⁷⁰ Unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: Rieger Bank et alia“.

⁸⁷¹ Artmann, ÖZW 2002/3, 91; vgl auch U. Torggler, GBU 2002/03/06; Wilhelmer, RdW 2007, 455; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 110; Schacherreiter in Kleitečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 73; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 30; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 52. Motiv für diese „Fehlbezeichnung“ könnte gewesen sein, dass sich der OGH mit der Haftungsbeurteilung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch die vorangegangene BGH-Rsp (freilich zu Unrecht; s oben in FN 326) unterstützt wähnte.

⁸⁷² Oben bei FN 353.

⁸⁷³ Unten bei FN 1263 und insb bei FN 1308.

⁸⁷⁴ Oben bei FN 355.

abgeleiteten „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ des Abschlussprüfers „zugunsten Dritter“. Für Ratingagenturen hat dies insoweit Bedeutung, als aus einem tatsächlich nicht oder doch vorhandenen spezialgesetzlichen Drittschutz wertvolle Schlussfolgerungen für die (auf nationaler Ebene) nicht ausdrücklich geregelte Haftung der Ratingagenturen gezogen werden können.⁸⁷⁵ Wie sich später zeigen wird, werden sich auch die Materialien zur Abschlussprüferhaftung insoweit fruchtbar machen lassen.⁸⁷⁶

b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation

Die Bestimmungen über die gesetzliche Pflichtprüfung (§§ 268 ff UGB) sprechen bekanntlich die Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern und Anlegern nicht ausdrücklich an. Als spezialgesetzliche Sanktionsnorm sieht § 275 UGB lediglich eine Haftung des Abschlussprüfers gegenüber seinem Vertragspartner, der geprüften Gesellschaft (sowie verbundenen Unternehmen) vor.⁸⁷⁷ Eine solche Verantwortlichkeit tritt insb ein, wenn der Prüfer parteiisch oder nicht ausreichend gewissenhaft agiert (§ 275 Abs 2 UGB⁸⁷⁸; Verstoß gegen „Treuepflichten“⁸⁷⁹).⁸⁸⁰ Schon die gesetzliche Ausgangslage erweckt daher den Eindruck, als wäre ein haftungsrelevanter Schutz von Anlegern und (sonstigen) Gläubigern zu verneinen, weil ein solcher gerade nicht erwähnt wird.

aa. A(D)HGB idF AktRNov 1884, Notverordnung 1931, dAktG 1937

1) Dieser Verdacht bestätigt sich, wenn man den Ursprung und die Entstehungsgeschichte der österreichischen Abschlussprüfung berücksichtigt. Die für das geltende österreichische Aktienrecht⁸⁸¹ bedeutsame⁸⁸² deutsche Aktienrechtsnovelle des Jahres 1884 sprach

⁸⁷⁵ S dazu schon oben bei FN 151 und unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

⁸⁷⁶ Unten bei FN 2634.

⁸⁷⁷ U. Torggler, wbl 2001, 545. Etwas irreführend (aber wohl richtig gemeint: s noch unten bei FN 980) daher die Aussage bei Eisen, Haftung 357: Die Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer werde durch (den insofern mit § 275 UGB vergleichbaren [s dazu noch unten bei und in FN 996]) § 323 dHGB „determiniert“.

⁸⁷⁸ Die Bestimmung kann als Ausprägung der allg Sorgfaltsanforderung an Sachverständige (§ 1299 ABGB) verstanden werden, Schauer, RdW 1999, 292, 295; vgl auch § 82 Abs 1 WTBG; zu § 1299 ABGB noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.α. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)“.

⁸⁷⁹ S dazu noch unten bei FN 1028.

⁸⁸⁰ Denkbar wären insb Schäden, die dadurch entstehen, dass der Abschlussprüfer unsorgfältiges Handeln der Vorstandsmitglieder nicht (rechtzeitig) aufdeckt, indem er etwa seine Warnpflicht gem § 273 UGB vernachlässigt (s zB Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 119 f; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg [2010] § 62a Rz 16, 18; OGH 1 Ob 35/12 x wbl 2012, 644 [646]) oder dadurch, dass er den Bestätigungsvermerk zu Unrecht verweigert, was zu einer Beeinträchtigung des Kredits der Gesellschaft und in weiterer Folge zu einem Sinken des Aktienkurses führt (so bereits *Ländervertreter von Hamburg und Bremen*, Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium [Sitzung am 16.2.1931], abgedr bei Schubert, Aktienrechtsreform II 1027; vgl auch Liebscher, Abschluprüfer 80).

⁸⁸¹ Ursprünglich wurde die Pflicht zur Abschlussprüfung samt Haftung zwar im dHGB idF dRGBI 1931, 439 (dazu unten in FN 904) geregelt. Sie galt aber nur für (größere) Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (unten bei FN 896) und war

erstmalig explizit die Prüfung des Jahresabschlusses im Abschnitt über die „Rechte und Pflichten des Vorstandes“ an. Dieser hatte demnach für jedes Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen „Geschäftsbericht“ über die Gesellschaft aufzustellen und diese zunächst dem Aufsichtsrat, dann der „Generalversammlung“⁸⁸³ vorzulegen (Art 239 A(D)HGB idF AktRNov 1884).⁸⁸⁴ Damit wurde die nötige „Klarlegung der Geschäftslage der Gesellschaft“ sowie darüber hinaus bezweckt, „die Entlastung des Vorstandes wegen seiner Geschäftsführung zur Entscheidung der Generalversammlung zu bringen“ (vgl Art 239a Abs 3 *leg cit*).⁸⁸⁵

Damit diese über ausreichendes Hintergrundwissen für die Genehmigung der Bilanz verfüge, gestand der Gesetzgeber ihr ausdrücklich das Recht zu, „besondere Revisoren“ zur Prüfung der Bilanz zu bestellen (Art 239a Abs 1 *leg cit*)⁸⁸⁶. Die Revision der Bilanz war demnach zwar nicht verpflichtend vorgeschrieben. Da aber eine Aufklärung über Bilanzierungsverstöße „nicht nur wünschenswerth, sondern wegen der nachtheiligen Folgen, welche unrichtige Bilanzen herbeiführen können, nothwendig“ sei, wurde dieses Bestellungsrecht mit zwingender Natur ausgestattet.⁸⁸⁷ Zusätzlich hatte eine 10%-ige Kapitalsminderheit das Recht, unter Bemängelung einzelner Bilanzansätze die Bilanzgenehmigung samt Entlastung des Vorstands insoweit zu vertagen (Art 239a Abs 2, Abs 3 *leg cit*).⁸⁸⁸ Bei Ablehnung des Prüferbestellungsbeschlusses durch die „Generalversammlung“ blieb der Minderheit nach dem Konzept der Aktienrechtsnovelle 1884 immer noch die Möglichkeit, bei Glaubhaftmachung von Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes bzw der Satzung Sonderprüfer als Bilanzprüfer gerichtlich bestellen zu lassen (Art 222a Abs 1 *leg cit*; vgl §§ 130 ff AktG).⁸⁸⁹

daher Teil des Aktienrechts des dHGB idF dRGBI 1931, 439. Mit Erlass des dAktG 1937 wurden daher die Bestimmungen des dHGB idF dRGBI 1931, 439 über die Abschlussprüfung in dieses neue deutsche Aktiengesetz transferiert; dazu noch unten bei FN 958.

⁸⁸² Die Relevanz ergibt sich daraus, dass das A(D)HGB idF AktRNov 1884 als Vorläufergesetz des dHGB 1897 dieses sowie das dAktG 1937 geprägt hat, welche beide letztlich durch die 1., die 2. und die 4. EVHGB in Österreich eingeführt wurden. Einzelne Normen des A(D)HGB idF AktRNov 1884 sind daher die historische Grundlage eines Teils der Bestimmungen des in Österreich geltenden UGB sowie AktG (aber auch des GmbHG [vgl zB § 41 *leg cit*]). Vgl zur Übernahme des deutschen Aktienrechts in die österreichische Rechtsordnung noch unten bei FN 959. Vgl allg zur Bedeutung des deutschen Materials für die Auslegung des österreichischen (Rechnungslegungs-)Rechts U. Torggler in Straube, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 32.

⁸⁸³ Die (aktienrechtliche) Generalversammlung idS ist der Vorläufer der heutigen Hauptversammlung (vgl dazu den Titel des Vierten Abschnitts des AktG).

⁸⁸⁴ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 506.

⁸⁸⁵ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 507.

⁸⁸⁶ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 506 f; s dort auch zur Zulässigkeit der „statutarischen Pflichtprüfung“.

⁸⁸⁷ Staub, A(D)HGB^{3,4} (1896) Art 239a § 1 Rz 1.

⁸⁸⁸ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 507.

⁸⁸⁹ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 f, 507; zur Funktion der Sonderprüfung, einen befürchteten Schaden zu verhindern bzw geeignete Schritte zur Verfolgung eines Schadenersatzanspruchs zu setzen, vgl Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 f; vgl ferner auch Kalss, ÖBA 2002, 201 FN 194.

Diese Regelungen machen sehr deutlich, wen die Bilanzprüfung eigentlich schützen sollte: „Offenbar liegt es *im Interesse der* [gegenwärtigen] Aktionäre, daß die Aufstellung und Prüfung der Bilanz so schnell, als dies mit einem ordnungsmäßigen Verfahren vereinbar ist, nach dem Ablaufe des Geschäftsjahres erfolgt.“⁸⁹⁰ Gebündelt ergeben diese Interessen das wahre „*Interesse der Gesellschaft*“ an einer entsprechend „gründlichen Prüfung der ganzen Verwaltung während des Bilanzjahres“⁸⁹¹ (vgl heute § 275 UGB).⁸⁹²

2) Das Modell der fakultativen Bilanzprüfung (zumal ohne regulierte Prüferauswahl⁸⁹³) sollte sich allerdings zur Verwirklichung der soeben und oben⁸⁹⁴ genannten Zwecke als unzureichend erweisen. Nach spektakulären Unternehmensinsolvenzen in Zusammenhang mit mangelhafter, teilweise sogar manipulierter Rechnungslegung, die der deutschen Wirtschaft großen Schaden zugefügt hatten,⁸⁹⁵ sah man sich zu Beginn der 1930er Jahre gezwungen, die Pflicht zur Bilanzrevision zunächst für größere Aktiengesellschaften⁸⁹⁶ einzuführen.⁸⁹⁷ Denn abgesehen von der volkswirtschaftlichen Bedeutung großer Unternehmen schien der Aufsichtsrat gerade bei diesen mit der Überprüfung der Rechnungslegung überfordert zu sein.⁸⁹⁸

In Zeiten der damaligen Wirtschaftskrise⁸⁹⁹ sah man in der Pflichtprüfung „eine Maßnahme von großer wirtschaftlicher und moralischer Bedeutung [...], die in erheblichem Maße zur Gesundung des deutschen Aktienwesens beitragen“ könne.⁹⁰⁰ Dementsprechend wurde die obligatorische Bilanzprüfung als eines der „dringendsten

⁸⁹⁰ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 507 (Anm: Hervorhebung nicht im Original).

⁸⁹¹ Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 506 (Anm: Hervorhebung nicht im Original). Die „Bündelung“ im erwähnten Sinne erklärt sich daraus, dass nach richtigem Verständnis auch die Kapitalgesellschaft eine „Veranstaltung der Gesellschafter“ ist (U. Torggler, wbl 2009, 172). Vgl dazu auch Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 447 (zum Prinzip der Haftungskanalisation): „Der Entwurf führt deshalb den Schadensanspruch aus der Haftung der verantwortlichen Personen in der Hauptsache auf die Gesellschaft zurück, als die rechtlich individualisierte Gesamtheit der einzelnen Aktionäre.“

⁸⁹² Der Schutz der Gesellschaft harmonisiert mit dem anerkannten Ziel des Rechnungslegungsrechts einschließlich der Pflicht zur Jahresabschlusserstellung, die Selbstinformation des Kaufmanns bzw Unternehmers (und damit auch der unternehmerisch tätigen Gesellschaft) sicherzustellen (s dazu nur § 195 Satz 3 UGB; U. Torggler in Straube, UGB³ [2012] Vor § 189 Rz 35; dens, AnwBl 2003, 618).

⁸⁹³ Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) Vor §§ 135 – 142 (S 1056).

⁸⁹⁴ Nach FN 886.

⁸⁹⁵ Kalss, ÖBA 2002, 201; s zu diesem Regelungsanlass ferner Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) III; A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932) Einführung zu §§ 262a ff (S 155); Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 2; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 5.

⁸⁹⁶ Und Kommanditgesellschaften auf Aktien, s Art X Abs 1 Notverordnung Aktienrecht 1931; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 1. Vgl zur Anknüpfung an die Größe der Gesellschaft, die mit den knappen personellen Ressourcen für die Abschlussprüfung zusammenhing, im Detail unten bei FN 3579.

⁸⁹⁷ S dazu Schweitzer, Schreyer und Hartung, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 519 f, 542; Schlechtriem, BB 1984, 1181; Walter Doralt, RdW 2006, 689.

⁸⁹⁸ S Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) Vor §§ 135 – 142 (S 1056).

⁸⁹⁹ Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in Pfundtner/Neubert, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5, 5; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) Vor §§ 135 – 142 (S 1056); Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 1, 4.

⁹⁰⁰ Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 270; Schmölder, JW 1931, 2925; sehr ähnl ders, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 514; vgl Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) Vor §§ 135 – 142 (S 1056); Dehn, ÖBA 2002, 379.

Bedürfnisse“ der anstehenden Aktienrechtsreform bezeichnet,⁹⁰¹ um den gesellschaftlichen Durst nach „Systemvertrauen“⁹⁰² zu stillen.⁹⁰³ Nach Scheitern einer umfassenderen Aktienrechtsreform im Jahre 1930 hatte es der Gesetzgeber damals so eilig, dass er die Pflichtrevision in den §§ 262a ff HGB per Notverordnung⁹⁰⁴ anordnete (sog kleine Aktienrechtsreform 1931).⁹⁰⁵ Durch das dAktG 1937 konnten danach die weniger drängenden, wenngleich aber ebenso für notwendig erachteten Änderungen des Aktienrechts umgesetzt werden.⁹⁰⁶

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung könnte man nun als Befürworter der *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff) meinen, dass die historische Regelungsabsicht des Gesetzgebers des Jahres 1884 durch den nunmehrigen Pflichtcharakter der Prüfung überholt sei. Dementsprechend sei die Abschlussprüfung fortan (auch oder ausschließlich) „primär“ im Interesse der Gläubiger und sonstiger Dritter normiert worden,⁹⁰⁷ zumal die Notverordnung ebenso wie heute § 277 UGB eine Pflicht zur Offenlegung des Bestätigungsvermerks vorsah (§ 262f Abs 2 HGB idF dRGBI 1931, 439).⁹⁰⁸ Daraus könnte sich ein unmittelbarer schadenersatzrechtlicher Schutz solcher Dritter vor fahrlässigen Prüfungsvergehen ableiten lassen.

Eine solche Ansicht kann aber nicht überzeugen. Es wäre doch äußerst merkwürdig, wenn der Gesetzgeber trotz der behaupteten „gravierenden“ Änderung der Rechtslage auch in schadenersatzrechtlicher Hinsicht erstmals⁹⁰⁹ (!) und entsprechend dem heutigen § 275 UGB eine Haftung des Abschlussprüfers nur gegenüber der geprüften Gesellschaft normiert hatte (§ 262g HGB idF dRGBI 1931, 439; vgl demgegenüber zB für die Schweiz Art 755 OR⁹¹⁰).⁹¹¹ Daraus kann man ablesen, dass für die Einführung der allgemeinen

⁹⁰¹ Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in *Pfundtner/Neubert*, *Reichsrecht* (1938 ff) II b) 5, 5 (s dort auch zum Scheitern der größeren Aktienrechtsreform zu Beginn der dreißiger Jahre); vgl ferner *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) Einführung zu §§ 262a ff (S 155); *Mellerowicz* in *GroßKomm AktG*² (1961) Vor §§ 135 – 142 (S 1056).

⁹⁰² Darunter versteht man jenes Vertrauen, das auf einen funktionierenden „Handlungszusammenhang“ gerichtet ist, der von Individuen losgelöst ist. Es gründet sich daher nicht auf Einzelpersonen (Abschlussprüfer oder geprüfte Gesellschaft als [juristische] Person), sondern auf das *Bestehen organisatorischer Vorkehrungen* für das Funktionieren des Systems, dh *in concreto* für eine ordnungsgemäße Bilanzerstellung und -prüfung (s zum Ganzen *Köndgen*, Selbstbindung 380).

⁹⁰³ *Köndgen*, Selbstbindung 386; vgl auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 2.

⁹⁰⁴ Die aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.09.1931, dRGBI 1931, 439. Zu dieser „Regelungstechnik“ s etwa *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) III: „Gesetz auf Probe“.

⁹⁰⁵ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) IV; *Kalss*, ÖBA 2002, 201; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 104; vgl auch *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 1.

⁹⁰⁶ Vgl *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, *Reichsrecht* (1938 ff) II b) 5, 5 ff.

⁹⁰⁷ In diese Richtung wohl auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 2 f, die aber explizit und insoweit mE inkonsequenter Weise eine Dritthaftung des Abschlussprüfers für Fahrlässigkeit ablehnen (ebd § 141 AktG, Rz 17).

⁹⁰⁸ Dazu *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 317, 319. Zumindest irreführend Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 21; irreführend auch *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) Übersicht Vor § 135 (S 651): Abschlussprüfung iSd Notverordnung sei eine „rein innere Angelegenheit der Gesellschaft“ gewesen.

⁹⁰⁹ *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 3; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 4; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 5.

⁹¹⁰ „IV. Revisionshaftung

Pflichtrevision offensichtlich der Schutz des prüfpflichtigen Unternehmens vor vermögensgefährdendem Einfluss der Geschäftsleitung ausschlaggebend war.⁹¹²

Man mag sich als Unterstützer der allgemeinen Dritthaftung des Abschlussprüfers mit dieser Argumentation nicht zufrieden geben. Naheliegender erscheint der Einwand, dass der Gesetzgeber – „in der Hektik des Gefechts“⁹¹³ – auf die Schädigung Dritter vergessen hat, zumal die einschlägigen Materialien aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Notverordnung (zum dVAG) die Problematik nicht ausdrücklich ansprechen.⁹¹⁴ Wäre dies tatsächlich der Fall, könnten alleine aus der Beschränkung der Haftung des § 262g HGB idF dRGBI 1931, 439 auf Gesellschaftsschäden und dem Fehlen einer expliziten Grundlage für Drittansprüche keine Bedenken gegen eine allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers abgeleitet werden.

Nun wird aber selbst von einer Vertreterin der radikalen Dritthaftung zugestanden, dass dieses schadenersatzrechtliche Problem „von Anfang an bekannt“ war.⁹¹⁵ Die von deutschen Regierungsvertretern⁹¹⁶ im Jahre 1932 herausgegebene Kommentierung der §§ 262a ff HGB idF dRGBI 1931, 439 bestätigt diesen Befund und spricht in Zusammenhang mit der Dritthaftungsfrage Bände. Dort liest man:

„Aber alles dies [Anm: die Rsp zur Auskunftshaftung gegenüber Dritten] kann auf den Bestätigungsvermerk nicht bezogen werden [...]. Von dem Bestätigungsvermerk enthält nicht nur ein eng begrenzter Kreis von Personen Kenntnis, sondern die gesamte Öffentlichkeit [...]. Wollte man eine Haftung des Prüfers für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vermerks gegenüber jedem Dritten, der von dem Vermerk Kenntnis erhält, bejahen, so würde damit die Vorschrift des § 262 g, soweit sie den Grundsatz enthält, daß der Prüfer d e r G e s e l l s c h a f t haftet, praktisch außer Wirkung gesetzt sein. Das kann unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen [!].“⁹¹⁷

1 Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

2 Wurde die Prüfung von einer Finanzkontrolle der öffentlichen Hand oder von einem ihrer Mitarbeiter durchgeführt, so haftet das betreffende Gemeinwesen. Der Rückgriff auf die an der Prüfung beteiligten Personen richtet sich nach dem öffentlichen Recht.“

⁹¹¹ Naheliegender ist es, dass der Gesetzgeber die Haftung des Abschlussprüfers bewusst auf die geprüfte Gesellschaft (nach neuem Recht auch auf die verbundenen Unternehmen) beschränkt wissen wollte, zutr *Böcking/Gros/Rabenhorst* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014) § 323 Rz 22; *Schüppen* in *Heidel/Schall*, HGB (2011) § 323 Rz 13; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 52; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 171; ähnl *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 8; Ausschluss einer allg Vertrauens- und Berufshaftung; s auch sogleich unten bei FN 917; vgl auch *Morck* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 9; daraus eine Sperrwirkung ableitend (vgl auch unten bei FN 980) *Schlechtriem*, BB 1984, 1182; ähnl BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860); III ZR 307/07 NZG 2009, 37; die beschränkte Reichweite der sondergesetzlichen Haftung einräumend *Kalss*, ÖBA 2002, 192; *Artmann*, RdW 2007, 325; s auch *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 19, 22, 31; *Enzinger* in FS Straube (2009) 29; vgl ferner RIS-Justiz RS0116079; BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710 (712).

⁹¹² Zutr *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 6.

⁹¹³ Vgl oben bei FN 904.

⁹¹⁴ Vgl unten bei FN 3568.

⁹¹⁵ *Kalss*, ÖBA 2002, 204.

⁹¹⁶ Wie sich *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932), entnehmen lässt, war *Schlegelberger* Staatssekretär im Reichsjustizministerium, *Quassowski* dortiger Ministerialrat und *Schmölder* dortiger Oberregierungsrat.

⁹¹⁷ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 335 (weswegen eine Haftung aus Vertrag zugunsten Dritter nicht in Betracht komme).

Es wäre in der Tat kaum verständlich, hätte der (wenn auch Notverordnungs-)Gesetzgeber trotz des Regelungsanlasses für die Verpflichtung zur Abschlussprüfung (die vorangegangenen Unternehmenszusammenbrüche⁹¹⁸) auf die sicherlich dadurch mitgeschädigten Gläubiger einfach vergessen.⁹¹⁹ Dementsprechend finden die Gläubigerinteressen in der Beratung im Zuge der 9. Sitzung des vom vorläufigen Reichswirtschaftsrat eingesetzten Aktienrechtsausschusses⁹²⁰ (1932) zwar nur eingeschränkt, aber immerhin doch Berücksichtigung. So begründete das damalige Reichsjustizministerium die Einführung der Pflichtrevision nicht etwa mit dem schadenersatzrechtlichen Schutz der Gläubiger. Vielmehr wurde darauf verwiesen, dass mit der „gesteigerten Macht der Verwaltung bei der Betreuung fremden Kapitals eine gesteigerte Rechenschaftspflicht und Kontrolle“ korrelieren müsse⁹²¹ („Kontrollfunktion der Abschlussprüfung“⁹²²). Die Abschlussprüfung wurde als Instrument zur Verhaltenssteuerung des Vorstands verstanden, das eine gewissenhafte „Finanz- und Bilanzgebarung“ durch denselben sicherstellen sollte.⁹²³ Bereits in der damaligen Debatte war man also der Auffassung, dass durch die Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung „in erster Linie“ die (gegenwärtigen) Aktionäre und die Gesellschaft geschützt werden sollen.⁹²⁴ Der Gläubigerschutz sei ein angenehmer *Nebeneffekt* einer sorgfältigen Prüfung durch die Abschlussprüfer.⁹²⁵

⁹¹⁸ Soeben oben bei FN 895.

⁹¹⁹ Vgl. auch Walter Doralt, RdW 2006, 689, der meint, Gläubiger- und Anlegerschäden seien Regelungsanlass gewesen.

⁹²⁰ Diesem (auch aus Vertretern des Reichsministeriums bestehenden) Gremium wurde unter Vorsitz von Hachenburg die Aufgabe zuteil, einen im Oktober 1931 veröffentlichten Entwurf einer Novelle zum Aktienrecht zu beraten. Zu diesem Zwecke überwies das Reichsjustizministerium diesen Entwurf am 30.6.1932 an den vorläufigen Reichswirtschaftsrat (s. dazu Schubert in Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I, XXII; allg. zur Funktion des vorläufigen Reichswirtschaftsrats s. dens. in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 9 ff.).

⁹²¹ Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr. in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 514; idS. bereits Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 270; vgl. auch Koziol, JBl 1995, 687; zur besonderen Schlagkräftigkeit dieses Arguments nach dem Inkrafttreten des dAktG 1937 s. noch unten bei FN 952.

⁹²² Dazu Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 316 Rz 4; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 316 Rz 1; Schüppen in Heidel/Schall, HGB (2011) § 316 Rz 3; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 1, § 316 Rz 1; ausf. Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 3 f.; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 24 f. S. dort auch zu den anderen Funktionen der Abschlussprüfung, namentlich der „Informationsfunktion“ (insb. gegenüber Geschäftsleitung, Aufsichtsrat und Gesellschafter; vgl. § 273 UGB, § 1012 ABGB sowie § 195 Satz 3 UGB und dazu U. Torggler in Straube, UGB³ [2012] Vor § 189 Rz 35) sowie „Beglaubigungsfunktion“ (gegenüber der Öffentlichkeit; vgl. § 274 UGB).

⁹²³ S. A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 4: „Zum anderen bedeutet die Bestimmung [Offenlegungspflicht] einen mittelbaren Zwang für die Verwaltung der Gesellschaft. Sie muß ihre Geschäftsführung, Finanz- und Bilanzgebarung von vornherein so einrichten, daß sie der Nachprüfung durch den unabhängigen und unparteiischen Bilanzprüfer standhält [...]“.

⁹²⁴ Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr. in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 517, 551; vgl. auch dens., ebd. 552, wonach „die Pflichtprüfung der ganzen gesetzgeberischen Absicht nach in erster Linie eine interne Angelegenheit der Gesellschaft“ sei; vgl. auch Schreyer, ebd. 540; ähnl. Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht, abgedr. in Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 396: „das gewichtigste Interesse“ an der sachgemäßen Erledigung der Prüfungsaufgaben habe die Gesellschaft; vgl. auch Zimmer in FS Hopt II (2010) 2702; den primären Schutz der Gesellschaft einräumend Karollus, RdW 2006, 392, 396. Daher ist der Behauptung, gäbe es keine Gläubiger und Anleger, die auf den Bestätigungsvermerk vertrauen, so bedürfte es keiner Abschlussprüfung (C. Völkl, ÖJZ 2006, 103), entgegenzutreten.

⁹²⁵ Vgl. auch JAB GesRÄG 1982, 1: Erhöhung der Haftungsgrenze von S 250.000 auf S 2,5 Mio, um der „steigenden Bedeutung der Prüfung“ gerecht zu werden; ähnl. ErläutRV FMAG 2001 zu § 62a BWG und § 275 HGB.

„In Wirklichkeit handelt es sich ja [...] in der Hauptsache um die Aktionäre⁹²⁶. Aber in praxi wird, wenn der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe richtig versteht, auch Sicherheit für die Gläubiger entstehen und sich auch eine gewisse Sicherheit den Gesellschaften gegenüber in der Öffentlichkeit allmählich herabilden.“⁹²⁷

Vergleicht man diese Stellungnahme mit den Materialien zur Aktienrechtsnovelle 1884⁹²⁸, zeigt sich sehr deutlich, dass sich die *ratio* der Bilanzprüfung seit damals nicht wesentlich verändert hat.

Noch viel deutlicher wurde im späteren Gesetzesreformprozess der 1930er Jahre die Problematik der Dritthaftung des Abschlussprüfers für fahrlässiges Fehlverhalten angesprochen. Aus den Beratungsprotokollen und dem Zweiten Sitzungsbericht des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, jeweils aus dem Jahre 1935⁹²⁹, geht hervor, dass dieser eine derartige Verantwortlichkeit ablehnte:⁹³⁰ „Es ist klar, es besteht keine Haftung wegen Fahrlässigkeit gegenüber Dritten“⁹³¹, formulierte etwa der Vorsitzende *Kißkalt*⁹³².

Interessant ist die Begründung, die dafür gegeben wurde. Man war sich einig darüber, dass die im Bestätigungsvermerk verkörperte Auskunft, wonach die geprüfte Bilanz gesetz- und ordnungsmäßig sei, für künftige Gläubiger der Gesellschaft bei ihren Dispositionen von Bedeutung sein könne und werde.⁹³³ Der Abschlussprüfer müsse deswegen damit rechnen,

⁹²⁶ Zum Zweck des Gesellschafterschutzes s auch *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 22.

⁹²⁷ *Cohen*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 527; vgl auch *Wussow*, ebd 535; tendenziell mehr den Gläubigerschutzaspekt betonend *Schweitzer*, ebd 519 ff (iZm der Begründung seines „radikalen“ Antrags [Antrag Nr. 1676/32 des Aktienrechtsausschusses unter 4.], mit dem er aus Abschlussprüfern Beamte machen wollte). Diese Aussagen *Schweitzers* sollten nicht überbewertet werden, wurde doch sein Antrag von den Mitgliedern des vorläufigen Reichswirtschaftsrats mit 10 zu 5 Stimmen *abgelehnt* (ebd S 560). Auf den reflexartigen Schutz soll später noch näher eingegangen werden (unten unter „Teil 1.I.D.2.c. Mittelbarer Gläubigerschutz auch nach systematischer Interpretation“, insb bei FN 1040, „Teil 1.I.D.2.d. Zwecklosigkeit der Offenlegung ohne Dritthaftung? Teleologische Interpretation“).

⁹²⁸ Oben bei FN 890.

⁹²⁹ Die Akademie für Deutsches Recht war eine im Jahre 1933 konstituierte Organisation, die durch Gesetz zu einer öffentlichen Körperschaft erhoben wurde und die folglich unter staatlichem Einfluss stand, was entsprechende Entsendungsrechte und hoheitliche Aufsicht inkludierte. Ausweislich ihrer ursprünglichen Satzung hatte sie insb zur Aufgabe, Gesetzesentwürfe zu begutachten, vorzubereiten, aber auch anzuregen und auszuarbeiten, wodurch die gesetzgeberischen Zuständigkeiten der Reichs- und Landesministerien jedoch nicht berührt werden sollten. Daher ermöglichen die Protokolle der Akademie für Deutsches Recht der rechtswissenschaftlichen „Forschung ein fundiertes Urteil über die rechtspolitische Diskussion während der NS-Zeit“ (s zum Ganzen *Schubert/[Schmid/Regge]* in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I, VII ff, XII, XVII f; vgl auch *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht [1938 ff] II b) 5, 5). Zur Bedeutung der Akademie für Deutsches Recht für die Rechtsentwicklung als „wertvoller Mitarbeiter“ des Gesetzgebers und aufgrund ihrer Arbeitsweise mit „rein wissenschaftlichen Methoden“ vgl das Zitat von *Frank*, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I, XI; s dazu auch das Reichsgesetz vom 11.7.1934, dRGBI 1934 I 605: Förderung der „Neugestaltung des deutschen Rechtslebens“ durch die Akademie für Deutsches Recht. Der Einfluss der Akademie für Deutsches Recht auf die Gesetzeswerdung zeigte sich gerade im Aktienrecht, wo das Reichsjustizministerium seine Reformarbeiten zurückhielt, solange die Ausschussberatungen noch nicht zu einem Abschluss gekommen waren und schließlich die Ergebnisse der Akademie für Deutsches Recht für die Vorentwürfe des dAktG 1937 verwertete (*Schubert* in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I, XIV, XVII f; vgl auch *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht [1938 ff] II b) 5, 5; s auch noch unten bei FN 956).

⁹³⁰ *Kißkalt*, 2. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht an den Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, *Frank*, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 518.

⁹³¹ *Kißkalt*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 396.

⁹³² Geheimer Justizrat Generaldirektor *Kißkalt*.

⁹³³ *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 396; dies ebenso im Rahmen ihrer ablehnenden Stellungnahme zur

dass bei einem unzutreffenden Prüfungsurteil Vertrauensschäden Dritter entstehen könnten.⁹³⁴ Anders als der OGH in der Entscheidung *Rieger Bank*⁹³⁵ (aber auf einer Linie mit *Verstreute Bonitätsauskunft*⁹³⁶!) war man in der Akademie für Deutsches Recht allerdings der Auffassung, dass dies alleine für eine Haftung nicht genüge: „Der Umstand, daß irgendwann und irgendwo, für irgendwelche Geschäfte und für irgendwen der Bestätigungsvermerk tatsächlich die Unterlage für die Vornahme von Rechtsgeschäften bilden kann, reicht nicht aus, eine Haftung des Prüfers [...] zu begründen.“⁹³⁷ Es fehle hierfür an dem notwendigen Bezug der Auskunft zu einem konkreten Geschäft, der offenbar zur Überschaubarkeit der Verantwortlichkeit für erforderlich gehalten wurde.⁹³⁸ Um jeden Zweifel über diese Haftungsproblematik auszuschließen, empfahl der Aktienrechtsausschuss sogar eine ausdrückliche Ausschlussklausel⁹³⁹: § 262g HGB idF dRGBI 1931, 439 sollte ein Zusatz beigefügt werden, wonach bei Fährlässigkeit *nur* der Gesellschaft zu haften sei.⁹⁴⁰

Dass dies letztlich nicht gesetzlich umgesetzt wurde, können die Vertreter der öhM zur allgemeinen Dritthaftung des Abschlussprüfers⁹⁴¹ nicht für ihre Ansicht geltend machen.⁹⁴² Denn es liegt mE nahe, dass eine solche Ergänzung des Gesetzes für obsolet erachtet wurde. Immerhin hatte ja auch der spätere deutsche Gesetzgeber eine entsprechende Klausel ausdrücklich für überflüssig befunden.⁹⁴³ Begründet wurde dies damit, dass sich ohnehin aus § 323 dHGB (der im Wesentlichen mit § 275 [H- bzw] UGB übereinstimmt⁹⁴⁴) ergäbe, dass den Abschlussprüfer keine allgemeine

Dritthaftung für Fährlässigkeit würdigend *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 17; vgl auch *Bertl/Fraberger*, RWZ 2002, 60: allg bekannte Tatsache.

⁹³⁴ Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 396.

⁹³⁵ RIS-Justiz RS0116076 mit T 5, T 7, T 8 und T 9 (s dazu oben bei FN 328); vgl auch *Graf*, wbl 2012, 241 (246 ff); anders freilich OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft* (s auch noch die folgende FN); 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306 (307); 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); RIS-Justiz RS0017178 T 2, OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627 (628), wonach es für eine Dritthaftung im Zweifel nicht genüge, dass der Gutachter von der beabsichtigten Verbreitung seiner Stellungnahme wisse; s auch noch die Nw unten in FN 2636, 2638.

⁹³⁶ Oben bei FN 240, 241; vorige FN.

⁹³⁷ Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396, der in diesem Zusammenhang eine Parallele zu der (nach ihm abzulehnenden) Haftung des Prinzipals zieht, der fahrlässig ein unrichtiges Zeugnis für seinen Angestellten ausstellt; zust *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17; vgl auch zur Stellungnahme der Akademie für Deutsches Recht die Ausführungen bei *Schüppen* in *Heidel/Schall*, HGB (2011) § 323 Rz 14; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 204; bemerkenswert sind auch die ähnl Ausführungen bzgl der Dritthaftung von Ratingagenturen bei *Thiele*, Rating 94.

⁹³⁸ Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396; zust *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17; vgl schon RG I 294/25 RGZ 114, 289 (289 f); s dazu noch unten bei FN 992 sowie unter „Teil 1.I.C.2.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““.

⁹³⁹ *Kißkalt*, 2. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht an den Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Frank, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 518; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2002, 204.

⁹⁴⁰ Dies war ein Vorschlag des Reichsgerichtsrats *Kolb*, s *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht, abgedr in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 396.

⁹⁴¹ Nw oben unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“.

⁹⁴² So aber *Artmann*, ÖZW 2002/3, 93.

⁹⁴³ Vgl dazu den Vorschlag des deutschen Bundesrates: Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/9712, 35.

⁹⁴⁴ ErläutRV RLG 1990, 72.

Fahrlässigkeitshaftung gegenüber Dritten treffe.⁹⁴⁵ ME kann man aus dem Weglassen einer Ausschlussklausel nur ableiten, dass der historische Gesetzgeber die Dritthaftung nicht generell (unter allen Umständen) sperren wollte (keine absolute Sperrwirkung⁹⁴⁶ des § 262g HGB idF dRGBI 1931, 439). Vor dem gesamten geschichtlichen Hintergrund zu behaupten, der historische Gesetzgeber wäre sich nicht ganz klar darüber gewesen, ob eine (allgemeine) Dritthaftung besteht, oder nicht,⁹⁴⁷ ist mE dagegen unzutreffend.

3) Auch die weitere Rechtsentwicklung spricht mE dafür, dass sich der historische Zweck der Abschlussprüfung seit 1884 nicht maßgeblich geändert hat.⁹⁴⁸ Namentlich erfuhr die 1931 „vorausgeeilte“ Pflichtrevision durch das dAktG 1937 eine nachträgliche Rechtfertigung, die das ursprüngliche Regelungsanliegen bestätigt. Die umfassende Aktienrechtsreform durch das dAktG 1937 verfolgte als Konsequenz der Beschränkung der Rechtsform „Aktiengesellschaft“ auf größere Unternehmungen das Ziel, den Einfluss des „anonymen“ Kapitals und damit der Aktionäre zurückzudrängen; im Gegenzug dazu sollte die Selbständigkeit des Vorstands hinsichtlich der Geschäftsleitung verstärkt werden.⁹⁴⁹ Als Ausdruck dieses „Machttauschs“ sollte die Zuständigkeit für die Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich von der Hauptversammlung zum Vorstand wandern⁹⁵⁰ (freilich unter Mitwirkung des Aufsichtsrats⁹⁵¹, s § 125 Abs 1–3, § 202 Abs 1 dAktG 1937). Durch diese Kompetenzverschiebung erschien aber eine zwingende Prüfung des Jahresabschlusses durch unabhängige und sachkundige Revisoren *im Interesse der* (in ihrer Macht beschnittenen) *Aktionäre* umso notwendiger⁹⁵² (vgl auch § 1012 ABGB⁹⁵³).

⁹⁴⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtausschusses zum RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/10038, 25 (unter Verweis auf LG Frankfurt, WPK-Mitteilungen 1997, 236 ff); s dazu *Kalss*, ÖBA 2002, 191; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 54; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 171; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 89, 154 f; ebenso wie die zitierte Stellungnahme des Rechtausschusses *Begr Entw KapInHaG*, abgedr in *NZG* 2004, 1050; vgl zum Umkehrschluss aus § 275 UGB auch noch unten bei FN 1005.

⁹⁴⁶ Dazu noch unten bei FN 988.

⁹⁴⁷ So aber *Kalss*, ÖBA 2002, 204.

⁹⁴⁸ Vgl zunächst Amtliche Begründung zum dAktG 1937, 205, wo die Interessen der Gesellschaft an einer regelmäßigen Abschlussprüfung an erster Stelle gereiht werden; s dazu auch *Ritter*, *AktG*² (1939) § 135 Rz 2; vgl ferner *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, *AktG*³ (1939) § 141 Rz 3; *U. Torggler*, wbl 2001, 549: Jahresabschlüsse und ihre Prüfung sind „zu allererst“ für die Gesellschaft bestimmt; BGH III ZR 256/04 *NZG* 2006, 859 (860 f); *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 966; *Artmann*, JBl 2000, 630; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, *WAG* (2009) § 33 Rz 49: Abschlussprüfung ist „zuallererst für die Gesellschaft bestimmt“; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956, 957 FN 53: Die Leistung des Abschlussprüfers ist grunds auf die Verwendung im (Innen-)Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Geschäftsführung gerichtet; iE aA *Liebscher*, *Abschlussprüfer* 59 ff, insb 65 ff: es gehe va um Drittinteressen; *Walter Doralt*, RdW 2006, 689; *Artmann*, RdW 2007, 325; s auch *Walter Doralt*, ZGR 2015, 287.

⁹⁴⁹ *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, *Reichsrecht* (1938 ff) II b) 5, 6.

⁹⁵⁰ *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, *Reichsrecht* (1938 ff) II b) 5, 6; s dazu auch *Adler/Düring/Schmaltz*, *Rechnungslegung* (1938) § 136 *AktG*, Rz 1; *Mellerowicz* in *GroßKomm AktG*² (1961) § 135 Anm 1.

⁹⁵¹ Die Mitwirkung des Aufsichtsrats erscheint indes nicht ausreichend, wenn und weil die Gefahr der Konspiration zwischen Vorstand und Aufsichtsrat besteht (vgl zu diesem Gedanken § 84 Abs 4 Satz 2, 3 *AktG* und dazu *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, *Organhaftung* 48; zur „Befangenheit“ des Aufsichtsrats vgl auch *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* [2011] § 322 HGB, Rz 7; ferner *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, *Kapitalmarktinformatihaftung* 71).

⁹⁵² *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, *AktG*³ (1939) Übersicht Vor § 135 (S 651); *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, *Reichsrecht* (1938 ff) II b) 5, 7; *Teichmann/Koehler*, *AktG*³ (1950) § 135 Einleitung (S 348); *Adler/Düring/Schmaltz*, *Rechnungslegung* (1938) § 135 *AktG*, Rz 3 (mit stärkerer Betonung der Gläubigerinteressen); vgl auch schon *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, *Aktienrechtsreform* 514. Zum Zusammenhang zwischen Abschlussprüfung und der „separation of ownership and control“ s *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 316 Rz 40.

Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass nicht irgendein, sondern gerade der Kommentar zum dAktG 1937, der von Regierungsmitgliedern verfasst wurde, die Dritthaftung für fahrlässige Pflichtverletzungen des Abschlussprüfers ablehnte.⁹⁵⁴ Die diesbezügliche Begründung der Kommentierung, die jene der Akademie für Deutsches Recht⁹⁵⁵ übernimmt, bestätigt deren Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess des dAktG 1937.⁹⁵⁶

bb. Schlüsse aus den historischen und österreichischen Materialien: relative Sperrwirkung des § 275 UGB

1) Sämtliche der erwähnten deutschen Materialien aus den 1930er Jahren sind – und hier zeigt sich erneut eine Parallele zur Prospekthaftung⁹⁵⁷ – mE auch für die österreichische Rechtslage relevant. Denn die Abschlussprüferhaftung der Nachfolgebestimmung des § 262g HGB idF dRGBI 1931, 439, nämlich § 141 dAktG 1937⁹⁵⁸, wurde durch Inkraftsetzung des dAktG 1937 im Jahre 1938 in Österreich hiezulande in identer Form eingeführt.⁹⁵⁹ Daher ist die historische Regelungsabsicht gleichermaßen für Österreich wie für Deutschland von Bedeutung.

Nun mag man als Befürworter der *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff) dagegen einwenden, dass die „aktuelleren“ österreichischen Materialien zu § 275 HGB aF eine andere Sprache als die deutschen sprechen⁹⁶⁰ und diese daher insoweit „verstaubt“ wären. Auch der OGH hat mittlerweile⁹⁶¹ eingeräumt, dass die restriktive Auffassung des BGH zur Abschlussprüfer-Dritthaftung die österreichische Rsp nicht stützt; gleichzeitig wies das österreichische Höchstgericht aber darauf hin, dass die abweichende Ansicht des BGH möglicherweise durch die oben bereits erwähnte Äußerung des Rechtsausschusses des deutschen Bundestags⁹⁶² beeinflusst sei,⁹⁶³ was aber für die Auslegung des § 275 UGB offenbar keine Bedeutung haben könne.⁹⁶⁴

⁹⁵³ Vgl zu den Gesellschaftern als Informationsadressaten des geprüften Jahresabschlusses *U. Torggler in Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 35 („Funktion der Rechenschaftslegung über die Verwaltung fremden Vermögens“ [Anm: die ersten drei Worte fett im Original]).

⁹⁵⁴ *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17; ebenso *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 17; *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Rz 12.

⁹⁵⁵ S dazu oben bei FN 938.

⁹⁵⁶ S dazu bereits oben in FN 929 aE; zur „Autorität“ der Akademie für Deutsches Recht s etwa auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 16 f; allg zum für die historische Auslegung bedeutsamen Materialienbegriff, der auch fachliche Beratungen insb vor der Normerlassung erfasst, s *F. Bydlinki*, Methodenlehre², 449.

⁹⁵⁷ Vgl oben bei FN 657.

⁹⁵⁸ S etwa *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 1.

⁹⁵⁹ 1. EVHGB, dRGBI I 1938, 385; 2. EVHGB, dRGBI I 1938, 988; *Dellinger/Told in Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 1; vgl dazu *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5, 1 ff; *Brawenz*, Prospekthaftung 130.

⁹⁶⁰ Vgl *Dehn*, ÖBA 2002, 381; *Kalss*, ÖBA 2000, 658 FN 210, FN 216; *U. Torggler*, wbl 2001, 547 mit FN 25.

⁹⁶¹ Vgl oben in FN 326.

⁹⁶² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/10038, 25; s dazu bereits oben bei FN 945.

Gestützt wird dieser Gedankengang des OGH durch die Tatsache, dass die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des (österreichischen) FMAG 2001⁹⁶⁵ ausdrücklich eine Stellungnahme zur Frage der Dritthaftung verweigern und bloß darauf hinweisen, dass die Lösung dieser Problematik der Rsp und der künftigen Gesetzgebung vorbehalten bleibe.⁹⁶⁶ Das wird von Vertretern der hM offenbar als „Einladung“ verstanden, die Dritthaftung des Abschlussprüfers sehr weitgehend zu bejahen.⁹⁶⁷ Man könnte von dieser Warte aus argumentieren, dass die Rechtslage in Österreich insofern eine „andere“ als in Deutschland sei, als die zitierten österreichischen Materialien für § 275 UGB die ablehnende Haltung des historischen Gesetzgebers bezüglich der Dritthaftung zumindest „neutralisiert“ hätten. Unter Umständen könnte man sogar behaupten, dass die Erläuternden Bemerkungen den „Finger in die richtige Richtung“ (Bejahung der allgemeinen Dritthaftung) „gezeigt hätten“.

Eine solche Argumentation muss sich zunächst dem Einwand aussetzen, dass die österreichische Bundesregierung in der Regierungsvorlage des FMAG 2001 sicherlich keine authentische Interpretation (§ 8 ABGB) der historischen Vorschriften zur Abschlussprüfung vornehmen kann. In jüngeren Materialien wiedergegebene Rechtsauffassungen über bestimmte Zwecke älterer Gesetze sind aus rechtsmethodischer Sicht schon grundsätzlich mit Vorsicht zu genießen.⁹⁶⁸ Dies muss im vorliegenden Fall umso mehr gelten. Denn die fragliche Stellungnahme der Bundesregierung wurde sofort wieder vom Parlament revidiert: Die dadurch ausgelöste Rechtsunsicherheit⁹⁶⁹ über die Dritthaftungsfrage (trotz der an sich eindeutigen Norm des § 275 H- bzw UGB) veranlasste den Finanzausschuss des Nationalrats dazu, eine Feststellung zu treffen: Danach sei die Äußerung der Bundesregierung nur als „informativer Hinweis auf eine mögliche Diskussion betreffend die Dritthaftung von Abschlussprüfern“ zu verstehen.⁹⁷⁰ Damit wurde die Bedeutung der erwähnten Passage in den Erläuternden Bemerkungen für die Auslegung erheblich reduziert, wenn nicht sogar beseitigt.⁹⁷¹

Noch stärker an die Situation in Deutschland nach der Stellungnahme des Rechtsausschusses des deutschen Bundestags⁹⁷² näherte man sich hierzulande aber dadurch

⁹⁶³ Der OGH dürfte damit Recht haben, vgl BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (861).

⁹⁶⁴ OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

⁹⁶⁵ BGBl I 2001/97.

⁹⁶⁶ ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; s dazu zB *U. Torggler*, GBU 2001/08/28; *ders*, wbl 2001, 545.

⁹⁶⁷ Vgl *Brogyanyi*, VWT 2002 H 1, 7, P 8; *Kalss*, ÖBA 2002, 193; *Artmann*, ÖZW 2002/3, 93; *Karollus*, RdW 2006, 393.

⁹⁶⁸ Zur mangelnden Bindungswirkung und Abgrenzung zur authentischen Interpretation *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 433.

⁹⁶⁹ So auch die Klarstellung der Nationalratsabgeordneten *Frieser*, StenProt zur 75. Sitzung des Nationalrates, 21. GP, 21.43, 348.

⁹⁷⁰ AB FMAG 2001, 3; s dazu auch *U. Torggler*, wbl 2001, 545; *Dehn*, ÖBA 2002, 381 mit FN 23.

⁹⁷¹ Vgl *Brogyanyi*, VWT 2002 H 1, 7, P 6: ohne Rechtswirkung.

⁹⁷² Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/10038, 25; s dazu bereits oben bei FN 945.

an, dass der Nationalrat in seiner 75. Sitzung (sogar vor der *Rieger Bank*-Entscheidung) nachstehende Klarstellung traf:

„[...] Der Gesetzestext ist aber eindeutig und schließt eine Haftung des Abschlussprüfers gegenüber im Gesetz nicht genannten Dritten aus. Die Erläuterungen wollten die Frage der Dritthaftung offen lassen. Deshalb haben wir im Finanzausschuss eine Ausschussfeststellung getroffen, um die Haftungsbestimmungen für Wirtschaftsprüfer zu definieren. Da die Erläuternden Bemerkungen lediglich darüber informieren wollten, dass die internationale und nationale Rechtsentwicklung zur Frage der Abschlussprüferhaftung noch nicht abgeschlossen ist, haben wir im Finanzausschuss klargestellt, dass nach der mit dem Finanzmarktaufsichtsgesetz zu schaffenden Rechtslage der § 275 HGB die Haftung des Prüfers abschließend regelt. Nicht im Gesetz genannte Dritte sind somit nicht anspruchsberechtigt.“⁹⁷³

Wenn der OGH und die hM zur allgemeinen Dritthaftung des Abschlussprüfers davon ausgehen, dass aufgrund der Regierungsvorlage zum FMAG 2001 die österreichische Rechtslage eine andere als die deutsche sei, dann verrät dies nur die halbe Wahrheit und ist aus den dargestellten Gründen unzutreffend.⁹⁷⁴ Auf der hier vertretenen Linie liegt schließlich auch, dass der Ministerialentwurf zum GesRÄG 2005⁹⁷⁵, der durch „Festschreiben“ der *Rieger Bank*-Entscheidung⁹⁷⁶ explizit eine allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers normieren wollte,⁹⁷⁷ keine Mehrheit im Parlament gefunden hat.⁹⁷⁸

2) Schon aufgrund historischer Interpretation ist mE daher eine Auslegung geboten, nach welcher § 275 UGB entgegen der öhM⁹⁷⁹ insofern eine relative Sperrwirkung⁹⁸⁰ entfaltet, als er im typischen Fall der Abschlussprüfung einer Dritthaftung aufgrund von

⁹⁷³ Klarstellung der Nationalratsabgeordneten *Frieser*, StenProt zur 75. Sitzung des Nationalrates, 21. GP, 21.43, 348.

⁹⁷⁴ Vgl auch *U. Torggler*, AnwBl 2003, 618, demzufolge die österreichischen Materialien die These stützten, nach welcher den Abschlussprüfer (grunds) keine Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten träfen.

⁹⁷⁵ BMJ-B10.051/0003-I 3/2004.

⁹⁷⁶ ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 32.

⁹⁷⁷ § 275 HGB idF MinEntw GesRÄG 2005:

„[...]“

(2) Der Abschlussprüfer ist zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet. Verletzt er vorsätzlich oder fahrlässig diese Pflicht, so ist er der Gesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem, sowie Dritten, die auf die Richtigkeit des Bestätigungsvermerks vertraut haben, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

[...]

(6) Hat der Abschlussprüfer neben der Gesellschaft und den mit ihr verbundenen Unternehmen auch dritten Geschädigten Ersatz zu leisten, so steht der jeweilige Haftungshöchstbetrag den beiden Gruppen von Geschädigten je zur Hälfte zur Verfügung. Soweit er innerhalb einer Gruppe nicht ausgeschöpft wird, ist er zur Befriedigung der anderen Gruppe heranzuziehen. Reicht der Höchstbetrag nicht aus, so sind die Ansprüche anteilig zu befriedigen. Gläubiger, die ihre Ansprüche nicht binnen acht Wochen nach einem öffentlichen Aufruf in einer im gesamten Bundesgebiet verbreiteten Zeitung geltend machen, verlieren ihre Ansprüche.“

⁹⁷⁸ Vgl *Harrer* in FS Georgiades (2005) 655; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 22, 31 FN 141 aE; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 83. Freilich darf man diese Tatsache nicht überbewerten, weil man immer noch argumentieren könnte, dass der Gesetzgeber sehr wohl von der *Rieger Bank*-Entscheidung gewusst und sich nicht dafür entschieden habe, diese Rsp zu korrigieren (vgl *Artmann*, RdW 2007, 324).

⁹⁷⁹ OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 (90 f) *Rieger Bank*; OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14; *Koziol* in *Spier*, Limits 70 f; *Gelter*, RWZ 1999, 295; *Kalss*, ÖBA 2002, 192; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 955; *Artmann*, ÖZW 2002/3, 92; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 105; *Walter Doralt*, ÖBA 2002, 826; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 78; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 45; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 23; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 72; *Enzinger* in FS Straube (2009) 32.

⁹⁸⁰ Vgl *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17: „Wollte man eine Verantwortlichkeit des Prüfers für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Bestätigungsvermerks gegenüber jedem Dritten, der von dem Vermerk Kenntnis erhält, bejahen, so würde die Vorschrift des § 141, soweit sie den Grundsatz enthält, daß der Prüfer der Gesellschaft verantwortlich ist, praktisch außer Wirkung gesetzt sein. Ein solches Ergebnis entspricht nicht dem Willen des Gesetzes“; *Schlechtriem*, BB 1984, 1182.

Fahrlässigkeit des Prüfers entgegensteht.⁹⁸¹ Anderes gilt mE, wenn zusätzliche Tatbestandsmerkmale dazu treten,⁹⁸² wie insb vorsätzliches Handeln des Prüfers, ein persönlich-individueller Kontakt zwischen Abschlussprüfer und Dritten⁹⁸³, wie insb ein Auskunftsvertrag⁹⁸⁴ oder eine besondere Zusatzleistung, die der Abschlussprüfer gerade dem Dritten erbringt⁹⁸⁵. § 275 UGB verdrängt solche Ansprüche nicht, weil sich eine Haftung in diesen außergewöhnlichen Fällen mit seinem Zweck, insgesamt ein versicherbares Haftungsrisiko für den Abschlussprüfer zu gewährleisten⁹⁸⁶ und daher Dritthaftungsansprüche typischerweise auszuschließen, in Einklang bringen lässt⁹⁸⁷ (keine absolute Sperrwirkung⁹⁸⁸; vgl oben⁹⁸⁹ zu § 11 Abs 8 KMG). Die von § 275 UGB befürchtete Haftungsausuferung zulasten des Abschlussprüfers droht offensichtlich dann nicht, wenn dieser Dritten *nur* dann verantwortlich wird, wenn atypische Umstände vorliegen, insb ein spezifischer Kontakt zum Dritten. Haftungsbegründend wird in solchen Fällen aber oft nicht der Bestätigungsvermerk selbst sein⁹⁹⁰, sondern eine besondere Erklärung gegenüber dem Dritten.⁹⁹¹

Dieses Verständnis harmoniert erstens mit den Materialien, namentlich der Stellungnahme der Akademie für Deutsches Recht, die den Abschlussprüfer nur deswegen Dritten gegenüber nicht haften lassen wollte, weil seine Beurteilung (im Regelfall!) keinen konkreten Bezug zu einem Drittgeschäft aufweise.⁹⁹² Zweitens wird auf diese Weise auch ein Widerspruch zu § 11 Abs 1 Z 2, 2a KMG vermieden, wenn der Abschlussprüfer der Gesellschaft gleichzeitig der Kontrollor ihres Emissionsprospekts ist. Für die Prospekthaftung des Prüfers gegenüber Anlegern entfaltet dann § 275 UGB richtigerweise keine „Sperrwirkung“, weil der „Abschlussprüfer“ in einem solchen Fall (wie in anderen Fällen der Dritthaftung) aus seiner gewöhnlichen Funktion herausgetreten ist (sodass eine Verantwortlichkeit entsprechend § 11 Abs 1 Z 2, 2a KMG gerechtfertigt ist).

⁹⁸¹ In diese Richtung auch *U. Torggler*, wbl 2001, 547 f, 554 (jedenfalls mit Ablehnung einer generellen Sperrwirkung); wie hier für Deutschland *Canaris*, ZHR 163 (1999) 233; vgl *Baums/Fischer*, Haftung 4; ferner *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 158 ff.

⁹⁸² *Habersack/Schürnbrand in Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 53; *Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 193; *Baums/Fischer*, Haftung 8.

⁹⁸³ Vgl *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396.

⁹⁸⁴ S etwa *Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 54; *Habersack/Schürnbrand in Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 55; *Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 106; *Ebke in MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 164.

⁹⁸⁵ Vgl *U. Torggler*, wbl 2001, 547 f, 551; LG Hamburg 402 O 70/97 WM 1999, 139 (142).

⁹⁸⁶ Ausf dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“.

⁹⁸⁷ Insofern ist mE auch die (rechtlich nicht bindende) klarstellende Stellungnahme der Nationalratsabgeordneten *Frieser* (oben bei FN 973) präzisierungsbedürftig.

⁹⁸⁸ Insofern zutr *Kalss*, ÖBA 2002, 193.

⁹⁸⁹ Bei FN 764.

⁹⁹⁰ Anderes wäre etwa bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zwischen Abschlussprüfer und Dritten denkbar.

⁹⁹¹ Vgl die Differenzierung bei BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425). S zur Haftung des Abschlussprüfers gem § 1300 Satz 1 ABGB noch unten bei FN 2726.

⁹⁹² S dazu oben bei FN 938.

Die von den Redaktoren gewünschte Überschaubarkeit des Haftungsrisikos wird aber sicherlich auch noch dann gewährleistet, wenn man allgemein den vorsätzlich handelnden Abschlussprüfer ebenso Dritten haften lässt. Niemandem wird wohl zu viel abverlangt, wenn man es ihm zur Schadenersatzbewehrten Pflicht macht, Dritte nicht vorsätzlich zu schädigen (Rechtsgedanke der § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB). Diesbezüglich wird die fehlende Sperrwirkung des § 275 UGB sogar ausdrücklich von § 11 Abs 1 Z 4 KMG belegt. Aus diesen beiden Normen lässt sich auch ableiten, dass dem vorsätzlich handelnden Abschlussprüfer die Haftungsschranken des § 275 UGB nicht zugutekommen, was mE (entgegen dem BGH⁹⁹³) ebenso für den Fall der Haftung kraft individuellen Kontakts mit dem Dritten gelten sollte.⁹⁹⁴

Sieht man von letzterer These ab, dürfte die hier vertretene Interpretation im Wesentlichen mit der deutschen Rsp und hM übereinstimmen, die eine Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers Dritten gegenüber aufgrund der Wertung des § 323 dHGB nur sehr eingeschränkt bejaht.⁹⁹⁵ Das bestärkt die Annahme einer relativen Sperrwirkung des § 275 UGB. Es wäre doch im höchsten Maße verwunderlich, wenn bei völlig ähnlichen Bestimmungen wie § 275 UGB einerseits und § 323 dHGB andererseits⁹⁹⁶ krass Unterschiedliches bezüglich der Dritthaftungsfrage gelten würde,⁹⁹⁷ zumal § 275 UGB – wie oben⁹⁹⁸ erläutert – ein „deutsch-österreichisches Rechtstransplantat“⁹⁹⁹ darstellt. Letzteres wurde sogar vom österreichischen Gesetzgeber im Zuge des RLG 1990 betont.¹⁰⁰⁰

⁹⁹³ BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1951).

⁹⁹⁴ S dazu unten in FN 3617.

⁹⁹⁵ BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949): „besondere Leistung“ des Abschlussprüfers, „von der gegenüber einem Dritten, der auf seine Sachkunde vertraut, Gebrauch gemacht werden soll“; bestätigend und präzisierend BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (861): es müssten strenge Anforderungen an die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Abschlussprüfungsvertrags gestellt werden, die etwa bei einer „Kontaktaufnahme“ erfüllt seien; BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425); BGH III ZR 307/07 NZG 2009, 37: keine absolute Sperrwirkung; zust *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 172, 191; s ferner BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (197); III ZR 156/13 AG 2014, 710 (712); *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 74, 78; *Kersting*, Dritthaftung 547 mwN; *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 50; *Kozioł* in *Spier*, Limits 26 f (aus rechtsvergleichender Sicht); s auch noch unten bei und in FN 1456, 1458; vgl auch schon BGH III ZR 15/92 NJW-RR 1993, 944: Prüfung auf Betreiben des Dritten; zur Haftung des Abschlussprüfers aus einem Auskunftsvertrag s die Nw in FN 1736; s dazu auch *Artmann*, JBl 2000, 625.

⁹⁹⁶ *Liebscher*, Abschlusprüfer 29; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 55: idente Rechtslage; *Steckel* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 275 Rz 2; *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 48: sehr ähnl.

⁹⁹⁷ *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 31; so aber *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 84.

⁹⁹⁸ Bei FN 959.

⁹⁹⁹ Vgl *Wendehorst*, Verjährung bei der Haftung des Abschlussprüfers - Probleme durch ein deutsch-österreichisches Rechtstransplantat, in FS Straube (2009) 233; s dazu bereits oben bei FN 957.

¹⁰⁰⁰ ErläutRV RLG 1990, 72; s dazu sogleich noch unten bei FN 1005.

c. Mittelbarer Gläubigerschutz auch nach systematischer Interpretation

1) Wer dem Willen des historischen Gesetzgebers vor systematisch-teleologischen Argumenten keinen rechtsmethodischen Vorrang einräumen möchte¹⁰⁰¹, die Materialien (unzulässiger Weise [vgl § 6 ABGB aE]) gänzlich aus der rechtsdogmatischen Betrachtung ausblenden und sich alleine auf die geltende Gesetzeslage konzentrieren will, der wird doch gleich wieder an die historischen Zwecke erinnert. Hierfür muss man sich zunächst bloß die Wertung des 1992 in Kraft getretenen¹⁰⁰² § 11 Abs 1 Z 4 KMG zu Gemüte führen (keine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber dritten Anlegern).¹⁰⁰³

Auch ist zu berücksichtigen, dass § 275 HGB/UGB seit dem RLG 1990 (wie § 323 dHGB) ausdrücklich nur ganz bestimmte Dritte („verbundene Unternehmen“) in seinen Schutzbereich miteinbezieht und diesen einen Ersatzanspruch zubilligt (§ 275 Abs 2 Satz 2 UGB).¹⁰⁰⁴ Dies sind solche Dritte, die gesetzlich gezwungen sind, ihre Sphäre durch Gewährung von Auskunft und Einsicht dem Abschlussprüfer gegenüber zu öffnen (vgl § 272 Abs 3 UGB).¹⁰⁰⁵ Dadurch legt das Gesetz den historisch indizierten¹⁰⁰⁶ Umkehrschluss hinsichtlich sonstiger Dritter nahe, die nicht in gleicher Weise von der Abschlussprüfung betroffen sind.¹⁰⁰⁷

Dies gilt umso mehr,¹⁰⁰⁸ als bei der Verschmelzung und Spaltung entgegen § 275 UGB¹⁰⁰⁹ die Haftung des Verschmelzungs- bzw Spaltungsprüfers explizit auf die Aktionäre der beteiligten Gesellschaften ausgedehnt wurde ([§ 96 Abs 2 GmbHG iVm] § 220b Abs 3 Satz 3 AktG, § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG), weil der Gesetzgeber offenbar (nur) ihre (durch ein falsches Umtauschverhältnis beeinträchtigten) Vermögensinteressen als schützenswert erachtet hat.¹⁰¹⁰ Auch bei solchen Wirtschaftsprüfern, die den Rechenschaftsbericht eines Emittenten von Immobilienveranlagungen prüfen und die *ex lege* „im Sinne des § 275

¹⁰⁰¹ Für einen Vorrang allerdings *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 12 FN 5; vgl auch *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*², 570.

¹⁰⁰² S § 19 Abs 1 KMG.

¹⁰⁰³ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“.

¹⁰⁰⁴ *Vavrovsky*, *ÖBA* 2001, 581; *BGH III ZR 245/96 NJW* 1998, 1948 (1949).

¹⁰⁰⁵ *U. Torggler*, *wbl* 2001, 545 f; *Artmann*, *JBl* 2000, 624; *Kalss*, *ÖBA* 2002, 192; *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, *UGB*³ (2012) § 275 Rz 90 f; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, *BWG*, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 22 mit FN 77; *Mellerowicz* in *GroßKomm AktG*² (1961) § 141 Anm 10; *Böcking/Gros/Rabenhorst* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, *HGB*³ (2014) § 323 Rz 22; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, *HGB*⁵ (2010) § 323 Rz 3, 44; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 84; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 116.

¹⁰⁰⁶ Oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“.

¹⁰⁰⁷ *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 149; *LG Hamburg* 402 O 70/97 WM 1999, 139 (141); aA *Kalss*, *ÖBA* 2002, 192.

¹⁰⁰⁸ *U. Torggler*, *wbl* 2001, 546; vgl für Deutschland *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 150 f; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, *HGB*⁵ (2010) § 323 Rz 52; aA wiederum *Kalss*, *ÖBA* 2002, 192 f, 200; *dies*, *ÖBA* 2000, 658.

¹⁰⁰⁹ Vgl § 220b Abs 3 Satz 1 AktG, § 5 Abs 3 Satz 1 SpaltG.

¹⁰¹⁰ Vgl *Begr RegEntw VerschmelzungsRL-G*, BT-Drucksache 9/1065, 17; *Kalss*, *ÖBA* 2000, 654 FN 166: Es sind gerade die Anteilsinhaber, die geschädigt werden können.

UGB“ gegenüber Anlegern haften (§ 14 Z 6 KMG),¹⁰¹¹ scheint es, als wäre der Gesetzgeber ganz bewusst vom Haftungsregime der Abschlussprüfung abgewichen.¹⁰¹²

2) Kurz soll hier auch auf das bereits oben¹⁰¹³ referierte Argument der „Haftungskanalisation“¹⁰¹⁴ eingegangen werden.¹⁰¹⁵ Aus systematischer Sicht wäre dieses besonders dann schlagkräftig, wenn der Abschlussprüfer Organqualität hätte oder doch zumindest eine organähnliche Stellung innerhalb der geprüften Gesellschaft einnehmen würde.¹⁰¹⁶

Die Frage, wie man die Funktion des Abschlussprüfers einordnet, ist freilich umstritten.¹⁰¹⁷ Dem soll hier nicht im Detail nachgegangen werden. Soviel sei aber gesagt: Aus dem Gesetz kann man herauslesen, dass es offensichtlich von einer Art „Zwitterstellung“ der Abschlussprüfung ausgeht,¹⁰¹⁸ einerseits als ein Instrument externer Kontrolle und andererseits einer interner Revision.¹⁰¹⁹ Aspekte der externen *Corporate Governance* kommen in den zwingenden Bestimmungen über die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers¹⁰²⁰ (§§ 271–271c UGB) und dem (damit zusammenhängenden) Prinzip der Einmaligkeit der Prüfungsleistung¹⁰²¹ zum Ausdruck.¹⁰²²

¹⁰¹¹ S dazu noch ausf unten bei FN 1934, 3548.

¹⁰¹² Vgl C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 308. Zur Erklärung für die Anordnung der Dritthaftung (nur) in diesen Fällen s unten bei FN 2632.

¹⁰¹³ Bei FN 382.

¹⁰¹⁴ Das gesellschaftsrechtliche Prinzip der Haftungskanalisation geht auf die deutsche Aktienrechtsreform des Jahres 1884 zurück, s U. Torggler, wbl 2001, 548; Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 71; s auch Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 447 f; oben in FN 891; vgl bereits ROHG Gutachten, abgedr bei und zit nach Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213 ff, insb 216.

¹⁰¹⁵ Vgl dazu U. Torggler, wbl 2001, 545, 548; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 57.

¹⁰¹⁶ S sogleich unten bei FN 1034; vgl auch U. Torggler in Straube, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 57; dens, AnwBl 2003, 619: „Relativität der Organpflichten“.

¹⁰¹⁷ Für eine Organstellung die historischen Stellungnahmen (unten in FN 1032); s weiters (Hilfsorgan des Aufsichtsrats) Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 316 Rz 1; BGH II ZR 322/53 NJW 1955, 499 (500) („in die Organisation der Gesellschaft eingegliedert“); II ZR 88/79 WM 1980, 526 (527); C. Völkl in Straube, UGB³ (2011) § 270 Rz 2; vgl U. Torggler, GBU 2002/03/06; die Organstellung abl Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 97; dhL: Köndgen, Selbstbindung 388 FN 198; Marsch-Barner in Ensthaler, HGB⁸ (2015) § 318 Rz 3; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 318 Rz 2; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 17; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 32 ff, 41; wohl auch Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 4.

¹⁰¹⁸ Kalss, ÖBA 2002, 189: Unternehmenskontrolle von innen und außen.

¹⁰¹⁹ Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) Überblick vor § 316 Rz 6; vgl auch Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 30, 35; Reidenbach, Ratingagenturen 28.

¹⁰²⁰ Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 33 f; vgl Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 16. Dass die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit einer Organqualifikation zwingend entgegensteht (so zB Ebke in MünchKomm HGB³ [2013] § 323 Rz 41) erscheint mE zweifelhaft. Denn erstens war dies schon immer der Fall, sodass sich die Rechtslage seit den diesbezüglichen historischen Stellungnahmen, die aber eindeutig eine andere Sprache sprechen (s unten in FN 1032), nicht wesentlich geändert hat. Zweitens ist zu bedenken, dass der Abschlussprüfer nur dann seine ihm vom Gesetz zugeordnete Funktion (s dazu oben bei und in FN 922) erfüllen kann, wenn er ausreichend unbefangen ist. MaW hat die Gesellschaft kein legitimes Interesse an einem befangenen Abschlussprüfungsorgan. Und drittens müssen auch andere Organe (Vorstand, Aufsichtsrat) ihr Verhalten an ihrer gesetzlichen Funktion (insb dem Gesellschaftsinteresse) und nicht etwa einseitig an Partikularinteressen ausrichten, wollen sie sich nicht einer Haftung aussetzen (vgl auch C. Völkl in Straube, UGB³ [2011] § 270 Rz 2, der in diesem Zusammenhang auf die Weisungsfreiheit des Vorstands [vgl § 70 Abs 1 AktG] hinweist).

¹⁰²¹ Zum insofern bestehenden Organcharakter des Abschlussprüfers s Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 272; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 2; vgl Berichterstatter, Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium (Sitzung am 16.2.1931), abgedr bei Schubert, Aktienrechtsreform II 1023.

¹⁰²² Vgl auch OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529); Artmann, RdW 2007, 327.

Der Gesichtspunkt der internen *Corporate Governance* spiegelt sich in der Bestellung des Abschlussprüfers durch die Gesellschafter („körperschaftlicher Akt“; § 270 UGB),¹⁰²³ in seinen organähnlichen Befugnissen¹⁰²⁴ (vgl § 272 UGB mit § 95 Abs 2 und Abs 3 AktG, § 30j Abs 2 und Abs 3 GmbHG), in der Nichtigkeit eines ungeprüften Jahresabschlusses¹⁰²⁵ (§ 202 Abs 1 Z 4 AktG, § 268 Abs 1 Satz 3 UGB; dazu sogleich näher S 128 ff) und – das ist für die hier interessierende Problematik entscheidend – auch bei der ausdrücklich statuierten Innenhaftung¹⁰²⁶ des Abschlussprüfers (§ 275 UGB; vgl dazu auch § 14 Abs 1, § 21 Abs 2 Satz 2 PSG) wider.¹⁰²⁷ Nicht zufällig sprach man im Zusammenhang mit der Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung von schadenersatzbewehrten „Treuepflichten“ des Prüfers gegenüber der Gesellschaft¹⁰²⁸ (vgl insb die Redepflicht¹⁰²⁹ gem § 273 Abs 2 und Abs 3 UGB), die ebenso bei anderen Organen bestehen¹⁰³⁰ (vgl „gewissenhaften“ in § 275 Abs 2 UGB mit § 47, § 84 Abs 1 und Abs 2, § 118 Abs 2 AktG, § 24 Abs 1 VerG, § 17 Abs 2 PSG, § 45 Abs 2 Z 3 VAG, § 39 Abs 1 BWG, § 6 Abs 1 EWIV-G, § 3 Abs 1 ImmoInvFG). Gerade die Verjährung der Ersatzpflicht gem § 275 Abs 5 UGB ist deutlich an die (übrigen) Organhaftungsvorschriften angelehnt (vgl [§ 99 iVm] § 84 Abs 6 AktG, [§ 33 iVm] § 25 Abs 6 GmbHG).¹⁰³¹

Wenn der Gesetzgeber also bei der Ausgestaltung der Abschlussprüferhaftung von einer Organeigenschaft des Abschlussprüfers ausgegangen ist,¹⁰³² passt das sehr gut zur Stellungnahme der Akademie für Deutsches Recht, die eine Fahrlässigkeitshaftung des

¹⁰²³ Zum insofern bestehenden Organcharakter des Abschlussprüfers s *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 2; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 17; vgl § 87 Abs 1 Satz 1 AktG, § 15 Abs 1 Satz 3, § 30b Abs 1 Satz 1 GmbHG.

¹⁰²⁴ Vgl A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 1.

¹⁰²⁵ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.

¹⁰²⁶ Für § 323 dHGB: *Baums/Fischer*, Haftung 8; H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 20.

¹⁰²⁷ Zutr *Mellerowicz* in GroßKomm AktG² (1961) § 135 Anm 5; ähnl bereits *Ländervertreter von Hamburg*, Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium (Sitzung am 16.2.1931), abgedr bei *Schubert*, Aktienrechtsreform II 1028; Parallelen ebenso aufzeigend (insb hinsichtlich der mangelnden Schutzgesetzzeigenschaft) *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 334; *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 395 f; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 16; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 7, 16.

¹⁰²⁸ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 322 f; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 3; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 2, 8; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 41 (mit krit Tendenz); hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht und dem Verwertungsverbot auch A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262g Einleitung, Anm 2.

¹⁰²⁹ Zum Zusammenhang zwischen dieser und der Organstellung s *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 16.

¹⁰³⁰ S U. Torggler, ZfRV 2002, 139.

¹⁰³¹ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 332; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 14; *Ritter*, AktG² (1939) § 141 Rz 6; vgl OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (609); s dazu noch unten in FN 3652.

¹⁰³² Vgl bereits (zum Revisor) Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 507: „besonderes Organ der Gesellschaft“; zur Eigenschaft des Abschlussprüfers zwar nicht als selbständiges, wohl aber als Hilfsorgan von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat: *Berichterstatter*, Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium (Sitzung am 16.2.1931), abgedr bei *Schubert*, Aktienrechtsreform II 1023; ähnl *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 272; *Schmölder* und *Schreyer*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 530, 540; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 2; weitergehend (selbständiges Organ) A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 1; *Mellerowicz* in GroßKomm AktG² (1961) § 135 Anm 5; wohl auch *Ritter*, AktG² (1939) § 135 Rz 3a; vgl ferner *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 137 AktG, Rz 2.

Abschlussprüfers Dritten gegenüber ablehnte¹⁰³³. Nach dem gesellschaftsrechtlichen Konzept ist nun einmal eine Binnenhaftung von Organen bzw Organwaltern die Regel¹⁰³⁴ (§ 99 iVm § 84 Abs 2 AktG, § 33 iVm § 25 Abs 2 GmbHG) und bedarf daher eine Außenhaftung einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage¹⁰³⁵, die für den Bereich der Abschlussprüfung gerade fehlt. Auch hinsichtlich der schadenersatzrechtlichen Gründungsvorschriften der §§ 39 ff AktG, einschließlich der mit der Abschlussprüfung kraft Verweises offensichtlich verwandten Gründungsprüfung (vgl § 42 AktG mit § 275 UGB), hat sich der historische Gesetzgeber deutlich für das Prinzip der Innenhaftung entschieden¹⁰³⁶ (vgl sogar die Binnen-„Prospekthaftung“¹⁰³⁷ gem § 40 Z 3 AktG¹⁰³⁸).¹⁰³⁹

Mit dem gesetzgeberischen Bekenntnis zu diesem Grundsatz sind nicht etwa die Gläubigerinteressen negiert worden (vgl auch § 25 Abs 5, Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG; § 84 Abs 5 AktG). Das Gesetz hat sich vielmehr für einen reflexartigen Gläubigerschutz dergestalt entschieden, dass etwa der Gründungsprüfer oder der Geschäftsleiter (nach richtiger Ansicht beide zwingend¹⁰⁴⁰ [vgl § 42 AktG iVm § 275 Abs 4, §§ 125, 128, 170 UGB]) für die Einhaltung der professionellen Sorgfalt gegenüber der Gesellschaft haftet und ein allenfalls von jenem an diese zu leistender Schadenersatzbetrag auch den Gesellschaftsgläubigern wirtschaftlich zugutekommt. Gegenüber einer umfassenden Außenhaftung wird auf diese Art wohl auch die Handlungsfreiheit der von der Haftung Bedrohten besser gewährleistet; ein Argument, dass in besonderem Maße für Abschlussprüfer trägt.

Vor diesem Hintergrund verdient die Aussage des OGH in der älteren Entscheidung 2 Ob 89/35¹⁰⁴¹ zur Haftung des Genossenschaftsrevisors völlige Zustimmung. Dort lehnte

¹⁰³³ S dazu oben bei FN 938.

¹⁰³⁴ S nur OGH 8 Ob 6/10 f ÖBA 2011, 341 (343); *U. Torggler in Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 57; *Rüffler*, GES 2010, 9; *dens*, JBl 2011, 69 ff; *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 703; für Deutschland etwa *Köndgen*, AG 1983, 121; *Hopt/Voigt in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 121; *Hopt*, WM 2013, 108.

¹⁰³⁵ S zB § 26 Abs 2, § 56 Abs 3, § 64 Abs 2 GmbHG, § 84 Abs 5, §§ 100 f, 227 AktG, § 69 Abs 3 IO bzw § 159 iVm § 161 Abs 1 StGB iVm § 1311 ABGB.

¹⁰³⁶ S dazu die Nw oben in FN 1014, 891.

¹⁰³⁷ Gerade im Bereich der Prospekthaftung wäre doch ein unmittelbarer Drittschutz nahegelegen (vgl § 11 KMG, § 43 dBörsenG 1896). Der Gesetzgeber hat sich mit § 40 Z 3 AktG (s zum mittelbaren Anleger- bzw Aktionärsschutz durch diese Bestimmung *Brawenz*, Prospekthaftung 132; *Kalss*, Anlegerinteressen 177: Präventionsfunktion, 432 ff; *dies/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 827; *Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG*³ [2008] § 47 Rz 50; weitergehend *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 40 Rz 22 FN 20, Rz 26) aber ebenso wie mit § 42 AktG und § 275 UGB dagegen entschieden. Er ist vom historischen Binnenhaftungskonzept nur im Rahmen des § 11 KMG abgewichen, der jedoch gerade dieses Prinzip für die Abschlussprüferhaftung (grunds [dh abgesehen von vorsätzlichen Pflichtverletzungen des Prüfers]) bestätigt (vgl oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“).

¹⁰³⁸ Vgl dazu auch §§ 134 ff AktG. Die „Garantiehaftung“ gem § 40 Z 3 AktG erfasst das Erfüllungsinteresse der Gesellschaft an einer rechtmäßigen Gründung, dh an der vollen Aufbringung und Werthaltigkeit sämtlicher Einlagen; die Bezeichnung „Garantiehaftung“ ist freilich insoweit ungenau, als der Schadenersatzanspruch gem § 40 Z 3 AktG verschuldensabhängig ist (vgl *J. Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2011] § 42 Rz 21; s zum Ganzen *Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG*³ [2008] § 47 Rz 50; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 40 Rz 22).

¹⁰³⁹ Das spricht daher auch für eine Binnenhaftung des Abschlussprüfers (*U. Torggler*, wbl 2001, 546, 548).

¹⁰⁴⁰ Ausf zur zwingenden Geschäftsleiterhaftung *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 ff (zur GmbH), 41 f (zur AG).

¹⁰⁴¹ JBl 1935, 324 (325); zust auch *Welser*, Haftung 92; s auch *U. Torggler*, wbl 2001, 546.

das Höchstgericht im Ergebnis die Revisorhaftung gegenüber Genossenschaftern und Gläubigern ab, wies aber gleichzeitig auf Folgendes hin: „der Revisor [erg: haftet der Genossenschaft] für die sachgemäße Prüfung. Die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch [erg: den] [...] Revisor gewährleistet die ordnungsmäßige Geschäftsgebarung bei der Genossenschaft und wirkt sich in dieser Weise auch zugunsten der einzelnen Genossenschafter und Gläubiger aus“.¹⁰⁴²

Wenn dagegen eingewandt wird, dass dieses Konzept der „Haftungskanalisation“¹⁰⁴³ in Fällen der Abschlussprüferhaftung „oftmals“ nicht funktioniere,¹⁰⁴⁴ weil in der Praxis (Anleger-)Schäden auftauchten, die nur bei den Dritten und nicht bei der Gesellschaft selbst eintreten,¹⁰⁴⁵ so driftet man damit mE in den Bereich der Rechtspolitik ab. Wie aus dem Gesetzeswortlaut¹⁰⁴⁶ und den deutschen Materialien, insb der Beratung des vorläufigen Reichswirtschaftsrats¹⁰⁴⁷, klar hervorgeht, hat sich der Gesetzgeber im Bereich der Abschlussprüferhaftung mit einem reflexartigen Drittschutz begnügt¹⁰⁴⁸ und an dieser Position lässt sich *de lege lata* auch nicht rütteln. Im Übrigen kann das System der Haftungskanalisation auch in bestimmten Fällen der Geschäftsleiterhaftung versagen.¹⁰⁴⁹ Dies veranlasst aber die hM nicht dazu, dieses Grundprinzip für die Haftung von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern allgemein (!) und auch dann weg zu interpretieren, wenn kein besonderer Außenhaftungstatbestand einschlägig ist.¹⁰⁵⁰

aa. Insb Beschlussmängelrecht

Der reflexartige Schutz der Gläubiger¹⁰⁵¹ spiegelt sich mE auch im kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrecht wider, obwohl dieses auch von jenen bemüht wird, die aus den §§ 268 ff UGB einen unmittelbaren Gläubigerschutz deduzieren möchten.¹⁰⁵²

¹⁰⁴² Vgl zum Gedanken des mittelbaren Gläubigerschutzes die Ausführungen bei *Canaris*, JZ 1995, 443.

¹⁰⁴³ *U. Torggler*, wbl 2001, 546.

¹⁰⁴⁴ Vgl auch ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38.

¹⁰⁴⁵ *Artmann*, RdW 2007, 325; *Walter Doralt*, RdW 2006, 687 FN 4; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2002, 204; s zu dieser Problematik auch *dies*, *Anlegerinteressen* 220, 328, 432; *Rüffler*, JBl 2011, 70; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 117; *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ (2008) § 49 Rz 54; *Köndgen*, AG 1983, 121.

¹⁰⁴⁶ Vgl *U. Torggler*, GBU 2002/03/06.

¹⁰⁴⁷ Oben bei FN 927.

¹⁰⁴⁸ Zutr *U. Torggler*, wbl 2001, 546.

¹⁰⁴⁹ Man denke etwa an grob oder leicht fahrlässige Bilanzierungsfehler oder Fehlinformationen an den Kapitalmarkt durch den Vorstand, die über den Vermögensstand der Gesellschaft täuschen und daher letztlich zu einem Vertrauensschaden von Gläubigern oder Anlegern führen.

¹⁰⁵⁰ Ausf *Rüffler*, JBl 2011, 69 ff; s auch *U. Torggler*, wbl 2001, 550; *dies* in *Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 57; vgl auch *Köndgen*, AG 1983, 121.

¹⁰⁵¹ Dazu bereits oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“, „Teil 1.I.D.2.b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation“, „Teil 1.I.D.2.c. Mittelbarer Gläubigerschutz auch nach systematischer Interpretation“.

¹⁰⁵² Vgl *Walter Doralt*, RdW 2006, 689.

Dafür muss nochmals historisch ausgeholt werden. Nach den Erläuternden Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines (deutschen¹⁰⁵³) Aktiengesetzes aus dem Jahr 1931¹⁰⁵⁴ sollten Verstöße gegen die Pflicht zur Abschlussprüfung bloß zur Anfechtbarkeit (vgl §§ 195 ff AktG, § 41 GmbHG) des Beschlusses über die Feststellung des Jahresabschlusses führen: Die historischen Vorbilder der §§ 268 ff UGB wurden nicht als Bestimmungen qualifiziert, die in ausreichendem Maße Gläubigerschutz *bezwecken* würden und deren Verletzung daher iSd damaligen reichsgerichtlichen Rsp¹⁰⁵⁵ die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge haben sollte¹⁰⁵⁶ (vgl heute § 199 Abs 1 Z 3 AktG). Mit dieser Ansicht befand man sich im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Beschlussmängelrechts, wonach aus Rechtssicherheitsabwägungen Anfechtbarkeit die „reguläre“ Mängelfolge darstellt (bezeichnend § 41 GmbHG¹⁰⁵⁷).¹⁰⁵⁸ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder* stimmten denn auch der Ansicht des besagten Entwurfs im Rahmen ihrer Kommentierung der Pflichtprüfung gem §§ 262a ff HGB idF dRGBI 1931, 439 zu.¹⁰⁵⁹ Bei der Einführung dieser Vorschriften sei der Gläubigerschutz zwar „mit maßgebend“ gewesen. „Gleichwohl ist die Pflichtprüfung doch *vorwiegend* eine interne Angelegenheit der Gesellschaft“ und keine solche im öffentlichen Interesse.¹⁰⁶⁰

Diese Aussagen zum Regelungszweck der Abschlussprüfung verdienen mE heute noch Beachtung, obwohl das AktG 1937/38 die Rechtsfolge der Nichtigkeit für das Unterlassen der Abschlussprüfung doch befürwortete und einen entsprechenden Nichtigkeitsgrund in § 135 Abs 1 Satz 2 (iVm § 195 Fall 1, § 202 Abs 1) AktG 1937/38¹⁰⁶¹ einführte¹⁰⁶² (vgl heute § 202 Abs 1 Z 4 AktG, § 268 Abs 1 Satz 3 UGB¹⁰⁶³). Motiv dafür dürfte gewesen

¹⁰⁵³ S zur Bedeutung der deutschen Materialien für die österreichische Rechtslage oben in FN 881.

¹⁰⁵⁴ Zur Bedeutung dieses Entwurfs als Ausgangsbasis für das dAktG 1937, vgl EB des Reichsjustizministeriums zum Aktiengesetzentwurf 1931, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 908; *Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in *Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5, 5; *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) IV.

¹⁰⁵⁵ S dazu *Huber* in FS Coing II (1982) 167 ff; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 41 Rz 2.

¹⁰⁵⁶ EB des Reichsjustizministeriums zum Aktiengesetzentwurf 1931, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 919; dazu *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 282; vgl auch *Berichterstatter*, Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium (Sitzung am 16.2.1931), abgedr bei *Schubert*, Aktienrechtsreform II 1029.

¹⁰⁵⁷ Die Norm geht überhaupt nur von der Anfechtbarkeit aus; sie ist insofern freilich lückenhaft (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 5).

¹⁰⁵⁸ Vgl zum Grundsatz, wonach nur bestimmte, grobe Verstöße die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge haben, wobei die Nichtigkeitsgründe erschöpfend im Gesetz aufgezählt sind *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 3, 6 ff.

¹⁰⁵⁹ Für Anfechtbarkeit ferner *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 17.

¹⁰⁶⁰ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 282.

¹⁰⁶¹ Vgl auch § 195 *leg cit*; vgl dazu heute § 268 Abs 1 UGB, § 199 Abs 1, § 202 Abs 1 Z 4 AktG, die in dem hier interessierenden Zusammenhang nicht wesentlich von den Bestimmungen des AktG 1937/38 abweichen.

¹⁰⁶² Wird entgegen satzungsmäßiger (nicht gesetzlicher) Verpflichtung keine Bilanzprüfung durchgeführt, ist der Beschluss gem § 41 Abs 1 Z 2 Fall 2 GmbHG bzw § 195 Abs 1 AktG anfechtbar, vgl für Deutschland *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 316 Rz 29.

¹⁰⁶³ S dazu etwa *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 35 Rz 5, § 41 Rz 11. Eine Heilung dieser Nichtigkeit kommt mE – dem Rechtsgedanken des § 200 Abs 3 AktG (Sanierung des Verfahrensfehlers durch Ergänzung des Beschlusses um die Zustimmung des nicht geladenen Gesellschafters) – bei Nachholung der Abschlussprüfung und erneuter Feststellung in Betracht (vgl für Deutschland etwa *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* [2011] § 316 HGB, Rz 31). Eine analoge Anwendung des § 200 Abs 2 AktG dahingehend, dass die Nichtigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn seit der Bekanntmachung des Jahresabschlusses 3 Jahre verstrichen sind (vgl die ausdr Regelung des § 256 Abs 6 Satz 1 dAktG), dürfte ausgeschlossen sein. Denn die Redaktoren des AktG 1937/38 dürften bewusst davon abgesehen haben, eine solche

sein, dass man für die prüfpflichtigen Gesellschaften einen stärkeren Anreiz zur lückenlosen Bilanzrevision schaffen wollte¹⁰⁶⁴,¹⁰⁶⁵ zumal mit dem AktG 1937/38 die Zuständigkeit zur Feststellung des Jahresabschlusses von der Hauptversammlung auf den insoweit „befangeneren“ Vorstand übergang¹⁰⁶⁶. Für die hier interessierende Frage ist wichtig, dass § 195 Z 3 *leg cit* die bereits erwähnte reichsgerichtliche Rsp positiviert und explizit einen Nichtigkeitsgrund für die Verletzung von Normen vorsah, die „ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind“. Dies galt aufgrund von § 202 Abs 1 Z 2 *leg cit* sinngemäß für die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Geschäftsleitung. Nun mag man als Vertreter der hM zur Abschlussprüferdritthaftung geltend machen, dass § 135 Abs 1 Satz 2 *leg cit*¹⁰⁶⁷ ein „Anwendungsfall“ des § 195 Z 3 bzw § 202 Abs 1 Z 2 *leg cit* sei, weil die Abschlussprüfung „fortan“ doch (?) wesentlich dem Gläubigerschutz zu dienen bestimmt war.

ME kann diese Argumentation nicht überzeugen. Die Amtliche Begründung zum AktG 1937/38 verstand den Begriff des öffentlichen Interesses in der Tat weiter, als dies nach dem strengerem Gesetzeswortlaut den Anschein hatte. Klar unterschieden wurden zwei Fälle der Nichtigkeit gem § 195 Z 3 *leg cit*: Diente eine Vorschrift nicht nur dem Schutz der beschließenden Aktionäre, sondern auch dem der Gläubiger und der künftigen Aktionäre, so bezwecke sie den Schutz der Öffentlichkeit [1]. Gleiches gelte, wenn sie zwar nur die

Heilung der Nichtigkeit zu regeln (keine planwidrige Lücke), um iS einer Verhaltenssteuerung der Gesellschaften die lückenlose Abschlussprüfung sicherzustellen (dazu sogleich im Fließtext bei FN 1064).

¹⁰⁶⁴ Bei bloßer Anfechtbarkeit wären die Feststellung des nicht geprüften Jahresabschlusses sowie ggf der darauf aufbauende Gewinnverwendungsbeschluss nach Verstreichen der einmonatigen (!) Anfechtungsfrist endgültig wirksam geworden. Die Pflichtrevision hätte auf diese Weise umgangen werden können, ungeachtet des mit einer solchen Umgehungstaktik verbundenen Risikos einer Organhaftung (vgl Kalss, Anlegerinteressen 319; Ritter, AktG² [1939] § 135 Rz 3c; Schüppen in *Heidel/Schall*, HGB [2011] § 316 Rz 15; wo freilich kein Kläger, da kein Richter [Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 282]) und einer Zwangsstrafsanktion sowie der dadurch drohenden Wettbewerbsnachteile der Gesellschaft (vgl Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung [1932] 282; A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} [1932] § 262a Anm 4). Wesentlich schärfere Waffe gegen einen derartigen „Verzicht“ auf die obligatorische Bilanzprüfung ist die Nichtigkeit des Beschlusses über die Feststellung des Jahresabschlusses samt Gewinnverwendungsbeschluss (*de lege ferenda* diese Rechtsfolge daher sogar abl Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung [1932] 282), weil davon auch die Dividendenauszahlung an die Gesellschafter abhängt (Schüppen in *Heidel/Schall*, HGB [2011] § 316 Rz 16); vgl dazu auch Amtliche Begründung zum dAktG 1937, 205, wonach „eine regelmäßige Pflichtprüfung der Rechnungsführung einer Gesellschaft [...] der Erhaltung eines gesunden Aktienwesens überhaupt“ diene; ähnl bereits Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 514; vgl auch Cohen, ebd 523: „Ich glaube auch, daß die Pflichtprüfung absolut obligatorisch gemacht werden muß und daß es keine Möglichkeit geben kann, sich vor ihr zu drücken, wenn sie Sinn haben soll.“ Eine konsequentere Pflichtprüfung erschien nach der Aktienrechtsnovelle 1931 insofern umso dringlicher, als die Verantwortung des Aufsichtsrats mit dieser Gesetzesänderung gemindert worden war (vgl Gennes, ebd 557).

¹⁰⁶⁵ S Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) Übersicht Vor § 135 (S 651 f); Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 136 AktG, Rz 3: Die drohende Nichtigkeit werde „nunmehr jedes Ausweichen von der Pflichtprüfung [...] unmöglich machen“; ähnl Habersack/Schürnbrand in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 6, § 316 Rz 1, 27; vgl auch ErläutRV GesRÄG 2005, 17: „weitreichende Folge der drohenden Nichtigkeit“; vgl bereits Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in *Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5, 7.

¹⁰⁶⁶ Oben bei FN 950.

¹⁰⁶⁷ IVm § 195 Fall 1, § 202 Abs 1 AktG 1937/38.

beschließenden Aktionäre schützen wolle, diese aber auf den Schutz nach dem Willen des Gesetzgebers nicht verzichten dürfen [2].¹⁰⁶⁸

Würden die Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung tatsächlich in erheblicher Weise (auch) dem (Individual-)Schutz der Gläubiger dienen und würde dieser Schutz dementsprechend die entscheidende Rolle für die Nichtigkeit infolge unterlassener Abschlussprüfung spielen, müsste also dieser Nichtigkeitsgrund systematisch dem ersten Fall zugeordnet werden können. ME deutet aber die Entstehungsgeschichte der Pflichtprüfung eindeutig darauf hin, dass der Gesetzgeber § 135 Abs 1 Satz 2¹⁰⁶⁹ *leg cit* – wenn überhaupt¹⁰⁷⁰ – der zweiten Variante zugerechnet wissen wollte.¹⁰⁷¹ Denn so konnte er an der ursprünglichen Position¹⁰⁷² festhalten, wonach der Schutz der Gläubiger nicht „maßgeblicher“ Regelungszweck der Vorschriften über die Pflichtrevision sei. Es wäre wohl kaum zu erklären, warum sich die *ratio* eben dieser Normen ein paar Jahre später „wie von Geisterhand“ geändert haben sollte, ohne dass die einschlägigen materiellen Bestimmungen selbst in wesentlicher Hinsicht geändert wurden^{1073 1074}.

Für die zweite Fallvariante der Materialien spricht weiters, dass der vorläufige Reichswirtschaftsrat vor dem AktG 1937/38 einstimmig¹⁰⁷⁵ eine dieser Alternative entsprechende gesetzliche Klarstellung befürwortete: Die Vorschriften über die

¹⁰⁶⁸ Amtliche Begründung zum dAktG 1937, 224.

¹⁰⁶⁹ IVm § 195 Fall 1, § 202 Abs 1 AktG 1937/38.

¹⁰⁷⁰ Zu beachten ist, dass die Nichtigkeitstatbestände der § 135 Abs 1 Satz 2, § 195 Fall 1, § 202 Abs 1 AktG 1937/38 (vgl heute: § 268 Abs 1 UGB, § 199 Abs 1, § 202 Abs 1 Z 4 AktG) einerseits und § 195 Z 3, § 202 Abs 1 Z 2 AktG 1937/38 (vgl heute: § 199 Abs 1 Z 3, § 202 Abs 1 Z 2 AktG) andererseits grammatikalisch wie systematisch eindeutig voneinander getrennt waren. Das könnte sich daraus erklären, dass es bei der zweiten Gruppe von Nichtigkeitstatbeständen eindeutiger um *Inhaltsmängel* des Beschlusses geht (vgl Amtliche Begründung zum dAktG 1937², 223), während die Nichtigkeit infolge unterlassener Abschlussprüfung jedenfalls auch ein *Verfahrenselement* beinhaltet (idS wohl *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ [1939] Übersicht Vor § 135 [S 651]); eventuell auch daraus, dass der Gesetzgeber (von der älteren Auffassung abweichend) die Rechtsfolge der Nichtigkeit im Gesetzestext ausdr klarstellen wollte, ohne diesen neuen Nichtigkeitsgrund in die bisher anerkannten Nichtigkeitstatbestände „hineinzuzwängen“.

¹⁰⁷¹ Für eine Parallele zwischen § 135 Abs 1 Satz 2 und § 195 Z 3 *leg cit* *Mellerowicz* in GroßKomm AktG² (1961) § 135 Anm 8; vgl auch *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 316 Rz 10.

¹⁰⁷² S dazu oben bei FN 1053.

¹⁰⁷³ *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 5. Insb die Einführung der Ordnungsstrafsanktion für die Unterlassung der Bestellung eines Abschlussprüfers (dazu *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ [1939] Übersicht Vor § 135 [S 652]) kann dafür mE nicht ausreichen, weil sie nur als *Klarstellung* des zwingenden Charakters der Bilanzprüfung verstanden wurde (*Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 516, 518); vgl dazu sogleich im Fließtext.

¹⁰⁷⁴ Vgl zum erheblichen und daher nicht zu vermutenden „Schutzzweckwandel“ die Argumentation bei *Rüffler*, GES 2010, 118; gegen *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) Übersicht Vor § 135 (S 651), die die *ratio* der Abschlussprüfung idS AktG 1937/38 offenbar neu (iS einer stärkeren Betonung externer Interessen) definieren wollten und diesbezüglich auf ein gewandeltes Verständnis der Abschlussprüfung im Nationalsozialismus verweisen. Das liest sich mE so, als würden diese Autoren aus zeitgeschichtlichen Gründen gewisse Wertungen und Zwecke vorschützen (vgl zum „unehrlichen Gesetzgeber“: *F. Bydliński*, Methodenlehre², 449 FN 85: diesfalls sei „zu den wirklich für den Rechtssetzungsakt kausalen“ Wertungen „vorzudringen“). Im Kern dürfte es *Schlegelberger et al* wohl darum gegangen sein, hervorzuheben, dass ein (wenn auch einvernehmlicher) Verzicht auf die Abschlussprüfung nicht möglich sein sollte. Bemerkenswert ist auch, dass sie trotz angenommenen „Schutzzweckwandels“ eine allg Dritthaftung des Abschlussprüfers für Fahrlässigkeit ausdr ablehnten, s *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17.

¹⁰⁷⁵ S Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 560.

Pflichtprüfung seien zwingendes Recht¹⁰⁷⁶ und ein einvernehmlicher *Verzicht* aller Beteiligten (insb auch der Aktionäre) auf die Revision sei nicht zulässig.¹⁰⁷⁷ Vor diesem Hintergrund erklärt sich die Verpflichtung zur Abschlussprüfung aus einem zwingenden Aktionärs- und damit Gesellschaftsschutzbedürfnis (vgl § 275 Abs 4 UGB).¹⁰⁷⁸ Dass die Beschränkung der Dispositionsmöglichkeit *mittelbar* auch die Gesellschaftsgläubiger schützt, versteht sich von selbst.¹⁰⁷⁹

Wer meint, § 135 Abs 1 Satz 2 *leg cit*¹⁰⁸⁰ wäre ein Nichtigkeitsgrund *sui generis*¹⁰⁸¹, er hätte sohin „gar nichts“ mit § 195 Z 3 *leg cit*¹⁰⁸² „zu tun“, dem fällt es wahrscheinlich noch leichter, das historische Verständnis über den Schutzzweck der Abschlussprüfung¹⁰⁸³ weiterhin für relevant zu erachten. Dann wäre es dem Gesetzgeber bei Etablierung dieses speziellen Nichtigkeitstatbestands wohl nur um die von ihm befürwortete Rechtsfolge gegangen und er hätte aus diesem Grund keine Veranlassung gehabt, von der ursprünglichen Ansicht abzurücken, wonach der Gläubigerschutz kein „wesentlicher“ Zweck der Pflichtrevision sei.

Keinesfalls kann mE eine Begründung überzeugen, die allein aus der Schaffung des § 135 Abs 1 Satz 2¹⁰⁸⁴ *leg cit* ableiten wollte, dass der Gesetzgeber von diesem Zeitpunkt an bestrebt war, mit der Pflichtprüfung Gläubiger und Anleger individuell zu schützen. Wäre tatsächlich eine solch gravierende Änderung der Rechtslage auch in schadenersatzrechtlicher Hinsicht beabsichtigt gewesen, hätte man sich doch eine Änderung der Bestimmung über die Abschlussprüferhaftung (damals § 141 *leg cit*) oder zumindest einen diesbezüglichen Anhaltspunkt in der Amtlichen Begründung zum AktG 1937/38 erwarten dürfen.

¹⁰⁷⁶ IdS für §§ 262a ff HGB idF dRGBI 1931, 439 bereits *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 281 f; für die Möglichkeit eines Verzichts auf dieses Prüfungsregime aber *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 16; *Habersack/Schürnbrand* (in *Staub*, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 6 FN 9) bezeichnen diese Auffassung als damals hM.

¹⁰⁷⁷ Vgl zum Antrag *Gennes' Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 516.

¹⁰⁷⁸ Vgl zur Haftung des Abschlussprüfers *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 322: „Alle diese Pflichten können satzungsmäßig oder vertraglich nicht gemildert werden, da die Prüfung im allgemeinen Interesse das Gedeihen der Gesellschaft im Auge hat“; vgl aber *Walter Doralt*, RdW 2006, 689: Ohne Gläubigerschutz gäbe es keinen Grund, die Prüfung zwingend anzuordnen.

¹⁰⁷⁹ Insofern zutr *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) Übersicht Vor § 135 (S 651). Insofern kann man mE hinsichtlich des Nichtigkeitsgrunds der unterlassenen Abschlussprüfung die Aussage der Amtlichen Begründung zum dAktG 1937 relativieren, wonach die übertretene Norm „nur die beschließenden Aktionäre schützen“ müsse (s dazu oben bei FN 1068). Die Subsumption der unterlassenen Abschlussprüfung unter diesen von den Materialien angesprochenen Fall ist mE unproblematisch: Wenn schon die Verletzung von Bestimmungen, die ausschließlich dem Aktionärsschutz dienen, zur Nichtigkeit führen soll, muss dies umso mehr für Vorschriften gelten, die darüber hinaus auch reflexartig Gläubiger schützen möchten (Größenschluss).

¹⁰⁸⁰ IVm § 195 Fall 1, § 202 Abs 1 AktG 1937/38.

¹⁰⁸¹ Vgl dazu oben in FN 1070.

¹⁰⁸² Bzw § 202 Abs 1 Z 2 AktG 1937/38.

¹⁰⁸³ S dazu oben bei FN 1056.

¹⁰⁸⁴ IVm § 195 Fall 1, § 202 Abs 1 AktG 1937/38.

d. Zwecklosigkeit der Offenlegung ohne Dritthaftung? Teleologische Interpretation

1) Sieht man einmal von allem bisher Ausgeführten ab, wird von der hM zur Abschlussprüferdritthaftung für ihre Ansicht wohl hauptsächlich ins Treffen geführt, dass der Gesetzgeber durch die obligatorische Offenlegung und Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks (§§ 277 ff UGB) seinen Willen zum Ausdruck gebracht habe, eine korrekte Information Dritter sicherzustellen.¹⁰⁸⁵ Wäre keine verlässliche Information der Gläubiger (also eine Auskunft ohne Haftung diesen gegenüber) intendiert gewesen, wäre die Anordnung der „Kundmachung“ des Prüfungsurteils „weitgehend“ zwecklos und die Mitteilung desselben in der Gesellschafterversammlung hätte ausgereicht.¹⁰⁸⁶

Diese Argumentation der hM¹⁰⁸⁷ ist genau genommen widersprüchlich. Einerseits wird von ihr im Rahmen der Diskussion über die Schutzgesetzeigenschaft der §§ 268 ff UGB im Ergebnis ein mittelbarer Schutz der Gläubiger vertreten, indem sie die Schutzgesetzqualität dieser Vorschriften zugunsten derselben verneint.¹⁰⁸⁸ Andererseits versucht sie aber mit einem anderen rechtsdogmatischen Ansatz („objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“) einen

¹⁰⁸⁵ Vgl Koziol, JBl 2004, 280.

¹⁰⁸⁶ Koziol, JBl 1995, 689; Liebscher, Abschlusprüfer 66; Vavrovsky, ÖBA 2001, 581, 584; Artmann, JBl 2000, 630 f; dies, ÖZW 2002/3, 92; vgl dies, RdW 2007, 325; Dehn, ÖBA 2002, 390; vgl auch C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112, wonach sich aus der Offenlegungspflicht im Gegensatz zur Gutachterhaftung ein weiterer Kreis an Anspruchsberechtigten ergäbe; vgl allg zur Gutachterhaftung Scheucher, ÖJZ 1961, 229.

¹⁰⁸⁷ S die Nw unten in FN 1088.

¹⁰⁸⁸ Der OGH hat freilich zu 8 Ob 141/99 i (SZ 73/157, 279 [287]; bestätigend OGH 4 Ob 89/04 y ÖBA 2005, 285 [287]; 1 Ob 144/03 p ÖJZ 2005, 391 [EvBl 89]) ausgesprochen, dass die §§ 273 – 275 HGB aF (jetzt: UGB) Schutzgesetze seien, die gerade auch dem Zweck dienten, die Gesellschaft vor vorsätzlichem Handeln des die Bilanz fälschenden Vorstands zu schützen (zust Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1311 Rz 4). Man darf diese Aussage mE aber nicht überbewerten, hat doch der OGH den Schadenersatzanspruch gegen den Abschlussprüfer – soweit ersichtlich – bisher in keinem einzigen Fall explizit auf § 1311 ABGB gestützt und diente der zitierte Rechtssatz des OGH eher dazu, die Verkürzung des Mitverschuldenseinwands (s dazu unten in FN 1365) zu erklären (Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 957). Eine Schutzgesetzeigenschaft der Vorschriften über die Abschlussprüfung zugunsten der Gesellschaft ist mE zu verneinen (Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ [2014] § 323 Rz 16), weil § 275 UGB eine spezielle Haftungsvorschrift für unsorgfältige Prüfungen darstellt (U. Torggler, wbl 2001, 546; Vavrovsky, ÖBA 2001, 582; Gelter, RdW 2001, 70; Kalss, ÖBA 2002, 194; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg [2010] § 62a Rz 25; vgl auch Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² [2012] § 42 Rz 10; anders wohl Bertl/Fraberger, RWZ 2002, 61), mögen auch mit dem Schutzgesetzcharakter Beweiserleichterungen einhergehen (vgl OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279 [288]; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 42, 95; Iro/Riss, RdW 2012, 451). Enthalten nämlich die gesetzlichen Regelungen, deren Schutzgesetzcharakter auf dem Prüfstand steht, selbst eine haftungsrechtliche Sanktionsanordnung, ist diese als abschließend zu verstehen und die Auslegung als Schutzgesetz grunds unzulässig (vgl unten bei FN 4960). Keinesfalls kann § 275 UGB (oder eine sonstige Vorschrift der §§ 268 ff UGB) als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger verstanden werden (Gelter, RWZ 1999, 297; U. Torggler, wbl 2001, 546; Dehn, ÖBA 2002, 389; Artmann, ÖZW 2002/3, 91; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg [2010] § 62a Rz 25; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 45, 53; J. Zehetner, ÖZW 2013, 78, 85; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 96; für Deutschland Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 395 f; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ [1939] § 141 Rz 14; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung [1938] § 141 AktG, Rz 17; Ritter, AktG² [1939] § 42 Rz 12; Hermann in Heymann/Horn, HGB² [1999] § 323 Rz 7; Marsch-Barner in Ensthaler, HGB⁸ [2015] § 323 Rz 7; Hopt/Merk in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ [2014] § 323 Rz 8; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 52, 68; Schüppen in Heidel/Schall, HGB [2011] § 323 Rz 13; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁹ [2015] § 323 Rz 9; Ebke in MünchKomm HGB³ [2013] § 323 Rz 96; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ [2014] § 323 HGB, Rz 176; vgl auch Teichmann/Koehler, AktG³ [1950] § 141 Rz 3; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 323 HGB, Rz 85; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 12; aA möglicherweise Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1295 Rz 33k: § 274 UGB „vielleicht auch“ Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger; vgl auch Ködgen, Selbstbindung 389), weil § 275 UGB eben nur ganz bestimmte Dritte schützt (s oben bei FN 1005) und die Vorschriften über die Abschlussprüfung nach den Ausführungen in diesem Kapitel („Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“; s insb bei FN 927, 1096, bei und nach FN 1056) nur einen reflexartigen Schutz der Gläubiger bezwecken (abw wohl OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279 [287]: Schutzfunktion zugunsten der Öffentlichkeit).

unmittelbaren Gläubigerschutz aus eben denselben Bestimmungen (insb § 277 UGB) abzuleiten.¹⁰⁸⁹

Sieht man einmal von diesem Widerspruch ab, ist die Schlussfolgerung der hM auch für sich gesehen mE unzutreffend. Es ist doch keineswegs so, dass eine Offenlegung Dritten gar nichts nützt, wenn für die Informationsqualität diesen gegenüber im Allgemeinen (dh abgesehen von besonderen Fallkonstellationen¹⁰⁹⁰) nicht gehaftet wird. Nicht jeder Abschlussprüfer begeht Sorgfaltsverstöße. Erstens wird damit stets das Risiko eines Imageverlusts eingegangen.¹⁰⁹¹ Zweitens ist die verhaltenssteuernde Wirkung der Binnenhaftung des Abschlussprüfers zugunsten Dritter zu bedenken,¹⁰⁹² die der Gesetzgeber noch dadurch absichert, dass er die Abschlussprüferhaftung für zwingend erklärt (§ 275 Abs 4 UGB¹⁰⁹³).¹⁰⁹⁴ In aller Regel wird aus diesen Gründen die im Bestätigungsvermerk verkörperte Auskunft eine wichtige Orientierungshilfe für geschäftliche Entscheidungen Dritter bieten und auf diese Weise die Transaktionskosten senken¹⁰⁹⁵, selbst wenn der Prüfer dem Publikum nicht für Fahrlässigkeit haftet.¹⁰⁹⁶ Die Gegenthese der hM wäre vielleicht dann berechtigt, wenn es keine „weißen Schafe“ im Berufsstand der Wirtschaftsprüfer gäbe, was mE nicht angenommen werden darf.¹⁰⁹⁷ Das wird von *Koziol*, einem Vertreter der hM, zum Teil eingeräumt, wenn er von einer *weitgehenden*, (nicht aber von einer völligen) Zwecklosigkeit der Offenlegung ohne Fahrlässigkeitshaftung gegenüber Gläubigern spricht.¹⁰⁹⁸

Es ist nach der hier vertretenen Auffassung *eine* Frage, ob der Gesetzgeber eine (wenn auch zwingende) Pflicht wie die Offenlegung eines sorgfältig zu ermittelnden und neutralen (vgl § 275 Abs 2 UGB) Prüfungsergebnisses normiert (§ 274 UGB), die unbestreitbar der Allgemeinheit „zugute“ kommt und von der auch Gläubiger „profitieren“ können¹⁰⁹⁹; eine *andere* Frage ist, ob diese „Nutznießer“ auch berechtigt sein sollen, bei

¹⁰⁸⁹ Zutr *Gelter* in *Bertl/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.4.6.); *U. Torggler*, wbl 2001, 549; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 26, 31; vgl jetzt auch OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

¹⁰⁹⁰ Damit ist insb vorsätzliches Verhalten des Prüfers iSd § 1295 Abs 2, § 1300 Satz 2 ABGB gemeint; näher oben bei FN 763.

¹⁰⁹¹ Vgl *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 165; *Wilhelmer*, RdW 2007, 457; *London Economics*, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 3; *Schuler*, Verantwortlichkeit 167; zur Prospekthaftung *Brawenz*, ÖBA 1990, 165; zur Haftung von Ratingagenturen *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 479.

¹⁰⁹² Zum Konzept des mittelbaren Drittschutzes durch die §§ 268 ff UGB, s schon oben bei FN 927, 1040, 1079.

¹⁰⁹³ Dazu noch unten in FN 3591 und bei FN 3644.

¹⁰⁹⁴ Vgl *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 1, 50.

¹⁰⁹⁵ Ein Anliegen, das die Vertreter der allg Dritthaftung stets betonen, s *Kalss*, ÖBA 2002, 197 f; *Koziol*, JBl 2004, 281 f; *Liebscher*, Abschlußprüfer 66: Sicherungsfunktion; vgl aber auch *U. Torggler*, AnwBl 2003, 618; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 111.

¹⁰⁹⁶ Vgl *Cohen*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 527; s dazu oben bei FN 927.

¹⁰⁹⁷ Vgl *Hachenburg*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 545, wonach der Beruf des Wirtschaftsprüfers „kein Posten für entgleiste Existenzen“ sei.

¹⁰⁹⁸ *Koziol*, JBl 1995, 689.

¹⁰⁹⁹ Vgl *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 517; *U. Torggler*, GBU 2002/03/06; *Liebscher*, Abschlußprüfer 62; *Vavrovsky*, ÖBA 2001,

fahrlässigen Fehlinformationen Schadenersatzansprüche gegen den Informanten geltend zu machen.¹¹⁰⁰

Die Beantwortung letzterer Frage bedarf einer Erforschung der Gesetzeszwecke. Es ist zu fragen, ob und gegebenenfalls welche Schäden im Rechtswidrigkeitszusammenhang der übertretenen Publizitätsnorm liegen.¹¹⁰¹ Im Rahmen der Prüfung der Schutzgesetzqualität von Bestimmungen, die im Allgemeininteresse normiert sind, ist dies ganz herrschend anerkannt. Hier muss genau untersucht werden, ob der Gesetzgeber damit tatsächlich den Individualschutz einzelner Geschädigter beabsichtigt hat (vgl unten¹¹⁰² zur EU-RatingVO in der Stammfassung) oder ob diese nur mittelbar geschützt werden sollten¹¹⁰³.

Beispiele mögen dies verdeutlichen: Die Pflicht des Emittenten, gemäß § 48d BörseG ihn betreffende Insiderinformationen zu veröffentlichen, kommt dem Markt als Institution (Funktionenschutz)¹¹⁰⁴ und damit dem Anlegerpublikum „zugute“.¹¹⁰⁵ Das präjudiziert für sich mE aber nicht die Frage, ob einzelne Anleger berechtigt sein sollen, bei einer entsprechenden Pflichtverletzung tatsächlich Schadenersatzansprüche auf Basis dieser Vorschrift geltend machen zu können.¹¹⁰⁶ Pointiert drückt das der BGH aus, wenn er die Schutzgesetzseigenschaft von kapitalmarktrechtlichen Publizitäts- und Verhaltenspflichten verneint und sich dabei nicht an der „Wirkung“, sondern „dem Inhalt und Zweck des Gesetzes“ orientiert.¹¹⁰⁷ Zur österreichischen Rechtslage ist zu sagen, dass bei Verneinung der Schutzgesetzqualität des § 48d BörseG (wie des § 277 UGB) diese Norm(en) keinesfalls ihre Sinnhaftigkeit verliert (verlieren; vgl auch § 283 UGB, § 48 Abs 1 Z 2 BörseG).

ME ist freilich § 48d BörseG (und § 48a Abs 1 Z 2 *leg cit*) mit der öhM¹¹⁰⁸ aufgrund des europarechtlichen Trends zum *private enforcement* marktrechtlicher Normen¹¹⁰⁹ (Anleger- bzw Verbraucherschutz als Mittel zum Marktschutz¹¹¹⁰) und des Fehlens einer

581; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 87; vgl auch § 122 Abs 1 Z 1 GmbHG, § 255 Abs 1 Z 1 AktG; vgl ferner § 27 Abs 8 BWG und dazu *Liebscher*, Abschlußprüfer 57 f.

¹¹⁰⁰ *U. Torggler*, wbl 2001, 549; *ders*, AnwBl 2003, 618; *Schmaranzer*, Zak 2013, 152; *Walter Doralt*, ZGR 2015, 287; BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860); BGH III ZR 307/07 NZG 2009, 37; anders offenbar *Artmann*, JBl 2000, 631; *Dehn*, ÖBA 2002, 381. Denn der Gläubiger könnte ja auch bloß reflexartig durch die professionellen Sorgfaltsstandards geschützt sein, die der Abschlussprüfer gegenüber der geprüften Gesellschaft einhalten muss (*J. Zehetner*, ÖZW 2013, 85; allg *Hopt*, AcP 183 [1983] 682 [zur Theorie der Berufshaftung]; s ferner oben bei FN 927, 1040, 1079, 1092).

¹¹⁰¹ Vgl zu § 1300 Satz 1 ABGB noch unten bei FN 2459.

¹¹⁰² „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“.

¹¹⁰³ S nur BGH II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 (2665) *Infomatec I*; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 730; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 622; *Mühl*, Haftung, Rz 278, 281.

¹¹⁰⁴ *Fleischer*, ZGR 2001, 30 f; *Enzinger* in FS Straube (2009) 25, 33.

¹¹⁰⁵ *Kalss*, ÖBA 2000, 655.

¹¹⁰⁶ *Mühl*, Haftung, Rz 281; zum Ermessensspielraum des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang s *Hopt*, WM 2013, 102.

¹¹⁰⁷ BGH II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 (2665) *Infomatec I*.

¹¹⁰⁸ Statt aller *Rüffler*, GES 2010, 116 ff mwN; OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (254 f) (*Schuhmacher*); aA *Enzinger* in FS Straube (2009) 34; zwf auch *Schopper*, ÖBA 2014, 497.

¹¹⁰⁹ Dazu noch unten bei FN 4629.

¹¹¹⁰ *Rüffler*, ÖBA 2011, 702 f; s dazu auch unten bei FN 3350.

Parallelbestimmung zu § 15 Abs 6 WpHG¹¹¹¹ in Anlehnung an die Wertung des § 11 Abs 1 Z 1 KMG¹¹¹² als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zugunsten der (Alt- wie Neu-)Anleger auszulegen; Haftungsträger ist daher der Emittent (nicht seine Organmitglieder), wobei der Durchsetzbarkeit der Haftung das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG) nicht entgegensteht¹¹¹³.

Umgekehrt widerspräche aber die Ableitung eines unmittelbaren Drittschutzes aus den Anmelde- bzw Publizitätsvorschriften der § 10 Abs 3, §§ 11 f GmbHG (Einreichung der § 10-Erklärung und Veröffentlichung der Eintragung der Gesellschaft) sowie § 29 Abs 2 Z 4, § 33 Abs 2 AktG („Offenlegung“ des Prüfungsberichts der Gründungsprüfer) dem (erklärten) Willen des historischen Gesetzgebers¹¹¹⁴ (s auch § 10 Abs 3 Satz 3 HS 2, Abs 4 GmbHG, § 42 AktG).¹¹¹⁵ Und so ist eben auch ein haftungsrechtlicher Individualschutz einzelner Gläubiger vor fahrlässigem Fehlverhalten des Abschlussprüfers nach den aus den Materialien¹¹¹⁶ und der Sanktionsbestimmung des § 275 UGB hervorgehenden Gesetzeszwecken eindeutig zu verneinen.¹¹¹⁷

2) Wenn tatsächlich ein solcher Schutz Dritter vom Gesetzgeber beabsichtigt worden wäre, müsste man ihm im Übrigen eine Inkonsistenz vorwerfen: Es wäre mE nicht einzusehen, warum kleine Gesellschaften mbH, die insb aufgrund ihres Stammkapitals von € 35.000 keinen Aufsichtsrat einrichten müssen (vgl § 29 Abs 1 Z 1 GmbHG), von der Abschlussprüfung befreit sind (vgl § 268 Abs 1 UGB).¹¹¹⁸ Denn gerade die Gläubiger solcher Kapitalgesellschaften sind angesichts des von ihnen zu tragenden, relativ größeren

¹¹¹¹ S dazu nur BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) *Infomatec*; II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 (2665) *Infomatec I*; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) *Infomatec II*; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673) *EM.TV*.

¹¹¹² Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M. § 11 Abs 1 Z 1 KMG räumt auch solchen Anlegern Schadenersatzansprüche gegen den Emittenten ein, mit denen dieser vertraglich nicht verbunden ist; aufgrund der „Fortsetzung“ der Prospekt(aktualisierungs-)pflicht durch die sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten (s unten in FN 3157; vgl zum Zusammenhang auch §§ 21 ff WpPG mit §§ 37b, 37c WpHG), ließe sich eine Emittentenhaftung für die Verletzung der sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten wohl auch mit einer Analogie zu § 11 Abs 1 Z 1 KMG begründen (zur notwendigen Konsistenz zwischen beiden Kapitalmarktinformationshaftungen noch unten bei FN 3338).

¹¹¹³ Vgl dazu oben in FN 682.

¹¹¹⁴ S für § 10 GmbHG: EB RV 236 BlgHH 17. Session (GmbHG) 62; zum gesetzgeberischen Bekenntnis zum System der Haftungskanalisation gem den §§ 39 ff AktG s bereits oben bei FN 1036 und die Nw in FN 1014, 891.

¹¹¹⁵ U. Torggler, GBU 2002/03/06. Dass die im vorliegenden Zusammenhang ebenso zu nennenden und im Allgemeininteresse statuierten (Denkschrift HGB [Reichstagsvorlage] 34; ErläutRV HaRAG 13, 25; Motive PreußEntw 15 f; Vermeidung von Irreführungen des Publikums) Firmenbildungs-, Firmenführungs- und Firmenanmeldevorschriften der §§ 17 ff, insb auch §§ 29, 37 UGB, § 24 Abs 1 Fall 4 FBG Schutzgesetze (auch) zugunsten von Anlegern seien (so zum HGB: OGH 7 Ob 532/95 *ecolex* 1996, 248 [249] [Frotz/Dellinger]), ist mE zweifelhaft. Denn der historische Vorläufer der Sanktionsnorm des § 37 UGB, Art 27 A(D)HGB („Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen“), sah eine ausdr Haftung des Rechtsverletzers nur gegenüber dem in seinen (Namens-)Rechten Verletzten vor und dies obwohl dem historischen Gesetzgeber die „Drittrelevanz“ der firmenrechtlichen Bestimmungen offensichtlich bewusst war. Insofern lässt sich eine Parallele zu § 275 UGB ziehen (der ebenso gegen eine allg Dritthaftung spricht [ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“]).

¹¹¹⁶ S oben unter „Teil 1.I.D.2.b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation“.

¹¹¹⁷ IE auch Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 200.

¹¹¹⁸ Schon früher waren solche Aktiengesellschaften von der Prüfung befreit, die über ein Grundkapital von 3 Mio Reichsmark oder weniger verfügten: Art XIII Abs 3 Notverordnung Aktienrecht 1931 iVm Art 3 Abs 1 Erste Durchführungsverordnung zur Notverordnung Aktienrecht 1931.

Insolvenzrisikos tendenziell in höherem Maße gefährdet. Der Schutzstandard müsste dementsprechend eigentlich intensiviert werden.¹¹¹⁹

Falls als Begründung dafür vorgebracht werden sollte, dass der Gesetzgeber derartige Gesellschaften nicht mit unverhältnismäßig hohen Kosten belasten wollte,¹¹²⁰ wäre dies doch bedenklich, wenn man die hM zur allgemeinen Abschlussprüferdritthaftung befürwortet. Denn dann hätte der Gesetzgeber einseitig die Interessen der Gesellschaft gewürdigt und aus „Kostengründen“ auf ein derartig „entscheidendes Gläubigerschutzinstrument“ (Haftung eines *deep-pocket-defendant*) in einem Bereich verzichtet, wo der Bedarf danach am größten wäre.

e. Ergebnis

An dieser Stelle ist kurz festzuhalten: Sowohl aus dem KMG als auch den §§ 268 ff UGB (insb § 275 UGB) lässt sich keine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten ableiten, vielmehr sprechen diese Bestimmungen deutlich gegen eine solche Verantwortlichkeit. Dabei hat sich gezeigt, dass sich die Wertungen des KMG und des UGB hinsichtlich der Abschlussprüferhaftung nach der hier befürworteten Ansicht decken, weswegen das jeweils andere Gesetz als argumentative Stütze des zum KMG bzw UGB Vertretenen herangezogen werden kann. Wer das ignoriert und den „Rettungsanker“ der umfassenden Dritthaftung des Abschlussprüfers ausschließlich in allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§§ 1293 ff ABGB), insb in den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ analog zur Gutachter-Dritthaftung (vgl oben insb¹¹²¹ *Goldgrube* [S 35 ff]) erhofft,¹¹²² der wird ebenso enttäuscht werden. Darauf komme ich an passenderer Stelle¹¹²³ noch zu sprechen, um Wiederholungen zu vermeiden.

¹¹¹⁹ Vgl *Cohen*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 527.

¹¹²⁰ Vgl *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 12. Zu bedenken ist freilich, dass nicht nur kleinste Aktiengesellschaften, sondern auch kleinste Genossenschaften revisionspflichtig sind (vgl § 1 GenRevG), wobei das Prüfungsintervall von der Größe der Genossenschaft abhängen kann (vgl § 1 Abs 1 GenRevG). Vgl dazu auch schon *Naphtali*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 538 f.

¹¹²¹ Sowie oben unter „Teil 1.I.C.1. OGH-Judikatur zur Dritthaftung von Gutachtern: Entwicklung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten““.

¹¹²² Vgl dazu auch die Argumente oben nach FN 359.

¹¹²³ Unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

3. Dritthaftung von Ratingagenturen für Fahrlässigkeit

a. Haftungsgrundlage

aa. Ablehnung der herkömmlichen Ansätze

aaa. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis

1) Prominente Haftungsbegründung in Zusammenhang mit der Dritthaftung von Experten (vgl nur oben *Vorläufige Bilanz* [S 28 ff], *Verstreute Bonitätsauskunft* [S 32 ff]) und so auch bei jener der Ratingagenturen¹¹²⁴ ist der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Schon daran zeigt sich, dass dieses bereits (zumindest im Ergebnis) vom deutschen Reichsgericht¹¹²⁵ und in den Materialien des PHG (implizit)¹¹²⁶ anerkannte¹¹²⁷ Haftungsinstitut einen Bedeutungswandel hinter sich hat: Während es ursprünglich dazu gedacht war, die für unzulänglich erachtete¹¹²⁸ Gehilfenzurechnung im Deliktsrecht (§ 1315 ABGB, § 831 BGB; vgl demgegenüber § 1313a ABGB, § 278 BGB) zu überwinden,¹¹²⁹ wird es heute auch und wohl in erster Linie argumentativ dafür verwendet, einen (wenn auch eingeschränkten) Vermögensschutz im außervertraglichen Bereich zu gewähren.¹¹³⁰

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kann – *nomen est omen* – als Weiterentwicklung des Vertrags zugunsten Dritter verstanden werden¹¹³¹ – eine Rechtsfigur, die (erst) seit der III. Teilnovelle in Österreich unbestritten zulässig ist (vgl § 881 ABGB).¹¹³² Beim Vertrag zugunsten Dritter kommt die vertragliche Hauptleistung

¹¹²⁴ Oben bei FN 488.

¹¹²⁵ Vgl (mit abw Terminologie [„Vertrag zugunsten Dritter“]) RG VI 270/29 RGZ 127, 218 (222); Rep III 145/17 RGZ 91, 21 (24).

¹¹²⁶ Vgl insb ErläutRV PHG 5, wo von einem Schutz nach österreichischem Recht die Rede ist, wobei sich aus dem Gesamtzusammenhang erschließen lässt, dass damit vertragliche Schutzpflichten zugunsten Dritter gemeint sind.

¹¹²⁷ Vgl für Deutschland Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163.

¹¹²⁸ Koziol, JBl 1994, 213 f.

¹¹²⁹ F. Bydlinski, JBl 1960, 359, 361 f; Koziol, JBl 1994, 212; Öllinger, Haftung 196; für Deutschland Larenz, NJW 1960, 79; Peters, Haftung 108; Thiele, Rating 103; vgl auch schon Larenz, NJW 1956, 1194.

¹¹³⁰ Vgl schon F. Bydlinski, JBl 1965, 321.

¹¹³¹ RIS-Justiz RS0037785 T 1, OGH 18.06.1975, 8 Ob 119/75; RIS-Justiz RS0037785 T 2, OGH 20.01.1976, 5 Ob 258/75; Witte/Hrubesch, ZIP 2004, 1351; vgl zur Verwandtschaft der beiden Rechtsinstitute auch OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*; 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft*; ferner RIS-Justiz RS0017178 T 1, OGH 11.07.1985, 8 Ob 542/85; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724) *Goldgrube*; 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; aus deutscher Sicht: H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 29 FN 48; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 116; aus schweizerischer Sicht: Vasella, Haftung 348 f.

¹¹³² S Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 156 f. Die Klarstellung der Zulässigkeit durch die III. Teilnovelle lässt sich auch am systematischen Zusammenhang des § 881 ABGB ablesen, der sich bei der „Möglichkeit und Erlaubtheit“ von Verträgen (§§ 878 ff ABGB) wiederfindet. Das Gesetz hat sich damit insofern zur privatautonomen Gestaltungsfreiheit bekannt, als es den Vertragsparteien ausdr die Möglichkeit eingeräumt hat, nicht am Vertrag beteiligten (und daher sog) Dritten einen Anspruch aus (aus deren Sicht) „fremden Vertrag“ zu gewähren (vgl für Deutschland Larenz, NJW 1960, 79).

dem Dritten zugute (§ 881 Abs 1 ABGB). Dagegen werden im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bloß inäquivalente vertragliche Nebenpflichten, die Schutz- und Sorgfaltspflichten, auf den Dritten erstreckt,¹¹³³ weil er zwar mit der Hauptleistung bestimmungsgemäß in Berührung gerät,¹¹³⁴ jedoch nach dem Parteiwillen nicht selbst Leistungsempfänger sein soll.¹¹³⁵ Er erlangt dadurch die Stellung als Gläubiger bloß eines sekundären Leistungsanspruchs.¹¹³⁶

Die gesetzliche Herkunft des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter muss auch bei der Anwendung dieses Haftungsinstituts beachtet werden, was mitunter aber vergessen wird.¹¹³⁷ Wie bereits der Herrenhausbericht zur III. Teilnovelle richtig hervorhebt, beruht der Vertrag zugunsten Dritter auf einer (auch ergänzenden) *Auslegung* des Vertrags.¹¹³⁸ Es ist folglich zu prüfen, ob die Vertragsparteien beabsichtigten, dem Dritten die Vertragsleistung zukommen zu lassen. Fehlt diesbezüglich eine ausdrückliche Vereinbarung, richtet sich der drittbegünstigende Charakter des Vertrags „nach der Übung des redlichen Verkehrs“ (§ 914 ABGB). Deutlich klingt das in § 881 Abs 2 Satz 1 ABGB an, wonach die Frage, ob der Dritte selbst berechtigt ist, Erfüllung zu fordern („echter Vertrag zugunsten Dritter“), „aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zwecke des Vertrags zu beurteilen“ sei.

Nichts anderes kann mE für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gelten, für den also ebenso die (insb objektive) Interpretation des Vertrags die rechtsmethodische Basis darstellt.¹¹³⁹ Diese Einsicht ist für die praktischen Konsequenzen wichtig¹¹⁴⁰ und es ist daher umso bedauerlicher, dass sie (auch¹¹⁴¹ in Österreich) umstritten ist.¹¹⁴²

¹¹³³ Grundlegend Larenz, NJW 1956, 1193 f; ders, NJW 1960, 79; F. Bydlinski, JBl 1960, 359 ff; s auch Kalss, ÖBA 2000, 246; dies, ÖBA 2002, 195; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 27; Liebscher, Abschlußprüfer 43; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 620; Schuler, Verantwortlichkeit 238; BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871); vgl zum vorvertraglichen Schuldverhältnis, das ebenso keine primären Leistungs-, sondern nur Rücksichtnahme-, Fürsorge- und Loyalitätspflichten begründet, nur Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163.

¹¹³⁴ S dazu sogleich unten bei FN 1154.

¹¹³⁵ Peters, Haftung 108; Öllinger, Haftung 196.

¹¹³⁶ Larenz, Schuldrecht I¹⁴, 226; Kalss, ÖBA 2000, 647; dies, ÖBA 2002, 195.

¹¹³⁷ Vgl unten bei FN 1150, 1228, 1353.

¹¹³⁸ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 158 f.

¹¹³⁹ F. Bydlinski, JBl 1960, 360; ders, JBl 1965, 321; Larenz, NJW 1956, 1193 f; ders, NJW 1960, 79 f; Odersky, NJW 1989, 3; iZm der Haftung von Ratingagenturen Peters, Haftung 109; Öllinger, Haftung 194; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 621; Schuler, Verantwortlichkeit 239; iZm der Gutachterhaftung OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (528); Gass, Schadenersatzansprüche 161; iZm der Abschlussprüferhaftung Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 27; Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 56 ff; ders, Zak 2013, 152; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 207; 2 Ob 341/59 JBl 1960, 386 (387); 5 Ob 707/78 SZ 51/169, 748 (751); 1 Ob 2317/96 h JBl 1997, 315 (316); RIS-Justiz RS0037785 T 25, OGH 25.10.2002, 1 Ob 33/02 p; 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); s bereits M. Wilburg, ZBl 1930, 648; RG VI 270/29 RGZ 127, 218 (222); BGH VI ZR 262/69 BGHZ 56, 269 (273); IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356); BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392 (393); BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (197): „objektiven Interessenlage“; vgl auch OGH 1 Ob 637/94 HS 25.643, wo der OGH von einer stillschweigenden Vereinbarung des Drittschutzes spricht. ME gilt für Deutschland seit dem SchuldRModG 2002 nichts anderes (s unten in FN 1390).

¹¹⁴⁰ S dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.bbbb.δδ. Kein Verzicht auf die Gläubigernähe (bei der „Expertenhaftung“)“, „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.γ. (Weitere) Schwachpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“; aA Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Peters, Haftung 109 (freilich mit Verweis auf die deutsche Rsp [s dazu etwa unten bei FN 1373]).

¹¹⁴¹ Zum deutschen Meinungsstand überblicksartig etwa Liebscher, Abschlußprüfer 33; Öllinger, Haftung 199 ff; Schuler, Verantwortlichkeit 238 f; zum schweizerischen Meinungsstand Vasella, Haftung 348 f. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Gegner der

Die besondere Bedeutung der ergänzenden gegenüber der wörtlichen Vertragsauslegung für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beruht darauf, dass die Vertragsparteien (psychologisch verständlich¹¹⁴³) von einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ausgehen und oft nicht an den „Konfliktfall“ denken¹¹⁴⁴.¹¹⁴⁵ Dementsprechend treffen sie in aller Regel keine Vereinbarungen bezüglich der Schutz- und Sorgfaltspflichten hinsichtlich ihrer eigenen Person und umso weniger in Bezug auf Dritte,¹¹⁴⁶ sodass der Rechtsanwender auf den hypothetischen Parteiwillen verwiesen ist (vgl aber auch §§ 1157, 1169 ABGB, § 275 Abs 2, § 384 Abs 1, § 390 Abs 1, § 408 Abs 1, § 429 Abs 1 UGB, § 3 Abs 1 MaklerG, § 5 HVertrG). Dabei kommt es mit *F. Bydlinski* auf „die Interessen und [Geschäfts-]Zwecke gerade der konkreten Parteien vom Standpunkt des redlichen Verkehrs aus“ an,¹¹⁴⁷ weswegen insb auch tatsächlich Vereinbartes zu berücksichtigen ist.¹¹⁴⁸

Da nun die Vertragsauslegung den „Dreh- und Angelpunkt“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bildet, kann die Frage, ob diese Haftungs begründung die Dritthaftung von Ratingagenturen allenfalls zu erklären vermag, keinesfalls pauschal und abschließend beantwortet werden. Vielmehr ist dafür eine situationsbezogene Beurteilung des Einzelfalls erforderlich.¹¹⁴⁹ Bei der Abschlussprüfer-Dritthaftung scheint dies der OGH zu vernachlässigen, wenn er in den einschlägigen Entscheidungen¹¹⁵⁰ auf die individuelle Lage der Causa keine Rücksicht nimmt, sondern offenbar „jedenfalls“ von einer drittbegünstigenden Schutzwirkung ausgeht.¹¹⁵¹

2) Freilich gab es in Rsp und Literatur Tendenzen, im Interesse der Rechtssicherheit gewisse objektive Kriterien für die Vertragsauslegung herauszuarbeiten, bei deren Vorliegen es im Zweifel naheliegend sei, dass die Parteien einen Drittschutz beabsichtigt haben.¹¹⁵² Gefordert wurde erstens eine „Leistungsnähe“ des Dritten,¹¹⁵³ sohin seine

ergänzenden Vertragsauslegung die Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Bestimmung des § 242 BGB verorten – eine vergleichbare Norm existiert im österreichischen Recht aber nicht (s auch noch unten in FN 1358).

¹¹⁴² Insofern zR krit *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 148. Zur aA, nach der der Parteiwille unbeachtlich sei und die Schutzpflichten zugunsten Dritter direkt aus dem Gesetz abzuleiten seien, s noch unten bei und in FN 1354.

¹¹⁴³ Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 17: „eitel Sonnenschein“ bei Vertragsabschluss.

¹¹⁴⁴ Schon deswegen kann die Weitergabe einer Information nicht als Eingehen eines Haftungsvertrags bzw Abgabe eines Haftungsversprechens qualifiziert werden (*Köndgen*, Selbstbindung 356).

¹¹⁴⁵ Vgl *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 375.

¹¹⁴⁶ *F. Bydlinski*, JBl 1960, 359 f; vgl auch *Peters*, Haftung 109, 112, 117; s aber auch die Erwägungen bei BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (355 f).

¹¹⁴⁷ *F. Bydlinski*, JBl 1960, 360 mit FN 5; ähnl *Larenz*, NJW 1960, 79 f; vgl auch *Peters*, Haftung 117.

¹¹⁴⁸ *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 375.

¹¹⁴⁹ Vgl *Wilhelm*, ecolex 2001, 881; *Eisen*, Haftung 356 FN 1455; vgl auch oben bei FN 1147.

¹¹⁵⁰ Dazu oben unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“.

¹¹⁵¹ Vgl schon *Graf*, wbl 2012, 246. Grund dafür könnte sein, dass der OGH „in Wahrheit“ „objektiv-rechtliche Schutzpflichten“ als für die Haftung ausschlaggebend erachtet; zur *falsa demonstratio* durch den OGH vgl oben bei FN 871; zur Unrichtigkeit auch dieses Ansatzes s die Ausführungen oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“ und unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

¹¹⁵² S dazu etwa auch die Zusammenfassung bei *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 65 ff; *Bosch*, ZHR 163 (1999) 276 FN 8.

typische und bestimmungsgemäße Betroffenheit von der (vertragscharakteristischen) Leistung (zB Rating).¹¹⁵⁴ Diese muss daher insofern „drittbezogen“ erfolgen, als der Dritte (zB der Anleger) nicht bloß zufällig,¹¹⁵⁵ sondern gerade deswegen mit ihr in Kontakt gerät, weil dies die Vertragsparteien beabsichtigten.¹¹⁵⁶ Aus Sicht des Dritten geht damit die Gefahr einher, durch die Leistung – ähnlich dem unmittelbaren Vertragsgläubiger¹¹⁵⁷ – geschädigt zu werden.¹¹⁵⁸

Zweitens müssen die Parteien und vor allem der Gläubiger der Vertragsleistung (zB der Emittent hinsichtlich der Ratingleistung) ein Interesse daran haben, den Dritten durch Einbezug in den Schutzbereich des (zB Rating-)Vertrags vor der erwähnten Gefahr zu schützen („Gläubignähe“).¹¹⁵⁹ Dies sei insb dann der Fall, wenn der Dritte der Interessensphäre des Gläubigers angehört¹¹⁶⁰ und dieser daher jenen ebenso wie sich selbst vor mangelhaften Leistungen schützen möchte¹¹⁶¹ („Schutzinteresse“¹¹⁶² oder „Einbeziehungsinteresse“¹¹⁶³).

Mit diesen ersten beiden Tatbestandsvoraussetzungen geht eine logische weitere einher: Die Leistungs- und Gläubignähe muss für den Schuldner der Vertragsleistung (den

¹¹⁵³ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836) *Vorläufige Bilanz*; RIS-Justiz RS0017209, OGH 30.08.1973, 6 Ob 159/73; 2 Ob 266/74 SZ 48/23, 122 (126); 1 Ob 190/75 SZ 49/14, 60 (66); 7 Ob 16/77 (7 Ob 17/77) VersR 1978, 167 (168); BGH VI ZR 109/58 NJW 1959, 1676 (1676 f); X ZR 104/94 NJW 1996, 2927 (2928); II ZR 205/94 NJW 1995, 1739 (1747); VIII ZR 195/65 BGHZ 49, 350 (354); VI ZR 120/67 NJW 1968, 1929 (1931); VIII ZR 47/77 NJW 1978, 883; II ZR 52/75 NJW 1977, 1916; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; F. Bydliński, JBl 1960, 359; Odersky, NJW 1989, 3; Liebscher, Abschlusprüfer 33; Böcking/Gros/Rabenhorst in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014) § 323 Rz 25; speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen: *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Deipenbrock*, BB 2003, 1853; *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415; *Meyer*, Rechtsfragen 95; *Eisen*, Haftung 347; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; *Mühl*, Haftung, Rz 242; *Haar*, DB 2013, 2490.

¹¹⁵⁴ BGH VIII ZR 44/75 NJW 1976, 1843 (1844); VIII ZR 182/83 NJW 1985, 489 (489 f); ähnl OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen: *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Peters*, Haftung 109; *Thiele*, Rating 98; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 620; *Öllinger*, Haftung 196, 203; *Meyer*, Rechtsfragen 95; *Eisen*, Haftung 348; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290; *Schuler*, Verantwortlichkeit 241; *Forschner*, J&E 2012/1, 18; *Vasella*, Haftung 351; vgl zur Abschlussprüferhaftung BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (195); *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 56; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 194; *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 29 FN 49; vgl aus Österreich ferner RIS-Justiz RS0037785 T 5, OGH 19.01.1977, 8 Ob 198/76; RIS-Justiz RS0037785 T 21, OGH 25.05.1999, 1 Ob 330/98 f; *Gelter*, RWZ 1999, 296; *Dehn*, JAP 2002/2003, 59.

¹¹⁵⁵ *Kalss*, ÖBA 2002, 195; *Peters*, Haftung 109; *Schuler*, Verantwortlichkeit 241.

¹¹⁵⁶ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 133.

¹¹⁵⁷ V. *Schweinitz*, WM 2008, 956 und *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291 (speziell zur Haftung von Ratingagenturen).

¹¹⁵⁸ OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247 (253); *Kalss*, ÖBA 2000, 646; *dies*, ÖBA 2002, 195: „in erhöhtem Maß gefährdet“; BGH X ZR 231/99 NJW 2001, 3115 (3116); X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871); *Peters*, Haftung 109; *Meyer*, Rechtsfragen 95; *Eisen*, Haftung 348; *Haar*, NZG 2010, 1283; vgl schon *Larenz*, NJW 1960, 80; weiters RIS-Justiz RS0037785 T 39, OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); zur Abschlussprüferhaftung *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 106; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 56; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 133; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 85.

¹¹⁵⁹ *Larenz*, NJW 1956, 1194; *ders*, NJW 1960, 80; *Odersky*, NJW 1989, 3 f; *Kalss*, ÖBA 2002, 195; *Liebscher*, Abschlusprüfer 33; speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen: *Peters*, Haftung 110; *Meyer*, Rechtsfragen 95; *Eisen*, Haftung 347; *Deipenbrock*, BB 2003, 1852 f; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290 f; *Mühl*, Haftung, Rz 242; *Forschner*, J&E 2012/1, 18; *Amort*, EuR 2013, 276; *Vasella*, Haftung 351; s ferner allg RIS-Justiz RS0037785 T 5, OGH 19.01.1977, 8 Ob 198/76; RIS-Justiz RS0037785 T 21, OGH 25.05.1999, 1 Ob 330/98 f; s zur Abschlussprüferhaftung BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (195); *Gelter*, RWZ 1999, 296; *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 107; *Dehn*, JAP 2002/2003, 59.

¹¹⁶⁰ *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 27.

¹¹⁶¹ F. Bydliński, JBl 1960, 362: „eigene[s] Interesse des Vertragspartners an der Unversehrtheit der Rechtsgüter des Dritten“; aus der Rsp s zB OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); vgl auch *Koziol*, JBl 1995, 688; vgl zur Abschlussprüferhaftung: *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 107; *Schmaranzer*, Zak 2013, 153: „Interessengleichklang“; *Karner* in *FS Koziol* (2010) 707.

¹¹⁶² *Meyer*, Rechtsfragen 95; vgl auch *Eisen*, Haftung 348.

¹¹⁶³ *Öllinger*, Haftung 203.

künftigen Schädiger, zB die Ratingagentur) im (für die Vertragsauslegung maßgeblichen) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses¹¹⁶⁴ vorhersehbar¹¹⁶⁵, dh erkennbar¹¹⁶⁶ sein, weil ansonsten ein (auch hypothetischer) Drittschutzwille der Parteien wohl kaum angenommen werden kann. Teilproblem dieser „Erkennbarkeit“ ist die notwendige Eingrenzbarkeit des durch den Vertrag geschützten Personenkreises:¹¹⁶⁷ Es fällt schwer, den Vertragsschließenden zu unterstellen, dass sie jede erdenkliche Person schützen möchten, die irgendwie mit der Vertragsleistung in Berührung kommt, drohte doch anderenfalls eine Haftungsausuferung.¹¹⁶⁸ Um das Risiko einer Schadenersatzpflicht also kalkulierbar zu halten,¹¹⁶⁹ muss der geschützte Dritte daher bestimmt¹¹⁷⁰ oder zumindest nach gewissen objektiven Merkmalen „bestimmbar“¹¹⁷¹ sein. Hierfür wird zB die Kenntnis des Schuldners, dass seine Vertragsleistung (auch) für den Dritten bestimmt ist, für ausreichend erachtet.¹¹⁷²

¹¹⁶⁴ F. Bydlinski, JBl 1960, 362 f: zu diesem Zeitpunkt evidenten/offenkundiges Interesse, 364; Peters, Haftung 111; zutr stellt der OGH entweder auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der Gutachtensbestellung bzw -einholung oder Einholung der (später an Dritte weitergegebenen) Bonitätsauskunft ab, s OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft*; 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (18, 20); 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724) *Goldgrube*; 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i.

¹¹⁶⁵ Koziol, JBl 2004, 282; Liebscher, Abschußprüfer 33.

¹¹⁶⁶ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*; RIS-Justiz RS0037785 T 5, OGH 19.01.1977, 8 Ob 198/76; 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (Koziol); 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247 (254); RIS-Justiz RS0037785 T 21, OGH 25.05.1999, 1 Ob 330/98 f; RIS-Justiz RS0037785 T 15, OGH 11.11.1992, 2 Ob 50/92; 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; RIS-Justiz RS0037785 T 29, OGH 25.02.2004, 9 Ob 128/03 v; 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (175); 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g; BGH VIII ZR 195/65 BGHZ 49, 350 (354); VI ZR 262/69 BGHZ 56, 269 (273); II ZR 174/77 BGHZ 75, 321 (323); IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; VIII ZR 182/83 NJW 1985, 489 (489 f); I ZR 52/82 NJW 1985, 2411; X ZR 104/94 NJW 1996, 2927 (2928 f); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194 f); F. Bydlinski, JBl 1960, 321; Kalss, ÖBA 2000, 647; dies, ÖBA 2002, 195; Gernhuber, Schuldverhältnis 531; vgl zur Abschlussprüferhaftung: Gelter, RWZ 1999, 296; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 107; Dehn, JAP 2002/2003, 59; H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 21; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 25; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB³ (2010) § 323 Rz 56; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 85; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 133; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 194; zur Gutachterhaftung Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; Karner in FS Koziol (2010) 707; Bosch, ZHR 163 (1999) 276 FN 8; J. Zehetner, ÖZW 2013, 79, 83; zur Haftung von Ratingagenturen: Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Öllinger, Haftung 203; Meyer, Rechtsfragen 95; Eisen, Haftung 348; v. Schweinitz, WM 2008, 956; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Mühl, Haftung, Rz 242; Wagner in FS Blaurock (2013) 481; Haar, DB 2013, 2490; Forschner, JSE 2012/1, 18; Schuler, Verantwortlichkeit 241, 247; Amort, EuR 2013, 276.

¹¹⁶⁷ F. Bydlinski, JBl 1960, 359; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 716; v. Schweinitz, WM 2008, 956; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 198, 200; BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484 (486); IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1760); vgl RIS-Justiz RS0037785 T 16, OGH 15.12.1992, 4 Ob 2/93; RIS-Justiz RS0022814; Deipenbrock, BB 2003, 1853.

¹¹⁶⁸ Anschaulich Larenz, NJW 1956, 1193: „Keinesfalls kann es der Sinn des Vertrages sein, daß alle beliebigen Dritten, denen aus der unsorgsamten Ausführung einer dem Vertragsschuldner obliegenden Verrichtung ein Schaden entsteht, aus dem Vertrage einen Ersatzanspruch erhalten. Dies hieße, die besondere Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners zu einer Haftung gegenüber jedermann auszuweiten.“

¹¹⁶⁹ Kalss, ÖBA 2000, 647; Eisen, Haftung 351; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Schuler, Verantwortlichkeit 247; BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035 (3038); vgl auch Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 85; Mühl, Haftung, Rz 246; Öllinger, Haftung 203 mit FN 874.

¹¹⁷⁰ J. Zehetner, ÖZW 2013, 89; Wagner in FS Blaurock (2013) 481; vgl BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194 f); H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 21; Öllinger, Haftung 210.

¹¹⁷¹ Vgl BGH II ZR 177/77 NJW 1979, 1595 (1597): „Der Senat hat wiederholt betont, bei Auskünften könne grundsätzlich nicht angenommen werden, daß sich eine Bank damit einer unbestimmten, unübersehbaren Vielzahl von Personen verpflichten wolle [...] Darum geht es hier aber nicht. Die Auskunft wendet sich zwar an der Bank noch unbekannte Personen. Diese sind aber von ihrem Interesse her bestimmbar und stellen einen überschaubaren Personenkreis dar“; BGH IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484 (486); II ZR 205/94 NJW 1995, 1739 (1747); speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen: Eisen, Haftung 348; vgl auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665; J. Zehetner, ÖZW 2013, 84.

¹¹⁷² BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392; IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1760).

Schließlich wird zum Teil noch eine Schutzbedürftigkeit des Dritten als Haftungsvoraussetzung gefordert,¹¹⁷³ die etwa dann fehle, wenn dieser über eigene „deckungsgleiche“ (gleichwertige) vertragliche Ansprüche gegen den Schuldner oder Gläubiger¹¹⁷⁴ der Vertragsleistung verfügt.¹¹⁷⁵

3) Diese im Wesentlichen in Deutschland ausdifferenzierten und nachvollziehbaren Kriterien können mE auch¹¹⁷⁶ auf die österreichische Rechtslage übertragen werden, um die Konturen des Haftungsinstituts hierzulande ebenso zu stärken und ihm eine „tatbestandsmäßige Festigkeit“ zu verleihen.¹¹⁷⁷ Hinzuweisen ist darauf, dass sich diese Parameter des „vertraglichen“ Drittschutzes zwar nicht ausdrücklich, aber doch der Sache nach in ähnlicher Form in der Judikatur des OGH wiederfinden.¹¹⁷⁸ Ihre explizite Anerkennung hätte den Vorteil, eine mE unzulässige Vermengung der einzelnen haftungsbegründenden Determinanten (zB Gläubiger- mit Leistungsnähe) zu vermeiden, wie sie zumindest in Argumentationen der Lehre¹¹⁷⁹ vorkommt. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass sich der OGH in der *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff) im Rahmen seiner Ausführungen zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausdrücklich auf den BGH gestützt hat¹¹⁸⁰ und damit die Übernahme der von diesem entwickelten Grundsätze in gewisser Weise vorgezeichnet hat.¹¹⁸¹ Keinesfalls darf hierbei jedoch die notwendige Einzelfallbetrachtung außer Acht gelassen werden.¹¹⁸²

β. Kein Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Bei typischer Ausgangslage ohne besondere Parteienvereinbarung¹¹⁸³ eignet sich der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mE nicht für die Lösung der Dritthaftungsproblematik in Zusammenhang mit Veröffentlichungen von Ratings.¹¹⁸⁴

¹¹⁷³ Peters, Haftung 111 f; Öllinger, Haftung 203; Meyer, Rechtsfragen 95; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665; Berger/Stemper, WM 2010, 2290; Mühl, Haftung, Rz 242; Haar, NZG 2010, 1283: Schutzwürdigkeit sei zu verneinen, wenn Ansprüche gegen andere Marktteilnehmer bestehen; Schuler, Verantwortlichkeit 241; gegen dieses Kriterium aber Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 98 ff.

¹¹⁷⁴ So OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; BGH II ZR 205/94 NJW 1995, 1739 (1747); Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 85.

¹¹⁷⁵ S zB Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 143; BGH VIII ZR 47/77 NJW 1978, 883; X ZR 104/94 NJW 1996, 2927 (2929); Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 56; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 134; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 194.

¹¹⁷⁶ Zur ähnl Rechtslage in der Schweiz s etwa Vasella, Haftung 351 ff.

¹¹⁷⁷ Vgl Canaris, ZHR 163 (1999) 215; vgl schon die grundlegenden Ansätze von F. Bydlinski, JBl 1960, 359 ff und sein Bemühen um feste Richtlinien dieses Rechtsinstituts (S 367).

¹¹⁷⁸ S dazu die Nw oben in FN 1153, 1159, 1166 und unten in FN 1174.

¹¹⁷⁹ Nw unten in FN 1303.

¹¹⁸⁰ S oben bei und in FN 326.

¹¹⁸¹ Vgl auch C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 105.

¹¹⁸² Vgl zur Abschlussprüferhaftung Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 30.

¹¹⁸³ S zu einer möglichen Abbedingung der Schutzwirkung im Einzelfall unten unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.γ. (Weitere) Schwachpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“.

¹¹⁸⁴ Zu dieser umstrittenen Frage s die Nw oben in FN 488.

αα. Leistungsnähe der Anleger

Zwar sind Anleger und wohl auch (sonstige) Gläubiger des Emittenten in vorhersehbarem Maße von der Ratingleistung betroffen,¹¹⁸⁵ weil das Geschäftsmodell und die (gute) Bezahlung der Ratingagenturen darauf basiert, dass diese Einfluss auf das Verhalten von Dritten nehmen. So entscheiden sich etwa Anleger, eine Anleihe aufgrund eines guten Ratings derselben zu zeichnen.¹¹⁸⁶ Diese typische und daher für die Ratingagentur jedenfalls erkennbare¹¹⁸⁷ „Leistungs- und Gefahrennähe“ zumindest der Anleger¹¹⁸⁸ zeigt sich auch daran, dass die vertragsgemäße Leistung der Ratingagentur eigentlich erst dann vollständig erbracht ist, wenn sie ihr „Arbeitsergebnis“ veröffentlicht hat.¹¹⁸⁹ Mit anderen Worten ist sie vertraglich gewöhnlicher Weise dazu verpflichtet, ihre Bewertungsleistung an das allgemeine Publikum zu erbringen,¹¹⁹⁰ weil der Emittent – anders als eine Gesellschaft, deren Jahresabschluss geprüft wird¹¹⁹¹ – in der Regel kein eigenständiges Interesse an einer (Bonitäts-)Prüfung bloß „für interne Zwecke“ hat. Die hier zu beurteilenden Haftungsfälle stehen insofern somit (anders als der klassische Abschlussprüfungsvertrag¹¹⁹²) dem Vertrag zugunsten Dritter sehr nahe,¹¹⁹³ mag auch der einzelne Anleger oder die „Anlegerschaft“ sicherlich kein Klagerecht auf Publikation der vergebenen Bonitätsnote haben¹¹⁹⁴ („unechter Vertrag zugunsten Dritter“; vgl § 881 Abs 1 ABGB).¹¹⁹⁵

¹¹⁸⁵ Allg zur Leistungsnähe oben bei FN 1153.

¹¹⁸⁶ Vgl Mühl, Haftung, Rz 247; Thiele, Rating 98 f; Schuler, Verantwortlichkeit 242.

¹¹⁸⁷ V. Schweinitz, WM 2008, 956; Haar, NZG 2010, 1283; Schroeter, Ratings 939 f.

¹¹⁸⁸ V. Schweinitz, WM 2008, 956; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 64; Schroeter, Ratings 931 f; vgl Haar, NZG 2010, 1283; aA aber dies, ZBB 2009, 185; dies, DB 2013, 2490.

¹¹⁸⁹ Das spricht für einen Drittschutz, zutr Kalss, ÖBA 2000, 647.

¹¹⁹⁰ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 22, heben dies gegenüber den „üblichen“ Gutachter-Haftungsfällen hervor; Vasella, Haftung 351 f.

¹¹⁹¹ Vgl dazu oben bei FN 921.

¹¹⁹² Liebscher, Abschlußprüfer 58 f; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 105. Zu bedenken ist dabei, dass die Abschlussprüfung primär im Interesse der Gesellschaft erfolgt, ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“, s auch noch unten „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.γγ.ααα. Exkurs: Kein Abschlussprüfungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“.

¹¹⁹³ Der Sache nach ebenso Peters, Haftung 113; s aber auch Öllinger, Haftung 195, der offenbar den unechten Vertrag zugunsten Dritter übersieht. Die Nähe zum Vertrag zugunsten Dritter ist allerdings in solchen Konstellationen keine Besonderheit, in denen die Hauptleistung aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade dem Dritten zugutekommen soll: Karner in FS Koziol (2010) 709.

¹¹⁹⁴ So zur Abschlussprüferhaftung Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 131.

¹¹⁹⁵ Vgl F. Bydlinski, JBl 1960, 362, wonach das Institut „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ gerade solche Fälle des unechten Vertrags zugunsten Dritter erfasse; s zum unechten Vertrag zugunsten Dritter auch Liebscher, Abschlußprüfer 58. Gerade in derartigen Grenzfällen zwischen Vertrag zugunsten Dritter und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wäre es mE evident unsachgerecht, die mit dem Vertrag zusammenhängenden Schutzpflichten zugunsten Dritter nicht aus der Vertragsauslegung, sondern vorrangig aus (nebulösem) „ungeschriebenem Gesetzesrecht“ abzuleiten. Denn dem steht die eindeutige Norm des § 881 Abs 2 Satz 1 ABGB entgegen (s zum Problem bereits oben bei FN 1139).

ββ. Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises

1) Die Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises¹¹⁹⁶, für die ähnlich wie beim Vertrag zugunsten Dritter nur die „Bestimmbarkeit“ der (wenn auch namentlich¹¹⁹⁷ oder hinsichtlich ihrer Anzahl¹¹⁹⁸ unbekannten, ja uU vielzähligen¹¹⁹⁹) geschützten Dritten verlangt wird, ließe sich bei der Dritthaftung von Ratingagenturen mE auch noch bewältigen,¹²⁰⁰ mag man über die nähere Grenzziehung im Detail streiten:

Ist man der Meinung, dass Anleger die alleinigen „primären Informationsadressaten“ jedes Ratings sind¹²⁰¹, könnte man vertreten, dass eine Dritthaftung nur diesen gegenüber bestehe¹²⁰² (nicht aber gegenüber sonstigen Dritten, insb Banken, die dem Emittenten im Vertrauen auf sein Rating einen Kredit gewähren). ME richten sich *Emittentenratings* jedoch wie der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers im selben Maße auch an (sonstige) Gläubiger¹²⁰³ (vgl bloß §§ 21b, 22a, § 22c Abs 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; jetzt¹²⁰⁴ Art 135 Abs 1 EU-BankenaufsichtsVO iVm EU-RatingVO),¹²⁰⁵ sodass eine haftungsentscheidende Differenzierung, ob man nun Anleger oder (sonstiger) Gläubiger ist, insofern willkürlich erscheint.

Bezieht man aber alle Personen, „die es angeht“¹²⁰⁶ (also insb auch Anleger und Gläubiger¹²⁰⁷), in den Schutzbereich des Ratingvertrags mit ein, begibt man sich eigentlich des haftungseinschränkenden Kriteriums der „Abgrenzbarkeit des geschützten

¹¹⁹⁶ Allg dazu oben bei FN 1167.

¹¹⁹⁷ RIS-Justiz RS0026786, OGH 22.06.1978, 2 Ob 515/78; 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (*Kozio*): alle Kunden des Auskunftsempfängers; OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (250) (*Kerschner*); RIS-Justiz RS0017178 T 8, OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; RIS-Justiz RS0017178 T 14, OGH 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s; BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; III ZR 50/94 NJW 1995, 392; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 198; *Korth*, Dritthaftung 79, 82 f; speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; aA *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 85.

¹¹⁹⁸ *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Öllinger*, Haftung 203 mit FN 875; *Meyer*, Rechtsfragen 99; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; *Schuler*, Verantwortlichkeit 247.

¹¹⁹⁹ *Artmann*, JBl 2000, 629; *Peters*, Haftung 111; vgl auch RG VII 169/38 RGZ 160, 153 (155); BGH VIII ZR 201/63 NJW 1965, 1757 (1758); II ZR 172/84 NJW 1986, 249 (250); X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); vgl ferner BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1950), wo auf das Spannungsverhältnis zu § 323 dHGB hingewiesen wird; idS auch BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860 f); III ZR 307/07 NZG 2009, 37 (38); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (197); zust C. *Nowotny*, RdW 1998, 388.

¹²⁰⁰ AA *Claussen*, DB 2009, 1003; *Haar*, NZG 2010, 1283; *dies*, DB 2013, 2490 (unter Berufung auf die BGH-Judikatur zur Abschlussprüferhaftung [s dazu oben in FN 326 f]); *Wagner* in FS Blaurock (2013) 481 f; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243; *Amort*, EuR 2013, 276, der aber dennoch eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für möglich erachtet; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 66, der freilich eine Haftung aufgrund von § 311 Abs 3 BGB befürwortet; gegen die erforderliche Erkennbarkeit selbst bei Emissionsratings *Forschner*, J&E 2012/1, 18.

¹²⁰¹ Vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2000, 654.

¹²⁰² S dazu die Nw oben in FN 527; vgl auch § 14 Z 6 KMG.

¹²⁰³ Denkbar wären neben Banken auch kreditierende Lieferanten, staatliche Institutionen, Kunden sowie Arbeitnehmer des Emittenten (vgl zu den interessierten Kreisen *Leker/Botterweck* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 606 f).

¹²⁰⁴ S dazu unten in FN 2944.

¹²⁰⁵ Vgl auch *Öllinger*, Haftung 214; *Leker/Botterweck* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 598, 606; *Ertl*, BC 2009, 39 ff; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 657; abw wohl *Kley/Pape* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 921: in „erster Linie“ Anleger, in „zweiter Linie“ Banken; vgl aber auch *dies*, ebd 924 f.

¹²⁰⁶ Vgl aber die Eingrenzung für die Abschlussprüferhaftung bei *Kalss*, ÖBA 2002, 197.

¹²⁰⁷ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *Artmann*, RdW 2007, 325; Gläubiger, Anleger, Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten; *Kalss*, ÖBA 2002, 190; auch Unternehmenserwerber und der Fiskus; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 85; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 90; restriktiver *Dehn*, ÖBA 2002, 390 f; vgl zur Problematik *U. Torggler*, wbl 2001, 549; *dens* in *Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 33, 35, 37 (zu den an einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung interessierten Kreisen unter Verweis auf § 124 BAO).

Personenkreises“.¹²⁰⁸ Denn bei einem derartigen Verständnis wird das (vermeintliche) Ausschlusskriterium praktisch nie zum Zug kommen: Dass jemand auf ein Rating vertraut und so zu Schaden kommt, obwohl ihn ein solches Rating eigentlich „gar nichts angeht“, ist schwer vorstellbar. Jedenfalls wird sich ein solcher Sachverhalt in der Praxis selten ereignen. Im Wesentlichen versagt also eine auf diese Weise umrissene Haftungseingrenzung nur solchen Dritten die Anspruchsberechtigung, die nicht geschädigt werden und damit gar keinen Schutz brauchen. Eine Verantwortlichkeit der Ratingagenturen für Emittentenratings aus einem Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter scheidet demnach mangels Abschätzbarkeit des damit einhergehenden Haftungsrisikos aus.¹²⁰⁹ Das Ergebnis der Entscheidung *Mündelaktie* (oben S 47 ff), die sehr haftungsfreundlich einen Schutz all jener Dritter befürwortet, die nach dem Zweck des Gutachtens mit diesem in Berührung kommen, erscheint vor diesem Hintergrund fraglich.

ME müsste man den Kreis der geschützten Dritten eindeutiger dadurch abstecken, dass man nur solche Anleger als geschützt ansieht, die auf ein *Emissionsrating* vertraut haben, ist doch die „Nahebeziehung“ zwischen dieser Ratingleistung und den Anlegern (nicht aber anderen Geschädigten) besonders plausibel.¹²¹⁰ Mit anderen Worten lassen sich die auf diese Weise geschützten Anleger eindeutig dem haftungsbegründenden Verhalten (Emissionsratingleistung) zuordnen, was die Brücke zur Leistungsnähe schlägt.¹²¹¹ Damit ist auch die Kalkulierbarkeit des maximalen Schadenersatzrisikos für den Sachverständigen grundsätzlich¹²¹² gegeben:¹²¹³ Es besteht in der Höhe des Nominalwerts der Emission (insb Anleihesumme zuzüglich der insgesamt versprochenen Zinszahlungen¹²¹⁴ [vgl § 11 Abs 6 KMG]), der den Ratingagenturen aufgrund ihrer Tätigkeit bekannt ist. Denn im *worst-case*-Szenario erleiden die Anleger einen Totalverlust ihres investierten Geldes und können die versprochenen Zinszahlungen nicht lukrieren.¹²¹⁵

¹²⁰⁸ Krit auch *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 56; vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 549, 553; *Dehn*, ÖBA 2002, 390; vgl aber zur *Rieger Bank*-Rsp des OGH noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.δδ. Gegenüberstellung des erforderlichen „Projektbezugs“ mit der OGH-Rechtsprechung“.

¹²⁰⁹ Zutr *Eisen*, Haftung 353.

¹²¹⁰ Eine derartige Eingrenzung übersieht wohl *Habersack*, ZHR 169 (2005) 207 f, wenn er meint, durch eine Dritthaftung würde der Kreis der Ersatzberechtigten uferlos ausgeweitet. Gegen die (für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erforderliche) Erkennbarkeit selbst beim Emissionsrating aber ausdr *Forschner*, JfE 2012/1, 18.

¹²¹¹ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.aa. Leistungsnähe der Anleger“.

¹²¹² Die Kalkulierbarkeit ist jedenfalls dann gegeben, wenn man zusätzlich die analoge Anwendung haftungseinschränkender Regelungen befürwortet (vgl unten „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“).

¹²¹³ *Eisen*, Haftung 352 ff.

¹²¹⁴ *Korth*, Dritthaftung 115; vgl auch BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710 (712); *Schantz*, Verantwortlichkeit 168.

¹²¹⁵ Dies unter der Prämisse, dass man den entgangenen Gewinn vom ersatzfähigen Schaden ausklammert (zutr *Vasella*, Haftung 333). Das ließe sich durch eine Analogie zu § 11 Abs 6 KMG bewältigen (s noch unten in FN 3439; zu dieser Norm s auch oben in FN 388). Selbst wenn man jedoch den entgangenen Gewinn für ersatzfähig einstuft und den Anlegern auch noch allfällige Erwerbsnebenkosten (vgl dazu unten bei FN 3244) zusprechen möchte, ist es dennoch unrealistisch, dass die Gesamtschadenssumme den Nennwert der Emission samt versprochener Zinszahlungen (wesentlich) übersteigt. Dies setzte angesichts der relativ geringen Höhe der beiden erstgenannten Schadensposten voraus, dass die Anleihe bereits zum Begebungszeitpunkt völlig wertlos ist, weil der Emittent – ohne dass dies von der Ratingagentur entdeckt wurde – vollständig vermögenslos und zahlungsunfähig ist (*Korth*, Dritthaftung 193).

Dass dadurch vielzählige Dritte in den Schutzbereich des Ratingvertrags miteinbezogen würden, stünde aufgrund des dennoch begrenzten Haftungsrisikos der Ratingagentur einer vertraglichen Dritthaftung derselben im Einklang mit der *Frischzellentherapie*-Entscheidung (oben S 44 ff) nicht entgegen.¹²¹⁶ Auch dürfte es nach diesen Grundsätzen zulässig sein, auch Sekundärerwerber der gerateten Finanzinstrumente in den Schutzbereich des Vertrags miteinzubeziehen.¹²¹⁷ Denn dadurch erhöht sich das auf den Emissionswert beschränkte Haftungsrisiko der Ratingagenturen nicht, sondern es ändert sich nur die Person des Anspruchsberechtigten: Der Anlegerschaden wird vom Erst- auf den Zweiterwerber verlagert (vgl den Fall *Gesellschafterabschichtung* [oben S 41 ff]).¹²¹⁸

2) Die konkrete Schutzwürdigkeit des auf diese Weise in den Ratingvertrag allenfalls einbezogenen Anlegers¹²¹⁹ ist unproblematisch, wenn er nicht eigene vertragliche Schadenersatzansprüche (etwa aus einem Abonnementvertrag¹²²⁰) gegen die Ratingagentur (den Schuldner der Vertragsleistung) hat.¹²²¹

Der in solchen Fallkonstellationen der Dritthaftung von Ratingagenturen zusätzlich mögliche Anspruch des Anlegers gegen den Emittenten (Gläubiger der Vertragsleistung) aus der Prospekthaftung (§ 11 Abs 1 Z 1 KMG) oder zumindest aus dem bewerteten Finanzinstrument sollte die Schutzbedürftigkeit des Anlegers nicht ausschließen.¹²²² Dies gilt mE aber nur dann, wenn der Emittent die Emission mangels Zahlungsfähigkeit nicht (vollständig) bedienen kann¹²²³ und damit auch der Prospekthaftungsanspruch (teilweise) wirtschaftlich wertlos ist.¹²²⁴ Dafür spricht auch, dass beim Ratingvertrag die Vertragsleistung des Schuldners (Rating) den Dritten gerade über die Werthaltigkeit potenzieller vertraglicher Ansprüche des Dritten gegen den Emittenten aufklären soll.

Zu berücksichtigen wäre gegebenenfalls auch noch ein Schadenersatzanspruch des Anlegers gegen seinen Anlageberater, welcher die Schutzwürdigkeit des Ersteren für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ebenso ausschließen könnte.¹²²⁵ Das

¹²¹⁶ Vgl oben bei FN 310.

¹²¹⁷ Zutr Eisen, Haftung 354; vgl auch Meyer, Rechtsfragen 100; aA Peters, Haftung 114 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), 120 (cic); Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 716; zur Nichterfassung von Zweiterwerbern *de lege ferenda* krit Wagner in FS Blaurock (2013) 492.

¹²¹⁸ Näher dazu noch unten bei FN 2675, 2793; vgl auch BGH IX ZR 62/02 NJW-RR 2003, 1035 (1037); IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356).

¹²¹⁹ Vgl dazu oben bei FN 1173.

¹²²⁰ Vgl dazu unten bei FN 2728.

¹²²¹ Schuler, Verantwortlichkeit 241; Schroeter, Ratings 940.

¹²²² Abw Schroeter, Ratings 940 f; wohl auch Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415.

¹²²³ Gerade solche Fälle interessieren ja gerade iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen (s nur den Praxisfall bei Graf, JBl 2012, 211).

¹²²⁴ Ein eigener vertraglicher Anspruch des Dritten, der mangels Werthaltigkeit nicht durchsetzbar ist, schließt mE die Schutzwürdigkeit des Dritten nicht aus (so wohl auch Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1295 Rz 32c; vgl auch OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 [446]; 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; aA aber OGH 1 Ob 232/05 g SZ 2005/179, 505 [507]).

¹²²⁵ Zutr Schroeter, Ratings 940.

Entstehen eines solchen Anspruchs würde allerdings voraussetzen, dass das Rating für den Berater erkennbar unzutreffend war, was in aller Regel nicht der Fall sein wird.¹²²⁶

3) Die ebenfalls mit der Haftungsausfuhrung zusammenhängende¹²²⁷ und umstrittene Frage, ob im Rahmen der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch bloße Vermögensschäden grundsätzlich ersatzfähig sind,¹²²⁸ wie etwa Anlegerschäden infolge eines fehlerhaften Ratings, lässt sich mE entgegen der wohl (noch) öhM auch bejahen. Erstens ist die Gültigkeit des (deutschen [vgl § 823 Abs 1 BGB]) Dogmas der fehlenden Ersatzfähigkeit fahrlässig verursachter Vermögensschäden im *außervertraglichen* Bereich für Österreich zweifelhaft.¹²²⁹ Zweitens müssen auch für die Beantwortung dieser Frage die vertraglichen Wurzeln des Ersatzanspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹²³⁰ den Ausschlag geben: Nach allgemeiner Meinung umfasst der Schadenersatzanspruch *ex contractu* Beeinträchtigungen des reinen Vermögens.¹²³¹ Daher kann für einen Drittspruch, der aus den Schutzwirkungen eines Vertrags abgeleitet wird, vorbehaltlich abweichenden Parteiwillens, nichts anderes gelten.¹²³² Es wäre hierfür mE zu untersuchen, ob eine Einwirkung auf das bloße Vermögen des Dritten von vornherein zu erwarten ist (also ob [auch] insofern eine Leistungsnähe gegeben ist), oder nicht.¹²³³

Die gegenteilige Auffassung dürfte zu sehr an dem ursprünglichen Einsatzbereich dieser Dritthaftung „kleben“ (Erweiterung der Gehilfenhaftung)¹²³⁴, bei dem es – aus historischer Sicht verständlich¹²³⁵ – nicht um bloße Vermögensschäden, sondern um Schäden an absolut geschützten Gütern, insb Sach- und Personenschäden ging.¹²³⁶ Das darf aber nicht zu einem *case-law*-Denken dergestalt führen, dass man die rechtsdogmatischen Grundlagen der vertraglichen Dritthaftung missachtet und Dritten nur in Fällen, die den

¹²²⁶ S dazu unten in FN 1260.

¹²²⁷ Karner in FS Koziol (2010) 707.

¹²²⁸ Bejahend Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 144; Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 119 ff (sofern Vermögensschäden innerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs liegen); wohl auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1295 Rz 33; vgl ferner OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 Rieger Bank, wo der OGH auf die Problematik gar nicht eingeht; grunds (ungeachtet besonderer Fallkonstellationen, etwa wenn die Hauptleistung erkennbar gerade dem Dritten zugutekommen solle) verneinend die hM, OGH 5 Ob 654/82 JBl 1983, 205 (207) (Hügel); 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247 (253); 7 Ob 541/87 RdW 1988, 86; 5 Ob 707/78 SZ 51/169, 748 (752); 7 Ob 598/86 JBl 1986, 650 (651); 1 Ob 672/90 ÖBA 1991, 525 (526) (Canaris); 4 Ob 2/93 wbl 1993, 264 (265); 03.02.1994, 8 Ob 614/93; 1 Ob 637/94 HS 25.643; 8 Ob 287/01 s JBl 2003, 379 (380); 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (181); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) ÖAMTC-Ankaufstest; 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/49, 4/19; ders, Haftpflichtrecht II², 87 f; ders, JBl 1994, 211 f, 216, 219; ders, JBl 1995, 684, 688; ders, Bankvertragsrecht I² Rz 3/22; Karner in FS Koziol (2010) 707; ders in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 19; ders, ÖBA 2010, 593; Kalss, ÖBA 2000, 646 f; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 48; J. Zehetner, ÖZW 2013, 79; wohl auch Brawenz, Prospekthaftung 199; Nowak, Prospekthaftung 23; einschr auch Vavrovsky, ÖBA 2001, 585 f; vgl auch RIS-Justiz RS0037785 T 30, OGH 25.02.2004, 9 Ob 128/03 v.

¹²²⁹ S dazu noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“.

¹²³⁰ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“.

¹²³¹ S nur Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 2.

¹²³² Vgl Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 119.

¹²³³ Vgl F. Bydlinski, JBl 1960, 362: Schutz jener Rechtsgüter, deren Kontakt mit der Leistung von vornherein zu erwarten ist.

¹²³⁴ S oben bei FN 1129.

¹²³⁵ Zur zunehmenden Ersetzung des Sacheigentums durch „Eigentum am Vermögen“ s unten bei FN 1633.

¹²³⁶ Zu einem weiteren möglichen Grund (eingeschränkter Ersatz von Vermögensschäden auch im Bereich „zwischen Vertrag und Delikt“) s unten bei FN 1975.

vom deutschen Reichsgericht¹²³⁷ entschieden ähnlich sind, einen Ersatzanspruch „zubilligt“.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass die Frage der Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden im Rahmen der vertraglichen Dritthaftung in Deutschland (jedenfalls mittlerweile¹²³⁸) ganz herrschend wie hier gelöst wird. Es scheint also, als hätte das erwähnte deutsche Dogma eine eigenwillige Dynamik in Österreich entwickelt.¹²³⁹ Zur Klarstellung sei aber darauf hingewiesen, dass die öhM aufgrund der Nähe des Ratingvertrags zum Vertrag zugunsten Dritter¹²⁴⁰ in solchen Fällen wohl ebenso zu einem Vermögensschutz gelangen würde.¹²⁴¹ Denn daraus ergibt sich, dass die vertragliche Hauptleistung gerade dem Dritten (Anleger) zugutekommen solle¹²⁴².

yy. Keine Gläubignähe der Anleger

1) Die eigentliche Problematik bei dem fraglichen „Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ ist die Gläubignähe¹²⁴³, also das Interesse des Gläubigers der Ratingleistung (Emittent) an der Einbeziehung der Anleger in den Schutzbereich des Vertrags.¹²⁴⁴ In der Literatur und Rsp ist zwar zu Recht anerkannt, dass die Gläubignähe nicht (mehr¹²⁴⁵) nur bei solchen Personen zu bejahen ist, denen der Gläubiger rechtlich oder moralisch zur Fürsorge verpflichtet ist (Stichwort „Wohl und Wehe“-Formel¹²⁴⁶). Danach liegt dieses Tatbestandsmerkmal auch in Bezug auf sonstige Personen vor, die dem Gläubiger iwS erkennbar „nahestehen“. ¹²⁴⁷ Der Gläubiger muss lediglich ein sichtbar eigenes Interesse an ihrem Schutz haben,¹²⁴⁸ insb weil sie die gleichen (etwa geschäftlichen¹²⁴⁹) Interessen wie dieser verfolgen.¹²⁵⁰ Anders formuliert ist es nur bei

¹²³⁷ Vgl die Nw oben in FN 1125.

¹²³⁸ S den diesbezüglichen Vorstoß von *Musielak*, Haftung 32 ff; vgl auch *Peters*, Haftung 112.

¹²³⁹ Auf die insofern unterschiedliche Entwicklung hat schon *Canaris*, ÖBA 1991, 529, hingewiesen.

¹²⁴⁰ Dazu oben bei FN 1193.

¹²⁴¹ *Karner*, ÖBA 2010, 593; vgl für die Abschlussprüferhaftung *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 110.

¹²⁴² *Koziol*, JBl 1994, 219; *ders*, JBl 2004, 276, 281.

¹²⁴³ Dazu oben bei FN 1159.

¹²⁴⁴ Vgl *Haar*, DB 2013, 2490; zur Abschlussprüfung: *Wilhelm*, *ecolex* 2001, 881; *Artmann*, JBl 2000, 626; *Schmaranzer*, *Zak* 2013, 152 f.

¹²⁴⁵ AA noch *Larenz*, NJW 1956, 1194. Wendepunkt in der deutschen Rsp war der Käufergruppenfall (BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 [356]); dazu sogleich im Fließtext), wo der BGH auf eine Fürsorge- bzw Schutzpflicht des Vertragsgläubigers zugunsten des Dritten verzichtete (*Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Canaris*, ZHR 163 [1999] 209; *Schäfer*, AcP 202 [2002] 822).

¹²⁴⁶ S dazu RIS-Justiz RS0037785 T 5, OGH 19.01.1977, 8 Ob 198/76; RIS-Justiz RS0037785 T 21, OGH 25.05.1999, 1 Ob 330/98 f; 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607); RG Rep III 145/17 RGZ 91, 21 (24); BGH VI ZR 212/66 BGHZ 51, 91 (96); VI ZR 262/69 BGHZ 56, 269 (273); VI ZR 254/67 NJW 1970, 38 (40); VI ZR 136/76 NJW 1977, 2208 (2209); VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (322); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194); *Larenz*, NJW 1956, 1194; *F. Bydlinski*, JBl 1960, 363; *Vavrovsky*, ÖBA 2001, 584; *Odersky*, NJW 1989, 3 f; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Liebscher*, Abschlussprüfer 33; *Thiele*, Rating 99; *Eisen*, Haftung 348; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956. Zu dieser Gruppe gehören insb Ehegatten, Kinder, Arbeitnehmer etc; *Canaris*, JZ 1995, 442; *Schuler*, Verantwortlichkeit 242.

¹²⁴⁷ *Canaris*, JZ 1995, 442 f; „auf der Seite“ bzw „im Lager“ des Vertragsgläubigers; *ders*, ZHR 163 (1999) 242.

¹²⁴⁸ *F. Bydlinski*, JBl 1960, 362 f; OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; vgl *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 109; *Meyer*, Rechtsfragen 95; *Eisen*, Haftung 348; *Mühl*, Haftung, Rz 244.

¹²⁴⁹ S dazu *Peters*, Haftung 110 mwN; vgl auch *Schuler*, Verantwortlichkeit 242.

einer derartigen „Interessenharmonie“ überhaupt möglich (aber auch naheliegend), zwecks Verwirklichung eines Drittschutzes zu unterstellen, dass der Gläubiger bei Vertragsabschluss „(auch) die Interessen eines Dritten ... mitverfolgt“ (F. Bydlinski; s oben insb *Vorläufige Bilanz* [oben S 28 ff])¹²⁵¹.

So hat etwa derjenige, der bekanntermaßen als Teil einer Käufergruppe ein Wertgutachten über die Kaufsache (ein Hausanwesen) in Auftrag gibt, ein Interesse daran, dass die Expertise zutreffend ist; deckungsgleich ist auch das Anliegen des letztendlich als Erwerber des Grundstücks auftretenden Käufers, der derselben Käufergruppe, mithin derselben Interessengemeinschaft angehört.¹²⁵² Entsprechendes gilt, wenn der Erblasser seine Geliebte, an der er doch ein augenscheinliches Interesse hat, letztwillig bedenken möchte und zu diesem Zwecke seinen Rechtsanwalt aufsucht;¹²⁵³ wenn der Rechtsanwalt im eigenen Namen bei einem Universitätsprofessor ein Gutachten für seinen Mandanten einholt und dies dem beauftragten Experten offenlegt¹²⁵⁴ usw.

Nähert man sich an die hier interessierende Problematik, kann man auch den Abonnementvertrag zwischen Ratingagentur und einem Kreditinstitut als solchen mit Schutzwirkungen zugunsten der Kunden dieser Bank betrachten, die im Rahmen der Anlageberatung mit ihr kontrahieren.¹²⁵⁵ Sowohl der Kunde als auch die Bank haben ein Interesse an einer realitätsgerechten Bonitätsbeurteilung¹²⁵⁶ (der Kunde, weil er sein Geld investiert; die Bank, weil sie an einer erfolgsversprechenden Anlageberatung sowie einer längeren Geschäftsbeziehung interessiert ist¹²⁵⁷). Der Kunde als investierender Anleger ist typischerweise den Gefahren eines unzutreffenden Ratings ausgesetzt.¹²⁵⁸ Diese Gläubiger- und Leistungsnähe ist der Ratingagentur insb dadurch erkennbar, dass Banken nach der

¹²⁵⁰ S die Nw in FN 1263; vgl auch RG VI 270/29 RGZ 127, 218 (222 ff); zur ähnl Entwicklung in der Schweiz s *Vasella*, Haftung 352 mit FN 1468.

¹²⁵¹ F. Bydlinski, JBl 1960, 321; so im Anschluss daran *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 842; J. Zehetner, ÖZW 2013, 83; OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (*Koziol*); 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft*; 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306; 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247 (254); 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (18, 20); 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (250) (*Kerschner*); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Koziol*); 03.02.1994, 8 Ob 614/93; 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724) *Goldgrube*; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (175); 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g; 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i; ähnl *Welser*, Haftung 85; s aber auch *Öllinger*, Haftung 216 FN 951.

¹²⁵² BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356); zust *Canaris*, JZ 1995, 443; *ders*, ZHR 163 (1999) 218.

¹²⁵³ Vgl OGH 7 Ob 568/86 SZ 59/106, 534 (536); 6 Ob 292/00 k RdW 2001, 401 (401 f); BGH VI ZR 47/64 NJW 1965, 1955 (1956 f); zust *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 7 f; iE auch *Köndgen*, Selbstbindung 364; vgl ferner BGH III ZR 112/58 NJW 1960, 33 (34).

¹²⁵⁴ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*; F. Bydlinski, JBl 1965, 321; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 88; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 709; *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 87.

¹²⁵⁵ *Peters*, Haftung 116 ff; *Öllinger*, Haftung 208; *Karner*, ÖBA 2010, 593; iE auch *Meyer*, Rechtsfragen 105 ff.

¹²⁵⁶ *Karner*, ÖBA 2010, 593; vgl auch *Eisen*, Haftung 358: Bank und Kunde sind an einer konservativen Bonitätsbeurteilung interessiert.

¹²⁵⁷ Vgl zur Gläubigernähe aufgrund besonderer Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Drittem BGH II ZR 52/75 BGHZ 69, 82 (86).

¹²⁵⁸ *Peters*, Haftung 117; *Karner*, ÖBA 2010, 593.

Rsp¹²⁵⁹ im Rahmen der Anlageberatung verpflichtet sind, auf Ratings der jeweiligen Veranlagung hinzuweisen.¹²⁶⁰

Lenkt man nun unter dem Aspekt der Gläubignähe den Blick auf den *Ratingvertrag* selbst, so zeigt sich aber, dass der Vertragsgläubiger (Emittent) und der Dritte (Anleger) schon *prima vista* gegenteilige Interessen verfolgen.¹²⁶¹ Dies steht – nach dem Vorhergesagten und insb im Einklang mit der *Goldgrube*-Entscheidung¹²⁶² – einem Einbezug des Dritten in die Schutzwirkungen des (auch Rating-)Vertrags entgegen:¹²⁶³ Zur realitätsgerechten Einschätzung der Interessenlage sind zunächst die Funktion des Ratings, den Anleger über die Angemessenheit des Risikozinses zu informieren¹²⁶⁴ und der allgemeine Rendite-Risiko-Zusammenhang¹²⁶⁵ in Erinnerung zu rufen.

Der Emittent (genauer: die für ihn handelnde Geschäftsleitung¹²⁶⁶, die dem Unternehmenswohl verpflichtet ist¹²⁶⁷) möchte aus diesem Grund in jedem Fall ein möglichst gutes Bonitätsurteil,¹²⁶⁸ um sich möglichst günstig am Kapitalmarkt finanzieren zu können.¹²⁶⁹ Bei einem schlechteren Rating müsste der Emittent den Anlegern einen

¹²⁵⁹ S dazu unten bei FN 2342, 2342.

¹²⁶⁰ Vgl *Peters*, Haftung 117; ferner *Meyer*, Rechtsfragen 93. Auch die Schutzwürdigkeit des Anlegers ist, soweit er keinen eigenen Anspruch gegen die beratende Bank hat (etwa weil das Rating für diese erkennbar fehlerhaft war und sie darauf im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit nicht hingewiesen hat [vgl dazu OLG Frankfurt 9 U 151/09 WM 2010, 2111 {2113}]) oder nicht selbst Abonnent der fehlinformierenden Ratingagentur ist, zu bejahen (*Karner*, ÖBA 2010, 593; aA aber *Eisen*, Haftung 358 f, nach dem die Bank bei fehlerhaftem Rating stets hafte, die Ratingagentur im Ergebnis also Erfüllungsgehilfe der Bank sei. Dies ist unzut, weil sich die Bank gegenüber dem Anleger nicht zur Erstellung von mangelfreien Bonitätsbewertungen verpflichtet [*Karner*, ÖBA 2010, 593; *Öllinger*, Haftung 164 FN 611; vgl auch schon *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280a]).

¹²⁶¹ *Köndgen*, Selbstbindung 379; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 207; *Öllinger*, Haftung 216; *Eisen*, Haftung 349; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Kumpen* in FS Hopt II (2010) 2169; *Haar*, NZG 2010, 1283; *Korth*, Dritthaftung 47; *Mühl*, Haftung, Rz 243; einräumend v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; vgl auch *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290: vordergründig divergieren die Interessen; *Peters*, Haftung 112; s aber auch *Öllinger*, Haftung 217; *Göres* in *Habersack/Mülbelt/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 65.

¹²⁶² S dazu oben bei FN 264.

¹²⁶³ OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Kozio*l); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); vgl auch 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); aus der Literatur: *Welsch*, Haftung 85 f; *Kozio*l, JBl 1995, 688; *Rummel*, JBl 2002, 590; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 9; *Karner*, ÖBA 2001, 894; *ders* in FS *Kozio*l (2010) 708; *ders*, ÖBA 2010, 594; *Wilhelm*, eclex 1991, 87; *Walter Doralt/Kozio*l in *Kozio*l/Walter Doralt, Abschlussprüfer 109; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 27; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 48; *Graf*, wbl 2012, 246 ff; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 79, 83; *Kletečka* in FS *Reischauer* (2010) 296; *Lammel*, AcP 179 (1979) 344; *Canaris* in FS *Larenz II* (1983) 92; *ders*, JZ 1995, 443 f; *ders*, ZHR 163 (1999) 215 ff; *ders*, Bankvertragsrecht³ Rz 2292; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 817, 827; *Hennrichs* in FS *Hadding* (2004) 887 f; *Thiele*, Rating 99; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB³ (2010) § 323 Rz 57; *Meyer*, Rechtsfragen 96; *Kersting*, Dritthaftung 321; *Fischer*, Rechtsfragen 150, 177; *Schuler*, Verantwortlichkeit 244; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 481; grunds auch *Vasella*, Haftung 354 (für die Schweiz); s auch die ausf Kritik bei *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 129 ff; vgl auch *Brawenz*, Prospekthaftung 199; *Hübner*, NJW 1989, 10; *Bosch*, ZHR 163 (1999) 283; *Haar*, DB 2013, 2490: Drittschutz äußerst fragwürdig; zur abw Rsp s unten in FN 1328 f; aA auch *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 85; für die Dritthaftung von Ratingagenturen: *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Deipenbrock*, BB 2003, 1853; *Öllinger*, Haftung 207; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1351; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Claussen*, DB 2009, 1003; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; *Haar*, NZG 2010, 1283; *Schroeter*, Ratings 934 ff (bei „staatlich“ für Zwecke von Basel II bzw Basel III anerkannten Ratingagenturen).

¹²⁶⁴ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200.

¹²⁶⁵ *Mühl*, Haftung, Rz 244; s dazu auch *Brawenz*, Prospekthaftung 146, 182; *Grünbichler*, ÖBA 1999, 694; *Weber*, Kapitalmarktrecht 180.

¹²⁶⁶ S dazu noch unten bei FN 3796.

¹²⁶⁷ *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2702; vgl auch *dens*, ebd 2695, 2704.

¹²⁶⁸ *Thiele*, Rating 99; *Öllinger*, Haftung 207 mit FN 899, 216; *Vasella*, Haftung 354; *Däubler*, WM 2011, 1831; *Möllers/Wecker*, ZRP 2012, 106; vgl das Zitat eines Geschäftsführers von *Standard & Poor's Deutschland* bei *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2703 FN 48: „Heute zahlen die Emittenten für unsere Bewertung ihrer Bonität. Sie sind an einer guten Benotung interessiert“.

¹²⁶⁹ *Haar*, ZBB 2009, 178 f; *dies*, NZG 2010, 1283; *dies*, Civil Liability 4; *Korth*, Dritthaftung 47, 173; *Arntz*, BKR 2012, 89; *Eisen*, Haftung 298, 350; *Blaurock*, ZGR 2007, 625; einräumend v. *Schweinitz*, WM 2008, 957: Der Auftraggeber profitiere „regelmäßig von einem unangemessen günstigen Rating, weil dies den Kreditzins“ mindere; ähnl *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; *Hennrichs* in FS *Hadding* (2004) 876: der Emittent erhoffe sich Vorteile hinsichtlich der Kapitalkosten; vgl auch *Grünbichler*, ÖBA 1999, 695; *Oehler/Voit*, ÖBA 1999, 968, 971; *Peters*, Haftung 112 f; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 721; *dens* in

Risikoaufschlag versprechen,¹²⁷⁰ um die Attraktivität seiner (laut Ratingagentur) insofern risikoreicheren Emission zu schaffen oder aufrechtzuerhalten.¹²⁷¹ Denn kein Anleger wird bereit sein, sich bei riskanten Wertpapieren bei gleich bleibendem Ausgabekurs mit verhältnismäßig zu geringen Zinszahlungen des Emittenten zufrieden zu geben. Eine bloße C-Bewertung der Emission würde daher zu wesentlich höheren Kosten für den Emittenten führen, als bei einem AAA-Rating derselben und an solchen Mehrkosten hat er nun einmal kein Interesse. Darüber hinaus kann der Emittent ein davon unabhängiges geschäftliches Interesse an einer guten Bewertung haben, um die Verkaufschancen seines Papiers zu erhöhen.¹²⁷² Schließlich ist es vor dem Hintergrundbild des risikoaversen Anlegers denkbar, dass eine Emission (insb von strukturierten Finanzinstrumenten) mit schlechtem Rating keine ausreichende Nachfrage findet.¹²⁷³

Dagegen wird der typische Anleger tendenziell eher ein zu schlechtes, als ein zu gutes Rating wünschen.¹²⁷⁴ Für die erwähnte „C-Emission“ wird er höhere Zinsen lukrieren können, verglichen mit der Situation, in der dieselbe Emission mit AAA bewertet wird.¹²⁷⁵ Und mag er auch risikoscheu¹²⁷⁶ sein und sohin ein Interesse an risikoarmen Papieren haben, so wird er doch keinesfalls eine Anleihe kaufen wollen, die zu gut bewertet wird.¹²⁷⁷ An der Verfolgung der jeweils eigenen Interessen durch Emittent und Anleger ist auch nichts anstoßend,¹²⁷⁸ ist doch der geschilderte Interessengegensatz zwischen Verkäufer und Käufer (einer Anleihe)¹²⁷⁹ im Handelsverkehr geradezu üblich.¹²⁸⁰ Treffend umschreibt das bereits *R. v. Jhering*:

Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 613; *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 mit FN 114; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 63 f; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Mühl*, Haftung, Rz 242, 244; *Gomille*, GPR 2011, 186; *Graf*, JBl 2012, 218; ferner *Schäfer*, AcP 202 (2002) 816: Der Verkäufer hat einen Anreiz, den Wert der Kaufsache zu übertreiben.

¹²⁷⁰ *Blaurock*, ZGR 2007, 609; *Mühl*, Haftung, Rz 76; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2159; *Lerch*, BKR 2010, 403; *Arntz*, BKR 2012, 89; *Amort*, EuR 2013, 274; vgl *Karner*, ÖBA 2010, 588; *Oppitz*, ÖZW 2011, 67; vgl auch zum Fall, dass gar kein Rating vorliegt: *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 658.

¹²⁷¹ S dazu *Mühl*, Haftung, Rz 235; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; *Lutter*, ZIP 2009, 197.

¹²⁷² Vgl zur Berücksichtigung der Verkaufschancen im Rahmen der Interessenbetrachtung für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: *F. Bydlinski*, JBl 1960, 364.

¹²⁷³ Vgl *Eisen*, Haftung 350.

¹²⁷⁴ *Eisen*, Haftung 350; *Mühl*, Haftung, Rz 243, 244; *Korth*, Dritthaftung 47; einräumend *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291: Ein Rating auf erdenklich höchstem Rangniveau entspreche nicht dem Interesse der Anleger; vgl auch *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 FN 114; *Öllinger*, Haftung 207 mit FN 899.

¹²⁷⁵ *Eisen*, Haftung, 350; vgl *Mühl*, Haftung, Rz 243; *Öllinger*, Haftung 207 mit FN 899, 216.

¹²⁷⁶ *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290 f.

¹²⁷⁷ Vgl *Eisen*, Haftung 350; *Haar*, NZG 2010, 1283; *Vasella*, Haftung 354: Der Anleger habe ein Interesse an einem negativen Rating oder zumindest an einem objektiven Rating. ME könnte der Anleger allenfalls nur dann ein Interesse an einer zu guten Bonitätseinschätzung haben, wenn er das bewertete Finanzinstrument bereits hält (*Zimmer* in FS Hopt II [2010] 1704; vgl auch schon *Öllinger*, Haftung 216 FN 956). In einem solchen Fall hätten also Anleger und Emittent ein Interesse an einer möglichst optimistischen Bewertung, insofern bestünde eine Interesseneinheit und Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wären bei zu negativer Benotung durch die Ratingagentur denkbar. Allerdings ist hier zu beachten, dass jene Schäden des Anlegers, die alleine aus der (durch das Rating bewirkten) Wertminderung des gerateten Finanzinstruments resultieren, als bloße Reflexschäden nicht ersatzfähig sind; der Ersatzanspruch des Anlegers würde also voraussetzen, dass er das Wertpapier zu seinem Nachteil verkauft (s dazu unten bei FN 3309).

¹²⁷⁸ Vgl aber v. *Schweinitz*, WM 2008, 956, der den Einbezug Dritter mit Treu und Glauben begründet; danach dürfe ein Emittent das Kreditrisiko nur bewerben, nicht verfälschen.

¹²⁷⁹ *Kalss*, ÖBA 2000, 653.

¹²⁸⁰ Vgl auch *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 567; aus der Rsp vgl OGH 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*.

„Bei den [Tauschverträgen] sind sich die Interessen beider Theile polarisch entgegengesetzt – je unvorteilhafter der Kauf für den Käufer, um so vorteilhafter für den Verkäufer, und umgekehrt. Die Politik eines jeden Theils lässt sich in den Satz fassen: *s e i n Schaden m e i n Gewinn*. Niemand kann es mir verargen, dass ich nur für mich, nicht für ihn Sorge [...]. Jeder hat in diesen Verhältnissen für sich selber einzustehen.“¹²⁸¹

2) Geschickt wurde in der Literatur versucht, die einander widerstrebenden Interessen des Emittenten und der Anleger argumentativ doch in Einklang zu bringen. Sowohl dem Emittenten als auch den Anlegern sei „in erster Linie“ an einem „seriösen“, also methoden- und realitätsgerechten Rating gelegen,¹²⁸² das gegenüber Anlegern stärkere Beweiskraft besitze.¹²⁸³ Wenn der Emittent zu positiv bewertet werde, räche sich der später enttäuschte Markt bei künftigen Transaktionen an diesem in Form von gestiegenen Kapitalbeschaffungskosten, woran der Emittent kein Interesse haben könne.¹²⁸⁴ Auch sei eine korrigierende Bonitätsherabstufung infolge zu optimistischer Ursprungsbewertung für den Emittenten äußerst unangenehm.¹²⁸⁵ Vom Anleger her betrachtet, könnte man zur Stützung dieser Ansicht vorbringen, dass dieser (ebenso) an einem zutreffenden Rating interessiert sei, um seine Anlageentscheidung besser an seiner eigenen (riskanten oder risikoaversen) Anlagestrategie ausrichten zu können.

All dies kann mE aber nicht überzeugen.¹²⁸⁶ Banal ausgedrückt: Wird man vor einem Rating den Emittenten fragen, ob er lieber ein AAA möchte oder ein AA, wird er sich ein AAA wünschen, wohingegen der Anleger eher ein AA anstreben wird¹²⁸⁷. Man kann doch auch nicht behaupten, dass Käufer und Verkäufer eines Grundstücks „in erster Linie“ an einer zutreffenden Bewertung des Grundstücks interessiert seien, etwa um einen „objektiv richtigen“ Preis zu ermitteln; vielmehr werden sich beide Kaufvertragsparteien ein Gutachten erhoffen, das für ihre eigene Position vorteilhaft ist.¹²⁸⁸

Die Gefahr, dass sich vielleicht irgendwann der Kapitalmarkt rächt, wird der Emittent insb dann gerne eingehen, wenn bei einer zutreffenden, aber schlechteren Bonitätsbewertung

¹²⁸¹ R. v. Jhering, Zweck I², 212 f (zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Gesellschaftsverträgen).

¹²⁸² Vgl v. Schweinitz, WM 2008, 956; ähnl Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 FN 80; s auch Öllinger, Haftung 217: Emittent und Anleger hätten beide Interesse an einer unabhängigen und vertrauenswürdigen Bonitätsbewertung.

¹²⁸³ Peters, Haftung 113; vgl dazu BGH IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1759 f); III ZR 50/94 NJW 1995, 392.

¹²⁸⁴ Ähnl für die Abschlussprüferhaftung Walter Doralt, ÖBA 2002, 827; vgl weiters dens/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 109; Kalss, ÖBA 2000, 653; Peters, Haftung 113, Mühl, Haftung, Rz 114.

¹²⁸⁵ Vgl Berger/Stemper, WM 2010, 2291.

¹²⁸⁶ Vgl auch die Argumentation bei Mühl, Haftung, Rz 244.

¹²⁸⁷ Gegen Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 FN 80, die behaupten, der Anleger habe Interesse an einem guten Rating.

¹²⁸⁸ Vgl oben bei FN 1281.

die Platzierung seiner Papiere gefloppt¹²⁸⁹ (Stichwort: *gatekeeper*-Funktion¹²⁹⁰ der Ratingagentur) oder er infolgedessen in einen ernsthaften Liquiditätsengpass geschlittert wäre. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass nachträglich hervorgetretene wirtschaftliche Schwierigkeiten nicht unbedingt auf eine entsprechend schwache Bonität bereits im ursprünglichen Bewertungszeitpunkt hinweisen müssen.¹²⁹¹ Das *reputational risk* des Emittenten, das mit einer Überbewertung (insb eines komplexen Finanzprodukts) einhergeht, besteht also von vornherein nicht in allzu großem Ausmaß.¹²⁹² Und eine spätere, sicherlich vom Emittenten nicht erwünschte Rating-Herabstufung ist keineswegs zwingend, könnte sich doch seine Bonitätslage auch wieder verbessern. Im Übrigen wird wohl gerade eine anfänglich gute Bonitätsbewertung einer Emission mit späterer Herabstufung das geringere Übel sein, im Vergleich zu einer schon von Anfang an vorgenommenen Bonitätsbeurteilung als schon *per definitionem* rufschädigendes „Ramsch-Papier“¹²⁹³.

Dem Gegenargument, dass aufgrund niedriger Verzinsung (infolge eines AAA) kein Kaufinteresse bestehe (was den Interessen des Emittenten zuwiderlaufen würde),¹²⁹⁴ kann mE erstens nicht in seiner Pauschalität Glauben geschenkt werden.¹²⁹⁵ Zweitens hätte der Emittent, dessen Emission mit AAA bewertet wird, jedenfalls immer noch die Möglichkeit, die Ausgabebedingungen des Wertpapiers ungeachtet seines Ratings zugunsten der Anleger zu verändern (insb durch Erhöhung des Zinssatzes). Damit kann er (vielleicht auch nur naive¹²⁹⁶) Anleger anlocken.¹²⁹⁷

Und was die andere Marktseite betrifft: Wenn ein spekulierender Anleger nachträglich erfährt, dass er tatsächlich Anleihen mit geringerem Ausfallrisiko erworben hat (AAA), als ursprünglich gedacht (AA), wird er sich darüber freuen¹²⁹⁸, mag der Erwerb eines sicheren Papiers auch nicht seiner ursprünglichen Anlagestrategie entsprochen haben. Gerade das wird aber den Emittenten ärgern. Wie man es dreht und wendet, der Emittent

¹²⁸⁹ Zur Erhöhung der Chancen einer erfolgreichen Platzierung durch ein günstiges Rating s v. Schweinitz, WM 2008, 957; vgl auch dens, ebd 959: Transaktion „steht und fällt“ mit Rating; s weiters Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 265 f; Graf, JBl 2012, 218 FN 43.

¹²⁹⁰ S dazu oben bei FN 128.

¹²⁹¹ Vgl Fischer, Haftungsfragen 54, 68.

¹²⁹² Vgl Thiele, Rating 100; Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 577 f: Komplexität des Produkts „Gebrauchtwagen“ führt dazu, dass der Käufer nicht weiß, ob und inwiefern er auftretende Automängel dem Händler „zuweisen“ kann, was zur Folge hat, dass der Markt den allfälligen Vertrauensmissbrauch des Händlers nicht adäquat sanktioniert und dieser zu opportunistischem Verhalten motiviert wird; vgl ferner Schäfer, AcP 202 (2002) 829 mit FN 42, wonach der Besteller eines Gutachtens jedenfalls dann ein Interesse an der Überbewertung des Gutachtensobjekts habe, wenn es sich um einen anonymen oder reputationslosen Markt handle.

¹²⁹³ S zu diesem Begriff etwa Däubler, NJW 2003, 1096.

¹²⁹⁴ So für die Abschlussprüferhaftung Walter Doralt, ÖBA 2002, 827.

¹²⁹⁵ S bereits oben bei FN 1273.

¹²⁹⁶ Insb institutionelle Anleger könnten bei einer Unverhältnismäßigkeit von Risiko und Rendite Misstrauen hegen; vgl Karollus, RdW 2006, 398 in FN 76; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2691; zum Mitverschuldensaspekt vgl Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 98; unten bei FN 4829 mwN.

¹²⁹⁷ Vgl Walter Doralt, ÖBA 2002, 827.

¹²⁹⁸ Vgl auch Korth, Dritthaftung 47.

und die Anleger verfolgen entgegengesetzte Interessen. Der Dritte ist hier dem Gläubiger also nicht „nah“, sondern „fern“.

In der Literatur wird dagegen noch zusätzlich eingewandt, dass Ratings eine Informationsfunktion zugunsten der Anleger erfüllen,¹²⁹⁹ weswegen sich das Problem gegenläufiger Interessen gar nicht stelle.¹³⁰⁰ Dies ist mE nicht nachvollziehbar: Gerade dieser Zweck des Ratings ist doch der Grund, warum Emittenten geneigt sein werden, Anleger gerade nicht in den Schutzbereich des Ratingvertrags einbeziehen zu wollen.¹³⁰¹ Außerdem dürfte das hier abgelehnte Argument in unzulässiger Weise¹³⁰² das Kriterium „Gläubignähe“ durch das der „Leistungsnähe“ substituieren,¹³⁰³ weil sich danach das Problem der Gläubignähe gar nicht stelle, wenn nur die Leistungsnähe eindeutig vorliegt.¹³⁰⁴

3) Zuletzt ist auf zwei gesetzliche Grundlagen hinzuweisen, die das Vorhergesagte untermauern. Dass ein Interessengleichlauf zwischen Emittent und Anleger nicht der Realität entspricht, zeigt die aktuelle Regulierungsdebatte betreffend Ratingagenturen. In deren Rahmen wird den *Interessenkonflikten* der Ratingagenturen als neutraler Mittelsmann zwischen Emittent und Anleger höchste Beachtung geschenkt.¹³⁰⁵ Würden Anleger und Emittent tatsächlich parallele Interessen verfolgen, wäre diese Diskussion absurd und der größte Teil jener Bestimmungen der EU-RatingVO, die sich damit befassen,¹³⁰⁶ obsolet. Schließlich kann man den Interessengegensatz zwischen Emittent und Anleger auch an den strengen Regeln des KMG zur Prospektpflicht, -kontrolle und -haftung (§§ 2, 8, 11 KMG) ablesen. Deren Existenzberechtigung wäre doch fraglich, hätte der Emittent nicht ein eigennütziges Interesse daran, sich reicher darzustellen, als es den Tatsachen entspricht.

¹²⁹⁹ S noch unten bei FN 2742.

¹³⁰⁰ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 FN 80; s dazu auch die ähnl Argumentation des BGH: BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392.

¹³⁰¹ S dazu, namentlich den Konsequenzen der Einbeziehung der Anleger in den Schutzbereich des Ratingvertrags, unten unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.bbbb.δδ. Kein Verzicht auf die Gläubignähe (bei der „Expertenhaftung“)“.

¹³⁰² Vgl unten „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.bbbb.δδ. Kein Verzicht auf die Gläubignähe (bei der „Expertenhaftung“)“.

¹³⁰³ Vgl die insofern „vermengende“ Argumentation bei Peters, Haftung 111, 113; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665; Berger/Stemper, WM 2010, 2290 f; ähnl für die Dritthaftung von Abschlussprüfern: Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 25; Schmidt/Feldmüller in Beck’scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 194; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 85; richtig mE dagegen Meyer, Rechtsfragen 96, der auf die Gefahr hinweist, dass, wenn man bei gegenläufigen Interessen einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter annehmen wolle, das Kriterium der Gläubignähe an Konturen verliere; ähnl bereits Canaris, JZ 1995, 443; s ferner Thiele, Rating 102, 104.

¹³⁰⁴ Krit dazu auch Mühl, Haftung, Rz 247.

¹³⁰⁵ Vgl Vasella, Haftung 353 FN 1469. S zu den Interessenkonflikten unten bei FN 4980 mwN.

¹³⁰⁶ S dazu unten unter „Teil 2.II.B.2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur“.

ααα. Exkurs: Kein Abschlussprüfungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die obigen Ausführungen zur Gläubigernähe¹³⁰⁷ können mE sinngemäß auf die Dritthaftungsproblematik bei Abschlussprüfungen übertragen werden,¹³⁰⁸ und zwar für den Fall, dass man die relative Sperrwirkung der § 275 UGB¹³⁰⁹ und § 11 Abs 1 Z 4 KMG¹³¹⁰ zu Unrecht leugnet. Der (dem Abschlussprüfer den Auftrag erteilende) Aufsichtsrat bzw.¹³¹¹ Vorstand und damit die geprüfte Gesellschaft selbst¹³¹² werden bestrebt sein, für den geprüften Jahresabschluss einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk zu erlangen, etwa um die eigene Kreditfähigkeit gegenüber ihrer Bank außer Zweifel zu stellen¹³¹³ oder Anleger anzuwerben. Dagegen werden diese und die (anderen) Gesellschaftsgläubiger zumindest an einer berechtigten Einschränkung des Bestätigungsvermerks oder Erteilung eines negativen Vermerks interessiert sein. Dadurch werden diese zB von einer letztlich schadensstiftenden Kreditgewährung gewarnt oder sie können sich gegebenenfalls auf Vereinbarungen stützen, die ihnen für einen solchen Fall gegenüber der Gesellschaft das Recht einräumen, Sicherstellung oder Zinserhöhung zu verlangen. Die Behauptung, der Gesellschaft sei typischerweise an einer seriösen Information ihrer Geschäftspartner gelegen,¹³¹⁴ trifft daher mE nicht zu.¹³¹⁵

Dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers nicht erklären kann,¹³¹⁶ gesteht ja auch der prominenteste Vertreter dieser Haftungsfigur zu, der OGH,¹³¹⁷ wenn er konstatiert: „Der Prüfungsantrag wird zwar

¹³⁰⁷ „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.γγ. Keine Gläubigernähe der Anleger“.

¹³⁰⁸ Gegen den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Begründung für die (allg) Dritthaftung des Abschlussprüfers auch *Köndgen*, Selbstbindung 386: fiktiv oder unhaltbar; *Artmann*, JBl 2000, 626; *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 158 ff; *Graf*, wbl 2012, 247 f; *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 107; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 79; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB² (2010) § 323 Rz 57; zur Problematik des Interessengegensatzes s auch *Kozioł* in *Spier*, Limits 30; *Gelter* in *Bertl/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010) § 275 RLG (unter P 3.4.5.).

¹³⁰⁹ Dazu oben bei FN 980.

¹³¹⁰ Dazu oben bei FN 765, 810.

¹³¹¹ § 270 Abs 1 Satz 5 UGB. Besteht kein Aufsichtsrat, wird die Gesellschaft durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten (§ 270 Abs 1 Satz 6 UGB). Zum Gestaltungsspielraum des für den Vertragsabschluss zuständigen Organs bei der Auftragserteilung s *Marsch-Barner* in *Ensthaler*, HGB⁸ (2015) § 318 Rz 3; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 318 Rz 1.

¹³¹² Freilich können die Gesellschafter in Einzelfällen sehr wohl ein Interesse daran haben, dass der Bestätigungsvermerk versagt wird, etwa dann, wenn damit bilanzrechtliche Verstöße der Geschäftsleitung aufgedeckt und (weitere) Schädigungen der Gesellschaft verhindert werden können (vgl zur Kontrollfunktion schon *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 514). Dieses Interesse könnte für die vorliegende Betrachtung insoweit beachtenswert sein (vgl auch *Walter Doralt*, ÖBA 2002, 827; OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 [607]), als der (für die Gesellschaft den rechtsgeschäftlichen Willen bildende) Aufsichtsrat bzw Vorstand den Prüfungsvertrag redlicher Weise (vgl § 914 ABGB) unter Berücksichtigung der Gesellschafterinteressen abschließen wird, sofern sich diese mit den Gesellschaftsinteressen decken. Diese Tatsache wird auch dem Abschlussprüfer erkennbar sein. Indes zeigt sich auch hier, dass bei einer derartigen Auslegung des Prüfungsvertrags der Gesellschaftsschutz im Zentrum des Parteinteresses steht und Gläubiger eher zufällig (reflexartig) davon profitieren könnten (vgl bereits oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“). Aus diesem Grund erschiene mE ein vertraglicher Drittschutz auch in solchen Fällen zweifelhaft. Jedenfalls steht einer solchen Drittbegünstigung die mangelnde Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises entgegen (s dazu sogleich unten bei FN 1324).

¹³¹³ Vgl schon *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 317; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 140 AktG, Rz 9.

¹³¹⁴ So *Kalss*, ÖBA 2002, 196 f.

¹³¹⁵ So iE auch *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 48.

¹³¹⁶ So auch *Artmann*, JBl 2000, 626; *Wilhelm*, ecolex 2001, 881; *Schmaranzer*, Zak 2013, 152 f.

¹³¹⁷ *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 48.

von der Gesellschaft erteilt, die vielleicht gar nicht den Schutz ihrer (potentiellen) Gläubiger beabsichtigt [...]“.¹³¹⁸

Einer neueren Entscheidung zufolge sei der zwischen Abschlussprüfer und geprüfter Gesellschaft vereinbarte Ausschluss einer Schutzwirkung zugunsten Dritter offenbar gar nicht möglich, weil das zwingende Bilanzrecht den Schutz Dritter beabsichtige (Vertrag zulasten Dritter).¹³¹⁹ Diese Argumentation übersieht, dass das Gesetz dem (nicht mit der Gesellschaft verbundenen) Dritten gerade keinen Schadenersatzanspruch gegen den Prüfer einräumt (§ 275 UGB). Es gibt also keinen gesetzlichen und daher abbedingungsfesten Ersatzanspruch des (gewöhnlichen) Dritten gegen den Abschlussprüfer.¹³²⁰ Dass das geprüfte Unternehmen eine „Interessenwahrungspflicht“ (Fürsorgepflicht) gegenüber seinen Kunden (Anlegern) habe, sodass es ein Interesse an deren Schutz haben müsse,¹³²¹ entspricht mE nicht dem natürlichen Interessengegensatz zwischen den Vertragsgegnern (zB Emittent und Zeichner einer Anleihe, Kreditnehmer und Kreditgeber) im Geschäftsverkehr.¹³²²

Jedenfalls muss eine allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers ausscheiden, weil sich der dadurch allenfalls geschützte Personenkreis (anders als bei der Haftung für Emissionsratings¹³²³) nicht adäquat eingrenzen lässt;¹³²⁴ die Analogie zu § 275 Abs 2 UGB vermag dieses Defizit – entgegen dem OGH¹³²⁵ – nicht zu beseitigen.¹³²⁶

88. Kein Verzicht auf die Gläubigernähe (bei der „Expertenhaftung“)

Den nach dem Vorhergesagten (zwischen dem Emittenten bzw der geprüften Gesellschaft und den Dritten) bestehenden Interessenwiderstreit sollte man mE im Rahmen der Haftungsbegründung auch nicht dadurch ignorieren, dass man sich „ausnahmsweise“ in Fällen der „Expertenhaftung“ (Gutachterhaftung, Abschlussprüferhaftung, Ratingagenturhaftung etc) über die Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigernähe einfach hinwegsetzt.¹³²⁷ Soweit aus der deutschen Rsp in einschlägigen Causen¹³²⁸ ein Verzicht

¹³¹⁸ Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 73.

¹³¹⁹ OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

¹³²⁰ S noch zum Argument des Vertrags zulasten Dritter unten bei FN 1348.

¹³²¹ OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

¹³²² Vgl Mühl, Haftung, Rz 247; vgl schon oben bei FN 1280. Zum Argument, für einen zwischen Gesellschaft und Abschlussprüfer vereinbarten Verzicht auf eine sorgfältige Prüfung könnten nur unredliche Motive ausschlaggebend sein und daher müsse in diesem Fall eine deliktische Haftung des Prüfers eintreten, s oben bei FN 230.

¹³²³ Dazu oben bei FN 1210 und unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

¹³²⁴ Vgl auch J. Zehetner, ÖZW 2013, 81.

¹³²⁵ OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607).

¹³²⁶ S dazu noch unten bei FN 2692 und insb bei FN 2703 sowie unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“ bei FN 2713.

¹³²⁷ Vgl aber Eisen, Haftung 348 f.

oder zumindest eine Aufweichung dieses Kriteriums hervorgeht,¹³²⁹ ist sie mE abzulehnen.¹³³⁰ Zwar darf die Rsp selbstverständlich ihre eigene Judikatur präzisieren. Das muss aber dort enden, wo eine Einbeziehung der Anleger in die Schutzwirkung des Ratingvertrags eine Fiktion¹³³¹ und damit systemwidrig wäre.¹³³²

Dies wird insb dann deutlich, wenn man die Konsequenzen eines Verzichts auf die Gläubignähe näher beleuchtet und sie mit der Absicht der Parteien in Beziehung setzt. Man müsste diesen und damit auch dem Emittenten unterstellen, sie würden vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten der Anleger dahingehend konstruieren wollen, dass diese bei zu optimistischer Bewertung und nachfolgenden Zahlungsschwierigkeiten des Emittenten zu vertraglichen Schadenersatzansprüchen gegen die bewertende Ratingagentur berechtigt sein sollen. Droht aber der Ratingagentur ein solcher Schadenersatzanspruch, wird sie sich davor hüten, ein Gefälligkeitsrating für den Emittenten abzugeben.¹³³³

Das wäre zwar grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings kann man – bei aller Redlichkeit (vgl § 914 ABGB) – nicht vermuten, dass der Emittent einer solchen Erstreckung der vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten der Anleger zugestimmt hätte. Damit würde er sich gleich zweimal „ins eigene Fleisch schneiden“: Zum einen würde die Ratingagentur aufgrund der Präventionswirkung der vertraglichen Dritthaftung seine Emissionen zumindest tendenziell schlechter benoten, als ohne eine solche Haftung.¹³³⁴ Zum anderen würde sich der Emittent damit selbst dem Risiko aussetzen, dass sich die Ratingagentur nach eigener Inanspruchnahme durch den Anleger beim Emittenten regressiert¹³³⁵ (vgl § 896 ABGB).¹³³⁶ Ein solcher Regressanspruch setzte voraus, dass der

¹³²⁸ BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356) = JZ 1985, 951 (Honsell); IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484 (486); IVa ZR 127/84 NJW-RR 1986, 1307; IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1759); XI ZR 12/88 NJW-RR 1989, 696; III ZR 50/94 NJW 1995, 392; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949); X ZR 231/99 NJW 2001, 3115 (3116); III ZR 1/01 NJW 2002, 1196 (1197); III ZR 156/13 AG 2014, 710 (711); s auch die Nw aus der neueren Rsp iZm Prospektprüfungen unten in FN 2088; richtig demgegenüber noch BGH VII ZR 237/60 VersR 1962, 803 (804); VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (322); IVa ZR 232/85 VersR 1988, 178 (179).

¹³²⁹ S dazu Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Deipenbrock, BB 2003, 1853; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 27; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 56; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 133; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 195, 205; Schuler, Verantwortlichkeit 243.

¹³³⁰ S schon Larenz, NJW 1960, 80: „Allerdings, und darauf muß m. E. größter Wert gelegt werden, trifft diese Begründung [Anm: zur Erweiterung der vertraglichen Schutzpflichten auf Dritte] nur so lange zu, als es sich wirklich um einen übersehbaren Personenkreis und nur um solche Personen handelt, deren Ergehen den Gläubiger so nahe berührt, daß unbedingt damit gerechnet werden muß, er wolle ihnen die Schutzwirkung des Vertrages ebenso zuteilwerden lassen wie sich selbst. Eine Erweiterung über den jetzt vom BGH umschriebenen Personenkreis hinaus ließe sich allerdings mit dem „Sinn des Vertrages“ nicht mehr rechtfertigen“, 81; wie hier bereits Canaris, ZHR 163 (1999) 215: unzulässige Entwertung; Hennrichs in FS Hadding (2004) 887 f mit FN 57; Mühl, Haftung, Rz 245 ff; aA aber offenbar Öllinger, Haftung 203 f, 207.

¹³³¹ Vgl Honsell, JZ 1985, 952; Canaris, ZHR 163 (1999) 215; Mühl, Haftung, Rz 246; Korth, Dritthaftung 125; Schuler, Verantwortlichkeit 244.

¹³³² Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“.

¹³³³ S dazu bereits oben bei FN 467.

¹³³⁴ So zur Gutachterhaftung Schäfer, AcP 202 (2002) 828 f.

¹³³⁵ Wagner in FS Blaurock (2013) 488 f, ist zwar zuzugestehen, dass die Ratingagentur weder eine rechtliche noch faktische Möglichkeit hat, als Ausgleich für ihre allfällige Haftung den Gewinn des verkaufenden Anlegers abzuschöpfen, den dieser durch den

Emittent (fahrlässig oder gar bewusst) Fehlinformationen an die Agentur geliefert und damit gemeinsam mit dieser¹³³⁷ ein zu positives Rating derselben „verschuldet“¹³³⁸ hat.¹³³⁹ Nicht einmal einem redlichen Emittenten kann man ein solch freiwilliges Selbstopfer unterstellen. Wer das tut, der muss sich mE den Vorwurf gefallen lassen, er ermittle nicht den Parteiwillen, sondern zwingt ihn auf. Der Grundsatz von Treu und Glauben, den die Befürworter des Ratingvertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter argumentativ heranziehen,¹³⁴⁰ wird hier mE überspannt. Denn dieser Grundsatz würde dann im Ergebnis dazu führen, dass es Emittenten verwehrt ist, privatautonom ihre Geschäftsinteressen im Ratingvertrag wahrzunehmen.¹³⁴¹

Rechtsmethodisch bedenklich erscheint auch eine weitere Konsequenz der extensiven Rsp: Der Vertrag über die Erstellung einer Expertise wird damit wohl in aller Regel zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, obwohl dieses Rechtsinstitut doch eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz (Schutz bloß der Vertragsparteien durch den Vertrag) darstellt.¹³⁴²

γ. (Weitere) Schwachpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1) Ein empfindlicher (und mE auch für die hiesige Suche nach der richtigen Anspruchsgrundlage mitentscheidender) Schwachpunkt des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist, dass er – rechtsdogmatisch konsequent¹³⁴³ – auf der Vertragsauslegung beruht und damit der Parteienwillkür ausgesetzt ist.¹³⁴⁴ Gerade in Fällen wie des Ratingvertrags,¹³⁴⁵ in denen also ein vollkommener Interessengleichlauf zwischen Vertragsgläubiger und Drittem nicht vorliegt, besteht die evidente Gefahr, dass die

Verkauf eines Finanzprodukts einstreift, das zu positiv bewertet wurde; immerhin bleibt dann aber der Ratingagentur die Möglichkeit, einen Teil des von ihr an den Anleger zu zahlenden Schadenersatzbetrags von ihrem Vertragspartner, den Emittenten, im Wege des Regresses ersetzt zu erhalten, sofern dieser ausreichend solvent ist.

¹³³⁶ Schuler, Verantwortlichkeit 245; vgl zur Gutachterhaftung Picker in FS Medicus (1999) 404; Karner, ÖBA 2001, 895; Hennrichs in FS Hadding (2004) 888; Gruber, wbl 1990, 159 (zur Prospekthaftung).

¹³³⁷ Ohne Eigenverschulden der Ratingagentur würde der Anleger nicht gegen diese durchdringen (§ 1295 Abs 1 ABGB).

¹³³⁸ Zum Mitverschuldenseinwand der Agenturen bei Lieferung unzutreffender Informationen durch den Emittenten s zB Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11; Peters, Haftung 138; unten bei FN 4831; vgl auch Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (zum bankinternen Rating); vgl unten unter „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“.

¹³³⁹ Meyer, Rechtsfragen 96; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 207. Grundlage wäre eine wiederum aus ergänzender Vertragsauslegung gewonnene Abrede zwischen Emittent und Ratingagentur, dass jener dieser keine Informationen liefern darf, die zu einer Verfälschung des Bewertungsergebnisses der Agentur führen. Denn dadurch könnte die Agentur (bei eigenem Verschulden) den Schadenersatzansprüchen der Anleger ausgesetzt sein und dadurch letztlich selbst geschädigt werden (vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflicht des Emittenten zugunsten seines unmittelbaren Vertragspartners, der Ratingagentur).

¹³⁴⁰ V. Schweinitz, WM 2008, 956; vgl Wildmoser/Schiffner/Langoth, RIW 2009, 664.

¹³⁴¹ Vgl Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729; dens in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 621.

¹³⁴² Mühl, Haftung, Rz 246; vgl auch Witte/Hrubesch, ZIP 2004, 1351, wonach strenge Anforderungen an die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags gestellt werden müssten.

¹³⁴³ Vgl oben bei FN 1138.

¹³⁴⁴ Vgl zum Problem Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 146; Karner, ÖBA 2001, 894; Thiele, Rating 102.

¹³⁴⁵ V. Schweinitz, WM 2008, 957: Kollusion; vgl dazu auch die Erwägungen von Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19 f.

Vertragsparteien über den allfälligen vertraglichen Drittanspruch im Ergebnis disponieren.¹³⁴⁶ Dies können sie durch eine ausdrückliche Abrede erreichen, die einen solchen Anspruch überhaupt nicht zur Entstehung gelangen lässt.¹³⁴⁷

Darin liegt auch kein Vertrag zulasten Dritter.¹³⁴⁸ Denn bei einer Vereinbarung, wonach etwa „Anleger aus diesem Ratingvertrag keinesfalls Schutzwirkungen und Schadenersatzansprüche ableiten können“¹³⁴⁹, konnte nie ein Anspruch des Anlegers entstehen und demgemäß kann ein unzulässiger Eingriff in dessen Rechtssphäre gar nicht vorliegen.¹³⁵⁰ Eine der expliziten Vertragsklausel entgegenstehende, „ergänzende“ Vertragsauslegung, die dem Anleger doch Schutzwirkungen zubilligt, würde sich in einem solchen Fall jedenfalls verbieten.¹³⁵¹

Teile der Lehre, die versucht haben, diese Schwäche des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu sanieren, sind mE ungenau und vermischen wohl die haftungsbegründenden Rechtsfiguren.¹³⁵² Behauptet wird dabei, dass der Vertragsauslegung offenbar keine (ausschließliche?) Bedeutung für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zukomme. Die mit dem Vertrag zusammenhängenden Schutzpflichten zugunsten Dritter entsprängen direkt aus dem Gesetz bzw einem gesetzlichen Schuldverhältnis¹³⁵³ und seien daher einer Parteiendisposition entzogen.¹³⁵⁴ Das ist in sich widersprüchlich und mE abzulehnen.¹³⁵⁵ Das Abstellen auf ungeschriebene gesetzliche Normen, um die Reichweite der Schutzwirkungen eines Vertrags zu bestimmen, erhöht die Rechtsunsicherheit, sofern diese Normen die Vertragsauslegung letztlich überlagern sollen. ME ist es in vertraglichen Zusammenhängen rechtsdogmatisch wesentlich stimmiger, den Parteiwillen als alleine maßgeblichen Anhaltspunkt zu wählen, um wenigstens eine (auch objektiv) mehr oder weniger leicht feststellbare Determinante

¹³⁴⁶ Hirte, Berufshaftung 422: Risiko kollusiver Vereinbarungen; vgl auch Canaris, JZ 1995, 444; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 110 (für die Abschlussprüferhaftung).

¹³⁴⁷ Vgl Canaris, ZHR 163 (1999) 216.

¹³⁴⁸ Ebenso für die Zulässigkeit der „Abbedingung“ des Drittschutzes beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter F. Bydlinki, JBl 1960, 363; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1295 Rz 34a; OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169, 748 (752); offenbar auch BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; abw für den Fall der Abschlussprüferhaftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607) (freilich mit Hinweis auf den zwingenden Charakter des Rechnungslegungs- und Offenlegungsrechts, aus dem sich mE aber kein schadenersatzrechtlicher Drittschutz ergibt [vgl oben bei und nach FN 1100]); abw auch Peters, Haftung 142.

¹³⁴⁹ Vgl auch die Klausel bei Schneider, ZHR 163 (1999) 266.

¹³⁵⁰ AA Karner in FS Koziol (2010) 708 f FN 95; Dehn, ÖBA 2002, 389 mit FN 90; dies, JAP 2002/2003, 59.

¹³⁵¹ Vgl Welser, Haftung 86; Canaris, JZ 1998, 605; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Schuler, Verantwortlichkeit 246; Wilhelm, eolx 2001, 881; zur Unzulässigkeit der Annahme stillschweigender Zusicherungen bei ausdr Erklärung s auch Koziol, Haftpflichtrecht II², 187 f.

¹³⁵² Vgl auch die vermengende Begründung in OGH 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) ÖAMTC-Ankaufstest; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; wohl am deutlichsten bei OGH 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i; vgl ferner Öllinger, Haftung 195 f, 198, 217; Liebscher, Abschlußprüfer 45; s dazu bereits oben bei FN 245; s zu einem möglichen Grund für diese Vermengung Welser, Haftung 88 FN 35.

¹³⁵³ Liebscher, Abschlußprüfer 59.

¹³⁵⁴ Koziol, Haftpflichtrecht II², 85 f, 93 f; Karner in Koziol/Bydlinki/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 19 f; ders in FS Koziol (2010) 697, 706, 708 f FN 95; Dehn, ÖBA 2002, 389 mit FN 90; vgl auch F. Bydlinki in Klang, ABGB IV/2² (1978) 180 ff, 184; offen Artmann, JBl 2000, 626.

¹³⁵⁵ Vgl für Deutschland Wagner in FS Blaurock (2013) 481: „Herleitung zwingender gesetzlicher Pflichten zugunsten vertragsexterner Dritter als judizielle Überdehnung des Vertragsrechts“.

für den „vertraglichen“ Drittschutz zu erlangen. Eine genaue Vertragsauslegung ist mE auch dann geboten, wenn sie im Einzelfall dazu führen sollte, dass ein *solcher* Drittschutz zu versagen ist.

Die These der zwingenden Natur eines Schadenersatzanspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter negiert auch in gewisser Weise den Gesetzgebungsprozess des PHG. Dessen Einführung wurde ua damit begründet, die durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eröffneten „Schutzlücken“ zu schließen, namentlich den privatautonomen Ausschluss der vertraglichen Schutzpflichten zugunsten Dritter zu verhindern (vgl § 9 PHG¹³⁵⁶).¹³⁵⁷ Diese Begründung würde sich aber erübrigen, wenn diese Schutzpflichten originär gesetzlicher Natur wären und es den Vertragsparteien somit ohnehin genommen wäre, über diese Pflichten zu verfügen.¹³⁵⁸

2) Mit der vertraglichen Natur des Ersatzanspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geht zwangsläufig eine mit dem aufgezeigten¹³⁵⁹ Schwachpunkt

¹³⁵⁶ Einer solchen Klarstellung durch § 9 PHG hätte es hinsichtlich der Drittansprüche nicht bedurft, weil das PHG dem Dritten unzweifelhaft originär gesetzliche Haftungsansprüche einräumt und eine Parteienabrede zwischen Hersteller und Händler, die solche Ansprüche des Dritten zu kürzen oder abbedingen sucht, als Vertrag zulasten Dritter sittenwidrig wäre (§ 879 Abs 1 ABGB; vgl dazu noch unten bei FN 1381). § 9 PHG hat aber insofern eine eigenständige Bedeutung, als er auch solche Vereinbarungen ausschließt, die Hersteller und „Dritter“ unmittelbar miteinander treffen (ErläutRV PHG 13).

¹³⁵⁷ ErläutRV PHG 5 f (insb 6: „Er [Anm: der Geschädigte] ist auch dann kaum geschützt, wenn der Erzeuger im Vertrag mit dem ersten Händler seine Haftung für die Verletzung von Schutzpflichten gegenüber Dritten ausschließt“), 12 f.

¹³⁵⁸ Soweit mit dem „gesetzlichen Ansatz“ versucht wird, einen ausreichenden Drittschutz auch für solche Fälle zu verwirklichen, in denen der potenziell drittschützende Vertrag noch gar nicht zustande gekommen oder nichtig ist (ausf *Canaris*, JZ 1965, 475 ff), ist dies mE anerkennungswürdig (vgl zum gesetzlichen Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch unten bei FN 1866 mwN). Um den Dritten auch in diesen Fällen zu schützen, ist es mE aber nicht notwendig, den Vertrag als rechtsdogmatische Basis des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt zu leugnen. Ist der Vertrag (mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) noch nicht zustande gekommen, kann man mE drittschützende Pflichten der Vertragsparteien aus dem Institut der *culpa in contrahendo* ableiten (sofern dafür die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen) und erreicht damit einen Schutz, den der Dritte hätte, wäre er unmittelbare Vertragspartei. Gleiches gilt für den Fall, dass der Vertrag (mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) nichtig ist oder erfolgreich (*ex tunc*) angefochten wird; auch hier kommt der Dritte mE bei ausreichend erkennbarer Leistungs- und Gläubignähe (s dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“) genauso wie die Vertragsparteien in den Genuss von „vertragsähnlichen“ Schutz- und Sorgfaltspflichten. Der Dritte wird damit bezüglich der Schutz- und Sorgfaltspflichten dem Gläubiger des Vertrags umfassend gleichgestellt. Bei diesem dürfte es ja möglich sein, einerseits vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten aus dem gültigen Vertrag, dh aus der Vertragsauslegung abzuleiten, andererseits bereits im vorvertraglichen Stadium sowie bei (nachträglich) unwirksamen Verträgen Schutz- und Sorgfaltspflichten aus dem Gesetz zu deduzieren. ME leuchtet nicht ein, warum diese Differenzierung nicht auf den Drittschutz im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter übertragbar sein sollte, warum also nicht auch dort die vertraglichen Pflichten zugunsten Dritter jene aus dem vorvertraglichen Stadium „ablösen“ können sollten und warum nicht auch dort im Zuge der Vertragsabwicklung *gesetzliche* Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter nur ausnahmsweise dann anzuerkennen sein sollten, wenn der fragliche Vertrag nichtig ist. Die Gegenthese *Canaris*‘ (JZ 1965, 475 ff; in FS Larenz II [1983] 102 ff), der mit beachtlichen Gründen unabhängig von der Wirksamkeit und dem Stadium der Durchführung des Vertrags Schutzpflichten zugunsten und zulasten der Vertragsparteien sowie Dritter aus einem „einheitlichen“ gesetzlichen Schutzverhältnis gewinnen möchte, überzeugt mE jedenfalls für das österreichische Recht (zu § 311 Abs 3 BGB s noch unten in FN 1390) nicht (vgl aber *Canaris*, ÖBA 1991, 528, wo dieser zu einer Übertragung seiner Lösung auf das österreichische Recht tendiert). Erstens erscheint es gekünstelt und überraschend, neben dem wirksamen Vertrag ein gesetzliches Schuldverhältnis (auch) zwischen den Vertragsparteien anzunehmen und dieses dann als rechtsdogmatische Grundlage einzelner, mit dem rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Kontakt und den Gefahren der *Vertragsleistungsbewirkung* doch offensichtlich verbundener Pflichten (s nur Larenz, NJW 1960, 79) anzusehen. Zweitens stützt sich das von *Canaris* vertretene Konzept, soweit es „in Vollzug“ befindliche Verträge betrifft, ganz wesentlich auf die Rechtslage bzw -folgen in Ausnahmefällen, insb bei nichtigen Verträgen, und überträgt diese in fraglicher Weise auf den Regelfall des wirksamen Vertrags, sodass insoweit das Verhältnis von Regel und Ausnahme mE nicht angemessen gewürdigt wird. Drittens räumt *Canaris* (JZ 1965, 481 f) selbst ein, dass die fraglichen Schutzpflichten in gewissen Fällen der Unwirksamkeit von Verträgen (bei Arglist, „einseitiger“ Sittenwidrigkeit sowie Geschäftsunfähigkeit) doch nicht ganz unabhängig von der Gültigkeit *des Vertrags* sein können. Viertens stützt *Canaris* (JZ 1965, 477 f, 482) seine These auf die positiv-rechtliche Grundlage des § 242 BGB, die für Österreich fehlt. Fünftens kann die Theorie von *Canaris*, soweit sie Schutzpflichten zugunsten Dritter nicht aus dem Parteiwillen und der Vertragsauslegung, sondern aus dem Gesetz ableiten möchte, nicht richtig erklären, warum es für den Umfang des Drittschutzes dennoch auf die Parteiinteressen (so *Canaris* in FS Larenz II [1983] 92; *ders*, JZ 1995, 443 f; *ders*, ZHR 163 [1999] 215 ff; *ders*, Bankvertragsrecht³ Rz 2292) bzw auf den Verständnishorizont der Vertragsparteien (so *Canaris*, JZ 1995, 444; *ders*, JZ 1998, 604) ankommen soll.

¹³⁵⁹ Oben bei FN 1344.

verwandte Problematik einher:¹³⁶⁰ Bestehen im Grundverhältnis (hier: Emittent – Ratingagentur) Einwendungen der Ratingagentur gegen allfällige Ansprüche des Emittenten, kann dies den (in Wahrheit nicht bestehenden) vertraglichen Anspruch des Dritten (Anlegers) beeinträchtigen. Hat etwa der Emittent der Ratingagentur schuldhaft Fehlinformationen zugeleitet¹³⁶¹ und waren diese für ein unzutreffend hohes Rating (mit-)ursächlich, müsste sich der die Ratingagentur klagende Anleger¹³⁶² das Mitverschulden des Emittenten (§ 1304 ABGB) entgegenhalten lassen. Denn der Emittent selbst wäre diesem Einwand ausgesetzt, würde er gegen die Ratingagentur anstelle des Anlegers vorgehen (§ 882 Abs 2 ABGB analog¹³⁶³; vgl § 334 BGB¹³⁶⁴).¹³⁶⁵ Gleiches gilt für die im

¹³⁶⁰ Vgl auch Mühl, Haftung, Rz 249.

¹³⁶¹ Vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO.

¹³⁶² Voraussetzung hierfür wäre freilich insb, dass der Ratingagentur die Unrichtigkeit erkennbar ist (zutr Peters, Haftung 139). Zum Sorgfaltsmaßstab der Ratingagentur in diesem Zusammenhang s unten bei FN 3043, 3050.

¹³⁶³ Für eine Analogie zu dieser Norm bzw eine entsprechende Heranziehung der dahinterstehenden Wertung bei Mitverschulden des Gläubigers im Rahmen der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: OGH 1 Ob 690/84 SZ 58/7, 31 (41); 1 Ob 580/94 ecolex 1995, 326; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 143; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1295 Rz 34a; Vavrovsky, ÖBA 2001, 585; abw (nur, wenn Gläubiger Gehilfe des Dritten ist) Kletečka, ecolex 1995, 323 f; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/84; in diese Richtung auch Karner in FS Koziol (2010) 709.

¹³⁶⁴ Zur Anwendbarkeit des § 334 BGB auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter s etwa Canaris, ZHR 163 (1999) 216; Schneider, ZHR 163 (1999) 253; gefestigte Dogmatik; Gottwald in MünchKomm BGB⁶ (2012) § 328 Rz 191 mwN; v. Schweinitz, WM 2008, 957; Mühl, Haftung, Rz 249; Wagner in FS Blaurock (2013) 481; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 163; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 70 mit FN 179; offen Thiele, Rating 101 mit FN 469; abw etwa Peters, Haftung 138 f, der im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine Abbedingung des § 334 BGB annehmen möchte, sofern (wie im Falle der Haftung der Ratingagentur aus dem Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Anleger) Gläubiger und Dritter gegensätzliche Interessen verfolgen. Einen solchen „Fall“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gibt es mE aber nicht (s oben bei FN 1263).

¹³⁶⁵ Bei der Abschlussprüfung ist freilich umstritten, ob sich der schädigende Abschlussprüfer gegenüber seinem eigenen Vertragspartner, der geprüften Gesellschaft, auf fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Vorstands der geprüften Gesellschaft berufen kann, um nicht den gesamten Schaden verantworten zu müssen. Nach öhM ist ein derartiger Mitverschuldenseinwand (zumindest soweit, als es sich nicht um die Verletzung der Redepflicht handelt) unzulässig, weil es gerade Zweck der Bilanzprüfung sei, (auch vorsätzliche) Bilanzverstöße des Vorstands aufzudecken; ein Mitverschuldenseinwand, der sich auf schuldhaftes Bilanzvergehen des Vorstands stützt, liefe diesem Zweck zuwider (OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279 [286]; Liebscher, Abschlussprüfer 84; Artmann, JBl 2000, 632; dies, ÖZW 2002/3, 93 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ [2007] § 22 Rz 21; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 65 f; Fraberger/Petriz in Hirschler, Bilanzrecht [2010] § 275 UGB, Rz 76; Vavrovsky, ÖBA 2001, 585; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 957; Dehn, ÖBA 2002, 384 f; dies, JAP 2002/2003, 57; wohl auch U. Torggler, AnwBl 2003, 619; Gelter, RdW 2001, 71; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 97; vgl auch jüngst Walter Doralt, ZGR 2015, 280 ff; diff Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg [2010] § 62a Rz 37; aA P. Bydlinski in FS Ostheim [1990] 370 mit FN 77; Haberl, Haftung 46 f; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ [2011] § 42 Rz 26; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 36). Danach wäre – sofern man die Dritthaftung des Abschlussprüfers aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (mE zu Unrecht; s oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.ß.γγ.aaa. Ekkurs: Kein Abschlussprüfungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“) bejaht – dem Abschlussprüfer ein Mitverschuldenseinwand aufgrund einer Obliegenheitsverletzung durch die Gesellschaft auch gegenüber dem geschädigten Dritten (Anleger) abgeschnitten (Liebscher, Abschlussprüfer 84; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 112; vgl C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 93; vgl ferner oben nach FN 1360). Indes erscheint die öhM mE zweifelhaft (s auch Koziol, JBl 1995, 686 mit FN 35, 687), weil die Minderung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft infolge eigenen Mitverschuldens sowohl in den Beratungen der Akademie für Deutsches Recht als auch schon im vorläufigen Reichswirtschaftsrat ausdr für möglich gehalten wurde (Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 549; Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396; Kißkalt, 2. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht an den Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Frank, abgedr in Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 518; idS bereits Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung [1932] 331 f; vgl auch schon Schmölder, JW 1930, 3688) und sich die heutige Gesetzeslage mE insoweit nicht entscheidend von der historischen unterscheidet. Insb widerspricht die Verweigerung des Mitverschuldenseinwands der grunds Tendenz auch des § 275 UGB (s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.ß.ßß. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“), die Haftung des Abschlussprüfers zu begrenzen. Mit der dhM (Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung [1938] § 141 AktG, Rz 16; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ [1939] § 141 Rz 13; Teichmann/Koehler, AktG³ [1950] § 135 Rz 3; Mellerowicz in GroßKomm AktG² [1961] § 141 Anm 15; Hermann in Heymann/Horn, HGB² [1999] § 323 Rz 8; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ [2014] § 323 Rz 19 f; Ebke in MünchKomm HGB³ [2013] § 323 Rz 74 f; Schmidt/Feldmüller in Beck’scher BilanzKomm⁹ [2014] § 323 HGB, Rz 118 ff; BGH VII ZR 42/08 NJW 2010, 1808 [1812]; vgl auch BGH III ZR 10/74 BGHZ 68, 142 [151]; restriktiver Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ [2014] § 323 Rz 7; Marsch-Barnier in Ensthaler, HGB⁸ [2015] § 323 Rz 6; aA Ritter, AktG² [1939] § 141 Rz 2; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 38; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 323 HGB, Rz 82) bedarf es daher einer flexibleren Handhabung (freilich unter Bedachtnahme auf die Kontrollfunktion des Prüfers [s dazu oben bei FN 922]; die damit einhergehende „Einbuße“ an Rechtssicherheit dürfte historisch in Kauf genommen worden sein und entspricht iÜ dem System des § 1304 ABGB) und ist jedenfalls

Ratingvertrag wirksam vereinbarten Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse, die auf das Haftungsverhältnis Ratingagentur – Anleger „durchschlagen“ würden,¹³⁶⁶ selbst wenn dieser nichts davon wusste¹³⁶⁷.¹³⁶⁸ Es ist mE konsequent, wenn der aus dem Ratingvertragsverhältnis abgeleitete Schadenersatzanspruch des Anlegers nicht über den des unmittelbaren Vertragspartners (Emittenten) des Schädigers (Ratingagentur) hinausgeht.¹³⁶⁹

Besonders unbillig erscheint dies jedoch, wenn der Emittent der Ratingagentur arglistig bonitätsrelevante Informationen verheimlicht oder sie sonst täuscht und diese infolgedessen leicht fahrlässig ein fehlerhaftes Rating publiziert. Dann würde nämlich das geringe „Versehen“ der Ratingagentur gegenüber dem überragenden Verschulden des Emittenten zurücktreten und dem Anleger sohin gar kein Ersatzanspruch gegen die Ratingagentur zustehen.¹³⁷⁰

Ein derartiges Ergebnis hielt offenbar auch der BGH für untragbar, als er in einem ähnlichen Fall der Haftung eines Bausachverständigen für ein unrichtiges Wertgutachten („Dachbodenfall“)¹³⁷¹ zwar im Rahmen der Haftungsbegründung am Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter festhielt. *In concreto* hätten die Vertragsparteien allerdings eine „stillschweigende Abrede“ dahingehend getroffen, dass sich der dritte Käufer entgegen dem dispositiven § 334 BGB keine Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten lassen müsse.¹³⁷² Damit sei der Weg für einen Ersatzanspruch des Dritten gegen den Bausachverständigen frei.

die pauschale Verwerfung des Mitverschuldenseinwands abzulehnen. Der Gesellschaft verbleibt ohnehin (wie auch in sonstigen Fällen der Obliegenheitsverletzung iSd § 1304 ABGB durch ihre Organwalter) die Möglichkeit, sich im vollen Umfang an ihren Organwaltern schadlos zu halten (Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 36) – trau, schau, wem. Insb sollte ein Mitverschuldenseinwand wohl dann in Betracht kommen, wenn der Prüfer vorsätzlich durch Gesellschaftsorgane getäuscht wurde oder diese ihrer Auskunftspflicht gem § 272 Abs 2 UGB nicht ordnungsgemäß nachgekommen sind. Mit der dhM muss der Einwand der Verletzung der Schadensminderungsobliegenheiten in jedem Fall zustehen.

¹³⁶⁶ Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 728 f; Karner, ÖBA 2010, 594 FN 96; Berger/Stemper, WM 2010, 2293; Gass, Schadenersatzansprüche 162; für Einwendungen allg Mühl, Haftung, Rz 248; allg für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91 f); Welser, Haftung 108, 121; Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 3/31; Hübner, NJW 1989, 10; Canaris, ZHR 163 (1999) 217; vgl ferner OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169, 748 (752); 1 Ob 690/84 SZ 58/7, 31 (41); Schäfer, AcP 202 (2002) 818; s auch Karner in FS Koziol (2010) 709 (bei Gleichläufigkeit der Interessen des Gutachtensauftraggebers und der des Dritten); aA LGZRS Wien 02.05.2005, 12 Cg 144/02p-82; speziell für die Dritthaftung von Ratingagenturen Peters, Haftung 142; v. Schweinitz, WM 2008, 957: sittenwidrige Kollusion.

¹³⁶⁷ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19.

¹³⁶⁸ Die Behauptung, die zwischen Emittenten und Ratingagentur vereinbarte Haftungsreduktion sei aufgrund der gegenläufigen Interessen von Emittent einerseits und Anleger andererseits eine unzulässige sittenwidrige Kollusion zulasten derselben (so v. Schweinitz, WM 2008, 957), ist mE nicht überzeugend. Es muss den Parteien des Ratingvertrags freistehen, wen sie in welchem Ausmaß schützen möchten und wen nicht. Vgl bereits oben bei FN 1348.

¹³⁶⁹ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19; vgl Mühl, Haftung, Rz 248 f; so auch für die Abschlussprüferhaftung OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (47) (Oppitz); Vavrovsky, ÖBA 2001, 585; Karollus, RdW 2006, 393; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 107; Enzinger in FS Straube (2009) 30; Schmaranzer, Zak 2013, 155; allg für die Gutachterhaftung Canaris, ZHR 163 (1999) 216; Schneider, ZHR 163 (1999) 253; Karner in FS Koziol (2010) 708; Schäfer, AcP 202 (2002) 818.

¹³⁷⁰ Vgl zum deutlichen Überwiegen des Verschuldens eines Teils und alleiniger Schadenstragung: v. Zeiller, ABGB (1813) § 1299 Anm 4; Pfaff, Gutachten 39.

¹³⁷¹ BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392; s dazu Canaris, JZ 1995, 441 ff.

¹³⁷² S dazu auch Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 56; Öllinger, Haftung 214; vgl auch BGH VII ZR 63/84 NJW 1985, 1457 (1458).

Dieser Kunstgriff ist mE unzulässig¹³⁷³: Welche Motivation hätte der Sachverständige, sollte er an die Inanspruchnahme durch den Dritten denken, einer solchen Abrede zuzustimmen? Der Gutachter wird es nur für gerecht halten, wenn er gar keinen Ersatz an den Dritten leisten muss, wo er doch vom Auftraggeber „hinters Licht“ geführt wurde. Und auch die Tatsache, dass dem Experten allenfalls ein Regressanspruch gegen den Täuschenden zusteht¹³⁷⁴, wird ihn wohl nicht zu einer Abbedingung des § 334 BGB (§ 882 Abs 2 ABGB) verleiten, weil er nicht „einfach so“ das Insolvenzrisiko eines Betrügers übernehmen wird wollen. Ein derartig wirtschaftlich sinnloses Vorgehen des Sachverständigen darf mE nicht als hypothetischer Wille dieser Vertragspartei angenommen werden.¹³⁷⁵

Im Übrigen wäre die Annahme des Auftraggebers, der Sachverständige stimme einer Abbedingung des § 334 BGB (§ 882 Abs 2 ABGB) auch für den Fall des arglistigen Täuschens zu, „grob unredlich“, wenn und weil jener diesen damit gleichzeitig in eine „Haftungsfalle lockt“; man darf diese Unterstellung daher keinesfalls mittels ergänzender Vertragsauslegung zum Inhalt des Gutachtensvertrags erheben.¹³⁷⁶

8. Ergebnis und Fortgang der Untersuchung

Zusammenfassend stößt man mE nicht nur auf unüberwindbare rechtsdogmatische Hürden, wenn man die Dritthaftung aus dem Vertrag zwischen Emittent und Ratingagentur herzuleiten versucht. Selbst wenn man den Ratingvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (zu Unrecht) bejaht, tauchen schwierig zu bewältigende Folgeprobleme auf.

Daher wäre für Fälle wie die Dritthaftung von Ratingagenturen insb aus wirtschaftspolitischer Sicht¹³⁷⁷ mE ein originär gesetzlicher Schadenersatzanspruch des Dritten vorzuziehen,¹³⁷⁸ wie ihn das KMG normiert (§ 11 KMG).¹³⁷⁹ Damit könnte das „Risiko der vertraglichen Gestaltungsfreiheit“¹³⁸⁰ zulasten des Dritten ausgeschaltet werden. Die Abbedingung eines gesetzlichen Drittanspruchs durch die Vertragsparteien

¹³⁷³ Canaris, JZ 1995, 444; ders, ZHR 163 (1999) 217, 240, 242; Schneider, ZHR 163 (1999) 253; Picker in FS Medicus (1999) 408 ff; Schäfer, AcP 202 (2002) 818; Hennrichs in FS Hadding (2004) 888; Mühl, Haftung, Rz 249; Wagner in FS Blaurock (2013) 481; Artmann, JBl 2000, 633; vgl Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; gegen die Begründung des BGH auch Karner in FS Koziol (2010) 710; krit auch Öllinger, Haftung 218, 231; Haar, NZG 2010, 1283; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 57; Schuler, Verantwortlichkeit 245 f; vgl auch Schroeter, Ratings 929 f; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 163 FN 631; aA v. Schweinitz, WM 2008, 957, der dem BGH offenbar (insgesamt) zustimmt; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 208; wohl auch Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 86.

¹³⁷⁴ Vgl bereits oben in FN 1339.

¹³⁷⁵ So iE auch Canaris, JZ 1995, 444; ders, JZ 1998, 605; ders, ZHR 163 (1999) 217; Hennrichs in FS Hadding (2004) 888.

¹³⁷⁶ Treffend Canaris, JZ 1995, 444; Hennrichs in FS Hadding (2004) 888.

¹³⁷⁷ Schäfer, AcP 202 (2002) 829.

¹³⁷⁸ Köndgen, Selbstbindung 365; Canaris, JZ 1998, 605; ders, ZHR 163 (1999) 218, 240; Fischer, Haftungsfragen 176 f; vgl auch Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 45; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 22.

¹³⁷⁹ Vgl Artmann, JBl 2000, 626.

¹³⁸⁰ Hirte, Berufshaftung 413.

wäre nämlich sittenwidrig¹³⁸¹ (§ 879 Abs 1 ABGB) und sein Bestehen sowie sein Umfang würden nicht vom Verhalten der Parteien und den damit zusammenhängenden Einwendungen abhängen.¹³⁸² Die Dritthaftung bestünde dann dort, wo die Ratingagentur haften *soll* und nicht dort, wo sie haften *will*.¹³⁸³ Nur auf diese Weise ließe sich der Drittschutz effektiv gewährleisten.

Dies ist wohl auch die grundsätzlich berechnigte Motivation jener Ansichten¹³⁸⁴, die die vertraglichen Schutzwirkungen (mE aber unzulässiger Weise¹³⁸⁵) in gesetzliche umdeuten. Eine gesetzliche Dritthaftung (insb aus Vertrauen¹³⁸⁶) sollte im Verhältnis zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vielmehr als „aliud“¹³⁸⁷ (dh als eine weitere mögliche und selbständige Form der Dritthaftungsbeurteilung) betrachtet werden, um die Dogmatik des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Interesse der Rechtssicherheit frei von Widersprüchen zu halten.

bbb. Rechtsfortgebildete Vertrauenshaftung im weiteren Sinne oder „objektiv-rechtliche Dritthaftung“

1) Die oben (S 138 ff) aufgezeigten und mit der Vertragsauslegung zusammenhängenden Probleme vermeiden jene Ansätze, die sich vom Vertrag zwischen Ratingagentur und Emittenten emanzipieren und einen „äußeren Umstand“ als dritthaftungsbeurteilend ansehen möchten, namentlich das Vertrauen der Anleger in die korrekte Bonitätsbeurteilung. Die Popularität der Vertrauenshaftung (wegen *culpa in contrahendo*) in Deutschland auch im Zusammenhang mit der Dritthaftung von Ratingagenturen¹³⁸⁸ muss man freilich vor dem Hintergrund sehen, dass diese Haftungsfigur dort im Jahre 2002 in § 311 Abs 3 BGB¹³⁸⁹ allgemeine gesetzliche Anerkennung erfahren hat.¹³⁹⁰ Insofern erscheint eine Rechtsfortbildung als entbehrlich. In dieser Bestimmung heißt es:

¹³⁸¹ Nw unten in FN 1873.

¹³⁸² S Vavrovsky, ÖBA 2001, 587; Karner, ÖBA 2001, 895; Dehn, ÖBA 2002, 391; Artmann, JBl 2000, 632 ff; vgl auch Canaris, JZ 1998, 605; Peters, Haftung 143; Öllinger, Haftung 201, 218 f; Walter Doralt/Kozioł in Kozioł/Walter Doralt, Abschlussprüfer 111.

¹³⁸³ Vgl anschaulich Picker in FS Medicus (1999) 440 FN 90: „heteronom“ und nicht „privatautonom“ bestimmte Haftung; Hopt, AcP 183 (1983) 618; Artmann, JBl 2000, 629; Köndgen, Selbstbindung 251; Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 563.

¹³⁸⁴ Oben bei FN 1354.

¹³⁸⁵ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.a. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“.

¹³⁸⁶ Vgl dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.a. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

¹³⁸⁷ Vgl U. Torggler, wbl 2001, 548.

¹³⁸⁸ Nw oben in FN 489; s allg dazu auch zB Schäfer, AcP 202 (2002) 818 f.

¹³⁸⁹ Eingefügt durch das SchuldRModG (in Kraft getreten am 01.01.2002 [Art 9 Abs 1 *leg cit*]). Ausf zum Tatbestand Kersting, Dritthaftung 208 ff.

¹³⁹⁰ Canaris, JZ 2001, 520; Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Thiele, Rating 97; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 716 f; Meyer, Rechtsfragen 96 f; Eisen, Haftung 359; Fischer, Haftungsfragen 153; Mühl, Haftung, Rz 269; Schuler, Verantwortlichkeit 252; Wagner in FS Blaurock (2013) 483, 487. ME ist es gerade vor dem Hintergrund der systematischen Stellung des § 311 Abs 3 BGB (*culpa in contrahendo*) und den Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163), die betonen, dass die von der Rsp anerkannte „Sachwalterhaftung“ als Verantwortlichkeit aus *culpa in contrahendo* (um-)qualifiziert werden sollte, nicht recht verständlich, wenn man vertritt, § 311 Abs 3 BGB bilde fortan die rechtsdogmatische Basis für den Vertrag mit Schutzwirkung

„Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2¹³⁹¹ kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.“

Dem deutschen Gesetzgeber ging es dabei nicht so sehr um das abschließende¹³⁹² Festschreiben der Haftungsvoraussetzungen,¹³⁹³ sondern darum, die Möglichkeit einer Dritthaftung¹³⁹⁴ aufzuzeigen und solche Fälle der *culpa in contrahendo* zuzuordnen.¹³⁹⁵ Der an der Dritthaftung aufgrund *culpa in contrahendo* geübten Kritik, dieses Rechtsinstitut wäre bloß auf die Vertragsparteien zugeschnitten, wurde damit für Deutschland eindeutig der Boden entzogen.¹³⁹⁶

Vor einer „automatischen Übernahme“ dieser Haftungsbegründung „1:1“ in das österreichische Zivilrecht sollte man sich mE hüten, fehlt doch im ABGB eine dem § 311 BGB (vollständig¹³⁹⁷) vergleichbare Norm. Nur § 1019 ABGB ordnet – bemerkenswerter Weise anders als § 179 BGB¹³⁹⁸ – eine Dritthaftung aus *culpa in contrahendo* an, freilich in einem sehr speziellen Zusammenhang: Dem Haftpflichtigen mangelt es an einer (ausreichenden) Vollmacht, weswegen dem Geschädigten entgegen dem vom *falsus procurator* vermittelten Eindruck überhaupt der Vertragspartner abgeht. Ein derartiges Verhalten legt eine „ersatzweise“ Haftung des Dritten nach vertraglichen Grundsätzen besonders nahe, wäre doch der Geschädigte ansonsten völlig schutzlos.¹³⁹⁹ Eine (ua) auf § 1019 ABGB gestützte Dritthaftung von Gutachtern oder sonstigen Mittelsmännern aus *culpa in contrahendo* bedürfte aber eingehender Untersuchung.¹⁴⁰⁰ Insb normiert die

zugunsten Dritter (zutr *Ebke* in MünchKomm HGB³ [2013] § 323 Rz 116; *Schuler*, Verantwortlichkeit 239; wohl auch *Deipenbrock*, BB 2003, 1852 f; anders aber etwa *Canaris*, JZ 2001, 520; *Kersting*, Dritthaftung 323 ff; *Öllinger*, Haftung 200; *Mühl*, Haftung, Rz 242; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664 mit FN 79; vgl aber auch *dies*, ebd 665, wo sie auf eine objektive Auslegung abstellen).

¹³⁹¹ Dieser lautet: „Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“.

¹³⁹² *Vetter*, WM 2004, 1709.

¹³⁹³ Der Begriff des (wenn auch besonderen) Vertrauens lässt ja in der Tat weiten Interpretationsspielraum zu und bedeutet eine weitreichende gesetzliche Delegation der Haftungsentscheidung an die Gerichte (vgl dazu die Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB).

¹³⁹⁴ Zur Terminologie dieser Dritthaftungstheorie s schon oben in FN 56 sowie bei FN 504.

¹³⁹⁵ Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163; *Eisen*, Haftung 359.

¹³⁹⁶ *Fischer*, Haftungsfragen 172.

¹³⁹⁷ Zu § 1300 Satz 1 ABGB s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

¹³⁹⁸ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 222: § 179 Abs 1 BGB geht über die Rechtsfolgen der *culpa in contrahendo* hinaus (uU Haftung auf Erfüllung) und die Haftung gem § 179 Abs 2 BGB setzt kein Verschulden voraus.

¹³⁹⁹ Vor dem Hintergrund des § 1019 ABGB verständlich und mE berechtigt ist daher die Rsp, die den Vertreter persönlich dem Vertragspartner des Vertretenen haften lässt, wenn dem Vertretenen das Verschulden des Vertreters nicht zugerechnet werden kann (RIS-Justiz RS0016303 T 1, OGH 08.03.1990, 7 Ob 501/90; 09.03.1994, 7 Ob 502/94).

¹⁴⁰⁰ Man könnte erwägen, aus den Wertungen des § 1019 ABGB (vielleicht auch § 1003 ABGB) eine allg Dritthaftung aus *culpa in contrahendo* abzuleiten, eventuell iVm den Zwecken der Dritthaftung gem § 11 KMG. Fraglich ist allerdings, ob eine solche Rechtsfortbildung vor dem Hintergrund des positiven Rechts, namentlich § 1300 Satz 1 ABGB notwendig und zulässig ist (s *U. Torggler*, JBl 2011, 769; im Zweifel hat „keine, und wenn doch, dann nur die geringstmögliche und -nötige Rechtsfortbildung stattzufinden“). Zumindest müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1300 Satz 1 ABGB (insb die erforderliche Entgeltlichkeit [näher dazu unten „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten“]) dabei mitberücksichtigt werden. Die hier vertretene Haftungstheorie wird daher zunächst bei der allg Norm (§ 1300 ABGB) ansetzen (s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“) und nicht bei den spezielleren Bestimmungen über die (Dritt-)Haftung (aus *culpa in contrahendo*); diese sollen allerdings für die Ausgestaltung des Haftungskonzepts fruchtbar gemacht werden (s unten unter

Bestimmung ja nicht den Fall, in welchem der Vertreter selbst haftet, obwohl der Vertrag mit dem Vertretenen gültig zustande gekommen ist.¹⁴⁰¹

Auch mangelt es hierzulande an einer Rsp zur Haftung von „Sachwaltern“ iW.S., die aber in Deutschland die praktische Basis für die Einfügung des § 311 Abs 3 BGB bildete.¹⁴⁰² Die deutsche Rechtslage erscheint daher nur bedingt ähnlich.

Zwar hat der OGH – wieder einmal dem BGH folgend¹⁴⁰³ – in seinen Entscheidungen zur „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ die Dritthaftung auf „Verschulden bei Vertragsabschluß“ bzw auf „die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten schon vor Geschäftsabschluß“ und einen „besonderen – zusätzlichen – Vertrauenstatbestand“ gestützt.¹⁴⁰⁴ Die Begründung des OGH ist dabei allerdings insofern mangelhaft, als er diese „neue“ Haftungsgrundlage und deren Voraussetzungen in keinsten Weise zu seiner jahrzehntelangen Rsp zu verwandten Fragestellungen (Haftung von Sachverständigen insb gem §§ 1299, 1300 ABGB¹⁴⁰⁵, *culpa in contrahendo* allgemein) in Beziehung gesetzt hat.¹⁴⁰⁶ Man musste sich nach diesen Entscheidungen also fragen, welche Haftungstheorie (eine der „österreichischen“ oder die „deutsche“?) für die österreichische Praxis nun Gültigkeit beanspruchen darf oder ob sie vielleicht sogar kumulativ anwendbar sind.

2) Zur Unterstützung der OGH-Judikate und als Befürworter einer „analogen Anwendung“ des § 311 BGB im österreichischen Recht (auch für die Dritthaftung für Ratings) könnte man argumentieren, dass wir seit jeher¹⁴⁰⁷ in Österreich „ja ebenso“ eine Vertrauenshaftung hätten, nämlich die weit verbreitete Ansicht¹⁴⁰⁸ der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ zugunsten Dritter (vgl oben insb *Goldgrube* [S 35 ff]).

„Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“; „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.γγ. Präzisierung der Reichweite des geschützten „Projekts““; „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa. Gesamtanalogie insb zu § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 275 UGB“).

¹⁴⁰¹ Vgl *Köndgen*, Selbstbindung 404 f, der die gemeinsame Behandlung der Eigenhaftung des Vertreters mit der des sonstigen Dritten aufgrund von *culpa in contrahendo* mit dem Argument kritisiert, dass die Vertreterereignischaft des Dritten jenseits der Grenzen des § 179 BGB (vgl § 1019 ABGB) für dessen „Eigenhaftung ohne Begründungswert“ bleibe.

¹⁴⁰² Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163; vgl bereits *Canaris*, ZHR 163 [1999] 222 ff.

¹⁴⁰³ *Brawenz*, Prospekthaftung 2 ff, 34 ff, 184, 194; s dort (S 7 ff) die Übersicht zur Rsp des BGH; s dazu auch *Coing*, WM 1980, 206 ff; vgl schon oben bei FN 326.

¹⁴⁰⁴ OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60 f); 05.09.1991, 6 Ob 585/91; 1 Ob 586/94, 1 Ob 595/95 SZ 68/144, 123 (137); 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*).

¹⁴⁰⁵ Dazu oben unter „Teil 1.I.C.1. OGH-Judikatur zur Dritthaftung von Gutachtern: Entwicklung der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten““.

¹⁴⁰⁶ Krit auch *Brawenz*, Prospekthaftung 39, 45; *Welser*, *ecolex* 1992, 309.

¹⁴⁰⁷ Erste Anzeichen dafür finden sich bereits in der *Schätzmann*-Entscheidung (s oben unter „Teil 1.I.C.1.b.aa. Schätzmann – 4 Ob 111/34: weite Berufshaftung“).

¹⁴⁰⁸ Grundlegend *Welser*, Haftung 86 ff; s auch *P. Bydlinksi* in FS Hadding (2004) 775; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; *U. Torggler*, wbl 2001, 548; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 110; *Karner*, ÖBA 2001, 893 ff; *ders*, FS *Koziol* (2010) 711 ff; *ders* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 87; *Graf*, JBl 2012, 214; *Brawenz*, Prospekthaftung 198 f; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 842, 879; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 15 f; *Öllinger*, Haftung 198 f; *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 100 f; *Riss*, ÖBA 2014, 532; OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (180 f); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g; 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i; s dazu auch RIS-Justiz RS0026561, OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84 *Verstreute Bonitätsauskunft*.

Diese billige dem Geschädigten wie die deutsche Vertrauenshaftung einen gesetzlichen Ersatzanspruch zu, der von den Interessen der Parteien des Gutachtensvertrags unabhängig sei.¹⁴⁰⁹ Das Vertrauen spiele dabei ebenso eine entscheidende Rolle bei der Haftungsbegründung¹⁴¹⁰ (vgl oben insb *Gesellschafterabschichtung* [S 41 ff]).¹⁴¹¹

Wie oben¹⁴¹² erwähnt, hat diese Theorie auch bei der Diskussion um die Dritthaftung von kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediären, namentlich von Abschlussprüfern, großen Anklang gefunden. Daher könnte man meinen, dass sich die österreichische und die deutsche Rechtsordnung insoweit „ohnehin“ decken würden.¹⁴¹³ Allerdings ist zu bedenken, dass es doch rechtsdogmatische Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Haftungsfigur gibt.¹⁴¹⁴ Anders als die österreichische „objektiv-rechtliche Dritthaftung“ (zumindest dem ursprünglichen Verständnis nach) versteht sich die deutsche Vertrauenshaftung systematisch als Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs 2, Abs 3 BGB).¹⁴¹⁵ Als haftungskonstituierende Elemente betont die österreichische Ansicht demgegenüber nicht die Einmischung in fremden Vertrag(sabschluss); soweit ersichtlich stützt sich der OGH in keiner Entscheidung zur Dritthaftung von Gutachtern auf die Lehre von der *culpa in contrahendo*.¹⁴¹⁶ Verwiesen wird bei der „objektiv-rechtlichen Dritthaftung“ vielmehr auf das Tätigwerden des Haftenden im eigenwirtschaftlichen Interesse.¹⁴¹⁷ Des Weiteren wird die Tatsache hervorgehoben, dass die von ihm abgegebene Information (objektiv) drittgerichtet ist, diese sohin als Entscheidungs- und Vertrauensgrundlage für Dispositionen¹⁴¹⁸ des erkennbar betroffenen (und daher geschützten) Dritten dienen soll.¹⁴¹⁹ Für die Entstehung des Vertrauenstatbestands scheint

¹⁴⁰⁹ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9.

¹⁴¹⁰ S OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924 f) *Gesellschafterabschichtung*; 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; *Karner*, ÖBA 2001, 238 f; *ders*, ÖBA 2001, 894 f; *ders in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; *Graf*, wbl 2012, 246; *dens*, JBl 2012, 214 f; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 16; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 104 f.

¹⁴¹¹ Zur Verwandtschaft beider Ansätze s *Canaris*, JZ 1998, 606; *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; *Karner*, ÖBA 2001, 894 mit FN 10; *ders in FS Koziol* (2010) 712; *ders*, ÖBA 2010, 594; *Graf*, JBl 2012, 212 f, 216 FN 32; *Öllinger*, Haftung 197 FN 827, FN 828; vgl auch *Welser*, Haftung 87.

¹⁴¹² Unter „Teil 1.I.C.2.a.bb. Lehrmeinungen“.

¹⁴¹³ Die Ähnlichkeit hervorhebend: *Wagner in FS Blaurock* (2013) 493 FN 88.

¹⁴¹⁴ Abw wohl *Graf*, JBl 2012, 216 FN 32.

¹⁴¹⁵ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 220 ff; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 253 f.

¹⁴¹⁶ Andere Tendenz aber bei *Karner*, ÖBA 2010, 594.

¹⁴¹⁷ Dies betonend *Welser*, Haftung 66 f, 87, 101; *Brawenz*, ÖBA 1992, 423; *Kletečka*, ÖBA 2005, 57; *Karner in FS Koziol* (2010) 701; *Kalss*, ÖBA 2000, 653 f, 659; *dies/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 879.

¹⁴¹⁸ S dazu noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““.

¹⁴¹⁹ *Welser*, Haftung 87 f; *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; *Karner in FS Koziol* (2010) 713 ff; *ders in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; *Dellinger/Told in Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28; *Graf*, wbl 2012, 246; OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (181); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g; vgl auch *Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 879.

dabei die Sachverständigeneigenschaft des Schädigers eine wichtige Rolle zu spielen,¹⁴²⁰ womit mE insgesamt die Anlehnung an das System des § 1300 Satz 1 ABGB (dazu unten S 173 ff) deutlich wird.

3) Diese Ausführungen sollen aufzeigen, dass es für den österreichischen Rechtsanwender schwierig ist, aus der Vielzahl der (österreichischen wie deutschen) Stellungnahmen die entscheidenden haftungsbegründenden Elemente herauszufiltern, wenn er eine Vertrauenshaftung iWV zu vertreten versucht. Wenn aus dem objektiven Recht entspringende Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter in Teilen der österreichischen Literatur gänzlich abgelehnt werden,¹⁴²¹ liegt das wohl auch daran, dass die gesetzlichen Grundlagen einer solchen Haftung in Österreich nicht eindeutig sind. Liest man die einschlägigen Abhandlungen, die eine solche „objektiv-rechtliche“ Dritthaftungstheorie vertreten, so klingen die darin enthaltenen Argumente mE zwar plausibel und nachvollziehbar.¹⁴²² Die gesetzliche Deckung derselben ist aber nicht immer ganz eindeutig.

Berechtigt wäre daher die Frage, „wo das denn alles eigentlich steht“, zumal die Tatsache, dass Vertrauen faktisch gewährt und in Anspruch genommen wird, für sich alleine nach einhelliger Meinung keine Dritthaftung rechtfertigen kann;¹⁴²³ immerhin gibt es ja auch „blindes Vertrauen“¹⁴²⁴. Böse Zungen würden daher behaupten, alleine aufgrund von rechtspolitischen Überlegungen, insb des Schutzbedürfnisses des Dritten¹⁴²⁵, werde durch unzulässige Rechtsfortbildung¹⁴²⁶ eine Dritthaftung „konstruiert“; sie stehe mit der *lex lata*, insb dem herrschenden Verständnis zu § 1300 ABGB in Widerspruch, wonach eine Fahrlässigkeitshaftung des Sachverständigen nur gegenüber seinem Auftraggeber bestehe.¹⁴²⁷ Der mE berechtigte Kern dieser Kritik ist, dass sich die Ansicht der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ nicht ausreichend mit den Wertungen und

¹⁴²⁰ Deutlich Welser, Haftung 66, 87, 100, nach dem für eine Haftung entscheidend sei, dass besondere Kenntnis oder Sachkunde behauptet und damit das Vertrauen des Dritten herausgefordert werde; zust Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/73; s auch unten in FN 2073; vgl auch Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28; Graf, wbl 2012, 246; dens, JBl 2012, 214, 217; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 879. Zum Zusammenhang zwischen „Berufs-“ und „Vertrauenshaftung“ s noch unten bei FN 2074; s aber auch die Ausnahmen bei Welser, Haftung 89 f.

¹⁴²¹ Harrer, JBl 1997, 675 f; ders, Zak 2006, 404; ders in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 7; krit auch Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 148 ff; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 48; J. Zehetner, ÖZW 2013, 80: höchst zweifelhafte dogmatische Fundierung, 84.

¹⁴²² Vgl nur die oben bei FN 1417 ff angeführten Argumente.

¹⁴²³ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 568 f; Hopt, AcP 183 (1983) 641, 683; Hennrichs in FS Hadding (2004) 890; Thiele, Rating 111; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14: es sei die Frage zu klären, ob der Dritte auch vertrauen durfte; ebenso Vetter, WM 2004, 1710; vgl auch Lorenz in FS Lorenz (1973) 618 f; Canaris, Vertrauenshaftung 504; Köndgen, Selbstbindung 100, 116, 413; Schneider, ZHR 163 (1999) 255; Fischer, Haftungsfragen 160, 169; v. Schweinitz, WM 2008, 955.

¹⁴²⁴ Vgl Köndgen, Selbstbindung 99; Kersting, Dritthaftung 234 ff.

¹⁴²⁵ Symptomatisch die Argumentation bei OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724) Goldgrube; 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606: Vermeidung unbilliger Ergebnisse; s auch Welser, Haftung 80, 87: starkes Bedürfnis nach einer Dritthaftung; vgl ferner Wilhelm, ecolex 1991, 87; Karner in FS Koziol (2010) 710; Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 100.

¹⁴²⁶ Das „Schutzbedürfnis“ alleine kann eine Haftung nicht rechtfertigen, s F. Bydlinski, JBl 1960, 363, 366.

¹⁴²⁷ Krit insofern in der Tat Harrer, JBl 1997, 675.

Tatbestandsmerkmalen des § 1300 ABGB auseinandersetzt¹⁴²⁸.¹⁴²⁹ Selbst *Welser*, der sich in seiner bahnbrechenden Monographie zur Haftung für Rat und Auskunft eingehend mit § 1300 ABGB beschäftigt, begründet die „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ offenbar losgelöst von dieser Norm.¹⁴³⁰

Die Problematik wird dabei dadurch verstärkt, dass die Vertrauenshaftung sowohl nach österreichischer als auch nach deutscher Prägung infolge ihrer eher schwammigen Tatbestandsmerkmale, etwa des (wenn auch „besonderen persönlichen“¹⁴³¹) „Vertrauens“ schwach konturiert ist.¹⁴³² Nicht zufällig wurde von der „Krise des ‚Vertrauens‘ als Rechtsbegriff“¹⁴³³ gesprochen und davon, dass der Terminus „Vertrauenshaftung“ sehr Unterschiedliches ausdrücken könne (Rechtsscheinhaftung, Erklärungs haftung, *culpa in contrahendo* etc)¹⁴³⁴. Dieser Zustand ist bedauerlich, weil er der Rechtssicherheit abträglich ist.¹⁴³⁵ Auch die Bezeichnung „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ ist diesbezüglich mE nicht gerade hilfreich, wird damit doch nichts Wesentliches über die exakte Rechtsgrundlage und den Pflichtenumfang ausgesagt.¹⁴³⁶ Will man die mehrheitlich befürworteten „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ nicht aus § 1300 ABGB ableiten (vgl unten S 173 ff, insb S 192 ff), muss man sich mE fragen, ob die (Fort-)Entwicklung eines solchen Rechtsinstituts, dessen „dogmatische Anbindung“ im Dunklen bleibt und dem obendrein die „begriffliche Schärfe“ fehlt, zulässig ist.¹⁴³⁷

4) Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es mE zweifelhaft ist, ob sich mit einer Vertrauenshaftung entsprechend § 311 Abs 3 BGB Fälle wie die Dritthaftung von Ratingagenturen überhaupt befriedigend lösen lassen.¹⁴³⁸ Diese deutsche Norm spricht immerhin davon, dass der haftende Dritte (zB die Ratingagentur) „in besonderem Maße

¹⁴²⁸ Das soll hier nachgeholt werden; s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

¹⁴²⁹ Vgl *Harrer*, JBl 1997, 676, der darauf hinweist, dass der OGH in der Leitentscheidung 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 *Goldgrube* kein einziges Mal § 1300 ABGB zitiert; vgl dagegen OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinki).

¹⁴³⁰ Vgl *Welser*, Haftung 86 ff, 66 f (dort aber immerhin mit Hinweis darauf, dass man von einer „gewissen Entgeltlichkeit“ der Tätigkeit eines jeden Sachverständigen sprechen könnte).

¹⁴³¹ Krit dazu *Köndgen*, Selbstbindung 356: „eine Formulierung, die an dogmatischer Operationalität so gut wie alle Wünsche offen läßt“; vgl auch *Rüffler*, JBl 2011, 81.

¹⁴³² Vgl zur deutschen Vertrauenshaftung *Welser*, *ecolex* 1992, 309, der sich diesen Einwand aber mE auch für „seine Dritthaftung“, die „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“, gefallen lassen muss (so auch *Harrer*, JBl 1997, 674); krit im Hinblick auf die deutsche Vertrauenshaftung etwa auch *Schäfer/Ott*, *ökonomische Analyse*⁵, 568 f.

¹⁴³³ *Hopt*, AcP 183 (1983) 641; in diese Richtung auch schon *Köndgen*, Selbstbindung 206 ff; weiters *K. Schmidt*, *Handelsrecht*⁵, 565; für Österreich *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2000) Vor §§ 918–933 Rz 14; vgl zu den begrifflichen Schwierigkeiten auch *Fischer*, Haftungsfragen 160; vgl aber auch die „Verteidigung“ bei *Rüffler*, JBl 2011, 82.

¹⁴³⁴ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16.

¹⁴³⁵ *Coing*, WM 1980, 211; *Schäfer/Ott*, *ökonomische Analyse*⁵, 569.

¹⁴³⁶ Krit auch *Harrer*, JBl 1997, 676; *ders* in FS Georgiades (2005) 648; *ders* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 10.

¹⁴³⁷ Vgl *Canaris*, ZHR 163 (1999) 223 FN 52.

¹⁴³⁸ Abl auch *Fleischer*, Gutachten, 64, Deutscher Juristentag, F 140 f; *Eisen*, Haftung 359 f; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 468, 482 f; *Forschner*, J&E 2012/1, 17 f; iE auch *Vetter*, WM 1710 f (jedoch mit mE unzut. Begründung [vgl noch unten bei FN 2297, 2536]); vgl auch *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293, die meinen, dass das besondere Vertrauen in die Sachkunde der Ratingagentur vielfach schwer zu beweisen sei; zust *Amort*, EuR 2013, 276; *Wojcik*, NJW 2013, 2387; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243; aA *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 716 f; *Meyer*, Rechtsfragen 96 ff; *Kersting*, Dritthaftung 540 ff; *Mühl*, Haftung, Rz 251 ff; *Schuler*, Verantwortlichkeit 254; vgl auch *Karner*, ÖBA 2010, 594, der sich freilich nicht ausdr auf § 311 BGB stützt, aber doch dessen Tatbestandsmerkmale verwertet.

Vertrauen für sich in Anspruch“ genommen und damit „die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss [zB zwischen Emittent und Anleger] *erheblich*“ beeinflusst haben muss.¹⁴³⁹ Wenn man das liest, hat man wohl das Bildnis eines Dritten vor Augen, der (eben wie ein Vertreter¹⁴⁴⁰ [vgl § 1019 ABGB, § 179 BGB] oder ein den Vertragsabschluss fördernder Verhandlungsgehilfe¹⁴⁴¹) tatsächlich an den Vertragsverhandlungen oder am Vertragsabschluss beteiligt ist¹⁴⁴² und dadurch auch in persönlichen (sozialen oder kommerziellen) Kontakt mit dem Kontrahenten tritt.¹⁴⁴³ Dies entspricht auch jedenfalls Teilen der vorangegangenen deutschen Rsp.¹⁴⁴⁴

Die einschlägigen deutschen Materialien sprechen im Einklang mit dieser Judikatur¹⁴⁴⁵ ja immerhin davon, dass das haftungsbegründende Vertrauen „über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehen“ müsse¹⁴⁴⁶ und es gerade nicht ausreiche, wenn man bloß auf die eigene Sachkunde verweise.¹⁴⁴⁷ § 311 Abs 3 Satz 2 BGB greife dann, „wenn der Experte dem Dritten eine ‚persönliche Gewähr‘ für die Richtigkeit seines Gutachtens“ bietet.¹⁴⁴⁸ Beispielhaft wird angeführt, dass der Dritte die Erklärung abgibt, er „verbürge sich für den Vertragspartner“.¹⁴⁴⁹ Damit steht im Einklang, dass nach dem OGH die Eigenhaftung des dritten Vertreters „die seltene Ausnahme bleiben“ müsse (vgl § 1313a ABGB).¹⁴⁵⁰

Zwar vertrat der „Protagonist“¹⁴⁵¹ der Vertrauenshaftung (*Canaris*)¹⁴⁵² schon vor Einfügung des § 311 Abs 3 Satz 2 BGB unter Berufung auf den BGH¹⁴⁵³, dass ein unmittelbarer Kontakt zwischen dem Haftpflichtigen und dem Geschädigten für eine

¹⁴³⁹ Anm: Hervorhebung nicht im Original.

¹⁴⁴⁰ Vgl zur Eigenhaftung schon *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951) 508, 510; weiters *Fischer*, Haftungsfragen 152.

¹⁴⁴¹ Vgl Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163; *Canaris*, JZ 1995, 445; *dens*, JZ 1998, 605; zum Begriff des „Verhandlungsgehilfen“ s etwa *Köndgen*, Selbstbindung 405 FN 14.

¹⁴⁴² In diese Richtung *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 107; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 222.

¹⁴⁴³ So in der Tat *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 483; vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 550 f; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292: zusätzliche, vom Experten „persönlich ausgehende Gewähr“; ähnl bereits BGH II ZR 232/87 NJW 1989, 293 (294) (zur Umschreibung der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens).

¹⁴⁴⁴ BGH II ZR 238/84 NJW-RR 1986, 968: es komme darauf an, dass „der Dritte an den Vertragsverhandlungen selbst beteiligt oder im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit einem Anspruch auf Vertrauen hervorgetreten ist“ (zur gegenteiligen Rsp s unten bei und in FN 1453); vgl auch *Canaris* in *FS BGH I* (2000) 184: Haftung des Dritten, wenn er hinsichtlich der (fehlerhaften) Erklärung zu einem selbständigen „Vertrauensträger“ wird.

¹⁴⁴⁵ BGH II ZR 232/87 NJW 1989, 293 (294 f).

¹⁴⁴⁶ So auch OGH 3 Ob 519/89 JBl 1990, 322 (325) (*P. Bydlinski*); 27.1.1999, 3 Ob 301/97 d; RIS-Justiz RS0016303 T 6, OGH 15.07.1997, 1 Ob 182/97 i; 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (*Dullinger*); vgl auch OGH 6 Ob 249/07 x ÖJZ 2008, 597 (598) (EvBl 117); s auch *Fischer*, Haftungsfragen 152; vgl ferner *Mühl*, Haftung, Rz 252.

¹⁴⁴⁷ Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163.

¹⁴⁴⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/7052, 190; s dazu BGH VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449 (1450).

¹⁴⁴⁹ Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163; vgl dazu *Köndgen*, Selbstbindung 417.

¹⁴⁵⁰ OGH 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (*Dullinger*); 6 Ob 249/07 x ÖJZ 2008, 597 (598) (EvBl 117); s dazu *Dullinger* in *FS Reischauer* (2010) 103, 107; *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 705; wie der OGH bereits *Köndgen*, Selbstbindung 403; s auch *U. Torggler*, wbl 2001, 551.

¹⁴⁵¹ *Hopt*, AcP 183 (1983) 711.

¹⁴⁵² Nicht übersehen wird, dass der BGH diese restriktive Ansicht auch aufgrund von § 323 dHGB (vgl § 275 UGB) vertritt (Nw oben in FN 995); die Wertung des § 323 dHGB stellt für *Canaris* aber lediglich eine Zusatzermägung dar, die für die Konturen „seiner“ Haftungstheorie nicht „kausal“ sein dürfte (vgl *Canaris*, ZHR 163 [1999] 233 f).

¹⁴⁵³ BGH VII ZR 163/69 NJW 1971, 1309 (1310).

solche Haftung nicht zwingend erforderlich sei. Es genüge etwa, wenn die Expertise mit der Zustimmung des Experten verbreitet wird.¹⁴⁵⁴ Jedoch – und das dürfte für den vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sein – verneint *Canaris* eine *allgemeine* Vertrauenshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten. Es könne nicht angenommen werden, dass dieser den Eindruck vermittele, eine „persönliche Gewähr“ (vgl. die Materialien oben¹⁴⁵⁵) für die Vielzahl von Geschädigten zu übernehmen; diese dürften daher eigene Bonitätsprüfungen nicht berechtigterweise unterlassen.¹⁴⁵⁶ Mit derselben Argumentation verneint er eine Dritthaftung der Stiftung Warentest gegenüber Verbrauchern aus *culpa in contrahendo*.¹⁴⁵⁷ Eine Vertrauenshaftung des Abschlussprüfers sei nur unter der Voraussetzung zu befürworten, dass dieser in Kontakt mit dem (später geschädigten) Dritten tritt und diesem gegenüber die Ordnungsmäßigkeit des Jahresabschlusses bestätigt.¹⁴⁵⁸

Die Situation bei Erstellung von Ratings unterscheidet sich wohl von jener, die *Canaris* und die deutschen Materialien zu § 311 BGB für haftungsbegründend halten. In aller Regel publizieren Ratingagenturen ihre Bonitätsnote Wochen vor¹⁴⁵⁹ oder auch nach¹⁴⁶⁰ einer Emission. Sie informieren damit zwar die Öffentlichkeit, ein besonderes Verhältnis zu den Anlegern oder gar einzelnen von ihnen besteht aber nicht.¹⁴⁶¹ Die von § 311 BGB geforderte Nähe des Experten zum Vertragsabschluss (des Anlegers) scheint hier nicht gegeben zu sein,¹⁴⁶² weil es insofern am „vertrauensbildenden Kontakt“¹⁴⁶³ fehlt.¹⁴⁶⁴ Daher mangelt es wohl auch am Tatbestandsmerkmal der *erheblichen* Beeinflussung des Vertragsinhalts,¹⁴⁶⁵ mögen auch Anleger Ratings typischerweise bei ihrer

¹⁴⁵⁴ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 225 f, 234; vgl. auch schon *dens*, JZ 1995, 445; *dens*, JZ 1998, 606.

¹⁴⁵⁵ Bei FN 1448.

¹⁴⁵⁶ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 233; ähnl. auch schon *ders* in FS Larenz II (1983) 94 f.; iE auch *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 114; *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 227; *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 107 (Haftung des Abschlussprüfers aus *cic* nur unter besonderen Umständen); vgl. auch *U. Torggler*, wbl 2001, 550 f.; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 85: in aller Regel keine (an die *cic* angelehnte) Vertrauenshaftung des Abschlussprüfers.

¹⁴⁵⁷ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 238 f.; vgl. dazu auch *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; iE ebenso, aber mit anderer Begründung *Canaris*, JZ 1998, 607 (Stiftung Warentest fördere keine Vertragsabschlüsse zwischen den bewerteten Unternehmen und Verbrauchern und der Verbraucher dürfe von der Stiftung Warentest nicht dieselbe Rücksichtnahme erwarten, wie von einem potenziellen Vertragspartner).

¹⁴⁵⁸ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 233 f.; ebenfalls den „besonderen Auskunftskontakt“ für „seine“ Vertrauenshaftung betonend, für die er an die *culpa in contrahendo* anknüpft, *Lorenz* in FS Larenz (1973) 618 f.

¹⁴⁵⁹ *Eisen*, Haftung 360. Entgegen diesem Autor (*Eisen*, Haftung 359 f.) spricht mE diese Tatsache (kein enger zeitlicher Konnex zwischen Ratingerstellung und Anleihekaufvertrag) alleine noch nicht gegen eine Haftung aus *culpa in contrahendo*, weil die Grenzen eines für erforderlich befundenen zeitlichen Zusammenhangs notwendigerweise willkürlich bleiben müssten; dadurch würden kaum zu beantwortende Fragen auftreten. Reichte es dann für eine Dritthaftung aus, wenn der Experte sein Gutachten einige Stunden oder einen Tag vor dem schädigenden Vertragsabschluss erstellt? Wie sähe es mit drei Tagen aus? Aus diesem Grund ist wohl ein zeitlicher Konnex nicht zu fordern, soweit die Expertise den Vertragsabschluss tatsächlich erheblich beeinflusst.

¹⁴⁶⁰ Insb. Aktualisierungs-Ratings (vgl. Art 8 Abs 5 Unterabs 1 Satz 1 EU-RatingVO) werden nach erfolgter Emission veröffentlicht.

¹⁴⁶¹ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 483; *Haar*, DB 2013, 2490; insofern wohl auch *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293.

¹⁴⁶² Vgl. *Haar*, NZG 2010, 1284, nach der die Ratingagentur weder Vertreter noch „Sachwalter“ sei; *dies*, Civil Liability 4.

¹⁴⁶³ *Lammel*, AcP 179 (1979) 343.

¹⁴⁶⁴ Vgl. *Peters*, Haftung 106; *Thiele*, Rating 92, 94; *Eisen*, Haftung 344; *Gomille*, GPR 2011, 192; vgl. zum Abschlussprüfer *Kozioł*, JBl 2004, 280; *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 234.

¹⁴⁶⁵ *Haar*, NZG 2010, 1284; *dies*, DB 2013, 2490; s. aber auch *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292 f., die dies prinzipiell für möglich erachten; vgl. auch *Graf*, JBl 2012, 217, der von einer besonderen Vertrauensstellung von Experten spricht.

Anlageentscheidung (mit-)berücksichtigen.¹⁴⁶⁶ Vielmehr könnte für die Lösung der Dritthaftungsproblematik betreffend Ratingagenturen nur mit einer „typisierten“ (nicht persönlich-konkreten) Vertrauenshaftung das Auslangen gefunden werden.¹⁴⁶⁷ Diese müsste über eine Interessenwahrungspflicht in individuellen „quasi-vertraglichen“ Beziehungen hinausgehen und eine Art „Sozialschutzlast“ der Ratingagenturen gegenüber einer bestimmten Bevölkerungsgruppe (dem Anleger- oder vielleicht sogar auch dem sonstigen Gläubigerpublikum) statuieren.¹⁴⁶⁸

5) Eine allenfalls aus dem objektiven Recht abzuleitende Verantwortlichkeit von Ratingagenturen gegenüber Dritten hat mE aus den oben erwähnten Gründen¹⁴⁶⁹ (Rechtssicherheit) bei den „passendsten“ gesetzlichen Normen des österreichischen Zivil- und Kapitalmarktrechts anzusetzen, namentlich § 1300 Satz 1 ABGB und § 11 KMG. Dabei sollten auch die haftungseinschränkenden Wertungen des § 275 UGB (Sperrwirkung¹⁴⁷⁰) berücksichtigt werden.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich auf diese Weise eine Dritthaftung für Ratings begründen lässt. Bejahendenfalls ist darauf einzugehen, ob sich die Haftungsargumente, welche im Rahmen der Dritthaftungsdiskussion mehr oder weniger „frei im Raum“ schweben,¹⁴⁷¹ mit diesen Normen und den ihnen zugrunde liegenden Zwecken vereinbaren lassen.

bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage

aaa. Die Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB im Haftungssystem des ABGB

α. Einleitung und hM

Liest man unbefangen das schadenersatzrechtliche Hauptstück des ABGB, springt einen in Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Haftungsproblematik § 1300 ABGB als einschlägige Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch Dritter gegen Ratingagenturen ins Auge. Nach Satz 1 der seit der Stammfassung (1812) unverändert

¹⁴⁶⁶ So *Wagner* in FS Blaurock (2013) 483.

¹⁴⁶⁷ Vgl OGH 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 353/98 k ÖJZ 1999, 557 (EvBl 125); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*); 7 Ob 532/95 ecolex 1996, 248 (249) (*Frotz/Dellinger*); weiters *Fischer*, Haftungsfragen 153. In Deutschland wird zwar auch vertreten, dass § 311 Abs 3 BGB Fälle des „typisierten Vertrauens“ erfasse; zugleich wird diesfalls aber darauf hingewiesen, dass zusätzliche haftungseinschränkende Kriterien herauszuarbeiten bzw zu beachten seien (*Fischer*, Haftungsfragen 158 f; vgl auch *dies*, ebd 155 f; *Canaris*, JZ 2001, 520).

¹⁴⁶⁸ Vgl dazu *Hopt*, AcP 183 (1983) 650.

¹⁴⁶⁹ In FN 152.

¹⁴⁷⁰ S oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“, insb unter „Teil 1.I.D.2.b.bb. Schlüsse aus den historischen und österreichischen Materialien: relative Sperrwirkung des § 275 UGB“.

¹⁴⁷¹ Vgl zur Problematik *Rüffler*, JBl 2011, 87.

geltenden Bestimmung¹⁴⁷² ist ein „Sachverständiger“¹⁴⁷³ „verantwortlich, wenn er gegen Belohnung¹⁴⁷⁴] in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen¹⁴⁷⁵] einen nachtheiligen¹⁴⁷⁶] Rath¹⁴⁷⁷] ertheilet.“¹⁴⁷⁸ Satz 2¹⁴⁷⁹ regelt die Haftung eines „Rathgebers“ für den Schaden, den „er wissentlich durch Ertheilung des Rathes dem anderen verursacht hat“.¹⁴⁸⁰

Während der zweite Satz relativ eindeutig eine deliktische Verantwortlichkeit normiert (vgl. damit § 11 Abs 1 Z 4 KMG¹⁴⁸¹, § 1295 Abs 2 ABGB¹⁴⁸²),¹⁴⁸³ fällt die genaue rechtsdogmatische Einordnung des ersten Satzes schwerer. Vor dem Hintergrund der schon 1811 bekannten und damit wirklich althergebrachten Einteilung von Schadenersatzansprüchen in solche aus Vertrag einerseits und solche aus Delikt andererseits (§ 1295 Abs 1 HS 2 ABGB¹⁴⁸⁴), erschien es wohl verlockend, § 1300 Satz 1 ABGB im Gegensatz zu Satz 2 der Bestimmung als eine Haftung „aus Vertrag“ zu begreifen.¹⁴⁸⁵ Von einem solchen war dort freilich nie die Rede.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁷² Karner in FS Koziol (2010) 695.

¹⁴⁷³ Zum Haftungsadressaten s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb. „Sachverständiger““.

¹⁴⁷⁴ S zur umstrittenen Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals in diesem Kapitel sogleich unten bei FN 1489 sowie unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten“.

¹⁴⁷⁵ Zum haftungsbegründenden Verschulden s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur“.

¹⁴⁷⁶ Zum Schaden des Informationsadressaten näher unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“.

¹⁴⁷⁷ Zur (partiellen) Gleichbehandlung von Rat und Auskunft s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc. Raterteilung“. Soweit in der Folge der Gesetzesbegriff „Rat(h)“ verwendet wird, sind damit iSd Ausführungen in „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc. Raterteilung“ auch haftungsbegründende „Auskünfte“, insb Ratings gemeint.

¹⁴⁷⁸ Vgl bereits I 13 § 220 ALR („Aber auch ein mäßiges Versehen muß er [der Sachverständige] vertreten, wenn er seinen Rath gegen Bezahlung oder Belohnung ertheilt hat“).

¹⁴⁷⁹ S zu diesem unten bei FN 2817.

¹⁴⁸⁰ Vgl bereits I 13 § 218 ALR („In der Regel wird nur der, welcher wissentlich einen nachtheiligen Rath oder eine schädliche Empfehlung ertheilt, für den widrigen Erfolg verantwortlich“), I 14 § 209 ALR („Auch Andere, welche nicht Kaufleute sind, machen sich durch dergleichen allgemeine Empfehlung (§. 207. [„Die bloße Empfehlung, daß der Creditsuchende ein ehrlicher Mann, und bey gutem Vermögen sey, zieht die aus der Bürgschaft entstehenden Verbindlichkeiten in der Regel nicht nach sich“]) als Bürgen verantwortlich, wenn sie dem Empfohlenen dergleichen unrichtiges Zeugniß wider besseres Wissen, oder aus grobem Versehen, in bestimmten Ausdrücken schriftlich ertheilt haben“), II 8 § 703 ALR („Hat ein Kaufmann jemanden von mißlichen Vermögensumständen, oder unzuverlässigem Charakter, einem andern Kaufmanne, wider besseres Wissen, als einen sichern guten Mann empfohlen; so muß er allen Schaden ersetzen, welcher bey den durch diese falsche Empfehlung unmittelbar veranlaßten Geschäften, aus dem Unvermögen oder unzuverlässigen Charakter des Empfohlenen entsteht“).

¹⁴⁸¹ Zur Ausprägung des § 11 Abs 1 Z 4 KMG als Anwendungsfall des § 1300 Satz 2 ABGB s Wilhelm, *ecolex* 1992, 13; vgl auch Welser, *ecolex* 1992, 306.

¹⁴⁸² Vgl zur vorsätzlichen Raterteilung als Anwendungsfall des § 1295 Abs 2 ABGB: Protokolle BGB, 2. Kommission 2902, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 960.

¹⁴⁸³ Welser, Haftung 10; Karner in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4; Harrer in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1299 Rz 1; Wilhelm, *ecolex* 1991, 87; vgl zur *actio doli* RIS-Justiz RS0026740, OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236 *Vorläufige Bilanz*; Motive BGB, 1. Kommission 554, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310; Lorenz in FS Larenz (1973) 575; Pfaff, Gutachten 66; Maitisch/v. Kirchstetter, ABGB⁴ (1881) 644; s im Detail zu § 1300 Satz 2 ABGB noch unten bei FN 2817.

¹⁴⁸⁴ Kalss, ÖBA 2000, 647; dies, ÖBA 2002, 195; vgl auch § 1489 Satz 1 ABGB.

¹⁴⁸⁵ RIS-Justiz RS0126436, OGH 02.12.2010 2 Ob 7/10 h; RIS-Justiz RS0108073: Haftung aus „Auskunftsvertrag gemäß § 1300 erster Satz ABGB“; RIS-Justiz RS0108073 T 13: Eigenhaftung aus Auskunftsvertrag „iSd § 1300 ABGB“; Brawenz, Prospekthaftung 212; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 470; Ehrenzweig, System II/1², 665 f; Last, Kreditauftrag 338 (der freilich eine „Berufshaftung“ auch von Ratgebern auf Basis von § 1299 ABGB vertritt [S 340 f, 345, 347]); Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 49; J. Zehetner, ÖZW 2013, 86; Harrer, JBl 1997, 675; ders in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 7: die „Differenzierung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung“ sei die „legistische Konzeption“ des § 1300; ähnl Karner in FS Koziol (2010) 695: die Zweiteilung entspreche der „Grundkonzeption“ des ABGB; s aber auch RIS-Justiz RS0044121 T 3, T 5; für ein deliktsrechtliches Verständnis der §§ 1299, 1300 ABGB: Hirte, Berufshaftung 243, 310.

¹⁴⁸⁶ Schey, Obligationsverhältnisse I 474 FN 21; Walter Doralt/Koziol in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 108; s auch schon k. k. OGH Nr. 7.917 GluNF/688 (II, S 431).

Im Ergebnis entspricht eine derartige Auslegung denn auch im Wesentlichen der (zumindest noch) hL in Österreich, die freilich präzisiert¹⁴⁸⁷ und § 1300 Satz 1 ABGB als eine Fahrlässigkeitshaftung im Rahmen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung iwS¹⁴⁸⁸ versteht.¹⁴⁸⁹ Damit sind also nicht nur (auch Rahmen-)Verträge¹⁴⁹⁰ angesprochen, sondern ebenso sonstige (insb gesetzliche) Schuldverhältnisse, wie vorvertragliche¹⁴⁹¹ und öffentlich-rechtliche¹⁴⁹², aber auch ständige Geschäftsbeziehungen¹⁴⁹³ oder sonstige (auch einmalige¹⁴⁹⁴) geschäftliche Kontakte¹⁴⁹⁵, die zu einer Art Vertrauensbeziehung führen. Ferner soll es nicht darauf ankommen, ob die „Raterteilung“ als Hauptpflicht der schuldrechtlichen Sonderbeziehung qualifiziert werden kann (wie bei einem Auskunfts-¹⁴⁹⁶ oder Beratungsvertrag¹⁴⁹⁷) oder sich lediglich als Schutz- und Sorgfaltspflicht derselben darstellt.¹⁴⁹⁸ Die hM folgert aus der gesetzlichen Formulierung „gegen Belohnung“ aber nicht, dass nur entgeltliche Schuldverhältnisse ieS¹⁴⁹⁹ von § 1300 Satz 1 ABGB erfasst wären.¹⁵⁰⁰ Wohl von § 675 BGB¹⁵⁰¹ und „allgemeinen Grundsätzen“ (vgl § 1295 Abs 1

¹⁴⁸⁷ Zum Vertragsverstoß als Ausprägung der Pflichtverletzung im Rahmen eines Schuldverhältnisses s nur F. Bydlinksi, JBl 1992, 342 f.

¹⁴⁸⁸ Enger aber RIS-Justiz RS0026513, insb OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84 *Verstreute Bonitätsauskunft*: fahrlässige Nicht-Erfüllung einer Vertragspflicht.

¹⁴⁸⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 354; Welser, Haftung 32 ff; ders, Vertretung 51; Koziol, Haftpflichtrecht II², 184; F. Bydlinksi, JBl 1992, 343; Brawenz, Prospekthaftung 161; Schobel, ÖBA 2001, 754, 756; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; ders in FS Koziol (2010) 699 ff; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 2, 4, 82; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 55, 60, § 1300 Rz 2; Vavrovsky, ÖBA 2001, 583; Rüffler, JBl 2011, 83; vgl schon Pfaff, Gutachten 67; Randa, ABGB 66 FN 36a; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 609; R. Mayr, Bürgerliches Recht I/1, 267 f; referierend C. Völkl, ÖJZ 2006, 97, 101, 105; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 2; vgl auch Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 171; Graf, JBl 2012, 218.

¹⁴⁹⁰ Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; ders in FS Koziol (2010) 700; s auch schon Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 171.

¹⁴⁹¹ OGH 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124 (129); 5 Ob 159/07 d JBl 2008, 249 (250) (Rummel); Welser, Haftung 47 ff; Koziol, Haftpflichtrecht II², 187; Brawenz, Prospekthaftung 161; Karner in FS Koziol (2010) 700; ders in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 60, § 1300 Rz 2; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 95; vgl auch OGH 7 Ob 79/98 p ÖBA 1998, 891 (892).

¹⁴⁹² RIS-Justiz RS0026596, OGH 27.05.1980, 1 Ob 12/80; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 609; Welser, Haftung 77 f; Karner, ÖBA 2001, 237 f; ders in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 2.

¹⁴⁹³ RIS-Justiz RS0026611, OGH 05.11.1958 ÖBA 1960, 25; RIS-Justiz RS0044121 T 7, OGH 16.03.2004, 4 Ob 13/04 x; RIS-Justiz RS0026596 T 9, OGH 07.08.2008, 6 Ob 144/08 g; Koziol, Haftpflichtrecht II², 187 f; Welser, ÖBA 1982, 122; Karner in FS Koziol (2010) 700; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 2, 4 f, 82, 95; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 55, 60, § 1300 Rz 4, 6.

¹⁴⁹⁴ So zur Bankauskunft OGH 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (939) (Koziol); 4 Ob 13/04 x ÖBA 2004, 881 (881 f); Schobel, ÖBA 2001, 754, 755 FN 26; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; ders in FS Koziol (2010) 700; allg Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 2.

¹⁴⁹⁵ Koziol, Haftpflichtrecht II², 188, der eine Parallele zur culpa in contrahendo zieht; OGH 5 Ob 159/07 d JBl 2008, 249 (250) (Rummel); speziell für die Bankauskunft: Peter Doralt, ZfG 1971, 407 f; Welser, ÖBA 1982, 124 f; ders, Haftung 59 ff, 62 ff; Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 3/10; OGH 10 Ob 512/87 ÖBA 1988, 615 (618) (Jabornegg); für eine Produktinformation von einer Vertriebsgesellschaft: OGH 6 Ob 104/06 x JBl 2008, 450 (453); Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2.

¹⁴⁹⁶ RIS-Justiz RS0108073; OGH 4 Ob 604/70 SZ 43/209, 727 (732); 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124 (131); 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (56) (krit Kletečka); 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (Dullinger); 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (Heinrich); 8 Ob 60/11 y ecolex 2012, 680 (Wilhelm); 7 Ob 178/11 v ÖBA 2013, 526; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 55 f, § 1300 Rz 3.

¹⁴⁹⁷ OGH 7 Ob 79/98 p ÖBA 1998, 891; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 95.

¹⁴⁹⁸ OGH 2 Ob 588/94, 514/95 ecolex 1995, 402; Welser, ÖBA 1982, 122; Koziol, Haftpflichtrecht II², 187; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 3; vgl auch Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 4; OGH 6 Ob 200/61 ÖBA 1962, 400 (404); vgl für Deutschland Lorenz in FS Lorenz (1973) 616; aA noch OGH 1 Ob 520/78 SZ 51/26, 126 (131); krit dazu Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 4.

¹⁴⁹⁹ Gemeint: Schuldverhältnisse, im Rahmen derer ein Entgelt an den raterteilenden Sachverständigen fließt.

¹⁵⁰⁰ So noch OGH 5 Ob 370/61 SZ 34/167, 454 (456); vgl auch F. Bydlinksi, JBl 1992, 343.

¹⁵⁰¹ S dazu noch unten bei FN 1582.

ABGB¹⁵⁰²) beeinflusst, wird vielmehr auch für unentgeltliche Sonderbeziehungen eine Verantwortlichkeit zumindest entsprechend § 1300 Satz 1 ABGB bejaht¹⁵⁰³, solange kein „selbstloser“ Rat bzw kein solcher aus „bloßer Gefälligkeit“ vorliege.¹⁵⁰⁴

Konkreter formuliert *setzt* damit eine Haftung des Ratgebers gem § 1300 Satz 1 ABGB nach hM *voraus*, dass zwischen diesem und dem Geschädigten eine Sonderbeziehung besteht.¹⁵⁰⁵ Nur bei Vorliegen einer solchen liege die von der Norm geforderte Belohnung vor, so die Argumentation. Auch die (freilich schwankende) OGH-Judikatur hat diese Auffassung in zahlreichen Entscheidungen vertreten. Der Leitsatz dazu lautet:

„Die im § 1300 ABGB enthaltenen Worte "gegen Belohnung" bedeuten nach herrschender Auffassung nur, dass der Rat nicht bloß aus Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines [...] Schuldverhältnisses gegeben worden sein muss“.¹⁵⁰⁶

Dieser Rechtssatz mutet schon *prima vista* etwas seltsam an, weil „ein Schuldverhältnis“ bei gewöhnlichem Sprachverständnis schwer unter den Begriff „gegen Belohnung“ subsumiert werden kann, zumal dann, wenn es sich dabei um ein unentgeltliches Schuldverhältnis handelt.¹⁵⁰⁷

Folgte man der hM einschließlich des zitierten Leitsatzes des OGH, hätte dies für die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern immerhin unzweifelhaft folgende Konsequenz: Bei Bestehen eines Abonnementvertrags, mithin eines vertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Ersteren und Letzteren, käme § 1300 Satz 1 ABGB als einschlägige Anspruchsgrundlage in Betracht¹⁵⁰⁸, weil in solchen Fällen grundsätzlich auch die übrigen Tatbestandselemente der Norm erfüllt sind¹⁵⁰⁹. Genauer zu prüfen wäre dann

¹⁵⁰² Dieser differenziert nicht zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen (bzw [sonstigen] Schuldverhältnissen). Von der im Gesetzgebungsprozess des ABGB diskutierten und im Vorentwurf v. *Zeillers* noch befürworteten (vgl Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Offner*, Ur-Entwurf II 185 f; vgl bereits III 21 Nr 50 Codex Theresianus, abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus III 352 f) eingeschränkten Verantwortlichkeit des altruistisch handelnden Schädigers ist letztlich im ABGB – sieht man von § 1300 ab – nur § 945 als Relikt übrig geblieben (vgl demgegenüber etwa Art 1710 Abs 1 *Codice Civile*: Haftungsbeschränkung beim unentgeltlichen Auftrag; weitere Bsp bei *Schey*, Obligationsverhältnisse I 540 FN 46). Für eine Verallgemeinerungsfähigkeit des in § 1300 ABGB zum Ausdruck kommenden Gedankens einer Differenzierung zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Tätigkeiten aber ErläutRV VerG 2002, 40.

¹⁵⁰³ OGH 2 Ob 388/35 SZ 17/98, 286 (288); *Pfaff*, Gutachten 67 FN 204; *Randa*, ABGB 66 FN 36a; *R. Mayr*, Bürgerliches Recht I/1, 267; *Ehrenzweig*, System II/1², 666; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 50 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 184, 187 f; *Welser*, Vertretung 51; *ders*, Haftung 35 f (dort allerdings möglicherweise bloß für eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit); *Brawenz*, Prospekthaftung 64 f; vgl ferner *Gelter*, RWZ 1999, 296; OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (444) (*Dullinger*); krit zur Anwendung auf unentgeltliche Verpflichtungsverhältnisse: *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 7.

¹⁵⁰⁴ Weitere Nw unten in FN 2356, 2358. Das ist freilich insofern eine tautologische Umschreibung des Tatbestandsmerkmals der Belohnung, als ein „Rat aus Gefälligkeit“ zT als „Rat außerhalb eines Schuldverhältnisses“ definiert wird (*Welser*, Haftung 37; s auch RIS-Justiz RS0026596). Damit wird die Bedeutung der Entgeltlichkeit für § 1300 Satz 1 ABGB in fraglicher Weise abgeändert.

¹⁵⁰⁵ Deutlich OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*.

¹⁵⁰⁶ RIS-Justiz RS0026596, OGH 27.05.1980, 1 Ob 12/80; 3 Ob 594/80 SZ 54/41, 189 (191); 8 Ob 532/83 JBl 1985, 38 (40); 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (249 f) (*Kerschner*); 6 Ob 104/06 x JBl 2008, 450 (453); RIS-Justiz RS0044121 T 1, OGH 28.04.1998, 1 Ob 367/97 w; RIS-Justiz RS0044121 T 4, OGH 14.11.2000, 4 Ob 252/00 p; iE auch OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*; s bereits OGH 1 Ob 194/61 JBl 1962, 384; 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (*Koziol*); vgl auch OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836 f) *Vorläufige Bilanz*; iS bereits auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 184.

¹⁵⁰⁷ Vgl v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; abw *Rüffler*, JBl 2011, 83.

¹⁵⁰⁸ Zur Irrelevanz des Vertragstyps s noch unten bei FN 2736.

¹⁵⁰⁹ S unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.γ.αα. Anwendung auf Ratingagenturen“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc.β. Anwendung auf Ratings“.

nur mehr das allfällige Verschulden der Ratingagentur¹⁵¹⁰. Die in Deutschland zum Teil abgelehnte¹⁵¹¹ (rein-)vertragliche Verantwortlichkeit der Ratingagentur gegenüber solchen Anlegern, die die Ratings dieser Agentur abonniert haben, wäre daher selbst nach der hM zu § 1300 Satz 1 ABGB zu bejahen (zu möglichen Haftungsfreizeichnungen s unten S 579 ff).

Demgegenüber wäre eine Dritthaftung der Ratingagenturen *alleine* aufgrund dieser Norm abzulehnen, weil hierfür die für notwendig erachtete schuldrechtliche Sonderbeziehung fehlen würde. Für eine solche Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB benötigte man nach hM insb ein Vertrauensverhältnis *in contrahendo* zwischen Ratingagentur und Anleger¹⁵¹² oder einen (Rating-)Vertrag, der Schutzwirkungen zwischen diesen Personen und damit eine schuldrechtliche Sonderbeziehung konstituiert.¹⁵¹³ Auch „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ (der Ratingagentur zugunsten der Anleger), deren rechtliche Verdichtung offenbar ebenso als haftungsbegründende Sonderbeziehung angesehen wird,¹⁵¹⁴ würden demnach zu einer Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB führen. Damit wird deutlich, dass die hM zu § 1300 Satz 1 ABGB die Frage nach der (Dritt-)Haftung von Sachverständigen nicht löst, sondern die Problematik auf die (der Rechtssicherheit notwendig abträgliche) Entscheidung verlagert, ob und wann die Annahme einer Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem im Einzelfall gerechtfertigt ist.

β. Jüngere Auffassung

Die hM zur Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB (s voriges Unterkapitel) wackelt zunehmend. Erster Schritt für eine Aufweichung des herkömmlichen Verständnisses war die nunmehr verbreitete These, dass selbst bei erstmaliger Kontaktaufnahme zwischen Auskunftsggeber und -adressat *alleine* durch die Informationserteilung eine Verantwortlichkeit gem § 1300 Satz 1 ABGB entstehen könne, sofern die Auskunft nur nicht selbstlos¹⁵¹⁵ weitergegeben werde.¹⁵¹⁶ Das soll aber offenbar nur im zweipersonalen

¹⁵¹⁰ Dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β. Sorgfaltsstandard für Ratingagenturen“.

¹⁵¹¹ Nw unten in FN 2735.

¹⁵¹² S dazu oben in FN 1491.

¹⁵¹³ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; vgl F. Bydlinski, JBl 1965, 321; OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (Koziol); 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft*; 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (249 f) (Kerschner).

¹⁵¹⁴ Iro/Riss, RdW 2012, 449; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 60; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3.

¹⁵¹⁵ Näher dazu unten bei FN 2356 mwN.

¹⁵¹⁶ RIS-Justiz RS0044121 T 7, OGH 16.03.2004, 4 Ob 13/04 x; RIS-Justiz RS0044121 T 9, OGH 30.06.2010, 9 Ob 49/09 k; Dullinger in FS Reischauer (2010) 111.

Verhältnis gelten, dh unter den Parteien des Auskunftskontakts,¹⁵¹⁷ nicht jedoch eine Haftung gegenüber „Dritten“ begründen können.¹⁵¹⁸

Diese Auffassung ist mittlerweile weit verbreitet und zwar bemerkenswerterweise auch unter den Vertretern der hM, die die darin liegende Diskrepanz zur konventionellen Ansicht stillschweigend übergehen (was die Auseinandersetzung damit erschwert). In den einschlägigen Kommentaren liest man zunächst, dass § 1300 Satz 1 ABGB Informationserteilungen im Rahmen eines Verpflichtungsverhältnisses erfasse (die hier als hM bezeichnete Ansicht), um sodann zu erfahren, dass die Worte „gegen Belohnung“ bloß Raterteilungen aus Selbstlosigkeit von der Haftung ausnehmen wollten.¹⁵¹⁹ Damit könnte gemeint sein, dass § 1300 Satz 1 ABGB sowohl dann zur Anwendung gelange, wenn zwischen Raterteilendem und Informationsempfänger vor Raterteilung bereits eine schuldrechtliche Sonderbeziehung besteht (und der Rat dieser zugeordnet werden kann¹⁵²⁰) als auch dann, wenn ein einmaliger Rat zwar außerhalb einer solchen Beziehung, dafür aber nicht selbstlos erteilt wird. Dem muss aber schon an dieser Stelle entgegengetreten werden. Denn es bleibt im Rahmen dieser „kumulierenden“ Ansicht völlig im Dunkeln, warum § 1300 Satz 1 ABGB derartig verschiedene, in sich widersprüchliche¹⁵²¹ Einsatzbereiche und Wirkungen haben sollte: In der demnach ersten „Fallvariante“ der (entgegen dem Gesetzeswortlaut) „gespaltenen“ Bestimmung würde die Haftung eine Sonderbeziehung voraussetzen (deklarative Bedeutung), in der zweiten wäre ein derartiges Rechtsverhältnis Rechtsfolge des § 1300 Satz 1 ABGB (konstitutive Bedeutung)¹⁵²².

¹⁵¹⁷ Vgl zu § 1300 Satz 2 ABGB RIS-Justiz RS0026718, OGH 15.11.1989, 1 Ob 32/89.

¹⁵¹⁸ Karner, ÖBA 2010, 593; vgl auch dens in FS Koziol (2010) 697 ff, 703; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 4, 7, verlangt für eine (eigenständige) Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB zunächst bloß, dass der Sachverständige nicht selbstlos Rat oder Auskunft erteilt und hält in diesem Zusammenhang ein Schuldverhältnis ausdr für entbehrlich (Rz 7). Sodann will er aber einen Gutachter grundsätzlich nur gegenüber dem Besteller haften lassen und davon nur in besonderen Fällen eine Ausnahme machen (Rz 9), obwohl Reischauer im Rahmen der Anlageberatungshaftung hervorhebt, dass es für eine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB ausreiche, wenn der Schädiger von einem Dritten ein Entgelt lukriert (Rz 15). Die Differenzierung zwischen Gutachtenserstellungen und anderen Tätigkeiten, bei denen der nicht selbstlos erteilte Rat offenbar alleine für eine Haftung ausreichen soll, erscheint unklar. Die Begründung, es bestehe keine Pflicht gegenüber der Allgemeinheit, sie vor Vermögensschäden zu schützen, was auch dann zu gelten habe, wenn eine Gutachtertätigkeit gegenüber einer bestimmten Person entfaltet wird (Rz 9), widerspricht mE der von Reischauer vertretenen „eigenständigen Bedeutung“ des § 1300 Satz 1 ABGB. Danach statuiere diese Norm auch hinsichtlich eines solchen Rats (einer solchen Auskunft) eine Haftung für reine Vermögensschäden, zu dessen (deren) Erteilung der Schädiger nicht verpflichtet ist, solange die Information nur nicht selbstlos weitergegeben wird (Rz 4).

¹⁵¹⁹ Referierend Rüffler, JBl 2011, 83 FN 126; s auch aus der ähnl Rsp zB OGH 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (209) (Lanzinger-Twardosz): „Die Frage, unter welchen Umständen für einen bloßen Rat zu haften ist, regelt § 1300 ABGB. Nach dessen Satz 1 wird für jede, auch (leicht) fahrlässige Auskunft gehaftet, wenn diese „gegen Belohnung“ erfolgt ist. Dies wird sehr weit verstanden und erfasst jeden Rat und jede - dem Rat gleichgehaltene [...] - Auskunft innerhalb einer Sonderbeziehung. Dazu zählen Verträge, Schuldverhältnisse aus vorvertraglichem oder sonstigem geschäftlichen Kontakt ebenso wie öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse [...]. Entscheidend ist, dass der Rat „gegen Belohnung“ erteilt wurde. Belohnung bedeutet allerdings nicht nur Bezahlung, sondern es genügt bereits, dass der Rat oder die ihm gleichgehaltene Auskunft nicht aus reiner Gefälligkeit, also nicht selbstlos erteilt wurde [...]“ (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁵²⁰ Vgl dazu Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 78.

¹⁵²¹ Vgl den aufgezeigten Widerspruch bei Dullinger in FS Reischauer (2010) 111 f.

¹⁵²² S Dullinger in FS Reischauer (2010) 112 f, 114.

Noch revolutionärer ist die Ansicht von C. Völkl¹⁵²³, der sich damit noch viel eindeutiger gegen die hM wendet. Nach ihm hafte ein Sachverständiger, der nicht aus reiner Gefälligkeit eine Information erteilt, gem § 1300 Satz 1 ABGB gegenüber allen Personen (insb auch „Dritten“), die sich nach dem Zweck der Information als Adressat derselben bezeichnen können („allgemeine zivilrechtliche Informationshaftung“). Eine schuldrechtliche Sonderbeziehung zwischen dem Sachverständigen und diesen Personen sei für die Haftung nicht erforderlich, weil § 1300 Satz 1 ABGB ein solches Rechtsverhältnis begründe und nicht voraussetze. Daher könnten auch unrichtige Erklärungen an die „Öffentlichkeit“, insb auch fehlerhafte Kapitalmarktinformationen zu einer Schadenersatzpflicht führen. Im Anschluss daran vertritt Graf¹⁵²⁴ die Anwendung dieser „allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung“ auf Fälle wie die Veröffentlichung von Ratings und gelangt so zu einer Dritthaftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern.¹⁵²⁵

αα. Partielle Anerkennung durch den OGH

1) Das „konstitutive“ Verständnis des § 1300 Satz 1 ABGB findet auch in Teilen der neueren Rsp des OGH Deckung. In seiner Entscheidung vom 30.6.2010¹⁵²⁶ hat sich der 9. Senat mit bemerkenswerter Deutlichkeit von seiner traditionellen Auffassung¹⁵²⁷ distanziert. In diesem Fall kam die spätere Klägerin am vereisten Parkplatz der beklagten Eigentümergemeinschaft zu Sturz, weil dort die Streupflicht vernachlässigt worden war. Als die Klagevertreterin den Hausverwalter der Beklagten mit dem Vorfall konfrontierte, gab dieser irrtümlich an, dass für die Streuung des Unfallorts eine Dritte zuständig sei. Die Klägerin vertraute auf diese falsche Auskunft und führte einen erfolglosen Vorprozess gegen die Dritte. Die dadurch entstandenen Kosten wollte sie von der Beklagten im gegenständlichen Verfahren ersetzt wissen. Der OGH bejahte die Haftung der Beklagten gem § 1300 Satz 1 ABGB. Bezüglich der Bedeutung der Vorschrift und ihrer Tatbestandsmerkmale führte der OGH unter Berufung auf C. Völkl¹⁵²⁸ aus:

¹⁵²³ C. Völkl, ÖJZ 2006, 101 ff; ders, ÖJZ 2011, 707 f; W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/6 ff; vgl aber auch schon Scheucher, ÖJZ 1961, 230.

¹⁵²⁴ Graf, JBl 2012, 214 ff, insb 215 ff sowie 217 ff; zust Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 100 f; vgl auch Graf, wbl 2012, 246 f (zum Abschlussprüfer).

¹⁵²⁵ S dazu bereits oben bei FN 525; zur Anwendung dieser Haftungstheorie (sofern man sie befürwortet) auf *unsolicited* und *solicited* Ratings sowie Emissions- und Emittentenratings s noch unten bei FN 2365 und in FN 2764.

¹⁵²⁶ OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (Dullinger); zust C. Völkl, ÖJZ 2011, 708 FN 66; vgl dazu auch Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 2.

¹⁵²⁷ S dazu oben bei FN 1506.

¹⁵²⁸ C. Völkl, ÖJZ 2006, 97; vgl oben bei FN 1523.

„Die ältere Lehre und Rechtsprechung interpretierte die Voraussetzung „gegen Belohnung“ dahin, dass diese Bestimmung dort anzuwenden sei, wo ein Verpflichtungsverhältnis bestehe, also etwa auch beim unentgeltlichen Vertrag über Rat bzw Auskunftserteilung; allerdings bejahte die oberstgerichtliche Rechtsprechung die Haftung nur in Fällen mangelnder Selbstlosigkeit [...]. Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung ist „gegen Belohnung“ in § 1300 Satz 1 ABGB dahin zu verstehen, dass der Rat nicht selbstlos erfolgte; eine solche Haftung tritt also auch dann ein, wenn keine vertragliche Beziehung zwischen den Streitteilen besteht. Entscheidend ist nur, dass der - wenn auch bloß einmalige - Rat nicht selbstlos erfolgte [...]. Die grundlegende Wertung besteht gerade darin, die Auskunftsgeber einer strengeren Haftung zu unterwerfen, die sich von der Preisgabe der Auskunft einen Vorteil erwarten, als jene, die lediglich aus Gefälligkeit beraten [...]. Die von der Rechtsprechung geforderte „Sonderbeziehung“ zwischen den Beteiligten wird also dadurch begründet, dass der Rat „gegen Belohnung“ erteilt wird. Eine Vertragsbeziehung kann vorliegen, ist aber für die Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB nicht Voraussetzung.“¹⁵²⁹

Das Ergebnis der Entscheidung ist mE zwar abzulehnen,¹⁵³⁰ weil die konkrete Auskunft der beklagten Eigentümergemeinschaft (die vertreten durch ihren Hausverwalter handelte) nicht als „Sachverständiger“ „in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft“ erfolgte (§ 1300 Satz 1 ABGB).¹⁵³¹ Ganz wesentlich für die hier untersuchte Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB ist allerdings, dass der OGH in dieser Entscheidung den „konstitutiven Charakter“ dieser Vorschrift ausdrücklich billigt. Der Schritt, den das Höchstgericht dabei ging, war ein größerer, als es die Entscheidung dem ersten Eindruck nach vermittelt. Als „neue hM“ kann man die vom OGH vertretene Ansicht mE nämlich nicht bezeichnen.¹⁵³² In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass derselbe Senat des OGH einer paar Monate später die Haftung eines Anlagevermittlers auf einen schlüssig zustande gekommenen Auskunftsvertrag¹⁵³³ „iSd § 1300 ABGB“ gestützt und sich damit wieder der traditionellen Auffassung zugewandt hat, ohne dabei auf das hier referierte Vorjudikat einzugehen.¹⁵³⁴

¹⁵²⁹ OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (444) (Dullinger).

¹⁵³⁰ Zust aber offenbar C. Völkl, ÖJZ 2011, 708 FN 62.

¹⁵³¹ Vgl Dullinger, JBl 2011, 445. Das spezifische Vertrauen in professionelle Auskünfte, von dem § 1300 Satz 1 ABGB ausgeht und das für die Haftungsbegründung mE wesentlich ist (s unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“), ist bei einer unter Druck erteilten Auskunft betreffend die „Delegation“ der Streupflicht nicht gegeben. Der Rechts- und Geschäftsverkehr bringt einer solchen Auskunft, die sonst wer erteilen kann, keine mit der „beruflichen Stellung“ (?) der Beklagten als Eigentümergemeinschaft verknüpft, besonderes Vertrauen entgegen, zumal die Beklagte angesichts der drohenden Schadenersatzklage nur eine „befangene“ Auskunft abgeben konnte. Es kann daher auch keine Rolle spielen, dass die Auskunft allenfalls zum Tätigkeitsbereich einer Eigentümergemeinschaft gehört, weil diese alleine aufgrund ihrer Eigenschaft als juristische Person nicht als Sachverständiger iSd § 1300 Satz 1 ABGB (näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.γ. Auslegung des Tatbestandsmerkmals“) gelten kann. Sich auf die „Sachverständigeneigenschaft“ des Hausverwalters zu stützen, um die OGH-Entscheidung zu verteidigen, kann mE auch nicht zielführend sein, weil nicht dieser, sondern die Eigentümergemeinschaft geklagt wurde. Vgl außerdem unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“ (zur Ablehnung der weiten Auslegung der Begriffe „gegen Belohnung“).

¹⁵³² Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“.

¹⁵³³ Zur Ablehnung dieses Konzepts schon durch die zweite BGB-Kommission s unten bei FN 1621.

¹⁵³⁴ OGH 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (Dullinger).

2) Wiederum für eine tatsächlich haftungsbegründende Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB kann aber die Entscheidung 4 Ob 137/10 s¹⁵³⁵ ins Treffen geführt werden, die in der Zwischenzeit erging. In dieser Causa hatte die spätere Klägerin im Hinblick auf den von ihr abgeschlossenen Mietkauf eines fabrikneuen Autos eine Anzahlung geleistet. Diesen Vertrag hatte der später Beklagte als selbständiger und auf Provisionsbasis tätiger „Mobilitätsberater“ vermittelt, wobei von ihm das Risiko der Vorausleistung im Zuge der Vertragsunterfertigung durch die Klägerin als gering dargestellt worden war. Kaum war ein halbes Jahr nach dem Vertragsabschluss vergangen, schlitterte der Vertragspartner der Klägerin, an den diese die Zahlung geleistet hatte, in die Insolvenz. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin den bestellten Pkw noch nicht erhalten. Den dadurch erlittenen Schaden klagte sie vom Beklagten ein.

Der OGH bejahte im Grunde die Haftung. Er argumentierte, dass der Beklagte aufgrund seiner Selbständigkeit als Sachverständiger aufgetreten sei, der das Vertrauen der Klägerin für sich selbst in Anspruch genommen habe. Er habe sich als „Experte“ für die wirtschaftlichen Zusammenhänge des Vertriebssystems geriert und sei sohin vergleichbar mit einem Finanzdienstleister. Sein eigenwirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss der Klägerin, namentlich die hierfür lukrierte Provision, führe zu einer Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB. „Auf das Bestehen eines vom Beklagten vermissten ‚Auskunftsvertrags‘ [...] kommt es daher nicht an“, so der OGH. In diesem Fall dürfte das Höchstgericht der von ihm betonten Tatsache entscheidende Bedeutung beigemessen haben, dass der Beklagte als selbständiger Vermittler mit eigener „Agentur“ handelte.¹⁵³⁶ Darin könnte auch der Unterschied zur oben erwähnten, aber späteren Entscheidung 9 Ob 5/10s¹⁵³⁷ liegen, wo es um eine Eigenhaftung des Vertreters ging und den OGH daher möglicherweise das „Vertreterprivileg“¹⁵³⁸ bei der Auslegung von § 1300 Satz 1 ABGB beeinflusst hat.¹⁵³⁹

Wie dem auch sei, für die hier interessierende Dritthaftung von Ratingagenturen gem § 1300 Satz 1 ABGB ist wichtig, dass der OGH dieser Norm neuerdings „konstitutiven Charakter“ beimisst.¹⁵⁴⁰ Er leitet also eine Sonderbeziehung aus ihr ab und erhebt eine solche gerade nicht zur Anwendungsvoraussetzung. Insofern bestärkt das Höchstgericht die jüngere Auffassung (dazu S 177 ff).

¹⁵³⁵ OGH 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (EvBl 74); zust C. Völkl, ÖJZ 2011, 708 FN 66; s dazu auch Graf, JBl 2012, 216.

¹⁵³⁶ Vgl auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 15, der eine selbständige Tätigkeit für erforderlich hält.

¹⁵³⁷ OGH 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (Dullinger); s dazu oben bei FN 1534.

¹⁵³⁸ RIS-Justiz RS0016303; vgl oben bei FN 1450.

¹⁵³⁹ Vgl dazu unten bei FN 2171.

¹⁵⁴⁰ Vgl jüngst OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14 t: „Die von der Rechtsprechung geforderte ‚Sonderbeziehung‘ zwischen den Beteiligten wird also auch dadurch begründet, dass der Rat ‚gegen Belohnung‘ erteilt wird.“

αα. Ablehnung des „deklarativen Verständnisses“ der hM

1) Auch mE ist die hM zur Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB (oben S 173 ff) abzulehnen. Diese findet schon im Wortlaut des § 1300 Satz 1 ABGB keine Stütze, der insb keine „Beziehung auf einen Vertrag“ (vgl § 1295 Abs 1 ABGB) erwähnt¹⁵⁴¹. Wäre dem Gesetzgeber tatsächlich ein Regelungsinhalt iSd hM vorgeschwebt, fragt sich, warum er nicht einfach – wie die deutsche Parallelnorm des § 675 BGB¹⁵⁴² – das Vertragsverhältnis im Normtext angesprochen hat, zumal es den Redaktoren des *Allgemeinen*¹⁵⁴³ Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Gesetzesabfassung gerade auch um eine klare Sprache „für den gemeinen Manne“ ging¹⁵⁴⁴ (vgl auch Satz 1 Verlautbarungspatent ABGB¹⁵⁴⁵).

Ferner erwähnt die im hiesigen Zusammenhang besonders bedeutsame¹⁵⁴⁶ Kommentierung v. Zeillers zu § 1300 ABGB den Vertrag (oder eine sonstige Sonderbeziehung) nicht als Tatbestandsmerkmal, sie präzisiert dessen Wortlaut im Großen und Ganzen nur dahingehend, dass sich die Raterteilung auf einen konkreten Fall beziehen müsse.¹⁵⁴⁷ Sie spricht sogar gegen die hM,¹⁵⁴⁸ wenn nach v. Zeiller § 1300 Satz 1 ABGB auf einen Sachverständigen, der „kraft gesetzlicher, oder eigener Verpflichtung [erg: sohin im Rahmen eines „Verpflichtungsverhältnisses“] den Dürftigeren“ *unentgeltlich* Rat erteilt, keine Anwendung finden sollte.¹⁵⁴⁹

2) Die hM wird auch der Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB in keinsten Weise gerecht. Ihre Auslegung führt dazu, dass diese Norm im Wesentlichen ihren Sinn verliert,¹⁵⁵⁰ und das obwohl sie die Gesetzesverfasser an zentraler Stelle in den einführenden Paragraphen des Schadenersatzrechts eingefügt haben.¹⁵⁵¹ Denn danach tritt die (Dritt-)Haftung nach dieser Bestimmung nur dann ein, wenn von vornherein eine Sonderbeziehung besteht, die

¹⁵⁴¹ Schey, Obligationsverhältnisse I 474 FN 21; insofern zutr auch Schobel, ÖBA 2001, 756; vgl dazu Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 283: „darum bemühte man sich, das [ABGB] so zu formulieren, dass ‚jeder Paragraph so viel möglich für sich selbst verständlich‘ sei“.

¹⁵⁴² S dazu noch unten nach FN 1589; vgl auch III 4 § 103 WgGB, der auch den „Empfehlungsvertrag“ erwähnt; s dazu noch unten bei und nach FN 1694.

¹⁵⁴³ Der Name „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch“ sollte nicht so sehr ausdrücken, dass das Gesetzbuch allgemeines (nicht Sonder-)Privatrecht zum Inhalt hat, sondern dass es ein territorial universell geltendes Regelungswerk im Gegensatz zu den einzelnen Provinzialrechten darstellen sollte (Pfaff, GrünhutsZ 2 [1875] 285 FN 54).

¹⁵⁴⁴ Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 283 ff; vgl auch Mihurko, Revision 4: Präzision, Klarheit und Schlichtheit.

¹⁵⁴⁵ Wonach die bürgerlichen Gesetze „in einer ihnen [den Einwohnern] verständlichen Sprache bekannt gemacht“ werden sollen.

¹⁵⁴⁶ Dazu noch unten bei FN 1615, 1617.

¹⁵⁴⁷ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; vgl dazu noch unten bei FN 2394.

¹⁵⁴⁸ Gegen Koziol, Haftpflichtrecht II², 184 mit FN 2, der zur Unterstützung seiner und der hA zu § 1300 Satz 1 ABGB v. Zeiller, ABGB (1813) 720 zitiert.

¹⁵⁴⁹ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; s dazu noch unten bei FN 1725.

¹⁵⁵⁰ C. Völkl, ÖJZ 2011, 708.

¹⁵⁵¹ Zum systematischen Zusammenhang und zur Bedeutung der systematischen Auslegung s noch unten nach FN 1606.

letztlich alleine die strengere Haftungsbeziehung begründet (vgl § 675 Abs 2 BGB¹⁵⁵²). Nur so lässt es sich wohl erklären, dass man sich über den Wortlaut des § 1300 Satz 1 ABGB hinweggesetzt und vertreten hat, die Norm erfasse auch unentgeltliche Verpflichtungsverhältnisse.¹⁵⁵³ Bei einer Interpretation, die der hM folgt, könnte man auf diese überflüssige Anspruchsgrundlage getrost verzichten. Zeitlich „hinkt“ die Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB nach dem Verständnis der hM nämlich zwingend „hinterher“, weil sie nur dann greift, wenn die Verantwortlichkeit (aufgrund fahrlässigen Verhaltens im Rahmen einer Sonderbeziehung) schon (zuvor) besteht.¹⁵⁵⁴

So gesteht etwa der OGH in älteren Entscheidungen selbst zu, dass § 1300 Satz 1 ABGB hinsichtlich der Haftung aufgrund einer ständigen Geschäftsbeziehung keine eigenständige Bedeutung habe¹⁵⁵⁵ oder dass es bei Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht keiner Anwendung des § 1300 ABGB bedürfe. Denn die Verantwortlichkeit ergäbe sich aus § 1295 Abs 1 ABGB in Verbindung mit dem vertragswidrigen Handeln.¹⁵⁵⁶ Wäre es tatsächlich richtig (wie die Entscheidung *Liegenschaftsbewertung II* [oben S 26 ff] meint), dass der Gesetzgeber mit Erlass des § 1300 ABGB keinen über § 1295 ABGB hinausgehenden Schutz statuieren habe wollen¹⁵⁵⁷, müsste man den Vertretern der hM wohl insoweit beipflichten, als sie für eine ersatzlose Streichung des § 1300 ABGB im Zuge einer Schadenersatzreform eintreten.¹⁵⁵⁸ Eine Auslegung, die zur Sinnlosigkeit dieser Bestimmung führt, sollte aber bedenklich stimmen.¹⁵⁵⁹

Aus Sicht der hM wird man dagegen einwenden wollen, dass § 1300 Satz 1 ABGB „immerhin“ normiere, dass der Schadenersatz aus Vertrag oder einer sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehung stets auch die Kompensation des bloßen Vermögensschadens umfasse.¹⁵⁶⁰ Dies sei eine wertvolle Klarstellung.¹⁵⁶¹ Entsprechendes gelte bei vorsätzlichem Verhalten für den deliktischen Bereich (§ 1300 Satz 2 ABGB).¹⁵⁶²

¹⁵⁵² Vgl dazu Motive BGB, 1. Kommission 555, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310.

¹⁵⁵³ Nw oben in FN 1503; das widerspricht auch der Kommentierung v. *Zeillers* (v. *Zeiller*, ABGB [1813] § 1300 Anm 2; s dazu noch unten bei FN 1725); iE wie hier *Scheucher*, ÖJZ 1961, 226 f.

¹⁵⁵⁴ Deutlich wird das in RIS-Justiz RS0020063, insb OGH 13.04.2000, 6 Ob 13/00 f, wo der OGH meint, bei Pflichtverletzungen im Rahmen eines Schuldverhältnisses (eines Vertrags) komme es eigentlich nicht mehr auf die „sonstigen“ Voraussetzungen des § 1300 ABGB an.

¹⁵⁵⁵ OGH 08.06.1993, 4 Ob 516/93.

¹⁵⁵⁶ RIS-Justiz RS0014016 T 3, OGH 16.12.1982, 7 Ob 574/82; 1 Ob 662/83 RdW 1984, 12; 14.12.1983, 1 Ob 748/83; RIS-Justiz RS0014031, OGH 08.03.1978, 1 Ob 520/78; für eine Überflüssigkeit bei Vertragsverletzungen bereits k. k. OGH Nr. 20.164 GIUNF/3655 (X, S 21 [24]); OGH 3 Ob 507/57 ÖJZ 1958, 99 (EvBl 56). Der Versuch, die Bedeutung der §§ 1299, 1300 ABGB für die Verletzung von Vertragspflichten dadurch zu erhalten, dass man aus diesen Bestimmungen für solche Fälle einen objektiven Verschuldensmaßstab ableitet (Koziol, Haftpflichtrecht II², 184), ist mE hinsichtlich § 1299 ABGB zutr, erklärt aber nicht die eigenständige Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB.

¹⁵⁵⁷ So aber OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinski); RIS-Justiz RS0026234, OGH 01.07.1970, 5 Ob 97/70; 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836) *Vorläufige Bilanz*.

¹⁵⁵⁸ S den Reformvorschlag bei *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) Vor §§ 1293 ff Rz 7.

¹⁵⁵⁹ Vgl F. Bydlinski in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 6 Rz 18; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 23a.

¹⁵⁶⁰ Vgl RIS-Justiz RS0126436, OGH 02.12.2010, 2 Ob 7/10 h.

¹⁵⁶¹ In diese Richtung *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 184; vgl auch F. Bydlinski, JBl 1992, 342 f; C. Völkl, ÖJZ 2006, 97.

¹⁵⁶² Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 2.

Herrschend wird ja vertreten, dass § 1300 ABGB bzw dessen Wertungen nur Schädigungen am bloßen Vermögen betreffen.¹⁵⁶³

Dass die Redaktoren des ABGB der Norm diesen Sinn beigemessen hätten, ist mE mehr als zweifelhaft. Der Vermögensschaden ist dort überhaupt nicht ausdrücklich¹⁵⁶⁴ angesprochen und der systematische Zusammenhang spricht eher für eine Erfassung von Schäden an „absolut geschützten Rechtsgütern“ (vgl § 1293 ABGB¹⁵⁶⁵).¹⁵⁶⁶ Dementsprechend behandelten v. Zeiller¹⁵⁶⁷ und andere zeitgenössische Juristen¹⁵⁶⁸ in ihren Kommentierungen dieser Haftungsbestimmung auch die Arzthaftung, wo reine Vermögensschäden sicherlich nicht im Vordergrund stehen.

Was nach dem Vorgesagten an Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB verbleibt, wenn man die hM befürwortet, ist eine reine Klarstellung¹⁵⁶⁹ einer Ersatzpflicht aus Vertrag (iwS) und damit eine Wiederholung des § 1295 Abs 1 HS 2 Fall 1 ABGB, die obsolet und tatsächlich verzichtbar ist. Eine solche Auslegung erscheint umso fragwürdiger, wenn man den systematischen Zusammenhang der speziellen (§ 1300 ABGB; *arg* „insbesondere“¹⁵⁷⁰) und der allgemeinen Bestimmung (§ 1295 ABGB) bedenkt. Diesfalls hätte der Gesetzgeber in derselben Randglosse „Von dem Schaden aus Verschulden“ zweimal dasselbe ausgedrückt: Schon nach der allgemeinen Norm bestünde eine Verantwortlichkeit desjenigen, der schuldhaft eine Vertragspflicht übertritt. Nach der „*lex specialis*“ würde aber auch der Sachverständige haften, wenn er eine vertragliche Pflicht verletzt, indem er aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Selbst der gegenüber § 1297 ABGB verschärfte Sorgfaltsmaßstab hätte sich bereits aus dem allgemein formulierten § 1299 ABGB ergeben¹⁵⁷¹, sodass eine dahingehende Klarstellung in § 1300 ABGB¹⁵⁷² entbehrlich erscheint.¹⁵⁷³

¹⁵⁶³ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 4 f; Zankl, ecolex 2000, 472; Siegwart/Höhne, ecolex 2009, 859; OGH 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (939) (Koziol); RIS-Justiz RS0026513 T 6, OGH 13.09.2012, 6 Ob 91/12 v; für Satz 2: Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 355; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4; vgl auch J. Zehetner, ÖZW 2013, 83; Kletečka in FS Reischauer (2010) 295; aA Welser, Haftung 12; OGH 6 Ob 457/60 SZ 34/39, 109 (111): Rauchfangkehrer haftet für Schäden am Haus; OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (Koziol): Schäden durch Einbau von Kombiplatten; OGH 5 Ob 734/79 MietSlg 31.251; wohl auch Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 4a; widersprüchlich Koziol, Haftpflichtrecht II², 189, 195.

¹⁵⁶⁴ Während Satz 1 den Schaden nur mit dem Wort „nachteiligen“ anspricht, verwendet Satz 2 lediglich pauschal den Begriff „Schaden“.

¹⁵⁶⁵ Vgl diese Norm mit § 1300 Satz 1 ABGB: mit „Nachteil“ ist also auch der Schaden an der Person angesprochen.

¹⁵⁶⁶ Vgl F. Bydlinksi, JBl 1965, 321.

¹⁵⁶⁷ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 1, 2.

¹⁵⁶⁸ Scheidlein, Privatrecht I (1814) 628; Bergmayr, Bürgerliches Recht III (1833) 293; n.n., ABGB für Bürger² (1856) 528; Ellinger, ABGB⁵ (1857) 491; Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 612; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 609.

¹⁵⁶⁹ Koziol, Haftpflichtrecht II², 184.

¹⁵⁷⁰ S die Marginalie vor § 1299 ABGB.

¹⁵⁷¹ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 1; Koziol, Haftpflichtrecht II², 184; vgl Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 4; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1.

¹⁵⁷² So aber Koziol, Haftpflichtrecht II², 184; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 1.

¹⁵⁷³ Gegen Koziol, Haftpflichtrecht II², 185.

Last möchte die Bedeutung der Norm mit der Ansicht retten, dass § 1300 ABGB die Haftung des raterteilenden Sachverständigen auf entgeltliche Verträge beschränke.¹⁵⁷⁴ Auch dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen deutet der Wortlaut der Bestimmung nicht auf einen restringierenden Charakter derselben hin; Satz 1 *leg cit* spricht von „auch dann verantwortlich“ und nicht etwa von „nur dann verantwortlich“. Auch wäre im Haftungssystem des ABGB, das von einer strengeren Sachverständigenhaftung geprägt ist¹⁵⁷⁵ (vgl wiederum §§ 1297, 1299 ABGB), eine Haftungseinschränkung durch § 1300 Satz 1 ABGB ein Fremdkörper.¹⁵⁷⁶

3) Man wird den Eindruck nicht los, dass die hM zur Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB in diese Norm „allgemeine zivilrechtliche Grundsätze“, wie die Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden im („quasi-“)vertraglichen und (eingeschränkt) im deliktischen Bereich oder die vertragliche Fahrlässigkeitshaftung allgemein¹⁵⁷⁷, hineinlesen möchte, die diese Vorschrift gar nicht normiert. Ehrlich, aber mE bedenklich und zugleich entlarvend ist es, wenn *Gschnitzer* von einer notwendigen „Berichtigung“ des § 1300 ABGB durch Lehre und Praxis sprach.¹⁵⁷⁸ Würde es tatsächlich um generell gültige Grundsätze gehen, wäre problematisch und unerklärlich, dass § 1300 Satz 1 ABGB – in Abkehr vom preußischen Vorbild¹⁵⁷⁹ und im offensichtlichen Gegensatz zu Satz 2 der Norm¹⁵⁸⁰, dafür aber systematisch völlig konsequent (s § 1299 ABGB und die gemeinsame Marginalie) – *nur* vom Sachverständigen handelt.¹⁵⁸¹ Man wird wohl kaum den Umkehrschluss wagen wollen und dem Gesetzgeber unterstellen, bei nicht sachverständigen Personen sollen im vertraglichen Bereich bloße Vermögensschäden infolge unrichtiger Raterteilung nicht ersatzfähig sein!

¹⁵⁷⁴ *Last*, Kreditauftrag 345 (für den nicht akkreditierten Sachverständigen). In diese Richtung auch die Überlegung bei *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 184, der aber diese Konsequenz letztlich nicht zieht.

¹⁵⁷⁵ Das ergibt sich insb auch aus der historischen Interpretation, s unten bei FN 1726. S aber auch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.β.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

¹⁵⁷⁶ Die Konsequenzen der hM und des oben (bei FN 1506) zitierten Rechtssatzes des OGH erscheinen va dann als bizarr, wenn ein Sachverständiger wissentlich und wiederholt schädlichen Rat erteilt und die schädigenden Handlungen eng miteinander verknüpft sind, etwa weil die andauernde Raterteilung stets dasselbe Informationsobjekt betrifft. Müsste dann nicht mit dem Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses (Schadenersatzpflicht infolge der ersten [vorsätzlich schädigenden] Raterteilung) bzgl der nächsten Raterteilung § 1300 Satz 1 ABGB zur Anwendung gelangen. Denn der zweite Rat kann aufgrund des Konnexes der Tathandlungen zueinander diesem gesetzlichen Schuldverhältnis zugeordnet werden und erfolgt damit „in dessen Rahmen“ (vgl den verwirrenden Zulassungsausspruch des LG Feldkirch 03.03.2009, 3 R 64/09y-14, Vorinstanz zu OGH 30.06.2010, 9 Ob 49/09 k)? Dadurch wandelt sich die deliktische Verantwortlichkeit des Schädigers plötzlich in eine solche nach vertraglichen Grundsätzen. Dies kann dann eine praktische Rolle spielen, wenn das Vorsatzerfordernis hinsichtlich des Folgerats nicht erfüllt ist.

¹⁵⁷⁷ Vgl *Karner* in FS *Koziol* (2010) 697 ff; *ders* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1: Haftung für Falschauskünfte im Rahmen einer Sonderbeziehung.

¹⁵⁷⁸ *Gschnitzer*, Schuldrecht, Besonderer Teil 171: „Im übrigen mußten Lehre und Praxis den § 1300 in doppelter Hinsicht berichtigen“; s auch *Welser*, Haftung 117; *Jabornegg*, JBl 1986, 146 („zu eng geratenen Wortlaut“).

¹⁵⁷⁹ I 13 § 221 ALR; *Last*, Kreditauftrag 343; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 699.

¹⁵⁸⁰ S noch unten bei FN 2815.

¹⁵⁸¹ Dies hebt zR *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 1 ff hervor; ebenso *Schey*, Obligationsverhältnisse I 474 f mit FN 22; *Lorenz* in FS *Larenz* (1973) 594 f; k. k. OGH Nr. 12.129 GIUNF/332 (I, S 532 [533 f]); Nr. 7.917 GIUNF/688 (II, S 431); OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (*Koziol*); 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) *Liegenschaftsbewertung II* (F. *Bydlinksi*); einräumend *Last*, Kreditauftrag 343 f; dies missachtend aber OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (daher zR krit *Dullinger*), wo das Tatbestandsselement des Sachverständigen gar nicht behandelt wird; unrichtig ferner OGH 6 Ob 583/77 JBl 1979, 88 (88 f), wonach auf eine Auskunft des Servitutsverpflichteten gegenüber dem -berechtigten § 1300 ABGB anzuwenden sei.

Wenn als alternative Erklärung angeboten wird, das Gesetz spreche nur vom Sachverständigen, weil bei anderen Personen das Verschulden „unter Umständen“ fehlen kann¹⁵⁸², so überzeugt dies mE nicht. Auch bei Laien sind schuldhaft Fehlinformationen jedenfalls denkbar. Mit dem Tatbestandsmerkmal des „Versehens“ hätte man die gebotene Differenzierung zwischen Haftungsfällen mit und ohne Sachverständigen im Rahmen des § 1300 ABGB bestens handhaben können (vgl §§ 1297, 1299 ABGB),¹⁵⁸³ wenn man auf die Sachverständigen-Voraussetzung des § 1300 Satz 1 ABGB verzichtet hätte.

Auch die Begründung, Nicht-Sachverständige erteilten normalerweise keine Ratschläge gegen Entgelt¹⁵⁸⁴, kann nicht recht überzeugen; insb¹⁵⁸⁵ dann, wenn man die „Entgeltlichkeit“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB mit der hM¹⁵⁸⁶ sehr weit fassen möchte. Demzufolge würden bloß Informationen „aus Selbstlosigkeit“ den Tatbestand des Satz 1 nicht erfüllen. Auch ein Laie wird gelegentlich nicht aus reiner Gefälligkeit Auskünfte erteilen.¹⁵⁸⁷ Anders gewendet: Wenn dem Gesetzgeber tatsächlich ein Regelungsinhalt iSd hM zur Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB vorgeschwebt wäre, hätte er die halbe Norm wegstreichen können.¹⁵⁸⁸ „Leere Meter“ wären dann nämlich nicht nur das Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen, sondern auch die Phrase „in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft“. Und dann hätte er wohl gleich auch einen anderen Regelungsort für diesen zusammengekürzten § 1300 Satz 1 ABGB finden müssen (vgl die Marginalie vor § 1299 ABGB: „insbesondere: a) der Sachverständigen;“).

4) Mögliche Ursache der „eigenwilligen“ Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB durch die hM könnte ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland gewesen sein.¹⁵⁸⁹ Dort normiert § 675 Abs 2 BGB (wie schon die in der Stammfassung enthaltene Vorgängerbestimmung¹⁵⁹⁰) im Wesentlichen das, was die öhM zur österreichischen „Parallelbestimmung“ predigt. Demnach ist der (auch nicht sachverständige!) Ratgeber oder Empfehlende grundsätzlich nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung resultiert. Ausnahmen bestehen, sofern sich

¹⁵⁸² R. Mayr, Bürgerliches Recht I/1, 268; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 470 f; Ehrenzweig, System II/1², 666.

¹⁵⁸³ Vgl etwa Karner in FS Koziol (2010) 699.

¹⁵⁸⁴ Welser, Haftung 36; Brawenz, Prospekthaftung 64; Karner in FS Koziol (2010) 700.

¹⁵⁸⁵ Auch Fälle, in denen Laien durch unsorgfältige Raterteilungen im Rahmen eines entgeltlichen Vertrags eine vertragliche Nebenpflicht (vgl dazu oben bei FN 1498) verletzen, sind mE durchaus realitätsnah.

¹⁵⁸⁶ Ausf dazu noch unten bei FN 2356.

¹⁵⁸⁷ Ein Bsp hierfür bietet die Entscheidung OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (Dullinger); dazu oben bei FN 1526.

¹⁵⁸⁸ Das räumt implizit Karner (in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ [2014] § 1300 Rz 1) ein, wenn er meint, es komme „nicht notwendig“ auf die Sachverständigeneigenschaft an; vgl auch dens in FS Koziol (2010) 698 f.

¹⁵⁸⁹ Antizipierend Lammel, AcP 179 (1979) 353; vgl bereits Ehrenzweig, System II/1², 665 FN 3; vgl auch Hirte, Berufshaftung 245; bezeichnend OGH 1 Ob 182/97 i ÖBA 1998, 230 (232): „Es wäre nicht einzusehen, weshalb diese Grundsätze nicht auch im Geltungsbereich des österreichischen Privatrechts Anwendung finden sollten, kann doch die Interessenlage der daran Beteiligten in Österreich nicht anders beurteilt werden als in der Bundesrepublik Deutschland und ist auch die Rechtslage in den beiden Staaten durchaus vergleichbar.“

¹⁵⁹⁰ § 676 BGB idF dRGBI 1896, 195.

eine Verantwortlichkeit aus (auch unentgeltlichem¹⁵⁹¹) Vertrag¹⁵⁹², Delikt¹⁵⁹³ oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung¹⁵⁹⁴ ergibt, wobei die letzte Alternative erst durch das Überweisungsgesetz (dBGB I 1999, 1642) eingefügt wurde. Daraus wird in nachvollziehbarer Weise die Grundwertung abgeleitet, dass ein Ratgeber nach BGB grundsätzlich nur seinem Vertragspartner gegenüber für die Verursachung von Vermögensschäden haften soll, nicht aber anderen Personen („Dritten“).¹⁵⁹⁵ Dies wird auch aus § 1300 Satz 1 ABGB immer wieder herausgelesen.¹⁵⁹⁶

Nun sollte auf gar keinen Fall generell die Bedeutung des deutschen Rechts einschließlich seiner Zwecke für die Auslegung des österreichischen Rechts geleugnet werden. In den zahlreichen Bereichen, in denen sich österreichische Gesetze an deutsche anlehnen oder diese sogar übernehmen¹⁵⁹⁷, ist ein „Rechtsvergleich“ mit dem deutschen Recht für den österreichischen Rechtsanwender unzweifelhaft ein wertvolles Gut.¹⁵⁹⁸ Der Einfluss des deutschen Rechts muss aber dort zurücktreten,¹⁵⁹⁹ wo die ältere österreichische Norm (§ 1300 ABGB idF JGS 1811/946) gar nicht auf die jüngere deutsche Bestimmung (§ 676 BGB idF dRGBI 1896, 195) Rücksicht nehmen konnte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der BGB-Gesetzgeber eine „Eingliederung“ des § 1300 Satz 1 ABGB in sein Gesetzbuch abgelehnt hat¹⁶⁰⁰, als er sich gleichsam in einem Atemzug von der noch im Dresdner Entwurf 1866¹⁶⁰¹ enthaltenen Berufshaftung¹⁶⁰² distanzierte^{1603 1604}.

¹⁵⁹¹ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 7.

¹⁵⁹² Vgl die hM zu § 1300 Satz 1 ABGB und dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“.

¹⁵⁹³ Vgl § 1300 Satz 2 ABGB.

¹⁵⁹⁴ Der Gesetzgeber hatte hierbei Vorschriften des Wertpapier- und Anlagegeschäfts im Auge, Begr RegEntw ÜbWG, BT-Drucksache 14/745, 15.

¹⁵⁹⁵ Bosch, ZHR 163 (1999) 275 f; vgl auch Schneider, ZHR 163 (1999) 259.

¹⁵⁹⁶ Koziol, Haftpflichtrecht II², 190; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 3; Hirte, Berufshaftung 245; RIS-Justiz RS0026645, OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76; 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300; 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) Liegenschaftsbewertung II (F. Bydlinski); 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306; 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (724) Goldgrube; 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) ÖAMTC-Ankaufstest; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (175); vgl auch OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (18); 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g.

¹⁵⁹⁷ S nur oben in FN 560.

¹⁵⁹⁸ Vgl F. Bydlinski, Methodenlehre², 461 ff; Schobel, ÖBA 2001, 755; OGH 21.12.1995, 8 Ob 7/95.

¹⁵⁹⁹ Gegen eine „Auslegung“ des § 1300 ABGB entspr § 675 BGB auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 7; sehr krit auch Osthelm, JBl 1977, 358 f; vgl allg zur Gefahr der Übernahme von Thesen durch kritikloses Abschreiben ausländischer Literatur F. Bydlinski, Methodenlehre², 463; U. Torggler, JBl 2011, 769 (Fehler der „Legaltransplantation“).

¹⁶⁰⁰ Motive BGB, 1. Kommission 555, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310.

¹⁶⁰¹ Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866, abgedr in Francke, Dresdner Entwurf sowie in Hirte, Berufshaftung 164.

¹⁶⁰² Art 688 Abs 2 leg cit: „Ist Jemand durch Befolgung eines Rathes oder einer Empfehlung eines Anderen in Schaden gekommen, so ist der Letztere zum Ersatz verpflichtet, wenn er arglistig, oder mit Versäumung der ihm durch Amtspflicht, Beruf oder Vertrag gebotenen Sorgfalt den Rath oder die Empfehlung erteilt hat“ (abgedr in Francke, Dresdner Entwurf 136); Art 1030: „Oeffentlich angestellte Sachverständige oder Schätzer, welche innerhalb ihres Wirkungskreises in Angelegenheiten ihrer Kunst oder Wissenschaft absichtlich oder aus grober Fahrlässigkeit ein unrichtiges Gutachten abgeben oder eine unrichtige Schätzung aufstellen, sind zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens dem Beschädigten verpflichtet“ (abgedr in Francke, Dresdner Entwurf 210).

¹⁶⁰³ Hirte (Berufshaftung 175 f, 414, 419) versucht diese Abstandnahme der Redaktoren von der im Dresdner Entwurf enthaltenen Berufshaftung abzuschwächen. Er meint, darin könne man nur „eine gewisse Zurückhaltung, nicht aber eine klare Ablehnung“ der Berufshaftung erkennen. Begründet wird dies damit, dass Art 1030 Dresdner Entw nicht Gesetz geworden sei, weil diese Vorlage aus verschiedenen Gründen für eine weitere Debatte ungeeignet gewesen sei. Dieser Vorschlag sei aber nicht auf grundsätzliche Ablehnung gestoßen. Die Wertung des § 676 BGB idF dRGBI 1896, 195 sei für eine berufliche Auskunftshaftung unpassend, weil sie den vom Privatmann erteilten Rat erfasse. ME ist diese Argumentation nicht überzeugend. Wie Hirte (Berufshaftung 168, 174) selbst schreibt, diene § 676 BGB (eine Vorschrift im Auftragsrecht) nach Vorstellung der Kommissionsmitglieder zur Klarstellung, dass durch die bloße Auskunft kein Vertragsverhältnis zustande komme. Dem stillschweigenden Auskunftsvertrag, den die Motive insb für

Allgemein liegt der deutschen Norm die Grundtendenz der deutschen Redaktoren zugrunde, die Haftung für Auskünfte *restriktiver* zu gestalten als im römischen und gemeinen Recht.¹⁶⁰⁵ Das hat deutlich im Wortlaut der Bestimmung Ausdruck gefunden, der sich aber beträchtlich von dem des § 1300 Satz 1 ABGB unterscheidet.¹⁶⁰⁶

Weiters sind die systematischen Differenzen hervorzuheben. § 675 BGB ist – seinem Inhalt zufolge konsequent¹⁶⁰⁷ – im Abschnitt über die vertraglichen Schuldverhältnisse eingeordnet, konkret in dem Teil des Geschäftsbesorgungsvertrags (Auftragsrecht).¹⁶⁰⁸

Nach dem ursprünglichen Vorschlag sollte sich die Vorgängerbestimmung zu § 675 BGB im Kapitel über unerlaubte Handlungen wieder finden, also im Deliktsrecht.¹⁶⁰⁹ Die zweite BGB-Kommission hielt aber eine solche Systematik für „entbehrlich und bedenklich“.¹⁶¹⁰ Demgegenüber ist § 1300 Satz 1 ABGB umgekehrt im Hauptstück über das Schadenersatzrecht verortet, Vertragsverhältnisse sind in seiner unmittelbaren Umgebung kein Thema.¹⁶¹¹ Erwähnenswert ist auch, dass die „Erstversion“ v. Zeillers zu § 1300 Satz 1 ABGB¹⁶¹² sowie die entsprechenden Vorgängerbestimmungen des Entwurfs *Hortens*¹⁶¹³ (wohl in Anlehnung an römisch-rechtliche Vorgaben¹⁶¹⁴) ursprünglich im Bevollmächtigungsvertragsrecht eingegliedert waren. Die Redaktoren des ABGB lehnten aber diesen Regelungsort ab und verschoben deswegen die Sachverständigenhaftung infolge (auch fahrlässiger) Raterteilung in das 30. Hauptstück.¹⁶¹⁵ Das ist umso bemerkenswerter, als die Vorbildregelung des preußischen Landrechts für § 1300 Satz 1 ABGB¹⁶¹⁶ ebenso im Auftragsrecht ihren Platz hatte. Die „Verschiebung“ durch die Gesetzesväter des ABGB mag man als Formalität abstempeln, hätten diese nicht

Kreditauskünfte im Auge hatten (s oben in FN 1620) und der in der heutigen Rsp (s oben in FN 1736) vom beruflichen Haftungselement geprägt ist, sollte damit eine Absage erteilt werden (s oben bei FN 1621, 1622). Gerade für diesen Bereich der *beruflichen* Auskunftshaftung maß der historische Gesetzgeber § 676 BGB idF dRGBI 1896, 195 also maßgebliche Bedeutung bei. Aus welchem Grund auch immer die Redaktoren des BGB die Einfügung des Art 1030 Dresdner Entw in „ihr“ Gesetzbuch abgelehnt haben sollten, so musste ihnen doch jedenfalls klar sein, welches Bild die Endfassung ihres Gesetzes, insb §§ 676, 823 ff BGB idF dRGBI 1896, 195, für Fälle der Haftung für Rat und Auskunft allg (dh auch für professionelle Auskünfte) abgeben wird. Dabei ist auch zu bedenken, dass der noch in der Entwurfsfassung enthaltene Hinweis auf die Sorgfaltspflicht aus Beruf (Art 688 Dresdner Entw) letztlich gestrichen wurde.

¹⁶⁰⁴ S konkret zur Dritthaftung Protokolle BGB, 1. Kommission 3083 f, abgedr in *Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III 1003; nicht zu billigender zivilrechtlicher Delikt; dazu auch *Hirte*, Berufshaftung 170; vgl ferner Motive BGB, 1. Kommission 555, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310.

¹⁶⁰⁵ *Hirte*, Berufshaftung 174.

¹⁶⁰⁶ Dies zutr betonend *Schobel*, ÖBA 2001, 755; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 FN 2, 108 FN 100; vgl *Dullinger* in FS Reischauer (2010) 109; *Welser*, Haftung 117.

¹⁶⁰⁷ Protokolle BGB, 2. Kommission 2903, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 960.

¹⁶⁰⁸ Zu § 676 BGB idF dRGBI 1896, 195 s *Lammel*, AcP 179 (1979) 345.

¹⁶⁰⁹ *Hirte*, Berufshaftung 168; vgl auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 249.

¹⁶¹⁰ S zu den genauen Gründen hierfür: Protokolle BGB, 2. Kommission 2902 f, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 959 f; s ferner *Last*, Kreditauftrag 362.

¹⁶¹¹ Vgl bloß § 1295 Abs 1 HS 2 Fall 1 ABGB.

¹⁶¹² S dazu unten bei FN 1709.

¹⁶¹³ S dazu unten bei FN 1689; vgl auch die einschlägige Haftungsbestimmung des Codexes Theresianus, dazu unten bei FN 1687.

¹⁶¹⁴ S unten in FN 1685.

¹⁶¹⁵ S unten bei FN 1713.

¹⁶¹⁶ Dazu noch unten bei FN 1715.

akribisches Augenmerk auf die perfekte Systematik des Gesetzes gelegt, um die Zusammenhänge der Bestimmungen möglichst deutlich darzustellen.¹⁶¹⁷

Selbst wenn man über die Unterschiede zwischen § 1300 ABGB und § 675 Abs 2 BGB hinwegsehen möchte,¹⁶¹⁸ sollte man mE mit einer „Übertragung“ der Wertungen des § 675 Abs 2 BGB auf § 1300 ABGB vorsichtig sein. Denn die Redaktoren des § 676 BGB idF dRGrBl 1896, 195 (der deutschen Vorgängerbestimmung zu § 675 Abs 2 BGB) sind den Materialien zufolge ursprünglich von einem falschen, später aber von einem offenbar unzulänglichen Haftungskonzept ausgegangen.¹⁶¹⁹

Die Motive der Norm anerkannten im Rahmen ihrer Ausführungen betreffend Kreditauskünfte zwar Fälle, in denen besondere Umstände eine strengere Einstandspflicht des Ratgebers auch für *culpa levis* begründen können sollten. Sie vermeinten aber, solche Haftungsprobleme befriedigend mit einem ausdrücklichen oder konkludenten Vertragsabschluss lösen zu können.¹⁶²⁰ Letzterem erteilte aber schon die zweite BGB-Kommission eine deutliche Absage.¹⁶²¹ Gerade die Einordnung des § 676 BGB (idF dRGrBl 1896, 195) im Auftragsrecht sollte klarstellen, dass durch die bloße Auskunft gerade kein Auskunftsvertrag (konkludent) zustande komme.¹⁶²² Mittlerweile wird auch in der Literatur in Deutschland¹⁶²³ und Österreich¹⁶²⁴ ganz herrschend und zu Recht vertreten, dass der „stillschweigende Auskunftsvertrag“¹⁶²⁵, der eine Haftung des Auskunftserteilenden gegenüber dem Auskunftssuchenden begründen soll, in aller Regel

¹⁶¹⁷ Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 281 ff, 293.

¹⁶¹⁸ Die unterschiedliche Rechtslage zutreffender Weise hervorhebend Schobel, ÖBA 2001, 756.

¹⁶¹⁹ Krit auch Lammel, AcP 179 (1979) 345 ff (zu § 676 BGB idF dRGrBl 1896, 195): „Ausdruck vergangener sozialer Verhältnisse“ (insoweit offenbar zust Hirte, Berufshaftung 415); die Regelung sei „in zweifacher Hinsicht mißglückt“; vgl auch Lammel, AcP 179 (1979) 351: „Überbewertung des Vertragsdenkens im Naturrecht“; vgl außerdem Lorenz in FS Larenz (1973) 578: „Gedanken der haftungsrechtlichen Anknüpfung an besondere Berufstätigkeit vernachlässigt“; dens, ebd 575: zweifelhaft, ob der Ausgangspunkt, den das deutsche Gesetz gewählt hat, jemals zutreffend war. Bisweilen wird sogar allg konstatiert, dass das BGB beim Versuch, die Haftung gegenüber Dritten zu regeln, gescheitert sei (Hirte, Berufshaftung 174; vgl auch Schobel, ÖBA 2001, 755: Der Haftungsausschluss der deutschen Norm wurzele in einem missverstandenen Grundsatz des römischen Rechts).

¹⁶²⁰ Motive BGB, 1. Kommission 555, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310.

¹⁶²¹ Protokolle BGB, 2. Kommission 2903, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 960; Hirte, Berufshaftung 168.

¹⁶²² Hirte, Berufshaftung 168, 174; s auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 77 f, 88; Schneider, ZHR 163 (1999) 252; Öllinger, Haftung 192; vgl auch Schuler, Verantwortlichkeit 235; Meyer, Rechtsfragen 94 f FN 348; vgl ferner Peters, Haftung 105; bezeichnend die Aussage bei Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 12: Der stillschweigende Auskunftsvertrag sei von der Rsp konstruiert worden, „um einen Drittschutz trotz der Hürde des § 676 BGB zu erreichen“.

¹⁶²³ Canaris, Vertrauenshaftung 533 FN 41, 539; ders, Bankvertragsrecht³ Rz 88 f, 100; ders in FS Larenz II (1983) 93; ders, ZHR 163 (1999) 213, 228 FN 76; Lorenz in FS Larenz (1973) 580, 616, 618; Lammel, AcP 179 (1979) 341; Köndgen, Selbstbindung 355 f; Hopt, AcP 183 (1983) 619, 638; Schneider, ZHR 163 (1999) 252; Schäfer, AcP 202 (2002) 817; ders/Ott, ökonomische Analyse³, 507; Hennrichs in FS Hadding (2004) 887; Meyer, Rechtsfragen 94; Mühl, Haftung, Rz 241; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 126; Schuler, Verantwortlichkeit 234 ff; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 62; vgl auch Amort, EuR 2013, 275; offen Peters, Haftung 109; diff Öllinger, Haftung 193; aA etwa Musielak, Haftung 9 f; Rohe/Lischek, WM 2006, 1938; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 106; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 210 ff; wohl auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 711; s auch Canaris in FS Giger (1989) 102.

¹⁶²⁴ Peter Doralt, ZfgG 1971, 406, 408; Welser, ÖBA 1982, 123 f, 125; Koziol, Haftpflichtrecht II², 187; ders, Bankvertragsrecht I² Rz 3/10; Schobel, ÖBA 2001, 752 ff; P. Bydlinski in FS Hadding (2004) 769; Kletečka, ÖBA 2005, 57 f; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 15; Karner in FS Koziol (2010) 696 FN 6, 700; Dullinger in FS Reischauer (2010) 110; vgl für die Schweiz: Vasella, Haftung 295 f.

¹⁶²⁵ Eine Figur, die auch iZm der Haftung von Ratingagenturen erwähnt wird (ablehnend): Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13; Berger/Stemper, WM 2010, 2290.

eine unzulässige Willensfiktion darstellt. Dabei ist auch zu bedenken, dass der Wortlaut des § 863 ABGB hierfür einen besonders strengen Maßstab nahelegt (Zweifelsfreiheit).¹⁶²⁶ Die gegenteilige deutsche¹⁶²⁷ und die auf ihr basierende¹⁶²⁸ österreichische¹⁶²⁹ Rsp ist daher auch mE abzulehnen.

Verblieben ist damit aber eine durch (die Vorgängerbestimmung des) § 675 Abs 2 iVm §§ 823, 826 BGB eröffnete „Schutzlücke“ für Dritthaftungsfälle¹⁶³⁰.¹⁶³¹ Diese erschien in einer Zeit als besonders unbefriedigend, in der die Regelung der geschäftlichen Tätigkeit durch privatautonome Gestaltung offensichtlich unzureichend war¹⁶³² und in der das Sacheigentum zunehmend durch das „Eigentum am Vermögen“ substituiert wurde¹⁶³³. Es wurde daher auf verschiedene Weisen versucht, diese Lücke zu schließen. Dabei bediente man sich kreativer vertraglicher wie deliktischer Ansätze.¹⁶³⁴ Das hartnäckige Beharren auf dem stillschweigenden (Haftungs-)Vertrag, der durch die Auskunft entstehe¹⁶³⁵ (frei nach dem Motto: „Der Zweck [Haftung] heiligt die Mittel [Fiktion]“¹⁶³⁶), die Absenkung des von § 826 BGB eindeutig normierten Sittenwidrigkeits(!)- sowie Vorsatzerfordernisses zumindest in die Nähe der groben Fahrlässigkeit¹⁶³⁷ (jedenfalls insoweit, als Experten

¹⁶²⁶ Schobel, ÖBA 2001, 753; Brunner, ÖJZ 2011, 369; vgl auch Rüffler, JBl 2011, 85 FN 152; Brawenz, Prospekthaftung 66.

¹⁶²⁷ Nw unten in FN 1635.

¹⁶²⁸ S nur Schobel, ÖBA 2001, 754.

¹⁶²⁹ S zB RIS-Justiz RS0108073; OGH 4 Ob 604/70 SZ 43/209, 727 (732); 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124 (131); 7 Ob 79/98 p ÖBA 1998, 891; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (831) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (56) (krit *Kletečka*); 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (*Dullinger*); 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (*Heinrich*); 8 Ob 60/11 y ecolex 2012, 680 (*Wilhelm*); 7 Ob 178/11 v ÖBA 2013, 526.

¹⁶³⁰ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13 f; Schobel, ÖBA 2001, 755; Hopt, WM 2013, 110; vgl auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 96; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 6.

¹⁶³¹ Vgl Lorenz in FS Larenz (1973) 578 f (insb 578: Aus der Ablehnung des stillschweigenden Vertragsabschlusses seien „bei der Redaktion des späteren § 676 BGB keine entsprechenden Konsequenzen gezogen“ worden); Hirte, Berufshaftung 174: Das BGB sei bei der Regelung der Dritthaftungsproblematik gescheitert.

¹⁶³² Hopt, AcP 183 (1983) 640.

¹⁶³³ So bereits der Befund von Köndgen, Selbstbindung 366.

¹⁶³⁴ Vgl Köndgen, Selbstbindung 366: Reaktion auf sozialen Wandel.

¹⁶³⁵ S zB RG Rep VI 201/02 RGZ 52, 365 (366 f); I 337/20 RGZ 101, 297 (301); VIII 559/30 RGZ 131, 239 (246); BGH II ZR 283/51 NJW 1953, 60; II ZR 85/68 NJW 1970, 1737; II ZR 100/69 NJW 1972, 1200; VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449; II ZR 177/77 NJW 1979, 1595 (1596); IVa ZR 122/85 NJW 1987, 1815 (1816); XI ZR 39/89 NJW 1990, 513; III ZR 193/05 NJW 2007, 1362 (1363); speziell für Fälle der Drittweitergabe der Auskunft etwa RG I 294/25 RGZ 114, 289 (290); BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (323); XI ZR 199/95 BGHZ 133, 36 (42); vgl auch Bosch, ZHR 163 (1999) 283.

¹⁶³⁶ Vgl Schobel, ÖBA 2001, 754.

¹⁶³⁷ BGH VIII ZR 230/73 WM 1975, 559 (560); VI ZR 132/77 VersR 1979, 283 (284); II ZR 123/85 WM 1986, 904 (906); VI ZR 293/90 NJW 1991, 3282 (3283); XI ZR 56/07 NJW 2008, 2245 (2249); Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 334; Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 395; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 17; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 16; Lammel, AcP 179 (1979) 341; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 97; Schäfer, AcP 202 (2002) 836 ff; ders/Ott, ökonomische Analyse³, 507; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 97; Artmann, JBl 2000, 625; Gelter, RWZ 1999, 297; speziell für Ratingagenturen: Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10, 19; Peters, Haftung 129 f; Öllinger, Haftung 187; Mühl, Haftung, Rz 283; Wagner in FS Blaurock (2013) 477 f: „in grober Weise sorgfaltswidrig gehandelt“; Amort, EuR 2013, 275, 277; in diese Richtung auch RIS-Justiz RS0026786; referierend Köndgen, Selbstbindung 373; Liebscher, Abschußprüfer 38, 41; Vetter, WM 2004, 1708; H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 23, 29 FN 46; Karner, ÖBA 2010, 592; Mühl, Haftung, Rz 204; vgl auch Blaurock, ZGR 2007, 634 FN 162; Wagner, ZGR 2008, 502 f; Haar, NZG 2010, 1285; krit zur Absenkung des Vorsatzerfordernisses Honsell, JuS 1976, 628; ders in FS Medicus (1999) 215 f; Hopt, AcP 183 (1983) 633: Denaturierung der Vorsatzhaftung; ders in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 18: fiktiv; Canaris, ZHR 163 (1999) 214 f: Rsp *contra legem*; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2¹³, 454 f; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 108: „Verwässerung“ der Haftungsvoraussetzungen“; vgl für Österreich auch die Kritik bei Brawenz, Prospekthaftung 87. Problematisch ist dabei, dass gem § 103 dVersVG bzw § 152 öVersVG bei vorsätzlichem Handeln des Schädigers eine etwaige Haftpflichtversicherung von ihrer Leistungspflicht frei wird (Canaris, ZHR 163 [1999] 214; Kersting, Dritthaftung 221). Dies wird von Befürwortern der extensiven Auslegung des § 826 BGB verständlicher- aber inkonsequenter Weise dadurch versucht zu umgehen, dass man die Haftung gem § 826 BGB als keine richtige Vorsatzhaftung iSd versicherungsrechtlichen Terminologie einstuft (vgl Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2¹³, 454; Hirte, Berufshaftung 426).

verklagt werden¹⁶³⁸) und die Proklamation von Verkehrssicherungs- bzw Berufspflichten zum Schutze fremden Vermögens, die Schutzgesetze iSd § 823 Abs 2 BGB darstellen sollen¹⁶³⁹, gehören zu den gewagtesten Lösungsvorschlägen.

Es lässt sich daher sagen, dass die Rechtsentwicklung in Deutschland insofern von der Auffassung der BGB-Kommission¹⁶⁴⁰ abgewichen ist, als sie ein Haftungsbedürfnis für fahrlässig erteilte Auskünfte (insb von Experten¹⁶⁴¹) abseits von (ausdrücklich abgeschlossenen) Verträgen anerkannt hat¹⁶⁴² (vgl schließlich auch § 311 Abs 3 BGB). Uneinig war man sich bloß in Bezug auf die rechtsdogmatische Herleitung der Haftung.¹⁶⁴³ Wie es bereits das deutsche Reichsgericht ausgedrückt hat, „besteht [insofern] ein Rechtsschutzbedürfnis [...] auch dann, wenn zwischen [Schädiger und Geschädigtem] bis dahin ein vertragliches Band nicht gegeben war“.¹⁶⁴⁴

Sieht man einmal von den rechtsmethodischen Bedenken ab, fragt sich vor diesem Hintergrund, ob der Rechtsanwender hierzulande wirklich gut beraten ist, sich in das Regime des § 675 Abs 2 BGB samt der dahinterstehenden §§ 823, 826 BGB¹⁶⁴⁵ „hineinzuzwängen“.¹⁶⁴⁶ Dabei darf nicht vergessen werden, dass man in diesem Fall auf keine dem § 311 Abs 3 BGB entsprechende österreichische Norm zurückgreifen kann. Dass die österreichische Rechtswissenschaft und auch der OGH dies teilweise dennoch

¹⁶³⁸ S nur BGH VI ZR 132/55 WM 1956, 1229; VI ZR 1/65 VersR 1966, 1034 (1035); vgl auch BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (427); zum „ungeschriebenen“ Haftungs-Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen für die „erweiterte Anwendung“ des § 826 BGB s Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 111; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 105; Peters, Haftung 129; Thiele, Rating 120; Meyer, Rechtsfragen 100; Baums/Fischer, Haftung 16; Schuler, Verantwortlichkeit 269 f; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 184 ff; vgl auch Haar, Civil Liability 5; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 69 f.

¹⁶³⁹ Oder § 823 BGB um einen „ungeschriebenen Abs 3“ erweitern sollen; s zu den vermögensspezifischen Verkehrspflichten die Lösungsansätze von Huber in FS Caemmerer (1978) 377 ff; v. Bar, ZGR 1983, 505, 510; Mertens, AcP 178 (1978) 242 ff, 251 ff; Köndgen, Selbstbindung 368 ff; Brüggemeier, AcP 182 (1982) 423 f; s dazu Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 18; Peters, Haftung 128; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 103; krit Hübner, NJW 1989, 9; Canaris, ZHR 163 (1999) 214; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 7; Öllinger, Haftung 186; Schuler, Verantwortlichkeit 267 f; wohl auch F. Bydlinksi, JBl 1992, 352; vgl aber für Österreich Brawenz, Prospekthaftung 80 f (zu § 1311 Satz 2 Fall 1 ABGB).

¹⁶⁴⁰ S auch Protokolle BGB, 1. Kommission 3083, abgedr in Jakobs/Schubert, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III 1003.

¹⁶⁴¹ Vgl nur Peters, Haftung 121, 181: „Modifikation des traditionellen Haftungskonzeptes des BGB“ für die Verantwortlichkeit von Experten; Öllinger, Haftung 189.

¹⁶⁴² S schon Last, Kreditauftrag 373: „Doch scheinen die überaus zahlreichen Bemühungen, Geschäftsfreunden, Kaufleuten, namentlich dem Bankier eine strengere Haftung für Rat aufzuerlegen, darauf hinzudeuten, dass das Rechtsleben mit dem kodifizierten Rechtszustand nicht das Auslangen findet, dass es darüber hinausdrängt“; ferner Lorenz in FS Larenz (1973) 618; Hübner, NJW 1989, 9; Canaris in FS Larenz II (1983) 29; Schneider, ZHR 163 (1999) 254; Kersting, Dritthaftung 559; Hirte, Berufshaftung 413, 417; Schuler, Verantwortlichkeit 240; aus ökonomischer Sicht Schäfer, AcP 202 (2002) 834; vgl auch Hopt, AcP 183 (1983) 661, der von einer Fortentwicklung des Deliktsrechts spricht; auf dieser Linie auch die in FN 1639 zitierten Stellungnahmen; vgl außerdem Heiseke, NJW 1960, 77; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 12: „zu eng empfundene[s] Deliktsrecht“, 20; vgl dazu aus österreichischer Sicht Koziol, JBl 1994, 220; vgl aber auch schon die Schutzerwägungen bei Motive BGB, 1. Kommission 726 f, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 405 f.

¹⁶⁴³ Vgl Peters, Haftung 104; Fischer, Haftungsfragen 173 f.

¹⁶⁴⁴ RG I 337/20 RGZ 101, 297 (301); symptomatisch auch BGH VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449 (1450): „Die Interessenlage erfordert es [...] zum Schutz der Kapitalanleger, in der Erteilung von Auskünften durch Vermittler von Kapitalanlagen nicht nur einen gemäß § 676 BGB unverbindlichen Rat zu erblicken, sondern einen Vorgang, der die volle vertragliche Haftung des Auskunftgebers nach sich zieht“.

¹⁶⁴⁵ S dazu noch unten bei FN 1985.

¹⁶⁴⁶ In diese Richtung auch Karner in FS Koziol (2010) 700, der ebenso den Formulierungsunterschied zu § 1300 Satz 1 ABGB hervorhebt. Karner muss sich mE aber den Einwand gefallen lassen, dass er sich letztlich doch dem Regime des § 675 BGB annähert, indem er für die Anwendbarkeit des § 1300 Satz 1 ABGB das Bestehen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung fordert (Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ [2014] § 1300 Rz 2; ders in FS Koziol [2010] 699 ff). Diese würde nach dhM ebenso zu einer Fahrlässigkeitshaftung für Auskünfte im Rahmen des § 675 BGB führen und bliebe durch Abs 2 dieser Norm unberührt (vgl zur *cic* und zur Prospekthaftung Fischer in Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition [2015] § 675 Rz 91).

getan haben, hat zu unerfreulichen Konsequenzen geführt. So hat das Höchstgericht bekanntlich den zu Recht viel kritisierten¹⁶⁴⁷ Versuch zur Relativierung der Wertung des § 675 Abs 2 BGB, den konkludenten Haftungsvertrag¹⁶⁴⁸, einfach in seine eigene Rsp übernommen.¹⁶⁴⁹

ββ. „Konstitutives Verständnis“ des § 1300 Satz 1 ABGB

ααα. Ansatzpunkt, erste Skizzierung und Verhältnis zu herkömmlichen Dritthaftungstheorien

1) Nachdem die hM zur Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB¹⁶⁵⁰ nach den bisherigen Ausführungen mE mehr als zweifelhaft erscheint, soll im Folgenden versucht werden, die richtige Bedeutung der Norm im Haftungssystem des ABGB zu erfassen (zu ihren einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, s sodann weiter unten S 230 ff [„Sachverständiger“], S 244 ff [Raterteilung], S 258 ff [„gegen Belohnung“], S 305 ff [„aus Versehen“], S 335 ff [Schaden]).

Als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Normbedeutung soll der weit formulierte¹⁶⁵¹ Wortlaut des § 1300 Satz 1 ABGB dienen. Die banale, aber entscheidende Frage für die Dritthaftung von Ratingagenturen und sonstigen Experten ist: Kann die Norm so verstanden werden, dass ein Sachverständiger danach für (auch leicht) fahrlässige Raterteilungen haftet, wenn zwar (bisher) keine Sonderbeziehung zwischen ihm und dem Geschädigten bestand, der Sachverständige aber eine Belohnung, also einen wirtschaftlich eindeutig messbaren Vorteil¹⁶⁵², gerade für die Raterteilung (wenn auch von einem Dritten) lukriert?¹⁶⁵³ Einer teleologischen Reduktion oder analogen Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB bedürfte es also hierfür nicht.¹⁶⁵⁴ Rechtsdogmatisch könnte man eine derartige Fahrlässigkeitshaftung damit erklären, dass das Gesetz durch die Raterteilung „gegen Belohnung“ eine schuldrechtliche Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem entstehen lässt, der strengere Sorgfaltspflichten als im genuin deliktischen Bereich wesensimmanent sind.¹⁶⁵⁵ Der (sehr bedeutende) Unterschied zur hM bestünde

¹⁶⁴⁷ S oben in FN 1623, 1624.

¹⁶⁴⁸ S dazu oben bei FN 1635.

¹⁶⁴⁹ Nw oben in FN 1629.

¹⁶⁵⁰ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“.

¹⁶⁵¹ Dies hervorhebend *Hirte*, Berufshaftung 245.

¹⁶⁵² Zur hM zum Belohnungskriterium und zur hier vertretenen Ansicht s im Detail unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“.

¹⁶⁵³ Vgl schon *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 52; *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 5; *n.n.*, ABGB für Bürger² (1856) 528; *Ellinger*, ABGB³ (1857) 491; *Schuster v. Bonnot* in *Finger/Frankl/Allmann*, Grundriß I/4, 32.

¹⁶⁵⁴ Gegen *Harrer*, JBl 1997, 675.

¹⁶⁵⁵ Allg F. *Bydlinski*, JBl 1960, 366.

dann darin, dass die haftungsbegründende Sonderbeziehung nach dieser Auffassung keine Tatbestandsvoraussetzung, sondern *Rechtsfolge* des § 1300 Satz 1 ABGB ist.

Die Vorteile bei Bejahung der aufgeworfenen Frage liegen mE auf der Hand: Man hätte für die Dritthaftung eine Anspruchsgrundlage, die im Gesetzestext Deckung findet. Diese Lösung hätte damit Potenzial, auf lange Sicht¹⁶⁵⁶ die Rechtssicherheit im Bereich dieser Haftungsproblematik zu fördern. Denn die Rsp braucht zur Verwirklichung ihrer verfassungsmäßigen Aufgabe gesetzesnahe Kriterien¹⁶⁵⁷, die ihr eine Dritthaftung auf Basis von § 1300 Satz 1 ABGB zweifelslos böte. Die Wertungen dieser Norm könnten als solche des positiven Rechts verstanden werden, die in erster Linie für die Konkretisierung der Vertrauenshaftung fruchtbar gemacht werden sollten¹⁶⁵⁸. Anders als die „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“¹⁶⁵⁹ wäre eine derartige Verantwortlichkeit stärker konturiert und auf eine Gesetzesnorm eindeutig rückführbar¹⁶⁶⁰.

Das (mE jedenfalls in kapitalmarktrechtlichen Zusammenhängen, wo der Rechtssicherheit ein besonderer Stellenwert zukommt) zu „bewegliche System der Dritthaftung österreichischer Prägung“¹⁶⁶¹ könnte auf diese Weise zumindest ein wenig paralysiert werden. Eine bewegliche Lösung ist dafür insofern problematisch, als sich damit je nach Akzentuierung der (angeblich) haftungsbegründenden und -ausschließenden Elemente durch den Rechtsanwender jedes Ergebnis begründen lässt.¹⁶⁶² Dieser Vorgang ist auch kaum objektiv nachprüfbar. Dadurch werden letztlich die Grenzen der Dritthaftung unklar und die Haftungsrisiken unvorhersehbar.

2) Das bedeutet aber nicht, dass die Haftungsfigur der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ gänzlich abgelehnt werden müsste, wenn man einen „konstitutiven Charakter“ des § 1300 Satz 1 ABGB vertritt. Vielmehr könnte man dann diese Bestimmung als die (von manchen gesuchte, objektive) Norm betrachten, die diese Schutzpflichten normiert. Damit würde die Theorie der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ in einer solchen Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB aufgehen.¹⁶⁶³ So

¹⁶⁵⁶ Freilich kann es (zumindest aus kurzfristiger Sicht) der Rechtssicherheit abträglich sein, revolutionäre Ansichten zu vertreten. S aber noch unten bei FN 1875.

¹⁶⁵⁷ U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Verbandsverfassung 83; vgl auch Peters, Haftung 126.

¹⁶⁵⁸ Canaris, Vertrauenshaftung 4, 525; vgl Rüffler, JBl 2011, 82; Mertens in MünchKomm BGB² (1986) § 823 Rz 469, der eine Vertrauenshaftung dann bejahen möchte, wenn sie sich an gesetzliche Tatbestände (vgl § 1300 Satz 1 ABGB) anlehnen könne; vgl ferner Koziol, JBl 1994, 212 und dazu oben in FN 394.

¹⁶⁵⁹ S dazu oben bei und in FN 1408 sowie insb die Entscheidung *Goldgrube* (oben unter „Teil 1.I.C.1.b.aa. *Goldgrube* – 7 Ob 513/96: „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“).

¹⁶⁶⁰ Vgl zu diesem Schwachpunkt der „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ Harrer, JBl 1997, 675 FN 17; zur Problematik s auch schon oben bei FN 1421.

¹⁶⁶¹ Vgl etwa Brawenz, Prospekthaftung 84; allg zum beweglichen System etwa F. Bydlinski, Methodenlehre², 529 ff.

¹⁶⁶² Vgl die kritische Stellungnahme von Rüffler, JBl 2011, 81 (zu den „Grundsätzen“ der Eigenhaftung des Vertreters aus *culpa in contrahendo*); ferner Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) Vor §§ 1293 ff Rz 9.

¹⁶⁶³ Vgl C. Völkl, ÖJZ 2006, 104; ders/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112.

gesehen könnte die folgende Untersuchung als Versuch verstanden werden, der Rsp die Rechtsgrundlage für die diesbezügliche (vermeintliche) Rechtsfortbildung „nachzuschieben“.

Schon bisher wurde ja vertreten, dass § 1300 Satz 1 ABGB auch bei Verletzung solcher Sorgfaltspflichten „anwendbar“ ist, weil diese offenbar selbst das von der hM geforderte Schuldverhältnis konstituierten.¹⁶⁶⁴ Daher ist ein Konnex zwischen der Norm und dieser Haftungstheorie schon seit Längerem gegeben. *Wilhelm* spricht sogar davon, dass die „objektiv-rechtlichen“ Schutzpflichten „aus § 1300 ABGB abgeleitet“ würden,¹⁶⁶⁵ was freilich in Widerspruch mit der hM zur Bedeutung dieser Bestimmung gerät. Die Deduktion aus § 1300 ABGB wird in der Tat aber dadurch bestätigt, dass man die Ausführungen zu den „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ in den einschlägigen Kommentaren stets (auch) bei § 1300 ABGB findet.¹⁶⁶⁶ Möglicherweise ist die hier gestellte Frage daher gar nicht so revolutionär, wie sie zunächst erscheinen mag.

Ähnliches gilt für das Verhältnis der oben skizzierten Haftungstheorie zur Vertrauenshaftung im Sinne *Canaris*. Wie noch aufzuzeigen sein wird, spielt das Vertrauen des Geschäftsverkehrs in die Tätigkeit des Sachverständigen eine entscheidende Rolle für die strenge Haftung desselben nach den §§ 1299, 1300 ABGB; und zwar sowohl in haftungskonkretisierender als auch -konstituierender Hinsicht.¹⁶⁶⁷ Desgleichen soll bei der Haftungsbegründung gem § 1300 Satz 1 ABGB die von der deutschen Vertrauenshaftung geforderte „Nähe“ der schädigenden Information zum Vertragsabschluss des Geschädigten¹⁶⁶⁸ noch ein Thema sein¹⁶⁶⁹, um die Überschaubarkeit der Haftung zu gewährleisten. Insoweit ließe sich die Verantwortlichkeit iS dieser Bestimmung (nach neuem Verständnis) ebenso wie die deutsche Vertrauenshaftung als originär gesetzliche Haftung begreifen¹⁶⁷⁰, sodass auch hier Überschneidungen bestünden.

Eine solche Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB könnte damit gleichzeitig einen Beitrag dafür leisten, die „Zersplitterung“ der Vertrauenshaftung iwS durch verschiedene Theorien (Vertrauenshaftung aus *culpa in contrahendo* einerseits, „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten“ andererseits)¹⁶⁷¹ abzumildern, weil § 1300 Satz 1 ABGB dann beide

¹⁶⁶⁴ S dazu oben bei FN 1514.

¹⁶⁶⁵ *Wilhelm*, *ecolox* 2001, 881.

¹⁶⁶⁶ S *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 15 f.

¹⁶⁶⁷ S unten bei FN 1753, 2045, 2122.

¹⁶⁶⁸ S dazu oben bei FN 532 und unten bei FN 2800.

¹⁶⁶⁹ Näher unten bei FN 2573.

¹⁶⁷⁰ S unten bei FN 1873.

¹⁶⁷¹ Zur Problematik oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.bbb. Rechtsfortgebildete Vertrauenshaftung im weiteren Sinne oder „objektiv-rechtliche Dritthaftung““.

Haftungsansätze (wenn auch nur zum Teil) in sich vereinen würde. ME besticht eine solche Vorgehensweise auch dadurch, dass sie für die Lösung der Dritthaftungsproblematik eine einzigartige österreichische Rechtsvorschrift (§ 1300 Satz 1 ABGB) heranzieht, ohne auf die „sinngemäße“ Anwendung deutscher Normen (§ 311 Abs 3, § 675 BGB) angewiesen zu sein.

βββ. Entstehungsgeschichte des § 1300 Satz 1 ABGB

1) Im Folgenden soll nun geprüft werden, ob die Historie des § 1300 ABGB¹⁶⁷² die im vorigen Unterkapitel (S 192 ff) vorgenommene, wortlautgetreue Auslegung¹⁶⁷³ zu stützen vermag:

Wie erwähnt¹⁶⁷⁴, war die Norm schon in der Stammfassung des ABGB enthalten. Das bedeutet aber keineswegs, dass die Kreation einer spezifischen Sachverständigenhaftung ein Novum des 19. Jahrhunderts war. Bereits der älteste Vorentwurf des ABGB, der Codex Theresianus 1766, kannte eine spezielle Verantwortlichkeit des (auch vermeintlichen) Sachverständigen.¹⁶⁷⁵ Nr 154 iVm Nr 156 des 21. Caputs des Dritten Theils dieses Codexes betonte freilich den Aspekt der „Übernahmefahrlässigkeit“ (vgl §§ 1299¹⁶⁷⁶, 1311 ABGB), wenn er als Anwendungsfall der Haftung aus „Unerfahrenheit oder Unwissenheit“ eine strenge Haftung desjenigen normierte, „der sich einer Kunst oder Gewerbes kündig und erfahren zu sein ausgiebt, solches [erg: aber] nicht versteht und dadurch Anderen schadet“.¹⁶⁷⁷ Auch wenn der Tatbestand als Beispiele die Verantwortlichkeit des Arztes und des Werkunternehmers anführte¹⁶⁷⁸, wurde diese Sachverständigenhaftung offenbar als deliktische verstanden. Denn die zitierte

¹⁶⁷² Allg zur Bedeutung der „Vorstufen des schließlich beschlossenen Gesetzes“ wie etwa von Vorentwürfen einschließlich deren Veränderungen für die Auslegung von Rechtsnormen s F. Bydlinski, Methodenlehre², 449; vgl auch Rüdfler, JRP 2002, 70 ff.

¹⁶⁷³ S zur Wortlautinterpretation im Detail unten bei FN 1815.

¹⁶⁷⁴ Oben bei FN 1472.

¹⁶⁷⁵ Zum Zusammenhang zwischen § 1300 und den Vorentwürfen zum ABGB, namentlich dem Codex Theresianus s zB Randa, ABGB 66 FN 36a.

¹⁶⁷⁶ Entscheidend nach dieser Norm ist nicht, dass der Schädiger tatsächlich Sachverständiger ist, sondern dass er sich als solcher geriert (s dazu noch unten bei FN 2185). Bedenkt man den Fall des Laien, der sich als Sachverständiger ausgibt und daher gem § 1299 ABGB haftet, kann man in diese Bestimmung einen Aspekt der Übernahmefahrlässigkeit hineinlesen (vgl Nippel, ABGB [1835] § 1299 Anm 5; Pfaff, Gutachten 30; Schuster v. Bonnot in Finger/Frankl/Allmann, Grundriß I/4, 32; Wolff in Klang, ABGB VI² [1951] 48; Harrer in Schwimann, ABGB³ [2006] § 1299 Rz 2; 2 Ob 599/85 JBl 1987, 104 (106); 8 Ob 651/89 SZ 62/146, 81 (83); RIS-Justiz RS0026557 T 1, T 3; OGH 5 Ob 92/07 a JBl 2008, 105 [107]; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 33; gegen das Erfordernis der Einlassungsfahrlässigkeit für eine Haftung gem § 1299 ABGB aber OGH 5 Ob 536/76 SZ 49/47, 219 (224 f); Koziol, Haftpflichtrecht II², 183; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ [2014] § 1299 Rz 5; wohl auch Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} [2014] § 1299 Rz 3; diff Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1299 Rz 8).

¹⁶⁷⁷ III 21 Nr 154 iVm Nr 156 Codex Theresianus, abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus III 366. Eine solche Handlung verstand der Codex Theresianus als Verbrechen durch Beschädigung (III 21 Nr 145 Codex Theresianus), wofür ein Schaden (III 21 Nr 147 Codex Theresianus) und die Schuld des „Beschädigers“ (III 21 Nr 148 Codex Theresianus) vorausgesetzt wurden. III 21 Nr 154 Codex Theresianus präziserte den Schuldbegriff und verstand darunter auch die „Unerfahrenheit“. III 21 Nr 156 Codex Theresianus führte als Anwendungsfall einer solchen Unerfahrenheit an, dass jemand unsorgfältig eine Sachverständigen-Tätigkeit ausübt. Sämtliche dieser Bestimmungen sind in Harrasowsky, Codex Theresianus III 365 – 367 abgedr. Zur Haftung für Raterteilung s unten bei und in FN 1687.

¹⁶⁷⁸ Man dürfte daher – historisch nachvollziehbar (vgl oben bei FN 1633) – wohl nur Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern im Auge gehabt haben, vgl auch III 21 Nr 147 Codex Theresianus, wo von der wirklichen Beschädigung des fremden Guts die Rede ist; vgl ferner III 21 Nr 146 iVm III 21 Nr 46 Codex Theresianus, abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus III 365, 352 (engerer Schadensbegriff).

Bestimmung findet sich systematisch bei den Verbrechen wieder, also den unerlaubten Handlungen.¹⁶⁷⁹ Ausdrücklich waren ebenso (wie bei § 1300 ABGB) schädigende Raterteilungen von der Expertenhaftung iSd Codexes Theresianus umfasst (III 15 Nr 9 Codex Theresianus).¹⁶⁸⁰

2) Der nächstfolgende Vorentwurf zum ABGB, der Entwurf *Hortens* aus den Jahren 1772 und 1776¹⁶⁸¹, griff den Gedanken der spezifischen Sachverständigenhaftung nach dem Codex Theresianus¹⁶⁸² auf (III 22 § 4 EntwHorten). Allerdings lag der Verantwortlichkeit iSd Entwurfs *Hortens* schon ein weiterer¹⁶⁸³ Schadensbegriff zugrunde, der ausdrücklich Vermögensschäden mitumfasste (III 22 § 1 EntwHorten¹⁶⁸⁴).

Darüber hinaus ging (auch) der Entwurf *Hortens* explizit auf die schädigende Raterteilung ein. Systematisch verbesserungswürdig wurde im Rahmen des „Bevollmächtigungscontracts“¹⁶⁸⁵ die Haftung des vorsätzlich gefährdenden Ratgebers und desjenigen normiert, der eine Garantie für den Rat übernimmt (III 16 § 9 EntwHorten)¹⁶⁸⁶. Der vorsätzlichen „Gefährde“ sollte es aber „gleich gehalten werden, wenn Jemand, der sich rühmet, einer Kunst oder Hantierung kundig zu sein, aus Unerfahrenheit einen schädlichen Rath erteilet“ (III 16 § 10 EntwHorten; s bereits III 15 Nr 9 Codex Theresianus¹⁶⁸⁷; ähnl Satz 1381ac des Badischen Landrechts 1809¹⁶⁸⁸)¹⁶⁸⁹. Der (auch vermeintliche) Sachverständige war nach dieser Bestimmung also für einen fahrlässig erteilten Rat verantwortlich, ohne dass der Entwurf *Hortens* hierfür einen Vertrag, ein sonstiges Schuldverhältnis oder eine Belohnung vorausgesetzt hätte.¹⁶⁹⁰

¹⁶⁷⁹ Vgl in FN 1677; vgl auch allg zum außervertraglichen Schuldverhältnis, welches durch das schuldhafte Verhalten des Schädigers entstehe I 21 Nr 1 Codex Theresianus, abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus III 346.

¹⁶⁸⁰ Dazu sogleich unten bei FN 1687.

¹⁶⁸¹ Zur Aufgabe des Entwurfs, den kasuistischen und aufgeblähten Codex Theresianus zur kürzen, vgl *Neschwara*, Materialien 9.

¹⁶⁸² Erweitert wurde die Fallgruppe der Sachverständigenhaftung in III 22 § 4 EntwHorten, abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 500, um denjenigen, der sein „Amt“ nicht versteht. Als Beispiel wurde der Richter angeführt.

¹⁶⁸³ Zum Codex Theresianus vgl demgegenüber oben in FN 1678.

¹⁶⁸⁴ Abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 500.

¹⁶⁸⁵ Vgl die Überschrift vor III 16 § 1 EntwHorten; Grund für diese Einordnung war, dass man die Empfehlung und den Rat eindeutig vom Auftrag abgrenzen wollte (III 16 § 7 EntwHorten; vgl auch § 1300 sächsisches BGB 1865; *Last*, Kreditauftrag 330): Betreffe das „aufgetragene Geschäft“ allein den Nutzen desjenigen, dem es aufgetragen wird, und sei damit nicht einmal ein mittelbarer Nutzen für den Auftragenden oder einen Dritten beabsichtigt, so sei dieses Geschäft kein Auftrag, sondern eine bloße Anempfehlung oder ein Rat (ausf zur Abgrenzung *Schey*, Obligationsverhältnisse I 470 ff; ähnl I 13 § 217 ALR; vgl dazu *Bornemann*, Preußisches Civilrecht III², 255). Offensichtlich hatte sich *Horten* dabei, vergleichbar mit § 676 BGB idF dRGL 1896, 195, an das römisch-rechtliche *mandatum tua (tantum) gratia* (den unverbindlichen Ratschlag, der mangels *dolus* keine Haftung auslösen sollte) angelehnt (vgl dazu *Schey*, Obligationsverhältnisse I 473 mit FN 15; *nulla obligatio*, 474 FN 20; *Last*, Kreditauftrag 308, 316; *Lorenz*, in FS *Larenz* [1973] 577 mit FN 6; *Lammel*, AcP 179 [1979] 345). In III 16 § 8 EntwHorten wurde daher die Verantwortlichkeit im Rahmen eines Auftrags geregelt, während III 16 §§ 9, 10 EntwHorten die Haftung des Ratgebers behandelten.

¹⁶⁸⁶ Abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 460; s dazu auch *Last*, Kreditauftrag 330. Das deckt sich mit römisch-rechtlichen Quellen, s *Last*, Kreditauftrag 306, 308.

¹⁶⁸⁷ Abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus III 262; s dazu auch *Last*, Kreditauftrag 326 f.

¹⁶⁸⁸ Zu dieser Bestimmung s unten in FN 1731.

¹⁶⁸⁹ Abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 461; s dazu auch *Last*, Kreditauftrag 330. S bereits die Gleichstellung von doloser und berufsmäßiger Raterteilung (also durch einen Sachverständigen) in römisch-rechtlichen Quellen, nachgewiesen bei *Last*, Kreditauftrag 306, 308.

¹⁶⁹⁰ Zum Grund für die systematische Einordnung beim Bevollmächtigungsvertrag s in FN 1685.

3) Ein noch jüngerer Vorentwurf des ABGB, der Entwurf *Martinis* 1797, hielt ebenso an einer besonderen Verantwortlichkeit von Experten fest.¹⁶⁹¹ Deutlicher wurde dabei ihr eigenständiger Sorgfaltsmaßstab betont (I 2 § 9, III 13 §§ 24, 27 EntwMartini¹⁶⁹²; vgl § 1299 ABGB). Daneben statuierte *Martini* auch eine strenge Sachverständigenhaftung ua von Rechtsfreunden, die „Jemanden“ durch nachlässiges Benehmen schädigen, selbst wenn sie unentgeltlich tätig gewesen sein sollten (III 13 § 28 EntwMartini¹⁶⁹³).

Von den Regelungen über die Haftung speziell für Raterteilungen iSd Entwurfs *Hortens*¹⁶⁹⁴ blieb als Relikt im Entwurf *Martinis* nur § 2 im Hauptstück über Empfehlungs- und Hinterlegungsverträge übrig. Demnach hafte derjenige, der „einem Andern zu dessen Besten, oder auch zum Besten eines Dritten ohne böse Absicht etwas rathet, für den guten Erfolg nicht“.¹⁶⁹⁵ Mit der systematisch wiederum auf den ersten Blick fragwürdigen Einordnung wollte *Martini* offenbar klarstellen, dass man mit einem Ratschlag grundsätzlich keine Verbindlichkeit auf sich nehmen¹⁶⁹⁶ und dementsprechend auch keinen Empfehlungsvertrag¹⁶⁹⁷ errichten wolle¹⁶⁹⁸ (*quia nemo ex consilio obligatur*¹⁶⁹⁹). Diese Vorgängerbestimmung zu § 1300 ABGB enthielt also nur den zweiten Satz der heutigen Norm und traf damit keine besondere Anordnung für professionelle Ratschläge.¹⁷⁰⁰ Dieser § 2 trat mit geringfügigen sprachlichen Korrekturen als § 103 des Vierten Hauptstücks des Dritten Theils der ABGB-„Testversion“ in Kraft, des Westgalizischen Gesetzbuchs^{1701 1702}.

4) Wesentlich für die Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB ist nun, dass v. Zeiller mit dieser „kümmerlichen“ Haftungsbestimmung betreffend Ratschläge des Entwurfs *Martinis* nicht restlos einverstanden war. Er bemerkte im Zuge der Beratungen zur Redaktion des ABGB, dass die böse Absicht schwer zu beweisen sei¹⁷⁰³ und Wissentlichkeit der angemesseneren Maßstab sei; darüber hinaus sollten fahrlässige Schädigungen in

¹⁶⁹¹ S auch Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 382.

¹⁶⁹² Abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus V 17, 212, 213.

¹⁶⁹³ Abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus V 213.

¹⁶⁹⁴ S dazu oben bei FN 1686, 1689.

¹⁶⁹⁵ I 4 § 2 EntwMartini, abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus V 171; vgl dazu auch Welser, Haftung 33 FN 3.

¹⁶⁹⁶ So auch OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (13); III 15 Nr 6 Codex Theresianus, abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus III 262; vgl auch Protokolle BGB, 2. Kommission 2341, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 959; Motive BGB, 1. Kommission 554, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 471; Scheucher, ÖJZ 1961, 226.

¹⁶⁹⁷ Dieser wurde so definiert, dass „Jemand die Besorgung fremder Geschäfte sich angelegen sein läßt“, diese Mühewaltung verspricht und dieses Versprechen angenommen wird (s III 4 § 1 EntwMartini, abgedr in Harrasowsky, Codex Theresianus V 171).

¹⁶⁹⁸ Vgl III 4 §§ 1, 2 EntwMartini (arg „und so“); Welser, Haftung 33 FN 3. Dieser Konnex zwischen Empfehlungsvertrag und Raterteilung wurde durch die Umformulierung durch das WgGB (dazu sogleich im Fließtext und in FN 1702) abgeschwächt bzw nicht mehr so deutlich dargestellt.

¹⁶⁹⁹ Lorenz, in FS Larenz (1973) 578; Schey, Obligationsverhältnisse I 473 mit FN 15; vgl zur Unterscheidung zwischen *nudum consilium* und *non nudum consilium*: Last, Kreditauftrag 305.

¹⁷⁰⁰ S dazu auch Pfaff, Gutachten 65.

¹⁷⁰¹ Neschwara, Materialien 29 f; ausf zum WgGB Brauner in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 303 ff (dort [S 309 ff] aber gegen eine „probeweise“ Geltung des WgGB). Dieser Teil war sodann Basis der Beratungen zur Redaktion des ABGB, vgl dazu und zur Bedeutung des WgGB für die Auslegung des ABGB: Nippel, ABGB (1835) § 1295 Anm 2; Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 287; Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 353, 364 f, 371 f, 423.

¹⁷⁰² III 4 § 103 WgGB.

¹⁷⁰³ Pfaff, Gutachten 65; vgl auch Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 2.

bestimmten Fällen zu einer Haftung für Falschberatung führen können.¹⁷⁰⁴ Er schlug daher – möglicherweise inspiriert durch *Horten*¹⁷⁰⁵ – in der (84.) Sitzung am 11. März 1805¹⁷⁰⁶ vor, folgenden Text im geplanten Hauptstück über den Bevollmächtigungsvertrag¹⁷⁰⁷ aufzunehmen:

„Wer Jemanden nur im allgemeinen, und ohne eine bestimmte Verbindlichkeit auf sich zu nehmen, seine Dienste verspricht, oder einem Andern zu dessen Besten, oder auch zum Besten eines Dritten einen Rath ertheilt, errichtet noch keinen Bevollmächtigungsvertrag. Wenn aber Jemand wissentlich, *oder ein Kunstverständiger auch nur aus Verschulden einen schädlichen Rath ertheilt, so haftet er für den widrigen Erfolg.*“¹⁷⁰⁸]¹⁷⁰⁹

Interessant ist dabei zunächst, dass v. Zeiller wie schon sein Lehrer *Martini*¹⁷¹⁰ auch auf den Rat einging, der einem Dritten schadet (*arg* „zum Besten eines Dritten“). Damit ist eine andere Person gemeint, als diejenige, die mit dem Sachverständigen in Kontakt tritt und den Rat bei ihm einholt. Zudem zeigt die vorgeschlagene Formulierung, dass v. Zeiller Sachverständige ganz bewusst im außervertraglichen Bereich strenger als sonstige Personen haften lassen wollte: Jedes Verschulden sollte den professionellen Ratgeber haftbar machen. Die allgemeine Regel, man nehme mit der Raterteilung keine „bestimmte Verbindlichkeit auf sich“¹⁷¹¹, sollte offenbar insoweit durchbrochen werden.¹⁷¹²

Zur inhaltlichen Abstimmung über die von v. Zeiller vorgeschlagene Bestimmung kam es (vorerst) jedoch nicht. Denn die anderen Redaktoren waren der Meinung, dieses Thema gehöre an den systematisch passenderen Ort, namentlich in das Kapitel über das Verschulden.¹⁷¹³ Die Beratung wurde daher aufgeschoben und erst mehr als ein Jahr später fortgesetzt.¹⁷¹⁴ Mit ausdrücklicher Anlehnung an das preußische Recht schlug v. Zeiller sodann die heutige Textierung des § 1300 Satz 1 ABGB vor.¹⁷¹⁵ Das preußische Recht

¹⁷⁰⁴ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 44; *Last*, Kreditauftrag 336; allg zur Bedeutung der Berathungsprotokolle für die Interpretation, insb aufgrund ihrer kaiserlichen Sanktion s *Pfaff*, GrünhutsZ 2 (1875) 297 f.

¹⁷⁰⁵ Vgl oben bei FN 1689.

¹⁷⁰⁶ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 39.

¹⁷⁰⁷ Der Empfehlungsvertrag (dazu schon oben bei und in FN 1697) sollte zwecks Optimierung der Begrifflichkeit fortan als „Bevollmächtigungsvertrag“ bezeichnet werden (Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 44).

¹⁷⁰⁸ Anm: Hervorhebung nicht im Original.

¹⁷⁰⁹ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 44; s dazu auch *Welser*, Haftung 33 f FN 3; vgl *Swoboda*, ABGB III 91.

¹⁷¹⁰ S oben in FN 1698. Allg zum Einfluss *Martinis* auf v. Zeiller s *Ingenhaeff* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 261 ff.

¹⁷¹¹ Vgl I 4 § 2 EntwMartini, III 4 § 103 WgGB; vgl auch die vorgeschlagene Textierung v. Zeillers oben bei FN 1709.

¹⁷¹² Vgl III 15 Nr 7, 9 Codex Theresianus, abgedr in *Harrasowsky*, Codex Theresianus III 262. Dies entspricht dem Regel-Ausnahmeverhältnis bei *Last*, Kreditauftrag 306, 308; vgl auch *Bornemann*, Preußisches Civilrecht III², 255, wonach eine Raterteilung grunds kein Rechtsverhältnis zwischen Ratgeber und Beratenem begründe, der Sachverständige jedoch jedenfalls für grobe Fahrlässigkeit haften solle.

¹⁷¹³ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 45; *Pfaff*, Gutachten 65; *Last*, Kreditauftrag 336; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 226.

¹⁷¹⁴ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 183; *Pfaff*, Gutachten 65.

¹⁷¹⁵ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 187; *Pfaff*, Gutachten 65; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 226; *Welser*, Haftung 34 FN 3; vgl auch *Karner* in FS Koziol (2010) 697.

normierte freilich in den I 13 §§ 219 f ALR 1794 nicht nur die Haftung eines Sachverständigen, der „seinen Rath gegen Bezahlung oder Belohnung erteilt hat“ für „ein mäßiges Versehen“, sondern auch desjenigen Sachverständigen, der ohne Bezahlung oder Belohnung grob schuldhaft schädlichen Rat erteilt.¹⁷¹⁶ Außerdem sahen die II 8 §§ 704 f ALR eine von einer Belohnung unabhängige Verantwortlichkeit für kaufmännische Kreditauskünfte vor:¹⁷¹⁷ Grobe Fahrlässigkeit¹⁷¹⁸ wurde hierfür gefordert¹⁷¹⁹, wenn die Kreditempfehlung auf Anfrage des Auskunftssuchenden erfolgte, während in den übrigen Fällen leichte Fahrlässigkeit für ausreichend erachtet wurde.¹⁷²⁰

Wie aus der Formulierung des § 1300 Satz 1 ABGB hervorgeht, hielt v. Zeiller demgegenüber undifferenziert am Tatbestandsmerkmal der Belohnung fest. Da die übrigen Redaktoren mit dem Vorschlag des Referenten einverstanden waren¹⁷²¹, kommt seinem Kommentar zu der Bestimmung mE besondere Bedeutung zu: § 1300 Satz 1 ABGB stammt aus seiner Feder und v. Zeillers Abhandlung vermag daher den fehlenden Motivenbericht zum ABGB zu ersetzen.¹⁷²² Dort präzierte v. Zeiller „gegen Belohnung“ durch die vorsichtige Formulierung, der fragliche Beisatz deute „wohl hauptsächlich dahin, daß der Rath auf eine vorläufige Aufforderung in einem bestimmten Falle, und unter Vorlegung der näheren Umstände, nicht aber im Allgemeinen, bloß erzählungsweise, in freundschaftlichen Unterredungen u. d. gl. erteilet werde.“¹⁷²³ Gleich darauf geht v. Zeiller aber sehr wohl konkreter auf den wirtschaftlichen Vorteil des Sachverständigen ein, wenn er meint, hinsichtlich „unentgeltlicher“ Raterteilungen finde die allgemeine Norm (§ 1299 ABGB¹⁷²⁴) Anwendung (und sohin offenbar nicht § 1300 Satz 1 ABGB).¹⁷²⁵

¹⁷¹⁶ Karner in FS Koziol (2010) 697 FN 10; vgl auch I 14 § 209 ALR (stillschweigende Bürgschaft durch grob schuldhaftes unrichtiges Zeugnis über den Kreditnehmer).

¹⁷¹⁷ Zur „strengeren“ Behandlung von kaufmännischen Empfehlungen s auch schon Last, Kreditauftrag 309; Schey, Obligationsverhältnisse I 477 FN 38.

¹⁷¹⁸ Vgl auch I 14 § 209 ALR (s dazu in FN 1716).

¹⁷¹⁹ Ebenso § 1163 Zürcher BGB 1853/55, abgedr in Hirte, Berufshaftung 166 FN 121.

¹⁷²⁰ Vgl zu diesem Gedanken § 1035 ABGB: Wer sich eigenmächtig in das Geschäft eines anderen einmengt, ist für alle Folgen verantwortlich; insoweit aber gerade nicht diff Motive BGB, 1. Kommission 554, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310.

¹⁷²¹ S Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 188.

¹⁷²² Zur grunds Funktion des Kommentars v. Zeillers, den fehlenden Motivenbericht zum ABGB zu ersetzen, jedoch auch zur relativen Bedeutung seiner Ansichten in bestimmten Zusammenhängen, in denen v. Zeiller (anders als bei § 1300 Satz 1 ABGB) seine eigene Rechtsanschauung offenbar anstelle der der Mehrheit der Redaktoren setzte, s Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 261 ff.

¹⁷²³ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; zT ähnl Scheidlein, Privatrecht I (1814) 628; Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 4; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 609.

¹⁷²⁴ Das deutet darauf hin, dass v. Zeiller eine eigenständige „Berufshaftung“ gem § 1299 ABGB befürwortet hat (idS Karollus, Schutzgesetzverletzung 6 FN 26; s dazu noch unten bei und in FN 2869). Möglich, aber mE unwahrscheinlicher ist, dass v. Zeiller mit dem Verweis auf § 1299 ABGB bloß den Sorgfaltsmaßstab einer allfälligen Haftung außerhalb von Entgeltbeziehungen gemeint haben könnte (vgl unten bei FN 1692).

¹⁷²⁵ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2.

γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB

1) Aus dieser Gesetzesgeschichte lassen sich folgende Schlüsse ableiten: Seit jeher (dh bereits in den Vorentwürfen zum ABGB) wurde in Österreich eine spezifische Sachverständigenhaftung befürwortet.¹⁷²⁶ Hierbei wurde nicht bloß ein verschärfter Sorgfaltsmaßstab vorgesehen (vgl § 1299 ABGB), sondern auch spezielle Anspruchsgrundlagen konzipiert, die zu einer weitergehenden Verantwortlichkeit als im allgemeinen (dh Nicht-Sachverständigen-)Bereich führen sollten.¹⁷²⁷ Insoweit ist es nur konsequent, dass das ABGB nach Normierung der allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts (insb der Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB) davon spricht, dass der Sachverständige „auch dann verantwortlich“ sei.¹⁷²⁸

Die historische Position einer verschärften Einstandspflicht von Experten ist nicht wirklich verwunderlich. Denn der Gesetzgebungsprozess des ABGB wurde nicht nur durch das preußische Recht¹⁷²⁹, sondern auch vom römischen Recht¹⁷³⁰ beeinflusst, die beide eine solch strengere Haftung der Grundlage nach kannten. Auf dieser Linie liegt schließlich ebenso der ältere Satz 1381 ac des Badischen Landrechts 1809¹⁷³¹ und die jüngeren § 1301, § 1508 des sächsischen BGB 1865¹⁷³², Art 688 Abs 2, Art 1030 Dresdner Entw 1866¹⁷³³, § 1162 des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuchs 1853/55¹⁷³⁴, die ebenfalls eigenständige Anspruchsgrundlagen für die Haftung von sachverständigen Ratgebern regelten.

Wenngleich das BGB im auffälligen Gegensatz zu den übrigen zeitgenössischen Kodifikationen keine typische Sachverständigenhaftung normierte¹⁷³⁵, wirkte der Geist der älteren deutschen Bestimmungen über die „Berufshaftung“ selbst nach ihrem

¹⁷²⁶ Vgl auch Welser, Haftung 25 FN 12 am Anfang.

¹⁷²⁷ Vgl v. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; Bergmayr, Bürgerliches Recht III (1833) 293; Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 4; Ellinger, ABGB⁵ (1857) 491; Maitisch/v. Kirchstetter, ABGB⁴ (1881) 644; Scheidlein, Privatrecht I (1814) 627; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 49 f; Last, Kreditauftrag 340 f, 345, 347; Scheucher, ÖJZ 1961, 225.

¹⁷²⁸ Vgl C. Völkl, ÖJZ 2006, 103.

¹⁷²⁹ Pfaff, GrünhutsZ 2 (1875) 292 f; ausf Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 345 ff, 358 ff.

¹⁷³⁰ Lammel, AcP 179 (1979) 347; Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 364, 366, 397.

¹⁷³¹ „Wer dem Anderen auf Befragen einen Rath ohne Gefährde giebt, der wird für den Erfolg nicht verantwortlich, wenn nicht der Rathfragende dessen Rath für sein Benehmen einzuholen verbunden war oder an ihn als Sachverständigen sich gewendet hatte, und in einem oder anderen Fall sein Rath ungeschickt war“, abgedr in Hirte, Berufshaftung 165 FN 118.

¹⁷³² § 1301: „Rathschläge und Empfehlungen begründen keinen Auftrag; doch wird der Rathgeber oder Empfehlende zum Schadenersatze verpflichtet, wenn er entweder absichtlich oder in einem Falle, in welchem er durch Amtspflicht, Beruf oder Vertrag zu Ertheilung von Rath oder Empfehlung verpflichtet ist, aus Fahrlässigkeit schädlichen Rath oder schädliche Empfehlung ertheilt hat. § 1508: Öffentlich angestellte Sachverständige, welche innerhalb ihres Wirkungskreises in Angelegenheit ihrer Kunst oder Wissenschaft absichtlich oder aus grober Fahrlässigkeit ein unrichtiges Gutachten abgeben, oder eine unrichtige Schätzung aufstellen, sind zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.“ Diese Paragraphen sind abgedr in Lorenz in FS Larenz (1973) 578 mit FN 6; Hirte, Berufshaftung 169, 166 FN 120.

¹⁷³³ S dazu oben in FN 1602.

¹⁷³⁴ „Ausnahmsweise wird der Rathgeber oder Empfehler zum Schadenersatz verpflichtet, wenn derselbe absichtlich schädlichen Rath oder Empfehlung gegeben hat, oder durch Amtspflicht oder Beruf oder vertragsmäßig veranlaßt war, mit Sorgfalt Rath zu geben und aus Fahrlässigkeit schädlichen Rath ertheilt hat. [...]“, abgedr in Hirte, Berufshaftung 166 FN 121.

¹⁷³⁵ Hirte, Berufshaftung 174; vgl auch schon Last, Kreditauftrag 363.

Außerkräfttreten im deutschen Rechtsdenken fort. So bejahte die deutsche Rsp die Auskunftshaftung insb aufgrund eines stillschweigend zustande gekommenen Auskunftsvertrags oder eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade dann, wenn der Auskunftserteilende (eine Bank, ein Wirtschaftsprüfer bzw Steuerberater, ein Notar bzw Rechtsanwalt, ein öffentlich bestellter Sachverständiger) aufgrund seiner beruflichen Stellung (vgl § 1299 ABGB) besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen hatte.¹⁷³⁶ Das kann man auch so interpretieren, dass sich das deutsche Reichsgericht und der BGH im Rahmen der Haftungs begründung hinter rechtsgeschäftlichen Erklärungen „versteckt“ haben, letztlich aber doch die Vertrauen erweckende berufliche Stellung des Haftpflichtigen den haftungsrelevanten Ausschlag geben ließen.¹⁷³⁷

Für sich betrachtet mag man die zahlreichen Entscheidungen in Deutschland als rechtlich nicht bindende Empirie einstufen,¹⁷³⁸ dem österreichischen Rechtsanwender sollten sie angesichts des Sachverständigen-Tatbestandsmerkmals des § 1300 Satz 1 ABGB aber zu denken geben. Vor dem Hintergrund der österreichischen Norm ist es mE korrekt, wenn die fragliche Haftungsproblematik heutzutage mitunter als „Expertenhaftung“ bezeichnet wird¹⁷³⁹ – eine Renaissance für die „Berufshaftung“¹⁷⁴⁰?! Jedenfalls dürfte der OGH die Haftung aufgrund „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ – im Einklang mit dem Verständnis *Welsers*¹⁷⁴¹ – nur bei Sachverständigen anwenden.¹⁷⁴² Das LG St. Pölten¹⁷⁴³ spricht bezeichnenderweise von „objektiv-rechtlichen Sachverständigenpflichten“.

¹⁷³⁶ S nur RG Rep VI 201/02 RGZ 52, 365 (366 f); VIII 559/30 RGZ 131, 239 (246); BGH II ZR 283/51 NJW 1953, 60; VII ZR 199/60 WM 1962, 1110; VIII ZR 235/61 NJW 1962, 1500; II ZR 85/68 NJW 1970, 1737; VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (323); IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (355 f); IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484 (485); IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1759); XI ZR 12/88 NJW-RR 1989, 696; III ZR 50/94 NJW 1995, 392; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949); X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1870); III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194); s dazu zB Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665.

¹⁷³⁷ Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 87: „Berufshaftung aufgrund eines Auskunftsvertrages“, Rz 126; Lorenz in FS Larenz (1973) 591; Hopt, AcP 183 (1983) 618, 643; vgl auch dens, ebd 707; wie hier wohl auch Liebscher, Abschußprüfer 31 f; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13; vgl ferner Köndgen, Selbstbindung 362; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 88 f; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 13; Schneider, ZHR 163 (1999) 252; Bosch, ZHR 163 (1999) 276; Schobel, ÖBA 2001, 753 FN 9; Peters, Haftung 104, 114; Öllinger, Haftung 191 FN 784, 192; Meyer, Rechtsfragen 94; Eisen, Haftung 342 f; Schuler, Verantwortlichkeit 233; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 211; vgl weiters Koziol, Haftpflichtrecht II², 187, wo auf die verschiedenen Berufsgruppen Bezug genommen wird, um die es in der Praxis ging. Auch in der Schweiz dürfte die berufliche Stellung des Auskunftgebers und die gewerbseinschlägige Auskunft dazu verleitet haben, einen „konkludenten Auskunftsvertrag“ anzunehmen (s Vasella, Haftung 293 f).

¹⁷³⁸ Vgl Lammel, AcP 179 (1979) 359, der betont, dass sich seine Haftungs begründung nicht in der normativen Kraft des Faktischen (gemeint: Verweis auf die Entscheidungen zur Auskunftshaftung) erschöpfen soll.

¹⁷³⁹ S etwa Canaris, ZHR 163 (1999) 206; Karner, ÖBA 2001, 893, 895; dens, ÖBA 2010, 594: Dritthaftung von Experten; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 75; Deipenbrock, BB 2003, 1853; Hennrichs in FS Hadding (2004) 887; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729; dens in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 621; Meyer, Rechtsfragen 95, 97; Blaurock, ZGR 2007, 633; Kersting, Dritthaftung 318 ff; Eisen, Haftung 349; Fischer, Haftungsfragen 162 FN 498; Knops, BB 2008, 2539; Korth, Dritthaftung 46; Berger/Stemper, WM 2010, 2292; Mühl, Haftung, Rz 244; Hopt, WM 2013, 110; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 115, 118, 168 ff; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 62; Amort, EuR 2013, 276; Jobst/Kapoor, WM 2013, 686 FN 124; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 225; BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1481); s ferner Haar, Civil Liability 8.

¹⁷⁴⁰ Näher dazu unten bei und in FN 2065.

¹⁷⁴¹ Welsch, Haftung 66, 87.

2) *Horten*¹⁷⁴⁴ und v. *Zeiller*¹⁷⁴⁵ wollten die in verschiedenen Gesetzen und Entwürfen enthaltene „Berufshaftung“ gerade im Bereich der professionellen *Raterteilung* aufgehen lassen. Dies ist mE zunächst insofern wenig überraschend, als die Haftung für fehlerhafte Informationen unter den (außervertraglichen) Berufshaftungen eine besondere Stellung einnimmt, die mit der durch ihren Geltungsanspruch bedingten Vertragsähnlichkeit der Information zusammenhängt¹⁷⁴⁶.

Eine weitere Begründung für die Positivierung gerade dieses Teilbereichs der Berufshaftung findet sich im römischen Recht¹⁷⁴⁷, das das Schadenersatzrecht des ABGB vielfach¹⁷⁴⁸ und eben auch die darin enthaltene Haftung für „Rat und Auskunft“ mitgeprägt hat.¹⁷⁴⁹ Im römischen Recht wurde die von einem Vertrag zum geschädigten Verkäufer oder Käufer unabhängige¹⁷⁵⁰ Haftung des Feldmessers (*ensor*) wegen unzutreffender Messung des Feldes explizit auf das dem *ensor* entgegengebrachte *Vertrauen* in seine berufliche Kompetenz¹⁷⁵¹ gestützt.¹⁷⁵²

Mit einem solchen Vertrauen¹⁷⁵³, das zu Dispositionen verführt, ging und geht automatisch eine größere Gefahr der Schädigung durch Irreführung einher,¹⁷⁵⁴ die man offensichtlich mit Normen wie § 1299, § 1300 Satz 1 ABGB einzudämmen bezweckte.¹⁷⁵⁵ Vor diesem Hintergrund schien es den Redaktoren des ABGB offenbar vernachlässigbar, dass sie mit letzterer Bestimmung eine Haftungszurechnung bejahten, obwohl diese einen – historisch

¹⁷⁴² Sehr deutlich wird das in den Entscheidungen OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); vgl auch OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w, wo der OGH von Fällen der „erweiterten Sachverständigenhaftung“ spricht; s auch die Fälle oben unter „Teil 1.I.C.1.b. Die „Welle der Haftungs(un-)freundlichkeit““.

¹⁷⁴³ LG St. Pölten 16.03.2006, 21 R 94/06 s, Vorinstanz zu OGH 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 *ÖAMTC-Ankaufstest* (dort auch abgedr.).

¹⁷⁴⁴ S oben bei FN 1689.

¹⁷⁴⁵ S oben bei FN 1709, 1715.

¹⁷⁴⁶ Näher dazu *Köndgen*, Selbstbindung 356 ff; vgl zum „(real-)vertraglichen Charakter“ der Auskunft auch *dens*, AG 1983, 125; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16: „Veranlassung persönlichen Vertrauens“ sei vertragsähnlich.

¹⁷⁴⁷ Vgl *Lammel*, AcP 179 (1979) 347.

¹⁷⁴⁸ *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913) 601; *Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 364; vgl allg *Pfaff*, GrünhutsZ 2 (1875) 290 ff; A. *Völkl in Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 277 ff.

¹⁷⁴⁹ S nur oben in FN 1685; vgl weiters *Scheidlein*, Privatrecht I (1814) 624; *Maitisch/v. Kirchstetter*, ABGB⁴ (1881) 640: differenzierte Haftung je nachdem, wer den Vorteil zieht; vgl dazu auch § 945 ABGB.

¹⁷⁵⁰ *Köndgen*, Selbstbindung 399; *Hirte*, Berufshaftung 169.

¹⁷⁵¹ Vgl dazu die Erwägungen von *Kalss*, ÖBA 2000, 649; *Koziol*, JBl 2004, 276; *Heinrich*, ÖBA 2012, 394.

¹⁷⁵² *Lammel*, AcP 179 (1979) 347 mwN zu den römisch-rechtlichen Quellen; zur Beschränkung der Haftung auf *culpa lata* s etwa *Köndgen*, Selbstbindung 399.

¹⁷⁵³ Dazu noch unten bei FN 2045, 2122.

¹⁷⁵⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 188; *ders in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/96; *ders*, JBl 2004, 278, 280, der als eine der „Grundregeln“ für den Ersatz von bloßen Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich Folgendes formuliert: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich andere Personen durch die unrichtige Erklärung beeinflussen lassen“ (dies sei gerade bei Sachverständigen gegeben); *Graf*, wbl 2012, 246; *ders*, JBl 2012, 217; s aus der Praxis etwa das Klagsvorbringen in OGH 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306.

¹⁷⁵⁵ Vgl v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1299 Anm 1; *Scheidlein*, Privatrecht I (1814) 627; *Nippel*, ABGB (1835) § 1299 Anm 1, 3; vgl aus neuerer Zeit RIS-Justiz RS0026438, OGH 03.02.1994, 8 Ob 614/93; 1 Ob 516/88 ÖBA 1988, 839 (842) (*Koziol*): „Nur die besondere Gefährlichkeit einer Handlung könnte die Anerkennung von Sorgfaltspflichten zum Schutz des reinen Vermögens dritter Personen rechtfertigen“; C. *Völkl*, ÖJZ 2006, 101, 103, 108; *dens*, ÖJZ 2011, 705; *dens/Lehner in Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 98; *Artmann*, JBl 2000, 629: besondere Gefährlichkeit intensiviert Sorgfaltspflichten; ähnl *Koziol in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/98; *ders*, JBl 2004, 276, 278 (vgl dazu auch die vorige FN); *Karner in FS Koziol* (2010) 699, 701; *ders*, ÖBA 2010, 594 (gerade im Hinblick auf Ratingagenturen); *Iro/Riss*, RdW 2012, 449; *Brawenz*, Prospekthaftung 169, 197; vgl ferner *Welser*, Haftung 19; *Vavrovsky*, ÖBA 2001, 584; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185 f: Schutz vor Irreführung als Sinn der Bestimmung; vgl außerdem *Hopt*, AcP 183 (1983) 648, 719: Schutz des Nichtfachmanns vor professionellen Auskünften, auf die er angewiesen ist; vgl ferner OGH 5 Ob 92/07 a JBl 2008, 105 (107).

als problematisch erachteten¹⁷⁵⁶ (vgl § 1294 Satz 1 ABGB: widerrechtliche Handlung „eines andern“ [nicht die eigene]¹⁷⁵⁷; die Klarstellung in § 874 ABGB¹⁷⁵⁸; Phrasen wie „wer sich auf fremden Rat oder fremde Auskunft verläßt, handelt regelmäßig auf eigene Gefahr“¹⁷⁵⁹ oder: der Informationsadressat bleibe „Herr seiner Entschlüsse“¹⁷⁶⁰) Fall der psychischen Kausalität behandelt (Beeinflussung des Willens des Informationsadressaten durch den Ratgeber¹⁷⁶¹).¹⁷⁶²

Der Gedanke der intensivierten Gefährlichkeit¹⁷⁶³ spiegelt sich im preußischen Recht wider, wo für besonders „schadensgeneigte“ Auskünfte, nämlich im Bereich kaufmännischer Kreditauskünfte¹⁷⁶⁴, eine verhältnismäßig scharfe Sachverständigenhaftung normiert war.¹⁷⁶⁵ Damit setzte der preußische Gesetzgeber gleichzeitig einen Anreiz zu sorgfältigen Bonitätsauskünften, die der Flüssigkeit des Geschäftsverkehrs förderlich sind.¹⁷⁶⁶ Dieses Regelungsmotiv lässt sich wohl allgemein für solche professionelle Informationen iSd § 1300 Satz 1 ABGB fruchtbar machen, die dazu bestimmt sind, auf den Rechtsverkehr einzuwirken.¹⁷⁶⁷

3) Berücksichtigt man die abstrakte Gefährlichkeit des *per se* schadensgeneigten Verhaltens des Sachverständigen im vorstehenden Sinn, fühlt man sich an den Charakter von Schutzgesetzen (§ 1311 ABGB) erinnert¹⁷⁶⁸. Für die Qualifikation des § 1300 Satz 1

¹⁷⁵⁶ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 188; *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 1 f; *Winiwarter*, ABGB IV² (1844) 557; *Pfaff*, Gutachten 65 f, 39 FN 117; *Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny* in v. *Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612; *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913) 609; *Wilburg*, Schadensrecht 174; *Swoboda*, ABGB III 90; vgl auch *Schey*, Obligationsverhältnisse I 474: Rat als „tatsächliches Moment in der Kette der Ursachen, welche das Handeln des Beratenen bestimmen“; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 226, 228; *Lammel*, AcP 179 (1979) 353 FN 101; *Welser*, Haftung 4 f; *Karner*, ÖBA 2001, 897 f; OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627 (628): keine Haftung des Sachverständigen, der im Exekutionsverfahren eine Liegenschaft schätzt, gegenüber dem Ersterer, weil keine unmittelbare Beeinflussung des Willens dieses Dritten vorliege (anders aber jetzt § 141 Abs 5 EO).

¹⁷⁵⁷ *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 1.

¹⁷⁵⁸ Zum Zusammenhang zwischen § 874 und § 1300 als Fälle der Haftung für „Irreführung“ vgl *Koziol*, JBl 2004, 273; zu § 874 s noch unten bei FN 1993, 2837.

¹⁷⁵⁹ *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 472; *Ehrenzweig*, System II/1², 667; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 186; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 2; *R. Mayr*, Bürgerliches Recht I/1, 268; Motive BGB, 1. Kommission 554, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310; OGH 3 Ob 337/53 SZ 26/127, 354 (359); 1 Ob 194/61 ÖJZ 1962, 183 (EvBl 160); vgl auch *Kalss*, ÖBA 2002, 196; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 11; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 247, 259: „Grundsatz eigenverantwortlicher Willensbildung“ und Obliegenheit, die Grundlagen der eigenen Dispositionen selbst zu klären, 263.

¹⁷⁶⁰ *F. Bydlinki*, JBl 1965, 321; OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836) *Vorläufige Bilanz*; 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (20); vgl auch OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (131): „Die Frage des Anlageentschlusses fällt in die ausschließliche Ingerenz des Anlegers“; weiters RIS-Justiz RS0108074 T 7, OGH 26.01.2000, 7 Ob 306/99 x: grunds sei es Sache des Investors, Beteiligungsrisiken abzuschätzen und auch zu tragen, weil man davon ausgehen könne, dass er in der Lage ist, selbst seine wirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen.

¹⁷⁶¹ Vgl BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1481).

¹⁷⁶² Vgl *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 5 f; ferner *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 186 mit FN 11, insb aber 188 (dort freilich iZm der Begründung des Schuldverhältnisses aus geschäftlichem Kontakt), 189; *dens*, JBl 2004, 278: besonders wahrscheinlich, dass Dritte durch die Erklärung des Experten beeinflusst werden; *Karner* in *Koziol/Bydlinki/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4.

¹⁷⁶³ Zum Zurechnungselement der Gefährlichkeit s noch unten bei und die Nw in FN 2029.

¹⁷⁶⁴ Vgl schon Motive BGB, 1. Kommission 555, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310: zahlreiche Fälle, in denen dem Kreditauskunftserteilenden Versehen zur Last gelegt wird; OGH 4 Ob 516/93 ecolex 1993, 669: besondere Vorsicht bei Bankempfehlungen erforderlich.

¹⁷⁶⁵ Vgl II 8 §§ 704 f ALR; s dazu oben bei FN 1718.

¹⁷⁶⁶ Vgl die Materialien zur Prospekthaftung oben in FN 422 sowie bei und in FN 570; vgl *Hopt*, AcP 183 (1983) 649: „Schutz der Verkehrssicherheit im Umgang mit Berufsangehörigen“, 719; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 108; allg zur Gutachterhaftung: *Artmann*, JBl 2000, 628; vgl zur ökonomischen Perspektive: *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 564.

¹⁷⁶⁷ Vgl zum Verkehrsschutz als Tendenz, „die dem Vertrauensgrundsatz wesensgemäß“ innewohnt, *Canaris*, Vertrauenshaftung 526, 534.

¹⁷⁶⁸ S zB *Kalss*, ÖBA 2002, 194; *Enzinger* in FS Straube (2009) 27.

ABGB als Schutzgesetz mag es an einer ausreichend *konkretisierten* Verhaltensanordnung fehlen.¹⁷⁶⁹ Die dennoch aufgezeigte Parallele¹⁷⁷⁰ zwischen § 1300 Satz 1 ABGB und § 1311 ABGB verleitet mE aber schon dazu, die Haftung nach der erstgenannten Norm nicht ausschließlich als vertragliche zu begreifen,¹⁷⁷¹ wie es zum Teil¹⁷⁷² vertreten wird. Das harmoniert auch gut mit der Sachverständigenhaftung für Raterteilung iSd letzten Vorentwurfs v. Zeillers¹⁷⁷³ und des Entwurfs Hortens¹⁷⁷⁴, weil danach der Experte offensichtlich aus Delikt haften sollte.¹⁷⁷⁵ Das lässt sich aus der systematischen Stellung dieser Vorgängerbestimmungen erklären, die sofort nach der wissentlich falschen Raterteilung bzw der „vorsätzlichen Gefährde“ angeordnet waren¹⁷⁷⁶. Auch römisch-rechtliche Vorstellungen über die Sachverständigenhaftung stimmen mit der deliktischen Einordnung überein.¹⁷⁷⁷ Und § 552 des *Restatement*¹⁷⁷⁸ (*Second*) of Torts¹⁷⁷⁹, der § 1300 Satz 1 ABGB sehr ähnelt¹⁷⁸⁰, verstärkt den gewonnenen deliktsrechtlichen Eindruck. Vor diesem Hintergrund erscheint das Verhältnis zwischen § 1300 Satz 2 und Satz 1 ABGB in neuem Licht.

Umgekehrt spricht für einen vertraglichen Charakter des § 1300 Satz 1 ABGB und daher letztlich für einen Mischcharakter der Bestimmung¹⁷⁸¹ das Belohnungskriterium.¹⁷⁸² Dieses muss eine wichtige Rolle bei der Gesetzesauslegung spielen,¹⁷⁸³ weil es – vergleicht man

¹⁷⁶⁹ Zu diesem Charakteristikum von Schutzgesetzen s. Kalss, ÖBA 2002, 194; Liebscher, Abschußprüfer 57; krit dazu aber Köndgen, Selbstbindung 368. ME mutet es zudem seltsam an, eine Norm des Schadenersatzrechts des ABGB als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu bereifen (vgl aber folgende FN).

¹⁷⁷⁰ Vgl zu dieser Parallele auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 99, der die Kreditschädigungshaftung (§ 824 BGB) als Schutzgesetz begreift.

¹⁷⁷¹ Sogar für ein rein deliktisches Verständnis Hirte, Berufshaftung 243, 310.

¹⁷⁷² Nw oben in FN 1485.

¹⁷⁷³ Dazu oben bei FN 1709, 1715.

¹⁷⁷⁴ Dazu oben bei FN 1689.

¹⁷⁷⁵ Ebenso mit dem ALR, wo die bereits bei Fahrlässigkeit eintretende Haftung für Bonitätsauskünfte als deliktische bzw gesetzliche Haftung eingeordnet wurde, Last, Kreditauftrag 320 f.

¹⁷⁷⁶ Zutr Last, Kreditauftrag 330 (zum Entwurf Hortens), 337 (zum letzten Vorentwurf v. Zeillers).

¹⁷⁷⁷ S. Hirte, Berufshaftung 174.

¹⁷⁷⁸ Unter solchen *Restatements* versteht man (private) Zusammenfassungen des „geltenden Rechts“, die vom *American Law Institute* erarbeitet werden und die dazu dienen, die Rechtslage im Hinblick auf das „unübersichtliche Nebeneinander“ von *Federal Law* und *State Law* zu klären und zu vereinfachen (Hirte, Berufshaftung 296 FN 454; vgl dazu auch Köndgen, Selbstbindung 367 FN 85).

¹⁷⁷⁹ „§ 552 *Information Negligently Supplied for the Guidance of Others*

(1) *One who, in the course of his business, profession or employment [„Sachverständiger {...} in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft], or in any other transaction in which he has a pecuniary interest [„gegen Belohnung“], supplies false information for the guidance of others in their business transactions [„nachteiligen Rat erteilt“], is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information [„aus Versehen“; vgl auch § 1299 ABGB]“.*

(2) *Except as stated in Subsection (3), the liability stated in Subsection (1) is limited to loss suffered*

(a) *by the person or one of a limited group of persons for whose benefit and guidance he intends to supply the information or knows that the recipient intends to supply it; and*

(b) *through reliance upon it in a transaction that he intends the information to influence or knows that the recipient so intends or in a substantially similar transaction.*

(3) *The liability of one who is under a public duty to give the information extends to loss suffered by any of the class of persons for whose benefit the duty is created, in any of the transactions in which it is intended to protect them.“*

¹⁷⁸⁰ So zutr Hirte, Berufshaftung 310; zu § 552 *Restatement [Second] of Torts* s. auch zB Koziol in Spier, Limits 31 f; Schroeter, Ratings 901 f.

¹⁷⁸¹ S. noch unten bei FN 1863.

¹⁷⁸² Zum Entstehen eines Schuldverhältnisses durch die Raterteilung gegen Belohnung s. sogleich im Fließtext bei FN 1787.

¹⁷⁸³ Vgl Beratungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 188, wonach v. Schepffel zwischen dem Rat, der gegen Belohnung und dem Rat, der ohne Belohnung erteilt wird, nicht unterscheiden wollte, was aber – wie sich aus § 1300 Satz 1 ABGB

§ 1300 Satz 1 ABGB mit dem „vorletzten“ Vorschlag v. Zeillers¹⁷⁸⁴ – eindeutig als Haftungseinschränkung gedacht war. Der Rat, der „nicht nützlich im Erfolge sein kann“, sollte keine Verantwortlichkeit auslösen,¹⁷⁸⁵ zumal eine Einstandspflicht für unentgeltliche Dienste im Geschäftsverkehr offenbar unüblich erschien.¹⁷⁸⁶ Insoweit wurde also auf die Interessen der Sachverständigen Bedacht genommen und die Gefährlichkeit ihrer Tätigkeit alleine für eine Haftung als nicht ausreichend erachtet.

Die Frage, in welcher Art Belohnung und Haftungsfolge zusammenhängen, beantwortet schon das Preußische Allgemeine Landrecht. Dazu wurde vertreten, dass *durch* die Raterteilung gegen *Belohnung* ein Rechtsverhältnis begründet werde und dass dies der Grund für die Haftung für „mäßige Versehen“ sei.¹⁷⁸⁷ In den Worten Martinis¹⁷⁸⁸ und v. Zeillers¹⁷⁸⁹ nimmt man damit „eine bestimmte Verbindlichkeit auf sich“;¹⁷⁹⁰ im Sinne Wilburgs begründet man dadurch ein „besonderes Gemeinschaftsverhältnis“¹⁷⁹¹. Ähnlich meinte einmal der OGH, aus „berufsmäßiger, entgeltlicher Dienstleistung“ könne eine „stillschweigende Garantie“ geschlossen werden¹⁷⁹² (vgl auch § 915 ABGB¹⁷⁹³), was man mE als „implizite Professionalitätsgarantie“¹⁷⁹⁴ umschreiben könnte.

Diese Überlegungen sprechen – neben systematischen und teleologischen Überlegungen¹⁷⁹⁵ – für einen „konstitutiven Charakter“ des § 1300 Satz 1 ABGB und dafür, dass die hM (oben S 173 ff) insoweit Rechtsfolge und Tatbestandsmerkmal verdreht. § 1300 Satz 1 ABGB konkretisiert mE die Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB¹⁷⁹⁶, indem die Bestimmung genauere Haftungsprinzipien (Sachverständiger, Rat gegen Belohnung) definiert.¹⁷⁹⁷ Mit diesen Normelementen werden jene objektiven Faktoren umschrieben, die nach dem Gesetz einen Vertrauensschutz durch ein „Verpflichtetsein“ und nicht durch ein (vom Willen des Sachverständigen getragenes) „Sichverpflichten“

ergibt – von der Mehrheit der Redaktoren abgelehnt wurde; dazu Last, Kreditauftrag 338; s auch Schey, Obligationsverhältnisse I 475; Scheidlein, Privatrecht I (1814) 628; C. Völkl, ÖJZ 2006, 101; verfehlt daher Swoboda, ABGB III 91.

¹⁷⁸⁴ Dazu oben bei FN 1709, 1715.

¹⁷⁸⁵ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 187; vgl auch Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 612; Karollus, Schutzgesetzverletzung 5.

¹⁷⁸⁶ OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (13).

¹⁷⁸⁷ Vgl Bornemann, Preußisches Civilrecht III², 255.

¹⁷⁸⁸ III 4 § 2 EntwMartinini.

¹⁷⁸⁹ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 44.

¹⁷⁹⁰ Vgl oben bei FN 1698, 1709; zur Raterteilung als (Rechts-)Geschäft vgl auch Brawenz, Prospekthaftung 65.

¹⁷⁹¹ Wilburg, Schadensrecht 173.

¹⁷⁹² OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (14); vgl auch Welser, Haftung 100; ähnl Hopt, der danach fragt, im Verhältnis zu welchen Personen eine „berufliche Gewährübernahme“ des Sachverständigen vorliegt (s dazu noch unten bei und in FN 2481).

¹⁷⁹³ Zur wertungsmäßigen Parallele zwischen § 1300 Satz 1 und § 915 ABGB s Winiwarter, ABGB IV² (1844) 558; Schey, Obligationsverhältnisse I 475 FN 23.

¹⁷⁹⁴ In Anlehnung an Vasella, Haftung 137 (zum schweizerischen Recht). Diese „Garantie“ hat den Inhalt, dass die berufsspezifischen Sorgfaltsstandards bei der Raterteilung beachtet werden (vgl Vasella, Haftung 140).

¹⁷⁹⁵ S oben bei und nach FN 1551.

¹⁷⁹⁶ Vgl Schey, Obligationsverhältnisse I 474 f.

¹⁷⁹⁷ Lammel, AcP 179 (1979) 352.

entstehen lassen sollten.¹⁷⁹⁸ Insofern könnte man mit *Köndgen* von einer „Selbstbindung ohne Willenserklärung“¹⁷⁹⁹ sprechen und die Tatbestandsmerkmale des § 1300 Satz 1 ABGB gegenüber der der Vertragshaftung zugrunde liegenden Willensfreiheit des Schuldners als „substitutive Zurechnungsgründe“¹⁸⁰⁰ erfassen.

4) Als innere Rechtfertigung für eine derartige Verpflichtung des Sachverständigen und zugleich für die Sonderstellung des § 1300 ABGB im Schadenersatzrecht des ABGB lässt sich anführen, dass jedem Rat ein (objektives, dh vom Willen des Ratgebers unabhängiges) Selbstbindungselement abgewonnen werden kann; er ist als „kommunikatives Handeln mit [in der Regel impliziten] *Geltungsanspruch*“ („Wahrheitsanspruch“) begreifbar, der beim Empfänger eine bestimmte normative (vgl § 1300 ABGB) Erwartungshaltung (Vertrauen) auslöst.¹⁸⁰¹ Dieser Geltungsanspruch wird durch die Sachverständigeneigenschaft des Schädigers¹⁸⁰² konkretisiert¹⁸⁰³ (verstärkt; vgl § 1299 ABGB), im Rahmen der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB sogar erst normativ unter der Voraussetzung begründet, dass der professionelle Rat gegen Belohnung erfolgt.

Vor Raterteilung besteht danach im Regelfall¹⁸⁰⁴ keine aus § 1300 Satz 1 ABGB erfließende Pflicht, sorgfältig Rat zu geben, vielmehr entsteht diese erst durch die Erfüllung der eben beschriebenen Tatbestandselemente dieser Bestimmung.¹⁸⁰⁵ Die Norm lässt damit selbst eine eigenständige schuldrechtliche Sonderbeziehung *ex lege*¹⁸⁰⁶ (§ 859 ABGB: gesetzliches Schuldverhältnis¹⁸⁰⁷) entstehen¹⁸⁰⁸ (vgl die „Expertenhaftung“¹⁸⁰⁹ gem § 311 Abs 3 iVm § 241 Abs 2 BGB).

¹⁷⁹⁸ Vgl *Köndgen*, Selbstbindung 251; *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 563; vgl bereits *Wilburg*, Schadensrecht 171 f.

¹⁷⁹⁹ *Köndgen*, Selbstbindung 6 f; vgl auch *Kozioł*, ÖBA 2013, 103.

¹⁸⁰⁰ *Köndgen*, Selbstbindung 7.

¹⁸⁰¹ So *Köndgen*, Selbstbindung 354, 356 ff.

¹⁸⁰² Dazu ausf unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb. „Sachverständiger““.

¹⁸⁰³ *Köndgen*, Selbstbindung 361.

¹⁸⁰⁴ Abweichendes kann mE dann gelten, wenn der Sachverständige bereits einmal Information erteilt hat und sich nach dem Zweck derselben eine Aktualisierungspflicht ergibt, näher dazu unten bei FN 3159.

¹⁸⁰⁵ Auf den ersten Blick mag es seltsam erscheinen, aus der (uU schadensträchtigen) Tathandlung (Raterteilung eines Sachverständigen gegen Belohnung) das Entstehen einer Pflicht abzuleiten und die Schadenersatzfolge sodann an die Verletzung dieser Pflicht zu koppeln, die eigentlich gleichzeitig mit der Tathandlung entstand. Indes ist dieser Ablauf nichts Ungewöhnliches für die Auskunftshaftung im Rahmen „quasi-vertraglicher“ Vertrauensbeziehungen (s etwa *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 77 [zur Auskunftshaftung von Banken]; weiters *Riss*, ÖBA 2014, 533).

¹⁸⁰⁶ Gegen *Enzinger* in FS Straube (2009) 34, der meint, eine Sonderrechtsbeziehung setze „immer ein rechtsgeschäftliches Handeln (zumindest in contrahendo) voraus“.

¹⁸⁰⁷ Zur gesetzlichen Natur von Schuldverhältnissen, die der Vertrauenshaftung zuzuordnen sind, s *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 89; allg zur Entstehung von Schuldverhältnissen aufgrund von gesetzlichen Regelungen s *F. Bydlinski*, JBl 1992, 342.

¹⁸⁰⁸ IE auch *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 708 mit FN 65; *Dullinger* in FS Reischauer (2010) 112 f, 114; für die Antwort auf eine Bonitätsanfrage RIS-Justiz RS0026596 T 5, OGH 28.01.1988, 10 Ob 512/87: Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, aber mit Schutz- und Sorgfaltspflichten entsteht; ebenso für eine sonstige geschäftliche Auskunft RIS-Justiz RS0026596 T 8, OGH 24.01.2008, 6 Ob 104/06 x. Aufgrund dieser Konsequenz und dem Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen (dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb. „Sachverständiger““) kann die Norm als Teil eines Berufshaftungsrechts verstanden werden (s unten „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“; vgl auch *Hopt*, AcP 183 [1983] 657, 662). In der demnach in § 1300 Satz 1 ABGB normierten Haftungsgrundlage unterscheidet sich diese Bestimmung von § 675 BGB (vgl dazu *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 77).

¹⁸⁰⁹ So bezeichnend *Meyer*, Rechtsfragen 97; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292; *Schuler*, Verantwortlichkeit 236; s ferner *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 225; vgl auch *Kersting*, Dritthaftung 318 ff.

5) Es ist mE nicht unverständlich, dass man im Rahmen eines solchen „tatsächlich haftungsbegründenden“ Verständnis des § 1300 Satz 1 ABGB bzw seiner preußischen Parallelnorm historisch, mithin ohne das reiche Fallmaterial, auf das die Rechtswissenschaft heute zurückgreifen kann, an die naheliegendste Rechtsfolge gedacht hat: die Begründung eines Schuldverhältnisses im Verhältnis zu der Person, die mit dem Sachverständigen in Kontakt tritt¹⁸¹⁰ und die in der Regel auch die Belohnung bezahlt.¹⁸¹¹ Nun lässt mE aber die Gesetzesgeschichte eine Auslegung zu, die auch bestimmte Dritte¹⁸¹² in den Schutzbereich dieser so entstandenen, gesetzlichen (dh von § 1300 Satz 1 ABGB normierten¹⁸¹³) Sonderbeziehung miteinbezieht.¹⁸¹⁴

Es kann wohl kaum behauptet werden, dass v. Zeiller bei der Textierung des § 1300 Satz 1 ABGB wie ein „Nostradamus“ an die Dritthaftung von Ratingagenturen gedacht hat, ein Phänomen des 20. Jahrhunderts. Allerdings hat er im Gesetzestext (mit Zustimmung der anderen Redaktoren) und in seinem Kommentar¹⁸¹⁵ eine offene Formulierung gewählt, die es erlaubt, auch Dritthaftungsfälle unter bestimmten Voraussetzungen darunter zu subsumieren, insb eben bei Vorliegen einer „Belohnung“.¹⁸¹⁶

Das Wort „gegen“ des § 1300 Satz 1 ABGB, das vielleicht an die „Gegenleistung“ iSd § 1052 ABGB erinnert, steht mE nicht einem Drittschutz entgegen, solange die Belohnung gerade für die Raterteilung geleistet wird und insoweit ein „synallagmatischer Zusammenhang“ gegeben ist.¹⁸¹⁷ Hervorhebungswürdig ist auch, dass § 1300 Satz 1 ABGB anders als sein zweiter Satz gerade nicht davon spricht, dass der Sachverständige „dem andern“ hafte.¹⁸¹⁸ Ein solcher Zusatz könnte darauf hindeuten, dass nur Schäden des unmittelbar Belohnenden innerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs der Norm

¹⁸¹⁰ RIS-Justiz RS0026596 T 5, OGH 28.01.1988, 10 Ob 512/87; vgl Köndgen, Selbstbindung 363: Identifizierung der Rollenbeziehung unproblematisch.

¹⁸¹¹ Vgl Bornemann, Preußisches Civilrecht III², 255, der daher auch von „Vertragsverhältnis“ spricht; ähnl Pfaff, Gutachten 67; vgl auch Maitisch/v. Kirchstetter, ABGB⁴ (1881) 644. Die bezahlende Person ist mE tatsächlich (zumindest in aller Regel) vom Schutzzweck der Norm umfasst, s dazu noch unten bei FN 2464.

¹⁸¹² Näher zu den schutzwürdigen Informationsadressaten unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“.

¹⁸¹³ Für eine Erfassung von Drittschäden durch § 1300 ABGB: Hirte, Berufshaftung 310, 421.

¹⁸¹⁴ Vgl Welser, Haftung 87: Der Dritte sei von Gesetzes wegen in den Schutzbereich des Verpflichtungsverhältnisses einbezogen; zust OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) Goldgrube; s auch RIS-Justiz RS0026428, insb (aus neuerer Zeit) OGH 9 Ob 30/07 p MietSlg 60.184: Der vertragserrichtende Rechtsanwalt oder Notar trete auch zum Partner seines Klienten in ein „Verpflichtungsverhältnis“; s auch Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 612, wonach für die Haftung nur die Belohnung vorausgesetzt werde, unabhängig davon, ob sie vom Empfänger des Rates oder von einem Dritten geleistet wird.

¹⁸¹⁵ Dazu oben bei FN 1723.

¹⁸¹⁶ In diese Richtung auch Peter Doralt, ZfG 1971, 406 ff; Schobel, ÖBA 2001, 755 f; Karner in FS Koziol (2010) 700: offene Formulierung des § 1300 Satz 1 ABGB bietet „Haftungsbegründung von Auskünften auch innerhalb von nicht-vertraglichen Sonderbeziehungen“; vgl auch schon k. k. OGH Nr. 7.917 GIUNF/688 (II, S 431).

¹⁸¹⁷ C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 100; vgl Welser, Haftung 38; zum erforderlichen Zusammenhang auch zwischen Belohnung und geschädigtem Dritten s noch unten bei FN 2469.

¹⁸¹⁸ Unverständlich insofern OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190 (192 f); 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300; 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) Liegenschaftsbewertung II (F. Bydlinski), wo § 1300 Satz 2 ABGB mit dessen Satz 1 vermengt wird; s zu diesem Unterschied zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 1300 ABGB Scheucher, ÖJZ 1961, 228.

lägen.¹⁸¹⁹ Freilich könnte man dagegen einwenden, dass § 1300 Satz 1 ABGB im Einklang mit dem Folgesatz auszulegen sei (vgl § 6 ABGB). Das kann aber letztlich nicht überzeugen, weil die Worte „dem andern“ bei Interpretation des § 1300 Satz 2 ABGB äußerst weit verstanden werden. § 1300 Satz 2 ABGB stellt nach zutreffender Meinung eine umfassende deliktische Haftungsgrundlage dar, nach welcher der Sachverständige gegenüber jedermann, insb auch gegenüber „Dritten“ (und nicht bloß gegenüber dem unmittelbaren Informationsempfänger) verantwortlich werden kann.¹⁸²⁰ Es wäre mE nun unzulässig, die Worte „dem andern“ auf § 1300 Satz 1 ABGB zu übertragen und dann dort viel enger auszulegen, als in dem ursprünglichen Anwendungsbereich (§ 1300 Satz 2 ABGB).

Dass eine Dritthaftung auf Basis des § 1300 Satz 1 ABGB dem Willen v. *Zeillers* nicht zuwiderlaufen würde, zeigt mE sein schon erwähnter, „vorletzter“ Vorschlag für eine Sachverständigenhaftung „für Rat und Auskunft“¹⁸²¹. Damit befürwortete er wie *Horten*¹⁸²² unabhängig vom Bestehen eines Vertrags eine noch viel weitreichendere Haftung und darin finden auch Schäden Dritter Andeutung. Auch ist zu bedenken, dass *professionelle* Informationen, insb Gutachten in der Praxis sehr oft einen „Drittbezug“ aufweisen.¹⁸²³ Man kann daher mE nicht ernsthaft behaupten, eine Subsumption von Schäden Dritter unter § 1300 Satz 1 ABGB sei völlig überraschend und könne den Redaktoren schon deswegen nicht unterstellt werden.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass *Martini* und v. *Zeiller* der Ersatzfähigkeit von mittelbaren wie Drittschäden allgemein aufgeschlossen gegenüber standen.¹⁸²⁴ Ferner spricht die implizit angelegte deliktische Natur des § 1300 Satz 1 ABGB¹⁸²⁵ für eine Erfassung von Schäden Dritter. Zudem dürfte v. *Zeiller* von einer noch viel weitgehenden „Berufshaftung“ auf Basis von § 1299 ABGB ausgegangen sein.¹⁸²⁶ Ausdrücklich bejahte schon *Winiwarter* die Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB für den Fall, dass „zwar nicht unmittelbar der um Rath Fragende; aber ein Anderer den

¹⁸¹⁹ Vgl die Argumentation des OGH in OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*.

¹⁸²⁰ S nur *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 19; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 83; aA offenbar OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*.

¹⁸²¹ Oben bei FN 1709.

¹⁸²² Vgl oben bei FN 1689; vgl auch III 15 Nr 9 Codex Theresianus und dazu oben bei FN 1687.

¹⁸²³ *Harrer*, JBl 1997, 676; *Welser*, Haftung 80; OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (520) (*Koziol*); zust *Öllinger*, Haftung 199; *Sieglwart/Höhne*, *ecolex* 2009, 860; vgl auch schon Protokolle BGB, 1. Kommission 3083, abgedr in *Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III 1003: Drittschäden könnten leicht vorkommen; ferner *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321; *Karner*, ÖBA 2001, 893.

¹⁸²⁴ *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 363 FN 46 aE; s aber *Apathy*, JBl 2009, 71.

¹⁸²⁵ Dazu oben bei FN 1768.

¹⁸²⁶ S dazu unten in FN 2869.

Kunstverständigen belohnt und dazu bestellt, denen die seines Beystandes bedürfen, denselben zu leisten“.¹⁸²⁷

Aus objektiv-teleologischer Sicht spricht die Erkenntnis, dass das dem Rat innewohnende Selbstbindungselement vertragsähnlich¹⁸²⁸, nicht jedoch vertragsgleich ist, ebenso für den Schutz solcher Geschädigter, die nicht mit dem Sachverständigen vertraglich verbunden sind. Denn der Geltungsanspruch erstreckt sich uU (nach Maßgabe des Zwecks des Rats¹⁸²⁹) auch auf sie.

Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: Wie später aufzuzeigen sein wird, kommt eine Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB prinzipiell nur dann in Frage, wenn der insb neutrale Sachverständige gegen Entgelt tätig wird und eine drittgerichtete Expertise verfasst.¹⁸³⁰ In solchen Fällen ist der Experte (Ratingagentur) typischerweise bereits gegenüber seinem Auftraggeber (Emittent), der ihn bezahlt, zur Unparteilichkeit und Sorgfalt verpflichtet.¹⁸³¹ Damit werden jenem keine zusätzlichen (und daher unzumutbaren¹⁸³²) Pflichten aufgebürdet, wenn auch seine Fahrlässigkeitshaftung gegenüber bestimmten Dritten bejaht wird.¹⁸³³

Ein (klar konturierter¹⁸³⁴) Drittschutz erscheint umso mehr dann indiziert, wenn Dritte und nicht der Vertragspartner des Sachverständigen der Schädigungsquelle ausgesetzt sind, die die *ratio* der Bestimmung im Auge hat.¹⁸³⁵ Dies ist dann der Fall, wenn nicht der Vertragspartner des Sachverständigen, sondern nur Dritte Gefahr laufen, durch eine Disposition im Vertrauen auf den professionellen „Rat“ einen „Nachteil“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB zu erleiden.¹⁸³⁶ Die Parteirollen sind hier insofern gespalten (Vertragspartner des Schädigers – Person 1, durch den Rat zu „selbstschädigenden“ Handlungen Veranlasser –

¹⁸²⁷ Winiwarter, ABGB IV² (1844) 558.

¹⁸²⁸ Köndgen, Selbstbindung 358; vgl auch Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16: „Veranlassung persönlichen Vertrauens“ sei vertragsähnlich.

¹⁸²⁹ Näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.αα. Relevanz des Informationszwecks und Umfang des Vertrauenstatbestands“.

¹⁸³⁰ Näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten“.

¹⁸³¹ S (zu Ratingagenturen) Vetter, WM 2004, 1709; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 712; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 206; v. Schweinitz, WM 2008, 956; allg Graf, JBl 2012, 215.

¹⁸³² Zum Aspekt der Unzumutbarkeit s noch unten bei und in FN 3853.

¹⁸³³ So zum Abschlussprüfer: Koziol, JBl 2004, 280; vgl dazu dens, JBl 2004, 278: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, je weniger der Schutz reiner Vermögensinteressen zusätzliche Sorgfaltspflichten und damit weitere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit anderer mit sich bringt“; ähnl bereits Canaris in FS Larenz II (1983) 98 f; s auch Kletečka in FS Reischauer (2010) 304. Der Abschlussprüfer haftet mE allerdings Dritten gegenüber grundsätzlich nicht (s oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“; unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“). Vgl auch zur Dritthaftung von Ratingagenturen v. Schweinitz, WM 2008, 957: Pflichtverletzung gegenüber Auftraggeber ist zugleich Pflichtverletzung gegenüber Anleger.

¹⁸³⁴ Vgl dazu ausf unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“.

¹⁸³⁵ Vgl auch oben bei FN 1755; vgl zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter RIS-Justiz RS0037785 T 39, OGH 28.01.2010, 2 Ob 128/09 a.

¹⁸³⁶ Vgl Picker in FS Medicus (1999) 447: Schadensverlagerung; Canaris, JZ 1995, 443; Wilhelm, ecolex 2001, 881; zu einem ähnl Gedanken bei der Drittschadensliquidation s zB: Apathy, JBl 2009, 74 ff. Diese kann freilich nicht direkt zur Lösung der hier interessierenden Fälle herangezogen werden, weil sich dabei das Schadenersatzrisiko des Schädigers (des Sachverständigen) durch die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich erhöht (weil auch eine Haftung gegenüber dem Emittenten [dazu unten „Teil 1.II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten“] besteht [vgl Öllinger, Haftung 221]).

Person 2¹⁸³⁷).¹⁸³⁸ Gerade in solchen Fällen wird der Sachverständige dafür „belohnt“, ein Gutachten zu erstatten, das dem Dritten vorgelegt werden soll.¹⁸³⁹ Dies spricht für einen Schutz desselben, wie noch aufzuzeigen sein wird.¹⁸⁴⁰

Die Sache ist ähnlich gelagert wie bei der Produkthaftung, wo die „eigentliche“ Austauschbeziehung „Ware gegen Geld“ nicht zwischen Hersteller und (dem bloß zwischengeschalteten) Händler, sondern zwischen jenem und Endverbraucher stattfindet¹⁸⁴¹. Das Gesetz reagiert darauf mit einer besonderen Haftungsbeziehung zwischen diesen Personen, die ua die Unzulänglichkeiten der deliktischen Gehilfenzurechnung überwindet¹⁸⁴² (§ 1 Abs 1 PHG).

Bei einem derartigen Handlungssystem (Belohnender → Sachverständiger → Informationsadressat) potenziert sich aufgrund des diesem zugrunde liegenden Finanzierungsmodells¹⁸⁴³ des Sachverständigen und der damit einhergehenden Problematik des Interessenkonflikts¹⁸⁴⁴ auf Seiten des Experten¹⁸⁴⁵ auch noch das Risiko der schädlichen Informationserteilung zulasten des Informationsadressaten. Dies ist insb dann der Fall, wenn der Sachverständige ungeachtet der Bezahlung durch den Auftraggeber einen Neutralitätsanspruch¹⁸⁴⁶ erhebt. Auch diese Aspekte sprechen für eine Ableitung der Dritthaftung aus § 1300 Satz 1 ABGB.

Nebenbei bemerkt lassen sich die in den vorigen Absätzen ausgeführten Argumente auch für die Dritthaftung von Ratingagenturen verwerten:¹⁸⁴⁷ Bereits aufgrund des Ratingvertrags schulden die Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten ein sorgfältig erarbeitetes Rating (unten S 483 f). Sie werden also nicht mit einer „neuen Pflicht“ belastet, wenn sie (aufgrund von § 1300 Satz 1 ABGB) auch gegenüber den Anlegern dazu verpflichtet sind, veröffentlichte Ratings *lege artis* zu erstellen. Nicht der Emittent als deren Auftraggeber ist gefährdet, auf die Ratings zu vertrauen und daher zu „schädlichen

¹⁸³⁷ S dazu bereits die Überlegungen bei OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann* (unter Berufung auf OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33): Haftung nicht nur gegenüber dem Besteller, sondern auch gegenüber dritten Geldgebern, va „weil der Sachverständige eben im Hinblick darauf, daß solche Gutachten vom Besteller im allgemeinen nicht dazu bestimmt sind ihn selbst über den Wert der Liegenschaft zu unterrichten, sondern einem Geldgeber zur Richtschnur für die Höhe des zu gewährenden Darlehens [...] dienen“ sollen; zust OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58.

¹⁸³⁸ *Karner* in FS Koziol (2010) 704; vgl *Hirte*, Berufshaftung 420; *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 312: „Auseinanderfallen[] von wirtschaftlichem und rechtlichem Näheverhältnis“.

¹⁸³⁹ *Hirte*, Berufshaftung 420.

¹⁸⁴⁰ S unten bei FN 2482.

¹⁸⁴¹ *Köndgen*, Selbstbindung 263.

¹⁸⁴² Und die insofern vertragsähnlich ist (vgl § 1313a ABGB).

¹⁸⁴³ Vgl oben bei und in FN 60.

¹⁸⁴⁴ Zu diesem und dem damit zusammenhängenden Belohnungskriterium s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“ (insb bei FN 2443).

¹⁸⁴⁵ Vgl oben bei FN 437.

¹⁸⁴⁶ Zum Neutralitätsanspruch der Ratingagenturen, Abschlussprüfer und Prospektkontrolloren s oben bei FN 81.

¹⁸⁴⁷ Vgl zum Bestreben, das Entfallen von vertraglichen Schadenersatzansprüchen infolge fortgeschrittener Arbeitsteilung auszugleichen: *Picker*, AcP 183 (1983) 493; *Canaris*, ÖBA 1991, 529 f; *Vasella*, Haftung 332.

Handlungen veranlaßt“¹⁸⁴⁸ zu werden.¹⁸⁴⁹ Für ihn ist das Rating regelmäßig ohne eigenständigen Wert.¹⁸⁵⁰ Es sind die Anleger, auf die die Informationen der Ratingagenturen abzielen und die sich danach richten sollen.¹⁸⁵¹ Gerade und nur deswegen sind die Emittenten bereit, an die Ratingagenturen hohe¹⁸⁵² Gebühren zu entrichten.¹⁸⁵³ Letzteres führt wiederum zum angesprochenen Anreiz der Ratingagenturen, dem Emittenten im Hinblick auf das „allgemeine Wohlwollen“ im Zweifel lieber ein erhöhtes Rating auszustellen.¹⁸⁵⁴

6) Insoweit¹⁸⁵⁵ kommt es aufgrund historischer und objektiv-teleologischer Interpretation für die Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB nicht darauf an, wer die Belohnung zahlt.¹⁸⁵⁶ Die gem § 1300 Satz 1 ABGB entstandene schuldrechtliche Sonderbeziehung führt mE zu einer Haftung nach vertraglichen Grundsätzen.¹⁸⁵⁷ Dh, es wird jedenfalls für bloße Vermögensschäden haftet (s auch noch S 222 ff), die Gehilfenzurechnung erfolgt (wie im Ergebnis¹⁸⁵⁸ bei der Haftung des Prospektkontrollors gem § 11 KMG¹⁸⁵⁹) nach § 1313a ABGB¹⁸⁶⁰ und das Verschulden des Schädigers wird aufgrund von § 1298 ABGB vermutet¹⁸⁶¹.

Die Verantwortlichkeit gem § 1300 Satz 1 ABGB ist damit „quasi-vertraglicher“ Natur,¹⁸⁶² mit anderen Worten entstammt sie aus dem weitgehend anerkannten¹⁸⁶³ „Zwischenbereich

¹⁸⁴⁸ Vgl Protokolle BGB, 2. Kommission 2341, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 959.

¹⁸⁴⁹ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 22; *Vasella*, Haftung 356; vgl auch *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665.

¹⁸⁵⁰ Vgl *Schneider*, ZHR 163 (1999) 248.

¹⁸⁵¹ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 22; vgl auch *Peters*, Haftung 113.

¹⁸⁵² Die Gebühren für die Bewertung von Unternehmensanleihen können sich auf bis zu 4 Basispunkten des Gesamtvolumens der Emission belaufen, jene für die Bewertung von strukturierten Finanzprodukten auf bis zu 10 Basispunkten; in absoluten Zahlen ausgedrückt, können für komplexe Emissionen Gebühren im Bereich von € 2,4 Mio verrechnet werden (*Haar*, DB 2013, 2495 FN 93; vgl zu den Kosten auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7 FN 105; *Grünbichler*, ÖBA 1999, 694; *Däubler*, BB 2003, 430; *Thiele*, Rating 33 FN 176; *Reidenbach*, Ratingagenturen 335 f). S zur Profitabilität des Rating-Geschäfts insb *Partnoy* in *Fuchita/Litan*, Gatekeepers 62 ff.

¹⁸⁵³ *Peters*, Haftung 119; *Deipenbrock*, BB 2003, 1854: die Zahlungsbereitschaft der Emittenten hänge vom Vertrauen der Investoren ab; s dazu noch unten nach FN 2288.

¹⁸⁵⁴ Zum Interessenkonflikt s etwa *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 657; *Haar*, DB 2013, 2491; s auch noch unten bei FN 4980 mwN.

¹⁸⁵⁵ Die Belohnung kann mE aber darüber Aufschluss geben, wer vom Schutzbereich des § 1300 Satz 1 ABGB erfasst wird, dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.ß. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“.

¹⁸⁵⁶ OGH 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132 (135) (s zu dieser Entscheidung noch unten in FN 2508 und bei FN 2608); 8 Ob 126/65 NZ 1965, 137 (142); RS0026596 T 4; OGH 8 Ob 532/83 JBl 1985, 38 (40); 7 Ob 685/90 RdW 1991, 232 (für den Vermögens- und Anlageberater); 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124 (129); 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (831) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (56) (*Kletečka*); 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (74) (EvBl 74); 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (209) (*Lanzinger-Twardosz*); 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (*Dullinger*); *Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny* in v. *Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612; *Wilhelm*, ecolex 1992, 12; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97, 103; *ders/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 100; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 15 mwN zur Rsp; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 95; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 62, § 1300 Rz 6; *Dullinger* in FS Reischauer (2010) 110; *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 708 FN 64; vgl auch *Bergmayr*, Bürgerliches Recht III (1833) 293; aus deutscher Sicht *Picker*, AcP 183 (1983) 493; RG Rep VI 201/02 RGZ 52, 365 (367).

¹⁸⁵⁷ Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 651; *Koziol*, JBl 1994, 215; *Canaris* in FS Larenz II (1983) 34.

¹⁸⁵⁸ Vgl *Wilhelm*, ecolex 1992, 12.

¹⁸⁵⁹ Zur Bedeutung von § 11 KMG für die hier vertretene Ansicht von § 1300 ABGB s unten bei FN 1911.

¹⁸⁶⁰ *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 108; vgl zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter RIS-Justiz RS0037785 T 34, OGH 12.06.2006, 2 Ob 226/05 g; s allg zur strengerer Gehilfenzurechnung im Rahmen von Schuldverhältnissen *F. Bydlinksi*, JBl 1992, 343; OGH 09.04.1996, 10 Ob 528/94.

¹⁸⁶¹ Vgl für die Schweiz *Vasella*, Haftung 329, 336, 340 f, 367. Zur systematischen Rechtfertigung s unten bei FN 2651.

¹⁸⁶² Vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 546: „vertragsähnliche Anspruchsgrundlagen“.

¹⁸⁶³ *Wilburg*, Schadensrecht 162 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/42, 4/44; *ders* in *Spier*, Limits 35; *ders*, JBl 1994, 215; *ders*, JBl 2004, 276; *ders* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/98; *Brawenz*, Prospekthaftung 44; *Kalss*, ÖBA 2000, 467; *dies*, ÖBA

zwischen Vertrag und Delikt“. Es ist daher richtig, dass § 1300 ABGB die Unterscheidung zwischen der Verantwortlichkeit innerhalb einer rechtlichen Sonderbeziehung (nicht bloß Vertrag; Satz 1) auf der einen und der deliktischen Haftung¹⁸⁶⁴ (Satz 2) auf der anderen Seite zugrunde liegt (vgl § 1295 Abs 1 HS 2 ABGB). Rechtsdogmatisch zeigt sich im Erfordernis der Belohnung eine Verwandtschaft des § 1300 Satz 1 ABGB zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Dabei geht es im Rahmen des § 1300 Satz 1 ABGB freilich (zunächst; s den nächsten Absatz) um eine Haftung aus einem außervertraglichen Schuldverhältnis. Über dessen Reichweite vermag daher nicht die Vertragsauslegung Auskunft zu geben, sondern die Struktur des Schuldverhältnisses (Vertrauensbeziehung) sowie die einschlägige Norm (§ 1300 Satz 1 ABGB) samt ihrem Zweck (Vertrauensschutz¹⁸⁶⁵).¹⁸⁶⁶

§ 1300 Satz 1 ABGB hat dispositiven Charakter. Daher kann eine aufgrund dieser Norm entstandene Sonderbeziehung innerhalb der Grenzen der § 879 Abs 1, Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1, Abs 2 KSchG, allenfalls auch durch AGB¹⁸⁶⁷, privatautonom näher ausgestaltet werden. Dies gilt insb im Verhältnis zu der Person, die mit dem Sachverständigen in Kontakt tritt. Das gesetzliche Schuldverhältnis wird dann durch die jeweilige Vertragsbeziehung überlagert, also erweitert oder eingeschränkt.¹⁸⁶⁸ Vergleichen lässt sich dies mit einer gesetzlichen Sonderbeziehung aus vorvertraglichem Kontakt, die durch Abreden zwischen den (potenziellen) Vertragspartnern rechtlich „abgeschliffen“ oder durch den Vertrag selbst abgelöst wird.¹⁸⁶⁹ Natürlich könnte der Sachverständige auch direkt mit dem Dritten eine entsprechende Vereinbarung treffen,¹⁸⁷⁰ allenfalls seine Haftung sogar durch einseitige Erklärung diesem gegenüber „präzisieren“ (insb einschränken)¹⁸⁷¹.

Aufgrund des gesetzlich-originären Charakters des Schadenersatzanspruchs gem § 1300 Satz 1 ABGB kann der Sachverständige jedoch nicht mit seinem unmittelbaren

2002, 195; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 831; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 12; *U. Torggler*, wbl 2001, 547, 551; *ders*, AnwBl 2003, 619; *Schobel*, ÖBA 2001, 754; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 957; *Karner* in FS Koziol (2010) 696; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 106, 108; *Iro/Riss*, RdW 2012, 449; OGH 3 Ob 509/95 JBl 1995, 522 (524); vgl bereits Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 255: Vertrag, Delikt und „Quasidelikt“, für Deutschland *Köndgen*, Selbstbindung 7, 419 f; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2300; *dens* in FS Larenz II (1983) 93; *dens*, ZHR 163 (1999) 220; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 819; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664; *Haar*, NZG 2010, 1283; für die Schweiz *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 92; *Vasella*, Haftung 337; krit dazu aber v. *Bar*, ZGR 1983, 496; *Enzinger* in FS Straube (2009) 21, 30.

¹⁸⁶⁴ S dazu RIS-Justiz RS0116008, OGH 26.06.2001, 1 Ob 16/01 m.

¹⁸⁶⁵ Dazu näher oben bei FN 1755; vgl auch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““.

¹⁸⁶⁶ *F. Bydlinski*, JBl 1960, 366 f mit FN 44; vgl zum „Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte“: *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 93.

¹⁸⁶⁷ Vgl *Hopt*, AcP 183 (1983) 685, 713.

¹⁸⁶⁸ *Hopt*, AcP 183 (1983) 659, 668.

¹⁸⁶⁹ Vgl zur Modifizierung von gesetzlichen Schuldverhältnissen durch Parteienabrede auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 273.

¹⁸⁷⁰ *Schneider*, ZHR 163 (1999) 267; vgl *Meyer*, Rechtsfragen 102; zur mE abw Rechtslage bei der Haftung von Ratingagenturen s noch unten bei FN 3644.

¹⁸⁷¹ Dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.β.β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“, insb bei FN 2513, 2549.

Kontrahenten die Haftung zu Lasten des Dritten „intern“ ausschließen oder einschränken (Sittenwidrigkeit; § 879 Abs 1 ABGB¹⁸⁷²).¹⁸⁷³ Auch sonstige Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis des Sachverständigen mit seinem Vertragspartner, insb ein allfälliges Mitverschulden des Letzteren, vermögen die Dritthaftung nicht zu schmälern.¹⁸⁷⁴

7) An dieser Stelle soll hervorgehoben werden, dass mit der hier vorgeschlagenen Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB kein großer Bruch mit dem konventionellen Verständnis des österreichischen Schadenersatzrechts verbunden sein muss.¹⁸⁷⁵ Wenn die hM für die Haftung nach dieser Bestimmung bisher ein Sonderrechtsverhältnis voraussetzt (S 173 ff), so kann sie dieses weiterhin und unabhängig von § 1300 Satz 1 ABGB als haftungsbegründend ansehen.¹⁸⁷⁶ Dies hat sie ja in Wahrheit bis jetzt genauso getan.¹⁸⁷⁷ Es ist dann aber nicht (mehr) erforderlich, die auf diese Weise befürwortete Haftung nach allgemeinen Grundsätzen in diese Norm „hineinzupressen“.¹⁸⁷⁸

So führt mE zB eine irreführende Auskunft eines Laien gegenüber seinem Vertragspartner zu einer Haftung aus Vertrag (§ 1295 Abs 1 Fall 1 ABGB), wenn diese Auskunft Gegenstand der vertraglichen (Haupt- oder Neben-)Pflichten des Laien ist. § 1300 Satz 1 ABGB ist dagegen insoweit nicht einschlägig.¹⁸⁷⁹ Ein weiteres Beispiel sei herausgegriffen, das mit der Schadenersatzpflicht von Ratingagenturen verwandt ist: ME kann insb eine Bank oder eine Wirtschaftsauskunftei, die einem Auskunftssuchenden eine erstmalige Bonitätsauskunft ohne Bearbeitungsgebühr¹⁸⁸⁰ (sohin ohne „Belohnung“¹⁸⁸¹) erteilt, hierfür haften.

¹⁸⁷² Vgl auch § 128 Satz 2, § 130 Abs 2, § 173 Abs 2 UGB, § 156 Abs 1 VersVG.

¹⁸⁷³ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/40; ders, Bankvertragsrecht I² Rz 3/31; ders/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 146; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 111, 115 f; Welser, Haftung 108; Kals, ÖBA 2000, 658; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28; Schneider, ZHR 163 (1999) 267; Meyer, Rechtsfragen 102; iE auch Korth, Dritthaftung 102 f.

¹⁸⁷⁴ IE Canaris, ZHR 163 (1999) 229; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Karner in FS Koziol (2010) 712; Korth, Dritthaftung 101 f, 104 ff, 109.

¹⁸⁷⁵ Weswegen die Rechtsstabilität als Teilaspekt der Rechtssicherheit (dazu etwa U. Torggler, JBl 2011, 763) nicht über Gebühr beeinträchtigt werden dürfte.

¹⁸⁷⁶ Der Wortlaut des § 1300 Satz 2 ABGB („Außer diesem Falle haftet ein Rathgeber *nur* für den Schaden“ [Hervorhebung nicht im Original]) steht der hier vertretenen Auffassung mE nicht entgegen. § 1300 Satz 1 und Satz 2 ABGB regeln exklusiv (*arg*: „nur“) nur diejenigen Schadensfälle, in denen der Rat alleine haftungsbegründend ist (Satz 2 *leg cit*) bzw selbständig die haftungsbegründende Sonderbeziehung entstehen lässt (Satz 1 *leg cit*; vgl oben bei FN 1806), in denen also die Verantwortlichkeit ausschließlich auf den Rat zurückzuführen ist; in den von § 1300 ABGB *nicht* *geregelten* und damit *nicht* *ausgeschlossenen* Fällen der („quasi“-)vertraglichen Informationshaftung begründet dagegen letztlich ein (gesetzliches oder vertragliches) Schuldverhältnis als Vertrauensverhältnis die strengere Schadenersatzpflicht (vgl sogleich im Fließtext), das vom Rat unabhängig ist und bei dem sich die Haftung „aktualisierende“ Informationserteilung bloß als ein (idR von mehreren) Verhalten darstellt, das im Rahmen dieses Schuldverhältnisses sanktioniert wird. Der Rat ist diesfalls bloßes „Teilelement“ des haftungsbegründenden Schuldverhältnisses, weswegen § 1300 ABGB insoweit mE gar nicht einschlägig ist und vielmehr auf die Anspruchsgrundlage des § 1295 Abs 1 ABGB zurückzugreifen ist.

¹⁸⁷⁷ Anschaulich Welser, Haftung 32 ff, 47 ff, 54 ff, 62 ff, 77 ff; vgl auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 3; Karner in FS Koziol (2010) 699; ferner OGH 1 Ob 520/78 SZ 51/26, 126 (131): „Da die Schutz- und Sorgfaltspflichten kein selbständiges Schuldverhältnis bilden, sondern Teil des durch den Vertragsabschluß begründeten Schuldverhältnisses sind [...], kommt im vorliegenden Fall die außerhalb von sonstigen Schuldverpflichtungen geltende Bestimmung des § 1300 ABGB über die Erteilung einer falschen Auskunft bzw. eines unrichtigen Rates nicht zur Anwendung. Die Schadenersatzpflicht ergibt sich vielmehr aus der Verletzung der (umfassenden) Pflichten des zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages“ (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁸⁷⁸ Vgl aber zur hM oben bei FN 1563, 1577 und unten bei FN 2370.

¹⁸⁷⁹ AA explizit Graf, JBl 2012, 217.

¹⁸⁸⁰ Nur bei einer Auskunft gegen Bearbeitungsgebühr kommt mE § 1300 Satz 1 ABGB zur Anwendung.

Grund hierfür ist das durch die persönliche und zumindest rechtsgeschäftsähnliche Kontaktaufnahme¹⁸⁸² entstandene Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, aber mit Schutz- und Sorgfaltspflichten¹⁸⁸³.¹⁸⁸⁴ Das lässt sich mit ähnlichen Gründen wie die strenge Vertragshaftung¹⁸⁸⁵ rechtfertigen: zum einen mit dem Vertrauensschutz als Anliegen einer Rechtsordnung, die die Flüssigkeit und Sicherheit des Rechts- und Geschäftsverkehrs gewährleisten will;¹⁸⁸⁶ zum anderen mit der wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeit¹⁸⁸⁷ zwischen den „Parteien“ des direkten Kontakts („Rechtsgüterexponierung“¹⁸⁸⁸),¹⁸⁸⁹ die im wirtschaftlichen Eigeninteresse geschaffen wird,¹⁸⁹⁰ etwa um künftige Geschäftskontakte zwischen der Bank und dem Anfragenden anzubahnen.¹⁸⁹¹ Damit liegt eine Parallele zur *culpa in contrahendo* vor¹⁸⁹² (vgl nunmehr die Positivierung in § 311 Abs 2 Z 3 BGB¹⁸⁹³). § 1300 Satz 1 ABGB muss für eine solche Haftung aber nicht direkt bemüht werden. Das zeigt auch die deutsche Literatur, die schon vor Inkrafttreten des § 311 Abs 2 Z 3 BGB freilich ohne Heranziehung des § 1300 Satz 1 ABGB zum selben Ergebnis mit derselben rechtsdogmatischen Begründung (!) kam.¹⁸⁹⁴

Eine andere und mE zu bejahende Frage ist, ob die Wertungen des § 1300 ABGB für eine derartige „quasi-vertragliche“ Auskunftshaftung argumentativ fruchtbar gemacht werden können.¹⁸⁹⁵ So ist es mE plausibel, wenn man das Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses in solchen Fällen auch mit der Sachkunde des Auskunftserteilenden

¹⁸⁸¹ S dazu ausf unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“.

¹⁸⁸² Vgl *Canaris*, ZHR 163 (1999) 234; *dens*, Vertrauenshaftung 442 ff, 538 mit FN 72: Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr; zust BGH II ZR 164/76 BGHZ 70, 337 (345); *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21. Zur Abstufung der Schutzpflichten je nach Intensität des geschäftlichen Kontakts s *dens*, ebd § 347 Rz 17.

¹⁸⁸³ RIS-Justiz RS0026596 T 5, OGH 28.01.1988, 10 Ob 512/87; so auch für die Haftung des Anlagevermittlers *Schobel*, ÖBA 2001, 754; s dazu bereits *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 77, 89; vgl auch OGH 2 Ob 588/94, 514/95 ecolex 1995, 402 (403).

¹⁸⁸⁴ *Kozioł*, JBl 1994, 211; *ders*, Haftpflichtrecht II², 188; *ders* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht I² Rz 3/10; *Welser*, Haftung 66 f; *ders*, ÖBA 1982, 124 f; *Kletečka*, ÖBA 2005, 57; referierend *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 56; iE auch OGH 4 Ob 604/70 SZ 43/209, 727 (732); 4 Ob 540/73 JBl 1974, 261 (262); 4 Ob 13/04 x ÖBA 2004, 881 (881 f), wobei die Haftung in den ersten beiden Entscheidungen wohl zu Unrecht (vgl bereits oben bei FN 1621) auf einen durch schlüssiges Verhalten entstandenen Auskunftsvertrag gestützt wird.

¹⁸⁸⁵ S dazu *Kozioł*, JBl 2004, 275 f.

¹⁸⁸⁶ *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 564; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2000, 653; *dies*, ÖBA 2002, 197, 199: Sicherung der ökonomischen Geschäftsabwicklung; *dies*, Anlegerinteressen 214; *Brawenz*, Prospekthaftung 43, 102 f, 106, 162, 165.

¹⁸⁸⁷ *Kozioł*, JBl 1994, 213, 218; vgl dazu auch die Wertung der § 81 Abs 3 IO, § 272 Abs 3 iVm § 275 UGB (dazu schon oben bei FN 1005).

¹⁸⁸⁸ *Köndgen*, Selbstbindung 268; vgl dazu auch *Canaris*, Vertrauenshaftung 440, 442; *Brawenz*, Prospekthaftung 103 f, 106, 162.

¹⁸⁸⁹ S zur Berücksichtigung der Nähe zwischen Schädiger und Geschädigtem als haftungskonstituierendes Element im Rahmen einer Sonderbeziehung *Kalss*, ÖBA 2000, 649; vgl auch bereits *Canaris*, JZ 1965, 476; *dens* in FS Larenz II (1983) 38; den engen Kontakt betonend *Kozioł* in *Spier*, Limits 35; *ders*, JBl 2004, 276, 278 ff, der sogar die „Grundregel“ aufstellt, ein Ersatz von bloßen Vermögensschäden sei im deliktischen Bereich „um so eher gerechtfertigt, je intensiver das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten ist.“; vgl dazu auch OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446).

¹⁸⁹⁰ *F. Bydliński*, JBl 1960, 361 f (allg für die Vertragshaftung und Haftung aus *cic*); wie hier auch *Kozioł*, JBl 1994, 213, 215; vgl ferner *Brawenz*, Prospekthaftung 44.

¹⁸⁹¹ Vgl zu alldem *Peter Doralt*, ZfG 1971, 407 f; *F. Bydliński*, JBl 1992, 345 f.

¹⁸⁹² *Lorenz* in FS Larenz (1973) 618 ff; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 89, 91; *ders* in FS Larenz II (1983) 93; vgl schon *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951) 501 ff.

¹⁸⁹³ Aufschlussreich dazu *Canaris*, JZ 2001, 520.

¹⁸⁹⁴ Insb *Canaris*, Vertrauenshaftung 539; *ders*, Bankvertragsrecht³ Rz 78, 89; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 618 ff.

¹⁸⁹⁵ Vgl *Peter Doralt*, ZfG 1971, 407 f; *Welser*, Haftung 67; *Kalss*, ÖBA 2000, 648: Untersuchung, inwieweit das Tatbestandsmerkmal „gegen Belohnung“, „abgeschwächt“ werden könne, ohne dass dabei seine haftungsbegründende Tragkraft verloren geht.

begründet.¹⁸⁹⁶ Und daher besteht mE für eine altruistisch erteilte Bonitätsauskunft – sollte eine solche tatsächlich jemals vorkommen – keine Haftung, weil hier von Entgeltlichkeit nicht einmal im Ansatz gesprochen werden kann.¹⁸⁹⁷

Einen einschneidenden Eingriff bringt die hier vertretene Ansicht nur insofern mit sich, als sie die „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ bzw die allgemeine (typisierte) Vertrauenshaftung Dritter erübrigt. Diese Haftungstheorien gehen mE in der Dritthaftung des § 1300 Satz 1 ABGB (wenn auch nur zum Teil¹⁸⁹⁸) auf; sie sind also darin positiviert und dürfen nicht parallel angewendet werden, weil ansonsten die Wertungen dieser Norm unterlaufen werden könnten.

§§§. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO

1) Aus „wissenschaftlicher Vorsicht“ soll an dieser Stelle präventiv ein Einwand behandelt werden, der sich gegen die bisherigen Ausführungen aufdrängt. Die Bedeutung der historischen Interpretation ist in der Methodenlehre zwar herrschend anerkannt.¹⁸⁹⁹ In Österreich ist sie sogar gesetzlich vorgeschrieben (§ 6 ABGB). Je älter ein Gesetz jedoch ist, desto weniger Bedeutung soll dem historischen Willen des Gesetzgebers zukommen; man befürchtet offenbar, dass gerade bei älteren Gesetzen die Zweckvorstellungen der seinerzeitigen Gesetzesverfasser überholt sein könnten.¹⁹⁰⁰ Es muss daher geprüft werden, ob die hier vertretene Ansicht nicht insoweit auf inaktuellen Wertungen aufbaut, als sie sich auf Materialien von vor über 200 Jahren stützt. Das ist mE aus den folgenden Gründen zu verneinen:

Entscheidend für die gesetzliche Vertrauenshaftung nach der hier vorgeschlagenen Ausgestaltung (insb hinsichtlich der Erfassung von Drittschäden) spricht, dass der österreichische Gesetzgeber eine vergleichbare Dritthaftung in Fällen explizit anerkannt hat, in denen sich hierfür eine praktische Gelegenheit bot¹⁹⁰¹ oder als ihm ein Regelungsbedürfnis besonders dringend erschien¹⁹⁰².¹⁹⁰³ Er hat damit die historischen Vorstellungen einer außervertraglichen Sachverständigenhaftung für bloße

¹⁸⁹⁶ Insb Welser, Haftung 66 f; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 92.

¹⁸⁹⁷ Vgl Koziol, JBl 2004, 279: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, je mehr der Schädiger in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse tätig wird.“

¹⁸⁹⁸ S noch unten bei FN 2761, 2800.

¹⁸⁹⁹ S nur F. Bydlinski, Methodenlehre², 449 ff.

¹⁹⁰⁰ Vgl F. Bydlinski, Methodenlehre², 453.

¹⁹⁰¹ Vgl sogleich im Fließtext zur Prospekthaftung, die in § 11 KMG allg normiert wurde und anlässlich derer es sich wohl „der Vollständigkeit halber“ auch anbot, auf die Haftung des Prospektkontrollors ausdr einzugehen; vgl auch zur Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers unten bei FN 1934; zur Haftung des Umgründungsprüfers unten bei FN 1939.

¹⁹⁰² Vgl zur Haftung des Sachverständigen gem § 141 Abs 5 EO unten bei FN 1946.

¹⁹⁰³ Dies mE nicht ausreichend würdigend Harrer, wbl 2005, 111.

Die Wertungen der im Folgenden erwähnten, sondergesetzlichen Vertrauenshaftungen haben für die vorliegende Untersuchung¹⁹⁰⁷ „doppelfunktionales Potenzial“: Sie dienen nicht nur dazu, die hier auf Basis des § 1300 ABGB vertretene (berufsrechtliche) Vertrauenshaftung zu untermauern,¹⁹⁰⁸ sondern können außerdem zu deren Konkretisierung herangezogen werden¹⁹⁰⁹ (vgl etwa § 879 Abs 1 mit Abs 2 ABGB).

¹⁹⁰⁴ Vgl. oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.βββ. Entstehungsgeschichte des § 1300 Satz 1 ABGB“, insb bei FN 1689, 1709 sowie oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“; vgl. auch II 8 §§ 704 f ALR; dazu oben bei FN 1718.

1914 Den „konstitutiven Charakter“ des § 1300 Satz 1 ABGB mit einem allg Verweis auf § 11 KMG zu begründen, wäre mE ungenau (so aber C. Völkl, ÖJZ 2006, 108), weil einerseits § 11 KMG auch Fälle normiert, in denen der Schädiger Vertragspartner des Anlegers sein kann (sodass eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden insofern nichts Besonderes ist; vgl § 11 Abs 1 Z 1, Z 3 Fall 1 und Fall 3 KMG; dazu oben unter „Teil 1.I.D.1.e. Rechtsfolgen und Gegeneinwände“) und andererseits § 11 KMG auch die Haftung des Abschlussprüfers normiert (vgl § 11 Abs 1 Z 4 KMG; dazu oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“ und unten nach FN 2670 sowie bei FN 2833), die aber aufgrund des Vorsatzerfordernisses deliktisch einzuordnen ist (sodass eine Haftung für bloße Vermögensschäden auch insofern nichts Besonderes ist; vgl § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB). Aus demselben Grund (Vorsatzerfordernis [s nur Kalss, ÖBA 2002, 194; dies, Anlegerinteressen 334 FN 586; Gruber, ÖBA 2003, 250; Rüffler, JBl 2011, 73; vgl schon Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 395; ferner Fleischer, AG 2006, 8; Ebke in MünchKomm HGB³ {2013} § 323 Rz 95; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht {2011} § 323 HGB, Rz 110]) kann man für die Beantwortung der hier entscheidenden Frage der Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB auch nicht auf die Wertung der § 122 Abs 1 (insb Z 1) GmbHG, § 255 Abs 1 (insb Z 1) AktG jeweils iVm § 1311 ABGB verweisen (in diese Richtung aber C. Völkl, ÖJZ 2006, 108).

Die Wertung des § 11 KMG ist insofern interessant, als der Gesetzgeber damit eine außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung für bloße Vermögensschäden gegenüber einer Vielzahl von Personen¹⁹¹⁵ (Anlegerpublikum) anerkannt hat.¹⁹¹⁶ Das Gesetz setzt hierfür keinen engeren kommerziellen oder sozialen Kontakt¹⁹¹⁷ zwischen Prospektprüfer und (geschädigtem) Anleger voraus.¹⁹¹⁸ Rechtsdogmatisch begründbar ist diese Haftung vor dem Hintergrund des hier vorgeschlagenen Verständnisses von § 1300 Satz 1 ABGB¹⁹¹⁹ durch das Sonderrechtsverhältnis, das (auch¹⁹²⁰) Prüfer und Anleger miteinander verbindet. Dieses entsteht durch die von § 8 KMG verlangte und in weiterer Folge publizierte Unterfertigung des Prospekts durch den Kontrollor (ein Experte)¹⁹²¹ gegen Belohnung, namentlich gegen Zahlung des Prüfungshonorars¹⁹²² durch den Emittenten¹⁹²³.¹⁹²⁴ Dadurch kann der Kontrollor die Dispositionen der Anleger beeinflussen. Daher ist es konsequent, wenn § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG die Gehilfenzurechnung der Sache nach wie § 1313a ABGB regeln.¹⁹²⁵

Die von § 11 KMG vorgesehenen Haftungsschranken (ausf oben S 75 ff) fügen sich dabei insofern in das hier befürwortete allgemeinere Haftungssystem¹⁹²⁶, als es bei der Prospekthaftung – wie erwähnt – um eine Verantwortlichkeit gegenüber einer großen Anzahl von Personen geht. Das KMG möchte diese Haftung überschaubar und zumutbar gestalten.¹⁹²⁷ Aufgrund dieses hohen Schadenersatzrisikos am Kapitalmarkt¹⁹²⁸ war es vom KMG-Gesetzgeber nicht nur folgerichtig, die maximale betragliche Ersatzpflicht des

weil es in diesem Kapitel („Teil 1.I.D.3. Dritthaftung von Ratingagenturen für Fahrlässigkeit“) um die Begründung einer Fahrlässigkeitshaftung des Experten geht. Der behauptete gemeinsame Zweck der zitierten Bestimmungen, wonach Sachverständige, die „im wirtschaftlichen Eigeninteresse Auskünfte“ erteilen, „bei der Wahrheit“ bleiben müssten (C. Völkl, ÖJZ 2006, 108), erscheint mE zu pauschal, als aus ihm rechtsdogmatische Folgerungen abgeleitet werden könnten.

¹⁹¹⁵ Vgl § 11 Abs 1 KMG: „Jedem Anleger“; OGH 7 Ob 592/90 GesRZ 1992, 54 (55); *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2279.

¹⁹¹⁶ Vgl zu § 80 BörseG 1989 *Brawenz*, Prospekthaftung 141: haftungsbewehrte Schutzpflicht „zugunsten fremden Vermögens im außervertraglichen Bereich“.

¹⁹¹⁷ Anders für eine Haftung im Rahmen des § 311 Abs 3 Satz 2 BGB: *Wagner* in FS Blaurock (2013) 483; s auch noch oben bei und in FN 1443.

¹⁹¹⁸ Insofern lässt sich die deutsche Rechts- bzw zumindest Gesetzeslage nicht mit der österreichischen vergleichen. Deswegen ist das in Deutschland gegen eine Dritthaftung von Ratingagenturen vorgebrachte Argument, eine außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung der Ratingagenturen gegenüber dem Anlegerpublikum widerspreche der Wertentscheidung des Gesetzgebers, eine außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung gegenüber einer Vielzahl von Personen abzulehnen (*Wagner* in FS Blaurock [2013] 481 ff), für das österreichische Recht keinesfalls im selben Ausmaß stichhaltig.

¹⁹¹⁹ Vgl zum Zusammenhang zwischen Auskunft- und Prospekthaftung *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2277.

¹⁹²⁰ Zum Schuldverhältnis zwischen dem Sachverständigen und dem, der die Belohnung bezahlt, s oben bei und nach FN 1811 sowie unten nach FN 2463.

¹⁹²¹ Zur Erklärungshaftung der Experten iZm der Prospekthaftung s *Köndgen*, AG 1983, 125. Zur (partiellen) Gleichbehandlung von Rat und Auskunft s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc. Raterteilung“.

¹⁹²² Vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 77; *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 12 mit FN 7.

¹⁹²³ Zur mittelbaren Tragung durch die Anleger s oben bei FN 699 und unten bei FN 2604.

¹⁹²⁴ Vgl *Rodrigues*, *ecolex* 1990, 77 mit FN 12: „Begründung einer persönlichen Sorgfaltspflicht bzgl der Prospektangaben“ durch Unterschrift im Prospekt; vgl oben nach FN 1811.

¹⁹²⁵ S dazu oben in FN 705.

¹⁹²⁶ Vgl OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (50) (*Oppitz*), wo der OGH um ein konsistentes Haftungssystem, bestehend aus allg Zivilrecht und § 11 KMG, bemüht ist.

¹⁹²⁷ IE auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280, der die Prospekthaftung in „sein“ System der Vertrauenshaftung einordnet.

¹⁹²⁸ Dazu noch unten bei FN 3784.

Prospektkontrollors zu begrenzen.¹⁹²⁹ Konsequenz war auch, (partiell¹⁹³⁰) die Pflichten zu beschränken bzw die Haftung abweichend von § 1300 Satz 1 ABGB (zum Teil) erst bei grobem Verschulden¹⁹³¹ eintreten zu lassen.¹⁹³² Aus diesem Grund erklärt sich mE auch die „seltsame“ Beweislastverteilung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG, die von § 1298 ABGB abweicht (sofern kein Ausschlussgrund auf Seiten des Prüfers vorhanden ist).¹⁹³³

3) Die Haftungsschranken des § 11 KMG schlagen die Brücke zur zweiten kapitalmarktrechtlichen Norm, die an dieser Stelle Hervorhebung verdient: § 14 Z 6 KMG. Diese normiert ausdrücklich eine Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers einer Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien gegenüber Anlegern, die sich daran beteiligen.¹⁹³⁴ Wie bei der Dritthaftung der Prospektkontrolloren und Ratingagenturen geht es also auch hier um die Haftung eines Vertrauensintermediärs¹⁹³⁵, der „Stellung“ zwischen Emittent und Anleger „bezieht“. Nach der gesetzlichen Ausgestaltung greift die Dritthaftung des Rechenschaftsberichtsprüfers zwar bereits bei leichter Fahrlässigkeit. § 14 Z 6 KMG trägt dem mit der Rechenschaftsberichtsprüfung einhergehenden hohen Haftungsrisiko jedoch insofern Rechnung, als er die Verantwortlichkeit entsprechend¹⁹³⁶ der eines Abschlussprüfers betraglich beschränkt (§ 275 Abs 2 UGB).

Auch § 14 Z 6 KMG harmoniert mit dem hier vertretenen Verständnis des § 1300 Satz 1 ABGB: Der Rechenschaftsberichtsprüfer als Sachverständiger erteilt mit seinem „Bestätigungsvermerk“ einen „Rat“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB, weil seine Information jedenfalls abstrakt geeignet ist, die Kaufentscheidung des Anlegers zu beeinflussen.¹⁹³⁷ Auch erfolgt die Informationserteilung „gegen Belohnung“, weil sie von

¹⁹²⁹ Vgl § 11 Abs 6 KMG.

¹⁹³⁰ Vgl § 8 Abs 2a KMG.

¹⁹³¹ Vgl § 11 Abs 1 Z 2a KMG.

¹⁹³² Zum Ganzen oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“. An passenderer Stelle werden daraus auch Schlussfolgerungen für die Dritthaftung von Ratingagenturen gezogen werden (s unten unter „Teil 1.I.D.3.b.aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung“).

¹⁹³³ Dazu oben in FN 706.

¹⁹³⁴ Näher dazu, auch zu den Aufgaben des Rechenschaftsberichtsprüfers, unten nach FN 3547.

¹⁹³⁵ Dazu bereits oben bei FN 76.

¹⁹³⁶ Der Abschlussprüfer haftet (betraglich beschränkt) freilich nur gegenüber der Gesellschaft (zu diesem Unterschied s bereits oben bei FN 1012). C. Nowotny (in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 316 FN 66) hat daher Bedenken in Bezug auf die Verfassungskonformität des § 14 Z 6 KMG geäußert; es sei vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht einzusehen, warum der Rechenschaftsberichtsprüfer, nicht aber der Abschlussprüfer, einer gesetzlichen Außenhaftung unterworfen sei. Dieser Argumentation ist zu entgegnen, dass der Rechenschaftsbericht nach der gesetzlichen Konzeption eindeutig nur an die Anleger (vgl nur die systematische Stellung des § 14 KMG und die in § 14 Z 6 KMG erwähnten Anleger) adressiert ist, wogegen sich der Bestätigungsvermerk an Anleger sowie (sonstige) Gläubiger (einschließlich dem Staat, Arbeitnehmer etc) richtet (vgl die Nw in FN 1207). Der durch die Dritthaftung geschützte Personenkreis lässt sich im Rahmen des § 14 Z 6 KMG daher genauer begrenzen, als bei offengelegten Bestätigungsvermerken. Insofern ist die Parallele zum Rechenschaftsbericht das Emissionsrating, jene zum Bestätigungsvermerk das Emittentenrating (vgl dazu noch unten bei FN 2771).

¹⁹³⁷ Dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc. Raterteilung“.

dem Emittenten abgegolten wird. Unterläuft dem Rechenschaftsprüfer ein Fehler, haftet er schon bei einem „Versehen“¹⁹³⁸, also bei leichter Fahrlässigkeit.

4) Auf die Norm des § 275 Abs 2 UGB wird bei einer weiteren, gesetzlich ausdrücklich anerkannten Dritthaftung verwiesen. Diese soll daher nicht unerwähnt bleiben: Gem (§ 96 Abs 2 GmbHG iVm) § 220b Abs 3 AktG haftet der Verschmelzungsprüfer (auch) gegenüber den Aktionären der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften betraglich beschränkt.¹⁹³⁹ Da es Aufgabe des Verschmelzungsprüfers ist, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses der Aktien zu prüfen (vgl § 220b Abs 4 Satz 3 AktG¹⁹⁴⁰), ist evident, dass die Vermögensinteressen der Aktionäre durch eine fehlerhafte Prüfung beeinträchtigt werden können.¹⁹⁴¹ Denn die Gesellschafterversammlungen beschließen über die Verschmelzung auf Grundlage der Expertise des Verschmelzungsprüfers und der darauf ebenso Bedacht nehmenden Prüfungsberichte der Aufsichtsräte der beteiligten Gesellschaften (§§ 220c, 221, § 221a Abs 2 Z 5, Z 6, Abs 5 AktG). Kommt der Verschmelzungsprüfer etwa zu dem unrichtigen Schluss, dass das festgelegte Umtauschverhältnis angemessen ist und wird die Umgründung deshalb beschlossen, sind die „verkürzten“ Aktionäre aufgrund der Fehlinformation des Prüfers geschädigt.¹⁹⁴²

Und auch diese Dritthaftung passt mE in das Regime des § 1300 Satz 1 ABGB: Der Prüfer ist ein Sachverständiger, der gegen Bezahlung durch eine der beteiligten Gesellschaften tätig wird.¹⁹⁴³ Seine professionelle Stellungnahme ist auch objektiv gesehen geeignet, die Beschlussfassungen der involvierten Gesellschafterversammlungen zu beeinflussen, die Wirksamkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen der Verschmelzung sind (§ 221 Abs 1 AktG¹⁹⁴⁴). Parallellfall aus der Judikatur ist die Entscheidung *Gesellschafterabschichtung* (oben S 41 ff). Dabei fügt sich die Dritthaftung des Verschmelzungsprüfers mE aber noch besser in das System des § 1300 Satz 1 ABGB ein, weil hier die schadenskausale Vermögensdisposition durch Beschlussfassung der Gesellschafter und nicht „automatisiert“ erfolgt. Insofern liegt ein Fall der psychischen Kausalität vor.

¹⁹³⁸ S allg zum Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.iii.a. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)“.

¹⁹³⁹ Entspr gilt insb für den Spaltungsprüfer (§ 5 Abs 3 und Abs 4 SpaltG); s außerdem unten bei FN 3538.

¹⁹⁴⁰ Gegebenenfalls ist danach auch die Angemessenheit der Barabfindung zu prüfen.

¹⁹⁴¹ Vgl Begr RegEntw VerschmelzungsRL-G, BT-Drucksache 9/1065, 17; Kalss, ÖBA 2000, 654 FN 166: es sind gerade die Anteilsinhaber, die geschädigt werden können.

¹⁹⁴² Vgl Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 220b Rz 18; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG³ (2010) § 220b Rz 8: unrichtige Berechnung des Umtauschverhältnisses; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 220b Rz 33: praktische Relevanz, wenn Verfahren gem den §§ 225c ff AktG nicht betrieben wird.

¹⁹⁴³ Jede der beteiligten Gesellschaften hat einen Verschmelzungsprüfer zu bestellen (§ 220b Abs 1 AktG).

¹⁹⁴⁴ S auch noch § 225a Abs 3 AktG.

Dass die Verantwortlichkeit des Verschmelzungsprüfers bereits bei leichter Fahrlässigkeit „greift“, wird wiederum durch die betragliche Haftungsbegrenzung des sinngemäß geltenden § 275 Abs 2 UGB abgefedert. Das ist mE vor dem Hintergrund der § 11, § 14 Z 6 KMG zumindest nicht unverständlich. Denn das Schadenersatzrisiko des Verschmelzungsprüfers ist durchaus beträchtlich (mag seine Haftung auch mit der Differenz zwischen dem von ihm festgestellten und dem tatsächlichen Unternehmenswert begrenzt sein¹⁹⁴⁵).

5) Die vierte Norm, die mE die hier vertretene Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB stützt, ist § 141 Abs 5 EO.¹⁹⁴⁶ Danach haftet der Sachverständige, der im Exekutionsverfahren eine Liegenschaftsschätzung vornimmt, „dem Ersteher und allen Beteiligten^[1947] für Vermögensnachteile, die er ihnen durch pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht“. ¹⁹⁴⁸ Ein solcher Nachteil ist insb in der Differenz zwischen Verkehrswert¹⁹⁴⁹ des Grundstücks und Meistbot zu sehen, wenn dieses infolge eines vom Sachverständigen hervorgerufenen Irrtums über dem Verkehrswert liegt.¹⁹⁵⁰

Grund für die Einfügung von § 141 Abs 5 EO war eine „Korrektur“ der Rsp des OGH¹⁹⁵¹, die eine derartige Verantwortlichkeit des Schätzexperten gegenüber dem Ersteher verneint hatte.¹⁹⁵² Begründet wurde dies damit, dass die professionelle Bewertung vornehmlich der Verfahrensabwicklung diene und nicht die Aufgabe habe, „unmittelbaren Einfluss auf die Willensbildung“ des Dritten zu nehmen.¹⁹⁵³ Der Gesetzgeber konnte diese Argumentation verständlicherweise nicht nachvollziehen: Das Schätzgutachten sei sehr wohl eine „wichtige Grundlage“ für die Kaufentscheidung; im Übrigen führe die Rsp dazu, Kauflustige eher abzuschrecken, denn anzuziehen, weil diese sich demnach nicht auf die Liegenschaftsschätzung verlassen könnten.¹⁹⁵⁴ Dies stehe mit dem Zweck der Zwangsversteigerung im Widerspruch.¹⁹⁵⁵

¹⁹⁴⁵ Vgl oben nach FN 307.

¹⁹⁴⁶ Vgl auch *Schmaranzer*, Zak 2013, 153; Parallele zwischen Abschlussprüferhaftung und § 141 Abs 5 EO.

¹⁹⁴⁷ S dazu *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 14.

¹⁹⁴⁸ OGH 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; s dazu *Angst*, *ecolex* 2012, 889; iE bereits OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (893 f) (EvBl 206); vgl auch § 81 Abs 3 IO.

¹⁹⁴⁹ Zur Pflicht zur Eruierung des Verkehrswerts und nicht eines im Geschäftsverkehr gar nicht realisierbaren Werts: RIS-Justiz RS0026479, OGH 31.05.1979, 2 Ob 513/79; 17.12.1985, 2 Ob 673/84.

¹⁹⁵⁰ OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58 (dort kein positiver Schaden); RIS-Justiz RS0127857, OGH 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t: Differenz zwischen tatsächlichem und einem geringeren fiktiven Meistbot aufgrund des richtig ermittelten Verkehrswerts liegt demgegenüber nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang.

¹⁹⁵¹ OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (18 ff); 7 Ob 544/92 *ecolex* 1992, 627 (627 f); s weiters RIS-Justiz RS0002841, OGH 07.06.1984, 6 Ob 601/82; 12.06.1997, 8 Ob 25/97 b; anders allerdings OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58.

¹⁹⁵² Vgl auch *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 37a.

¹⁹⁵³ ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO; *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 12. Unverkennbar ist der Zusammenhang dieser Ansicht des Höchstgerichts mit der Problematik der Haftung für psychische Kausalität (dazu oben bei FN 1756).

¹⁹⁵⁴ Vgl ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO; vgl zur haftungssanktionierten Informationsqualität oben bei FN 428.

¹⁹⁵⁵ ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO; *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 14.

Verfahrensrechtliche Überlegungen waren für die Normierung des § 141 Abs 5 EO also mitursächlich. Dennoch zeigt diese Bestimmung, dass der Gesetzgeber aus Anlass einer korrekturbedürftigen Rsp auch für diesen Bereich eine von einem Vertrag zum Geschädigten unabhängige Gutachterhaftung (demnach Dritthaftung¹⁹⁵⁶) aufgrund des Vertrauens in die professionelle Bewertung (*arg* „wichtige Grundlage“¹⁹⁵⁷) zugunsten des Erstehers befürwortet hat.¹⁹⁵⁸

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung 1 Ob 679/86. Darin geht der OGH ausdrücklich von einer Vergleichbarkeit der allgemeinen Gutachterhaftung und der Verantwortlichkeit desjenigen Sachverständigen aus, der im Exekutionsverfahren eine Liegenschaft schätzt, und hebt hierbei ein Konsistenzbedürfnis hervor.¹⁹⁵⁹ Führt man den Gedankengang des OGH konsequent fort, kann man (auch) § 141 Abs 5 EO als positivrechtliche Bestätigung der allgemeinen Gutachter-Dritthaftung qualifizieren. § 141 Abs 5 EO ist ebenso Ausdruck der generellen Norm (§ 1300 Satz 1 ABGB). Denn auch hier führt die „Belohnung“ des Sachverständigen für die vorgenommene Schätzung, die einen Teil der Kosten des Exekutionsverfahrens darstellt,¹⁹⁶⁰ zu einem „Verpflichtungsverhältnis“ „zulasten“ des Sachverständigen. In dieses ist auch der Ersteher eingebunden, der daraus Schadenersatzansprüche ableiten kann.¹⁹⁶¹

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Verweis des § 141 Abs 5 EO auf § 1299 ABGB¹⁹⁶² nicht gegen die Einordnung des § 141 Abs 5 EO in das Haftungssystem des § 1300 Satz 1 ABGB spricht. Zum einen wollte der Gesetzgeber damit bloß die kritisierte Rsp¹⁹⁶³ bestärken, wonach der gerichtliche Sachverständige kein Organ iSd AHG sei.¹⁹⁶⁴ Zum anderen ist mit der Bezugnahme auf § 1299 ABGB nicht die Haftungsgrundlage, sondern nur der Haftungsmaßstab der Sachverständigenhaftung angesprochen, der ohnehin in § 1300 Satz 1 ABGB aufgeht^{1965 1966}.

¹⁹⁵⁶ Vgl auch Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 10.

¹⁹⁵⁷ ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO; *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 14.

¹⁹⁵⁸ Vgl für § 81 Abs 3 IO: Artmann, JBl 2000, 630.

¹⁹⁵⁹ OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (20); zust 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (894) (EvBl 206); offenbar ebenso zust OGH 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228).

¹⁹⁶⁰ Zur Tragung dieser Kosten s noch unten bei FN 2601.

¹⁹⁶¹ Vgl oben bei und nach FN 1811.

¹⁹⁶² Vgl § 81 Abs 1 IO.

¹⁹⁶³ S zB OGH 1 Ob 34/80 SZ 54/19, 97 (103); 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (14 ff).

¹⁹⁶⁴ ErläutRV EO-Novelle 2000 zu § 141 EO; *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 12; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 23.

¹⁹⁶⁵ S dazu noch unten bei FN 2875.

¹⁹⁶⁶ *Angst in Angst*, EO² (2008) § 141 Rz 15.

εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden

1) Wie sich später¹⁹⁶⁷ zeigen wird, geht es gerade bei der (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen, aber auch allgemein bei schuldhaften Fehlinformationen, in der Regel um den Ersatz bloßer Vermögensschäden. Aus diesem Grund könnte man, an die Argumentation der „Dritthaftungsgegner“¹⁹⁶⁸ anknüpfend, gegen das dieser Arbeit zugrunde liegende Verständnis des § 1300 Satz 1 ABGB folgenden Einwand erheben: Läuft die Ableitung einer Sonderrechtsbeziehung zugunsten Dritter aus dieser Norm mit der Konsequenz der Ersatzfähigkeit primärer Vermögensschäden einem „Prinzip des österreichischen Schadenersatzrechts“ zuwider, namentlich der Beschränkung des deliktischen Schadenersatzes (infolge fahrlässigen Handelns) auf Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern?¹⁹⁶⁹ Dieser Grundsatz dürfe insb für den Bereich des Kapitalmarktrechts¹⁹⁷⁰ nicht dadurch ausgehebelt werden, dass man eine Sonderbeziehung zwischen Sachverständigen und dem anonymen Anlegerpublikum „annimmt“ und so zu einer Rechtswidrigkeit „gelangt“¹⁹⁷¹ (Vorwurf der Systemwidrigkeit einer derartigen Haftung¹⁹⁷²).

Freilich wird unten¹⁹⁷³ noch auf die Nähe des hier vorgeschlagenen Haftungskonzepts zur *culpa in contrahendo* hingewiesen werden, die mE schon für sich die Verantwortlichkeit nach vertraglichen Grundsätzen¹⁹⁷⁴ rechtfertigt. Vorsichtshalber soll aber auf diesen Einwand gesondert eingegangen werden. Denn sogar im Rahmen der Diskussion um den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben die hier zu diskutierenden Bedenken offensichtlich jene Meinungen beeinflusst, nach denen Vermögensschäden grundsätzlich nicht von den vertraglichen Schutzwirkungen erfasst seien.¹⁹⁷⁵ Dies wurde vertreten, obwohl die Nähe dieses Haftungsinstituts zur (rein) vertraglichen Haftung auf der Hand liegt. Es erscheint daher geboten, bei Haftungsfiguren, die wie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (jedenfalls nach hM), die *culpa in contrahendo* oder das

¹⁹⁶⁷ Unten unter „Teil 1.1.D.3.a.bb.fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“.

¹⁹⁶⁸ S zu diesen oben bei FN 540 mwN.

¹⁹⁶⁹ S die hM zum deliktischen Vermögensschutz im österreichischen Recht, insb *Welser*, ÖJZ 1975, 38 FN 56; *dens*, Haftung 13 ff; *dens*, *ecolex* 1992, 308; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/36; *dens*, JBl 2004, 273; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) Vor §§ 1293 ff Rz 2; *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 2; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 957; *Iro/Riss*, RdW 2012, 448, 451.

¹⁹⁷⁰ Vgl dazu das deliktsrechtliche Verständnis bei *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht, dessen Terminologie freilich etwas verwirrt, wenn er kapitalmarktrechtliche Haftungen offensichtlich deliktsrechtlich versteht, jedoch immer wieder auf das „kapitalmarktrechtliche Sonderrechtsverhältnis“, das Grundlage der kapitalmarktrechtlichen Haftung sei, zu sprechen kommt (zB *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 312, 463). Dies impliziert die Anlehnung an *vertragliche* Haftungsgrundsätze (die ja im Rahmen der Haftung aus einem Schuld- bzw „Sonderrechtsverhältnis“ gelten).

¹⁹⁷¹ Speziell für Ratingagenturen *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 482 f: die Wertentscheidung des Gesetzgebers, außerhalb des Vertragsrechts eine allg Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden abzulehnen, dürfe nicht „ausgehebelt“ werden; vgl auch *Ebke* in *MünchKomm HGB*² § 323 Rz 120; ähnl bereits *Kersting*, Dritthaftung 109.

¹⁹⁷² Vgl für Deutschland *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 7.

¹⁹⁷³ Bei FN 2648.

¹⁹⁷⁴ Insb ist damit auch die Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden gemeint.

¹⁹⁷⁵ Nw oben in FN 1228.

hier vorgeschlagene Haftungskonzept¹⁹⁷⁶ im „Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt“ anzusiedeln sind, auch die Wertungen des Deliktsrechts in die rechtsdogmatische Betrachtung miteinzubeziehen.¹⁹⁷⁷ Die folgenden Ausführungen treffen daher auch und sogar umso mehr auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

2) Man darf mE das eingangs angesprochene „Prinzip“ betreffend die deliktische Haftung nicht dergestalt verabsolutieren, obwohl darin unzweifelhaft der Gedanke einer sachgerechten und anzuerkennenden Haftungseinschränkung zum Ausdruck kommt. Denn der fragliche Grundsatz durchdringt das Haftungssystem des ABGB nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht bis in alle Ecken und Enden.¹⁹⁷⁸

Wie sich schon aus § 1293 ABGB ergibt, gingen die Redaktoren des ABGB „von einer einheitlichen Kategorie“¹⁹⁷⁹ des Vermögensschadens aus, die sowohl (nach heutiger Terminologie) absolut geschützte Güter als auch sonstige „Rechtspositionen“ umfassen sollte (vgl auch den weiten Eigentumsbegriff des § 353 ABGB).¹⁹⁸⁰ Das geht mE deutlich aus den Protokollen der Beratung zur Redaktion des ABGB hervor, laut denen aufgrund eines Antrags von v. *Sonnenfels* in die Schadensdefinition des § 1293 Satz 1 ABGB der Begriff „Vermögen“ anstelle von – wie ursprünglich vorgeschlagen – „Gütern“ (vgl dazu § 823 Abs 1 BGB) eingefügt wurde.¹⁹⁸¹

Zusammen mit der weit formulierten Generalklausel des (heutigen) § 1295 (Abs 1) ABGB sollte auf diese Weise der Ersatz von (fahrlässig verursachten) Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich nicht *per se* ausgeschlossen werden.¹⁹⁸² Die Gesetzesverfasser wollten die Differenzierung zwischen vertraglichem und deliktischem Schadenersatz allgemein eher aufheben als verfestigen¹⁹⁸³.¹⁹⁸⁴ Darin liegt ein deutlicher Unterschied zur

¹⁹⁷⁶ S oben bei FN 1863.

¹⁹⁷⁷ Was auch *Wagner* (in FS Blaurock [2013] 482 f) tut.

¹⁹⁷⁸ Vgl *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 46 ff; zust *Koziol*, JBl 1994, 221: die „heute“ vielfach gezogenen Grenzen für den Vermögensschutz seien zu eng; vgl auch *dens*, JBl 2004, 273.

¹⁹⁷⁹ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 5.

¹⁹⁸⁰ Vgl auch Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 258 (dazu unten bei FN 2007); I 6 § 1 ALR; s aber auch *Apathy*, JBl 2009, 71.

¹⁹⁸¹ Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 184; s dazu auch *Pfaff*, Gutachten 13.

¹⁹⁸² So bereits *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 5; s auch *Kramer*, JZ 1976, 345 FN 112, 346; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1294 Rz 16; vgl auch *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 363 FN 46 aE (unter Verweis auf *Martini* und v. *Zeiller*), wonach aus historischer Sicht in § 1295 ABGB eine „Drittschadensordnung“ stecke; zur grunds Tendenz des ABGB, deliktischen und vertraglichen Schadenersatz einheitlich zu regeln, s bereits *Randa* in *Paff/Randa/Strohal*, Drei Gutachten 128; zur Ausnützung des Spielraums, den § 1295 für die Verwirklichung von Vermögensschutz bietet, vgl *Koziol*, JBl 1994, 220; *dens*, JBl 2004, 273; ferner *Canaris* in FS Giger (1989) 97; vgl zur französischen Rechtslage, wo aus der deliktischen Generalklausel auch Kapitalmarktinformationshaftungen abgeleitet werden *Fleischer*, BB 2002, 1871.

¹⁹⁸³ S ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 39; einräumend *Welser*, Haftung 6, der aber meint, dieses Konzept sei von den Redaktoren und vom Novellengesetzgeber nicht eingehalten worden (S 6 f). Er verweist dabei einerseits auf die unterschiedlichen Regelungen zur Beweislast im deliktischen (§ 1296 ABGB) und vertraglichen (§ 1298 ABGB) Bereich sowie andererseits auf die differenzierte Gehilfenzurechnung (§ 1313a, § 1315 ABGB). Insofern ist ihm zuzustimmen. Anderes gilt mE für den Vermögensschadenersatz, für den eine ausdr unterscheidende Regelung fehlt. Zu den übrigen Bestimmungen des ABGB, die eine Interpretation des Schadenersatzrechts des ABGB anhand des BGB nahelegen könnten, und zur III. Teilnovelle, s sogleich unten bei FN 1992, 2000.

¹⁹⁸⁴ Zur aufgeschlossenen Haltung *Martinis* und v. *Zeillers* hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von mittelbaren Schäden und Drittschäden s bereits oben bei und in FN 1824.

deutschen Rechtslage, wo sich der Gesetzgeber mit der Anordnung eines spezifischen „Haftungstrias“¹⁹⁸⁵ (§ 823 Abs 1 und Abs 2, § 826 BGB) für eine taxative Aufzählung von deliktischen Haftungstatbeständen entschieden hat („Enumerationsprinzip“¹⁹⁸⁶),¹⁹⁸⁷ auch im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden^{1988 1989}. Vielleicht könnte in dieser Abweichung des deutschen vom österreichischen Schadenersatzrecht ein möglicher, aber bisher nicht zugestandener Grund dafür liegen, dass die allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – (wenn auch zu Unrecht) verhältnismäßig große Zustimmung gefunden hat.¹⁹⁹⁰

Ebenso lässt sich mE aus den übrigen schadenersatzrechtlichen Normen des ABGB keine „umfassende“ teleologische Reduktion¹⁹⁹¹ des § 1295 Abs 1 ABGB dahingehend ableiten, dass die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden entweder eine Sonderbeziehung oder im deliktischen Bereich *stets* Vorsatz oder ein einschlägiges Schutzgesetz zur Voraussetzung hätte. Bereits oben¹⁹⁹² wurde erwähnt, dass aus § 1300 ABGB selbst keine entsprechende Einschränkung deduziert werden kann.

Selbiges gilt für die Norm des § 874 ABGB, die im hier interessierenden Zusammenhang immer wieder als „Ausnahmevorschrift“ für den Ersatz von Vermögensschäden im Deliktsrecht genannt wird,¹⁹⁹³ weil sie eine Verantwortlichkeit für vorsätzliches Handeln normiert. Denn mit § 874 ABGB sollten nicht unbedingt (außerhalb des

¹⁹⁸⁵ Vgl dazu Motive BGB, 1. Kommission 725 ff, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 405 f; Denkschrift BGB 97 f, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1267; *Canaris*, JBl 1991, 221.

¹⁹⁸⁶ *Lorenz* in FS *Larenz* (1973) 616.

¹⁹⁸⁷ *Hübner*, NJW 1989, 9; *Koziol*, JBl 1994, 221. Zu nennen sind außerdem die §§ 824 f BGB, die sich freilich als Ausprägung des § 823 Abs 1 BGB verstehen lassen (vgl demgegenüber unten unter „Teil 1.II.B.2.b.ee.aaa. Der Schutzzweck des § 1330 Abs 2 ABGB“).

¹⁹⁸⁸ Das bloße Vermögen fällt nicht unter die in § 823 Abs 1 BGB genannten Rechtsgüter, s nur *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 333 f; *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 395; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 17; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 16; *Lammel*, AcP 179 (1979) 341; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 96, 2276; *Köndgen*, Selbstbindung 365; *Hopt*, AcP 183 (1983) 633, 660; *Hübner*, NJW 1989, 9; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 18; *Liebscher*, Abschlußprüfer 36; *Hirte*, Berufshaftung 353 ff, 427; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 219; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 249; *Peters*, Haftung 128; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 811, 832; *ders/Bigus*, Haftung 29 FN 44; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 705, 713; *Lemke*, ebd 730; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 621; *Deipenbrock*, BB 2003, 1854; *Thiele*, Rating 112; *Öllinger*, Haftung 184; *Meyer*, Rechtsfragen 101; *Eisen*, Haftung 360; *Schuler*, Verantwortlichkeit 261; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 67; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293; *Haar*, NZG 2010, 1285; *Mühl*, Haftung, Rz 205; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 109; *Wagner*, ZGR 2008, 502; *ders* in FS *Blaurock* (2013) 476, 478; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 92 f; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 79; *Amort*, EuR 2013, 275; *Wojcik*, NJW 2013, 2386; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 173; BGH VI ZR 25/63 BGHZ 41, 123 (126 f).

¹⁹⁸⁹ Vgl auch *Eisen*, Haftung 355, der im Rahmen seiner rechtsdogmatischen Erwägungen zur Dritthaftung von Ratingagenturen betont, ein allfälliges Haftungskonstrukt dürfe nicht dazu führen, dass man damit eine deliktische Generalklausel etabliere; ähnl *Mühl*, Haftung, Rz 246; vgl ferner *Hopt*, WM 2013, 110, der den Unterschied zwischen deliktsrechtlicher Generalklausel einerseits und den deliktischen Haftungstatbeständen des BGB andererseits hervorhebt (s dazu auch *Öllinger*, Haftung 184) und dazu meint, Rechtsordnungen mit deliktischer Generalklausel „täten“ sich allg „leichter“, eine Dritthaftung von Experten für schuldhaft verursachte Vermögensschäden zu bejahen (vgl auch für die Schweiz die Ableitung der deliktischen Auskunftshaftung aus der Generalklausel des Art 41 Abs 1 OR: *Vasella*, Haftung 308; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 88, 94); zu den insofern „verschärften“ Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht nach BGB vgl bereits Denkschrift BGB 97, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1267.

¹⁹⁹⁰ Vgl die Ausführungen von *Koziol* (JBl 2004, 273 f) zu § 1295 ABGB, dem deliktischen Schadenersatz für reine Vermögensschäden und der Abschlussprüferhaftung. Zum Meinungsstand in Österreich s oben unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“; vgl dagegen die dhM, zT nachgewiesen in FN 995.

¹⁹⁹¹ Allg dazu *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 480 f.

¹⁹⁹² Bei FN 1564.

¹⁹⁹³ OGH 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (180); *Koziol*, JBl 1994, 210; *ders*, JBl 2004, 273, 277, 279; *ders* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/96; *Iro/Riss*, RdW 2012, 451; *Brawenz*, Prospekthaftung 84.

Vertragsverhältnisses stehende) Dritte angesprochen werden. Vielmehr war damit eine Klarstellung (auch) dahingehend bezweckt, dass der listig handelnde bzw drohende *Vertragspartner*¹⁹⁹⁴ den Ersatz des entgangenen Gewinns leisten müsse; und das, obwohl es sich bei § 874 ABGB (wie bei § 1300 ABGB¹⁹⁹⁵) um einen (für problematisch erachteten) Fall der psychischen Kausalität handelt.¹⁹⁹⁶

Auch anhand von § 1327 ABGB, der nur bestimmten Dritten einen Schadenersatzanspruch gegen den tötenden Schädiger zuspricht, lässt sich die hier untersuchte teleologische Reduktion nicht rechtfertigen.¹⁹⁹⁷ Diese Norm wurde historisch hinsichtlich der danach Anspruchsberechtigten nicht als Erweiterung, sondern überwiegend als (freilich sachgerecht befundene¹⁹⁹⁸) *Einschränkung* der nach § 1295 ABGB grundsätzlich bestehenden Haftung aufgefasst.¹⁹⁹⁹

Auch durch die Einfügung²⁰⁰⁰ von § 1295 Abs 2 (insb Fall 1) ABGB im Zuge der III. Teilnovelle hat das österreichische Deliktssystem nicht seine Eigenständigkeit „aufgegeben“ und sich dem des deutschen BGB umfassend angepasst.²⁰⁰¹ Allgemein sollte mit dieser Novellierung des Schadenersatzrechts ausweislich der Materialien keine Generalrevision desselben verbunden sein, sondern waren nur punktuelle Korrekturen beabsichtigt.²⁰⁰² Der Herrenhausbericht meint sogar, dass in der Etablierung des § 1295 Abs 2 Fall 1 ABGB „vielleicht keine wirkliche Neuerung“ zu sehen sei.²⁰⁰³

Zweck der Einführung dieser Haftungsnorm war, im Einklang mit § 879 ABGB eine „Harmonie“ von Recht und Moral (in eindeutigen Fällen) auch im Schadenersatzrecht sicher- und klarzustellen.²⁰⁰⁴ Konkret sollte mit § 1295 Abs 2 Fall 1 ABGB der mögliche Umkehrschluss aus § 1295 ABGB aF iVm § 879 Abs 1 Fall 1 und 2 ABGB nF jedenfalls verhindert werden, nach welchem § 1295 ABGB aF (anders als der zweigeteilte § 879

¹⁹⁹⁴ Vgl v. Zeiller, ABGB (1812) § 874 Anm 2; Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 136; k. k. OGH Nr. 6.309 GIUNF/3046 (VIII, S 270 [272 f]); abw Pfaff, Gutachten 63, 65; vgl auch die Systematik der §§ 869 ff ABGB, von welchen erst § 875 den Dritten anspricht; vgl dazu Pfaff, Gutachten 65 FN 197: unpassende Stelle, § 874 ABGB müsse eigentlich nach § 875 oder § 876 ABGB stehen.

¹⁹⁹⁵ S oben bei FN 1762.

¹⁹⁹⁶ Vgl Karollus, Schutzgesetzverletzung 6; zur Problematik der Haftung für fahrlässige Irreführung: Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 609.

¹⁹⁹⁷ S zur Bedeutung der Vorschrift für die Auslegung des § 1295 Abs 1 ABGB auch F. Bydlinski, Methodenlehre², 445.

¹⁹⁹⁸ Vgl Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 194.

¹⁹⁹⁹ Karollus, Schutzgesetzverletzung 6; vgl Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 275; s auch zum Zusammenhang zwischen der „weite[n] Schadenersatzanordnung“ in § 1327 ABGB und „Jedermann“ in § 1295 ABGB: Barta in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 402.

²⁰⁰⁰ Zur Kritik daran s zB Mihurko, Revision 7 f.

²⁰⁰¹ Vgl ausf Karollus, Schutzgesetzverletzung 30 ff, 34 ff.

²⁰⁰² Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 255: „Einzelfragen“ und „Einzelrevision“; Mihurko, Revision 4: „mosaikartige Einzelkorrekturen“; s auch bereits den Vorschlag bei Randa in Paff/Randa/Strohal, Drei Gutachten 137 f.

²⁰⁰³ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 258; so auch Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 604.

²⁰⁰⁴ Vgl EB RV 3 BlgHH 19. Session (III. Teilnovelle) 140; Mihurko, Revision 5.

Abs 1 ABGB nF) gerade nicht den Fall der sittenwidrigen Schädigung umfasse.²⁰⁰⁵ In diesem Zusammenhang betont das Herrenhaus:

„das a. b. G. B. [hat] vor dem Deutschen B. G. B voraus[²⁰⁰⁶]“, „daß § 1295 ganz allgemein die Ersatzpflicht bei Schadenzufügung ‚aus Verschulden‘ ausspricht und Schadenzufügung nach § 1293 nicht bloß bei Verletzung eines konkreten subjektiven Rechtes [vgl demgegenüber § 823 Abs 1 BGB] vorliegt“.²⁰⁰⁷ Vor diesem Hintergrund sei § 1295 Abs 2 ABGB „wohl nicht von solcher Bedeutung, wie für das Deutsche bürgerliche Recht, wo er (auch) zur Ergänzung des § 823 B. G. B.“ diene (!).²⁰⁰⁸

Die Materialien betonen also die Selbständigkeit des österreichischen Haftungssystems gegenüber dem deutschen und sprechen diesbezüglich von einem Vorteil des ABGB. Das ist auch deswegen hervorhebungswert, weil man meinen könnte, die Ähnlichkeit zwischen dem Schadenersatzrecht des ABGB und dem des BGB sei durch die III. Teilnovelle forciert worden (vgl § 1295 Abs 1, § 1311, § 1295 Abs 2 ABGB idF III. Teilnovelle mit § 823 Abs 1, § 823 Abs 2, § 826 BGB).²⁰⁰⁹

3) Die vorstehenden Ausführungen sollen nicht so verstanden werden, dass die hM, wonach außerhalb von schuldrechtlichen Sonderbeziehungen Schädigungen des bloßen Vermögens grundsätzlich nicht rechtswidrig sind, gänzlich abzulehnen ist.²⁰¹⁰ Das würde den §§ 1294 f ABGB widersprechen, die für die Schadenersatzpflicht ein „widerrechtliches Verhalten“ voraussetzen²⁰¹¹ und hierfür die Schadenzufügung (am Vermögen) *alleine* nicht ausreichen lassen.²⁰¹² Das Interesse des Schädigers, keine unkalkulierbare Haftung für primäre Vermögensschäden aufgebürdet zu bekommen,²⁰¹³ verdient auch in Rechtsordnungen mit deliktischer Generalklausel (§ 1295 Abs 1 ABGB²⁰¹⁴) Anerkennung.²⁰¹⁵ Für Österreich ergibt sich schon aus dem PHG, dass das Vermögen nicht im selben Ausmaß schützenswert ist, wie die stärker konturierten²⁰¹⁶, dh mit

²⁰⁰⁵ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 258.

²⁰⁰⁶ Vgl dazu unten bei FN 2041.

²⁰⁰⁷ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 258.

²⁰⁰⁸ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 258; vgl zum geringen bzw geringeren praktischen Wert für das österreichische Recht: *Mihurko*, Revision 8.

²⁰⁰⁹ Vgl auch *Mihurko*, Revision 4; *Canaris*, JBl 1991, 221, der jedoch den historischen Zusammenhang (Teilanpassung des ABGB an das BGB durch die III. Teilnovelle) übersehen dürfte.

²⁰¹⁰ Vgl *Koziol*, JBl 1994, 221: eingeschränkter Vermögensschutz prinzipiell sachgerecht, jedoch werde dieser vielfach zu stark eingeschränkt; ähnl *ders*, JBl 2004, 274.

²⁰¹¹ Vgl zur Verhaltensunrechtslehre schon Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 256, 258; ferner *Welser*, Haftung 19. § 1295 Abs 1 ABGB spricht zwar nur von der Schadenzufügung „aus Verschulden“; aus § 1294 ABGB ergibt sich aber, dass eine solche Schadenzufügung ein Unterfall der widerrechtlichen „Beschädigung“ ist.

²⁰¹² *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185, 190; *F. Bydlinski*, JBl 1992, 342; vgl schon III 13 § 431 WgGB; aA *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 49 f; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 228.

²⁰¹³ *Kalss*, ÖBA 2000, 648; *dies*, ÖBA 2002, 195 f; *Koziol*, JBl 1994, 221.

²⁰¹⁴ Vgl für die Schweiz Art 41 Abs 1 OR; für Frankreich Art 1382 f CC.

²⁰¹⁵ *Koziol* in *Spier*, Limits 28; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 617; *Köndgen*, Selbstbindung 366; vgl auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 254 f; *Koziol*, JBl 2004, 274; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 23; speziell für die Schweiz *Vasella*, Haftung 304 FN 1285, 309.

²⁰¹⁶ *Koziol*, JBl 1994, 219, 221; *ders*, JBl 2004, 274: Offenkundigkeit; *Canaris* in FS Larenz II (1983) 31, 36 f; vgl auch *Graf*, JBl 2012, 226.

„Signalfunktion“²⁰¹⁷ ausgestatteten, absolut geschützten Güter²⁰¹⁸ (insb Person und Sache; vgl § 1 Abs 1 PHG). Ferner verbietet das Wettbewerbsrecht nicht einmal eine bewusste Zufügung von Vermögensschäden, solange diese nicht in unlauterer Weise erfolgt (vgl §§ 1 ff UWG).²⁰¹⁹

Gerade am Beispiel des Wettbewerbsrechts zeigt sich, dass hinter dem eingeschränkten Vermögensschutz auch ökonomische Überlegungen stecken: Reine Vermögensschäden können bloße Umverteilungsschäden darstellen,²⁰²⁰ die zu keinem volkswirtschaftlichen Nettoverlust führen und folglich insoweit keine Kompensation rechtfertigen.²⁰²¹ Bewirken Vermögensschäden umgekehrt doch volkswirtschaftliche Nachteile, wie eben bei unlauterem Wettbewerb (§§ 1 ff UWG) oder rechtswidriger Kartellbildung (§ 1 KartG, Art 101 AEUV), ist die Rechtsordnung für einen Schutz primärer Vermögensschäden aufgeschlossen (§ 1 Abs 1 iVm § 16 UWG; Art 101 AEUV, § 1 KartG 2005 iVm § 1311 ABGB bzw § 37a KartG 2005).²⁰²²

Aus diesen Gründen sind wohl die § 1294, § 1295 Abs 1 ABGB²⁰²³ in Bezug auf reine Vermögensschäden *prinzipiell* einer einschränkenden Auslegung²⁰²⁴ zugänglich.²⁰²⁵ Würdigt man aber den aufgezeigten Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtsordnung, so erscheint die „wissenschaftliche Beweislast“²⁰²⁶ für eine außervertragliche Haftung für primäre Vermögensschäden anders als in Deutschland verteilt: Nicht die Ersatzfähigkeit (vgl §§ 823, 826 BGB), sondern umgekehrt die *mangelnde* Kompensationstauglichkeit von Vermögensschäden ist die begründungsbedürftige Ausnahme vom gesetzlichen Haftungskonzept der §§ 1293 ff ABGB.²⁰²⁷ Das Haftungssystem des ABGB lässt es mE zu, bei Vorliegen besonderer (im

²⁰¹⁷ Eine solche kann auch hinsichtlich des „sonstigen Guts“ „Vermögen“ bestehen, wenn ein einschlägiges (insb strafbewehrtes) Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) besteht, *Köndgen*, Selbstbindung 369.

²⁰¹⁸ S zum unterschiedlichen Schutzniveau von Vermögen auf der einen und körperlicher Integrität auf der anderen Seite zB *Wendehorst*, ÖBA 2010, 569. Zum Begriff des absoluten Rechts im Schadenersatzrecht s schon Motive BGB, 1. Kommission 726, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 405.

²⁰¹⁹ *F. Bydlinski*, JBl 1965, 320; *Welser*, Haftung 14; *Koziol*, JBl 2004, 274, 277; vgl auch schon das Fallbeispiel bei *Mihurko*, Revision 7.

²⁰²⁰ *Schäfer*, AcP 202 (2002) 813 f; speziell für Schäden infolge fehlerhafter Ratings *Haar*, DB 2013, 2494.

²⁰²¹ S schon oben bei FN 479.

²⁰²² *Wagner* in FS Blaurock (2013) 484 f.

²⁰²³ Zur grunds Eigenschaft von Generalklauseln, den Rechtsanwender zur einschränkenden Auslegung zu nötigen, s *Hübner*, NJW 1989, 9.

²⁰²⁴ Genauer: einem einschränkenden Verständnis, dass unter einer „widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung“ iSd § 1294 Satz 1 ABGB (die ihrerseits Voraussetzung für eine „schuldhaft“ Schadenszufügung gem § 1295 Abs 1 ABGB ist [§ 1294 {insb Satz 4} ABGB; aA noch *Mihurko*, Revision 6 FN 9]) außerhalb von schuldrechtlichen Sonderbeziehungen in aller Regel nur ein solches Verhalten zu verstehen ist, das ein klar konturiertes Rechtsgut (absolut geschütztes Rechtsgut) beeinträchtigt oder das gegen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB verstößt, welches das bloße Vermögen schützt (vgl zum Ganzen auch *F. Bydlinski*, JBl 1965, 320).

²⁰²⁵ Zur weiten Formulierung des § 1295 ABGB s auch OGH 2 Ob 89/35 JBl 1935, 324 (325); *Kalss*, ÖBA 2000, 642; *dies*, ÖBA 2002, 193.

²⁰²⁶ Diese trifft denjenigen, der die Abweichung von anerkannten Regeln und Prinzipien behauptet (*P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 165).

²⁰²⁷ Vgl auch die Ableitung einer Dritthaftung aus § 1295 ABGB in OGH 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300. Eine deliktische Haftung für Schädigungen am bloßen Vermögen ist dann zu bejahen, wenn ausnahmsweise keine Haftungsaußerung droht, wie etwa in Fällen bloßer Schadensverlagerung. Das entspricht auch der hM, die dabei die sog „Drittschadensliquidation“ heranzieht. Dieser Begriff impliziert, dass nach hM derjenige anspruchsberechtigt sein soll, von dem der Schaden (auf den Dritten) „wegverlagert“ wurde (s nur

Rahmen eines Eingriffs in absolut geschützte Rechtsgüter nicht erforderlicher) Zurechnungsmomente eine Verantwortlichkeit für fahrlässig zugefügte, bloße Vermögensschäden außerhalb von Vertragsbeziehungen auch dann zu bejahen, wenn kein einschlägiges Schutzgesetz übertreten wurde.²⁰²⁸ Dabei ist auch auf die Sicherstellung einer zumutbaren Haftung zu achten.

Dies ist nun bei der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB mE der Fall, weil diese auf dem Vertrauen in den professionellen Rat des Sachverständigen basiert und sohin das Zurechnungselement der Gefährlichkeit²⁰²⁹ in sich aufnimmt.²⁰³⁰ Zudem verhindern die Eingrenzung des geschützten Personenkreises nach dem Zweck des „Rats“²⁰³¹ und die damit zusammenhängende Möglichkeit des Sachverständigen, sein Haftungsrisiko zu steuern, eine ausufernde Ersatzpflicht.²⁰³²

Auch sind in diesem Bereich volkswirtschaftliche Nettoverluste keineswegs ausgeschlossen, sodass der Sachverständigenhaftung auch nicht ökonomische Überlegungen entgegenstehen sollten: Man denke etwa an die Schädigung von Anlegern, die im Vertrauen auf ein Rating Geld in ein zahlungsunfähiges Unternehmen investieren, wo mit dem Kapital vergleichsweise ineffizient gewirtschaftet wird.²⁰³³ Dieses Ergebnis wird schließlich durch die im vorigen Unterkapitel (S 215 ff) aufgezählten Normen, insb § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG bestätigt. Überhaupt spricht das KMG und die Entwicklung des Kapitalmarktrechts mE allgemein für einen außervertraglichen Schutz des „Rechtsguts“

Koziol, JBl 2004, 277; jener „liquidiert“ also den „Drittsschaden“ (für den Dritten). ME ist es auf Basis des Deliktssystems des ABGB (anderes mag für das BGB gelten, s schon *Larenz*, NJW 1960, 79) nicht ausgeschlossen, in solchen Fällen den dritten Geschädigten als aktivlegitimiert zu erachten, ohne dass es einer vorhergehenden Abtretung oder gar einer Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs durch den „unmittelbar“ Geschädigten bedürfte. Die Erkenntnis, dass unser Deliktssystem nicht dem deutschen Haftungstria verhaftet ist (s oben bei FN 1989), macht den Weg für die Aktivlegitimation des Dritten frei: Fehlt eine Haftungsausuferungsgefahr, ist nicht einzusehen, warum ein Vermögensschaden eines sog „Dritten“ nicht vom Rechtswidrigkeitszusammenhang der Norm(en) (§§ 1293 ff ABGB) erfasst sein sollte und der Dritte sohin nicht selbst als „unmittelbar Geschädigter“ (= Aktivlegitimierter) angesehen werden könnte. Dadurch würde die Schadensabwicklung vereinfacht werden (vgl dazu auch § 1327 ABGB) und die Abgrenzungsschwierigkeiten zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (wo eine Aktivlegitimation des Dritten einhellig bejaht wird) verlören an Bedeutung. Fehlt der Grund (Haftungsausuferungsgefahr) für eine teleologische Reduktion bzw einschränkende Auslegung der § 1294, § 1295 Abs 1 ABGB, ist eine solche eben unzulässig, sodass einer wortlautgetreuen Anwendung (auch die willkürliche Zufügung von Vermögensschäden ist „widerrechtlich“; Ersatz sämtlicher schuldhaft und damit auch widerrechtlich zugefügter Schäden einschließlich Vermögensschäden) nichts im Wege steht (ansatzweise bereits *F. Bydlinksi*, JBl 1960, 364); dies jedenfalls dann, wenn der Schädiger dem Dritten all jene Einwendungen entgegenhalten darf, die er auch gegenüber dem „jedemfalls unmittelbar“ Geschädigten erheben könnte.

²⁰²⁸ Vgl *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 41, 43, 50, 52, 133 f; *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 49: offenerer Gesetzeslage; ferner *Koziol*, JBl 2004, 276, der aus den Wertungen der österreichischen Rechtsordnung gewisse „Ausnahmen“ von der mangelnden Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden ableitet und dabei auch drittgerichtete Informationen erwähnt; diesem zust *Graf*, JBl 2012, 215; vgl (rechtsvergleichend) *Blaurock*, ZGR 2007, 634.

²⁰²⁹ S dazu *Wilburg*, Schadensrecht 44; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 188 f; *dens*, JBl 1993, 520; *dens*, JBl 1994, 213; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 327; *Brawenz*, ÖBA 1992, 424 ff; *Iro/Riss*, RdW 2012, 449; *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4; *dens* in FS *Koziol* (2010) 703, 705; *dens*, ÖBA 2010, 594; *Graf*, JBl 2012, 213; *Welser*, Vertretung 73 f: pflichtenbegründend und -verstärkend; OGH 1 Ob 516/88 ÖBA 1988, 839 (842) (*Koziol*); vgl auch die Gefährdungshaftungen nach PHG, EKHG, LFG, AtomHG, RHPfG; vgl auch den Zurechnungsgrund des „konkret-gefährlichen Handelns“ bei der alternativen Kausalität, s dazu etwa OGH 31.08.2006, 6 Ob 174/06 s.

²⁰³⁰ Vgl oben bei FN 1754.

²⁰³¹ Dazu unten unter „Teil 1.1.D.3.a.bb.ddd.β.aa. Relevanz des Informationszwecks und Umfang des Vertrauenstatbestands“.

²⁰³² S noch unten bei FN 2529.

²⁰³³ S aber oben bei FN 478.

„Kapital“. Dabei sind freilich Einschränkungen notwendig und bereits im geltenden Recht angelegt (vgl § 11 KMG und dazu oben S 75 ff; s auch unten S 363 ff).

4) Betont sei an dieser Stelle auch noch, dass ein solches Verständnis des ABGB-Deliktsystems mE aus rechtspolitischer Sicht dem deutschen vorzuziehen ist: Das BGB-System schnürt den Rechtsanwender bei der Prüfung der Schadenersatzpflicht sehr stark ein. Deswegen haben die deutsche Judikatur und Literatur dieses enge „Korsett“ des Öfteren in systemwidriger Weise auf- bzw angerissen, worauf bereits hingewiesen wurde: Zusätzlich zur Fingierung von Verträgen, Umdeutung von gesetzlichen Vorsatz- in Fahrlässigkeitshaftungen und „Erschaffung“ von Schutzgesetzen im Wege der Rechtsfortbildung²⁰³⁴ kann noch die „Konstruktion“ absolut geschützter Rechtsgüter angeführt werden, wie des konturlosen „Rechtes auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“^{2035 2036}. In Wahrheit dürfte es bei alldem um das Bedürfnis gehen, die „Defizienzen des deutschen Deliktsrechts“²⁰³⁷ zu überwinden, dh die Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden über die §§ 823 ff BGB hinaus zu bejahen.²⁰³⁸ Die damit einhergehende Rechtsfortbildung²⁰³⁹ impliziert aber die Gefahr von „Wildwüchsen“.

Derartige Systembrüche sind bei einem generalklauselartig formulierten Haftungstatbestand wie dem des § 1295 Abs 1 ABGB nicht notwendig. Ein solcher ermöglicht auf geschmeidigere Art und Weise die dem Schadenersatzrecht inhärente Interessenabwägung zwischen Schädiger und Geschädigtem.²⁰⁴⁰ Überspitzt ausgedrückt, könnte man sagen, dass das wesentlich ältere ABGB die Wertungen der Rechtsfortbildung in Deutschland antizipiert und sich zu eigen gemacht hat.²⁰⁴¹

Freilich zwingt die „bewegliche“ Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB zu Einschränkungen im Wege der Auslegung,²⁰⁴² die im Bereich des BGB nicht notwendig sind. Dieser Nachteil des ABGB im Vergleich zum BGB lässt sich aber dadurch beseitigen oder zumindest verringern, dass man § 1295 Abs 1 ABGB streng in Einklang mit den Spezialhaftungstatbeständen des ABGB und passenden (dh nach Maßgabe des

²⁰³⁴ S zum Ganzen bereits oben nach FN 1634.

²⁰³⁵ Dieses für Haftungen iZm Ratings anwendend *Wagner* in FS Blaurock (2013) 473 f, 476; vgl auch v. *Schweinitz*, WM 2008, 955 FN 34; s auch noch die Nw unten in FN 3965; bejahend iZm der Haftung des Abschlussprüfers *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 109; krit zu diesem Haftungsinstitut auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 96; *ders* in FS Larenz II (1983) 31; s zur Kritik auch unten „Teil 1.II.B.2.b.aa. Kritik an der dhM“.

²⁰³⁶ Vgl zum Ganzen auch *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 39 f.

²⁰³⁷ *Hopt*, AcP 183 (1983) 633; vgl *dens*, ebd 660.

²⁰³⁸ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 476 f: „Hilfskonstruktion zur selektiven Einbeziehung reiner Vermögensschäden in den Schutzbereich des § 823 Abs.1 BGB“; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 108; s (zum Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) auch: *Karner*, ÖBA 2010, 592: Erweiterung des deliktischen Vermögensschutzes; *Peters*, Haftung 57 und *Mühl*, Haftung, Rz 205 mit FN 217: das Recht am Unternehmen als deliktische Generalklausel; vgl ferner *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 49 mit FN 69.

²⁰³⁹ S nur *Gernhuber*, Schuldverhältnis 529, 540; *A. Wiegand*, Sachwalterhaftung 154 ff, 287.

²⁰⁴⁰ Vgl auch *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 41 f, 291.

²⁰⁴¹ Vgl oben bei FN 2006.

²⁰⁴² Vgl oben in FN 2023.

Normzwecks vergleichbaren) sondergesetzlichen Haftungsnormen interpretiert (vgl oben S 215 ff, unten S 422 ff). Eine solche Lösung ist mE insb unter Rechtssicherheitsaspekten einer „umfassenden Interessenabwägung“ zwischen Schädiger und Geschädigtem vorzuziehen, die sich nicht an gesetzlichen Haftungstatbeständen orientiert.²⁰⁴³

5) Zusammengefasst widerspricht es auch aus deliktsrechtlicher Sicht mE nicht dem Schadenersatzrecht des ABGB, eine „zwischen Vertrag und Delikt“ angesiedelte Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB anzunehmen, die (Dritten, insb Anlegern) eine Kompensation reiner Vermögensschäden ermöglicht. Nach Würdigung der Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB soll nun auf seine einzelnen Tatbestandsmerkmale genauer eingegangen werden.

bbb. „Sachverständiger“

α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB

Eine Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB setzt voraus, dass ein „Sachverständiger“ den fraglichen Rat (dazu unten S 244 ff) „in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft“ erteilt (vgl § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „One who, in the course of his business, profession or employment“). Das ist konsequent, wenn man § 1300 Satz 1 ABGB als „konstitutive“ Haftungsnorm begreift (vgl oben S 192 ff).²⁰⁴⁴ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass (nur) das diesen Ratgebern entgegengebrachte Vertrauen²⁰⁴⁵ des Rechts- und Geschäftsverkehrs das Entstehen eines Sonderrechtsverhältnisses iSd Norm samt den damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten rechtfertigt²⁰⁴⁶ (sofern die Raterteilung gegen Entgelt erfolgt [unten S 258 ff]). Insoweit sind die vom Haftpflichtigen behaupteten Spezialkenntnisse, insb der Beruf als Teil des gesetzlichen Vertrauenstatbestands²⁰⁴⁷ mE mitentscheidender Haftungsgrund.²⁰⁴⁸

²⁰⁴³ Vgl dazu die Kritik am beweglichen System oben bei FN 1662.

²⁰⁴⁴ Zu diesem „störenden“ Tatbestandsmerkmal für die Ansicht der hM s oben bei FN 1581; dem Tatbestandsmerkmal daher auch keine Bedeutung beimessend: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 354; *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1; s auch schon *Last*, Kreditauftrag 338; vgl auch *Karner* in FS *Koziol* (2010) 699; ferner *Graf*, JBl 2012, 217.

²⁰⁴⁵ S dazu noch unten bei und in FN 2122; stärker den beruflichen Aspekt betonend *Lorenz* in FS *Larenz* (1973) 595: „an die besondere Berufspflicht anknüpfende Haftung“; in diese Richtung auch *Hopt*, AcP 183 (1983) 647.

²⁰⁴⁶ IE *Welser*, Haftung 66: „Die entscheidende Rechtfertigung für die Schutzpflichten der Sachverständigen aus der Vertrauensbeziehung liegt mE darin, daß diese selbst entweder öffentlich oder gegenüber dem Beratenen eine besondere Stellung für sich in Anspruch nehmen“; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 188, der aber das Schuldverhältnis originär begründet (was aufgrund der von ihm hervorgehobenen Sachverständigeneigenschaft, auf die § 1300 Satz 1 ABGB abstellt, bemerkenswert ist); so auch der OGH zur Prospekthaftung (wo das Höchstgericht freilich nicht auf § 1300 ABGB zu sprechen kommt): OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60 f); 05.09.1991, 6 Ob 585/91; 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*); vgl dazu auch OGH 1 Ob 586/94, 1 Ob 595/95 SZ 68/144, 123 (137); vgl ferner oben bei FN 1747.

²⁰⁴⁷ Zum Vertrauenstatbestand als allg Voraussetzung im System der Vertrauenshaftung s ausf *Canaris*, Vertrauenshaftung 490 ff.

²⁰⁴⁸ *Dullinger* in FS *Reischauer* (2010) 113; *Hirte*, Berufshaftung 2, 485; iE auch schon *Welser*, Haftung 66, 87; abw wohl *Koziol*, JBl 1994, 221, der die Berufshaftung mit dem Argument kritisiert, sie könne sich nicht auf gesetzliche Wertungen stützen; in der österreichischen Rechtsordnung fänden sich keine Anhaltspunkte für eine insofern verschärfte Ersatzpflicht (vgl aber § 1300 Satz 1

Das Gesetz nimmt dabei als Ansatzpunkt den Horizont des Ratsuchenden, der annehmen darf, dem Berufsbild gemäß belehrt zu werden;²⁰⁴⁹ das Vertrauen des Markts in die berufliche Rolle²⁰⁵⁰ und Funktion²⁰⁵¹ wird also von § 1300 Satz 1 ABGB vorausgesetzt, wodurch die Bestimmung die darauf basierende²⁰⁵² Haftung „typisiert“²⁰⁵³. Die Norm verleiht der Rollenbeziehung zwischen Rollenträger (Sachverständiger) und seinem Gegenüber samt den hiermit verknüpften sozialen und ökonomischen Verhaltenserwartungen²⁰⁵⁴ rechtliche Relevanz²⁰⁵⁵. Denn § 1300 Satz 1 ABGB lässt diese Verbindung in einem gesetzlichen Schuldverhältnis „zwischen Vertrag und Delikt“ aufgehen²⁰⁵⁶ und stabilisiert dadurch diese Erwartungen gleichzeitig.²⁰⁵⁷ Unerheblich ist dabei mE die personale Intensität des Vertrauens²⁰⁵⁸ im Einzelfall (insofern „typisierte Vertrauenshaftung“²⁰⁵⁹).

Wegen des haftungskonstituierenden (und nicht bloß -ergänzenden) Vertrauensgedankens²⁰⁶⁰ kann diese Norm als gesetzliche Vertrauenshaftung²⁰⁶¹ mit einem Einschlag der (wenn auch überwiegend in Deutschland²⁰⁶² wie in Österreich²⁰⁶³

ABGB; vgl auch noch die Normen unten bei FN 2070); vgl aber auch *dens*, JBl 1994, 218, wo er die Sachkunde der Prospektverantwortlichen offenbar als haftungsbegründenden Faktor anführt; s ferner *dens*, JBl 2004, 276, 278, 280, wo er die Experteneigenschaft allg ebenfalls zur Haftungsbegründung heranzieht (im Rahmen einer seiner „Grundregeln“ zum Ersatz von reinen Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich, wonach der Ersatz solcher Schäden umso eher geboten sei, je größer die Gefahr ist, dass Dritte auf die Erklärung vertrauen [vgl dazu auch *Graf*, JBl 2012, 224]).

²⁰⁴⁹ Vgl *Lammel*, AcP 179 (1979) 359; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16: Seriosität, sachkundige Abwägung und sorgfältige Recherche wird vorausgesetzt; vgl bereits *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951) 507 mit FN 17.

²⁰⁵⁰ Die Berufsrolle, also der *professional status* samt der damit einhergehenden Erwartungshaltung des Anlegerpublikums kann auch zur Erklärung der noch zu erwähnenden (unten oben bei FN 2130) *shingle*-Theorie dienen, die Pflichten begründet und verstärkt, *Köndgen*, Selbstbindung 38, 41 ff.

²⁰⁵¹ Vgl *Lammel*, AcP 179 (1979) 359 f; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 577, 589, 591; *Köndgen*, AG 1983, 96: „Rollenvertrauen“; *Heinrich*, ÖBA 2012, 394.

²⁰⁵² S oben bei FN 1753; zur Relevanz von „Vertrauensschutzerwägungen“ für die Haftungsbegründung, s *F. Bydlinksi*, JBl 1992, 344; *Karner* in FS Koziol (2010) 699.

²⁰⁵³ Vgl *Hopt*, AcP 183 (1983) 638: typisches Vertrauen setzt Garantenstellung als berufsmäßiger Sachkenner voraus; zur Charakterisierung (insb) der Prospekthaftung (ieS) als „typisierte Vertrauenshaftung“ s zB OGH 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*); 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (529) (*Riss*); BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871); II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 *Infomatec I*; III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425); III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1480 f); *Rodrigues*, *ecolex* 1990, 76; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/95; *Gruber*, RdW 2007, 195; *Peter Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG³ (2008) § 47 Rz 47 aE; *Enzinger* in FS Straube (2009) 24, 26; *J. Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG³ (2011) § 40 Rz 31; *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 98; *Heidelbach* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 20, 42; *Coing*, WM 1980, 209 (zur BGH-Rsp); *Canaris* in FS Giger (1989) 110 f; *Thiele*, Rating 108; *Knops*, BB 2008, 2539; zum typisierten Vertrauensschutz s ferner *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse³, 510.

²⁰⁵⁴ S dazu *Hopt*, AcP 183 (1983) 646, 648; *Köndgen*, AG 1983, 83.

²⁰⁵⁵ Für eine haftungsrechtliche Relevanz der Rollenbeziehung zwischen Berufspraktiker und „Benefiziar der beruflichen Leistung“ *Köndgen*, Selbstbindung 362 ff; s auch zur „Haftungskanalisation nach ökonomischen Rollen“ *dens*, Selbstbindung 94 f; dazu auch *Brawenz*, Prospekthaftung 52 f.

²⁰⁵⁶ S oben bei FN 1863.

²⁰⁵⁷ Vgl dazu wiederum *Hopt*, AcP 183 (1983) 648, der vor dem Hintergrund des deutschen Rechts davor warnt, aus tatsächlichen Gegebenheiten, wie etwa „wirtschaftlichen Rollenbefunden und -überlegungen“ unmittelbar Rechtsfolgen abzuleiten, soweit diese Erwartungen nicht von der Rechtsordnung anerkannt werden (vgl §§ 1299, 1300 ABGB).

²⁰⁵⁸ *Dullinger* in FS Reischauer (2010) 113; vgl *Canaris*, JZ 1995, 445.

²⁰⁵⁹ Vgl BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871).

²⁰⁶⁰ Vgl *Canaris*, Vertrauenshaftung 2 f; *dens*, ZHR 163 (1999) 221, der nur insoweit von Vertrauenshaftung sprechen möchte, als das Vertrauen den tragenden Haftungsgrund bildet und nicht etwa bloß eine „ergänzende Hilfsfunktion“ (wie etwa bei der Vertrags- und Delikthaftung) erfüllt. S dazu auch *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 889; s speziell zum Vertrauenselement der vertraglichen Haftung auch *Larenz*, NJW 1956, 1194.

²⁰⁶¹ Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 649.

²⁰⁶² *Canaris* in FS Larenz II (1983) 83 f; *ders*, ZHR 163 (1999) 219 f; *Picker*, JZ 1987, 1046 f; *Wagner* in MünchKomm BGB⁶ (2013) § 823 Rz 334 ff; *Deipenbrock*, BB 2003, 1854; s aber auch BGH X ZR 237/01 NJW 2002, 3625 (3626).

²⁰⁶³ *F. Bydlinksi*, JBl 1992, 343 ff; *Koziol*, JBl 1988, 413 f; *ders*, JBl 1994, 221; OGH 1 Ob 516/88 ÖBA 1988, 839 (841) (*Koziol*); *Karner* in FS Koziol (2010) 698; vgl für die Schweiz *Vasella*, Haftung 124.

abgelehnten²⁰⁶⁴) „Berufshaftung“²⁰⁶⁵ verstanden werden.²⁰⁶⁶ Der für Deutschland wohl schwerwiegendste und mE auch berechtigte Einwand gegen die „Berufshaftung“, es fehle für diese an einer klaren Anspruchsgrundlage²⁰⁶⁷ und die Konstruktion einer solchen im Wege der Rechtsfortbildung sei unzulässig²⁰⁶⁸, ist für Österreich aufgrund von § 1300 Satz 1 ABGB offensichtlich nicht schlagkräftig.²⁰⁶⁹ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich eine erweiterte berufliche Verantwortlichkeit mit den Wertungen der § 11 (insb Abs 1 Z 3²⁰⁷⁰) KMG, § 1 Abs 1 Z 1, Z 2 PHG²⁰⁷¹ und § 1003 ABGB (vgl auch § 18 UWG, § 152 PatG, § 54 MarkSchG, § 88 UrhG; jetzt ferner Art 3 Abs 1 *lit b*, Art 35a EU-RatingVO²⁰⁷²) deckt.²⁰⁷³

Nach richtigem Verständnis schließen sich Berufs- und Vertrauenshaftung nicht aus, vielmehr ergänzen sie sich,²⁰⁷⁴ weil die berufliche Autorität eine der bedeutsamsten Vertrauensgrundlagen überhaupt darstellt.²⁰⁷⁵ Von einem insofern theorienübergreifenden Denken ging ja offensichtlich auch der deutsche Gesetzgeber aus: Er hat schließlich die vom BGH so bezeichnete „Sachwalterhaftung“, für die die „außergewöhnliche Sachkunde“ des Schädigers „für den Vertragsgegenstand“²⁰⁷⁶ eine wichtige Rolle bei der Haftungs begründung spielt,²⁰⁷⁷ als Anwendungsfall der (Vertrauens-)Haftung wegen *culpa in contrahendo* eingestuft.²⁰⁷⁸

Und auch in der OGH-Judikatur findet sich eine Symbiose zwischen Vertrauens- und Berufshaftung: In älteren Entscheidungen zur Gutachter-Dritthaftung sprach der OGH aus,

²⁰⁶⁴ Wegen der Verbindung des berufshaftungsrechtlichen Ansatzes mit dem Vertrauensgedanken (s sogleich im Fließtext) ist nicht auszuschließen, dass oft an einander vorbeigeredet wird, wenn eine „Berufshaftung“ von manchen abgelehnt, von manchen hingegen befürwortet wird (anschaulich die *Koziol*-Zitate oben in FN 2048).

²⁰⁶⁵ Als Vertreter der Berufshaftung wären insb zu nennen: *Lammel*, AcP 179 (1979) 337; *Köndgen*, Selbstbindung 352 ff, 365 ff, 380 ff; *Hopt*, AcP 183 (1983) 608; *Hirte*, Berufshaftung 417 ff; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 827 f; s weiters die Nw oben in FN 1639.

²⁰⁶⁶ In diese Richtung auch *Lorenz* in FS *Larenz* (1973) 589, 595; deutlich die Berufshaftung betonend *Hopt*, AcP 183 (1983) 647; vgl auch *Canaris*, ZHR 163 (1999) 219, der einer Berufshaftung vor dem Hintergrund des deutschen Rechts ablehnend gegenüber steht und meint, es fehle im deutschen Recht an einem „Sonderdelikt, das an die berufliche Tätigkeit als prägendes Tatbestandsmerkmal“ (vgl für Österreich aber § 1300 Satz 1 ABGB) anknüpft.

²⁰⁶⁷ Vgl *Canaris* in FS *Larenz II* (1983) 83, 92; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 249; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20: „ohne Anknüpfung an gesetzliche Tatbestände“ im „freien Raum“ schwebend; *Thiele*, Rating 95, 97.

²⁰⁶⁸ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 219; *Thiele*, Rating 112; vgl auch *Peters*, Haftung 126, der angesichts der für die Berufshaftung nach deutschem Recht erforderlichen Rechtsfortbildung die Anwendung dieser Haftungsfigur in der Praxis bezweifelt.

²⁰⁶⁹ Vgl aber auch *Koziol*, JBl 1994, 221, der meint, aus der österreichischen Rechtsordnung ließen sich keine Anhaltspunkte für eine Berufshaftung finden.

²⁰⁷⁰ Diese Norm verlangt für die Haftung, dass der Handel oder die Vermittlung von Wertpapieren oder Veranlagungen *gewerbsmäßig* betrieben wird (s dazu etwa *Zivny*, KMG [2006] § 11 Rz 34). Darin aber einen Widerspruch zum allg Zivilrecht erblickend *Brawenz*, ÖBA 1992, 428 f.

²⁰⁷¹ Diese Normen nehmen ausdr „Unternehmer“ in die haftungssanktionierte Pflicht. Zur Produkthaftung als Anwendungsfall der Berufshaftung s *Hopt*, AcP 183 (1983) 708 ff.

²⁰⁷² Dazu unten unter „Teil 2.II.A.7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a“.

²⁰⁷³ Von einer „erweiterten Sachverständigenhaftung“ geht auch der OGH nunmehr ausdr aus, OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; s bereits oben bei FN 1742. S aber auch RIS-Justiz RS0026234, OGH 01.07.1970, 5 Ob 97/70; 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (836) *Vorläufige Bilanz*: Aus § 1300 ABGB ließe sich kein über § 1295 ABGB hinausgehender Schutz ableiten.

²⁰⁷⁴ *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse³, 508 ff; *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, 640 ff, 644; *ders* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 22; *Öllinger*, Haftung 201 mit FN 860; vgl auch *F. Bydliński*, JBl 1992, 344; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 699.

²⁰⁷⁵ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 219 f, 232; *Kersting*, Dritthaftung 111, 334; vgl auch *Canaris* in FS *Giger* (1989) 106 f; *Kalss*, ÖBA 2000, 649; *Vasella*, Haftung 305, 321 ff. Beredtes Zeugnis legen diesbzgl die Nw in FN 1736 ab.

²⁰⁷⁶ BGH VII ZR 163/69 NJW 1971, 1309 (1311): Finanzfachmann; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 223.

²⁰⁷⁷ *Hopt*, AcP 183 (1983) 638; *Faust*, AcP 210 (2010) 562; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292; vgl zum Verlassen auf die Objektivität und Neutralität des Sachwalters (Sachverständigen), was zu einer Haftung führt, noch unten bei FN 2502.

²⁰⁷⁸ Begr RegEntw SchuldRMdG, BT-Drucksache 14/6040, 163.

dass aus dem „Berufe“ als Sachverständiger bestimmte Verpflichtungen gegenüber Dritten resultierten, und zwar auch insoweit, als deren bloßes Vermögen betroffen sei.²⁰⁷⁹ In der *Schätzmann*-Entscheidung (oben S 24 ff) ergänzte er dies damit, dass Tatumstände, die dritten Informationsadressaten nicht erkennbar sind, im Regelfall²⁰⁸⁰ nicht zu einem Haftungsausschluss diesen gegenüber führen könnten. *In casu* betraf dies die anfängliche Weigerung des Sachverständigen, sein Gutachten zu verfassen.²⁰⁸¹ *E contrario* sollten demnach solche Tatumstände, die Dritte zur Kenntnis nehmen können und die sohin die Reichweite des Vertrauenstatbestands abstecken, beachtlich sein (vgl unten S 268 ff).

Mehr als 56 Jahre später hat der OGH²⁰⁸² die Betonung von der Berufs- auf die Vertrauenshaftung verlagert und seine Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht mit der Schaffung eines besonderen zusätzlichen Vertrauenstatbestands begründet,²⁰⁸³ der insb durch das Auftreten „als berufsmäßiger Sachkenner“²⁰⁸⁴ und die „allgemein anerkannte und herausgehobene berufliche und wirtschaftliche Stellung“ des Schädigers entstehe.²⁰⁸⁵ „Aufgrund ihrer Stellung und Eigenschaft wird persönliche Zuverlässigkeit erwartet“, was zu einer Haftung aus einer Sonderbeziehung führen soll.²⁰⁸⁶ Wie bereits erwähnt²⁰⁸⁷, hat sich der OGH dabei an die einschlägige BGH-Judikatur²⁰⁸⁸ angelehnt, für die wiederum schon früh die Emanzipation von der klassischen *culpa in contrahendo* („Vertrauenshaftung“²⁰⁸⁹) und die Hinwendung zu einer Art Berufshaftung iS *Hopt*s festgestellt wurde^{2090 2091}.

²⁰⁷⁹ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann* (unter Berufung auf OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33); zust OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58.

²⁰⁸⁰ Der OGH nennt als Ausnahme das aufgrund rechtswidrigen Zwangs erstellte Gutachten.

²⁰⁸¹ Daraus könnte man mangelnde Sachkunde ableiten.

²⁰⁸² OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60); 05.09.1991, 6 Ob 585/91; 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*); vgl dazu auch OGH 1 Ob 586/94, 1 Ob 595/95 SZ 68/144, 123 (137); ähnl BGH II ZR 172/76 NJW 1978, 1625; VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449 (1450); II ZR 209/79 NJW 1980, 1840 (1841); II ZR 60/80 NJW 1981, 1449 (1452); vgl auch BGH II ZR 94/77 BGHZ 72, 382 (387); krit dazu *Köndgen*, Selbstbindung 359 FN 35.

²⁰⁸³ Jüngst OGH 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (529) (*Riss*); s zur OGH-Rsp auch *F. Bydlinksi*, JBl 1992, 346.

²⁰⁸⁴ Die Berufstätigkeit als Haftungsgrund betonend *Hopt*, AcP 183 (1983) 644; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 15; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/47.

²⁰⁸⁵ Zum Zusammenhang zwischen Prospekt- und Berufshaftung s *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse³, 506, 509; *Haar*, NZG 2010, 1284; *dies*, DB 2013, 2490, die auch den Vertrauensgedanken betont.

²⁰⁸⁶ OGH 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943).

²⁰⁸⁷ Oben bei FN 1404.

²⁰⁸⁸ S zB BGH II ZR 60/80 NJW 1981, 1449 (1450). Der BGH hielt zunächst die namentliche Nennung des Sachverständigen im Prospekt für die Haftung als „berufsmäßiger Sachkenner“ für entscheidend (s BGH II ZR 123/85 WM 1986, 904 [906]). Später stellte er deutlicher auf die berufliche Qualifikation als solche ab und ließ es genügen, dass die Anleger den Namen des Sachverständigen in Erfahrung bringen könnten (s BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 [1277]; vgl aber auch BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 [1480 f] sowie BGH III ZR 125/06 NJW-RR 2007, 1332 [1334 f], wonach es für eine Prospekthaftung als Garant nicht genüge, dass die Tätigkeit des Experten im Prospekt bloß angekündigt wird, ohne dass der Experte selbst eine Erklärung im Prospekt abgibt [jedoch uU Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter denkbar; insofern ebenso BGH III ZR 300/05 NZG 2007, 663 {665}]).

²⁰⁸⁹ S zur Charakterisierung der Prospekthaftung als Vertrauenshaftung zB *Canaris* in FS Larenz II (1983) 91, 93. Vgl auch die Nw oben in FN 829.

²⁰⁹⁰ *Lang*, WM 1988, 1001; vgl auch schon *Coing*, WM 1980, 211; ferner *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 1; *Fischer*, Haftungsfragen 174; für die Einordnung der Haftung als eine solche aus Verletzung von deliktischen Verkehrssicherungspflichten *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 3; stärker aber die Vertrauenshaftungskomponente betonend *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 7; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.244.

²⁰⁹¹ Der systematische Regelungsort des § 1300 Satz 1 ABGB im bürgerlichen Recht spricht nicht gegen die Deutung als berufsrechtliche Haftungsnorm und für eine „Weginterpretation“ des Tatbestandsmerkmals des Sachverständigen (iE jedoch weginterpretierend *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ [2014] § 1300 Rz 1; vgl auch *Graf*, JBl 2012, 217). Zum einen gab

β. Zusammenhang mit verbreiteten Haftungsargumenten

Im demnach ernstzunehmenden Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen kann mE auch ein Zusammenhang mit jenen Haftungstheorien erblickt werden, die im Rahmen ihrer Begründung auf die Informationsasymmetrie („Wissensdifferenz“²⁰⁹²) zwischen Schädiger und Geschädigtem hinweisen.²⁰⁹³ Hervorgehoben wird die dadurch hervorgerufene (besondere) „Angewiesenheit“ des Informationsadressaten auf die Meinung des überlegenen²⁰⁹⁴ Experten,²⁰⁹⁵ wenn nicht gar seine Abhängigkeit von dieser²⁰⁹⁶ (Stichwort „Machtposition“ des Sachverständigen²⁰⁹⁷) oder zumindest die Tatsache, dass die professionelle Auskunft den Effekt habe, eigene Untersuchungen des Geschädigten zu erübrigen^{2098 2099}.

Mit sämtlichen der eben genannten Argumente wird wohl im Kern und im Ergebnis zu Recht auf die Einwirkungsmöglichkeit des Experten auf den Informationsempfänger²¹⁰⁰

es zur Entstehungszeit der Vorschrift noch gar kein allg kodifiziertes Handelsrecht (vgl erst das AHGB, RGBI 1863/1). Zum anderen erfasst § 1300 Satz 1 (iVm § 1299) ABGB insb nach historischem Verständnis gerade jene (freien) Berufe (Rechtsanwalt, Arzt), die mangels Kaufmannseigenschaft vom Handelsrecht des (A)HGB ausgenommen waren und die erst das UGB in sein „Sonderprivatrecht“ einbezog (vgl § 1 Abs 1, § 4 Abs 2 UGB). Zudem zeigt das 4. Buch des heutigen UGB, dass eine (auch haftungsrechtlich) „strengere“ Behandlung des Sachverständigen in unserer Privatrechtsordnung keineswegs systemwidrig ist (und zwar nicht nur hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs [§ 347 UGB; vgl namentlich insb §§ 348 ff UGB]).

²⁰⁹² OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130). Zum allg Zusammenhang zwischen Informationsasymmetrie und Vertrauen s Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 267 f.

²⁰⁹³ Brawenz, ÖBA 1992, 423; Kalss, ÖBA 2000, 658; dies, ÖBA 2002, 196; dies, Anlegerinteressen 213; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 12; für Ratingagenturen Mühl, Haftung, Rz 254; vgl auch Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 94; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28.

²⁰⁹⁴ Dies hervorhebend Hirte, Berufshaftung 325 f; Fischer, Haftungsfragen 161.

²⁰⁹⁵ So OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56 (60); 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942 (943); 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (Koziol); 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h; Koziol, Haftpflichtrecht II², 188; ders in Spier, Limits 35; ders, JBl 2004, 281; Artmann, JBl 2000, 629; Kalss, ÖBA 2000, 649, 653, 655 (dort auch für Ratingagenturen), 656, 658; dies, ÖBA 2002, 196, 200; dies, Anlegerinteressen 214; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 858, 876; Vavrovsky, ÖBA 2001, 584; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 110 f; Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 100; deutlich auch Mertens, AcP 178 (1978) 247 f; Hopt, AcP 183 (1983) 645, 656; speziell für Ratingagenturen auch v. Schweinitz, WM 2008, 956; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Graf, JBl 2012, 223; vgl ferner Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28; Brawenz, Prospekthaftung 109, 162, 164 f, 170, 176, insb 197; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/91 f; Gruber, RdW 2007, 196; Öllinger, Haftung 179; Kersting, Dritthaftung 117; BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276 (1276 f).

²⁰⁹⁶ Koziol, JBl 2004, 278, der als fünfte Regel für den Ersatz bloßer Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich Folgendes formuliert: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, je weniger der möglicherweise Geschädigte sich selbst schützen kann und daher besonders des Schutzes bedarf“; Kalss, ÖBA 2000, 641, 650, 659; dies, ÖBA 2002, 199; Hopt, AcP 183 (1983) 648; Peters, Haftung 124.

²⁰⁹⁷ Köndgen, Selbstbindung 268.

²⁰⁹⁸ Canaris, ZHR 163 (1999) 232 f; Schneider, ZHR 163 (1999) 259; Kalss, ÖBA 2000, 649; dies, ÖBA 2002, 196 f, 200; dies, Anlegerinteressen 214; U. Torggler, wbl 2001, 551; Peters, Haftung 119; Mühl, Haftung, Rz 255 ff; Karner in FS Koziol (2010) 713; Vasella, Haftung 323, 330; Graf, JBl 2012, 217, 224; Heinrich, ÖBA 2012, 394; vgl dazu den Sachverhalt OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (722) Goldgrube; s auch OGH 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g, wo die gegenüber dem Sachverständigen geäußerte Absicht des Auftraggebers, den Ratschlag dieses Sachverständigen durch ein eigenes Expertenteam prüfen zu lassen, als Begründung gegen eine Dritthaftung angeführt wird. Demnach hätte der Sachverständige nicht damit rechnen müssen, dass sich der Auftraggeber auf seine Einschätzung verlassen würde.

²⁰⁹⁹ Vgl auch C. Völkl, ÖJZ 2006, 108 mit FN 105, der aber mE zu weit geht, wenn er die Informationsasymmetrie konkret voraussetzt und bei einer Beratung eines Sachverständigen aus jenem Fachgebiet, aus dem auch der Ratgeber stammt, § 1300 Satz 1 ABGB nicht anwenden möchte (vgl auch Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 583 f, die freilich ausschließlich von ökonomischen Überlegungen ausgehen). Letzterem ist mE nicht durch eine teleologische Reduktion des § 1300 Satz 1 ABGB, sondern nur im Rahmen des Mitverschuldenseinwands (§ 1299 Satz 2, § 1304 ABGB; vgl dazu unten „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“) Rechnung zu tragen, wobei die Sorgfaltsanforderungen an den geschädigten Sachverständigen enstpr § 1299 ABGB verschärft sind (s die Nw unten in FN 4818). Eine andere und mE zu bejahende Frage ist, ob die Haftung für unterlassene Aufklärung ausscheiden kann, weil eine Pflicht zur Aufklärung aufgrund der Sachkunde des Informationsadressaten gar nicht bestand (idS für die Wampflpflicht OGH 04.11.2004, 2 Ob 201/04 d).

²¹⁰⁰ Vgl Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 28; Kalss, Anlegerinteressen 213, 333; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 876; vgl ferner Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 442, 444.

(vgl die Wertung des § 81 Abs 3 IO, § 273 Abs 3 iVm § 275 Abs 2 UGB), mit anderen Worten auf die besondere Gefährlichkeit der Experteninformation²¹⁰¹, abgestellt.²¹⁰²

ME geht § 1300 Satz 1 ABGB auch von einer Typusbetrachtung dergestalt aus,²¹⁰³ dass der Sachverständige durch seine berufliche oder sonstige Spezialisierung²¹⁰⁴ im Regelfall²¹⁰⁵ derjenige ist, der relativ geringere Informationskosten als der fachlich unterlegene Informationsempfänger²¹⁰⁶ hat.²¹⁰⁷ Dies lässt einen zivilrechtlichen Vertrauensschutz aus ökonomischer Sicht sinnvoll erscheinen.²¹⁰⁸ Denn durch die günstigere Informationsbeschaffung kann der Sachverständige den Schaden tendenziell mit geringerem Aufwand als sein Gegenüber verhindern. Der gem § 1300 Satz 1 ABGB Haftpflichtige ist insofern unter dem Gesichtspunkt der Schadensprävention in aller Regel der *cheapest cost avoider*²¹⁰⁹ oder zumindest der *cheapest insurer*²¹¹⁰ (vgl § 1 Abs 1 Z 1 PHG²¹¹¹).

Indem diese ABGB-Norm eine Sonderbeziehung samt Pflicht zur sorgfältigen Information entstehen lässt,²¹¹² trägt sie dazu bei, die erwähnten Informationsungleichgewichte auszugleichen und damit die Chancen- und „Waffengleichheit“ am Markt zu verwirklichen; dadurch werden etwa Anleger in die Lage versetzt, ihre eigenen Interessen am Kapitalmarkt eigenverantwortlich wahrzunehmen (vgl auch § 11 KMG).²¹¹³

Für die Anwendbarkeit des § 1300 Satz 1 ABGB kann es mE aber nicht darauf ankommen, ob der Sachverständige im Einzelfall besonderen, „exklusiven“ Zugang zu bestimmten Daten über das Auskunftsojekt hat, wie etwa der Abschlussprüfer hinsichtlich der Unternehmensinterna der geprüften Gesellschaft (vgl § 272 UGB). Dies widerspräche der Typusbetrachtung des § 1300 Satz 1 ABGB und ist im Übrigen in der Sache nicht überzeugend: Nach pflichtgemäßer Sorgfalt²¹¹⁴ hat der Sachverständige natürlich nur jene

²¹⁰¹ S dazu oben bei FN 1754.

²¹⁰² S nur Graf, JBl 2012, 217; Kletečka in FS Reischauer (2010) 303, 307; vgl auch Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/98; Brawenz, Prospekthaftung 109: erhöhte Gefahr „rücksichtsloser Interessenverfolgung“, 164 f.

²¹⁰³ Vgl Karner in FS Koziol (2010) 699: „typische Haftungslage“.

²¹⁰⁴ Diese im Rahmen seines Berufsrechts samt Haftung betonend Hopt, AcP 183 (1983) 645; s auch Mühl, Haftung, Rz 253.

²¹⁰⁵ Anders wäre dies freilich, wenn ein Sachverständiger in seinem Fachgebiet „gegen Belohnung“ einen anderen Sachverständigen konsultiert, der im selben Ausmaß darin spezialisiert ist, wie jener selbst, mithin dieselben Informationskosten hat. Solch ein Fall wird indes selten vorkommen, was die Typusbetrachtung mE rechtfertigt (vgl außerdem oben in FN 2099).

²¹⁰⁶ Die Unterlegenheitssituation betonend Köndgen, Selbstbindung 338; Mertens, AcP 178 (1978) 247 f, 252; vgl dazu auch Hopt, AcP 183 (1983) 648.

²¹⁰⁷ Vgl Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 561: unterschiedlicher Professionalisierungsgrad, 579, 583; Karner in FS Koziol (2010) 695.

²¹⁰⁸ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 557 f, 572 ff; vgl auch Kersting, Dritthaftung 204 f.

²¹⁰⁹ So allg zur Berufshaftung für fehlerhafte Informationen Hirte, Berufshaftung 323 f; vgl dazu auch Hopt, AcP 183 (1983) 654, 719; Kletečka in FS Reischauer (2010) 301, 308; vgl zum Prospektkontrollor Kalss, ÖBA 2000, 652. Zur haftungsrechtlichen Bedeutung der Frage, wer bestimmte Risiken am besten (kostengünstigsten) beherrschen bzw auffangen kann, s Köndgen, AG 1983, 94; unten bei und in FN 3853 (zum Aspekt der Zumutbarkeit von Pflichten).

²¹¹⁰ S dazu Hirte, Berufshaftung 324; Kersting, Dritthaftung 202.

²¹¹¹ Vgl zur Produkthaftung des Herstellers und dem *cheapest-cost-avoider*-Argument Köndgen, AG 1983, 94.

²¹¹² S oben bei FN 1806.

²¹¹³ Vgl Hopt, AcP 183 (1983) 651 f.

²¹¹⁴ Näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.a. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)“.

Informationen zu verarbeiten, die ihm zur Verfügung stehen. Daten, die er gar nicht zu erlangen vermag, kann er natürlich gar nicht berücksichtigen. Insofern trifft ihn auch keine Verantwortung²¹¹⁵, sofern er nicht ausnahmsweise einen dahingehenden Vertrauenstatbestand gesetzt hat.

Daher schießt es über das Ziel hinaus, wenn etwa die Haftung einer Ratingagentur deswegen verneint wird, weil diese nicht im selben Ausmaß wie ein Abschlussprüfer in die Unternehmenssphäre eindringe²¹¹⁶ (abgesehen davon, dass diese Behauptung hinsichtlich des *solicited* Ratings mE schon für sich zweifelhaft ist²¹¹⁷ [vgl nur Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 3 EU-RatingVO]).

γ. Auslegung des Tatbestandsmerkmals

1) Wegen des evidenten systematischen Zusammenhangs, insb der gemeinsamen Marginalie²¹¹⁸, ist es eigentlich naheliegend, den Begriff des „Sachverständigen“ in § 1300 Satz 1 ABGB in Einklang mit § 1299 ABGB auszulegen,²¹¹⁹ zumal § 1300 Satz 1 ABGB davon spricht, dass ein Sachverständiger „auch dann verantwortlich“²¹²⁰ sei²¹²¹.

In § 1299 ABGB klingt der Vertrauensgedanke²¹²² deutlich an, wenn es dort heißt: Wer sich zu einer Sachverständigentätigkeit in der Öffentlichkeit „bekennt“, „gibt dadurch [erg für § 1300 Satz 1 ABGB: dem Informationsadressaten] zu *erkennen*, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten“²¹²³.²¹²⁴ § 1299 ABGB liegt also die für die

²¹¹⁵ Vgl auch Graf, JBl 2012, 220, 225.

²¹¹⁶ Zutr Habersack, ZHR 169 (2005) 206 f; zust Kersting, Dritthaftung 542; vgl auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 FN 85; aA Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; Deipenbrock, BB 2003, 1853; Blaurock, ZGR 2007, 633.

²¹¹⁷ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 FN 85; Korth, Dritthaftung 119; s auch Oehler/Voit, ÖBA 1999, 970; Arendts, WM 1993, 230, 234; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 199, 201; Reidenbach, Ratingagenturen 282, 286; Fischer, Haftungsfragen 161; Spindler, AG 2010, 611; Thiele, ZG 2010, 145; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461; Däubler, BB 2003, 431; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 69; vgl auch Graf, JBl 2012, 219; Grünbichler, ÖBA 1999, 694; Weber, Kapitalmarktrecht 59 mit FN 82; s aber auch Schuler, Verantwortlichkeit 237 f FN 1350.

²¹¹⁸ „insbesondere a) der Sachverständigen“ (vollständig: „1. Von dem Schaden aus Verschulden; insbesondere a) der Sachverständigen“ [vgl die Marginalie vor § 1295 ABGB]).

²¹¹⁹ Pfaff, Gutachten 66 FN 200; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 2; C. Völkl, ÖJZ 2006, 100; vgl bereits Last, Kreditauftrag 337 FN 227; aA eine ältere Auffassung, die aus § 1299 ABGB einerseits und § 1300 ABGB andererseits zwei Klassen von Sachverständigen ableiten wollte, wobei zur Unterscheidung auf das nicht oder doch vorhandene „öffentliche Bekenntnis“ (Ellinger, ABGB⁵ [1857] 491; Maitisch/v. Kirchstetter, ABGB⁴ [1881] 644; Last, Kreditauftrag 345) bzw den Tätigkeitsschwerpunkt des Sachverständigen (Nippel, ABGB [1835] § 1300 Anm 4 f) abgestellt wurde.

²¹²⁰ Hervorhebung nicht im Original.

²¹²¹ Vgl Welser, Haftung 5.

²¹²² S dazu v. Zeiller, ABGB (1813) § 1299 Anm 1; Scheidlein, Privatrecht I (1814) 627; Nippel, ABGB (1835) § 1299 Anm 1, 3; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 2; OGH 1 Ob 35/87 SZ 60/236, 531 (542): „Es soll jedermann darauf vertrauen können, daß Personen, die Berufe oder Geschäfte ausüben, die besondere Fähigkeiten erfordern, diese auch tatsächlich besitzen“ (idS bereits Koziol, Haftpflichtrecht II², 183); RIS-Justiz RS0026438, OGH 03.02.1994, 8 Ob 614/93; 5 Ob 92/07 a JBl 2008, 105 (107); aus rechtsvergleichender Sicht Lammel, AcP 179 (1979) 352; Lorenz in FS Larenz (1973) 577, 589, 591.

²¹²³ Hervorhebung nicht im Original.

²¹²⁴ OGH 2 Ob 115/55 SZ 28/75, 184 (186); RIS-Justiz RS0026482: Mit dem Durchführen sachverständiger Tätigkeiten gibt man zu erkennen, dass man sich die hierfür erforderlichen Fähigkeiten zutraue; RIS-Justiz RS0026494; RS0023312, OGH 09.11.1967, 2 Ob 241/67: Sachverständigentätigkeit löst Erwartungen aus; RIS-Justiz RS0020063 T 2, OGH 30.08.1973, 6 Ob 159/73; 5 Ob 92/07 a

Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB passende²¹²⁵ Wertung zugrunde, dass sich jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs berechtigterweise auf die Einhaltung von professionellen Sorgfaltsstandards durch den sich dazu bekennenden Sachverständigen verlassen darf^{2126 2127}. Sehr deutlich hat sich diesbezüglich das deutsche Reichsgericht²¹²⁸ ausgedrückt, nach dem eine strengere Haftung denjenigen treffe, „der, indem er eine [...] Berufstätigkeit ausübt und sich dafür dem Publikum anbietet [vgl § 1299 ABGB: öffentlich], eine Verantwortung dafür übernimmt, daß da, wo von seinen Diensten Gebrauch gemacht wird, ein geordneter Verlauf der Dinge gewährleistet ist.“

Wenn unter einem öffentlichen Bekenntnis iSd § 1299 ABGB insb das Aushängen eines Geschäftsschilds verstanden wird,²¹²⁹ kann darin eine Parallele zur *shingle theory* des US-amerikanischen Rechts²¹³⁰ erblickt werden. Diese geht bei einem solchen Akt („*hanging out a shingle*“) eines Effektenhändlers davon aus, dass dieser damit dem Geschäftsverkehr signalisiert, seine Kunden sorgfältig zu bedienen, dh entsprechend den einschlägigen Gepflogenheiten und Handelsbräuchen („*implied representation*“).²¹³¹

Mit dem Vertrauensschutzaspekt übereinstimmend wurde historisch²¹³² die Sachverständigeneigenschaft iSd § 1299 ABGB ferner insb bei Durchführung solcher Tätigkeiten bejaht, für die eine (staatliche²¹³³) Prüfung²¹³⁴ mit Zeugnisabschluss oder gar eine obrigkeitliche Genehmigung gesetzliche Bedingung für ein rechtmäßiges Ausüben war.²¹³⁵ Es ist evident, dass durch solche „Hürden“ die berufliche Autorität sowie das

JB1 2008, 105 (107): von einem gewerbsmäßigen Händler muss angenommen werden, er verfüge über die notwendigen Fertigkeiten, um die Wareneigenschaften beurteilen zu können.

²¹²⁵ Vgl oben bei FN 2046.

²¹²⁶ Vgl die Materialien zu § 1003 ABGB (Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 564): „diese Leute sich einmal als öffentliche Geschäftsträger angekündigt, das Vertrauen der Leute aufgefördert haben, und diesem entsprechen müssen“; s dazu auch *Rüffler*, JB1 2011, 81; vgl ferner *Odersky*, NJW 1989, 5; *Peters*, Haftung 114.

²¹²⁷ Damit steht im Einklang, dass der Gesetzgeber etwa eine Ratingagentur dann als kompetent ansieht, wenn sie ua „auf gewerblicher Basis [!] regelmäßig Ratings“ erstellt (§ 31 Abs 4 WAG).

²¹²⁸ RG VI 191/21 RGZ 102, 372 (375).

²¹²⁹ S schon *Winiwarter*, ABGB IV² (1844) 556.

²¹³⁰ Näher dazu *Köndgen*, Selbstbindung 37 ff, 57; *Hopt*, AcP 183 (1983) 649; *Bliesener*, Wertpapierhandel 65 f.

²¹³¹ *Hopt*, AcP 183 (1983) 649. Daraus kann sich auch eine Haftung gegenüber Nicht-Vertragspartnern ergeben, *Hirte*, Berufshaftung 292.

²¹³² S die Äußerung v. *Scheppels* zu § 1299 ABGB, Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 187; v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1299 Anm 3; *Scheidlein*, Privatrecht I (1814) 627; *Bergmayr*, Bürgerliches Recht III (1833) 293; *Nippel*, ABGB (1835) § 1299 Anm 3; *Ellinger*, ABGB⁵ (1857) 490; vgl auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 1.

²¹³³ Vgl auch BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194).

²¹³⁴ Vgl auch die Betonung bei RIS-Justiz RS0026487; RS0026579, OGH 01.02.1979, 7 Ob 742/78; 8 Ob 505/93 ÖJZ 1993, 846 (EvBl 198); vgl weiters OGH 4 Ob 27/70 SZ 43/80, 282 (289 f); vgl dagegen für den bloßen Fahrschüler (ohne Prüfung): RIS-Justiz RS0023474, OGH 8 Ob 137/82 ZVR 1984, 113: § 1297 ABGB.

²¹³⁵ Schon das spricht gegen eine allg Sachverständigeneigenschaft von Kapitalgesellschaftern (dagegen auch *U. Torggler*, JB1 2006, 91; *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 709). Zudem ist mE ein typisiertes Vertrauen des Rechts- und Geschäftsverkehrs in besondere Fähigkeiten der Gesellschafter nicht anzuerkennen, weil die Funktion als „Geldgeber“ keine Fähigkeiten voraussetzt, sondern nur Kapital. Auch das Widerspruchserfordernis im Beschlussmängelrecht (§ 41 Abs 2 GmbHG, § 196 Abs 1 Z 1 AktG) ist nicht so sehr Ausdruck einer besonderen Sorgfaltsanforderung an die Gesellschafter (vgl dazu § 362 HGB idF dRGrBl 1897, 305; s dazu etwa *Hopt*, AcP 183 [1983] 613 ff), sondern erklärt sich aus dem fundamentalen Ziel des Beschlussmängelrechts, der Rechtssicherheit (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG [2014] § 41 Rz 1), dem dieses (zumindest im Kapitalgesellschaftsrecht; vgl ErläutRV VerG 2002, 28) alles unterordnet.

geschäftliche Ansehen gesteigert und damit das Vertrauen in eine sachkundige Tätigkeit forciert wird.²¹³⁶

Heute wird der Sachverständigenbegriff des § 1299 ABGB freilich weiter verstanden²¹³⁷.²¹³⁸ Er umfasst im Wesentlichen das Ausführen jeder Tätigkeit, die besondere Kenntnisse (insb einen fundierten fachlichen Wissensstand oder gewachsene Erfahrung)²¹³⁹ und/oder Fähigkeiten voraussetzt.²¹⁴⁰ Die in der Bestimmung enthaltene Aufzählung von Berufen ist danach also eine bloß demonstrative²¹⁴¹ (vgl bloß²¹⁴² die ausdr Verweise in § 141 Abs 5 EO: Liegenschaftsschätzung, § 81 Abs 1 IO: Insolvenzverwaltung; § 157b Abs 4 IO: treuhänderische Überwachung des gemeinschuldnerischen Sanierungsplans; § 177 Abs 2 IO: Sanierungsverwaltung; vgl weiters § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG). Unbeachtlich ist dabei auch, ob es sich beim Haftpflichtigen um eine natürliche oder juristische Person (etwa eine Ratingagentur) handelt (idS § 80 Abs 5 iVm § 81 Abs 1 IO; vgl auch § 26 Satz 2 ABGB).²¹⁴³

Eine weite Auslegung des § 1299 ABGB ist vor dem Hintergrund der Bedeutung *dieser* Norm als Regelung des Sorgfaltsmaßstabs auch einleuchtend:²¹⁴⁴ Wer im vertraglichen oder deliktischen Bereich²¹⁴⁵ ein bestimmtes „Geschäft“ (zB Rechtsanwaltschaft²¹⁴⁶ aber auch Autofahren²¹⁴⁷) freiwillig („ohne Not“²¹⁴⁸) „übernimmt“²¹⁴⁹ und so im eigenen Interesse eine beherrschbare Gefahrenquelle²¹⁵⁰ schafft,²¹⁵¹ der darf vom Geschädigten

²¹³⁶ Lammel, AcP 179 (1979) 348.

²¹³⁷ Ein gesetzlicher Anhaltspunkt im ABGB für eine nicht erschöpfende Aufzählung ergibt sich aus § 1300 ABGB, der von „Wissenschaft“ spricht (Wolff in *Klang*, ABGB VI² [1951] 48); s dazu sogleich im Fließtext.

²¹³⁸ OGH 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (EvBl 74).

²¹³⁹ OGH 5 Ob 224/05 k ZVR 2006, 377 (378).

²¹⁴⁰ Wolff in *Klang*, ABGB VI² (1951) 48; Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 1; Schauer, RdW 1999, 295; Karner in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 5; ders in FS Koziol (2010) 698; Harrer in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1299 Rz 1; Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1/02} (2014) § 1299 Rz 1; OGH 16.04.1997, 7 Ob 2113/96 b; 10.02.2004, 4 Ob 12/04 z; 3 Ob 103/04 z MietSlg 56.178; 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (EvBl 74); 10 Ob 93/11 s bbl 2012, 176 (177); tendenziell enger RIS-Justiz RS0026440, wo zumindest das öffentliche Bekennen zu einem qualifizierten Gewerbe gefordert wird; idS wohl auch OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (12); 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300.

²¹⁴¹ RIS-Justiz RS0026514; Wittwer in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 2.

²¹⁴² Vgl weiters § 31 Abs 1 WRG.

²¹⁴³ Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2a; speziell für § 1300 Satz 1 ABGB: RIS-Justiz RS0026710; vgl auch Hopt, AcP 183 (1983) 647 FN 167, 670; s zur Fähigkeit einer juristischen Person, „Vertrauensadressat“ zu sein, näher Köndgen, AG 1983, 96 mit FN 114.

²¹⁴⁴ Anders hingegen, wenn man aus § 1299 ABGB (deliktische) Verhaltenspflichten des Sachverständigen ableiten möchte, s unten bei FN 2169.

²¹⁴⁵ Zur Anwendbarkeit des § 1299 ABGB auf den deliktischen Bereich s noch unten bei FN 2967.

²¹⁴⁶ Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 608.

²¹⁴⁷ RIS-Justiz RS0023176, OGH 2 Ob 240/65 SZ 38/139; RIS-Justiz RS0026487, OGH 15.01.1970, 2 Ob 394/69; RIS-Justiz RS0026562, OGH 06.09.1973, 2 Ob 109/73; RIS-Justiz RS0023387, OGH 8 Ob 84/78 ZVR 1979, 13; RIS-Justiz RS0026183, OGH 25.05.1979, 8 Ob 90/79; RIS-Justiz RS0026553, OGH 8 Ob 147/82 ZVR 1984, 243; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 608; Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 33; Karner in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 5. Für diesen Bereich ist in Bezug auf die Einhaltung der maßgeblichen Rechtsvorschriften der Vertrauensgrundsatz des § 1299 ABGB positiviert (§ 3 Abs 1 StVO; s sogleich noch unten in FN 2152).

²¹⁴⁸ Wolff in *Klang*, ABGB VI² (1951) 48; Koziol, Haftpflichtrecht II², 183.

²¹⁴⁹ Da sich der Schädiger damit zu einer gewissen Tätigkeit „bekennt“, ist auch nur konsequent, dass ihm die Berufung auf unzureichende Fähigkeiten und Kenntnisse versagt wird (P. Bydlinksi in FS Ostheim [1990] 356; vgl demgegenüber § 1297 ABGB).

²¹⁵⁰ Daraus Verkehrspflichten auch zum Schutz fremden Vermögens ableitend: v. Bar, Verkehrspflichten 113 ff, 122 ff, 235; vgl auch Graf, JBl 2012, 224 mit FN 62.

daran festgehalten werden, dass er die hierfür erforderlichen Voraussetzungen mitbringt (vgl zB § 3 Abs 1 StVO: Vertrauensgrundsatz²¹⁵²).²¹⁵³ Eine Wirtschaftsauskunftei, die eine als „Rating“ bezeichnete Bonitätsbewertung abgibt, kann daher grundsätzlich am Sorgfaltsmaßstab von Ratingagenturen²¹⁵⁴ gemessen werden.²¹⁵⁵

2) Für die Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB gibt aber schon das Gesetz selbst eine logische Einschränkung des Sachverständigen-Tatbestandsmerkmals vor. Die Tätigkeit des demnach haftpflichtigen Sachverständigen muss die Informationserteilung abstrakt (mit-)umfassen („in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft“²¹⁵⁶).²¹⁵⁷ Aus der zitierten Phrase des § 1300 ABGB ergibt sich darüber hinaus als weitere Haftungsvoraussetzung, dass der konkret zu beurteilende Rat diesem „beruflichen“ Wirkungsbereich zugeordnet werden muss (vgl auch § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG, § 141 Abs 5 EO).²¹⁵⁸ Wie es der OGH zutreffend ausdrückt, erfolgt eine (konkrete) Raterteilung dann „kraft [...] Stellung als Sachverständiger“, wenn sie „zum Geschäftsbetrieb“ des Raterteilenden zählt;²¹⁵⁹ für diese Beurteilung können mE §§ 343 f UGB helfen. Mit dem geforderten Konnex vollzieht das Gesetz konsequent das haftungskonstituierende Vertrauenselement²¹⁶⁰, ist doch gerade bei berufseinschlägigen Ratschlägen das Vertrauen der Marktgegenseite und damit die Gefährlichkeit der Information besonders naheliegend.²¹⁶¹ Nur insofern typisiert also § 1300 ABGB das Vertrauen des Informationsadressaten.²¹⁶²

Es sind daher drei Stufen der Anspruchsprüfung (s sogleich a–c) zu unterscheiden, die mit dem Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen verbunden sind. Das soll anhand von Beispielen verdeutlicht werden: § 1300 Satz 1 ABGB bildet keine Anspruchsgrundlage für einen Rat, den der Schuldner seinem Gläubiger anlässlich der Rückzahlung der

²¹⁵¹ Schauer, RdW 1999, 295.

²¹⁵² Danach darf jeder Verkehrsteilnehmer grunds darauf vertrauen, dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer an die maßgeblichen Rechtsvorschriften halten, was voraussetzt, dass die Verkehrsteilnehmer diese Vorschriften kennen und auch faktisch in der Lage sind, sie einzuhalten (vgl § 1299 ABGB: besondere Kenntnisse und Fertigkeiten; ferner RIS-Justiz RS0023382: Bremsmanöver). Vgl dazu auch Canaris, ZHR 163 (1999) 221 (zur Bedeutung des Vertrauensgedankens bei der deliktischen Haftung).

²¹⁵³ RIS-Justiz RS0024353, OGH 22.06.1955, 3 Ob 296/55; vgl zu den Erwartungen der Allgemeinheit gerade in Bezug auf professionelle Ratingagenturen Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 923.

²¹⁵⁴ Näher dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β. Sorgfaltsstandard für Ratingagenturen“.

²¹⁵⁵ Graf, JBl 2012, 221 f; aA Malainer/Staribacher, ecolex 2014, 942.

²¹⁵⁶ Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 612; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 51; Scheucher, ÖJZ 1961, 226; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 2; C. Völkl, ÖJZ 2006, 100 f; s auch Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Offner*, Ur-Entwurf II 188: „in einem, seinem Berufe, seinen Kenntnissen angemessenen Geschäfte Anleitung“; iE auch *Köndgen*, Selbstbindung 360.

²¹⁵⁷ Deswegen kann zB ein Autofahrer Sachverständiger „iSd § 1299 ABGB“, nicht aber „iSd § 1300 Satz 1 ABGB“ sein.

²¹⁵⁸ S auch noch unten bei FN 2189 mwN.

²¹⁵⁹ RIS-Justiz RS0026537, OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*; zum Spediteur: RIS-Justiz RS0026669, OGH 30.04.1958, 5 Ob 79/58.

²¹⁶⁰ Dazu oben bei FN 2060.

²¹⁶¹ Vgl oben bei FN 1755.

²¹⁶² Vgl oben bei FN 2053.

Darlehensvaluta in Bezug auf die Wiederveranlagung derselben erteilt.²¹⁶³ Der Ratgeber ist hier kein Sachverständiger (a), weil bloßes Geldleihen keine außergewöhnlichen Fähigkeiten und schon gar keinen überdurchschnittlichen Fleiß erfordert. Selbiges gilt im Ergebnis für eine Auskunft, die der Prinzipal seinem Handelsvertreter im Hinblick auf die Güte einer Erfindung erteilt, die mit dem Vertrieb nichts zu tun hat.²¹⁶⁴ Man könnte den Prinzipal zwar als Sachverständigen qualifizieren (vgl § 1 Abs 1 HVertrG iVm § 1 Abs 1, § 347 UGB), abstrakt zählt die Erteilung von Auskünften über Erfindungen aber nicht zu seinem professionellen Tätigkeitsbereich (b).²¹⁶⁵ Erteilt ein Rechtsanwalt eine Kreditauskunft über einen Dritten, so tritt ebenfalls keine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB ein, weil diese Information nicht konkret von der Beratungstätigkeit des (sachverständigen) Rechtsfreunds umfasst ist (c).²¹⁶⁶

Wenn nach dem Vorhergesagten der Sachverständigen-Begriff (genauer: die sachverständige Tätigkeit [Raterteilung]) iSd § 1300 Satz 1 ABGB enger gefasst wird, als jener des § 1299 ABGB, so ist dies mE auch sachgerecht. Denn aus der erstgenannten Norm sollen im Gegensatz zur letzteren²¹⁶⁷ ein Sonderrechtsverhältnis und damit verbundene Pflichten abgeleitet werden. Will man das haftungsbegründende Element des Sachverständigen iSd § 1300 Satz 1 ABGB ernst nehmen, darf man es mE nicht durch eine extensive Interpretation allzu sehr „aufweichen“. Verständlicherweise hat daher der OGH den Anwendungsbereich des § 1299 ABGB restriktiver beurteilt als die heute hM²¹⁶⁸, als er dazu neigte, § 1299 ABGB als unmittelbare Anspruchsgrundlage für eine Berufshaftung im außervertraglichen Bereich heranzuziehen.²¹⁶⁹

3) Anders als nach der hM zu § 1299 ABGB²¹⁷⁰ fällt mE zB die unselbständige Tätigkeit grundsätzlich nicht unter § 1300 Satz 1 ABGB (vgl § 1 Abs 2 UGB). Das folgt schon daraus, dass (auch) § 1300 Satz 1 ABGB historisch auf den selbständig Tätigen (*arg* § 1299 Satz 1 ABGB) zugeschnitten ist, was mE vor dem Hintergrund der „Vertrauensausrichtung“ konsequent ist: Der Informationsadressat vertraut typischerweise

²¹⁶³ S das Fallbeispiel bei Lorenz in FS Larenz (1973) 587 (unter Berufung auf RG 28.09.1909 Recht 1909/3057).

²¹⁶⁴ S das Fallbeispiel bei Lorenz in FS Larenz (1973) 588 und Hopt, AcP 183 (1983) 681 (beide unter Berufung auf RG 01.12.1921 Recht 1922/427).

²¹⁶⁵ Jedenfalls ist in diesem Fall die Auskunft über die Güte der Erfindung konkret nicht dem sachverständigen Wirkungsbereich zuzuordnen (vgl die nächste Stufe), weil die Erfindung nichts mit den durch die Handelsvertretung vertriebenen Waren zu tun hatte (vgl Hopt, AcP 183 [1983] 681). Einen Grenzfall bildet die Entscheidung OGH 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (454), wo der OGH davon ausgeht, dass die Auskunft eines (sachverständigen) Baumeisters über den Wert der von ihm „hergerichteten“ Häuser nicht „in Ausübung seines Berufes“ erfolgt; der Fall ist gewiss zweifelhaft, jedoch müsste in solchen Fällen mE die Vermutung des § 344 UGB den Ausschlag zulasten des Haftpflichtigen geben.

²¹⁶⁶ IE RIS-Justiz RS0026550, OGH 1 Ob 194/61 ÖJZ 1962, 183 (EvBl 160); wie hier Hopt, AcP 183 (1983) 646, 717: Es mangle an der „Berufseinschlägigkeit“. Aus demselben Grund scheidet die Haftung eines praktischen Arztes aus, der als Liebhaber ausländischer Sprachwerke den Wert eines solchen grob falsch schätzt (OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 [14]).

²¹⁶⁷ Dazu noch unten bei FN 2862.

²¹⁶⁸ Oben in FN 2140.

²¹⁶⁹ OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (12 f).

²¹⁷⁰ S nur Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 1; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 2.

in die Fähigkeiten des Unternehmers als Informationsexperten und nicht in die seiner Dienstpersonen (vgl. abermals § 141 Abs 5 EO, § 81 Abs 1, § 157b Abs 4, § 177 Abs 2 IO, § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG).

Daher lässt sich mE eine Eigenhaftung des Gehilfen nur ausnahmsweise auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen²¹⁷¹. In diesen Fällen wird die Information als Wissenserklärung²¹⁷² in der Regel „im Namen“ des „Machthabers“ erteilt, sodass der damit verbundene, mE haftungsbegründende Geltungsanspruch²¹⁷³ auch nicht vom Vertreter selbst erhoben wird.²¹⁷⁴ Aus normativer Sicht ist in solchen Konstellationen daher das Vertrauen auf den Vertretenen und nicht auf den Vertreter gerichtet (mag dieser auch sachkundig sein²¹⁷⁵ [vgl. § 25 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 AktG]).²¹⁷⁶ Für eine Eigenhaftung wäre zumindest²¹⁷⁷ erforderlich, dass der Gehilfe – die privatrechtliche Zuständigkeitsordnung durchbrechend²¹⁷⁸ (vgl. § 1313a ABGB²¹⁷⁹) – im besonderen Maße für die eigene Person (vgl. § 311 Abs 3 Satz 2 BGB) Vertrauen in Anspruch nimmt.²¹⁸⁰ Unter dieser Voraussetzung ist mE eine Gleichbehandlung mit dem Typusfall des § 1300 Satz 1 ABGB wertungsmäßig gerechtfertigt.²¹⁸¹ Dafür könnte das Fallmaterial der Rsp zur Eigenhaftung

²¹⁷¹ Restriktiv auch Rüffler, JBl 2011, 84 f; C. Völkl, ÖJZ 2011, 707 FN 56; anders Dullinger in FS Reischauer (2010) 111 ff.

²¹⁷² S dazu unten bei FN 2215.

²¹⁷³ Dazu oben bei FN 1801.

²¹⁷⁴ Vgl auch C. Völkl, ÖJZ 2011, 707 FN 56, 708.

²¹⁷⁵ Vgl Rüffler, JBl 2011, 86.

²¹⁷⁶ Köndgen, AG 1983, 121.

²¹⁷⁷ ME wäre für eine Eigenhaftung des Gehilfen gem § 1300 Satz 1 ABGB aber auch noch zusätzlich erforderlich, dass er für die schadenskausale Information ein dieser zuordenbares Entgelt, insb eine (wenn auch geringe) Provision lukriert („gegen Belohnung“; s dazu unten bei FN 2408), sohin ein (konturiertes) eigenwirtschaftliches Interesse an der konkreten „Raterteilung“ hat. Das ist mE auch rechtspolitisch sinnvoll, weil damit der Gefahr eines Konflikts zwischen neutraler Beratung und erfolgsorientierter Entgelterlangung entgegengesteuert werden kann (allg dazu unten bei FN 2441). Möchte man daher eine Eigenhaftung des Gehilfen aus § 1300 Satz 1 ABGB ableiten, sind mE aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1300 Satz 1 ABGB insofern die nach hM alternativen Anspruchsvoraussetzungen für die Eigenhaftung des Gehilfen (Inanspruchnahme von „besonderem“ Vertrauen bzw Verfolgung eigenwirtschaftlicher Interessen) zu kumulieren (so iE auch Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 840; s auch Hopt/Voigt, ebd 68; abw iE die hM: s etwa Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/94; Rüffler, JBl 2011, 86; C. Völkl, ÖJZ 2011, 704 FN 10). Problematisch ist an einer solchen Eigenhaftung der Gehilfen iZm Mitteilungen an den Kapitalmarkt die damit verknüpfte Gefahr einer ausufernden Ersatzpflicht (vgl Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 6; dazu unten bei und in FN 3784); der MinEntw GesRÄG 2005 hatte daher für die Eigenhaftung insb von Vorstandsmitgliedern für Fehlinformationen in kapitalmarktrechtlichen Zusammenhängen ua eine auf grobes Verschulden beschränkte Haftung vorgesehen (s dazu oben bei FN 738). Jedenfalls *de lege ferenda* sind solche (zusätzlichen) Haftungseinschränkungen für kapitalmarktrechtliche (Außen-)Haftungen zu begrüßen, weil mE die Gefahr besteht, dass das eigenwirtschaftliche Interesse und auch die persönliche Vertrauensinanspruchnahme des Gehilfen allzu schnell bejaht wird. Schon *de lege lata* könnte man erwägen, ob man nicht die Haftungsschwelle der groben Fahrlässigkeit für solche Fälle mit einer Analogie zur beschränkten Eigenhaftung des Vertreters gem § 11 Abs 1 Z 3 KMG (dazu oben bei FN 781) begründet, der mE ebenso eine unzumutbare Ersatzpflicht verhindern möchte (vgl oben bei FN 742).

²¹⁷⁸ Vgl zu diesem Aspekt Canaris in FS Giger (1989) 106.

²¹⁷⁹ Eine weitere gesetzliche Norm spricht für den Ausnahmecharakter der Eigenhaftung des Gehilfen, namentlich § 275 Abs 2 UGB (Verletzung der Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Abschlussprüfung). Ursprünglich (vgl auch heute noch § 323 Abs 1 dHGB) war in dieser sondergesetzlichen Haftungsbestimmung eine unmittelbare Außenhaftung von Gehilfen sowie der gesetzlichen Vertreter des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft normiert (s zur alten Rechtslage etwa Liebscher, Abschlussprüfer 53, 78), die auch und gerade für Schädigungen des bloßen Vermögens (s nur Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 323 HGB, Rz 70; Steckel in U. Torggler, UGB [2013] § 275 Rz 25) gelten sollte. Diese unmittelbare Gehilfenhaftung wurde vom Gesetzgeber als systemwidrig (so auch J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ [2011] § 42 Rz 17) beseitigt (ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB: Herstellung eines Einklangs mit den allg schadenersatzrechtlichen Prinzipien), s nunmehr § 275 Abs 2 Satz 1 und 2 UGB idgF (zur Systemwidrigkeit des § 323 Abs 1 dHGB s etwa Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 323 HGB, Rz 20).

²¹⁸⁰ Köndgen, AG 1983, 121; vgl auch Canaris in FS Larenz II (1983) 106 FN 259; dens in FS Giger (1989) 101.

²¹⁸¹ Vgl OGH 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (73 f) (EvBl 74) (s dazu oben bei FN 1535).

des Vertreters fruchtbar gemacht werden, wonach eine Eigenhaftung bei Inanspruchnahme von besonderem Vertrauen eintrete.²¹⁸²

Überhaupt steht mE eine (analoge) Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB im Raum, wenn der Raterteilende zwar kein Sachverständiger ist, aber doch eine vergleichbare Vertrauensposition einnimmt. Dies trifft insb auf solche Personen zu, die infolge exklusiven Informationszugangs über Sonderwissen verfügen.²¹⁸³ Und wie bei § 1299 ABGB²¹⁸⁴ kann es im Rahmen des § 1300 Satz 1 ABGB nicht darauf ankommen, ob der Schädiger „tatsächlich“ professioneller Ratgeber ist. Es reicht, wenn er sich als solcher geriert ohne die entsprechenden Fähigkeiten zu besitzen, also bloß „Scheinsachverständiger“ ist (*arg* Vertrauenshaftung).²¹⁸⁵ Das lässt sich mit der Verkehrserwartung in die berufliche Rolle²¹⁸⁶ rechtfertigen, für die der individuelle Mangel an Fertigkeiten und das konkrete Verhalten des Berufsinhabers irrelevant sind²¹⁸⁷ (vgl § 1299 ABGB²¹⁸⁸).

Umgekehrt greift § 1300 ABGB dann nicht, wenn der Sachverständige nicht als solcher auftritt und etwa als Privatperson im Freundes- oder Familienkreis „gefälligkeitshalber“ einen Ratschlag erteilt.²¹⁸⁹ Das ergibt sich schon aus der Kommentierung v. *Zeillers*²¹⁹⁰ (keine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB, wenn der Rat „erzählungsweise, in freundschaftlichen Unterredungen u. d. gl.“ erfolgt).²¹⁹¹ Hier fehlt es am schützenswerten Vertrauen in die berufliche Funktion. Positiv formuliert, bedarf es für eine Verantwortlichkeit also einer Aktualisierung der beruflichen Spezialisierung am Markt²¹⁹² (eine „marktbezogene“ Information²¹⁹³), dh einer Teilnahme am rechtsgeschäftlichen

²¹⁸² Zu dieser Rsp s RIS-Justiz RS0019726.

²¹⁸³ Vgl dazu *Welser*, Haftung 89 und die Bsp bei *Canaris* in FS Larenz II [1983] 84, 96; *demselben* in FS Giger [1989] 107). Das entkräftet mE auch das Argument gegen das „berufshaftungsrechtliche Denken“, es sei „willkürlich“, auf die Berufstätigkeit des Haftpflichtigen abzustellen, „weil dieselbe Interessenlage bei anderen Personen genauso gegeben sein“ könne (*Koziol*, JBl 1994, 221).

²¹⁸⁴ RIS-Justiz RS0026482, OGH 16.11.1955, 1 Ob 681/55; 6 Ob 282/70 SZ 43/221, 781 (785 f); 5 Ob 536/76 SZ 49/47, 219 (225); 9 Ob 98/06 m ecolex 2007, 245 (245 f); *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 5; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 1, 8; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 2; vgl auch RIS-Justiz RS0023553, OGH 28.09.1976, 3 Ob 580/76 (zur konzessionslosen Gewerbeausübung).

²¹⁸⁵ *Koziol*, JBl 2004, 278; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 701; *Hirte*, Berufshaftung 243; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 595; *Hopt*, AcP 183 (1983) 647; vgl RIS-Justiz RS0020063 T 9, OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02 s: tatsächlicher Wissensvorsprung unbeachtlich, Behaupten desselben genügt; zwf C. *Völkl*, ÖJZ 2006, 98 FN 15.

²¹⁸⁶ Dazu oben bei FN 2054.

²¹⁸⁷ *Hopt*, AcP 183 (1983) 645, 671 f mit FN 245.

²¹⁸⁸ Zur Funktion als objektiver Verschuldensmaßstab und zur Unzulässigkeit des Einwands mangelnder persönlicher Fähigkeiten, s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.α. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)“.

²¹⁸⁹ *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 3; C. *Völkl*, ÖJZ 2006, 101; vgl *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; *Last*, Kreditauftrag 338, 345; *Vasella*, Haftung 321, 324.

²¹⁹⁰ S oben bei und in FN 1723.

²¹⁹¹ *Karner* in FS *Koziol* (2010) 701.

²¹⁹² *Hopt*, AcP 183 (1983) 646, 719.

²¹⁹³ *Köndgen*, Selbstbindung 360.

Verkehr.²¹⁹⁴ Daher haftet ein Bankfachmann, der abends im privaten Rahmen zu einem Wertpapierkauf rät, nicht nach § 1300 Satz 1 ABGB.²¹⁹⁵

αα. Anwendung auf Ratingagenturen

Das hier interessierende Tatbestandsmerkmal des § 1300 Satz 1 ABGB ist für Ratingagenturen unzweifelhaft erfüllt. Diese sind aufgrund ihrer hohen Professionalität und ihres medienwirksamen²¹⁹⁶ Auftretens²¹⁹⁷ wohl der Paradeffall eines Sachverständigen²¹⁹⁸, wie ihn sich die Redaktoren des ABGB nicht besser vorgestellt haben könnten²¹⁹⁹: Mit ihren am Kapitalmarkt veröffentlichten Bonitätsnoten,²²⁰⁰ die Voraussetzung für ihr Geschäftsmodell sind, bekennen sie sich jedenfalls „öffentlich“ „zu einem Gewerbe“ (vgl auch § 31 Abs 4 WAG).²²⁰¹ Dieses erfordert zudem besondere Kunstfertigkeiten (§ 1299 ABGB), weil die Ratingtätigkeit hoch komplex ist²²⁰² und dementsprechend einen besonderen (insb betriebswirtschaftlichen, mathematischen sowie juristischen) Sachverstand voraussetzt.²²⁰³ Erwähnenswert ist, dass sogar das insb historisch immer wieder erwähnte²²⁰⁴ Kennzeichen der Sachverständigen-Tätigkeit, die staatliche Genehmigung, teilweise auf Ratingagenturen zutrifft.²²⁰⁵ Denn sie werden für Zwecke der Eigenkapitalberechnung gem Basel III hoheitlich anerkannt²²⁰⁶ und die umfassende Ratingtätigkeit in der Europäischen Union setzt mittlerweile eine Registrierung der Ratingagentur voraus, die dann eine besondere Aufsicht zur Folge hat.²²⁰⁷

Selbstverständlich können die durch die Ratings weitergegebenen Informationen dieser gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden. Dies kann man am Unternehmensgegenstand

²¹⁹⁴ *Canaris* in FS Larenz II (1983) 107 f; *ders* in FS Giger (1989) 96 f; *ders*, ZHR 163 (1999) 234; vgl *dens*, Vertrauenshaftung 442 ff, 538; wie hier *Fischer*, Haftungsfragen 164; vgl ferner BGH II ZR 164/76 BGHZ 70, 337 (345).

²¹⁹⁵ *IE Canaris* in FS Larenz II (1983) 84; wie hier auch *Hopt*, AcP 183 (1983) 643, 680 f, der zutr darauf hinweist, dass eine reine Vertrauenshaftung ohne berufshaftungsrechtlichen Einschlag dies nicht (erg: zumindest nicht so gut) erklären könne; vgl zum mangelnden Bezug zur beruflichen Tätigkeit auch den Fall RG II 494/24 RGZ 111, 233 (235 f).

²¹⁹⁶ Vgl bloß <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/3855321/USRatingagentur-Fitch-bestaetigt-Oesterreichs-Bestnote> (zuletzt abgerufen am 27.6.2015) uvm.

²¹⁹⁷ *Peters*, Haftung 88, 103; *Vetter*, WM 2004, 1709 f; *Meyer*, Rechtsfragen 93.

²¹⁹⁸ *IE Öllinger*, Haftung 181 FN 706; *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 100 f; *Gass*, Schadenersatzansprüche 119; *Malainer/Staribacher*, ecolex 2014, 941; ähnl wie hier für die Schweiz *Vasella*, Haftung 329; *iE* für Deutschland *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Peters*, Haftung 105, 114; *Thiele*, Rating 79; *Meyer*, Rechtsfragen 87, 97; *Blaurock*, ZGR 2007, 633; *Eisen*, Haftung 339, 343, 349; *Fischer*, Haftungsfragen 161; *Spindler*, AG 2010, 610; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290 f; *Haar*, NZG 2010, 1283; *dies*, Civil Liability 4; *Mühl*, Haftung, Rz 111; zur besonderen Expertise der Ratingagenturen s auch *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 2.

²¹⁹⁹ Zum öffentlichen Bekennen via Zeitung, s schon *Nippel*, ABGB (1835) § 1299 Anm 3; *Ellinger*, ABGB⁵ (1857) 490.

²²⁰⁰ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 3; vgl Art 1 Abs 1 EU-RatingVO.

²²⁰¹ Vgl *Wilhelm*, ecolex 1992, 12 (zum Prospektprüfer); den Aspekt des öffentlichen Bekennens betonend ErläutRV VerG 2002, 40.

²²⁰² S dazu noch unten bei FN 3624.

²²⁰³ *Mühl*, Haftung, Rz 254; vgl auch *Florstedt*, AG 2010, 318.

²²⁰⁴ S oben bei FN 2132.

²²⁰⁵ Vgl auch *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291.

²²⁰⁶ Früher erfolgte die Anerkennung durch die FMA (*Oppitz*, ÖZW 2011, 63; *Graf*, JBl 2012, 213), heute nach dem Regime der EU-RatingVO idgF durch die ESMA (s dazu unten bei FN 4482).

²²⁰⁷ Ausf dazu unten bei FN 4478.

der Ratingagenturen ablesen, der die Erteilung von Bonitätsinformationen (mit-)umfassen wird. Eine private Äußerung der Ratingagentur ist in der Regel – bedingt durch die Rechtsform²²⁰⁸ – gar nicht denkbar.²²⁰⁹ Die Rating-Veröffentlichung erfolgt mithin „in Angelegenheiten“ der „Kunst“ der Ratingagentur (§ 1300 Satz 1 ABGB).

Auch wenn der OGH bislang noch keine Ratingagentur unter den Sachverständigenbegriff subsumiert hat bzw subsumieren musste, würde er dies gegebenenfalls wohl doch tun, wenn er sich nicht dem Vorwurf eines *venire contra factum proprium* aussetzen möchte. Er hat nämlich schon die Sachverständigen-Eigenschaft einer Bank²²¹⁰ und einer Wirtschaftsauskunftei²²¹¹ hinsichtlich der von ihnen abgegebenen Bonitätsauskünfte bejaht. Daraus lässt sich ein Größenschluss zu den Ratingagenturen ziehen.²²¹² Hingewiesen sei zudem darauf, dass die hM auch andere kapitalmarktrechtliche Informationsintermediäre, namentlich Abschluss- bzw Wirtschaftsprüfer²²¹³ und Prospektkontrolloren²²¹⁴ zu Recht als Sachverständige behandelt.

ccc. Raterteilung

α. Allgemeine Interpretation des Gesetzesbegriffs „Rat“

1) Das Gesetz spricht in § 1300 Satz 1 ABGB von der Erteilung eines nachteiligen Rats. Nach allgemeinem Begriffsverständnis (vgl § 6 ABGB) ist „Rat“ (deutlicher „Ratschlag“) als eine Information zu verstehen, mit der der Ratgeber dem Beratenen nahelegt, wie jener sich selbst – versetzt in die Situation des Beratenen – verhalten würde.²²¹⁵ Es handelt sich dabei (in der Regel) mangels unmittelbaren Rechtsfolgenwillens des Erklärenden nicht um eine Willens-, sondern bloß um eine Wissenserklärung,²²¹⁶ was schon für sich gegen die von der Rsp vertretene Konstruktion des (fingierten) Auskunftsvertrags spricht.²²¹⁷ Die

²²⁰⁸ Vgl nur § 2 UGB; s dazu *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 2 Rz 1 ff.

²²⁰⁹ Vgl zum beruflichen Auftreten von Handelsgesellschaften *Hopt*, AcP 183 (1983) 647; ferner *Fischer*, Haftungsfragen 164 f.

²²¹⁰ RIS-Justiz RS0026573, OGH 02.07.1970, 1 Ob 150/70; RIS-Justiz RS0026533, OGH 13.10.1977, 7 Ob 642/77; 4 Ob 516/93 *ecolex* 1993, 669.

²²¹¹ OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (*Heinrich*); *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 9.

²²¹² S zu den Sorgfaltsanforderungen noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β. Sorgfaltsstandard für Ratingagenturen“.

²²¹³ OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (835 f) *Vorläufige Bilanz*; OLG Wien 26.01.2006, 15 R 114/05b-87; *P. Bydlinski* in *FS Ostheim* (1990) 352; *Schauer*, RdW 1999, 295; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 120; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 878; *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 22; *Hirte*, Berufshaftung 246; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 20.

²²¹⁴ *Welser*, *ecolex* 1992, 304; *Rodrigues*, *ecolex* 1990, 78; *Brawenz*, ÖBA 1990, 165; *ders*, ÖBA 1992, 427; *Gruber*, wbl 1992, 42; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 6; *Lorenz* in *Zib/Russ/Lorenz*, KMG (2008) § 11 Rz 13; vgl *P. Bydlinski* in *FS Ostheim* (1990) 352; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 87.

²²¹⁵ *Scheucher*, ÖJZ 1961, 226; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 186; vgl schon OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245 (249).

²²¹⁶ *Welser*, Haftung 2; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 106; ROHG Rep 1076/75 ROHGE 19, 196 (197); zur Auskunft: *Lammel*, AcP 179 (1979) 341; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 88; *Köndgen*, Selbstbindung 356; *Schuler*, Verantwortlichkeit 235; *Meyer*, Rechtsfragen 94 FN 348; vgl auch *C. Völkl*, ÖJZ 2011, 708 FN 67; speziell zum Rating *Graf*, JBl 2012, 223; vgl aber auch *Meyer*, Rechtsfragen 190.

²²¹⁷ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 213; vgl dazu *Peters*, Haftung 105.

oben²²¹⁸ geschilderte Rechtsfolge – das Entstehen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung gem § 1300 Satz 1 ABGB – tritt vielmehr *ex lege* ein (vgl auch § 1396 Satz 1, § 933 Abs 3 ABGB).²²¹⁹ Das ist mE nicht abwegig oder widersprüchlich (vgl auch § 311 Abs 3 BGB), weil jedem Rat ein Selbstbindungselement innewohnt, das vom Willen des Ratgebers unabhängig ist.²²²⁰

Der professionelle Rat als mündliche, elektronische oder schriftliche Erklärung ist also jener (aktiv vom Haftpflichtigen verursachter²²²¹) „natürlicher äußerer“²²²² Vertrauenstatbestand, den das Gesetz ausdrücklich normiert („Erklärungshaftung“).²²²² Daher ist die Zurechnung dieses Vertrauenstatbestands zum Haftpflichtigen (Erklärenden) in aller Regel unproblematisch.²²²³ Abweichendes gilt zB bei einem durch Zwang veranlassten Gutachten²²²⁴ sowie nachträglicher Manipulation (nicht aber schon bei Missbrauch²²²⁵) der Information durch den Auftraggeber²²²⁶ oder Dritte, etwa bloß auszugsweiser Übermittlung des Gutachtens, wodurch ein irreführender Eindruck entsteht.²²²⁷ In diesem und ähnlichen Fällen haftet der Sachverständige insoweit mE nicht.

Die Ratingagentur kann nun aber nicht als „Ratgeber“ (vgl § 1300 Satz 2 ABGB) im eben beschriebenen Sinne verstanden werden, weil sie keinen „Rat“ erteilt, sondern mit dem Rating lediglich eine Beurteilung über die Kreditwürdigkeit des Emittenten oder einer Emission veröffentlicht. Sie gibt also eine auf Tatsachen basierende Prognose²²²⁸ preis, verknüpft damit aber keine ausdrückliche Empfehlung, wie sie an Stelle des Anlegers disponieren würde.²²²⁹ Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche „Auskunft“ als „Rat“ iSd § 1300 ABGB verstanden werden kann. Die hM²²³⁰ subsumiert Auskünfte unter die

²²¹⁸ Bei FN 1808.

²²¹⁹ Vgl auch Graf, JBl 2012, 223.

²²²⁰ Näher oben bei FN 1799, 1801 (zur Ansicht Köndgens).

²²²¹ Zur dieser Voraussetzung der „Vertrauenshaftung“ s Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16.

²²²² Zum Vertrauenstatbestand als Voraussetzung jeder Vertrauenshaftung, zur Einteilung von Vertrauenstatbeständen in „natürliche äußere“ und „künstliche äußere“ Tatbestände und zur „Erklärungshaftung“ als „Unterfall“ der Vertrauenshaftung, s näher Canaris, Vertrauenshaftung 491 ff, 532 ff; dens in FS Larenz II (1983) 94, 107; vgl auch Koziol, JBl 1994, 221; dens, JBl 2004, 276; speziell zur „Erklärungshaftung“: Riss, ÖBA 2014, 531; Fischer, Haftungsfragen 156, 160.

²²²³ S allg zur „Zurechenbarkeit“ Canaris, Vertrauenshaftung 517 f (bei positiver Kenntnis vom rechtserzeugenden Tatbestand sei diese unproblematisch).

²²²⁴ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (412) Schätzmann.

²²²⁵ S dazu noch unten bei und in FN 2492.

²²²⁶ Vgl auch BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035 (3038), wonach der Gutachter nicht das Risiko des Betrugs der Anleger durch den Auftraggeber trägt.

²²²⁷ So auch OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) Mündelaktie; vgl dazu auch die Begründung der dortigen Erinstanz (S 67 f).

²²²⁸ Zur Natur des Ratings s noch unten „Teil I.II.B.2.b.cc. Natur des Ratings“.

²²²⁹ Zu den AGB der Ratingagenturen s noch unten bei FN 2280.

²²³⁰ K. k. OGH Rv III 84/10 GIUNF/5061 (XIII, S 364 [365]); 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (14); 2 Ob 388/35 SZ 17/98, 286 (288 f); 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (454); 5 Ob 370/61 SZ 34/167, 454 (455); 1 Ob 194/61 ÖJZ 1962, 183 (EvBl 160); RIS-Justiz RS0026527, OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (Koziol); 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) Verstreute Bonitätsauskunft; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 6 Ob 104/06 x JBl 2008, 450 (453); 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (444) (Dullinger); 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (74) (EvBl 74); 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (209) (Lanzinger-Twardosz); Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 470; Ehrenzweig, System II/1², 665; R. Mayr, Bürgerliches Recht I/1, 267 f; Last, Kreditauftrag 341; Scheucher, ÖJZ 1961, 226; Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 171; Welser, Haftung 11 f; ders, ecolex 1992, 308; Wilhelm, ecolex 2001, 881; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 1; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1; ders, ÖBA 2010, 593; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 1; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 1; Rüffler, JBl 2011, 72 mit FN 19, 78; Graf,

Norm, bleibt aber oft eine Begründung dafür schuldig. Von der Warte der hier vertretenen Ansicht aus darf man sich insoweit mE nicht vorschnell an die hM anschließen, unterscheidet sich diese doch (in anderen Zusammenhängen) grundlegend von jener Auffassung^{2231 2232}.

2) Die Untersuchung muss bei einer anderen als der soeben aufgeworfenen Frage ansetzen: Warum spricht das Gesetz von der Erteilung eines Rats? Die Antwort lautet mE: Weil es in einem solchen Fall besonders naheliegend ist, dass der Informationsempfänger auf den Rat vertraut, disponiert und in weiterer Folge zu Schaden kommt. Denn dem „Ratschlag“ zB eines Unternehmens- oder Steuerberaters ist die oben erwähnte²²³³ „Handlungsempfehlung“ inhärent,²²³⁴ während dies bei der bloßen Auskunft nicht zwingend der Fall sein muss.²²³⁵ Die Auskunft stellt insofern²²³⁶ etwas „Minderes“ gegenüber dem Rat dar.²²³⁷

Um ein übertriebenes Beispiel zu nennen: Man kann wohl ohne Vorliegen besonderer Umstände einer „Auskunft“ eines Historikers, wonach eine bestimmte Tierrasse in Wahrheit nicht vor fünf, sondern vor sechs Millionen Jahren gelebt hat, beim besten Willen keine „Handlungsempfehlung“ entnehmen (bloße Darstellung der objektiven Sachlage,²²³⁸ reine Wissensvermittlung²²³⁹). Gleiches gilt mE etwa für bloße Zeitungsberichte²²⁴⁰ und grundsätzlich²²⁴¹ auch für Fachpublikationen. Liegt bei objektiver

JBl 2012, 224; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 1; Lorenz in FS Larenz (1973) 594; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268; J. Zehetner, ÖZW 2013, 83; wohl auch Zankl, ecolex 2000, 472; vgl für Deutschland insb Motive BGB, 1. Kommission 554, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 310; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 77; aA OGH 3 Ob 337/53 SZ 26/127, 354 (359); wohl auch k. k. OGH Nr. 14.934 GIUNF/2490 (VI, S 614 [615]); s auch OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245 (249); ferner Wolff in *Klang*, ABGB VI² (1951) 51 f; Koziol, Haftpflichtrecht II², 186: strengere Haftung für Auskunft; zust Brawenz, Prospekthaftung 63 f.

²²³¹ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“ und unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ. Eigene Ansicht“.

²²³² Vor dem Hintergrund der hM ist es mE verständlich, die Raterteilung iSd § 1300 Satz 1 ABGB weit zu fassen. Denn der hM zufolge dient die Norm als Klarstellung insb einer Haftung aus Vertrag (s oben bei FN 1569). In der Tat wäre es dann aber seltsam, würde § 1300 Satz 1 ABGB einer Haftung für fehlerhafte *Auskünfte* im Rahmen einer Vertragsbeziehung entgegenstehen (weil die Bestimmung nur „Raterteilungen“ erfasse), obwohl doch die Vertragspartner allg dazu verpflichtet sind bzw sein sollten, Sorgfalt hinsichtlich des Vermögens des anderen Vertragsteils walten zu lassen. Der „Betrachtungswinkel“ für die Auslegung des § 1300 Satz 1 ABGB ändert sich freilich, wenn – wie es hier vertreten wird (s „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ. Eigene Ansicht“) – aus der Informationserteilung iSd § 1300 Satz 1 ABGB selbst eine Sonderbeziehung *abgeleitet* werden soll.

²²³³ Bei FN 2215, 2229.

²²³⁴ Scheucher, ÖJZ 1961, 226; Welser, Haftung 2.

²²³⁵ C. Völkl, ÖJZ 2006, 98; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 1: Rat will beeinflussen, Auskunft nicht.

²²³⁶ Eine andere Frage ist, ob die Auskunft gegenüber dem Rat insofern als gefährlicher angesehen werden kann, als der Auskunftserteilende damit nicht bloß zu einem Verhalten rät, für das sich der Beratene entscheiden kann, oder nicht, sondern die Auskunft einen Wissensvorsprung zumindest vorgibt (idS Koziol, Haftpflichtrecht II², 186; vgl auch Korth, Dritthaftung 117 f). ME sind (nur) Auskünfte, die sich objektiv gesehen als Dispositionsgrundlage eignen (s sogleich unten bei FN 2247), als besonders gefährlich und damit gem § 1300 Satz 1 ABGB haftungsbegründend anzusehen (s auch unten bei FN 2263 f).

²²³⁷ RIS-Justiz RS0026534, OGH 3 Ob 337/53 SZ 26/127 (freilich mit mE unzutr Schlussfolgerung [Verantwortlichkeit nur im Rahmen von Verträgen oder unerlaubten Handlungen]); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 1.

²²³⁸ Vgl Peters, Haftung 93.

²²³⁹ Ähnl wie hier nimmt Kersting, Dritthaftung 484, bei Informationen, die nur Wissen vermitteln, idR keinen Vertrauensinanspruchnahmewillen des Experten an und verneint daher in solchen Fällen die Haftung; vgl auch Welser, Haftung 85, der bei Informationen, die nach ihm nicht als Rat oder Auskunft aufzufassen sind (als Bsp bringt er Geschäftsbrief, Faktura), eine Haftung verneint.

²²⁴⁰ Ebenso iE eine Haftung verneinend, aber mit anderer Begründung Welser, Haftung 46: kein ausreichender Zusammenhang zwischen Abonnementvertrag und Auskunft oder Rat.

²²⁴¹ Anderes mag bei außerordentlich hohen Entgelten gelten (s unten bei FN 2276).

Betrachtung keine (zumindest implizite) „Anleitung“²²⁴² vor, besteht auch kein gesetzliches „Schutzbedürfnis“ des Auskunftsempfängers und ist damit die Anordnung von Sorgfaltspflichten iSd § 1300 Satz 1 ABGB nicht geboten.

So ähnlich dürfte das der OGH²²⁴³ in einer seiner Grundsatzentscheidungen zur Gleichstellung von Rat und Auskunft für Zwecke des § 1300 Satz 1 ABGB gesehen haben. Darin setzt er für eine solche Gleichbehandlung etwas kryptisch voraus, dass die Auskunft „auf einem subjektiven Werturteil beruht, mag dieses Werturteil auch über Tatsachen abgegeben werden.“ Würden nur allgemein notorische Tatsachen bekanntgegeben, sei nicht von einem „Rat“ iSd § 1300 ABGB auszugehen. *In concreto* stelle sich die klagsgegenständliche Kreditauskunft (!) „als eine Mitteilung an die erstklagende Partei dar, nach der die erstklagende Partei ihr weiteres Handeln gegen eine bestimmte Firma einrichten wollte.“ Darin zeigt sich eine Parallele zur gefestigten Rsp des BGH, im Rahmen derer dieser für die Auskunftshaftung fordert, dass die fragliche Information „für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung“ ist und sie „dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse oder Maßnahmen machen will“^{2244, 2245}. Das entspricht auch der Ansicht des OGH, der diese deutsche Rsp insb bei Bankauskünften und beim Vertrieb von Anlagen im Wesentlichen übernommen hat.²²⁴⁶

3) Für die Anwendbarkeit des § 1300 Satz 1 ABGB kommt es demnach entscheidend auf die objektive Tauglichkeit der fraglichen Information als Dispositionsgrundlage an („Ratcharakter“ oder „Empfehlungscharakter“²²⁴⁷). Damit ist die abstrakte Eignung der Information gemeint, den Willensentschluss des Adressaten (insb zum Zwecke der

²²⁴² Vgl Peters, Haftung 91.

²²⁴³ OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245 (249).

²²⁴⁴ ZB BGH VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449; XI ZR 165/88 NJW 1991, 352; XI ZR 199/95 BGHZ 133, 36 (42); XI ZR 52/88 NJW 1989, 2882 (2884); s dazu Welser, Haftung 40, 63; Hirte, Berufshaftung 387 f; Köndgen, Selbstbindung 362; Liebscher, Abschlußprüfer 31; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 29; Brawenz, Prospekthaftung 205; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13; Peters, Haftung 104; Thiele, Rating 79; Öllinger, Haftung 192; Meyer, Rechtsfragen 94; Rohe/Lischek, WM 2006, 1940; Eisen, Haftung 342 f; Mühl, Haftung, Rz 239; Berger/Stemper, WM 2010, 2290; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 13; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 106; Schuler, Verantwortlichkeit 233; vgl dazu auch Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 55; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 211.

²²⁴⁵ Das trifft freilich auf viele (insb Kredit-[Welser, Haftung 64])Auskünfte zu (s unten bei FN 2266) und ist daher für eine Haftungsbegründung alleine (dh abgesehen von den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1300 Satz 1 ABGB) ungeeignet, Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 88; Köndgen, Selbstbindung 362; vgl auch Peters, Haftung 105.

²²⁴⁶ RIS-Justiz RS0014562, OGH 17.11.1970, 4 Ob 604/70; 4 Ob 540/73 JBl 1974, 261 (262); 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (56) (krit Kletečka); 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (447) (Dullinger); 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (Heinrich); 8 Ob 60/11 y ecolex 2012, 680 (Wilhelm); 7 Ob 178/11 v ÖBA 2013, 526; s dazu Welser, Haftung 40, 63; Schobel, ÖBA 2001, 754; Öllinger, Haftung 191; Wendehorst, ÖBA 2010, 563; Dullinger in FS Reischauer (2010) 104.

²²⁴⁷ So auch C. Völkl, ÖJZ 2006, 98 ff; W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/11 ff. Ein solche Eigenschaft wird die Information insb dann aufweisen können, wenn sie im Hinblick auf ein bestimmtes „Projekt“ (ein oder mehrere, miteinander zusammenhängende Vertragsabschlüsse) erteilt wird. Damit wird eine Konsistenz des hier interessierenden Tatbestandsmerkmals mit der später (unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““) zu erläuternden Eingrenzung des durch § 1300 Satz 1 ABGB geschützten Personenkreises erzielt.

„Rechtsgeschäftserleichterung“²²⁴⁸) zu beeinflussen und diesen daher zu einem bestimmten Handeln zu bewegen²²⁴⁹.

Dies zeigt mE auch die Gesetzesgeschichte.²²⁵⁰ Die österreichischen Vorläufer des § 1300 ABGB, namentlich III 16 § 10 EntwHorten²²⁵¹, I 4 § 2 EntwMartini²²⁵² bzw III 4 § 103 WgGB²²⁵³ sowie der jüngere Vorschlag v. Zeillers zur Abänderung der letztgenannten Norm²²⁵⁴, waren im Zusammenhang mit der Haftung für Empfehlungen²²⁵⁵ geregelt,²²⁵⁶ die mE wie Ratschläge typischerweise als Dispositionsgrundlage taugen. In seiner Kommentierung subsumiert v. Zeiller die Empfehlung einer Person ausdrücklich unter § 1300 ABGB.²²⁵⁷ Ebenso findet sich die preußische Vorbildbestimmung des § 1300 Satz 1 ABGB, I 13 § 220 ALR²²⁵⁸, unter der einheitlichen Überschrift „Vom Rathe und von der Empfehlung.“ (vgl auch § 1301 sächsisches BGB, § 675 Abs 2 BGB).²²⁵⁹ Die deliktische Haftungsnorm des I 13 § 218 ALR (vgl § 1300 Satz 2 ABGB) behandelte „Rath“ und „Empfehlung“ ausdrücklich gleich.²²⁶⁰ Und schließlich kannte das preußische Recht eine spezifische Haftung für Kreditauskünfte²²⁶¹, bei denen offenbar die notwendige „Handlungsempfehlung“²²⁶² und die damit verbundene Schadensgefahr als besonders naheliegend erachtet wurden.²²⁶³ Bei einer „nackten“ Auskunft erschien den Redaktoren des ABGB die psychische Kausalitätsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem wohl als zu vage und zu wenig vorhersehbar, um daran haftungsrechtliche Folgen zu knüpfen.²²⁶⁴

²²⁴⁸ Darauf iZm der Vertrauenshaftung gem § 311 Abs 3 S 2 BGB abstellend Kersting, Dritthaftung 484.

²²⁴⁹ Das geht mE über eine bloße Adäquanzprüfung (Prüfung, ob der aufgrund der Auskunft eingetretene Schaden noch als adäquate Folge der Pflichtverletzung angesehen werden kann [dazu etwa Welser, Haftung 21; Liebscher, Abschlußprüfer 79; Steckel in U. Torggler, UGB {2013} § 275 Rz 25; vgl auch Vasella, Haftung 174 f]) hinaus und schließt daher insb reine Wissensvermittlungen (dazu bereits oben bei FN 2239) aus der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB auch dann aus, wenn die dadurch eingetretenen Schadensfolgen noch innerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegen.

²²⁵⁰ Vgl zunächst Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 188, wo „Rat“ mit einer „Anleitung“ gleichgesetzt wird, die der Informationsadressat „benützen“ könne.

²²⁵¹ S dazu oben bei FN 1689; diese Bestimmung erwähnt auch die Empfehlung (wie auch III 16 §§ 7, 9 EntwHorten). Vgl auch schon III 15 Nr 9 Codex Theresianus und dazu oben bei FN 1687.

²²⁵² S dazu oben bei FN 1695; diese Vorschrift handelt vom „Empfehlungsvertrag“ und findet sich im Hauptstück „Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen.“ wieder.

²²⁵³ S dazu oben bei FN 1702; diese Norm hat ebenso den „Empfehlungsvertrag“ zum Inhalt und ist auch im Hauptstück „Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen.“ platziert.

²²⁵⁴ S dazu oben bei FN 1709; die geplante Bestimmung sollte an „denselben“ Ort eingefügt werden, an dem sich III 4 § 103 WgGB (s dazu die vorige FN) befunden hatte (s Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 44).

²²⁵⁵ Zur Umbenennung des Empfehlungsvertrags in „Bevollmächtigungsvertrag“, s oben in FN 1707.

²²⁵⁶ Vgl auch Scheucher, ÖJZ 1961, 226.

²²⁵⁷ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 3; vgl auch Scheidlein, Privatrecht I (1814) 628; Ellinger, ABGB⁵ (1857) 491; Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 612; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 470.

²²⁵⁸ Dazu oben bei FN 1716.

²²⁵⁹ Die Gleichstellung von Rat und Empfehlung geht historisch noch viel weiter zurück, s Last, Kreditauftrag 304 f (dort [S 319] auch speziell zum ALR).

²²⁶⁰ Dies veranlasste erstmals Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 470 (wohl die Begründer der hM zur Gleichstellung), dazu, die Auskunft dem Rat gleichzustellen.

²²⁶¹ II 8 §§ 704 f ALR; s dazu oben bei FN 1718.

²²⁶² Nicht zufällig finden sich die entspr Haftungstatbestände unter der Überschrift „Von kaufmännischen Empfehlungen.“, vgl die Überschrift vor II 8 § 702 ALR.

²²⁶³ Vgl dazu oben bei FN 1765.

²²⁶⁴ Vgl dazu oben bei FN 1762.

4) In aller Regel wird freilich die Auskunft eines Sachverständigen (insb ein Gutachten²²⁶⁵, eine Expertise oder sonstige Stellungnahme)²²⁶⁶ objektiv als Dispositionsgrundlage im vorstehenden Sinne dienen können²²⁶⁷ (s bloß § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 141 Abs 5 EO, § 220b Abs 3 Satz 3 AktG²²⁶⁸). Insoweit ist der hM zur Auslegung des „Rat“-Begriffs zuzustimmen. Stets muss mE aber geprüft werden, wie ein objektiver Erklärungsempfänger die Information redlicher Weise verstehen und ob er sich grundsätzlich darauf verlassen, also als Empfehlung iS einer Entscheidungshilfe interpretieren durfte (§ 914 ABGB analog²²⁶⁹).²²⁷⁰ Daher hat der OGH den durch eine Kreditgewährung nach außen hin erweckten Anschein der Bonität des Kreditnehmers zu Recht nicht als „Rat“ iSd § 1300 ABGB eingestuft.²²⁷¹ Raterteilung durch konkludentes Verhalten dürfte zwar nicht generell ausgeschlossen sein (vgl § 863 ABGB), die darin allenfalls zu erblickende Handlungsempfehlung für Dritte müsste aber zweifelsfrei zum Ausdruck kommen (vgl wiederum § 863 ABGB) und ist mE nicht zu vermuten.

Umgekehrt ist bei bestimmten ausdrücklichen Erklärungen, etwa einer Bonitätsauskunft, nach der Verkehrsauffassung klar, dass diese nicht „spaßhalber“, sondern gerade deswegen eingeholt wird, um das eigene Verhalten danach auszurichten.²²⁷² Das ergibt sich auch aus § 1330 Abs 2 Fall 1 ABGB, der Schäden des „Auskunftsobjekts“ infolge schuldhaft unzutreffender Kreditauskünfte erfasst. Wie sich aus der historischen Interpretation ergibt,²²⁷³ geht diese Bestimmung davon aus, dass solche Nachteile gerade deswegen entstehen können, weil die Geschäftspartner des (später) Geschädigten auf Basis der unwahren „Tatsachen“ betreffend den Kredit desselben disponieren. Die für § 1300 Satz 1 ABGB notwendige objektive Eignung als Dispositionsgrundlage ist mE auch dann anzunehmen, wenn in der Bonitätsauskunft nicht ausdrücklich die Aufnahme von Geschäftsverbindungen empfohlen wird.²²⁷⁴

²²⁶⁵ Scheucher, ÖJZ 1961, 226; C. Völkl, ÖJZ 2006, 100; vgl auch OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol).

²²⁶⁶ C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 98; vgl auch Karner in FS Koziol (2010) 695; dens in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1.

²²⁶⁷ Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 88; Köndgen, Selbstbindung 362; vgl auch Welser, Haftung 2 f, 12.

²²⁶⁸ Zur Qualifikation dieser Haftungsbestimmungen als Ausprägung der allg Haftungsnorm des § 1300 Satz 1 ABGB s oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

²²⁶⁹ Vgl dazu noch unten in FN 2493.

²²⁷⁰ Vgl auch U. Torggler, wbl 2001, 551; (nur) im Ansatz anders OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245 (249), der zwar vom Horizont des Sachverständigen ausgeht, diesen allerdings objektiviert, indem er es für einen „Ratcharakter“ der Auskunft ausreichen lässt, dass der Sachverständige diesen zumindest erkennen hätte müssen; ähnl C. Völkl, ÖJZ 2006, 99, der aber auch auf den Empfängerhorizont abstellt; vgl ferner zum Prospektbegriff OGH 10 Ob 32/13 y ecolex 2013, 874 (Wilhelm): „Maßgeblich ist, ob der Werbeprospekt [...] geeignet ist, den Anlageentschluss eines potentiellen Anlegers in Ansehung einer konkreten Anlage zu beeinflussen“.

²²⁷¹ RIS-Justiz RS0026630, OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 Verstreute Bonitätsauskunft.

²²⁷² OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245 (249); C. Völkl, ÖJZ 2006, 99; vgl auch Schey, Obligationsverhältnisse I 477 FN 35, wonach die ungünstige Kreditauskunft über den Angefragten ein Rat sei.

²²⁷³ Unten „Teil 1.II.B.2.b.ff. Historisch(-systematisch)e Interpretation: Entstehung der § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG“.

²²⁷⁴ Wie im Fall OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (Heinrich).

Angelehnt an dieses Beispiel lässt sich mE als Zweifelsregel formulieren, dass ein Rat iSd § 1300 Satz 1 ABGB dann anzunehmen ist, wenn sich der Informationsadressat wegen mangelndem Informationszugang oder Aufwändigkeit einer eigenständigen Analyse selbst nicht wirtschaftlich informieren kann.²²⁷⁵ Auch könnte mE die Höhe eines allenfalls vereinbarten Entgelts auf die objektive Eignung der entgoltenen Information als Dispositionsgrundlage hindeuten. Denn bei höheren Entgelten ist es naheliegend, dass die Information auch irgendwie genutzt (dh in Dispositionen umgesetzt) wird.²²⁷⁶ Dies kann auch für von „Dritten“ gezahlte Entgelte²²⁷⁷ gelten, weil der Bezahlende (zB der Emittent) hier bei hohen Entgelten typischerweise eine Beeinflussung der Informationsadressaten (der Anleger) durch die entgoltenen Information (Ratings) anstrebt und dies in aller Regel objektiv erkennbar ist.

β. Anwendung auf Ratings

1) Aufgrund der Verwandtschaft zur Kreditauskunft²²⁷⁸ und der beträchtlichen Ratinggebühren (die in der Regel vom Emittenten, seltener auch von den Abonnenten bezahlt werden) könnte man sicherlich auch einem Rating eine „Handlungsempfehlung“ im vorstehenden Sinne abgewinnen.²²⁷⁹ Hier drängt sich aber ein zusätzliches Problem auf: Die Ratingagenturen „präzisieren“ ihre Bonitätsnoten in ihren Verträgen bzw AGB²²⁸⁰ dahingehend, dass sie damit keine Empfehlung zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren abgeben.²²⁸¹ Der Anleger sei gehalten, eine eigenverantwortliche Bonitätsbewertung vorzunehmen.²²⁸² Namhafte Stimmen aus dem Schrifttum betrachten dies als wirksame

²²⁷⁵ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.; vgl auch oben bei FN 2108.

²²⁷⁶ Vgl OGH 10 Ob 9/12 i ÖBA 2012, 776: Entgelt „als Indiz für das Ausmaß des zu tragenden Risikos“; vgl auch Peters, Haftung 93, der von der Höhe des Entgelts des Abonnementvertrags auf eine schadenersatzrechtlich relevante Auskunftspflicht schließt; ebenso Öllinger, Haftung 165; Meyer, Rechtsfragen 87 f; Eisen, Haftung 333; vgl auch BGH VIII ZR 20/77 BGHZ 70, 356 (359).

²²⁷⁷ Vgl oben nach FN 1811; unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten“.

²²⁷⁸ S dazu, insb zu den historischen Wurzeln des Ratings, unten bei FN 4184.

²²⁷⁹ Das gilt mE auch dann, wenn ein *unsolicited* Rating zu beurteilen ist, für das es keine Abonnenten gibt, weil die Eigenschaft von Ratings, die Informationsadressaten zu einem bestimmten Verhalten anzuleiten, mE evident ist. Vgl zB auch Eisen, Haftung 343, der betont, dass es den Ratingagenturen erkennbar ist, dass ihre Bonitätsurteile den Anlegern als Entscheidungshilfe dienen.

²²⁸⁰ S etwa http://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/regulatory/legal-disclaimers: „Credit-related and other analyses, including ratings, and statements in the Content are statements of opinion as of the date they are expressed and not statements of fact. S&P's opinions, analyses and rating acknowledgment decisions (described below) are not recommendations to purchase, hold, or sell any securities or to make any investment decisions, and do not address the suitability of any security“ (zuletzt abgerufen am 27.6.2015).

²²⁸¹ S weiters Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 12; Peters, Haftung 92; Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; Deipenbrock, BB 2003, 1850, 1853; Vetter, WM 2004, 1702, 1708; Thiele, Rating 79, 80, 86, 101, 107, 120; Öllinger, Haftung 163; Reidenbach, Ratingagenturen 279 f; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 728, 730; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 622; Habersack, ZHR 169 (2005) 200, 205; Meyer, Rechtsfragen 87; Baurock, ZGR 2007, 605, 614, 633; Kersting, Dritthaftung 540; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 201; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 310; Korth, Dritthaftung 17, 73 mit FN 232, 112; Schuler, Verantwortlichkeit 228, 256; Forschner, J&E 2012/1, 17; Wagner in FS Blaurock (2013) 475; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 60; vgl auch Kalss, ÖBA 2000, 655; Oehler/Voit, ÖBA 1999, 968; Eisen, Haftung 333 FN 1357; Karner, ÖBA 2010, 587, 592; Arntz, BKR 2012, 92 f; Amort, EuR 2013, 276 FN 28; Jobst/Kapoor, WM 2013, 681, 687.

²²⁸² Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 666; Mühl, Haftung, Rz 257; vgl auch Berger/Stemper, WM 2010, 2290.

Einschränkung eines allfälligen Vertrauenstatbestands²²⁸³ und verneinen schon deswegen die (Dritt-)Haftung der Ratingagenturen.²²⁸⁴

2) Auf diese AGB-Klauseln kann es aber mE nicht ankommen, weil die Ratingagentur mit einer derartigen „inkonsistenten Selbstdarstellung“²²⁸⁵ in Widerspruch zu ihrem vorhergehenden Verhalten²²⁸⁶, dem von ihr erschaffenen Vertrauenstatbestand und der von ihr ausgeübten Rolle als *gatekeeper*²²⁸⁷, gerät.²²⁸⁸

Zunächst baut die gesamte Ratingbranche auf das Vertrauen der Anleger in Ratings auf: Eine Ratingagentur, die keine dahingehende Anerkennung von den Investoren genießt, kann sich nicht am Markt etablieren. Das Geschäft der Ratingagentur²²⁸⁹ steht und fällt mit ihrer Reputation und der damit einhergehenden *Vertrauensstellung* (vgl den Begriff „Reputationsintermediär“²²⁹⁰). Je mehr Anleger ihr Rating nachfragen (und je mehr Vertrauen dem Rating aufgrund der Erfahrung der bewertenden Ratingagentur daher insgesamt entgegengebracht wird), desto wertvoller wird ihre Bonitätsinformation (Ratingmarkt als Markt mit Netzwerkeffekten).²²⁹¹ Bestätigt wurde das im BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141, wonach die Anerkennung der Ratingagentur²²⁹² voraussetzte, dass diese bei den „Nutzern als verlässlich“ gilt²²⁹³.

²²⁸³ Näher dazu unten bei FN 2511.

²²⁸⁴ So *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140 und *Vetter*, WM 2004, 1710 f und *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 728 f, 731 sowie *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 621, der aber mE unverständlichlicherweise auf den Selbstbindungswillen der Ratingagenturen abstellt (alle drei Stellungnahmen allerdings vor Basel II; s dazu noch unten bei FN 2333); vgl auch *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206; offen *Peters*, Haftung 123 mit FN 733; zR aA die wohl hM, *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890; *Meyer*, Rechtsfragen 98, 103; *Kersting*, Dritthaftung 541; *Reidenbach*, Ratingagenturen 371; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664 FN 69, 666; *Mühl*, Haftung, Rz 257; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 68 FN 177; *Vasella*, Haftung 343 f (für die Schweiz); wohl auch *Habersack*, ZHR 169 (2005) 206; vgl auch *Öllinger*, Haftung 214 f; *Karner* in FS Koziol (2010) 719 FN 173; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 93; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 201, 205: „faktische[] Anlageautorität“, „faktische Anlageempfehlung“; *Korth*, Dritthaftung 112, 117; s auch *Köndgen*, AG 1983, 131 (allg zur Einschränkung des Vertrauenstatbestands).

²²⁸⁵ Näher dazu, insb auch zur Unbeachtlichkeit derartiger „Haftungsfreizeichnungen“: *Köndgen*, Selbstbindung 181 ff, insb 183 ff; vgl auch *dens*, AG 1983, 94, 128; s auch *Schantz*, Verantwortlichkeit 310.

²²⁸⁶ Einen positiv-rechtlichen Anhaltspunkt für das Verbot widersprüchlichen Verhaltens in der österreichischen Rechtsordnung bietet etwa das Widerspruchserfordernis der § 196 Abs 1 Z 1 AktG, § 41 Abs 2 GmbHG; s dazu *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 41 Rz 31.

²²⁸⁷ Vgl *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; zur *gatekeeper*-Funktion oben bei FN 130.

²²⁸⁸ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890; *Meyer*, Rechtsfragen 98; *Mühl*, Haftung, Rz 257; *Vasella*, Haftung 344; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 68 FN 177; vgl auch BGH VIII ZR 81/70 BGHZ 57, 292 (298 f); VIII ZR 77/66 BGHZ 50, 200 (206 f): Unwirksamkeit haftungsausschließender AGB entgegen individualvertraglicher Zusicherung.

²²⁸⁹ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890: Vertrauen ist das Kapital der Ratingagenturen; ebenso *Meyer*, Rechtsfragen 97 f; *Vasella*, Haftung 57, 136, 153; s auch *Schuler*, Verantwortlichkeit 256; *Fischer*, Haftungsfragen 53, 171; *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 16; *Lerch*, BKR 2010, 403; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 462; *Leker/Botterweck* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 598, 608; *Kley/Pape* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 921 ff; *Peters*, Haftung 114, 117, 125; *Mühl*, Haftung, Rz 84.

²²⁹⁰ *Reidenbach*, Ratingagenturen 33.

²²⁹¹ *Oppitz*, ÖZW 2011, 64; *Haar*, NZG 2010, 1284; vgl auch *Peters*, Haftung 103: Distributionsinteresse der Ratingagenturen; *Vasella*, Haftung 127, 344; *Schuler*, Verantwortlichkeit 232, 248 FN 1420; *Fischer*, Haftungsfragen 61; *Eisen*, Haftung 299; *Mühl*, Haftung, Rz 290 f.

²²⁹² Zum Zwecke der Berechnung der Eigenkapitalunterlegung der Kreditinstitute.

²²⁹³ Dabei waren insb der (internationale [ausdr ErläutRV BWGÄG 2006, 13]) Marktanteil der Ratingagentur, ihre Einkünfte und finanzielle Stärke, die Nutzung ihrer Ratings bei Gestaltung von (Vertrags-)Konditionen und bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen sowie die Bewertung der Kreditrisiken durch mindestens zwei Kreditinstitute zu berücksichtigen (§ 21 Abs 1 Z 7 lit a–d BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; vgl dazu *Blaurock*, ZGR 2007, 620; *Lerch*, BKR 2010, 406). Zur „Ablösung“ der Anerkennung einer externen Ratingagentur gem BWG durch jene der EU-RatingVO, s unten in FN 2944.

Ferner ist zu bedenken, dass Ratings jedenfalls zum Teil und objektiv betrachtet – ähnlich wie Prospekte²²⁹⁴ – im Sinne einer „beeinflussenden Kommunikation“²²⁹⁵ der zumindest mittelbaren²²⁹⁶ Verkaufsförderung von Wertpapieren dienen.²²⁹⁷ Der Objektivitäts- und Neutralitätsanspruch der Ratingagenturen²²⁹⁸ steht dem mE nicht entgegen, vielmehr unterstützt er dieses Ziel.²²⁹⁹ Gerade das Beispiel des Maklers zeigt, dass sich Unabhängigkeit und Verkaufsförderung keineswegs zwingend gegenseitig ausschließen²³⁰⁰ (vgl § 1, § 3 Abs 1 MaklerG, § 35 Abs 1, § 36 Abs 1 BörseG). Mitunter werden Ratings sogar ausdrücklich zu Werbezwecken eingesetzt, etwa in Finanzproduktflyern oder Prospekten.²³⁰¹

Hauptzweck von Ratings ist anerkanntermaßen zumindest die Information der Anleger,²³⁰² die wiederum ihrerseits sicherlich kein Selbstzweck ist.²³⁰³ Darauf baut ja auch die (gute) Honorierung der Ratingagenturen durch den Emittenten auf: Anleger, die typischerweise ihre Investitionsentscheidungen nicht auf Basis von vergangenheitsorientierten Daten,²³⁰⁴ sondern aufgrund von Informationen über die zukünftige Entwicklung des Investments treffen²³⁰⁵ (man denke nur an die Parallele zur zukunftsorientierten Unternehmensbewertung²³⁰⁶), entschließen sich daher gerade auf Basis von Ratingprognosen dazu, Finanzprodukte zu kaufen²³⁰⁷.

²²⁹⁴ RIS-Justiz RS0108623; *Kalss*, ÖBA 2000, 655; *dies*, GesRZ 2010, 251; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 823; *Fleischer/Kalss*, AG 2002, 333; *Enzinger* in FS Straube (2009) 24; *Coing*, WM 1980, 206; *Köndgen*, AG 1983, 88; *Canaris*, JZ 1998, 607; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 45, 138; *Kersting*, Dritthaftung 535, 551; *Mühl*, Haftung, Rz 270 FN 111, Rz 275 FN 127; *Brawenz*, Prospekthaftung 174.

²²⁹⁵ So die Definition von „Werbung“ in der Marketingforschung, s *Köndgen*, AG 1983, 88.

²²⁹⁶ *Kalss*, ÖBA 2000, 655.

²²⁹⁷ *Mühl*, Haftung, Rz 277, der betont, dass den Ratingagenturen der subjektive Wille fehlt, den Absatz zu fördern; *Fischer*, Haftungsfragen 166, 174; *Blaurock*, ZGR 2007, 608; *ders*, EuZW 2013, 608: Rating (mittlerweile) als Werbemittel; ebenso *Peters*, Haftung 68 f mit FN 372 aE; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 667; *Schuler*, Verantwortlichkeit 259; *Arntz*, BKR 2012, 92; *Wojcik*, NJW 2013, 2385; vgl auch v. *Schweinitz*, WM 2008, 956: Bewerbung des Kreditrisikos; *Kalss*, ÖBA 2000, 645: Vertriebs- und Informationsaufbereitungsfunktion; ähnl *Weber*, Kapitalmarktrecht 53, 186 f: marktverfahrensunterstützende Funktion; vgl ferner *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680: Erhöhung der Absatzchancen; allg zu „Finanzinformationen mit Zukunftswert“ *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 99 f, 102; aA (für Ratings) *Vetter*, WM 2004, 1711. Dabei zeigt sich eine Parallele zur freiwilligen Prospektprüfung, die ebenso zu Werbezwecken durchgeführt wird, s *Kalss*, Anlegerinteressen 180 FN 122; *Brawenz*, Prospekthaftung 200, 203.

²²⁹⁸ S dazu auch noch unten „Teil 2.II.B.2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur“.

²²⁹⁹ Vgl bereits oben bei FN 86, unten bei FN 2502.

²³⁰⁰ *Mühl*, Haftung, Rz 276; vgl zur Stellung des Maklers auch *Köndgen*, AG 1983, 123; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2292.

²³⁰¹ S dazu Art 4 Abs 1 UnterAbs 1 EU-RatingVO; *Eisen*, Haftung 341 mit FN 1393; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 666 mit FN 101, die das Bsp der von der *Citibank* vertriebenen *Lehman*-Zertifikate erwähnen; vgl auch den Praxisfall bei *Graf*, JBl 2012, 211, 223, wo mit dem Rating ebenso ausdr geworben wurde; vgl ferner zur Werbung auf der Homepage OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (66) *Mündelaktie*.

²³⁰² S dazu oben bei FN 38 f und unten bei FN 2742 f.

²³⁰³ Vgl *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 667, wonach die einschlägigen *disclaimer* der Ratingagenturen dem Sinn und Zweck des Ratings widersprechen.

²³⁰⁴ Vgl *Baums/Fischer*, Haftung 26.

²³⁰⁵ IdS bereits BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2826) *Beton- und Monierbau*; zust *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 55; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.197; s auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 36; *Korth*, Dritthaftung 33; vgl auch *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 16.

²³⁰⁶ Dazu noch unten in FN 3776.

²³⁰⁷ *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290 f.

Aus diesem Grund ist verständlich, dass der Emittent ein Rating initiiert²³⁰⁸ und sich dies einiges kosten lässt.²³⁰⁹ Kein Emittent wäre bereit, ohne Weitergabe des Ratingurteils an Dritte hohe Ratinggebühren für dieses zu zahlen,²³¹⁰ ist doch die Veröffentlichung der Bonitätsnote Voraussetzung dafür, dass der Emittent den Nutzen aus dem Rating ziehen kann.²³¹¹ Die im Rating zum Ausdruck kommende „Handlungsempfehlung“²³¹² erklärt auch, warum Abonnenten bereit sind, für (auch unbeauftragte²³¹³) Ratings so hohe Gebühren²³¹⁴ zu zahlen.²³¹⁵ Selbst eine Ratingagentur, die bislang keine Abonnenten hatte und unbeauftragte Bonitätsbewertungen veröffentlicht, kann den „Ratcharakter“ iSd § 1300 ABGB ihrer Bonitätsnoten nicht bestreiten. Sie wird ja typischerweise ein eigenwirtschaftliches Interesse daran haben, dass Anleger auf Basis ihrer Ratings Dispositionen treffen, damit sie in Zukunft Kunden (Emittenten oder Abonnenten) akquirieren kann, die sie finanzieren.²³¹⁶

Diese allgemein bekannten wirtschaftlichen Zusammenhänge können die Ratingagenturen nicht durch eine „präzisierende“ Selbsterklärung einfach „leugnen“ oder „widerrufen“ (*protestatio facto contraria non valet*²³¹⁷).²³¹⁸ Würde jeder Anleger die AGB der Ratingagenturen insoweit beim Wort nehmen, käme ihren Ratings keine Bedeutung mehr zu und die Agenturen wären gezwungen, ihr Geschäft zu beenden. Das können sie nicht ernstlich wollen und noch weniger kann von einem redlichen Erklärungsempfänger angenommen werden, dass er den Ratingagenturen diese „selbsterstörerische“ Absicht unterstellen würde.²³¹⁹

Hinzuweisen ist auch auf das „Prägnanz-Gefälle“ zwischen vertrauenserweckender Selbstdarstellung und vertrauensbeeinträchtigender Erklärungen der Ratingagenturen, auf

²³⁰⁸ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; Peters, Haftung 76; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 699; Vetter, WM 2004, 1707; Korth, Dritthaftung 89; DAI/BDI/VDI, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 2: Zweck des Ratings aus Sicht des Emittenten sei es, „den mit der Anleiheemission adressierten Investoren glaubwürdig Kreditwürdigkeit zu signalisieren“; vgl Eisen, Haftung 222 f; Jobst/Kapoor, WM 2013, 680; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2703; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 66.

²³⁰⁹ Blaurock, ZGR 2007, 608; vgl auch Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 138; Kersting, Dritthaftung 541; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 667; Karner, ÖBA 2010, 594; Berger/Stemper, WM 2010, 2290; vgl dazu oben nach FN 1848.

²³¹⁰ Kersting, Dritthaftung 541; vgl auch Schuler, Verantwortlichkeit 256.

²³¹¹ Berger/Stemper, WM 2010, 2291.

²³¹² Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 664 FN 69, 667; Vetter, WM 2004, 1702: Ratings können *de facto* wie eine Anlageempfehlung wirken; Reidenbach, Ratingagenturen 280 mit FN 1823.

²³¹³ Zu beachten ist freilich, dass eine Haftung für unbeauftragte Ratings gegenüber Anlegern mE grundsätzlich nur im Rahmen eines (Abonnement-)Vertrags in Frage kommt; eine Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB ist insoweit ausgeschlossen, s dazu noch unten nach FN 2744.

²³¹⁴ S dazu Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 711; Öllinger, Haftung 158; Karner, ÖBA 2010, 592; Graf, JBl 2012, 212; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 921: Gebühren zwischen \$ 40.000 und \$ 60.000; Eisen, Haftung 332 mit FN 1355: jährlich zwischen \$ 15.000 und \$ 65.000 (je nach Intensität der Nutzung); Zimmer in FS Hopt II (2010) 2705 und Blaurock, JZ 2012, 232: Jahresgebühr zwischen \$ 20.000 und \$ 100.000.

²³¹⁵ Dies mE nicht ausreichend würdigend Vetter, WM 2004, 1711.

²³¹⁶ Vgl Vasella, Haftung 332: Die Beeinflussung der Vertragsabschlüsse der Anleger durch die Ratingagenturen sei von diesen gewollt; vgl zum Eigennutzen des Auskunftserteilenden C. Völkl, ÖJZ 2006, 100.

²³¹⁷ S dazu Hopt, AcP 183 (1983) 613.

²³¹⁸ Vgl Hennrichs in FS Hadding (2004) 890, wonach es widersprüchlich sei, einerseits mit Vertrauensstellung aufzutreten, sodann aber das in Anspruch genommene Vertrauen zurückzuweisen; ferner Vasella, Haftung 153.

²³¹⁹ Vgl Kersting, Dritthaftung 541 und Schuler, Verantwortlichkeit 257: Absurdität.

das im vorliegenden Zusammenhang Rücksicht zu nehmen ist.²³²⁰ Eine Ratingagentur, die in der Öffentlichkeit mit ihrer Neutralität und Sachkunde ausdrücklich wirbt²³²¹ und Bonitätsnoten symbolisch prägnant und damit „anlegergerecht“²³²² veröffentlicht, kann sich nicht auf das ungleich schwerer wahrnehmbare, in den AGB „versteckte Kleingedruckte“ berufen (vgl § 651a Abs 2 BGB²³²³).²³²⁴

Auf den Punkt gebracht liegt das verpönte widersprüchliche Verhalten also darin, dass die Ratingagenturen den Anlegern durch ihre Selbstdarstellung implizit vermitteln, diese *sollen* ihnen vertrauen, um ihnen zugleich in den AGB mitzuteilen, dass sie „eigentlich“ nicht vertrauen *dürften*.²³²⁵ Zudem ist die Behauptung, der Anleger müsse eine eigenverantwortliche Bonitätsprüfung vornehmen, insb bei privaten Investoren und strukturierten Finanzprodukten²³²⁶ lebensfremd.²³²⁷

3) Der objektiven Eignung von Ratings als Dispositionsgrundlage iSd § 1300 Satz 1 ABGB tut mE auch die Tatsache keinen Abbruch, dass nicht nur die Bonität des Emittenten, sondern ebenso andere Faktoren (zB Verzinsung sowie Bindungsfrist des Kapitals) in eine Investitionsentscheidung einfließen²³²⁸ (sollten).²³²⁹ Denn für den vernünftigen Investor wird die Bonität jedenfalls mitentscheidend für die Veranlagung

²³²⁰ Köndgen, Selbstbindung 184; vgl auch Koziol, ÖBA 2013, 107: Es komme auf die Deutlichkeit und Erkennbarkeit der die Verbindlichkeit ausschließenden Erklärung an.

²³²¹ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Vetter, WM 2004, 1709 f; Thiele, Rating 33, 120; Öllinger, Haftung 165; Meyer, Rechtsfragen 97; Fischer, Haftungsfragen 163; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665; Karner, ÖBA 2010, 594; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation § 32 Rz 68; Korth, Dritthaftung 69 f (mit Zitaten aus den Verhaltenskodizes der Ratingagenturen); vgl auch Peters, Haftung 94, 114, 122; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Eisen, Haftung 232, 255; Graf, JBl 2012, 213; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 413; zur Voraussetzung der Sachkunde für die Marktakzeptanz s Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; vgl die Erwägungen zur Prospekthaftung der Emissionsbank bei Köndgen, AG 1983, 125.

²³²² Durch die Symbole wird insb die Vergleichbarkeit verschiedener Bewertungen gewährleistet: Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6, 21; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658; vgl auch Berger/Stemper, WM 2010, 2291; zum Simplifizierungseffekt s Reidenbach, Ratingagenturen 38 f, 279; Oppitz, ÖZW 2011, 63; Vasella, Haftung 127; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; vgl auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 880.

²³²³ (Betrifft den Reiseveranstaltungsvertrag): „Die Erklärung, nur Verträge mit den Personen zu vermitteln, welche die einzelnen Reiseleistungen ausführen sollen (Leistungsträger), bleibt unberücksichtigt, wenn nach den sonstigen Umständen der Anschein begründet wird, dass der Erklärende vertraglich vorgesehene Reiseleistungen in eigener Verantwortung erbringt.“

²³²⁴ Zur Beachtlichkeit der Präsentation als eine bestimmte Art von Unternehmen, der Dauer der Selbstdarstellung und die „symbolische Prägnanz“ derselben einerseits und der Deutlichkeit der Freizeichnung andererseits für die Frage, ob die Berufung auf eine Freizeichnungsklausel unzulässig ist, s Köndgen, Selbstbindung 184; vgl zu diesen Kriterien auch BGH VII ZR 210/79 BGHZ 77, 310 (312 ff). In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des englischen *Court of Appeal* im Fall *Smith v. Eric S. Bush* (*Smith v. Eric S. Bush*, [1988] 1 QB 743 [Court of Appeal {Civil Division} 1987]) erwähnenswert, wonach sich der Gutachter einer Immobilie nicht auf eine Freizeichnungsklausel berufen könne, wenn klar ist, dass sich der Käufer derselben auf das Expertenurteil verlassen wird (*unreasonable disclaimer*; s dazu, auch zur einschränkenden Interpretation der Entscheidung [Anwendung bloß auf unerfahrene Käufer] v. Schweinitz, WM 2008, 955 f mwN; vgl auch sogleich unten in FN 2327).

²³²⁵ Vgl Meyer, Rechtsfragen 98.

²³²⁶ Vgl Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 267 f; Brawenz, Prospekthaftung 149.

²³²⁷ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 666: faktisch unmöglich; vgl auch Berger/Stemper, WM 2010, 2289 f, die darauf hinweisen, dass sich Anleger (uU) auf das Rating verlassen müssen; ebenso Graf, JBl 2012, 223; vgl ferner Peters, Haftung 75, 119; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922 f; vgl bereits Köndgen, AG 1983, 97; weiters Fischer, Haftungsfragen 53: keine Überprüfungsmöglichkeit; Thiele, ZG 2010, 144; Jobst/Kapoor, WM 2013, 687; mE unverständlich daher die Argumentation bei Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729. Zur Berücksichtigung der eigenen Prüfungsobliegenheit im Rahmen des Mitverschuldenseinwands vgl unten unter „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“.

²³²⁸ Peters, Haftung 92 f; Thiele, Rating 96.

²³²⁹ Insofern ist es sicherlich richtig, dass Ratings für sich alleine keine Anlagetipps darstellen können.

sein²³³⁰ (was – nebenbei bemerkt – nach allgemeinen Grundsätzen für das Vorliegen der schadenersatzbegründenden Kausalität ausreicht²³³¹). Das entspricht auch der Rechtslage im Prospekthaftungsrecht: Obwohl der Prospekt anerkanntermaßen dem Anleger nicht die eigene Risikobeurteilung ersparen soll,²³³² hindert dies den Gesetzgeber nicht daran, eine Haftung für den Fall zu statuieren, dass der Prospekt die „selbstbestimmte“ Risikoeinschätzung beeinträchtigt (§ 11 [insb Abs 1 Z 2–2b] KMG).

4) Jedenfalls muss aber beachtet werden, dass sogar der Gesetzgeber Ratings als geeignete Dispositionsgrundlage ansieht, wenn er den Banken vorschreibt, für eine angemessene Eigenmittelunterlegung Sorge zu tragen und hierfür eine Orientierung der Kreditinstitute an externen Ratings über ihre Schuldner zulässt (§§ 21b, 22a, § 22c Abs 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; jetzt²³³³ Art 135 Abs 1 EU-BankenaufsichtsVO iVm EU-RatingVO).²³³⁴ Die gesetzliche Anerkennung der Ratings bestimmter Agenturen als Richtschnur für risikoorientiertes Handeln im Wege einer „dynamischen Verweisung“²³³⁵ ist umso bemerkenswerter, als das volkswirtschaftliche Interesse an einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung der Banken²³³⁶ wohl sehr groß zu veranschlagen ist (Stichwort „jüngste Bankenkrise“). Es lässt sich also getrost sagen, dass das Marktvertrauen, das Ratingagenturen genießen, in den zwingenden Normen der EU-BankenaufsichtsVO (bzw vormals des BWG) gesetzlichen Ausdruck erfahren hat.²³³⁷

Das trifft auch auf die Regelung des § 9 Abs 1 Z 2 KMG²³³⁸ zu. Diese ermächtigt den Bundesminister für Finanzen, per Verordnung zu bestimmen, dass vor dem erstmaligen öffentlichen Angebot von auf Geld lautenden Schuldverschreibungen ein Rating (s § 16 Z 4 KMG²³³⁹) über den Emittenten und die Emission zu veröffentlichen ist. Damit wird der Zweck verfolgt, schwere „Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes“ abwehren zu können (§ 9 Abs 1 Satz 1 KMG).

²³³⁰ Grünbichler, ÖBA 1999, 694: wichtiges Entscheidungselement; Deipenbrock, BB 2003, 1849; Kersting, Dritthaftung 539; Vasella, Haftung 363; vgl auch Schuler, Verantwortlichkeit 234; s auch die Anlegerentscheidungskriterien bei Weber, Kapitalmarktrecht 180 mit FN 189; Brawenz, Prospekthaftung 147: Rentabilität, Fristigkeit sowie Sicherheit; vgl ferner Thiele, Rating 79; Öllinger, Haftung 179.

²³³¹ S nur Welser, Haftung 8. Nicht nachvollziehbar mE daher das oben bei FN 544 skizzierte Argument gegen eine Dritthaftung.

²³³² Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 15 f; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 23; vgl auch Robol, GesRZ 1983, 85.

²³³³ S dazu unten in FN 2944.

²³³⁴ S dazu Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658: zwingender rechtlicher Stellenwert der Ratings.

²³³⁵ Becker, ZG 2009, 135; Blaurock, JZ 2012, 231.

²³³⁶ Blaurock, ZGR 2007, 619.

²³³⁷ Gomille, GPR 2011, 186; vgl Meyer, Rechtsfragen 97; Schön/Cortez, IRZ 2009, 17; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 666; Becker, ZG 2009, 139: der Gesetzgeber verlasse sich auf Ratings; Schuler, Verantwortlichkeit 243 f; Korth, Dritthaftung 43. Die gesetzliche Anerkennung der Vertrauensstellung von Ratingagenturen findet ihre Deckung in den tatsächlichen Verhältnissen: Laut einer deutschen Studie verwendeten 97,8 % der deutschen Banken den Standardansatz gem Basel II (Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 300 FN 10).

²³³⁸ Dazu noch unten bei FN 3792.

²³³⁹ S ferner ErläutRV KMG 20.

5) Diese gesetzlichen Wertungen, denen die Bedeutung der Ratings für die Anlegerentscheidungen und den gesamten Kapitalmarkt augenscheinlich zugrunde liegt²³⁴⁰, können durch die in den AGB der Ratingagenturen enthaltenen Behauptungen freilich nicht aus der Welt geschafft werden.²³⁴¹ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Rsp des OGH²³⁴² und BGH²³⁴³ den durch das Aufsichtsrecht gewonnenen Eindruck bestätigt.²³⁴⁴ Nach beiden Höchstgerichten stellt es eine Verletzung der Aufklärungspflichten des Anlageberaters dar, wenn er den risikoaversen Anleger nicht auf das spekulative Rating der in Aussicht genommenen (insb ausländischen) Anlage hinweist.²³⁴⁵ Die große Bedeutung des Ratings für Anlegerentscheidungen hat sogar ein deutsches Gericht dazu veranlasst, eine Prospektierungspflicht²³⁴⁶ (!) für ein *down-rating* anzunehmen.²³⁴⁷ Jedenfalls schreibt für den Fall der Emission von Anleihen mittlerweile § 7 Abs 8 KMG iVm Z 7.5. Anh V sowie Z 7.5. Anh XIII EU-ProspektVO die Aufnahme

²³⁴⁰ S auch ErläutRV KMG 20: „Das Rating, das nach international anerkannten Kriterien vorzunehmen ist, soll den Anlegern Aufschluß über die Bonität, des Anleiheschuldners - und damit auch über die Angemessenheit der von ihm angebotenen Konditionen - geben. [...] Zweck der staatlichen Vorschreibung eines Ratings [...] ist es, das Vertrauen des Anlegerpublikums in den Kapitalmarkt (wieder) herzustellen, um der österreichischen Wirtschaft die Finanzierungsmöglichkeit über den Kapitalmarkt zu erhalten.“ Auch ist in diesem Zusammenhang auf die Gesetzesgeschichte zu § 9 KMG hinzuweisen: Nach den ersten Entwürfen zum KMG war – anders als gem § 9 KMG – ein Pflichtrating (!) vorgesehen. Dass dies letztlich nicht Gesetz wurde, beruhte freilich nicht auf einem gesetzlichen „Misstrauen“ gegenüber Ratingagenturen, sondern auf anderen Erwägungen (s dazu ErläutRV KMG 17: „Erste Entwürfe zum Kapitalmarktgesetz sahen ein verbindliches Rating ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes vor. Damit sollten sowohl Anlegerinformation als auch die Marktstruktur positiv beeinflusst werden [!]. Hinweise der Wirtschaft darauf, daß ein Pflichtrating gegenüber dem europäischen Ausland Konkurrenz- und Kostennachteile bringen könnte, konnten jedoch nicht ignoriert werden. Die vorliegende Verordnungsermächtigung stellt insofern einen Kompromiß dar. Das Bankwesen wird im übrigen nach der Art eines „Gentlemen's Agreement“ seine Absicht erklären, daß es sich an der Verbreitung von Emissionen, die geeignet erscheinen, die berechtigten Interessen der Anleger zu gefährden bzw. die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes zu beeinträchtigen, nicht beteiligen wird.“).

²³⁴¹ Auch ErwGr 10 der DurchführungsRL zur MarktmissbrauchsRL (2003/125/EG) spricht mE nicht gegen den hier angenommenen „Ratcharakter“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB von Ratings. Zwar ordnet der europäische Gesetzgeber darin explizit an, dass Ratings keine Empfehlungen iS dieser Richtlinie darstellen sollen. Doch drückt der europäische Gesetzgeber damit mE nur seinen mangelnden Willen aus, Ratingagenturen unter ein von ihm entworfenen Regime zu unterwerfen, ohne dabei wohl generell die Eignung von Ratings zu bestreiten, auf Investitionsentscheidungen Einfluss zu nehmen.

²³⁴² OGH 10 Ob 11/07 a ÖBA 2008, 732 (734); 4 Ob 20/11 m JBl 2011, 708 (712); vgl auch OGH 10 Ob 7/12 w JBl 2013, 372 (374); ferner HG Wien 26 Cg 118/03 f VRInfo 2004 H 5, 3.

²³⁴³ BGH XI ZR 12/93 NJW 1993, 2433 (2433 f) *Bond-Entscheidung*; s auch OLG Nürnberg 12 U 2131/97 ZIP 1998, 380 (382); 12 U 2976/01 NJOZ 2002, 807 (809); OLG Frankfurt 23 U 281/03 VersR 2005, 797 (797 f); vgl auch OLG Frankfurt 9 U 151/09 WM 2010, 2111 (2113).

²³⁴⁴ Vgl auch Öllinger, Haftung 164: mittelbar beratende Funktion des Rating; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 666; Gomille, GPR 2011, 187.

²³⁴⁵ S dazu auch Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 139; Deipenbrock, BB 2003, 1853; Vetter, WM 2004, 1702; Reidenbach, Ratingagenturen 305 ff; v. Schweinitz, WM 2008, 959; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 657 FN 3; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 25 f; Gomille, GPR 2011, 187; Forschner, J&E 2012/1, 10; Jobst/Kapoor, WM 2013, 687; vgl auch Arendts, WM 1993, 229 ff; Eisen, Haftung 359 FN 1468.

²³⁴⁶ Vgl dazu ErwGr 5 EU-RatingVO (Stammfassung): „Ein Prospekt, der gemäß der Richtlinie 2003/71/EG und der Verordnung (EG) Nr. 809/2004 veröffentlicht wird, sollte klare und unmissverständliche Informationen darüber enthalten, ob für die jeweiligen Wertpapiere ein Rating von einer Ratingagentur mit Sitz in der Gemeinschaft abgegeben wurde, die gemäß dieser Verordnung zugelassen wurde.“

²³⁴⁷ LG Frankfurt 3/11 O 173/91 WM 1992, 1768 (1772); zust Arendts, WM 1993, 234; abl aber die hM, s dazu Mühl, Haftung, Rz 272 mit FN 116; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 46; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 7; Habersack in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 21; Reidenbach, Ratingagenturen 309 f (mit dem Hinweis, dass der Prospektverantwortliche aber gehalten sei, das Rating bei seinen Angaben im Prospekt zu berücksichtigen); Renner, ÖBA 2001, 594; vgl auch OLG Frankfurt 5 U 213/92 WM 1994, 291 (295, 297); ferner Heidelbach in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 14, 16; Thiele, Rating 104 FN 490. In der österreichischen Literatur wird eine Prospektierungspflicht für negative Ratings befürwortet (Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 824); s auch die Länderübersicht bei Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 41.

des Emissions- oder Emittentenratings in den Prospekt vor, sofern die Bonitätsbewertung auf Antrag oder in Zusammenarbeit mit dem Emittenten erstellt wurde.²³⁴⁸

Schließlich ist auf die hM²³⁴⁹ zum Begriff der Insiderinformation (§ 48a Abs 1 Z 1 BörseG: „Information, [...] die, wenn sie öffentlich bekannt würde, geeignet wäre, den Kurs [...] [des betroffenen Finanzinstruments] erheblich [!] zu beeinflussen, weil sie ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidungen nutzen würde“) hinzuweisen, die Ratings darunter subsumiert und damit die „erhebliche“ Bedeutung derselben für die Dispositionen der Anleger implizit zugesteht. Auch diese Gründe sprechen mE dafür, dass der Anleger aus objektiver Sicht von einer „Empfehlung“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB ausgehen darf.

6) Als Rechtsgrundlage für das hier vertretene Ergebnis können mE die § 864a, § 922 Abs 2 ABGB (im außervertraglichen Bereich der Vertrauenshaftung analog) herangezogen werden. Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern nicht Vertragsbestandteil, wenn sie für den Vertragspartner des Verwenders nachteilig sind und ersterer mit ihnen nach den Umständen nicht zu rechnen brauchte. Die erwähnten Klauseln der Ratingagentur (Ratings als ungeeignete Dispositionsgrundlage) sind für den Informationsadressaten des Ratings nachteilig, wird doch damit letztlich ihm gegenüber eine Haftungsfreizeichnung durch die Ratingagentur bezweckt. Sie sind ferner insofern ungewöhnlich und überraschend, als sie – wie in diesem Kapitel aufgezeigt wurde – den rechtlichen und faktischen Gegebenheiten auf den Geld- und Kapitalmärkten widersprechen.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die hier interessierenden Klauseln in der Ratingbranche weit verbreitet sind. Denn nach zutreffender OGH-Rsp bedeutet eine entsprechende Verbreitung noch nicht, dass die Klausel als im redlichen Geschäftsverkehr üblich anzusehen ist.²³⁵⁰ Um der fraglichen Klausel nach § 864a ABGB zur Wirksamkeit zu verhelfen, müsste die Ratingagentur nachweisen, dass sie den Informationsadressaten des Ratings *besonders* auf die ungewöhnliche Klausel aufmerksam gemacht hat (§ 864a ABGB aE) oder diesem die Klausel sonst bekannt sein musste.²³⁵¹ Dieser Nachweis wird

²³⁴⁸ Dazu Korth, Dritthaftung 110. Anh V EU-ProspektVO gilt für Schuldtitle mit einer Einzelstückelung von weniger als € 50.000; Anh XIII *leg cit* hingegen für Schuldtitle mit einer Mindeststückelung von € 50.000.

²³⁴⁹ Assmann in Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012) § 13 Rz 16 (zu § 13 WpHG, der in den hier interessierenden Punkten § 48a Abs 1 Z 1 BörseG entspricht).

²³⁵⁰ OGH 18.04.2002, 2 Ob 50/02 w; 3 Ob 72/07 w ÖBA 2008, 360 (362 f); ähnl ErläutRV KSchG 44: Es komme darauf an, ob die fragliche Verkehrsübung „bei objektiver Beurteilung sachlich angemessen und fair ist“; vgl auch die Betonung des redlichen Verkehrs in JAB KSchG 4.

²³⁵¹ Allg zur Beweislast Rummel in Rummel, ABGB³ (2000) § 864a Rz 9; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2013) § 864a Rz 47; vgl zur Schädlichkeit der Kenntnis ErläutRV KSchG 44.

ihr bei veröffentlichten Ratings wohl nur dann gelingen, wenn die Klausel mit entsprechender Publizität veröffentlicht wurde, was aber oft nicht gegeben sein wird.

§ 922 Abs 2 ABGB deutet mE in eine ähnlich Richtung. Danach bemisst sich im Rahmen der Gewährleistung die Mangelhaftigkeit einer Sache danach, was der Übernehmer aufgrund der öffentlichen Äußerungen des Übergebers erwarten kann, insb aufgrund der Werbung für die Sache. Die oben beschriebene Selbstdarstellung der Ratingagenturen löst mE bei den Informationsadressaten die iSd § 922 Abs 2 ABGB berechtigte Erwartung aus, dass die „Sache“ (das Rating) sorgfältig erstellt wurde und als Dispositionsgrundlage taugt. Freilich könnte dieser Vertrauenstatbestand durch die hier behandelten Klauseln der Ratingagenturen iSd § 922 Abs 2 Satz 2 Fall 2 ABGB berichtigt werden. Dies setzte aber die Kenntnis des Informationsadressaten von der betreffenden Klausel voraus, wofür die Ratingagentur die Beweislast trägt.²³⁵² Dieser Nachweis wird ihr wohl kaum gelingen. Auf ihn könnte nur verzichtet werden, wenn die „Berichtigung“ mit einer gleich wirksamen Publizität wie der Aufbau des ursprünglichen Vertrauenstatbestands erfolgt.²³⁵³ Letzteres ist aber nicht gegeben, weil – wie in diesem Kapitel ausgeführt – die vertrauenserweckenden Umstände für den Informationsadressaten des Ratings wesentlich leichter wahrnehmbar sind, als die vertrauensbeeinträchtigenden.

ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten

α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals

1) Wie schon oben²³⁵⁴ angedeutet, ist das mystische Tatbestandsmerkmal „gegen Belohnung“ jenes, über das man sich im Rahmen der Interpretation des § 1300 ABGB in den (mehr als 200) Jahren seiner Geltung wohl am intensivsten den Kopf zerbrochen hat.²³⁵⁵ Weil das Verständnis dieser Haftungsvoraussetzung erheblich mit der Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB zusammenhängt, wurde dieses Erfordernis zum Teil bereits oben in dem entsprechenden Kapitel behandelt (S 192 ff). An dieser Stelle geht es nur mehr um eine Präzisierung dieses Tatbestandsmerkmals.

²³⁵² Allg zur Beweislast ErläutRV GewRÄG 14.

²³⁵³ Vgl Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2012) § 922 Rz 29.

²³⁵⁴ „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“.

²³⁵⁵ S schon Welser, Haftung 6: §§ 1299, 1300 ABGB werfen mehr Probleme auf, als sie lösen, 26, 33 ff.

Die ganz hM versteht unter einem „gegen Belohnung“ erteilten Rat einen solchen, der nicht „selbstlos“²³⁵⁶, dh²³⁵⁷ nicht aus reiner „Gefälligkeit“²³⁵⁸ gegeben wird. Deshalb unterliege etwa eine Bankauskunft²³⁵⁹ oder eine Auskunft, die eine Schiedsstelle der Ärztekammer einem Patienten erteilt²³⁶⁰, § 1300 Satz 1 ABGB. Nicht erforderlich sei „Entgeltlichkeit“²³⁶¹, also das Verlangen eines Entgelts²³⁶² für die Raterteilung. Daher werde auch für den unentgeltlichen Rat uU (wenn keine Selbstlosigkeit vorliegt²³⁶³) bereits bei Fahrlässigkeit gehaftet;²³⁶⁴ und das, obwohl die Norm von einem Rat gegen Entgelt (Belohnung) handelt. Seltsam an dem Verständnis der hM ist schon alleine die Tatsache, dass diese ein eindeutig positives Tatbestandsmerkmal (Rat gegen Belohnung) sprachlich mühsam in ein negatives (Rat, der nicht aus bloßer Gefälligkeit erteilt wird) umdeutet.

2) Vertreten wurde die Auslegung der hM auch von Teilen der jüngeren Strömung, die § 1300 Satz 1 ABGB als „konstitutive Haftungsnorm“ versteht.²³⁶⁵ Demnach müsste eine Ratingagentur für fehlerhafte Ratings gegenüber Anlegern haften, ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um ein *solicited* oder *unsolicited* Rating bzw um ein Emissions- oder Emittentenrating handelt. Denn die Ratingagentur handelt in keinem der Fälle uneigennützig, vielmehr möchte sie durch ihre Ratings zumindest Marktpräsenz zeigen,²³⁶⁶ um den eigenen „good will“ zu fördern.²³⁶⁷

²³⁵⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 7; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 2, 82; Dullinger in FS Reischauer (2010) 110; C. Völkl, ÖJZ 2011, 708; OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (250) (Kerschner); RIS-Justiz RS0044121, OGH 27.03.1995, 1 Ob 44/94; 28.04.1998, 1 Ob 367/97 w; 28.05.1999, 7 Ob 257/98 i; 01.07.1999, 2 Ob 187/99 k; 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (939) (Koziol); 4 Ob 13/04 x ÖBA 2004, 881 (881 f); 6 Ob 110/07 f ÖBA 2008, 505 (514); 07.08.2008, 6 Ob 144/08 g; 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v; 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (74) (EvBl 74); 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (209) (Lanzinger-Twardosz); 24.11.2010, 9 Ob 76/10 g; 19.04.2012, 7 Ob 185/11 y; RIS-Justiz RS0044121 T 9, T 10, OGH 30.06.2010, 9 Ob 49/09 k. Mangelnde Selbstlosigkeit sei insb dann anzunehmen, wenn der Rat im Rahmen oder in Vorbereitung eines (insgesamt) entgeltlichen Geschäfts erteilt wurde, s zB OGH 1 Ob 43/92 SZ 66/129, 258 (269).

²³⁵⁷ So ausdr RIS-Justiz RS0044121 T 8, OGH 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v; Zankl, ecolex 2000, 472.

²³⁵⁸ Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 171; Koziol, Haftpflichtrecht II², 184; Karner in FS Koziol (2010) 701; Schobel, ÖBA 2001, 754; Graf, JBl 2012, 216; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 2; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 2; RIS-Justiz RS0044121 T 1, OGH 28.04.1998, 1 Ob 367/97 w; RIS-Justiz RS0122164, OGH 05.06.2007, 10 Ob 5/07 v; vgl bereits Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 49, 51; vgl auch RIS-Justiz RS0026596 T 17, OGH 9 Ob 76/10 g RdW 2011, 218; 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (444) (Dullinger); Einzelfallentscheidung. Bisweilen wird ein aus reiner Gefälligkeit erteilter Ratschlag mit einem solchen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses gleichgesetzt (so Welser, Haftung 37; s dazu bereits oben bei FN 1489).

²³⁵⁹ OGH 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (940) (Koziol).

²³⁶⁰ OGH 1 Ob 44/94 SZ 68/60, 350 (356).

²³⁶¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 354; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; ders in FS Koziol (2010) 700; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 2; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 6; Dullinger in FS Reischauer (2010) 110; vgl auch Welser, Haftung 36 f; aA noch k. k. OGH Nr. 12.129 GIUNF/332 (I, S 532 [533]); OGH 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (454).

²³⁶² S RIS-Justiz RS0044121, OGH 27.03.1995, 1 Ob 44/94; 28.04.1998, 1 Ob 367/97 w; 28.05.1999, 7 Ob 257/98 i; 01.07.1999, 2 Ob 187/99 k; 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (939 f) (Koziol); 4 Ob 13/04 x ÖBA 2004, 881 (881 f); 6 Ob 110/07 f ÖBA 2008, 505 (514); 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v; 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (444) (Dullinger); 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (74) (EvBl 74); 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (209) (Lanzinger-Twardosz); 24.11.2010, 9 Ob 76/10 g; 19.04.2012, 7 Ob 185/11 y.

²³⁶³ Bei einem unentgeltlichen Rat aus Gefälligkeit soll demgegenüber keine Haftung eintreten, RIS-Justiz RS0026631.

²³⁶⁴ RIS-Justiz RS0122164, OGH 05.06.2007, 10 Ob 5/07 v; RIS-Justiz RS0026544, OGH 27.10.1971, 6 Ob 242/71; 24.10.1974, 6 Ob 179/74; 19.04.2012, 7 Ob 185/11 y; aA noch RIS-Justiz RS0026687, OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66; 6 Ob 142/65 RZ 1966, 32.

²³⁶⁵ C. Völkl, ÖJZ 2006, 101 f; ders/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 112.

²³⁶⁶ Peters, Haftung 106, 131; Fischer, Haftungsfragen 60 f.

²³⁶⁷ Vgl tatsächlich Graf, JBl 2012, 214 ff, insb 215 ff sowie 217 ff; dazu bereits oben bei FN 525, 1524; vgl auch dens, wbl 2012, 246 f (zum Abschlussprüfer). Reischauer (in Rummel, ABGB³ [2007] § 1300 Rz 4, 7), der der Norm ebenso „eigenständige Bedeutung“ beimisst, würde diese Konsequenz (wie bei der Gutachterhaftung) wohl nicht automatisch (dh nur aufgrund der mangelnden

Dabei dürfte allerdings übersehen worden sein, dass das „Gefälligkeitskonzept“ von der traditionellen Auffassung entwickelt wurde, die für eine Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB eine schuldrechtliche Sonderbeziehung voraussetzt²³⁶⁸. Daher „passt“ es gut zu dieser konventionellen Ansicht, wenn es nicht sogar untrennbar mit dieser verbunden ist (vgl. den Stehsatz „nicht bloß aus Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines Schuldverhältnisses“²³⁶⁹). Diese Lehre ist nämlich bestrebt, § 1300 Satz 1 ABGB als Ausdruck allgemeiner Grundsätze zu begreifen, wie eben der strengen Haftung im Rahmen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung.²³⁷⁰

Was sich mit diesem Prinzip nun gerade nicht vertragen hätte, wäre ein weitgehendes, haftungseinschränkendes Belohnungs-Tatbestandsmerkmal, das diesen allgemeinen Grundsatz selbst in Frage stellt. Eine dahingehende Haftungseinschränkung hätte zudem die offenbar gewollte Konvergenz zum deutschen Recht²³⁷¹ zerstört. Es wäre doch ärgerlich und unpraktisch gewesen, hätte man etwa die deutsche Ansicht²³⁷² zur Haftung aus geschäftlichem Auskunftskontakt übernommen, der eine Sonderrechtsbeziehung analog zum vorvertraglichen Kontakt entstehen lasse,²³⁷³ und wäre aber dann die Haftung gerade für den praktisch wichtigen Fall der nicht bezahlten (Bank-)Auskunft durch § 1300 Satz 1 ABGB verhindert worden. Man war daher verständlicherweise bestrebt, den Bedeutungsgehalt des fraglichen Tatbestandsmerkmals zu minimieren, ohne sich über den doch sehr klaren Gesetzeswortlaut völlig hinwegzusetzen.²³⁷⁴ Entstanden ist das angesprochene Gefälligkeitskonstrukt, das wohl auch seine Wirkung zeitigte: Die Fälle, in denen eine Ersatzpflicht nur deswegen ausschied, weil der Sachverständige selbstlos einen nachteiligen Rat erteilt hatte, blieben mehr als überschaubar.²³⁷⁵ Provokant formuliert ließe sich daher sagen, dass § 1300 Satz 1 ABGB²³⁷⁶ nach der hM bezweckt, einer sich aus einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung ergebenden Haftung *nicht entgegenzustehen*.²³⁷⁷ Auch eine solche *ratio* wäre mehr als bescheiden und stünde einer Aufhebung der Norm tatsächlich nicht im Wege.²³⁷⁸

Selbstlosigkeit der Ratings) ziehen; zum mE bestehenden Widerspruch zwischen seinem Verständnis des § 1300 Satz 1 ABGB und seiner Meinung zur Gutachterhaftung s. oben in FN 1518.

²³⁶⁸ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“.

²³⁶⁹ S. dazu oben bei FN 1506; s. auch oben in FN 2358 aE.

²³⁷⁰ Vgl. oben bei FN 1563 und vor FN 1581.

²³⁷¹ Vgl. oben bei FN 1589.

²³⁷² Canaris, Vertrauenshaftung 539; ders., Bankvertragsrecht³ Rz 78, 89; Lorenz in FS Larenz (1973) 618 ff.

²³⁷³ Koziol, Haftpflichtrecht II², 188.

²³⁷⁴ Zum Spannungsverhältnis zwischen der Auslegung der hM und dem Wortlaut des § 1300 Satz 1 ABGB s. zB Welser, Haftung 117.

²³⁷⁵ Zur geringen praktischen Bedeutung des selbstlosen Rats s. sogleich im Fließtext.

²³⁷⁶ § 675 Abs 2 BGB wird ähnl. „behandelt“. Soweit er iZm einer Haftung für fehlerhafte Auskünfte überhaupt Erwähnung findet, hebt man hervor, dass er einer wie immer begründeten Auskunftshaftung nicht entgegenstehe (vgl. nur Meyer, Rechtsfragen 89).

²³⁷⁷ S. etwa die Ausführungen von Schobel, ÖBA 2001, 756, der diesen „Vorteil“ des § 1300 ABGB hervorhebt.

²³⁷⁸ Vgl. bereits oben bei FN 1558.

Vertritt man nun aber – mE zu Recht (S 192 ff) – eine Ansicht, die aus § 1300 Satz 1 ABGB eine Sonderrechtsbeziehung ableitet, darf man mE nicht das Verständnis der hM zur Phrase „gegen Belohnung“²³⁷⁹ in zwei Hälften teilen (1.: Sonderrechtsbeziehung als Haftungsvoraussetzung, 2.: Haftung scheidet aus, wenn der Rat selbstlos erteilt wird) und nur die zweite davon übernehmen. Das verbietet sich auch aus historischen Gründen, weil die fragliche Formulierung des § 1300 Satz 1 ABGB klar als Reduktion der Verantwortlichkeit gedacht war.²³⁸⁰ Die Textierung war das Resultat einer Interessenabwägung, bei der nicht nur die Vorentwürfe zum ABGB, sondern auch das preußische Recht berücksichtigt werden konnten.²³⁸¹

Der Bedeutung dieser „in letzter Sekunde“ ins ABGB eingeführten Haftungseinschränkung würde aber eine Auslegung nicht gerecht, die nur in den seltensten Ausnahmefällen schlagend werden würde. Nicht oft wird es vorkommen, dass ein Sachverständiger (eine Ratingagentur) am Markt aus völliger Selbstlosigkeit einen wohlgekerkt professionellen „Rat“ (ein Rating) in seinem jeweiligen Fachgebiet²³⁸² erteilt²³⁸³ (vgl §§ 344, 354 UGB²³⁸⁴) und sich dabei nicht bloß als Privatperson äußert.²³⁸⁵ Und noch seltener wird in derartigen Fällen der Ruf nach einer Verantwortlichkeit laut werden, zumal man ja einem solchen „Rat“ nicht dieselbe Erwartungshaltung entgegenbringt, wie einem abgegoltenen „Ratschlag“.²³⁸⁶ Damit wäre aber das Tatbestandsmerkmal der Belohnung in der Praxis sinnentleert. Es würde sich durch die weitere Voraussetzung, dass der Sachverständige als solcher auftreten, also „in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft“ tätig werden müsse²³⁸⁷, weitgehend²³⁸⁸, wenn nicht gar völlig, erübrigen²³⁸⁹ (vgl § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: berufsbezogene Auskunft oder sonstiges [!] wirtschaftliches Interesse des Auskunftgebers²³⁹⁰ als Haftungsvoraussetzung).

²³⁷⁹ S oben bei FN 2369: „nicht bloß aus Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines Schuldverhältnisses“.

²³⁸⁰ S oben bei FN 1783.

²³⁸¹ Vgl *Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612: Zumutbarkeit; allg dazu unten in FN 3853 aE.

²³⁸² Vgl OGH 1 Ob 322/58 HS 1664; 5 Ob 370/61 SZ 34/167, 454 (456); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 7: Berufseinschlägigkeit der Auskünfte bedeutet mangelnde Selbstlosigkeit.

²³⁸³ *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 12; für den Rechtsanwalt *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 4; vgl schon *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, *System II*⁵, 471. Insofern relativiert sich die von *Scheucher*, *ÖJZ* 1961, 228, aufgezeigte Problematik (dem Dritten sei nicht erkennbar, ob der Sachverständige auf Entgeltbasis tätig wird).

²³⁸⁴ „Der Unternehmer macht nichts umsonst“ (vgl zum HGB RIS-Justiz RS0062382).

²³⁸⁵ Zum Erfordernis, dass der Sachverständige als solcher auftreten müsse, s bereits oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.γ. Auslegung des Tatbestandsmerkmals“.

²³⁸⁶ Vgl *Köndgen*, *Selbstbindung* 239: Versprechen ohne Gegenleistung können keine stabilen Verhaltenserwartungen auslösen.

²³⁸⁷ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.γ. Auslegung des Tatbestandsmerkmals“.

²³⁸⁸ Vgl *F. Bydlinski*, *JBl* 1992, 344, 345; *Welser*, *Haftung* 39 f und *Karner in FS Koziol* (2010) 701, nach denen die Berufsstellung des Auskunftgebers maßgebliche Bedeutung für die Abgrenzung von haftungsbegründenden Geschäftskontakten und haftungsfreien Gefälligkeitsauskünften habe; ähnl *Köndgen*, *Selbstbindung* 359, 362 f, wonach marktbezogene Auskünfte präsumierten, dass der Auskunftgeber aus wirtschaftlichem Interesse tätig werde („Reziprozitätsvermutung“; ein derartiges Interesse lässt die öhM als „Belohnung“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB jedenfalls dann ausreichen, wenn schon zuvor ein Schuldverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen besteht).

²³⁸⁹ Dies gesteht auch *C. Völkl*, *ÖJZ* 2006, 102, zu, wenn er meint, der Sachverständige werde „wohl“ bereits dann gegen Belohnung tätig, wenn er seinen Beruf ausübe.

²³⁹⁰ Zu dieser Differenzierung s *Köndgen*, *Selbstbindung* 363 FN 62.

Ein Gefälligkeitskonzept im Rahmen der hier vertretenen Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB (S 192 ff) zu befürworten, hieße mE, die Unterschiede zwischen dieser Norm und dem „vorletzten“ Gesetzesvorschlag dazu²³⁹¹ nicht ausreichend zu würdigen.²³⁹² Es verwundert daher nicht, dass v. Zeiller nach seiner allgemein gehaltenen Aussage zum Belohnungs-Tatbestandsmerkmal²³⁹³ „unentgeltliche“ Ratschläge nicht unter § 1300 Satz 1 ABGB subsumieren wollte.²³⁹⁴

3) Für die Interpretation der hM zu „gegen Belohnung“ kann auch nicht früher angesetzt und das Allgemeine Preußische Landrecht mit seiner „unmittelbaren“ Vorbildbestimmung zu § 1300 Satz 1 ABGB²³⁹⁵ bemüht werden. Argumentiert wird, I 13 § 220 ALR spreche für eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gegen Belohnung“, weil diese preußische Norm von einem Rat handle, der „gegen Bezahlung oder Belohnung“ erteilt wird.²³⁹⁶ Dies deute darauf hin, dass mit „Belohnung“ etwas anderes als „Bezahlung“ gemeint sei; mit Ersterem sollten offenbar auch Fälle angesprochen werden, in denen der Haftende nicht aus bloßer Selbstlosigkeit handelt.²³⁹⁷

Dem ist mE nicht zu folgen. „Belohnung“ mag in der Tat der weitere Begriff als „Bezahlung“ sein.²³⁹⁸ Schon aus den in FN 2398 zitierten Normen des ABGB, insb §§ 940 f ABGB, lässt sich jedoch ableiten, dass der Gesetzgeber unter einer „Belohnung“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB sowohl eine Geld- als auch eine Sachgegenleistung versteht und nicht schon eine Handlung aus mangelnder Selbstlosigkeit (vgl § 917 ABGB; § 55 StVG:

²³⁹¹ S dazu oben bei FN 1709.

²³⁹² Vgl auch den *abgelehnten* Antrag v. Scheppels, wonach man auf das Belohnungskriterium verzichten könne: Beratungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Offner*, Ur-Entwurf II 188 (s dazu auch oben in FN 1783).

²³⁹³ S oben bei FN 1547.

²³⁹⁴ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 2.

²³⁹⁵ S oben bei FN 1715.

²³⁹⁶ Karner in FS Koziol (2010) 700.

²³⁹⁷ Karner in FS Koziol (2010) 700.

²³⁹⁸ Vgl § 403 ABGB („Belohnung“ für die Rettung einer fremden beweglichen Sache [vgl dazu auch Art 2 ff Vertrag über Hilfeleistung und Bergung in Seenot („Belohnung“ für die Hilfeleistung oder Bergung eines Schiffes)], § 690 ABGB (Recht des Erben, für seine Bemühungen eine angemessene „Belohnung“ zu fordern, wenn die Lasten die Masse erschöpfen), § 778 ABGB („Belohnung“ der öffentlichen Anstalten für geleistete Dienste, wenn der Erblasser im Testament den einzigen Noterben irrtümlich übergeht), § 860 ABGB (Zusage einer „Belohnung“ bei der Auslobung), § 860b ABGB (Anspruch auf „Belohnung“, wenn die Leistung der Auslobung von mehreren Personen erbracht wurde), § 940 ABGB (Schenkung als besondere „Belohnung“ des Beschenkten [vgl dazu auch § 3 Abs 4 Erbschafts- und SchenkungsStG]), § 941 ABGB (keine Schenkung bei Klagerecht hinsichtlich der „Belohnung“), § 1004 ABGB (Vereinbarung einer „Belohnung“ beim Auftrag [vgl dazu auch § 394 StPO: „Belohnung“ des Strafverteidigers oder Vertreters gem § 73 StPO; vgl weiters § 107 Abs 3 BDG 1979, § 84 Abs 3 LLDG, § 76 Abs 3 LDG, § 120 Abs 3 RStDG, § 28 Abs 3 HDG 2014: Verbot des Bediensteten, des Richters oder Staatsanwalts, des Verteidigers im Heeresdisziplinarverfahren, für die Übernahme der Verteidigung eine „Belohnung“ anzunehmen; § 10 VSPBG: kein Anspruch auf „Belohnung“ der von den Vereinen namhaft gemachten Sachwalter gegenüber den Pflegebefohlenen]), § 1013 ABGB (Recht des Gewalthabers, eine „Belohnung“ zu fordern), § 1020 ABGB (anteilige „Belohnung“ bei Vollmachtswiderruf) mit § 692 ABGB (unzureichende Verlassenschaft für die „Bezahlung“ der Schulden), § 788 ABGB („Bezahlung“ der Schulden eines volljährigen Kindes), § 814 ABGB (Erschöpfung der Verlassenschaft durch die „Bezahlung“ angemeldeter Forderungen), § 1030 ABGB (vermutete Vollmacht zur Entgegennahme der „Bezahlung“), § 1118 ABGB („Bezahlung“ des Bestandzinses), § 1336 ABGB (Befreiung von der Erfüllungsverbindlichkeit durch „Bezahlung“ des Vergütungsbetrags), § 1434 ABGB („Bezahlung“ einer richtigen und unbedingten Schuld).

„Geldbelohnung“). Nichts anderes dürfte für den preußischen Gesetzgeber des Jahres 1794 gelten.²³⁹⁹

4) Für die entgeltliche Raterteilung als Tatbestandsmerkmal des § 1300 Satz 1 ABGB spricht auch der Vergleich mit der restlichen (insb Privat-)Rechtsordnung, namentlich § 19 Abs 2 AktG (Gewährung einer „Belohnung“ für die Gründung der Aktiengesellschaft oder ihrer Vorbereitung²⁴⁰⁰; vgl demgegenüber § 7 Abs 1 GmbHG: Verbot der Gründungs- „Belohnung“ aus dem Stammkapital), § 225f Abs 5, § 228 Abs 4 AktG („Belohnung“ für die Mühewaltung des gemeinsamen Vertreters der Aktionäre bei der Verschmelzung), § 543 UGB (Pflicht des Schiffers, dem Reeder seine „Belohnung“ in Rechnung zu bringen), § 553b Abs 2, § 554 Abs 2 UGB (Anspruch des Schiffers auf „Belohnung“, wenn er bei Verteidigung des Schiffs geschädigt oder getötet wurde), § 13 Abs 1, Abs 2 AngG, § 7 Abs 1, Abs 2 HVertrG, § 5 Abs 1, Abs 2 MaklerG (Verbot des Angestellten, des Handelsvertreters sowie des Maklers, eine „Belohnung“ von einem Dritten anzunehmen und Pflicht zur Herausgabe der „Belohnung“), § 27 Z 1 AngG, § 22 Abs 2 Z 2 HVertrG (Entlassung bzw sofortige Vertragsauflösung bei Annahme einer „Belohnung“), § 15 Abs 1 Z 7, § 19 GehaltsG 1956²⁴⁰¹ („Belohnung“ des Beamten für besondere Leistungen), § 46 Z 8, § 87a, § 191 Abs 2 IO („Belohnung“ der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände aufgrund ihrer Mitwirkung im Insolvenzverfahren), § 89 Abs 5 IO (keine „Belohnung“ für die Mitglieder des Gläubigerausschusses).²⁴⁰² Hätte die hM Recht, würde § 1300 ABGB hinsichtlich des Belohnungsbegriffs systemwidrig „aus der Reihe“ der übrigen Rechtsnormen „tanzen“, die auf eine Belohnung abstellen.²⁴⁰³

5) ME ist § 1300 Satz 1 ABGB im Einklang mit der Kommentierung v. Zeillers²⁴⁰⁴ wortlautgetreu zu verstehen: Die Bestimmung erfasst Raterteilungen gegen einen konkret messbaren (nicht „diffusen“²⁴⁰⁵) wirtschaftlichen Vorteil, insb eine Geld²⁴⁰⁶- oder eine Sachleistung,²⁴⁰⁷ sohin ein gesondertes (konkreter: der schädigenden Raterteilung

²³⁹⁹ Nach Last, Kreditauftrag 317 FN 79, sollte nicht einmal die reichlichere Entschädigung für Auslagen ausreichen, um das Belohnungskriterium des ALR zu erfüllen.

²⁴⁰⁰ Vgl auch § 24 Abs 3, § 25 Abs 2 Z 1 AktG.

²⁴⁰¹ Vgl ferner § 116a Abs 1 und Abs 4 *leg cit*: „Belohnung“ für die Führung von Klassenvorstandsgeschäften, § 116d Abs 1 *leg cit*: „Belohnung“ für die Besorgung von zusätzlichen Tätigkeiten im Rahmen der Schulpartnerschaft an Schulen.

²⁴⁰² Vgl ferner § 1 Z 5 *lit e* und Z 6 *lit a* GEG: „Belohnung“ des (gerichtlich bestellten) Verwahrers und des gerichtlichen Zwangsverwalters; § 54b Abs 1 SPG: Weitergabe von Informationen zur Abwehr gefährlicher Angriffe oder krimineller Verbindungen gegen Zusage einer „Belohnung“.

²⁴⁰³ Auch daher ist es mE nicht nachvollziehbar, wenn vertreten wird, dass die Wendung „gegen Belohnung“ unscharf sei und einen (weiten) Interpretationsspielraum lasse (so aber Schobel, ÖBA 2001, 756).

²⁴⁰⁴ S oben bei FN 2394; s auch Winiwarter, ABGB IV² (1844) 558.

²⁴⁰⁵ Vgl Gelter, RWZ 1999, 296.

²⁴⁰⁶ S aber RIS-Justiz RS0026490, OGH 2 Ob 388/35 SZ 17/98; 8 Ob 126/65 NZ 1965, 137 (142).

²⁴⁰⁷ Vgl Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 575 f: Vertrauensprämie (dazu sogleich im Fließtext) muss nicht notwendigerweise Geldzahlung sein.

eindeutig zurechenbares²⁴⁰⁸ [*arg* „gegen“)] Entgelt (Ent²⁴⁰⁹ - bzw Belohnung).²⁴¹⁰ Für eine allfällige Dritthaftung²⁴¹¹ lässt sich dies mE auch aus den § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 Satz 3 AktG, § 141 Abs 5 EO ableiten, die nach der hier vertretenen Ansicht als Konkretisierung des § 1300 Satz 1 ABGB verstanden werden können²⁴¹². Ein Beispiel²⁴¹³ für eine haftungsauslösende „Belohnung“, die nicht in einer Geld- oder Sachleistung an den Sachverständigen besteht, wäre das gewiss bezifferbare wirtschaftliche Interesse einer Bank, ihre eigenen Kreditforderungen gegenüber einem Kunden abzubauen²⁴¹⁴ oder zumindest die Sicherstellung derselben zu gewährleisten. Eine schönfärbende Bonitätsauskunft über diesen Kunden an einen potenziellen Vertragspartner desselben fiel daher unter § 1300 Satz 1 ABGB.²⁴¹⁵

Mit der Haftungsvoraussetzung „gegen Belohnung“ wurde die auf berufsspezifisches Vertrauen aufbauende Verantwortlichkeit durch Hinzutreten eines neuen Rechtsgedankens gesetzlich konkretisiert²⁴¹⁶.²⁴¹⁷ Dieser hat haftungsbegründende Tragkraft²⁴¹⁸ (vgl auch § 11 Abs 1 Z 1 KMG²⁴¹⁹) und stellt ein augenscheinliches „Gegengewicht“ zur strengen Sachverständigenhaftung dar, der Rechtsfolge des § 1300 Satz 1 ABGB.²⁴²⁰ Darin kann auch die Wurzel oder zumindest eine Parallele zu jenen (insb Dritt-)Haftungsbegründungen erblickt werden, die darauf abstellen, dass der Sachverständige –

²⁴⁰⁸ Vgl dazu aus der Rsp zur Eigenhaftung des Vertreters OGH 5 Ob 506/96 JBl 1997, 37 (40): für jeden Geschäftsfall mit Verwaltungsgebühr entlohnt; ferner *Dullinger* in FS Reischauer (2010) 114: provisionsbezogene Tätigkeit; vgl dazu auch *Brawenz*, Prospekthaftung 209.

²⁴⁰⁹ Vgl RIS-Justiz RS0122164, OGH 05.06.2007, 10 Ob 5/07 v: Legen einer Kostennote.

²⁴¹⁰ AA (keine gesonderte Entlohnung für § 1300 Satz 1 ABGB erforderlich) die hM, OGH 5 Ob 370/61 ÖJZ 1962, 73 (EvBl 65); 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (249 f) (*Kerschner*); 2 Ob 588/94, 514/95 *ecolex* 1995, 402; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (831) *Frischzellentherapie*; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 4; C. *Völkl*, ÖJZ 2006, 102: Der Vorteil müsse nicht quantifizierbar sein, es genüge die „Hoffnung auf Erlangung eines Vorteils irgendeiner wirtschaftlichen Art und auf welche Weise immer“; s auch die Nw oben in FN 2356, 2358; krit zur hier vertretenen Auslegung bereits *Last*, Kreditauftrag 349 FN 284.

²⁴¹¹ Bemerkenswerterweise verlangt *Koziol* in *Spier*, Limits 35 f, für eine Dritthaftung des Abschlussprüfers, dass dieser ein Entgelt kassiert, was *Koziol* auch damit rechtfertigt, dass sich der Abschlussprüfer diesfalls versichern könne, womit wohl die Zumutbarkeit einer Versicherung gemeint ist.

²⁴¹² S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

²⁴¹³ S für ein weiteres Bsp unten bei FN 2436.

²⁴¹⁴ Dementsprechend hat der OGH eine Haftung bejaht, wenn die auskunftserteilende Bank aufgrund der Auskunft ihre eigene Forderung tilgen kann, RIS-Justiz RS0044121 T 6, OGH 28.03.2002, 8 Ob 246/01 m.

²⁴¹⁵ Von den dadurch entstehenden Haftungsrisiken kann sich die Bank auch nicht legitimer Weise freizeichnen, RIS-Justiz RS0103413, BGH II ZR 279/53 NJW 1954, 1193 (1194); vgl auch BGH II ZR 266/67 DB 1970, 1265 (1266); III ZR 174/68 WM 1971, 817 (818); s zu dieser Rsp auch *Lorenz* in FS Larenz (1973) 587; *Welser*, Haftung 120.

²⁴¹⁶ Zur Konkretisierungsbedürftigkeit der Berufshaftung vgl *Hopt*, AcP 183 (1983) 663.

²⁴¹⁷ Gegen den Einbezug von Entgeltlichkeitserwägungen in die Auskunftshaftung nach deutschem Recht aber RG III 73/20 LZ 1920, 890; BGH VII ZR 51/67 WM 1969, 36 (37); X ZR 144/94 WM 1998, 440 (441); s dazu auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 256; anders noch RG III 264/04 JW 1905, 138.

²⁴¹⁸ F. *Bydliński*, JBl 1965, 321: reale Grundlage der strengeren Sorgfaltspflicht; *Peter Doralt*, ZfgG 1971, 407; *Kalss*, ÖBA 2000, 648; *Graf*, JBl 2012, 217, der freilich im Einklang mit der hM von einem zu weiten Entgeltbegriff ausgeht („wirtschaftlicher Vorteil“); allg für die Ableitung von Schutzpflichten aus einem wirtschaftlichen Interesse, insb Entgelt, F. *Bydliński*, JBl 1960, 361 f; vgl auch *Rüffler*, JBl 2011, 84; aA *Ehrenzweig*, System II/1², 666.

²⁴¹⁹ Dabei weist schon die Urbestimmung der Prospekthaftung, § 43 dBörsenG 1896 (dazu oben bei FN 563), eine wertungsmäßige Parallele zu § 1300 Satz 1 ABGB (und dessen Verknüpfung von Vertrauenshaftung [s oben bei FN 2060] mit Entgeltlichkeitserwägungen [vgl unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.α. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“]) auf: Für die Einführung des ersten Haftungstatbestands des § 43 dBörsenG 1896 (Prospekterlassung) dürfte primär der von den Prospektverantwortlichen geschaffene Vertrauensstatbestand ausschlaggebend gewesen sein (vgl oben in FN 564; freilich daneben auch das geschäftliche Interesse des Emittenten [s oben in FN 567]). Hingegen dürften Entgeltlichkeitserwägungen im Rahmen des zweiten Haftungstatbestands des § 43 dBörsenG 1896 (Haftpflicht derjenigen Personen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht) eine maßgebliche Rolle gespielt haben (s oben bei und in FN 567).

²⁴²⁰ Vgl *Helm* in *Schiemann*, Diskussionsbericht zu *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, AcP 183 (1983) 722.

einem unmittelbaren Vertragspartner vergleichbar – im eigenwirtschaftlichen Interesse²⁴²¹ einen Vertrauenstatbestand gegenüber dem Informationsadressaten setzt²⁴²² (vgl. § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „pecuniary interest“).

Diese „Entgeltlichkeitserwägungen“²⁴²³ verdienen aber im Rahmen des § 1300 Satz 1 ABGB mE nur insofern Anerkennung, als dieses Interesse ausreichend konturiert ist²⁴²⁴ und sich in Beziehung zum haftungsbegründenden Verhalten (dem „Rat“) setzen lässt.²⁴²⁵ In ökonomischen Kategorien gesprochen, fordert das Gesetz eine „Vertrauensprämie“, einen „Informationskostenersatz“ für die Vertrauenshaftung.²⁴²⁶ Für eine Haftung ist also notwendig, dass der Sorgfaltsaufwand des Experten tatsächlich honoriert wird²⁴²⁷ oder dass dies zumindest der Erwartungshaltung des Sachverständigen entspricht²⁴²⁸, weil sich nur dann die von § 1300 Satz 1 ABGB angesprochene Beziehung zwischen Belohnung und Raterteilung rechtssicher herstellen lässt. Der absolute Regelfall, in dem der Ratgeber seine Sachverständigentätigkeit – wie insb. eine Ratingagentur – „insgesamt“ entgeltlich entfaltet²⁴²⁹ und eine unentgeltliche Information (*unsolicited Rating*) etwa nur zur Reputationsförderung (insofern nicht „selbstlos“) veröffentlicht, kann dagegen entgegen *Graf* für eine Haftung aus dieser Norm nicht genügen²⁴³⁰ (zur Möglichkeit einer Rechtsscheinhaftung der Ratingagentur bei irreführender Kennzeichnung als beauftragtes Rating s. aber noch unten²⁴³¹).²⁴³²

6) Allerdings darf es mE für das Entstehen der gesetzlichen Schutzpflichten nicht auf die Zufälligkeit ankommen, ob die Leistung an den Sachverständigen im Zeitpunkt der Informationsweitergabe bereits erbracht wurde, etwa ob die Zahlung an ihn schon

²⁴²¹ So für seinen deliktsrechtlichen Ansatz (Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens): v. Bar, Verkehrspflichten 125 ff, 235; für die „unternehmerische Außenhaftung“: *Hirte*, Berufshaftung 420 f.

²⁴²² Speziell für Ratingagenturen *Peters*, Haftung 114 f; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Haar*, NZG 2010, 1284; allg. *Karner* in FS *Koziol* (2010) 700; *Kalss*, ÖBA 2000, 650, 652 f, 659; *dies*, ÖBA 2002, 199; *Koziol*, JBl 2004, 281; BGH VIII ZR 325/81 NJW 1983, 1607 (1608); II ZR 180/90 NJW-RR 1991, 1312 (1313); VIII ZR 80/91 NJW-RR 1992, 605; für die Prospekthaftung *Brawenz*, Prospekthaftung 211; BGH VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449 (1450); vgl. auch schon *F. Bydlinski*, JBl 1960, 361, 362 mit FN 16; *dens* in *Schiemann*, Diskussionsbericht zu *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, AcP 183 (1983) 721; *F. Bydlinski*, JBl 1992, 344 f; *Koziol*, JBl 1994, 218; *dens*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/47; *Nowak*, Prospekthaftung 20.

²⁴²³ S. auch die Bezugnahme auf die wirtschaftlichen Interessen bei *F. Bydlinski*, JBl 1992, 344; *U. Torggler*, wbl 2001, 550 f; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 699; *Kalss*, ÖBA 2000, 641; *dies*, Anlegerinteressen 214, 326 f, 333; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 858, 877, 879; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/98; *Gruber*, ÖBA 2003, 251; *Köndgen*, Selbstbindung 233 ff; vgl. auch *Selb* in *Schiemann*, Diskussionsbericht zu *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, AcP 183 (1983) 721.

²⁴²⁴ Damit ist der Rechtssicherheit besser gedient als im Rahmen des beweglichen Systems iS *Koziols* (s. dazu die nächste FN) *et al.*
²⁴²⁵ Vgl. *Welser*, *ecolex* 1992, 305 f, der das Ausmaß der Dritthaftung vom Umfang des wirtschaftlichen Vorteils abhängig macht; zust. OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39. (Bloß) insofern verdient folgende Regel *Koziols* (JBl 2004, 279) zur Ersatzfähigkeit von bloßen Vermögensschäden Zustimmung: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, je mehr der Schädiger in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse tätig wird“; zust. wohl auch *Graf*, JBl 2012, 217.

²⁴²⁶ S. dazu *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 559 ff, 585; *Kersting*, Dritthaftung 205 f, 400 f, 552; *Karner* in FS *Koziol* (2010) 701.

²⁴²⁷ *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 560; s. aber auch *dies*, ebd. 585.

²⁴²⁸ S. dazu sogleich im Fließtext.

²⁴²⁹ Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 187.

²⁴³⁰ Vgl. v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2 (mit dem Bsp. des unentgeltlich tätigen Arztes); aA *Graf*, JBl 2012, 218, der hinsichtlich der Auslegung der Gesetzesphrase „gegen Belohnung“ der hM folgt.

²⁴³¹ Bei FN 2454.

²⁴³² Auch könnte in einem solchen Fall eine Verantwortlichkeit nach anderen Rechtsgrundlagen bestehen, s. oben nach FN 1878.

geflossen ist.²⁴³³ Es muss genügen, wenn der Experte mit der Erteilung des Rats eine ausreichende Erwartung im Hinblick auf die Erlangung der Belohnung verbindet.²⁴³⁴ Das ist insb der Fall, wenn mit Raterteilung der Anspruch auf das (wenn auch später uneinbringliche) Honorar oder die sonstige „Belohnung“ entsteht (vgl § 1052 ABGB).²⁴³⁵ Aber auch die bei Gutachtensabgabe vorhandene Erwartungshaltung, man werde an einem etwaigen Verkauf der begutachteten Häuser finanziell beteiligt werden, vermag mE eine Haftung des Gutachters gem § 1300 Satz 1 ABGB zu begründen.²⁴³⁶

Ebenso ist das Ausmaß der Belohnung unbeachtlich,²⁴³⁷ vielmehr obliegt es dem Sachverständigen, sich seine Tätigkeit samt (Dritt-)Haftungsrisiko angemessen vergüten zu lassen.²⁴³⁸ Daher kommt es auch nicht darauf an, ob das Entgelt eine ausreichende Haftungsprämie enthält.²⁴³⁹

7) Umgekehrt zeigen diese Überlegungen, dass ein tatsächliches Entgelt als Tatbestandsvoraussetzung für § 1300 Satz 1 ABGB auch rechtspolitisch sinnvoll ist: Der Sachverständige kann dann selbst gewährleisten, dass die Vertrauenshaftungskosten zumindest abgedeckt werden.²⁴⁴⁰

Aus objektiv-teleologischer Sicht spricht ein weiterer Punkt für ein solches Verständnis: § 1300 Satz 1 ABGB nimmt mit dem Tatbestandsmerkmal der „Belohnung“ den Gedanken des zu vermeidenden Interessenkonflikts des Sachverständigen²⁴⁴¹ in sich auf.²⁴⁴² Denn die Norm greift demnach gerade dann, wenn die „Belohnung“ von jemand anderem gezahlt wird, als vom Informationsadressaten und zwischen diesem und jenem ein typischer Interessengegensatz²⁴⁴³ besteht.²⁴⁴⁴ Ohne eine Haftung gegenüber dem Dritten würde der

²⁴³³ Vgl ErläutRV VerG 2002, 40; nicht nur Erlangung der Belohnung, sondern Forderung derselben ist ausreichend; ferner OGH 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (455), wo der OGH die Beanspruchung, Zusage und Ausbezahlung einer Belohnung offenbar gleichbehandelt.

²⁴³⁴ S zum drohenden Interessenkonflikt, der von der tatsächlichen Zahlung unabhängig ist und den § 1300 Satz 1 ABGB auflösen möchte, sogleich im Fließtext. Eine (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB kommt mE daher auch bei Insolvenz des Auftraggebers und bei (nachträglicher) Unwirksamkeit des Gutachtensvertrags samt Entfall des Entlohnungsanspruchs in Frage (s auch noch unten bei FN 2457).

²⁴³⁵ Vgl *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 5; *Pfaff*, Gutachten 67; *Randa*, ABGB 66 FN 36a.

²⁴³⁶ Gegen OGH 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (454 f).

²⁴³⁷ Vgl OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (*Heinrich*): Entgelt iHv € 97,44 versus Haftung (bereits unter Berücksichtigung von Mitverschulden) iHv € 18.170; vgl auch *Wagner* in FS Blaurock (2013) 495, der für Deutschland *de lege ferenda* eine betraglich begrenzte Fahrlässigkeitshaftung von Ratingagenturen befürwortet und hierfür ua vorschlägt, die Haftung auf das *Hundertfache* des Rating-Entgelts zu beschränken; weiters *Hirte*, Berufshaftung 429, 441, der das Auseinanderfallen von Gegenleistung und Schaden in Fällen der Berufshaftung für Dienstleistungen als typische Erscheinung bezeichnet.

²⁴³⁸ S dazu noch unten bei FN 2590.

²⁴³⁹ Zutr *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20.

²⁴⁴⁰ Vgl *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse², 559, 575 f. Zur Kalkulation und Einpreisung des Schadenersatzrisikos s noch unten bei FN 2590.

²⁴⁴¹ Ausf dazu *Köndgen*, Selbstbindung 374 ff.

²⁴⁴² Zum Ziel des „marktspezifischen“ und „berufsspezifischen“ Berufsrechts, Interessenkonflikte zu bewältigen, s *Hopt*, AcP 183 (1983) 665, 667 f, 707, 718; vgl auch *Köndgen*, Selbstbindung 375.

²⁴⁴³ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.γγ. Keine Gläubigernähe der Anleger“.

²⁴⁴⁴ Dem Interessenkonflikt haftungsbegründende Bedeutung beimessend *Korth*, Dritthaftung 57 ff, 68 ff; vgl auch ErwGr 10 EU-RatingVO-Novelle II; *Haar*, DB 2013, 2491 (zum amerikanischen Recht); zur Berücksichtigung der Interessenlage zwischen Dritten und Vertragspartner des Sachverständigen im Rahmen der Dritthaftung vgl auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 252.

Sachverständige nämlich tendenziell zugunsten des Zahlenden (und damit gegen die Interessen des Dritten) gutachten, weil er dann überhaupt keine Motivation hätte, die „Hand“, die ihn „füttert“, zu „beißen“.²⁴⁴⁵ Dabei ist auch zu bedenken, dass die „fütternde Hand“ bei einem „Biss“ uU auch noch über das Sanktionsmittel der vertraglichen Kreditschädigungshaftung²⁴⁴⁶ verfügen würde.²⁴⁴⁷ Es erscheint daher aus rechtspolitischer Sicht überzeugend, wenn das positive Recht einen Anreiz für den Sachverständigen bietet, tatsächlich neutrale Informationen zu erteilen²⁴⁴⁸, zumal dann, wenn wie bei Ratings ein Ermessensspielraum²⁴⁴⁹ des Experten besteht. Eine derartige Verhaltenssteuerung dient zudem dazu, die Stabilität und Funktionsfähigkeit des gesamten Rollensystems (Auftraggeber → Sachverständige → Informationsadressat → Auftraggeber) aufrechtzuerhalten.²⁴⁵⁰

8) ME kann nur in einem Ausnahmefall auf das tatsächliche Entgelt als Tatbestandsvoraussetzung des § 1300 Satz 1 ABGB verzichtet werden. Dies ist dann gerechtfertigt, wenn der Sachverständige zum Schein gegen Entgelt tätig wird und dem Informationsadressaten somit im Zeitpunkt der Disposition gar nicht erkennbar sein konnte, dass für die konkrete Information kein Entgelt an den Experten fließt. Hierfür bedarf es mE eines entsprechenden zurechenbaren Rechtsscheins,²⁴⁵¹ so etwa wenn eine Ratingagentur (entgegen der EU-RatingVO und Stimmen aus der Literatur zum nationalen Recht²⁴⁵²) ihr unbeauftragtes Rating²⁴⁵³ fälschlicher Weise als beauftragtes Rating kennzeichnet.²⁴⁵⁴ ME ergibt sich diese Ausnahme aus der Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB als Tatbestand der Vertrauenshaftung²⁴⁵⁵. Und das erklärt auch besser, warum die mit § 1300 Satz 1 ABGB verwandten²⁴⁵⁶ § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 Satz 3 AktG und § 141 Abs 5 EO das Entgelt nicht explizit zur

²⁴⁴⁵ Vgl *Canaris*, ZHR 163 (1999) 226; vgl zur erhöhten Gefahr irreführender Informationen bei Eigennutzen des Vertreters *Rüffler*, JBl 2011, 83.

²⁴⁴⁶ Näher dazu unten „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

²⁴⁴⁷ Zur Tendenz des Rollenträgers, sich bei Erbringung seiner Leistung demjenigen zuzuwenden, der über die schärferen Sanktionsmittel verfügt, *Köndgen*, Selbstbindung 375 f.

²⁴⁴⁸ Ähnl wie hier *Korth*, Dritthaftung 66 (für das deutsche Recht, wo freilich eine dem § 1300 Satz 1 ABGB insb im Hinblick auf dessen Tatbestandsmerkmal „gegen Belohnung“ vergleichbare Norm fehlt).

²⁴⁴⁹ S dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ. Die Anforderungen im Einzelnen“, insb bei FN 3109.

²⁴⁵⁰ *Köndgen*, Selbstbindung 375. Das verhindert es aber nicht, den Sachverständigen aus seinem „Dilemma“ des doppelten Haftungsrisikos „herauszuhelfen“ und Bestehen sowie Ausmaß bzw Abstufung seiner Pflichten je nach seiner Berufsrolle ausdifferenzieren: So ist etwa an einen mit Neutralität werbenden Ratgeber im Rahmen der Dritthaftung ein anderer Pflichtenmaßstab anzulegen, als an einen, der bekenntermaßen im Interesse des Auftraggebers tätig wird (*Köndgen*, Selbstbindung 233, 376 ff, 413; vgl auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 79; § 38 BWG [insb dessen Abs 2 Z 6]; s zum Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers noch unten bei FN 2507).

²⁴⁵¹ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, *Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.*

²⁴⁵² *Karner*, ÖBA 2010, 591.

²⁴⁵³ Näher zur mangelnden Haftung für unbeauftragte Ratings unten bei FN 2744.

²⁴⁵⁴ Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 594, der meint, es liege auf der Hand, dass eine derartige Differenzierung zwischen *solicited* und *unsolicited* Ratings verfehlt sei; ähnl *Peters*, Haftung 127; vgl auch *Thiele*, Rating 102; aA *Korth*, Dritthaftung 77.

²⁴⁵⁵ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

²⁴⁵⁶ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

Tatbestandsvoraussetzung erheben. Aus demselben Grund kommt selbst bei Mangelhaftigkeit des Gutachtensvertrags (und rückwirkender Beseitigung desselben) eine Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB in Betracht.²⁴⁵⁷

β. Eingrenzung des geschützten Personenkreises

αα. Relevanz des Informationszwecks und Umfang des Vertrauenstatbestands

1) Der wohl wesentlichste Vorteil eines so verstandenen Belohnungsbegriffs (oben S 258 ff) liegt aber darin, dass er dabei helfen kann, den von § 1300 Satz 1 ABGB geschützten Personenkreis sachgerecht einzugrenzen.²⁴⁵⁸ Anders formuliert kann das richtig ausgelegte Tatbestandsmerkmal für die Frage fruchtbar gemacht werden, welche Schäden vom Schutzzweck der Norm erfasst sind,²⁴⁵⁹ sodass der jeweilige Informationsadressat als „unmittelbar“ Geschädigter angesehen werden kann²⁴⁶⁰ (vgl § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „persons for whose benefit the duty is created“). Die diesbezügliche Untersuchung ist bei jeder Haftung, die (wie die hier vertretene²⁴⁶¹) vertraglichen Grundsätzen folgt, besonders wichtig, um nicht im Wege der Interpretation die vom Gesetzgeber unterschiedlich getroffene Ausgestaltung von Delikts- und Vertragsrecht²⁴⁶² zu beseitigen.²⁴⁶³

Unzweifelhaft schützt § 1300 Satz 1 ABGB denjenigen, der die Belohnung selbst entrichtet, also zB den Mandanten, der von seinem Rechtsanwalt einen nachteiligen Rat erhält; ebenso das vorausleistungswillige Bauunternehmen, das von einer Wirtschaftsauskunftei eine Bonitätsauskunft gegen Gebühr erhält²⁴⁶⁴ usw. Es kommt

²⁴⁵⁷ S außerdem oben in FN 2434.

²⁴⁵⁸ Zur Notwendigkeit der Eingrenzung des Kreises potenziell Anspruchsberechtigter bei der Dritthaftung, s F. Bydliński, JBl 1992, 344 FN 17; Karner, ÖBA 2001, 893, 895 f; ders, ÖBA 2010, 594; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 957; Köndgen, Selbstbindung 353; Canaris in FS Larenz II (1983) 95; Picker, AcP 183 (1983) 493; Hübner, NJW 1989, 9 f; Peters, Haftung 109; Öllinger, Haftung 212; Berger/Stemper, WM 2010, 2291; Schuler, Verantwortlichkeit 240; BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355; IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1760); oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.ββ. Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises“.

²⁴⁵⁹ Vgl für das englische Recht v. Schweinitz, WM 2008, 955.

²⁴⁶⁰ Vgl dazu OGH 2 Ob 361/66 JBl 1968, 35 (36); 2 Ob 151/76 JBl 1977, 649 (649 f); 2 Ob 160/82 JBl 1984, 262; 8 Ob 78/83 JBl 1985, 231 (232 f) (Apathy); F. Bydliński, JBl 1960, 365; dens, JBl 1965, 321; Koziol, JBl 1995, 683, 688; dens, JBl 2004, 282; dens, Haftpflichtrecht I², 274 f; dens, Haftpflichtrecht II², 190; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; Vavrovsky, ÖBA 2001, 577.

²⁴⁶¹ Oben bei FN 1857.

²⁴⁶² Wagner in FS Blaurock (2013) 476.

²⁴⁶³ RIS-Justiz RS0022814; OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606; BGH VI ZR 261/75 NJW 1977, 2073 (2074); Larenz, NJW 1960, 80; Canaris, ZHR 163 (1999) 211; Thiele, Rating 101 FN 470; Eisen, Haftung 348; vgl OGH 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; Harrer, Zak 2006, 404; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14; Peters, Haftung 109; Haar, NZG 2010, 1283. Aus demselben Grund (Vermeidung einer Haftungsausuferung) wird eine Eingrenzung nach dem personalen Normzweck im genuinen Deliktsrecht gerade dann (aber nicht ausschließlich: s etwa Köndgen, Selbstbindung 370) intensiv diskutiert, wenn dort (ausnahmsweise) Vermögensschäden ersetzt werden, wie bei der Verletzung von Schutzgesetzen (§ 1311 ABGB), die das bloße Vermögen schützen (s dazu nur Karollus, Schutzgesetzverletzung 337 ff, insb 341; Kalss, ÖBA 2002, 194; Enzinger in FS Straube [2010] 27, 35). Auch das unterstreicht mE die ansatzweise Vergleichbarkeit des § 1300 Satz 1 mit § 1311 ABGB (dazu bereits oben bei FN 1768).

²⁴⁶⁴ IE OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (Heinrich).

hierfür nicht darauf an, ob die Information als Gegenstand einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht qualifiziert werden kann²⁴⁶⁵, weil § 1300 Satz 1 ABGB nicht darauf abstellt.

2) Ist man (mE zu Recht²⁴⁶⁶) der Meinung, dass diese Norm auch Dritthaftungsfälle erfasst, steht man vor dem Problem, welche vermögenswirksamen Drittschäden konkret (ebenso) im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegen.²⁴⁶⁷ Wenn das Gesetz auf die Raterteilung gegen Belohnung abstellt, fordert es offensichtlich einen Konnex zwischen dem abgolgtenen Rat und dem Geschädigten, der hinsichtlich des Zahlenden jedenfalls erfüllt ist. Für die Dritthaftung muss daher die entscheidende Frage lauten: Welche Dritte können der Belohnung (genauer: der durch die Belohnung entstandenen Sonderbeziehung bzw der gesetzlich verankerten und auf Entgeltlichkeit basierenden „Rollenbeziehung“²⁴⁶⁸) zugeordnet werden?²⁴⁶⁹ Welche Dritte „profitieren“ also davon, dass sie das Gesetz als geschützte Informationsadressaten²⁴⁷⁰ anerkennt?

3) Ansatzpunkt muss hier – worauf bereits hingewiesen wurde²⁴⁷¹ – die Natur des von § 1300 Satz 1 ABGB statuierten Schuldverhältnisses und der Gesetzeszweck (Vertrauensschutz) sein. Für die nähere Abgrenzung können mE die Normen²⁴⁷² der § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 141 Abs 5 EO und § 220b Abs 3 Satz 3 AktG²⁴⁷³, § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG sowie die damit grundsätzlich im Einklang stehende OGH-Rsp zur Gutachter-Dritthaftung (insb *Schätzmann* [oben S 24 ff], *Verstreute Bonitätsauskunft* [oben S 32 ff]) herangezogen werden.²⁴⁷⁴

Geschützt sind sohin jene Dritte, die nach dem Zweck²⁴⁷⁵ (vgl § 881 Abs 2 Satz 1 ABGB) des abgolgtenen „Rats“ (Gutachtens) bestimmungsgemäß²⁴⁷⁶ (dh für den

²⁴⁶⁵ Vgl OGH 2 Ob 588/94, 514/95 ecolex 1995, 402; Welser, ÖBA 1982, 122; Koziol, Haftpflichtrecht II², 187; Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 3; s aber auch OGH 1 Ob 520/78 SZ 51/26, 126 (131); krit dazu Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 4. Zur Unbeachtlichkeit des Vertragstyps s noch unten bei FN 2736.

²⁴⁶⁶ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“, insb bei FN 1812 sowie oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

²⁴⁶⁷ Zur Maßgeblichkeit des Rechtswidrigkeitszusammenhangs für die Reichweite von Pflichten auch gegenüber Dritten s *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 599; vgl *Hopt*, AcP 183 (1983) 682, 707, der aus berufsrechtlicher Sicht fragt, ob die Berufspflichten auch bestimmten Dritten geschuldet sind; OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (18 f); RIS-Justiz RS0002841 T 2 (zur Liegenschaftsschätzung bei der Zwangsversteigerung).

²⁴⁶⁸ *Hopt*, AcP 183 (1983) 682.

²⁴⁶⁹ Ähnl *F. Bydlinski* und *Selb* in *Schiemann*, Diskussionsbericht zu *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, AcP 183 (1983) 723: Ableitung der haftungsrechtlichen Begünstigung Dritter aus dem vereinbarten Entgelt oder zumindest aus einem möglichen Vorteil.

²⁴⁷⁰ Zur Adressierung der Expertenäußerung als Voraussetzung für die Dritthaftung s *Schneider*, ZHR 163 (1999) 252, 256, 259; vgl auch BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392; X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1950).

²⁴⁷¹ Oben bei und in FN 1866.

²⁴⁷² Zur Qualifikation dieser Haftungsbestimmungen als Ausprägung der allg Haftungsnorm des § 1300 Satz 1 ABGB s oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

²⁴⁷³ Allenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG.

²⁴⁷⁴ Gegen eine Übertragbarkeit der BGH-Rsp zur Gutachterhaftung auf die Dritthaftung von Ratingagenturen aber *Wagner* in FS Blaurock (2013) 481.

²⁴⁷⁵ Zum Zusammenhang zwischen Zweck der Expertenäußerung und Schutzzweck der Norm s auch *Schneider*, ZHR 163 (1999) 264 f.

²⁴⁷⁶ Dies betonend und bloße Vorhersehbarkeit als nicht ausreichend erachtend (wobei mE die genaue Abgrenzung schwer fallen dürfte) *Köndgen*, Selbstbindung 363: „intendierte[] Benefiziere“; vgl auch *Meyer*, Rechtsfragen 99; *Karner*, ÖBA 2001, 895: die Expertise müsse (auch) für den Dritten bestimmt sein; vgl zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BGH VIII ZR 44/75 NJW 1976, 1843 (1844); VIII ZR 182/83 NJW 1985, 489 (489 f); speziell iZm der Dritthaftung von Ratingagenturen etwa *Ebenroth/Daum*, WM

Sachverständigen *ex ante* eindeutig vorhersehbar²⁴⁷⁷) mit diesem in Berührung kommen²⁴⁷⁸ und ihre Dispositionen danach ausrichten sollen.²⁴⁷⁹ Für auf diese Weise betroffene Dritte wird ja die Belohnung (mit-)geleistet,²⁴⁸⁰ womit sich iS *Hopts* sagen lässt, es liege – objektiv betrachtet – eine „berufliche Gewährübernahme“²⁴⁸¹ des Sachverständigen (auch) ihnen gegenüber vor. So wird etwa die Ratingagentur (der Experte) vom Emittenten (Auftraggeber) aus dem Grunde bezahlt, *um* das Rating (Gutachten) den Anlegern (Dritten) vorlegen zu können.²⁴⁸² Wenn der Sachverständige also *dafür belohnt* wird, eine *verkehrs-fähige*²⁴⁸³, dh eine gegenüber bestimmten Dritten verwertbare *Expertise* zu erstellen, partizipieren von dieser Belohnung aus haftungsrechtlicher Sicht also genau diese Dritte.²⁴⁸⁴ Geschützt sind mithin solche Personen, für die das Gutachten nach Maßgabe von dessen Zweck erstellt wird. Diesfalls ist der Dritte (zB Anleger) für das Entgelt des Sachverständigen (zB Ratingagentur) insofern eine *conditio sine qua non*, als das Vorhandensein des Dritten nach dem System der Dreiecks-Beziehung „Sachverständiger-Bezahlender-Dritter“ (Ratingagentur-Emittent-Anleger) kausal für die Belohnung des Sachverständigen (Ratingagentur) ist. Gäbe es den Dritten nicht, könnte der Experte keine Einnahme verbuchen.²⁴⁸⁵

Mit der Erfassung des Dritten vom Zweck des „Rats“ verlangt die Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB wie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mE eine objektiv

1992 SonderBlg Nr 5, 14; *Peters*, Haftung 109; *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 665; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2290.

²⁴⁷⁷ *Hirte*, Berufshaftung 419 f.

²⁴⁷⁸ Für die Beachtlichkeit des Informationszwecks RIS-Justiz RS0026558, OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 *Verstreute Bonitätsauskunft*; 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306 (307); 03.09.1986, 1 Ob 603/86; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Kozio*l); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (726) *Goldgrube*; 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; RIS-Justiz RS0017178 T 8, OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (181); RIS-Justiz RS0017178 T 9, OGH 05.05.2004, 9 Ob 67/03 y; 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; RIS-Justiz RS0017178 T 13, OGH 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (69) *Mündelaktie*; 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s; 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z; 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t; 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607); BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392 (392 f); III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949); X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194); *Wilburg*, Schadensrecht 245; *Welser*, Haftung 88; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders* in *Kozio*l/*Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 3; *ders* in FS *Kozio*l (2010) 713; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 842; *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ (2008) § 49 Rz 51; *Kletečka* in FS *Reischauer* (2010) 299; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 16 f; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 29; *Öllinger*, Haftung 220; *Fischer*, Haftungsfragen 166; vgl auch *U. Torggler*, wbl 2001, 551; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 58; *Walter Doralt/Kozio*l in *Kozio*l/*Walter Doralt*, Abschlussprüfer 110. Zur Bestimmung des Zwecks können insb der Inhalt der Information, der gesellschaftliche und berufliche Zusammenhang sowie die soziale Rolle der beteiligten Personen herangezogen werden (idS für die Schweiz *Vasella*, Haftung 326 f).

²⁴⁷⁹ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; 05.05.2004, 9 Ob 67/03 y; 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p; BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); *Schneider*, ZHR 163 (1999) 260; vgl auch *Kalss*, ÖBA 2000, 649; *Picker*, AcP 183 (1983) 493.

²⁴⁸⁰ *Artmann*, JBl 2000, 629: „Basis für die entgeltliche Tätigkeit des Gutachters“ ist die Tatsache, dass Dritte eine Dispositionsgrundlage verlangen; *Öllinger*, Haftung 199 FN 845; *Hirte*, Berufshaftung 420: Bezahlung dient dazu, ein verkehrsfähiges Gutachten zu erhalten; ebenso *Graf*, JBl 2012, 217; s dazu bereits oben bei FN 1839.

²⁴⁸¹ *Hopt*, AcP 183 (1983) 683; *ders* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21 f; *Hirte*, Berufshaftung 422; speziell zur Haftung von Ratingagenturen *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292; vgl bereits *Köndgen*, Selbstbindung 357: „Übernahme von Verantwortung“; vgl zum haftungsbegründenden „Garantieelement“ des § 311 Abs 3 Satz 2 BGB *Canaris*, JZ 2001, 521.

²⁴⁸² *Peters*, Haftung 115; *Graf*, JBl 2012, 217 (allg zur Gutachterhaftung).

²⁴⁸³ Vgl dazu *Karner*, ÖBA 2001, 896; OGH 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176).

²⁴⁸⁴ Für einen „inneren Zusammenhang“ zwischen Vertrauen des Dritten und Honorar des Gutachters: *Graf*, JBl 2012, 217.

²⁴⁸⁵ Vgl zu dem Dreieckssystem bei Ratings auch *Eisen*, Haftung 348; ferner *Fischer*, Haftungsfragen 164: Aus dem Vertrauen Dritter ziehe das Rating seine Existenzberechtigung.

erkennbare „Leistungsnähe“ des Dritten²⁴⁸⁶, also eine drittgerichtete Erklärung²⁴⁸⁷ gegen Belohnung. Dafür ist ein (vorhergehender) persönlicher Kontakt zwischen dem Sachverständigen und dem Dritten nicht zwingend erforderlich.²⁴⁸⁸ Dieselbe objektive Abgrenzung gilt für die Frage, welche Drittschäden in welchem Umfang konkret ersatzfähig sind. Daher gebührt für (nach Maßgabe des Informationszwecks) *ex ante* unvorhersehbare Schäden kein Ersatz²⁴⁸⁹ (vgl Art 74 Satz 2 UN-Kaufrecht²⁴⁹⁰).

Der für die Adressierung der Information (und damit letztlich für die Haftung) relevante Zweck richtet sich infolge der Qualifikation des § 1300 Satz 1 ABGB als gesetzliche Vertrauenshaftung²⁴⁹¹ danach, wie ein redlicher (dritter) Erklärungsempfänger den „Rat“ verstehen durfte²⁴⁹² (§ 914 ABGB analog²⁴⁹³; vgl auch § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „justifiable reliance upon the information“; weiters § 5 Abs 1 Z 1, 2 PHG: berechnete Sicherheitserwartung aufgrund der Darbietung des Produkts und des Produktgebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann²⁴⁹⁴). Es kommt sohin – mangels ausdrücklicher Adressierung zB im Gutachten selbst²⁴⁹⁵ – auf die Verkehrsübung an.²⁴⁹⁶ Der Umfang des Drittschutzes wird also „aus dem Gegenstande, und aus der Natur

²⁴⁸⁶ Vgl oben bei FN 1153 sowie unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aa.β.aa. Leistungsnähe der Anleger“.

²⁴⁸⁷ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (49) (Oppitz); Koziol, JBl 2004, 276; Iro/Riss, RdW 2012, 450 f; Karner in FS Koziol (2010) 716; ders, ÖBA 2010, 594; Riss, ÖBA 2014, 532; s auch noch unten bei und in FN 2667.

²⁴⁸⁸ So iE Welser, Haftung 87: Kontakt werde durch bestimmungsgemäße Vorlegung des Gutachtens hergestellt; Canaris in FS Larenz II (1983) 96, 108; ders in FS Giger (1989) 117; ders, JZ 1995, 445; ders, JZ 1998, 606; ders, ZHR 163 (1999) 225 f, 234; ders, Vertrauenshaftung 538 f; ders, Bankvertragsrecht³ Rz 92, 2278; Köndgen, Selbstbindung 363; Hirte, Berufshaftung 420; Kalss, ÖBA 2000, 649; dies, ÖBA 2002, 196; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 879; Fischer, Haftungsfragen 165; Vasella, Haftung 325 FN 1365, 326 FN 1371; vgl auch zur ökonomischen Sicht Schäfer, AcP 202 (2002) 830: erkennbares Risikopotential des Dritten; vgl auch RIS-Justiz RS0026786, OGH 22.06.1978, 2 Ob 515/78; BGH VII ZR 163/69 NJW 1971, 1309 (1310); s aber auch BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 321 (323): unmittelbare „Fühlungnahme“.

²⁴⁸⁹ Hirte, Berufshaftung 420. Bei dieser Prüfung ergibt sich ein Berührungspunkt zwischen Prüfung des Schutzzwecks und Prüfung der Adäquanz (vgl Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} [2013] § 1295 Rz 17).

²⁴⁹⁰ S dazu OGH 15.01.2013, 4 Ob 208/12 k; zur Verallgemeinerungsfähigkeit des in Art 74 Satz 2 UN-Kaufrecht zum Ausdruck kommenden Gedankens auch Koziol, JBl 2004, 282.

²⁴⁹¹ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.a. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

²⁴⁹² U. Torggler, wbl 2001, 551; Karner in FS Koziol (2010) 713; Canaris, ZHR 163 (1999) 229; Loser, Vertrauenshaftung 470, 474, 493 (für die Schweiz); in der Sache wohl wie hier C. Völkl, ÖJZ 2006, 104, 108. Daraus ergibt sich auch, dass der Sachverständige das Risiko der missbräuchlichen Verwendung des Gutachtens durch den Auftraggeber trägt, solange die Expertise objektiv drittgerichtet ist (Canaris, ZHR 163 [1999] 239; Karner in FS Koziol [2010] 717; iE auch Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ [2014] § 347 Rz 21; aA Kersting, Dritthaftung 313 f; Korth, Dritthaftung 85, 87; wohl auch Welser, Haftung 101).

²⁴⁹³ Zur analogen Anwendung der Auslegungsregeln für Willenserklärungen auf Wissenserklärungen s Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 100; vgl auch Brawenz, Prospekthaftung 195; Liebscher, Abschlußprüfer 73; Köndgen, Selbstbindung 189; Canaris, Vertrauenshaftung 494; dens, ZHR 163 (1999) 232; Kersting, Dritthaftung 295 f; aus der Rsp s zB OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (Koziol), wo der OGH auf die „Regeln des redlichen Verkehrs“ abstellt.

²⁴⁹⁴ Vgl zur Parallele zwischen Produkthaftung und Haftung für Ratings Haar, DB 2013, 2492 (unter Berufung auf Bathurst Regional Council v. Local Government Financial Services Pty Ltd [No. 5], [2012] FCA 1200, Rz 1833-1840, 2455-2460); dies, Civil Liability 11 f; ferner Habersack, ZHR 169 (2005) 208; vgl auch Welser, Haftung 88 FN 35, 100.

²⁴⁹⁵ Karner in FS Koziol (2010) 717 f; Schneider, ZHR 163 (1999) 260; Fischer, Haftungsfragen 165; Kersting, Dritthaftung 312 ff; s dazu aus der Praxis etwa den Fall OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (64) Mündelaktie; vgl auch OGH 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (181); 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s.

²⁴⁹⁶ Für die Beachtlichkeit der Verkehrsübung bzw- auffassung: OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) Schätzmann (unter Berufung auf OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33); RIS-Justiz RS0026558, OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 Verstreute Bonitätsauskunft; 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306; 03.09.1986, 1 Ob 603/86; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (250) (Kerschner); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) Goldgrube; 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) Gesellschaftsabräuschung; RIS-Justiz RS0017178 T 8, OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) Frischzellentherapie; RIS-Justiz RS0017178 T 10, OGH 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (181); RIS-Justiz RS0116078 T 1, OGH 6 Ob 39/06 p JBl 2006, 723 (724); 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) ÖAMTC-Ankaufstest; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; Welser, Haftung 88; Karner, ÖBA 2001, 895; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; Kletečka in FS Reischauer (2010) 299; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 16; Dellinger/Told in Dellinger,

des Geschäftes [der Information] beurteilt“ (vgl § 1029 ABGB).²⁴⁹⁷ Soll die Information „hauptsächlich“ dem Dritten „zum Vorteile gereichen“, spricht dies mE für einen Schutz desselben (vgl § 881 Abs 2 Satz 2 ABGB²⁴⁹⁸).

Hierfür kann mE auch der idealtypisch unabhängigen Stellung des professionellen Informierenden, wie zB der einer Ratingagentur (vgl Art 6 ff EU-RatingVO²⁴⁹⁹), eine wichtige Rolle zukommen.²⁵⁰⁰ Nach der Verkehrsauffassung bringen Dritte ja gerade „Auskünften“ von solchen Sachverständigen besonderes Vertrauen entgegen, das in weiterer Folge zu einer schadensstiftenden Vermögensdisposition führen kann.²⁵⁰¹ Berechtigterweise wird daher davon gesprochen, dass der Neutralitätsanspruch des Schädigers tendenziell für eine „Vertrauenshaftung“ spricht²⁵⁰² (vgl § 11 Abs 1 Z 2–2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 311 Abs 3 BGB²⁵⁰³).²⁵⁰⁴ Denn gerade dann ist es naheliegend, dass der Informationsempfänger eigene Recherchen oder die Hinzuziehung eines von ihm beauftragten Experten unterlässt,²⁵⁰⁵ was für eine Vertrauenshaftung spricht.²⁵⁰⁶

Aus diesem Grund ist es nachvollziehbar, dass ein Rechtsgutachten, welches im Zuge eines Rechtsstreits von einer Partei vorgelegt wird, um die eigene Position zu verteidigen, keine Dritthaftung auslösen soll.²⁵⁰⁷ Anderes gilt aber für *third party legal opinions*, die beiden

BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 29; C. Völkl, ÖJZ 2006, 104 FN 69; zR krit dazu iZm der Dritthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: *Lemke in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 729; *ders in Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 621.

²⁴⁹⁷ Ausdr auch für eine objektive Beurteilung: *Hirte*, Berufshaftung 419.

²⁴⁹⁸ ME kommt es hierbei im Unterschied zum Vertrag zugunsten Dritter ausschließlich auf eine objektive Betrachtung aus Sicht des Dritten an.

²⁴⁹⁹ Dazu ausf unten unter „Teil 2.II.B.2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur“.

²⁵⁰⁰ *Karner* in FS Koziol (2010) 713; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 232 f; diesem Aspekt ebenso haftungsrelevante Bedeutung im Rahmen der Berufshaftung beimessend *Lammel*, AcP 179 (1979) 362: der Terminus „unparteiisches Verhalten“ indiziere die „Öffnung des Berufes zur Allgemeinheit“.

²⁵⁰¹ BGH III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (194 f); OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130): größeres Vertrauen in objektive Anlegerinformation als in Werbeschrift; vgl zur Prospekthaftung weiters *Brawenz*, ÖBA 1992, 426 mit FN 44; vgl allg zur Unabhängigkeit bereits oben bei FN 86.

²⁵⁰² *Canaris*, ZHR 163 (1999) 226; iE *Köndgen*, Selbstbindung 413; speziell für Ratingagenturen *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16; ausf *Fischer*, Haftungsfragen 162 ff; s auch *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Schuler*, Verantwortlichkeit 256; vgl ferner *Brawenz*, Prospekthaftung 197; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 206.

²⁵⁰³ S dazu die Passage der Begr RegEntw SchuldRModG, BT-Drucksache 14/6040, 163 (abgedruckt oben in FN 505): Verlassen auf Neutralität.

²⁵⁰⁴ Das könnte auch erklären, warum der OGH den zur Neutralität verpflichteten Abschlussprüfer (§§ 271–271c, § 275 Abs 2 UGB) zu Unrecht (s oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“) weitgehend gegenüber Dritten haften lassen möchte (s dazu oben unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: *Rieger Bank et alia*“), nicht aber einen „befangenen“ Steuerberater einer Kapitalgesellschaft, der den Jahresabschluss für diese erstellt (RIS-Justiz RS0120309, OGH 29.11.2005, 10 Ob 57/03 k; so auch BGH IVa ZR 232/85 VersR 1988, 178 [179]). Zum „Rollenkonflikt“ des Steuerberaters s *Köndgen*, Selbstbindung 377, 390, 413. Klarzustellen ist, dass die Neutralität des Sachverständigen ein starkes Indiz für die Drittgerichtetheit des fraglichen „Rats“ darstellt, den für eine Haftung erforderlichen Projektbezug desselben (s dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““, insb bei FN 2573) allerdings nicht zu ersetzen vermag. Anders ausgedrückt genügt die Drittgerichtetheit der Information infolge der neutralen Stellung des Informationsexperten dann nicht für eine Dritthaftung, wenn sich diese (dennoch) nicht adäquat eingrenzen lässt.

²⁵⁰⁵ *Fischer*, Haftungsfragen 162.

²⁵⁰⁶ S dazu bereits oben bei FN 2098.

²⁵⁰⁷ BGH VII ZR 237/60 WM 1962, 933 (934): Gutachten des Arbeitgebers, das in Vergleichsverhandlungen mit Arbeitnehmer eingeführt wird und zu einem negativen Verhandlungsergebnis für diesen führt; *Grunewald*, AcP (1987) 300 f; *Canaris*, JZ 1995, 446; vgl bereits *Köndgen*, Selbstbindung 413.

Parteien zur Umsetzung eines konkreten Projekts zu dienen bestimmt sind.²⁵⁰⁸ Auf Basis der hier vertretenen Haftungstheorie ist es ebenso stimmig, wenn der OGH in ständiger Rsp judiziert, dass ein gegen Entgelt tätiger, vertragserrichtender (und somit gleichzeitig beratender²⁵⁰⁹) Rechtsanwalt oder Notar auch zum Vertragspartner seines Klienten in ein „Verpflichtungsverhältnis“ trete, das auch zur Sorgfalt jenem gegenüber verpflichte.²⁵¹⁰

4) „Zweckbegrenzende“, also auf eine Dritthaftungsbeschränkung abzielende Abreden oder Vorbehalte²⁵¹¹ zwischen dem Sachverständigen und seinem Vertragspartner sind nur insofern drittwirksam,²⁵¹² als sie ausreichend objektiviert (insb im Gutachten) zum Vorschein treten. Solche Einschränkungen müssen also für den Dritten erkennbar sein²⁵¹³ (Vertrauensstheorie für die Vertrauenshaftung; s *Gesellschafterabschichtung* [oben S 41 ff]; vgl Art 17 WechselG; weiters § 5 Abs 1 Z 1 PHG).

Dieses Ergebnis ergibt sich schon aus einer konsequenten Anwendung des § 914 ABGB. Dabei ist die Erkenntnis wichtig, dass es im Rahmen der hier vertretenen (Vertrauens-)Haftungstheorie – anders als beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²⁵¹⁴ – nicht auf den Verständnishorizont der Vertragsparteien, sondern den des Dritten²⁵¹⁵ als gleichwertig beteiligte Person innerhalb der von § 1300 Satz 1 ABGB konstituierten Sonderbeziehung ankommt.²⁵¹⁶ Kurz gesagt ist der drittgerichtete Vertrauensstatbestand selbst entscheidend.²⁵¹⁷ Es muss dem Rechtsverkehr also offen signalisiert werden, dass eine für ihn bestimmte Expertise für einen konkreten Zweck (nicht) zu gebrauchen ist.²⁵¹⁸

²⁵⁰⁸ Canaris, JZ 1998, 606 f; ders, ZHR 163 (1999) 233; Kersting, Dritthaftung 555 f; Karner in FS Koziol (2010) 714; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegEntw SchuldRMdG, BT-Drucksache 14/7052, 190; vgl auch OGH 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132 (135): Haftung des vertragserrichtenden Rechtsanwalts gegenüber der Verkäuferin des Grundstücks, auch wenn der Käufer die Anwaltskosten trägt.

²⁵⁰⁹ Koziol, Haftpflichtrecht II², 184.

²⁵¹⁰ RIS-Justiz RS0026428, insb (aus neuerer Zeit) OGH 9 Ob 30/07 p MietSlg 60.184.

²⁵¹¹ Vgl dazu Lorenz in FS Larenz (1973) 619; Kersting, Dritthaftung 423 ff.

²⁵¹² Vgl RIS-Justiz RS0116078: *vertragsgemäße* Information Dritter und so entstandene Vertrauensbasis für Geschäfte dieser Personen.

²⁵¹³ OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (925) *Gesellschafterabschichtung*: bloß interne Abrede unbeachtlich; 20.10.2005, 3 Ob 93/05 f: der im Gutachten *ersichtliche* Gutachtensauftrag sei entscheidend; Karner, ÖBA 2001, 894 f; ders in FS Koziol (2010) 712, 717; Graf, JBl 2012, 215; Scheucher, ÖJZ 1961, 229; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 16; im Ansatz bereits OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (412) *Schätzmann*: Unbeachtlichkeit von Tatumständen, die dem Dritten nicht erkennbar sind; s auch BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1061); abw (Parteienabrede, Vertrag oder „Gutachtensauftrag“ primäre Bedeutung zumessend) Welser, Haftung 88; OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; RIS-Justiz RS0017178 T 10, OGH 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (180); OGH 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); 30.8.2011, 10 Ob 32/11 w; RIS-Justiz RS0017178 T 14, OGH 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s.

²⁵¹⁴ Canaris, JZ 1995, 444; ders, JZ 1998, 604; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Mühl, Haftung, Rz 249; aA BGH III ZR 245/96 ZIP 1998, 826 (827 f).

²⁵¹⁵ So iE Graf, JBl 2012, 215, 222; Riss, ÖBA 2014, 532; Köndgen, Selbstbindung 106 ff: legitime Erwartungen des Dritten; Grunewald, AcP 187 (1987) 305; Schneider, ZHR 163 (1999) 259; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889; Faust, AcP 210 (2010) 565; Berger/Stemper, WM 2010, 2292; Schuler, Verantwortlichkeit 253; BGH III ZR 245/96 ZIP 1998, 826 (827 f) (dort aber unzutreffender Weise für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; dazu mE insofern zR krit Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729); aus der österreichischen Praxis s zB BG Innere Stadt 26.08.2009, 25 C 41/09f-16, Vorinstanz zu OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (67) *Mündelaktie*: Verständnis des durchschnittlichen Erklärungsempfängers des Gutachtens sei entscheidend; vgl auch Vasella, Haftung 123, 126.

²⁵¹⁶ Zur Berücksichtigung der Erkenntnismöglichkeiten und Verhältnisse der „Sonderbeziehungs-Partner“ bei der Haftung aus einer rechtlichen Sonderbeziehung s Kalss, ÖBA 2000, 647; dies, ÖBA 2002, 195; Canaris, JZ 1998, 605; dens, ZHR 163 (1999) 229; Hennrichs in FS Hadding (2004) 889.

²⁵¹⁷ So iE bereits Grunewald, AcP 187 (1987) 299 ff, insb 304 f (auf Basis der Haftung aufgrund einer Garantieerklärung des Sachverständigen); Canaris, ZHR 163 (1999) 229 f, der auf die Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Ansicht hinweist, sofern man den

So könnte etwa ein Gutachter sein Arbeitsergebnis durch einen Hinweis nur zur Verwendung durch den Auftraggeber „freigeben“²⁵¹⁹ („nur zu betriebsinternen Zwecken“²⁵²⁰) oder sonst den Adressatenkreis einschränken²⁵²¹. Er könnte aber auch hervorheben, dass er bestimmte Unterlagen oder sonstige Informationen ungeprüft verwertet hat²⁵²² und etwa eine fremde Kreditauskunft als solche bloß weiterleitet²⁵²³; oder, dass sein Gutachten (in bestimmten Punkten) auf unverlässlichen Grundlagen aufbaut und daher (insoweit) keinen Richtigkeits- und Vollständigkeitsanspruch erhebt.²⁵²⁴ Ebenso könnte ein zusätzlich zum Prospektkontrollor iSd § 8 KMG beigezogener Sachverständiger, der im Rahmen der Prospektgestaltung nur Teile desselben prüft, seine Verantwortlichkeit dadurch eingrenzen, dass er den Umfang seiner Überprüfungsaufgabe im Prospekt offenlegt.²⁵²⁵ Selbstverständlich könnte der Sachverständige auch den Inhalt seiner Aussage einschränken (vgl § 274 Abs 1 Z 3 UGB).²⁵²⁶

Auf diese Weise kann der Experte sein Haftungsrisiko im Rahmen der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB selbst steuern,²⁵²⁷ wodurch dem allgemeinen Anliegen²⁵²⁸ Rechnung getragen wird, eine unzumutbare Belastung (Haftungsausuferung) zu vermeiden.²⁵²⁹ Wurde der Vertrauenstatbestand sogar gänzlich vom Sachverständigen zerstört,²⁵³⁰ ist eine Haftung überhaupt ausgeschlossen.²⁵³¹ Dann kommt es nicht darauf an, ob den dennoch vertrauenden Dritten (leichte oder grobe) Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten

Drittschutz (irgendwie) vertrauenshaftungsrechtlich begründet, was hier getan wurde (vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“); idS wohl auch *Fischer*, Haftungsfragen 170 f; s ferner *Karner*, ÖBA 2001, 895; *Kersting*, Dritthaftung 423 ff; *Vasella*, Haftung 328.

²⁵¹⁸ *Schäfer*, AcP 202 (2002) 831; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 266 f.

²⁵¹⁹ *Welser*, Haftung 88; *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders* in FS Koziol (2010) 718; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 267; *Bosch*, ZHR 163 (1999) 284; vgl OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924 f) *Gesellschafterabschichtung*; *Karner*, ÖBA 2001, 894 f; vgl weiters BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1061).

²⁵²⁰ RIS-Justiz RS0022654, OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236 *Vorläufige Bilanz*.

²⁵²¹ *Welser*, Haftung 109; *Meyer*, Rechtsfragen 98; *Kersting*, Dritthaftung 312 ff.

²⁵²² *Canaris*, JZ 1995, 466; *ders*, ZHR 164 (1999) 230; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 268; *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders* in FS Koziol (2010) 718; *Meyer*, Rechtsfragen 98; vgl *Fischer*, Haftungsfragen 171; BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 355 (356); III ZR 50/94 NJW 1995, 392 (394); X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1061); *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 208.

²⁵²³ *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 83; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 188.

²⁵²⁴ RIS-Justiz RS0026325, OGH 24.02.1954, 2 Ob 730/53; 20.10.2005, 3 Ob 93/05 f; vgl auch *Fischer*, Haftungsfragen 59; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 80; *Kersting*, Dritthaftung 424 f.

²⁵²⁵ *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 842 f; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 59; so ausdr § 45 Abs 3 dBörsenG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1044; BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425) und BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479 (1480) sowie BGH III ZR 125/06 NJW-RR 2007, 1332 (1334): Einstandspflicht ist auf die dem Experten zuzurechnenden Prospektaussagen beschränkt; vgl auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung 79; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 281; *Brawenz*, Prospekthaftung 173, 195, 197; *Schuler*, Verantwortlichkeit 260 FN 1496; allg *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 16; *Karner* in FS Koziol (2010) 717; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 227.

²⁵²⁶ *Meyer*, Rechtsfragen 98. S näher zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten des Wirtschaftsprüfers *Köndgen*, Selbstbindung 393.

²⁵²⁷ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 230; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/37; *ders*, Bankvertragsrecht I² Rz 3/31; *Welser*, Haftung 108 f; *Karner*, ÖBA 2001, 895; vgl auch *Grunewald*, AcP 187 (1987) 305 f. Zum berücksichtigungswürdigen Interesse des Schädigers, seine Haftung zu steuern, s auch *Kalss*, ÖBA 2002, 196; vgl auch *Fischer*, Haftungsfragen 165; *Mühl*, Haftung, Rz 259.

²⁵²⁸ *Hopt*, AcP 183 (1983) 683; *Koziol*, JBl 2004, 274.

²⁵²⁹ *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders* in FS Koziol (2010) 719.

²⁵³⁰ Von der Zerstörung des Vertrauenstatbestands sind Haftungsausschlüsse und -einschränkungen zu unterscheiden; s dazu noch unten bei FN 2546 sowie in FN 2544.

²⁵³¹ *Welser*, Haftung 109; *Karner* in FS Koziol (2010) 719; vgl *Schneider*, ZHR 163 (1999) 268.

vorzuwerfen ist (vgl. § 878 Satz 3 ABGB²⁵³²),²⁵³³ § 1304 ABGB ist insofern gar nicht anwendbar.²⁵³⁴

Ratingagenturen, die ihren AGB zufolge keine Empfehlung zum Wertpapierkauf abgeben²⁵³⁵, können sich auf dieses widersprüchliche Eigenverständnis jedoch nicht berufen.²⁵³⁶ Es gilt hier das oben²⁵³⁷ Ausgeführte sinngemäß. Vergleichen lässt sich dies mit der Klausel „ohne Obligo“ in einer Bonitätsauskunft. Damit bezweckt die Bank, diese Äußerung entgegen den allgemein bekannten wirtschaftlichen Zusammenhängen, insb. ihrer eigenen Selbstdarstellung²⁵³⁸, als *gänzlich* haftungsfreie Gefälligkeitsäußerung zu qualifizieren. Dies verwehrt ihr aber die hM²⁵³⁹ zu Recht, weil diese „Floskel“ den Verlässlichkeitsanspruch der Auskunft im Geschäftsverkehr nicht ernsthaft revidiert²⁵⁴⁰.²⁵⁴¹ Aufgrund der herausragenden Vertrauensstellung der Ratingagenturen am Kapitalmarkt kommt für sie eine Einschränkung des Vertrauenstatbestands wohl hauptsächlich in der Theorie in Betracht. Eine solche könnte man annehmen, wenn die Ratingagentur deutlich (vgl. § 864a, § 922 Abs 2 ABGB²⁵⁴²) vermittelt, dass sie bei der Bonitätsnotenvergabe geraten habe oder aufgrund unvollständiger oder unseriöser Informationsgrundlage zu dem betreffenden Rating gelangt sei.²⁵⁴³

5) Neben der Auslegung der Eingrenzungen des Vertrauenstatbestands kommt eine materielle Inhaltskontrolle solcher, gleichsam die Tatbestandsseite²⁵⁴⁴ des § 1300 Satz 1

²⁵³² S. dazu unten bei FN 2562.

²⁵³³ C. Völkl, ÖJZ 2006, 108; aA Scheucher, ÖJZ 1961, 229: bei leichter Fahrlässigkeit des Dritten komme es zur Anwendung des § 1304 ABGB.

²⁵³⁴ Zugegebenermaßen ist die Trennlinie zwischen der (wirksamen) Einschränkung der haftungsbegründenden Erklärung und dem Mitverschulden des Informationsadressaten nicht immer leicht zu ziehen, was die Entscheidung OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (Heinrich) zeigt. Darin hatte eine Auskunftsei fahrlässig eine positive Bonitätsauskunft erteilt, gleichzeitig aber einen Einzelhöchstkredit von € 5.000 angegeben. Ungeachtet dessen wickelte der Auskunftsempfänger, ein Bauunternehmen, ein Bauunternehmen auf die Auskunft Bauaufträge im Ausmaß von € 79.399,55 mit dem Auskunftsobjekt ab. Der OGH geht auf die Begrenzung des Höchstkredits nicht konkret ein, sondern spricht allg. von den Ungereimtheiten der Bonitätsauskunft und minderte daher den eingeklagten Betrag (€ 36.340 samt Anhang) um 50 %, dh auf € 18.170. ME hätte die Schadenersatzpflicht aber nicht über € 5.000 hinaus bejaht werden dürfen, weil der objektiv iSd § 914 ABGB erkennbare Vertrauenstatbestand nicht über diesen Betrag hinausreichte (krit auch Kantner, ZIK 2012, 90; Heinrich, ÖBA 2012, 394).

²⁵³⁵ S. oben in FN 2280 f.

²⁵³⁶ So wohl auch Habersack, ZHR 169 (2005) 206; vgl. Karner in FS Koziol (2010) 719 FN 173; aA Vetter, WM 2004, 1710 f, der von einer wirksamen Einschränkung des Vertrauenstatbestands ausgeht; wohl auch Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140.

²⁵³⁷ Unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc.β. Anwendung auf Ratings“.

²⁵³⁸ S. dazu Köndgen, Selbstbindung 181 ff; oben bei FN 2285.

²⁵³⁹ Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/101 mit FN 350 (für die Klausel „ohne Gewähr“: Einschränkung der Haftung auf das zulässige Maß); BGH II ZR 85/68 NJW 1970, 1737; II ZR 132/71 WM 1973, 635 (636); Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 84; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 13; s. auch bereits Last, Kreditauftrag 374 mit FN 409 (unter Verweis auf Dernburg, Das Bürgerliche Recht II/2⁴ [1915] § 294 bei Anm 4): Wirkungslosigkeit, wenn es sich um eine bloße „Redefloskel“ handelt, „die mit den Umständen des Falls in Widerspruch steht“.

²⁵⁴⁰ Vgl. Kersting, Dritthaftung 425 f; Schuler, Verantwortlichkeit 257.

²⁵⁴¹ Ein unbeachtliches widersprüchliches Verhalten des Informationsexperten liegt mE immer dann vor, wenn bei objektiver Betrachtung die fragliche Klausel die Gefährlichkeit der Information nicht wesentlich mindert.

²⁵⁴² Dazu oben nach FN 2349.

²⁵⁴³ Kersting, Dritthaftung 541; vgl. auch Schuler, Verantwortlichkeit 257.

²⁵⁴⁴ Die Inhaltskontrolle bezieht sich auf die „Rechtsfolgenreise“ (s. dazu sogleich im Fließtext), nicht aber auf die Tatbestandsseite. Denn die Inhaltskontrolle von Haftungseinschränkungen wird dergestalt durchgeführt, dass die privatautonom bestimmte Rechtsfolge (zB Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit) mit der Rechtsfolge des dispositiven Rechts (zB Haftung für jedes Verschulden) verglichen wird und dann je nach Ausmaß der Abweichung entschieden wird, ob diese sittenwidrig ist (dazu unten bei FN 5289). Diese Methode kann aber nicht funktionieren, wenn nach dem dispositiven Recht (*in concreto*: § 1300 Satz 1 ABGB) mangels Erfüllung aller

ABGB betreffender Erklärungen im Verhältnis zum dritten Informationsadressaten nicht in Frage.²⁵⁴⁵ Anderes gilt im Ergebnis für offengelegte Haftungsfreizeichnungen. Dies sind Erklärungen, die nicht Verwendungszweck oder Aussagegehalt des Sachverständigenurteils präzisieren (und damit den Vertrauenstatbestand einschränken), sondern bloß die Rechtsfolgen²⁵⁴⁶ einer unrichtigen Expertise festlegen (möchten).²⁵⁴⁷ Diese wirken mE nur im Rahmen des (AGB-)rechtlich Zulässigen²⁵⁴⁸ (auch) gegenüber Dritten.²⁵⁴⁹

Ob diese Drittwirkung rechtsgeschäftlich²⁵⁵⁰ oder „direkt vertrauenshaftungsrechtlich“²⁵⁵¹ begründet wird, ist einerlei: Entscheidend ist mE, dass § 1300 Satz 1 ABGB in der Grundkonstellation, die der Gesetzgeber vor Augen hatte (Haftung gegenüber dem Belohnenden), unzweifelhaft eine einschränkende Haftungsvereinbarung zulässt.²⁵⁵² Wird nun ein Drittschutz aus eben dieser Norm abgeleitet, kann es mE dem Sachverständigen nicht verwehrt werden, seine Verantwortlichkeit auch gegenüber Dritten innerhalb der Schranken der § 879 ABGB, § 6 KSchG privatautonom zu gestalten (Größenschluss), solange er die Haftungsfreizeichnung auf „verkehrsübliche Weise“ offenlegt²⁵⁵³ (vgl § 38 Abs 4 Satz 3 UGB). Diese Ansicht lässt sich zusätzlich mit dem Argument stützen, dass sich die Gefährlichkeit des Gutachtens durch eine darin enthaltene Haftungseinschränkungsklausel mindert, die dem Dritten vor Augen geführt wird: Der vernünftige Dritte wird einer solchen Expertise tendenziell weniger Vertrauen entgegenbringen als einer solchen, die „absoluten“ Richtigkeitsanspruch erhebt. ME ist es gesetzeskonform, wenn sich die Haftung proportional zur Gefährlichkeit der schädigenden Handlung verhält.²⁵⁵⁴

Tatbestandsmerkmale (*in concreto*: kein ausreichender Vertrauenstatbestand) die Rechtsfolge der (unbeschränkten) Haftung gar nicht eintreten kann, sodass es am Vergleichsmaßstab für die Inhaltskontrolle fehlt.

²⁵⁴⁵ So für das deutsche Recht *Canaris*, ZHR 163 (1999) 232.

²⁵⁴⁶ S auch die Unterscheidung zwischen Erklärungen, die den Vertrauenstatbestand betreffen und jenen, die die Rechtsfolge gestalten (möchten), bei *Kersting*, Dritthaftung 541; vgl dazu *Vasella*, Haftung 342.

²⁵⁴⁷ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 230 f; *Meyer*, Rechtsfragen 103.

²⁵⁴⁸ Näher dazu unten unter „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“; s dort (bei FN 5258) auch zum Sonderfall der Dritthaftung von Ratingagenturen; s dazu auch unten bei FN 3645.

²⁵⁴⁹ OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91 f); *Öllinger*, Haftung 215 FN 948; vgl auch *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; *Kersting*, Dritthaftung 430 ff; *Welser*, Haftung 112; s aber auch *dens*, ebd 109; aA für die Dritthaftung von Ratingagenturen *Vasella*, Haftung 346, der die Freizeichnung gegenüber Dritten ablehnt; vgl auch *Korth*, Dritthaftung 103, der eine in die Expertise aufgenommene Haftungseinschränkung idR als nicht drittwirksam ansieht und wohl einen (früheren) Haftungsausschlussvertrag zwischen dem Sachverständigen und dem Dritten fordert.

²⁵⁵⁰ So *Canaris*, ZHR 163 (1999) 230 ff; vgl schon *dens*, JZ 1995, 446; dagegen aber *Bosch*, ZHR 163 (1999) 284; *Meyer*, Rechtsfragen 102 f; *Vasella*, Haftung 346 (für die Schweiz); *Kersting*, Dritthaftung 315 ff; s aber auch *dens*, ebd 428 f.

²⁵⁵¹ *Karner*, ÖBA 2001, 895; wohl auch *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/101; vgl auch *Kersting*, Dritthaftung 429 ff.

²⁵⁵² S schon *Last*, Kreditauftrag 345.

²⁵⁵³ Für eine notwendige Offenlegung auch *Kersting*, Dritthaftung 430: Der Informationsempfänger müsse die Haftungsbeschränkung in sein Entscheidungskalkül einbeziehen können.

²⁵⁵⁴ Vgl oben bei und in FN 1755.

ß. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts“

1) Weitere Voraussetzung für eine Dritthaftung, die der OGH zutreffend betont, ist die Information als *Entscheidungsgrundlage* des Dritten.²⁵⁵⁵ Nur dann, wenn der Dritte Kenntnis vom „Rat“ iSd § 1300 ABGB hat, im Vertrauen darauf handelt und so zu Schaden kommt, ist der Anwendungsbereich dieser Norm eröffnet.²⁵⁵⁶ Der „Rat“ muss also zumindest mitursächlich für eine vom Informationsadressaten vorgenommene (Vermögens-)Disposition sein.²⁵⁵⁷ Sonstige Schäden (insb am Kredit), die durch unzutreffende Informationen verursacht werden, sind nicht vom Schutzbereich der Bestimmung erfasst (vgl dazu oben die Entscheidung *ÖAMTC-Ankaufstest* [S 38 ff]).

Das ergibt sich zum einen daraus, dass § 1300 ABGB einen Fall der Haftung für psychische Kausalität normiert;²⁵⁵⁸ zum anderen daraus, dass sie als gesetzliche Vertrauenshaftung²⁵⁵⁹ zu verstehen ist,²⁵⁶⁰ für die als „subjektive Anspruchsvoraussetzungen“ auf Seiten des Anspruchsberechtigten die Kenntnis des Vertrauenstatbestands und eine Disposition *im Vertrauen* auf diesen systemimmanent sind (vgl § 878 Satz 3, § 1019 Satz 1 ABGB, § 11 Abs 1 Satz 1 KMG²⁵⁶¹: Schaden, der „durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages“²⁵⁶², „im Vertrauen auf die Vertretungsmacht“ bzw „im Vertrauen auf die Prospektangaben“ entsteht).²⁵⁶³

Analog gilt § 1300 Satz 1 ABGB mE jedoch auch dann, wenn der Sachverständige (insb aufgrund bestimmter Vertragsgestaltung) berechtigt ist, direkt auf das Vermögen des „Informationsadressaten“ einzuwirken (also quasi anstelle desselben die Vermögensdisposition vorzunehmen), zB den Abschichtungsbetrag eines Gesellschafters bindend festzulegen (vgl den Fall *Gesellschafterabschichtung* [oben S 41 ff]). Denn mE

²⁵⁵⁵ *Hohensinn*, ÖJZ 2009, 30; *Karner* in FS Koziol (2010) 715.

²⁵⁵⁶ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; vgl OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann* (unter Berufung auf OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33); 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58; RIS-Justiz RS0026558: Das Gutachten dient als „Richtschnur“ (gemeint: für Entscheidungen Dritter).

²⁵⁵⁷ IdS zur Prospekthaftung *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 46.

²⁵⁵⁸ S dazu oben bei FN 1762.

²⁵⁵⁹ „Haftung“ meint dabei nicht immer eine schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit, sondern allg die Begründung einer Rechtspflicht (s zur Terminologie *Canaris*, Vertrauenshaftung 3).

²⁵⁶⁰ Oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

²⁵⁶¹ S auch noch § 200 Abs 3, § 916 Abs 2 ABGB: Erwerb von Rechten „im Vertrauen auf die Gültigkeit der Annahme an Kindesstatt“ bzw „im Vertrauen auf die Erklärung“; § 1500 ABGB, § 71 GBG: Ansichbringen einer Sache oder eines Rechts „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ bzw Erwirkung von Einverleibungen oder Vormerkungen „im Vertrauen auf das Grundbuch“; § 15 Abs 3 UGB: Handeln „im Vertrauen auf die Eintragung“.

²⁵⁶² § 878 Satz 3 ABGB normiert auf den ersten Blick einen Fall der Culpakompensation, die im österreichischen Recht allg als Fremdkörper (vgl § 1304 ABGB) eingestuft wird (so für die Culpakompensation des Art 8 Nr 11 EVHGB: ErläutRV HaRÄG 82; vgl aber unten unter „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“). Diese Kompensation ließe sich aber vor dem Hintergrund der Vertrauenshaftung systemkonform dadurch erklären, dass bei erkennbarer Unmöglichkeit des Vertragsinhalts der Vertrauenstatbestand als solcher zerstört oder zumindest zu stark geschwächt ist, als dass aus ihm eine Haftung abgeleitet werden könnte (vgl oben bei FN 2532; *Brawenz*, Prospekthaftung 108).

²⁵⁶³ *Canaris*, Vertrauenshaftung 507 ff, 510 ff, 514 ff; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 264; *Fischer*, Haftungsfragen 169 f; *Mühl*, Haftung, Rz 261 ff.

liegt § 1300 Satz 1 ABGB mit seinem Tatbestandsmerkmal des Sachverständigen der Gedanke zugrunde, dass die professionelle Information besonders gefährlich ist, was erweiterte Sorgfaltspflichten rechtfertigt.²⁵⁶⁴ Ist nun diese Gefahr dadurch massiv intensiviert, dass die Expertise des Sachverständigen²⁵⁶⁵ das Vermögen des Betroffenen unmittelbar zu schmälern vermag und damit die eigenständige „Kontrollmöglichkeit“ des Informationsadressaten fehlt,²⁵⁶⁶ muss ebenso eine (Dritt-)Haftung eingreifen.²⁵⁶⁷ Ähnliche Gedanken liegen einer Grundsatzentscheidung des OGH zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen gegenüber den Prozessparteien zugrunde.²⁵⁶⁸

2) Das Vorstehende führt zur Folgefrage, wie „intensiv“ der Zusammenhang zwischen dem „Rat“ und dem Dritten bzw seiner Disposition sein muss, damit sich dieser auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen kann. Das lässt sich mE nur beantworten, wenn man sich der gesetzlich ausdrücklich geregelten Dritthaftungsfälle²⁵⁶⁹ besinnt und ihre Wertung würdigt: Die Fahrlässigkeitshaftungen gem § 141 Abs 5 EO, § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG gehen von einer Situation aus, in denen die schädigende Information (das Schätzungsgutachten, die Erklärung, dass die erforderliche Prospekt-/Rechenschaftsberichtsprüfung vorgenommen wurde und der Prospekt/Rechenschaftsbericht sowie die Buchführung des Geprüften den gesetzlichen Anforderungen entsprechen bzw dass das Umtauschverhältnis angemessen ist) bekanntermaßen im Hinblick auf einen Vertragsabschluss²⁵⁷⁰ des (dadurch) Geschädigten (§ 141 Abs 5 EO, § 220b Abs 3 AktG)²⁵⁷¹ oder auch eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen der (dadurch geschädigten) Anleger (§ 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG) erteilt wird (vgl auch § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „for the guidance of others in their business transactions“). Damit ist in diesen Fällen von vornherein²⁵⁷² eine erkennbare Beziehung der Information zu einem bestimmten wirtschaftlichen

²⁵⁶⁴ S dazu oben bei FN 1755.

²⁵⁶⁵ Konsequenterweise müsste mE in einer solchen Fallkonstellation selbst das „Gutachten“ eines Laien zu einer Haftung führen, weil dieses dann ebenso gefährlich ist.

²⁵⁶⁶ Vgl *Welser*, Haftung 4, 19 f; *Meyer*, Rechtsfragen 101.

²⁵⁶⁷ Vgl *Karner*, ÖBA 2001, 897 f; Größenschluss; s dazu auch oben unter „Teil 1.I.C.1.b.gg. Gesellschafterabschichtung – 7 Ob 273/00 y: Maßgeblichkeit des Vertrauenstatbestands“ aE; s aber auch *Canaris* in FS Larenz II (1983) 97.

²⁵⁶⁸ OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225, 641 (646): „Im vorliegenden Prozesse aber handelt es sich nicht um einen Rat des Sachverständigen, dem eine der Prozeßparteien folgte, sondern um die vom Willen der Prozeßparteien unabhängige Hervorrufung einer bestimmten richterlichen Überzeugung, die, wenn der Richter auch an das Gutachten nicht gebunden war, im Urteil dem Gutachten entsprechend ihren Ausdruck fand“ (dort sprach sich der OGH freilich eher gegen eine Anwendung des § 1300 ABGB aus und erwägte nur eine Analogie zu dieser Norm); grunds zust *Welser*, Haftung 79.

²⁵⁶⁹ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

²⁵⁷⁰ Diese Voraussetzung (Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss) betont *Canaris*, ZHR 163 (1999) 224, was vor dem Hintergrund einer Dritthaftung aus *culpa in contrahendo* einleuchtet: Der haftpflichtige Dritte wird dann nämlich in das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen Geschädigtem und seinem Vertragspartner miteinbezogen, weswegen es für eine (Vertrauens-)Haftung erforderlich ist, dass der Geschädigte einen Vertrag schließt oder zumindest einen solchen anbahnt (zum Perspektivenwechsel s bereits oben nach FN 504); vgl weiters die Fälle bei *Schmidt/Feldmüller* in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 202.

²⁵⁷¹ Vgl auch die oben unter „Teil 1.I.C.1.b. Die „Welle der Haftungs(un-)freundlichkeit““ referierten Entscheidungen, insb *Goldgrube*.

²⁵⁷² Genauer: Bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des Sachverständigen und erst recht in jenem der Informationsweitergabe.

„Projekt“²⁵⁷³ gegeben.²⁵⁷⁴ In diesem geht der Zweck der „Raterteilung“ auf und mit dem geforderten Zusammenhang bleibt das involvierte Haftungsrisiko vorhersehbar.²⁵⁷⁵

3) Nur eine auf diese Weise klar eingegrenzte Dritthaftung berücksichtigt mE ausreichend die Problematik, dass es sich bei Informationen um „öffentliche Güter“ handelt,²⁵⁷⁶ die aufgrund der damit einhergehenden schadensmultiplizierenden Streuwirkung²⁵⁷⁷ zu einer ausufernden Haftung führen könnten.²⁵⁷⁸ Und nur eine solche Dritthaftung kann wertungsmäßig annähernd mit der Verantwortlichkeit gegenüber dem zahlenden Informationsadressaten²⁵⁷⁹ „mithalten“. Denn ähnlich wie bei der direkten Haftung diesem gegenüber muss der Sachverständige bei Dritten, die im Rahmen des haftungsrelevanten „Projekts“ Transaktionen tätigen, „konkret damit rechnen“, „dass das von ihm erstellte Gutachten ihnen zu Kenntnis gelangen und Grundlage für ihre weiteren wirtschaftlichen Dispositionen bilden“²⁵⁸⁰ wird.²⁵⁸¹ Die „Kalkulier- und Überblickbarkeit“ schadenersatzrechtlicher Folgen als der wohl tragende Grund für die strengere vertragliche Haftung für Vermögensschäden im Vergleich zu jener aus Delikt²⁵⁸², spricht also für eine entsprechend abgesteckte Drittverantwortlichkeit gem § 1300 Satz 1 ABGB nach vertraglichen Grundsätzen²⁵⁸³.²⁵⁸⁴ Dadurch erreicht man auch eine Harmonie mit der

²⁵⁷³ Für eine Eingrenzung des geschützten Personenkreises nach dem „Projekt“: *Canaris*, ZHR 163 (1999) 235 f, 239; *Karner*, ÖBA 2001, 896; *ders* in FS Koziol (2010) 717; *ders*, ÖBA 2010, 594; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 58; *Meyer*, Rechtsfragen 99; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292 FN 45; *Schroeter*, Ratings 916; iE auch *Korth*, Dritthaftung 81 ff, 135; vgl bereits *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 92; *dens*, JZ 1995, 446; *dens*, JZ 1998, 606; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 229; implizit auch *Hübner*, NJW 1989, 10; Haftung für Wertgutachten „im Hinblick auf ein konkretes Finanzierungsvorhaben“; s dazu auch *Fischer*, Haftungsfragen 166; vgl für die Schweiz *Loser*, Vertrauenshaftung 470.

²⁵⁷⁴ Vgl *Welser*, Vertretung 81 ff; *dens*, *ecolex* 1992, 309 FN 51: erhöhte Sorgfaltspflichten in Bezug auf solche Handlungen, „die entweder selbst für den geschäftlichen Kontakt bestimmt sind oder sich zumindest auf einen solchen beziehen“ (Hervorhebung nicht im Original); tendenziell anders *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 99; aA auch *Graf*, JBl 2012, 219 (zu dessen Argumentation s noch unten in FN 2764).

²⁵⁷⁵ *Canaris*, JZ 1998, 606; *ders*, ZHR 163 (1999) 235; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 830; *Karner* in FS Koziol (2010) 717; *ders*, ÖBA 2010, 594; vgl BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1872) (zur Prospekthaftung): Begrenzung des Haftungsrisikos des Sachverständigen mit dem Wert jenes Geschäfts, das im Vertrauen auf die Expertise des Sachverständigen abgeschlossen wird; vgl ferner *Lorenz* in FS Larenz (1973) 619; *Hübner*, NJW 1989, 10; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 249.

²⁵⁷⁶ *Schäfer*, AcP 202 (2002) 812; *Reidenbach*, Ratingagenturen 335; speziell für Ratings *Eisen*, Haftung 342, 356; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292; *Bremer*, NZG 2011, 100; *Schuler*, Verantwortlichkeit 248; *Amort*, EuR 2013, 282; vgl auch *Oppitz*, ÖZW 2011, 66; *Oehler/Voit*, ÖBA 1999, 968. Unter öffentlichen Gütern versteht man solche, die nach der Erstmutzung ebenso gut (ohne Nachteil) von anderen Personen weiter benutzt werden können (vgl auch *Kalss*, ÖBA 2000, 652; *Reidenbach*, Ratingagenturen 43 mit FN 106).

²⁵⁷⁷ *Schneider*, ZHR 163 (1999) 255; *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders*, ÖBA 2010, 594 (zu Ratings); *Köndgen*, Selbstbindung 401; vgl auch *dens*, ebd 367, 373; *Lammel*, AcP 179 (1979) 344; *Meyer*, Rechtsfragen 93; *Eisen*, Haftung 357; *Fischer*, Haftungsfragen 165.

²⁵⁷⁸ Zur Erforderlichkeit, der schadensmultiplizierenden Streuwirkung im Rahmen der Ausgestaltung der Dritthaftung entgegenzuwirken, s *Schneider*, ZHR 163 (1999) 255; *Deipenbrock*, BB 2003, 1853 mit FN 116.

²⁵⁷⁹ Dazu oben nach FN 2463.

²⁵⁸⁰ OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; vgl auch OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (832) *Frischzellentherapie*; 20.10.2005, 3 Ob 93/05 f; 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300 (301); s dazu auch *Karner*, ÖBA 2001, 895; *Graf*, JBl 2012, 214.

²⁵⁸¹ Vgl dazu die erste „Grundregel“ *Koziols* (JBl 2004, 277) zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich: Je geringer die Gefahr einer unbegrenzten Anzahl von Geschädigten ist, desto eher sei eine Haftung gerechtfertigt.

²⁵⁸² Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 649; *Koziol*, ZEuP 1995, 363; *Picker*, JZ 1987, 1053 f; *dens* in FS Medicus (1999) 438 ff.

²⁵⁸³ Es gilt zu betonen, dass eine Eingrenzung des geschützten Personenkreises nach dem „Haftungsprojekt“ im Rahmen der hier vertretenen Bedeutung des § 1300 Satz 1 ABGB („Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ßß. „Konstitutives Verständnis“ des § 1300 Satz 1 ABGB“) mE sehr wichtig ist. Das zeigt sich va dann, wenn man jene Ansicht konsequent zu Ende denkt, die § 1300 Satz 1 ABGB auch als „haftungskonstitutiv“ begreift, aber den Bedeutungsgehalt des Belohnungs-Tatbestandsmerkmals (in Anlehnung an die hM) völlig minimiert (s dazu bereits oben bei FN 2365). Wendet man einmal den Blick von den Ratingagenturen ab und bedient sich dieser Auffassung in anderen Zusammenhängen, kommt man zu mE sehr bedenklichen Ergebnissen. Ein Sachverständiger würde demnach auch dann haften, wenn er gegenüber der Öffentlichkeit eine bestimmte Ansicht vertritt (vgl *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 100, 105: Erklärung an die „Marktöffentlichkeit“). So müsste ein Rechtsanwalt, der auf seiner Webseite eine bestimmte Rechtsauffassung vertritt, all jenen Internetnutzern haften, die sich in einem Sachverhalt wie dem vom Rechtsanwalt beschriebenen befinden und ihre Dispositionen im

allgemeinen *ratio*, gegen den Ersatz von Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich spreche die damit einhergehende Haftungsausuferung²⁵⁸⁵, weil die durch das Projekt abgegrenzte Dritthaftung eine solche zu vermeiden vermag²⁵⁸⁶.

Ein weiterer, hervorhebungswürdiger Unterschied zum deliktischen Bereich ist darin zu sehen, dass die auf diese Weise von § 1300 Satz 1 ABGB geschützten Vermögensinteressen für den Sachverständigen aus den dargestellten Gründen klar umgrenzt und „offenkundig“ sind. Deswegen ist das Argument, gegen die Ersatzfähigkeit von Schäden am bloßen Vermögen sprächen dessen schwache Konturen²⁵⁸⁷, insoweit nicht gerechtfertigt.²⁵⁸⁸

Dadurch wird dem Sachverständigen letztlich die Risikoabschätzung *ex ante* erleichtert²⁵⁸⁹ und ihm ermöglicht, das gesamte Haftungsrisiko (inklusive Dritthaftungsrisiko) in seine Leistung einzupreisen, die er gegenüber seinem Vertragspartner erbringt.²⁵⁹⁰ Der Experte kann sich – wovon der Grundgedanke des § 1300 Satz 1 ABGB ja offensichtlich ausgeht – seine Haftung auf diese Weise selbst wirtschaftlich zumutbar gestalten,²⁵⁹¹ indem er Leistung und haftungsrechtliche Belastung in ein für ihn angemessenes Verhältnis

Vertrauen auf die öffentlich vertretene Meinung desselben treffen (vgl. *Zankl*, *ecolex* 2000, 472 f, der die Haftung mE zutreffender Weise ablehnt). Das „haftungseinschränkende“ Kriterium des Handelns aus bloßer Gefälligkeit ist hier „natürlich“ (s bereits oben bei FN 2385) bedeutungslos, weil der Advokat selbstverständlich nicht „selbstlos“ handelt, sondern im wirtschaftlichen Werbungsinteresse tätig wird (*Zankl*, *ecolex* 2000, 472; vgl. *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 12 mit FN 7; *C. Völkl*, *ÖJZ* 2006, 100, 102). Sich allein auf den Zweck der Auskunft zurückzuziehen und danach eine Eingrenzung des geschützten Personenkreises vorzunehmen, wird in einem solchen Fall ebenso nicht wirklich weiterhelfen. Denn es ist gerade die Absicht des Rechtsanwalts, dass die von ihm veröffentlichte Information so vielen Personen „wie möglich“ zur Kenntnis gelangt und es liegt keinesfalls außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass diese Informationsadressaten ihr Handeln nach dem Inhalt der Auskunft ausrichten. Durch die allfällige Disposition im Vertrauen auf die Rechtsmeinung könnte die Reputation des Sachverständigen zusätzlich gefördert werden, sodass eine solche Breitenwirkung der Information vielleicht sogar vom Rechtsanwalt gewollt ist. Entspr gilt für verwandte Konstellationen, in denen uU sogar tatsächlich ein Entgelt für die Information an den Sachverständigen fließt, der Dritte jedoch nicht vom „Haftungsprojekt“ erfasst ist, insb weil es (auch hier) gar kein haftungseinschränkendes „Projekt“ gibt: Soll ein Experte, der Beiträge für eine Tageszeitung schreibt oder ein Gutachten in einer Fachzeitschrift veröffentlicht, bei Fahrlässigkeit wirklich allen Lesern haften, die im Vertrauen darauf disponieren? Das ist mE in aller Regel schon aufgrund der mangelnden objektiven Eignung solcher Informationen als Dispositionsgrundlage iSd § 1300 Satz 1 ABGB zu verneinen (s bereits oben bei FN 2240; damit scheidet in diesen Fällen eine Sachverständigenhaftung sogar gegenüber dem [zahlenden] Abonnenten aus). Und außerdem ist man bei einem „Verzicht“ auf die Eingrenzung nach dem „Haftungsprojekt“ gezwungen, die Dritthaftung des Abschlussprüfers gem § 1300 Satz 1 ABGB entgegen den Wertungen der § 275 UGB und § 11 Abs 1 Z 4 KMG (dazu ausf oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“) zu bejahen (s *C. Völkl*, *ÖJZ* 2006, 102 f; *dens/Lehner* in *Straube*, UGB³ [2012] § 275 Rz 100, 112; vgl demgegenüber unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.y. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“).

²⁵⁸⁴ Zur Berücksichtigung der vertragsähnlichen „Nahebeziehung“ zwischen Schädiger und Geschädigtem im Rahmen einer Haftung aus (kapitalmarktrechtlicher) Sonderbeziehung s *Koziol*, JBl 1994, 221 f; *Kalss*, ÖBA 2000, 649, 653, 659; vgl auch *Canaris* in FS Giger (1989) 96 f; *Brawenz*, Prospekthaftung 42 ff, 101 ff, 160 ff; *Nowak*, Prospekthaftung 23.

²⁵⁸⁵ *Koziol*, JBl 2004, 274.

²⁵⁸⁶ Zur Haftungssteuerung durch Einschränkung des Vertrauenstatbestands s oben bei FN 2511; zur speziellen Situation hinsichtlich der Zumutbarkeit der Haftung von Ratingagenturen und zu der Parallele zu § 11 KMG s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“.

²⁵⁸⁷ *Koziol*, JBl 2004, 275.

²⁵⁸⁸ Vgl *Picker*, AcP 183 (1983) 494; vgl dazu auch die 6. Regel *Koziols* (JBl 2004, 278) zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden: „Die Haftung für reine Vermögensschäden ist um so eher gerechtfertigt, wenn dem Schädiger die finanziellen Interessen bekannt waren oder diese zumindest offenkundig sind“; s dazu auch *Graf*, JBl 2012, 226.

²⁵⁸⁹ Vgl *U. Torggler*, wbl 2001, 549.

²⁵⁹⁰ *Karner*, ÖBA 2001, 895; *ders* in FS *Koziol* (2010) 705, 716; s zur Einpreisung des Haftungsrisikos (Verteuerung der Leistung des Sachverständigen aufgrund der [Dritt-]Haftung) auch *Welser*, Haftung 87, 100; *Brawenz*, ÖBA 1992, 430; *Kalss*, ÖBA 2000, 644; *dies*, ÖBA 2002, 189, 202; *Koziol*, JBl 2004, 282; *Bertl/Fraberger*, RWZ 2002, 61; *Brogyanyi*, VWT 2002 H 1, 7, P 13; *Karollus*, RdW 2006, 393; *Graf*, JBl 2012, 217; BGH III ZR 277/08 DSStRE 2010, 193 (195); OLG Stuttgart 12 U 132/07 BeckRS 2008, 09090 (P 82); *Köndgen*, Selbstbindung 397; *Schäfer*, AcP 202 (2002) 823, 830 f; *Hopt*, AcP 183 (1983) 654; *Hirte*, Berufshaftung 314 f; *Hübner*, NJW 1989, 11; speziell zur Einpreisung des Dritthaftungsrisikos von Ratingagenturen s *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 716 mit FN 44; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2292.

²⁵⁹¹ *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 968; vgl bereits *Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny* in *v. Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612.

bringt²⁵⁹² und für seine Vertrauenshaftungskosten ausreichend entschädigt wird.²⁵⁹³ Ferner kann er so besser adäquaten Versicherungsschutz,²⁵⁹⁴ insb eine sog „Projektversicherung“²⁵⁹⁵ erhalten.

Die hier vorgenommene Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Dritthaftungsrisikos erinnert an die Herstellerhaftung gem § 1 PHG. Auch dort wird offenbar der möglichen Überwälzung des erweiterten Dritthaftungsrisikos im Wege der Preisgestaltung und der dadurch verwirklichtbaren Erschwinglichkeit der Verantwortlichkeit gesetzlich Rechnung getragen.²⁵⁹⁶

4) Mit dem Entgelt des Sachverständigen samt eingepreistem Haftungsrisiko hängt ein Punkt zusammen, der für eine Eingrenzung des geschützten Personenkreises nach dem beabsichtigten „Projekt“ spricht. Bezieht man aufgrund eines solchen Kriteriums, das insb auf einen Folgevertragsabschluss des Dritten abstellt, diesen allenfalls in den Schutzbereich des § 1300 Satz 1 ABGB ein, fällt es oft leichter, den oben geforderten Zusammenhang zwischen diesen und der (von einer anderen Person geleisteten) Belohnung²⁵⁹⁷ herzustellen. Dafür muss man nur den Blick auf das (Folge-)Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und seinem Vertragspartner lenken. In aller Regel wird sich hierbei zeigen, dass der Dritte die Belohnung des Sachverständigen in wirtschaftlicher Hinsicht (mit-)trägt, wenn und weil sein Vertragspartner diese zuvor an den Sachverständigen gezahlt hat und diese Kosten in weiterer Folge auf den Dritten (wenn vielleicht auch nur zum Teil²⁵⁹⁸) umlegt.²⁵⁹⁹

Um konkreter zu werden: Das Entgelt des Sachverständigen, der vom Gericht bestellt wird und der die Kosten des Exekutionsverfahrens mit seiner Schätzung iSd § 141 EO erhöht, trägt „letztendlich“ der dritte Ersteher. Denn das von ihm zu entrichtende Meistbot soll *ex lege* auch dazu verwendet werden, diese Schätzungskosten zu decken (§ 216 Abs 2 EO)^{2600 2601}. Die Kosten des Rechenschaftsberichtsprüfers sowie jene des

²⁵⁹² Vgl P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 377; BGH III ZR 307/07 NZG 2009, 37 (38); OGH 10 Ob 9/12 i ÖBA 2012, 776: Entgelt „als Indiz für das Ausmaß des zu tragenden Risikos“.

²⁵⁹³ Vgl Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵, 559; s dazu bereits oben bei FN 2426.

²⁵⁹⁴ Karner, ÖBA 2001, 895; ders, ÖBA 2010, 594.

²⁵⁹⁵ S dazu Kalss, ÖBA 2002, 203 mit FN 223.

²⁵⁹⁶ Vgl auch Welser, Haftung 100.

²⁵⁹⁷ Vgl oben bei FN 2469.

²⁵⁹⁸ Vgl Bertl/Fraberger, RWZ 2002, 62.

²⁵⁹⁹ Zum erforderlichen Zusammenhang zwischen Kostenbelastung und des durch die Vertrauenshaftung Geschützten aus ökonomischer Sicht vgl Schäfer, AcP 202 (2002) 820, 831 f, 840; dens/Ott, ökonomische Analyse⁵, 560 f, 576: Vertrauensschutz des Reisenden, der vom Bahnangestellten eine falsche Auskunft erhält und den Zug verpasst; kein Vertrauensschutz desjenigen, der auf die Unternehmensbewertung einer Börsenzeitschrift oder auf die Anleitung in einer Nottestamentsmappe vertraut, diese jedoch nicht selbst käuflich erworben hat.

²⁶⁰⁰ Angst in Angst, EO² (2008) § 216 Rz 6, 19, 22 (s dort auch zur Rangordnung der zu berichtenden Ansprüche); s dazu auch OGH 1 Ob 539/35 SZ 17/117, 331 (333).

Prospektkontrollors samt deren eingepreisten Schadenersatzrisiken übernehmen „am Ende des Tages“ die Anleger: Der Emittent bezahlt zwar zunächst als Vertragspartner des Prüfers dessen Honorar vorläufig selbst.²⁶⁰² Er wälzt diesen Aufwand allerdings sodann in seinen Emissionsbedingungen, etwa durch Erhöhung des Ausgabebetrags²⁶⁰³, (wenn auch nur partiell) gleichmäßig auf die Gesamtheit der Anleger über²⁶⁰⁴.²⁶⁰⁵ Den Preis für die Leistung des Verschmelzungs- und Spaltungsprüfers zahlen letzten Endes die Aktionäre, weil das Prüfungsentgelt den Jahresgewinn und damit ihre Dividenden bzw Anteilswerte oder Barabfindung schmälert²⁶⁰⁶.

Es ist daher naheliegend, dass das Gesetz solchen mittelbar „belohnenden Dritten“ explizit Schadenersatzansprüche gegen den („über Umwegen“) belohnten Sachverständigen zubilligt (§ 141 Abs 5 EO, § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 Satz 3 AktG²⁶⁰⁷). Und auch in der Rsp findet der vorstehende Gedanke implizite Anerkennung: Im Rahmen der Haftung des vertragserrichtenden Rechtsanwalts gegenüber der Verkäuferin einer Liegenschaft gem § 1300 Satz 1 ABGB wird es ausdrücklich für unbeachtlich erklärt, dass die Anwaltskosten der Käufer trägt.²⁶⁰⁸ Dies führt nämlich dazu, dass dieser Kostenfaktor bei der Preisgestaltung vom Verkäufer berücksichtigt werden muss und dieser daher indirekt den Rechtsanwalt (mit-)bezahlt. Ebenso konsequent ist es, dass ganz allgemein der gerichtliche Sachverständige für sein Gutachten gegenüber den Prozessparteien persönlich haftet,²⁶⁰⁹ mag er auch vom Gericht bestellt worden sein. Denn die Kosten hierfür übernimmt wirtschaftlich die unterlegene Partei nach dem Erfolgsprinzip (§§ 41, 43 ZPO).²⁶¹⁰

²⁶⁰¹ Das würdigt mE der OGH in der Entscheidung OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10 (20) nicht ausreichend, wenn er meint, das Schätzgutachten sei gegenüber dem Ersteher nicht entgeltlich iSd § 1300 ABGB; vgl dagegen aber jetzt OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (894) (EvBl 206).

²⁶⁰² *Köndgen*, Selbstbindung 397; s zu den Kosten der Haftung von Ratingagenturen, die diese auf den Emittenten umlegen: *Vetter*, WM 2004, 1709; *DAI/BDI/VDT*, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 2 f; *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 14.

²⁶⁰³ *Kalss*, ÖBA 2000, 652 f; *dies*, Anlegerinteressen 176.

²⁶⁰⁴ Ökonomisch gesehen kommt es durch die Kostenüberwälzung *via* Preisgestaltung – ähnl wie bei einer Versicherung – zu einer sinnvollen Schadensverteilung unter den Anlegern (allg dazu *Hopt*, AcP 183 [1983] 654; *Hübner*, NJW 1989, 11; *Kalss*, ÖBA 2000, 644; *dies*, ÖBA 2002, 189: „Streuungseffekt der Schadenstragung und Kostenbelastung“; *Hirte*, Berufshaftung 314 f; vgl auch *Peters*, Haftung 125), weil sämtliche Anleger die Haftungskosten des Sachverständigen wirtschaftlich tragen und der individuelle Anlegerschaden durch einen Anspruch desselben gegen den Sachverständigen ausgeglichen wird.

²⁶⁰⁵ *Kalss*, ÖBA 2000, 644; vgl auch *dies*, ÖBA 2002, 189 (zur Abschlussprüferhaftung); vgl ferner Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63; Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 21, 23 f, 26 (insb 24: „eine vom Schutzzweck des Gesetzes ungewollte Belastung der Anleger“); zur Gutachterhaftung allg s *Schäfer*, AcP 202 (2002) 830.

²⁶⁰⁶ Oder den Verlust der Gesellschaft erhöht.

²⁶⁰⁷ Allenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG; s auch § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG.

²⁶⁰⁸ OGH 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132 (135).

²⁶⁰⁹ RIS-Justiz RS0026319, insb OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225; 05.05.2004, 9 Ob 67/03 y; 25.05.2007, 6 Ob 85/07 d; 10.07.2008, 8 Ob 69/08 t; 2 Ob 180/08 x ecolex 2009, 317; 9 Ob 38/11 w EF-Z 2011, 218; 22.06.2012, 1 Ob 67/12 b; 6 Ob 51/13 p Sachverständige 2013, 161 (163); aA RIS-Justiz RS0103340, BGH VI ZR 113/71 NJW 1974, 556.

²⁶¹⁰ Vgl dazu die Argumentation in OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225, 641 (646): analoge Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB, weil die Parteien des Verfahrens den gerichtlichen Sachverständigen finanzieren; grunds zust *Welser*, Haftung 79.

In all diesen Fällen liegt eine über eine Zwischenperson geschaltete und insofern verlängerte „Entgeltbeziehung“ zwischen Sachverständigem und (drittem) Geschädigten vor,²⁶¹¹ woran die Haftungsfolge des § 1300 Satz 1 ABGB gerade anknüpft.²⁶¹² Ähnliches gilt übrigens für die Produkthaftung²⁶¹³, worauf oben²⁶¹⁴ bereits hingewiesen wurde. Der in der vorliegenden Arbeit vollzogene Einbezug der (wenn auch nicht unmittelbaren²⁶¹⁵ bzw juristisch-formalen, sondern) mittelbaren Entgeltbeziehungen²⁶¹⁶ zwischen Schädiger und Geschädigtem in die Haftungsbegründung²⁶¹⁷ ist mE Ausdruck der Flexibilität des Schadenersatzrechts²⁶¹⁸. Dieses nimmt stets eine Interessenabwägung eben zwischen diesen Personen vor,²⁶¹⁹ genauer: dem Interesse an Handlungsfreiheit auf der einen²⁶²⁰ und dem am Güterschutz auf der anderen Seite.²⁶²¹ Dadurch genügt das Gesetz der ökonomischen Forderung, eine „Äquivalenz von haftungsrechtlichem Schutz und Zahlung für eben diesen Schutz“ herzustellen, um eine („quasi-“)vertragliche Haftung rechtfertigen zu können.²⁶²² Schließlich lässt sich auch insoweit sagen, der Dritte hätte sich die strengere Sorgfaltspflicht des Sachverständigen „erkauft“.²⁶²³

Zur Klarstellung ist zu betonen, dass mE der Nachweis einer mittelbaren Entlohnung durch den Dritten im vorstehenden Sinn kein zwingendes Erfordernis für die Dritthaftung darstellt. Ist allerdings zweifelhaft, ob der Geschädigte (genauer: sein Schaden) vom haftungsrelevanten „Projekt“ erfasst ist, spricht eine derartige Entgeltbeziehung mE für den Schutz solcher indirekt belohnender Dritter.

5) Analysiert man, in welcher Weise die Haftungen gem § 141 Abs 5 EO, § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG durch das ihnen zugrunde liegende „Projekt“ eingegrenzt sind, so zeigt sich dabei ein bedeutender Unterschied zur Abschlussprüfung.

²⁶¹¹ Insofern muss die Aussage von *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321, mE relativiert werden.

²⁶¹² *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321.

²⁶¹³ *S Welser*, Haftung 100.

²⁶¹⁴ Bei FN 2596.

²⁶¹⁵ Für die Entbehrlichkeit einer unmittelbaren Gegenleistung des Dritten für eine Sachverständigenhaftung diesem gegenüber (solange ein Interesse wirtschaftlicher Art bestehe) *Hirte*, Berufshaftung 421; v. *Bar*, Verkehrspflichten 125 ff, 235; *Köndgen*, Selbstbindung 233 ff; *Picker*, AcP 183 (1983) 493;

²⁶¹⁶ Vgl zur „indirekten Reziprozität“ *Köndgen*, Selbstbindung 248, 263.

²⁶¹⁷ So auch *Kalss*, ÖBA 2000, 654; *dies*, Anlegerinteressen 176; aus ökonomischer Sicht *Schäfer*, AcP 202 (2002) 830; zwf *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 109 (im dortigen Zusammenhang mE aber zR).

²⁶¹⁸ S dazu *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 957, 959 insb in FN 56.

²⁶¹⁹ Allg *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 50, 52; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 229; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185 (für § 1300 Satz 2 ABGB); vgl auch ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 578 f; *Odersky*, NJW 1989, 2, 5.

²⁶²⁰ S dazu bereits die Erwägungen von v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1295 Anm 5 und *R. v. Jhering*, JherJB IV (1861) 12 f sowie *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 471 f; vgl auch Bericht der XII. Kommission 103, abgedr bei *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1297; ferner *Hirte*, Berufshaftung 427.

²⁶²¹ *Welser*, Haftung 19; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 20; *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/43; *ders*, JBl 1994, 212 f; *ders*, JBl 2004, 274; *Welser*, Vertretung 75, 78; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 48; *Kalss*, ÖBA 2000, 648; OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (520) (*Koziol*); *Canaris* in FS Larenz II (1983) 39.

²⁶²² *Schäfer*, AcP 202 (2002) 832.

²⁶²³ So *F. Bydlinski*, JBl 1960, 362 (allg für die Vertragshaftung). Diese Entgeltlichkeitserwägungen sprechen mE nicht gegen die Charakterisierung des § 1300 Satz 1 ABGB als Tatbestand der Vertrauenshaftung (dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“), weil bei dieser allg auch auf die Schutzwürdigkeit des Anspruchsberechtigten Bedacht genommen wird und daher eine Vertrauenshaftung zT bei unentgeltlichem Rechtserwerb verneint wird (*Canaris*, Vertrauenshaftung 516 f).

Bei dieser erachtet das Gesetz die Beziehung zwischen dem Bestätigungsvermerk und den Dispositionen Dritter²⁶²⁴ (insb der Gläubiger und Anleger) konsequenterweise als zu lose,²⁶²⁵ um dieser – außerhalb vom Deliktsrecht (dh abgesehen vom vorsätzlichen Fehlverhalten des Prüfers²⁶²⁶) – haftungsrechtliche Relevanz zuzuweisen²⁶²⁷ (§ 275 UGB, § 11 Abs 1 Z 4 KMG).²⁶²⁸

Die gesetzliche Differenzierung zwischen Abschlussprüfern und Prospektkontrolloren, die in derselben Bestimmung (§ 11 KMG) „in die Augen fällt“²⁶²⁹, muss man umso mehr würdigen, wenn man die Wertungen des KMG ernst nimmt und diese nicht durch die Anwendung „allgemeiner Haftungsgrundsätze“ – mE unzulässiger Weise – „ausschaltet“.²⁶³⁰ Der notwendige Projektbezug ist auch Grund dafür, dass der Verschmelzungs- bzw Spaltungs- und Rechenschaftsberichtsprüfer²⁶³¹ im offensichtlichen Gegensatz zum Abschlussprüfer ausdrücklich Dritten gegenüber haften; in einem Fall (auch) den Aktionären der an der Umgründung beteiligten Gesellschaften, im anderen den Anlegern.²⁶³²

Bemerkenswert ist, dass sich die vorstehende Argumentation im Kern mit jener Begründung deckt, mit der die Materialien aus 1935 zur Abschlussprüfung die Abschlussprüferdritthaftung unter Bezugnahme auf die Rsp des deutschen Reichsgerichts verneint haben:

„Es ist zwar zuzugeben, daß das Reichsgericht die Auskunftshaftung sehr weit ausgedehnt hat. Es hat aber immer nur solche Fälle im Auge gehabt, bei denen die Auskunft erteilt worden ist *mit Rücksicht auf ein konkretes Geschäft*.^[2633] Davon kann bei dem Bestätigungsvermerk keine Rede sein. Der Bestätigungsvermerk wird nicht erteilt zu dem Zweck und mit dem Ziel, irgendein bestimmtes Geschäft zu ermöglichen.“²⁶³⁴

²⁶²⁴ Bzw die Beziehung zwischen Abschlussprüfer und Dritten.

²⁶²⁵ Insb *Koziol*, JBl 2004, 282, vergleicht die Dritthaftung des Abschlussprüfers insoweit mit der deliktischen Haftung.

²⁶²⁶ S dazu auch noch unten bei FN 2833.

²⁶²⁷ Gegen *Kalss*, ÖBA 2002, 196, die von einem ausreichenden Naheverhältnis ausgeht.

²⁶²⁸ Ausf zur fehlenden allg Abschlussprüferdritthaftung oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“. Vgl zur Distanz des Abschlussprüfers zum Projekt „prospektpflichtige Emission“: § 11 Abs 1 Z 4 KMG; *Welser*, *ecolex* 1992, 306, 309.

²⁶²⁹ Vgl auch *Kalss*, *Anlegerinteressen* 215.

²⁶³⁰ Ausf zum Konkurrenzproblem oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“.

²⁶³¹ S zu dem mE bestehenden Unterschied zwischen Rechenschaftsberichtsprüfer und Abschlussprüfer oben in FN 1936.

²⁶³² Vgl dazu oben bei FN 1008.

²⁶³³ Anm: Hervorhebung nicht im Original. Dass der OGH im Rahmen des § 1300 Satz 1 ABGB bisweilen judiziert, dass sich der „Rat“ nicht auf ein konkretes Geschäft beziehen müsse (OGH 3 Ob 502/57 SZ 30/68, 223 [228]; zust *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ [2007] § 1300 Rz 7; OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 [Kerschner]; zust *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} [2014] § 1300 Rz 4), steht dem auch deswegen nicht entgegen, weil das Höchstgericht dabei primär keine Dritthaftungsfälle im Auge hatte, sondern eine Verantwortlichkeit im zweiseitigen, wenn auch bloß vertragsähnlichen Verhältnis. Zwar ging es in der Entscheidung OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (320) (*Koziol*), in der der OGH auf den Bezug auf ein konkretes Geschäft ebenso verzichtete, um eine Dritthaftung, allerdings war der Fall doch insofern besonders gelagert, als hier der Dritte einen Schaden an einem absolut geschützten Rechtsgut (Eigentum) erlitten hatte, sodass kein „klassischer“ Fall der Gutachter-Dritthaftung vorlag.

²⁶³⁴ *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396; zust *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 17; vgl schon RG I 294/25 RGZ 114, 289 (289 f).

Die Tatsache, dass sich Gesellschaftsgläubiger möglicherweise früher oder später auf den Bestätigungsvermerk verlassen und demnach irgendeine (wenn überhaupt nur schwer vorhersehbare) Dispositionen treffen könnten, wurde also als nicht haftungsrelevant erachtet. Man beurteilte die „innere Beziehung“ zwischen dem Bestätigungsvermerk und den Geschäftsabschlüssen der Gläubiger als zu vage.²⁶³⁵ In den Worten *Welsers*²⁶³⁶ und des OGH (s insb *Verstreute Bonitätsauskunft*)²⁶³⁷, denen voll zuzustimmen ist, reicht es für eine Dritthaftung nicht aus, wenn der Sachverständige von vornherein abstrakt damit rechnen muss, dass sein Gutachten irgendwie irgendwelchen Dritten zu Kenntnis gelangen wird und diese darauf vertrauen werden.²⁶³⁸

Dieser Gedanke findet auch in v. *Zeillers* Kommentierung zu § 1300 Satz 1 ABGB Andeutung, wenn er darin davon spricht, dass der haftungsauslösende Rat nicht „im Allgemeinen“, sondern „in einem bestimmten Falle“ erteilt werden müsse.²⁶³⁹ Ein weiterer Zusammenhang zu dem hier für erforderlich gehaltenen Projektbezug der Information kann darin erblickt werden, dass der Referent die „Vorlegung der näheren Umstände“ gegenüber dem Sachverständigen für dessen Haftung verlangt²⁶⁴⁰. Dies ist, wie er zutreffend bemerkt, insb (aber mE nicht notwendigerweise²⁶⁴¹) dann der Fall, wenn der Rat „auf eine vorläufige Aufforderung“ seitens des Ratsuchenden hin erteilt wird.²⁶⁴² Gerade bei einem solchen Ersuchen um Informationserteilung wird der Auskunftgeber über den Auskunftszweck belehrt und ist es ihm aufgrund der damit einhergehenden „Situationsdefinition“ eher möglich, die involvierten Schadensrisiken zu erfassen^{2643 2644}.

²⁶³⁵ *Kolb*, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396; s dazu oben bei FN 937; vgl zum Genossenschaftsrevisor *Koziol*, JBl 1995, 688.

²⁶³⁶ *Welser*, Haftung 85, 88.

²⁶³⁷ RIS-Justiz RS0026558; RS0026569, OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 *Verstreute Bonitätsauskunft*; 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306 (307); RIS-Justiz RS0026564, OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); RS0017178 T 2, OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627 (628); vgl aber im Gegensatz dazu OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 (90 f) *Rieger Bank*.

²⁶³⁸ Auf dieser Linie auch BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860); III ZR 307/07 NZG 2009, 37; *F. Bydlinski*, JBl 1965, 321; *Koziol* in *Spier*, Limits 32; *ders*, ebd 70; *U. Torggler*, wbl 2001, 548 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 9; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 6; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 48, 50; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 80, 84; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 17; *Wilhelm*, ecolex 1991, 87; s aber auch *Karner*, ÖBA 2001, 896, der vorsichtiges Vorgehen bei Anwendung der einschlägigen Rechtssätze fordert.

²⁶³⁹ *V. Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; zT ähnl *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 4; *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913) 609; vgl dazu oben bei FN 1723; ferner auch *Zankl*, ecolex 2000, 472. Auch spricht v. *Zeiller* davon, dass die Raterteilung dann nicht gegen Belohnung iSd § 1300 Satz 1 ABGB erfolgt, wenn der Rat „erzählungsweise“ gegeben wird, was mE ebenso auf eine Situation hindeutet, in der der Bezug des Rats zu einem bestimmten „Projekt“ fehlt und es daher dem Sachverständigen nicht möglich ist, sein Haftungsrisiko zu überschauen.

²⁶⁴⁰ *V. Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; vgl auch *Zankl*, ecolex 2000, 472 f.

²⁶⁴¹ Dafür spricht auch die vorsichtige Formulierung v. *Zeillers* „wohl hauptsächlich dahin“ (*v. Zeiller*, ABGB [1813] § 1300 Anm 2); ebenso nicht diff *Köndgen*, Selbstbindung 358; *Eisen*, Haftung 343 FN 1400; vgl auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 92; BGH II ZR 85/68 NJW 1970, 1737.

²⁶⁴² *V. Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2.

²⁶⁴³ Darauf ebenso abstellend *Zankl*, ecolex 2000, 472 f.

²⁶⁴⁴ *Köndgen*, Selbstbindung 358; vgl OLG Karlsruhe 1 U 60/71 VersR 1972, 203 (204): Lebensversicherung ersucht Hausarzt des verstorbenen Versicherten um Auskunft und macht davon Auszahlung der Versicherungssumme an die Witwe des Versicherungsnehmers abhängig; vgl auch BGH II ZR 161/72 WM 1974, 685 (686); die um Auskunft ersuchende Bank weist darauf hin, welche Dispositionen ihr Kunde treffen werde, für den die Auskunft bestimmt ist.

Die hier in § 1300 Satz 1 ABGB verortete Wertung der notwendigen Projektnähe klingt auch im preußischen Recht an, wenn sich dort die strenge Verantwortlichkeit für Kreditauskünfte²⁶⁴⁵ nur auf solche Geschäfte erstreckte, „welche unmittelbar nach der Empfehlung mit dem Empfohlenen geschlossen“ wurden (II 8 § 708 ALR; vgl auch II 8 § 703 ALR).²⁶⁴⁶

6) Der demnach für § 1300 Satz 1 ABGB erforderliche Projektbezug²⁶⁴⁷ rückt diese Haftung in die Nähe, wenn auch nicht in den Kernbereich der *culpa in contrahendo*.²⁶⁴⁸ Diese setzt (auch in dem von § 311 Abs 3 BGB²⁶⁴⁹ erfassten Rahmen) nämlich *per definitionem* den Zusammenhang der schädigenden Handlung (des Sachverständigen) mit einem (potenziellen) Vertragsabschluss (des Informationsadressaten mit seinem Vertragspartner) voraus.²⁶⁵⁰ In der vorausgesetzten Projektnähe der Information, also der im Regelfall notwendigen Nahebeziehung zu einem Vertragsverhältnis, und in der Beeinflussung der Konditionen desselben durch den Sachverständigen kann eine zusätzliche systematische Rechtfertigung dafür erblickt werden, dass die (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB *vertraglichen* Grundsätzen folgt²⁶⁵¹.

Ausgeschlossen ist es mE jedoch nicht, die Dritthaftung iS dieser Norm selbst dann zu bejahen, wenn ausnahmsweise kein nachfolgender Vertragsabschluss vorliegt, sehr wohl aber ein sonstiger, insb „faktischer“ Projektbezug gegeben ist. So kommt etwa eine Haftung für Expertenäußerungen im Zuge von Infrastruktur- oder (Berg-)Bauprojekten in Betracht.²⁶⁵² Freilich müssen auch hierfür die Voraussetzungen der Norm (insb drittgerichtete Experteninformation gegen Belohnung und ein durch das Projekt abgegrenztes Haftungsrisiko) vorliegen.

yy. Präzisierung der Reichweite des geschützten „Projekts“

1) Die hier befürwortete Eingrenzung nach dem „Haftungsprojekt“ lässt sich mE in Anlehnung an § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 141 Abs 5 EO und § 220b Abs 3

²⁶⁴⁵ S dazu oben bei FN 1718.

²⁶⁴⁶ Anderenfalls ist – nach dem Konzept des ALR – die Zurechnung problematisch; so, aber aus heutiger Sicht mit überholter Ansicht Last, Kreditauftrag 321 f mit FN 116: Durchbrechung des Kausalzusammenhangs (nicht: Rechtswidrigkeitszusammenhangs; s aber auch dens, ebd 392), wenn das Geschäft nicht unmittelbar an die Empfehlung anschließt. Last weist auch auf die Verallgemeinerungsfähigkeit der zitierten Norm des ALR hin.

²⁶⁴⁷ Genau genommen ist der erforderliche „Projektbezug“ ein doppelter: Zum einen ist damit die Verknüpfung der Information mit dem „Haftungsprojekt“ gemeint, zum anderen kann man darunter auch den Zusammenhang zwischen der Vertrauensdisposition des Geschädigten und dem „Haftungsprojekt“ verstehen.

²⁶⁴⁸ Vgl Wilhelm, eolex 2001, 881; s dazu oben in FN 2570.

²⁶⁴⁹ Dazu oben bei FN 1389.

²⁶⁵⁰ Vgl Canaris, ZHR 163 (1999) 225.

²⁶⁵¹ S dazu oben bei FN 1857.

²⁶⁵² Vgl dazu die Entscheidung OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (Kerschner), wo der Hersteller von Fassadenverkleidungen im Vertrauen auf die von einem Zivilingenieur überprüften statistischen Berechnungen einen Schaden erlitt und diesen sodann auf Schadenersatz verklagte; der OGH hielt eine Haftung des Beklagten grunds für möglich; vgl ferner Bosch, ZHR 163 (1999) 278.

Satz 3 AktG²⁶⁵³, § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG, aber auch Art 74 Satz 2 UN-Kaufrecht sowie (negativ) § 275 UGB, § 11 Abs 1 Z 4 KMG dahingehend präzisieren, dass die Tätigkeit des Sachverständigen zumindest aus Sicht des Dritten²⁶⁵⁴ von vornherein,²⁶⁵⁵ dh bei Vertragsabschluss²⁶⁵⁶ des Experten, exklusiv²⁶⁵⁷ auf das erforderliche Projekt (allenfalls auch ausschließlich auf mehrere *ex ante* determinierte Projekte) ausgerichtet sein muss.²⁶⁵⁸ Dies trifft etwa auf einen Gutachter zu, der die Liegenschaft des Kreditsuchenden oder Verkäufers für eine Kreditfinanzierung oder einen Kauf bewertet²⁶⁵⁹ (s zB *Goldgrube* [oben S 35 ff]), der eine Unternehmensbewertung zwecks Berechnung der gesellschaftsrechtlichen Abschichtung vornimmt (s *Gesellschafterabschichtung* [oben S 41 ff]²⁶⁶⁰), der eine Prospektprüfung mit veröffentlichtem Prüfungsvermerk durchführt²⁶⁶¹ oder der im Zuge einer Wertpapieremission bestimmte Erklärungen an das übernehmende Bankenkonsortium abgibt (*comfort letter*²⁶⁶²) usw. Denn in diesen Fällen ist

²⁶⁵³ Allenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG.

²⁶⁵⁴ Dies ergibt sich aus dem vertrauenshaftungsrechtlichen Charakter des § 1300 Satz 1 ABGB (dazu „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“). Das Tatbestandsmerkmal des Projektbezugs harmoniert also mit dieser rechtsdogmatischen Einordnung insoweit, als dem Dritten bei „allgemeinen Expertisen“ (dh solchen, die nicht ausreichend auf ein „Projekt“ ausgerichtet sind [etwa Bestätigungsvermerk oder Emittentenrating]) erkennbar ist, dass der Sachverständige nicht projektbezogen tätig wird (vgl Meyer, Rechtsfragen 99).

²⁶⁵⁵ Vgl Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 49: Gutachten muss von vornherein für bestimmte Dritte bestimmt sein.

²⁶⁵⁶ Darauf stellt Art 74 Satz 2 UN-Kaufrecht ausdr ab. S bereits oben in FN 2572. Das hat den Sinn, dass der Sachverständige das Dritthaftungsrisiko diesfalls in seine Leistung einpreisen kann (s dazu oben bei FN 2590) und die haftungsbegründende Belohnung damit auch für den bzw die geschützten Dritten (mit-)geleistet wird (vgl bereits oben bei FN 2483).

²⁶⁵⁷ Das ergibt sich aus § 11 Abs 1 Z 4 KMG, s dazu sogleich im Fließtext bei FN 2670.

²⁶⁵⁸ Vgl Hübner, NJW 1989, 10: Haftung des Erstellers eines Wertgutachtens, der dieses „im Hinblick auf“ ein bestimmtes Finanzierungsvorhaben bei einer Bank erarbeitet; so auch die Tendenz bei Hennrichs in FS Hadding (2004) 890 f; aA Canaris, ZHR 163 (1999) 238, der meint, der Experte hafte für jedes beliebige Projekt, wenn er von dem Projekt, das sein Auftraggeber verfolgt, nichts weiß. Er führt als Bsp dafür an, dass ein Wirtschaftsprüfer ein freiwilliges Testat erstellt. Dieser solle dann „grundsätzlich“ gegenüber all jenen Personen haften, gegenüber denen der Auftraggeber von dem Testat Gebrauch macht. Denn es sei naheliegend, dass der Auftraggeber das Testat für irgendein Projekt verwendet. Diese Aussagen Canaris' überraschen, wo er doch die Dritthaftung von „gesetzlichen“ Abschlussprüfern zuvor – und offenbar unabhängig von handelsrechtlichen Bestimmungen (insb § 323 dHGB) – mit dem zutr Argument verneint, es sei lebensfremd, wolle man annehmen, der Abschlussprüfer übernehme beliebigen Dritten gegenüber eine persönliche Gewähr für die Gesetzmäßigkeit des Jahresabschlusses (Canaris, ZHR 163 [1999] 233). Das deckt sich mit Canaris' Argumentation zu der von ihm abgelehnten Dritthaftung der Stiftung Warentest: Bei ihr sei die „klar erforderliche“ persönliche Gewährsübernahme gegenüber einem „unbestimmten und überdies extrem großen Personenkreis“, den Verbrauchern, nicht gegeben (Canaris, ZHR 163 [1999] 233 f). Warum der Wirtschaftsprüfer hinsichtlich eines freiwilligen Testats aber dennoch eine „persönliche [Richtigkeits-]Gewähr“ gegenüber allen möglichen, nicht einmal ansatzweise bekannten Dritten übernehmen sollte, denen eine Kopie des Testats vorgelegt wird und die im Vertrauen darauf disponieren (Gläubiger, Anleger, Arbeitnehmer, ...?), leuchtet mE nicht ein. Insb kann die Freiwilligkeit der Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers alleine nach Canaris konsequenterweise nicht haftungsbegründend wirken, denn ansonsten müsste auch die Stiftung Warentest haften (was Canaris aber ablehnt). Canaris' Erklärung für die Differenzierung, Pflichttestate würden „eben gerade nicht erteilt, um irgendein Projekt des geprüften Unternehmens zu beeinflussen, sondern schlicht und einfach deshalb, weil sie gesetzlich vorgeschrieben sind“ (Canaris, ZHR 163 [1999] 238), suggeriert den unrichtigen Eindruck, dass Pflichtprüfungen einen Selbstzweck verfolgen. Diese Argumentation berücksichtigt mE nicht ausreichend, dass Pflichttestate dem Rechts- und Geschäftsverkehr sehr wohl als wichtige Orientierungshilfe dienen, was dem Abschlussprüfer *in abstracto* bekannt ist oder bekannt sein muss. Das spricht zwar nicht für eine allg Dritthaftung des Abschlussprüfers (vgl oben bei FN 1095), relativiert aber doch den von Canaris behaupteten (und nach ihm haftungsrelevanten) Unterschied zwischen freiwilliger und gesetzlicher Bilanzprüfung.

²⁶⁵⁹ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 Schätzmann; 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 Goldgrube; 6 Ob 81/01 p ÖBA 2002, 829 Frischzellentherapie; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 18; vgl zur Baulandbestätigung der Gemeinde und der Haftung nach AHG OGH 1 Ob 48/00 s JBI 2000, 729.

²⁶⁶⁰ Hier spricht für eine Dritthaftung auch schon die Parallele zu (§ 96 Abs 2 GmbHG iVm) § 220b Abs 3 Satz 3 AktG, § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG (vgl dazu schon oben nach FN 1944), die eine Haftung des bewertenden Verschmelzungs- und Spaltungsprüfers gegenüber den von der Bewertung vermögensmäßig betroffenen Aktionären vorsehen.

²⁶⁶¹ Vgl § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG sowie BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710 (711 ff) (wo der BGH in einem solchen Fall eine Dritthaftung bejaht).

²⁶⁶² Dabei erteilt der Wirtschaftsprüfer des Emittenten in dessen Auftrag (aber auf Veranlassung der Emissionsbank) dieser die Auskunft, dass ihm als begutachtenden Wirtschaftsprüfer keine Informationen bekannt sind, die darauf schließen ließen, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Emittenten seit dem letzten Jahresabschluss verschlechtert haben. Dadurch bezweckt die Emissionsbank, ihr Haftungsrisiko zu minimieren. S dazu Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 72 f; Kersting, Dritthaftung 551 f; Bösch, ZHR 163 (1999) 278; Kalss, ÖBA 2002, 188; Habersack/Schürmbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 316 Rz 28,

für den Experten klar oder er musste (angesichts der Umstände des Falls, insb des objektiv in Erscheinung tretenden Gutachtenszwecks) zumindest konkret davon ausgehen,²⁶⁶³ dass sein Gutachten eine Entscheidungsgrundlage für die im Rahmen dieses Projekts handelnden Personen darstellt²⁶⁶⁴.²⁶⁶⁵ Die Sachverständigentätigkeit muss also insofern von Anfang an²⁶⁶⁶ zielgerichtet erfolgen.²⁶⁶⁷ Dies wird insb dann gegeben sein, wenn dem Experten der projektbezogene Zweck des Gutachtens bei Auftragserteilung (und nicht etwa erst bei mündlicher Erörterung der Expertise²⁶⁶⁸) bekannt gegeben wird.²⁶⁶⁹

2) Selbst das reicht für eine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB mE aber dann nicht aus, wenn die (insb veröffentlichte) professionelle Information ihrem Inhalt nach auch noch andere Transaktionen als das dem Sachverständigen vor Augen geführte Projekt beeinflussen wird, sodass es an der Exklusivität der Informationsausrichtung auf ein klar umgrenztes Projekt²⁶⁷⁰ mangelt. Das ergibt sich aus § 11 Abs 1 Z 4 KMG. Diese Norm fordert für eine Dritthaftung des Abschlussprüfers nicht nur dessen Wissen, dass sein Bestätigungsvermerk als Unterlage für die Prospektkontrolle dienen wird, sondern zusätzlich sein Wissen über die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Prospektangaben. Die Bestimmung schließt also eine Dritthaftung für fahrlässige Prüfungsfehler aus („relative Sperrwirkung“²⁶⁷¹), selbst wenn der Abschlussprüfer Kenntnis von der (für Dritte relevanten) Verwendung seines Bestätigungsvermerks durch den Prospektkontrollor und damit von dem geplanten „Emissionsprojekt“ erlangt.

Das erklärt sich nach dem Vorhergesagten daraus, dass der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers in diesem Fall (auch aus objektiver Sicht) nicht ausschließlich auf die geplante Emission der geprüften Gesellschaft (und damit auf die Anlegerinformation)

§ 323 Rz 74; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 12 FN 63 mwN; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.214; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 48; vgl auch *Baums/Fischer*, Haftung 2 f.

²⁶⁶³ *Fischer*, Haftungsfragen 168: Die Möglichkeit des Bewusstseins des Experten über die „Gerichtetheit“ der Expertise genüge.

²⁶⁶⁴ Dadurch dürften sich auch die Bedenken, die *Zankl*, *ecolex* 2000, 472 f, gegen eine Dritthaftung auf Basis von § 1300 Satz 1 ABGB hegt, relativieren, wenn nicht sogar erübrigen.

²⁶⁶⁵ Vgl OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600 f) *Verstreute Bonitätsauskunft*; 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725 f) *Goldgrube*; 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529); *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 17; vgl auch *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 87: Offenlegung des Gutachtenszwecks gegenüber dem Sachverständigen erforderlich.

²⁶⁶⁶ Für andere, allenfalls später zum Vorschein tretende Projekte, auf die die Sachverständigeninformation nicht ursprünglich ausgerichtet ist und die daher nur „reflexartig“ von dieser betroffen sind, besteht also keine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB (vgl die Ausführungen zur *Rieger Bank*-Entscheidung sogleich unten bei FN 2673). Darin zeigt sich eine erneute Parallele zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, bei dem sich der Kreis der geschützten Personen aus der Vertragsauslegung ergibt (vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.a. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“), für die es ebenso entscheidend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (des Sachverständigen mit seinem Vertragspartner) ankommt (s oben bei FN 1164 mwN).

²⁶⁶⁷ Vgl *Kalss*, ÖBA 2000, 649; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 876; *Koziol*, JBl 2004, 276; *Karner*, ÖBA 2010, 594. Das Erfordernis der „Gerichtetheit“ hat nachdrücklich bereits *Canaris* in FS Larenz II (1983) 95, hervorgehoben. Wie bereits erwähnt, besteht gem § 552 Abs 2 des *Restatement [Second] of Torts* eine (ähnliche) berufliche Auskunftshaftung gegenüber solchen Personen, die insofern von der Information im besonderen Maße betroffen sind, als der Auskunftgeber beabsichtigt, gerade ihre geschäftlichen Transaktionsentscheidungen zu beeinflussen oder er zumindest davon Kenntnis hat, dass der Informationsempfänger eine derartige Beeinflussung anstrebt.

²⁶⁶⁸ Vgl OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Koziol*).

²⁶⁶⁹ So im Fall OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11. S bereits oben in FN 2656.

²⁶⁷⁰ S bereits oben bei FN 2657.

²⁶⁷¹ Dazu oben bei FN 765.

ausgerichtet ist. Er kann vielmehr auch Geschäftsabschlüsse sonstiger Personen, insb von Gläubigern beeinflussen. Deswegen tritt eine Dritthaftung des fahrlässig handelnden Abschlussprüfers gegenüber Anlegern auch dann nicht ein, wenn dieser bereits bei Auftragserteilung erfährt, dass die geprüfte Gesellschaft eine Emission plant²⁶⁷². Keinesfalls kann es daher – entgegen der *Rieger Bank*-Entscheidung des OGH²⁶⁷³ – für eine Dritthaftung des Abschlussprüfers (gem § 1300 Satz 1 ABGB) genügen, wenn er sogar erst nachträglich von der missbräuchlichen Verwendung des vorläufigen Prüfungsergebnisses zum Zwecke der Anlegerwerbung erfährt.

ME kann als Kontrollfrage für einen ausreichenden Projektbezug des „Rats“ dienen, ob sich bei einem allfälligen Drittschutz das (Dritt-)Haftungsrisiko insgesamt für den Sachverständigen noch abschätzen lässt.²⁶⁷⁴ Daher muss die Dritthaftung eines Sachverständigen verneint werden, der ein Gutachten über ein Unternehmen veröffentlicht, sofern sich die Dispositionen der Informationsadressaten und das Schadenspotenzial insgesamt nicht überblicken lassen (s zum Bestätigungsvermerk und zu Emittentenratings auch noch unten S 293 ff).

3) Bei der Prüfung, ob die schadenskausale Transaktion eines Dritten einen ausreichenden Bezug zum vorliegenden „Projekt“ aufweist (um eine Verantwortlichkeit des Sachverständigen auszulösen), kann mE auch die Tatsache für eine Dritthaftung ins Gewicht fallen, dass sich das Schadenersatzrisiko des Experten durch den Schutz des fraglichen Dritten insgesamt nicht erhöht.²⁶⁷⁵ Daher ist es auf Basis von § 1300 Satz 1 ABGB sachgerecht, wenn den Gutachter eine Ersatzpflicht nicht nur gegenüber dem erkennbar betroffenen Dritten, sondern auch gegenüber dessen („verdeckten“) Treugeber treffen soll;²⁶⁷⁶ wenn der Steuerberater, der im Auftrag des Alleingesellschafters einer GmbH (der spätere Verkäufer der Geschäftsanteile) einen fehlerhaften Zwischenabschluss erstellt und der dem späteren Käufer zwei Ausfertigungen des Abschlusses übermittelt, gegenüber der Hausbank des Käufers haften soll, die den Anteilskauf finanziert.²⁶⁷⁷ Ebenso lässt sich eine Verantwortlichkeit des Bausachverständigen, der die Werthaltigkeit eines Anwesens falsch einschätzt, nicht nur gegenüber der Bank begründen, die bekanntermaßen

²⁶⁷² Anderes gilt mE, wenn der Abschlussprüfer im Prospekt einen „freiwilligen“ Vertrauenstatbestand gegenüber den Anlegern setzt, s unten in FN 2725.

²⁶⁷³ OGH 5 Ob 262/01 t e colex 2002, 89 (91) *Rieger Bank*; vgl zu diesem Aspekt der Entscheidung *Graf*, JBl 2012, 225.

²⁶⁷⁴ Vgl bereits *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 92.

²⁶⁷⁵ IE *Canaris*, JZ 1998, 606; *ders*, ZHR 163 (1999) 236.

²⁶⁷⁶ OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924 f) *Gesellschafterabschichtung*; zust *Karner*, ÖBA 2001, 896 f.

²⁶⁷⁷ IE (auf Basis des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte) BGH IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 (1759 f); zust *Canaris*, ZHR 163 (1999) 236; vgl auch *Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 50.

auf Basis des Gutachtens einen hypothekarisch gesicherten Kredit einräumt, sondern auch gegenüber dem Bürgen, der die Kreditrückzahlung zusätzlich persönlich besichert.²⁶⁷⁸

Als Grund für die Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB in solchen Fällen kann angeführt werden, dass die haftungskonstituierende Belohnung²⁶⁷⁹ das Dritthaftungsrisiko des Sachverständigen abdeckt. Aus wirtschaftlicher Sicht (die durch das Tatbestandsmerkmal der Belohnung rechtliche Relevanz erlangt) ist es einerlei, ob der Experte entweder gegenüber dem Treuhänder oder dem Treugeber (Fall 1), dem Käufer oder der Hausbank (Fall 2) bzw der Bank oder dem Bürgen (Fall 3) haftet. So oder so ist sein Dritthaftungsrisiko durch die Belohnung abgegolten, weil sich dieses durch die Anspruchsberechtigung des Treugebers, der Hausbank bzw des Bürgen nicht erhöht: Der Sachverständige kann nämlich nicht doppelt (etwa im Fall 2: vom Käufer und von der Hausbank) in Anspruch genommen werden.²⁶⁸⁰

Die vorstehende Argumentation entspricht auch der Begründung des OGH²⁶⁸¹ bei der Drittschadensliquidation. Diese ist mit der vorliegenden Problematik insofern vergleichbar²⁶⁸², als es auch dort infolge der Schadensverlagerung zumindest theoretisch mehrere Schadenersatzgläubiger gibt²⁶⁸³, wobei der Haftpflichtige hier wie dort vor der doppelten Inanspruchnahme geschützt werden soll.²⁶⁸⁴

In solchen Fällen der bloßen Schadensverlagerung spielt es daher im Rahmen der Haftungsbegründung mE auch (ausnahmsweise²⁶⁸⁵) keine Rolle, dass der Sachverständige von der konkreten Transaktion des Dritten²⁶⁸⁶, auf den der Schaden verlagert wird (Treugeber im Fall 1, Hausbank im Fall 2, Bürge im Fall 3), nichts wissen kann (vgl § 552 Abs 1 *Restatement [Second] of Torts*: „or in a substantially similar transaction“²⁶⁸⁷),²⁶⁸⁸ er die Schädigung dieses Dritten allenfalls nur abstrakt zu erahnen vermag. Auch solche

²⁶⁷⁸ IE BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); zust *Canaris*, JZ 1998, 606; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 21; abl *Schneider*, ZHR 163 (1999) 265; s zur Entscheidung auch *Korth*, Dritthaftung 89 f.

²⁶⁷⁹ S dazu ausf oben bei FN 1783.

²⁶⁸⁰ *Canaris*, ZHR 163 (1999) 236 f (mit praktischen Erwägungen auf Basis des BGB). (Österreichische) Rechtsgrundlage für dieses Ergebnis bietet die Gesamtgläubigerschaft der geschützten Dritten (§ 892 ABGB [analog, weil es sich hier um eine gesetzliche Gesamtgläubigerschaft handelt, § 892 ABGB aber wohl nur die vertragliche Gesamtgläubigerschaft erfasst {arg „zugesagt“; vgl auch *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ {{2000}} § 892 Rz 1}, bei der der Schuldner (der Sachverständige) an denjenigen (Schadenersatz-)Gläubiger leisten muss, „der ihn zuerst darum angeht“ (§ 892 ABGB aE), im Fall 2 also entweder Käufer oder Hausbank, je nach Zeitpunkt der gerichtlichen oder außergerichtlichen Inanspruchnahme. Zahlt der Sachverständige an den „schnellsten“ Gläubiger (Käufer oder Hausbank), wird er von der Pflicht zur Leistung an den übrig gebliebenen Mitgläubiger (Hausbank oder Käufer) frei (§ 893 ABGB).

²⁶⁸¹ OGH 4 Ob 2336/96 z SZ 69/266, 780 (787); 4 Ob 46/12 m ÖJZ 2013, 120 (121) (EvBl 17) (*Brenn/Csoklich*).

²⁶⁸² *Canaris*, JZ 1998, 606.

²⁶⁸³ Den zum Schadenersatz grunds Anspruchsberechtigten, aber *in concreto* nicht tatsächlich Geschädigten einerseits, den mittelbar [aber dafür tatsächlich] Geschädigten andererseits.

²⁶⁸⁴ Der Ausgleich unter den Mitgläubigern richtet sich in weiterer Folge nach dem besonderen Verhältnis (§ 895 S 1 ABGB analog; vgl § 896 S 1 ABGB), im konkreten Fall dem Kreditvertrag.

²⁶⁸⁵ Zur notwendigen Ausrichtung der Sachverständigentätigkeit auf das „Projekt“ s oben bei FN 2659.

²⁶⁸⁶ Bzw vom Vorhandensein des Dritten, zB des Treugebers (wie im Fall 1).

²⁶⁸⁷ Zu dieser Parallele s bereits *Karner* in *FS Koziol* (2010) 717 mit FN 161.

²⁶⁸⁸ So ausdr BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1062); aA aber noch BGH XI ZR 199/95 NJW 1996, 2734 (2736); *Schneider*, ZHR 163 (1999) 260 f.

Dritte können dem „Haftungsprojekt“ und damit der haftungsbegründenden Belohnung²⁶⁸⁹ zugeordnet werden, was § 1300 Satz 1 ABGB für eine Dritthaftung nach der hier vertretenen Ansicht verlangt²⁶⁹⁰. Solche Dritte sind mE direkt aktivlegitimiert, einer Drittschadensliquidation durch den „ersten Dritten“ (Treuhänder im Fall 1, Käufer im Fall 2, Bank im Fall 3) bedarf es nicht.²⁶⁹¹

88. Gegenüberstellung des erforderlichen „Projektbezugs“ mit der OGH-Rechtsprechung

Prüft man die OGH-Rsp zu verwandten Problemkreisen nach Maßgabe der bisher gewonnenen Erkenntnisse, so zeigt sich, dass diese die Haftung teilweise zu eng eingrenzt, mitunter aber auch zu weitgehend bejaht.

Das Höchstgericht fordert in einigen, vorwiegend älteren Entscheidungen zur Gutachter-Dritthaftung (zumindest dann, wenn man es wörtlich versteht), dass das Gutachten als Vertrauensgrundlage für *einen bestimmten* Dritten dienen müsse.²⁶⁹² Der OGH lässt demnach „Bestimmbarkeit“ offenbar nicht genügen und erachtet möglicherweise (anders als das KMG) auch nicht eine Vielzahl von Dritten (zB Anleger) als schutzfähig bzw -würdig. In anderen Entscheidungen hat er diese Position freilich relativiert und hält es darin für ausreichend, dass für den Sachverständigen klar ersichtlich ist, dass er seine Tätigkeit im Interesse *mehrerer* (aber wohl konkret) *bestimmter Dritter* ausübt.²⁶⁹³

Völlig konträr zu seiner ursprünglichen Auffassung hat der fünfte Senat in der Sache *Rieger Bank* (oben S 49 ff) eine Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber jedem Gläubiger (Anleger, Bank, Geschäftspartner, Arbeitnehmer) befürwortet, der im Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk disponiert. Der OGH hat damit das haftungseinschränkende Kriterium der Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises²⁶⁹⁴ nur mehr zum Schein

²⁶⁸⁹ Vgl oben bei FN 2469.

²⁶⁹⁰ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.ββ. Notwendigkeit einer Vertrauensdisposition innerhalb des geschützten „Projekts““ und die Ausführungen in diesem Unterkapitel.

²⁶⁹¹ Das ergibt sich aus dem System des § 1300 Satz 1 ABGB. Vgl die abl Erwägungen in BGH XI ZR 199/95 NJW 1996, 2734 (2736).

²⁶⁹² OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/236, 833 (837) *Vorläufige Bilanz*; 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Koziol*); RIS-Justiz RS0017178 T 4, OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (725) *Goldgrube*; 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227 (228); RIS-Justiz RS0026258 T 3, OGH 10.01.2001, 9 Ob 346/00 y *Gesellschafterabschichtung*; 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 (519) *ÖAMTC-Ankaufstest*; 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g; vgl BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1950); *Vavrovsky*, ÖBA 2001, 584.

²⁶⁹³ OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (600) *Verstreute Bonitätsauskunft*; 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306; 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247 (253); 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89 (91); 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (250) (*Kerschner*); zust *Koziol*, JBl 1995, 688; OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 (924) *Gesellschafterabschichtung*; RIS-Justiz RS0017178 T 8, OGH 21.02.2002, 6 Ob 81/01 g *Frischzellentherapie*; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (176); 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445 (446); RIS-Justiz RS0017178 T 14, OGH 07.09.2011, 7 Ob 77/11 s; 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i; s dazu OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606; vgl dazu auch *Welser*, ecolex 1992, 309; *U. Torggler*, wbl 2001, 548.

²⁶⁹⁴ Dieses hat auch (vgl oben „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.β Eingrenzung des geschützten Personenkreises“) für den vom OGH in der Entscheidung angenommenen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Bedeutung (s oben bei FN 1167 und unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.ββ. Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises“).

aufrechterhalten.²⁶⁹⁵ Die „Bestimmbarkeit“ der geschützten Personen dadurch herzustellen, dass man tatsächlich all jenen Dritten Schadenersatzansprüche gegen den Experten einräumt, „für die die Information gedacht ist und die sich darauf geplanterweise verlassen können sollen“²⁶⁹⁶, bedeutet nämlich, dieses haftungseinschränkende Element im Ergebnis aufzugeben.²⁶⁹⁷

Ein neueres, oben bereits erwähntes Judikat des OGH²⁶⁹⁸ geht auf diesen Widerspruch in der Rsp ein und argumentiert, dass bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers die Sache doch insofern anders liege, als die Haftungseinschränkung des § 275 Abs 2 UGB für diesen Bereich analoge Anwendung²⁶⁹⁹ finde. Das kommt deutlich auch in der *Rieger Bank*-Entscheidung selbst zum Ausdruck, wo das Höchstgericht gleichsam als notwendige Ergänzung zur Haftungs begründung die *in concreto* gar nicht entscheidungsrelevante (!) Frage der analogen Anwendbarkeit der Haftungsbegrenzung auf die von ihm befürwortete Dritthaftung bejaht hat.²⁷⁰⁰ Und auch in der (ablehnenden) Entscheidung zur Dritthaftung des jahresabschlusserstellenden Steuerberaters hob der 10. Senat hervor, dass dieser Fall nicht mit der Abschlussprüferdritthaftung vergleichbar sei, weil die Haftung des Steuerberaters nicht *ex lege* betraglich begrenzt sei und eine analoge Anwendung der Haftungsbegrenzung der Abschlussprüferhaftung „wohl“ insoweit ausscheide. Es drohe daher eine Haftungsausuferung zulasten des Steuerberaters, wenn man seine Dritthaftung bejahen wollte.²⁷⁰¹

Das damit angesprochene Argument der mangelnden Unzumutbarkeit der Dritthaftung vermag den „Systembruch“ in der Rsp des OGH mE aber nicht zu rechtfertigen. Es geht nicht nur um die Vermeidung einer ausufernden Verantwortlichkeit²⁷⁰². Eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden gegenüber allen und jedem daran Interessierten ist nicht nur der deutschen²⁷⁰³, sondern auch unserer Rechtsordnung²⁷⁰⁴, insb § 1300 Satz 1 ABGB und § 11 KMG fremd.²⁷⁰⁵ Das lässt sich auch nicht dadurch beiseite kehren, indem man nur ergebnisorientiert denkt und die Rechtsfolgen einer solchen

²⁶⁹⁵ Vgl Dehn, ÖBA 2002, 390.

²⁶⁹⁶ Kalss, ÖBA 2002, 197; ähnl dies, Anlegerinteressen 214.

²⁶⁹⁷ So iE wohl auch Koziol, JBl 2004, 282: „ohne jegliche Begrenzung“; krit zu der erwähnten Abgrenzung Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 56; J. Zehetner, ÖZW 2013, 81; vgl zur Problematik auch Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 29; dazu schon oben bei FN 1208; auf den Widerspruch zur früheren Rsp des OGH hat schon U. Torggler, wbl 2001, 548 f, hingewiesen; vgl auch Koziol, JBl 1995, 688; Karollus, RdW 2006, 390 in FN 10.

²⁶⁹⁸ S dazu oben bei FN 346.

²⁶⁹⁹ S dazu noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.γγ. Übertragung auf die Dritthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum“.

²⁷⁰⁰ S dazu oben bei FN 335.

²⁷⁰¹ OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529); s dazu bereits oben bei FN 341.

²⁷⁰² Für mich insoweit nicht verständlich J. Zehetner, ÖZW 2013, 81, der meint, es drohe dem Abschlussprüfer eine ausufernde Dritthaftung trotz der gesetzlichen Haftungsbeschränkung.

²⁷⁰³ Wagner in FS Blaurock (2013) 478; vgl auch Köndgen, Selbstbindung 385.

²⁷⁰⁴ F. Bydliński, JBl 1992, 344 FN 17; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 49, 57; J. Zehetner, ÖZW 2013, 82 f.

²⁷⁰⁵ Vgl U. Torggler, wbl 2001, 550.

Haftung aufgrund der Anwendbarkeit von § 275 Abs 2 UGB „zufällig“ und ausnahmsweise für tragbar erachtet.

Dabei „beißt“ sich auch in gewisser Hinsicht die „Katze in den Schwanz“: Als *Haftungsbegründung* wird die *Haftungseinschränkung* des § 275 Abs 2 UGB herangezogen, die aber nur dann *analoge* Anwendung finden kann, wenn die Drittverantwortlichkeit dem Grunde nach besteht. Anders gewendet, setzt die vom OGH befürwortete Rechtsfortbildung²⁷⁰⁶ (analoge Anwendung von § 275 Abs 2 UGB) das Bestehen einer planwidrigen Lücke iSv einer uferlosen Dritthaftung voraus. Dann kann die Analogie ihrerseits aber nicht als Erklärung für eben eine solch weitreichende Dritthaftung dienen.

Zudem erweist sich die Argumentation des OGH aus historischer Sicht als widersprüchlich: Sie stützt die Dritthaftungsbegründung auf eine Bestimmung, mit der der Gesetzgeber gerade den Interessen der Abschlussprüfer entgegenkommen wollte (Haftungsbegrenzung als „Zuckerl“ für die Übernahme der Abschlussprüfertätigkeit).²⁷⁰⁷

γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen

Aus den bisherigen Ausführungen (S 268 ff) ergeben sich folgende Schlussfolgerungen für die Dritthaftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen:

1) Eine Dritthaftung der Prospektkontrolloren gegenüber Anlegern gem § 1300 Satz 1 ABGB würde prinzipiell in Frage kommen,²⁷⁰⁸ weil die Prospektprüfer ihre Funktion im Hinblick auf ein ausreichend konkretisiertes Projekt ausüben. Dies ist die Emission (iwS), deren Prospekt geprüft wird und die sich aus den Vertragsabschlüssen der Anleger mit dem Emittenten/Emissionsbanken bzw in weiterer Folge mit einem anderen Anleger (Transaktion am Sekundärmarkt) zusammensetzt.

Allerdings wird die „quasi-vertragliche“ Verantwortlichkeit nach § 1300 Satz 1 ABGB²⁷⁰⁹ in diesem Fall gem (dem teleologisch reduzierten) § 11 Abs 8 KMG verdrängt.²⁷¹⁰ Dafür

²⁷⁰⁶ Abw Terminologie bei Rüffler, JRP 2002, 62.

²⁷⁰⁷ S dazu noch im Detail unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“, insb bei FN 3579.

²⁷⁰⁸ Vgl zur Ableitung der Prospekthaftung aus dieser Bestimmung Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 6.

²⁷⁰⁹ S oben bei FN 1862.

²⁷¹⁰ Vgl dazu ausf oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“, insb unter „Teil 1.I.D.1.e. Rechtsfolgen und Gegeneinwände“.

spricht auch, dass § 1300 Satz 1 ABGB eine Verwandtschaft zur *culpa in contrahendo* aufweist,²⁷¹¹ die in § 11 KMG eine spezialgesetzliche Ausprägung erfahren hat²⁷¹².

2) § 1300 Satz 1 ABGB bietet hingegen keine Grundlage für eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten,²⁷¹³ weil es insoweit am ausreichenden „Projektbezug“²⁷¹⁴ des Bestätigungsvermerks mangelt.²⁷¹⁵ Die konkreten geschäftlichen Dispositionen der Gläubiger der geprüften Gesellschaft sind für den Abschlussprüfer nicht hinlänglich vorhersehbar.²⁷¹⁶ Deswegen lässt sich der von § 1300 Satz 1 ABGB geforderte Zusammenhang zwischen dem Prüfungshonorar (Belohnung) und dem einzelnen Gläubiger²⁷¹⁷ nicht herstellen. Die Übermittlung des Prüfungsergebnisses im (offengelegten) Bestätigungsvermerk erfolgt iS v. *Zeillers* bloß „im Allgemeinen“, was für eine Haftung nicht ausreicht.²⁷¹⁸ (Nur) insofern ist mE dem OGH zuzustimmen, wenn er zur Abschlussprüferhaftung meint, diese sei nicht mit der eines Sachverständigen nach § 1300 Satz 1 ABGB vergleichbar.²⁷¹⁹

Es erweist sich vor dem Hintergrund der anzustrebenden Einheitlichkeit der Privatrechtsordnung²⁷²⁰ somit als erfreulich und konsequent, wenn sich aus den §§ 268 ff UGB, namentlich aus § 275 UGB (der letztlich auch eine Schadenersatz- und somit zivilrechtliche Norm darstellt) selbst und den dazu einschlägigen Materialien gerade kein allgemeiner Drittschutz ableiten lässt.²⁷²¹ Umso weniger haftet mE ein Steuerberater, der im Auftrag einer Kapitalgesellschaft für diese einen Jahresabschluss erstellt, für „fahrlässig“ verursachte Vermögensschäden Dritter.²⁷²²

Dagegen steht es mE im Einklang mit § 1300 Satz 1 ABGB, wenn eine Dritthaftung für den Fall befürwortet wird, dass der Abschlussprüfer einem (potenziellen) Unternehmenserwerber die Gesetzmäßigkeit des Jahresabschlusses individuell bestätigt²⁷²³. Diesfalls ist das Projekt „Unternehmenskauf“ und die Beeinflussung desselben durch den Wirtschaftsprüfer von vornherein konkret absehbar. Zu prüfen wäre

²⁷¹¹ S dazu oben bei FN 2648.

²⁷¹² S dazu oben bei FN 835.

²⁷¹³ Vgl zur Differenzierung zwischen der Dritthaftung von Prospektprüfern gegenüber den Anlegern und jener des Abschlussprüfers gegenüber dem „allgemeinen Publikum“ *Baums/Fischer*, Haftung 8; aA wie hier *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 102 f; *ders/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 100, 112.

²⁷¹⁴ Näher dazu oben in FN 2647.

²⁷¹⁵ Vgl auch *Korth*, Dritthaftung 84 f mit FN 269.

²⁷¹⁶ Insofern zutr *Koziol*, JBl 2004, 280.

²⁷¹⁷ Dazu oben bei FN 2469.

²⁷¹⁸ Vgl v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2; *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 4; *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913) 609.

²⁷¹⁹ RIS-Justiz RS0026552 T 10.

²⁷²⁰ *Canaris*, Vertrauenshaftung 5.

²⁷²¹ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

²⁷²² RIS-Justiz RS0120309, OGH 29.11.2005, 10 Ob 57/03 k. Genaugenommen liegen hier keine fahrlässig verursachten Vermögensschäden vor, weil mangels rechtswidrigen Handelns des Steuerberaters gegenüber Dritten gar nicht von einem schuldhaften (sondern allenfalls nur von einem vorwerfbaren) Verhalten gesprochen werden kann.

²⁷²³ BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1949).

für § 1300 Satz 1 ABGB mE aber noch, ob diese Auskunft aus Sicht des Dritten²⁷²⁴ vom Prüfungshonorar irgendwie abgedeckt wird. Dies wird aber wohl im Regelfall und insb dann zu bejahen sein, wenn solche Mitteilungen an Dritte (bekanntermaßen) zwischen Abschlussprüfer und geprüfter Gesellschaft (auch konkludent) vereinbart wurden. In solchen und ähnlichen²⁷²⁵ Fällen haftet der Wirtschaftsprüfer also nicht für seinen Bestätigungsvermerk²⁷²⁶, sondern für die Weitergabe einer „Zusatzinformation“, womit er aus der Funktion als Abschlussprüfer iSd § 275 UGB, § 11 Abs 1 Z 4 KMG heraustritt.²⁷²⁷

3) Für die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen sowohl gegenüber vertraglich mit ihnen verbundenen Anlegern als auch gegenüber solchen, mit denen sie keine Vertragsbeziehung unterhalten, gilt Folgendes: Unzweifelhaft gem § 1300 Satz 1 ABGB geschützt sind mE die Abonnenten²⁷²⁸ der Ratingagentur (Anleger, Gläubiger sowie sonstige Abonnenten), die mit ihren Gebühren eine „Belohnung“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB leisten.²⁷²⁹ Der Konnex zwischen „Belohnung“ und Geschädigtem ist insoweit unproblematisch.²⁷³⁰ Schaden²⁷³¹, Kausalität²⁷³² und Verschulden²⁷³³ unterstellt, können Abonnenten grundsätzlich²⁷³⁴ Schadenersatzansprüche hinsichtlich der von ihnen abgeholten Ratings gegen die bezahlte Ratingagentur geltend machen.²⁷³⁵

Dabei kommt es (wie nach Europarecht; vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO) weder darauf an, ob das schädigende Rating ein Emittenten-, oder ein Emissionsrating ist oder ob es auf Antrag (*solicited*) oder ohne Antrag (*unsolicited*) des Emittenten erfolgte.

²⁷²⁴ Vgl oben bei FN 2451.

²⁷²⁵ Gleiches dürfte dann gelten, wenn der Abschlussprüfer eine besondere Erklärung im Prospekt abgibt, was auch den *vom Willen* des Abschlussprüfers *getragenen* Abdruck des Bestätigungsvermerks im Prospekt (vgl dazu *U. Torggler*, wbl 2001, 552) inkludiert (auch der BGH neigte in einem solchen Fall zur Haftung [„Abdruck des Bestätigungsvermerks {...} darauf ausgerichtet {...}, werbend Einfluss auf die Anlageentscheidung von Anlageinteressenten zu nehmen“], wobei die Frage letztlich offenbleiben konnte, weil das im Prospekt abgedruckte Prüfungsurteil nicht unrichtig gewesen war und der BGH mE zR [kein dahingehender Vertrauenstatbestand] eine Aktualisierungspflicht des Wirtschaftsprüfers hinsichtlich seines Bestätigungsvermerks verneinte [BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 {insb 426 f}; vgl auch *Groß*, Kapitalmarktrecht² {2012} § 21 WpPG, Rz 37]). Diesfalls sind mE die Schranken des § 11 (insb Abs 1 Z 2a) KMG analog anzuwenden (vgl bereits oben bei und in FN 815).

²⁷²⁶ Vgl bereits oben bei FN 2670. Daher besteht in jenen Fällen, auf die *Koziol* (JbI 2004, 281) hinweist (der Abschlussprüfer weiß, dass die geprüfte Gesellschaft den Jahresabschluss einer Bank oder einem Übernahmeinteressenten vorlegen möchte), ohne Hinzutreten weiterer Tatbestandsmerkmale mE keine Dritthaftung (keine exklusive Ausrichtung des Bestätigungsvermerks iSd § 274 UGB auf derartige Drittgeschäfte [s oben nach FN 2669, insb bei FN 2672]).

²⁷²⁷ Vgl bereits oben bei FN 980 und bei FN 991.

²⁷²⁸ Gleiches gilt für solche Investoren, die sich individuell an die Ratingagentur wenden und ein Rating nur für eigene Zwecke in Auftrag geben (vgl dazu *Vasella*, Haftung 276, 290 ff). ME handelt es sich hierbei, entspr dem Ratingvertrag zwischen Emittent und Ratingagentur (unten „Teil 1.II.C.1. Ratingvertrag als Werkvertrag“), um einen Werkvertrag.

²⁷²⁹ Zutr *Karner*, ÖBA 2010, 593; zur Frage des anwendbaren Rechts s unten „Teil 3.III.B.1. Vertragliche Ansprüche (Rom I VO)“.

²⁷³⁰ Vgl bereits oben bei FN 2464; vgl auch *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 104.

²⁷³¹ S dazu unten „Teil 1.I.D.3.a.bb.ff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“.

²⁷³² Vgl dazu unten „Teil 2.II.A.4.c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung“ und „Teil 3.I. Beweislast des Anlegers bzw Emittenten“.

²⁷³³ S dazu unten „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur“.

²⁷³⁴ Zu den Haftungseinschränkungs- und Haftungsausschlussklauseln noch unten unter „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“.

²⁷³⁵ *Karner*, ÖBA 2010, 593; für Deutschland zB *Vetter*, WM 2004, 1708; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 205; *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktensrecht 312; *Reidenbach*, Ratingagenturen 369; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664 FN 71; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 60; aA *Lemke* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 728; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 619 f; *Thiele*, Rating 82 ff (altes Recht), 88 ff (neues Recht); *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289 f; *Korth*, Dritthaftung 71 ff; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 475 f; *Schroeter*, Ratings 873 ff; offen *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 12; *Blaurock*, ZGR 2007, 635.

Ebenso nicht von Relevanz ist, wie man den Abonnementvertrag vertragstypisch einordnet²⁷³⁶ (um daraus etwaige Auskunftspflichten abzuleiten²⁷³⁷) und ob die unsorgfältig erstellte Bonitätsinformation als gewährleistungsrechtlicher Mangel des Abonnements qualifiziert werden kann²⁷³⁸. Denn für die Haftungsfolge des § 1300 Satz 1 ABGB ist nur das Entgelt, nicht aber der Vertragstyp oder -gegenstand von Interesse. Die Ratingagentur und ihr Abonnent können diese Haftung vertraglich näher ausgestalten.²⁷³⁹

Für Anleger, die hingegen kein Abonnement beziehen („Dritte“), kommt ein Schutz vor fehlerhaften Ratings gem § 1300 Satz 1 ABGB zwar grundsätzlich in Frage, weil die Information der Anleger „systembedingter“²⁷⁴⁰ Hauptzweck²⁷⁴¹ des Ratings ist²⁷⁴² (insofern Auskunftsfunktion²⁷⁴³). Sie sind (bei Vorliegen der übrigen Schadenersatzvoraussetzungen) nach § 1300 Satz 1 ABGB allerdings nur insofern anspruchsberechtigt, als sie aufgrund eines beantragten Emissionsratings ein Finanzinstrument der bewerteten Emission (auch am Sekundärmarkt) erwerben.²⁷⁴⁴

Ein *solicited* Rating ist für diese Dritthaftung erforderlich, weil ansonsten die Belohnung iSd § 1300 Satz 1 ABGB fehlt, von der die Dritten (Anleger) haftungsrechtlich profitieren

²⁷³⁶ So aber offenbar Öllinger, Haftung 158 ff, der die Einordnung aufgrund der notwendigen Einzelfallbetrachtung letztlich offenlässt; auf Basis des deutschen Rechts Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 12: reiner Kaufvertrag, kein zusätzlicher Beratungsvertrag; idS auch Thiele, Rating 78 ff; Berger/Stemper, WM 2010, 2289 f mit FN 10; Schuler, Verantwortlichkeit 225 ff (jedenfalls iE für Kaufvertrag); Amort, EuR 2013, 276 mit FN 28; Vetter, WM 2004, 1708, der freilich eine Auskunftspflicht annimmt und daraus eine Haftung ableitet; so iE auch bereits Peters, Haftung 91 ff, insb 93 sowie 96 (typengemischter Abonnementvertrag auch mit dienstvertraglichem Charakter); ebenso Meyer, Rechtsfragen 87 ff; für eine Auskunftspflicht ferner Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 711 f; Eisen, Haftung 334 mit FN 1362 (Dienstvertrag); Karner, ÖBA 2010, 592; ausdr gegen die Annahme einer eigenen Auskunftspflicht Deipenbrock, BB 2003, 1852; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 728; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 620; Habersack, ZHR 169 (2005) 205; Meyer, Rechtsfragen 90 FN 328; Berger/Stemper, WM 2010, 2290; Schroeter, Ratings 877; offen Wojcik, NJW 2013, 2386 FN 17; für die Schweiz plädiert Vasella, Haftung 281 ff, für die Einordnung als Kaufvertrag; aA Emmenegger in Wiegand, Basel II 85: Auftragsrecht. Am naheliegendsten ist mE vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen im Einzelfall die Einordnung als Kaufvertrag (Rating als Information gegen Entgelt).

²⁷³⁷ § 1300 Satz 1 ABGB erhöht insofern die Rechtssicherheit.

²⁷³⁸ So aber auf Basis des deutschen Rechts (Mangel verneinend:) Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11 f (aber zur alten Rechtslage); Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 728; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 619 f; Berger/Stemper, WM 2010, 2289 f; Wagner in FS Blaurock (2013) 475; Schroeter, Ratings 878 ff; aA (Mangel bejahend:) Hennrichs in FS Hadding (2004) 886 f; Habersack, ZHR 169 (2005) 205; Meyer, Rechtsfragen 90 FN 328; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 205; Mühl, Haftung, Rz 218 ff; Schuler, Verantwortlichkeit 229 f; Amort, EuR 2013, 276; wohl auch Öllinger, Haftung 175 mit FN 672; vgl Peters, Haftung 89 f; ebenso für die Schweiz Vasella, Haftung 282 f.

²⁷³⁹ S dazu oben nach FN 1866; zur Inhaltskontrolle s noch unten unter „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“.

²⁷⁴⁰ Hennrichs in FS Hadding (2004) 877; Kersting, Dritthaftung 541.

²⁷⁴¹ Zur Relevanz des Informationszwecks oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.aa. Relevanz des Informationszwecks und Umfang des Vertrauenstatbestands“.

²⁷⁴² Code of Conduct Fundamentals 3: „IOSCO members recognize that credit ratings, despite their numerous other uses, exist primarily to help investors assess the credit risks they face when making certain kinds of investments“; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7, 9, 14; Peters, Haftung 107, 112; Öllinger, Haftung 214; Fischer, Haftungsfragen 164, 166; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 665 f mit FN 80; Mühl, Haftung, Rz 226; Haar, Civil Liability 4; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2701, 2704; Korth, Dritthaftung 111; Schuler, Verantwortlichkeit 237; vgl auch Eisen, Haftung 227, 336, 348; v. Schweinitz, WM 2008, 956: Investoren in erster Linie von fehlerhafter Einschätzung der Kreditfähigkeit betroffen; Witte/Hrubesch, ZIP 2004, 1351; ferner Berger/Stemper, WM 2010, 2290; Haar, NZG 2010, 1283; vgl aber auch Thiele, Rating 94.

²⁷⁴³ Habersack, ZHR 169 (2005) 206.

²⁷⁴⁴ So iE auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 666 (auf Basis des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), die aber eine Haftung für Emittentenratings nicht ausdr ausschließen; abw Peters, Haftung 114, 116, 120: Haftung bei beantragten Emissionsrating nur gegenüber Ersterwerbern der Anleihe; ebenso abw Karner, ÖBA 2010, 594 f: Dritthaftung bei beantragten wie nicht beantragten Emissionsratings; stärker abw Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 14: alle Anleger, die das (Emissions- sowie Emittenten-)Rating zur Kenntnis nehmen, sind geschützt; so wohl auch Kalss, ÖBA 2000, 655; v. Schweinitz, WM 2008, 957; zum übrigen Meinungsstand zur Dritthaftung s ausf oben unter „Teil 1.I.C.3.b.aa.aaa. Eingrenzung des geschützten Personenkreises“.

können²⁷⁴⁵.²⁷⁴⁶ Hingewiesen sei darauf, dass Ratingagenturen hinsichtlich *unsolicited* Ratings nicht dem mit dem *issuer-pays*-Modell verbundenen Interessenkonflikt²⁷⁴⁷ ausgesetzt sind,²⁷⁴⁸ sodass das Haftungsbedürfnis (wie bei der Stiftung Warentest²⁷⁴⁹) insofern mE zumindest abgeschwächt ist.²⁷⁵⁰ Des Weiteren ist zu beachten, dass Auftragsratings bekanntermaßen auf einer umfassenderen Informationsbasis erstellt werden.²⁷⁵¹ Anleger bringen daher solchen Ratings erhöhtes Vertrauen entgegen²⁷⁵² (vgl auch § 7 Abs 8 KMG iVm Z 7.5. Anh V sowie Z 7.5. Anh XIII EU-ProspektVO²⁷⁵³) und die Gefährlichkeit der Bonitätsinformation ist dadurch zusätzlich²⁷⁵⁴ gesteigert.

Diese Argumente (Interessenkonflikt, typischer Zugang zu Insiderinformationen des Auftraggebers und damit gesteigerte Informationsnähe²⁷⁵⁵ sowie Gefährlichkeit) können mE allgemein für eine Dritthaftung des Gutachters bloß bei entgeltlicher Tätigkeit iES²⁷⁵⁶ in die Waagschale geworfen werden. Sie entziehen mE auch der Kritik den Boden, wonach eine Unterscheidung zwischen beantragten und unbeantragten Ratings insb aus Sicht der Anleger willkürlich erschiene.²⁷⁵⁷

Eine (Rechtsschein-)Haftung für unbeauftragte Ratings greift nur ausnahmsweise bei irreführender Kennzeichnung als beauftragtes Rating.²⁷⁵⁸

Allfällige Entgeltbeziehungen zwischen der Ratingagentur und anderen Anlegern (ihren Abonnenten) würden an der mangelnden Dritthaftung für *unsolicited* Ratings dieser

²⁷⁴⁵ Allg dazu oben bei FN 2469.

²⁷⁴⁶ IE auch Korth, Dritthaftung 68 ff, 77 sowie all jene, die die Dritthaftung der Ratingagenturen auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stützen (s oben bei FN 522); ausdr aA Graf, JBl 2012, 217 f (für eine auf § 1300 Satz 1 ABGB basierende Dritthaftung); Karner, ÖBA 2010, 594 f.

²⁷⁴⁷ Dazu unten bei FN 4980.

²⁷⁴⁸ Deutlich Oppitz, ÖZW 2011, 63.

²⁷⁴⁹ Korth, Dritthaftung 67, 119; vgl auch Habersack, ZHR 169 (2005) 191.

²⁷⁵⁰ Korth, Dritthaftung 70, 77: „Anders als beim Auftragsrating besteht für Ratingagenturen im Fall des „unsolicited rating“ nach dem für maßgeblich erachteten materialen Grund der quasi-vertraglichen Expertendritthaftung nicht die Gefahr, wegen eines fehlerhaften Ratings den Investoren gegenüber nach quasi-vertraglichen Grundsätzen zu haften. Denn beim auftragslosen Rating wird die Neutralität und Unabhängigkeit der Ratingagenturen nicht gerade dadurch gefährdet, dass sie in einer über den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags stabilisierten, soziale Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflichten generierenden Interaktionsbeziehung zum Emittenten stehen.“ Vgl dazu auch Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 312 f.

²⁷⁵¹ Oehler/Voit, ÖBA 1999, 970 f; Däubler, BB 2003, 434; Eisen, Haftung 286, 298; Mühl, Haftung, Rz 85, 294, 300; Vasella, Haftung 167; Graf, JBl 2012, 219 f; Möllers, JZ 2009, 866; Thiele, Rating 150.

²⁷⁵² Habersack, ZHR 169 (2005) 207; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 65; Vetter, WM 2004, 1703: deutlich höhere Aussagekraft und Marktakzeptanz des beauftragten gegenüber dem unbeauftragten Rating; ähnl Baurock, ZGR 2007, 647; s auch zur höheren Akzeptanz Oppitz, ÖZW 2011, 63; vgl ferner Eisen, Haftung 299, 317 f; Mühl, Haftung, Rz 300; Jobst/Kapoor, WM 2013, 683: höhere Qualität; dies übersehend Peters, Haftung 127; s aber auch Schroeter, Ratings 926.

²⁷⁵³ Und dazu bereits oben bei FN 2348.

²⁷⁵⁴ Zur allg „Gefährlichkeit“ jedes Ratings s Karner, ÖBA 2010, 594.

²⁷⁵⁵ S dazu noch unten bei FN 3850.

²⁷⁵⁶ Dazu, auch zur abw hM, oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.a. Erste Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals“.

²⁷⁵⁷ Wie hier iE wohl auch Habersack, ZHR 169 (2005) 207; vgl aber dagegen Peters, Haftung, 127; Kersting, Dritthaftung 541 FN 2657; Reidenbach, Ratingagenturen 371; Karner, ÖBA 2010, 594, der meint, es liege auf der Hand, dass eine derartige Differenzierung verfehlt sei. Möglicherweise würdigt Karner dabei die Interessen des Anlegers, für den es auf den ersten Blick keinen Unterschied macht, ob es sich beim schädigenden Rating um ein beantragtes oder unbeantragtes Rating handelt (so auch Peters, Haftung 127). Dass es aber nicht alleine auf die Sicht der Anleger ankommen kann, gesteht Karner (ÖBA 2010, 594 f) freilich implizit selbst zu, wenn er (wie es hier vertreten wird; s noch unten nach FN 2762) eine Haftung nur für Emissions-, nicht aber Emittentenratings bejaht, obwohl die Anspruchslosigkeit des Anlegers, der „zufällig“ auf ein Emittenten- und nicht auf ein Emissionsrating vertraut (insb weil es für die fragliche Emission gar kein Emissionsrating gibt), dem Anleger eher unverständlich erscheinen müsste. Vgl schon Scheucher, ÖJZ 1961, 228, der vertritt, es sei willkürlich und nicht einzusehen, warum der Dritte nur dann einen Schadenersatzanspruch haben soll, wenn der Gutachter entgeltlich tätig wird, zumal dies für den Dritten idR nicht erkennbar sei (vgl dazu aber schon oben bei FN 2383).

²⁷⁵⁸ S oben bei FN 2454.

Agentur nichts ändern, weil zwischen dieser Belohnung und den Dritten (den restlichen Anlegern) kein ausreichender Zusammenhang besteht²⁷⁵⁹.²⁷⁶⁰ Insofern deckt sich die hier vorgeschlagene Dritthaftung im Ergebnis mit einer solchen aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, weil für diese ebenfalls ein Vertrag zwischen Ratingagentur und Emittent vorliegen muss (der in aller Regel entgeltlich sein wird). Sie unterscheidet sich dadurch aber von der originär-gesetzlichen Vertrauenshaftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*, für die ein Entgeltverhältnis zwischen Emittent und Ratingagentur entbehrlich ist.²⁷⁶¹

Da Emittentenratings nicht den notwendigen Bezug zu einem oder mehreren konkreten Geschäft(en) aufweisen²⁷⁶², erfasst die Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB nur Emissionsratings, die gerade im Hinblick auf bestimmte Geschäftsabschlüsse (zB Anleihezeichnung [Kaufvertrag]²⁷⁶³) erteilt werden.²⁷⁶⁴ Insofern ist das Dritthaftungsrisiko für die Ratingagentur überschaubar (mit dem Betrag der Emission begrenzt²⁷⁶⁵).²⁷⁶⁶ ME haftet die Ratingagentur für Emittentenratings dritten Anlegern auch dann nicht, wenn das von der Ratingagentur bewertete Unternehmen eine Genussscheinemission vornimmt und

²⁷⁵⁹ Die Abonnenten bezahlen die Ratingagentur nicht dafür, dass sie *unsolicited* Ratings für andere Anleger erstellt und veröffentlicht.

²⁷⁶⁰ IE (mit ökonomischer Begründung; s dazu oben in FN 2599) für die Unternehmensbewertung einer Börsenzeitschrift und Anleitung in einer Nottestamentsmappe *Schäfer/Ott*, ökonomische Analyse⁵, 560 f, 576; vgl auch *Eisen*, Haftung 356; *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 383.

²⁷⁶¹ Vgl oben bei FN 523 mwN.

²⁷⁶² *Karner*, ÖBA 2010, 595; *Meyer*, Rechtsfragen 99: mangelnder Projektbezug; vgl auch *Graf*, JBl 2012, 218.

²⁷⁶³ *Kalss*, ÖBA 2000, 645; *Korth*, Dritthaftung 76.

²⁷⁶⁴ IE auch *Karner*, ÖBA 2010, 595; *Meyer*, Rechtsfragen 99 f; einschr *Korth*, Dritthaftung 88 ff, insb 93 ff, der mE unzutreffender Weise nur eine Haftung bei „ursprünglichen“ Emissionsratings bejaht (nicht aber für die Aktualisierung solcher Ratings); vgl auch *Schroeter*, Ratings 919; aA *Graf*, JBl 2012, 216 ff, 226 (zumindest für den Fall, dass das bewertete Unternehmen eine Emission vornimmt, nur gegenüber Anlegern mit dem Rating erworben wird und ein Anleger später tatsächlich geschädigt wird); *Schantz*, Verantwortlichkeit 270 ff. Das auch mE ausschlaggebende Argument gegen eine Dritthaftung, bei einem Unternehmensrating sei die Zahl potenzieller Geschädigter sehr beträchtlich und das Haftungsrisiko daher nicht mehr überschaubar, versucht *Graf* mit zwei OGH-Entscheidungen zu entkräften. Er meint, dem Kern des Arguments sei „eine klare Absage“ erteilt worden. Die erste Entscheidung (OGH 6 Ob 256/06 z ecollex 2007, 431) betrifft die Haftung eines Verlags für einen Druckfehler, der in einem vom Verlag herausgegebenen juristischen Buch enthalten war, gegenüber einem Rechtsanwalt, der im Vertrauen auf die Angaben im Buch einen Schaden erlitten hatte. Der OGH bejahte eine solche Haftung, vorausgesetzt, der Verlag habe die inhaltliche Richtigkeit der Angaben zugesichert, was im konkreten Fall aber nicht gegeben sei. *Graf* meint nun, auch in einer solchen Fallkonstellation sei die Zahl der potenziell Geschädigten beträchtlich und dennoch habe der OGH die Haftung bejaht. Daher sei die „Relevanz“ des § 1300 Satz 1 ABGB auch bei einer Vielzahl von Geschädigten nicht auszuschließen, weswegen für unbeantragte Unternehmensratings nach dieser Bestimmung zu haften sei. ME hinkt der Vergleich zwischen der Dritthaftung für ein Unternehmensrating und dem Fall, den der OGH zu entscheiden hatte. Im OGH-Fall war der Kläger ja der Vertragspartner des Schädigers; jener hatte, wie auch *Graf* hervorhebt, selbst ein Entgelt für die Information entrichtet. Dass im Rahmen von entgeltlichen Verträgen für fehlerhafte Informationen zu haften ist, soweit nicht eine Auslegung des Vertrags ergibt, dass der Informierende eben nicht für die Richtigkeit der Information entstehen möchte, ist aber nichts Besonderes und entspricht der hM zu § 1300 Satz 1 ABGB (vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“; mE ist für eine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB in einem solchen Fall die objektive Eignung der Information als Dispositionsgrundlage zu prüfen [vgl oben bei FN 2240]). Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Verlag auch mit anderen Personen Verträge abgeschlossen hat, aus denen er möglicherweise (auch) zur Haftung herangezogen werden könnte. In den hier interessierenden Fällen der Dritthaftung für Unternehmensratings hat nun die Ratingagentur aber gerade keinen Vertrag mit den einzelnen Anlegern und (sonstigen) Gläubigern abgeschlossen; der Kreis der auf ein solches Rating vertrauenden Dritten ist für die Ratingagentur überhaupt nicht mehr abschätzbar – ganz im Gegenteil zu dem Verlagsfall, wo der Verlag um seine Verkaufszahlen sehr gut Bescheid weiß und daher sein allfälliges Risiko überschauen kann. Die zweite von *Graf* herangezogene Entscheidung (OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 *Mündelaktie*) behandelt die Dritthaftung eines Sachverständigen, der eine Vermögensanlage als mündelsicher bezeichnet hatte und dessen Gutachten ua im Internet verbreitet worden war. Die Parallele zur Dritthaftung von Ratingagenturen liegt insofern sicherlich näher, allerdings verneinte der OGH die Haftung, weil er das Gutachten nicht als inhaltlich fehlerhaft erachtete. Dass der OGH kein Problem dabei gehabt hätte, die Haftung des Gutachters gegenüber der klagenden Partei auszusprechen, obwohl doch das Expertenurteil einem potenziell unüberschaubaren Personenkreis zugänglich gemacht worden war (s bereits oben unter „Teil 1.I.C.1.b.ii. *Mündelaktie* – 3 Ob 79/10 d: Finanzkrise und Gutachterhaftung“), lässt sich daher nicht mit letzter Sicherheit beurteilen, auch wenn seine Ausführungen zu Beginn der Entscheidungsgründe in diese Richtung weisen (S 69).

²⁷⁶⁵ S aus der Praxis etwa den Fall KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432: € 13,7 Mio.

²⁷⁶⁶ S dazu bereits oben bei FN 1214.

mit dem Emittentenrating gegenüber Anlegern geworben wird.²⁷⁶⁷ Diesfalls ist die Rating-Tätigkeit nicht exklusiv auf das Projekt „Genussschein-Emission“ ausgerichtet²⁷⁶⁸, sondern umfasst das gesamte Unternehmen. Deswegen ist es alles andere als ausgeschlossen, dass auch andere Geldgeber, etwa Banken, auf Basis dieser allgemeinen Bonitätseinstufung dem bewerteten Unternehmen Vertrauen schenken. Damit ist der Kreis der Geschädigten indeterminiert sowie unüberschaubar.²⁷⁶⁹

In Bezug auf die Beschränkung der Haftung auf Emissionsratings zeigt sich eine weitere Ähnlichkeit des hier vertretenen Haftungsansatzes mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.²⁷⁷⁰ Man kann darüber hinaus auch die Parallele zur Prospekt- und Abschlussprüferhaftung ziehen: Das Emittentenrating ist als Bewertung des gesamten Unternehmens des Schuldners mit dem Bestätigungsvermerk als (Gesamt-)Urteil über die geprüfte Gesellschaft vergleichbar²⁷⁷¹ (wofür aber keine Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB besteht²⁷⁷²). Dagegen sind Emissionsratings der Prospektprüfung und -bestätigung durch den Prospektkontrollor ähnlich, für welche eine (wenn auch eingeschränkte²⁷⁷³) kodifizierte Ersatzpflicht gem § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b KMG besteht (die nach dem hier vertretenen Verständnis eine spezialgesetzliche Ausprägung des § 1300 Satz 1 ABGB ist²⁷⁷⁴).

Im Zusammenhang mit beantragten Emissionsratings sind nach § 1300 Satz 1 ABGB nur (institutionelle sowie private, also „große“ und „kleine“²⁷⁷⁵) dritte Anleger geschützt (vgl § 11 Abs 1 KMG),²⁷⁷⁶ mögen sie Fremdkapital-, Hybridkapital-²⁷⁷⁷ oder Eigenkapitalinvestoren (insb Aktionäre) sein²⁷⁷⁸. ME sind aber nicht (sonstige) dritte Gläubiger des Emittenten gem § 1300 Satz 1 ABGB schadenersatzberechtigt, insb²⁷⁷⁹ Banken, die außerhalb der Emission dem Emittenten Kredit gewähren. Deren allfälliges Vertrauen in ein Emissionsrating fällt mangels enger Beziehung ihrer Dispositionen zu

²⁷⁶⁷ AA Graf, JBl 2012, 226.

²⁷⁶⁸ Vgl bereits oben bei FN 2657, 2670.

²⁷⁶⁹ Vgl zur Problematik der Unüberschaubarkeit die Argumentation bei Peters, Haftung 108 f.

²⁷⁷⁰ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.β.ββ. Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises“.

²⁷⁷¹ Blaurock, ZGR 2007, 633; Korth, Dritthaftung 94.

²⁷⁷² S soeben oben bei FN 2713.

²⁷⁷³ Zu den Schlussfolgerungen aus dieser gesetzlichen Wertung für die Dritthaftung von Ratingagenturen s noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“.

²⁷⁷⁴ S oben bei FN 1914.

²⁷⁷⁵ Eine Differenzierung zwischen Groß- und Kleinanlegern kann (wie bei der Abschlussprüfer- und Prospekthaftung) mE auch hier nicht überzeugen (vgl oben bei und in FN 339).

²⁷⁷⁶ Eine derartige Eingrenzung übersieht wohl Habersack, ZHR 169 (2005) 207 f, wenn er meint, durch eine Dritthaftung würde der Kreis der Ersatzberechtigten uferlos ausgeweitet.

²⁷⁷⁷ Zum Vorteil der Finanzierung durch den Einsatz von Hybrid-Kapital aus Sicht eines Emittenten, der ein Rating erwartet, s Blaurock, ZGR 2007, 611; vgl dazu auch v. Schweinitz, WM 2008, 953.

²⁷⁷⁸ Zu den unterschiedlichen Anlegergruppen aus privatrechtlicher Sicht s Weber, Kapitalmarktrecht 178.

²⁷⁷⁹ Oder etwa sonstige Geschäftspartner oder Arbeitnehmer des Emittenten.

demselben nicht unter § 1300 Satz 1 ABGB.²⁷⁸⁰ Der für die Ratingagentur vorhersehbare Zweck des Emissionsratings ist es nicht, solche Gläubiger zu diversen (allenfalls nur vage abschätzbaren) Handlungen zu veranlassen. Auch würde der Kreis der geschützten Dritten infolge des Schutzes sonstiger Gläubiger unüberschaubar.²⁷⁸¹ Das Emissionsrating zielt nur darauf ab, die mit der Emission zusammenhängenden Transaktionen der Anleger zu beeinflussen. Nur diese sind – wie beim Prüfvermerk des Prospektprüfers²⁷⁸² (vgl. § 11 Abs 1 KMG) – die primäre Zielgruppe des „Sachverständigengutachtens“ der Ratingagentur.

Für die Frage, ob auch Erwerbe am Sekundärmarkt schützenswert sind,²⁷⁸³ muss man mE die Wertung der § 11, § 14 Z 6 KMG beachten.²⁷⁸⁴ Das bedeutet, dass Erwerber am Sekundärmarkt prinzipiell nach § 1300 Satz 1 ABGB gegenüber der Ratingagentur schadenersatzberechtigt sein könnten,²⁷⁸⁵ weil das KMG hinsichtlich dieser Erwerbsgeschäfte ebenso von einem ausreichenden Bezug zum Emissionsprojekt (iwS) ausgeht. Denn das KMG spricht „Jedem Anleger“ sowie „den Anlegern“ (also nicht nur den Erstzeichnern) Schadenersatzansprüche gegen den Prospektkontrollor²⁷⁸⁶ (§ 11 Abs 1 KMG) und den Rechenschaftsberichtsprüfer zu (§ 14 Z 6 KMG).

Das lässt sich materiell damit begründen, dass geprüfte Prospekte²⁷⁸⁷ und Rechenschaftsberichte objektiv betrachtet (vgl. § 914 ABGB) den Zweck haben, eine zuverlässige Informationsquelle nicht nur für den Ersatzabsatz, sondern auch für den Umlauf der davon betroffenen Finanzprodukte darzustellen²⁷⁸⁸. Die Zielsetzung des Gutachtens (des Prospektkontrollors bzw des Rechenschaftsberichtsprüfers) erschöpft sich also nicht in der „Weitergabe“ an die Erstzeichner, was für einen Schutz von „sekundären Weitergabeempfängern“ spricht.²⁷⁸⁹

²⁷⁸⁰ IE ebenso Meyer, Rechtsfragen 99 f; Schantz, Verantwortlichkeit 274.

²⁷⁸¹ Vgl Meyer, Rechtsfragen 93.

²⁷⁸² Köndgen, Selbstbindung 396. Der Prospektprüfer haftet richtigerweise nur den Anlegern, nicht aber den (sonstigen) Gläubigern des Emittenten.

²⁷⁸³ Bejahend für Ratings Meyer, Rechtsfragen 100; Schantz, Verantwortlichkeit 268 ff; allg für Urteile über Spekulationsgüter C. Völkl, ÖJZ 2006, 104 f.

²⁷⁸⁴ Für eine Parallelität der Wertungen der Prospekthaftung und der der Dritthaftung für Ratings: Fischer, Haftungsfragen 167.

²⁷⁸⁵ Für eine entspr Haftung für die Schweiz: Vasella, Haftung 331 FN 1389; *de lege ferenda* für Deutschland: Wagner in FS Blaurock (2013) 492; dagegen aber Haar, NZG 2010, 1284; Korth, Dritthaftung 88 ff, insb 92 f; Schroeter, Ratings 919.

²⁷⁸⁶ Zur Erfassung von Transaktionen auf dem Sekundärmarkt s bereits oben in FN 779.

²⁷⁸⁷ Mag die Aktualisierungspflicht gem § 6 KMG auch zeitlich beschränkt sein.

²⁷⁸⁸ Vgl Kalss, ÖBA 2000, 645; dies, Anlegerinteressen 295 f (zum Rechenschaftsbericht); Canaris, ZHR 163 (1999) 237; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 57: Prospekt funktional als Teil der fortlaufenden Sekundärmarktpublizität; Fischer, Haftungsfragen 167; Mühl, Haftung, Rz 270 FN 111.

²⁷⁸⁹ Vgl Schneider, ZHR 163 (1999) 260; Eisen, Haftung 354. Der Schutz von Sekundärmarkterwerbern ist dabei aber insofern faktisch beschränkt, als die Kausalität der Fehlinformation für den Anlegerschaden umso schwieriger nachweisbar sein wird, je mehr Zeit seit der Veröffentlichung der Information vergangen ist (dazu sogleich unten bei FN 2797).

Ebenso sollen Emissionsratings (auch) die Zirkulierungsfähigkeit der gerateten Finanzinstrumente und die Liquidität des Sekundärmarkts sicherstellen²⁷⁹⁰, was sich schon aus der gesetzlich anerkannten Aktualisierungspflicht von Ratings (Art 8 Abs 5 UnterAbs 1 Satz 1 EU-RatingVO) ergibt.²⁷⁹¹ Diese ist ja vornehmlich für Zweiterwerber von Interesse, weil nur diese im Zeitpunkt, in dem die Aktualisierungspflicht entsteht, Gefahr laufen, aufgrund eines inaktuellen Ratings Anteile überteuert zu erwerben.²⁷⁹² Hinzuweisen ist ferner darauf, dass sich das Haftungsrisiko des Emissionsprojekts (iwS) durch den Schutz von Zweiterwerbern nicht erhöht, weil der Schaden der Ersterwerber von diesen bloß auf jene (teilweise) verlagert wird. Auch das spricht mE für einen Schutz der Sekundärmarkttransaktionen gem § 1300 Satz 1 ABGB.²⁷⁹³

Diese Lösung ist mE auch aus rechtspolitischer Sicht zu befürworten: Nicht nur ist es häufig schwierig, Primär- und Sekundärmarkt trennscharf voneinander abzugrenzen.²⁷⁹⁴ Konzentrierte man die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in der Hand der Erstzeichner, bliebe ein beachtlicher Teil der Schäden vollkommen ausgeklammert; es bestünde daher die Gefahr, dass die Dritthaftung völlig leer läuft, wenn es den Ersterwerbern gelingt, den Schaden wie bei einer kartellrechtlichen *passing-on-defence*²⁷⁹⁵ auf den Folgekäufer zu verlagern.²⁷⁹⁶ Eine andere Frage *de lege lata* ist, ob es den Zweiterwerbern tatsächlich gelingen wird, die Kausalität des (vor längerer Zeit publizierten) Emissionsratings für den von ihnen erlittenen Schaden zu beweisen.²⁷⁹⁷

In dem hier befürworteten Schutz von Erwerben am Sekundärmarkt könnte ein Unterschied zur deutschen Vertrauenshaftungstheorie (*culpa in contrahendo*) liegen. Diese betont – rechtsdogmatisch konsequent²⁷⁹⁸ – stärker den Zusammenhang zwischen dem vertrauensauslösenden Verhalten des Sachverständigen (Rating) und dem dadurch angebahnten Vertragsabschluss des Geschädigten (Anlegers)²⁷⁹⁹ und müsste infolgedessen

²⁷⁹⁰ Vgl Kalss, ÖBA 2000, 654; Vasella, Haftung 331 FN 1389; vgl auch Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 5; Peters, Haftung 101; vgl ferner Hennrichs in FS Hadding (2004) 886, wonach Ratings nicht kurzlebig seien; nicht nachvollziehbar mE die Differenzierung bei Fischer, Haftungsfragen 167; vgl aber auch dies, ebd 170 FN 524.

²⁷⁹¹ Meyer, Rechtsfragen 100; vgl auch Deipenbrock, BB 2003, 1850; Eisen, Haftung 336 f.

²⁷⁹² Freilich ist sie auch insofern für Altanleger von Interesse, als diesen durch die zeitgerechte Aktualisierung ein rechtzeitiges Abstoßen der bewerteten Finanzprodukte ermöglicht wird (Schuler, Verantwortlichkeit 231).

²⁷⁹³ Vgl oben bei FN 2675, 2685; vgl auch Eisen, Haftung 354 (zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter); dazu auch oben bei FN 1217. Das meint wohl auch Vasella, Haftung 331 FN 1389, wenn er schreibt, dass sich der schadenersatzberechtigte Gläubigerkreis durch die Übertragung des bewerteten Finanzinstruments nicht erweitere, sondern sich bloß in seiner Zusammensetzung verändere.

²⁷⁹⁴ Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 3 f: Ungleichbehandlung von Primär- und Sekundärmarkt im Rahmen der europäischen Harmonisierung des Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftungsrechts bedürfe daher einer besonderen Rechtfertigung; s auch dies, ebd 50, 60, 86, 93.

²⁷⁹⁵ Indirekte Abnehmer sind nach dem OGH vom personalen Schutzbereich der Kartellverbote (Art 101 AEUV, § 1 KartG 2005 iVm § 1311 ABGB bzw § 37a KartG 2005) erfasst (OGH 7 Ob 48/12 b bbl 2013, 74 [74 f]; s zur Schadensverlagerung im Kartellrecht auch OGH 4 Ob 46/12 m ÖJZ 2013, 120 [121] [EvBl 17] [Brenn/Csoklich]), was iÜ genau dieselbe Frage ist, die hier für § 1300 Satz 1 ABGB zu lösen ist.

²⁷⁹⁶ So zutr Wagner in FS Blaurock (2013) 492.

²⁷⁹⁷ Vgl ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38; zur Prospekthaftung Welser, ecolex 1992, 304; s auch noch unten bei FN 5230.

²⁷⁹⁸ Vgl Canaris in FS Giger (1989) 96.

²⁷⁹⁹ Vgl Korth, Dritthaftung 52.

„quasi-vertragliche“ Schadenersatzansprüche von Zweiterwerbern gegen Ratingagenturen vielleicht ablehnen.²⁸⁰⁰

4) Aufgrund der soeben vorgenommenen Einschränkungen ist es mE nicht berechtigt, eine Dritthaftung auch nur für Emissionsratings mit dem Argument zu kritisieren, „ein jeder“ wäre anspruchsberechtigt;²⁸⁰¹ das ist – wie soeben aufgezeigt – gerade nicht der Fall (kein Schutz von [sonstigen] Gläubigern).²⁸⁰² Auch ist für den Transaktionsschadenersatz²⁸⁰³ stets zu prüfen, ob der geschädigte Anleger Kenntnis vom fraglichen Rating hatte und im Vertrauen darauf sein Geld investiert hat.²⁸⁰⁴ Für diese subjektive Anspruchsvoraussetzung reicht es mE grundsätzlich nicht, dass der Anleger bloß die Ratingnote (etwa im Wirtschaftsteil einer Zeitung) erfahren und schon deswegen die Investition getätigt hat. Das Vertrauen ist erst dann schützenswert, wenn der Anleger zuvor auch den die Bonitätsnote erläuternden Ratingbericht (und damit das Gutachten der Ratingagentur als Ganzes) gelesen hat²⁸⁰⁵ (vgl. dazu auch die eingeschränkte Haftung für die Prospektzusammenfassung in § 11 Abs 1 Satz 4 und 5 KMG²⁸⁰⁶). Diese Einschränkung gilt mE aber nur insoweit, als der Ratingbericht konkret für den geschädigten Anleger zugänglich war.²⁸⁰⁷

5) An dieser Stelle sei abschließend noch auf zwei weitere Argumente hingewiesen, die für die hier befürwortete Dritthaftung von Ratingagenturen gem § 1300 Satz 1 ABGB sprechen. Einerseits führt die Entlohnung der Ratingagentur durch den Emittenten zu dem bereits erwähnten Interessenkonflikt, dem § 1300 Satz 1 ABGB Folge trägt.²⁸⁰⁸ Andererseits finanzieren die Anleger letztendlich die „Belohnung“ der Ratingagentur dadurch, dass der Emittent die Ratinggebühr, in die die Haftungs- sowie Versicherungskosten der Ratingagentur eingepreist sind²⁸⁰⁹, durch Ausgestaltung der Emissionsbedingungen (zB Erhöhung des Ausgabekurses, Verringerung des

²⁸⁰⁰ AA aber *Vasella*, Haftung 331 FN 1389; anders auch *Canaris*, ZHR 163 (1999) 237 (zur Prospekthaftung).

²⁸⁰¹ *Eisen*, Haftung 355; vgl. *dens*, ebd 356 f. Aus denselben Gründen ist es mE nicht berechtigt, zu urteilen, die Menge an Geschädigten würde sich mit der Menge der Anspruchsberechtigten decken (*Eisen*, Haftung 355).

²⁸⁰² Vgl. auch *Fischer*, Haftungsfragen 164.

²⁸⁰³ Zu diesem unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.αα.ααα. Transaktionsschadenersatz“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.ββ.ααα. Transaktionsschadenersatz“; zur Einschränkung desselben unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“.

²⁸⁰⁴ S nur *Fischer*, Haftungsfragen 169 f; *Mühl*, Haftung, Rz 263 ff; s zur psychischen Kausalität oben bei FN 2555 mwN.

²⁸⁰⁵ *Mühl*, Haftung, Rz 263.

²⁸⁰⁶ Art 6 Abs 2 UnterAbs 2 ProspektRL (2003/71/EG); dazu *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 5, 54; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 63; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.228; vgl. auch *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 29, 59; ferner § 7 Abs 2 Z 2 KMG und dazu *Kalss*, GesRZ 2010, 247; *Gruber/Zahradnik*, RdW 2010, 621.

²⁸⁰⁷ Denn auch für ein Rating alleine kann die Ratingagentur Vertrauen in Anspruch nehmen: zutr *Vasella*, Haftung 329 FN 1382. Insb für Abonnenten wird ein Ratingbericht zugänglich sein (s zB *Korth*, Dritthaftung 71).

²⁸⁰⁸ S dazu oben bei FN 2442.

²⁸⁰⁹ *Vetter*, WM 2004, 1709.

Zinsenanspruchs, Einpreisung eines Agios etc) auf die Anleger umlegt.²⁸¹⁰ Diese tragen daher mittelbar (über den Kapitalmarkt) die Ratingkosten (mit).²⁸¹¹ ME ist es daher unzutreffend, die Dritthaftung der Ratingagenturen aufgrund der „unentgeltlichen Nutzung“ der Ratings durch die dritten Anleger zu verneinen.²⁸¹²

6) Anleger, die nach dem Vorstehenden nicht iSd § 1300 Satz 1 ABGB gegen Ratingagenturen vorgehen können, sind auf das Deliktsrecht verwiesen.²⁸¹³ Für diesen (wenig praxisrelevanten) Bereich fordert der „Auffangtatbestand“ des § 1300 Satz 2 ABGB wie bereits I 13 § 218 ALR eine wissentliche²⁸¹⁴ Schadenszufügung durch den (auch nicht sachverständigen²⁸¹⁵) Ratgeber oder Auskunftserteilenden²⁸¹⁶. Der Vorsatz muss sich hier also auf den Schaden erstrecken²⁸¹⁷ (§ 1294 Satz 3 ABGB).

Gegenüber der „bösen Absicht“ (vgl § 1294: Wissen und Willen) wollte v. Zeiller bei der Textierung des § 1300 Satz 2 ABGB offenbar die Wissenskomponente betonen²⁸¹⁸. Der Sache nach dürfte mit § 1300 Satz 2 ABGB jedoch nicht die Einführung einer besonderen „Vorsatzkategorie“ beabsichtigt worden sein²⁸¹⁹ (vgl § 1300 Satz 1, Satz 2 mit §§ 1294, 1331, 1332 ABGB: Versehen und Vorsatz als Gegenpaare). Eine Haftung gem § 1300 Satz 2 ABGB tritt demzufolge ein, wenn die Ratingagentur die Schädigung des Anlegers „ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet“ (vgl § 5 Abs 1 StGB); *dolus*

²⁸¹⁰ Peters, Haftung 133; vgl auch Grundmann/Renner, JZ 2013, 383; s dazu oben bei FN 2597.

²⁸¹¹ Haar, NZG 2010, 1284.

²⁸¹² So aber Eisen, Haftung 355 f.

²⁸¹³ Das gilt auch für Anleger, die gegen den Abschlussprüfer vorgehen möchten und sich (wie in der Regel [oben bei FN 980, 2713]) nicht auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen können (zur deliktischen Haftung des Abschlussprüfers s auch noch oben bei FN 993).

²⁸¹⁴ Abw Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 2: grobe Fahrlässigkeit; dies ausdr und zR abl Schey, Obligationsverhältnisse I 474 FN 20; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 51; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 11.

²⁸¹⁵ S schon v. Zeiller, ABGB (1813) § 1300 Anm 3; ferner RIS-Justiz RS0026696, OGH 5 Ob 463/59 ÖJZ 1960, 131 (EvBl 66); RIS-Justiz RS0026699, OGH 7 Ob 595/78 ImmZ 1979, 152; Graf, JBl 2012, 217; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 9; J. Zehetner, ÖZW 2013, 83.

²⁸¹⁶ AA Koziol, Haftpflichtrecht II², 186 und Brawenz, Prospekthaftung 63 f (die bei der Auskunft bloße Schädigungsfahrlässigkeit genügen lassen möchten). Dem ist mE mangels eines gesetzlichen Anhaltspunkts nicht zu folgen, mag in Einzelfällen (aber auch nur in Einzelfällen!) auch eine Auskunft „gefährlicher“ als ein Ratschlag erscheinen (vgl Koziol, Haftpflichtrecht II², 186; dazu schon oben in FN 2236). IÜ ist wohl eine solche Differenzierung bei gemischten Äußerungen, die zT als Rat, zT auch als Auskunft qualifiziert werden können, wenig praktikabel (vgl Welser, Haftung 11 f).

²⁸¹⁷ Das ergibt sich schon aus den Materialien, s Beratungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 188: „und daß dieser mit Grund die nachtheiligen Folgen seiner Anleitung vorhersehen konnte“; wie hier OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (14); 5 Ob 370/61 ÖJZ 1962, 73 (EvBl 65); 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v; 2 Ob 202/10 k Zak 2011, 137; Ehrenzweig, System II/1², 665; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 51; Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 171; Welser, Haftung 10 f; Koziol, Haftpflichtrecht II², 185; Schobel, ÖBA 2001, 756; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 11; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 857; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 24; J. Zehetner, ÖZW 2013, 83. Demgegenüber erweckt v. Zeillers Kommentierung (zumindest wenn man von seinen Hervorhebungen absieht) den Eindruck, als müsse sich die Wissentlichkeit nicht auf den Schaden beziehen, sondern nur auf die Unrichtigkeit des Rats (v. Zeiller, ABGB [1813] § 1300 Anm 3: „Andere Rathgeber haften nur für einen, gegen ihr erweislich, oder auffallend besseres W i s s e n ertheilten, s c h ä d l i c h gewordenen Rath“). Jedenfalls muss aber die Ansicht, die in den Beratungen vertreten wurde, den Ausschlag geben, zumal diese Auffassung eindeutigen Ausdruck im Gesetzeswortlaut gefunden hat („Schaden, welchen er wissentlich [...] verursacht hat“). Unzutr oder zumindest verwirrend daher auch OGH 3 Ob 593/32 JBl 1933, 14; 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (455); RIS-Justiz RS0026513; RS0026669, OGH 30.04.1958, 5 Ob 79/58; RIS-Justiz RS0026687, wo nur auf den Vorsatz hinsichtlich der Unrichtigkeit des Rats abgestellt wird (krit dazu auch Koziol, Haftpflichtrecht II², 185; Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1300 Rz 12).

²⁸¹⁸ Zur Ablehnung der bösen Absicht durch v. Zeiller s oben bei FN 1704; vgl auch dens, ABGB (1813) § 1300 Anm 3; vgl zum Maßstab der Wissentlichkeit auch § 945 ABGB, § 11 Abs 1 Z 4 KMG.

²⁸¹⁹ Vgl Last, Kreditauftrag 336 f.

eventualis genügt also,²⁸²⁰ grobe Fahrlässigkeit nicht;²⁸²¹ die Wertung des § 1324 ABGB (Gleichstellung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit) lässt sich insofern nicht übertragen.²⁸²² Auch kann die mE zu Recht kritisierte²⁸²³ deutsche Rsp²⁸²⁴, wonach aufgrund leichtfertigen Verhaltens auf einen Schädigungsvorsatz iSd § 826 BGB zu schließen sei, nicht für die Dritthaftung von Experten (insb Ratingagenturen oder Abschlussprüfern) nach österreichischem Recht fruchtbar gemacht werden. Dem stehen die österreichischen Materialien²⁸²⁵ sowie der Wortlaut der § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2 ABGB entgegen. Für eine deliktische Haftung genügt daher nicht, dass die Ratingagentur bei der Bewertung „in grober Weise sorgfaltswidrig“ vorgegangen ist.²⁸²⁶

Umgekehrt wird aber für eine deliktische Haftung der Ratingagentur ausreichen, dass sie die Kreditwürdigkeit des Emittenten bewusst wahrheitswidrig darstellt²⁸²⁷ oder eine gebotene Ratingaktualisierung wissentlich unterlässt²⁸²⁸. Damit werden nach der Lebenserfahrung²⁸²⁹ insb Anleger- und (sonstige) Gläubigerschäden billigend in Kauf genommen.²⁸³⁰ Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass die Ratingagentur die Art des eintretenden Schadens konkret vor Augen hat²⁸³¹, ihr die Geschädigten namentlich bekannt sind oder sie gar zuvor mit diesen Kontakt aufgenommen hat.²⁸³²

Entsprechendes gilt für die deliktische Dritthaftung des Abschlussprüfers. Diese hat zwar im Bereich des Prospekthaftungsrechts eine ähnliche Regelung durch § 11 Abs 1 Z 4 KMG erfahren (doppelte Wissentlichkeit²⁸³³). Ausweislich der Materialien²⁸³⁴ verdrängt dieser

²⁸²⁰ OGH 7 Ob 595/78 MietSlg 30.246; 4 Ob 252/00 p RdW 2001, 334 (335); 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178 (180); 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v; 8 Ob 51/08 w JBl 2009, 174 (175); 2 Ob 202/10 k Zak 2011, 137; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 12; *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 4; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 8; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 11; *Dullinger in FS Reischauer* (2010) 114; *Rüffler*, JBl 2011, 78; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 78, 83; *Öllinger*, Haftung 181; aA OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 (599) *Verstreute Bonitätsauskunft*, wo der OGH iE eine absichtlich sittenwidrige Schädigung verlangt, weil er § 1300 Satz 2 ABGB offenbar nur auf solche Personen anwenden möchte, denen unmittelbar Auskunft erteilt wurde und er daher den Sachverständigen Dritten gegenüber nur gem § 1295 Abs 2 ABGB haften lassen möchte; so iE auch OGH 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306.

²⁸²¹ *Wolff in Klang*, ABGB VI² (1951) 51; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 11; *Mihurko*, Revision 45; *Last*, Kreditauftrag 339; aA *Nippel*, ABGB (1835) § 1300 Anm 2; vgl aber auch *Reischauer*, ZAS 1988, 77 f, 80.

²⁸²² OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (14); vgl auch Motive BGB, 1. Kommission 724, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 404.

²⁸²³ *Honsell*, JuS 1976, 628; *ders* in FS Medicus (1999) 215 f; *Hopt*, AcP 183 (1983) 633; Denaturierung der Vorsatzhaftung; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 214 f; Rsp *contra legem*; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³, 454 f.

²⁸²⁴ BGH VIII ZR 230/73 WM 1975, 559 (560); VI ZR 132/77 VersR 1979, 283 (284); II ZR 123/85 WM 1986, 904 (906); VI ZR 293/90 NJW 1991, 3282 (3283); XI ZR 56/07 NJW 2008, 2245 (2249).

²⁸²⁵ S oben in FN 2817.

²⁸²⁶ AA für Deutschland *Wagner* in FS Blaurock (2013) 478, der auch meint, die EU-RatingVO bringe mit ihrer Haftung für grobe Fahrlässigkeit „kaum einen Fortschritt im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage“; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19; offen *Mühl*, Haftung, Rz 283.

²⁸²⁷ So auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 19; tendenziell strenger *Lemke in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 731; *ders* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 623; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293; Kollusion.

²⁸²⁸ *Welser*, ÖBA 1982, 120; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 86; vgl auch OGH 3 Ob 593/32 JBl 1933, 14 (15).

²⁸²⁹ Vgl OGH 7 Ob 595/78 MietSlg 30.246: Jener Schaden ist vom Vorsatz umfasst, der nach der Lebenserfahrung zu erwarten ist; RIS-Justiz RS0026709, OGH 7 Ob 595/78 ImmZ 1979, 152: Abstellen auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge.

²⁸³⁰ Vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 3, 12: „Vorsatzblankett“.

²⁸³¹ So allg für § 1300 Satz 2 ABGB: RIS-Justiz RS0026567, OGH 15.06.1978, 7 Ob 595/78; 4 Ob 252/00 p RdW 2001, 334 (335 f); 2 Ob 202/10 k Zak 2011, 137; vgl auch *Welser*, Haftung 10 f.

²⁸³² RIS-Justiz RS0026786, OGH 22.06.1978, 2 Ob 515/78.

²⁸³³ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“.

²⁸³⁴ ErläutRV KMG 21.

Tatbestand die deliktische Haftung nach anderen Rechtsgrundlagen allerdings nicht.²⁸³⁵ Im Unterschied zu § 1300 Satz 2 ABGB muss der Vorsatz des Abschlussprüfers im Rahmen des § 11 Abs 1 Z 4 KMG nicht auch die Schädigung der Anleger erfassen (sondern nur die Unrichtigkeit der Prospektangaben und die Tatsache, dass der von ihm bestätigte Jahresabschluss als Unterlage für die Prospektkontrolle dient). Diese Differenzierung zwischen den beiden deliktischen Haftungsnormen dürfte aber keine allzu großen praktischen Konsequenzen haben.²⁸³⁶

Als weitere Grundlage für einen Schadenersatzanspruch insb des nach § 1300 Satz 1 ABGB nicht geschützten Anlegers kommt § 874 ABGB in Betracht, sofern dieser im Vertrauen auf das Rating einen Vertrag mit dem Emittenten abgeschlossen hat.²⁸³⁷ Im Gegensatz zu § 1300 Satz 2 ABGB muss sich der (zumindest bedingte) Vorsatz des Schädigers nach § 874 ABGB nur auf die Irreführung²⁸³⁸, nicht aber auf den Schaden beziehen.²⁸³⁹

eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur

α. Allgemeines zum Sorgfaltsmaßstab für Experten (§ 1299 ABGB)

Gem § 1300 Satz 1 ABGB verpflichtet ein Rat „aus Versehen“ zum Schadenersatz. Wie insb ein Blick in § 1294 ABGB²⁸⁴⁰ zeigt, ist damit sowohl leichte²⁸⁴¹ als auch grobe Fahrlässigkeit angesprochen.²⁸⁴² Diese Norm definiert Fahrlässigkeit als „schuld bare Unwissenheit“, als „Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes“. Schon aus der Kommentierung v. Zeillers²⁸⁴³ sowie dem Westgalizischen Gesetzbuch²⁸⁴⁴ bzw dem Entwurf Martinis²⁸⁴⁵ geht hervor, dass § 1299 ABGB²⁸⁴⁶ einen besonderen

²⁸³⁵ S oben bei FN 785.

²⁸³⁶ Jeder Abschlussprüfer wird mit einem Wissen iSd § 11 Abs 1 Z 4 KMG auch die Schädigung der Anleger (durch die unrichtigen oder unvollständigen Prospektangaben) ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden. Vgl oben bei FN 2830, wo bei wissentlich falschen Informationen auf den bedingten Schädigungsvorsatz geschlossen wird.

²⁸³⁷ Vgl Dullinger in FS Reischauer (2010) 114.

²⁸³⁸ OGH 7 Ob 354/97 b ÖBA 1999, 230 (231); vgl auch C. Völkl, ÖJZ 2011, 707.

²⁸³⁹ Dullinger in FS Reischauer (2010) 114; Rüffler, JBl 2011, 72, 80.

²⁸⁴⁰ Die Norm differenziert zwischen „böser Absicht“ und dem Restbereich vorwerfbaren Verhaltens („Versehen“) und nennt beides Verschulden.

²⁸⁴¹ Vgl auch §§ 1331 f ABGB, in denen Vorsatz und auffallende Sorglosigkeit (grobe Fahrlässigkeit) gemeinsam dem „mindern Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit“ (leichte Fahrlässigkeit) gegenüber gestellt werden.

²⁸⁴² OGH 8 Ob 532/83 JBl 1985, 38 (40); Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 2; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 1; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1300 Rz 1.

²⁸⁴³ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1299 Anm 1 f, wonach die Ausnahme des § 1299 ABGB von § 1297 ABGB nur eine scheinbare sei; iSd auch Nippel, ABGB (1835) § 1299 Anm 1; dagegen aber Koziol, Haftpflichtrecht II², 182.

²⁸⁴⁴ III 13 §§ 434, 437 WgGB.

²⁸⁴⁵ I 2 § 9, III 13 §§ 24, 27 EntwMartinis.

²⁸⁴⁶ Vgl I 5 § 281 ALR und dazu Randa, ABGB 66 FN 36a.

Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige positiviert²⁸⁴⁷ (vgl. Art 1176 Abs 2 *Codice Civile*²⁸⁴⁸). Für diese reicht es nicht aus, wenn sie nur mit den Kenntnissen und Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen (vgl. § 1297 ABGB) zu Werke gehen.²⁸⁴⁹ Die Anforderungen sind insofern verschärft²⁸⁵⁰, als der Sachverständige darüber hinaus für solche Fertigkeiten eintreten muss, die der Rechts- und Geschäftsverkehr in der konkreten Situation von ihm erwartet („den notwendigen Fleiß und die erforderlichen“²⁸⁵¹, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse“).²⁸⁵² Denn sie sind für die vom Sachverständigen ausgeübte Tätigkeit Voraussetzung²⁸⁵³ (vgl. §§ 347²⁸⁵⁴, 384, 390, 408, 429 UGB, § 25 Abs 1 GmbHG²⁸⁵⁵, § 84 Abs 1 AktG, § 55, § 57 Abs 3 SEG, § 6 Abs 1 EWIVG, § 17 Abs 2 PSG, § 24 Abs 1 VerG)²⁸⁵⁶.

§ 1299 ABGB hat daher die Bedeutung eines objektivierten Verschuldensmaßstabs²⁸⁵⁷, der dem Sachverständigen die Möglichkeit abschneidet, sich aufgrund mangelnder, subjektiver Kenntnisse oder Fähigkeiten zu entlasten²⁸⁵⁸.²⁸⁵⁹ Damit geht typischerweise²⁸⁶⁰ einher, dass

²⁸⁴⁷ Pfaff, Gutachten 30; Unger, System II⁵, 245; Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny in v. Stubenrauch, ABGB II⁷ (1899) 610; s. dazu bereits oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.βββ. Entstehungsgeschichte des § 1300 Satz 1 ABGB“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzesgeschichte: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

²⁸⁴⁸ *Diligenza del buon professionista*, s. dazu Hirte, Berufshaftung 265.

²⁸⁴⁹ Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 1.

²⁸⁵⁰ Zum ab- und angehobenen Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen im Vergleich zu § 1297 ABGB s. nur RIS-Justiz RS0026422; Koziol, Haftpflichtrecht II², 182; Kalss, ÖBA 2000, 646; dies, ÖBA 2002, 194; vgl. auch F. Bydlinksi, JBl 1965, 320; zur Haftungsverschärfung durch „objektive Haftung“ s. Hirte, Berufshaftung 430.

²⁸⁵¹ RIS-Justiz RS0026557, OGH 11.09.1984, 8 Ob 207/83.

²⁸⁵² P. Bydlinksi in FS Ostheim (1990) 353 f.; Ehrenreich/Kastner/Kraus, ABGB² (1913) 608; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 1 f.; ähnl. für das deutsche Recht BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059 (1060); Schneider, ZHR 163 (1999) 261 f.; vgl. auch OGH 1 Ob 529/89 wbl 1989, 280 (281); 4 Ob 265/99 w JBl 2000, 441 (441 f.) (Staudegger).

²⁸⁵³ OGH 5 Ob 224/05 k ZVR 2006, 377 (378); vgl. auch v. Zeiller, ABGB (1813) § 1299 Anm 1 f.

²⁸⁵⁴ Zu § 347 UGB als spezialgesetzliche Ausprägung des § 1299 ABGB s. ErläutRV HaRAG 53; vgl. auch Nowak, Prospekthaftung 101 mit FN 461.

²⁸⁵⁵ Zum Zusammenhang zwischen § 1299 ABGB und § 25 Abs 1 GmbHG s. U. Torggler, ZfRV 2002, 137; RIS-Justiz RS0026773, OGH 5 Ob 686/78 ÖJZ 1979, 396 (EvBl 135); vgl. auch RIS-Justiz RS0038016, OGH 29.11.1977, 9 Os 83/77.

²⁸⁵⁶ Zum Zusammenhang zwischen diesen Normen und § 1299 ABGB s. Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2.

²⁸⁵⁷ RIS-Justiz RS0026524, OGH 5 Ob 566/79 RZ 1981, 56; RIS-Justiz RS0026094, OGH 6 Ob 521/81 JBl 1982, 534; 25.06.2009, 2 Ob 51/09 b; 16.11.2009, 9 Ob 13/09 s; 02.12.2010, 2 Ob 7/10 h; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 1; vgl. auch P. Bydlinksi, ÖBA 2008, 159; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 11, 105; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 70; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 66.

²⁸⁵⁸ Daher ist es auch zumindest verwirrend, wenn die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung durch den Abschlussprüfer (der ein Sachverständiger ist [Nw oben in FN 2213]) so beschrieben wird, dass dieser „nach bestem Wissen und Können“ prüfen solle, damit der gesetzliche Zweck erreicht werde (Geist in Jabornegg, HGB [1997] § 275 Rz 2; Lechner in Straube, HGB [2000] § 275 Rz 6; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 95; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG [2009] § 33 Rz 29; Frabberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht [2010] § 275 UGB, Rz 44; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ [2014] § 323 Rz 5; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ [2015] § 323 Rz 3; vgl. auch Schauer, RdW 1999, 292). Dadurch wird zu Unrecht ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab angedeutet (Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 16; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ [2012] § 275 Rz 22; Steckel in U. Torggler, UGB [2013] § 275 Rz 20). Zum Zusammenhang zwischen dem Bekennen des Sachverständigen zu seiner Tätigkeit und dem Abschneiden der Entlastungsmöglichkeit, s. oben in FN 2149.

²⁸⁵⁹ RIS-Justiz RS0022711, OGH 23.03.1976, 5 Ob 536/76; 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (Heinrich) (Bonitätsauskunft); RIS-Justiz RS0020063; F. Bydlinksi, JBl 1992, 343 f.; Koziol, Haftpflichtrecht II², 183; ders., JBl 1995, 681; Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 1; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2, 5; P. Bydlinksi in FS Ostheim (1990) 352 f.; Kalss, ÖBA 2000, 646; dies, ÖBA 2002, 194; Dehn, ÖBA 2002, 383; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 57; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 3; vgl. auch Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 9; Köndgen, Selbstbindung 353; Hopt, AcP 183 (1983) 658; Odersky, NJW 1989, 2.

²⁸⁶⁰ S. U. Torggler, ZfRV 2002, 138.

die Haftungsvoraussetzungen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und des subjektiven Verschuldens des Sachverständigen ineinander verschmelzen.²⁸⁶¹

Mit der hM²⁸⁶² und entgegen Teilen der (auch sehr alten²⁸⁶³) Literatur²⁸⁶⁴ sowie der historischen Rsp²⁸⁶⁵ (s *Schätzmann* [oben S 24 ff]) handelt es sich bei § 1299 ABGB mE nicht um eine Norm, die zusätzlich originäre Pflichten des Sachverständigen begründet und daher zu einer selbständigen Berufshaftung (insb gegenüber Dritten) führen könnte. Das ergibt sich schon aus den oben²⁸⁶⁶ genannten, mit § 1299 ABGB verwandten Regelungen, die für sich keine Verhaltenspflichten des Sachverständigen konstituieren und die insb auch nicht als Schutzgesetze ausgelegt werden (dürfen).²⁸⁶⁷ Die richtige Auslegung des § 1299 ABGB gilt es, hier zu betonen, obwohl sich für die erwähnte Mindermeinung Hinweise in den Materialien²⁸⁶⁸, insb auch in der Kommentierung v. *Zeillers*²⁸⁶⁹, ausfindig machen lassen.²⁸⁷⁰

Berechtigter Kern dieser Berufshaftungstheorien ist mE aber die selbstständige Anspruchsgrundlage des § 1300 Satz 1 ABGB²⁸⁷¹, die gegenüber dem „außerberuflichen“ Bereich erweitert ist²⁸⁷². Wie schon v. *Zeiller*²⁸⁷³ selbst hervorhebt, geht der besondere Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB in § 1300 ABGB auf (vgl § 1300 Satz 1 ABGB: „auch dann verantwortlich“²⁸⁷⁴).²⁸⁷⁵

²⁸⁶¹ P. Bydlinki in FS Ostheim (1990) 353; Welser, *ecolex* 1992, 303 FN 12; Kalss, ÖBA 2002, 194; Walter Doralt/Kozioł in Kozioł/Walter Doralt, Abschlussprüfer 95; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 43; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 20; vgl auch Odersky, NJW 1989, 2; zu dieser „Verschmelzung“ bei Ratingagenturen s etwa Eisen, Haftung 255; Emmenegger in Wiegand, Basel II 90.

²⁸⁶² OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinki); 6 Ob 282/70 SZ 43/221, 781 (785); 8 Ob 281/70 SZ 43/46, 833 (836) *Vorläufige Bilanz*; 6 Ob 72/74 ÖJZ 1975, 14 (EvBl 4); 22.02.1984, 1 Ob 512/84; 3 Ob 51/98 s EFSlg 90.130; 19.09.2001, 9 Ob 157/01 f; F. Bydlinki, JBl 1965, 320 f; ders, JBl 1992, 344; Welser, Haftung 24 ff, insb 26; Kozioł, JBl 1988, 411; Kalss, ÖBA 2000, 646; dies, ÖBA 2002, 194; Karner in Kozioł/Bydlinki/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 3; ders in FS Kozioł (2010) 698; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1299 Rz 3; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 1; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1299 Rz 4; wohl auch Brawenz, Prospekthaftung 63.

²⁸⁶³ Bergmayr, Bürgerliches Recht III (1833) 293; Nippel, ABGB (1835) § 1300 Anm 4; Ellinger, ABGB⁵ (1857) 491; Maitisch/v. Kirchstetter, ABGB⁴ (1881) 644; wohl auch Scheidlein, Privatrecht I (1814) 627; s dazu auch F. Bydlinki, JBl 1992, 344.

²⁸⁶⁴ Wolff in Klang, ABGB VF² (1951) 49 f; Last, Kreditauftrag 340 f, 345, 347; Scheucher, ÖJZ 1961, 225; letztere Ansicht ausdr abl OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (320) *Liegenschaftsbewertung II* (F. Bydlinki); F. Bydlinki, JBl 1965, 320.

²⁸⁶⁵ OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410 (411) *Schätzmann* (unter Berufung auf OGH 18.10.1933, 1 Ob 818/33): aus dem „Berufe als Schätzmann fließende Verpflichtung“, bestimmte Dritte durch Abgabe eines fehlerhaften Gutachtens nicht am Vermögen zu schädigen; zust OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58; für § 1299 ABGB als Anspruchsgrundlage wohl auch OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11 (14) (Haftung danach offenbar entweder bei 1. berufsmäßiger, 2. entgeltlicher oder 3. wesentlich unrichtiger Raterteilung [samt Schädigungsvorsatz]); 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453 (454 f); vgl auch OGH 6 Ob 200/61 ÖBA 1962, 400 (404): Bank sei „kraft ihrer Stellung“ zur besonderen Sorgfalt „verpflichtet“.

²⁸⁶⁶ Bei FN 2854.

²⁸⁶⁷ Vgl oben in FN 1027, 4962.

²⁸⁶⁸ S insb Berathungs-Protokolle des ABGB, abgedr in *Ofner*, Ur-Entwurf II 188, wo v. *Scheppel* das Belohnungskriterium des § 1300 Satz 1 ABGB ablehnt, weil man gem § 1299 ABGB „überhaupt für Kunstkenntnisse haften müsse“.

²⁸⁶⁹ V. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 2 (s dazu schon oben bei und in FN 1724); vgl *dens*, ABGB (1813) § 1316 Anm 1; s zu v. *Zeillers* Verständnis auch *Schey*, Obligationsverhältnisse I 405 FN 30; v. *Zeiller* zust und seine Ansicht auf Fälle der Rechtsanwaltschaft erweitert *Bergmayr*, Bürgerliches Recht III (1833) 293; abl *Schuster v. Bonnot/Schreiber/Krasny* in v. *Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612 f FN 2; *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 471; *Ehrenzweig*, System II/1², 665 FN 12.

²⁸⁷⁰ Insofern zutr *Last*, Kreditauftrag 343; gegen *Karner* in FS Kozioł (2010) 698.

²⁸⁷¹ *Hirte*, Berufshaftung 485.

²⁸⁷² S oben bei FN 2067; insofern zutr *Schobel*, ÖBA 2001, 756: „Haftungserweiterung“, der freilich der hM (oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.α. Einleitung und hM“) folgt. Für spezielle Verkehrspflichten von Berufsangehörigen zum Schutz fremden Vermögens, die Private nicht (im selben Ausmaß) treffen *Hopt*, AcP 183 (1983) 705 f; s auch die Nw in FN 1639.

²⁸⁷³ V. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1300 Anm 1.

²⁸⁷⁴ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 3.

αα. Einleitung: Prognoseverantwortlichkeit im österreichischen Recht

1) Will man den Sorgfaltsmaßstab für Ratings nach § 1299 ABGB bestimmen, steht man vor einer Schwierigkeit: Ratingagenturen treffen mit ihren Bewertungen eine Aussage über die Zukunft, namentlich die wirtschaftliche Entwicklung des Emittenten und seine Rückzahlungsfähigkeit.²⁸⁷⁶ Dies kann naturgemäß nur mit „Unschärfen“ erfolgen.²⁸⁷⁷ Es stellt sich die Frage, ob die Beurteilung der (objektiven wie subjektiven) Sorgfaltswidrigkeit eines solchen Werturteils bzw einer solchen Prognose²⁸⁷⁸ überhaupt möglich ist und gegebenenfalls an welchen Kriterien sie zu messen ist.²⁸⁷⁹

Keinesfalls darf eine (Dritt-)Haftung bloß deswegen bejaht werden, weil sich die „Vorhersage“ der Ratingagentur im Nachhinein betrachtet nicht bewahrheitet hat (Rückschaufehler²⁸⁸⁰).²⁸⁸¹ „Was die Beurteilung der Entwicklung der Verhältnisse in der Zukunft anlangt, garantiert [das Rating] nicht deren Eintreten“²⁸⁸² (keine Garantie für die Erfüllung von Zahlungspflichten²⁸⁸³, weil der Anleger das Bonitätsrisiko ansonsten völlig auf die Ratingagentur überwälzen könnte²⁸⁸⁴). Zwar neigt die menschliche Psyche zu einer solchen *Ex-post*-Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit insb dann, wenn der Schädiger

²⁸⁷⁵ So auch *Pfaff*, Gutachten 67; *Schuster v. Bonnott/Schreiber/Krasny* in *v. Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899) 612; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 50; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 105, 107; vgl ferner *Scheidlein*, Privatrecht I (1814) 628; idS auch die Rsp, s zB OGH 8 Ob 652/92 MietSlg 44.215; 8 Ob 652/92 SZ 65/167, 407 (410); 1 Ob 43/92 SZ 66/129, 258 (269); 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124 (129); 24.08.2005, 3 Ob 118/05 g.

²⁸⁷⁶ Näher dazu unten „Teil I.II.B.2.b.cc. Natur des Ratings“.

²⁸⁷⁷ *Kantner*, ZIK 2012, 90.

²⁸⁷⁸ *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 710 f; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934; *Blaurock*, ZGR 2007, 627; *Eisen*, Haftung 333; v. *Schweinitz*, WM 2008, 953, 957; *Karner*, ÖBA 2010, 593; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289; *Gomille*, GPR 2011, 186; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; *Graf*, JBl 2012, 213.

²⁸⁷⁹ Ausf zu verfassungsrechtlichen Überlegungen s die für die Prognoseverantwortlichkeit gegenüber Anlegern sinngemäß geltenden Ausführungen unten „Teil I.II.B.2.b.gg.bbb. Verfassungsrecht: Schutz der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK, Art 13 StGG, Art 11 EU-Grundrechtecharta)“.

²⁸⁸⁰ *Florstedt*, AG 2010, 317; *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 473 f (zur Haftung gegenüber dem Emittenten).

²⁸⁸¹ *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/77; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 702; *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 881; *Vetter*, WM 2004, 1706 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200, 205; *Thiele*, Rating 34; *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934; *Blaurock*, ZGR 2007, 628; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 615; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 202; *Eisen*, Haftung 242; *Fischer*, Haftungsfragen 54 ff; v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 661; *Karner*, ÖBA 2010, 590, 593; *Kumpan* in *FS Hopt* II (2010) 2170; *Korth*, Dritthaftung 42; *Vasella*, Haftung 130; *Graf*, JBl 2012, 213; *Schuler*, Verantwortlichkeit 178; *Forschner*, J&E 2012/1, 16; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 74; *Amort*, EuR 2013, 278; *Gass*, Schadenersatzansprüche 87 f; so zur Bonitätsauskunft OLG Linz 24.08.2011, 1 R 136/11t-20; *Kantner*, ZIK 2012, 89; zur Prospekthaftung BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2826) *Beton- und Monierbau*; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2279; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 33; *Gruber*, wbl 1990, 157 mit FN 43; *Rodrigues*, ecolex 1990, 77; *Welser*, ecolex 1992, 303; *Nowak*, Prospekthaftung 38; zur Anlageberatung *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97; allg für die Haftung für fehlerhafte Prognosen: *Fleischer*, AG 2006, 8, 14; vgl zur Geschäftsleiterhaftung *U. Torggler*, wbl 2009, 170 f.

²⁸⁸² Vgl ErläutRV KMG 19 (zur Unterfertigung des Prospekts durch den Prospektprüfer); idS auch Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 76; vgl ferner *C. Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 301.

²⁸⁸³ *Deipenbrock*, BB 2003, 1850; *Vetter*, WM 2004, 1704; *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934 f; *Korth*, Dritthaftung 41; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 60; *Amort*, EuR 2013, 276. Auch umgekehrt, also gegenüber dem Emittenten, verspricht die Ratingagentur im Rahmen des Ratingvertrags kein bestimmtes Bewertungsergebnis: v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; vgl auch Art 1.14 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu *Vasella*, Haftung 163.

²⁸⁸⁴ *Schuler*, Verantwortlichkeit 178 FN 990; vgl *U. Torggler*, ZfRV 2002, 134.

versichert ist²⁸⁸⁵ (man denke nur an ein AAA-Rating einer Emission, deren Emittent kurze Zeit nach der Rating-Veröffentlichung Insolvenz anmeldet). Jedoch gilt es, sich am Prospekthaftungs-Gesetzgeber des Jahres 1896²⁸⁸⁶ ein Beispiel zu nehmen und dieser Sichtweise auch im vorliegenden Zusammenhang mit aller Entschiedenheit entgegenzutreten.²⁸⁸⁷ Anderenfalls wären die Ratingagenturen mit einer systemwidrigen²⁸⁸⁸ Erfolgshaftung konfrontiert, die sie wirtschaftlich niemals tragen könnten.

2) Man schüttet aber das Kind mit dem Bade aus, wenn man die Verantwortlichkeit für Ratings aufgrund deren Zukunftsbezogenheit²⁸⁸⁹ leugnet, wie es die Ratingagenturen mitunter selbst tun.²⁸⁹⁰ Denn das Gesetz anerkennt eine „Prognoseverantwortlichkeit“²⁸⁹¹ von Sachverständigen iSd § 1299 ABGB in verschiedener Hinsicht und sein Schweigen in Bezug auf Ratingagenturen ist keinesfalls beredt (weil das österreichische Recht²⁸⁹² die Haftung von Ratingagenturen gar nicht ausdrücklich regelt).

Zunächst hat der schon mehrfach erwähnte Abschlussprüfer (insb auch im Rahmen der Prüfung des Lageberichts²⁸⁹³ gem § 268 Abs 1 Satz 1 Fall 2 UGB²⁸⁹⁴) die Entwicklungsaussichten der geprüften Gesellschaft zu beurteilen und diese etwa seiner Prüfung der Bewertung von Vermögensgegenständen zugrunde zu legen.²⁸⁹⁵ Bei unzutreffender Fortbestehensprognose (*going concern*-Annahme²⁸⁹⁶; § 201 Abs 2 Z 2

²⁸⁸⁵ Hopt, AcP 183 (1983) 666.

²⁸⁸⁶ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23.

²⁸⁸⁷ Habersack, ZHR 169 (2005) 200; Blaurock, ZGR 2007, 628; vgl auch P. Bydliński in FS Ostheim (1990) 353; Welser, eolex 1992, 305; Fleischer, AG 2006, 14; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97; s aber OLG Düsseldorf I-6 W 45/09 AG 2010, 126 (128) und dazu krit Florstedt, AG 2010, 317.

²⁸⁸⁸ Vgl Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 256; vgl RIS-Justiz RS0026218, OGH 27.08.1969, 7 Ob 104/69; vgl zur Abschlussprüferhaftung Hachenburg, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 545: „Es besteht keine absolute Haftung des Wirtschaftsprüfers für die unbedingte Richtigkeit. Was kein vernünftiger Mensch sehen kann, fällt nicht unter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“; Scheucher, ÖJZ 1961, 225; P. Bydliński in FS Ostheim (1990) 353.

²⁸⁸⁹ Vetter, WM 2004, 1701, 1704, 1711.

²⁸⁹⁰ S auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 884; vgl oben in FN 2281.

²⁸⁹¹ S dazu auch Fleischer, AG 2006, 7 ff. Insb enthält das österreichische Recht soweit ersichtlich keine „safe harbour rules“ für Prognosen (vgl dazu den Vorschlag von Baums/Fischer, Haftung 19, 25 f).

²⁸⁹² Anders freilich Art 35a EU-RatingVO, der von einer Prognoseverantwortlichkeit von Ratingagenturen in bestimmten Grenzen ausgeht; näher dazu unten „Teil 2.II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO“.

²⁸⁹³ S § 243 Abs 3 Z 1 UGB, wonach der Lagebericht auch auf „die voraussichtliche Entwicklung des Unternehmens“ einzugehen hat.

²⁸⁹⁴ Kalss, ÖBA 2002, 200; für Deutschland: Baums/Fischer, Haftung 25; Fleischer, AG 2006, 5 f (dort auch ausf zum Prognosecharakter des Lageberichts); Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 317 Rz 7, § 322 Rz 14; BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (426).

²⁸⁹⁵ Kalss, ÖBA 2000, 657: Kontrolle der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens; Liebscher, Abschlußprüfer 83; vgl OGH 1 Ob 144/03 p ÖJZ 2005, 391 (392) (EvBl 89): Der Abschlussprüfer muss der „zu erwartenden tatsächlichen Entwicklung Rechnung“ tragen und eine „Risikoeinschätzung“ vornehmen; vgl auch Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 962; s zur ähnl deutschen Rechtslage Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 316 Rz 1; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 317 Rz 5. Auch die Prüfung von Rückstellungen (§ 198 Abs 8 UGB) erfasst die Einschätzung zukünftiger Risiken (vgl Liebscher, Abschlußprüfer 82 f).

²⁸⁹⁶ Neben der Frage der Zulässigkeit der *Going-Concern-Prämisse* (Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.197; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ [2010] §§ 44, 45 BörsG, Rz 26; vgl BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 [2826] Beton- und Monierbau) enthält insb die Überprüfung der Nutzungsdauer eines Anlageguts sowie die Rückstellungsbildung (vgl vorige FN) prognostische Elemente (Fleischer, AG 2006, 5 FN 30).

UGB) droht (richtigerweise) eine Haftung (in aller Regel nur) gegenüber der Gesellschaft (§ 275 UGB).²⁸⁹⁷

Das leitet über zur Verantwortlichkeit im Insolvenzrecht.²⁸⁹⁸ Namentlich ist es eine Kardinalpflicht²⁸⁹⁹ der organschaftlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft²⁹⁰⁰, bei rechnerischer Überschuldung der Gesellschaft *und* negativer Fortbestehensprognose²⁹⁰¹ rechtzeitig, dh ohne schuldhaftes Zögern, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu stellen (§ 67 Abs 1, § 69 Abs 2, Abs 3 IO).²⁹⁰² Nach hM haften die organschaftlichen Vertreter nicht nur der Kapitalgesellschaft (vgl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG)²⁹⁰³, sondern gem § 69 IO iVm § 1311 ABGB ebenso den Gläubigern²⁹⁰⁴ für die verspätete Antragstellung (auch infolge kaufmännisch unvertretbarer Fortbestehensprognose²⁹⁰⁵).²⁹⁰⁶

Darüber hinaus trifft etwa auch den Rechtsanwalt gem § 1300 Satz 1 ABGB die Pflicht, die (naturgemäß zukünftigen) Erfolgchancen eines Rechtsmittels sorgfältig einzuschätzen.²⁹⁰⁷

Eine noch fruchtbarere Parallele lässt sich aber (einmal mehr²⁹⁰⁸) zur Prospekthaftung ziehen.²⁹⁰⁹ Zunächst deutet schon der Wortursprung (*prospectus* = Aussicht²⁹¹⁰) auf eine Verantwortlichkeit für zukunftsbezogene Aussagen hin.

Das entspricht auch den gesetzlichen Regelungen: Wie bereits erwähnt, kommt die Prospekthaftung zum Tragen, wenn ein Anleger auf die *Angaben* im Prospekt vertraut und deswegen zu Schaden kommt (§ 11 Abs 1 KMG; vgl § 2 Abs 1 UWG²⁹¹¹). Aus § 7 Abs 1 KMG ergibt sich, dass in einen Prospekt ua solche Angaben aufzunehmen sind, die dem

²⁸⁹⁷ Ausf dazu oben „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

²⁸⁹⁸ Vgl auch *Fleischer*, AG 2006, 8, der die Parallele zwischen Prospekt- und Insolvenzverschleppungshaftung zieht; Parallelen zwischen der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose und Ratings ebenso verortend *Luttermann/Vahlenkamp*, ZIP 2003, 1637.

²⁸⁹⁹ Zum Begriff s etwa *U. Torggler in Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 43.

²⁹⁰⁰ Überschuldung ist ebenso ein Konkursöffnungsgrund bei „verdeckten“ Kapitalgesellschaften, sonstigen juristischen Personen und Verlassenschaften (§ 67 Abs 1 IO).

²⁹⁰¹ Obwohl das Gesetz diese Voraussetzung nicht ausdr statuiert (vgl bloß § 26 Abs 2 Z 1 URG), ist sie mittlerweile allg anerkannt: s die Leitentscheidung OGH 1 Ob 655/86 SZ 59/216, 1092 (1101) = wbl 1987, 74 (*Wilhelm*) = ÖBA 1987, 332 (*Hoyer*); ferner *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (1999) § 67 KO, Rz 37, 75 ff.

²⁹⁰² S zum dabei bestehenden Beurteilungsspielraum BGH II ZR 292/91 NJW 1994, 2220 (2224); *Fleischer*, AG 2006, 8.

²⁹⁰³ S dazu ausf *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 613 ff.

²⁹⁰⁴ Auf die Frage, ob auch Neugläubiger geschützt sind, kann hier nicht näher eingegangen werden, abl zB *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2005) § 69 KO, Rz 87 ff; s zur Problematik auch *U. Torggler in Straube*, UGB³ (2012) Vor § 189 Rz 58.

²⁹⁰⁵ Vgl OGH 1 Ob 655/86 SZ 59/216, 1092 (1101). Oft erfordern allg unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsleitung einer Gesellschaft einen sorgfältigen „Blick in die Zukunft“ (*Mollnhuber/Suesserott*, Aufsatz zur Einlagenrückgewähr [im Erscheinen]), weswegen bei der (sonstigen) Geschäftsleiterhaftung insb gem § 25 GmbHG, § 84 AktG ebenso eine Prognoseverantwortlichkeit im Raum stehen kann.

²⁹⁰⁶ *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2005) § 69 KO, Rz 70 ff.

²⁹⁰⁷ RIS-Justiz RS0026255.

²⁹⁰⁸ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.β.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“, insb aber auch unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

²⁹⁰⁹ Zutr *Thiele*, Rating 35 f.

²⁹¹⁰ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Prospekt> (zuletzt abgerufen am 4.7.2015).

²⁹¹¹ Zum Angabebegriff des UWG s noch unten bei FN 4192.

Anleger ein fundiertes Urteil über die „Zukunftsaussichten [insb] des Emittenten“ ermöglichen.²⁹¹² Dementsprechend ist gem Z 22 Kapitel 2 Schema C Anlage C zum KMG eine „Angabe über zukünftige Wertentwicklungen der Veranlagung“ in den Prospekt aufzunehmen. Auch § 7 Abs 8 KMG enthält über den Verweis auf die EU-ProspektVO detaillierte Bestimmungen betreffend die Aufnahme von Gewinnprognosen (Art 2 Z 10 *leg cit*) in den Prospekt (Z 13 Anh I, Z 9 Anh IV, Z 8 Anh IX, Z 13 Anh X, Z 8 Anh XI *leg cit*).²⁹¹³ Es sind unter den „Angaben“ iSd KMG also nicht nur „nackte Tatsachen“, sondern auch Werturteile zu verstehen²⁹¹⁴, die eine prognostische Aussage beinhalten.²⁹¹⁵

Solche Werturteile sind wie die übrigen Prospektinformationen (seit der KMG-Novelle 2005 nur mehr) bei Veranlagungen vom Prospektkontrollor auf ihre „Richtigkeit“ hin zu überprüfen (§ 8 Abs 2 Satz 1 KMG).²⁹¹⁶ Die Materialien zum KMG²⁹¹⁷ konkretisieren die entsprechenden Pflichten des Prüfers dahingehend, dass dieser „die Annahmen, die dieser Prognose zugrunde liegen, und die Plausibilität der Prognose auf Grund dieser Annahmen zu prüfen“²⁹¹⁸ habe.²⁹¹⁹ Wird er diesen Sorgfaltpflichten nicht

²⁹¹² Art 5 Abs 1 ProspektRL (2003/71/EG); s dazu *Fleischer*, AG 2006, 3; vgl dazu auch RIS-Justiz RS0108624: Beurteilung der Ertragslage; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 824; vgl ferner für Deutschland *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 54 f, 58 f; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 16 f; *Baums/Fischer*, Haftung 25; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.186: Beurteilung der wirtschaftlichen Entwicklungsfähigkeit des Emittenten.

²⁹¹³ S dazu auch *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/77 FN 229 (dort auch zur sog Gewinnsschätzung iSd Art 2 Z 11 EU-ProspektVO).

²⁹¹⁴ *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 17; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/77; *Sindelar/Mandl*, ÖBA 2014, 97; aA die ältere Ansicht zur deutschen Prospekthaftung, s zB *Meyer*, BörsenG (1915) § 45 Anm 2; vgl auch OLG Düsseldorf 6 U 259/80 AG 1982, 20 (20 f); s dazu *Köndgen*, AG 1983, 97; *Nowak*, Prospekthaftung 34 f; s aber die nunmehr hM, die auch wertende Äußerungen der Prospekthaftung unterwirft: *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.196 f mwN; weitere Nw in der folgenden FN sowie in FN 2918.

²⁹¹⁵ Grundlegend zum deutschen Prospekthaftungsrecht BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2826) *Beton- und Monierbau*; s auch BGH XI ZR 337/08 WM 2009, 2303 (2305); II ZR 30/09 NJW 2010, 2506 (2507); *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2279; *Köndgen*, AG 1983, 97: Dem Unterschied zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen sei durch eine Differenzierung des Verschuldensmaßstabs Rechnung zu tragen; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 37; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 7; *ders/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 36 (dort [S 52 f] auch zur international üblichen Prospekthaftung für Prognosen); *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 16; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 24; *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.196; *Thiele*, Rating 35; für die Schweiz: *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 97; vgl ferner *Heidelbach* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 13 VerkProspG, Rz 16; vgl zur Haftung gem BörseG 1989: *Brawenz*, ÖBA 1990, 167; *Gruber*, wbl 1990, 157 mit FN 43; *Nowak*, Prospekthaftung 37 f, 39 ff (mit einer differenzierten Betrachtung der Unrichtigkeit, je nachdem, ob es sich um Tatsachen oder Werturteile handelt); *Renner*, ÖBA 2001, 594; zur allg zivilrechtlichen Prospekthaftung *Brawenz*, Prospekthaftung 219, 221.

²⁹¹⁶ Zum Sorgfaltsmaßstab s *Robol*, GesRZ 1983, 83 f.

²⁹¹⁷ ErläutRV KMG 19.

²⁹¹⁸ Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 76: „Eine Verantwortlichkeit besteht jedoch insoweit, als Prognosen und Werturteile sich auf eine ausreichende Tatsachenbasis stützen und kaufmännisch vertretbar sein müssen“; idS auch *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 40, 55; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 18; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 36, 52; *Thiele*, Rating 35; *Renner*, ÖBA 2001, 593; vgl auch Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 15: „Es wird jedoch festgelegt, daß der Prüfer dort, wo es um Erwartungen, Prognosen, Annahmen und Schlußfolgerungen geht, nur eine Art Schlüssigkeits- oder Plausibilitätsprüfung vorzunehmen hat, aber keine Verantwortung für die objektive Richtigkeit trägt“; s auch Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 25: kritische Würdigung; s ferner für die Schweiz *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 97; *Vasella*, Haftung 367 FN 1531 (unter Verweis auf *Watter/Noth* in *H. Honsell/N.P. Vogt/R. Watter*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³ [2008] Art 752 Rz 19): „falsche Prognosen sind rechtswidrig, wenn sie konkrete Tatsachen und Wahrscheinlichkeiten nicht berücksichtigen oder ungenügend zwischen Tatsachen und Annahmen unterscheiden“.

²⁹¹⁹ *Welser*, ecolex 1992, 303; s zu den Schwierigkeiten dieser Prüfung *Kalss*, Anlegerinteressen 178 mit FN 110.

gerecht, besteht uU²⁹²⁰ eine Verantwortlichkeit für Prognoseinformationen gegenüber einer Vielzahl von Anlegern, wie sie gerade auch hinsichtlich veröffentlichter Ratings im Raum steht.

Ganz ähnlich wie für die Prospekthaftung werden die Sorgfaltsanforderungen an zukunftsbezogene Anlageberatungen konkretisiert.²⁹²¹ In deren Rahmen ist die beratende Bank – vergleichbar mit einer Ratingagentur²⁹²² – zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Kapitalsuchenden sowie der Wirtschaftlichkeit (insb Risikoträchtigkeit) der konkreten Anlage verpflichtet.²⁹²³

3) Dass in der „prognose-rechtlichen“ Wertung des KMG tatsächlich ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip liegt, das auch für die hier interessierende Frage Gültigkeit beansprucht, bestätigt die Entscheidung 4 Ob 516/93²⁹²⁴. Darin hat der OGH gerade für den Bereich der *Bonitätsbewertungen* (Bonitätsauskunft durch eine Bank) eine ganz ähnliche Ansicht zur Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit vertreten. Zunächst meint das Höchstgericht, dass bei Bonitätsauskünften naturgemäß ein (sogar relativ weiter) Wertungs- und Beurteilungsspielraum zu beachten sei.²⁹²⁵ Es gehe in erster Linie um die Bewertung von Tatsachen und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen. Dazu führt der OGH aus:

„Unrichtig ist ein Rat oder eine Empfehlung allerdings jedenfalls dann, wenn dabei unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt worden sind oder wenn nicht alle erforderlichen Tatsachen ermittelt oder mitgeteilt wurden [a]. Geht die Bank von zutreffenden und vollständigen Tatsachen aus, dann wird man einen Rat oder eine Empfehlung in der Regel nur dann als unrichtig ansehen können, wenn die Bank bei ihren Schlußfolgerungen gegen die Denkgesetze oder gegen allgemeine Erfahrungsgrundsätze verstoßen [b] oder die Vorsicht und Zurückhaltung²⁹²⁶ außer acht gelassen hat, die bei Prognosen im allgemeinen und bei Bankempfehlungen im besonderen erforderlich sind [c].“^{2927, 2928}

²⁹²⁰ Das KMG sieht eine Reihe von Haftungseinschränkungen vor, die mE ernst zu nehmen sind, ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“.

²⁹²¹ *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97; zur insofern bestehenden Parallele s *Köndgen*, AG 1983, 97 mit FN 128; zur Parallele zwischen Anlageberatung und Rating s *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415.

²⁹²² Ebenso *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415.

²⁹²³ RIS-Justiz RS0108073 T 2, OGH 17.12.1997, 7 Ob 293/97 g; 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 (831) *Frischzellentherapie*; 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (57) (*Kletečka*); RIS-Justiz RS0108074 mit T 8, OGH 22.11.2011 4 Ob 70/11 i: Pflicht zur Aufklärung über das Bonitätsrisiko einer Unternehmensanleihe; *Wendehorst*, ÖBA 2010, 563; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97; vgl auch *Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 27.

²⁹²⁴ OGH 4 Ob 516/93 *ecolex* 1993, 669; s dazu etwa *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 1.

²⁹²⁵ RIS-Justiz RS0026415.

²⁹²⁶ So auch ausdr *Karner*, ÖBA 2010, 593 (für die Prognose der Ratingagenturen); krit zur geforderten Zurückhaltung hinsichtlich der Prospekthaftung angesichts der zahlreichen gesetzlichen Vorgaben zur Prognosepublizität allerdings *Fleischer*, AG 2006, 8, 14; *Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 55; s auch *Schwark in Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 26.

²⁹²⁷ RIS-Justiz RS0026377. In der Entscheidung bezieht sich der OGH auf *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 101, sowie *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I 187.

²⁹²⁸ Sehr ähnl zur Prospekthaftung BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2826) *Beton- und Monierbau*; s dazu auch *Fleischer*, AG 2006, 7 f, 15; *Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 7; *Schwark in Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 24; ferner OLG Düsseldorf 6 U 239/82 WM 1984, 586 (595); die „OGH-Formel“ auch auf die Prospekthaftung gem KMG bzw BörseG 1989 übertragend: *Nowak*, Prospekthaftung 38; *ders*, KMG (1992) 116; *C. Nowotny in Seicht*, Jahrbuch Controlling und

Richtigerweise hebt der OGH in dieser Entscheidung explizit hervor, dass es nur auf eine *Ex-ante*-Sichtweise ankommen kann.²⁹²⁹ Maßgeblich ist demnach der „Prognosehorizont im Zeitpunkt der Abgabe der Expertenäußerung“.²⁹³⁰

ββ. Präzisierende Übertragung der einschlägigen Wertungen auf Ratings

1) Die vorstehenden Überlegungen lassen sich mE ebenso auf die vertragliche²⁹³¹ wie „quasi-vertragliche“²⁹³² Haftung von Ratingagenturen übertragen.²⁹³³

Es ist allgemein anerkannt, dass sich der für die Sachverständigenhaftung anzuwendende Sorgfaltsmaßstab danach richtet, welcher „Berufs(unter)gruppe“ mit welchem „Professionalitätsgrad“ der Schädiger angehört.²⁹³⁴ So werden an den Sorgfaltsmaßstab eines Facharztes (zB Dermatologe) in dem jeweiligen Fachgebiet (Dermatologie) strengere Anforderungen gestellt, als an den eines praktischen Arztes.²⁹³⁵ Wurde nun der Sorgfaltsmaßstab für Bankauskünfte vom OGH wie oben beschrieben definiert, können die darin zum Ausdruck gelangenden Grundanforderungen (umso mehr) auf solche Informationsintermediäre aus demselben „Fachgebiet“ (Bonitätsbewertung) übertragen werden, die sich auf Kreditauskünfte intensiver spezialisiert²⁹³⁶ haben (Größenschluss).²⁹³⁷

Rechnungswesen 1993, 305; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 16: zB überzogene Ertragsaussichten infolge „nicht nachvollziehbarer Rechnungsparameter“; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/77; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 20; *Brawenz*, ÖBA 1990, 167; *Gruber*, wbl 1990, 157 mit FN 43; *Rodrigues*, ecolex 1990, 77; zur allg zivilrechtlichen Prospekthaftung: *Brawenz*, Prospekthaftung 219, 221; auf die Anlageberatung übertragend *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97.

²⁹²⁹ RIS-Justiz RS0026415; ebenso auch OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (71) *Mündelaktie*. Dies ist ein Gedanke, den auch die Materialien zu § 159 StGB (die strafrechtliche „Seite“ der Insolvenzverschleppung) hervorheben (ErläutRV StGB-Novelle 2000, 8).

²⁹³⁰ *Schneider*, ZHR 163 (1999) 264; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 101; *Fleischer*, AG 2006, 14; speziell für Ratingagenturen: *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 702; *Vetter*, WM 2004, 1706 und *Eisen*, Haftung 242 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200; *Thiele*, Rating 34, 36 f; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934; *Fischer*, Haftungsfragen 55; v. *Schweinitz*, WM 2008, 959; *Schuler*, Verantwortlichkeit 178; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 74; *Amort*, EuR 2013, 278; vgl auch *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 64; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 97; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 28; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 55; *U. Torggler*, wbl 2009, 169, 171 (zur Geschäftsleiterhaftung).

²⁹³¹ S dazu oben bei FN 2729.

²⁹³² S dazu oben bei FN 2744.

²⁹³³ Für eine Übertragbarkeit des OGH-Rechtssatzes zumindest auf die vertragliche Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten auch *Karner*, ÖBA 2010, 591; zu den ähnl Sorgfaltsmaßstäben für Bankauskünfte einerseits und Ratings andererseits vgl *Thiele*, Rating 36.

²⁹³⁴ Vgl *F. Bydlinksi*, JBl 1992, 343 f.

²⁹³⁵ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2, 25; *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 2; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 43; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 1; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 194; vgl RIS-Justiz RS0113383, OGH 29.03.2000, 6 Ob 73/00 d.

²⁹³⁶ OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (*Heinrich*); *Heinrich*, ÖBA 2012, 394.

²⁹³⁷ Vgl zur differenzierten Handhabung innerhalb desselben Fachgebiets (Herz- bzw Unfallchirurgie): *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2.

Das sind etwa Wirtschaftsauskunfteien²⁹³⁸, aber auch die „am Zenit der Bonitäts-Professionalität“ befindlichen Ratingagenturen.²⁹³⁹

2) Die Determinierung der branchenüblichen Sorgfalt für Ratings muss sich aber nicht ausschließlich an verwandten gesetzlichen Haftungsnormen (insb des KMG) und vergleichbarer OGH-Rsp orientieren. Sie kann auch anhand von – an sich unverbindlichen oder *in concreto*, dh in Bezug auf das nationale Schadenersatzrecht unanwendbaren – regulatorischen Regelwerken näher bestimmt werden, insb des IOSCO²⁹⁴⁰ *Code of Conduct*, des *IOSCO Statement of Principles* und der EU-RatingVO.²⁹⁴¹ Speziell für das österreichische Schadenersatzrecht kann darüber hinaus das BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141 als Erkenntnisquelle für den von Ratingagenturen einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab dienen²⁹⁴². Denn es definierte in seinen § 21b Abs 1 Z 1 ff jene gesetzlichen Sorgfaltsstandards, die für eine Anerkennung als zur Bonitätsbewertung²⁹⁴³ geeignete Ratingagentur Voraussetzung waren (§ 21 Abs 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; vgl jetzt²⁹⁴⁴ Art 135 Abs 1 EU-BankenaufsichtsVO iVm EU-RatingVO).²⁹⁴⁵

In sämtlichen der erwähnten Vorschriften können nämlich die Leistungsstandards der Berufsgruppe „Ratingagentur“ zum Ausdruck kommen, die für die Feststellung der Verkehrsauffassung²⁹⁴⁶ über die erforderliche Sorgfalt eine entscheidende Rolle

²⁹³⁸ Vgl zum strengeren Sorgfaltsstandard der Wirtschaftsauskunfteien gegenüber jenem der Banken hinsichtlich ihrer Bonitätsauskünfte: Last, Kreditauftrag 394 FN 502; RG VIII 431/32 RGZ 139, 103 (105); Welser, Haftung 60, 120: „Banken sind keine Auskunfteien“; Lorenz in FS Larenz (1973) 587.

²⁹³⁹ Vgl zum strengeren Sorgfaltsstandard der Ratingagenturen gegenüber jenem der Wirtschaftsauskunfteien: Graf, JBl 2012, 221 f; vgl zur Spezialisierung der Ratingagenturen etwa auch Peters, Haftung 124, 127; Hennrichs in FS Hadding (2004) 875; Eisen, Haftung 255.

²⁹⁴⁰ The International Organisation of Securities Commissions (Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden); s dazu Blaurock, JZ 2012, 229; Habersack, ZHR 169 (2005) 192.

²⁹⁴¹ Für eine mittelbare haftungsrechtliche Relevanz solcher „unmittelbar“ nicht haftungsrelevanter Vorschriften: Hennrichs in FS Hadding (2004) 882; Fischer, Haftungsfragen 56 f; s auch die vorsichtige Heranziehung der IOSCO-Grundsätze im Rahmen der Formulierung der Sorgfaltsanforderungen bei Habersack, ZHR 169 (2005) 202; v. Schweinitz, WM 2008, 959; Karner, ÖBA 2010, 590; ebenso regulatorische Regeln heranziehend: Blaurock, ZGR 2007, 628; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658; s zur Heranziehung der EU-RatingVO: Gomille, GPR 2011, 191; vgl OLG Stuttgart 2 U 219/88 VersR 1999, 832 (835 f); Ausstrahlungswirkung aufsichtsrechtlicher Normen; insofern mE zu pauschal die Aussage von Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414, nach denen sich aus den Kodizes keine Ansprüche der Anleger ableiten ließen.

²⁹⁴² Dies umso mehr, als der Gesetzgeber offenbar selbst von einer Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Anforderungen ausging, wenn er als „kompetente Ratingagentur“ für die erstklassige Einstufung von Geldmarktinstrumenten nach WAG nur eine solche bezeichnet, die gewerblich tätig ist und über eine Anerkennung nach § 21b BWG verfügt (§ 31 Abs 4 WAG; zur Aufhebung des § 21b BWG s sogleich in FN 2944).

²⁹⁴³ Zum Zwecke der Berechnung der Eigenmittelunterlegung von Kreditinstituten.

²⁹⁴⁴ Die Anerkennungsvoraussetzungen des BWG wurden (formell) im Zuge des BWGÄG 2013, BGBl I 2013/184 (in Kraft getreten am 01.01.2014) durch jene der EU-RatingVO ersetzt (ErläutRV BWGÄG 2013, 21; vgl dazu auch Bauer, BB 2013, 365; Jobst/Kapoor, WM 2013, 688 f). Materiell dürfte damit aber keine Abkehr von den ohnehin sehr abstrakt gehaltenen Anerkennungsvoraussetzungen des BWG (bzw der anlassgebenden BankenRL [2000/12/EG]; vgl auch neugefasste BankenRL [2006/48/EG]) beabsichtigt worden sein, vielmehr können wohl die Kriterien der EU-RatingVO als Konkretisierung der ehemaligen BWG-Anerkennungsvoraussetzungen verstanden werden. Deswegen kann zur Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs mE weiterhin (auch) an die ehemaligen österreichischen Normen des BWG angeknüpft werden, zumal dies ohnehin nicht automatisch erfolgen darf (s unten bei FN 2951), sondern die außerkraftgetretenen BWG-Vorschriften bloß als Orientierungshilfe herangezogen werden.

²⁹⁴⁵ Für eine Orientierung am Aufsichtsrecht zur Konkretisierung des Sorgfaltsstandards auch Karner, ÖBA 2010, 588, 591; Graf, JBl 2012, 213; Hennrichs in FS Hadding (2004) 881 f; Meyer, Rechtsfragen 71; Rohe/Lischek, WM 2006, 1936; Blaurock, ZGR 2007, 628 (dort speziell auch zu den ECAI-Kriterien); ebenso Fischer, Haftungsfragen 57 f; v. Schweinitz, WM 2008, 953 f; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660; Vasella, Haftung 145; Schuler, Verantwortlichkeit 164, 180 ff; vgl allg zur Entwicklung von Berufspflichten aus dem Aufsichtsrecht Hopt, AcP 183 (1983) 716; tendenziell gegen eine solche Orientierung aber Eisen, Haftung 318 FN 1303; s auch Schroeter, Ratings 807.

²⁹⁴⁶ Vgl oben bei FN 2965.

einnehmen.²⁹⁴⁷ Der *soft-law*-Charakter²⁹⁴⁸ und die unmittelbare Unanwendbarkeit der herangezogenen Bestimmungen bzw die mangelnde Unterwerfung der Ratingagenturen unter den *IOSCO Code of Conduct*²⁹⁴⁹ im konkreten Fall stehen dem nicht entgegen, wenn und soweit diese Regelungsprinzipien als Beschreibung der Branchensorgfalt verstanden werden können.²⁹⁵⁰ Das bedeutet, dass die Missachtung von solchen „an sich“ nicht schadenersatzrechtlich relevanten Vorschriften nicht automatisch dazu führen darf, dass man einen Sorgfaltsverstoß der vorschriftswidrig handelnden Ratingagentur bejaht;²⁹⁵¹ die Zivilgerichte sind insofern nicht daran gebunden²⁹⁵². Der Übertretung kann aber Indizwirkung für die Prüfung der Sorgfaltswidrigkeit zukommen, jedenfalls dann, wenn es sich dabei um grundlegende Regelungen des Bewertungsprozesses handelt, die den „Denkgesetze[n]“ oder den „allgemeine[n] Erfahrungsgrundsätze[n]“ entsprechen.²⁹⁵³

Ähnliches²⁹⁵⁴ ist für den Bereich der Abschlussprüfung (auch vom OGH²⁹⁵⁵) anerkannt: Auch dort spielen die (rechtlich unverbindlichen) beruflichen Empfehlungen und Leitlinien, die von privatrechtlichen Einrichtungen „von und für“ Wirtschaftsprüfer veröffentlicht werden, als sog „antizipierte Sachverständigengutachten“ für die Beurteilung des Verschuldens des Abschlussprüfers²⁹⁵⁶ eine zwar nicht zwingende, aber

²⁹⁴⁷ OGH 1 Ob 775/80 SZ 54/13, 65 (70); 1 Ob 657/86 SZ 59/222, 1124 (1131); 1 Ob 35/87 SZ 60/236, 531 (543); 7 Ob 685/90 RdW 1991, 232; 4 Ob 265/99 w JBl 2000, 441 (442) (Staudegger); 07.08.2003, 2 Ob 165/03 h; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 2; P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 355; C. Völk/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 41; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1299 Rz 2; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 3; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 1; speziell für die Dritthaftung von Ratingagenturen Fischer, Haftungsfragen 56; vgl auch Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 15. Die Vorschriften können also dazu dienen, die „gemeinen Regeln des Kunstgebrauches“ zu beurteilen, nach denen schon das Badische Landrecht 1809 die „Ungeschicklichkeit eines Raths“ eines Sachverständigen messen wollte (Satz 1381 ad Badisches Landrecht 1809, abgedr in Hirte, Berufshaftung 165).

²⁹⁴⁸ Dazu unten bei FN 4493.

²⁹⁴⁹ Haben sich die Ratingagenturen dem *Code* unterworfen, spricht dies freilich für eine unmittelbare Heranziehung der *IOSCO*-Verhaltensstandards im Rahmen der Haftungsbegründung (so auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658, 660; vgl auch Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 201): Im vertraglichen Bereich gingen diese Verhaltensstandards dann in der Vertragsauslegung auf (soweit keine abweichenden Vereinbarungen zwischen Ratingagentur und Emittenten bzw Abonnenten getroffen werden [vgl aber Eisen, Haftung 225 f, der darauf hinweist, dass die Ratingagenturen die haftungsrechtliche Verbindlichkeit mitunter ausdr ablehnen]), für die außervertragliche Vertrauenshaftung würden diese Verhaltensstandards insoweit wirken, als sie Teil des von der Ratingagentur gesetzten Vertrauenstatbestands werden würden (vgl aber wiederum Eisen, Haftung 225 f; s zur Widersprüchlichkeit des Verhaltens der Ratingagenturen in diesem Zusammenhang freilich Vasella, Haftung 153). Umso mehr ist die Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes anzunehmen, wenn und insoweit sich die Ratingagenturen gegenüber ihren Vertragspartnern ausdr zur Einhaltung derselben verpflichten (Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 616).

²⁹⁵⁰ Vgl Karner, ÖBA 2010, 591: „unverbindliche“ Grundsätze als Auslegungshilfe; idS bereits Hennrichs in FS Hadding (2004) 882; vgl auch Köndgen, Selbstbindung 369: Rechtsnatur von Berufsstatut für rollenbildende Wirkung desselben unbeachtlich, auch freiwillige Wohlverhaltensregeln könnten eine solche Funktion einnehmen.

²⁹⁵¹ Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (die darauf hinweisen, dass die zivilrechtliche Haftung sowohl einem milderer als auch einem strengeren Regime folgen könne); Fischer, Haftungsfragen 58 f; insofern zutr Eisen, Haftung 318 FN 1303; s auch Vasella, Haftung 156; vgl auch Blaurock, ZGR 2007, 623: Regulierungen als Mindeststandard; vgl zur Anlageberatung: Wendehorst, ÖBA 2010, 564: „Ausstrahlungswirkung“; vgl ferner P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 358 f; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2: Prüfung im Einzelfall.

²⁹⁵² Hennrichs in FS Hadding (2004) 882; Schuler, Verantwortlichkeit 181.

²⁹⁵³ Vgl OGH 4 Ob 516/93 eolex 1993, 669; Peters, Haftung 100; Thiele, Rating 37; aufz zu den *IOSCO*-Standards Vasella, Haftung 148 ff.

²⁹⁵⁴ Für eine Vergleichbarkeit auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 882 FN 33; vgl auch Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 926 f.

²⁹⁵⁵ OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h.

²⁹⁵⁶ Vgl zur Prospektprüfung Hopt, AcP 183 (1983) 716.

beachtenswerte Rolle.²⁹⁵⁷ Entsprechendes gilt für Ö-Normen²⁹⁵⁸ sowie DIN-Normen²⁹⁵⁹ für die im Baurecht einzuhaltende Sorgfalt.

3) Rechtsdogmatisch lässt sich die Konkretisierung der Sorgfaltsanforderung im vorstehenden Sinn im vertraglichen Bereich mit einer ergänzenden Vertragsauslegung verwirklichen.²⁹⁶⁰ Diese wird sich zur Bestimmung des Pflichtenausmaßes an dem Sorgfaltsmaßstab orientieren, den eine „ordentliche Ratingagentur“ einhalten würde.²⁹⁶¹

Aber auch für den außervertraglichen Bereich, die Dritthaftung nach dem hier vorgeschlagenen Modell (oben S 173 ff)²⁹⁶², kann im Ergebnis nichts anderes gelten²⁹⁶³. Denn § 1300 Satz 1 ABGB verweist auf die berufstypische Sorgfalt des Sachverständigen (§ 1299 ABGB)²⁹⁶⁴ und diese wird durch die Gegebenheiten und Erwartungen des Rechts- und Geschäftsverkehrs²⁹⁶⁵ wiederum konkretisiert²⁹⁶⁶ (vgl auch § 40 Z 3 AktG aE). Das passt gut zur hM²⁹⁶⁷, nach der zu Recht § 1299 ABGB auch im deliktischen Bereich anzuwenden ist und die insofern den § 1299 ABGB zugrunde liegenden Vertrauensgedanken²⁹⁶⁸ wie die hier vertretene Ansicht generalisiert.²⁹⁶⁹ Dann ist es aber nur konsequent, diese Norm auch in kapitalmarktrechtlichen Sonderbeziehungen zur Anwendung gelangen zu lassen.²⁹⁷⁰

²⁹⁵⁷ S ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; Geist in Jabornegg, HGB (1997) § 275 Rz 2; Schauer, RdW 1999, 294; Gelter, RWZ 1999, 298; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 95; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 23, 41, 44 f; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 71; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 9; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 2, 10; Marsch-Barner in Ensthaler, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 1; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 5; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 1; Schüppen in Heidel/Schall, HGB (2011) § 323 Rz 4; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 3; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 13; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 24 f, 28; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 32, 44; Jobst/Kapoor, WM 2013, 686; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 12; in Richtung unmittelbar rechtlicher Relevanz Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 45; Steckel in U. Torggler, UGB (2013) § 275 Rz 21. Parallelen zwischen IOSCO-Verhaltensstandards und den Prüfungsstandards des IDW ebenso ziehend Schuler, Verantwortlichkeit 181 f.

²⁹⁵⁸ OGH 5 Ob 515/90 ecolx 1990, 543.

²⁹⁵⁹ BGH VI ZR 190/87 NJW 1988, 2667 (2668); VI ZR 270/95 ZfS 1997, 44 (45).

²⁹⁶⁰ So auch Meyer, Rechtsfragen 90; Schuler, Verantwortlichkeit 182; Mühl, Haftung, Rz 227; Vasella, Haftung 283 (für die Schweiz); wohl auch Blaurock, ZGR 2007, 628; vgl bereits v. Zeiller, ABGB (1813) § 1299 Anm 1; Scheidlein, Privatrecht I (1814) 627: stillschweigende Abrede der beruflichen Sorgfalt; Welser, Haftung 46.

²⁹⁶¹ Vgl P. Bydlinksi in FS Ostheim (1990) 359 mit FN 28; Köndgen, Selbstbindung 353.

²⁹⁶² Für die Dritthaftung, die auf dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter basiert, wäre die (insb ergänzende) Vertragsauslegung auch hinsichtlich des vom Sachverständigen gegenüber dem Dritten einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstabs entscheidend (vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.aa.aaa.α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“).

²⁹⁶³ So wohl auch Blaurock, ZGR 2007, 628; vgl auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 882 (der nicht zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen differenziert).

²⁹⁶⁴ S oben bei FN 2875.

²⁹⁶⁵ In diese Erwartungen fließen sicherlich auch die (ebenso für die ergänzende Vertragsauslegung relevante) Werbung der Ratingagentur und ihre Selbstdarstellung ein (vgl Peters, Haftung 98 f).

²⁹⁶⁶ OGH 1 Ob 775/80 SZ 54/13, 65 (70); RIS-Justiz RS0108074 T 2: erwartete Kenntnisse erforderlich; vgl auch OGH 4 Ob 265/99 w JBl 2000, 441 (441 f) (Staudegger); Hopt, AcP 183 (1983) 645; Schneider, ZHR 163 (1999) 261 f; Fischer, Haftungsfragen 56; Schuler, Verantwortlichkeit 182; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 41; Hachenburg, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 545.

²⁹⁶⁷ Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 3; Koziol, Haftpflichtrecht II², 184; Welser, Haftung 26; Told in U. Torggler, UGB (2013) § 347 Rz 4; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 3; Hirte, Berufshaftung 310; diff Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2a, 6.

²⁹⁶⁸ Vgl oben bei FN 1753, 2045, 2122.

²⁹⁶⁹ Zur Bedeutung des Vertrauensgedankens bei der deliktischen Haftung s etwa Canaris, ZHR 163 (1999) 221.

²⁹⁷⁰ Kalss, ÖBA 2000, 646; vgl auch dies, ÖBA 2002, 194; Fischer, Haftungsfragen 57, 63; vgl weiters Hirte, Berufshaftung 422 f: berufstypischer Sorgfaltsmaßstab auch bei der (von Hirte vorgeschlagenen) „unternehmerischen Außenhaftung“.

γγ. Die Anforderungen im Einzelnen

An dieser Stelle geht es nicht darum, das Ratingverfahren konkret zu determinieren und den Ratingagenturen eine bestimmte Bewertungsmethode vorzuschreiben oder gar festzulegen, für welche Bonitätsnote sie sich im Einzelfall entscheiden müssten.²⁹⁷¹ Vielmehr soll versucht werden, die „Eckpfeiler“ für ein sorgfältiges Verhalten „abzustecken“, um die Beantwortung der *Rechtsfrage*, ob sorgfaltswidriges Verhalten der Ratingagentur vorliegt²⁹⁷², oder nicht, zu erleichtern. Damit soll auch vermieden werden, dass die Entscheidung über diese Frage im Ergebnis alleine einem Sachverständigen überlassen werden muss.

Die im Folgenden erläuterten Anforderungen können verschiedenen Bereichen zugeordnet werden. Es kann sich dabei um Standards für das Ratingverfahren (negativ: „Verfahrensfehler“²⁹⁷³), um „materielle“ Standards betreffend das Ratingergebnis (negativ: „Inhaltsmängel“²⁹⁷⁴) oder um solche Standards handeln, die sich weder dem einen noch dem anderen Bereich ausschließlich zuordnen lassen²⁹⁷⁵.

Voraussetzung für jede Ratingagenturen-Haftung ist aber stets, dass sich der Sorgfaltsverstoß auf das schadensstiftende Rating bonitätsändernd (hier insb²⁹⁷⁶ bonitätssteigernd²⁹⁷⁷) ausgewirkt haben muss (vgl. Art 35a Abs 1 EU-RatingVO [dazu unten S 522 ff]²⁹⁷⁸).²⁹⁷⁹ Wäre die Ratingagentur bei sorgfältigem Verhalten zur selben Bonitätsnote gelangt, wie zu jener, die sie trotz der Sorgfaltsverletzung vergeben hat, scheidet eine Haftung demnach aus.²⁹⁸⁰ Dass das Ratingergebnis darüber hinaus bis hin zu seiner Unvertretbarkeit beeinflusst wurde, ist aber nicht erforderlich^{2981 2982}. Die Kausalität

²⁹⁷¹ Vgl. Vetter, WM 2004, 1703, wonach es keine anerkannten Bewertungsmethoden gäbe und keine „festen Regeln“ für Ratingprozesse bestünden; ferner Fischer, Haftungsfragen 70.

²⁹⁷² Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 25; OGH 2 Ob 231/08 x ZVR 2010, 60 (62) (zur Sorgfalt des Piloten); vgl. auch OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130): Beurteilung der Unrichtigkeit des Prospekts ist eine Rechtsfrage; zust. Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 17.

²⁹⁷³ Unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.βββ. Angemessene Informationsbasis“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.γγγ. (Weitere) Verfahrensstandards für die Bonitätsbewertung“. In der Literatur wurde bisweilen von der Erforderlichkeit der Einhaltung der Grundsätze eines „ordnungsgemäßen Ratings bzw. Ratingverfahrens“ gesprochen (s. etwa Hennrichs in FS Hadding [2004] 881; Graf, JBl 2012, 213, 219).

²⁹⁷⁴ „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

²⁹⁷⁵ Sogleich unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.ααα. Unabhängigkeit“.

²⁹⁷⁶ Aber auch zu pessimistische Ratings können eine Haftung gegenüber Anlegern begründen, s. dazu unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.ββ. Zu pessimistisches Rating“.

²⁹⁷⁷ Vgl. Peters, Haftung 88.

²⁹⁷⁸ S. dazu auch Wagner in FS Blaurock (2013) 489.

²⁹⁷⁹ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713; Habersack, ZHR 169 (2005) 201; Meyer, Rechtsfragen 73; Rohe/Lischek, WM 2006, 1938 (zum bankinternen Rating); Eisen, Haftung 245, 337; Fischer, Haftungsfragen 76; Blaurock, ZGR 2007, 628; Korth, Drithaftung 142; Vasella, Haftung 175 f.; Schuler, Verantwortlichkeit 189; Amort, EuR 2013, 278; vgl. auch Gomille, GPR 2011, 192; vgl. zur Abschlussprüferhaftung Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 108; näher zur „doppelten Kausalität“ unten „Teil 2.II.A.4.c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung“ und „Teil 3.I. Beweislast des Anlegers bzw. Emittenten“.

²⁹⁸⁰ Eisen, Haftung 245 f. (zur Haftung gegenüber dem Emittenten).

²⁹⁸¹ Eisen, Haftung 243 (ebenso mit einer Trennung von Verfahrens- und Inhaltsfehler von Ratings); unklar aber Vasella, Haftung 175 f., 335 f., 368 f., 377.

²⁹⁸² Vgl. aber zum Inhaltsmangel noch unten unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

der Pflichtverletzung für das Ratingergebnis in seiner konkreten Gestalt muss beim Unterlaufen von Verfahrensfehlern genau geprüft werden, während sie bei Inhaltsmängeln stets vorliegt²⁹⁸³.

ααα. Unabhängigkeit

Die erste wichtige Erkenntnis, die sich aus den regulatorischen Regelungen ergibt, ist die grundlegende Anforderung an Ratingagenturen, sich bei der Bewertung unabhängig, dh frei von wirtschaftlichem und politischem Einfluss, zu verhalten²⁹⁸⁴ (Ausschluss sachfremder Beurteilungskriterien²⁹⁸⁵). Das bildet die notwendige Basis dafür, auf ein sorgfaltswidriges Verhalten der Agentur *gegenüber dem Anleger* näher einzugehen.²⁹⁸⁶ Würden die Ratingagenturen bekanntermaßen eine parteiische Stellung auf Seiten des Emittenten einnehmen, könnten sie sich darauf berufen, das für diesen vorteilhafte Rating aufgrund ihrer Interessenwahrungspflicht erteilt zu haben. Sie hätten etwa aus „Loyalität“ zum Emittenten (vgl § 9 Abs 1 RAO²⁹⁸⁷, § 1009 ABGB, § 384 Abs 1 UGB, § 3 Abs 1 Satz 1 MaklerG) Informationen „tendenziös“ zu dessen Gunsten, aber zu Lasten der Anleger gewürdigt.

Nun entspricht es jedoch der Funktion der Ratingagenturen – wie auch anderer kapitalmarktrechtlicher Informationsintermediäre²⁹⁸⁸ (vgl § 8 Abs 4²⁹⁸⁹, § 14 Z 6 KMG²⁹⁹⁰, jeweils iVm § 275 Abs 2 UGB) – oder zumindest dem von ihnen gesetzten Anschein²⁹⁹¹, dass sie ihre Prüfungsurteile *neutral* vergeben, rein von sachlichen Erwägungen geleitet²⁹⁹².²⁹⁹³ Das liegt auch in ihrem eigenwirtschaftlichen Interesse.²⁹⁹⁴ Einem „unabhängigen AAA“ misst man als Anleger mehr Bedeutung zu, als einem „befangenen

²⁹⁸³ S unten bei FN 3136.

²⁹⁸⁴ § 21b Abs 1 Z 5 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 881; *Öllinger*, Haftung 148; *Meyer*, Rechtsfragen 71 f; *Fischer*, Haftungsfragen 58; *Vasella*, Haftung 161; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 299; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9 f und *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415 sowie *Eisen*, Haftung 229, 317 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten).

²⁹⁸⁵ *Eisen*, Haftung 230; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1935 (für das bankinterne Rating); *Mühl*, Haftung, Rz 117 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl auch *Gomille*, GPR 2011, 189.

²⁹⁸⁶ Vgl auch oben bei FN 2502.

²⁹⁸⁷ Vgl dazu *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 15; vgl zur parteiischen Rolle des Rechtsanwalts: *Köndgen*, Selbstbindung 372.

²⁹⁸⁸ S auch *Vetter*, WM 2004, 1712 (der eine Parallele zwischen dem Neutralitätsanspruch der Ratingagenturen und jenem der Abschlussprüfer zieht).

²⁹⁸⁹ Zur Prospektprüfung oben unter „Teil 1.I.B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung“, Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektcontrolloren“ und bei FN 1910.

²⁹⁹⁰ Dazu oben nach FN 1933 und unten nach FN 3547.

²⁹⁹¹ *Oppitz*, ÖZW 2011, 63; vgl auch *Peters*, Haftung 73 f; *Eisen*, Haftung 317.

²⁹⁹² So zum Abschlussprüfer: *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 324; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 4; ähnl *Morck* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 3; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 48 f; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 32; s dazu auch Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16: „von Rücksichten auf Personen nicht beeinflusste Prüfung“; vgl *Vetter*, WM 2004, 1708.

²⁹⁹³ § 21b Abs 1 Z 5 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; *Korth*, Dritthaftung 154; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6, 16: Nach ihrem Selbstverständnis im Dienste der Anlegerschaft tätig; ebenso *Peters*, Haftung 88, 96; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 710; *Karner*, ÖBA 2010, 592, 594; *Vetter*, WM 2004, 1704; *Blaurock*, ZGR 2007, 609, 633; v. *Schweinitz*, WM 2008, 956; vgl auch *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 268.

²⁹⁹⁴ *Heindl*, wbl 2007, 222 mit FN 14; vgl auch *Schuler*, Verantwortlichkeit 251.

AAA²⁹⁹⁵ (Stichwort „Transmissionsriemen der Seriositätsgewähr und Verlässlichkeit“²⁹⁹⁶). Daraus folgt die Bereitschaft der Emittenten, für eine solch bedeutendere Anlegerinformation höhere Gebühren zu zahlen.²⁹⁹⁷ Nur jemand, der Fachkunde, Objektivität und Neutralität für sich beansprucht, kann seine Rolle als Informationsintermediär erfüllen²⁹⁹⁸ (vgl auch den Begriff „Vertrauensintermediär“).

An diesem von den Ratingagenturen selbst gesetzten Vertrauenstatbestand²⁹⁹⁹ können sie vom geschädigten Anleger haftungsrechtlich festgehalten werden³⁰⁰⁰ (vgl auch § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB). Ratingagenturen haben also die Interessen „beider Parteien“ (Emittent und Anleger) wahrzunehmen und diese mit gleicher Sorgfalt zu behandeln.³⁰⁰¹ Insb dürfen sie keine Weisungen fachlicher Art des Emittenten befolgen (vgl § 88 Abs 1 WTBG³⁰⁰²).³⁰⁰³

βββ. Angemessene Informationsbasis

1) Um sich sorgfaltsgemäß zu verhalten, haben Ratingagenturen zunächst eine angemessene Informationsbasis für ihre Ratings zu gewährleisten (a)³⁰⁰⁴.³⁰⁰⁵ Mit anderen Worten müssen diese fachlich fundiert sein,³⁰⁰⁶ worum sich die Ratingagenturen aktiv zu bemühen haben³⁰⁰⁷. Damit ist zum einen die Informationsmenge angesprochen.³⁰⁰⁸

²⁹⁹⁵ Thiele, Rating 107; Eisen, Haftung 223, 349; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 16: Neutralitätsanspruch konstituiert Vertrauenstatbestand; Vetter, WM 2004, 1712: Rating-Urteil muss neutral sein, um am Kapitalmarkt anerkannt zu werden; ähnl Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (130); 10 Ob 32/13 y, ecolex 2013, 874 (Wilhelm): (Vermeintlich) objektive Anlegerinformation ist geeignet, Kaufentschluss des potenziellen Anlegers zu beeinflussen; vgl auch Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 14; ferner Kalss, ÖBA 2000, 652: Externe Kontrolle hebt Vertrauenswürdigkeit der Emittentenangaben; Brawenz, Prospekthaftung 200, 203 (dort [S 207 FN 129] auch zur geschäftsschädlichen Äußerung, nicht die Interessen des Informationsempfängers wahren zu wollen); Nowotny, RdW 1998, 717.

²⁹⁹⁶ Kalss, ÖBA 2002, 200; vgl auch Eisen, Haftung 291 und Graf, JBl 2012, 223: faktisches bzw objektives Qualitätssiegel; Köndgen, AG 1983, 122; oben bei FN 89.

²⁹⁹⁷ Zutr Fischer, Haftungsfragen 163.

²⁹⁹⁸ Blaurock, ZGR 2007, 633.

²⁹⁹⁹ Vgl OGH 6 Ob 282/70 SZ 43/221, 781 (786); 10 Ob 47/05 t MietSlg 57.193: Anschein der Neutralität, der Vertrauen erweckt; OGH 7 Ob 534/87 NZ 1987, 284 (285): Vertrauensperson beider Parteien; s dazu auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 18.

³⁰⁰⁰ Vetter, WM 2004, 1705; Hennrichs in FS Hadding (2004) 881; Habersack, ZHR 169 (2005) 201; Meyer, Rechtsfragen 72, 81; Emmenegger in Wiegand, Basel II 70 f; Eisen, Haftung 336; Fischer, Haftungsfragen 57; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 206; Vasella, Haftung 157; Amort, EuR 2013, 277 f; so auch Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 416 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten).

³⁰⁰¹ Allg für den Auftrag: RIS-Justiz RS0026428 T 9, OGH 29.05.2001, 1 Ob 195/00 h; speziell für den Rechtsanwalt oder Notar als Vertragserrichter: RIS-Justiz RS0026428, insb (aus neuerer Zeit) OGH 1 Ob 247/05 p ÖBA 2006, 838 (839) (Apathy); 26.07.2006, 3 Ob 232/05 x; 9 Ob 30/07 p MietSlg 60.184; s zur Rsp auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 18.

³⁰⁰² S dazu J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 20; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 30; zur Weisungsfreiheit s auch Steckel in U. Torggler, UGB (2013) § 275 Rz 22; Köndgen, Selbstbindung 388; Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 272; A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932) § 262b Anm 5; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 136 AktG, Rz 4c, § 141 AktG, Rz 3; Teichmann/Koehler, AktG³ (1950) § 136 Rz 2; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 2; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 34.

³⁰⁰³ Solche Weisungen sind auch nicht vom Ratingvertrag „gedeckt“, s Hennrichs in FS Hadding (2004) 879; Fischer, Haftungsfragen 83 mit FN 274; Eisen, Haftung 219, 222; Mühl, Haftung, Rz 105; Arntz, BKR 2012, 90; s aber auch Vasella, Haftung 251.

³⁰⁰⁴ Vgl oben bei FN 2928.

³⁰⁰⁵ S allg zur Haftung für fehlerhafte Prognosen Fleischer, AG 2006, 14.

³⁰⁰⁶ S auch Vetter, WM 2004, 1705; Eisen, Haftung 336; vgl § 21b Abs 1 Z 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; ErwGr 24 EU-RatingVO (Stammfassung); Schneider, ZHR 163 (1999) 264; Graf, JBl 2012, 213; vgl bereits Köndgen, AG 1983, 97 (zur Prospekthaftung).

³⁰⁰⁷ Habersack, ZHR 169 (2005) 201; Heindl, wbl 2007, 223; Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating).

³⁰⁰⁸ Hennrichs in FS Hadding (2004) 884; Mühl, Haftung, Rz 117, 190 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl zur Bonitätsauskunft Kantner, ZfK 2012, 90; zur Prospektprüfung Robol, GesRZ 1983, 84; zur Haftung des sachverständigen Schätzers bei

Sämtliche Informationen, die für das Rating gemäß der verwendeten Bewertungsmethode wesentliche Bedeutung haben³⁰⁰⁹ („berufstypische Informationsquellen“³⁰¹⁰), und zwar vergangenheits- und zukunftsbezogene³⁰¹¹, insb markt-³⁰¹², branchen-³⁰¹³, emittenten-³⁰¹⁴ sowie emissionspezifische³⁰¹⁵ Daten, sind von der Ratingagentur sorgfältig zu recherchieren³⁰¹⁶ und grundsätzlich zu würdigen³⁰¹⁷. ME kann man im Regelfall aber nicht die Verwertung aller abstrakt bonitätsrelevanten Informationen verlangen;³⁰¹⁸ das wäre wirtschaftlich unzumutbar, wenn nicht gar unmöglich.³⁰¹⁹ Auch ist der bezüglich der Datenauswahl bestehende Beurteilungsspielraum der Ratingagentur³⁰²⁰ zu beachten.

Ziel zumindest bei der Bewertung von Anleihen sollte aber wohl die Erlangung derjenigen Daten sein, mit denen eine verlässliche Beurteilung des künftig zu erwartenden (und zu Tilgungszwecken zur Verfügung stehenden) „free cashflow“ vorgenommen werden kann.³⁰²¹ Auch die Berücksichtigung jener Daten, die Aufschluss über die Finanzierungspolitik und Verschuldung des Bewertungsobjekts geben, wird dafür besondere Bedeutung haben.³⁰²² Mindeststandard wird daher – soweit vorhanden – die Analyse von wichtigen veröffentlichten Informationen sein³⁰²³; dies betrifft insb geprüfte

der Zwangsversteigerung OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (894) (EvBl 206): Ungenügende Befundaufnahme begründe „zumindest“ leichte Fahrlässigkeit; vgl auch OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (72) *Mündelaktie*.

³⁰⁰⁹ Peters, Haftung 100; Habersack, ZHR 169 (2005) 201, 206; Schuler, Verantwortlichkeit 185; vgl auch Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414 f: alle „relevanten“ Informationen; ähnl für die Haftung gegenüber dem Emittenten: Eisen, Haftung 229; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703; für die Haftung für bankinterne Ratings: Rohe/Lischek, WM 2006, 1937; vgl ferner Fischer, Haftungsfragen 64 f, die auf die notwendigen Daten abstellt.

³⁰¹⁰ Schneider, ZHR 163 (1999) 264.

³⁰¹¹ Hennrichs in FS Hadding (2004) 881.

³⁰¹² Vetter, WM 2004, 1705.

³⁰¹³ Graf, JBl 2012, 220; vgl auch Reidenbach, Ratingagenturen 282. Dabei wird es wohl insb um Informationen gehen, die die Zukunftsfähigkeit der Branche, damit zusammenhängende regulatorische Maßnahmen, „branchenrelevante“ Rohstoffpreisschwankungen sowie die Wettbewerbssituation des Emittenten betreffen (Korth, Dritthaftung 145, 147).

³⁰¹⁴ Besonderer Bedeutung dürfte auch der Bonität desjenigen Staats zukommen, in dem der Emittent ansässig ist, kann doch nach dem in der Ratingbranche verbreiteten *top-down-approach* das Unternehmensrating nicht über das des jeweiligen Sitzstaats hinausgehen (s dazu Däubler, NJW 2003, 1096; ders, BB 2003, 430; Reidenbach, Ratingagenturen 282; Blaurock, ZGR 2007, 611). Aus ähnl Gründen ist auch eine allfällige Konzernzugehörigkeit des Emittenten und ggf das Rating der Muttergesellschaft bewertungsrelevant (vgl Däubler, BB 2003, 430).

³⁰¹⁵ Hier sind insb Anleihebedingungen zu nennen, namentlich allfällige Sicherheiten (zB *Upstream-Garantien*) sowie (wirksame) Rangklauseln über die Stellung der Anleger in der Emittenteninsolvenz (Korth, Dritthaftung 145, 147 ff).

³⁰¹⁶ Vetter, WM 2004, 1705; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415 (für die Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl BGH VIII ZR 20/77 NJW 1978, 997 (Haftung des Börsendienstes für eine Anlageempfehlung, für die nicht sorgfältig recherchiert wurde).

³⁰¹⁷ Vgl Art 8 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 42 *leg cit*; Art 1.1, 1.4 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 1.1., 1.4. *Statement of Principles*; Vasella, Haftung 158; vgl Blaurock, ZGR 2007, 629 FN 136: unvollständige Datenauswertung als Sorgfaltsverstoß; ähnl Thiele, Rating 37; Emmenegger in Wiegand, Basel II 70; Wojcik, NJW 2013, 2386 FN 16: unzureichende Tatsachengrundlage; Forschner, JSE 2012/1, 17: mangelhafte Tatsachengrundlage; vgl zur Prospekthaftung Rodrigues, ecolex 1990, 78.

³⁰¹⁸ Stärker einschr Thiele, Rating 37: Nur offensichtliche und gravierende Umstände, die der Ratingagentur bekannt waren, seien zu berücksichtigen, zB Patentstreitigkeiten, Ausfälle wichtiger Geschäftspartner, Produkthaftungsklagen mit hohem Risiko; vgl zur Geschäftsleiterhaftung Begr RegEntw UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 12; s dazu Jobst/Kapoor, WM 2013, 681.

³⁰¹⁹ Wagner in FS Blaurock (2013) 480; vgl auch Graf, JBl 2012, 225, wonach die Ratingagentur nicht permanent die gesamte Werbung des Emittenten zu kontrollieren habe.

³⁰²⁰ Vasella, Haftung 159; vgl zur Geschäftsleiterhaftung U. Torggler, ZfRV 2002, 139; Begr RegEntw UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 12; s dazu Jobst/Kapoor, WM 2013, 681.

³⁰²¹ Überzeugend Korth, Dritthaftung 145 f.

³⁰²² Vgl Schuler, Verantwortlichkeit 206.

³⁰²³ Vgl dazu die Sorgfalt, die der OGH von einem Sachverständigen verlangt, der iSd § 230 ABGB Aktien für die Veranlagung von Mündelgeld beurteilt: Jahresabschlüsse, Prüfberichte, Börsenstatistiken, Branchenstatistiken, Presseberichte seien zu berücksichtigen (OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 [72] *Mündelaktie*).

Jahresabschlüsse (Richtschnur: mindestens drei an der Zahl³⁰²⁴) und Lageberichte samt der dazugehörigen Prüfberichte, den Prospekt der jeweiligen Emission³⁰²⁵ (*arg* § 7 Abs 1 KMG), gegebenenfalls *Ad-hoc*-Mitteilungen des Emittenten³⁰²⁶ (§ 48d BörseG; *arg* § 48a Abs 1 Z 1 BörseG) sowie Presseaussendungen³⁰²⁷ und der Homepage des Emittenten entnehmbare Informationen (wie etwa Geschäftsberichte).³⁰²⁸

Nach dem BGH ist auch die finanzielle Situation der „hinter“ der bewerteten Gesellschaft stehenden Personen für die Beurteilung der Bonität derselben wesentlich.³⁰²⁹ Von besonderer Bedeutung wird aufgrund des Prognosecharakters des Ratings die Durchführung eines sog (wohl bei beauftragten Ratings branchenüblichen) „Management-Gesprächs“ der Ratingagentur mit der Geschäftsleitung des Emittenten sein,³⁰³⁰ denn dieses ermöglicht ihr den Einblick in Betriebs- und Finanzpläne sowie die zukünftige Geschäftspolitik des Bewertungsobjekts.³⁰³¹ Bei Länderratings wird man die Politik des gerateten Landes angemessen zu berücksichtigen haben.³⁰³²

(„Insider“-)Informationen, die die Ratingagentur nicht erhalten kann, etwa weil sie das bewertete Unternehmen nicht zur Verfügung stellen möchte (insb denkbar bei *unsolicited* Ratings), kann und muss sie natürlich nicht berücksichtigen.³⁰³³ Diesfalls hat die Ratingagentur mE aber zu prüfen, ob sie angesichts ihres beschränkten Informationszugangs dennoch ein vertretbares Bonitätsurteil abgeben kann.³⁰³⁴ Bejahendenfalls wird sie wohl einen bei unbeantragten Ratings branchenüblichen Sicherheitsabschlag³⁰³⁵ vornehmen müssen³⁰³⁶, sodass die Bonitätsbewertung tendenziell

³⁰²⁴ Hennrichs in FS Hadding (2004) 881 f; vgl die Wertung des § 221a Abs 2 Z 2 AktG; Fischer, Haftungsfragen 64: auch Marktanalysen.

³⁰²⁵ Heindl, wbl 2007, 223, die aber grunds ausschließlich die Verwendung des Prospekts für erforderlich hält; implizit für eine Prospektverwertungspflicht KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433).

³⁰²⁶ Vgl Heindl, wbl 2007, 223; Fischer, Haftungsfragen 65; vgl zur Anlageberatung Wendehorst, ÖBA 2010, 564.

³⁰²⁷ Vgl Fischer, Haftungsfragen 64; vgl zur Anlageberatung Wendehorst, ÖBA 2010, 564.

³⁰²⁸ Graf, JBl 2012, 225, der meint, dass die Nichtberücksichtigung von Geschäftsberichten grob fahrlässig sei.

³⁰²⁹ BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189).

³⁰³⁰ Auch der Lagebericht hat daher besondere Relevanz (vgl oben bei und in FN 2893).

³⁰³¹ Fischer, Haftungsfragen 66; Oehler/Voit, ÖBA 1999, 970 f; s auch Korth, Dritthaftung 106 f; vgl auch Reidenbach, Ratingagenturen 282; Eisen, Haftung 217 FN 846; Heindl, wbl 2007, 223; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 69; zur Bedeutung des Management-Gesprächs für eine sorgfältige Bewertung s auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 708; allg zur Bedeutung von Unternehmensplandaten für die Anlegerentscheidung s Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 62.

³⁰³² So ErwGr 45 EU-RatingVO II.

³⁰³³ S schon oben bei FN 2115; vgl aus der Rsp OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 (71) *Mündelaktie*, wo der OGH die Richtigkeit des Gutachtens anhand der *ex ante* „zur Verfügung gestandenen Erkenntnisquellen“ beurteilt.

³⁰³⁴ So auch Peters, Haftung 100; Vasella, Haftung 158, 160; Schuler, Verantwortlichkeit 187; vgl Fischer, Haftungsfragen 74; Art 1.7, 1.7-3 *Code of Conduct Fundamentals*.

³⁰³⁵ Peters, Haftung 48 mit FN 244; Rohe/Lischek, WM 2006, 1937; Eisen, Haftung 107, 286, 298; Baurock, ZGR 2007, 647; Fischer, Haftungsfragen 47; Karner, ÖBA 2010, 591; Lerch, BKR 2010, 404; Graf, JBl 2012, 220; vgl Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; krit dazu aber Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 717 mit FN 46.

³⁰³⁶ So wohl auch Graf, JBl 2012, 220. Die haftungsrechtliche Verpflichtung zu einem derartigen Risikoabschlag lässt sich mE auch aus der Rolle der Ratingagentur als Dienstleistungsunternehmen der Anlegerschaft ableiten (vgl Reidenbach, Ratingagenturen 333 FN 2226); Zweifel bei der Bonitätsbewertung müssen eher zulasten des Emittenten, als zulasten der Anleger ausschlagen (vgl auch das Vorsichtsprinzip des § 201 Abs 2 Z 4 UGB).

schlechter ausfällt. Damit wird auch dem oben zitierten³⁰³⁷ OGH-Urteil und dem darin erwähnten Vorsichtserfordernis bei der Prognoseerstellung³⁰³⁸ Rechnung getragen.

2) Zum anderen, also über die Sicherstellung einer angemessenen Informationsmenge hinaus, bedarf es aber auch einer Qualitätsprüfung der *prima vista* relevanten Informationen³⁰³⁹, um zu verhindern, dass inaktuelle³⁰⁴⁰ oder „unseriöse“ Informationen (zB falsche Tatsachen³⁰⁴¹) das Ratingergebnis verfälschen.³⁰⁴² Angaben, die der Emittent der Ratingagentur weitergibt, sind mE angesichts der „Befangenheit“ des Emittenten besonders kritisch zu würdigen;³⁰⁴³ blindes Vertrauen auf die Zusicherungen des Emittenten führt wie bei der Anlageberatung³⁰⁴⁴ zu einer Haftung.³⁰⁴⁵ Zu Recht hat daher der OGH ausgesprochen, dass die Auskunft eines an einem Unternehmen Beteiligten über die Unternehmensbonität tendenziell subjektiv gefärbt sein wird und demgemäß offenbar nicht automatisch zur Grundlage der Bonitätsbewertung einer professionellen Auskunft gemacht werden dürfe.³⁰⁴⁶ Die neutrale Ratingagentur ist insoweit nicht mit einem Rechtsanwalt vergleichbar, der grundsätzlich³⁰⁴⁷ für seine Zwecke davon ausgehen darf, dass ihn sein Mandant korrekt informiert³⁰⁴⁸.

³⁰³⁷ Bei FN 2926.

³⁰³⁸ Vgl aber auch BGH XI ZR 337/08 NJW-RR 2010, 115 (117).

³⁰³⁹ Vgl *Lerch*, BKR 2010, 404; s aber auch noch *CESR*, technical advice to the European Commission on possible measures concerning credit rating agencies, CESR/05-139 b, Z 261, wonach trotz Umsetzung der IOSCO-Vorgaben für Ratingagenturen das Risiko von Fehlratings bestehen bleibe, weil beantragte Ratings auf Basis von Informationen des Emittenten erstellt werden, die keiner Kontrolle durch die Ratingagentur unterzogen würden; s dazu *Deipenbrock*, BB 2005, 2087.

³⁰⁴⁰ *Vetter*, WM 2004, 1705; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating); vgl auch *Peters*, Haftung 100 FN 574; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 683; *Kantner*, ZIK 2012, 90 (zur Bonitätsauskunft).

³⁰⁴¹ *Vetter*, WM 2004, 1705 f; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 201; *Thiele*, Rating 37; *Öllinger*, Haftung 146 f; *Meyer*, Rechtsfragen 73; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 70; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 203; *Karner*, ÖBA 2010, 593; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating); *Mühl*, Haftung, Rz 117 („unzutreffenden Daten- und Zahlenmaterials“) und *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 473 (beide für die Haftung gegenüber dem Emittenten); *Blaurock*, ZGR 2007, 628, 629 FN 136; *Schuler*, Verantwortlichkeit 185; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 683; vgl 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)(ii) und dazu *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 20.

³⁰⁴² Für eine Überprüfungspflicht auch *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 882; *Graf*, JBl 2012, 221; *Schuler*, Verantwortlichkeit 186 f; im Ansatz auch *Fischer*, Haftungsfragen 65; vgl Art 8 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 42 *leg cit*; Art 1.7 *Code of Conduct Fundamentals*; *Reidenbach*, Ratingagenturen 326; dagegen (mit Einschränkungen: keine Übernahme unfundierter Behauptungen des Managements) *Peters*, Haftung 100; anders aber *ders*, ebd 56 (zur Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten beim *unsolicited* Rating); grunds dagegen auch *Eisen*, Haftung 229 (im Rahmen der vertraglichen Haftung gegenüber dem Emittenten); dagegen bei der Dritthaftung *Kersting*, Dritthaftung 544. Bzgl der ablehnenden Stellungnahmen ist freilich zu berücksichtigen, dass diese vor Erlass der EU-RatingVO abgegeben wurden, die eine derartige Überprüfungspflicht statuiert. Das spricht mE dafür, dass der Anleger von der Ratingagentur allg eine gewisse (wenn auch nicht umfassende) Überprüfung legitimer Weise erwarten darf (vgl auch *Schroeter*, Ratings 753).

³⁰⁴³ *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 703: Hinterfragung der Behauptungen der Geschäftsführung des Emittenten; vgl auch *Fischer*, Haftungsfragen 66; vgl zur Prospekthaftung *Köndgen*, AG 1983, 126; *Habersack* in *Habersack/Mülbelt/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 41; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 48; vgl zur Anlageberatung *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 27; weiters RIS-Justiz RS0010453, OGH 16.12.1982, 7 Ob 574/82, wo dem Vermittler einer Liegenschaft gegenüber dem Käufer die Pflicht auferlegt wird, die Information des Verkäufers betreffend ein Bauverbot auf den Nachbargründen zu überprüfen; vgl zur Abschlussprüferhaftung *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 62; iE wohl abw *Peters*, Haftung 100; vgl aber auch *dens*, ebd 130; aA v. *Schweinitz*, WM 2008, 958, wonach sich aus dem Inhalt des Ratingvertrags ergäbe, dass die Tätigkeit der Ratingagentur auf Bewertung, nicht aber auf Tatsachenüberprüfung ausgerichtet sei.

³⁰⁴⁴ RIS-Justiz RS0108074 T 9, OGH 26.05.2004, 3 Ob 13/04 i.

³⁰⁴⁵ So auch *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 882.

³⁰⁴⁶ OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (zust *Heinrich*).

³⁰⁴⁷ Sofern keine erheblichen Anhaltspunkte auf Gegenteiliges schließen lassen (OGH 6 Ob 56/05 m ÖJZ 2006, 159 [EvBl 25]).

³⁰⁴⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 19; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 14; *Schneider*, ZHR 163 (1999) 264; vgl zum Steuerberater § 17 Abs 1 AAB; zur grunds fehlenden Überprüfungspflicht des Immobilienmaklers s OGH 6 Ob 227/99 x JBl 2000, 314 (315 f); s dazu aber auch oben in FN 3043.

Zumindest bedarf es einer Plausibilitäts- und Konsistenzprüfung der an die Ratingagentur übermittelten Informationen.³⁰⁴⁹ Dabei ist der Inhalt der vom Emittenten stammenden Angaben mit Informationen aus neutraleren Quellen zu vergleichen, insb mit dem (eingeschränkten) Bestätigungs- bzw negativen Vermerk des (Konzern-)Abschlussprüfers³⁰⁵⁰ und gegebenenfalls dem Kontrollvermerk des Prospektprüfers. Die Ratingagentur darf auf solche Prüfungsurteile mE grundsätzlich vertrauen³⁰⁵¹, sofern keine offensichtlichen Zweifel an deren Richtigkeit aufkommen.³⁰⁵² Entsprechendes gilt für sonstige neutrale Informationen Dritter.³⁰⁵³ Je größer freilich hier die Gefahr einer Fehlinformation etwa aufgrund einer Befangenheitskonstellation oder mangelnder Seriosität ist, desto weniger darf sich die Ratingagentur *per se* darauf verlassen.³⁰⁵⁴ Dass es durchaus Fallkonstellationen gibt, in denen das Vertrauen der Ratingagenturen sogar auf testierte Abschlüsse möglicherweise ungerechtfertigt sein könnte, zeigen diverse Bilanzfälschungsskandale (Stichwort: *Enron*).³⁰⁵⁵ Auch ist zu bedenken, dass in einem geprüften Jahresabschluss die „kosmetischen“ Möglichkeiten der aktienrechtlichen Bilanzierung „bis an die Grenze des Erlaubten [...]“ ausgeschöpft“ worden sein könnten.³⁰⁵⁶

Wie bei Abschlussprüfungen kann mE freilich keine lückenlose „Seriositätsprüfung“ von Ratingagenturen verlangt werden. Die Sorgfaltsanforderungen dürfen in keinem Fall überspannt werden.³⁰⁵⁷ Sehr wohl ist mE aber eine stichprobenartige Kontrolle

³⁰⁴⁹ IdS Korth, Dritthaftung 150 ff.

³⁰⁵⁰ V. Schweinitz, WM 2008, 957; vgl ErwGr 35 EU-RatingVO (Stammfassung).

³⁰⁵¹ So hinsichtlich des Bestätigungsvermerks wohl auch *Habersack*, ZHR 169 (2005) 201: Die Ratingagentur müsse keine erneute Jahresabschlussprüfung vornehmen; idS auch 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)(ii).

³⁰⁵² *Eisen*, Haftung 229; vgl *Fischer*, Haftungsfragen 65: Verdachtsmomenten ist nachzugehen, Vergleich von Drittdaten mit „originären Daten“ aus dem Unternehmen erforderlich, um allfällige Diskrepanzen aufzudecken; vgl ferner v. *Schweinitz*, WM 2008, 958; *Peters*, Haftung 100 FN 575 (dort freilich zu den Angaben des Emittenten); tendenziell strenger als hier *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 882; wie hier, aber in anderem Zusammenhang (Prospektprüfung durch die Emissionsbank) *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280a; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 42: Plausibilitätsprüfung; idS auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 78; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 49 ff; *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 94 f; *Renner*, ÖBA 2001, 596 f; vgl zur Prospektprüfung nach KMG *Kalss*, Anlegerinteressen 179: Prospektprüfer dürfe sich auf testierten Abschluss grunds verlassen, müsse aber Verdachtsmomenten nachgehen; vgl zur Prospektprüfung auch *Brawenz*, Prospekthaftung 200 f; vgl ferner *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 16.

³⁰⁵³ Vgl *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280a (zur Prospektprüfung durch die Emissionsbank); ferner 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)(ii) und dazu *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 20.

³⁰⁵⁴ IdS zur journalistischen Sorgfalt im Rahmen des § 1330 ABGB OGH 1 Ob 36/89 SZ 64/36, 207 (219); 6 Ob 168/97 t SZ 70/180, 321 (326); zust *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 16; vgl dazu auch OGH Ob 1240/24 SZ 6/135, 307 (308); 8 Ob 235/74 SZ 48/28, 140 (146); *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 40; vgl zum Realitätenvermittler (freilich mit sehr großzügigem Maßstab) *RIS*-Justiz RS0026542, OGH 6 Ob 72/74 ÖJZ 1975, 14 (EvBl 4); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 19; zum Abschlussprüfer: *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 30; *Fraberger/Petriz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 62; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 317 Rz 6; zur Anlageberatungshaftung *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 27; zur Prospekthaftung der Emissionsbank *Köndgen*, AG 1983, 127; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 7; großzügigere Tendenz zugunsten der Emissionsbank dagegen bei *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.215.

³⁰⁵⁵ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 882; vgl *Fischer*, Haftungsfragen 65; vgl bereits *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 271 (zur Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats); vgl aber auch *Lerch*, BKR 2010, 404.

³⁰⁵⁶ Vgl *Köndgen*, AG 1983, 127; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 27; ferner *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 20; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 29; BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2825).

³⁰⁵⁷ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 201.

erforderlich,³⁰⁵⁸ die in solchen Bereichen zu intensivieren ist, in denen Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten der entsprechenden Informationen aufgedeckt werden.³⁰⁵⁹ Dies gilt umso mehr, wenn die zu überprüfende Angabe eine relative hohe Bedeutung für das Rating hat.³⁰⁶⁰

Ein Sorgfaltsverstoß liegt daher insb dann vor, wenn die Ratingagentur ein Rating abgibt, obwohl sie dafür keine genügenden³⁰⁶¹ oder ausreichend seriösen Informationen hat³⁰⁶² und diese Mängel das Ratingergebnis nachweislich beeinflusst haben³⁰⁶³.³⁰⁶⁴ Das entspricht der Auffassung des OGH bei Bonitätsinformationen von Auskunftfeien: Ist der notwendige Einblick in die finanzielle Situation des Schuldners nicht möglich, so handelt die Auskunftfei fahrlässig, wenn sie dem Auskunftsempfänger in ihrer Bonitätsauskunft dennoch die Aufnahme von Geschäftsverbindungen mit dem Schuldner empfiehlt.³⁰⁶⁵

γγγ. (Weitere) Verfahrensstandards für die Bonitätsbewertung

1) Über das bisher Gesagte hinaus lässt sich aus der oben referierten OGH-Entscheidung ableiten, dass eine Verantwortlichkeit der Ratingagentur auch dann bestehen kann, wenn zwar die Tatsachengrundlage für die Prognose angemessen ist, der Sachverständige bei der Erstellung der „Vorhersage“ aber nicht die notwendige Sorgfalt walten lässt (c)³⁰⁶⁶. Das

³⁰⁵⁸ Schuler, Verantwortlichkeit 187; vgl ErwGr 35 EU-RatingVO (Stammfassung); 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)(ii); § 8 Abs 2 S 5 KMG (s dazu Welser, *ecolex* 1992, 303); vgl zur Abschlussprüferhaftung: *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 548; A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 8; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 62, § 141 AktG, Rz 10; *Schauer*, RdW 1999, 294; *Gelter*, RWZ 1999, 298; *ders*, RdW 2001, 70; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 95 f; C. Völkl/Lehner in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 28; vgl zur Prospekthaftung *Köndgen*, AG 1983, 127.

³⁰⁵⁹ Ähnl *Schuler*, Verantwortlichkeit 187; vgl *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating): Unregelmäßigkeiten nachgehen; vgl zur Prospekthaftung § 8 Abs 2 S 6 HS 1 KMG; OGH 4 Ob 353/98 k ÖJZ 1999, 557 (558) (EvBl 125); *Welser*, *ecolex* 1992, 303; *Habersack* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 41 f; *Schwark* in *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 48; zur Abschlussprüferhaftung: *Schauer*, RdW 1999, 294; *Gelter*, RdW 2001, 69; *Hopt/Merk* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 317 Rz 3 f; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 63; vgl zur Haftung des sachverständigen Schätzers bei der Zwangsversteigerung: OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (894) (EvBl 206): Pflicht, der Zahlendiskrepanz auf den Grund zu gehen.

³⁰⁶⁰ So wohl auch *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 882: Wesentliche Forderungsbestände seien genauer zu kontrollieren; vgl *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 95; C. Völkl/Lehner in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 29; zu den Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds und des Abschlussprüfers vgl (auch) *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 685, 688.

³⁰⁶¹ *Blaurock*, ZGR 2007, 628: „unvollständige Datengrundlage“; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 203; *Eisen*, Haftung 336; *Fischer*, Haftungsfragen 64; *Karner*, ÖBA 2010, 592 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl ferner v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Graf*, JBl 2012, 221.

³⁰⁶² Vgl *Vetter*, WM 2004, 1703; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 201; *Graf*, JBl 2012, 221; vgl zur Haftung gegenüber dem Emittenten *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415, 416; zur Haftung des Anlageberaters bei unzureichenden Kenntnissen und Informationen s RIS-Justiz RS0108073, insb OGH 21.02.2002, 6 Ob 81/01 g *Frischzellentherapie*; 7 Ob 106/10 d ÖBA 2012, 252 (254); 8 Ob 9/10 x ÖBA 2011, 348; zumindest Pflicht zur Offenlegung der schmalen Informationsbasis; ähnl zu den Pflichten eines Treuhänders: RIS-Justiz RS0010453; zur Geschäftsleiterhaftung s BGH II ZR 236/07 NJW-RR 2009, 332.

³⁰⁶³ Zum Erfordernis der Kausalität der Pflichtverletzung für das Ratingergebnis in seiner konkreten Gestalt s oben bei FN 2979.

³⁰⁶⁴ *Peters*, Haftung 100: Ohne die ausreichenden Informationen sei auf ein Rating zu verzichten; vgl ErwGr 34 EU-RatingVO (Stammfassung); Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 4 Abs 2 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I Nr 51 *leg cit*; Art 1.7-3 *Code of Conduct Fundamentals*; vgl auch Art 1.7 *Code of Conduct Fundamentals*. Nicht nachvollziehbar wäre mE eine Argumentation dahingehend, dass „eine verlässliche und zukunftsgerichtete Einstufung der Kreditwürdigkeit“ angesichts des Fehlens „von umfangreichen, zeitgerechten und inhaltlich richtigen Informationen“ nicht möglich sei (vgl aber *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 267). In einem solchen Fall ist ein Rating zu unterlassen, um eine Irreführung von Anlegern zu vermeiden.

³⁰⁶⁵ OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (393) (zust *Heinrich*); s zum (objektiven) „Ratcharakter“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB von Ratings oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc.β. Anwendung auf Ratings“.

³⁰⁶⁶ Vgl oben bei FN 2928.

Höchstgericht spricht damit einen Verfahrensfehler bei der weiteren Durchführung der Bonitätsbewertung an.³⁰⁶⁷

Das kann mE auf Ratingagenturen übertragen werden.³⁰⁶⁸ Auch diese haben daher ein dem Bewertungsgegenstand angemessenes Bewertungsverfahren, sohin eine wissenschaftlich vertretbare Methode anzuwenden (vgl § 3 Abs 1 Satz 1, § 7 Abs 1 Satz 2 LBG), um nicht dem Vorwurf sorgfaltswidrigen Verhaltens ausgesetzt zu sein.³⁰⁶⁹ Eine haftungsbegründende Ratingergebnisbeeinflussung³⁰⁷⁰ könnte etwa dann vorliegen, wenn das angewandte Ratingsystem Daten berücksichtigt, die bei vernünftiger Betrachtung in keinem sinnvollen Zusammenhang zur Risikoeinschätzung stehen.³⁰⁷¹

2) Für die Frage, wie ein Rating verfahrenstechnisch konkreter ausgestaltet sein muss, um als sorgfaltsgemäß zu gelten, können die regulatorischen Vorschriften insb der EU-RatingVO³⁰⁷² als Orientierungshilfe herangezogen werden. Demnach muss eine sorgfältige Ratingagentur eine Bewertungsmethode gebrauchen, die so konzipiert ist, dass sie stetig optimiert werden kann; dies muss auch umgesetzt werden.³⁰⁷³ Insb hat die angewandte Methodik auf einer Validierung³⁰⁷⁴ sowie einem *backtesting*³⁰⁷⁵ zu basieren.³⁰⁷⁶ Das bedeutet, dass Ratings – wie bei einer Art Produktbeobachtungspflicht³⁰⁷⁷ – von der bewertenden Ratingagentur stichprobenartig³⁰⁷⁸, aber in regelmäßigen Zeitabständen³⁰⁷⁹ zu den tatsächlichen Ausfallsquoten in Beziehung zu setzen sind.³⁰⁸⁰ Auf Basis der so

³⁰⁶⁷ Diese verfahrensmäßige Verhaltensanforderung kann man auch aus den deutschen Materialien zur Prospekthaftung herauslesen (dazu oben in FN 2918), wenn man sie zum Bereich der dort angesprochenen Plausibilität bzw kaufmännischen Vertretbarkeit der Prognose zuordnet.

³⁰⁶⁸ S etwa Karner, ÖBA 2010, 593.

³⁰⁶⁹ Peters, Haftung 99 f; Vetter, WM 2004, 1705, 1711; Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (zum bankinternen Rating); Fischer, Haftungsfragen 67; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10 (die aber mE unverständlicherweise nur eine Haftung der Ratingagentur für Vorsatz annehmen) und Eisen, Haftung 243, 320 sowie Wagner in FS Blaurock (2013) 474 (alle vier zur Haftung gegenüber dem Emittenten); s auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 884, der die Anwendung einer adäquaten Methode verlangt; Schuler, Verantwortlichkeit 179 ff, 188; Emmenegger in Wiegand, Basel II 71: Schätzmodell dürfe nicht veraltet sein; vgl auch Eisen, Haftung 336. Ähnliches gilt für Ärzte, die nach § 1299 ABGB gehalten sind, eine Behandlungsmethode zu wählen, die von einer anerkannten Schule der medizinischen Wissenschaft vertreten wird (OGH 6 Ob 549/89 SZ 62/53, 306 [311]; Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1299 Rz 25).

³⁰⁷⁰ Zum Erfordernis der Kausalität der Pflichtverletzung für das Ratingergebnis in seiner konkreten Gestalt s oben bei FN 2979.

³⁰⁷¹ So Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (zum bankinternen Rating).

³⁰⁷² Die darin enthaltene Regelung der Verfahrensgrundsätze offenbar übersehend Graf, JBl 2012, 213.

³⁰⁷³ So Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (zum bankinternen Rating); vgl Art 4 Abs 1 lit a, lit b, Art 6 Abs 1 lit b, Art 4 Abs 4, Art 8 Abs 1 lit c Delegierte VO Nr 447/2012; Art 1.7-3 Code of Conduct Fundamentals; ErwGr 34, 37 EU-RatingVO (Stammfassung); Art 8 Abs 5 S 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 47 leg cit.

³⁰⁷⁴ Im Rahmen der Validierung wird am Ende des Bewertungsprozesses der Wert (value) der Ratingleistung aus Sicht des Kunden (Verwender des Ratings) überprüft (Hennrichs in FS Hadding [2004] 881). S auch die folgende FN.

³⁰⁷⁵ Darunter versteht man die ex-post festgestellte Prognosequalität eines Ratingverfahrens, also den Vergleich zwischen der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung des Ratingobjekts mit der prognostizierten; je mehr Ratings, die mit dem untersuchten Verfahren gewonnen wurden, „zurückgetestet“ werden, desto genauer lässt sich die Qualität des Verfahrens feststellen, vgl Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 925; Fischer, Haftungsfragen 54 mit FN 189; Schuler, Verantwortlichkeit 178 FN 990; Gass, Schadenersatzansprüche 104 FN 332, 107; s aber auch Vasella, Haftung 160 FN 764.

³⁰⁷⁶ Vasella, Haftung 160; vgl § 21b Abs 1 Z 2 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; Art 8 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 43 leg cit; Art 1.2, 1.3 Code of Conduct Fundamentals; Art 1.1. Statement of Principles; Öllinger, Haftung 148; s dazu auch Graf, JBl 2012, 213; Hennrichs in FS Hadding (2004) 881.

³⁰⁷⁷ Vgl Rohe/Lischek, WM 2006, 1937; Berger/Stemper, WM 2010, 2291: Sorgfalt bei der Mitteilung des Ratings.

³⁰⁷⁸ Vgl Art 7 Abs 3 lit c Delegierte VO Nr 447/2012.

³⁰⁷⁹ Vgl Art 7 Abs 5 lit a Delegierte VO Nr 447/2012.

³⁰⁸⁰ Vgl allg zur systematischen Abweichungsanalyse im Rahmen kapitalmarktrechtlicher Prognosen Fleischer, AG 2006, 9.

gewonnenen Erfahrungswerte gilt es, das eigene Ratingverfahren kritisch zu hinterfragen und zu verbessern.³⁰⁸¹

Die von der Ratingagentur gewählte Methodik muss aber andererseits von dieser systematisch und beständig angewandt werden,³⁰⁸² sodass Widersprüchlichkeiten vermieden werden und ein Vergleich zwischen den verschiedenen Ratings derselben Agentur sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch in Bezug auf verschiedene Bewertungsobjekte möglich ist.³⁰⁸³ Diese miteinander im Spannungsverhältnis stehenden Pflichten (Verbesserung des Verfahrens *versus* Beständigkeit desselben) sind mE so aufzulösen, dass eine Methodikänderung nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig ist; dabei muss auch hier der Beurteilungsspielraum der Ratingagenturen³⁰⁸⁴ angemessen berücksichtigt werden.³⁰⁸⁵ Gegebenenfalls wird man aber eine Pflicht der Ratingagentur annehmen müssen, die Methodikänderung auszuweisen.³⁰⁸⁶

3) Die Sorgfalt einer „ordentlichen Ratingagentur“ bringt es mE ferner mit sich, das Ratingverfahren in zeitlicher, sachlicher und personeller Hinsicht durchzuplanen.³⁰⁸⁷ Das umfasst auch ein angemessenes Wissensmanagement, also die sorgfältige Organisation des Informationsflusses innerhalb der Ratingagentur.³⁰⁸⁸ Insb ist sicherzustellen, dass keine Datenübertragungsfehler geschehen³⁰⁸⁹, die etwa dazu führen, dass das publizierte Rating nicht der von der Agentur ermittelten Bonitätsnote entspricht³⁰⁹⁰. Überhaupt müssen die technischen Ressourcen einer professionellen Bonitätsbewertung genügen.³⁰⁹¹

Außerdem sind im Bewertungsprozess genügend qualifizierte Mitarbeiter (insb Analysten und Mitglieder des Ratingausschusses) einzusetzen,³⁰⁹² die über das notwendige *know-how*

³⁰⁸¹ Vgl Art 7 Abs 1, Abs 2 *lit a* und *lit b*, Abs 3 *lit b*, Abs 4 Delegierte VO Nr 447/2012 sowie Art 22a Abs 2 EU-RatingVO; für die Notwendigkeit der Berücksichtigung historischer Erfahrungswerte Meyer, Rechtsfragen 72.

³⁰⁸² Öllinger, Haftung 148; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 202; Korth, Dritthaftung 144, 153; Vasella, Haftung 158; so in der Sache wohl auch Eisen, Haftung 232, 318, 336; Hennrichs in FS Hadding (2004) 881, 884; vgl § 21b Abs 1 Z 1 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; Art 8 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 43 *leg cit*; Art 1.2, 1.3, 1.8 *Code of Conduct Fundamentals*; Art 1.1. *Statement of Principles*; Art 5 Abs 1, Art 6 Abs 1 *lit a*, Art 8 Abs 1 *lit b* Delegierte VO Nr 447/2012; vgl dazu auch Graf, JBl 2012, 213; Meyer, Rechtsfragen 72; Schroeter, Ratings 755; vgl ferner Jobst/Kapoor, WM 2013, 683.

³⁰⁸³ Vetter, WM 2004, 1705; vgl Art 6 Abs 1 *lit c* Delegierte VO Nr 447/2012.

³⁰⁸⁴ S unten bei FN 3109.

³⁰⁸⁵ In der Sache wohl wie hier Eisen, Haftung 243.

³⁰⁸⁶ Vgl Art 8 Abs 6 *lit aa* EU-RatingVO; Anh III Teil III P 4a *leg cit*.

³⁰⁸⁷ Vgl zur Abschlussprüfung C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 27; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 62; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 17; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 31; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 35, 38; zur Prospektprüfung Robol, GesRZ 1983, 83.

³⁰⁸⁸ So hinsichtlich der Bank beim bankinternen Rating Rohe/Lischek, WM 2006, 1938.

³⁰⁸⁹ Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating).

³⁰⁹⁰ Blaurock, ZGR 2007, 633; Publikationsfehler; Emmenegger in Wiegand, Basel II 71; Korth, Dritthaftung 154; vgl dazu auch Peters, Haftung 101; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 724. Zum Publikationsfehler des Ratings von Frankreich, s noch unten bei FN 3906.

³⁰⁹¹ Meyer, Rechtsfragen 72; Eisen, Haftung 318 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten).

³⁰⁹² Öllinger, Haftung 147; Fischer, Haftungsfragen 58, 61 ff: Sorgfaltsverstoß bei Auftragsübernahme trotz personeller Auslastung oder nicht ausreichender Fachkenntnis sowie bei Einsetzung von nicht ausreichend qualifizierten Analysten; s auch Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating); Meyer, Rechtsfragen 72 f: ausreichend personelle Ressourcen; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703 und Eisen, Haftung 229, 318 (beide für die Haftung gegenüber dem Emittenten); für eine entspr Pflicht der Ratingagentur wohl auch Hennrichs in FS Hadding (2004) 881, 884; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 269; vgl auch Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 924; s zu den Zweifeln an einer ausreichenden personellen Ausstattung der

und ausreichende Erfahrung verfügen³⁰⁹³ (vgl § 1299 ABGB³⁰⁹⁴). Dazu gehören etwa die Kenntnis jener Branche, in der der Emittent tätig ist sowie die Fähigkeit, eine Jahresabschluss-Analyse bzw eine Unternehmensbewertung *lege artis* durchführen zu können.³⁰⁹⁵ Dementsprechend stellt es einen Sorgfaltsverstoß dar, befangene, insb am Bewertungsobjekt beteiligte Mitarbeiter einzusetzen.³⁰⁹⁶ Gleiches gilt, wenn die zuständigen Angestellten der Ratingagentur nicht ausreichend von dieser überwacht werden.³⁰⁹⁷ Dem Standard der internationalen Ratingindustrie dürfte es schließlich entsprechen, dass die Bewertungsentscheidung letztlich durch ein Kollegium („Ratingausschuss“ oder „Ratingkomitee“) gefällt wird,³⁰⁹⁸ das vom Analystenteam getrennt ist.³⁰⁹⁹ Dadurch wird eine doppelte Überprüfung der Bewertung gewährleistet.³¹⁰⁰

4) Die Ratingagentur muss sich nicht nur das Fehlverhalten dieser sie repräsentierenden Komiteemitglieder³¹⁰¹ und auch der Analysten (Machthaber iSd §§ 26, 337 ABGB³¹⁰²) zurechnen lassen, sondern im Rahmen der („quasi-“)vertraglichen (Vertrauens-)Haftung auch jenes ihrer sonstigen Mitarbeiter (§ 1313a ABGB³¹⁰³).³¹⁰⁴

§§ 88. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings

1) Der oben zitierte Rechtssatz des OGH spricht noch eine weitere „Kategorie“ an Sorgfaltsverstößen an. Selbst wenn die Ratingagentur die bisher genannten Anforderungen befolgt, kann ein Ratingergebnis zustande kommen, das *für sich* genommen inhaltlich mangelhaft ist. Es ist in diesem Fall also nur die in der Bonitätsnote zum Ausdruck kommende Schlussfolgerung, die ungeachtet der korrekt ermittelten Tatsachen und der

Ratingagenturen in der Vergangenheit, insb bei Bewertungen innovativer Finanzprodukte *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 4; vgl dazu die Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab des Abschlussprüfers: *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 11; *Habersack/Schürnbrand in Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 17; *Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 31; *Ebke in MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 35, 38; parallel dazu die Anforderungen an eine gewissenhafte Prospektprüfung bei *Robol*, GesRZ 1983, 83.

³⁰⁹³ *Vetter*, WM 2004, 1705; *Emmenegger in Wiegand*, Basel II 71, 90; *Eisen*, Haftung 318; vgl Art 7 Abs 1 EU-RatingVO; ErwGr 31 EU-RatingVO (Stammfassung); Anh III Teil I Nr 27 EU-RatingVO; Art 1.4, 1.7, 1.9-1 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu *Vasella*, Haftung 166; Art 1.5. *Statement of Principles*; § 21b Abs 1 Z 5 lit c BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; vgl dazu aus der Praxis den Fall OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (727) *Goldgrube*: Organisationsverschulden bei Einsetzung einer Mitarbeiterin, die nicht über die notwendigen Bewertungskennntnisse verfügt; vgl ferner *Arntz*, BKR 2012, 92.

³⁰⁹⁴ Bei der Prüfung der Haftung der Agentur ist das Verhalten ihrer Erfüllungsgehilfen (Mitarbeiter) an dem für die Agentur geltenden Sorgfaltsmaßstab zu messen (s nur *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ [2014] § 1313a Rz 9 mwN).

³⁰⁹⁵ *Vetter*, WM 2004, 1705.

³⁰⁹⁶ *Vetter*, WM 2004, 1705; *Fischer*, Haftungsfragen 63; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 473 f (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); *Arntz*, BKR 2012, 92; vgl auch *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 884; vgl zur Abschlussprüferhaftung *Steckel* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 275 Rz 25.

³⁰⁹⁷ So hinsichtlich der Bank beim bankinternen Rating *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1937.

³⁰⁹⁸ *Däubler*, NJW 2003, 1097; *ders*, BB 2003, 429; *Reidenbach*, Ratingagenturen 283, 337; v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Fischer*, Haftungsfragen 74; *Korth*, Dritthaftung 141; vgl auch *Grünbichler*, ÖBA 1999, 694; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 265; Art 1.4 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu *Vasella*, Haftung 164.

³⁰⁹⁹ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 876 mit FN 7, 881 f.

³¹⁰⁰ *Fischer*, Haftungsfragen 71.

³¹⁰¹ Vgl sogleich „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

³¹⁰² Dazu bereits oben in FN 64.

³¹⁰³ Vgl oben bei FN 1860 und in FN 3094.

³¹⁰⁴ Freilich kommt eine Haftung der Ratingagentur auch hier nur dann in Betracht, wenn das Fehlverhalten des Mitarbeiters das Ratingergebnis beeinflusst hat (vgl oben bei FN 2979).

Anwendung eines ordnungsgemäßen Bewertungsverfahrens sorgfaltswidrig erfolgte (b)³¹⁰⁵.

Die „Richtigkeit“ eines Bonitätsurteils zu fordern, wäre in diesem Zusammenhang zumindest verwirrend,³¹⁰⁶ weil diese nach allgemeiner Sprachbedeutung einen Anspruch auf Absolutheit erhebt (vgl aber auch § 11 Abs 1 Z 1 KMG³¹⁰⁷, § 21 Abs 1 Satz 1 WpPG). Es fehlt aber überwiegend ein eindeutiger Maßstab, um das „eine“ richtige Rating auszuforschen. Vielmehr können oft mehrere Arbeitsergebnisse der Ratingagentur als „korrekt“ betrachtet werden,³¹⁰⁸ weil bei Bonitätsbewertungen – wie der OGH zutreffend betont – ein Beurteilungsspielraum besteht.³¹⁰⁹ Das betrifft nicht nur die Fragen, welche Daten berücksichtigt werden³¹¹⁰ und welche Methodik angewandt wird³¹¹¹, sondern auch die Gewichtung der einzelnen Informationen³¹¹² (für das Ratingergebnis). Der Spielraum wird mE aber insb vom „Ratinganlass“³¹¹³ (zB Emissionsbewertung) und von der jeweiligen Branche des Ratingobjekts³¹¹⁴ eingengt; mE aber nicht von der Art der vergebenen Bonitätsnote³¹¹⁵. Aus diesen Gründen ist es mE terminologisch glücklicher, von der erforderlichen (objektiven) *Vertretbarkeit* des Ratings zu sprechen.³¹¹⁶ Das

³¹⁰⁵ Mühl, Haftung, Rz 117 und Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBgl Nr 5, 10 (alle drei zur Haftung gegenüber dem Emittenten [letzte beiden nehmen aber mE unverständlicherweise eine Haftung der Ratingagentur nur für Vorsatz an]); vgl Blaurock, ZGR 2007, 628; ferner Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 17: Prognose stimmt nicht mit den zur Verfügung stehenden Informationen überein; allg zur diesem Aspekt im Rahmen der Haftung für fehlerhafte Prognosen Fleischer, AG 2006, 15; vgl bereits oben bei FN 2928.

³¹⁰⁶ Abl auch Welser, Haftung 45 (zur Kreditauskunft); Peters, Haftung 99; Habersack, ZHR 169 (2005) 195; Emmenegger in Wiegand, Basel II 85; Rohe/Lischek, WM 2006, 1935; Blaurock, ZGR 2007, 628; Karner, ÖBA 2010, 590; Lerch, BKR 2010, 407 FN 78; Vasella, Haftung 140; Thönningsen, ZBB 2011, 470; Schuler, Verantwortlichkeit 178; Eisen, Haftung 231 und Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702 und Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 615 sowie Wagner in FS Blaurock (2013) 473 (alle vier zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl ferner Habersack, ZHR 169 (2005) 200; Graf, JBl 2012, 213: Das Werturteil könne nicht wahr oder falsch sein; abw aber Mühl, Haftung, Rz 116; vgl auch Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 4.

³¹⁰⁷ Auch dort fallen Prognosen unter bestimmten Voraussetzungen unter „unrichtigen Angaben“, s dazu oben bei FN 2915 mwN.

³¹⁰⁸ Hennrichs in FS Hadding (2004) 880; Fischer, Haftungsfragen 55 f; vgl auch U. Torggler, ZfRV 2002, 135 und dens, wbl 2009, 169 (zur Geschäftsleiterhaftung); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2, wonach alternative Verhaltensweisen der Sorgfaltsanforderung an einen Sachverständigen entsprechen können; vgl konkret den Sachverhalt der Entscheidung OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (722) Goldgrube, wo eine Liegenschaft von 4 Sachverständigen bewertet wurde, uzw mit öS 10.787.900, öS 2.780.000, öS 4.099.407 sowie öS 6.365.000, wobei der OGH den ersten Wert als unangemessen hoch erachtete.

³¹⁰⁹ Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/77 (in Bezug auf Bonitätsauskünfte und Prognosen allg); Peters, Haftung 125; Hennrichs in FS Hadding (2004) 881, 884; Habersack, ZHR 169 (2005) 201; Thiele, Rating 36; Reidenbach, Ratingagenturen 369; Eisen, Haftung 230 f, 245 f, 320, 326, 336; Korth, Dritthaftung 163; Vasella, Haftung 138; Schuler, Verantwortlichkeit 179; Arntz, BKR 2012, 90; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 74; Amort, EuR 2013, 278; Jobst/Kapoor, WM 2013, 687; Gass, Schadenersatzansprüche 89; vgl auch Welser, Haftung 120; Öllinger, Haftung 147; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 101; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433).

³¹¹⁰ S oben bei FN 3020 mwN.

³¹¹¹ S oben bei FN 3069 mwN.

³¹¹² Fischer, Haftungsfragen 55, 64 f.

³¹¹³ S dazu Fischer, Haftungsfragen 60 ff.

³¹¹⁴ Vgl Fischer, Haftungsfragen 64.

³¹¹⁵ AA Schuler, Verantwortlichkeit 179, der bei „besonders“ negativen oder „besonders“ positiven Ratings höhere Qualitätsanforderungen und einen eingegengten Bewertungsspielraum annehmen möchte (ähnlich bereits Öllinger, Haftung 147 f).

³¹¹⁶ Peters, Haftung 100; Thiele, Rating 36, 84; Öllinger, Haftung 146, 176; Meyer, Rechtsfragen 72; Emmenegger in Wiegand, Basel II 58 ff; Rohe/Lischek, WM 2006, 1934; Eisen, Haftung 231, 244, 336 (der als Beispiel die Willkürlichkeit des Ratingergebnisses nennt); v. Schweinitz, WM 2008, 957; Lerch, BKR 2010, 407; Vasella, Haftung 134; Schuler, Verantwortlichkeit 179; Amort, EuR 2013, 278; offenbar einschr Wojcik, NJW 2013, 2386 FN 16: Ein „völlig“ unvertretbares Ratingergebnis begründe die Haftung; vgl auch Kumpan in FS Hopt II (2010) 2170; zur Abschlussprüferhaftung vgl Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 9; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 10; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 32; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 67; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 26; vgl zur Haftung des Gründungsprüfers J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 22; vgl zur Geschäftsleiterhaftung U. Torggler, ZfRV 2002, 136; dens, wbl 2009, 174.

Bewertungsergebnis muss also zumindest plausibel sein,³¹¹⁷ es muss auf sachlichen Kriterien basieren³¹¹⁸.

Obwohl die EU-RatingVO diese Art von Pflichtverletzung nicht regelt, kann sie für den Bereich des nationalen Rechts mE dennoch nicht geleugnet werden³¹¹⁹, weil nicht nur der maßgebliche Rechtssatz des OGH, sondern ebenso das (überaus vergleichbare³¹²⁰) Prospekthaftungsrecht unzweifelhaft auch *insofern* eine Prognoseverantwortlichkeit kennen.³¹²¹ Dem wohnt der verallgemeinerungsfähige Gedanke inne, dass ein durch die Rechtsordnung eingeräumter Ermessensspielraum nicht dazu legitimiert, das Ermessen unbeschränkt auszuüben.³¹²² Vielmehr bestehen dabei inhaltliche Schranken, die man zwecks rechtskonformen Verhaltens zu wahren hat. Dies ist ebenso in anderen Rechtsgebieten anerkannt.

Ein Beispiel hierfür wäre die im Zusammenhang mit §§ 1299, 1300 ABGB immer wieder und auch oben bereits behandelte³¹²³ Haftung des Rechtsanwalts.³¹²⁴ Dieser muss dafür eintreten, dass die dem Mandanten mitgeteilte Rechtsansicht vertretbar (nicht etwa die „einzig richtige“) ist,³¹²⁵ mag sich ihr das Gericht – *ex post* betrachtet – auch nicht angeschlossen haben.³¹²⁶

Weiters zu nennen wäre die Geschäftsleiterhaftung gem § 25 GmbHG, § 84 AktG.³¹²⁷ Aus diesen Normen lässt sich ableiten, dass die vom Vorstand für die Gesellschaft getroffenen unternehmerischen Entscheidungen trotz des dabei zu beachtenden Spielraums „inhaltlich“ vertretbar sein müssen,³¹²⁸ widrigenfalls ihm eine Haftung (in aller Regel nur) gegenüber der Gesellschaft droht³¹²⁹.

³¹¹⁷ Wagner in FS Blaurock (2013) 473 f (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl auch Peters, Haftung 100; Eisen, Haftung 336; ErläutRV KMG 19.

³¹¹⁸ Graf, JBl 2012, 213; Peters, Haftung 100; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 724 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); vgl auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703.

³¹¹⁹ Ebenso Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10 (für die Haftung gegenüber dem Emittenten); Vetter, WM 2004, 1705, 1708; Habersack, ZHR 169 (2005) 201 f; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 203; v. Schweinitz, WM 2008, 957; aA Schroeter, Ratings 755 ff, 796 (mit Ausnahme des vorsätzlich irreführenden Ratings); wohl auch Kersting, Dritthaftung 544.

³¹²⁰ Vgl oben unter „Teil 1.1.B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung“, „Teil 1.1.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektcontrolloren“.

³¹²¹ ErläutRV KMG 19; Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 76.

³¹²² Vgl nur Vetter, WM 2004, 1705.

³¹²³ S zunächst Koziol, Haftpflichtrecht II², 191; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1299 Rz 2.

³¹²⁴ Zur allg Bedeutung der einschlägigen Rechtssätze für die Sachverständigenhaftung, namentlich zur Übertragbarkeit auf die Abschlussprüferhaftung, s P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 359 f; so auch Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 33; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 66.

³¹²⁵ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 15; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 8; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 15; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 4.

³¹²⁶ OGH 23.06.1998, 7 Ob 30/98 g; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 961 mit FN 73; Schneider, ZHR 163 (1999) 264; s bereits Scheidlein, Privatrecht I (1814) 628; Swoboda, ABGB III 91; vgl auch Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 471; vgl aus der Rsp RIS-Justiz RS0026255, insb OGH 24.03.1988, 6 Ob 740/87; 1 Ob 21/02 y JBl 2003, 41 (44). Ohne besondere Vereinbarung trifft den Rechtsanwalt also keine Garantie- oder Gewährleistungspflicht für den Prozesssieg (vgl auch Hopt, AcP 183 [1983] 698).

³¹²⁷ Vgl zur Parallele zwischen dem Sorgfaltsmaßstab einer Ratingagentur und dem eines Geschäftsleiters: v. Schweinitz, WM 2008, 957 FN 55.

³¹²⁸ U. Torggler, ZfRV 2002, 133 ff, insb 135, 136; ders, wbl 2009, 169, 174 ff.

³¹²⁹ Zum gesellschaftsrechtlichen Konzept der Binnenhaftung s oben bei FN 1034.

In ähnlicher Weise steht der Abschlussprüfer vor Ermessensentscheidungen³¹³⁰ (vgl zB § 211 Abs 1 UGB: „bestmöglich zu schätzen“), für die er die schadenersatzrechtliche Verantwortung übernehmen muss (§ 275 UGB).

Nimmt man eine noch generalisierendere Betrachtung vor und lenkt den Blick vom Haftungs- auf das Verwaltungsrecht, findet man dort bei Ermessensentscheidungen von Verwaltungsbehörden vergleichbare „bewegliche Inhaltsschranken“³¹³¹.³¹³² Solche Entscheidungen müssen „denkmöglich“³¹³³ sein. Solche Entscheidungen dürfen insb nicht willkürlich getroffen werden,³¹³⁴ widrigenfalls Sie der instanzlichen Kontrolle erliegen (vgl auch Art 130 Abs 2 B-VG: „im Sinne des Gesetzes“).

ME besteht kein Grund, gerade im Bereich der Haftung für Ratings von dem übergreifenden Rechtsgedanken der erforderlichen Vertretbarkeit von Ermessensentscheidungen abzugehen. Ein Sorgfaltsverstoß liegt daher etwa vor, wenn das Ratingergebnis „unvertretbar“ hoch ist. In einem solchen Fall muss (anders als bei Verfahrensfehlern³¹³⁵) nicht mehr geprüft werden, ob sich der Sorgfaltsverstoß auf das Ratingergebnis ausgewirkt hat, weil dieses dann schon selbst inhaltlich mangelhaft ist.³¹³⁶

2) Wann ein Rating im Einzelfall als unvertretbar qualifiziert werden muss, ist freilich kaum allgemein zu beantworten und auch der diesbezügliche Beweis wird in der Praxis – angesichts der damit zusammenhängenden Geheimhaltungsinteressen der Ratingagentur – schwer fallen.³¹³⁷ Entscheidend für die Nachvollziehbarkeit der Ratingnote wird nicht nur die von der Ratingagentur selbst festgelegte Definition derselben sein.³¹³⁸ Gegebenenfalls ist auch der begleitende Ratingbericht hierfür wichtig, weil dieser das Bewertungsergebnis erläutert (vgl § 236³¹³⁹, § 273 UGB). Im Übrigen kann zur Beurteilung der Vertretbarkeit eines Ratings einem Sachverständigenbeweis (etwa einem Gutachten einer anderen Ratingagentur³¹⁴⁰) sicherlich wertvolle Bedeutung zukommen³¹⁴¹ (etwa um einen

³¹³⁰ Vgl etwa OGH 1 Ob 144/03 p ÖJZ 2005, 391 (392) (EvBl 89): „Gewiss ist es iS des im § 201 Abs 2 Z 4 [UGB] verankerten Vorsichtsprinzips nötig, dass der Abschlussprüfer die von der Unternehmensführung vorgenommene Bewertung im Sinne deren Plausibilität nachvollziehen kann und dass an Hand vernünftiger kaufmännischer Kriterien der zu erwartenden tatsächlichen Entwicklung Rechnung getragen wird, wobei freilich bei der Risikoeinschätzung ein Ermessensspielraum bestehen muss“; vgl auch Gelter, RdW 2001, 70; Kalss, ÖBA 2002, 202: Vertretbarkeit; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 27, 32; s zum Wertungsspielraum bei der Bilanzerstellung zB auch Köndgen, AG 1983, 88.

³¹³¹ Vgl zur Terminologie U. Torggler, ZfRV 2002, 139; dens, eclex 2009, 920 (im Anschluss an Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden [1963] 93 ff).

³¹³² Zum insofern bestehenden Zusammenhang zwischen Verwaltungsrecht und Ratingverfahren s Rohe/Lischek, WM 2006, 1937; v. Schweinitz, WM 2008, 954, 957.

³¹³³ Vgl oben bei FN 2928.

³¹³⁴ VfGH 05.03.1988, B 70/87.

³¹³⁵ S oben bei FN 2979.

³¹³⁶ Eisen, Haftung 337.

³¹³⁷ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660.

³¹³⁸ S dazu oben bei FN 9.

³¹³⁹ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.

³¹⁴⁰ Vgl Kumpan in FS Hopt II (2010) 2171.

Rechenfehler aufzuzeigen³¹⁴²). ME ist aber die Beurteilung der Vertretbarkeit des Ratings letztlich Rechts- und nicht Tatfrage.³¹⁴³

Um einen praktischen Fall zu nennen: Diskussionswürdig ist mE die anfängliche Vertretbarkeit der unmittelbar vor der Finanzkrise vergebenen AAA-Ratings der von (nicht haftenden!³¹⁴⁴) US-amerikanischen Zweckgesellschaften ausgegebenen, (neuartigen³¹⁴⁵) hypothekenbesicherten Wertpapiere³¹⁴⁶; denn die Zweckgesellschaft war nach der relevanten Vertragsgestaltung befugt, einzelne besicherte Darlehensforderungen aus dem der Emission zugrunde liegenden Forderungsbündel gegen (auch weniger werthaltigere) Forderungen auszutauschen³¹⁴⁷, wobei zum Teil das anwendbare US-amerikanische Landesrecht einen haftungsrechtlichen Zugriff des Investors auf die einzelnen Darlehensschuldner verweigerte.³¹⁴⁸

An dieser Stelle ist allerdings nochmals zu betonen, dass man die spätere Entwicklung bei der Prüfung der Vertretbarkeit des Ratings möglichst ausblenden sollte, um die notwendige *Ex-ante*-Sicht nicht zu beeinträchtigen.³¹⁴⁹ Deswegen darf die Unvertretbarkeit eines Ratings nicht automatisch bejaht werden, wenn der Emittent der top-gerateten Emission kurze Zeit später insolvent wird.³¹⁵⁰

Auch ein Vergleich mit einem anderen, zum selben Zeitpunkt abgegebenen Rating einer anderen Ratingagentur, das etwa schlechter ausgefallen ist, muss angesichts der

³¹⁴¹ Öllinger, Haftung 146 mit FN 520; Graf, JBl 2012, 219; Peters, Haftung 75; Meyer, Rechtsfragen 72; Schuler, Verantwortlichkeit 179; vgl. RIS-Justiz RS0119578, OGH 23.11.2004, 1 Ob 144/03 p, wo der OGH meint, dass die aus den rechtlichen Vorschriften resultierende Prüfungstiefe eine Tatsachenfrage sei; s. dazu auch C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 22, 41.

³¹⁴² Zur Haftung für Rechenfehler s. Rohe/Lischek, WM 2006, 1937 (für das bankinterne Rating); Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703 und Mühl, Haftung, Rz 117 (beide für die Haftung gegenüber dem Emittenten).

³¹⁴³ Insofern zutr. Eisen, Haftung 320.

³¹⁴⁴ Vgl. demgegenüber § 1 PfandbriefG, § 1 Abs 1 HypBG.

³¹⁴⁵ Bzgl. dieser Bonitätseinschätzungen wiesen die bewertenden Agenturen keine Erfahrung auf (OLG Düsseldorf I-6 W 45/09 AG 2010, 126 [128]; vgl. zu dieser Problematik auch Fischer, Haftungsfragen 62; Becker, ZG 2009, 133; Jobst/Kapoor, WM 2013, 684).

³¹⁴⁶ Sog. *Mortgage Backed Securities (MBS)*.

³¹⁴⁷ S. dazu auch Claussen, DB 2009, 1003 FN 46.

³¹⁴⁸ Vgl. dazu Lutter, ZIP 2009, 197 ff, der offensichtlich von einer Unvertretbarkeit dieser Ratings ausgeht, wenn er in diesem Zusammenhang von „katastrophalen Fehleinschätzungen“ der Ratingagenturen spricht; zust. Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661; Deipenbrock, WM 2009, 1165: Risiken unterschätzt; vgl. Möschel, ZRP 2009, 132: „vielfach zu mechanistisch-mathematisch gearbeitet“; Haar, ZBB 2009, 178; dies, ZBB 2010, 186; dies, NZG 2010, 1281 f, die meint, dass verheerende Fehlbewertungen der Ratingagenturen im Zuge der Finanzkrise außer Zweifel stünden; dies, DB 2013, 2489, 2492: Zutagetreten „haarsträubender Sorgfaltsmängel und Nachlässigkeiten“; Cortez/Schön, ZfK 2010, 226: „(Fehl-)Verhalten“; Liebscher/Ott, NZG 2010, 842: „Systemrisiken [...] unterschätzt“; Däubler, WM 2011, 1829: Verschleierung der Subprime-Risiken; Möllers/Wecker, ZRP 2012, 106: „klar unterbewertet“; Möllers, JZ 2009, 862 f, 868: „nachhaltige Zweifel an der Verlässlichkeit der Ratingurteile“ und „viel zu positiven Ratings“; Wagner in FS Blaurock (2013) 469: „Fehleinschätzungen“ aufgrund von realitätsfernen Modellen, die Korrelation der Ausfallsrisiken sei „vollständig“ ignoriert worden, Bestnoten seien vergeben worden, obwohl „der amerikanische Häusermarkt bereits erste Zeichen von Schwäche zeigte und schließlich zu kollabieren begann“; Amort, EuR 2013, 273: „verheerenden Ratingleistungen im Zuge der jüngsten Finanzkrise“; Bauer, BB 2013, 363: „offensichtlich gewordenen Fehlbewertungen“; Jobst/Kapoor, WM 2013, 680: „allzu optimistischen Bewertungen“ und „Evidenz ihrer Fehlbewertungen“; 683; Blaurock, JZ 2012, 227 f; dens, EuZW 2013, 608: „Fehlbeurteilungen“; „Risiken oftmals nicht zutreffend bewertet“; in diese Richtung wohl auch Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268; zur Kritik an den Ratingagenturen in diesem Zusammenhang s. ferner Mühl, Haftung, Rz 92; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297; Wojcik, NJW 2013, 2385; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 15; ErwGr 28 EU-RatingVO-Novelle II.

³¹⁴⁹ Dazu bereits oben bei FN 2881, 2930.

³¹⁵⁰ Vgl. Fischer, Haftungsfragen 54.

bestehenden Bewertungsspielräume vorsichtig vorgenommen werden.³¹⁵¹ Hier müsste insb geprüft werden, ob die andere Agentur einen allgemein-üblichen Risikoabschlag³¹⁵² vorgenommen hat, weil deren Rating ohne Antrag des Emittenten erfolgte. Weiters wäre zu untersuchen, ob die Unterschiede der angewandten Ratingmethoden, die beide den Regeln der „Ratingkunst“ entsprechen können, die Differenzen der Ergebnisse erklären können.³¹⁵³ Relevant könnten daher (auch im Verlaufe der Zeit entstandene [vgl den nächsten Absatz]) krasse Abweichungen zwischen Bewertungen zweier Ratingagenturen sein, die beide im Auftrag des Emittenten tätig waren und die sonst auch annähernd gleiche Bewertungsergebnisse erzielen.³¹⁵⁴

3) Eng mit dem „Inhaltsmangel“ der Unvertretbarkeit verwandt ist die Inaktualität eines Ratings.³¹⁵⁵ Die Frage, ob Ratingagenturen verpflichtet sind, ihre bereits veröffentlichten Ratings zu aktualisieren, lässt sich mE im Einklang mit § 6 KMG³¹⁵⁶, § 48d BörseG³¹⁵⁷ sowie § 269 Abs 4 UGB³¹⁵⁸ auch in Bezug auf das österreichische Schadenersatzrecht grundsätzlich bejahen.³¹⁵⁹ Dies gilt mE sowohl für den Fall, dass das Rating anfänglich (auch schuldlos) unvertretbar war als auch dann, wenn es ursprünglich vertretbar war. Ebenso spielt es mE keine Rolle, ob der geschädigte Anleger mit der Ratingagentur durch einen Abonnementvertrag verbunden ist oder nicht.³¹⁶⁰

³¹⁵¹ Fischer, Haftungsfragen 55; vgl auch Bremer, NZG 2011, 1299; gegen Mühl, Haftung, Rz 117.

³¹⁵² S dazu oben bei FN 3035.

³¹⁵³ Vgl Reidenbach, Ratingagenturen 332; Fischer, Haftungsfragen 55 f; Korth, Dritthaftung 143.

³¹⁵⁴ Vgl Schuler, Verantwortlichkeit 297.

³¹⁵⁵ Vgl zur Prospekthaftung Brawenz, ÖBA 1990, 167.

³¹⁵⁶ S zur Aktualisierungspflicht auch ErläutRV KMG-Novelle 2005, 4; Art 23 BörsenzulassungsprospektRL (80/390/EWG); Art 18 EmissionsprospektRL (89/298/EWG); Art 16 ProspektRL (2003/71/EG); Welser, ecoloex 1992, 305; C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 301; Kalss, Anlegerinteressen 290 ff; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 818; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 69; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/31 ff; Zivny, KMG (2006) § 11 Rz 16; Graf, GES 2011, 212; vgl für Deutschland Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 7; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 23 f, 51 ff; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 30 ff, 60 ff; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 34 f, 67 ff; für die allg zivilrechtliche Prospekthaftung Brawenz, Prospekthaftung 219; für die Prospekthaftung gem § 80 BörseG 1989 Nowak, Prospekthaftung 46 ff.

³¹⁵⁷ Zur „Ablösung“ der Prospektaktualisierungspflicht durch die Ad-hoc-Publizitätspflicht s etwa Nowak, Prospekthaftung 50; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/34; vgl auch Kalss, Anlegerinteressen 292 FN 371.

³¹⁵⁸ Die Nachtragsprüfung wird für erforderlich gehalten, damit die Abschlussprüfung ihre Informations- und Beglaubigungsfunktion (dazu oben in FN 922) erfüllen kann (s etwa Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ [2010] § 316 Rz 16). Auch ein Rating kann seine Informationsfunktion sinnvoller Weise nur dann erfüllen, wenn es aktuell gehalten wird.

³¹⁵⁹ IE Öllinger, Haftung 148, 219; Karner, ÖBA 2010, 593 (jedenfalls für die Haftung gegenüber den Abonnenten); so wohl auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660 f; Vasella, Haftung 159 f, 285 (für die Schweiz, aber aufgrund von internationalen Standards); für eine Anpassungspflicht nach deutschem Recht: Fischer, Haftungsfragen 62; Schuler, Verantwortlichkeit 187; Knops, BB 2008, 2539: „Warnpflicht“; dazu tendierend wohl auch Habersack, ZHR 169 (2005) 202; abw Peters, Haftung 101, 116, der nur eine Pflicht zur Aktualisierung gegenüber aktuellen Abonnenten annimmt; vgl auch Reidenbach, Ratingagenturen 369; krit dazu Eisen, Haftung 354; aA Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 711 f, 716, der nur gegenüber dem Emittenten eine Aktualisierungspflicht bejaht und eine solche gegenüber Anlegern ablehnt, wohl um eine unzumutbare Belastung zu vermeiden (vgl dazu aber noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“); gegen eine Haftung für (unterbliebene) Herab- und Heraufstufungen auch Korth, Dritthaftung 94 ff; allg für eine Aktualisierungspflicht von Kapitalmarktinformationen C. Völkl, ÖJZ 2006, 107 f; vgl dazu auch Hopt, WM 2013, 106; ferner dens in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 28; eine Aktualisierungspflicht für Expertenäußerungen allg jedoch abl Schneider, ZHR 163 (1999) 262 f mit FN 37, der dabei aber eher anwaltliche Stellungnahmen im Auge haben dürfte und im Rahmen seiner Betrachtung die Prospekthaftung leider ausdr ausspart.

³¹⁶⁰ AA Peters, Haftung 101, 116; zR krit dazu Eisen, Haftung 354.

Zur Begründung dieser Auffassung ist zunächst zu sagen, dass der Tatbestand des § 1300 ABGB nach hA durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann, sofern eine Pflicht zum positiven Tun besteht³¹⁶¹ (vgl § 1294 Satz 1 Fall 2, § 1301 letzter HS, § 1168a Satz 3 ABGB³¹⁶², § 273 Abs 2 und 3 UGB). Als konkrete Rechtfertigung für eine Berichtigungspflicht von Ratingagenturen kann angeführt werden, dass diese mit Veröffentlichung der im Rating verkörperten Information einen Vertrauenstatbestand³¹⁶³ gegenüber dem Anlegerpublikum geschaffen haben.³¹⁶⁴ Ihr „gefahrenbegründendes Vorverhalten“³¹⁶⁵ (Ingerenzgedanke³¹⁶⁶) ist darin zu sehen, dass Ratings (insb aufgrund der üblichen „Überwachungslisten“ der Ratingagenturen) allgemein einen Aktualitätsanspruch erheben.³¹⁶⁷

Damit bewegen sich Ratingagenturen gegenüber den Ratingadressaten nicht bloß im deliktischen Bereich, für den eine Pflicht zur Aufklärung grundsätzlich verneint wird.³¹⁶⁸ Dementsprechend ist es den Ratingagenturen im Rahmen der aufgrund von § 1300 Satz 1 ABGB entstandenen Sonderbeziehung³¹⁶⁹ nicht nur möglich³¹⁷⁰, sondern auch zumutbar³¹⁷¹, Vorkehrungen für die fortlaufende Korrektheit³¹⁷² der Information zu treffen (vgl § 15 Abs 1 UGB), um nicht den Anlegern einen unrichtigen Anschein zu vermitteln.

Für die Schutzbedürftigkeit des Informationsadressaten macht es dabei keinen Unterschied, ob das Rating ursprünglich oder nachträglich „unrichtig“ ist (vgl wiederum § 15 Abs 1, Abs 3 UGB); in beiden Fällen droht eine Irreführung der Anleger, die § 1300 Satz 1 ABGB verhindern möchte³¹⁷³. Es besteht daher eine „Anpassungspflicht [der Ratingagenturen auch] bei wesentlichen Änderungen der [wirtschaftlichen und

³¹⁶¹ OGH 7 Ob 111/55 SZ 28/83, 204 (205); 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132 (133 f); 5 Ob 463/59 ÖJZ 1960, 131 (EvBl 66); 8 Ob 342/64 ÖJZ 1965, 325 (EvBl 217); 5 Ob 243/70 SZ 43/220, 777 (780); RIS-Justiz RS0037809, OGH 27.11.1985, 1 Ob 609/85; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2007) § 1300 Rz 6; *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1300 Rz 1; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 13; *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1300 Rz 1; *Schacherreiter in Kleťecka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1300 Rz 1; vgl aus deutscher Sicht *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 103.

³¹⁶² Zur Parallele zwischen § 1300 Satz 1 und § 1168a S 3 ABGB s schon *Schey*, Obligationsverhältnisse I 740.

³¹⁶³ Vgl oben bei FN 1753, 2045, 2122.

³¹⁶⁴ Daher haftet hier die Ratingagentur nicht für bloßes „Schweigen“ gegenüber Dritten; die Konstellation ist daher anders gelagert als jene, die *Schneider*, ZHR 163 (1999) 263, im Auge hat.

³¹⁶⁵ Vgl C. Völkl, ÖJZ 2006, 107.

³¹⁶⁶ *Peters*, Haftung 101; *Krämer in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 703, 712 (zur Haftung gegenüber dem Emittenten); *Habersack*, ZHR 169 (2005) 202; vgl auch *Fischer*, Haftungsfragen 170 FN 524; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 81; *dens*, JBl 1991, 218; *Koziol*, JBl 1993, 615; *dens in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/39; *Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 889 f; krit *Schuler*, Verantwortlichkeit 188.

³¹⁶⁷ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 4; *Vetter*, WM 2004, 1702 f; *Peters*, Haftung 101: für Sekundärmarkt relevant; vgl *Fischer*, Haftungsfragen 61; *Mühl*, Haftung, Rz 228; *Schuler*, Verantwortlichkeit 188, 231.

³¹⁶⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185; *dens*, JBl 1994, 210, 213.

³¹⁶⁹ S zur Handlungspflicht im Rahmen von Schuldverhältnissen allg *Koziol*, JBl 1994, 210, 213 f.

³¹⁷⁰ Vgl zur Zurechnung von Unterlassungen im System der Vertrauenshaftung *Canaris*, Vertrauenshaftung 490, 492 FN 2, der insb voraussetzt, dass das gebotene Handeln erforderlich war und dieses dem Unterlassenden mit den Mitteln, die ihm zur Verfügung standen, möglich gewesen wäre.

³¹⁷¹ Zur Zumutbarkeit als Rechtfertigung für die Auferlegung von Sorgfaltspflichten s noch unten bei und in FN 3853.

³¹⁷² Erst recht ist die Korrektur eines ursprünglich unvertretbaren Ratings zumutbar.

³¹⁷³ S oben bei FN 1755; s auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 185.

rechtlichen³¹⁷⁴ Verhältnisse³¹⁷⁵, bei jedem für die Bonitätsbewertung „signifikanten Ereignis“³¹⁷⁶, wie etwa Verschmelzungen, Übernahmen³¹⁷⁷ oder der Insolvenz des wichtigsten Geschäftspartners des Emittenten. Die Ratingagenturen sind mE gehalten, bei erkennbarer Veränderung der Bonität des Ratingobjekts³¹⁷⁸ binnen angemessener Frist zu reagieren.³¹⁷⁹ Das setzt eine Einzelfallbeurteilung voraus,³¹⁸⁰ wobei die Handlungspflicht umso dringlicher sein dürfte, je gravierender sich die wirtschaftliche Lage des Bewertungsobjekts verschlechtert.

Um Fälle aus der Praxis zu nennen:³¹⁸¹ Fraglich ist, ob die Herabstufungen der *Enron*-Ratings rechtzeitig erfolgten, bewegten sich diese doch nur vier Tage vor dem *Enron*-Konkurs im Bereich des *investment grade*, obwohl der Kapitalmarkt die *Enron*-Anleihen zu diesem Zeitpunkt bereits als *Junk-Bonds* wertete und es offenbar noch andere Hinweise gab, die auf die Risikoträchtigkeit der von *Enron* ausgegebenen Finanztitel schließen ließen.³¹⁸² Ebenso diskussionswürdig ist die zeitgerechte Aktualisierung des Ratings der *Lehman Brothers Holding Inc.*, die bis zum Tag der Insolvenzeröffnung am 15.9.2008 über *investment grade* Ratings verfügte, obwohl bereits im Mai 2008 bekannt wurde, dass sich das Unternehmen um etwa USD 613 Mrd verschuldet hatte und bis zur Insolvenzeröffnung vergeblich versucht wurde, einen „rettenden“ Investor zu finden.³¹⁸³

³¹⁷⁴ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 4; *Eisen*, Haftung 216, 337.

³¹⁷⁵ ErläutRV KMG 19; vgl auch *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1937.

³¹⁷⁶ Vgl § 21b Abs 1 Z 3 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141. Hinsichtlich der „Signifikanz“ des fraglichen Ereignisses ist zu beachten, dass Ratings darauf abzielen, langfristige Ausfallsrisiken zu reflektieren, nicht aber kurzfristige Marktbewegungen, die sich schnell wieder umkehren („*through the cycle approach*“); s dazu *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 464; *Vasella*, Haftung 11 ff.

³¹⁷⁷ *Vetter*, WM 2004, 1702 f.

³¹⁷⁸ *Fischer*, Haftungsfragen 62; *Karner*, ÖBA 2010, 593 (für die Haftung gegenüber dem Abonnenten); *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415 (hinsichtlich der Haftung gegenüber dem Emittenten).

³¹⁷⁹ *Peters*, Haftung 102 FN 583 und *Karner*, ÖBA 2010, 593 (für die Haftung gegenüber dem Abonnenten); zu streng mE *Fischer*, Haftungsfragen 62.

³¹⁸⁰ *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664.

³¹⁸¹ Vgl auch *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 297.

³¹⁸² S dazu *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 660 (die dies offenbar als Sorgfaltswidrigkeit der bewertenden Ratingagenturen auffassen); *Blaurock*, ZGR 2007, 616; *Reidenbach*, Ratingagenturen 29, 323 f, dort (S 327 f, 329 ff) auch zu den möglichen Gründen für eine allfällige „Unterreaktion“ der Ratingagenturen; *Haar*, ZBB 2009, 178; *dies*, ZBB 2009, 186; *Becker*, ZG 2009, 133; *dens*, DB 2010, 941; *Karner*, ÖBA 2010, 588; *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2694; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 266; vgl auch *Däubler*, NJW 2003, 1097; *dens*, BB 2003, 429; *Vetter*, WM 2004, 1704; *Oppitz*, ÖZW 2011, 65; *Gomille*, GPR 2011, 190; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 4.

³¹⁸³ S dazu *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 660 (die dies offenbar als Sorgfaltswidrigkeit der bewertenden Ratingagenturen beurteilen). S dort (in FN 33) auch noch zu den weiteren Problemfällen betreffend die Unternehmen *Worldcom*, *Parmalat*, *IKB-Bank* sowie *Bear Stearns*; vgl dazu auch *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 469, der kritisiert, dass *Lehman Brothers* auch dann noch über Bestnoten verfügte, als sein wirtschaftlicher „Kollaps bereits unmittelbar bevorstand“; vgl zur Kritik und den Praxisfällen auch *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 1; *Luttermann/Vahlenkamp*, ZIP 2003, 1636; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 108; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1351; *Reidenbach*, Ratingagenturen 29, 323; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289 mit FN 2; *Karner*, ÖBA 2010, 588; *Korth*, Dritthaftung 97, 108 f; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 266; *Hennrichs* in FS *Hadding* (2004) 882 FN 34; *Leker/Botterweck* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 591; *Eisen*, Haftung 227 mit FN 896; *Mühl*, Haftung, Rz 234; *Gomille*, GPR 2011, 190; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 464 mit FN 76; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 3 f; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 42; *Amort*, EuR 2013, 273; *Däubler*, NJW 2013, 282 (der sogar eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung [§ 826 BGB] erwägt); zur *Swissair*-Insolvenz s *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 711 FN 28; vgl zum Vorwurf der verspäteten Anpassung an die geänderten Verhältnisse: *Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua*, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 1.

Der Sorgfaltsstandard wird mE nicht überspannt, wenn man eine Rating-Aktualisierung nicht nur bei Bekanntwerden von tatsächlichen Änderungen³¹⁸⁴ sowie bei Aufdeckung von Unzulänglichkeiten der verwendeten Ratingmethode³¹⁸⁵ fordert, sondern auch eine „Überwachungspflicht“ der Ratingagenturen bejaht.³¹⁸⁶ Sie sind mE verpflichtet, ihre Ratings mindestens einmal jährlich³¹⁸⁷ auf ihre Aktualität hin zu überprüfen und nötigenfalls abzuändern,³¹⁸⁸ dh ein neues Bonitätsurteil zu veröffentlichen^{3189 3190}.

Eine Aktualisierungspflicht ist mE nur dann zu verneinen, wenn die Ratingagentur deutlich klarstellt, dass es sich bei ihren Ratings um bloße Momentaufnahmen handelt³¹⁹¹ (*point in time rating*³¹⁹²), was aber (heutzutage) der Ausnahmefall sein dürfte. Aus denselben Gründen endet mE in den übrigen Fällen die Anpassungspflicht der Ratingagentur, sobald diese öffentlich darlegt, dass sie von dem bekanntgegebenen Zeitpunkt an das jeweilige Ratingobjekt nicht mehr bewertet bzw das bereits vergebene Rating entsprechend widerruft.

fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden

α. Einführung

Mit der Nachteiligkeit des Rats iSd § 1300 Satz 1 ABGB ist der Schaden des Informationsadressaten als Haftungsvoraussetzung angesprochen. Das wird deutlich, wenn man die Definition des Schadensbegriffs des ABGB heranzieht: In § 1293 ABGB wird unter dem Begriff „Schaden“ „jeder *Nachteil*, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wird“, verstanden.

Davon unterscheidet das ABGB den entgangenen Gewinn³¹⁹³, also den Verlust bloßer Gewinnaussichten, der gem §§ 1323 f ABGB grundsätzlich nur bei grobem Verschulden

³¹⁸⁴ S dazu oben nach FN 3173.

³¹⁸⁵ Vgl Art 8 Abs 7 lit c, d iVm Abs 6 lit b, c EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 49a *leg cit*; Witte/Henke, DB 2013, 2259; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 464 f.

³¹⁸⁶ Vgl Hopt, AcP 183 (1983) 707; zur Überprüfung der Homepage des Emittenten s Graf, JBl 2012, 225.

³¹⁸⁷ Vgl bereits Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 6; Vetter, WM 2004, 1702; Reidenbach, Ratingagenturen 283, 327; Baurock, ZGR 2007, 506: mindestens einmal jährlich; zur Haftung gegenüber Abonnenten ebenso Peters, Haftung 102; zur Üblichkeit vgl auch Fischer, Haftungsfragen 61.

³¹⁸⁸ Vgl § 21b Abs 1 Z 3 BWG idF BWGÄG, BGBl I 2006/141; Art 8 Abs 5 UnterAbs 1 S 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I Nr 46 *leg cit*; ErwGr 23 EU-RatingVO (Stammfassung); Art 1.9 (insb lit a) *Code of Conduct Fundamentals*; Art 1.2. *Statement of Principles*; s dazu auch Graf, JBl 2012, 213 f; Habersack, ZHR 169 (2005) 193; Baurock, ZGR 2007, 645.

³¹⁸⁹ Nicht nachvollziehbar mE insoweit Peters, Haftung 116, der meint, die Ratingagentur könne eine Aktualisierung gegenüber Dritten praktisch nicht durchführen, sodass eine Überprüfungs- und Anpassungspflicht diesen gegenüber nicht bestehe.

³¹⁹⁰ Insofern trägt der Fall der Unvertretbarkeit infolge Inaktualität eine Verfahrenskomponente in sich.

³¹⁹¹ Habersack, ZHR 169 (2005) 202; Schuler, Verantwortlichkeit 188.

³¹⁹² Baurock, ZGR 2007, 605; vgl auch Art 1.9 *Code of Conduct Fundamentals*.

³¹⁹³ Nach richtiger Ansicht (Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ [2014] § 1293 Rz 5; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/37 ff) ist der Verlust einer Gewinnchance nur dann positiver Schaden (und kein entgangener Gewinn), wenn diese für den Geschädigten (aufgrund eines bestehenden Vertragsverhältnisses oder einer bindenden Offerte) bereits rechtlich gesichert war oder wenn sie einen eigenständigen Vermögenswert repräsentiert. Die liberalere Ansicht (OGH 1 Ob 15/92 SZ 65/94, 464 [477]; 1 Ob 315/97 y SZ 71/56, 312 [327]; Koziol/Welser, Grundriß II¹³, 304), die einen positiven Schaden schon dann bejaht, wenn die Erwerbschance im Rechts- und

zu ersetzen ist (vgl demgegenüber § 252 BGB). Allerdings ist zu bedenken, dass der gegliederte Schadensbegriff nicht „unter Unternehmern“ gilt (§ 349 UGB). Das betrifft aber – wie aus der systematischen Stellung des § 349 UGB hervorgeht – unmittelbar bloß vertragliche Ansprüche (aus beiderseitig unternehmensbezogenen Geschäften), also etwa Ansprüche aus einem Abonnementvertrag zwischen der Ratingagentur und einem unternehmerisch tätigen Investor. § 349 UGB wird in der Literatur allerdings auch auf Ansprüche aus *culpa in contrahendo*³¹⁹⁴, einschließlich der Prospekthaftung³¹⁹⁵, angewandt. Für die hier befürwortete Vertrauenshaftung (nicht deliktische Haftung) gem § 1300 Satz 1 ABGB gilt mE dasselbe,³¹⁹⁶ sodass der gegliederte Schadensbegriff an dieser Stelle nur insofern von Interesse ist, als es um eine Haftung der Ratingagentur gegenüber einem Verbraucher-Anleger (und nicht einem institutionellen Anleger) geht.³¹⁹⁷

In der Folge sollen zunächst die im Falle der Haftung von Ratingagenturen relevanten Anlegerschadenskonstellationen aufgezeigt werden, wobei diese in eine Beziehung zur bisher ergangenen Rsp betreffend Anlegerschäden gesetzt werden (S 336 ff). Dabei soll auch eine *erste* Annäherung an die Frage der Ersatzfähigkeit der verschiedenen Schäden erzielt werden, ehe diese Frage im darauffolgenden Kapitel für die Kapitalmarktinformationshaftung allgemein abschließend beantwortet und ein Vorschlag für die notwendige Schadensberechnung erstattet wird (S 350 ff).

β. Fallgruppen des Anlegerschadens

Welche Anlegerschäden³¹⁹⁸ infolge fehlerhafter Ratings kommen nun konkret in Frage? Berücksichtigt man die in Betracht kommenden Sachverhaltsvarianten, zeigt sich, dass solche Schäden bei zu optimistischen, aber – entgegen verbreiteter Meinung in der Literatur³¹⁹⁹ – auch bei zu pessimistischen Ratings möglich sind.³²⁰⁰

Geschäftsverkehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dürfte wohl zu sehr vom deutschen Recht (§ 252 BGB) und/oder von rechtspolitischen Überlegungen (Abschaffung des gegliederten Schadensbegriffs [s nur *Reischauer*, JBl 2013, 71]) beeinflusst sein. Aus dem Gesetzeswortlaut (§§ 1293, 1323 f ABGB) und aus den historischen Quellen ergibt sich, dass die Redaktoren des ABGB die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn ernst genommen haben (vgl insb die Bestätigung des gegliederten Schadensbegriffs trotz gegenteiliger Reformvorschläge und grundsätzlicher Orientierung der III. Teilnovelle am deutschen Recht in Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session [III. Teilnovelle] 257 f); die Rechtsanwendung sollte dies respektieren und mE eine Gleichstellung mit dem positiven Schaden nur in den eindeutigsten Fällen befürworten.

³¹⁹⁴ So für Art 8 Nr 2 EVHGB und *cic Welser*, Vertretung 182; *ders*, *ecolex* 1992, 307.

³¹⁹⁵ *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/82.

³¹⁹⁶ ME verfängt der Zweck des § 349 UGB, den Geschädigten im unternehmerischen Verkehr von der Beurteilungsunsicherheit bzgl der Qualifikation eines Schadens als positiver Schaden oder entgangenem Gewinn sowie eines Verhaltens als grob oder leicht fahrlässig zu befreien (s dazu *U. Torggler*, JBl 2011, 762), auch für die „Berufshaftung“ des § 1300 Satz 1 ABGB (dazu näher oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.α. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“; vgl auch § 16 Abs 1 UWG, § 150 Abs 2 lit a PatG, § 53 Abs 2 Z 1 MarkSchG).

³¹⁹⁷ ME unverständlich daher die Ausführungen von *Nowak*, KMG (1992) 125 (zur Prospekthaftung).

³¹⁹⁸ Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäß für sonstige (schadenersatzberechtigte [dazu oben bei FN 2729]) Rating-Abonnenten, etwa Banken, deren Kreditforderung uneinbringlich wird (s dazu auch das Fallbeispiel bei *Öllinger*, Haftung 153).

³¹⁹⁹ S beispielsweise *Thiele*, Rating 100; *Schuler*, Verantwortlichkeit 168, 223; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 45.

αα. Zu optimistisches Rating

Im Zusammenhang mit der Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern denkt man wohl typischerweise an jene Fälle, in denen sich das fragliche Rating aufgrund eines Sorgfaltsverstoßes der Ratingagentur im Nachhinein als (anfänglich oder [wegen unterlassener Aktualisierung] nachträglich) zu positiv erweist.³²⁰¹ Da der Emittent insolvent wird oder zumindest nicht fähig ist, die Emission vollständig zu bedienen, „bleibt“ der Anleger auf dem von ihm erworbenen Finanzinstrument iWS „sitzen“;³²⁰² er bekommt nicht (sofort³²⁰³) den (vollen) Nominalbetrag seiner Anleihe ausbezahlt³²⁰⁴ oder kann seinen Genussschein³²⁰⁵ bzw seine Aktie gar nicht oder allenfalls nur mit Verlust veräußern etc.³²⁰⁶ Objektiv gesehen hat der Anleger hier zu teuer gekauft,³²⁰⁷ weil er den geringeren oder gar nicht vorhandenen Wert des Finanzprodukts nicht kannte³²⁰⁸ („Fehlinvestment“³²⁰⁹).

Als stets zu beachtende Grundregel für die Ermittlung des *ersatzfähigen* Schadens gilt, dass der Anleger so zu stellen ist, als hätte die Ratingagentur ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllt³²¹⁰ und wäre daher zu einem Rating gekommen, das den Sorgfaltsstandards entspricht.³²¹¹ Vergegenwärtigt man sich dies, wird deutlich, dass es sich im Rahmen der

³²⁰⁰ Zutr etwa Gass, Schadenersatzansprüche 63.

³²⁰¹ Peters, Haftung 88; Hennrichs in FS Hadding (2004) 878; Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 727; ders in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 619; Eisen, Haftung 327, 335; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 657; Mühl, Haftung, Rz 206, 234; Graf, JBl 2012, 212.

³²⁰² Vgl Kalss, ÖBA 2002, 193; Korth, Dritthaftung 176 f.

³²⁰³ Dh, dass auch Schäden aufgrund von Zahlungsverzögerungen des Emittenten in Frage kommen, s dazu Fischer, Haftungsfragen 51.

³²⁰⁴ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11; Hennrichs in FS Hadding (2004) 878; Peters, Haftung 88; Eisen, Haftung 327, 335, 337; Mühl, Haftung, Rz 206; Karner, ÖBA 2010, 588: Verlust des eingesetzten Kapitals; Schuler, Verantwortlichkeit 275; Emmenegger in Wiegand, Basel II 84, 90; vgl auch Meyer, Rechtsfragen 86: „Totalausfall“; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 45; s auch die Fallbeispiele bei Öllinger, Haftung 153, 180.

³²⁰⁵ S den Praxisfall bei Graf, JBl 2012, 211 f.

³²⁰⁶ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11: Kursverluste als Schaden; ebenso Hennrichs in FS Hadding (2004) 878; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713; Eisen, Haftung 337; Mühl, Haftung, Rz 234; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 45; allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Assmann in FS Lange (1992) 355; vgl auch Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 727; Vavrovsky, ÖBA 2001, 578; Nowak, Prospekthaftung 110 (zur Prospekthaftung); s auch das Fallbeispiel bei Öllinger, Haftung 180.

³²⁰⁷ Öllinger, Haftung 155; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 310; Karner, ÖBA 2010, 588; vgl bereits Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 334; ferner Begr RegEntw 4. FMFörderungsg, BT-Drucksache 14/8017, 94 (zu § 37c WpHG) und dazu Fleischer, BB 2002, 1869; C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 198; Kersting, Dritthaftung 494; zur Ad-hoc-Publizitätspflicht auch Kalss, Anlegerinteressen 330, 334 f; Gruber, ÖBA 2003, 249; vgl zur Regelpublizität Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 880.

³²⁰⁸ Kalss, ÖBA 2000, 642 f; vgl zur Abschlussprüferhaftung Kalss, ÖBA 2002, 193.

³²⁰⁹ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 22.

³²¹⁰ Öllinger, Haftung 154; Meyer, Rechtsfragen 92; Mühl, Haftung, Rz 234; vgl auch Eisen, Haftung 337; Schuler, Verantwortlichkeit 272, 274; vgl zur Prospekthaftung Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 86; zur Abschlussprüferdritthaftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610); zur Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht BGH II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) Infomatec II; zur Anlageberatungshaftung etwa OGH 4 Ob 140/12 k ÖBA 2013, 211 (212); G. Kodek, ÖBA 2010, 12.

³²¹¹ Wagner in FS Blaurock (2013) 495: hypothetisches Vermögen des Anlegers bei zutreffender Bewertung durch die Ratingagentur (dort speziell zur Kursdifferenzschadensberechnung); Korth, Dritthaftung 175; aA aber Vasella, Haftung 369 f FN 1539, der für die Schadensbestimmung nicht die Situation bei korrekter Information, sondern die Situation ohne Fehlinformation heranziehen möchte. Ihm ist insofern zuzustimmen, als keine Ratingpflicht besteht; allerdings leuchtet nicht recht ein, warum man daher für die Schadensbestimmung unterstellen sollte, die Ratingagentur hätte von einem Rating abgesehen. Denn damit hätte sie in aller Regel eine Vertragsverletzung gegenüber dem Emittenten begangen, wenn und weil sie diesem gegenüber zur Bonitätsbewertung vertraglich verpflichtet ist (hier gilt dasselbe wie bei der Abschlussprüferdritthaftung [dazu vorige FN]); insofern ist die Annahme Vasellas realitätsfern. Auch widerspricht sie dem Regelungsanliegen der EU-RatingVO, die Ratings nicht schlechterdings unterbinden, sondern

hier vorgenommenen Untersuchung nur um sog Vertrauensschäden der Anleger handeln kann (Ersatz des Vertrauensinteresses; vgl § 11 Abs 1 Satz 1 KMG: „im Vertrauen“³²¹²).³²¹³ Denn die Ratingagenturen sind nicht zur Erfüllung der in den gerateten Wertpapieren verbrieften Forderungen, sondern „bloß“ zur korrekten „Aufklärung“ über die Bonität verpflichtet³²¹⁴. Im besten Fall, der sorgfältigen Erstellung eines Ratings, hätte der Anleger daher nur eine aussagekräftige Information für seine Veranlagungsentscheidung gehabt. Er hätte aber über keine Garantie verfügt, dass der Emittent entsprechend der von der Ratingagentur tatsächlich bescheinigten Bonität wirtschaftet. Der Anleger kann also von der Ratingagentur nicht verlangen, hinsichtlich Zins- und Tilgungszahlung so gestellt zu werden, als treffe die Fehlbewertung der Ratingagentur zu.³²¹⁵ Für den Ersatz bloß des negativen Interesses in den hier interessierenden Sachverhaltskonstellationen (Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB) spricht auch, dass diese im System der Vertrauenshaftung Fälle der „Erklärungshaftung“ darstellen³²¹⁶.³²¹⁷ Das Erfüllungsinteresse³²¹⁸ ist daher (anders als etwa bei Verletzung von Vermögensverwaltungspflichten³²¹⁹) nicht ersatzfähig.³²²⁰

Zu fragen ist also, wie sich der Anleger in Bezug auf die schadenskausale Vermögensdisposition konkret entschieden hätte, wenn er von der Ratingagentur über die Bonität zutreffend informiert worden wäre,³²²¹ was naturgemäß eine Frage des Einzelfalls

qualitativ hochwertige Ratings fördern möchte, um die Markttransparenz sicherzustellen. ME ist *Vasellas* These nur insoweit zu folgen, als die Ratingagentur bei pflichtgemäßem Verhalten gar kein seriöses Rating hätte abgeben können (vgl oben bei FN 3034).

³²¹² *Gruber*, wbl 1992, 47; vgl schon *dens*, wbl 1990, 161.

³²¹³ *Kalss*, ÖBA 2000, 643; *Peters*, Haftung 135; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 717; *Meyer*, Rechtsfragen 102; v. *Schweinitz*, WM 2008, 958; vgl allg zum Anlegerschaden *Assmann* in *FS Lange* (1992) 351 ff; zur Prospekthaftung OGH 7 Ob 2387/96 x SZ 70/99, 706 (714); 4 Ob 353/98 k ÖJZ 1999, 557 (558) (EvBl 125); 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (*Diregger*); BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869 (1871); *Wilhelm*, ecolex 1992, 11; *Nowak*, Prospekthaftung 110 f; *dens*, KMG (1992) 124; *G. H. Roth*, Wertpapierrecht², 163; *Kalss*, Anlegerinteressen 203; *dies/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 71; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/72; *Peter Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*³ (2008) § 47 Rz 49, 51; *Krejci*, GesRZ 2011, 204; *Graf*, GES 2011, 214; *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 40 Rz 32; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 40 Rz 23; *Renner*, ÖBA 2001, 599; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2285; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 86; zur Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 869; zur Anlageberatung OGH 4 Ob 140/12 k ÖBA 2013, 211 (212); *G. Kodek*, ÖBA 2010, 12; *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 13; zur Abschlussprüferdritthaftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610); allg zur Berufshaftung *Hopt*, AcP 183 (1983) 708; zur Haftung für Bankauskünfte *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 86; vgl aber zur Prospekthaftung *Köndgen*, AG 1983, 98; terminologisch abw hinsichtlich der Anlageberatungshaftung *P. Bydliński*, ÖBA 2008, 164.

³²¹⁴ *Eisen*, Haftung 327, 339; s allg zur Ersatzfähigkeit des Vertrauensschadens bei Verletzung von Aufklärungspflichten RIS-Justiz RS0016394, OGH 24.11.1976, 1 Ob 666/76; *Kalss*, Anlegerinteressen 203; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/82; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 35; vgl dazu auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 87.

³²¹⁵ *Schuler*, Verantwortlichkeit 274.

³²¹⁶ S oben bei FN 2222.

³²¹⁷ *Canaris*, Vertrauenshaftung 533 FN 42.

³²¹⁸ Zur Ersatzfähigkeit desselben im System der Vertrauenshaftung s *Canaris*, Vertrauenshaftung 5 ff, 526.

³²¹⁹ *G. Kodek*, ÖBA 2012, 11, 13.

³²²⁰ *Peters*, Haftung 135; v. *Schweinitz*, WM 2008, 959; allg *Assmann* in *FS Lange* (1992) 351 ff, 360; vgl zur Prospekthaftung RIS-Justiz RS0108218; *Welser*, ecolex 1992, 307; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 43; zur Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht *Wagner*, ZGR 2008, 499.

³²²¹ Vgl zur Emittentenhaftung wegen Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (*Schuhmacher*); *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 869; *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 167; BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673) *EM.TV*; zur Prospekthaftung OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (*Diregger*); *Kalss*, Anlegerinteressen 203 FN 251; *Nowak*, Prospekthaftung 111; zur Anlageberatungshaftung *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 719 f; allg zur Haftung für Rat und Auskunft *Welser*, Haftung 7.

ist.³²²² Hätte der Anleger bei fehlerfreiem Rating genauso wie tatsächlich disponiert (Variante 1), kann er keinen Schadenersatz von der Ratingagentur fordern.³²²³ Denn dann war das Rating nicht psychisch kausal, dh nicht zumindest mitursächlich für die Entscheidung des Anlegers in ihrer konkreten Gestalt,³²²⁴ weswegen der Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung des § 1300 Satz 1 ABGB nicht eröffnet sein kann.³²²⁵

ααα. Transaktionsschadenersatz³²²⁶

Hätte dagegen der (Neu-)Anleger im Falle eines fehlerfreien Ratings die Vermögensdisposition unterlassen (Variante 2; vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 Fall 1 EU-RatingVO), kann er von der Ratingagentur – jedenfalls wenn man die Rsp zur Anlageberatungs-³²²⁷ und Prospekthaftung³²²⁸ sowie zur Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht³²²⁹ zugrunde legt – gem § 1323 Satz 1 ABGB Naturalrestitution iSv Rückabwicklung der schadenskausalen Transaktion verlangen; der Anleger hat diesfalls Anspruch auf Ersatz des von ihm bezahlten Kaufpreises des schadensträchtigen Papiers Zug-um-Zug gegen „Rückgabe“ (korrekter: Weitergabe³²³⁰) desselben an die Ratingagentur.³²³¹

³²²² Vgl Mühl, Haftung, Rz 234.

³²²³ So für die Prospekthaftung Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 843; Kalss, GesRZ 2010, 245; Brawenz, Prospekthaftung 225 f; Krejci, GesRZ 2011, 206 f; allg zur Haftung für Rat und Auskunft Welser, Haftung 7.

³²²⁴ S zu dieser Voraussetzung Peters, Haftung 134; Meyer, Rechtsfragen 92; Mühl, Haftung, Rz 267; Vasella, Haftung 373; vgl auch Eisen, Haftung 327; Mühl, Haftung, Rz 234; BGH VII ZR 199/60 WM 1962, 1110; vgl zur Prospekthaftung Nowak, Prospekthaftung 57 f.

³²²⁵ S oben bei FN 2556.

³²²⁶ Der Transaktionsschaden wird vom Preisschaden (dazu noch unten bei FN 3273) abgegrenzt. Ersterer materialisiert sich in einer (auch unterlassenen) Transaktion, die dem Anleger einen Vermögensverlust bringt, Letzterer in der Preisdifferenz zwischen hypothetischem Kaufpreis des schadenskausalen Finanzinstruments (bzw hypothetischem Verkaufspreis) bei pflichtgemäßem Verhalten und tatsächlich bezahltem Preis (bzw tatsächlich erlangtem Verkaufserlös). Ausf dazu Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 165 ff; Schobel in FS Koziol (2010) 1111 f. Man kann daher im Rahmen des Transaktionsschadenersatzes von der Transaktions- oder Abschlusskausalität (die die tatsächliche Kenntnis des Anlegers von der fehlerhaften Information voraussetzt), im Rahmen des Preisschadenersatzes von der Preiskausalität (die bloß die Eignung der Fehlinformation, den Preis des schadenskausalen Finanzinstruments zu beeinflussen, umschreibt) sprechen (vgl auch Vasella, Haftung 369; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 7 f).

³²²⁷ S etwa OGH 8 Ob 123/05 d ÖBA 2006, 682 (685); 10 Ob 11/07 a ÖBA 2008, 732 (735); 5 Ob 246/10 b ÖBA 2011, 887; zust Koziol in FS Picker (2010) 536; s dazu auch etwa G. Kodek, ÖBA 2012, 16; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 17. In der Entscheidung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610), hat der OGH betont, dass die Rsp zur Anlageberatungshaftung auf die Dritthaftung des Abschlussprüfers übertragen werden könne.

³²²⁸ Insb OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger); 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (530) (Riss).

³²²⁹ OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (256) (Schuhmacher); so auch (zur Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht gem § 826 BGB) BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) Infomatec; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) Infomatec II; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673) EM.TV; II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (708 f, 711) Comroad IV; II ZR 173/05 NZG 2007, 711 (712) Comroad V; II ZR 229/05 NZG 2008, 382 (383) Comroad VI; II ZR 310/06 NZG 2008, 386 (387) Comroad VIII.

³²³⁰ Vgl Fleischer, BB 2002, 1870. Die „Rückgabe“ der Papiere lässt sich als Ausfluss des Vorteilsausgleichs verstehen (Wagner, ZGR 2008, 504 FN 44). Bei fehlerhaften Ratings handelt es sich freilich um eine atypische Naturalrestitution, weil bei der „Rückabwicklung“ zwischen Ratingagentur und Anleger gerade nicht „alles in den vorigen Stand zurückversetzt“ (§ 1323 Satz 1 ABGB) wird (dies würde voraussetzen, dass der Anleger und sein Vertragspartner – Emittent, Mittelsmann oder veräußernder Anleger – den Vertrag rückabwickeln), sondern ein Dritter (die Ratingagentur) zur Übernahme der schadenskausalen Papiere verpflichtet wird, welcher aber im „vorigen Stand“ nicht Inhaber der Wertpapiere war (vgl Wagner, ZGR 2008, 509 f; G. Kodek, ÖBA 2012, 14 f).

³²³¹ Vgl allg zur Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Assmann in FS Lange (1992) 355; Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 167; zur Prospekthaftung Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2285; Kalss, Anlegerinteressen 204, 222 mit FN 365 (die ein Wahlrecht des Geschädigten befürwortet); Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 845; Hopt/Voigt, ebd 87; Nowak, Prospekthaftung 111; Graf, GES 2011, 214; zur Haftung wegen Kursmanipulation Wilhelm, ecolex 2011, 498; s aber auch Korth, Dritthaftung 174.

Denkbar wäre grundsätzlich auch, dass der Anleger nur Geldersatz, also die Differenz zwischen dem investierten Geldbetrag und jenem Wert verlangt, der davon übrig ist und den der Anleger aktuell hält (zB Rückzahlungsquote der Anleihe³²³², Wert der Aktie, deren Kurs gesunken ist).³²³³ Formal setzt dieser Anspruch (Ersatz des rechnerischen Schadens) aber nach der Rsp des OGH zur Anlageberatungs-, Prospekt- und Abschlussprüferdritthaftung voraus, dass der Anleger das erworbene Anlageprodukt verkauft hat³²³⁴ („Selbstrestitution“) und dann die Differenz zwischen Erwerbspreis und Veräußerungserlös³²³⁵ schadenersatzrechtlich geltend macht³²³⁶ (vgl auch § 21 Abs 2 WpPG), weil ansonsten der endgültig entstandene Schaden nicht bezifferbar sei³²³⁷ (*arg* es handle sich hierbei idR um volatile Vermögenswerte); anderes gelte nur dann, wenn die Anlage absolut wertlos ist, insb bei Uneinbringlichkeit der Forderung gegen die (insolvente) Emittentin.³²³⁸

Für die Ersatzfähigkeit dem Grunde nach³²³⁹ ist damit unerheblich, ob der Anleger die erworbenen Wertpapiere hält und Naturalrestitution verlangt oder diese mit Vermögenseinbuße verkauft hat und Geldersatz fordert.³²⁴⁰ Letzteres ist insb bei institutionellen Anlegern denkbar, die bei einem Absinken des Ratings statutarisch zur

³²³² Vgl dazu Korth, Dritthaftung 177.

³²³³ Peters, Haftung 135; Meyer, Rechtsfragen 92; Eisen, Haftung 327, 338; Vasella, Haftung 373; allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Assmann in FS Lange (1992) 355; ausf Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 167, 169 ff; kompensatorischer Geldersatz; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 726, 731; vgl für die Prospekthaftung Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/83; dagegen hinsichtlich der Prospekthaftung Nowak, Prospekthaftung 112.

³²³⁴ Gegen die vollumfängliche Ersatzfähigkeit solcher „Kursschäden“ aber Korth, Dritthaftung 175 f; zur allfälligen Ersatzfähigkeit von Veräußerungsnebenkosten s unten bei FN 3290.

³²³⁵ Bzw (Markt- oder Börse-)Preis eines wirtschaftlichen Äquivalents, wie etwa eines erworbenen Optionsgegenstandes oder eines durch eine Wandelschuldverschreibung erworbenen Wertpapiers, vgl zur Prospekthaftung Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 110: Abstellen auf den Preis des Äquivalents im Zeitpunkt der Rechtsausübung (zB im Zeitpunkt der Wandlung). Der Veräußerungserlös ist im Rahmen des „Vorteilsausgleichs“ zu berücksichtigen (dazu sogleich unten bei FN 3248) und daher schadensmindernd in Rechnung zu stellen (Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 830).

³²³⁶ OGH 8 Ob 123/05 d ÖBA 2006, 682 (685); 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (257) (Diregger); 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610); s dazu etwa Wendehorst, ÖBA 2010, 565; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 719; s weiters M. Bydlinski, JBl 2011, 683, 685; Graf, GES 2011, 214; vgl auch BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) Infomatec und BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673 f) EM.TV (zur Haftung wegen Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht gem § 826 BGB); abw aber OGH 6 Ob 91/10 s JBl 2011, 439 (443): „Dass die Aktien noch nicht veräußert wurden, steht einer Leistungsklage nicht entgegen, weil sie herauszugeben sind und so ihr Wert bei der Schadensberechnung nicht als Minuend des Werts der hypothetischen Alternativanlage anzusetzen ist“; gegen eine Veräußerungsobliegenheit mit mE überzeugenden Argumenten auch Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 169 ff (zust Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 723, 731; krit aber Koziol in FS Picker [2010] 530 f). Schobel/Parzmayr zeigen auf, dass sich der Schaden auch dann eindeutig beziffern lässt, wenn eine Veräußerung unterbleibt und bloß „kompensatorischer Geldersatz“ verlangt wird. Der Schadensberechnung kann man die Differenz zwischen Erwerbspreis und jenem Kurs zugrunde legen, zu welchem das schadenskausale Finanzinstrument im Zeitpunkt der unwiderruflichen Geltendmachung des Schadenersatzbegehrens notiert. Kurseinbrüche, die nach diesem Zeitpunkt erfolgen, sind vom eigenverantwortlichen Willensentschluss des Anlegers gedeckt und liegen daher außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs; ebenso haben nachträgliche Kurssteigerungen für die Schadensbemessung außer Betracht zu bleiben.

³²³⁷ G. Kodek, ÖBA 2010, 12; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 15.

³²³⁸ OGH 4 Ob 28/10 m wbl 2010, 643 (645): unverkäuflich; OGH 4 Ob 140/12 k ÖBA 2013, 211 (212); 4 Ob 67/12 z JBl 2012, 788 (790); Koziol in FS Picker (2010) 525; Krejci, GesRZ 2011, 206; s dazu auch G. Kodek, ÖBA 2012, 15 FN 74; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 719; vgl allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Assmann in FS Lange (1992) 355; für die Abschlussprüferhaftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610); Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 106; vgl aber auch P. Bydlinski, ÖBA 2008, 164; Habersack in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 45; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 66. Sollte die Naturalrestitution ausscheiden und der Schaden nicht bezifferbar sein, könnte uU auch eine Feststellungsklage weiterhelfen, um die drohende Verjährung abzuwenden, vgl dazu OGH 1 Ob 251/11 k JBl 2012, 378 (380 ff); 3 Ob 49/12 w ÖBA 2012, 849 (852); Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 15.

³²³⁹ Zum etwaigen Mitverschuldenseinwand bei vorzeitigem Verkauf des Finanzinstruments s unten bei FN 5320.

³²⁴⁰ So ausdr Begr RegEntw 4. FMFörderungsG, BT-Drucksache 14/8017, 93 f (zu §§ 37b, 37c WpHG); allg für die Haftung wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen Assmann in FS Lange (1992) 357 f.

Veräußerung verpflichtet sind³²⁴¹. Der auf diese Weise entstandene positive Schaden des Anlegers tritt mit Erwerb des minderwertigen Papiers ein.³²⁴²

Zum vermögensmäßigen Nachteil zählen (auch) frustrierte Nebengebühren, wie Agio, Provisionen, Makler- und Verwaltungsgebühren, Spesen oder Kreditkosten³²⁴³ (vgl § 11 Abs 6 KMG).³²⁴⁴ Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Anleger nicht auch noch zusätzlich den entgangenen Zinsgewinn aus einer alternativen Veranlagung geltend macht³²⁴⁵ und diesfalls ebenso entsprechende Aufwendungen in gleicher Höhe hätte tätigen müssen.³²⁴⁶ Auch ein allfälliger „Rettungsaufwand“ des Anlegers (zB Tilgung der Schulden jener Gesellschaft, der er beigetreten ist), den dieser nach Kenntnis über die Unrichtigkeit seiner Dispositionsgrundlage tätigt, um seine Anlageziele zu realisieren, ist in den Grenzen des § 1304 ABGB ersatzfähig.³²⁴⁷

In allen Fällen des „Transaktionsschadenersatzes“ muss der Anleger nicht nur einen allfälligen Verkaufserlös, sondern gegebenenfalls auch die vom Emittenten bislang erhaltenen Zins- und sonstige, insb Dividendenzahlungen schadensmindernd in Anschlag bringen³²⁴⁸ („Vorteilsausgleich“³²⁴⁹).

³²⁴¹ Peters, Haftung 135; Eisen, Haftung 338; Vasella, Haftung 373, 375 f.

³²⁴² OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (256) (Schuhmacher); 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (530) (Riss); RIS-Justiz RS0119141 T 2, OGH 15.01.2013, 4 Ob 193/12 d; 23.01.2013, 3 Ob 230/12 p; 7 Ob 253/97 z ÖBA 1999, 388 (389) (Kletečka); dazu Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 19; s auch P. Bydliński, ÖBA 2008, 160 f; Graf, GES 2011, 214; vgl aber auch Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 55; krit zur OGH-Rsp C. Völkl/Frenzl, ZFR 2014, 121 f. Dies zeigt sich dann besonders deutlich, wenn man den Schaden darin sieht, dass der Anleger „zu teuer“ gekauft hat. Denn diesfalls verfügt der Anleger im Zeitpunkt seines Vertragsabschlusses in der Tat um ein geringeres Vermögen, als er hätte, wäre die Informationspflicht korrekt erfüllt worden.

³²⁴³ Für die Haftung aufgrund fehlerhafter Kapitalmarktinformationen im Allgemeinen aber insoweit diff Assmann in FS Lange (1992) 356 f mit FN 43, 44, der unter Kausalitäts- und Schutzzwecksgesichtspunkten eine Ersatzfähigkeit von Kreditkosten nur unter der Voraussetzung bejaht, dass die Drittfinanzierung „systemimmanent“ ist oder dem Schädiger Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Anleger einen Kredit zwecks Finanzierung der Veranlagung aufnehmen werde. Die Differenzierung ist mE abzulehnen, weil die Abgrenzung zwischen systemimmanenten und nicht systemimmanenten Kreditkosten schwer fällt und Rechtsunsicherheit erzeugt. Der Assmanns Überlegungen möglicherweise zugrunde liegenden Befürchtung, ungebührliche bzw ungewöhnlich hohe Kreditkosten könnten auf den Schädiger übergewälzt werden, lässt sich mE im Rahmen des Mitverschuldenseinwands (§ 1304 ABGB) Rechnung tragen.

³²⁴⁴ Mühl, Haftung, Rz 234; Meyer, Rechtsfragen 92 FN 337; Vasella, Haftung 373; Schuler, Verantwortlichkeit 275; vgl zur Prospekthaftung Gruber, wbl 1990, 161; Kalss, Anlegerinteressen 204; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 73; Nowak, KMG (1992) 124; ders, Prospekthaftung 110, 112, 117; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2285; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 87; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 45; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 66; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.218; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 103; Renner, ÖBA 2001, 599.

³²⁴⁵ S dazu unten bei FN 3258.

³²⁴⁶ Peters, Haftung 135; Korth, Dritthaftung 180 f; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/83 (zur Prospekthaftung).

³²⁴⁷ Allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen (freilich ohne ausdr Erwähnung des Mitverschuldenseinwands) Assmann in FS Lange (1992) 360; abw BGH VIII ZR 64/79 NJW 1980, 2408 (2410); vgl auch BGH V ZR 168/78 NJW 1981, 1035 (1036).

³²⁴⁸ Meyer, Rechtsfragen 92; vgl zur Prospekthaftung OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger); Krejci, GesRZ 2011, 204; zur Haftung wegen Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (256) (Schuhmacher); zur Anlageberatungshaftung beim Kauf von Anleihen OGH 10 Ob 11/07 a ÖBA 2008, 732 (735). Ebenso wäre im Rahmen des Vorteilsausgleichs eine tatsächliche Steuerersparnis des Anlegers zu berücksichtigen, Öllinger, Haftung 155 FN 563; s aber auch C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 308. Zur Berücksichtigung von Zinsen und anderen Vermögensvermehrungen, die der Anleger im Rahmen von Alternativveranlagungen lukrieren hätte können, s sogleich unten bei FN 3258.

³²⁴⁹ Vgl dazu Assmann in FS Lange (1992) 363 ff; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 17; OGH 9 Ob 51/10 f ÖJZ 2011, 918 (EvBl 132).

Mit der Variante 2 verwandt sind solche Sachverhalte, in denen der (Alt-)Anleger³²⁵⁰ den Verkauf seines Wertpapiers infolge eines unzutreffend positiven, insb eines nicht rechtzeitig aktualisierten Ratings unterlässt³²⁵¹ (Variante 3 [vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 Fall 2 EU-RatingVO]). Auch der dadurch entstandene Vermögensnachteil ist prinzipiell ersatzfähig,³²⁵² wenn und weil sich der Anleger aufgrund des Ratings dazu entschlossen hat, sein Wertpapier zu halten.³²⁵³ Auch hier bestehen zwei Möglichkeiten, den Schaden konkret zu erfassen: Einerseits könnte der Anleger die fraglichen Finanzinstrumente veräußern und die Differenz zwischen dem erzielten Veräußerungserlös und hypothetischem Verkaufspreis (der sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers ergeben hätte³²⁵⁴) ersetzt verlangen.³²⁵⁵ Bei Innehabung der Papiere im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs könnte der Anleger den Ersatz des

³²⁵⁰ Für den Bereich der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht schließt das WpHG Ansprüche der untätig gebliebenen Altanleger aus; das wird zT kritisiert, zT wird eine Gesetzeslücke verortet, s etwa *Fleischer*, BB 2002, 1869 f mit FN 12; vgl dazu auch *Baums/Fischer*, Haftung 23.

³²⁵¹ S den Praxisfall bei *Graf*, JBl 2012, 212. Auch diese Fälle lassen sich dem Transaktionsschadenersatz zuordnen, vgl *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 166 ff (dort [S 168] auch mit einem Fall-Bsp); BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (675) *EM.TV*; oben in FN 3226. Verwandt sind Fallkonstellationen, in denen der Anleger aufgrund von *Rating-trigger*-Klauseln im Falle einer Herabstufung das Recht erhält, sich von einer Anleihe zu „trennen“, dh die Auszahlung des Nominalbetrags zzgl der bisher angefallenen Zinsen zu fordern. Unterbleibt eine Herabstufung bei solchen Anleihebedingungen ungerechtfertigter Weise und gerät der Emittent später in wirtschaftliche Schwierigkeiten, ist insoweit ein Vermögensschaden der Anleger durch die Ratingagentur verursacht worden (dazu *Korth*, Dritthaftung 96 f).

³²⁵² *Kalss*, ÖBA 2000, 643; so offenbar auch *Peters*, Haftung 102; vgl auch § 82a Abs 1 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005; s dazu, insb zur Schutzwürdigkeit des Anlegers, der eine Disposition unterlassen hat, ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 37; vgl zur Abschlussprüferhaftung *Kalss*, ÖBA 2002, 193; zur Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht *Gruber*, ÖBA 2003, 249; *Graf*, GES 2011, 217; vgl aus der Rsp zur Anlageberatungshaftung OGH 3 Ob 220/12 t ecolex 2013, 420 (421) (*Wilhelm*): „Wollte der Anleger eine bestehende Anlage veräußern [...], unterließ er diese Veräußerung aufgrund einer rechtswidrigen und schuldhaften Fehlberatung zunächst, liegt der rechnerische Schaden in der Differenz des möglichen Verkaufserlöses im Zeitpunkt der Fehlberatung zu jenem der späteren tatsächlichen Veräußerung“; ebenso bereits OGH 4 Ob 19/12 s ÖBA 2013, 145; vgl auch schon OGH 4 Ob 28/10 m wbl 2010, 643 (644) und dazu *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 719.

³²⁵³ Dagegen könnte die Wertung des § 11 Abs 5 KMG sprechen, wenn er so verstanden wird, dass er zumindest KMG-rechtliche Ansprüche ausschließt, die darauf beruhen, dass sich der Anleger aufgrund der unzutreffenden Prospektinformation dazu entschlossen hat, das Kapitalanlageverhältnis fortzusetzen (idS *Kalss*, Anlegerinteressen 212; wohl auch *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 835 f, die dort auch möglicherweise deinvestierende Anleger aus dem Schutzbereich des § 11 KMG ausnehmen möchten; vgl auch *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/72). Ein derart weites Verständnis des § 11 Abs 5 KMG ist mE aber abzulehnen; nach der Norm können Prospekthaftungsansprüche nicht darauf gestützt werden, dass infolge unrichtiger Prospektangaben die fraglichen Wertpapiere „nicht erworben wurden“. Die Bestimmung grenzt daher *potenzielle* Anleger aus dem Schutzbereich des § 11 KMG aus (vgl dazu noch unten bei FN 3297). Altanleger, die aufgrund der Prospektangaben von einer Deinvestitionsentscheidung absehen (bzw diese vornehmen), stützen nun aber ihren Anspruch nicht darauf, dass sie die Wertpapiere iSd § 11 Abs 5 KMG „nicht erworben“ haben, sondern darauf, dass sie die Wertpapiere „weiterhin gehalten“ (bzw veräußert) haben. Die beiden zuletzt genannten Fälle lassen sich mE unter § 11 Abs 1 Satz 1 KMG subsumieren („Schaden, der im Vertrauen auf die Prospektangaben [...] entstanden ist“). Auch der Begriff des Anlegers des § 1 Abs 1 Z 5 KMG („Derjenige, der ein Wertpapier, das Gegenstand eines prospektpflichtigen Angebots war, oder eine Veranlagung, die Gegenstand eines prospektpflichtigen Angebots war, erwirbt“) steht dem mE nicht entgegen. Denn der haltende oder veräußernde „Anleger“ hat seinerzeit auch das Wertpapier oder die Veranlagung „erworben“. Müsste man die Legaldefinition des § 1 Abs 1 Z 5 KMG im Rahmen der Haftung gem § 11 KMG ernst nehmen, hätte es zudem § 11 Abs 5 KMG gar nicht bedurft (vgl zur relativen Bedeutung von Legaldefinitionen auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 441). IÜ hätte der Gesetzgeber § 11 Abs 5 KMG wohl anders formuliert, wenn er veräußernde oder haltende Anleger tatsächlich als nicht ersatzberechtigt angesehen hätte. Vertritt man demgegenüber einen Ausschluss solcher Schadenersatzansprüche durch § 11 KMG, wäre freilich zu bedenken, dass einem solchen auch die mangelnde Praxisrelevanz derartiger Schadenskonstellationen im Rahmen der Prospekthaftung zugrunde liegen könnte (*Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 58 FN 318), ohne dass diese Wertung auf Ersatzansprüche aufgrund fehlerhafter Ratings übertragen werden müsste.

³²⁵⁴ Die Ermittlung desselben ist insofern schwierig, als hier berücksichtigt werden muss, wie sich der Kurs des fraglichen Finanzinstruments bei korrektem Rating verhalten hätte. Der tatsächliche Kurs ist also um die Fehlinformation zu „bereinigen“. Für die notwendigen Feststellungen bietet es sich an, auf (etwa finanzmathematische) Gutachter zurückzugreifen (*Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 168).

³²⁵⁵ Vgl zur Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 860, 869; BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (675) *EM.TV*.

hypothetischen Veräußerungspreises vom Schädiger Zug-um-Zug gegen Herausgabe der Papiere einfordern.³²⁵⁶

Diese effektive Schäden an der Substanz des Anlegervermögens sind von potenziellen Vermögensvermehrungen abzugrenzen, die der Anleger aufgrund der Fehlinformation versäumt, zu lukrieren: Ist anzunehmen,³²⁵⁷ dass der Anleger nicht nur die schadenskausale Vermögensdisposition unterlassen (Variante 2) bzw nicht nur das Wertpapier verkauft hätte (Variante 3), sondern darüber hinaus eine Alternativveranlagung vorgenommen (zB statt Investition in ein gering verzinstes AAA-Papier sein Geld auf ein Sparsbuch gelegt) und in dessen Rahmen Gewinne erlangt hätte, kann auch die dadurch verloren gegangene „Vermögensvermehrungs-Chance“ ersatzfähig sein.³²⁵⁸

Diese „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge“ zu erwartenden Vermögenszuflüsse könnte man auf den ersten Blick als entgangenen Gewinn einstufen³²⁵⁹, weil diese Erwerbschance „nicht einmal“ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann³²⁶⁰. Die Ersatzfähigkeit setzte diesfalls also grobes Verschulden der Ratingagentur voraus, wenn der Anleger kein Unternehmer ist (§ 349 UGB, §§ 1324, 1331 f ABGB).³²⁶¹ Nach dem OGH ist aber der Gewinn, den der Anleger durch die marktübliche Verzinsung festverzinslicher Wertpapiere lukriert hätte, als positiver Schaden zu qualifizieren (fiktiver Erlös als „sichere Erwerbschance“).³²⁶²

³²⁵⁶ So für die Anlageberatung *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 168; für die Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 869; BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (675) *EM.TV*.

³²⁵⁷ Den Anleger trifft dafür die Beweislast, OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (*Schuhmacher*).

³²⁵⁸ *Peters*, Haftung 135 f; *Meyer*, Rechtsfragen 92; *Eisen*, Haftung 338; *Mühl*, Haftung, Rz 236; *Korth*, Dritthaftung 177; *Vasella*, Haftung 373; zur Prospekthaftung *Gruber*, wbl 1990, 161; *Rodrigues*, ecolex 1990, 78; *Zivny*, KMG (2006) § 11 Rz 45; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 21; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 846 (dort [S 869] auch zur Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht); *Lorenz* in *Zib/Russ/Lorenz*, KMG (2008) § 11 Rz 28; *Köndgen*, AG 1983, 98; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2285; zur Verletzung von Kapitalmarktinformationspflichten allg *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 167; vgl zur Anlageberatungshaftung *Kozioł* in FS Picker (2010) 537; OGH 4 Ob 19/12 s ÖBA 2013, 145; 3 Ob 220/12 t ecolex 2013, 420 (421) (*Wilhelm*), wo der OGH einer Alternativveranlagung keine Beachtung schenken möchte, weil der Anleger den hypothetischen Veräußerungserlös seiner ursprünglich erworbenen Anlage nicht wieder neu veranlagen wollte; s zur einschlägigen Rsp des OGH auch *M. Bydlinski*, JBl 2011, 686; *G. Kodek*, ÖBA 2012, 22 f; vgl auch OLG Wien 2 R 149/13 s ecolex 2014, 133; vgl ferner BGH II ZR 141/90 NJW 1992, 1223 (1224); tendenziell aber gegen die Berücksichtigung von Alternativanlagen bei fehlerhaften Ratings *Gass*, Schadenersatzansprüche 74.

³²⁵⁹ Vgl *Nowak*, KMG (1992) 125; *dens*, Prospekthaftung 115; *Kalss*, Anlegerinteressen 204; *Kozioł* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/83; *Krejci*, GesRZ 2011, 206; *Assmann* in FS Lange (1992) 360 f; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 35: Anlagezinsentgang als entgangener Gewinn; *Schuler*, Verantwortlichkeit 168, 275; *Korth*, Dritthaftung 177; *Vasella*, Haftung 373.

³²⁶⁰ *Eisen*, Haftung 338: (bloß) hohe Wahrscheinlichkeit.

³²⁶¹ Vgl für die Anlageberatung *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 726, 730 (s aber auch *dies*, ebd 725 f, wo unter der Voraussetzung, dass der Anleger mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beweisen kann, welche Alternativanlage er erworben hätte, vom Vorliegen eines positiven Schadens ausgegangen wird); abw *Nowak*, KMG (1992) 125 (zur Prospekthaftung); *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 164, dessen Argument dahingeht, dass es sich bei Finanzinstrumenten um volatile Vermögenswerte handle und die Berücksichtigung des negativen Kursverlaufs einer hypothetischen Alternativanlage unabhängig vom Verschuldensgrad erfolge; es sei daher unbillig, den positiven Kursverlauf einer hypothetischen Alternativanlage nur bei grobem Verschulden zu berücksichtigen. Die auf den ersten Blick seltsam anmutende Differenzierung zwischen positivem und negativem Kursverlauf ist mE allerdings die zu respektierende Rechtsfolge aus dem abgestuften System der §§ 1324, 1331 f ABGB (zutr *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 726).

³²⁶² OGH 3 Ob 289/05 d ÖBA 2006, 925 (929); s schon OGH 1 Ob 15/92 SZ 65/94, 464 (477); vgl auch OGH 1 Ob 315/97 y JBl 1998, 312 (319): Gewinnchance als positiver Schaden, wenn der Geschädigte diese bei pflichtgemäßem Verhalten wahrgenommen hätte und die Realisierung derselben nach den typischen Marktverhältnissen praktisch gewiss gewesen wäre; dazu *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 722; zur Aufweichung der §§ 1323, 1324 ABGB durch die Rsp s auch *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 113 f.

Für die Frage, welche Alternativveranlagung der Anleger gewählt hätte, ist vom subjektiven Risikoprofil des jeweiligen Anlegers auszugehen.³²⁶³ Dabei wird sich eine Orientierung an der vom Anleger ursprünglich vorgenommenen Investition anbieten:³²⁶⁴ Wurde diese beispielsweise mit einem AAA-Rating bewertet, wird in aller Regel unterstellt werden können, dass der Anleger im hypothetischen Fall ebenso ein Finanzinstrument mit (derartig) geringem Risikoprofil erworben hätte.³²⁶⁵ Umgekehrt kann die Berücksichtigung einer Alternativveranlagung aber auch dazu führen, dass sich der ersatzfähige Schaden des (risikofreudigen) Anlegers mindert, weil er risikoreiche Papiere erworben hätte, die ihm (ebenso) Verluste eingebracht hätten („Nachteilsausgleich“).³²⁶⁶

Die für das tatsächlich getätigte Investment versprochenen Zinszahlungen, die der zu positiv geratete Emittent dem Anleger infolge (teilweisen) Zahlungsausfalls nicht (mehr) leisten kann, sind dagegen in diesen Varianten nicht zusätzlich ersatzfähig.³²⁶⁷ Denn der Anleger hätte diese nicht erhalten, wenn er die schadenskausale Vermögensdisposition unterlassen hätte (Variante 2) bzw die vom Wertverfall betroffenen Wertpapiere verkauft hätte (Variante 3).

Die tatsächlich vereinbarten Zinsen sind aber insofern von Relevanz, als die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns mE durch das hypothetische Erfüllungsinteresse begrenzt ist³²⁶⁸ (Rechtsgedanke des § 1019 Satz 2 ABGB; vgl zum eingeschränkten Ersatz des entgangenen Gewinns auch § 11 Abs 6 KMG³²⁶⁹). Der Anleger soll im Wege des Schadenersatzes nicht besser gestellt werden, als er stünde, hätte das Rating die Bonität des Emittenten garantiert.

Um ein Beispiel zu nennen: Ein Anleger, der aufgrund eines irreführenden Ratings eine mit 7%-verzinsten Anleihe mit einem Nominalbetrag in der Höhe von € 100.000 und einjähriger Laufzeit um € 100.000³²⁷⁰ gekauft hat, kann daher (im Falle des Ausfalls der

³²⁶³ Vgl G. Kodek, ÖBA 2012, 23.

³²⁶⁴ Krejci, GesRZ 2011, 206: praktikabler Weg.

³²⁶⁵ Eisen, Haftung 338.

³²⁶⁶ S zur Prospekthaftung OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255 f) (Diregger); Krejci, GesRZ 2011, 206; zur Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (Schuhmacher); zur Haftung wegen Kursmanipulation Wilhelm, ecolex 2011, 498; allg zur Verletzung von Kapitalmarktinformationspflichten Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 167; zur Anlageberatungshaftung Koziol in FS Picker (2010) 538; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 721 ff; M. Bydlinski, JBl 2011, 686, 690 f; G. Kodek, ÖBA 2012, 13; vgl zur Anrechnung von Nachteilen, die der Anleger bei rechtmäßigem Verhalten (ebenso) erlitten hätte: OGH 1 Ob 46/11 p JBl 2011, 713 (715); gegen eine Berücksichtigung der nachteiligen hypothetischen Alternativanlage bei der Prospekthaftung aber Graf, GES 2011, 214 FN 42.

³²⁶⁷ AA offenbar Eisen, Haftung 338; Mühl, Haftung, Rz 234, 268; vgl auch Peters, Haftung 88; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713; vgl zur Prospekthaftung Kalss, Anlegerinteressen 204: Ersatz entgangener Dividenden und Zinsen sowie Kompensation von Nachteilen, die aus der Unterlassung eines Geschäftsabschlusses resultierten; dies/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 73; Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2285.

³²⁶⁸ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713 (freilich für vertragliche Ansprüche des Investors); aA Assmann in FS Lange (1992) 361.

³²⁶⁹ Dazu oben in FN 388; vgl weiters Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 10.

³²⁷⁰ Der Preis der Anleihe ist abhängig vom Zinssatz derselben und von den Erwartungen des Kapitalmarkts an den Anleiheschuldner: Entspricht der Zinssatz der vom Kapitalmarkt aufgrund der Marktlage und dem Ausfallsrisiko geforderten Rendite, entspricht der

Anleihe) als maximalen Schadenersatzbetrag € 107.000 verlangen. Dies gilt auch dann, wenn ihm der Nachweis gelänge, dass er bei korrektem Rating diese Anleihe nicht nur nicht erworben, sondern auch in eine andere Anleihe investiert hätte, die nicht ausgefallen wäre und die ihm für dieselbe Zeitperiode eine 8%-ige Verzinsung gebracht hätte (der Ersatz des Gesamtschadens von € 108.000 [€ 100.000 für den Verlust des Kapitals, € 8.000 für den Gewinn aus der Alternativveranlagung] ist gedeckelt mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse in der Höhe von € 107.000 [Rückzahlung von € 100.000 + Zinsgewinn von € 7.000]).

βββ. Preisschadenersatz

In Variante 4 hätte der Anleger dagegen bei zutreffendem Rating die schadenskausale Vermögensdisposition zwar vorgenommen, jedoch andere, für ihn vorteilhafte Konditionen (insb einen geringeren Erwerbspreis³²⁷¹ und/oder höhere Zinsen)³²⁷² mit seinem jeweiligen Vertragspartner vereinbart. Diesfalls ist die Differenz zwischen tatsächlichem Vermögensstand des Anlegers und seinem hypothetischen (Preisdifferenz und/oder Zins-*spread*) als „Preisschaden“³²⁷³ ebenso prinzipiell ersatzfähig³²⁷⁴ (vgl auch § 932 Abs 4, § 872 ABGB). Ein damit vergleichbarer Schaden tritt ein, wenn ein *downgrade* ungerechtfertigter Weise unterbleibt und dieses aufgrund einer „*Rating-trigger-step-up*-Klausel“ zu einer Erhöhung des Zinssatzes geführt hätte.³²⁷⁵ Im Hinblick auf solche

Nennwert dem Preis der Anleihe. Liegt der Zinssatz unter der vom Kapitalmarkt geforderten Rendite, liegt der Preis der Anleihe unter dem Nennwert. Liegt der Zinssatz über der vom Kapitalmarkt geforderten Rendite, übersteigt der Preis den Nennwert der Anleihe (Korth, Dritthaftung 95 f).

³²⁷¹ Vgl dazu Assmann in FS Lange (1992) 357 ff, der dem Anleger, der sich entschließt, das schadenskausale Wertpapier zu halten, einen Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen dem von ihm gezahlten Erwerbspreis und dem tatsächlichen (Minder-)Wert einräumt, also ihm Ersatz des „Zuviel“-Bezahltens gewähren will. Dabei legt er die „doppelte Hypothese“ zugrunde, dass sich der haltende Anleger bei „Kenntnis der wahren Sachlage gleichwohl für die konkret getätigte Anlage entschieden hätte und seinen Vertragspartner zu einem günstigeren Vertragsabschluß hätte bewegen können“. Ob sich der Vertragspartner tatsächlich darauf eingelassen hätte, soll dabei keine Rolle spielen (s auch Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ [2014] § 347 Rz 35 mwN; Korth, Dritthaftung 192; vgl auch zum gewährleistungsrechtlichen Preisminderungsanspruch § 932 Abs 4 ABGB).

³²⁷² Vasella, Haftung 370. Zu beachten ist freilich, dass der hypothetische Erwerbspreis der Anlage entsprechend höher ist, je größer die versprochenen Zinszahlungen gewesen wären, sodass Kaufpreisschaden und Zinsschaden im Hinblick auf ihre Ersatzfähigkeit gewissermaßen in einem Alternativverhältnis zueinander stehen (Korth, Dritthaftung; s bereits oben in FN 3270).

³²⁷³ Dies ist mE die treffendste Bezeichnung, s Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 166, 173 f; Schobel in FS Koziol (2010) 1111 f; vgl zum Preisschaden auch Wilhelm, *ecolx* 2011, 497; BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) *Infomatec*; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) *Infomatec II*; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673, 675 f) *EM.TV*: „Differenzschaden in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem tatsächlichen Transaktionspreis und dem Preis, der sich bei pflichtgemäßem Publizitätsverhalten gebildet hätte“. Manche wollen den Preisschadenersatz als einen Unterfall der Naturalrestitution verstehen (vgl Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 129 FN 808). Dieser Terminologie wird hier nicht gefolgt, weil ihre Verwendung wohl Verwirrung stiften würde.

³²⁷⁴ Meyer, Rechtsfragen 92; vgl dens, Rechtsfragen 86; diesem zust Eisen, Haftung 338 f; s auch Vasella, Haftung 370; Schuler, Verantwortlichkeit 275 FN 1595; Korth, Dritthaftung 175, 179, 189 f; vgl auch Öllinger, Haftung 155; zur Prospekthaftung Canaris, Bankvertragsrecht³ Rz 2285; Kalss, Anlegerinteressen 204; Kursdifferenz, 222; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 845 f; Hopt/Voigt, ebd 87; Nowak, Prospekthaftung 110 ff: „Differenz zwischen Erwerbspreis und dem wahren Wert zum Erwerbszeitpunkt“; Renner, ÖBA 2001, 599 f; zur Abschlussprüferhaftung Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 106 FN 77, 120 f. Vgl auch zu den unterschiedlichen Varianten des möglichen Schadenersatzes (Transaktionsschaden einerseits, Preisschaden andererseits) bei Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht: Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 166 (dort auf S 174 speziell zu Letzterem); Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 869.

³²⁷⁵ Dazu Korth, Dritthaftung 97.

Fallkonstellationen lässt sich mE sagen, dass unangemessen tiefe Renditen des Anlegers einen ersatzfähigen Nachteil darstellen^{3276, 3277}.

Die Schadensposten des Anlegers in dieser Variante und in Variante 2 schließen sich damit wechselseitig aus.³²⁷⁸ Die hier interessierenden Schäden („überteuerter Erwerbspreis“ und/oder „zu geringe Zinsen“) sind mE nicht als entgangener Gewinn³²⁷⁹ zu qualifizieren.³²⁸⁰ Sie sind – wie der Begriff „Preisschaden“ bereits indiziert – als positiver Schaden aufgrund desjenigen Minderwerts einzustufen, „welcher der erworbenen Anlage insofern innewohnt, als sie von der Gegenleistung abweicht, die der Anleger nach den Angaben [der Ratingagentur] erwarten durfte“³²⁸¹. Der Anleger hat hier also zu teuer bzw zu ungünstig gekauft.³²⁸²

Den Parallellfall zu „anfänglich zu positiven Ratings“ bildet die Veröffentlichung von positiven, jedoch unwahren Insiderinformationen, aufgrund derer der Anleger das betreffende Finanzinstrument erwirbt (vgl § 37c Abs 1 Z 1 WpHG).³²⁸³ Vergleichbar mit dem Fall des „nachträglich zu positiven Ratings“ (nicht rechtzeitig angepassten Ratings) ist die unterlassene Veröffentlichung von Insiderinformationen, die den Kurs des Finanzinstruments negativ beeinflusst hätten (vgl § 37b Abs 1 Z 1 WpHG).³²⁸⁴

ββ. Zu pessimistisches Rating

Die zweite Fallgruppe, der Anlegerschaden aufgrund von (anfänglich oder [wegen unterlassener Aktualisierung nachträglich]) zu negativen Ratings, wird in der Praxis seltener zu Tage treten, ist aber mE ebenso in die schadenersatzrechtliche Betrachtung miteinzubeziehen.³²⁸⁵ In diesem Bereich ist es ebenso wie beim zu optimistischen Rating

³²⁷⁶ So *Peters*, Haftung 136; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 90; *Karner*, ÖBA 2010, 588; gegen eine Ersatzfähigkeit solcher Schäden aber *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 713.

³²⁷⁷ *Zutr Eisen*, Haftung 327, 337 ff.

³²⁷⁸ *Eisen*, Haftung 339; vgl auch *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 122 mit FN 140.

³²⁷⁹ Ein solcher wäre in diesen Fällen nur insoweit denkbar, als der Anleger glaubhaft darlegen kann, er hätte den Betrag der Preisdifferenz (Differenz zwischen tatsächlich bezahltem Preis und hypothetischem Preis) gewinnbringend angelegt (vgl dazu *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 174).

³²⁸⁰ Zumindest verwirrend daher (abw Terminologie?) *Schuler*, Verantwortlichkeit 168; *Korth*, Dritthaftung 179.

³²⁸¹ Vgl *Assmann* in *FS Lange* (1992) 358; BGH XI ZR 4/88 NJW-RR 1989, 150 (151).

³²⁸² Vgl *Assmann* in *FS Lange* (1992) 359; BGH XI ZR 4/88 NJW-RR 1989, 150 (151); zur Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht *Kalss*, Anlegerinteressen 330, 334 f; *dies/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 859; *Hopt/Voigt*, ebd 110.

³²⁸³ Vgl *Rüffler*, GES 2010, 119; s zu dieser Art der Kapitalmarktinformationshaftung etwa auch BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 *Infomatec*; II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 *Infomatec I*; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 *Infomatec II*; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 *EM.TV*; II ZR 80/04 NZG 2007, 345 *Comroad I*; II ZR 246/04 NZG 2007, 346 *Comroad II*; II ZR 153/05 NZG 2007, 269 *Comroad III*; II ZR 147/05 NZG 2007, 708 *Comroad IV*; II ZR 173/05 NZG 2007, 711 *Comroad V*; II ZR 229/05 NZG 2008, 382 *Comroad VI*; II ZR 68/06 NZG 2008, 385 *Comroad VII*; II ZR 310/06 NZG 2008, 386 *Comroad VIII*; *Rüffler*, JBl 2011, 71; *Fleischer*, BB 2002, 1869 (mit dem Bsp des fälschlich vermeldeten Großauftrags); s auch *Wagner*, ZGR 2008, 499, 521; *C. Schäfer/Weber/Wolf*, ZIP 2008, 198.

³²⁸⁴ Vgl *Rüffler*, GES 2010, 119; s zu diesem Haftungstatbestand etwa auch *dens*, JBl 2011, 71; *Fleischer*, BB 2002, 1869 (mit dem Bsp der verspäteten Gewinnwarnung); *Wagner*, ZGR 2008, 499; *C. Schäfer/Weber/Wolf*, ZIP 2008, 198.

³²⁸⁵ *Zutr Kersting*, Dritthaftung 542 FN 2668; *Vasella*, Haftung 287. Man könnte *prima vista* davon ausgehen, dass Anleger in erster Linie kein überhöhtes Rating und daher im Zweifel lieber ein zu pessimistisches Rating wünschten; Letzteres tangiere nur die Rechtssphäre des Emittenten (vgl unten bei FN 4293) und könne zu keinen Ersatzansprüchen der Anleger führen. Auch in der einschlägigen Literatur wird die Schadenersatzpflicht von Ratingagenturen gegenüber Anlegern aufgrund von zu pessimistischen

denkbar, dass der Anleger finanzielle Nachteile sowohl in Form einer Verringerung der Substanz seines Vermögens (s dazu sogleich die Variante 1) als auch in der Gestalt der unterbliebenen Vergrößerung desselben (s dazu unten Variante 2) erleidet.

ααα. Transaktionsschadenersatz

Der Transaktionsschadenersatz setzt (auch hier) voraus, dass das Rating psychisch kausal für die Transaktionsentscheidung des geschädigten Anlegers war. Ein Transaktionsschaden kann daher darin begründet sein, dass der risikoaverse (Alt-)Anleger aufgrund des Ratings ein Finanzprodukt, das unzutreffender Weise zu niedrig geratet wurde, mit Verlust veräußert, um weitere Vermögenseinbußen zu vermeiden (oder weil ihn sein Anlagereglement dazu verpflichtet³²⁸⁶), sich der Kurs aber nach dem Verkauf (zB infolge einer Berichtigung des Ratings) wieder erholt (Variante 1 [vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 Fall 3 EU-RatingVO]).³²⁸⁷

Der Anleger hat auch hier einen Anspruch darauf, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten der Ratingagentur stünde: Er kann von dieser verlangen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe des tatsächlich von ihm lukrierten Veräußerungspreises gleichwertige Finanzinstrumente von jener Gattung zu erhalten, der die verkauften Finanzinstrumente zugehörten (Naturalrestitution)³²⁸⁸, oder zumindest ein vermögensmäßiges Äquivalent (zB Wert der veräußerten Papiere im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs³²⁸⁹).

Ersatzfähig sind in dieser Variante auch die Veräußerungsnebenkosten³²⁹⁰ (vgl § 21 Abs 2 WpPG). Schadensmindernd zu berücksichtigen sind hier allerdings Gewinne des Anlegers, die er aufgrund einer tatsächlich getätigten Alternativveranlagung lukriert und die er nur deswegen vorgenommen hat, weil er sich von dem gerateten Finanzprodukt getrennt hat.³²⁹¹

Ein Entgang eines Vermögenszuwachses ist insb dann denkbar, wenn der (Alt-)Anleger aufgrund eines zu schlechten Ratings ein Finanzinstrument hält und vor einer Veräußerung

Ratings selten behandelt. Rechtsdogmatisch könnte man den Ausschluss der Haftung in diesen Fällen damit begründen, dass solche Schäden außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs lägen (so tatsächlich *Korth*, Dritthaftung 172 f). Dies ist mE jedoch unzutreffend: Wegen der Informationsfunktion, die Ratings zugunsten von Anlegern (s oben bei FN 2742 f), auch zugunsten von Sekundärmarkterwerbern erfüllen sollen (s oben bei FN 2790), sind auch Anlegerschäden aufgrund von zu negativen Ratings vom Rechtswidrigkeitszusammenhang umfasst, wofür auch die Parallele zum Schadenersatz bei Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht (dazu unten bei FN 3304, 3305, 3328) spricht.

³²⁸⁶ S oben bei FN 3241.

³²⁸⁷ Vgl *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 64 FN 56; *Korth*, Dritthaftung 95; *Assmann* in FS Lange (1992) 366; zur Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht: *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 859. Zur Frage, ob diesem Schadenersatzanspruch die Wertung des § 11 Abs 5 KMG entgegenstehen könnte, s oben in FN 3253.

³²⁸⁸ *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 167; vgl auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 129.

³²⁸⁹ Vgl oben in FN 3236 aE.

³²⁹⁰ Allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen *Assmann* in FS Lange (1992) 355 FN 36.

³²⁹¹ Allg für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen *Assmann* in FS Lange (1992) 366.

zurückschreckt, die ihm bei pflichtgemäßem Verhalten der Ratingagentur einen vermögensmäßigen Vorteil gebracht hätte (Variante 2 [vgl. Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 Fall 2 EU-RatingVO]).³²⁹² Nach richtiger Ansicht³²⁹³ wird es sich hierbei in aller Regel (insb. wenn dem Anleger kein bindendes Vertragsangebot vorgelegen hat³²⁹⁴) um entgangenen Gewinn handeln, der im „B2C-Bereich“ schon nach dem System des ABGB³²⁹⁵ nur bei grob fahrlässigen Fehlratings zu ersetzen ist (§ 1324 ABGB). Die Ersatzfähigkeit unterstellt, wäre dieser Vermögensnachteil freilich mit allfälligen finanziellen Vorteilen zu verrechnen, die der Anleger bei variabler Zinsvereinbarung aufgrund des ratingbedingten Risikoaufschlags erlangt.³²⁹⁶

Der Gewinn, der einem lediglich *potenziellen* Anleger dadurch entgeht, dass er ein Wertpapier wegen eines zu negativen Ratings *nicht* erwirbt, dessen Kurs in weiterer Folge aber steigt (Variante 3), ist mE in keinem Fall³²⁹⁷ ersatzfähig.³²⁹⁸ Die mangelnde Schutzwürdigkeit eines solchen Geschädigten folgt aus der Wertung des § 11 Abs 5 KMG (vgl. auch Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO³²⁹⁹, §§ 37b, 37c WpHG³³⁰⁰). Dies lässt sich rechtsdogmatisch damit begründen, dass solche Schäden außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs jener schadenersatzrechtlicher Normen liegen, die fehlerhafte Kapitalmarktinformationen unterbinden möchten³³⁰¹.

βββ. Preisschadenersatz

Ein Preisschaden kann dem Anleger beim zu pessimistischen Rating dadurch entstehen, dass zwar das Rating nicht die (nachteilige) Verkaufsentscheidung an sich verursacht hat, wohl aber die Konditionen negativ beeinflusst hat, zu denen der Verkauf stattgefunden hat. Hat der Anleger aufgrund eines zu pessimistischen Ratings sein Finanzinstrument zu billig verkauft³³⁰², erleidet er einen Preisschaden. Dieser besteht in der Differenz zwischen

³²⁹² Vgl. Korth, Dritthaftung 95; Vavrovsky, ÖBA 2001, 578; Kalss, ÖBA 2002, 193; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 836; vgl. auch § 82a Abs 1 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005; s. dazu, insb. zur Schutzwürdigkeit des Anlegers, der eine Disposition unterlassen hat, ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 37.

³²⁹³ S. oben in FN 3193.

³²⁹⁴ Dazu näher oben in FN 3193.

³²⁹⁵ Zur Modifizierung dieses Systems durch das Kapitalmarktrecht, s. unten nach FN 3384.

³²⁹⁶ Vgl. dazu Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 16.

³²⁹⁷ Dies gilt nach dem System des § 11 KMG auch für vorsätzliche Pflichtverletzungen (vgl. § 11 Abs 5 KMG mit Abs 6 *leg. cit.*), weswegen mE auch bei vorsätzlich verzerrten Ratings ein potenzieller Anleger keine Schadenersatzansprüche gegen die bewertende Ratingagentur geltend machen kann (zur ansonsten bestehenden Vorsatzschwelle s. noch unten nach FN 3384).

³²⁹⁸ So auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713; vgl. auch Baums/Fischer, Haftung 23; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 860; aA wohl Meyer, Rechtsfragen 86; für die Schweiz Vasella, Haftung 122; für die Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht Gruber, ÖBA 2003, 249. Brawenz, Prospekthaftung 226 FN 71, bezeichnet diese Fälle im Rahmen der Prospekthaftung als praktisch irrelevant.

³²⁹⁹ Dazu unten bei FN 4754.

³³⁰⁰ Und dazu Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 111.

³³⁰¹ So auch die Tendenz bei Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 169 mit FN 19.

³³⁰² Kalss, ÖBA 2000, 642; Öllinger, Haftung 155; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 310; Vasella, Haftung 370 f; vgl. auch zur Abschlussprüferhaftung Kalss, ÖBA 2002, 193; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 880; vgl. auch Begr. RegEntw 4. FMFörderungsG, BT-Drucksache 14/8017, 94 (zu § 37c WpHG) und dazu Fleischer, BB 2002, 1869; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 110; C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 199; Kersting, Dritthaftung 494; zur Verletzung

tatsächlichem Verkaufspreis und hypothetischem Veräußerungspreis bei pflichtgemäßem Verhalten der Ratingagentur und ist unabhängig davon ersetzbar, ob der Anleger die Deinvestitionsentscheidung im Vertrauen auf das Rating getroffen hat.³³⁰³

Parallellfall zum Anlegerschaden aufgrund eines „anfänglich zu negativen Ratings“ ist die schadenskausale Veräußerung eines Finanzinstruments infolge einer unwahren, den Kurs desselben negativ beeinflussenden Insiderinformation (vgl § 37c Abs 1 Z 2 WpHG³³⁰⁴). Vergleichbar mit dem Fall des Anlegerschadens bei „nachträglich zu negativen Ratings“ (nicht rechtzeitig angepassten) Ratings ist die Schädigung durch unterlassene Veröffentlichung einer den Kurs eines Finanzinstruments positiv beeinflussenden Insiderinformation (vgl § 37b Abs 1 Z 2 WpHG³³⁰⁵).

Nicht ersatzfähig sind *bloße Wertminderungen* des gehaltenen Wertpapiers durch ein (den Ruf des Emittenten schädigendes) zu schlechtes Rating („Reflexschaden“³³⁰⁶; vgl auch § 37c Abs 1 Z 2 WpHG: Veräußerung erforderlich³³⁰⁷).³³⁰⁸ Wie bei einem zu Unrecht verweigerten Bestätigungsvermerk kann ein auf diese Weise entstandener Schaden nicht von den (bloß mittelbar geschädigten) Anlegern geltend gemacht werden, sondern nur vom (unmittelbar geschädigten) Bewertungs- bzw Prüfungsobjekt, dh vom Emittenten bzw von der geprüften Gesellschaft³³⁰⁹.

Die Schadenersatzzahlung an den Emittenten bzw die Gesellschaft käme letztendlich reflexartig den an ihr beteiligten Anlegern zugute,³³¹⁰ wobei diese „Haftungskanalisation“³³¹¹ am besten (dh insb ohne die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des Schädigers³³¹², ohne Gläubigerbenachteiligung³³¹³ und zugleich

der Ad-hoc-Publizitätspflicht ferner Kalss, Anlegerinteressen 331, 334; Gruber, ÖBA 2003, 249; Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 166, 174; zur Anlageberatungshaftung Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 720.

³³⁰³ Selbst wenn die Transaktionskausalität fehlt (der Anleger daher „so oder so“ verkauft hätte), umgekehrt aber feststeht, dass sich ein korrektes Rating positiv auf den Veräußerungspreis ausgewirkt hätte, wurde durch das pflichtwidrige Verhalten der Ratingagentur jedenfalls ein Vermögensnachteil für den Anleger im Ausmaß der Preisdifferenz verursacht (vgl auch Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 174).

³³⁰⁴ Dazu Fleischer, BB 2002, 1869: unrichtige Behauptung, gegen den Emittenten sei ein Kartellrechtsverfahren eingeleitet worden; Wagner, ZGR 2008, 499; C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 199.

³³⁰⁵ Dazu Fleischer, BB 2002, 1869: unterlassene Meldung über einen Ölfund; Wagner, ZGR 2008, 499; C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 199; unterlassene Meldung des Rücktritts eines Vorstandsvorsitzenden, welcher den Unternehmenswert beeinträchtigt; vgl dazu aus österreichischer Sicht Kalss, Anlegerinteressen 331.

³³⁰⁶ Vgl dazu schon ROHG Gutachten, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 216.

³³⁰⁷ Vgl zur Abschlussprüferhaftung Liebscher, Abschlussprüfer 70.

³³⁰⁸ AA Gass, Schadenersatzansprüche 60 f (für Art 35a EU-RatingVO).

³³⁰⁹ Kalss, ÖBA 2000, 642 f; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 106, 120; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 22; Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 333; vgl OGH 2 Ob 89/35 JBl 1935, 324 (325); ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 32, 38; Kalss, ÖBA 2002, 204; dies, Anlegerinteressen 328 f; Walter Doralt, RdW 2006, 690; Frabberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 91; C. Nowotny, RdW 1998, 388; etwas widersprüchlich C. Völk/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 37 (Wertverlust der Aktien infolge Kreditschädigung der Gesellschaft rufe Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern hervor), 91; ebenso nicht ganz eindeutig Liebscher, Abschlussprüfer 70, 81; Vavrovsky, ÖBA 2001, 578 f.

³³¹⁰ Vgl Walter Doralt, RdW 2006, 688 FN 8; Rüffler, JBl 2011, 70 (dort aber auch zu den Schwächen des Innenhaftungskonzepts); s dazu auch Kalss, Anlegerinteressen 433 ff mit FN 319.

³³¹¹ U. Torggler, wbl 2001, 548; s dazu auch oben bei FN 1014 mwN.

³³¹² S zum Problem der „Doppelliquidierung“ auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 23d.

³³¹³ Kalss, ÖBA 2000, 643.

ohne Rückabwicklungsschwierigkeiten³³¹⁴) funktioniert, wenn man jedenfalls für diesen Fall eigenständige Ansprüche der Anleger verneint (vgl § 69 Abs 5 IO³³¹⁵). Das spricht dafür, dass deren Einzelschäden nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang der schadenersatzrechtlichen Normen liegen.

γ. Schadensbestimmung und -berechnung bei Kapitalmarktinformationshaftungen

αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes

1) Die bisherigen Ausführungen (S 336 ff) sollten einen Überblick über die bei fehlerhaften Ratings relevanten Schadenskonstellationen verschaffen und aufzeigen, dass sich auch durchaus Rsp zu verwandten Fragekomplexen fruchtbar machen ließe, wollte man die Kompensationsfähigkeit der aufgezählten Schadensposten uneingeschränkt bejahen. An dieser Stelle geht es um die Präzisierung dieser Vorüberlegungen dahingehend, wann welcher Anlegerschaden in welchem Ausmaß tatsächlich ersatzfähig sein soll, wenn das Anlegerpublikum durch irreführende oder das Unterdrücken von Informationen getäuscht wurde.

Aufgrund des Themas dieser Arbeit sollen dabei freilich primär mangelhafte Bonitätsinformationen von Ratingagenturen interessieren, jedoch stellen sich mE reizvolle Parallelfragen für die Verletzung der Publizitätspflichten am Primärmarkt (Prospektpflicht) und Sekundärmarkt (*Ad-hoc*-Publizitätspflicht und Verbot der Marktmanipulation), die auf eine konsistente Lösung dringen.³³¹⁶ Denn bei allen drei Erscheinungsarten der Kapitalmarkterklärungshaftung besteht die Gefahr einer fragwürdigen Überkompensation des Anlegers und einer partiellen Überwälzung des Investitionsrisikos auf den jeweiligen Haftpflichtigen³³¹⁷, wenn man versucht, die soeben aufgeworfenen Fragen nach der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens mit herkömmlichen schadenersatzrechtlichen Instrumenten zu bewältigen. Davor hat auch der OGH in einer Entscheidung zum Schadenersatz infolge Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht gewarnt.³³¹⁸ Demgegenüber nimmt der BGH diese Rechtsfolge bewusst in Kauf.³³¹⁹

³³¹⁴ Kalss, Anlegerinteressen 329.

³³¹⁵ Vgl dazu Karollus, RdW 2006, 396.

³³¹⁶ S auch noch unten bei FN 3338.

³³¹⁷ Zu dieser unerwünschten Konsequenz s U. Torggler, ecolex 2011, 1124 (mit eigenem Lösungsansatz auf Basis von § 376 UGB); Diregger, GesRZ 2011, 259 f; Schuhmacher, GesRZ 2012, 259; vgl auch OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (257) (Diregger) (zur Prospekthaftung); OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (Schuhmacher) (zur Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht); Wagner, ZGR 2008, 512; Hopt, WM 2013, 107; Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048.

³³¹⁸ OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (Schuhmacher).

³³¹⁹ BGH XI ZR 51/10 NZG 2012, 263 (269) IKB (arg: gewöhnliche Folge der Haftung).

Zur besseren Verständlichkeit der Problematik soll diese an einem Beispiel illustriert werden:

Die X-AG expandiert und erweitert ihre Geschäftstätigkeit. Sie möchte sich als Multimedia-Unternehmen etablieren und Sportgroßereignisse im Fernsehen übertragen.

Variante 1: Zur Finanzierung dieses Vorhabens wird eine Anleiheemission durchgeführt. Die von der X-AG beauftragte Ratingagentur R-GmbH bewertet diese Emission mit AAA. Der Preis der Anleihe beträgt infolgedessen € 100 pro Stück.

Variante 2: Zur Finanzierung des Vorhabens wird das Kapital der X-AG erhöht und die jungen Aktien werden à € 100 pro Stück mit einem Prospekt öffentlich angeboten.

Variante 3: Auf einer Pressekonferenz verlautbart der Vorstand der X-AG die Kooperation derselben mit einigen internationalen Sportverbänden. Der aktuelle Aktienkurs der X-AG steigt daraufhin auf € 100 pro Stück.

Der Anleger A erwirbt 100 Stück der Anleihen (Variante 1) bzw der Aktien (Variante 2 und 3) um € 10.000. Es stellt sich heraus, dass 1) die Ratingeinstufung zu hoch erfolgte, 2) im Prospekt enthaltene Gewinnprognosen auf unrealistischen Annahmen beruhten, 3) die Mitteilung des Vorstands über die Kooperationsbasis falsch war. Bei zutreffender Information bzw Unterlassung der Fehlinformation hätte der Preis des Finanzinstruments in allen drei Varianten bloß € 50 pro Stück betragen, der Preisschaden des Anlegers beträgt also (in jeder Variante) insgesamt € 5.000. Der Anleger wartet mit einer Klage gegen den jeweiligen Haftpflichtigen noch zu; er hofft, dass sich der Wert seiner Wertpapiere doch noch erholt. Indes muss wenig später die gesamte Multimedia-Branche eine Baisse durchleben, weswegen der Preis des Finanzinstruments auf € 10 pro Stück fällt. Der Anleger fordert nunmehr vom Informationsverantwortlichen Ersatz des Erwerbspreises (€ 10.000) gegen „Rückübertragung“ der Wertpapiere (Naturalrestitution) gem § 1323 ABGB.

Es zeigt sich, dass der zur Haftung Herangezogene zu einem Versicherer für den Anleger würde,³³²⁰ wollte man diesem in den drei Fallvarianten tatsächlich Naturalrestitution im gewünschten Umfang (Transaktionsschadenersatz im effektiven Ausmaß von € 9.000) gewähren.³³²¹ Dieses Ergebnis ließe sich verhindern, wenn man bloß eine Kompensation des Preisschadens (€ 5.000) zulässt.

2) Für die Frage, ob sich die Beschränkung auf den Preisschaden nicht nur rechtspolitisch, sondern auch rechtsdogmatisch begründen lässt, ist für den Bereich der gesetzlich geregelten Publizitätspflichten (Prospekt- und *Ad-hoc*-Publizitätspflicht bzw Verbot der Marktmanipulation) der diesen zugrunde liegende Normzweck entscheidend.³³²² ME sollte dabei eine einheitliche Lösung für Primär- und Sekundärmarkt angestrebt werden, weil die

³³²⁰ Zu diesem unerwünschten Ergebnis s zB auch Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 7, 90 f, 132, 139; Wagner, ZGR 2008, 512.

³³²¹ Selbiges gilt freilich für den Geldersatz im Ausmaß von € 9.000 (ohne Rückübertragung der Wertpapiere).

³³²² Vgl Engelhardt, BKR 2006, 447; Hopt/Voigt, WM 2004, 1804.

chronologisch aufeinanderfolgenden Publizitätspflichten stark miteinander verwandt sind und offensichtlich auf denselben Grundwertungen beruhen.

Es versteht sich von selbst, dass bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens ferner insb solche Normen beachtet werden müssen, die den Umfang desselben explizit regeln; für Österreich sind dies § 11 Abs 5 und 6 KMG. § 11 Abs 5 KMG spricht dabei immerhin für den Fall, dass Wertpapiere oder Vermögensanlagen *nicht* erworben wurden, gegen einen Transaktionsschadenersatz. Die allgemeinere Norm des § 11 Abs 6 KMG bekennt sich freilich eindeutig weder zum Transaktionsschadenersatz (so das deutsche Pendant [§ 21 Abs 1 Satz 1 WpPG³³²³]), noch zum Preisschadenersatz, sondern enthält – dem System des § 11 KMG entsprechend³³²⁴ – bloß eine *Begrenzung* des allenfalls ersatzfähigen Schadens.³³²⁵ Aus § 11 Abs 5 und 6 KMG kann man aber jedenfalls herauslesen, dass das Kapitalmarkthaftungsrecht Regelungen benötigt, die den Schadenersatz nach allgemeinem bürgerlichen Recht *einschränken*.

Hinsichtlich fehlerhafter Ratings fehlen freilich einschlägige nationale Bestimmungen, auf deren Normzwecke für die hier erfolgende Untersuchung rekurriert werden könnte. Dennoch handelt es sich auch hierbei um eine Kapitalmarktinformationshaftung, für die es sich mE empfiehlt, auf möglichst sachnahe gesetzliche Vorschriften zurückzugreifen, um ihre Reichweite beurteilen zu können.³³²⁶ Dieses Vorgehen bietet sich umso mehr an, als auch das in Österreich derzeit geltende „Ratingrecht“ (wie die Prospekt- und Publizitätspflichten des Sekundärmarkts) maßgeblich vom europäischen Gesetzgeber mitbestimmt wird³³²⁷, dem man wohl grundsätzlich harmonische Lösungen unterstellen darf. Zudem lässt sich aus der EU-RatingVO ableiten, dass es bei der Haftung für fehlerhafte Ratings ebenso³³²⁸ darum geht, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts durch Stabilisierung des Anlegervertrauens sicherzustellen³³²⁹.

³³²³ Zur Vorgängerbestimmung (§ 44 Abs 1 S 1 dBörsenG aF), die sich von § 21 Abs 1 S 1 WpPG insoweit nicht unterscheidet, s Wagner, ZGR 2008, 497 f, 530.

³³²⁴ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“.

³³²⁵ Die Wertungen des § 11 Abs 6 KMG sollen daher erst dann näher behandelt werden, wenn es darum geht, die Grenzen des Preisschadenersatzes zu determinieren (dazu unten vor FN 3385; s auch unten bei FN 3358).

³³²⁶ So auch für Deutschland Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 206; Wagner in FS Blaurock (2013) 495; vgl auch Korth, Dritthaftung 192; s bereits oben in FN 153.

³³²⁷ Ausf zur EU-RatingVO unten „Teil 2: Haftung nach der EU-RatingVO“.

³³²⁸ Vgl zur Prospektpflicht die ErwGr der EmissionsprospektRL („Diese Information stellt im übrigen ein wirksames Mittel zur Stärkung des Vertrauens in Wertpapieranlagen dar und trägt somit zum einwandfreien Funktionieren und zur Entwicklung der Wertpapiermärkte bei“) sowie ErwGr 18 ProspektRL (2003/71/EG) („Vollständige Informationen über Wertpapiere und deren Emittenten kommen - zusammen mit den Wohlverhaltensregeln - dem Anlegerschutz zugute. Darüber hinaus stellen diese Informationen ein wirksames Mittel dar, um das Vertrauen in die Wertpapiere zu erhöhen und so zur reibungslosen Funktionsweise und zur Entwicklung der Wertpapiermärkte beizutragen. Die geeignete Form zur Bereitstellung dieser Informationen ist die Veröffentlichung eines Prospekts“); vgl zum Marktmissbrauch ErwGr 12, 24 MarktmissbrauchsRL („Durch unverzügliche und angemessene öffentliche Bekanntgabe von Informationen wird die Integrität des Marktes gefördert. Selektive Weitergabe von Informationen durch Emittenten kann dazu führen, dass das Vertrauen der Anleger in die Integrität der Finanzmärkte schwindet“).

³³²⁹ Vgl ErwGr 1, 7, 55, 58, 75 EU-RatingVO (Stammfassung); ErwGr 7 f, 32 EU-RatingVO-Novelle II; Art 1 EU-RatingVO; ausf zum Schutzzweck der EU-RatingVO unten unter „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“.

Die hier interessierende Problematik spitzt sich daher auf die folgenden (zugegebenermaßen etwas suggestiven) Fragen zu:³³³⁰ Wollen die gesetzlich geregelten Publizitätspflichten des Kapitalmarkts den Anleger bedingungslos in die Lage versetzen, sein Geld seinem subjektiven Risikoprofil entsprechend zu veranlagern (Gewährleistung der „privatautonomen Selbstbestimmung“³³³¹ des Anlegers „um jeden Preis“)? Bejahendenfalls müsste konsequenterweise schon eine in diesem Sinne „unerwünschte“ (weil zB zu riskante) Veranlagung als „realer Schaden“ iSd § 11 KMG, §§ 48a, 48d BörseG iVm §§ 1293, 1311 ABGB zu betrachten sein.³³³² Oder wird damit nicht vielmehr eine angemessene Preisbildung am Kapitalmarkt (Sicherstellung der Preisintegrität) bezweckt?³³³³

Diese „Entscheidungsfrage“ hat der OGH jüngst in Bezug auf sekundärmarktrechtliche Publizitätspflichten zugunsten des Willenschutzes des Anlegers mit der Konsequenz der Ersatzfähigkeit eines allfälligen Vertragsabschlussschadens entschieden.³³³⁴ Besonders intensiv wird diese Problematik in Deutschland diskutiert, weswegen sich ein Blick auf das hoch entwickelte und in vielerlei Hinsicht vergleichbare³³³⁵ deutsche Kapitalmarktrecht empfiehlt. Hinsichtlich der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht geht dort die hL davon aus, dass diese einen Schutz der Preisintegrität bezwecke und dass dem Anleger deswegen Transaktionsschadenersatz zumindest grundsätzlich nicht gebühre.³³³⁶

Für den „Prototyp einer kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung“³³³⁷, die Prospekthaftung, würden namhafte Stimmen offensichtlich gerne Selbiges vertreten, um die gewünschte Konsistenz zwischen den einzelnen Erscheinungsformen der Kapitalmarktinformationshaftung herzustellen.³³³⁸ Dem steht aber der deutlich einen Transaktionsschadenersatz anordnende § 21 Abs 1 Satz 1 WpPG entgegen,³³³⁹ eine Norm, die auf eine Vorgängerbestimmung aus dem Jahre 1896 zurückgeht (als das hier

³³³⁰ Vgl die Unterscheidung bei *Wagner*, ZGR 2008, 498 f, 515: Schutz der Dispositionsfreiheit (dann Anspruch auf Rückabwicklung) oder bloßer Vermögensschutz (dann Anspruch auf Differenzschadenersatz)?.

³³³¹ So *Graf*, *ecolx* 2011, 392 f.

³³³² In diese Richtung zumindest für die Informationsdeliktshaftung wohl BGH II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (711) *Comroad IV*; II ZR 229/05 NZG 2008, 382 (384) *Comroad VI*; II ZR 310/06 NZG 2008, 386 (387) *Comroad VIII* (mit Konsequenzen für den Beweis der Transaktionskausalität); s auch BGH II ZB 7/09 NZG 2013, 708 (713): „Die Pflicht zur unverzüglichen Veröffentlichung schützt das Interesse an der Funktionsfähigkeit der Märkte und soll dem Insider-Handel entgegenwirken, und sie schützt auch das Vermögensinteresse der Anleger hinsichtlich des Erzielens ‚richtiger‘ Preise sowie ihre Entscheidungsfreiheit“; krit dazu etwa *Klöhn*, ZHR 178 (2014) 697 ff.

³³³³ Vgl *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 344 (für die EU-RatingVO); (abl) BGH II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (711) *Comroad IV*; II ZR 229/05 NZG 2008, 382 (384) *Comroad VI*; II ZR 310/06 NZG 2008, 386 (387) *Comroad VIII*: „Anlegervertrauen in die Integrität der Marktpreisbildung“.

³³³⁴ OGH 20.03.2015, 9 Ob 26/14 k; 24.03.2015, 4 Ob 239/14 x mwN.

³³³⁵ S oben bei FN 657.

³³³⁶ S nur *Wagner*, ZGR 2008, 500; *Hopt/Voigt*, WM 2004, 1804; *Mülbart/Steup*, WM 2005, 1635 ff; *Maier-Reimer/Webering*, WM 2002, 1860; *Fuchs/Dühn*, BKR 2002, 1068 f; zumindest iE auch *Klöhn*, ZHR 178 (2014) 701; aA insb BGH XI ZR 51/10 NZG 2012, 263 (268 f) *IKB*.

³³³⁷ *Fleischer*, BB 2002, 1870.

³³³⁸ Besonders deutlich *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 92 f; vgl auch *Wagner*, ZGR 2008, 530; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206.

³³³⁹ *Wagner*, ZGR 2008, 530 (zu § 44 dBörsenG aF).

behandelte Problem wohl nicht hinreichend bedacht wurde). Eine damit vollumfänglich vergleichbare Parallelbestimmung besteht in Österreich seit der Aufhebung des § 80 Abs 2 BörseG 1989 nicht mehr³³⁴⁰, weswegen *de lege lata* kein Hindernis besteht, eine einheitliche Lösung für die Verletzung von Publizitätspflichten auf Primär- und Sekundärmarkt zu befürworten.

3) ME ist für beide Bereiche von einem Schutz der angemessenen Preisbildung auszugehen und daher grundsätzlich bloß Preisschadenersatz zu gewähren. Vor allem kann dem Gesetzgeber schwerlich unterstellt werden, er wollte mit den gesetzlichen Publizitätspflichten eine Überwälzung des Anlegerrisikos auf die Publizitätsverantwortlichen gestatten.

Zudem ist es mE fragwürdig, ein angebliches Interesse des Anlegers an einer willensgerechten Zusammensetzung seines Vermögens bedingungslos zu schützen, wo doch für den typischen Anleger nur *cash* und nichts anderes zählen wird.³³⁴¹ Der umfassende Schutz der Entscheidungsfreiheit in Form eines Ersatzes des „realen Schadens“ erscheint mE insb dann gekünstelt, wenn der Anleger gar kein „Vermögensminus“ erlitten hat, sondern „nur“ vom jeweiligen Verantwortlichen in die Irre geführt wurde. Denn das müsste ja auch die Rückabwicklung einer Transaktion erlauben, die dem Anleger einen überraschenden Gewinn gebracht hat!³³⁴² Diese seltsame Konsequenz erscheint umso zweifelhafter, wenn man bedenkt, dass das ABGB dem Ersatz des immateriellen Schadens³³⁴³ äußerst skeptisch gegenübersteht³³⁴⁴.

Zur Unterstützung der hier befürworteten Auslegung können sogar die Materialien zur „Urbestimmung der Prospekthaftung“, § 43 dBörsenG 1896, herangezogen werden, wonach der Prospekt die Funktion habe, dem Publikum „diejenigen Mittheilungen zu machen, welche zur Beurtheilung des *inneren Werthes* des angebotenen Papiers erforderlich sind“³³⁴⁵ (vgl auch den Wortlaut des § 43 Satz 1 dBörsenG 1896: „für die Beurtheilung des Werthes erheblich“). Die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten wollen also eine angemessene Entscheidungsfindung der Anleger gewährleisten, aber nur insoweit, als es um die zutreffende Beurteilung des Wertes der angebotenen Wertpapiere und damit um die Bildung angemessener Preise geht. In diesem Sinne sind mE auch die (nicht nummerierten) Erwägungsgründe der BörsenzulassungsprospektRL

³³⁴⁰ Zu § 11 Abs 6 KMG s sogleich unten bei FN 3358.

³³⁴¹ Vgl Wagner, ZGR 2008, 511 f, 515; Gruber, ÖBA 2012, 575.

³³⁴² Vgl OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger).

³³⁴³ Vgl Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 89: Nichtvermögensschaden.

³³⁴⁴ S aber auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2000) Vor §§ 918 ff–933 Rz 16 aE.

³³⁴⁵ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23 (Hervorhebung nicht im Original).

(80/390/EWG)³³⁴⁶ und der EmissionsprospektRL (89/298/EWG)³³⁴⁷, Erwägungsgrund 19³³⁴⁸ der ProspektRL (2003/71/EG), § 7 Abs 1 Satz 1 KMG³³⁴⁹ und auch § 48a Abs 1 Z 1 BörseG zu verstehen.

Die hier vertretene Interpretation trägt auch dem Gedanken Rechnung, dass das Kapitalmarktrecht den Anleger nicht um seiner selbst willen schützt, sondern deswegen, weil der Anlegerschutz Mittel zum Zweck ist, einen funktionsfähigen Kapitalmarkt zu gewährleisten³³⁵⁰. Dies setzt zwar eine integrale Preisbildung auf diesem Markt voraus,³³⁵¹ nicht aber umfassende Schadenersatzansprüche einzelner Anleger, die die kapitalsuchenden Unternehmen mit erheblichen volkswirtschaftlichen Kosten belasten würden.³³⁵²

Das in § 1323 Satz 1 ABGB verankerte „Primat der Naturalrestitution“³³⁵³ steht der hier befürworteten Lösung mE nicht entgegen,³³⁵⁴ gestattet doch diese Norm die Wiederherstellung des vorigen Stands nur unter der Voraussetzung, dass dies „tunlich ist“ und berücksichtigt folglich ausdrücklich die Interessen des Schädigers^{3355 3356}.

Auch § 11 Abs 6 KMG ordnet keinen Transaktionsschadenersatz an,³³⁵⁷ sondern beschränkt den ersatzfähigen Schaden bei Fahrlässigkeit³³⁵⁸ auf den Erwerbspreis samt Spesen und Zinsen. (Auch) daraus lässt sich mE erstens ableiten, dass die kapitalmarktrechtlichen Publizitätsnormen die markadäquate Preisbildung gewährleisten möchten (im schlimmsten Fall, dh bei völliger Wertlosigkeit der erworbenen Wertpapiere, ist der Preisschadensberechnung der hypothetische Preis von € 0 zugrunde zu legen, sodass der gesamte gezahlte Erwerbspreis ersatzfähig ist); zweitens, dass zum Preisschaden

³³⁴⁶ „Im Interesse der gegenwärtigen und potentiellen Anleger sind den öffentlich zur Zeichnung auffordernden Unternehmen in den meisten Mitgliedstaaten Schutzbestimmungen vorgeschrieben, mitunter schon bei der Ausgabe der Wertpapiere, zumindest jedoch bei ihrer Zulassung zur amtlichen Notierung an einer Börse. Diese Schutzbestimmungen setzen eine angemessene und möglichst objektive Information voraus, insbesondere über die Finanzlage des Emittenten und die Merkmale der Wertpapiere, deren Zulassung zur amtlichen Notierung beantragt wird. Als Form der Information wird gewöhnlich die Veröffentlichung eines Prospekts gefordert“ (Hervorhebung nicht im Original).

³³⁴⁷ „Ein wirksamer Schutz der Sparer bei der Anlage von Geldern in Wertpapieren erfordert wie jede andere Anlageform, die mit Risiken verbunden ist, daß die Anleger in die Lage versetzt werden, diese Risiken richtig einzuschätzen, damit sie ihre Anlageentscheidungen in voller Kenntnis der Sachlage treffen können. [...] Eine zutreffende und vollständige Information in bezug auf die Wertpapiere und ihre Emittenten würde den Schutz der Anleger in geeigneter Weise gewährleisten“ (Hervorhebung nicht im Original).

³³⁴⁸ „Anlagen in Wertpapieren sind - wie alle anderen Anlageformen - mit Risiken behaftet. Deshalb sind in allen Mitgliedstaaten Schutzmaßnahmen zur Absicherung der Interessen der derzeitigen und potenziellen Anleger erforderlich, um sie in die Lage zu versetzen, eine fundierte Bewertung der Anlagerisiken vornehmen und somit Anlageentscheidungen in voller Kenntnis der Sachlage treffen zu können“ (Hervorhebung nicht im Original).

³³⁴⁹ „Der Prospekt hat sämtliche Angaben zu enthalten, die entsprechend den Merkmalen des Emittenten und der öffentlich angebotenen Wertpapiere oder Veranlagungen bzw. zum Handel an dem geregelten Markt zugelassenen Wertpapiere erforderlich sind, damit die Anleger sich ein fundiertes Urteil über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Finanzlage, die Gewinne und Verluste, die Zukunftsaussichten des Emittenten und jedes Garantiegebers sowie über die mit diesen Wertpapieren oder Veranlagungen verbundenen Rechte bilden können“ (Hervorhebung nicht im Original).

³³⁵⁰ Rüffler, ÖBA 2011, 702 f.

³³⁵¹ Vgl ErwGr 12, 24 MarktmissbrauchsRL.

³³⁵² Vgl Rüffler, ÖBA 2011, 701 f.

³³⁵³ Dazu etwa OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (256) (Diregger) (zur Prospekthaftung).

³³⁵⁴ S aber (zur Ad-hoc-Publizitätspflicht) Rüffler, GES 2010, 119.

³³⁵⁵ S nur OGH 21.12.1999, 4 Ob 343/99 s; 1 Ob 208/11 m ÖBA 2013, 356 (358) (Koller).

³³⁵⁶ Vgl M. Bydliński, JBl 2011, 685.

³³⁵⁷ AA wohl OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger).

³³⁵⁸ Zum Vorsatz sogleich unten bei FN 3378.

gegebenenfalls auch kausal verursachte, insb von der Höhe des Preises abhängige Spesen gehören; und drittens, dass sich der Preisschaden bei bestimmten Finanzinstrumenten (insb Anleihen) auch in unangemessenen Zinsen materialisieren kann³³⁵⁹.

ME sprechen die Materialien zum KMG ebenso für die Beschränkung auf den Preisschadenersatz, bezwecken doch demzufolge (auch) § 11 Abs 5 und Abs 6 KMG, Missbräuche (wofür sich mE die Überwälzung des Investitionsrisikos als Paradebeispiel anführen lässt) zulasten des Haftpflichtigen einzudämmen.³³⁶⁰

Freilich könnte man solche Übelstände auch dadurch verhindern, dass man zwar grundsätzlich Transaktionsschadenersatz gewährt, allgemeine Marktrisiken aber im Wege des Vorteilsausgleichs letztlich vom ersatzfähigen Schaden ausklammert, sodass der Anleger nicht den vollen Erwerbspreis erstattet erhalte, sondern nur diesen abzüglich der von ihm zu tragenden Risiken.³³⁶¹ Diese Lösung vertritt der OGH in der schon erwähnten Entscheidung zur *Ad-hoc*-Publizitätspflicht.³³⁶² Hierbei müsste aber eigentlich (wie allgemein beim Vorteilsausgleich) der Haftpflichtige mit dem diesbezüglichen Beweis belastet sein³³⁶³, was mE aber nicht sachgerecht wäre³³⁶⁴, und harmoniert außerdem nicht mit den oben³³⁶⁵ beschriebenen Zwecken der Publizitätspflichten.

Schließlich führt die mit der Naturalrestitution verbundene Übernahme der schadensträchtigen Wertpapiere bei unabhängigen Informationsintermediären, insb Prospektkontrolloren, Ratingagenturen und Abschlussprüfern³³⁶⁶, zu Konflikten mit den gesetzlichen Unabhängigkeitsbestimmungen (vgl Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 *lit a* EU-RatingVO; [§ 8 Abs 4 KMG iVm] § 271 Abs 2 Z 1 iVm Abs 4 UGB),³³⁶⁷ die man mE tunlichst vermeiden sollte. Ähnliches gilt hinsichtlich der Emittentenhaftung (§ 11

³³⁵⁹ Dazu oben in FN 388, 3270.

³³⁶⁰ ErläutRV KMG 21.

³³⁶¹ Vgl auch *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 91.

³³⁶² OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (*Schuhmacher*); s auch OGH 20.03.2015, 9 Ob 26/14 k.

³³⁶³ Vgl *Gass*, Schadenersatzansprüche 71; aA *Gruber*, ÖBA 2012, 583 f (der darin keinen Vorteilsausgleich sehen möchte); *Schopper*, ÖBA 2014, 500; unklar OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (257) (*Schuhmacher*), wobei der OGH offenbar den Kläger mit dem diesbezüglichen Beweis belasten möchte: „Mangels entsprechend konkreten Vorbringens und diesbezüglicher Feststellungen kann im vorliegenden Fall nicht beurteilt werden, ob der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch derartige Elemente eines allgemeinen, unabhängig von den behaupteten Kursmanipulationen und sonstigen Verstößen der beklagten Partei eingetretenen Marktrisikos beinhaltet“ (diese Ausführungen würden sich wohl erübrigen, wenn der Beklagte beweispflichtig wäre, weil diesfalls zugunsten des Klägers davon auszugehen wäre, dass der gesamte Schaden nur durch das rechtswidrige Verhalten verursacht wurde). Jedenfalls ist der Kläger nach dem OGH mit dem Beweis hinsichtlich der Frage belastet, wie er sein Geld bei rechtmäßigem Publizitätsverhalten veranlagt hätte, was offenbar auch den Beweis inkludieren soll, dass er sein Geld nicht (ebenso) verlustbringend angelegt hätte (OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 [257] [*Schuhmacher*]; s bereits [zur Prospekthaftung] OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 [256] [*Diregger*]). In der zuletzt zitierten Entscheidung fordert der OGH zudem eine eindeutige Spezifizierung der rückzuübertragenden Wertpapiere in der Klage, was eine Bestimmbarkeit und Abgrenzbarkeit der schadensträchtigen Aktien im Vermögen der Klägerin voraussetze (OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 [257] [*Diregger*]). Das dürfte den Anleger bei der üblichen Sammelverwahrung von Wertpapieren (s § 4 Abs 1 DepotG) vor erhebliche Rechtsdurchsetzungsprobleme stellen (s auch *Krejci*, GesRZ 2011, 205).

³³⁶⁴ So schon *Wagner*, ZGR 2008, 519; zu den Beweisschwierigkeiten in diesem Zusammenhang s *Koziol* in FS Picker (2010) 532.

³³⁶⁵ Bei FN 3345.

³³⁶⁶ ME besteht aber keine allg Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, s oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

³³⁶⁷ Vgl (in Bezug auf Ratingagenturen) *Korth*, Dritthaftung 174; *Gass*, Schadenersatzansprüche 68 f; in Bezug auf Wirtschaftsprüfer *Baums/Fischer*, Haftung des Prospekt- und Abschlussprüfers 12.

Abs 1 Z 1 KMG; §§ 48a, 48d BörseG iVm § 1311 ABGB) aufgrund des Verbots des Erwerbs eigener Aktien (§ 65 AktG).³³⁶⁸

4) Die vorstehenden Überlegungen führen zum Ergebnis, dass im Bereich „quasi-vertraglicher“ Kapitalmarktinformationshaftungen (für die der Ersatz des Vermögensschadens des Anlegers bereits bei Fahrlässigkeit einerseits und das Nichtbestehen vertraglicher Verbindungen zwischen Schädiger und Geschädigtem andererseits typisch sind), namentlich bei der Prospekthaftung, der Verletzung der sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten³³⁶⁹, der Haftung für fehlerhafte Emissionsratings³³⁷⁰ und (falls man sie zu Unrecht³³⁷¹ bejaht) der allgemeinen Dritthaftung des Abschlussprüfers, grundsätzlich bloß der Preisschaden des Anlegers ersatzfähig ist.³³⁷² Das bedeutet zum einen, dass bei solchen Pflichtverletzungen „passive“ Anleger, die ihr Finanzinstrument halten oder ein solches nicht erwerben, also keine Transaktion tätigen, prinzipiell nicht schadenersatzberechtigt sind.³³⁷³ Das ist mE aber insofern sachgerecht, als das Transaktionserfordernis die Rechtssicherheit erhöht.³³⁷⁴ Ferner harmonisiert die mangelnde Schutzwürdigkeit bloß potenzieller Anleger mit § 11 Abs 5 KMG. Zum anderen hat dies zur Konsequenz, dass der entgangene Gewinn in diesem Bereich nicht ersatzfähig ist.

Umfassender Transaktionsschadenersatz gebührt mE dann, wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem ein Vertrag oder eine „klassisch“ vorvertragliche Beziehung besteht. Dies gilt mE auch dann, wenn die korrekte Zusammensetzung des Anlegervermögens nicht wie bei der Anlageberatung zum offensichtlichen Inhalt der Pflichten des schädigenden Vertragspartners gehört. Denn erstens ist eine strengere vertragliche Verantwortlichkeit dem Haftungssystem des ABGB immanent³³⁷⁵. Zweitens erreicht man so eine Konsistenz zum vertraglichen Irrtumsrecht, das bei schuldhafter Irreführung einen Anspruch auf (umfassende) schadenersatzrechtliche Rückabwicklung gewährt³³⁷⁶.

³³⁶⁸ Vgl dazu oben in FN 682.

³³⁶⁹ S zur Verwandtschaft dieser Haftung mit § 11 Abs 1 Z 1 KMG oben in FN 1112.

³³⁷⁰ Selbiges gilt für die deliktische Haftung nach Art 35a EU-RatingVO (vgl. *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 344; unten unter „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“ aE).

³³⁷¹ S oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

³³⁷² So für die Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht und fehlerhafte Ratings *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, *Steuerungsfunktionen* 206; *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 495; für eine umfassende Naturalrestitution bei Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht aber OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (256 f) (*Schuhmacher*); s auch *Schopper*, ÖBA 2014, 501; ebenso für die Prospekthaftung bereits OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (*Diregger*); für Untunlichkeit der Naturalrestitution in Einzelfällen (insb je nach Ausmaß der Verwirklichung des allg Marktrisikos) *Gruber*, ÖBA 2012, 578.

³³⁷³ Vgl *Kersting*, *Dritthaftung* 500, 502, 532.

³³⁷⁴ Vgl auch zur Eindämmung des Risikos betrügerischer Klagen und der *Birnbaum Rule* (Transaktionserfordernis) des US-amerikanischen Rechts *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, *Kapitalmarktinformationshaftung* 111, 113. Den dadurch enttäuschten Erwartungen einzelner Anleger ist entgegenzuhalten, dass im Wirtschaftsprivatrecht das Prinzip „Rechtssicherheit vor Einzelfallgerechtigkeit“ gilt (dazu *U. Torggler*, JBl 2011, 762 ff).

³³⁷⁵ S nur OGH 2 Ob 588/94, 514/95 *ecolex* 1995, 402 (402 f).

³³⁷⁶ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (2012) § 874 Rz 21; vgl auch *Kozioł* in *FS Picker* (2010) 536; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 874 Rz 2 f.

Transaktionsschadenersatz kann daher insb solchen Anlegern gebühren, die Abonnements von der fehlinformierenden Ratingagentur erwerben³³⁷⁷.

Selbiges (keine Einschränkung auf den Preisschadenersatz) gilt mE für den Fall der vorsätzlichen Schädigung durch den Haftpflichtigen³³⁷⁸, was für deliktische Haftungsgrundlagen praktisch bedeutsam ist (s § 1300 Satz 2, § 1295 Abs 2³³⁷⁹, § 874 ABGB, § 122 GmbHG bzw § 255 AktG iVm § 1311 ABGB³³⁸⁰).³³⁸¹ Das lässt sich damit begründen, dass dem ABGB (anders als dem BGB³³⁸²) das Prinzip des abgestuften Schadenersatzes zugrunde liegt, das das Ausmaß des ersatzfähigen Schadens von der Verschuldensform abhängig macht (§§ 1323 f, 1331 ABGB). Dies hat nach wohl (noch) überwiegender Meinung³³⁸³ auch Rückwirkungen auf die Art der Schadensberechnung, die bei leichtem Verschulden objektiv-abstrakt durchgeführt werden muss (§ 1332 ABGB), bei grobem Verschulden aber auch subjektiv-konkret erfolgen kann.³³⁸⁴

§§ 1324, 1331 ABGB würden es freilich nahelegen, auch bei außervertraglichen Kapitalmarktinformationshaftungen erweiterten Schadenersatz (Transaktionsschadenersatz inklusive Ersatz des entgangenen Gewinns) bereits bei grober Fahrlässigkeit zu gewähren. ME sind aber die Wertungen des § 11 Abs 6 KMG, § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB insofern spezieller, als sie die Einschränkung des Schadenersatzes erst bei Vorsatz aufgeben. Bemerkenswert ist dabei, dass § 275 Abs 2 UGB früher auch eine Abstufung im Bereich der Fahrlässigkeit vornahm, was jedoch vom Gesetzgeber beseitigt wurde³³⁸⁵. Die Vorsatz-Grenze verbessert für die Informationsverantwortlichen die Kalkulierbarkeit des Schadenersatzrisikos, weil diese Schwelle (zumindest dann, wenn man sie ernst nimmt³³⁸⁶) doch eine recht deutliche psychologische Hürde darstellt. Dagegen lässt sich bei Sorgfaltsverletzungen minderen Grades, die sich nie gänzlich ausschließen lassen³³⁸⁷, im

³³⁷⁷ S zu dieser Haftung oben bei FN 2728.

³³⁷⁸ So auch für die Haftung gem § 826 BGB *Hopt/Voigt in Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 7, 93, 133; aA *Wagner*, ZGR 2008, 519.

³³⁷⁹ Vgl dazu BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) *Infomatec* und BGH II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) *Infomatec II* sowie BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673) *EM.TV* (zur Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht gem § 826 BGB), wo der BGH bloßen Preisschadenersatz ablehnt und volle Naturalrestitution gewähren möchte.

³³⁸⁰ Vgl dazu BGH II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 (2665 f) *Infomatec I*; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (675) *EM.TV*; II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (710) *Comroad IV*; II ZR 173/05 NZG 2007, 711 (713) *Comroad V*.

³³⁸¹ Sollten dabei Konflikte mit gesetzlichen Unabhängigkeitsbestimmungen oder gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (dazu bereits oben bei FN 3366, 3368) auftreten, ist mE primär keine Naturalrestitution, sondern „kompensatorischer Geldersatz“ (dazu oben bei und in FN 3233; im eingangs erwähnten Beispiel im Ausmaß von € 9.000) zu gewähren. Will man unbedingt an der Naturalrestitutionslösung festhalten, könnte man erwägen, ob man nicht die Übertragung der schadensträchtigen Wertpapiere nicht an den Schädiger, sondern an einen vom Schädiger zu beauftragenden Treuhänder befürworten möchte, der dann die Verwertung der Wertpapiere übernehmen könnte.

³³⁸² S *Wagner*, ZGR 2008, 519.

³³⁸³ *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1293 Rz 8 ff mwN; aA *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1323 Rz 3 f, § 1332 Rz 11 f.

³³⁸⁴ S aber auch OGH 1 Ob 46/11 p JBl 2011, 713 (715), wonach bei Anlegerschäden eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung ausscheidet und der Schaden des Anlegers daher (stets) subjektiv-konkret zu berechnen sei (dagegen *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ [2014] Rz 8).

³³⁸⁵ S dazu ErläutRV GesRAG 2005, 4.

³³⁸⁶ S oben bei FN 2823.

³³⁸⁷ *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktensrecht 463.

Einzelfall *ex-post* trefflich darüber streiten, ob diese oder jene Erscheinungsform der Fahrlässigkeit näher liegt.

ßß. Berechnung des Preisschadens (Kursdifferenzschadens)

1) In kapitalmarktrechtlichen Fallgestaltungen ist der (nach dem vorigen Unterkapitel sehr bedeutsame) Preisschaden nicht leicht zu berechnen, weswegen hier noch einige Fragen offen sind. An dieser Stelle soll versucht werden, einen Beitrag zur Klärung derselben zu leisten.³³⁸⁸ Dabei konzentrieren sich die folgenden Zeilen zunächst auf den „klassischen“ Fall der (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen: den Erwerb durch den Anleger nach einem überoptimistischen Rating des schadenskausalen Finanzprodukts.

Wie erwähnt, kann man diesen Sachverhalt mit dem Aktienwerb nach Veröffentlichung einer unwahren *Ad-hoc*-Mitteilung vergleichen, die den Aktienkurs positiv beeinflusst.³³⁸⁹ In beiden Fällen der Kapitalmarktinformationshaftung hat der Anleger aufgrund einer irreführenden Information, die vor dem Erwerb veröffentlicht wurde, „zu teuer“ gekauft.³³⁹⁰ Im Folgenden soll daher ein in der Literatur zur Verdeutlichung der Differenzschadensberechnung bei Verletzung von Sekundärmarktpublizitätspflichten erläutertes Beispiel³³⁹¹ aufgegriffen und modifiziert wiedergegeben werden:

Die Y-AG emittiert das Finanzprodukt X und beantragt zu diesem Zwecke ein Emissionsrating der Ratingagentur R GmbH. Diese bewertet das Finanzinstrument X mit ihrer Bestnote („AAA“). Bei Emission und nach Veröffentlichung des Ratings, zum Zeitpunkt t_1 , notiert das Finanzinstrument X bei € 10. Der Anleger B erwirbt daraufhin 100 Stück des Finanzprodukts X zum Gesamtpreis von € 1.000. Ein Jahr später (Zeitpunkt t_2) liegt der Kurs des Finanzinstruments X bei € 4. Kurz darauf (Zeitpunkt t_3) stuft die R GmbH das X-Rating auf „AA“ herab, wobei sich herausstellt, dass das ursprünglich vergebene Rating im Zeitpunkt t_1 ungerechtfertigt hoch war und damals maximal ein AA-Rating vertretbar gewesen wäre.³³⁹² Der Kurs des Finanzprodukts X sinkt³³⁹³ nach der veröffentlichten Korrektur

³³⁸⁸ Zu den Beweiserleichterungen, die dem Anleger bei Geltendmachung des Differenzschadenersatzes zugutekommen, s unten unter „Teil 3.I.C. Kausalität des Ratingergebnisses für den Anleger- und Emittentenschaden“.

³³⁸⁹ S oben bei FN 3283.

³³⁹⁰ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 495; Kalss, Anlegerinteressen 330, 334 f.

³³⁹¹ S Wagner, ZGR 2008, 521 ff.

³³⁹² Zur Ermittlung des hypothetisch korrekten Ratings bei einer Bandbreite vertretbarer Ratingeinstufungen s Gass, Schadenersatzansprüche 64 f, der hier vom statistischen Mittelrating ausgehen möchte.

³³⁹³ Zum Zusammenhang zwischen Anleihekurs bzw Aktienkurs einerseits und Rating andererseits s ausf Reidenbach, Ratingagenturen 319 ff; ferner Öllinger, Haftung 73 f, 192, 201; Seibt in Joos/Storm, Diskussionsbericht zu den Referaten von Drinkuth und Seibt, in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 212 f; Vasella, Haftung 47 ff, 371; Korth, Dritthaftung 94 f FN 289, 96; vgl auch Oehler/Voit, ÖBA 1999, 968. Während es naheliegt, dass Anleger bei schlechterem Rating weniger für eine Anleihe zahlen (Reidenbach, Ratingagenturen 319; vgl auch § 9 Abs 1 Z 2 KMG), ist dies bei Aktien zwar möglich, aber nicht zwingend der Fall. So kann eine Rating-Herabstufung theoretisch sogar zu steigenden Aktienkursen führen, und zwar dann, wenn das *downgrade* nicht Folge der verschlechterten Wirtschaftslage des Emittenten ist, sondern aufgrund des Verschiebens des Risikos (*risk shifting*) zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern zulasten der Fremdkapitalgeber erfolgt, wodurch die Eigenkapitalrendite erhöht wird (Reidenbach, Ratingagenturen 321 f; vgl auch Vasella, Haftung 48 mit FN 233).

des Ratings auf € 3. Am Tag des Schlusses der Verhandlung erster Instanz (Stichtag t_4 für die Schadensberechnung³³⁹⁴) notiert das Finanzinstrument X bei € 2.

Bei der Differenzmethode ist nun das tatsächliche (Ist-)Vermögen des Geschädigten (B) mit jenem hypothetischen Vermögen zu vergleichen, das sich ergäbe, hätte die Ratingagentur ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllt (Sollvermögen); die Differenz bildet den ersatzfähigen Schaden.³³⁹⁵ Im Beispielsfall³³⁹⁶ beträgt das hypothetische Vermögen des B –€ 550:

Hätte die Ratingagentur ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllt, dh hätte sie das Finanzprodukt X schon ursprünglich mit „AA“ bewertet, wäre der Kurs im Zeitpunkt t_1 jedenfalls unter € 10 gelegen;³³⁹⁷ wie sich der Kurs genau verhalten hätte, lässt sich nie mit letzter Gewissheit feststellen.³³⁹⁸ Allerdings bietet es sich für die Ermittlung des hypothetischen Kurses an, auf den nach der tatsächlichen Korrektur des Ratings erfolgten prozentualen Rückgang des Kurses (= auf die „Abwärtsbewegung nach Aufdeckung der wahren Sachlage“³³⁹⁹) abzustellen.³⁴⁰⁰ Nach Veröffentlichung des korrigierten Ratings³⁴⁰¹

³³⁹⁴ Vgl dazu OGH 8 Ob 123/05 d ÖBA 2006, 682 (685); 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255 f) (Diregger); P. Bydliński, ÖBA 2008, 160; Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 169 FN 25; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 720; M. Bydliński, JBl 2011, 687.

³³⁹⁵ iZm der Anlageberatungshaftung OGH 4 Ob 62/11 p ÖJZ 2011, 1017 (EvBl 146); Koziol in FS Picker (2010) 525; iZm Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht Schobel/Parzmayr, ÖBA 2010, 170, 174; iZm der Prospekthaftung OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (255) (Diregger); iZm der Abschlussprüfer(dritt-)haftung OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (610); Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 34; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 71; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 70.

³³⁹⁶ Modifiziert man den Beispielsfall aber dahingehend, dass B kurz nach dem Zeitpunkt t_1 das Wertpapier wieder weiterveräußert und dabei einen Gewinn einstreift, kann er nach der Differenzmethode selbstverständlich nichts von der Ratingagentur verlangen (vgl die Fallbeispiele bei Wagner, ZGR 2008, 523 f).

³³⁹⁷ Zur „fraud-on-the-market theory“ s unten unter „Teil 3.I.C. Kausalität des Ratingergebnisses für den Anleger- und Emittentenschaden“.

³³⁹⁸ Die hypothetische Kursentwicklung bleibt notwendigerweise jedenfalls zum Teil spekulativ; will man praktisch verwertbare Ergebnisse erzielen, muss man sich bei der Schadensberechnung im Kapitalmarktrecht von der Maxime der Punktgenauigkeit verabschieden (Wagner, ZGR 2008, 532; vgl auch Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 7, 132; Baums/Fischer, Haftung 24). Eine insofern liberale Handhabung der Schadensberechnung bei Kapitalmarktinformationshaftungen deckt sich immerhin auch mit § 273 ZPO (vgl dazu M. Bydliński, JBl 2011, 692; G. Kodek, ÖBA 2012, 13, 24 mit FN 206; OGH 9 Ob 85/09 d JBl 2010, 713 [715] [P. Bydliński]; vgl für Deutschland Wagner, ZGR 2008, 532; BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 [676] EM.TV), dessen Anwendung nach der Rsp bloß den Nachweis des „ersten Euros“ an Schaden voraussetzt (G. Kodek, ÖBA 2012, 24; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 725; vgl auch Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 323 HGB, Rz 75). Dies dürfte im Rahmen der Haftung für Ratings von Anleihen unproblematisch sein, weil hier bei überhöhtem Rating eindeutig ist, dass der Anleger „zu teuer“ gekauft hat (dazu im Detail unten „Teil 3.I.C. Kausalität des Ratingergebnisses für den Anleger- und Emittentenschaden“). Sonst spricht viel für das Vorliegen eines durch die Fehlinformation verursachten Schadens, wenn der Kurs nach Aufdecken der wahren Sachlage reagiert (Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 134 f).

³³⁹⁹ Dazu Fleischer, BB 2002, 1872 f. Wagner, ZGR 2008, 520 ff, insb 526 f, möchte bei Verletzung der sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten mE zutr einen Mittelwert zwischen Aufwärtsbewegung (nach Veröffentlichung der unwahren Insiderinformation) und Abwärtstrend (nach Veröffentlichung der Richtigstellung) ermitteln, um bei der Schadensberechnung „Euphorie- und Abstrafeffekte“ (dazu ders, ebd 525 f; vgl auch Kalss, Anlegerinteressen 330 FN 574; Wilhelm, ecolex 2011, 499; Skandalschaden), also irrationales Marktverhalten, angemessen zu berücksichtigen. In dem hier skizzierten Beispiel gibt es allerdings keine feststellbare Aufwärtsbewegung, weil es sich in dem Fall nicht um die Verletzung einer sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflicht handelt, sondern um ein Rating, das mit der Erstemission, also am Primärmarkt veröffentlicht wird. Um Wagners Lösung auf den Beispielsfall anzuwenden, müsste man den Sachverhalt abändern und das Rating einer Ad-hoc-Mitteilung annähern. Der Sachverhalt sähe dann wie folgt aus: Das Finanzprodukt X notiert im Zeitpunkt t_1 zu einem Kurs von € 5. Die Ratingagentur gibt erst nach der Emission, im Zeitpunkt t_2 , ihr Rating ab (vergleichbar mit einer falschen, aber für den Kurs der Aktie günstigen Ad-hoc-Mitteilung), worauf der Kurs auf € 10 hinaufschnellt. Der Anleger B erwirbt daraufhin 100 Stück des Finanzinstruments X zum Gesamtpreis von € 1.000. Ein Jahr später (Zeitpunkt t_3) liegt der Kurs des Finanzprodukts X bei € 4. Kurz darauf (Zeitpunkt t_4) stuft die Ratingagentur das Rating auf „AA“ herab, wobei sich herausstellt, dass das ursprünglich vergebene Rating im Zeitpunkt t_1 ungerechtfertigt hoch war. Der Kurs des Finanzprodukts X sinkt nach der veröffentlichten Korrektur des Ratings auf € 3. Am Tag des Schlusses der Verhandlung erster Instanz (Stichtag t_5 für die Schadensberechnung) notiert das Finanzprodukt bei € 2. Wagners mE hier (wie im Falle der Verletzung von sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten) zutr Lösung würde einerseits den Aufwärtstrend zum Zeitpunkt t_2 berücksichtigen

sank der Preis des X-Finanzinstruments von € 4 auf € 3 herab, die relative Stärke der Kursdifferenz³⁴⁰² beträgt also 25%. Sofern keine tatsächlichen Tatumstände dagegen sprechen,³⁴⁰³ lässt sich daraus im Rahmen des § 273 ZPO die Annahme ableiten, dass der hypothetische Kurs im Zeitpunkt der Emission (t_1) bei pflichtgemäßem Verhalten im Vergleich zum tatsächlichen Ausgabekurs ebenso um 25% geringer gewesen wäre. B hätte also nicht € 10, sondern € 7,50 für die einzelnen Stücke des Finanzprodukts bezahlt (insgesamt also bloß € 750 ausgegeben). Zum Zeitpunkt t_4 hätte B über ein Vermögen von € 200 verfügt, dh, er hätte einen Verlust im Ausmaß von € 550 erlitten.

Das Istvermögen beträgt dagegen –€ 800 (Wert der Papiere zum Zeitpunkt t_4 [€ 200] minus Kaufpreis [€ 1000]). Der Preisschadensbetrag beläuft sich also auf –€ 250 (–€ 800 – –€ 550).³⁴⁰⁴ Als Formel für die Preisschadensberechnung kann somit Folgendes festgelegt werden: Zur Ermittlung des Preisschadens (Kursdifferenzschadens) ist der gezahlte Kaufpreis vom hypothetischen Preis, wie er sich bei korrekter Pflichterfüllung der Ratingagentur ergeben hätte, abzuziehen und das Ergebnis mit der Anzahl der erworbenen Finanzprodukte zu multiplizieren ($[(€ 7,50 - € 10) \times 100 = € -250]$).³⁴⁰⁵

Die hier anhand dieses Beispiels vertretene Schadensbestimmung und -berechnung³⁴⁰⁶ zeigt, dass man damit dem bereits oben problematisierten Phänomen vorbeugt, dem es im

(relative Kurssteigerung von 50%), andererseits aber auch den Abwärtstrend zum Zeitpunkt t_4 (relativer Kursverfall von 25%), dh der Anleger bekäme den Mittelwert von 37,5% seiner Investition ersetzt (in absoluten Zahlen: € 375; vgl dazu noch unten bei und in FN 3404, 3406 sowie bei FN 3411).

³⁴⁰⁰ Vgl Korth, Dritthaftung 175 f; vgl zur Berücksichtigung des Abwärtstrends BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (676) EM.TV; Zimmer, WM 2004, 18; zur Berücksichtigung des prozentuellen Kursrückgangs (und nicht etwa der absoluten Marge des Kursverfalls) s Maier-Reimer/Webering, WM 2002, 1861 f; C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 200; Wagner, ZGR 2008, 525, 527; vgl auch Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformatihaftung 92, 132, 135; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) BörsG Einl (14) Rz 17; ferner Schuler, Verantwortlichkeit 275 FN 1595. Auf ähnl Weise hatten § 37a Abs 4 WpHG, § 44a Abs 1 dBörsenG, jeweils idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043, eine widerlegbare Schadensvermutung vorgesehen. Diese bezog sich auf die Differenz zwischen dem gewichteten durchschnittlichen inländischen Börsenkurs am Börsentag vor und während der ersten 30 Tage nach Bekanntwerden der Unrichtigkeit der Information, s dazu Begr Entw KapInHaG NZG 2004, 1048, 1051: „Auf Grund dieser Schadenspauschalierung entfällt das unter Beweisgesichtspunkten schwierig zu erfüllende Erfordernis, den hypothetischen Kursverlauf des Finanzinstruments ohne die Berücksichtigung der falschen oder unterbliebenen Information zu ermitteln.“ Krit zur Berücksichtigung der Kursreaktionen nach einer Korrekturmeldung aber Klöhn, ZHR 178 (2014) 708 f. Entgegen der hier vertretenen Ansicht zweifelt Vasella, Haftung 371 f, an der Praktikabilität des Abstellens auf die Kursreaktion iZm fehlerhaften Ratings (s aber oben bei FN 27).

³⁴⁰¹ Den Zeitpunkt t_3 festzustellen, bereitet dann keine Schwierigkeiten, wenn (wie im Beispielsfall) eine veröffentlichte Korrektur des Ratings erfolgt und sich somit der Zeitpunkt, an dem der Markt die wahre Sachlage erkannt hat, relativ eindeutig feststellen lässt. Probleme bei Feststellung des Zeitpunkts t_3 bereiten diejenigen Fälle, in denen die Ratingagentur die Anpassung des Ratings unterlässt und sich die Information über die wahre Bonitätslage des Schuldners/der Emission „gewissermaßen von selbst ihren Weg in den Markt bahnt“ (vgl zur Insiderinformation C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 200; Baums/Fischer, Haftung 24); hier kann ein Sachverständigengutachten zur Feststellung des Zeitpunkts t_3 helfen (zur Zuhilfenahme betriebswirtschaftlicher Datenbanken durch den Gutachter vgl C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 200), wobei wieder auf die Möglichkeit der flexiblen Handhabung der Schadensberechnung im Rahmen des § 273 ZPO hinzuweisen ist (idS für Deutschland Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048). Zur Ermittlung des hypothetischen Erwerbspreises in einem Fall ohne Ratingkorrektur könnte man sich an den Preisen vergleichbarer Finanzinstrumente (selber Emissionszeitpunkt, selber Zinssatz, selbes Rating wie jenes, das dem tatsächlich erworbenen Finanzprodukt richtigerweise hätte erteilt werden müssen) orientieren (Korth, Dritthaftung 175).

³⁴⁰² Zu deren Maßgeblichkeit vgl Wagner, ZGR 2008, 526.

³⁴⁰³ Steht fest bzw lässt sich nachweisen, dass sich der Kurs aufgrund externer Umstände anders verhalten hätte, ist dies bei der Schadensberechnung selbstverständlich zu berücksichtigen. Denn es geht um die Ermittlung des um die Fehlinformation „bereinigten“ (und insofern hypothetischen) Erwerbspreises (C. Schäfer/Weber/Wolf, ZIP 2008, 198; Wagner, ZGR 2008, 525).

³⁴⁰⁴ Anders gewendet erhält B € 2,5 pro Finanzprodukt ersetzt, dh 25% seiner Investition.

³⁴⁰⁵ Vgl Wagner, ZGR 2008, 522; BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 (2669) Infomatec; II ZR 402/02 NZG 2004, 907 (908) Infomatec II; II ZR 287/02 NZG 2005, 672 (673, 675 f) EM.TV; zur BGH-Rsp s bereits oben in FN 3273.

³⁴⁰⁶ Man kann diese selbstverständlich auch auf jenen Fall anwenden, in dem das Rating erst nachträglich unzutreffend wurde, weil es die Ratingagentur nicht rechtzeitig angepasst hat. Auch hier bietet es sich an, zur Ermittlung des hypothetischen Erwerbspreises auf die

Zusammenhang mit der Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Einhalt zu gewähren gilt: Die Spekulation des Anlegers auf dem Rücken des Schädigers.³⁴⁰⁷ Denn im Rahmen der Ermittlung des hypothetischen Vermögensstands wird dabei der Umstand berücksichtigt, dass der Anleger selbst bei pflichtgemäßem „Publizitätsverhalten“ der Ratingagentur Verluste erlitten hätte, die auf allgemeine Marktschwankungen zurückzuführen sind. Dadurch verringert sich das Sollvermögen, die Differenz zum Istvermögen und damit der ersatzfähige Schaden.

2) Der Vollständigkeit halber soll diese Methode der Schadensberechnung auch für den Fall der Anlegerschädigung durch ein zu pessimistisches Rating anhand eines weiteren Beispiels verdeutlicht werden:

Die Y-AG emittiert das Finanzprodukt X und beantragt zu diesem Zwecke ein Emissionsrating der Ratingagentur R GmbH. Diese bewertet das Finanzinstrument X mit ihrer Bestnote („AAA“). Bei Emission und nach Veröffentlichung des Ratings, zum Zeitpunkt t_1 , notiert das Finanzprodukt X bei € 10. Der Anleger B erwirbt daraufhin 100 Stück des Finanzinstruments X zum Gesamtpreis von € 1.000. Ein Jahr später (Zeitpunkt t_2) liegt der Kurs des Finanzprodukts X bei € 4. Kurz darauf (Zeitpunkt t_3) stuft die R GmbH das Rating (auf „AA“) herab, was den Kurs des Finanzinstruments X auf € 2 sinken lässt. Sogleich darauf stößt B seinen Bestand an X-Finanzprodukten ab (Erlös = € 200). Nach Bs Verkauf (Zeitpunkt t_4) „berichtigt“ die R GmbH die vorgenommene Aktualisierung und erhöht das Rating des Finanzinstruments X wieder auf „AAA“, was dessen Kurs auf € 8 steigen lässt („Euphorieeffekt“³⁴⁰⁸). Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz (t_5) notiert das Finanzinstrument bei € 6.

In diesem Fall hat der Anleger zu billig verkauft. Zur Ermittlung des hypothetischen Veräußerungspreises bietet es sich wieder an, auf die Kursveränderung nach Berichtigung des negativen Ratings (die im Zeitpunkt t_4 erfolgte) zurückzugreifen,³⁴⁰⁹ das Rating hat in diesem Fall zu einer 75%-igen Bewegung³⁴¹⁰ des Kurses des Finanzinstruments X geführt (€ 2/€ 8). Andererseits führte die Herabstufung der Bonität des Finanzinstruments X (zum Zeitpunkt t_3) zu einer 50%-igen Kursveränderung (€ 2/€ 4).

Hier bietet sich mE die von Wagner³⁴¹¹ vorgeschlagene Mittellösung bei der Schadensberechnung an: Der Mittelwert zwischen Herab- und Heraufstufungseffekt beträgt 62,5%, dh der Anleger könnte von der Ratingagentur 62,5% des Werts des

relative Stärke des Kursverfalls abzustellen, der durch die Berichtigung des Ratings ausgelöst wurde (zB relativer Kursverfall von 25% nach Berichtigung des Ratings → Ersatz von 25% der Investition; vgl sogleich in FN 3410).

³⁴⁰⁷ S dazu bereits oben bei FN 3317; weiters M. Bydlinski, JBl 2011, 683; G. Kodek, ÖBA 2012, 15.

³⁴⁰⁸ Dazu oben in FN 3399.

³⁴⁰⁹ Vgl Baums/Fischer, Haftung 24.

³⁴¹⁰ Es kommt auch hierbei auf die relative Stärke der Kursdifferenz an (vgl Wagner, ZGR 2008, 526).

³⁴¹¹ Dazu oben in FN 3399.

Finanzinstruments vor Veröffentlichung der Fehlinformation (= 62,5% von € 400 = € 250), und zwar zusätzlich zu den € 200 Verkaufserlös, als (Preis-)Schadenersatz verlangen.

b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung

aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung

1) Oben (S 173 ff) wurde für bestimmte Fälle³⁴¹² die Dritthaftung von Ratingagenturen dem Grunde nach bejaht. Man könnte an dieser Stelle mit der Untersuchung der Dritthaftung aufhören, thematisch fortschreiten und sich etwa der ratingspezifischen Verantwortlichkeit gegenüber dem Emittenten zuwenden. Das hat man in der einschlägigen Literatur auch im Wesentlichen so gemacht. Kaum wurde die Frage, ob die Dritthaftung der Ratingagenturen im Rahmen des nationalen Rechts dem Umfang oder dem Verschulden nach schon *ex lege* begrenzt ist, *de lege lata* genauer untersucht.³⁴¹³ Soweit ersichtlich, wurde sie nur vereinzelt in Deutschland, und zwar von *Seibt* und *Hellgardt* bejaht, die beide für eine Beschränkung der von ihnen befürworteten Dritthaftung auf grobes Verschulden eintreten³⁴¹⁴. ME bedarf diese Frage aus den

³⁴¹² Näher oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

³⁴¹³ Vgl aber etwa *Peters*, Haftung 130 ff und *Meyer*, Rechtsfragen 91 sowie *Korth*, Dritthaftung 161 ff, die eine auf grobes Verschulden begrenzte Haftung untersuchen, diese aber letztlich ablehnen.

³⁴¹⁴ S *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206 f; *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 312 f, 444, 460 ff. Diese Stellungnahmen dürfen allerdings für die hier vorgenommene Untersuchung nicht überbewertet werden. Denn beide Autoren lehnen die Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Kapitalmarkt an die Haftung des Emittenten gegenüber den Anlegern an. Besonders deutlich tut dies *Seibt* (in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206 f). Er befürwortet in Analogie zur Prospekthaftung gem § 44 dBörsenG aF (jetzt: § 21 WpPG) und zur Haftung für die Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht gem §§ 37b, 37c WpHG eine entsprechende Verantwortlichkeit von Ratingagenturen (aber wohl nur für umfassende Ratingberichte im Rahmen von *solicited* Ratings [s *dens* in *Joos/Storm*, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Drinkuth* und *Seibt*, ebd 212]). *Hellgardt* (Kapitalmarktdeliktsrecht 312 f, 444) wählt eine differenziertere Betrachtungsweise und bejaht eine Dritthaftung von Ratingagenturen ausschließlich für *solicited* Ratings nur unter der Voraussetzung, dass ihre Ratings „funktionell“ den Veröffentlichungen des Emittenten zugerechnet werden könnten. Dies sei nur bei parteiischem Vorgehen der Ratingagentur der Fall, namentlich bei Erbringung von „Auxiliary Services“ gegenüber dem Emittenten. Im Rahmen dieses rechtsmethodischen Zugangs *Seibts* und *Hellgardts* erscheint es nur konsequent, wenn die Dritthaftung der Ratingagentur wie die des Emittenten gem § 21 WpPG (§ 44 dBörsenG aF), §§ 37b, 37c WpHG auf grobes Verschulden beschränkt wird (s *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206 f; *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 460 ff, insb 461). Dagegen würdigt die hier vertretene Ansicht, dass sich die Stellung eines Marktintermediärs nicht ohne weiteres mit der des Emittenten vergleichen lässt, der maßgeblich den wirtschaftlichen Erfolg der Emission trägt und der häufig selbst Objekt oder Betroffener der haftungsauslösenden Information ist (vgl zu diesem Aspekt unten bei und in FN 3852). Es ist mE daher bedenklich, die gesetzlichen Wertungen betreffend die Haftung des Emittenten pauschal auf die der Ratingagenturen zu übertragen. Aber auch das Abstellen auf die Abhängigkeit der Ratingagentur im Einzelfall iS *Hellgardts*, um eine („Emittenten-“)Haftung der Ratingagentur zu begründen, ist mE abzulehnen, weil eine derartige Auffassung zu großen Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheit führt. Das zeigt schon die aktuelle Diskussion um das Beratungsverbot der EU-RatingVO, die um die Frage kreist, wann im Einzelfall eine unzulässige Beratung iSd EU-RatingVO oder noch eine zulässige „interaktive“ Bewertung durch die Ratingagentur vorliegt (s dazu unten bei FN 5031). Leitet man aus diesen Gründen – anders als *Seibt* und *Hellgardt* – die Haftung der Ratingagentur nicht aus den Bestimmungen über die Emittentenhaftung (sondern eher aus der neutralen Stellung der Ratingagentur als Vertrauensintermediär [vgl oben bei FN 2500]) ab, fällt es schwerer, etwaige Haftungseinschränkungen der Emittentenhaftung für die Dritthaftung für Ratings zu übernehmen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Haftung des Emittenten gem § 11 Abs 1 Z 1 KMG (Prospekthaftung; vgl dazu oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“), §§ 48a, 48d BörseG iVm § 1311 ABGB (Haftung für die Verletzung der sekundärmarktrechtlichen Publizitätspflichten; vgl dazu oben bei FN 1109) anders als in Deutschland nicht auf grobes Verschulden beschränkt ist.

nachstehenden Erwägungen jedoch eingehender Auseinandersetzung, unabhängig davon, welche Dritthaftungstheorie³⁴¹⁵ man vertritt.

Ausgangspunkt hierfür ist der von den Gegnern der Dritthaftung von Ratingagenturen herangezogene³⁴¹⁶ Grund, der seit jeher den bloß eingeschränkten Schadenersatz für reine Vermögensschäden infolge fahrlässig unrichtiger Auskünfte gerechtfertigt hat: die Gefahr der „ausufernden“ Ersatzpflicht des Auskunftserteilenden³⁴¹⁷.³⁴¹⁸ Eine umfassende Haftung für Vermögensschäden könnte nicht nur in eine tatsächliche Existenzgefährdung des Haftenden münden, sie hätte darüber hinaus den unangenehmen Nebeneffekt, sich als bedrohliches „Damoklesschwert“³⁴¹⁹ „lähmend“ auf die Geschäftstätigkeit des Auskunftserteilenden (etwa der Ratingagentur) auszuwirken³⁴²⁰.

Beides kann vom Gesetzgeber auch im hier interessierenden Zusammenhang nicht gewollt sein; ebenso von *R. v. Jhering* nicht, wenn er in gewohnter Manier bildlich formuliert, eine weitreichende Fahrlässigkeitshaftung könnte „zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick.“³⁴²¹ Dass es notwendig ist, die Handlungsfreiheit³⁴²² des Schädigers zu wahren, betont auch schon *v. Zeiller* in seiner Kommentierung zum Schadenersatzrecht³⁴²³:

Die „äußerste Strenge“ einer Haftung könne „der Gesetzgeber im Staate, wo ein stätes geselliges Wechselwirken, und ein allgemeiner, die Industrie belebender, Verkehr Statt finden soll, nicht sanctioniren. Jedermann müßte in stäter Sorge schweben, daß er ja nicht [...] dem Eigenthume³⁴²⁴] des andern zu nahe komme, um nicht eines unvorsichtigen Schrittes wegen zur Verantwortung gezogen zu werden.“³⁴²⁵

³⁴¹⁵ Ein Überblick zu den anderweitig vertretenen Theorien findet sich unter „Teil 1.I.C.3.b.aa. Befürworter der Dritthaftung: die verschiedenen Haftungstheorien“.

³⁴¹⁶ S oben bei FN 539.

³⁴¹⁷ S nur OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529); 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607); *U. Torggler*, AnwBl 2003, 618 f; *Scheucher*, ÖJZ 1961, 229; *Koziol*, JBl 1994, 212; *Kalss*, ÖBA 2000, 648; *Karner*, ÖBA 2001, 896; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 59; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 31; *Canaris* in FS Larenz II (1983) 37 f, 95; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 13 f; *Öllinger*, Haftung 209; *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 80; *Eisen*, Haftung 344; *Korth*, Dritthaftung 78; *Schuler*, Verantwortlichkeit 240; vgl die allg Erwägungen für die Einschränkung der Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden: *Koziol*, JBl 2004, 274; vgl ferner *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 7; *Lorenz* in FS Larenz (1973) 617; vgl auch schon die Bedenken bei *Strohal* in *Paff/Randa/Strohal*, Drei Gutachten 160.

³⁴¹⁸ Ähnl *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206.

³⁴¹⁹ *Welser*, *ecolex* 1992, 305; *Eisen*, Haftung 357; vgl auch *Schäfer*, AcP 202 (2002) 809, 838: „Haftungskeule“.

³⁴²⁰ *Kalss*, ÖBA 2000, 648; vgl schon Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23; ferner *Wilhelmer*, RdW 2007, 457. S dazu bereits die rechtspolitischen Erwägungen oben unter „Teil 1.I.A. Einleitung“, insb bei FN 449.

³⁴²¹ *R. v. Jhering*, JherJB IV (1861) 12 f; ähnl *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 471 f.

³⁴²² Zur Abwägung zwischen Handlungsfreiheit und Güterschutz als Anliegen des Schadenersatzrechts, s *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 20; *dens*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/43; *dens*, JBl 1994, 212 f; *dens*, JBl 2004, 274; *Welser*, Vertretung 75, 78; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 48; *Kalss*, ÖBA 2000, 648; s auch schon oben nach FN 2618.

³⁴²³ *V. Zeiller*, ABGB (1813) § 1295 Anm 5 (in concreto im Rahmen der Ablehnung der *culpa levissima* als Schadenersatz begründendes Verschulden).

³⁴²⁴ Zum weiten Eigentumsbegriff, der auch das Vermögen umfasst, vgl § 353 ABGB.

³⁴²⁵ *V. Zeiller*, ABGB (1813) § 1295 Anm 5; sehr ähnl *Scheidlein*, Privatrecht I (1814) 624.

2) Diese historisch geäußerten Befürchtungen müssten sich angesichts einer unbegrenzten Ersatzpflicht gegenüber einer Vielzahl von Personen, etwa *sämtlichen* Anlegern³⁴²⁶ (vgl § 11 Abs 1 KMG) und der damit einhergehenden Schadensmultiplikation³⁴²⁷ noch verstärken.³⁴²⁸ So ähnlich hat das wohl auch der viel zitierte Richter *Cardozo* gesehen, als er die Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber einem vertraglich nicht mit diesem verbundenen, kreditierenden *Factor* in der berühmten Entscheidung *Ultramares Corp. v. Touche*³⁴²⁹ mit Worten abgelehnt hat, die an *R. v. Jherings* Sprache erinnern:³⁴³⁰

„We are now asked to say that [...] liability attaches to the circulation of a thought or a release of the explosive power resident in words. [...] If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. The hazards of a business conducted on these terms are so extreme as to enkindle doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences.“³⁴³¹

Cardozos Worte sollten insb jenen zu denken geben, die eine Dritthaftung der Ratingagenturen für sämtliche ihrer Ratings bejahen möchten, insb auch für Emittentenratings.³⁴³² Denn diese sind als allgemeine „Prüfungsurteile“ über den Emittenten mit dem Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers vergleichbar³⁴³³, sodass das Dritthaftungsrisiko von Ratingagenturen dieser Ansicht zufolge wahrlich indeterminiert wäre.³⁴³⁴

Die Bedenken gegen eine Fahrlässigkeitshaftung der Ratingagentur gegenüber Dritten verlieren mE aber auch dann nicht entscheidend an Gewicht, wenn man – wie es auch hier vorgeschlagen wurde³⁴³⁵ – eine Dritthaftung grundsätzlich nur für beantragte Emissionsratings annimmt und damit bereits eine gewisse Haftungseinschränkung verwirklicht (grundsätzlich keine Dritthaftung für *unsolicited* Ratings allgemein und für

³⁴²⁶ Zur Haftung der Ratingagenturen gegenüber einem weiten Personenkreis vgl *Graf*, JBl 2012, 218; *First Equity Corp. of Florida v. Standard & Poor's Corp.*, 869 F.2d 175, 180 (2nd Cir. 1989); vgl auch OGH 7 Ob 592/90 GesRZ 1992, 54 (55): „anonyme Vielzahl von Interessenten“ infolge öffentlicher Werbung.

³⁴²⁷ *Lorenz* in FS *Larenz* (1973) 614; *Kalss*, ÖBA 2000, 648.

³⁴²⁸ Vgl *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 966; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 208; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 482; s auch die von *Kalss*, Anlegerinteressen 229, erhobene Forderung: „De lege ferenda muß für Schädigungen aus Prospekt- ebenso wie aus sonstigen Informationsverletzungen ein Mechanismus gefunden werden, um die Atomisierung der Ansprüche nicht zu sehr zu Lasten der Anleger ausschlagen zu lassen, umgekehrt die Anspruchsverpflichteten nicht wirtschaftlich unzumutbaren Belastungen auszusetzen [!], unabhängig davon, gegen wen sich der Anspruch tatsächlich richtet“.

³⁴²⁹ S zu dieser Entscheidung etwa *Hirte*, Berufshaftung 294; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 482; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 4 FN 19, Rz 167.

³⁴³⁰ *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 482 FN 59.

³⁴³¹ *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170, 179 f (Court of Appeals of New York 1931); vgl dazu auch *U. Torggler*, wbl 2001, 549 FN 54.

³⁴³² Wohl aus diesem Grund lehnt *Habersack*, ZHR 169 (2005) 207 f, die Dritthaftung der Ratingagenturen denn auch ab.

³⁴³³ S bereits oben bei FN 2771.

³⁴³⁴ Vgl oben in FN 3426.

³⁴³⁵ Zur Begründung s „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.y. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrollen, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

solicited Emittentenratings).³⁴³⁶ Dadurch hat man zwar das Problem der „*indeterminate class*“ gelöst, weil der durch die Haftung geschützte Personenkreis durch das Emissionsprojekt eindeutig abgegrenzt ist (Anleger, die Finanzinstrumente der Emission erwerben³⁴³⁷). Bedenklich bleibt aber der Haftungsumfang.³⁴³⁸ Dieser mag zwar nicht im wahrsten Sinne des Wortes „unbegrenzt“ („*indeterminate amount*“) sein, wenn man die maximale Schadenersatzpflicht der Ratingagenturen auf den gesamten Emissionswert (zB Anleihe summe zuzüglich der insgesamt versprochenen Zinszahlungen) beschränkt³⁴³⁹ wissen möchte.³⁴⁴⁰ Von einer solchen „Haftungsschranke“ haben die Ratingagenturen jedoch herzlich wenig, wenn der Wert der Emission die Milliarden Grenze sprengt³⁴⁴¹.³⁴⁴² Hier besteht aus wirtschaftlicher Sicht kein bedeutender Unterschied zu einer Verantwortlichkeit für Emittentenratings mit einem „potenziell“ unbeschränkten Schadenersatzrisiko.³⁴⁴³

Wie insb im Zusammenhang mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter immer wieder zu Recht betont wird, soll das Dritthaftungsrisiko eben nicht nur überschaubar, es soll auch versicherbar sein.³⁴⁴⁴ Letzteres ist mE bei einer bloßen Beschränkung auf den Emissionswert nicht gegeben.³⁴⁴⁵ Zu Recht fragt *Hennrichs*: „Soll eine Ratingagentur wirklich gegenüber der anonymen Masse der Anleger, die auf ihr Rating vertraut, schon für leichte Fahrlässigkeit [...] und der Summe nach unbegrenzt [...]“³⁴⁴⁶ haftbar sein?“³⁴⁴⁷ Wie hoch wird wohl eine periodische Versicherungsprämie zu bemessen sein, wenn die Ratingagentur im Jahr zahlreiche³⁴⁴⁸ Emissionsratings abgibt und für *jedes* von ihnen eine Haftung zu versichern ist, die selbst bei leichter Fahrlässigkeit in den Millionen- oder gar

³⁴³⁶ S auch die Überlegung bei *Peters*, Haftung 114; vgl oben bei FN 2801; aA jedoch *Korth*, Dritthaftung 195, der eine Dritthaftung nur für beantragte ursprüngliche Emissionsratings bejaht, was mE aber nicht entscheidend zur Lösung des hier interessierenden Problems beiträgt.

³⁴³⁷ S oben bei FN 2764 (dort in der Folge [bei FN 2783] auch zur Frage, ob Sekundärerwerber geschützt sind).

³⁴³⁸ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890; *Eisen*, Haftung 357; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 482.

³⁴³⁹ Rechtsdogmatisch ließe sich das mit einer Analogie zu § 11 Abs 6 KMG (dazu oben in FN 388, 623) verwirklichen, der passend bezweckt, eine ausufernde Ersatzpflicht zulasten des Schädigers zu vermeiden (vgl dazu oben bei FN 616, 733).

³⁴⁴⁰ *Peters*, Haftung 114, der auch nur Ersterwerber der Anleihen in den Schutzbereich einbeziehen möchte; *Meyer*, Rechtsfragen 99; *Karner*, ÖBA 2010, 587, 594 f; *Vasella*, Haftung 333; vgl auch BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035 (3038); ferner *Öllinger*, Haftung 210.

³⁴⁴¹ Vgl *Mühl*, Haftung, Rz 77; Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048 (iZm der Kapitalmarktinformationshaftung): „potenziell exorbitanten Schadenshöhe“.

³⁴⁴² Ähnl wie hier *Eisen*, Haftung 350; vgl unten bei FN 4518.

³⁴⁴³ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46).

³⁴⁴⁴ OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (46) (*Oppitz*); 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607); BGH IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484 (486); III ZR 277/08 DStRE 2010, 193 (195); *Karner* in FS Koziol (2010) 716; *Hopt*, AcP 183 (1983) 683; *Peters*, Haftung 111; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2291; vgl auch BGH VI ZR 212/66 BGHZ 51, 91 (96); VI ZR 120/67 NJW 1968, 1929 (1931); *Lorenz* in FS Lorenz (1973) 617; *Honsell*, JZ 1985, 953; *Kalss*, ÖBA 2000, 659; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 716; *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 487; ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38.

³⁴⁴⁵ So auch *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890; *Schuler*, Verantwortlichkeit 248; wohl auch *Eisen*, Haftung 357.

³⁴⁴⁶ Vgl § 1294, § 1295 Abs 1, § 1323 ABGB.

³⁴⁴⁷ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890.

³⁴⁴⁸ Den Feststellungen im Fall KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433) zufolge gab die dortige Antragsgegnerin, eine der führenden deutschen Ratingagenturen, 1.650 Ratings (!) im Jahr ab.

Milliardenbereich reichen kann³⁴⁴⁹? Ob eine Versicherung für ein derartig exponiertes Schadenersatzrisiko (erhöhte Schadensfrequenz und hohes Schadenspotenzial)³⁴⁵⁰ wirtschaftlich erschwinglich wäre, ist mE zu bezweifeln.³⁴⁵¹

Ohne (weitere) Haftungsbeschränkung erscheint mE jene Situation umso bedenklicher, in der die Ratingagentur insb aus Kostengründen keine Versicherung abgeschlossen hat. *Ein* (vielleicht gar nicht so eindeutiger) leicht fahrlässiger Pflichtverstoß eines Analysten³⁴⁵², der unter den Anlegern „die Runde“ macht, insb weil ein Anleger erfolgreich die Ratingagentur verklagt, könnte dazu führen, dass diese „zusperren“ muss, weil ihre Schadenersatzpflichten zu ihrer Zahlungsunfähigkeit führen.

Ein Recht des entscheidenden Richters, die individuellen Einzelfallumstände beim Zuspruch des Schadenersatzbetrags zu berücksichtigen (vgl Art 43 I OR³⁴⁵³), ist in Österreich grundsätzlich nicht vorgesehen, gebührt doch nach der Grundregel der § 1295 Abs 1, §§ 1323 f, 1331 f ABGB voller Ersatz des gesamten Schadens (vgl aber § 1304 ABGB). Freilich bestünde auch hierzulande theoretisch die Möglichkeit einer *vertraglichen* Haftungsbeschränkungsvereinbarung zwischen Ratingagentur und Anleger (vgl dazu noch unten S 579 ff).

Indes wird eine vertragliche Abrede mit diesem oft gerade nicht vorliegen, weil die Ratingagentur in aller Regel nur mit dem Emittenten eine Vertragsbeziehung unterhält³⁴⁵⁴. Auch wäre eine Übertragung der im Ratingvertrag vereinbarten Haftungsschranken auf gesetzliche Dritthaftungen (zB gem § 1300 Satz 1 ABGB) unzulässig.³⁴⁵⁵ Nach dem BGH³⁴⁵⁶ und Teilen der österreichischen Lehre³⁴⁵⁷ soll dies dem Haftenden sogar im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verwehrt sein, sofern der Vertragsgläubiger und der Dritte – wie Emittent und Anleger – gegenläufige Interessen verfolgen.

Selbst wenn man einseitige Haftungsbeschränkungserklärungen der Ratingagentur im Rahmen des rechtlich Zulässigen gegenüber vertrauenden Anlegern wirken lassen

³⁴⁴⁹ Haar, DB 2013, 2496.

³⁴⁵⁰ Wilhelmer, RdW 2007, 457 FN 26.

³⁴⁵¹ So auch Eisen, Haftung 350; vgl auch die Überlegung bei Peters, Haftung 114; vgl zur Abschlussprüferhaftung *London Economics*, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258: „The current level of commercial insurance is such that it would cover less than 5% of some of the large claims some firms face nowadays in some EU Member States“; vgl allg Hübner, NJW 1989, 11.

³⁴⁵² Zu § 1313a ABGB vgl oben bei FN 3104.

³⁴⁵³ „Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat“; dazu etwa Koziol in Spier, Limits 34.

³⁴⁵⁴ S oben bei FN 56.

³⁴⁵⁵ S oben bei FN 1873.

³⁴⁵⁶ BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392 (393 f) (dort allg in Bezug auf § 334 BGB).

³⁴⁵⁷ Karner in FS Koziol (2010) 709.

wollte³⁴⁵⁸, stünde einer faktischen Haftungsabmilderung letztlich doch wieder die hM zur Klauselkontrolle entgegen: Diese erachtet bei Verletzung von „Kardinalpflichten“ der Ratingagentur, wie der Pflicht zur sorgfältigen Bonitätsbewertung, einen Haftungsausschluss selbst für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam^{3459, 3460}, weil anderenfalls die Erfüllung des Vertrags- bzw Informationszwecks in Gefahr sei.³⁴⁶¹ Jedenfalls stört aber die Rechtsunsicherheit, die mit privatautonomen Haftungseingrenzungserklärungen einhergeht. Sie erscheint für den Bereich des Kapitalmarktrechts sogar als systemwidrig (§ 11 Abs 4, § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 4 UGB).

3) Ein weiterer Punkt, der mit dem Tätigkeitsbereich der Ratingagenturen zusammenhängt, spricht gegen eine radikale Dritthaftung derselben. Zwar kann der schadenersatzrechtliche (Dritt-)Schutz von Anlegern, die Risikokapital bereitstellen, keinesfalls *per se* geleugnet werden (vgl § 11, § 14 Z 6 KMG).³⁴⁶² Aber es erscheint doch, als wäre eine Durchbrechung der von den „Rechtsforschungen der Vernunft und der Rechtsgleichheit der Geschäfts-Interessenten“³⁴⁶³ vorgegebenen Risikoverteilungsregel des § 1311 ABGB³⁴⁶⁴ trotz Fremdverschuldens nicht bedingungslos gerechtfertigt, wenn eine risikoinhärente Transaktion, wie der Kauf von Wertpapieren³⁴⁶⁵, die Schadensquelle darstellt.³⁴⁶⁶

Mit der oben befürworteten Schadensbestimmung und -berechnung³⁴⁶⁷ sowie dem (vielleicht aber zahnlosen) Mitverschuldenseinwand³⁴⁶⁸ kann man freilich einer ungewollten Überwälzung des Spekulationsrisikos³⁴⁶⁹ auf Ratingagenturen durch insofern

³⁴⁵⁸ Vgl oben bei FN 2549 mwN.

³⁴⁵⁹ Vgl dazu das ausdr Verbot eines Haftungsausschlusses in Frankreich: Loi no 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière Art. L. 544-6: „*Les clauses qui visent à exclure la responsabilité des agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 sont interdites et réputées non écrites*“; s dazu etwa Haar, Civil Liability 3.

³⁴⁶⁰ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 667; Berger/Stemper, WM 2010, 2294; Wagner in FS Blaurock (2013) 486 f; weitere Nw unten unter „Teil 3.II.A.2.a. Deutschland“.

³⁴⁶¹ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 713.

³⁴⁶² Vgl Stellungnahme der Bundesregierung in VfGH 10.03.1993, G 170/92; Gruber, wbl 1992, 45; anders Lorenz in FS Larenz (1973) 619: Eine Auskunftshaftung aus Vertrauen infolge geschäftlichen Auskunftskontakts scheide bei spekulativen Geschäften des Auskunftsempfängers „aus dem gewöhnlichen Haftungsbereich aus“; vgl auch dens, ebd 603 FN 76.

³⁴⁶³ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1311 Anm 3.

³⁴⁶⁴ *Casum sentit dominus*.

³⁴⁶⁵ Wagner, ZGR 2008, 512; vgl auch Blaurock, JZ 2012, 227.

³⁴⁶⁶ Vgl Brawenz, Prospekthaftung 118 f: „Ziel des Anlegerschutzes kann indes nicht die Ausschaltung jeglichen Risikos für Investoren sein, da dies zu einer Verzerrung der Anreiz- und Kostenstruktur im marktwirtschaftlich organisierten System führen würde: Die höhere Verzinsung des eingesetzten Kapitals stellt gerade den Gegenwert für die Übernahme eines gewissen Risikos dar.“

³⁴⁶⁷ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.y. Schadensbestimmung und -berechnung bei Kapitalmarktinformationshaftungen“.

³⁴⁶⁸ Vgl dazu unten „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“, „Teil 3.II.B. Mitverschulden des Anlegers bzw Emittenten nach § 1304 ABGB“.

³⁴⁶⁹ S dazu Lemke in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 729 und diesem zust Haar, Civil Liability 4, die (auch) deswegen eine Dritthaftung ablehnen; allg Assmann in FS Lange (1992) 349; Wagner, ZGR 2008, 514; zu dieser Problematik bei der Prospekthaftung Welser, ecolex 1992, 301, 305; Brawenz, ÖBA 1990, 172; ders, ÖBA 1992, 424; Nowak, Prospekthaftung 119; vgl zur Abschlussprüferhaftung Wenusch, AnwBl 2003, 13; vgl zur ungewollten Überwälzung des Insolvenzrisikos bei Bankauskünften Welser, Haftung 119; vgl zur Anlageberatungshaftung RIS-Justiz RS0108074 T 7, OGH 26.01.2000, 7 Ob 306/99 x: Grunds ist es Sache des Investors, Beteiligungsrissen abzusätzen und auch zu tragen.

missbräuchliche Klagen³⁴⁷⁰ in Teilbereichen entgegensteuern.³⁴⁷¹ Allerdings wirft dies die Frage auf, ob dies tatsächlich ausreichend ist und ob man nicht eine weitergehende Haftungseinschränkung befürworten sollte. In diesem Zusammenhang ist auf die *Börsendienst-Informationen*-Entscheidung des BGH hinzuweisen, in der dieser die Haftung eines Börsendienst-Informationsunternehmens gegenüber seinen Abonnenten³⁴⁷² im Ergebnis auf grobe Fahrlässigkeit beschränkte. Das deutsche Höchstgericht begründete dies ua mit dem spekulativen Charakter der Börsendienst-Informationen. Damit der Anleger nicht schon bei jeder schuldhaften Fehlleistung des Börsendienstes die Möglichkeit habe, den Verlust (gänzlich) auf diesen abzuwälzen, müsse jener einen Teil des Risikos mittragen.³⁴⁷³

4) Das leitet über zur systematischen Notwendigkeit einer weitergehenden Haftungsbegrenzung. Gerade für den Bereich der kapitalmarktrechtlichen Expertenhaftung gegenüber Anlegern für fahrlässiges Fehlverhalten normiert § 11 KMG zwar zunächst eine Beschränkung der Verantwortlichkeit ungefähr auf den Emissionswert.³⁴⁷⁴ Dies erreicht das KMG dadurch, dass es in diesem Fall die Einstandspflicht der Prospektkontrollore gegenüber jedem Anleger auf den *Erwerbspreis* samt Spesen und Zinsen begrenzt.³⁴⁷⁵ Das reichte dem Gesetzgeber aber unter dem Aspekt der „Zumutbarkeit“ der Haftung nicht aus. Daher haften Prospektprüfer entweder überhaupt nur für grobe Fahrlässigkeit³⁴⁷⁶ oder ihnen sind im Rahmen ihrer Haftung für leichtes Verschulden deutlich eingeschränkte Pflichten auferlegt³⁴⁷⁷.

Ist man (zu Recht) der Meinung, dass das KMG die „allgemein zivilrechtliche Prospekthaftung“ auch hinsichtlich der Prospektkontrollore verdrängt³⁴⁷⁸, wäre es mE inkonsistent, eine ausschließlich mit dem Emissionswert beschränkte Dritthaftung anderer kapitalmarktrechtlicher Informationsintermediäre, wie etwa Ratingagenturen,

³⁴⁷⁰ *Blaurock*, ZGR 2007, 634; vgl auch *Haar*, NZG 2010, 1283; ferner *First Equity Corp. of Florida v. Standard & Poor's Corp.*, 869 F.2d 175, 180 (2nd Cir. 1989). Diesen Aspekt dürfte auch das KMG berücksichtigt haben: s ErläutRV KMG 21.

³⁴⁷¹ Vgl die Erwägungen in Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048, 1050: „Absatz 5 legt eine § 37b V WpHG-E entsprechende Haftungshöchstgrenze fest, welche neben den oben zu § 37b V WpHG-E genannten Argumenten hier eine *zusätzliche* Rechtfertigung darin findet, dass die Börsenprospekthaftung nicht nur den Kursdifferenzschaden, sondern Naturalrestitution als Ausgleich vorsieht und damit der Haftungsverpflichtete das gesamte Kursrisiko ab der Ausgabe der Wertpapiere trägt“ (Hervorhebung nicht im Original).

³⁴⁷² Das Abo war für 360 DM pro Jahr erhältlich. Die Anlageempfehlungen des Börsendienstinformationsunternehmens wurden den Abonnenten periodisch zugänglich gemacht.

³⁴⁷³ Vgl dazu auch *Coing*, WM 1980, 212. Krit dazu aber, und gegen eine Übertragbarkeit dieser Rsp auf die Haftung von Ratingagenturen: *Peters*, Haftung 131; *Meyer*, Rechtsfragen 91; *Eisen*, Haftung 339; krit zur Rsp ferner *Reidenbach*, Ratingagenturen 369. Soweit sich die Kritik gegen eine Übertragung auf die *vertragliche* Haftung der Ratingagenturen richtet, ist sie mE berechtigt (vgl noch unten bei FN 3757).

³⁴⁷⁴ Vgl Begr RegEntw 3. FMFörderungsG, BT-Drucksache 13/8933, 78.

³⁴⁷⁵ § 11 Abs 6 KMG; s dazu oben in FN 388, 623.

³⁴⁷⁶ § 11 Abs 1 Z 2a KMG; s dazu oben nach FN 736.

³⁴⁷⁷ § 11 Abs 1 Z 2 und Z 2b KMG; s dazu oben bei FN 740.

³⁴⁷⁸ Ausf dazu „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“; s auch noch die Nw in FN 410.

anzunehmen.³⁴⁷⁹ Selbst die hM³⁴⁸⁰, die § 11 Abs 8 KMG so versteht, dass § 11 KMG die „allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung“ der Prospektprüfer gar nicht tangiert, sollte sich mE fragen, ob sich nicht aus dieser Gesetzesnorm vielleicht doch verallgemeinerungsfähige Grundsätze auch für die Dritthaftung von Ratingagenturen ableiten lassen, wie etwa: „Dritthaftung von Informationsexperten am Kapitalmarkt – ja, aber nicht um jeden Preis“. Eleganter formulierte *Kalss*³⁴⁸¹, wohlgermerkt eine der prominentesten Unterstützerinnen der hM zu § 11 Abs 8 KMG³⁴⁸², die marktrechtlichen Regelungen des § 11 KMG ließen sich als „wirtschaftspolitisch-marktrechtliche Einschränkungen zur gesetzgeberisch anerkannten [!] Absicherung und Interessenwahrung der Anbieter der Kontrolldienstleistungen begreifen“.³⁴⁸³ An dieser Stelle soll noch nicht die Analogiefähigkeit des § 11 KMG geprüft,³⁴⁸⁴ sondern nur die Richtung hervorgehoben werden, die die Bestimmung vorgibt: Die Haftung von neutralen Informationsintermediären für an den Kapitalmarkt gerichtete Erklärungen soll nicht alleine durch den Emissionswert eingegrenzt sein.³⁴⁸⁵

Auch § 14 Z 6 KMG und § 220b Abs 3 AktG über die Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers gegenüber den Anlegern und die des Verschmelzungsprüfers gegenüber den Aktionären der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bestätigen mE diese Wertung. Denn auch diese Normen nehmen eine erhebliche Einschränkung der Dritthaftung des jeweiligen Sachverständigen vor: Die Verantwortlichkeit dieser Experten ist betraglich entsprechend der des Abschlussprüfers (§ 275 Abs 2 UGB) begrenzt; und das, obwohl die Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers von vornherein ungefähr auf den Wert der Emission der ausgegebenen Immobilienveranlagungen³⁴⁸⁶ und die des Verschmelzungsprüfers auf den tatsächlichen Unternehmenswert³⁴⁸⁷ der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften beschränkt sind. Gerade dann, wenn die Dritthaftung von Informationsexperten gem § 1300 Satz 1 ABGB wie in der vorliegenden Arbeit auch auf die § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG gestützt

³⁴⁷⁹ Selbiges gilt für jene Ansicht, die eine solche Wirkung des § 11 Abs 8 KMG zwar grunds ablehnt, die demnach bestehende Dritthaftung der Prospektprüfer nach allg Grundsätzen jedoch analog § 11 KMG beschränkt (so insb der OGH, s dazu oben unter „Teil 1.I.D.1.f. Die Annäherung des OGH“).

³⁴⁸⁰ S die Nw in FN 408.

³⁴⁸¹ *Kalss*, ÖBA 2000, 641 f; *dies*, ÖBA 2002, 204 FN 234; *dies/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 30; *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz*, InvFG (2008) § 26 Rz 67.

³⁴⁸² S die Nw in FN 408.

³⁴⁸³ *Kalss*, ÖBA 2002, 199, wobei sie konkret auf § 11 Abs 1 Z 4 KMG Bezug nimmt.

³⁴⁸⁴ S dazu noch unten bei FN 3833.

³⁴⁸⁵ Sieht man einmal vom österreichischen Recht ab, harmoniert dieser Gedanke nicht nur mit der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO (ausf dazu unten unter „Teil 2.II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO“), sondern auch mit jener nach 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B) (s dazu unten bei FN 4716). Diese Haftungsnormen lassen nämlich leicht fahrlässiges Verhalten der Ratingagenturen für eine Schadenersatzpflicht gegenüber Anlegern ebenso nicht ausreichen. Vgl zur Haftungsschwelle des groben Verschuldens für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen auch noch § 37b Abs 2, § 37c Abs 2 WpHG.

³⁴⁸⁶ Vgl oben bei FN 1214.

³⁴⁸⁷ Näher dazu oben bei FN 1945.

wird³⁴⁸⁸, erscheint ein „Rosinenpicken“ dahingehend unzulässig, dass bloß die Haftungsgrundlage dieser Normen, nicht aber deren Reichweite gewürdigt wird.

Der Gedanke der eingeschränkten Dritthaftung von Informationsintermediären bei beträchtlichem Haftungsrisiko konveniert schließlich auch mit den allgemeineren Wertungen des Schadenersatzrechts. Geht man von § 11 Abs 1 Z 4 KMG³⁴⁸⁹ (deliktische Dritthaftung des Abschlussprüfers) aus und erweitert das Blickfeld auf das übrige Deliktsrecht, namentlich § 1295 Abs 2, § 1300 Satz 2 ABGB³⁴⁹⁰, aber auch etwa §§ 1 ff UWG iVm § 16 UWG, lässt sich diesen Normen „im Sinne eines Fingerzeigs [...] entnehmen, dass die außervertragliche Haftung für reine Vermögensschäden bestimmter Einschränkungen [Vorsatz {§ 1295 Abs 2, § 1300 Satz 2 ABGB}, Sittenwidrigkeit {§ 1295 Abs 2 ABGB}, Unlauterkeit {§ 1 UWG}] bedarf, wenn die nachteiligen Folgen einer Übermaßhaftung vermieden werden sollen.“³⁴⁹¹

Im Ergebnis verdient daher die Behauptung *Hennrichs*, unabhängig von der Haftungsgrundlage „bedarf es doch eines *risikoeingrenzenden Kriteriums*, das die Belastung der [Ratingagenturen] mit unübersehbaren Drittschäden verhindert“, ³⁴⁹² mE unbedingte Zustimmung.

bb. Problemlösung

Worin dieses risikoeingrenzende Kriterium liegen könnte, zeigt der in Österreich prominenteste Fall der Dritthaftung, die *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff). Was konnte der OGH dem Richter *Cardozo* und dessen abweichender Ansicht in Bezug auf die Dritthaftungsfrage³⁴⁹³ entgegen halten? Die Antwort liegt auf der Hand: Eine analoge Anwendung der betraglichen Haftungsbegrenzung des § 275 Abs 2 UGB, eine „europäische“ Haftungsschranke, die kein österreichisches Unikum darstellt, sondern die vier weitere Länder kennen.³⁴⁹⁴ Aufgrund dieser Analogie lässt sich nicht mehr von einer „*liability in an indeterminate amount*“ des Abschlussprüfers iS *Cardozos* sprechen.

³⁴⁸⁸ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“.

³⁴⁸⁹ Dazu oben insb unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“ und bei FN 2833.

³⁴⁹⁰ Dazu oben bei FN 2813.

³⁴⁹¹ So im Hinblick auf das deutsche Recht: *Wagner* in FS Blaurock (2013) 485, der als mögliche Beschränkung auch eine summenmäßige Haftungsbeschränkung anführt.

³⁴⁹² *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890.

³⁴⁹³ Dazu oben bei FN 3431.

³⁴⁹⁴ Deutschland (Haftungsbetrag € 1 Mio [bei nicht börsennotierten Gesellschaften] bzw € 4 Mio [bei börsennotierten Gesellschaften]); Belgien (selbige Differenzierung wie in Deutschland aber Höchstgrenzen von € 3 Mio bzw € 12 Mio); Griechenland (Haftung ist einheitlich auf das Zehnfache der Vergütung des beklagten Abschlussprüfers beschränkt); Slowenien (je nach Größe der geprüften Gesellschaft € 150.000, € 500.000 oder € 1 Mio); s zum Ganzen *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 1975, 77 f;

Auch wenn die vom OGH vorgenommene Rechtsfortbildung die für sie erforderliche (und mE abzulehnende³⁴⁹⁵) allgemeine Dritthaftung nicht alleine rechtfertigen kann³⁴⁹⁶, kommt darin mE ein zutreffender Gedanke zum Ausdruck: Besteht tatsächlich dem Grunde nach eine Dritthaftung mit überaus großem Haftungsrisiko, ist man gehalten, die Anwendbarkeit haftungsbegrenzender Regelungen zu prüfen.

Das gilt mE gerade auch für die Haftung von Ratingagenturen für *solicited* Emissionsratings gegenüber dem Anlegerpublikum. Rechtsmethodisch ließe sich dies nur mit einer (für das österreichische Recht gem § 7 ABGB unzweifelhaft zulässigen) Analogie verwirklichen, weil dem Wortlaut nach anwendbare Bestimmungen, aus denen sich eine beschränkte Dritthaftung von Ratingagenturen nach nationalem Recht³⁴⁹⁷ ergäbe, nicht vorhanden sind.

aaa. Gesamtanalogie insb zu § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 275 UGB

α. Planwidrige Regelungslücke

Voraussetzung einer jeden Analogie ist zunächst das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke; das Gesetz muss entgegen der Absicht des Gesetzgebers unvollständig sein³⁴⁹⁸ („Anschauungsfehler des Gesetzgebers“³⁴⁹⁹).

Für die Bestimmung der Reichweite der Haftung von Ratingagenturen ist hierbei zu berücksichtigen, dass das ABGB diese überhaupt nicht ausdrücklich regelt. Vielmehr sind dafür seine allgemeinen Normen (insb § 1300 ABGB³⁵⁰⁰) heranzuziehen. Schon aufgrund der Neuartigkeit der Haftungsproblematik fällt es mE leicht, einen „negativen Regelungswillen“ hinsichtlich eines Sonderregimes für einschlägige Haftungskonstellationen zu verneinen. Zwar dürfte sich der historische Gesetzgeber des

ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; Walter Doralt, ÖBA 2006, 174; dens, ZGR 2015, 295 f; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 8, 72 FN 269.

³⁴⁹⁵ S oben „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

³⁴⁹⁶ S oben nach FN 2705.

³⁴⁹⁷ Zur (mE abzulehnenden) Analogie zu Art 35 Abs 1 EU-RatingVO s unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.δ.γγ. Art 35a EU-RatingVO oder § 11 KMG als sachnähere Haftungseinschränkungen?“.

³⁴⁹⁸ F. Bydlinski, Methodenlehre², 472 ff; vgl auch Rüffler, JRP 2002, 69 f. Maßstab für das Vorliegen einer Lücke ist dabei die gesamte Rechtsordnung (F. Bydlinski, Methodenlehre², 473) einschließlich des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (vgl Rüffler, JRP 2002, 64 ff, 68 f), wobei die Lücke im vorliegenden Zusammenhang mE insb auch mithilfe der § 11 KMG (dazu oben bei FN 3474) und § 14 Z 6 KMG (dazu unten bei FN 3551 sowie unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.γγ. Übertragung auf die Dritthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum“) zu begründen ist. Die zuletzt genannte Norm wird nicht schon an dieser Stelle ausführlicher behandelt, um Wiederholungen zu vermeiden, die daraus resultieren würden, dass die für Lückenfeststellung und -schließung notwendigen Denkschritte idR (und so auch hier) weithin übereinstimmen (F. Bydlinski, Methodenlehre², 474; vgl auch Rüffler, JRP 2002, 64 mit FN 26).

³⁴⁹⁹ U. Torggler, JBl 2011, 769.

³⁵⁰⁰ Dazu ausf oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

Jahres 1812 mit der Einfügung der unbeschränkten Haftung für „Raterteilung“ gem § 1295 Abs 1, §§ 1300³⁵⁰¹, 1331, 1332 ABGB auf der Höhe seiner Zeit befunden haben.

Wie die Ausführungen des vorigen Kapitels (S 363 ff) aufzuzeigen versuchten und wie es das wesentlich modernere KMG, insb dessen § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6, belegen³⁵⁰², bedarf es jedoch für die Ausgestaltung der Dritthaftung von kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediären gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum einer differenzierteren Abwägung der Interessen des Schädigers und der Geschädigten.³⁵⁰³ Das Schadenersatzrecht des ABGB, das bloß den Ersatz des entgangenen Gewinns einschränkt (§§ 1323 f ABGB) und ansonsten vollumfänglichen Schadenersatz gewährt,³⁵⁰⁴ wurde insoweit durchbrochen.

Das spricht mE für eine unbeabsichtigte Regelungslücke hinsichtlich der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilenden Dritthaftung von Ratingagenturen. Diese Lücke wurde durch einen Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse nach 1812 aufgerissen, insb durch das Entstehen und Wachsen von Kapitalmärkten samt der dortigen Etablierung besonderer Berufsgruppen, die als professionelle Vertrauensintermediäre ihr Geld verdienen und insofern einem besonderen Haftungsrisiko³⁵⁰⁵ ausgesetzt sind. Die zitierten ABGB-Normen sind insoweit einer teleologischen Reduktion zugänglich, was den Weg für eine analoge Anwendung haftungsbeschränkender Normen auf die Dritthaftung von Ratingagenturen frei macht.³⁵⁰⁶

β. Ähnlichkeit der Haftungsfälle iSd § 7 ABGB

αα. Ausgangsbasis

1) Zweite elementare Voraussetzung für die Analogie ist die „Ähnlichkeit“ des gesetzlich geregelten Falls mit dem nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalt. Was darunter genauer zu verstehen ist, gibt schon das Gesetz selbst vor: Es muss im Zuge der Analogie „auf die *Gründe* anderer [mit dem zu entscheidenden Rechtsfall] verwandten Gesetzen Rücksicht genommen werden“ (§ 7 Satz 1 ABGB)³⁵⁰⁷. § 7 ABGB schreibt damit die Anknüpfung an

³⁵⁰¹ S oben bei FN 1472.

³⁵⁰² Dazu bereits oben bei FN 3474, 3488.

³⁵⁰³ Welser, ecolex 1992, 301, 309; Iro/Riss, RdW 2012, 450; vgl oben bei FN 3474.

³⁵⁰⁴ Vgl zum BGB und zur EU-RatingVO: Wagner in FS Blaurock (2013) 491, 496; Haar, DB 2013, 2495.

³⁵⁰⁵ Dazu noch unten bei FN 3784.

³⁵⁰⁶ Allg zur Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogieschluss: P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 377; Canaris, Lücken², 16 ff; vgl auch das Bsp bei F. Bydlinski, Methodenlehre², 480.

³⁵⁰⁷ Anm: Hervorhebung nicht im Original.

den Zweck der potenziell analogiefähigen Norm(en) vor.³⁵⁰⁸ Es ist zu prüfen, ob die gesetzliche *ratio* auf den explizit nicht geregelten Fall zutrifft, sodass sie selbst eine Gleichbehandlung desselben mit dem gesetzlich geregelten verlangt. Dafür ist die „Gleichheit des Rechtsgrundes und Schutzbedürfnisses“³⁵⁰⁹ entscheidend.

Prüft man nun – aufbauend auf den obigen Erwägungen zur *Rieger Bank-Entscheidung*³⁵¹⁰ – die Analogiefähigkeit des § 275 Abs 2 UGB, muss man also den „Grund“ für diese Haftungsschranke erforschen. Es wäre falsch und vorschnell, die Analogiefähigkeit des § 275 Abs 2 UGB alleine deswegen zu bejahen, weil es sich bei Abschlussprüfern und Ratingagenturen um auf den ersten Blick „vergleichbare“ Informationsintermediäre des Kapitalmarkts handelt³⁵¹¹. Die Beurteilung der „Ähnlichkeit“ iSd § 7 ABGB darf sich nämlich nicht auf die äußerliche Ähnlichkeit des Sachverhalts stützen, sie muss sich ausschließlich nach dem Zweck der Norm richten.³⁵¹²

2) Bevor auf die *ratio* des § 275 Abs 2 UGB eingegangen wird³⁵¹³, soll vorab³⁵¹⁴ ein Einwand behandelt werden, der sich geradezu aufdrängt: Die Wertung des § 275 Abs 2 UGB könne von vornherein gar nicht auf die Dritthaftung von Ratingagenturen übertragen werden, weil diese Norm in erster Linie die Haftung des Abschlussprüfers *gegenüber seinem Auftraggeber*, der geprüften Gesellschaft, betrifft. Das steht einer Analogiefähigkeit aber nicht prinzipiell entgegen, ist doch, nach Bejahung derselben, stets eine „Einbettung“ der analogiefähigen Norm „in das geänderte rechtliche Umfeld“ (*in concreto* die Dritthaftung von Ratingagenturen) möglich und auch erforderlich³⁵¹⁵.

Daneben ist zu bedenken, dass § 275 UGB seit dem RLG 1990 selbst auch bestimmte Dritte in seinen Schutzbereich einbezieht und insoweit den Anwendungsbereich der Haftungsschranke seines Abs 2 auf Fälle der Dritthaftung erweitert.³⁵¹⁶ Da die Haftsumme der geprüften Gesellschaft und den verbundenen Unternehmen (§ 189a Z 8 UGB) insgesamt nur einmal zur Verfügung steht³⁵¹⁷, nimmt § 275 UGB gleichzeitig die

³⁵⁰⁸ F. Bydlinski, Methodenlehre², 475 f; Rüffler, JRP 2002, 67, 71 f; U. Torggler, AnwBl 2003, 620.

³⁵⁰⁹ F. Bydlinski, Methodenlehre², 477; U. Torggler, Verbandsgründung 635.

³⁵¹⁰ Bei FN 3493.

³⁵¹¹ Vgl dazu die Überlegungen unter „Teil 1.I.B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung“.

³⁵¹² F. Bydlinski, Methodenlehre², 475.

³⁵¹³ S unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“.

³⁵¹⁴ Zu einigen weiteren möglichen Einwänden s unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.δ. Diskussion möglicher Einwände“.

³⁵¹⁵ U. Torggler, Verbandsgründung 559; ders, ecolex 2011, 1124; vgl auch schon Canaris, Lücken², 160 ff; ferner Artmann, RdW 2007, 326; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 41 Rz 5.

³⁵¹⁶ Vgl Kalss, ÖBA 2002, 192; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 875; Liebscher, Abschlußprüfer 51; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 90; Steckel in U. Torggler, UGB (2013) § 275 Rz 37; Ebke in MünchKomm HGB² § 323 Rz 176; Kersting, Dritthaftung 545; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 2, spricht gar von einem „gesetzliche[n] Vertrag zugunsten Dritter“; vgl dazu Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 112; insofern gegen J. Zehetner, ÖZW 2013, 85; s dazu auch oben bei FN 1005.

³⁵¹⁷ Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 72.

Schwierigkeiten bei der Verteilung des „Haftungstopfes“ zwischen mehreren Geschädigten³⁵¹⁸ in Kauf.³⁵¹⁹

3) Der mE ausschlaggebende Punkt für die Legitimation der nachfolgenden Betrachtung ist allerdings die Tatsache, dass das Gesetz selbst wie kaum bei einer anderen sondergesetzlichen Haftungsbestimmung die Verallgemeinerungsfähigkeit der § 275 Abs 2 UGB zugrunde liegenden Gesetzeszwecke implizit anerkennt³⁵²⁰ und ihm damit zentrale Bedeutung beimisst³⁵²¹.³⁵²² In verschiedenen Zusammenhängen³⁵²³ wird § 275 Abs 2 UGB mittels Verweises vom Gesetzgeber für anwendbar erklärt.³⁵²⁴ Teilweise wird dies sogar mit einer gesetzlichen Erweiterung des geschützten Personenkreises kombiniert. Auf diese Verweisungsnormen soll im Folgenden eingegangen werden, um die richtige Ausgangslage für die Analyse des Zwecks der Haftungsbeschränkung vor Augen zu haben. Mit der Prüfung iSd § 268 ff UGB am deutlichsten verwandt ist wohl die Prüfung der zur Vorbereitung einer Umgründung zu erstellenden Schlussbilanz, auf die der Gesetzgeber daher auch die Haftung samt Begrenzung gem § 275 Abs 2 UGB erstreckt (§ 220 Abs 3, § 240 Abs 2, § 246 Abs 3 AktG).

Naheliegend erscheint ebenso die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 275 Abs 2 UGB auf Stiftungsprüfungen (§ 21 Abs 2 PSG) und Abschluss- bzw Rechnungsprüfungen von Vereinen (§ 22 Abs 2, § 24 Abs 4 VerG) sowie Revisionen von prüfungspflichtigen Genossenschaften (§ 10 Abs 2 GenRevG³⁵²⁵). Denn die damit Beauftragten prüfen wie der Abschlussprüfer einer Kapitalgesellschaft jährlich die Buchführung und Rechnungslegung des Prüfungsobjekts³⁵²⁶. Die Prüfungsaufgaben des Revisors sind freilich deutlich gegenüber § 269 Abs 1 UGB erweitert³⁵²⁷, wenn § 1 Abs 1 GenRevG verlangt, dass auch

³⁵¹⁸ S dazu unten nach FN 3679.

³⁵¹⁹ J. Zehetner in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 39. Dies gilt freilich umso mehr für § 14 Z 6 KMG, s dazu unten bei FN 3551.

³⁵²⁰ Dies ist va iZm der Ausdehnung der Wirtschaftsprüfertätigkeit zu sehen, s dazu *Kalss*, ÖBA 2002, 187 f; s aber auch noch unten bei FN 3707.

³⁵²¹ Vgl ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 958: „schlüssiges Gesamtkonzept“; vgl für Deutschland *Schlechtriem*, BB 1984, 1181 f; zur analogen Anwendung des § 323 dHGB auf gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen, selbst wenn keine ausdr Verweisung vorliegt, s *Böcking/Gros/Rabenhorst* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014) § 323 Rz 2; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 8; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 4; einschr *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 7.

³⁵²² Vgl *Rüffler*, JRP 2002, 72: „je stärker eine Wertentscheidung des Gesetzgebers durch eine Fülle von Einzelbestimmungen zum Ausdruck kommt, desto eher lässt sich die Planwidrigkeit des ungeregelten Sachverhalts nachweisen.“

³⁵²³ Der Anwendungsbereich der summenmäßigen Haftungsbeschränkung wurde aufgrund der Entstehung neuer Prüfungstätigkeiten im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt (s unten bei FN 3596) und diese Entwicklung ist wohl noch nicht abgeschlossen, was mE gegen eine bewusste Beschränkung auf die ausdr geregelten Fälle durch den Gesetzgeber iS einer Schaffung von Sondertatbeständen (dazu *Rüffler*, JRP 2002, 72 FN 71) spricht.

³⁵²⁴ Ähnl die deutsche Rechtslage, s etwa *Marsch-Barner* in *Ensthaler*, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 10; *Böcking/Gros/Rabenhorst* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014) § 323 Rz 2; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 8; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 6; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 3.

³⁵²⁵ Für nicht prüfungspflichtige Genossenschaften gelten geringere Haftungsgrenzen, s § 10 Abs 2 GenRevG.

³⁵²⁶ Vgl § 21 Abs 2, § 22 Abs 2 VerG, § 21 Abs 1 PSG, § 1 Abs 1 GenRevG.

³⁵²⁷ Vgl auch WAB GenRevRÄG 2002, 1; zur mangelnden (Nach-)Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens und der Zweckmäßigkeit der Verwaltung durch den Abschlussprüfer vgl *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 277; *Cohen*

die „Wirtschaftlichkeit“ der Geschäftsführung sowie „Zweckmäßigkeit, Stand und Entwicklung“ der „Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ der Genossenschaft zu prüfen sind.³⁵²⁸ Ähnliches gilt für den Stiftungsprüfer, den ebenso erweiterte Pflichten treffen³⁵²⁹.

Dass das Gesetz darüber hinaus ausdrücklich auch den Sonderprüfer einer Aktiengesellschaft, einer Privatstiftung sowie eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit der Verantwortlichkeit gem § 275 UGB unterwirft (§ 132 AktG, § 31 Abs 4 PSG iVm § 21 Abs 2 PSG, § 51 Abs 2 VAG iVm § 120 AktG 1965; vgl auch § 211 Abs 3 AktG), erscheint auch noch nicht so weit hergeholt: Immerhin kann die Sonderprüfung der §§ 45 ff GmbHG 1906 (vgl auch Art 222a A[D]HGB idF AktRNov 1884, § 266 HGB 1897) als historischer Vorläufer der Abschlussprüfung³⁵³⁰ (des AktG 1937/38) mit ähnlichen Zwecken³⁵³¹ angesehen werden.³⁵³² Das spricht mE für die hM³⁵³³, die die Haftungsbegrenzung des (jüngeren) § 132 AktG analog auf die GmbH-rechtliche Sonderprüfung anwendet (vgl auch § 31 Abs 4 PSG).

Die Parallele zur Sonderprüfung (die ua die „Prüfung von Vorgängen bei der Gründung“³⁵³⁴ erfasst) könnte auch erklären, warum sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, die Ersatzpflicht des Gründungsprüfers von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH entsprechend zu beschränken ([§ 6a Abs 4 GmbHG iVm] § 42 AktG³⁵³⁵). Folgerichtig werden gem § 233 Abs 3, § 247 Abs 1 AktG, § 30 SEG (jeweils iVm § 42 AktG) Gründungsprüfungen im Zuge von Umgründungsvorgängen³⁵³⁶ haftungsrechtlich nicht anders behandelt. Konsequent ist es daher auch, dass die Haftungsschranke des § 275 UGB bei „späterer Kapitalaufbringung“,³⁵³⁷ namentlich bei Prüfungen von Kapitalerhöhungen mit Sacheinlagen (§ 150 Abs 3 iVm § 42 AktG, § 52

und *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 525 f, 530; *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262a Anm 10 f; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 14; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 316 HGB, Rz 6 FN 6; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 17.

³⁵²⁸ Vgl dazu bereits *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 70; ferner *Böcking/Gros/Rabenhorst* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014) § 316 Rz 7; vgl auch § 40 Abs 3 ORFG.

³⁵²⁹ Insb hinsichtlich der Prüfung der Einhaltung des Stiftungszwecks (OGH 6 Ob 209/12 x PSR 2013, 28 [29]: „Der Stiftungsprüfer hat insbesondere auch zu prüfen, ob die Stiftungserklärung hinsichtlich des Stiftungszwecks eingehalten worden ist, ob der Lagebericht mit dem Jahresabschluss auch hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks in Einklang steht und ob der Lagebericht nicht hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks eine falsche Vorstellung von der Lage der Privatstiftung erweckt“).

³⁵³⁰ Vgl *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 45 Rz 13; ferner *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 337.

³⁵³¹ Vgl *Herrenhausbericht* 272 BlgHH 17. Session (GmbHG I) 12: Kontrolle der Geschäftsführer, die aufgrund ihrer unbeschränkten und unbeschränkaren Vollmacht verleitet sein könnten, das Gesellschaftsvermögen durch Missbräuche zu gefährden; vgl auch *Denkschrift HGB* (Reichstagsvorlage) 149.

³⁵³² Gleiches gilt mE für die Sonderprüfung nach dem Regime des A(D)HGB idF AktRNov 1884 im Verhältnis zur Abschlussprüfung der §§ 262a ff HGB idF dRGBI 1931, 439 (zum Ganzen oben unter „Teil 1.I.D.2.a. Einleitung“).

³⁵³³ *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 45 Rz 19; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 45 Rz 15; *Fraberger/Petriz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 10; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 958; aA *Enzinger* in *WK GmbHG* (2013) § 46 Rz 2.

³⁵³⁴ § 132 AktG; vgl schon Art 222a A(D)HGB idF AktRNov 1884 sowie § 266 HGB 1897.

³⁵³⁵ Selbiges gilt für die Nachgründungsprüfung, vgl § 47 iVm § 42 AktG.

³⁵³⁶ Namentlich Verschmelzung durch Neugründung (§ 233 AktG), Umwandlung einer GmbH in eine AG (§ 247 AktG), Umwandlung einer AG in eine SE und umgekehrt (§ 30 SEG).

³⁵³⁷ Vgl ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB.

Abs 6 iVm § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 42 AktG; allenfalls im Rahmen des genehmigten Kapitals: § 172 Abs 3 iVm § 42 AktG) sowie bedingten Kapitalerhöhungen mit Sacheinlagen (§ 161 Abs 3 iVm § 42 AktG), Anwendung findet.

Schon etwas losgelöst vom ursprünglichen Zusammenhang des § 275 Abs 2 UGB wirkt die Erweiterung dieser Norm auf die Verschmelzungsprüfung, wo der Gesetzgeber eine Prüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, sohin einer Unternehmensbewertung vom Verschmelzungsprüfer verlangt und die Haftung explizit auf die Aktionäre der beteiligten Gesellschaften ausdehnt ([§ 96 Abs 2 GmbHG iVm] § 220b Abs 3, Abs 4 AktG). Entsprechendes gilt für den Spaltungsprüfer (§ 5 Abs 3, Abs 4 SpaltG), den Prüfer einer verschmelzenden und errichtenden Umwandlung ([§ 5 Abs 5 iVm] § 2 Abs 3 UmwG iVm § 220b AktG) und den Prüfer von grenzüberschreitenden Verschmelzungen bzw verschmelzungsähnlichen Vorgängen (§ 7 EU-VerschG, § 18 SEG, jeweils iVm § 220b AktG, § 7 Abs 2 und 3 SEG).³⁵³⁸

Thematisch der hier interessierenden Problematik näher kommen auch Bestimmungen des Wertpapier- und Kapitalmarktrechts, die § 275 UGB sinngemäß übernehmen.³⁵³⁹ Zunächst verlangt das WAG von den ihm unterliegenden Rechtsträgern³⁵⁴⁰, dass sich diese spezifischen Prüfungen durch Experten unterziehen. Diese haben zu prüfen, ob die komplexen aufsichtsrechtlichen Detailregelungen des WAG eingehalten wurden, etwa ob das Kundenvermögen hinreichend geschützt ist (§ 33 iVm § 29 WAG)³⁵⁴¹ oder ob Wertpapierfirmen bzw Wertpapierdienstleistungsunternehmen über „ausreichendes“ Eigenkapital verfügen (§ 73 Abs 3 Z 2 bzw § 74 Abs 3, jeweils iVm § 9 WAG).³⁵⁴² Bezüglich der Rechtsfolge einer sorgfaltswidrigen Prüfung verweisen die zitierten Bestimmungen des WAG³⁵⁴³ auf § 275 UGB.³⁵⁴⁴

Neben dem WAG ist § 49 InvFG zu nennen, der Investmentfondsgesellschaften³⁵⁴⁵ dazu verpflichtet, dass sie einen Rechenschaftsbericht über jedes Sondervermögen zu erstellen haben; dieser hat insb eine Ertragsrechnung zu enthalten (§ 49 Abs 1, 2 InvFG). Der Bericht ist von einem Wirtschaftsprüfer auf die Einhaltung der Vorschriften des InvFG zu prüfen, also vor allem dahingehend, ob darin jene wesentlichen Informationen enthalten sind, „die es den Anlegern ermöglichen, sich in voller Sachkenntnis ein Urteil über die

³⁵³⁸ Eine Analogie auf den Prüfer des Reorganisationsverfahrens (§§ 8 ff URG) erwägend *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 959.

³⁵³⁹ Zu § 87 Abs 3 BörseG s noch unten bei FN 3816.

³⁵⁴⁰ Dies sind Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen sowie Versicherungsunternehmen (§ 15 Abs 1 WAG).

³⁵⁴¹ S dazu *Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 1 ff.

³⁵⁴² Vgl zum Bankprüfer *Bertl/Fraberger*, RWZ 2002, 62.

³⁵⁴³ § 33, § 73 Abs 1 Satz 2, § 74 Abs 3 Satz 3 WAG.

³⁵⁴⁴ S dazu zB *Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 8 ff.

³⁵⁴⁵ Näher dazu § 2, § 3 Abs 2 Z 1 InvFG.

Entwicklung der Tätigkeiten und der Ergebnisse des Sondervermögens zu bilden“ (§ 49 Abs 2, Abs 5 InvFG). In weiterer Folge ist der geprüfte Rechenschaftsbericht zu veröffentlichen, der FMA zu übermitteln³⁵⁴⁶ und den Anlegern auf Anfrage zusätzlich zum Prospekt zur Verfügung zu stellen (§§ 136–138 InvFG). In Bezug auf die Prüferverantwortlichkeit wird auf § 275 Abs 2 UGB verwiesen (§ 49 Abs 5 InvFG).

Vergleichbare Pflichten normiert das ImmoInvFG für Kapitalanlagegesellschaften hinsichtlich ihrer Immobilienfonds: Sie haben einen Rechenschaftsbericht aufzustellen, der von einem (gem § 275 UGB haftenden) Bankprüfer zu kontrollieren und den interessierten Anlegern vor Zeichnung der Anteilscheine auszuhändigen ist (§ 13 Abs 1–3, § 7 Abs 4 ImmoInvFG).

Auf die Frage, ob der Rechenschaftsberichtsprüfer gegenüber den Anlegern haftet, die auf den Rechenschaftsbericht vertrauen, gehen die einschlägigen Bestimmungen des InvFG und des ImmoInvFG nicht ausdrücklich ein. Vielmehr regeln sie durch den Verweis auf § 275 UGB zumindest dem Wortlaut nach nur eine Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers gegenüber seinem Auftraggeber.³⁵⁴⁷

Gerade anders macht dies aber das KMG in einem verwandten Zusammenhang. Dieses schreibt Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien³⁵⁴⁸ vor, dass diese zusätzlich zum Prospekt jährlich einen Rechenschaftsbericht zu veröffentlichen haben, der insb eine Gesamtvermögensaufstellung samt Wertermittlung beinhalten muss (§ 14 Z 4 KMG iVm KMG Anlage E IV Z 1).³⁵⁴⁹ Dieser Bericht ist von einem Wirtschaftsprüfer auf seine Vollständigkeit sowie Richtigkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls ist dies darin zu bestätigen (§ 14 Z 4 KMG). Der Emittent ist sodann verpflichtet, den Bericht samt Prüfungsurteil zu veröffentlichen (§ 14 Z 5 KMG).

Für den Fall, dass der Rechenschaftsberichtsprüfer iSd KMG bei der Prüfung partiell oder nicht gewissenhaft vorgeht, normiert § 14 Z 6 KMG ausdrücklich eine Dritthaftung gegenüber den (vertraglich in aller Regel nicht mit diesem verbundenen) Anlegern: Der „Prüfer des Rechenschaftsberichts haftet *den Anlegern im Sinne des § 275 UGB*“³⁵⁵⁰].³⁵⁵¹ Aufgrund dieser eindeutigen Norm lässt sich wohl kaum behaupten, der Gesetzgeber habe

³⁵⁴⁶ Vgl auch § 33 WAG.

³⁵⁴⁷ Vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 26.

³⁵⁴⁸ Eine solche liegt nach der gesetzlichen Legaldefinition des § 14 Satz 1 KMG vor, wenn Veranlagungen von Emittenten ausgegeben werden, die nach Zweck oder tatsächlicher Übung mit dem investierten Kapital direkt oder indirekt überwiegend Erträge aus der Überlassung oder Übertragung von Immobilien an Dritte erwirtschaften.

³⁵⁴⁹ Zur strengeren Behandlung von Immobilienveranlagungen, s Stellungnahme der Bundesregierung in VfGH 10.03.1993, G 170/92; s ausf zu § 14 KMG Kalss, Anlegerinteressen 295 ff; ferner C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 308.

³⁵⁵⁰ Der Verweis bezieht sich dabei auf die jeweils geltende Fassung, § 18 Abs 3 KMG.

³⁵⁵¹ Eine rechtsdogmatische Erklärung für diese Haftung findet sich oben bei FN 1934. S zur Haftung des Rechenschaftsberichtsprüfers auch Nowak, KMG (1992) § 14 Rz 6; C. Nowotny in Seicht, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 308.

die Rechtsfolge des § 275 Abs 2 UGB eher zufällig durch die Rechtstechnik des Verweises in den Bereich der kapitalmarktrechtlichen Dritthaftung übertragen.³⁵⁵² Und ebenso fällt es äußerst schwer, zu vertreten, der Haftungsbetrag des § 275 Abs 2 UGB sei auf einen oder auf eine geringe Anzahl von Geschädigten (Gesellschaft und verbundene Unternehmen) zugeschnitten, nicht aber auf eine Vielzahl von Ersatzberechtigten.³⁵⁵³

4) Unter Berücksichtigung sämtlicher dieser Normen, die die Wertung des § 275 UGB in sich aufnehmen, lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 275 UGB doch verhältnismäßig weit ausgedehnt hat. Ausdrücklich übertragen wurde der Rechtsgedanke des § 275 Abs 2 UGB sogar auf die Dritthaftung eines kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediärs (des Rechenschaftsberichtsprüfers iSd KMG) gegenüber dem Anlegerpublikum.³⁵⁵⁴ Ob sich dies auch für Ratingagenturen rechtsmethodisch verwirklichen lässt, muss unter Heranziehung der Ursprungsnorm, § 275 UGB, und ihrer historischen Vorläufer beantwortet werden, weil die Materialien zu § 14 KMG die Dritthaftungsproblematik leider totschweigen. Was ist also der Zweck, der die oben erwähnten Haftungsbestimmungen miteinander vereint?³⁵⁵⁵

ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB

1) Aufgrund der Bedeutung der Gesetzesgeschichte für die Erforschung des Normzwecks³⁵⁵⁶ soll die Historie des § 275 Abs 2 UGB kurz beleuchtet werden.

Das österreichische Recht kennt eine Haftungsbeschränkung des (aktienrechtlichen) Abschlussprüfers seit dem Jahre 1938, in welchem das dAktG 1937 samt dem einschlägigen § 141 in das österreichische Gesellschaftsrecht übertragen wurde.³⁵⁵⁷ Gem § 141 Abs 2 *leg cit* war die zwingende Abschlussprüferhaftung³⁵⁵⁸ bei Fahrlässigkeit auf 100.000 Reichsmark begrenzt.³⁵⁵⁹ Die Materialien des dAktG 1937 gehen auf die Verantwortlichkeit freilich nicht näher ein.³⁵⁶⁰ Denn das deutsche Recht hatte schon zuvor, namentlich seit Einführung der §§ 262a ff (samt dem relevanten § 262g) HGB idF

³⁵⁵² Wie dies Kalss, ÖBA 2000, 659, dies, ÖBA 2002, 204, hinsichtlich der Haftung des Umgründungsprüfers argumentiert.

³⁵⁵³ So aber Kalss, ÖBA 2002, 204.

³⁵⁵⁴ Vgl Gruber, wbl 1992, 51 FN 164.

³⁵⁵⁵ In der Folge wird ein induktiv-deduktiver Ansatz gewählt: Die *ratio legis* der Haftungsbeschränkung wird mithilfe des vorhandenen Auslegungsmaterials gewonnen und sodann auf den zu beurteilenden Fall der Dritthaftung von Ratingagenturen übertragen (allg dazu F. Bydlinski, Methodenlehre², 475).

³⁵⁵⁶ Rüffler, JRP 2002, 70 ff; allg zur historischen Interpretation F. Bydlinski, Methodenlehre², 449 ff.

³⁵⁵⁷ Vgl Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in Pfundtner/Neubert, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5, 1 ff (insb 146 f); C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 3; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 1; vgl bereits oben in FN 882 und bei FN 959.

³⁵⁵⁸ Vgl § 141 Abs 5 dAktG 1937.

³⁵⁵⁹ Kalss, ÖBA 2002, 201.

³⁵⁶⁰ Amtliche Begründung zum dAktG 1937², 207: „§ 141 regelt die Verantwortlichkeit der Abschlußprüfer“.

dRGBI 1931, 439 durch die sog kleine Aktienrechtsreform 1931³⁵⁶¹, eine Haftungsbeschränkung in derselben Höhe für Abschlussprüfer von Aktiengesellschaften³⁵⁶² normiert.³⁵⁶³

Der Notverordnungs-Gesetzgeber dieser Reform hatte sich dabei an den kurz davor in Kraft getretenen Bestimmungen des dVAG idF dRGBI I 1931, 315 orientiert.³⁵⁶⁴ Dieses hatte pionierartig eine Pflichtprüfung für Versicherungsunternehmen (§§ 57 ff *leg cit*) und in § 63 Abs 2 *leg cit* eine mit 250.000 Reichsmark begrenzte, dafür vertraglich nicht weiter einschränkbare Fahrlässigkeitshaftung des Versicherungsprüfers gegenüber dem Prüfobjekt vorgeschrieben. Die Redaktoren führen zu dieser Bestimmung aus:

„Die Vorschriften des § 55 h [Anm: entspricht § 63 dVAG idF dRGBI I 1931, 315] verpflichten den Prüfer und seine Hilfspersonen zur gewissenhaften Prüfung sowie zur Verschwiegenheit und verbieten ihnen die unbefugte Verwertung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die sie bei Wahrnehmung dieser Obliegenheiten erfahren haben. Der Entwurf sieht hierbei, um eine verantwortungsbewußte, nur der Sache dienende und von Rücksichten auf Personen nicht beeinflusste Prüfung unter allen Umständen zu gewährleisten, vor, daß der Prüfer und seine Hilfspersonen für Verschulden zu haften haben und daß ihre Haftung auch nicht etwa durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden darf. Auf der anderen Seite gesteht der Entwurf dem Prüfer bei Fahrlässigkeit eine Höchstgrenze für seine Haftpflicht zu. Hierfür war die Überlegung maßgebend, daß *erfahrungsgemäß bei Prüfungen der hier zur Erörterung stehenden Art geringfügige Versehen zu ungewöhnlich großen Schäden führen können und daß ein Prüfer zum Nutzen seiner Arbeit von der drückenden Besorgnis, unbeschränkt zum Schadenersatz verpflichtet zu sein, befreit werden müsse.*[³⁵⁶⁵] Es sprach ferner für die Einführung einer solchen Höchstgrenze, daß Prüfer sich mutmaßlich bis zu dem Höchstbetrag gegen Haftpflicht versichern werden, die Versicherungsunternehmung also damit rechnen kann, wenigstens bis zu der durch Versicherung gedeckten Summe einen etwaigen Schaden ersetzt zu erhalten, während bei Nichtfestlegung eines Höchstbetrages zu befürchten wäre, daß ein Ersatz nur in den seltensten Fällen geleistet werden würde; denn unbegrenzte Haftpflichtwagnisse sind nicht oder nur gegen untragbar hohe Entgelte zu versichern[³⁵⁶⁶], was häufig dazu führen würde, daß ein Prüfer von einer Versicherung ganz absieht. [...] Die Beschränkung der Haftpflicht gilt selbstverständlich nicht für Vorsatz[³⁵⁶⁷] [...].“³⁵⁶⁸

³⁵⁶¹ Die aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.09.1931, dRGBI 1931, 439.

³⁵⁶² Und Kommanditgesellschaften auf Aktien (s oben in FN 896).

³⁵⁶³ Vgl dazu schon oben nach FN 903 mwN.

³⁵⁶⁴ *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 321; *Schmölder*, JW 1930, 3687; *ders.*, JW 1931, 2925, 2927; *U. Torggler*, wbl 2001, 552 f.

³⁵⁶⁵ *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; vgl ErläutRV RLG 1990, 72: Verhinderung einer nicht zumutbaren Belastung; s dazu *Kalss*, ÖBA 2000, 658; s ferner Begr RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/9712, 29; besonders schadensgeneigte Tätigkeit und Existenzgefährdung; die Schadensneigung hervorhebend OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (46) (*Oppitz*); vgl auch oben bei FN 3421, 3423.

³⁵⁶⁶ Den Gedanken der Notwendigkeit der Versicherbarkeit bestätigend ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; WAB GenRevRÄG 2002, 2; ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38; Begr RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/9712, 29; vgl auch oben bei FN 3444. *Ebke* (in MünchKomm HGB³ [2013] § 323 Rz 4) weist darauf hin, dass – Mutmaßungen zum Zeitpunkt der Einführung der Abschlussprüfung zufolge – die Versicherungsgesellschaften eine Versicherung der Abschlussprüfer verweigert hätten, wäre eine unbeschränkte Haftung der Abschlussprüfer gegenüber der Gesellschaft statuiert worden.

³⁵⁶⁷ Vgl ErläutRV FMAG 2001 zu § 62a BWG, § 82 VAG.

³⁵⁶⁸ Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16 (Hervorhebung nicht im Original); s zu den Materialien auch *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 321 f.

„Auf den Spuren“ *R. v. Jherings*³⁵⁶⁹ und *v. Zeillers*³⁵⁷⁰ betonen die Materialien den Aspekt der Existenzgefährdung des Abschlussprüfers samt Versicherbarkeit der Schadenersatzrisiken sowie – damit verknüpft – sein Interesse nach Handlungsfreiheit.³⁵⁷¹ Die Gesetzesverfasser heben dabei die besondere Schadensneigung und die hiermit zusammenhängenden Unsicherheiten der wenig klar umrissenen³⁵⁷² Abschlussprüfertätigkeit hervor. Das kommt heute in § 275 Abs 1 sowie Abs 2 UGB besonders deutlich zum Ausdruck.³⁵⁷³ Die Haftungsbegrenzung gilt nur für die Verletzung der Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung, nicht aber bei einem Verstoß gegen das Verschwiegenheitsgebot und das Verwertungsverbot.³⁵⁷⁴

Mit der versicherbaren Haftungsschranke sollte ferner ein reflexartiger Schutz des Geschädigten verbunden sein, der wenigstens im Ausmaß der versicherten Haftungshöchstsumme Ersatz verlangen könne.³⁵⁷⁵

Unverkennbar ist der Zusammenhang der Haftungshöchstgrenze mit der Etablierung der Pflichtrevision als solche³⁵⁷⁶, regelte doch das deutsche Aktienrecht bis zur kleinen Aktienrechtsreform 1931 seit 1884 ausdrücklich eine fakultative Bilanzprüfung, ohne die Verantwortlichkeit aber entsprechend einzuzäunen.³⁵⁷⁷

Dieser Konnex lässt sich wie folgt erklären: Zwar befürworteten die Redaktoren der kleinen Aktienrechtsreform 1931 eine obligatorische Abschlussprüfung, um die Wurzeln der damaligen Wirtschaftskrise auszujäten.³⁵⁷⁸ Andererseits befürchteten sie aber, dass sich in der Praxis eine plötzlich geschaffene, allgemeine Pflichtprüfung nicht verwirklichen ließe: Fraglich war, ob sich genügend ausreichend qualifizierte³⁵⁷⁹ Sachverständige finden würden³⁵⁸⁰, die bereit wären, für ein verhältnismäßig geringes Entgelt ein „schweres

³⁵⁶⁹ Vgl oben bei FN 3421.

³⁵⁷⁰ Vgl oben bei FN 3423.

³⁵⁷¹ S zum Zweck der Haftungsbeschränkung weiters etwa *U. Torggler*, wbl 2001, 552 f; *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Rz 9 (freilich mit Kritik); *Teichmann/Koehler*, AktG³ (1950) § 135 Rz 3; *Liebscher*, Abschlußprüfer 53; *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 54; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB³ (2010) § 323 Rz 2, 46; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 4, 158.

³⁵⁷² Vgl *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 98 f; anschaulich zu den Risiken *Liebscher*, Abschlußprüfer 74 ff; vgl dazu auch die bei *C. Nowotny* in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 304, aufgezeigten Risiken bei der Prospektkontrolle.

³⁵⁷³ Interessanterweise wird die Haftungsschwelle der groben Fahrlässigkeit im Anwendungsbereich der §§ 37b, 37c WpHG ganz ähnl begründet, zB bei *Hopt/Voigt* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformatihaftung 125, 127.

³⁵⁷⁴ ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; *Dehn*, ÖBA 2002, 382; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 102; vgl *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 7.

³⁵⁷⁵ S dazu noch unten in FN 3801.

³⁵⁷⁶ *Schauer*, RdW 1999, 291; *Kalss*, ÖBA 2002, 191; *dies*, ÖBA 2002, 201; *Dehn*, ÖBA 2002, 378; *Hirte*, Berufshaftung 67; *Canaris*, ZHR 163 (1999) 234.

³⁵⁷⁷ S dazu oben bei FN 886.

³⁵⁷⁸ S dazu oben bei FN 899.

³⁵⁷⁹ Vgl *Müller*, *Wussow* und *Hachenburg*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 534, 535 f, 545.

³⁵⁸⁰ Vgl *Kalss*, ÖBA 2002, 201: geringe personelle Ausstattung; *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) Einführung zu §§ 262a ff (S 155).

Amt³⁵⁸¹ (womit wohl insb die Komplexität der Abschlussprüfung gemeint war³⁵⁸²) mit „mensenunwürdige[m]“³⁵⁸³ Haftungsrisiko zu übernehmen.³⁵⁸⁴ Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer musste ja erst entwickelt werden.³⁵⁸⁵

Als Konsequenz beschränkte man nicht nur den Anwendungsbereich der Pflichtrevision vorerst auf größere Aktiengesellschaften.³⁵⁸⁶ Man kam auch dem Prüfer, im vorläufigen Reichswirtschaftsrat als „armer Teufel“ bezeichnet³⁵⁸⁷, entgegen, indem man seine Verantwortlichkeit in Anlehnung an die Grundsätze der Gefährdungshaftung³⁵⁸⁸ betraglich begrenzte.³⁵⁸⁹ Damit sollte auch der Wettbewerb unter den Bilanzprüfern gefördert und verhindert werden, dass kapitalstarke Wirtschaftsprüfer eine Art Monopolstellung einnehmen.³⁵⁹⁰ Als Ausgleich dafür und „um eine verantwortungsbewußte Prüfung unter allen Umständen zu gewährleisten“, maß man der Prüferhaftung allerdings zwingenden Charakter bei.³⁵⁹¹

³⁵⁸¹ So Wussow, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 537 (hinsichtlich des Amtes des Abschlussprüfers trotz Haftungsbeschränkung).

³⁵⁸² S Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 322 f, 327.

³⁵⁸³ Vgl Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 549, der wohl etwas überspitzt die Ansicht Cohens zur Rechtslage mit Haftungsbeschränkung wiedergibt.

³⁵⁸⁴ Vgl Cohen, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 524 ff, 545 (Irrtum bei der Prüfung sei „sehr leicht möglich“), 546 f, der offenbar sogar die Beschränkung auf 100.000 Reichsmark als nicht ausreichend erachtete; vgl Hartung, ebd 543: „Die Leute müßten ja verhungern“; vgl Hachenburg, ebd: „große Verantwortung“; vgl aus neuerer Zeit London Economics, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258: „The profession is already viewed as increasingly less attractive and as risky, and, in their replies to the survey, audit firms have indicated that unlimited liability makes it more difficult to attract talented people into the profession“; ErwGr 3 Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften; zu den Markteintrittsbarrieren für Ratingagenturen, die durch eine zivilrechtliche Haftung verstärkt werden, s etwa GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 14.

³⁵⁸⁵ Kißkalt, 2. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht an den Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Frank, abgedr in Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 518; BB 1984, 1180; Kalss, ÖBA 2002, 201; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 2; vgl auch Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 328.

³⁵⁸⁶ Quassowski und Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 527. Auch größere Kommanditgesellschaften auf Aktien waren schon ursprünglich erfasst (s oben in FN 896).

³⁵⁸⁷ Cohen, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 524.

³⁵⁸⁸ Schmölder, JW 1930, 3688; Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 328; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; vgl dazu noch unten bei FN 3685.

³⁵⁸⁹ Vgl Schmölder, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 549: Kompromisse waren bei der Einführung der Wirtschaftsprüfung unvermeidbar; Kalss, ÖBA 2002, 201; Walter Doralt, ÖBA 2006, 174; Dehn, ÖBA 2002, 379; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 1; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 2; vgl zum „Kompromisscharakter“ der Haftung der Prospektkontrolloren Gruber, wbl 1992, 42.

³⁵⁹⁰ Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 328; vgl auch Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 18; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 19; Hermann in Heymann/Horn, HGB³ (1999) § 323 Rz 9; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 18; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 51; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 7; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 73, 162; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140.

³⁵⁹¹ Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16; Schmölder, JW 1930, 3688. Der mit einer ex-ante unabdingbaren Haftung verfolgte verhaltenssteuernde Effekt (vgl dazu auch U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 40) zeigt sich insb darin, dass historisch wie heute ein nachträglicher Verzicht auf den Ersatzanspruch sehr wohl für möglich gehalten wurde bzw wird, s Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 330; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 12; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 18; Ritter, AktG² (1939) § 42 Rz 11; Geist in Jabornegg, HGB (1997) § 275 Rz 15; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 43; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 40; Teichmann/Koehler, AktG³ (1950) § 135 Rz 3; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 19; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 50; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 73; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140; Liebscher, Abschlußprüfer 50; Walter Doralt/Kozioł in Kozioł/Walter Doralt, Abschlussprüfer 100. Das gilt mE aber nicht, wenn die Gesellschaft vom Anspruch keine Kenntnis hat (Blankoverzicht; vgl die sinngemäß geltenden

Ebenso wie von Anfang an die stufenweise Erstreckung der Verpflichtung zur Abschlussprüfung auf kleinere Gesellschaften geplant war³⁵⁹², wurde hinsichtlich der betragslichen Haftungsbegrenzung von einer nötigen „Übergangsbestimmung“ gesprochen³⁵⁹³.

2) Während der Gesetzgeber dem erstgenannten Anliegen in späteren Reformen des Gesellschaftsrechts tatsächlich entsprach (vgl. § 268 Abs 1 UGB), wurde die Haftungsbeschränkung zwar über die Jahre hinweg vor allem wegen der Wertentwicklung des Geldes³⁵⁹⁴ angepasst³⁵⁹⁵, blieb aber bis heute dem System der (deutschen und) österreichischen Abschlussprüferhaftung erhalten; ganz im Gegenteil trat eigentlich die umgekehrte Entwicklung ein: Wie bereits erwähnt, dehnte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Haftungsschranke auf andere (schadensgeneigte) Tätigkeiten aus,³⁵⁹⁶ bei denen die der Beschränkung zugrunde liegende *ratio* als ebenso tragfähig erachtet wurde.³⁵⁹⁷

Namentlich wurden die Vermeidung einer existenzgefährdenden Haftung, die Sicherstellung der Aktionsfreiheit des von der Haftung Bedrohten und die Möglichkeit der Versicherbarkeit von Haftungsrisiken vom Gesetzgeber im Bereich des Kapitalmarktrechts als Gründe für eine Beschränkung der Dritthaftung gegenüber Anlegern herangezogen (§ 14 Z 6 KMG). Das leitet über zur Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf die (mE nicht bestehende³⁵⁹⁸, für die nachfolgende Untersuchung jedoch unterstellte) allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers.

Ausführungen unten in FN 3650). Soweit nachträgliche Dispositionen demnach an sich zulässig sind, wäre hierfür mE aber eine Analogie zu § 84 Abs 4 Satz 3 und 4 AktG erwägenswert (vgl. § 43 iVm § 42 AktG; ferner die Beschränkung in § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG).

³⁵⁹² *Schmölder*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr. in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 515, 527, 529, 551; *Habersack/Schürmbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 5; vgl. *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 271.

³⁵⁹³ *Hachenburg*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr. in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 545; vgl. auch *Müller*, ebd. 534; Übergangszeit mit Übergangsschwierigkeiten; *Kalss*, ÖBA 2002, 201; *Walter Doralt*, ÖBA 2006, 174; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 2; *Hopt*, AcP 183 (1983) 717.

³⁵⁹⁴ S. ErläutRV AktG 1965, 73; ErläutRV RLG 1990, 72.

³⁵⁹⁵ Vgl. § 141 AktG 1965 (öS 250.000), GesRÄG 1982 (öS 2.500.000), RLG 1990 (öS 5.000.000), FMAG 2001 (€ 2.000.000 – € 20.000.000), GesRÄG 2005 (€ 2.000.000 – € 12.000.000). Zur Anpassungspflicht des Gesetzgebers aufgrund des Gleichheitssatzes *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 967.

³⁵⁹⁶ S. oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.αα. Ausgangsbasis“.

³⁵⁹⁷ Vgl. oben bei FN 3568.

³⁵⁹⁸ Ausf. dazu oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

yy. Übertragung auf die Dritthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum

1) Man mag § 275 Abs 2 UGB *de lege ferenda* als „systemfremdes Privileg“ für die vertragliche Haftung des Prüfers gegenüber der Gesellschaft kritisieren³⁵⁹⁹ (was mE aber angesichts der zahlreichen Normen, die auf die Bestimmung verweisen³⁶⁰⁰, zweifelhaft ist) und für eine Abschaffung des § 275 Abs 2 UGB eintreten, *de lege lata* lässt sich an der betragslich beschränkten Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft jedoch sicherlich nicht „rütteln“.

2) Beinahe ebenso klar ist mE auch, dass die eindeutig in den Materialien hervortretende³⁶⁰¹ *ratio* dieser Vorschrift zu einer analogen Anwendung der Haftungsbeschränkung auf die vom OGH (zu Unrecht³⁶⁰²) angenommene allgemeine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten zwingt^{3603 3604}. Denn die Gründe iSd § 7 Satz 1 ABGB des § 275 Abs 2 UGB treffen *umso mehr* auf eine solche Dritthaftung gegenüber allen und jedem zu (Größenschluss³⁶⁰⁵),³⁶⁰⁶ was sich auch aus § 220b Abs 3 AktG und insb § 14 Z 6 KMG³⁶⁰⁷ ergibt. Die „Gleichheit des Rechtsgrundes und Schutzbedürfnisses“³⁶⁰⁸ ist insofern mE evident.

³⁵⁹⁹ Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 99 (dort [S 100] auch mit weiterer Kritik); Walter Doralt, ÖBA 2006, 174; deutlich Wilhelm, *ecolex* 2001, 881: „Trotzdem gehört das Prüfer-Haftungsprivileg insgesamt in den Gulli der Geschichte, aus der es sich fortgeerbt hat“; vgl auch Dehn, ÖBA 2002, 379; Koziol, JBl 2004, 282; Wilhelmer, RdW 2007, 455; Peter Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³ (2008) § 49 Rz 61; die Haftungsbeschränkung jedoch *de lege ferenda* verteidigend Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 4; vgl dazu noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.δ.αα. § 275 Abs 2 UGB als system- und sachwidrige „Ausnahmevorschrift“ bloß für Wirtschaftsprüfer bzw Abschlussprüfungen?“.

³⁶⁰⁰ S oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.αα. Ausgangsbasis“.

³⁶⁰¹ Gegen Enzinger in FS Straube (2009) 30, der meint, aus den Materialien ergäben sich keine Rückschlüsse hinsichtlich der Anwendung der Haftungsbeschränkung auf die Dritthaftung.

³⁶⁰² Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

³⁶⁰³ Allg dazu, dass § 7 ABGB zur Analogie verpflichtet, sofern ihre Voraussetzungen vorliegen: Rüffler, JRP 2002, 69.

³⁶⁰⁴ So (iE) auch Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht 213 mit FN 138; Koziol, JBl 1995, 689; U. Torggler, wbl 2001, 553; ders, GBU 2002/03/06; ders, AnwBl 2003, 620 (der aber ebenso die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers für Fahrlässigkeit ablehnt); Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 958; Artmann, RdW 2007, 325; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 101; Dehn, ÖBA 2002, 391; wohl auch Bertl/Fraberger, RWZ 2002, 61; für Deutschland bereits Hopt, AcP 183 (1983) 714; aA Wilhelm, *ecolex* 2001, 881.

³⁶⁰⁵ Allg zum Größenschluss als Unterfall analoger Rechtsanwendung F. Bydliński, *Methodenlehre*², 479 f.

³⁶⁰⁶ Artmann, JBl 2000, 633; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 966, 969 f; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 2; vgl Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw KonTraG, BT-Drucksache 13/9712, 35: „unkalkulierbar hohe[] wirtschaftliche[] Risiken“; vgl auch Z 3 Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften.

³⁶⁰⁷ Die Bestimmung kann mE aber keinesfalls zur Begründung der allg Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten herangezogen werden; insb nicht dafür, den durch die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers allenfalls geschützten Personenkreis sachgerecht einzugrenzen (Schutz bloß der Anleger). § 14 Z 6 KMG schützt nur die Anleger, weil der Rechenschaftsbericht für diese bestimmt ist, sie sind ausschließliche Informationsadressaten desselben. Für den Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers kann dies nicht angenommen werden. Dieser richtet sich ebenso an sonstige Gläubiger (zu diesem Unterschied s bereits oben in FN 1936). § 14 Z 6 KMG verleitet vielmehr zum Umkehrschluss dahingehend, dass der Abschlussprüfer anders als der Rechenschaftsberichtsprüfer grunds nicht für fahrlässige Prüfungsfehler haftet (s bereits oben nach FN 1010), hätte es doch ansonsten der anlegerschützenden Formulierung in § 14 Z 6 KMG gar nicht bedurft und müsste man beim KMG-Gesetzgeber anderenfalls eine Schizophrenie diagnostizieren (vgl § 11 Abs 1 Z 4 KMG).

³⁶⁰⁸ Dazu oben bei FN 3509. Als Rechtsgrund der beschränkten Haftung könnte man die vom Gesetzgeber insb im Rahmen der § 275 Abs 2 UGB, § 14 Z 6 KMG berücksichtigten „Haftpflchtwagnisse“ (hohes Schadenersatzrisiko bei besonders haftungsgeneigter Tätigkeit) identifizieren (dazu oben bei FN 3566). Schutzbedürfnis meint in diesem Zusammenhang das insb in § 275 Abs 2 UGB, § 14 Z 6 KMG gesetzlich anerkannte Bedürfnis des Prüfers nach einer überschaubaren Haftung (dazu oben bei FN 3565).

Dagegen lässt sich auf keinen Fall die Diskrepanz zwischen möglicher Schadens- und maximaler Haftungssumme³⁶⁰⁹ ins Treffen führen, weil diese gerade der gesetzgeberische Zweck der Einführung der Haftungsbeschränkung war.³⁶¹⁰ Ebenso wenig kann die Tatsache, dass sich die geprüfte Gesellschaft und nicht der Dritte den Prüfer aussucht, für eine unbegrenzte Haftung diesem gegenüber sprechen, weil dem nach der *ratio* des § 275 Abs 2 UGB überhaupt keine Bedeutung zukommt.³⁶¹¹ Einer Analogie zu dieser Norm steht auch nicht der gesetzlich-originäre Charakter des allfälligen Ersatzanspruchs des Dritten entgegen, weil nicht eine wortlautgetreue, sondern eine analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB im Raum steht und der Zweck der Beschränkung nicht auf die Haftungsgrundlage abstellt.³⁶¹²

Lehnt man die spezielle Regelung des § 275 Abs 2 UGB *de lege ferenda* ab („Systemwidrigkeit“), darf dies mE nicht dazu führen, dass man diese augenfällige Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht ernst nimmt und diese durch Verneinung der auf der Hand liegenden Analogie untergräbt.³⁶¹³ Nur eine „sachlich verfehlte“ Ausnahmegvorschrift könnte möglicherweise für sich genommen einer analogen Anwendung entzogen sein,³⁶¹⁴ was man aber hinsichtlich einer betraglichen Begrenzung der weitreichenden Fahrlässigkeitshaftung iSd *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff) beim besten Willen nicht behaupten kann.³⁶¹⁵ Denn eine unbegrenzte Dritthaftung gegenüber allen möglichen Gläubigern und Anlegern könnte so manchen Wirtschaftsprüfer wirtschaftlich ruinieren.³⁶¹⁶ Diesem Judikat ist also, in Bezug auf den Analogieschluss, im Ergebnis jedenfalls zuzustimmen, auch wenn die höchstgerichtliche Begründung dafür etwas „holprig“ erscheint.³⁶¹⁷

3) Schon aufwendiger ist freilich die Argumentation, wenn man die analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf Fälle wie die Dritthaftung von Ratingagenturen prüft (s im

³⁶⁰⁹ Vgl OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279 (286): Schaden, der den (damaligen) Haftungshöchstbetrag um das Zwanzigfache überstieg.

³⁶¹⁰ U. Torggler, wbl 2001, 553; Artmann, ÖZW 2002/3, 93.

³⁶¹¹ Artmann, ÖZW 2002/3, 94; vgl auch U. Torggler, wbl 2001, 553.

³⁶¹² U. Torggler, wbl 2001, 553; Dehn, ÖBA 2002, 391.

³⁶¹³ Vavrovsky, ÖBA 2001, 586; Artmann, ÖZW 2002/3, 93; Karollus, RdW 2006, 392.

³⁶¹⁴ S dazu noch unten bei FN 3711, 3811; zur Problematik dieser Auffassung s noch unten in FN 3811.

³⁶¹⁵ Die Begründung hierfür ergibt sich, wenn man aus der Argumentation betreffend die analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf das Verhältnis Prüfer-Gesellschaft bei freiwilligen Testatsprüfungen einen Größenschluss zieht, s dazu unten bei FN 3811.

³⁶¹⁶ Köndgen, Selbstbindung 396.

³⁶¹⁷ ME bedarf es aber keiner analogen Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf solche Dritthaftungen, die aus einer besonderen Nahebeziehung zwischen Abschlussprüfer und Dritten, insb aus einer Zusatzerklärung zum Bestätigungsvermerk, resultieren (s dazu oben bei FN 991, 2726; wie hier *Canaris*, ZHR 163 [1999] 234; U. Torggler, wbl 2001, 554; zur abw Ansicht des BGH s bei und in FN 993), weil hier die Sache nicht anders gelagert ist als in „klassischen“ Gutachter-Dritthaftungsfällen (wo die Ersatzpflicht des Gutachters unbeschränkt ist) und der Abschlussprüfer das damit verknüpfte Dritthaftungsrisiko auch ohne Haftungsschranke überschauen kann. Möchte er das insofern unbeschränkte Dritthaftungsrisiko nicht eingehen, so steht es ihm (wie jedem Gutachter [vgl oben bei FN 2513]) frei, auf die Setzung eines besonderen Vertrauensstatbestands zu verzichten. Aufgrund dieser Verzichts-Möglichkeit bedarf es nicht der summenmäßigen Begrenzung einer solchen Dritthaftung, damit der „Prüfer zum Nutzen seiner Arbeit von der drückenden Besorgnis, unbeschränkt zum Schadenersatz verpflichtet zu sein, befreit“ und die Versicherbarkeit sichergestellt wird (vgl U. Torggler, wbl 2001, 554), wie die Materialien die Haftungsbegrenzung aber begründen (die relevante Passage ist oben bei FN 3565 abgedr).

Detail unten S 395 ff). ME muss man aber aufgrund des Zwecks, der dieser Bestimmung zugrunde liegt, und der systematischen Notwendigkeit einer über den geschützten Personenkreis „Anlegerpublikum“ hinausgehenden Haftungseinschränkung (§ 11, § 14 Z 6 KMG)³⁶¹⁸ für eine Analogie auch in diesem Zusammenhang eintreten.³⁶¹⁹

Denn wie bei der (vermeintlichen Dritt-)Haftung des Abschlussprüfers handelt es sich beim Bonitätsrating (wie bei jeder Kreditauskunft³⁶²⁰) um eine hoch komplexe Tätigkeit³⁶²¹ (man denke nur an die notwendige Abschätzung von Zukunftszahlen³⁶²²), die in besonderem Maße schadensgeneigt und haftungsträchtig³⁶²³ ist (hohe Fehleranfälligkeit, insb bei Bewertungen von strukturierten Finanzinstrumenten³⁶²⁴, unsichere Abgrenzung des Sorgfaltsmaßstabs³⁶²⁵). Daher gilt es auch hier, eine ausufernde Haftung Dritten gegenüber, für die nicht einmal ein persönlicher Kontakt vorausgesetzt wird³⁶²⁶, zu vermeiden.³⁶²⁷ „A limitation on [Rating Agency’s] liability would reduce the risk of potential catastrophic claims.“³⁶²⁸ Das vom Gesetzgeber im Rahmen des § 275 Abs 2 UGB respektierte Interesse des Schädigers, eine erschweringliche Versicherung zu erlangen und dadurch auch seine Handlungsfreiheit zu gewährleisten, muss ebenso im Zusammenhang mit veröffentlichten (vgl § 14 Z 6 KMG) Bonitätsbewertungen beachtet werden.³⁶²⁹ Daher liegt mE eine Gleichheit des „Rechtgrundes und des Schutzbedürfnisses“ auch hier vor.³⁶³⁰

Die Zwecke insb der § 14 Z 6 KMG, § 275 Abs 2 UGB erfordern mE aber nur insofern eine (gesamt-)analoge³⁶³¹ Anwendung, als es um eine „allgemeine“ Dritthaftung von Ratingagenturen geht;³⁶³² nach dem hier vorgeschlagenen Haftungsmodell also um eine

³⁶¹⁸ S dazu bereits oben bei FN 3474, 3488, 3502.

³⁶¹⁹ Vgl P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 368, wonach die *ratio* der Haftungsbeschränkung für andere Fälle ebenso passend sei, wobei P. Bydlinski allerdings die analoge Anwendung auf die Prospektprüfung ablehnt (S 378 mit FN 105); anders als hier wohl Öllinger, Haftung 211, 213, der freilich nicht ausdr auf die Möglichkeit der Analogie eingeht; s auch Schroeter, Ratings 914 f FN 228, 234.

³⁶²⁰ Welser, Haftung 119.

³⁶²¹ Vetter, WM 2004, 1702; Kley/Pape in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 922; Fischer, Haftungsfragen 53, 67; zur Abschlussprüfung s H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 12.

³⁶²² Hennrichs in FS Hadding (2004) 880.

³⁶²³ Sindelar/Mandl, ÖBA 2014, 101.

³⁶²⁴ Haar, DB 2013, 2496.

³⁶²⁵ Vgl dazu oben bei FN 3572.

³⁶²⁶ Vgl oben unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“; RIS-Justiz RS0026786, OGH 22.06.1978, 2 Ob 515/78.

³⁶²⁷ Vgl U. Torggler, wbl 2001, 553.

³⁶²⁸ So für die Abschlussprüfung London Economics, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 259; vgl auch oben unter „Teil 1.I.D.3.b.aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung“.

³⁶²⁹ Vgl Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 960, wonach es dem Haftpflichtigen aus verfassungsrechtlicher Sicht möglich sein müsse, eine angemessene Risikobegrenzung zu bewirken. Die Angemessenheit orientiere sich dabei an jenen wirtschaftlichen Erträgen („Belohnung“), die er aus dem die Haftung begründenden Rechtsverhältnis lukriert.

³⁶³⁰ Vgl oben bei FN 3509 und in FN 3608; näher zum Rechtsgrund noch unten bei FN 3771.

³⁶³¹ Allg zur Gesamtanalogie: F. Bydlinski, Methodenlehre², 478 f; Rüffler, JRP 2002, 72. Das dort von Rüffler angesprochene Problem (Unbestimmtheit der aus der Gesamtanalogie gewonnenen Rechtssätze) wird im Rahmen der hier angestrebten Analogie nicht schlagend, weil die maßgeblichen Rechtsfolgen der analog angewandten Normen übereinstimmen und eine Unbestimmtheit iS Rüfflers damit nicht vorliegt.

³⁶³² S dazu noch unten bei FN 3757; vgl aber auch BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948 (1951), wo der BGH mE zu Unrecht (soeben oben in FN 3617) die Anwendung der Haftungsbegrenzung auf einen Fall bejaht, in dem sich die Dritthaftung des Abschlussprüfers aus einem spezifischen Kontakt zwischen diesem und dem Dritten ergibt.

Dritthaftung gem § 1300 Satz 1 ABGB für *solicited* Emissionsratings³⁶³³. Hingewiesen sei darauf, dass § 14 Z 6 KMG genau auf jene Dritte abzielt, die nach der hier vertretenen Auffassung gem § 1300 Satz 1 ABGB vor fehlerhaften Ratings geschützt sind (die Anleger)³⁶³⁴. Auch aus diesem Grund eignet sich diese Bestimmung des KMG mE für eine Analogie im hier interessierenden Zusammenhang. Befürwortet man darüber hinaus eine Dritthaftung für *unsolicited* oder gar Emittentenratings, müsste man mE umso mehr eine analoge Anwendung haftungsbeschränkender Regelungen wie die des § 275 Abs 2 UGB unterstützen, weil diesfalls eine Haftungsausuferung im noch größeren Ausmaß droht.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die Rechtslage hierzulande aufgrund der zahlreichen Vorschriften, die auf § 275 UGB verweisen, und insb § 14 Z 6 KMG, eine besondere ist. Es stellt daher mE keinen unerklärlichen Widerspruch dar, wenn man in Deutschland eine summenmäßige Beschränkung der Haftung von Ratingagenturen *de lege ferenda* befürwortet³⁶³⁵, genau dies jedoch in dieser Arbeit schon auf Basis des geltenden Rechts vertreten wird.³⁶³⁶

γ. Rechtsfolgen

1) Je nach Größe des geprüften und bewerteten Emittenten kann es bei einer fahrlässigen Pflichtverletzung der Ratingagentur³⁶³⁷ zu einer betraglich unterschiedlich hohen Dritthaftung (für beantragte Emissionsratings) kommen. Bei der Bewertung der Emission eines kleinen oder mittelgroßen Emittenten (§ 221 Abs 2 UGB³⁶³⁸) beläuft sich die Haftungsgrenze pro Emissionsrating auf zwei Millionen Euro; bei der eines großen Emittenten (§ 221 Abs 3 UGB³⁶³⁹) auf vier Millionen Euro; bei der eines (sehr) großen Emittenten, bei dem das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer

³⁶³³ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

³⁶³⁴ S dazu oben nach FN 2774.

³⁶³⁵ Wagner in FS Blaurock (2013) 491 ff; zust Blaurock, EuZW 2013, 611; vgl auch schon dens, ZGR 2007, 652; s zum Vorschlag Wagners auch Haar, DB 2013, 2495; für einen Haftungshöchstbetrag wohl auch Habersack, ZHR 169 (2005) 208; Hennrichs in FS Hadding (2004) 890 (alternativ Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit); s auch Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 78; Schantz, Verantwortlichkeit 176 ff; für die Dritthaftung des Abschlussprüfers am Sekundärmarkt H.-B. Schäfer/Bigus, Haftung 24 (alternativ Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit); allg für die Dritthaftung von Experten für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen auch Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 6, 81; Hopt, WM 2013, 112.

³⁶³⁶ Andere Vorschläge einer „begrenzten Haftung“, etwa eine Gewinnabschöpfung, wie sie (*de lege ferenda*) Haar, DB 2013, 2495 f (vgl auch dies, ZBB 2009, 185 ff; dies, NZG 2010, 1285; dies, Civil Liability 21 f; zust Kumpan in FS Hopt II [2010] 2167; Amort, EuR 2013, 283 f) vorschlägt, dürften sich auf Basis des geltenden österreichischen Rechts dagegen nicht verwirklichen lassen.

³⁶³⁷ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.β.γγ. Die Anforderungen im Einzelnen“.

³⁶³⁸ Zusammengefasst sind dies Gesellschaften, die *zumindest zwei* der folgenden Größenmerkmale *nicht* überschreiten dürfen: a) € 20 Mio Bilanzsumme, b) € 40 Mio Umsatzerlöse in den letzten zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag, c) im Jahresdurchschnitt 250 Arbeitnehmer. Die durchschnittliche Arbeitnehmeranzahl bestimmt sich nach der Anzahl an den jeweiligen Monatsletzen innerhalb des Geschäftsjahres (§ 221 Abs 6 UGB).

³⁶³⁹ Große Gesellschaften müssen *zumindest zwei* der in FN 3638 aufgezählten Kriterien (a-c) überschreiten, wobei Unternehmen von öffentlichem Interesse, insb kapitalmarktorientierte Gesellschaften (näher § 189a Z 1 UGB) stets als groß gelten.

großen Gesellschaft überschritten wird³⁶⁴⁰, auf acht Millionen Euro und bei der eines (besonders) großen Emittenten, bei dem das Zehnfache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird³⁶⁴¹, auf zwölf Millionen Euro^{3642 3643}.

Da der einseitig zwingende Charakter der Abschlussprüferhaftung schon immer notwendiges Korrelat zur summenmäßigen Haftungsbegrenzung war³⁶⁴⁴, kann die ebenso beschränkte Dritthaftung der Ratingagenturen analog § 14 Z 6 KMG (vgl auch § 220b Abs 3 AktG) iVm § 275 Abs 4 UGB *ex ante* nicht abbedungen oder eingeschränkt werden^{3645 3646}. Dieses Ergebnis passt gut zur alteingesessenen Prospekthaftung, für die schon der Gesetzgeber des Jahres 1896 im Interesse des Anlegerschutzes die Notwendigkeit erkannt hat, privatautonome Dispositionen im Voraus³⁶⁴⁷ in Bezug auf die Haftung zu verbieten (§ 46 Abs 1 dBörsenG 1896³⁶⁴⁸; vgl § 11 Abs 4 KMG³⁶⁴⁹).³⁶⁵⁰ Auch damit wurde offensichtlich ein Ausgleich zu den gesetzlichen Haftungsschranken der Prospekthaftung³⁶⁵¹ verwirklicht.

³⁶⁴⁰ Also ein großer Emittent mit einer Bilanzsumme von über € 100 Mio oder Umsatzerlösen von über € 200 Mio.

³⁶⁴¹ Also ein großer Emittent mit einer Bilanzsumme von über € 200 Mio oder Umsatzerlösen von über € 400 Mio.

³⁶⁴² Die Ratingagentur trägt bezüglich der Haftungsbeschränkung die Beweislast, weil diese den Anspruch des Schadenersatzgläubigers mindert bzw mindern kann. Zweifel hinsichtlich der relevanten Emittentengröße müssen daher zu Lasten der Ratingagentur gehen, die diesfalls auf bis zu € zwölf Mio haftet.

³⁶⁴³ Die Rechtsfolgen der Größenmerkmale treten ab dem folgenden Geschäftsjahr ein, wenn die Merkmale an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren (nicht mehr) überschritten werden (§ 221 Abs 4 UGB). Bei Um- und Neugründungen reicht es aber grundsätzlich, wenn sie am ersten Abschlussstichtag nach der Um- oder Neugründung vorliegen. Entsprechendes gilt, wenn ein (Teil-)Betrieb aufgegeben wird und die Größenmerkmale um mindestens die Hälfte unterschritten werden (§ 221 Abs 4 UGB).

³⁶⁴⁴ S oben bei FN 3591; so auch P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 368; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 962, 965; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140; vgl auch Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 49; J. Zehetner, ÖZW 2013, 80.

³⁶⁴⁵ IE für Deutschland Wagner in FS Blaurock (2013) 486 f (Unzulässigkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse auch für leichte Fahrlässigkeit, soweit Kardinalpflichten betroffen sind); vgl zur Abschlussprüferhaftung OGH 4 Ob 89/04 y ÖBA 2005, 285 (287): „Mindeststandard“; zur zivilrechtlichen Gültigkeit vertraglicher Haftungserweiterungen (aber zT mit Hinweis auf die berufsrechtliche Problematik): A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932) § 262g Anm 10; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 12; Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in Pfundtner/Neubert, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5 § 141 AktG, Anm 6; Ritter, AktG² (1939) § 42 Rz 11; Mellerowicz in GroßKomm AktG² (1961) § 141 Anm 19; Hirte, Berufshaftung 69; Marsch-Barner in Ensthaler, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 9; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 18; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 51; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 11, 95; Schüppen in Heidel/Schall, HGB (2011) § 323 Rz 12; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 7; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 73; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 44; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 41; dazu tendierend auch Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 323 Rz 9; offen Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 18; aA noch Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 330.

³⁶⁴⁶ Ebenso für eine entsprechende Analogie hinsichtlich freiwilliger Abschlussprüfungen P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 380.

³⁶⁴⁷ S dazu oben bei FN 633; vgl dazu auch oben in FN 3591.

³⁶⁴⁸ Vgl auch § 80 Abs 2 BörsG 1899; s dazu Gruber, wbl 1990, 161; Nowak, Prospekthaftung 120.

³⁶⁴⁹ Zur Belanglosigkeit der Unternehmer- bzw Verbrauchereigenschaft in diesem Zusammenhang s Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 8.

³⁶⁵⁰ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 25; Meyer, BörsenG (1915) § 48 Anm 1; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁵ (2012) § 47 BörsG (14) Rz 1; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 56; Oulds in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.221. Nachträgliche (dh nach Entstehen des Anspruchs getroffene [Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht⁴ {2010} § 47 BörsG, Rz 1]) Vereinbarungen (Verzicht, Vergleich) sind daher zulässig (zB Renner, ÖBA 2001, 599), aber im Einklang mit dem Schutzzweck der zwingenden Natur der Prospekthaftung (dazu oben bei FN 633) nur insoweit, als der Anleger Kenntnis von der Entstehung des Anspruchs hat, wobei hinsichtlich der Beurteilung, ob Kenntnis vorliegt, ein großzügiger Maßstab angewendet werden sollte (idS schon Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² [2010] § 13 VerkProspG, Rz 116).

³⁶⁵¹ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.1.a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung“.

Eine weitere Konsequenz der Analogie zu § 14 Z 6 KMG, § 220b Abs 3 AktG, § 275 UGB und des Bestrebens, eine „Rosinentheorie“ zu vermeiden, ist mE die Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 275 Abs 5 UGB, die mE analog § 113 Abs 3 UGB, § 10 Abs 5 GenRevG ab Anspruchsentstehung³⁶⁵², dh Schadenseintritt,³⁶⁵³ zu laufen beginnt. Dabei ist eine allfällige Verbrauchereigenschaft des geschädigten Dritten unbeachtlich.³⁶⁵⁴

Historisch dürfte die fünfjährige Verjährungsfrist zwar mit dem „Organcharakter“ des Abschlussprüfers zusammenhängen³⁶⁵⁵. Sie erweist sich aber für die Dritthaftung³⁶⁵⁶ von

³⁶⁵² Bereits oben (bei FN 1031) wurde darauf hingewiesen, dass die Regelung über die Verjährung der Abschlussprüferhaftung mit der Qualifikation des Abschlussprüfers als Organ zusammenhängt, was zu einer einheitlichen Betrachtung von Abschlussprüfer- und Organhaftung verleitet. Nun ist bei der Haftung des Organwalters gegenüber der Gesellschaft die Rsp der Ansicht, dass die fünfjährige Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt, wofür § 1489 ABGB bemüht wird (OGH 9 ObA 148/05 p. ÖJZ 2007, 106 [107 f] [EvBl 17]; 5 Ob 306/76 ÖJZ 1978, 19 [20] [EvBl 4]). Dazu würde eine Haftung des Abschlussprüfers analog § 10 Abs 5 GenRevG in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen (vgl. *Wenger*, RWZ 2012, 294; *J. Zehetner*, ÖZW 2013, 86). In Deutschland wird demgegenüber vor dem Hintergrund der §§ 198 ff BGB vertreten, dass die Verjährungsfrist für die Geschäftsleiterhaftung ab Anspruchsentstehung zu laufen beginne (s. nur *Fleischer* in MünchKomm GmbHG [2012] § 43 Rz 330; *Spindler* in MünchKomm AktG⁴ [2014] § 93 Rz 291). Zwar kann der Verweis auf das BGB nicht einfach auf das österreichische (Gesellschafts-)Recht hinsichtlich der Geschäftsführer- und Vorstandshaftung übernommen werden. Richtig kann aber mE auch nicht die öRsp hierzu sein. Sie führt nämlich dazu, dass das ursprüngliche Anliegen des Gesetzgebers, die Frist im Interesse der im Gesellschaftsrecht besonders wichtigen Rechtssicherheit zu begrenzen (vgl. OGH 10 Ob 88/11 f. GesRZ 2013, 44 [48] [Oppitz]), geradezu verdreht wird (krit. auch *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 103): Die Verjährung wird gegenüber der allgemeinen Regel (§ 1489 ABGB) in jedem Fall von drei auf fünf Jahre verlängert. Das spricht in evidenter Weise für eine durch „Rechtsimplantation“ entstandene planwidrige Regelung und eine teleologische Reduktion des § 1489 ABGB in diesem Zusammenhang. Anzuknüpfen ist daher an andere gesellschaftsrechtliche Normen in der österreichischen Rechtsordnung, die eine ähnliche Verjährung regeln. Als sachnächste Vorschrift für den Fall der Geschäftsleiter- und Aufsichtsratsmitgliederhaftung erweist sich mE die Haftung für die Verletzung des Konkurrenzverbots durch den (idR geschäftsleitenden) OGisten gem § 113 UGB, sodass die (einzige und absolute) fünf-jährige Verjährungsfrist für die kapitalgesellschaftsrechtliche Geschäftsleiterhaftung ab Anspruchsentstehung zu laufen beginnt (§ 113 Abs 3 UGB analog; *U. Torggler*, GesRZ 2013, 44; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG [2014] § 25 Rz 34; vgl. *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ [1939] § 141 Rz 14). Für eine Übertragung des Fristbeginns des § 1489 ABGB auf die Haftung gem § 275 UGB sprechen genau dieselben Bedenken wie bei der Geschäftsleiterhaftung, die durch die einschlägigen Materialien (vgl. oben bei FN 3568: Haftungsbegrenzung) freilich noch verstärkt werden (für den Beginn der Verjährungsfrist ab Anspruchsentstehung *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung [1932] 332; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung [1938] § 141 AktG, Rz 19; *Teichmann/Koehler*, AktG³ [1950] § 135 Rz 3; *Mellerowicz* in *GroßKomm AktG*² [1961] § 141 Anm 18 (dort auch zur Irrelevanz der Kenntnis der Gesellschaft); s. dazu auch *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} [1932] § 262g Anm 11; gegen eine Lücke aber *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ [2012] § 275 Rz 84; zur neuen deutschen Rechtslage [Streichung des Verjährungsabsatzes des § 323 HGB] s. *Marsch-Barner* in *Ensthaler*, HGB⁸ [2015] § 323 Rz 9; *Wiedmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB² [2008] § 323 Rz 21; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ [2014] § 323 Rz 12; *Schüppen* in *Heidel/Schall*, HGB [2011] § 323 Rz 16; *Morck* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ [2015] § 323 Rz 8; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* [2011] § 323 HGB, Rz 97 ff; *Ebke* in *MünchKomm HGB*³ [2013] § 323 Rz 81; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁷ [2014] § 323 Rz 140 ff). Für den Fall der Abschlussprüferhaftung erweist sich wohl aber § 10 Abs 5 GenRevG gegenüber § 113 Abs 3 UGB als die sachnähere Norm, sodass insoweit die fünfjährige Verjährung ab Schadenseintritt laufen müsste (so die hM, RIS-Justiz RS0128616 mit T 1; RS0119141 T 1, OGH 02.02.2006, 2 Ob 299/05 t; 1 Ob 44/06 m. wbl 2006, 583 [585]; *Dehn*, ÖBA 2002, 388; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 38; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG [2009] § 33 Rz 11; *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³ [2011] § 42 Rz 57; *ders.*, ÖZW 2013, 85; *Schmaranzer*, Zak 2013, 155; vgl. auch *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 102 f; aA *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ [2012] § 275 Rz 82 ff: 5-jährige subjektive Frist entspr. § 1489, daneben 30-jährige, absolute Frist). Immerhin normiert das GenRevG ja explizit einen Fall der Haftung eines Revisors (zum Zusammenhang zwischen § 275 UGB und § 10 GenRevG, vgl. ErläutRV GenRevG, 26: Anlehnung an § 275 HGB). Allerdings harmonisiert § 10 Abs 5 GenRevG mit § 113 Abs 3 UGB, sodass es sich wohl um ein Scheinproblem handelt. Denn mit Schadenseintritt (vgl. § 10 Abs 5 GenRevG) wird der Anspruch in aller Regel entstehen (s. *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 102; *Teichmann/Koehler*, AktG³ [1950] § 135 Rz 3; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 40; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* [2011] § 323 HGB, Rz 98; vgl. § 113 Abs 3 UGB; abw. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung [1938] § 141 AktG, Rz 19: Es komme auf das schadensverursachende Verhalten an), wenn und weil – zeitlich vorgelagert – ein sorgfaltswidriges Verhalten gesetzt wurde, das eben zu diesem Schaden geführt hat. Davon dürfte § 10 Abs 5 GenRevG wohl auch ausgehen. Das spricht mE dafür, dass § 10 Abs 5 GenRevG entsprechend dem neueren § 113 Abs 3 UGB teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Anspruch mit Schadenseintritt noch nicht entstanden ist. ME kann nämlich nicht angenommen werden, dass der österreichische Gesetzgeber die Verjährung tatsächlich auch in einem solchen Fall (Auseinanderfallen von Schadenseintritt und Anspruchsentstehung) beginnen lassen wollte, weil die Verjährung in diesem Fall schon dann beginnen würde, wenn der Anspruch noch gar nicht geltend gemacht werden kann.

³⁶⁵³ Hierbei ist zu bedenken, dass der Schaden schon mit Erwerb eines wertlosen oder geringwertigen Papiers eintritt (s. dazu oben bei und in FN 3242).

³⁶⁵⁴ RS0128616 mit T 6, OGH 21.02.2013, 2 Ob 248/12 b.

³⁶⁵⁵ Vgl. oben bei FN 1031.

Ratingagenturen als systemgerecht, weil der Gesetzgeber sie nicht nur in der Stammfassung des § 11 Abs 7 KMG, sondern ebenso (über Verweis) in § 14 Z 6 KMG und § 220b Abs 3 AktG für anwendbar erklärt hat. Auch die historischen Zwecke der prospektrechtlichen Fünf-Jahresfrist (vordringliche Rechtssicherheit³⁶⁵⁷, *hindsight bias*, begrenzte Bedeutung länger zurückliegender Informationen für die psychische Kausalität)³⁶⁵⁸ und die diesbezüglichen ökonomischen Beweggründe (Schadenskalkulationsproblematik bei Wertpapiertransaktionen³⁶⁵⁹) treffen voll auf die Dritthaftung von Ratingagenturen zu.³⁶⁶⁰

Ist seitens der Ratingagentur ein Unabhängigkeitsverstoß iSd EU-RatingVO verwirklicht und hat sie davon Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, kann sie sich analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 Satz 7 UGB nicht auf die Haftungsbegrenzung berufen.³⁶⁶¹ ME bietet sich hierfür eine Anknüpfung an die *per-se*-Ratingverbote der EU-RatingVO³⁶⁶² an, die aufgrund ihrer Bedeutsamkeit und Rechtsklarheit eine Ausnahme von der betraglich beschränkten Haftung rechtfertigen. Gleiches gilt mE für eindeutige Verstöße gegen das Beratungsverbot der EU-RatingVO, insb hinsichtlich Empfehlungen für die Gestaltung strukturierter Finanzprodukte³⁶⁶³.

Bei Vorsatz der Ratingagentur³⁶⁶⁴ kommt ihr die Schranke des § 275 Abs 2 UGB ebensowenig zugute³⁶⁶⁵ (vgl § 11 Abs 6 KMG³⁶⁶⁶). Die Ratingagentur haftet in einem solchen Fall unbeschränkt nach § 1300 Satz 2 ABGB.³⁶⁶⁷ Für eine unbeschränkte Haftung

³⁶⁵⁶ Für die Übertragbarkeit der Verjährung iSd § 275 Abs 5 UGB auf die Fälle der Dritthaftung des Abschlussprüfers infolge Fahrlässigkeit RIS-Justiz RS0128186 mit T 3: § 275 UGB „als Einheit“ konzipiert; RIS-Justiz RS0128616 T 1, OGH 26.02.2013, 10 Ob 58/12 w; *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 40; *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 93; *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 21; aA *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 118 und *Karollus*, RdW 2006, 398: § 1489 ABGB; ebenso für die Verletzung von „objektiv-rechtlichen Schutzpflichten“ *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 881.

³⁶⁵⁷ Vgl dazu auch Begr RegEntw 4. FMFörderungsG, BT-Drucksache 14/8017, 94 (zu § 37b WpHG): „Im Hinblick auf die Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs im Wertpapierbereich und zur Schaffung von Rechtssicherheit wird eine absolute Verjährungsgrenze von drei Jahren angeordnet.“

³⁶⁵⁸ S dazu oben bei FN 611.

³⁶⁵⁹ S dazu oben bei FN 614.

³⁶⁶⁰ Vgl oben bei FN 2880, 1762 sowie unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ. Schadensbestimmung und -berechnung bei Kapitalmarktinformationshaftungen“.

³⁶⁶¹ Vgl *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 60; *Walter Doralt*, ÖBA 2006, 174; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 40; vgl auch ErläutRV URÄG 2008, 32, wonach auch Ausschlussgründe außerhalb des UGB zum Entfall der Haftungsbegrenzung führen können.

³⁶⁶² S dazu unten bei FN 5013.

³⁶⁶³ Dazu unten bei FN 5031.

³⁶⁶⁴ Richtigerweise ist Vorsatz der Repräsentanten der Ratingagentur (vgl § 337 ABGB) erforderlich, Vorsatz der Gehilfen genügt nicht (§ 275 Abs 2 Satz 5 UGB); wie hier ausdr Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16; *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 329; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 14; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 11; *Mellerowicz* in *GroßKomm AktG*² (1961) § 141 Anm 17; *Schlechtriem*, BB 1984, 1183; *P. Bydliński* in *FS Ostheim* (1990) 372 f; *Fraberger/Petriz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 108; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 7, 9; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB³ (2010) § 323 Rz 49; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 93; *Schmidt/Feldmüller* in *Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140; iE auch *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Rz 9.

³⁶⁶⁵ § 275 Abs 2 Satz 4 UGB („bei Fahrlässigkeit“) *e contrario*; ausdr Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 16; vgl auch ErwGr 3 Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften.

³⁶⁶⁶ IdS auch § 82a Abs 2 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 (Var B).

³⁶⁶⁷ S dazu oben nach FN 2813.

muss sich der Vorsatz – weil und soweit eine allgemeine Sorgfaltsverletzung im Raum steht – wie beim betraglich erweiterten Schadenersatz gem § 1324 ABGB³⁶⁶⁸ auf den (zumindest Erst-³⁶⁶⁹) Schaden (und nicht bloß auf den Pflichtverstoß) erstrecken.³⁶⁷⁰

Ein solcher Schadenersatzanspruch aus vorsätzlichem Verhalten verjährt aber entgegen der hM zur Abschlussprüferhaftung³⁶⁷¹ mE ebenso gem § 275 Abs 5 UGB innerhalb von fünf Jahren ab Schadenseintritt. Denn eine längere Verjährung bei vorsätzlichem Fehlverhalten bedeutete eine vom Wortlaut nicht gedeckte und historisch nicht indizierte Spaltung des § 275 Abs 5 UGB, die für diesen Bereich künstlich anmutet (vgl auch die einheitlichen Regelungen der § 25 Abs 6 GmbHG, § 84 Abs 6 AktG³⁶⁷²). Die Auslegung der hM darf mE insb nicht alleine mit der zufälligen und nach Maßgabe des Normzwecks irrelevanten Tatsache begründet werden, dass § 275 Abs 5 UGB ein „deutsch-österreichisches Rechtstransplantat“³⁶⁷³ darstellt.

2) Die für die Abschlussprüferhaftung diskutierte Problematik, dass bei Verteilung der Haftungshöchstsumme den Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den Abschlussprüfer Vorrang vor jenen der Gläubiger zukommen müsse,³⁶⁷⁴ stellt sich für die hier vertretene analoge Anwendung der § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB nicht: Ausschließlich Anleger sind vor fehlerhaften beantragten Emissionsratings gem § 1300 Satz 1 ABGB geschützt³⁶⁷⁵ und § 275 Abs 2 UGB ist mE nicht analog auf die vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten³⁶⁷⁶ anzuwenden³⁶⁷⁷.

³⁶⁶⁸ Ausf Karollus, Schutzgesetzverletzung 320 ff, insb 329; zust Schauer, RdW 1999, 295.

³⁶⁶⁹ Folgeschäden müssen vom Vorsatz nicht mehr umfasst sein: Schauer, RdW 1999, 295; J. Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 23; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 34; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 75; vgl bereits Motive BGB, 1. Kommission 727 f, abgedr in Mugdan, Materialien II (Schuldverhältnisse) 406.

³⁶⁷⁰ Schauer, RdW 1999, 295; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 963 FN 89; Dehn, ÖBA 2002, 383 FN 33; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 100 FN 45; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 34; nicht ganz klar C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 46, 56; aA (für das deutsche Recht) Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 32; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 65; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 103.

³⁶⁷¹ HM für die Abschlussprüferhaftung gegenüber der Gesellschaft, RIS-Justiz RS0128616 T 2, T 3, OGH 26.02.2013, 10 Ob 58/12 w; RIS-Justiz RS0128616 mit T 4, OGH 21.02.2013, 2 Ob 241/12 y; RIS-Justiz RS0128616 mit T 7, OGH 21.02.2013, 2 Ob 250/12 x; P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 370; Liebscher, Abschlußprüfer 50; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 88; für die Abschlussprüferhaftung gegenüber Dritten auch RIS-Justiz RS0128616 mit T 5, OGH 21.02.2013, 2 Ob 241/12 y; Schmaranzer, Zak 2013, 155; offenbar abw (3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger): C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 93.

³⁶⁷² Zur insofern bestehenden Parallele zwischen Abschlussprüfer- und Organhaftung s oben bei FN 1031.

³⁶⁷³ Vgl Wendehorst, Verjährung bei der Haftung des Abschlussprüfers - Probleme durch ein deutsch-österreichisches Rechtstransplantat, in FS Straube (2009) 233; s dazu bereits oben bei FN 957.

³⁶⁷⁴ Das Problem stellt sich bei der Abschlussprüferhaftung freilich nur, wenn man (zu Unrecht [s oben unter „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“]) eine allg Dritthaftung für fahrlässige Pflichtverstöße annimmt und darüber hinaus vertritt, dass die Haftungshöchstsumme nur einmal für sämtliche Geschädigte zur Verfügung stehe. Letzteres ist mE konsequent, weil eine Verdoppelung des Haftungsbetrags oder eine sonstige Potenzierung im eklatanten Widerspruch zu § 275 Abs 2 UGB stünde, wonach der Abschlussprüfer bei Fahrlässigkeit nur bis zu einem bestimmten Haftungsbetrag (und nicht auf ein Vielfaches desselben) haften soll (Artmann, ÖZW 2002/3, 94; dies, RdW 2007, 326; vgl zur hM, wonach die Haftungshöchstsumme unabhängig von der Anzahl der geschädigten Personen ist, unten bei und in FN 3679). ME ist in weiterer Folge auch der Vorrang des Gesellschaftsanspruchs zu bejahen, weil sich aus § 275 UGB und den Materialien (dazu oben bei FN 3568) ergibt, dass der Gesetzgeber den Schutz der Gesellschaft bis zur Haftungshöchstgrenze sicherstellen wollte (so auch die hM, Nw in FN 366 [s dort {FN 367} auch zur abw Mindermeinung]). Wie dieser Vorrang in praxi zu verwirklichen ist, ist freilich äußerst problematisch und spricht gegen die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers iS der Entscheidung Rieger Bank an sich (U. Torggler, wbl 2001, 553; vgl auch dens, GBU 2002/03/06; zur Rieger Bank-Entscheidung oben unter „Teil 1.I.C.2.a.aa. Judikatur: Rieger Bank et alia“).

³⁶⁷⁵ S dazu oben nach FN 2774; vgl auch Walter Doralt, RdW 2006, 690.

³⁶⁷⁶ Dazu unten „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

Den Anlegern steht die Haftungshöchstsumme des § 275 Abs 2 Satz 5 UGB insgesamt einmal pro Rating³⁶⁷⁸ zur Verfügung, unabhängig von der Menge der begangenen Pflichtverstöße, den daran beteiligten Personen, der Anzahl an Geschädigten und der Höhe des Gesamtschadens.³⁶⁷⁹ Übersteigt die Gesamtschadenssumme die Haftungsgrenze, stellt sich die Frage, ob die Ansprüche der Anleger nach dem Prinzip „*first come, first serve*“ (vgl § 1409 ABGB, § 15 Abs 1 SpaltG, § 56 Abs 1 AktG) zu bedienen sind³⁶⁸⁰ oder ob ihre Forderungen aliquot im Verhältnis Haftungshöchst- zu Gesamtschadenssumme zu kürzen sind (vgl § 15 Abs 3, § 16 Abs 2 EKHG, § 152 Abs 2 LFG, § 7b Abs 2 RHPfLG, § 156 Abs 3 Satz 1 VersVG; „Insolvenzmodell“).³⁶⁸¹ Letzteres würde konkret bedeuten, dass ein Anleger mit einem ersatzfähigen Schaden von € 10.000 bei einer Haftungshöchstgrenze von € 12.000.000 und einer Gesamtsumme der Schadenersatzansprüche von € 24.000.000 (Verhältnis 1:2), eine Kürzung seines Anspruchs um ½, dh 50% (auf € 5.000) hinnehmen müsste.

ME ist diese Lösung einem „Windhunderennen“³⁶⁸² jedenfalls vorzuziehen³⁶⁸³, weil die § 15 Abs 3, § 16 Abs 2 EKHG, § 152 Abs 2 LFG, § 7b Abs 2 RHPfLG als schadenersatzrechtliche Regelungen unzweifelhaft dem hier untersuchten Problem näher stehen. Dagegen statuieren die § 1409 ABGB, § 15 Abs 1 SpaltG eine Haftung im

³⁶⁷⁷ S unten bei FN 3760.

³⁶⁷⁸ Wie auch der Haftungshöchstbetrag bei der Abschlussprüferhaftung einmal pro Prüfung zur Verfügung steht, Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung (1932) 328; A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932) § 262g Anm 8; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 14; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl in Pfundner/Neubert, Reichsrecht (1938 ff) II b) 5 § 141 AktG, Anm 4; Ritter, AktG² (1939) § 141 Rz 3; Schlechtriem, BB 1984, 1183; Dehn, ÖBA 2002, 396; Wilhelmer, RdW 2007, 456; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 16; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 7; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 41 f.

³⁶⁷⁹ Wie bei der Abschlussprüfung, s Liebscher, Abschlußprüfer 50; Artmann, RdW 2007, 326; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 59, 90; Dehn, ÖBA 2002, 386; Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 34; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 141 AktG, Rz 14; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; Marsch-Barner in Ensthaler, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 8; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 9; Schüppen in Heidel/Schall, HGB (2011) § 323 Rz 15; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 323 Rz 7; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 92; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 48; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 72; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140.

³⁶⁸⁰ So Köck, ecolex 2005, 601; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 57 und J. Zehetner, ÖZW 2013, 82 (die freilich die allg Dritthaftung des Abschlussprüfers für Fahrlässigkeit ablehnen); in diese Richtung auch Dehn, ÖBA 2002, 392; dies, JAP 2002/2003, 60; vgl auch Liebscher, Abschlußprüfer 92. Die Argumentation Köcks (ecolex 2005, 601), die Wertungen des EKHG seien nicht übertragbar, weil es sich dabei um „Haftpfllichtrecht“ handle, wendet sich freilich gegen seine Position selbst. Auch bei § 275 UGB handelt es sich um Haftpfllichtrecht (Karollus, RdW 2006, 397; vgl nur Koziol, Haftpfllichtrecht I³; dens, Haftpfllichtrecht II²; Canaris in FS Larenz II [1983] 33); folgerichtig hat sich auch der historische Gesetzgeber bei Ausgestaltung der Abschlussprüferhaftung an die Gefährdungshaftung orientiert (s unten bei FN 3685).

³⁶⁸¹ So § 275 Abs 6 HGB idF MinEntw GesRÄG 2005 (s dazu ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 32); Ch. Nowotny/Sterl/U. Zehetner/Gelter in IWP, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 1998, 161 FN 128; Gelter, RWZ 1999, 297; Eckert/Gröhs/Kalss/Stöger in IWP, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003, 97 f mit FN 179 (die aber die genaue Verteilung offen lassen); Karollus, RdW 2006, 397; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 117; Leupold, Zak 2013, 412; vgl auch U. Torggler, wbl 2001, 553; für Deutschland Heukamp, ZHR 169 (2005) 478.

³⁶⁸² S dazu Kalss, ÖBA 2002, 204; dies, Anlegerinteressen 229; Bauer/J. Zehetner in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009) § 33 Rz 57; J. Zehetner, ÖZW 2013, 82.

³⁶⁸³ So auch § 276 Abs 6 HGB idF MinEntw GesRÄG 2005; für die Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen ebenso § 82a Abs 2 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 (Var B); für die Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen, insb die Prospekthaftung von Organmitgliedern bzw Dritter ebenso § 37a Abs 5 WpHG, § 44 Abs 5, § 44a Abs 2 dBörsenG, jeweils idF KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043 f; ebenfalls für die Dritthaftung von Ratingagenturen *de lege ferenda* Wagner in FS Blaurock (2013) 492; zust Blaurock, EuZW 2013, 611; vgl auch dens, ZGR 2007, 652; dies zu Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 160.

Zusammenhang mit einer Vermögensveräußerung iW³⁶⁸⁴, die bei einer Veröffentlichung von Ratings überhaupt nicht vorliegt. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass sich der historische Gesetzgeber bei Einführung der Haftungshöchstgrenze für Abschlussprüfer an der Gefährdungshaftung im Kfz-Bereich orientiert hatte,³⁶⁸⁵ was die hier vertretene Ansicht untermauert.³⁶⁸⁶ Zu Recht hat sich daher der Ministerialentwurf zum GesRÄG 2005 für eine anteilige Befriedigung der Anlegeransprüche im Rahmen der von ihm vorgesehenen, betraglich beschränkten Informations(dritt-)haftungen von Abschlussprüfern und Organmitgliedern entschieden (§ 275 Abs 6 Satz 3 HGB³⁶⁸⁷, § 82a Abs 2 Satz 3 BörseG³⁶⁸⁸, jeweils idF MinEntw GesRÄG 2005 [Variante B]).

Die Folgefrage, die sich stellt, namentlich wie denn die Ratingagentur wissen könne, an wen sie wie viel für das schädigende Rating leisten solle, lässt sich mE wie folgt lösen: Da es sich hierbei um die Verteilung eines begrenzten Sondervermögens handelt, erscheint zunächst die Vorschrift des § 156 Abs 3 VersVG über den versicherungsrechtlichen „Deckungskonkurs“ einen brauchbaren Anhaltspunkt zu bieten.³⁶⁸⁹ Danach muss „ein Dritter [der Anleger], der bei der Verteilung [der Haftungssumme iSd § 275 Abs 2 UGB] nicht berücksichtigt worden ist“, eine Erschöpfung des Haftungsfonds durch Verfügung über die Entschädigungsforderung (Befriedigung anderer Anleger) gegen sich gelten lassen, „wenn der Versicherer [die haftende Ratingagentur] mit der Geltendmachung dieser Ansprüche entschuldbarer Weise nicht gerechnet hat“.

In Anlehnung an die §§ 813 ff ABGB über die Gläubigereinberufung im Verlassenschaftsverfahren obliegt es mE daher der haftenden Ratingagentur, durch einen öffentlichen Aufruf (zB auf ihrer Webseite) jene Anleger zu eruieren, die Schadenersatzansprüche gegen sie geltend machen möchten.³⁶⁹⁰ Anders als im Rahmen der §§ 813 ff ABGB bedarf es dazu mE nicht der Mitwirkung des Gerichts. Als angemessene Frist iSd § 813 ABGB, die den Anlegern zusteht, um ihre Ansprüche anzumelden, ist mE ein achtwöchiger Zeitraum anzusehen (vgl § 275 Abs 6 HGB idF MinEntw GesRÄG 2005³⁶⁹¹). Jene Anleger, die sich nicht innerhalb der Frist melden, müssen unter diesen

³⁶⁸⁴ Karollus, RdW 2006, 397.

³⁶⁸⁵ Vgl Schmölder, JW 1930, 3688; Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; s dazu auch oben bei FN 3588.

³⁶⁸⁶ Parallelen ebenso aufzeigend Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 964.

³⁶⁸⁷ Dazu oben bei FN 975.

³⁶⁸⁸ Dazu oben bei FN 734.

³⁶⁸⁹ Vgl zur Abschlussprüferhaftung Karollus, RdW 2006, 399.

³⁶⁹⁰ Vgl zur Abschlussprüferhaftung Karollus, RdW 2006, 398.

³⁶⁹¹ Dazu oben in FN 977.

Voraussetzungen gegebenenfalls die Aufzehrung der Haftungssumme hinnehmen (vgl § 156 Abs 3 Satz 2 VersVG, §§ 814, 1304 ABGB).³⁶⁹²

Dies betrifft auch solche Anleger, die noch gar keine Kenntnis von ihrem Schaden haben. Denn zum einen liegt dies in der Natur eines Verteilungsverfahrens, das möglichst bald zu einem Abschluss gelangen soll, damit wenigstens die bekannten Geschädigten in absehbarer Zeit befriedigt werden. Zum anderen stellt § 156 Abs 3 Satz 2 VersVG nur darauf ab, ob der *Versicherer* (die Ratingagentur) mit der Geltendmachung weiterer Ansprüche rechnen musste. Er lässt also die Sorgfältigkeit (bzw Sorglosigkeit) der dritten Geschädigten unberücksichtigt.

Verbleiben trotz dieses Verteilungsverfahrens für die Ratingagentur Unsicherheiten über die Befriedigung der Anleger, steht es ihr mE (also bloß subsidiär) zu, den Haftungshöchstbetrag gerichtlich zu hinterlegen³⁶⁹³ (§ 1425 ABGB; vgl auch § 133 IO). Nur dann stellen mE die aus der Unklarheit über die Anzahl der Schadenersatzgläubiger resultierende Unsicherheit hinsichtlich der konkreten Höhe des Anspruchs des einzelnen Anlegers, das mit einer „Überbezahlung“ anspruchstellender Anleger verbundene Insolvenzrisiko und das Interesse der Ratingagentur, mit der Schadenersatzzahlung nicht in Verzug zu geraten, gemeinsam einen ausreichend wichtigen Grund für eine gerichtliche Hinterlegung dar (§ 1425 Satz 1 Fall 4 ABGB).³⁶⁹⁴ Auch erscheint die gerichtliche Hinterlegung nicht als unzumutbare Belastung für die schuldhaft schädigende Ratingagentur.³⁶⁹⁵

Der OGH hat diesen Weg vorgezeichnet, indem er eine gerichtliche Hinterlegung beim Vorbild des § 275 Abs 2 UGB, der Gefährdungshaftung im Kfz-Bereich (EKHG), zugelassen hat, wenn die vom Schädiger zu leistenden Schadenersatzbeträge die Haftungshöchstsumme übersteigen können.³⁶⁹⁶ Informiert die Ratingagentur die in Frage

³⁶⁹² Zum Mitverschulden s ausf „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“, „Teil 3.II.B. Mitverschulden des Anlegers bzw Emittenten nach § 1304 ABGB“.

³⁶⁹³ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *Karollus*, RdW 2006, 399; *Leupold*, Zak 2013, 412; vgl ferner *Baums/Fischer*, Haftung 11; krit dazu aber *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 160.

³⁶⁹⁴ Vgl OGH 8 Ob 186/72 SZ 45/107, 453 (457) (s dazu sogleich FN 3696); zur Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Prüfung der Berechtigung in Bezug auf den Hinterlegungsbetrag *Koziol* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1425 Rz 8.

³⁶⁹⁵ Zur freien Wahlmöglichkeit des Erlegers hinsichtlich des örtlich zuständigen Hinterlegungsgerichts s Art XVIII EGJN und dazu *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ (2013) Art XVIII EGJN, Rz 2/2; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1425 Rz 14; vgl auch § 27a Abs 1 JN (zur internationalen Zuständigkeit).

³⁶⁹⁶ OGH 8 Ob 186/72 SZ 45/107, 453 (456 f): „Aus dem Zusammenhalt dieser Bestimmungen, die so angewendet werden müssen, daß sich kein Widerspruch ergibt, folgt, daß dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - auf Grund desselben Ereignisses an mehrere Geschädigte Sachschadenersätze zu leisten sind, die insgesamt die Haftungshöchstsumme übersteigen können, dem Haftpflichtigen zugebilligt werden muß, die Haftungshöchstsumme bei Gericht zu erlegen. [...] Besteht zwischen den einzelnen Forderungsberechtigten Uneinigkeit über die jedem von ihnen zustehende, auf die betreffende Haftungshöchstsumme verwiesene Forderung und kann dem Haftpflichtigen eine Klärung nicht zugemutet werden, dann muß dies als wichtiger Grund zum Erlag iS des § 1425 ABGB angesehen werden“; vgl aber auch OGH 2 Ob 142/75 SZ 48/124, 630 (632), wo die Hinterlegung der Versicherungssumme durch den Versicherer abgelehnt wurde, was sich nach der entsprechenden Argumentation des OGH aber nicht auf die Hinterlegung durch den *Haftpflichtigen* übertragen lässt.

kommenden Schadenersatzgläubiger (allenfalls³⁶⁹⁷ mittels elektronischer Veröffentlichung) über die beabsichtigte Hinterlegung des Schadenersatzbetrags, hat diese schuldbefreiende Wirkung (§ 1425 Satz 2 ABGB).

Für den Anleger, der die Verjährung seines Schadenersatzanspruchs abwenden möchte, der jedoch mangels näherer Informationen nicht die genaue Höhe seines Schadens beziffern kann, ist mE eine Stufenklage analog Art XLII EGZPO³⁶⁹⁸ zuzulassen, die ihm erlaubt, sein Klagebegehren erst im späteren Prozessverlauf zu konkretisieren.³⁶⁹⁹

δ. Diskussion möglicher Einwände

Einige weiteren³⁷⁰⁰ Einwände gegen eine analoge Anwendung des § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB auf die Dritthaftung von Ratingagenturen „fallen“ mE „in die Augen“. An dieser Stelle soll versucht werden, sie zu entkräften.

αα. § 275 Abs 2 UGB als system- und sachwidrige „Ausnahmevorschrift“ bloß für Wirtschaftsprüfer bzw Abschlussprüfungen?

1) Zunächst könnte man der Auffassung sein, die Haftungsschranke stelle eine Ausnahmevorschrift des Schadenersatzrechts dar, die einer analogen Anwendung schon *per se* nicht zugänglich sei.³⁷⁰¹ Während dies in der älteren Methodenlehre in der Tat vertreten wurde, ist diese Ansicht heute zu Recht als überholt zu bezeichnen.³⁷⁰² Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die gesetzlichen Wertungen für eine Rechtsfortbildung nur deswegen unbeachtlich sein sollten, weil man meint, die auf ihre Analogiefähigkeit geprüfte Bestimmung normiere nicht die allgemeine Regel, sondern eine Ausnahme hiervon. Die Zwecke, die der „Ausnahmevorschrift“ zugrunde liegen, verdienen doch im selben Maße Beachtung wie die *ratio* sonstiger Gesetzesbestimmungen.

³⁶⁹⁷ Sofern die einzelnen anspruchsberechtigten Anleger nicht namentlich bekannt sind.

³⁶⁹⁸ Lehnt man diese Analogie ab, sollte man mE dem Anleger eine Feststellungsklage (§ 228 ZPO) gegen die Ratingagentur zugestehen. Das rechtliche Interesse an einer solchen Klage liegt dann vor, wenn der Anleger die Höhe seines Schadenersatzanspruchs mangels genauerer Informationen nicht beziffern kann (und eine Stufenklage nicht zugelassen wird).

³⁶⁹⁹ Zum weiten Anwendungsbereich der Stufenklage vgl RIS-Justiz RS0117020: „Die Stufenklage steht grundsätzlich jedem zu, der gegen einen ihm materiell-rechtlich zur Auskunftserteilung Verpflichteten ein bestimmtes Leistungsklagebegehren nur mit erheblichen Schwierigkeiten, die durch eine solche Abrechnung beseitigt werden können, erheben kann, wenn dem Verpflichteten diese Auskunft nach redlicher Verkehrsübung zumutbar ist. Ein derartiges Klagerecht wird von der Rechtsprechung auch bei Fehlen einer Vertragsbeziehung und einer ausdrücklichen gesetzlichen Rechnungslegungspflicht anerkannt, so etwa bei Ansprüchen auf Herausgabe der Bereicherung nach § 148 PatG oder des entgangenen Gewinns nach § 87 Abs 4 UrhG aF.“ Vgl auch Simotta in *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 531.

³⁷⁰⁰ Zum naheliegendsten Einwand s oben bei FN 3514.

³⁷⁰¹ Hermann in *Heymann/Horn*, HGB² (1999) § 323 Rz 9 (wobei für die dort vertretene Auffassung die damals in Deutschland geltende und für unangemessen niedrig befundene Haftungshöchstgrenze mitkausal gewesen sein dürfte); so bemerkenswerter Weise iZm der Haftung von Ratingagenturen v. *Scheinwitz*, WM 2008, 957.

³⁷⁰² S nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 440; zur Frage, ob sachlich verfehltete Ausnahmevorschriften einer analogen Anwendung entzogen sind, s noch unten bei FN 3711 und in FN 3811.

Auch wäre es oft schwer, über den „Ausnahmecharakter“ einer Vorschrift zu befinden (vgl. bloß § 275 Abs 2 UGB mit den zahlreichen anderen „Ausnahme-“[?]Bestimmungen, die auf diese Norm verweisen³⁷⁰³), sodass es oft willkürlich erschiene, wenn die Zulässigkeit des Analogieschlusses alleine davon abhinge. Auch bei „Ausnahmevorschriften“ muss also (möglicherweise besonders) genau geprüft werden, ob sich der gesetzgeberische Zweck des gesetzlich geregelten „Ausnahmefalls“ auf den unregelten Fall³⁷⁰⁴ erstreckt. Eine solche Prüfung führt aufgrund der eindeutigen „Gründe“ iSd § 7 ABGB des § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB³⁷⁰⁵ und ihrer Tragfähigkeit auch im vorliegenden Zusammenhang³⁷⁰⁶ zur analogen Anwendung dieser Norm auf die Dritthaftung von Ratingagenturen.

2) Ein weiteres Argument gegen diese Analogie könnte lauten, dass es sich bei § 275 UGB wie auch den anderen Bestimmungen, die darauf verweisen (insb auch § 14 Z 6 KMG), (fast) stets um Haftungen von Wirtschaftstrehhändlern handle³⁷⁰⁷, sodass sich dieses „Privileg“ nicht auf Ratingagenturen übertragen ließe. ME kann eine solche Argumentation keinesfalls überzeugen, weil es insb vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG, § 2 StGG) unerklärbar wäre, warum dem Schädiger eine Haftungsbeschränkung alleine deswegen zugutekommen soll, weil er einem bestimmten Berufsstand angehört.³⁷⁰⁸ Für die Analogiefähigkeit des § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB kann es nicht darauf ankommen, ob man „zufällig“ Wirtschaftstrehhändler ist, oder nicht, solange die Zwecke des § 275 Abs 2 UGB auch auf den nicht geregelten Fall zutreffen.

Auch eine (mE schon nicht zu vermutende) bewusst willkürliche Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 275 Abs 2 UGB auf Wirtschaftsprüfer durch den Gesetzgeber³⁷⁰⁹ ist mE jedenfalls zu verneinen. Denn dieser gönnt auch Nicht-Wirtschaftsprüfern dieses „Haftungs-Privileg“, solange sie nur eine haftungsgeneigte Tätigkeit iSd § 275 Abs 2 UGB ausüben. So können auch andere Personen als

³⁷⁰³ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.αα. Ausgangsbasis“; vgl auch *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 958: „schlüssiges Gesamtkonzept“.

³⁷⁰⁴ Dieser könnte iSd auf ihre Analogiefähigkeit geprüften „Ausnahmевorschrift“ ebenso ein „Ausnahmefall“ sein (dann Analogie) oder der Regelfall (dann keine Analogie) sein.

³⁷⁰⁵ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“.

³⁷⁰⁶ S oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.γγ. Übertragung auf die Dritthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum“.

³⁷⁰⁷ Vgl *Kalss*, ÖBA 2002, 187 f: Die Aufgaben von Wirtschaftsprüfern sind gesetzlich erweitert worden.

³⁷⁰⁸ Zur Bedeutung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes für die Durchführung der Analogie, s *Canaris*, Lücken² 71 ff, 148 ff; *F. Bydliński*, Methodenlehre², 455 ff, 474; *Rüffler*, JRP 2002, 64 ff, 68 f; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 955 mit FN 12; oben in FN 3498.

³⁷⁰⁹ Eine solche wäre nicht durch analoge Rechtsanwendung, sondern nur durch den Gesetzgeber selbst oder den Verfassungsgerichtshof zu korrigieren (*Rüffler*, JRP 2002, 70 f, 73; vgl auch *dens*, ÖBA 2011, 704).

Wirtschaftsprüfer durch die Hauptversammlung zum Sonderprüfer bestellt werden, für dessen Verantwortlichkeit § 275 UGB entsprechend gilt (§ 130 Abs 1, § 132 AktG).

3) An die beide ersten Einwände anknüpfend könnte man meinen, § 275 Abs 2 UGB stelle eine system- und sachwidrige Regelung der Wirtschaftsprüferhaftung dar, die man nicht auch noch auf „gänzlich andere“ Tätigkeiten³⁷¹⁰, wie Bonitätsbewertungen, erweitern dürfe. Auch wenn eine solche Meinung offensichtlich von rechtspolitischen Einflüssen geprägt ist, verdient sie mE dennoch Beachtung. Denn in der Methodenlehre wird vertreten, dass „sachlich verfehlte“ (Ausnahme-)Vorschriften einer analogen Anwendung entzogen sind.³⁷¹¹ Es scheint also, als könnte der Rechtsanwender die Rechtspolitik aus der ergänzenden Rechtsfindung nicht *gänzlich* ausblenden.³⁷¹²

Zuzugeben ist, dass man über die Rechtfertigung der beschränkten Haftung des Abschlussprüfers gegenüber seinem Vertragspartner (der geprüften Gesellschaft) *de lege ferenda* streiten kann.³⁷¹³ Historisch³⁷¹⁴ bemühte man sich um eine Begründung für die Differenzierung zwischen der begrenzten Vertragshaftung der Wirtschaftsprüfer und der unbeschränkten Haftung etwa der „Notare und Grundbuchrichter“. Die Tätigkeit der Ersteren sei mit der Tätigkeit der Letzteren nicht vergleichbar, weil es sich bei Abschlussprüfungen nicht um „exakte und gesetzlich fest umrissene Arbeiten“ handle³⁷¹⁵ und Irrtümer des Prüfers daher leicht vorkommen könnten.³⁷¹⁶ Dazu könnte man präzisierend anführen, dass durch diese mangelnde Determinierung die Gefahr einer unsachgemäßen *Ex-post*-Betrachtung des Haftungsfalls vergrößert sei, weswegen Gerichte eher ungerechtfertigter Weise ein haftungsbegründendes Verschulden annehmen könnten.³⁷¹⁷

Indes fehlt in vielen anderen Fällen ebenso eine exakte Bestimmung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs und besteht daher die *hindsight-bias*-Problematik³⁷¹⁸ dort zumindest in ähnlichem Ausmaß.³⁷¹⁹ Zudem dürfte diese Begründung der Haftungsbegrenzung den

³⁷¹⁰ Vgl dazu sogleich den nächsten Einwand.

³⁷¹¹ F. Bydlinski, Methodenlehre², 440; P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 379.

³⁷¹² Vgl Canaris in FS Larenz II (1983) 35; Kalss, Anlegerinteressen 14: „Jede teleologisch-funktionale Rechtsauslegung geht auf rechtspolitische Fragen zurück, soll doch die Regelung weiter- und zu Ende gedacht werden“; dies, ÖBA 2002, 201, wonach die „Schließnorm“ auf ihre „Zweckgerechtigkeit“ zu hinterfragen sei und eine „ihrerseits bedenkliche Norm“ nicht analogiefähig sei, 203 f; vgl dazu aber unten in FN 3811; replizierend dazu auch Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 958 mit FN 41; vgl zum Zusammenhang zwischen Rechtspolitik und ergänzender Rechtsfindung noch unten unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.e. Rechtspolitisch unsachgerechte Lösung?“.

³⁷¹³ S Artmann, ÖZW 2002/3, 93.

³⁷¹⁴ Vgl bereits oben bei FN 3572.

³⁷¹⁵ Vgl Schmölder, JW 1930, 3688; Dehn, ÖBA 2002, 379.

³⁷¹⁶ Vgl Cohen, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform 545; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 5, die aber eher kritisch referieren.

³⁷¹⁷ Vgl Dehn, ÖBA 2002, 382; Schlechtriem, BB 1984, 1185. Dieses Argument hätte auch für die analoge Anwendung der § 14 Z 6 KMG, § 275 Abs 2 UGB auf die Dritthaftung von Ratingagenturen Bedeutung.

³⁷¹⁸ Dazu oben bei FN 587.

³⁷¹⁹ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

Gedanken der Sorgfaltswidrigkeit bzw Fahrlässigkeit möglicherweise überspannen³⁷²⁰;³⁷²¹ Bei Verzicht auf die Haftungshöchstsumme ließe sich der Pflichtenmaßstab des Abschlussprüfers entsprechend der vom Verkehr erwarteten und für diesen erforderlichen Sorgfalt wie der eines Rechtsanwalts oder eines Arztes wahrscheinlich sachgerecht ausdifferenzieren³⁷²², ohne dass eine ausufernde Haftung des Abschlussprüfers *gegenüber dem Kontrahenten* zu befürchten wäre. Der Verkehr³⁷²³ verlangt ja keinesfalls vom Abschlussprüfer etwas, was er nicht zu leisten vermag (*ultra posse nemo obligatur*).³⁷²⁴ Deckt der Bilanzprüfer etwa eine Bilanzfälschung des listigen Vorstands nicht auf, obwohl er sorgfaltsgemäß (insb entsprechend den beruflichen Standards) geprüft hat, haftet jener selbstverständlich nicht gegenüber der geprüften Gesellschaft.³⁷²⁵ Entsprechendes gilt für die anderen historisch erwähnten komplexen Tätigkeiten, bei denen Schädigungen des jeweiligen Vertragspartners durch Irrtümer des Sachverständigen ebenso „sehr leicht möglich“³⁷²⁶ sind.³⁷²⁷

Trotz dieser Erwägungen geht aus dem Wirtschaftsausschussbericht zum GenRevRÄG 2002 hervor, dass es bei unbeschränkter Haftung insb für kleinere Wirtschaftsprüfer(-gesellschaften) schwer wäre, eine wirtschaftlich erschwingliche Versicherung zu erhalten.³⁷²⁸ Aufgrund dessen führte das GenRevRÄG 2002 eine zweijährige „Einschleifregelung“ sogar für die durch das FMAG 2001 bloß erhöhten (nicht gestrichenen!) Haftungsgrenzen ein, die solche Wirtschaftsprüfer begünstigte.³⁷²⁹ Damit

³⁷²⁰ Einer ähnl Kritik (s nur *Hirte*, Berufshaftung 267 mwN) ist auch Art 2236 des italienischen *Codice Civile* ausgesetzt, der für solche Berufsangehörige eine auf grobe Fahrlässigkeit beschränkte Haftung vorsieht, die komplexe Aufgaben (Erforderlichkeit eines besonderen Kenntnis- und Erfahrungsstands) wahrnehmen.

³⁷²¹ Vgl schon *Hachenburg*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 545.

³⁷²² In diese Richtung auch *Kalss*, ÖBA 2002, 202; vgl schon die Kritik bei *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Rz 9; vgl ferner *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 4.

³⁷²³ S zur Relevanz der Verkehrsauffassung oben bei FN 2966.

³⁷²⁴ Ähnliches betont auch der OGH in stRsp, wenn er judiziert, dass der sogar für Sachverständige anzulegende Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt werden dürfe, s RIS-Justiz RS0026535; RS0026094; RS0026584; RS0026419; RS0026349; RS0106889; RS0026450; RS0026327; RS0026349; ebenso *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 355; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 2, 13, 18, § 1300 Rz 15; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1300 Rz 15, 96; *Wittwer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1299 Rz 5; aus diesem Grund krit zur deutschen Anwaltshaftung *Hübner*, NJW 1989, 7 f.

³⁷²⁵ *Gelter*, RdW 2001, 71; *Vavrovsky*, ÖBA 2001, 585; *Kalss*, ÖBA 2002, 202; *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 26; *Bauer/J. Zehetner* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009) § 33 Rz 32, 36.

³⁷²⁶ Vgl *Cohen*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 545.

³⁷²⁷ *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Anm 9; *Fischer* in *GroßKomm AktG²* (1961) § 42 Rz 19; *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 379; vgl *U. Torggler*, wbl 2001, 553; *Kalss*, ÖBA 2002, 201; *Wilhelm*, *ecolex* 2001, 881; für relevante Unterschiede zwischen Abschlussprüfer und Rechtsanwalt im Hinblick auf die erweiterten Prüfungsaufgaben des Abschlussprüfers (auch in faktischer Hinsicht) *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 961 f; *Karollus*, RdW 2006, 392 in FN 36.

³⁷²⁸ *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 962 f, 968; vgl aber *Dehn*, ÖBA 2002, 379. Zu bedenken wäre freilich die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung, wenn man die Haftungsschranke des § 275 Abs 2 UGB samt der damit korrelierenden zwingenden Natur der Abschlussprüferhaftung (vgl oben bei FN 3644) aufheben würde. Indes ist unklar, wie die Versicherungsbranche darauf reagieren würde, zumal der Ausgang einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von vertraglichen Haftungsbeschränkungsklauseln naturgemäß nie leicht vorherzusehen ist (vgl dazu unten „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“).

³⁷²⁹ WAB GenRevRÄG 2002, 2 (wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Versicherungswirtschaft durch spektakuläre Firmenzusammenbrüche [Stichwort „Enron“] verunsichert worden sei); s auch *Fraberger/Petriz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 4, 105; *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 92.

sollte gleichzeitig einer unerwünschten Marktkonzentration durch eine zu abrupt-strenge Haftung entgegen gesteuert werden.³⁷³⁰

Und sogar die Europäische Kommission hat die Haftungsbeschränkung für Abschlussprüfer börsennotierter Gesellschaften erst 2008 auf Basis einer ökonomischen Studie von *London Economics*³⁷³¹ befürwortet und dementsprechend den Mitgliedstaaten empfohlen (!), die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers insofern zu begrenzen.³⁷³² Die Begründung erinnert an die des historischen Gesetzgebers: Hingewiesen wird auf die besonderen Schadensrisiken der Prüfungstätigkeit infolge der zunehmenden Volatilität der Börsenkapitalisierung sowie auf die unzureichende Versicherbarkeit.³⁷³³ Zusätzlich führe eine unbeschränkte Haftung zu hohen Markteintrittsbarrieren für neue Prüfer bzw Prüfungsgesellschaften börsennotierter Unternehmen, was dem Wettbewerb abträglich sei³⁷³⁴, der aber eine notwendige Voraussetzung für das „reibungslose Funktionieren der Kapitalmärkte“ darstelle.³⁷³⁵

De lege ferenda ist somit „unterm Strich“ die „innere Rechtfertigung“ der beschränkten Haftung des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft nicht ganz klar, zumindest was ihre Pauschalität betrifft. Wirklich verständlich wird § 275 UGB in seiner derzeitigen Gestalt mE erst, wenn man die historische Entwicklung berücksichtigt: Der historische Gesetzgeber wollte möglichst schnell eine effiziente sowie lückenlose Wirtschaftsprüfung etablieren und den potenziellen Berufsanwärtern daher ein (vorläufiges!) „Zuckerl“ (die gesetzliche Haftungsbeschränkung) anbieten.³⁷³⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte die oben³⁷³⁷ erwähnte historische Begründung der Haftungsbeschränkung ein wenig „unehrlich“ sein. Über die Jahre hinweg wurde das „Haftungsprivileg“ des Abschlussprüfers zwar „angeknabbert“,³⁷³⁸ es blieb aber im Kern erhalten,³⁷³⁹ weil der Widerstand gegen eine Abschaffung desselben offenbar zu groß war.

³⁷³⁰ WAB GenRevRÄG 2002, 2; vgl auch Vavrovsky, ÖBA 2001, 586; Dehn, ÖBA 2002, 379; Fraberger/Petriz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 100; Schlechtriem, BB 1984, 1185.

³⁷³¹ *London Economics*, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 259.

³⁷³² Z 3 Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften; dazu Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 5 f, 46; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 2, 253, 255; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140; vgl auch Karollus, RdW 2006, 392 in FN 36.

³⁷³³ ErwGr 2 Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften; vgl auch *London Economics*, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258. Vgl dazu die Materialien zum dVAG 1931 oben bei FN 3568.

³⁷³⁴ Vgl die Erwägungen des WAB (soeben oben bei FN 3730) und die historische Begründung (oben bei FN 3590).

³⁷³⁵ ErwGr 2 f Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften; vgl zu diesem „Marktverzerrungseffekt“ auch Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 3.

³⁷³⁶ Vgl oben bei FN 3589, 3585.

³⁷³⁷ Bei FN 3716.

³⁷³⁸ Vgl oben in FN 3595.

³⁷³⁹ Schlechtriem, BB 1984, 1182.

4) Nun kommt aber der springende Punkt: Die *ratio* des § 275 Abs 2 UGB³⁷⁴⁰ erscheint aus heutiger Sicht nur dann vollends tragfähig, wenn es um eine Dritthaftung gegenüber einem äußerst großen Personenkreis geht, für die bereits leichte Fahrlässigkeit ausreicht.³⁷⁴¹ Darin liegt wohl auch einer der Gründe, warum die *Rieger Bank*-Entscheidung (oben S 49 ff) relativ große Zustimmung gefunden hat³⁷⁴².³⁷⁴³ Dem oft angezweifelteten historischen Zweck des bisweilen sogar als verfassungswidrig verschrien³⁷⁴⁴ § 275 Abs 2 UGB wurde durch den OGH „neues Leben eingehaucht“.³⁷⁴⁵ Die Haftungsgrenze macht plötzlich sehr viel mehr Sinn, wenn man eine allgemeine Dritthaftung des Abschlussprüfers bejaht. Denn ein Rechtsanwalt oder ein Notar haftet eben nicht grundsätzlich gegenüber interessierten Dritten für fahrlässige Pflichtverletzungen. Insoweit ließe sich die „exklusive“ Haftungsbeschränkung für die Abschlussprüfung gut erklären³⁷⁴⁶, weil ansonsten ein „kaum akzeptables Mißverhältnis zwischen der Wahrscheinlichkeit einer Fahrlässigkeit des professionellen Informationsgebers und dem Risiko einer damit verbundenen ruinösen Haftung“³⁷⁴⁷ bestünde.

ME lässt sich also mit der Analogie zu § 275 Abs 2 UGB zwar nicht die allgemeine Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten *begründen*³⁷⁴⁸, die in der Norm ausgedrückte *ratio* passt aber auf eine solche Haftung wie maßgeschneidert.³⁷⁴⁹ Diesen Gedanken griff § 275 Abs 2 HGB idF des Ministerialentwurfs zum GesRÄG 2005 eindeutig auf, als man im Rahmen der darin vollzogenen Verankerung der allgemeinen Abschlussprüferdritthaftung gleichzeitig, gleichsam als unabkömmliche Ergänzung, diese Verantwortlichkeit ausdrücklich betraglich beschränkte. Dass sich die darin zum Ausdruck kommende Wertung allgemein auf Haftungen in kapitalmarktrechtlichen Zusammenhängen fortspinnen lässt, bestätigt auch § 82a Abs 2 BörseG idF dieses Entwurfs. Darin war (alternativ) eine betraglich begrenzte Haftung von Organmitgliedern für fahrlässige Verletzungen von Informationspflichten gegenüber den (vertraglich nicht

³⁷⁴⁰ Einschließlich des Aspekts des unsicheren Prüfungsmaßstabes. Vgl die dafür sinngemäß geltenden Erwägungen in FN 588 (zur Schwelle der groben Fahrlässigkeit für die Prospekthaftung von Experten).

³⁷⁴¹ Vgl *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 158, der darauf hinweist, dass bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers die Problematik der Versicherbarkeit und Existenzgefährdung „in besonderem Maße“ Geltung beanspruche.

³⁷⁴² S den Überblick zum diesbezüglichen Meinungsstand oben unter „Teil 1.I.C.2.a.bb. Lehrmeinungen“.

³⁷⁴³ Symptomatisch *Karner*, ÖBA 2010, 594, der im Zuge seiner Ausführungen zur Überschaubarkeit der Dritthaftung von Ratingagenturen diese mit jener der Abschlussprüfer vergleicht und darauf hinweist, dass Abschlussprüfer betraglich limitiert haften, was offenbar für eine Haftung an sich spreche (offenbar weil so – ungeachtet der unbegrenzten Anzahl geschützter Dritter – eine Haftungsausuführung vermieden werde; ähnl *Graf*, wbl 2012, 247; s auch in FN 3745).

³⁷⁴⁴ *Wilhelm*, *ecolx* 2001, 881; vgl auch *Walter Doralt/Stöger*, ÖBA 2003, 265 ff; krit insoweit auch *Kalss*, ÖBA 2002, 203; vgl auch *C. Völkl/Lehner* in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 5, 86; offenlassend VfGH G 216/02 GES 2003, 300 (*Chvosta*); aA *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 953; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 113; s zur Diskussion auch *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 38.

³⁷⁴⁵ Vgl OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606 (607), wo der OGH die weite Dritthaftung mit der Haftungsbeschränkung rechtfertigt.

³⁷⁴⁶ Ähnl wie hier OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (46 f) (*Oppitz*).

³⁷⁴⁷ Vgl *Schneider*, ZHR 163 (1999) 255.

³⁷⁴⁸ S oben nach FN 2705.

³⁷⁴⁹ S dazu die Nw oben in FN 3606.

mit ihnen verbundenen) Anlegern vorgesehen³⁷⁵⁰, um das Haftungsrisiko überschaubar und versicherbar zu gestalten.³⁷⁵¹

Der Grund, warum diese Regelungen nicht Gesetz wurden, ist mE nicht darin zu sehen, dass der Gesetzgeber die *Haftungsbegrenzung* als solche abgelehnt hat, sondern darin, dass er mit der für ihn zu weit geratenen Dritthaftung der Abschlussprüfer und Organmitglieder bereits der Grundlage nach nicht einverstanden war.³⁷⁵²

Ein Blick nach Deutschland bestätigt den in § 275 Abs 2 UGB zum Ausdruck kommenden und für die Dritthaftung mE verallgemeinerungsfähigen Gedanken: Im Diskussionsentwurf des deutschen BMF betreffend eine allgemeine Kapitalmarktinformationshaftung war nicht nur eine betraglich beschränkte Kapitalmarktinformations-³⁷⁵³, insb Prospekthaftung³⁷⁵⁴ von Organmitgliedern vorgesehen, sondern auch eine betraglich beschränkte Prospekthaftung von Experten. Diese betraf solche Sachverständige, die bei der Erstellung des Prospekts mitwirken und hierfür ausdrücklich die Verantwortung übernehmen.³⁷⁵⁵ Bezüglich der Expertenhaftung gegenüber Anlegern lehnte sich das deutsche BMF ausdrücklich an die Schranken der Abschlussprüferhaftung (§ 323 dHGB) an; auch die einschlägige Begründung erinnert an die historischen Zwecke der Haftungsbegrenzung.³⁷⁵⁶

Man mag den hiesigen Ausführungen entgegenhalten wollen, sie begnügten sich mit rechtspolitischen Wünschen, die keine Verankerung im Gesetz gefunden hätten. Auf diesen Einwand ist zu replizieren, dass der Gesetzgeber die Übertragbarkeit der *ratio* des § 275 Abs 2 UGB auf kapitalmarktrechtliche Haftungsverhältnisse anerkannt hat, indem er die Verantwortlichkeit des Rechenschaftsberichtsprüfers gegenüber Anlegern durch einen Verweis auf § 275 UGB sinngemäß beschränkt hat (§ 14 Z 6 KMG). Setzt man die Schlussfolgerung des Gesetzgebers fort, muss man mE im Lichte des bisher Ausgeführten

³⁷⁵⁰ § 82a Abs 2 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 (Var B): „Die gemäß Abs. 1 Z 2 haftpflichtigen Personen haften, wenn sie nicht vorsätzlich gehandelt haben, für jede unrichtige oder unterlassene Finanzinformation nur bis zu einem Höchstbetrag. Dieser beträgt für Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrates sowie für geschäftsführende Direktoren 1.000.000 Euro, für Mitglieder des Aufsichtsrates 100.000 Euro. Reicht der Höchstbetrag nicht zur Befriedigung aller Anleger aus, so sind sie anteilig zu befriedigen“; ähnl bereits § 37a Abs 5 WpHG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1042 f. „Ein Mitglied eines Leitungs-, Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans, das grob fahrlässig gehandelt hat, kann seine Haftung nach Absatz 2 [Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen] insgesamt auf einen Höchstbetrag in Höhe der vierfachen, ihm vom Emittenten in den letzten zwölf Monaten vor der unrichtigen Angabe oder dem Zeitpunkt, zu welchem die Umstände hätten offenbart werden müssen, geleisteten Bruttovergütung einschließlich der variablen Vergütungsbestandteile beschränken, soweit die Schäden aus einer einheitlichen Handlung nach Absatz 1 entstanden sind. Übersteigen mehrere nach Absatz 2 zu leistende Entschädigungen den in Satz 1 bezeichneten Höchstbetrag, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in dem ihr Gesamtbetrag zum Höchstbetrag steht“; s auch § 44 Abs 5 dBörsenG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043, der eine betraglich beschränkte Prospekthaftung von Organmitgliedern vorgesehen hatte.

³⁷⁵¹ ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38.

³⁷⁵² Von *Kalss* wurde die Ablehnung der gesetzlichen Verankerung der Haftung am 1. Wiener Unternehmensrechtstag als „Tsunami des Lobbyismus“ bezeichnet (*Hopt*, WM 2013, 109 FN 99).

³⁷⁵³ § 37a Abs 2 und 5 WpHG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1042 f.

³⁷⁵⁴ § 44 Abs 1 Z 3 und Abs 5 dBörsenG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043.

³⁷⁵⁵ § 44a dBörsenG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043 f.

³⁷⁵⁶ Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1051: „Damit wird das Haftungsrisiko für die Verantwortlichen kalkulierbar und versicherbar und so der Gefahr vorgebeugt, dass die gerade auch aus Sicht des Anlegerschutzes gewünschte Mitarbeit von Experten bei der Erstellung des Prospekts durch unkalkulierbare Haftungsrisiken gebremst wird“.

für eine analoge Anwendung des § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB auf die Dritthaftung von Ratingagenturen eintreten.

5) Soweit allerdings eine Haftung der Ratingagenturen gegenüber ihren Vertragspartnern, den Abonnenten, im Raum steht, kommt mE eine Analogie zu § 14 Z 6 KMG, § 275 Abs 2 UGB nicht in Frage, weil der Zweck dieser Normen (insb Vermeidung einer Haftungsausuferung und Sicherstellung der Versicherbarkeit) hier nicht im selben Maße trägt.³⁷⁵⁷ Dem steht § 14 Z 6 KMG wohl nicht entgegen, weil die Norm sicherlich eher Anleger schützen möchte³⁷⁵⁸, als ihre untypischen, aber möglicherweise doch vorhandenen vertraglichen Schadenersatzansprüche gegen den Rechenschaftsberichtsprüfer zu beschneiden.³⁷⁵⁹

Entsprechendes gilt mE für eine vertragliche wie deliktische Haftung der Ratingagenturen gegenüber dem Bewertungsobjekt³⁷⁶⁰. ME ist § 275 Abs 2 UGB diesbezüglich keiner „unmittelbaren“ Analogie zugänglich. Denn die für die hier angestrebte Gesamtanalogie wichtigste Bestimmung, § 14 Z 6 KMG³⁷⁶¹, geht nicht von einer solch „doppelten Haftungsbeschränkung“ (für die Haftung gegenüber den Anlegern *und* dem Emittenten) aus und dies entspricht auch nicht dem Regelungsregime des § 11 KMG³⁷⁶². Das bedeutet im Ergebnis, dass die Ratingagentur jedenfalls dem Emittenten unbeschränkt haftet (vgl unten S 419 ff; s aber zu möglichen Haftungsfreizeichnungen unten S 579 ff), den Anlegern aber für *solicited* Emissionsratings nur in den Grenzen des § 275 Abs 2 UGB „quasi-vertraglich“ verantwortlich wird. Weitergehende vertragliche Ansprüche der Anleger in Zusammenhang mit solchen und anderen Ratings³⁷⁶³ bleiben davon unberührt.³⁷⁶⁴

6) Ein weiteres, ebenso mit dem zweitgenannten Einwand³⁷⁶⁵ verknüpft Problem könnte die Tatsache darstellen, dass die Tätigkeit und Aufgaben des Abschlussprüfers nicht hinlänglich „ähnlich“ mit der einer bonitätsbewertenden Ratingagentur sind, stellt doch der Abschlussprüfer mit seinem Bestätigungsvermerk nach allgemeinem Verständnis gerade

³⁷⁵⁷ Vgl U. Torggler, wbl 2001, 553 f; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 958; Karollus, RdW 2006, 394, wonach die Haftungsschranke nicht auf die Haftung gegenüber solchen Dritten anzuwenden sei, die durch ein besonderes Pflichtenverhältnis mit dem Abschlussprüfer verbunden sind.

³⁷⁵⁸ Vgl ErläutRV KMG 16; VfGH 10.03.1993, G 170/92; die ErwGr der EmissionsprospektRL (89/298/EWG); ErläutRV KMG-Novelle 2005, 2.

³⁷⁵⁹ § 14 Z 6 KMG ist mE in seinem direkten Anwendungsbereich insoweit teleologisch zu reduzieren.

³⁷⁶⁰ S dazu unten „Teil I.II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten“.

³⁷⁶¹ Die Wertung des § 220b Abs 3 AktG ist mE nicht (im selben Maße wie jene des § 14 Z 6 KMG) einschlägig.

³⁷⁶² Auch § 11 KMG statuiert keine Haftungsbeschränkung für die Haftung des Prospektkontrollors gegenüber dem Emittenten, sondern nur eine für die Haftung des Prospektprüfers gegenüber den Anlegern.

³⁷⁶³ S dazu oben bei FN 2728.

³⁷⁶⁴ Dh, dass ein Anleger, der aufgrund von § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB eine Kürzung seines Schadenersatzanspruchs im Ausmaß von 50% hinnehmen muss (vgl das Bsp oben bei FN 3681), die restlichen 50% auf vertraglicher Grundlage von der Ratingagentur einklagen kann (sofern dem keine wirksame vertragliche Haftungsbeschränkung [dazu unten „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“] entgegensteht).

³⁷⁶⁵ Dazu oben bei FN 3707.

kein „wirtschaftliches Gütesiegel“ über die geprüfte Gesellschaft aus.³⁷⁶⁶ Dementsprechend wurde die analoge Anwendung der Haftungsbegrenzung auf Prospektprüfungen in der Literatur (vor Inkrafttreten des KMG) abgelehnt; es mangle an der notwendigen „Ähnlichkeit“^{3767 3768}.

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass für die Analogie nicht die (mangelnden) äußerlichen Ähnlichkeiten eines Sachverhalts den Ausschlag geben dürfen, sondern nur die Gründe, die dem geregelten Fall zugrunde liegen (§ 7 ABGB).³⁷⁶⁹ Dies dürfte dieser Einwand ein wenig vernachlässigen. Ihm ist aber zuzugestehen, dass der Zweck des § 275 Abs 2 UGB zwar nicht mit dem Beruf des Wirtschaftsprüfers³⁷⁷⁰, aber stark mit der Tätigkeit der Abschlussprüfung zusammenhängt, weil aus dieser das vom Gesetzgeber für eingrenzungsbedürftig erachtete Haftungsrisiko entspringt (insofern könnte der für die Analogie maßgebliche „Rechtsgrund“³⁷⁷¹ für die Haftungsbeschränkung berührt sein).

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass schon 1938 Überschneidungen zwischen Kredit- und Abschlussprüfung verortet wurden.³⁷⁷² Dem ist mE zuzustimmen. Denn der Abschlussprüfer muss ebenso „wirtschaftliche Fragen“ beurteilen: Vermögensbewertungen, Fortbestehensprognosen³⁷⁷³ und die Prüfung des Internen Kontrollsystems erfordern besonderen betriebswirtschaftlichen Sachverstand und gehen über eine „nackte“ Gesetzmäßigkeitsprüfung hinaus.³⁷⁷⁴

Im Übrigen verweist das Gesetz in bestimmten Zusammenhängen ausdrücklich auf § 275 UGB, in denen die Prüfung der „Wirtschaftlichkeit“ noch viel deutlicher notwendig ist. Namentlich hat der Verschmelzungsprüfer³⁷⁷⁵ eine Unternehmensbewertung³⁷⁷⁶ zu überprüfen, um die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses bzw der Barabfindung

³⁷⁶⁶ Kalss, ÖBA 2002, 187, 200 FN 176; in der Sache wie hier auch Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 140 AktG, Rz 3; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 316 Rz 7; Hopt/Merkt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 317 Rz 5; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 207; vgl auch Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 17; Hirte, Berufshaftung 251; vgl aber andererseits auch BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (426 f); Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 322 HGB, Rz 4.

³⁷⁶⁷ P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 378 mit FN 105 (wobei die gesetzliche Ausgangssituation zum Zeitpunkt dieser Publikation insofern eine andere war, als der österreichische Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 275 Abs 2 UGB/HGB noch nicht so weit wie heute [vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.aa. Ausgangsbasis“] ausgedehnt hatte); Hopt in FS Pleyer (1986) 355 (arg: freiwillige Prüfung außerhalb des Handels- und Aktienrechts ohne gesetzlich definierten Prüfungsrahmen); vgl hinsichtlich des Sachverständigen im Übernahmeverfahren: Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 959: wesentlich unterschiedliche Aufgaben; vgl aber Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 5, 15.

³⁷⁶⁸ Dem sind aber die Erwägungen des Diskussionsentwurfs des deutschen BMF zur betragslich beschränkten Prospekthaftung von Experten entgegenzuhalten (s dazu oben bei FN 3756).

³⁷⁶⁹ S bereits oben bei FN 3512.

³⁷⁷⁰ Zur Ablehnung dieses Arguments s oben bei FN 3707.

³⁷⁷¹ Dazu oben bei FN 3509 und in FN 3608.

³⁷⁷² Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938) § 135 AktG, Rz 66.

³⁷⁷³ Dies zu Thiele, Rating 55.

³⁷⁷⁴ Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 962; vgl bereits Begr Entw eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 15: materielle Prüfung.

³⁷⁷⁵ S dazu oben den nach FN 3537 folgenden Absatz.

³⁷⁷⁶ Zur Parallele zwischen Unternehmensbewertung und Rating s Hennrichs in FS Hadding (2004) 880; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Schuler, Verantwortlichkeit 178 FN 993. Bei beidem ist unter anderem der *cash flow* des Bewertungsobjekts von (zentraler) Bedeutung (vgl oben bei FN 3021).

beurteilen zu können. Selbiges gilt für den Sacheinlagenprüfer bei der Gründung oder Kapitalerhöhung³⁷⁷⁷, wenn ein Unternehmen in die jeweilige Gesellschaft eingebracht werden soll. Auch den Revisor einer Genossenschaft trifft explizit die Pflicht, die „Zweckmäßigkeit“ und „Wirtschaftlichkeit“ der Verwaltung zu kontrollieren.³⁷⁷⁸ Schließlich muss gerade der Prüfer des Rechenschaftsberichts iSd KMG die darin enthaltenen Angaben über den Vermögensstand, die Entwicklung und die Rentabilität der Veranlagungsgemeinschaft überprüfen (§ 14 Z 4 iVm IV Anlage E KMG). Insofern wird ihm eine „wertende“ Beurteilung abverlangt.³⁷⁷⁹

Das Gesetz hat sich also durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 275 Abs 2 UGB für bereit erklärt, über die „formale“³⁷⁸⁰ Abschlussprüfung hinaus andere und mitunter sehr unterschiedliche Tätigkeitsfelder diesem Haftungsregime zu unterwerfen,³⁷⁸¹ was mE für die Zulässigkeit der Analogie im Hinblick auf veröffentlichte Bonitätsbewertungen spricht.³⁷⁸² Denn gerade auch bei Ratings bestehen ähnliche Unsicherheiten in Bezug auf das Haftungsrisiko, wie bei Abschlussprüfungen³⁷⁸³.

Damit soll also nicht einer allgemeinen Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf jegliche Fälle der Dritthaftung für fahrlässige Fehlinformationen das Wort geredet werden. Eine Analogie kommt mE nur dann in Betracht, wenn das fragliche Dritthaftungsrisiko vergleichbar (groß) mit dem eines Rechenschaftsberichtsprüfers iSd § 14 Z 6 KMG ist. Das dürfte gerade bei kapitalmarktrechtlichen Informationsintermediären, die iwS im Bereich der Unternehmensprüfung und/oder -Bewertung tätig sind, der Fall sein, sofern sich der Gesetzgeber nicht bereits der Frage der Haftungsbeschränkung ausdrücklich angenommen hat (vgl insb § 11 Abs 1 Z 2a KMG). In kapitalmarktrechtlichen Zusammenhängen geht das Gesetz nämlich von einem hohen Schadenersatzrisiko aus (*arg* § 275 Abs 2 iVm § 221 Abs 3 Satz 2 iVm § 189a Z 1 UGB³⁷⁸⁴, § 11, § 14 Z 6 KMG³⁷⁸⁵),

³⁷⁷⁷ S dazu oben bei FN 3535, 3537.

³⁷⁷⁸ S dazu oben bei FN 3527; s dort (bei und in FN 3529) auch zum Stiftungsprüfer.

³⁷⁷⁹ Vgl zur Prospekthaftung *Brawenz*, ÖBA 1990, 166.

³⁷⁸⁰ Vgl dazu *Cohen*, Protokoll zur 9. Sitzung des Aktienrechtsausschusses des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrechtsreform 525.

³⁷⁸¹ Vgl für Deutschland *Schlechtriem*, BB 1984, 1182.

³⁷⁸² Vgl auch *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 880, der aufgrund des bestehenden Beurteilungsspielraums (dazu oben bei FN 3109) eine Ähnlichkeit zwischen Ratings und „sonstigen Prüfungen“ konstatiert.

³⁷⁸³ Dazu oben bei FN 3572.

³⁷⁸⁴ Vgl dazu ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB: „Diese Abstufung trägt dem typischerweise viel höheren Schadenspotenzial bei börsenotierten Aktiengesellschaften Rechnung“. Im Rahmen des § 275 HGB idF FMAG 2001 war diese Wertung freilich deutlicher zu erkennen, knüpfte doch demnach die Haftungsbeschränkung unmittelbar daran, ob die prüfungspflichtige Gesellschaft börsenotiert ist, oder nicht (dazu *Walter Doralt/Koziol* in *Koziol/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 92; *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 875; *J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2011] § 42 Rz 28 f; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG [2003] § 42 Rz 5; vgl § 323 Abs 2 Satz 2 dHGB idGF). Aber auch heute noch kann man aus § 275 Abs 2 UGB herauslesen, dass der Gesetzgeber die Haftungsbeschränkung je nach Schadenspotenzial staffelt und bei börsenotierten Gesellschaften stets ein hohes Schadenersatzrisiko annimmt (*arg* § 275 Abs 2 iVm § 221 Abs 3 Satz 2 iVm § 189a Z 1 UGB). Vgl dazu auch die Erwägungen der Europäischen Kommission, auf die oben bei FN 3733 Bezug genommen wird.

³⁷⁸⁵ Vgl auch das Haftungsregime des § 82a Abs 1 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 und dazu oben bei FN 734.

weswegen das Kapitalmarktrecht vom allgemeinen bürgerlichen Recht abweichende Regelungen des Schadenersatzes benötigt.³⁷⁸⁶

ß. § 275 Abs 2 UGB nur für Pflichtprüfungen und -informationen?

1) Man mag dazu neigen, die Gegenansicht zu der hier vertretenen Analogie auf die Entstehungsgeschichte der Haftungsbegrenzung zu stützen. Wie oben³⁷⁸⁷ erläutert, wurde die betragliche Höchstgrenze der Abschlussprüfer-Verantwortlichkeit gemeinsam mit der *Verpflichtung* zur Bilanzprüfung eingeführt. Damit könnte auch zusammenhängen, dass die hL eine analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf freiwillige Bilanzprüfungen ablehnt.³⁷⁸⁸ Auch § 14 KMG setzt dem Wortlaut nach³⁷⁸⁹ eine obligatorische Prüfung des Rechenschaftsberichts voraus (§ 14 Z 4 KMG).

Nun ist aber kein Emittent nach österreichischem Recht verpflichtet, sich oder seine Emission von einer Ratingagentur bewerten zu lassen³⁷⁹⁰. Zwar war in den ersten Entwürfen zum KMG noch ein Pflichtrating vorgesehen.³⁷⁹¹ Der Gesetzgeber befürchtete dadurch aber „Konkurrenz- und Kostennachteile“ gegenüber dem europäischen Ausland.³⁷⁹² Gesetz geworden ist daher bloß eine bislang nicht ausgeübte³⁷⁹³ Notverordnungskompetenz des BMF, zur „Abwehr schwerer Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes“ eine „nach international anerkannten Kriterien vorgenommene Risikobeurteilung“³⁷⁹⁴ betreffend den Emittenten und die Emission einer

³⁷⁸⁶ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“.

³⁷⁸⁷ Bei FN 3591.

³⁷⁸⁸ Artmann, JBl 2000, 633 in FN 99 (vorsichtig); Haberl, Haftung 104; Vavrovsky, ÖBA 2001, 580; Karollus, RdW 1997, 585; Walter Doralt/Koziol in Koziol/Walter Doralt, Abschlussprüfer 101; Kalss/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 878; C. Völkl/Lehner in Straube, UGB³ (2012) § 275 Rz 1, 54; Fraberger/Petritz in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 103, 119; für Deutschland Hopt in FS Pleyer (1986) 352, 355; Weber, NZG 1999, 8; Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 323 Rz 10; Hopt/Merkel in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 9; Schüppen in Heidel/Schall, HGB (2011) § 316 Rz 14, § 323 Rz 17; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 316 Rz 29, § 323 Rz 8, 71; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 21, § 323 HGB, Rz 9, 96; Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 15; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 5, 160, 165; wohl auch Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ (2014) § 323 Rz 3; Kersting, Dritthaftung 545, 548; vgl auch OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526 (529), wo der OGH eine analoge Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf eine allfällige Dritthaftung des den Jahresabschluss erstellenden Steuerberaters ablehnt; ferner Dellinger/Told in Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 11; aA P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 377 ff; vgl auch BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423 (425), wonach ein Zeichnungsinteressent bei freiwilligen Prüfungen billigerweise keinen weitergehenden Drittschutz erwarten könne, als in Fällen der Pflichtprüfung; zust OLG Saarbrücken 4 U 136/06 - 38, 4 U 136/06 OLGR Saarbrücken 2007, 709 Rz 24; vgl ferner BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859 (860 f); außerdem Schlechtriem, BB 1984, 1181.

³⁷⁸⁹ ME ist § 14 Z 6 KMG analog auf „freiwillige“ Rechenschaftsberichtsprüfungen zu übertragen (soweit solche in der Praxis überhaupt vorkommen). Diesbezüglich ist auf die sogleich folgenden und sinngemäß geltenden Ausführungen zur analogen Anwendung des § 275 Abs 2 UGB auf freiwillige Testatsprüfungen, insb auf die Norm des § 3 Abs 2 KMG, zu verweisen.

³⁷⁹⁰ Freilich kann sich aus der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsleiters (§ 25 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 AktG) die Pflicht desselben gegenüber der Gesellschaft ergeben, eine Ratingagentur zu beauftragen, etwa wenn damit (Kapital-)Kosten der Gesellschaft eingespart werden können (so für Deutschland Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 200).

³⁷⁹¹ Dazu oben in FN 2340.

³⁷⁹² ErläutRV KMG 17; s oben in FN 2340; etwas krit dazu Gruber, wbl 1992, 46 FN 110.

³⁷⁹³ Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 9 Rz 1.

³⁷⁹⁴ Damit ist ein Rating gemeint, ErläutRV KMG 20, § 16 Z 4 KMG.

bestimmten Schuldverschreibung verpflichtend vorzuschreiben (§ 9 Abs 1 Z 2 KMG).³⁷⁹⁵

In aller Regel wird also über das Rating alleine der Vorstand der emittierenden Aktiengesellschaft entscheiden³⁷⁹⁶, allenfalls die Hauptversammlung derselben, wenn die Geschäftsleitung dies für zweckmäßig erachtet (§ 103 Abs 2 AktG).³⁷⁹⁷ Bei einer emittierenden GmbH³⁷⁹⁸ ist wohl die Generalversammlung im Innenverhältnis entscheidungsbefugt, wenn und weil es sich um eine außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahme handelt³⁷⁹⁹. Ist die Emittentin eine Personengesellschaft, sind daher sämtliche Gesellschafter zuständig (§ 114 Abs 1, § 116 Abs 2, § 164 Satz 1 aE UGB), sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 108 UGB).

Kann dies gegen keine Analogie sprechen? Nein. Nach dem Zweck der Haftungsbeschränkung, die dem Schädiger entgegenkommt, ist es irrelevant, ob den *Geschädigten* die Verpflichtung trifft, sich prüfen zu lassen.³⁸⁰⁰ Ein unbedingt notwendiger Zusammenhang zwischen Obligatorium und Haftungsbeschränkung wäre aus objektiv-teleologischer Sicht nur dann verständlich, wenn den *Schädiger* die Prüfungspflicht träfe, weil man dann die betragliche Höchstgrenze als gesetzlichen Ausgleich dieser Verpflichtung interpretieren könnte.³⁸⁰¹

³⁷⁹⁵ S dazu ErläutRV KMG 17: Kompromisscharakter; C. Nowotny in *Seicht*, Jahrbuch Controlling und Rechnungswesen 1993, 299; Weber, Kapitalmarktrecht 197, 325; Gruber, wbl 1992, 46; Welser, ecolex 1992, 302 FN 6; Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 138.

³⁷⁹⁶ Seibt in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 199 f; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2702.

³⁷⁹⁷ Der Vorstand hat aber gem § 81 Abs 1 Satz 3 letzter HS AktG den Aufsichtsrat von der Beauftragung einer Ratingagentur und dem Ratingergebnis zu unterrichten (so auch für Deutschland Seibt in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 199 f).

³⁷⁹⁸ Eine GmbH könnte als Verwaltungsgesellschaft iSd InvFG tätig werden (vgl § 6 Abs 2 InvFG; Brawenz, ÖBA 1990, 164).

³⁷⁹⁹ Allg dazu U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 20 Rz 15; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler, ebd § 35 Rz 2.

³⁸⁰⁰ Gegen *Canaris*, ZHR 163 (1999) 234, der – entgegen den Materialien (zu diesen oben bei FN 3568) – den Sinn der Haftungsgrenze offenbar nur in einer Privilegierung der Pflichtprüfung sieht.

³⁸⁰¹ Ein Zusammenhang zwischen Pflichtrevision und Haftungsbeschränkung lässt sich mE jedoch sehr wohl aufzeigen. Man könnte die Haftungsbeschränkung auch (zusätzlich) dadurch erklären, dass der Gesetzgeber eine unzumutbare Kostenbelastung der verpflichteten Gesellschaften durch die vom Abschlussprüfer in Rechnung gestellten Gebühren vermeiden wollte und folglich das Prüferhaftungsrisiko reduziert hat, um die Kostenüberwälzung auf die Gesellschaft einzudämmen (vgl *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung [1932] 328; U. Torggler, wbl 2001, 553; Walter Doralt, ÖBA 2006, 175; Walter Doralt, RdW 2006, 690; Holoubek/Karollus/Rummel, ÖBA 2002, 963; Kolb, Protokoll zur Sitzung am 1. und 2.2.1935, Ausschuss für Aktienrecht, Akademie für Deutsches Recht I 396; Hirte, Berufshaftung 67). Dieser in den Materialien zum dVAG nicht angesprochene Zusammenhang steht mE der hier befürworteten Analogie nicht entgegen. Denn dieser Konnex mag allenfalls eine Zusatzerwägung des Gesetzgebers gewesen sein, jedoch geht aus den Materialien und der Gesetzgebungsgeschichte des § 275 UGB deutlich hervor, dass es Hauptzweck der Haftungsschranke sein sollte, dem Abschlussprüfer entgegen zu kommen (vgl oben bei FN 3568; s auch *Karollus*, RdW 2006, 392). Dies wurde durch spätere Gesetzesnovellen bekräftigt (ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB; WAB GenRevRÄG 2002, 2; ErläutRV RLG 1990, 72). Wäre der aufgezeigte Zusammenhang zwischen Pflichtrevision und Haftungsbeschränkung tatsächlich ausschlaggebend (wogegen freilich auch § 87 Abs 3 Satz 4 BörseG und § 132 AktG sprechen [dazu unten bei FN 3814, 3816]), hätte es nicht der zwingenden Haftungsbeschränkung bedurft. Vielmehr wäre es bei Verzicht auf diese Haftungsschranke der verpflichteten Gesellschaft nach allg Schadenersatzrecht ohnehin freigestanden, das Prüfungshonorar dadurch zu verringern, dass sie vertraglich mit dem Prüfer eine Haftungseinschränkung vereinbart und so die Prüfungskosten mindert. Umgekehrt trifft die genannte Erwägung (Minderung der Kostenbelastung der Gesellschaft) ebenso auf solche Gesellschaften zu, die zwar nicht aufgrund gesetzlicher Verpflichtung, dafür aber im eigenen Interesse eine Abschlussprüfung vornehmen lassen (s dazu schon A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} [1932] § 262a Anm 4; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung [1938] § 135 AktG, Rz 2; ferner Böcking/Gros/Rabenhorst in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ [2014] § 316 Rz 18; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht [2011] § 316 HGB, Rz 20). So verstanden ließe sich der die Haftungsbegrenzung allenfalls zusätzlich rechtfertigende Gedanke (Verminderung der Kostenbelastung des Geprüften) auch auf das Verhältnis Emittent – Ratingagentur übertragen. Dabei ist auch zu bedenken, wie wichtig das Rating für eine erfolgreiche Emission von bestimmten Wertpapieren ist (hier besteht also kein rechtlicher, wohl aber ein faktischer Zwang zur Beauftragung der Ratingagentur [zur *gatekeeper*-Funktion der Ratingagenturen oben bei FN 129]) und wie teuer eine Emission werden würde, müsste der Emittent die Kosten für ein unbeschränktes Haftungsrisiko übernehmen (diese Kosten könnte der Emittent zwar theoretisch auf die Anleger überwälzen, aber bei beträchtlichem Haftungsrisiko der Ratingagentur stellt sich die Frage, ob er seine Emission dann überhaupt noch ausreichend attraktiv [lukrativ] für die Anleger gestalten kann).

Der Abschlussprüfer aber übernimmt seine Aufgabe freiwillig.³⁸⁰² Warum sollte auf eine freiwillige Prüfung, bei der dem Abschlussprüfer nach dem Willen der Vertragsparteien dieselben Aufgaben zukommen sollen, wie bei einer Pflichtrevision (sog „freiwillige Testatsprüfung“)³⁸⁰³ und bei der daher die Bestimmungen der §§ 268 ff UGB im Zweifel gelten sollen³⁸⁰⁴, die Rechtsfolge des § 275 Abs 2 UGB nicht entsprechend anwendbar sein? Nach der *ratio*, die dieser Norm zugrunde liegt³⁸⁰⁵, kommt es auf das mit der Prüfungstätigkeit verknüpfte Haftungsrisiko an³⁸⁰⁶, das für freiwillige Prüfungen im selben Ausmaß besteht.³⁸⁰⁷

2) Dafür spricht auch die Parallele zur beschränkten Prospekthaftung, wo der Gesetzgeber das sondergesetzliche Haftungsregime explizit auf freiwillige Prospektveröffentlichungen ausdehnt, weil er offenbar hier wie dort dieselben Wertungen für maßgebend erachtet (vgl § 3 Abs 2 KMG).³⁸⁰⁸ Und auch die Haftungsbeschränkung des historischen Vorläufers der begrenzten Abschlussprüferhaftung, der Gefährdungshaftung im Kfz-Bereich³⁸⁰⁹, knüpft nicht an eine Pflicht zum Betrieb des Kfz an, sondern schlicht an die Übernahme der haftungsgeneigten Tätigkeit (§§ 15 f EKHG; vgl auch § 151 LFG, § 7b RHPflG).

3) Die gegenteilige hM zur Abschlussprüferhaftung dürfte wohl zu sehr von rechtspolitischen Erwägungen beeinflusst sein.³⁸¹⁰ ME kann man hinsichtlich einer Haftung von bis zu 12 Millionen Euro nicht von einer „sachlich verfehlten“ Ausnahmevorschrift sprechen, die schon als solche einer analogen Anwendung entzogen wäre. Auch müsste der dafür anzulegende Maßstab mE äußerst streng sein, wenn man ihn überhaupt anerkennen möchte.³⁸¹¹ Dafür spricht auch die europäische Entwicklung,

³⁸⁰² Kalss, ÖBA 2002, 202 f.

³⁸⁰³ S dazu (in Abgrenzung zur freiwilligen „Bescheinigungsprüfung“) Ebke in MünchKomm HGB³ (2013) § 316 Rz 12, § 323 Rz 15; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 21; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 163; Liebscher, Abschlussprüfer 25 f, 73.

³⁸⁰⁴ Im Deutschland wird dementsprechend angenommen, dass für Gegenstand, Art und Umfang der freiwilligen Bilanzprüfung im Zweifel die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 316 ff dHGB gelten sollen, s etwa Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 45 mwN.

³⁸⁰⁵ Näher dazu „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.β.ββ. Gesetzesgeschichte und Normzweck des § 275 Abs 2 UGB“.

³⁸⁰⁶ Auch die Berufshaftpflichtversicherung der Wirtschaftsprüfer kann mE daher nicht entscheidend gegen eine Übertragung der Wertungen des § 275 Abs 2 UGB auf die Dritthaftung von Ratingagenturen sprechen, für die eine Berufshaftpflichtversicherung (noch) nicht vorgeschrieben ist (vgl aber Thiele, Rating 55). Denn Ratingagenturen werden auch ohne gesetzliche Verpflichtung ein evidenten Interesse daran haben, ihre Berufstätigkeit zu versichern, was ihnen allerdings nur bei überschaubaren Haftungsrisiken faktisch möglich ist. Letzteres schlägt die für die Analogie maßgebliche Brücke zur Wertung des § 275 Abs 2 UGB, der ebenso die Versicherbarkeit der schadensgeneigten Tätigkeit gewährleisten möchte (s oben bei FN 3566).

³⁸⁰⁷ P. Bydlinski in FS Ostheim (1990) 378 ff.

³⁸⁰⁸ Vgl Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 8; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 28; Koziol/Sommer in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/22.

³⁸⁰⁹ S dazu oben bei FN 3588.

³⁸¹⁰ Vgl Hopt in FS Pleyer (1986) 352, 355: unangemessen niedrige Haftung (freilich zur alten Rechtslage); zust wohl Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 323 Rz 9; vgl auch Hopt/Merk in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ (2014) § 323 Rz 9: Auch nach Novellierung des § 323 dHGB (Erhöhung der Haftpflichtsumme) komme eine Analogie nicht in Frage; vgl ferner Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 4, 8: Kompromisscharakter.

³⁸¹¹ Es erscheint mE äußerst zweifelhaft, dass der Rechtsanwender eine Wertung des positiven Rechts im Rahmen des Analogieschlusses deswegen negieren dürfen soll, weil er meint, sie sei „sachlich verfehlt“. Ob ein Gesetzeszweck dergestalt Unterstützung verdient, dass die Rechtsanwendung (auch im Anwendungsbereich des § 7 Satz 1 ABGB) an ihn gebunden ist, sollte doch der Gesetzgeber bzw der Verfassungsgerichtshof (vgl Art 7 B-VG) entscheiden, nicht aber der individuelle Rechtsanwender. Umgekehrt darf ja der

namentlich die *Kommissionsempfehlung* (!) für eine beschränkte Haftung auf Basis ökonomischer Überlegungen.³⁸¹²

Für diese hM (keine Übertragung des § 275 Abs 2 UGB auf freiwillige Abschlussprüfungen) ließe sich nur geltend machen, dass keine *planwidrige* Gesetzeslücke vorliege³⁸¹³, weil der Gesetzgeber ausschließlich Pflichtrevisionen begünstigen wolle. ME ist aber selbst das zweifelhaft. Immerhin dehnte er die Begrenzung der Abschlussprüferhaftung auch auf fakultative (dh dem Ermessen der Hauptversammlung anheimgestellte) Sonderprüfungen aus (vgl § 130 Abs 1 iVm § 132 AktG), für die vor Einführung der obligatorischen Bilanzprüfung keine Haftungsgrenze bestanden hatte.³⁸¹⁴ Zwischen einer Sonderprüfung und einer freiwilligen „Abschlussprüfung“, insb aufgrund satzungsmäßiger Verpflichtung³⁸¹⁵, besteht wohl kein relevanter Unterschied. Dementsprechend muss der betraglich iSd § 275 Abs 2 UGB beschränkt haftende GmbH-rechtliche Verschmelzungsprüfer nicht zwingend, sondern nur auf Verlangen eines Gesellschafters bestellt werden (§ 100 Abs 2 GmbHG iVm § 220b AktG). Und auch die Prüfung oder prüferische Durchsicht des Halbjahresfinanzberichts gem § 87 Abs 3 BörseG, für die § 275 Abs 2 UGB gem § 87 Abs 3 Satz 4 BörseG ebenfalls gilt, ist nicht obligatorisch (vgl § 87 Abs 3 Satz 3 BörseG).³⁸¹⁶

Für das Vorliegen einer unbeabsichtigten Lücke spricht mE auch der logische Regelungszusammenhang zwischen Pflichtrevision und Haftungsbegrenzung: Es erscheint doch naheliegend, dass der Gesetzgeber die Haftungshöchstgrenze eingeführt hat, als ihm eine solche besonders dringlich erschien, nämlich zu einem Zeitpunkt, zu dem jedenfalls in größerem Ausmaß mit solchen Prüfungen zu rechnen war (Einführung des Prüfungszwangs).³⁸¹⁷ Verständlicherweise³⁸¹⁸ knüpfte man dabei an die Bestimmungen über die Bestellung des Abschlussprüfers und den erforderlichen Prüfungsumfang eine zivilrechtliche Sanktionsvorschrift für mangelhafte Prüfungen an (§ 262g HGB idF dRGBI 1931, 439).³⁸¹⁹ Damit ist aber noch nichts über die Frage ausgesagt, ob der

Rechtsanwender (bei richtigem Verständnis) eine bewusst unsachliche (dh willkürliche) Differenzierung des Gesetzgebers nicht durch Auslegung oder sonst irgendwie korrigieren (dies ist dem Gesetzgeber und dem Verfassungsgerichtshof vorbehalten; dazu bereits oben bei und in FN 3709), was angesichts der Unbestimmtheit des Gleichheitssatzes durchaus seinen guten Sinn hat (*Rüffler*, JRP 2002, 71).

³⁸¹² Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, ABl L 2008/162, 39; s dazu oben bei FN 3732.

³⁸¹³ Vgl RIS-Justiz RS0008870.

³⁸¹⁴ Vgl Art 222a, 239a A(D)HGB idF AktRNov 1884; vgl oben nach FN 885.

³⁸¹⁵ Auch solche Prüfungen werden als „freiwillige Prüfungen“ bezeichnet (mit der Konsequenz der Nichtanwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen nach hM), s etwa *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 20 f.

³⁸¹⁶ Vgl *Kalss/Oppitz* in *Hopt/Voigt*, Kapitalmarktinformationshaftung 872; *Weber*, Kapitalmarktrecht 190; für Deutschland *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB³ (2010) § 316 Rz 31; *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 16; *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 316 HGB, Rz 25.

³⁸¹⁷ Vgl oben bei FN 3563.

³⁸¹⁸ ISv ökonomisch zweckmäßig; vgl zur „Gesetzesreform-Ökonomie“ die Überlegungen oben in FN 153 aE.

³⁸¹⁹ *P. Bydlinski* in FS Ostheim (1990) 378.

Gesetzgeber vergleichbare Tätigkeiten tatsächlich anders behandeln wollte, zumal nach seinem historischen Willen „tröpfchenweise“, früher oder später, immer mehr Gesellschaften unter das Abschlussprüfungsregime samt spezieller Prüferverantwortlichkeit fallen sollten.³⁸²⁰ „Heute unbeschränkte³⁸²¹ Haftung unseres Prüfers, morgen beschränkte Haftung desselben“, müsste sich eine Gesellschaft denken, auf die der Anwendungsbereich der Pflichtrevision irgendwann nach 1931 ausgedehnt wurde. Das erscheint willkürlich und ist dem Gesetzgeber mE nicht zu unterstellen.

4) Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass sich das Vorliegen einer planwidrigen Lücke bei der Dritthaftung für Ratings jedenfalls leichter als bei freiwilligen Abschlussprüfungen begründen lässt³⁸²².

yy. Art 35a EU-RatingVO oder § 11 KMG als sachnähere Haftungseinschränkungen?

Das mE gewichtigste Argument gegen die Analogie zu § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB im hier interessierenden Zusammenhang ist die Überlegung, dass es – ungeachtet der Notwendigkeit einer gesetzlichen Beschränkung der Dritthaftung für Ratings – eine sachnähere Norm³⁸²³ gäbe, die ebenso gut dazu beitragen könne, eine Haftungsausuferung zulasten der Ratingagenturen zu verhindern.

1) So könnte man eine Analogie zu Art 35a Abs 1 EU-RatingVO in Betracht ziehen, eine Bestimmung, die den Ratingagenturen insofern entgegenkommen möchte.³⁸²⁴ *Prima vista* verfängt der Zweck des Art 35a Abs 1 EU-RatingVO also auch hinsichtlich der Dritthaftung von Ratingagenturen nach österreichischem Recht.³⁸²⁵ Demnach müssten diese auch im Rahmen ihrer ABGB-rechtlichen Dritthaftung³⁸²⁶ nur grob schuldhaftes Pflichtverstöße gegenüber Anlegern verantworten.

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die europarechtliche Haftungseinschränkung erst am 20. Juni 2013 in Kraft getreten ist, sodass sie schwerlich eine Analogiebasis für davor liegende Schadensfälle bilden kann. Ist man der Auffassung, dass eine gesetzliche Eingrenzung der Dritthaftung für Ratings notwendig ist, muss man also für frühere Haftungssachverhalte nach einer nationalen Haftungsschranke suchen.

³⁸²⁰ Vgl oben bei FN 3592.

³⁸²¹ Hingewiesen sei auf die Möglichkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen; s dazu auch noch unten „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“.

³⁸²² Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.α. Planwidrige Regelungslücke“.

³⁸²³ Vgl nur *Rüffler*, wbl 2001, 358; VwGH 21. 9. 2000, 95/06/0230 (unter P II.5 der Entscheidungsgründe).

³⁸²⁴ S dazu unten unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“.

³⁸²⁵ Vgl oben bei FN 3417, 3428.

³⁸²⁶ S dazu oben „Teil 1.I.D.3.a.bb. § 1300 Satz 1 ABGB als Haftungsgrundlage“.

Aber auch für den Zeitraum nach dem Inkrafttreten des Art 35a EU-RatingVO gilt mE letztlich nichts anderes: Zwar kann für die hier vertretene Ansicht wohl nicht vorgebracht werden, dass es sich bei Art 35a EU-RatingVO um eine EU-Norm handle, die als solche einer analogen Anwendung im nationalen Recht nicht zugänglich sei. Art 35a Abs 1 EU-RatingVO gilt unmittelbar³⁸²⁷ und unterscheidet sich hinsichtlich seiner „Normqualität“ daher nicht wesentlich von einer österreichischen Haftungsnorm. ME ist insoweit eine einheitliche Betrachtungsweise geboten.

Allerdings sprechen mE der Gesamtzusammenhang des Art 35a EU-RatingVO und der dieser Bestimmung zugrunde liegende Zweck entscheidend gegen eine analoge Anwendung. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte³⁸²⁸ der EU-RatingVO und ihrem zentralen Regelungsanliegen, den Anlegerschutz sicherzustellen,³⁸²⁹ ergibt, versteht der europäische Gesetzgeber Art 35a EU-RatingVO als eine Art *Mindestersatzpflicht* und -harmonisierung (keine Vollharmonisierung). Die Vorschrift schließt ausdrücklich „weitere zivilrechtliche Haftungsansprüche im Einklang mit dem nationalen Recht nicht aus“ (Art 35a Abs 5 EU-RatingVO). Vor diesem Hintergrund wäre es mE unzulässig, einen weitergehenden Schadenersatzanspruch nach nationalem Recht (für den leichte Fahrlässigkeit ausreicht) durch eine analoge Anwendung des Art 35a EU-RatingVO gravierend zu kürzen. Das möchten diese Norm und die EU-RatingVO insgesamt offensichtlich nicht.

Freilich wird mit der hier vorgeschlagenen Haftungsbeschränkung gem § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB ebenso eine Einzäunung der Verantwortlichkeit erreicht, die zulasten des Anlegerschutzes geht.³⁸³⁰ Das hat aber mit der EU-RatingVO nichts mehr zu tun, die den Mitgliedstaaten ihre Regelungsautonomie bezüglich der Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht belässt. Im Übrigen stellt mE eine auf grobe Fahrlässigkeit beschränkte Haftung insb aufgrund der damit zusammenhängenden Beweisproblematik für geschädigte Anleger das größere Übel dar.³⁸³¹ Eine solche Schlechterstellung der Anleger lässt sich besser argumentieren, wenn die Ratingagenturen den Anlegern wie nach der EU-RatingVO für *unsolicited* und *solicited* Emissionsratings haften; nicht aber, wenn (wie in dieser Arbeit³⁸³²) eine Verantwortlichkeit nach nationalem Recht nur für beantragte Emissionsratings bejaht wird. Auch aus diesem Grund ist mE Zurückhaltung geboten,

³⁸²⁷ S dazu unten bei FN 4471.

³⁸²⁸ S dazu unten „Teil 2.I.B. Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO“.

³⁸²⁹ S dazu unten „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“.

³⁸³⁰ S noch unten „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.e. Rechtspolitisch unsachgerechte Lösung?“.

³⁸³¹ Vgl auch oben bei FN 3849.

³⁸³² S oben „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“.

wenn man die Übertragung der Wertungen der EU-RatingVO auf die Haftung nach nationalem Recht prüft.

2) Schließlich könnte man den Versuch wagen und ein für die Analogie zu § 14 Z 6 KMG, § 275 Abs 2 UGB verwendetes Argument gegen diese selbst wenden: Wenn hinsichtlich der systematischen Notwendigkeit einer Haftungseinschränkung auf § 11 KMG verwiesen wird³⁸³³, sei dann nicht dieser die sachnähere Norm? Die Ratingagenturen würden dann analog § 11 Abs 1 Z 2a KMG nur für grobes Verschulden haften³⁸³⁴ und vielleicht auch analog § 11 Abs 6 KMG nur für den Erwerbspreis zuzüglich Spesen und Zinsen.

Immerhin liegen diesen Bestimmungen ähnliche Erwägungen zugrunde, wie sie hier³⁸³⁵ angestellt wurden, namentlich die Verantwortlichkeit trotz Fehlens eines rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen Schädiger und Geschädigtem³⁸³⁶ und das damit einhergehende, hohe Haftungsrisiko sowie das Bestreben, „übertriebene Schadensberechnungen“ zu vermeiden³⁸³⁷. Auch die zusätzliche Erwägung zur Prospekthaftungsdeckelung, ein gleichsam doppeltes Schadenersatzrisiko tragbar zu gestalten³⁸³⁸, könnte für die Ratingagenturen-Haftung fruchtbar gemacht werden. Denn sie haften – wie noch aufzuzeigen sein wird – nach österreichischem (S 419 ff) wie „europäischem“ (S 521 ff) Schadenersatzrecht nicht nur gegenüber Anlegern, sondern auch gegenüber der anderen „Marktseite“, dem Emittenten („*Scylla und Charybdis*“).³⁸³⁹

Mit diesen historischen Regelungszwecken steht im Einklang, dass der Gesetzgeber der KMG-Novelle 2005 die haftungsrechtliche Belastung des Prospektkontrollors überschaubar und zumutbar gestalten wollte³⁸⁴⁰ (ein Anliegen, das an dieser Stelle ebenso für die Dritthaftung für Ratings verfolgt wird). Als Begründung für die Schranke der groben Fahrlässigkeit (anders als bei entsprechender Anwendung der § 11 Abs 1 Z 2, Z 2b KMG) ließe sich anführen, dass Ratingagenturen auch eine Verantwortung für die

³⁸³³ S oben bei FN 3474.

³⁸³⁴ Vgl zu diesem Ergebnis die Sympathie bei *Henrichs* in FS Hadding (2004) 890. Rechtsdogmatisch tendiert *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2280, zu einer analogen Anwendung der börsengesetzlichen Haftungsmilderung: „Man kann daher die Milderung des Haftungsmaßstabs auch als Ausgleich für diese Ausweitung des [Prospekt-]Haftungstatbestandes betrachten. So gesehen könnte sie geradezu zum positiv-rechtlichen Ansatzpunkt für eine Haftungsmilderung in anderen Fällen werden, in denen es ebenfalls an einem echten rechtsgeschäftlichen Kontakt fehlt und nur eine ‚Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr‘ gegeben ist“. Das verdient Beachtung. ME ist die Ansicht *Canaris*‘ aber insofern inkonsequent, als er an anderer Stelle die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit durch die Anwendung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ aushebelt (*Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 2289, 2294), sohin letztlich den Normzweck des dBörsenG nicht ausreichend berücksichtigt (vgl demgegenüber oben „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“). ME erscheint es widersprüchlich, eine Norm, die nach eigener Meinung unzulänglichen Schutz gewährt und die demnach die „wahre“ Haftungssituation „verkürzt“ (iSv eingeschränkt) wiedergibt, analog anzuwenden. Vielmehr müsste dann doch konsequenterweise die „wahre“ ungeschriebene Haftungsnorm, die die sondergesetzliche Haftungsnorm „übertrumpfte“, analog angewendet werden.

³⁸³⁵ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.b.aa. Notwendigkeit einer (weiteren) Haftungsbegrenzung“.

³⁸³⁶ S dazu oben bei FN 572.

³⁸³⁷ S dazu oben bei FN 616.

³⁸³⁸ S dazu oben bei FN 627.

³⁸³⁹ Vgl *Welser*, Haftung 99 f; *dens*, *ecolex* 1992, 305.

³⁸⁴⁰ Vgl oben bei FN 742.

„Richtigkeit“ des Ratings übernehmen³⁸⁴¹, sodass eine Parallele zum (bloß für grobe Fahrlässigkeit haftenden) Prüfer von Veranlagungsprospekten bestehe³⁸⁴² (§ 8 Abs 2 Satz 1 KMG; vgl demgegenüber § 8 Abs 2a Satz 1 KMG).

Das im Rahmen des vorliegenden Einwands aufgezeigte Problem relativiert sich mE aber, wenn man anerkennt, dass die Haftungseinschränkungen des § 11 KMG und des § 14 Z 6 KMG Ausdruck desselben Prinzips sind.³⁸⁴³ Dementsprechend hatte die damalige deutsche Bundesregierung die Haftung des Prospektkontrollors in § 4 Abs 7 ihres Entwurfs eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen 1978 durch einen Verweis auf die Abschlussprüferhaftung betraglich beschränkt.³⁸⁴⁴ Das könnte Vorbild für die Regelung des § 14 Z 6 KMG gewesen sein.³⁸⁴⁵ Mit anderen Worten stützen mE die Zwecke, die § 11 KMG zugrunde liegen, die hier befürwortete Analogie und stehen ihr nicht entgegen, weil die unterschiedlichen Schranken des § 11 KMG einerseits und § 14 Z 6 KMG andererseits nur verschiedene Möglichkeiten sind, dasselbe Regelungsanliegen zu verwirklichen.³⁸⁴⁶

Für den hier vertretenen Vorzug des § 14 Z 6 KMG spricht, dass der Gesetzgeber § 275 Abs 2 UGB öfters und in unterschiedlichen Zusammenhängen für anwendbar erklärt, womit er die Analogiefähigkeit der Bestimmung mE stärker angedeutet hat (vgl auch insb § 220b Abs 3 AktG), als bei der Einzelregelung des § 11 KMG.³⁸⁴⁷ In diese Richtung weist auch der Ministerialentwurf zum GesRÄG 2005, der die Dritthaftung von Abschlussprüfern und Organmitgliedern betraglich beschränkte.³⁸⁴⁸

ME müsste man bei der – hier aber abgelehnten – Analogie zu § 11 Abs 1 Z 2a KMG die Beweislastverteilung des § 11 Abs 1 Satz 2 KMG konsequenterweise ebenso analog

³⁸⁴¹ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

³⁸⁴² Zur insofern differenzierten Betrachtungsweise des KMG s wiederum oben bei FN 742.

³⁸⁴³ Vgl *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 890, der hinsichtlich der Dritthaftung von Ratingagenturen offenbar mit einer betraglichen Haftungsschranke sowie (alternativ) mit einer Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit sympathisiert; ähnl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers *H.-B. Schäfer/Bigus*, Haftung 2 f; vgl auch die Nw in FN 3635; vgl ferner OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (49) (*Oppitz*).

³⁸⁴⁴ Vgl Begr RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 5, 15. Ein wichtiger Unterschied zu § 14 Z 6 KMG besteht allerdings darin, dass diese deutsche Haftungsbestimmung durch den bloßen Verweis auf die Abschlussprüferhaftung nur die Verantwortlichkeit des Prospektprüfers gegenüber dem Auftraggeber regelte, dh *in concreto* dem Emittenten und nicht den Anlegern, vgl Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum RegEntw VermAnlG 1978, BT-Drucksache 8/1405, 26; krit dazu *Köndgen*, Selbstbindung 391, der die mangelnde Haftung gegenüber dem Anlegerpublikum als „bedauerliche[n] Rückschritt“ einstuft; *ders*, AG 1983, 126: „bizarrer Gedanke“ der Beschränkung der Haftung auf die Verantwortlichkeit gegenüber dem Emittenten insofern, als das Gesetz Anlegerenschutz bezweckt habe.

³⁸⁴⁵ Vgl § 8 Abs 7 RegEntw VermAnlG 1978, abgedr in BT-Drucksache 8/1405, 7, 15.

³⁸⁴⁶ Vgl auch *Hopt*, AcP 183 (1983) 717, der meint, bei einer durch die Rsp entwickelten gesetzlichen Haftung des Prospektkontrollors gegenüber Anlegern wäre es ein „Unding“, die gesetzlichen Haftungsgrenzen des Aktienrechts nicht zur Anwendung kommen zu lassen; vgl weiters *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 959; *Artmann*, ÖZW 2002/3, 94; *Fraberger/Petritz* in *Hirschler*, Bilanzrecht (2010) § 275 UGB, Rz 119.

³⁸⁴⁷ Auch bringt eine summenmäßige Haftungsbeschränkung, die nur bei Vorsatz des Schädigers durchbrochen wird (s § 275 Abs 2 UGB), mehr Rechtssicherheit für die Ratingagentur, die ihr maximales Haftungsrisiko anhand der Größe des Emittenten eindeutig bestimmen kann. Demgegenüber wäre es bei Anwendung des § 11 Abs 1 Z 2a KMG unsicher, ob die Gerichte nicht im Einzelfall doch grobes Verschulden bejahen (vgl zu den Abgrenzungsschwierigkeiten *U. Torggler*, JBl 2011, 762) und daher eine unbeschränkte Haftung annehmen würden.

³⁸⁴⁸ S dazu oben in FN 875, 3750.

anwenden, weil sie mE mit der Haftungsbeschränkung auf grobes Verschulden zusammenhängt.³⁸⁴⁹ Gleiches müsste dann zumindest für § 11 Abs 4 KMG gelten, sodass eine gem § 11 Abs 1 Z 2a KMG beschränkte Dritthaftung für Ratings einseitig zwingend wäre.

88. Haftungseinschränkungen bloß bei „Kontrolldiensten“?

An die soeben aufgezeigte Parallele zwischen § 11 Abs 1 Z 2a KMG und § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB anknüpfend könnte man gegen die hier befürwortete Analogie einwenden, dass aus diesen Normen die gesetzgeberische Tendenz erkennbar sei, „Kontrolldienste“ (aber nur solche) haftungsrechtlich zu privilegieren, weil Prospekt-, Rechenschaftsberichts- und Abschlussprüfer allesamt eine fremde Information kontrollieren (Prospekt, Rechenschaftsbericht, Jahresabschluss). Aus diesem Grund sei es bedenklich, die einschlägigen Haftungsschranken auf die Verantwortlichkeit für Ratings zu übertragen, weil Ratingagenturen demgegenüber eine selbsterstellte Information („Rating“) preisgäben.

Dieses formal wirkende Argument gewinnt an zusätzlicher Überzeugungskraft, wenn man berücksichtigt, dass die „Nähe“ des Schädigers zur potenziell haftungsrelevanten Information tatsächlich als haftungsbegründender Faktor für eine Dritthaftung immer wieder genannt wird.³⁸⁵⁰ Dem liegt der mE zutreffende Gedanke zugrunde, dass es dem Verpflichteten bei ausgeprägter Informationsnähe mit geringeren Kosten und damit eher zumutbar ist, seinerseits eine inhaltlich richtige Information zu erteilen (*cheapest cost avoider*³⁸⁵¹; vgl § 1019 ABGB, § 11 Abs 1 Z 1 KMG³⁸⁵², §§ 48a, 48d BörseG iVm § 1311 ABGB).³⁸⁵³

³⁸⁴⁹ S oben in FN 706.

³⁸⁵⁰ S Kalss, ÖBA 2000, 649, 651 f; dies, ÖBA 2002, 196; dies/Oppitz in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 858; Fleischer, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 141; Köndgen, AG 1983, 95, 126; Schuler, Verantwortlichkeit 254; vgl auch Welser, ecolex 1992, 306.

³⁸⁵¹ So im Hinblick auf die Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 63, 113; vgl dazu oben bei FN 2109.

³⁸⁵² Vgl speziell dazu die Erwägungen in ErläutRV KMG 21: „Emittenten als diejenigen, die den Prospekt erstellen bzw. für die der Prospekt erstellt worden ist, haften auch für leichte Fahrlässigkeit.“ Die Materialien begründen die Emittentenhaftung für fehlerhafte Prospektinformationen also zutr mit der Informationsnähe des Emittenten und damit, dass der Emittent Adressat der gesetzlichen Pflichten betreffend die Anlegerinformation ist (s auch Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 60, 115; Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1048; dazu oben in FN 557).

³⁸⁵³ Vgl auch Köndgen, AG 1983, 95 (zur Prospekthaftung der Gesellschaftsgründer), der einen Vergleich zum Produkthersteller (vgl § 1 Abs 1 Z 1 PHG) zieht; dens, AG 1983, 128; vgl auch zur Prospekthaftung im Allgemeinen Brawenz, Prospekthaftung 170, 176; Nowak, Prospekthaftung 20, 91 (auch speziell zur Emissionsbank), 108: „Grundlage der Prospekthaftung ist somit der Kenntnisstand der Verantwortlichen“, 114; dens, KMG (1992) 119 (in Bezug auf die Prospekthaftung des Emittenten); vgl zur „Informationsnähe“ des Emittenten auch Kalss, Anlegerinteressen 166, 215, 326; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 60; Oulds in Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ Rz 15.210, 15.232, 15.234; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 39 (dort auch zum Großaktionär); Oehler/Voit, ÖBA 1999, 972 f; vgl ferner Canaris, Vertrauenshaftung 535, der die Haftung des Scheinvertreters damit begründet, dass dieser den Mangel seiner Legitimation eher erkennen könne, als der gutgläubige Dritte und jener damit am Schaden „näher dran“ sei; s allg zur Zumutbarkeit als Rechtfertigung für die Auferlegung von Sorgfaltspflichten: Welser, Haftung 48, 90 mit FN 40; Liebscher, Abschlußprüfer 64.

Daher mag diese Wertung wohl auch umgekehrt für eine eingeschränkte Dritthaftung für Fehlinformationen sprechen,³⁸⁵⁴ wenn die Informationsnähe nicht bzw nur eingeschränkt vorliegt (vgl schließlich auch § 11 Abs 1 Z 3 KMG). Allerdings ist mE zu bedenken, dass auch Ratingagenturen zahlreiche „fremde“ Informationen für ihr Bonitätsurteil verwerten und diese – wie es oben vertreten wurde³⁸⁵⁵ – auf ihre Plausibilität zu überprüfen haben. Die Information „Rating“ stammt zwar letztlich von den Ratingagenturen selbst, jedoch ergibt sich insofern kein relevanter Unterschied gegenüber einem Bestätigungs- oder Kontrollvermerk iSd UGB bzw KMG, die schließlich auch in den ausschließlichen „Nahbereich“ des jeweiligen Prüfers fallen. Daher spricht die (beschränkte) Informationsnähe in Wahrheit nicht gegen, sondern für eine Analogie zu § 14 Z 6 KMG iVm § 275 UGB in Zusammenhang mit der Dritthaftung von Ratingagenturen.

ε. Rechtspolitisch unsachgerechte Lösung?

1) Zum Abschluss soll noch der Frage nachgegangen werden, ob denn die hier vertretene Analogie auch aus rechtspolitischer Sicht zu befürworten ist oder ob damit nicht vielleicht ein sachwidriges Ergebnis erzielt wird. Zusammengefasst spricht für die Übertragung der Haftungsgrenze die dadurch eindeutig erreichte und für die Dritthaftung erforderliche³⁸⁵⁶ Prognostizierbarkeit des Haftungsumfangs für den Experten³⁸⁵⁷, dem dadurch ermöglicht wird, sein Entgelt an sein Haftungsrisiko anzupassen^{3858 3859}. Eine Art „*liability crisis*“³⁸⁶⁰ durch Haftungsaußerung³⁸⁶¹, wie sie in Zusammenhang mit der Dritthaftung von Experten und insb Ratingagenturen³⁸⁶² befürchtet wird, besteht insofern nicht. Damit geht einher, dass die Gefahr eines unerwünschten *defensive rating* reduziert wird.³⁸⁶³

³⁸⁵⁴ Welser, *ecolex* 1992, 305; vgl § 82a Abs 2 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 (Var B), der die Haftung der Vorstandsmitglieder für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen auf € 1 Mio, jene der Aufsichtsratsmitglieder auf € 100.000 einschränkte. Freilich kann die jeweilige Informationsnähe auch als Begründung dafür dienen, das Ausmaß der anzuwendenden Sorgfalt angemessen zu begrenzen, s Koziol, ÖBA 1992, 892; Schwark in Schwark/Zimmer, *Kapitalmarktrecht*⁴ (2010) §§ 44, 45 BörsG, Rz 11, 48 f; Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, *Handbuch Kapitalmarktinformation*² § 29 Rz 38; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, *WpPG/VerkProspG*² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 93, 96. Nichtsdestotrotz schützen „gröbere“ Haftungsbeschränkungen als die Ausdifferenzierung des Pflichtenmaßstabs effektiver vor einer Haftungsaußerung (s bereits oben in FN 588).

³⁸⁵⁵ Bei FN 3039.

³⁸⁵⁶ Schneider, ZHR 163 (1999) 249.

³⁸⁵⁷ So auch ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 38; zum berücksichtigungswürdigen Interesse des Schädigers, keine unbeschränkte und unkalkulierbare Haftung aufgebürdet zu bekommen, s Kalss, ÖBA 2002, 196 sowie die Nw in FN 3417.

³⁸⁵⁸ Vgl dazu oben bei FN 2589.

³⁸⁵⁹ Wagner in FS Blaurock (2013) 495.

³⁸⁶⁰ Vgl Hirte, *Berufshaftung* 354.

³⁸⁶¹ Vgl dazu Koziol, JBl 2004, 278, der auch hinsichtlich des Ausmaßes des Schadenersatzes das Interesse des Schädigers würdigt, keiner ausufernden Haftung ausgesetzt zu sein.

³⁸⁶² Wagner in FS Blaurock (2013) 482; vgl auch Haar, DB 2013, 2496.

³⁸⁶³ Wagner in FS Blaurock (2013) 496; so (bei Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit) auch Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, *Steuerungsfunktionen* 207.

Es könnte aber fraglich sein, ob nicht der allfällige Schadenersatzanspruch der Anleger durch den Analogieschluss zu stark gekürzt wird,³⁸⁶⁴ weil der Haftungstopf im Verhältnis zum Emissionswert in aller Regel verhältnismäßig gering sein wird. Mit der Überlegung, dass die drei großen Ratingagenturen Jahresumsätze erzielen, die die vorgeschlagene Haftungsgrenze bei Weitem übersteigen, ließe sich diese „Anspruchskürzung“ zusätzlich anzweifeln. So hat eine Ansicht³⁸⁶⁵ in Deutschland *de lege ferenda* eine spezialgesetzliche Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern für leichte Fahrlässigkeit vorgeschlagen, jedoch eine summenmäßige Beschränkung derselben auf 100 Millionen Euro befürwortet. Wendet man dagegen § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB analog an, stehen den Anlegern „nur“ maximal 12 Millionen Euro zur Verfügung.

Dem ist Folgendes zu erwidern: Das geltende Recht lässt keine höheren Haftungssummen zu. Wenn der Gesetzgeber die Beträge des § 275 Abs 2 UGB für Anlegerschäden, die infolge des Vertrauens auf den geprüften Rechenschaftsbericht entstehen, trotz der notwendigen Verhaltenssteuerung des Schädigers³⁸⁶⁶ für sachgerecht erachtet³⁸⁶⁷ (§ 14 Z 6 KMG), ist nicht ersichtlich, warum dies bei der Dritthaftung von Ratingagenturen anders sein sollte (und warum man etwa § 62a BWG³⁸⁶⁸, § 82 Abs 8 VAG analog anwenden sollte).

Auch die österreichische hM, die eine betraglich begrenzte Fahrlässigkeitshaftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten annimmt,³⁸⁶⁹ befürwortet offenbar die Angemessenheit der Haftungssummen des § 275 Abs 2 UGB in Konstellationen, in denen es ebenso um horrende Gesamtschadenssummen gehen kann (vgl. *Rieger Bank* [oben S 49 ff]); und dies, obwohl es unter den Abschlussprüfern – vergleichbar mit den drei *global players* der Ratingagenturen – die „*Big Four*“³⁸⁷⁰ gibt, im Verhältnis zu deren Jahresumsätzen³⁸⁷¹ die Haftungshöchstsumme ebenso gering erscheinen mag.

Der Ministerialentwurf zum GesRÄG 2005 hat denn nicht nur die Anwendung der Haftungsgrenzen des § 275 Abs 2 UGB auf die Dritthaftung des Abschlussprüfers

³⁸⁶⁴ S auch die Behandlung des Einwands bei *Haar*, DB 2013, 2495.

³⁸⁶⁵ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 492 f.

³⁸⁶⁶ *Kalss*, ÖBA 2000, 643; *dies*, ÖBA 2002, 189; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 966, 968; *Dehn*, ÖBA 2002, 377; *Walter Doralt*, ÖBA 2006, 175; *ders*, RdW 2006, 690; *Wilhelmer*, RdW 2007, 456 FN 12; *Hirte*, Berufshaftung 317.

³⁸⁶⁷ *Anders Kalss*, ÖBA 2002, 202, 204 (für die damalige fünf Mio ATS-Grenze iZm der Dritthaftung des Abschlussprüfers).

³⁸⁶⁸ S ausf dazu *Dellinger/Told* in *Dellinger*, BWG, 5. Lfg (2010) § 62a Rz 7 ff, insb Rz 32 ff.

³⁸⁶⁹ Zum Meinungsstand oben unter „Teil 1.I.C.2.a. Abschlussprüfer“.

³⁸⁷⁰ *London Economics*, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F 258; *Artmann*, RdW 2007, 324; *Wilhelmer*, RdW 2007, 457.

³⁸⁷¹ Bzw zum Jahresumsatz der jeweiligen Muttergesellschaft.

unterstützt.³⁸⁷² Er hat sogar im Bereich der Verletzung von Informationspflichten durch Organmitglieder gegenüber dem Anlegerpublikum eine viel einschneidendere Haftungsschranke, namentlich 1 Million Euro (für Vorstandsmitglieder) bzw 100.000 Euro (für Aufsichtsratsmitglieder) befürwortet (§ 82a Abs 2 BörseG idF MinEntw GesRÄG 2005 [Variante B])³⁸⁷³.

2) Außerdem mindert sich das aufgezeigte Problem (geringe Haftsumme) in dreierlei Hinsicht: Erstens ist die Haftungsgrenze für die Abschlussprüferhaftung insofern dynamisch, als sie im Laufe der Zeit immer wieder erhöht wurde und dies auch weiterhin zu erwarten ist.³⁸⁷⁴ Eine zukünftige Erhöhung wäre natürlich auch für die Dritthaftung von Ratingagenturen zu beachten.

Zweitens ist zu bedenken, dass die hier vorgeschlagene Haftungshöchstsumme für Ratingagenturen *pro* schädigendem *Rating* gilt³⁸⁷⁵ und dass unterjährig – anders als bei der Abschlussprüfung – mehrere Ratings ein und desselben Prüfungsobjekts stattfinden können. Zudem kann es vorkommen, dass eine einheitliche Emission gleichzeitig mehrfach von einer Ratingagentur bewertet wird. In diesen Fällen steht der Haftungshöchstbetrag den jeweiligen Anlegern insoweit mehrfach zur Verfügung³⁸⁷⁶, als mehrere Ratings schuldhaft fehlerhaft sind.

Drittens muss man sich die praktische Sicht der Dinge vor Augen halten. In aller Regel können nicht sämtliche Zeichner der fraglichen Emission rechtzeitig³⁸⁷⁷ gegen die Ratingagentur schadenersatzrechtlich (erfolgreich) vorgehen. Nicht jeder Anleger wird die schadenersatzbegründenden Voraussetzungen beweisen können.³⁸⁷⁸

Insofern könnte sich die Haftungshöchstsumme in Einzelfällen als ausreichend erweisen. Sollte allerdings doch der Fall eintreten, dass viele Anleger die Ratingagentur in Anspruch nehmen möchten und wird daher eine hohe Gesamtschadenssumme eingeklagt, benötigt man die Haftungsschranke des § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB am dringendsten. Überhaupt ist der Sinn der Haftungsgrenze nur dann gegeben, wenn die erwarteten

³⁸⁷² In ähnl Weise hatte der deutsche Diskussionsentwurf zum KapInHaG eine beschränkte Prospekt-Dritthaftung von Experten entspr der (im Vergleich zu § 275 Abs 2 UGB sogar geringeren) Haftungsschranken des § 323 Abs 2 dHGB befürwortet: s § 44a Abs 2 dBörsenG idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1044 und dazu die Begr Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1051.

³⁸⁷³ S dazu ErläutMinEntw GesRÄG 2005, 32, 38; vgl dazu auch die begrenzte (Kapitalmarktinformations-, insb Prospekt-)Haftung der Organmitglieder nach dem Entw KapInHaG (s dazu oben in FN 3750).

³⁸⁷⁴ Vgl ErläutRV FMAG 2001 zu § 275 HGB: schrittweise Erhöhung; vgl dazu oben in FN 3595.

³⁸⁷⁵ S dazu oben bei FN 3678.

³⁸⁷⁶ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 329; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939) § 141 Rz 10; *Habersack/Schürnbrand in Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 48; *Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 92; *Ebke in MünchKomm HGB*³ (2013) § 323 Rz 72; *Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm*⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 117-140; *J. Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 42 Rz 37.

³⁸⁷⁷ Zur Verjährungsfrist s oben bei und in FN 3652.

³⁸⁷⁸ *Kersting*, Dritthaftung 543; vgl auch *Lemke in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 732; ferner *Dehn*, JAP 2002/2003, 60; *Köndgen*, Selbstbindung 389, 394 (zur Schwierigkeit für Außenstehende, Prüfungsfehler des Abschlussprüfers aufzudecken).

Schäden diese übersteigen.³⁸⁷⁹ Völlig zu Recht hat auch der OGH in der Entscheidung *Rieger Bank* dem Argument der Vorinstanz, wonach Haftungs- und Schadenssumme erheblich differieren könnten und dies gegen eine analoge Anwendung des § 275 Abs 2 HGB aF auf die allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern spreche, keine Bedeutung beigemessen.³⁸⁸⁰

ME ist eine aliquote Anspruchskürzung in Bezug auf solche Anleger, die mit der Ratingagentur keinen Vertrag geschlossen haben³⁸⁸¹, der ansonsten existenzgefährdenden Haftung der Ratingagentur³⁸⁸² vorzuziehen.³⁸⁸³ Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts³⁸⁸⁴ muss insoweit zurücktreten. Jedenfalls hat die hier vertretene Ansicht der pauschalen Ablehnung der Dritthaftung aus dem Grund der Haftungsausuferung voraus, dass die Ratingagenturen bzw ihre Versicherungen bei beschränkter Dritthaftung immerhin einen Beitrag zur Schadensbegrenzung leisten, mag dieser auch nur als ein „Scherflein“ erscheinen.³⁸⁸⁵

3) Im Übrigen ist es mE sachgerecht, wenn das Dritthaftungsrisiko der Ratingagentur je nach Größe des Emittenten divergiert.³⁸⁸⁶ Zum einen verhält sich der Haftungsumfang damit proportional zur potenziellen Gesamtschadensgröße³⁸⁸⁷, was zu einem volkswirtschaftlich erwünschten Anstieg an Sorgfaltsaufwand je nach Größe des drohenden Schadens führt.³⁸⁸⁸

Zum anderen schließt sich damit der Kreis zur hier vertretenen Dritthaftungsbegründung: Mit der Größe des Emittenten wird der Rating-Aufwand steigen. Dementsprechend wird die Ratingagentur eine höhere Gebühr vom Emittenten verlangen,³⁸⁸⁹ die dieser wiederum auf die Anleger umlegt³⁸⁹⁰. Für das konkrete Ausmaß der Dritthaftung ist damit letztlich die Ausprägung jenes Tatbestandsmerkmals („die Belohnung“) ausschlaggebend, das die

³⁸⁷⁹ Für diesen Hinweis danke ich meinem Dissertationsbetreuer, Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.

³⁸⁸⁰ OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 (91) *Rieger Bank*.

³⁸⁸¹ Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 594; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 206 f.

³⁸⁸² Eine solche nimmt *Eisen*, Haftung 357, bei bloßer Beschränkung der Haftung auf den Emissionswert an.

³⁸⁸³ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 1975, 49 f; zur Eindämmung einer existenzgefährdenden Haftung durch eine betragliche Haftungsbeschränkung s *Begr Entw KapInHaG*, abgedr in NZG 2004, 1048.

³⁸⁸⁴ *F. Bydlinski*, System 187 f; *Koziol*, JBl 1995, 685; *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/13; *Kalss*, ÖBA 2000, 643; *dies*, ÖBA 2002, 189; *Walter Doralt*, RdW 2006, 690; *Holoubek/Karollus/Rummel*, ÖBA 2002, 953; *Dehn*, ÖBA 2002, 377; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 484.

³⁸⁸⁵ Vgl *Lutter*, ZIP 2009, 197; zur Idee des Beitrags an der Schadenskompensation s *Begr Entw KapInHaG*, abgedr in NZG 2004, 1047, 1050.

³⁸⁸⁶ Vgl zur Abschlussprüferhaftung *European Commission*, Commission Staff Working Paper – Consultation Report on auditors' liability and its impact on the European capital markets 12 (Option 2), abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/consultation-paper_en.pdf (zuletzt abgerufen am 24.03.2015).

³⁸⁸⁷ Bei größeren Emittenten ist wohl iS einer Typusbetrachtung davon auszugehen, dass die Volumina der bewerteten Emissionen ebenfalls größere Ausmaße erreichen.

³⁸⁸⁸ *Wagner* in FS Blaurock (2013) 493.

³⁸⁸⁹ Alternativ für eine Staffelung der Haftung je nach Ausmaß der vereinnahmten Honorare *Wagner* in FS Blaurock (2013) 493 f; s dazu auch *Haar*, DB 2013, 2494.

³⁸⁹⁰ S dazu oben bei FN 2810.

außervertragliche Verantwortlichkeit überhaupt erst begründet³⁸⁹¹.³⁸⁹² Auf diese Weise dürfte auch eine Korrelation zwischen der Gewinnchance der Ratingagenturen³⁸⁹³ und dem von diesen zu verantwortenden Haftungsrisiko erreicht werden.

³⁸⁹¹ Näher oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd. „gegen Belohnung“: die geschützten Informationsadressaten“; s aber auch schon oben bei FN 1782.

³⁸⁹² So auch § 37a Abs 5 WpHG sowie § 44 Abs 5 dBörsenG, jeweils idF Entw KapInHaG, abgedr in NZG 2004, 1043 (s dazu oben in FN 3750).

³⁸⁹³ Dafür plädierend *Haar*, NZG 2010, 1285; vgl auch *dies*, ebd 1284: marktwirtschaftliches Äquivalenzprinzip.

II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

1) Ursprünglich kreiste die Haftungsdiskussion zumindest im deutsch-sprachigen Raum vorrangig darum, ob und unter welchen Voraussetzungen Ratingagenturen gegenüber den Informationsadressaten des Ratings haften könnten.³⁸⁹⁴ In jüngerer Zeit wird nun verstärkt eine Verantwortlichkeit der Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten erwogen.³⁸⁹⁵ Die Haftungsdebatte über die Aktivlegitimation der „Zielobjekte“ des Ratings erfasst dabei nicht nur die gerateten Privatunternehmen, sondern gerade auch die von den Ratingagenturen bewerteten Staaten.³⁸⁹⁶

Beflügelt wurde die zunehmende wissenschaftliche Konzentration auf die Haftung gegenüber dem insb staatlichen Emittenten wohl durch die aktuelle Staats- und Finanzkrise,³⁸⁹⁷ im Zuge derer von verschiedener Seite Kritik an den in jüngster Zeit vergebenen Ratings geäußert wurde.³⁸⁹⁸ Nach einer 2012 veröffentlichten Studie der Universität St. Gallen³⁸⁹⁹ seien zu Beginn der Eurokrise die Bewertungsmethoden der Ratingagenturen willkürlich geändert worden, wodurch jedenfalls die „Problemstaaten“ Europas (Portugal, Irland, Griechenland, Spanien)³⁹⁰⁰ ein – gemessen an den früheren Parametern – zu niedriges Rating erhalten hätten.³⁹⁰¹ Infolge dieser schlechten Bewertungen sei das diesen Staaten entgegengebrachte Marktvertrauen beeinträchtigt worden,³⁹⁰² sodass für sie die Emission von Anleihen aufgrund der steigenden Risikoprämie (zu) teuer geworden sei. Dadurch seien sie in den „Strudel der Insolvenz“ geraten. Angesichts dieses Einflusses auf die Anlegerpsyche kommt die Studie zum Ergebnis, dass Ratings „selbsterfüllende Prophezeiungen“ sind.³⁹⁰³

³⁸⁹⁴ S oben „Teil 1.I.A. Einleitung“.

³⁸⁹⁵ Vgl *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13; *Haar*, Civil Liability 2.

³⁸⁹⁶ *Arntz*, BKR 2012, 89.

³⁸⁹⁷ *Arntz*, BKR 2012, 89.

³⁸⁹⁸ Vgl dazu *Mühl*, Haftung, Rz 390; *Witte/Henke*, DB 2013, 2257; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 297; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 333 f mit FN 3.

³⁸⁹⁹ *Gärtner/Griesbach*, Rating agencies, self-fulfilling prophecy and multiple equilibria? An empirical model of the European sovereign debt crisis 2009-2011 (2012), Discussion Paper No. 2012-15, abrufbar unter: <http://www1.vwa.unisg.ch/RePEc/ug/econwp/EWP-1215.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.03.2015).

³⁹⁰⁰ „PIGS-countries“, *Gärtner/Griesbach*, Rating agencies 13.

³⁹⁰¹ *Gärtner/Griesbach*, Rating agencies 27 f; s auch die referierte Kritik bei *Arntz*, BKR 2012, 89; *Forschner*, J&E 2012/1, 6; vgl ferner *Mühl*, Haftung, Rz 74; *Haar*, ZBB 2010, 185; *Thiele*, ZG 2010, 145 FN 97.

³⁹⁰² Vgl *Gärtner/Griesbach*, Rating agencies 6 ff.

³⁹⁰³ *Gärtner/Griesbach*, Rating agencies 21 f, 28; zur prozyklischen Natur von Ratings s auch *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 267; *Lersch*, BKR 2010, 402 mit FN 3; *Schantz*, Verantwortlichkeit 107; vgl auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 299: Verursachung einer Staatsschuldenkrise; s dazu auch unten „Teil 1.II.B.2.b.hh.ccc. Sonderproblem: Rating als selbsterfüllende Prophezeiung“.

Diese Untersuchung ist charakteristisch für das seit jeher in Europa gehegte Misstrauen gegenüber Bewertungen der Bonität europäischer Staaten, die von US-amerikanischen Agenturen – so der Vorwurf – wirtschaftlich und/oder politisch motiviert vorgenommen werden (vgl. Anh I Absch D Teil III Nr 4 EU-RatingVO³⁹⁰⁴).³⁹⁰⁵ Man denke nur an die Kritik, die nach der „irrtümlichen“ Herabstufung Frankreichs durch *Standard & Poor's* Ende 2011 laut wurde.³⁹⁰⁶ Speziell in Österreich war man etwa 2014 wegen der Abwertung der *Hypo Tirol Bank* durch *Moody's* verärgert und reagierte darauf mit Unverständnis.³⁹⁰⁷

Auch im Bereich der Bonitätsbewertung privater Unternehmen mangelt es nicht an einschlägigen „Präzedenzfällen“, die die wissenschaftliche Diskussion im vorstehenden Sinne anregen. Zu erinnern ist an einschneidende Bonitäts-Herabstufungen im Jahre 2003 durch *Standard & Poor's*, die sich durch eine Änderung der Bewertung von Pensionsrückstellungen im Ratingverfahren ergaben (nunmehrige Zurechnung zum Fremdkapital, soweit keine Deckung durch einen Pensionsfonds vorhanden war). Die *ThyssenKrupp AG* etwa musste daher ein *downgrading* um zwei Stufen (auf BB+) hinnehmen.³⁹⁰⁸ Das soll dazu geführt haben, dass der Kurs der von *ThyssenKrupp* begebenen Anleihe innerhalb eines Tages um 6% sank³⁹⁰⁹ und sich die Zinskosten für *Thyssen* jährlich um € 30 Mio erhöhten³⁹¹⁰.

Auch die Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO bildet die eingangs erwähnte Ausdehnung der Haftungsdiskussion ab: Zwar sollte die Haftungsnorm (Art 35a) der EU-RatingVO ursprünglich, dh nach dem Vorschlag der Kommission (KOM[2011] 747), bloß eine Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern statuieren.³⁹¹¹ Die vom Europäischen Parlament und Rat in der „Hochblüte“ der Finanzkrise in Geltung gesetzte Fassung des supranationalen Haftungsartikels erfasst nunmehr aber ausdrücklich auch eine Haftung gegenüber dem bewerteten Emittenten (Art 35a Abs 1, UnterAbs 2 EU-RatingVO).³⁹¹²

³⁹⁰⁴ Dazu unten in FN 4924.

³⁹⁰⁵ Vgl dazu *Däubler*, NJW 2003, 1097; *dens*, BB 2003, 431, 434; *Mühl*, Haftung, Rz 74 f; *Möllers/Wecker*, ZRP 2012, 108 f.

³⁹⁰⁶ S dazu *Tagesschau.de*, Versehentliche Herabstufung schockt Frankreich, abrufbar unter: <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/standardandpoors106.html> (zuletzt abgerufen am: 24.03.2015); *FAZ.net*, Ratingagentur stuft versehentlich Frankreich herab-11524995.html (zuletzt abgerufen am 24.03.2015); *Arntz*, BKR 2012, 89; *Haar*, DB 2013, 2489; *dies*, Civil Liability 2; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 42.

³⁹⁰⁷ *tirol.orf.at*, Hypo: Platter über Moody's-Downgrade verärgert, abrufbar unter: <http://tirol.orf.at/news/stories/2653831/> (zuletzt abgerufen am 16.04.2015).

³⁹⁰⁸ S dazu *Handelsblatt.com*, Thyssen-Krupp will Herabstufung prüfen lassen, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/archiv/auf-bb-herubgestuft-thyssen-krupp-will-herabstufung-pruefen-lassen/2229114.html> (zuletzt abgerufen am 24.03.2015); *Luttermann/Vahlenkamp*, ZIP 2003, 1635 mit FN 79; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 187, 198; *Blaurock*, ZGR 2007, 609 f; *Eisen*, Haftung 223; *Reidenbach*, Ratingagenturen 323; *Lerch*, BKR 2010, 403; *Mühl*, Haftung, Rz 74; *Karner*, ÖBA 2010, 587 f.

³⁹⁰⁹ *Blaurock*, ZGR 2007, 610.

³⁹¹⁰ *Däubler*, NJW 2003, 1096; *Lerch*, BKR 2010, 403 FN 28.

³⁹¹¹ *Witte/Henke*, DB 2013, 2259 FN 25; s unten in FN 4574.

³⁹¹² Vgl die „Antizipation“ bei *Arntz*, BKR 2012, 95.

2) Wenngleich also das Europarecht nunmehr eine explizite Haftungsgrundlage für Emittenten bereitstellt, die gegen Ratingagenturen Schadenersatz geltend machen möchten, ist die Frage der Haftung nach nationalem Recht weiterhin von praktischem Interesse: Zum einen setzt die Verantwortlichkeit der Ratingagenturen nach Art 35a EU-RatingVO auch gegenüber dem Emittenten erst bei grob fahrlässigem Fehlverhalten der Ratingagentur ein.³⁹¹³ Zudem ist der Geltungsbereich der Verordnung keineswegs umfassend, sodass es Ratingagenturen außerhalb Europas gibt, für die diese Haftungsnorm mangels (Pflicht zur) Registrierung iSd EU-RatingVO nicht gilt.³⁹¹⁴ Im Folgenden soll aus diesem Grund untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwiefern Ratingagenturen nach österreichischem Recht für Emittentenschäden verantwortlich sind.

Grundlegend für die rechtsdogmatische Aufarbeitung dieser Haftung ist die Unterscheidung, ob den Emittenten mit der bewertenden Ratingagentur ein Vertrag, insb ein sog „Ratingvertrag“, verbindet, oder nicht.³⁹¹⁵ Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich auf die außervertragliche Haftung der Ratingagenturen (sogleich S 422 ff), weil diese für österreichische Emittenten aus international-privatrechtlichen Gründen eine größere praktische Bedeutung haben dürfte.³⁹¹⁶ Dazu kommt, dass die Begründung der deliktischen Haftung größeren Aufwands bedarf.³⁹¹⁷ Der Vollständigkeit halber soll aber auch auf die vertragliche Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten nach österreichischem Recht eingegangen werden (unten S 479 ff), zumal das Bestehen einer Vertragsbeziehung in diesem Verhältnis keineswegs untypisch, ja sogar der Regelfall ist.³⁹¹⁸

Soviel vorweg: Weder die deliktische Haftung der Ratingagenturen gegenüber Emittenten, noch das Institut des „Ratingvertrags“ sind ausdrücklich gesetzlich geregelt. Zur Beurteilung dieser beiden Haftungskonstellationen muss daher auf allgemeine Haftungsnormen, -grundsätze und Vertragstypen zurückgegriffen werden.³⁹¹⁹

³⁹¹³ Dazu unten unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“, „Teil 2.II.B.4. Grob schuldhaftes Pflichtverletzung“.

³⁹¹⁴ S zum personellen Geltungsbereich unten unter „Teil 2.II.A.3.a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1)“; s dort (bei FN 4713) auch zur (bejahten) Frage, ob bei pflichtwidriger Unterlassung der Registrierung eine Haftung nach Art 35a EU-RatingVO dennoch in Betracht kommt.

³⁹¹⁵ Karner, ÖBA 2010, 588; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 8; Habersack, ZHR 169 (2005) 202; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 614; Eisen, Haftung 179; Fischer, Haftungsfragen 79; Mühl, Haftung, Rz 86; Forschner, J&E 2012/1, 11; Schuler, Verantwortlichkeit 168; Amort, EuR 2013, 274.

³⁹¹⁶ S dazu unten unter „Teil 3.III.B.1. Vertragliche Ansprüche (Rom I VO)“ sowie unter „Teil 3.III.B.2. Außervertragliche Ansprüche (Rom II VO)“.

³⁹¹⁷ Näher dazu unten unter „Teil 1.II.B.2. Problematik“.

³⁹¹⁸ S dazu bereits oben bei FN 60.

³⁹¹⁹ Ebenso die Rechtslage in Deutschland, s nur Peters, Haftung 50; Mühl, Haftung, Rz 90; Arntz, BKR 2012, 90, 93; Amort, EuR 2013, 274; vgl rechtsvergleichend für Europa Haar, DB 2013, 2489.

B. Deliktische Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur

1. § 1330 Abs 2 ABGB statt § 7 Abs 1 UWG

1) Führt ein *unsolicited* (= unbeantragtes = unbeauftragtes = „aufgedrängtes“) Rating zu Vermögensschäden des (vertraglich sohin nicht mit der Ratingagentur verbundenen) Emittenten, so erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, eine Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur gem § 1330 Abs 2 ABGB (und allenfalls § 7 Abs 1 UWG) zu bejahen. Immerhin knüpfen diese beiden deliktischen³⁹²⁰ Haftungstatbestände daran, dass jemand (die Ratingagentur) „unwahre“ Informationen (Ratings) über einen anderen (den Emittenten) verbreitet. Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch ist dabei insb, dass durch die fragliche Mitteilung der Kredit, der Erwerb und/oder³⁹²¹ das Fortkommen des Letzteren gefährdet und dieser sodann am Vermögen geschädigt wird.

2) Die potenziell kumulativ anwendbare³⁹²² *lex specialis* des § 7 UWG setzt darüber hinaus voraus, dass der Schädiger „zu Zwecken des Wettbewerbes“ handelt.³⁹²³ Letzterer muss daher die kreditschädigende Nachricht mit der Absicht verbreiten, ein Wettbewerbsverhältnis zulasten des Geschädigten zu beeinflussen. Irrelevant ist hingegen, ob der Schädiger selbst Konkurrent des Geschädigten ist, oder Ersterer den Wettbewerb zugunsten eines Dritten verzerrt.³⁹²⁴ Dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal des § 7 UWG liegt nach mE zutr hM³⁹²⁵ bei professionellen Bonitätsbewertungen von Emittenten in aller Regel nicht vor. Eine wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit scheidet somit insoweit aus:

Da zwischen Ratingagentur und Emittent in aller Regel kein Wettbewerbsverhältnis vorliegt,³⁹²⁶ kommt ein Handeln der Ratingagentur mit dem Zweck, den *eigenen*

³⁹²⁰ ZB OGH 6 Ob 119/99 i ÖBl 2000, 279 (280); Wehli, Teilnovelle 36; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 2.

³⁹²¹ Zum Zusammenhang zwischen Kredit, Erwerb und Fortkommen s Protokolle BGB, 2. Kommission 2850 f, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118, wonach die Beschaffung von Kredit nur eines von vielen Mitteln sei, „deren sich Jemand zum Zwecke des Erwerbes oder des besseren Fortkommens bedienen könne“.

³⁹²² *Ehrenzweig*, System II/1², 659; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 87; so ausdr für Deutschland Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106.

³⁹²³ S nur EB UWG 1923, 8; OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735 (738); *Berka*, ZfRV 1990, 55; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 87; vgl dazu auch schon die Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106 sowie *Ulrich*, GH 1913, 635; vgl ferner *Meyer*, Rechtsfragen 63.

³⁹²⁴ OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735 (738); RIS-Justiz RS0078984; ebenso Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106; *Berka*, ZfRV 1990, 55; vgl auch *Meyer*, Rechtsfragen 63.

³⁹²⁵ S die Nw in den folgenden FN.

³⁹²⁶ *Peters*, Haftung 50 f.

Wettbewerb zu fördern, nicht in Betracht.³⁹²⁷ Gewiss verfolgt die Ratingagentur ihre persönlichen Geschäftsinteressen mit der Vergabe eines unbeantragten Ratings, weil sie dadurch ihre Marktpräsenz steigert.³⁹²⁸ Sie erhöht auf diese Weise die Vergleichbarkeit ihrer bisher abgegebenen Ratings und verstärkt deren Aussagekraft (Ratingmarkt als Markt mit Netzwerkeffekten).³⁹²⁹ Allerdings besteht zwischen diesem Vorteil der Ratingagentur und dem allenfalls durch das Rating entstehenden Emittentenschaden keine Wechselbeziehung³⁹³⁰ in dem Sinne, dass dessen Einbuße spiegelbildlich einen finanziellen Profit für die Ratingagentur im selben Ausmaß zur Folge haben müsste³⁹³¹.³⁹³² Damit kann aber die Ratingagentur gar nicht die Absicht verfolgen, ihren Wettbewerb jedenfalls „auf Kosten“ des Emittenten zu fördern („win-lose“),³⁹³³ wie es für ein Konkurrenzverhältnis typisch ist. Vielmehr ist es denkbar, dass die Ratingagentur ein sorgfältiges Rating abgibt und damit ihr sowie dem Emittenten gedient ist („win-win“). Der Vorteil der Ratingagentur ist daher vom allfälligen Nachteil des Emittenten unabhängig.³⁹³⁴

Die für § 7 UWG notwendige Wechselbeziehung zwischen den von der Ratingagentur in Kauf genommenen geschäftlichen Vorteilen und den finanziellen Nachteilen des bewerteten Emittenten könnte aber anderswo zu verorten sein. Die Ratingagentur könnte mit ihrem negativen Rating den Wettbewerb auf dem Finanz- und/oder Absatzmarkt zugunsten der dortigen Konkurrenten des Emittenten beeinflussen.³⁹³⁵ Zwischen Letzteren und dem Emittenten besteht ja jedenfalls ein Wettbewerbsverhältnis. Zur Haftungsdurchsetzung müsste aber der Emittent den Nachweis erbringen, dass die (Organe

³⁹²⁷ Eisen, Haftung 279 f.

³⁹²⁸ Mühl, Haftung, Rz 84, 290 f; Öllinger, Haftung 151 FN 545, 214; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 708 f; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 66; vgl auch Baurock, ZGR 2007, 647; Reidenbach, Ratingagenturen 340 f; Jobst/Kapoor, WM 2013, 682; Möllers, JZ 2009, 866.

³⁹²⁹ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 707; Eisen, Haftung 240 FN 956, 279, 284, 296, 299; vgl Haar, NZG 2010, 1284.

³⁹³⁰ Eine Wechselbeziehung im aufgezeigten Sinne wäre nur im Verhältnis bewertende Ratingagentur – andere Ratingagenturen, die auf demselben Markt tätig sind, zu bejahen (vgl Meyer, Rechtsfragen 63); dieses Konkurrenzverhältnis muss man allerdings aus der Betrachtung ausblenden, wenn Ansprüche des Emittenten untersucht werden sollen und dieser nicht selbst eine konkurrierende Ratingagentur ist.

³⁹³¹ S zu dieser Wechselbeziehung insb Begr RegEntw dUWG 2004, BT-Drucksache 15/1487, 16: „Die Einordnung als Mitbewerber setzt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Zuwiderhandelnden oder einem Dritten und dem benachteiligten Unternehmen voraus. Dieses liegt dann vor, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.“

³⁹³² Eisen, Haftung 280.

³⁹³³ S dazu OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735 (738): § 7 UWG verlangt ua den „objektiven Erfolg, wonach einem Mitbewerber Vorteile auf Kosten jenes Unternehmers zukommen, über den schädigende Tatsachen wahrheitswidrig behauptet werden“; vgl auch schon Ullrich, GH 1913, 635.

³⁹³⁴ Eisen, Haftung 280.

³⁹³⁵ Peters, Haftung 50; Öllinger, Haftung 102; Mühl, Haftung, Rz 198; Meyer, Rechtsfragen 63; Eisen, Haftung 277, 281, 284; Vasella, Haftung 212; vgl dazu Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 708.

der) Ratingagentur beabsichtige(n), fremden Wettbewerb zu fördern („Wettbewerbsabsicht“).³⁹³⁶ Das wird ihm wohl selten gelingen.³⁹³⁷

Anderes könnte dann gelten, wenn zwischen der Ratingagentur und einem Konkurrenten des geschädigten Emittenten wirtschaftliche Verflechtungen bestehen.³⁹³⁸ Eine derartige „Befangenheit“ der Ratingagentur könnte den Verdacht nahelegen, dass sie ihre Bewertung in Wettbewerbsabsicht veröffentlicht hat,³⁹³⁹ um mittelbar von der Schwächung der Wettbewerbsposition des Emittenten zu profitieren.

Eine lauterkeitsrechtliche Haftung könnte mE ferner dann eintreten, wenn die Ratingagentur ein „unangenehmes“ unbeantragtes Rating konkret dazu einsetzt, den Emittenten (in Zukunft) zum Abschluss eines Ratingvertrags zu nötigen.³⁹⁴⁰ Denn in diesem Fall ist es gerade aus Sicht der bewertenden Ratingagentur der Zweck der Bonitätsbewertung, die Wettbewerbsposition des Emittenten zu dessen Lasten zu beeinträchtigen.³⁹⁴¹ ME reicht aber das „abstrakte Nötigungspotenzial“, das jedem *unsolicited* Rating innewohnt und das einen Emittenten unabhängig vom Willen der Ratingagentur zu einem Ratingvertragsabschluss bewegen könnte, für sich alleine nicht zu einer wettbewerbsrechtlichen Haftung aus.³⁹⁴² Sieht man von solchen Sonderkonstellationen ab, kommt demnach bloß eine Haftung der Ratingagentur nach § 1330 Abs 2 ABGB in Frage.

3) Die hier vertretene Auffassung harmoniert auch durchaus mit der Judikatur des OGH, der im offen formulierten Wettbewerbsrecht besondere Bedeutung zukommt („Richterrecht“).³⁹⁴³ In der Entscheidung 4 Ob 395/76³⁹⁴⁴ wurde die Einschlägigkeit des § 7 UWG für den Fall verneint, dass eine Stiftung ein negatives Qualitätsgutachten über den vom Kläger vertriebenen Sportrasen verbreitet hatte. Das Höchstgericht zog dabei eine Parallele zur Haftung von Einrichtungen, die Warentests und Preisvergleiche erstellen. Ein direktes Wettbewerbsverhältnis zwischen Stiftung und Kläger liege nicht vor. Allenfalls

³⁹³⁶ Zur Beweislast s nur *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 23 Rz 18.

³⁹³⁷ Die subjektive Komponente ebenso (im Regelfall) verneinend *Peters*, Haftung 51; *Öllinger*, Haftung 103; *Meyer*, Rechtsfragen 63; *Eisen*, Haftung 281 ff, insb 286 f; *Mühl*, Haftung, Rz 199; vgl auch *Reidenbach*, Ratingagenturen 357 ff; *Vasella*, Haftung 213 mit FN 936 (aber mit Hinweis auf die abw Rechtslage in der Schweiz).

³⁹³⁸ *Heindl*, wbl 2007, 222; *Eisen*, Haftung 287; vgl auch *Peters*, Haftung 73 FN 395; *Däubler*, BB 2003, 433.

³⁹³⁹ *Öllinger*, Haftung 149; vgl *Köhler* in *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²³ (2004) § 6 UWG, Rz 89: mangelnde Neutralität von Warentests als Indiz für Wettbewerbsabsicht.

³⁹⁴⁰ *Meyer*, Rechtsfragen 63; *Mühl*, Haftung, Rz 298; vgl auch *Baurock*, ZGR 2007, 648. Diesfalls wären auch Ansprüche gem § 1295 Abs 2 ABGB (s dazu unten in FN 4290), gem § 152 StGB iVm § 1311 ABGB (vgl *Mühl*, Haftung, Rz 203) sowie allenfalls auch kartellrechtliche Ansprüche (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem § 5 KartG [vgl § 5 Abs 1 Z 1 *leg cit*; Art 102 Abs 2 *lit a* AEUV; vgl dazu *Eisen*, Haftung 297, 300 ff; *Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua*, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 3]) denkbar.

³⁹⁴¹ *Eisen*, Haftung 285.

³⁹⁴² *Meyer*, Rechtsfragen 63 f; wohl auch *Öllinger*, Haftung 149; zwf auch *Reidenbach*, Ratingagenturen 359; diff *Eisen*, Haftung 285 f (nur wenn *unsolicited* Rating nicht als solches gekennzeichnet wird); aA v. *Randow*, ZBB 1996, 89 ff; *Däubler*, BB 2003, 434.

³⁹⁴³ Vgl nur ErläutRV UWG-Novelle 2007, 3.

³⁹⁴⁴ OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735 (s die relevante Begründung dort S 738 f).

könne eine wettbewerbsrechtliche Haftung der Stiftung aufgrund der Förderung *fremden* Wettbewerbs eintreten. Dafür genüge es jedoch nicht, wenn sich die fachlichen Einschätzungen der beklagten Partei auf den Wettbewerb objektiv auswirken und für Mitbewerber des Klägers förderlich sind. Der Verbreiter solcher Mitteilungen müsse vielmehr selbst ein geschäftliches Interesse an der wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung haben.

Auf derselben Linie liegt das Judikat des OGH zu 4 Ob 338/87³⁹⁴⁵. Darin verneinte der OGH die wettbewerbsrechtliche Kreditschädigungshaftung eines Gläubigerschutzverbands. Die dafür notwendige Absicht des Schutzverbands, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil des Klägers zu fördern, sei nicht erwiesen worden. Diese mE zutr. Judikatur lässt sich auch auf die Haftung von Ratingagenturen übertragen. Nicht nur kann eine Parallele zu Gläubigerschutzverbänden gezogen werden, die die „interessierten Kreise“ über die Bonität des Auskunftsubjekts informieren. Auch Warentesteinrichtungen (insb. die Stiftung Warentest) werden in Literatur und Rsp immer wieder mit Ratingagenturen verglichen.³⁹⁴⁶

4) Zusammenfassend lässt sich somit Folgendes festhalten: Für ein Handeln zum Zwecke der Förderung fremden Wettbewerbs iSd § 7 UWG reicht es nicht aus, dass sich die Tätigkeit der Ratingagentur objektiv auf den Wettbewerb der Emittenten auswirkt und sie davon auch Kenntnis hat.³⁹⁴⁷ Es bedarf eines zusätzlichen „Willenselements“ auf Seiten der Ratingagentur, das in aller Regel nicht vorliegen wird. Aus diesem Grund ist mE § 1330 Abs 2 ABGB typischerweise die für die hier interessierenden Fallkonstellationen passendere Norm.

Das Hauptaugenmerk der folgenden Untersuchung richtet sich daher auf diesen Tatbestand. Freilich wird dabei die jüngere Bestimmung des § 7 UWG³⁹⁴⁸ nicht ganz ausgeblendet werden dürfen, haben doch § 1330 Abs 2 ABGB und § 7 UWG Einiges

³⁹⁴⁵ OGH 4 Ob 338/87 wbl 1988, 99; dazu Iro, RdW 1988, 35.

³⁹⁴⁶ S. Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; Peters, Haftung 51 FN 258, 55, 63 ff, insb. 73 ff; Däubler, BB 2003, 433; Vetter, WM 2004, 1707; Habersack, ZHR 169 (2005) 195, 201; Blaurock, ZGR 2007, 631; Eisen, Haftung 284; Fischer, Haftungsfragen 79; Heindl, wbl 2007, 222; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Haar, ZBB 2009, 184; Karner, ÖBA 2010, 591; Vasella, Haftung 144 f; Arntz, BKR 2012, 94; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); gegen das Heranziehen der Wertungen aus der Warentest-Rsp für die Frage der Haftung von Ratingagenturen aber Mühl, Haftung, Rz 171; Schuler, Verantwortlichkeit 217 f; Schroeter, Ratings 749 f; diesbzgl. zwf. Spindler, AG 2010, 611.

³⁹⁴⁷ Eisen, Haftung 282 ff; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 709; vgl. Kadečka, UWG 73; OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735 (738).

³⁹⁴⁸ § 7 UWG wurde in Österreich durch das Bundesgesetz vom 26. September 1923 gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 1923/531 (wiederverlautbart durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, BGBl 1984/448) eingeführt, während § 1330 Abs 2 ABGB durch die III. Teilnovelle in die österreichische Rechtsordnung eingegliedert wurde.

gemeinsam.³⁹⁴⁹ Sie können daher wechselseitig zur Auslegung der jeweils anderen Norm herangezogen werden.³⁹⁵⁰

2. Problematik: der Tatsachenbegriff

Die Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB setzt ua voraus, dass durch das Verbreiten *unwahrer „Tatsachen“* der Kredit, der Erwerb oder das Fortkommen des Geschädigten gefährdet wurde. Fraglich ist, ob ein Rating unter „Tatsache“ iSd § 1330 Abs 2 ABGB zu subsumieren ist.³⁹⁵¹

a. Meinungsstand

aa. Lehre

1) Der Meinungsstand scheint von den Landesgrenzen abhängig zu sein: In Österreich wird eine Kreditschädigungshaftung von Ratingagenturen gem § 1330 Abs 2 ABGB von drei Autoren „einhellig“ bejaht, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß.³⁹⁵² Ein Rating sei eine „gemischte Äußerung“, die sowohl Elemente der Tatsache als auch wertende Gesichtspunkte enthalte.³⁹⁵³ Bei solchen Informationen könne eine Haftung wegen Kreditschädigung bejaht werden, wenn sich der Tatsachenkern der Äußerung als unzutreffend, dh als unwahr erweise.³⁹⁵⁴ Was dies konkret bedeutet, dh wann die Ratingagentur diesem Maßstab zufolge tatsächlich haften soll, wird aber – soweit ersichtlich – nicht präzisiert.

2) Demgegenüber lehnt die überwiegende Meinung in Deutschland eine Haftung von Ratingagenturen gem § 824 BGB (der deutschen Parallelnorm zu § 1330 Abs 2 ABGB) ab.³⁹⁵⁵ Die dhL verweist vor allem darauf, dass Aussagen über zukünftige Ereignisse wie

³⁹⁴⁹ Zur Verwandtschaft dieser Normen s zB *Gschnitzer*, Schuldrecht, Besonderer Teil 179; *Schönherr*, ÖBl 1975, 77; *Berka*, wbl 1997, 266.

³⁹⁵⁰ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 26 Rz 4; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 87.

³⁹⁵¹ Die Ermittlung der Bedeutung einer Äußerung und die fragliche Einordnung unter den Tatsachenbegriff ist Rechtsfrage, s zB *Danzl* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 6, 10; RIS-Justiz RS0031883 T17; RS0031815 T8; RS0079155 („soweit nicht ihr Sinn wegen fachlicher Schwierigkeiten nur von Sachverständigen beurteilt werden kann“).

³⁹⁵² Relativ weitgehend wohl *Graf*, ZFR 2014, 310, 312 FN 12; s schon *Öllinger*, Haftung 107 f; *Karner*, ÖBA 2010, 592, der aber darüber hinaus auch eine deliktische Haftung der Ratingagentur für leichte Fahrlässigkeit in Anlehnung an die Haftungsfigur des Eingriffs in das Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb befürwortet.

³⁹⁵³ *Öllinger*, Haftung 90 f; so auch für die Schweiz *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 58 ff.

³⁹⁵⁴ *Karner*, ÖBA 2010, 592: Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB komme in Betracht, wenn das Rating auf unrichtigen Tatsachen aufbaut; vgl für die Schweiz *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 59; ausdr aA (keine Kreditschädigungshaftung in einem solchen Fall gem § 824 BGB) *Wagner* in FS Blaurock (2013) 473. Der BGH (VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 [1188]) subsumiert einen derartigen Fall unter den Eingriff in das Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

³⁹⁵⁵ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10; *Deipenbrock*, BB 2003, 1852; *Vetter*, WM 2004, 1707; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200, 203 FN 109; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1939; *Eisen*, Haftung 303 ff; *Fischer*, Haftungsfragen 80 FN 256; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706, 708; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 618; *Wagner* in FS Blaurock

Bonitätsprognosen nicht Tatsachenbehauptungen iSd § 824 BGB sein könnten, weil Tatsachen stets auf die Vergangenheit (und nicht auf die Zukunft) bezogen seien.³⁹⁵⁶ Bei einem Rating überwiege zudem der wertende Charakter (Werturteil), weil die einzelnen Ratingkriterien subjektiv gewichtet seien und außerdem nicht objektivierbare bzw quantifizierbare Faktoren³⁹⁵⁷ die Bewertung beeinflussen würden.³⁹⁵⁸ Folglich sei das Rating eine „Meinungsäußerung“.³⁹⁵⁹ Daher sei es aufgrund des Wortlauts des § 824 BGB und auch aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich, eine Rating unter diese Bestimmung zu subsumieren. Denn die freie Rede müsse zugunsten der Ratingagentur gewahrt bleiben.³⁹⁶⁰

Aus rechtsvergleichender Sicht ist hervorzuheben, dass sich § 1330 Abs 2 ABGB und § 824 BGB hinsichtlich des hier entscheidenden Tatbestandsmerkmals der „Tatsache“ nicht unterscheiden.³⁹⁶¹ Die österreichische Norm lehnt sich ausweislich der Materialien zur III. Teilnovelle sogar an § 824 BGB an.³⁹⁶² Nicht übersehen werden darf allerdings, dass die dhL im Ergebnis dennoch (in gewissen Grenzen) eine deliktische Haftung der Ratingagentur gegenüber dem bewerteten Emittenten annimmt.³⁹⁶³ § 824 BGB sei zwar nicht einschlägig. Allerdings hafte die Ratingagentur dann, wenn sie das Recht des Emittenten an dessen „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“³⁹⁶⁴ verletze.³⁹⁶⁵ Dieses, auch aus der verfassungsrechtlich verbürgten Erwerbsfreiheit und dem ebenso

(2013) 473; *Amort*, EuR 2013, 275; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 54; *Schroeter*, Ratings 854 ff; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1350 („regelmäßig“); diff aber *Peters*, Haftung 53 ff; *Meyer*, Rechtsfragen 67, 82; *Arntz*, BKR 2012, 93: Kreditschädigungshaftung bei besonders schlechten Ratings, massiven *downgrades* sowie dann, wenn die Ratingagentur zusätzlich zur Bewertung bestimmte Angaben bzgl der Ausgestaltung des fraglichen Finanzinstruments macht; ähnl *Forschner*, J&E 2012/1, 8; vgl auch *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243 mit FN 47; *Vasella*, Haftung 134; Haftungsgrundlage offen bei *Becker*, DZWIR 2011, 398; für eine Haftung gem § 824 BGB aber *Mühl*, Haftung, Rz 173 ff; *Schuler*, Verantwortlichkeit 204 ff (der aber einen Haftungsausschluss gem Abs 2 *leg cit* für möglich hält).

³⁹⁵⁶ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10; *Peters*, Haftung 53; *Meyer*, Rechtsfragen 67; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1939; *Eisen*, Haftung 305; *Fischer*, Haftungsfragen 80 mit FN 256; vgl auch *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200; *Arntz*, BKR 2012, 93.

³⁹⁵⁷ *Peters*, Haftung 53; *Meyer*, Rechtsfragen 67; *Eisen*, Haftung 306; *Fischer*, Haftungsfragen 80 mit FN 256; *Forschner*, J&E 2012/1, 8.

³⁹⁵⁸ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 195, 200; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1939; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706, 708, 710; *Amort*, EuR 2013, 275; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1350; *Arntz*, BKR 2012, 93; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 681; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 45; *Blaurock*, ZGR 2007, 628; „in erster Linie eine Meinungsäußerung“; v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Gomille*, GPR 2011, 186; untechnisch betrachtet sei ein Rating eine Meinungsäußerung; krit Tendenz zur Qualifikation als Meinungsäußerung aber bei *Spindler*, AG 2010, 610.

³⁹⁵⁹ *Fleischer*, Gutachten, 64. Deutscher Juristentag, F 140; *Vetter*, WM 2004, 1707; *Meyer*, Rechtsfragen 67, 82 (im Regelfall); *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1934 f, 1939; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706, 708; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 614, 618; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 202; *Arntz*, BKR 2012, 93; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 473; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 681; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 45; *Blaurock*, ZGR 2007, 628: „in erster Linie eine Meinungsäußerung“; v. *Schweinitz*, WM 2008, 957; *Gomille*, GPR 2011, 186; untechnisch betrachtet sei ein Rating eine Meinungsäußerung; krit Tendenz zur Qualifikation als Meinungsäußerung aber bei *Spindler*, AG 2010, 610.

³⁹⁶⁰ Vgl *Arntz*, BKR 2012, 94; *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 345 f.

³⁹⁶¹ *Karner*, ÖBA 2010, 592.

³⁹⁶² S dazu unten bei FN 4168.

³⁹⁶³ S zu diesem „Unterschied“ zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtsordnung auch schon *Schönherr*, ÖBl 1975, 79.

³⁹⁶⁴ Daneben wird in Deutschland auch manchmal das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ des Emittenten bemüht (s etwa *Peters*, Haftung 58 f; *Arntz*, BKR 2012, 94); angesichts der mangelnden Anerkennung dieses (in der Tat wohl relativ konturlosen) Rechtsinstituts in Österreich und der eher ausgefallenen Fälle, in denen dieses Recht deutschen Lehrmeinungen zufolge durch die Ratingagentur beeinträchtigt wird, erscheint eine weitergehende Auseinandersetzung hiermit als verzichtbar.

³⁹⁶⁵ So *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; *Peters*, Haftung 57 und *Meyer*, Rechtsfragen 64 sowie *Eisen*, Haftung 310 ff (die aber auch noch andere betroffene Rechtsgüter des Emittenten erwähnen); *Däubler*, BB 2003, 433; *Vetter*, WM 2004, 1707; *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1350 f; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1938 f; *Fischer*, Haftungsfragen 79 f; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 705, 707; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 473 f, 478 f; *Amort*, EuR 2013, 275; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 52; *Schroeter*, Ratings 860 ff; vgl *Reidenbach*, Ratingagenturen 356; *Gomille*, GPR 2011, 191; dagegen aber *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 619.

geschützten Eigentumsrecht (Art 12, 14 GG)³⁹⁶⁶ abgeleitete³⁹⁶⁷ Recht wird als sonstiges Recht iSd § 823 Abs 1 BGB betrachtet³⁹⁶⁸. Es schütze den Emittenten ua vor (auch fahrlässig verbreiteten³⁹⁶⁹) kreditschädigenden Werturteilen.³⁹⁷⁰

Nach diesem Rechtsgrund hafte die Ratingagentur für unververtretbares Vorgehen bei der Bonitätsprüfung sowie für unververtretbare Ratingergebnisse.³⁹⁷¹ Von dieser Verantwortlichkeit sollen auch die unvollständige Datenauswahl sowie die Anwendung wissenschaftlich nicht fundierter Ratingmethoden erfasst sein.³⁹⁷² Selbiges gelte für die Einsetzung befangener³⁹⁷³ sowie nicht ausreichend qualifizierter³⁹⁷⁴ Mitarbeiter. Ebenso könne es einen rechtswidrigen Eingriff begründen, wenn die Ratingagentur vor Veröffentlichung des Ratings den Emittenten nicht über das geplante Bewertungsergebnis informiert.³⁹⁷⁵

bb. Rechtsprechung

1) Die deutsche Rsp steht mit der dhL in Einklang. Im Jahr 2011 entschied der BGH³⁹⁷⁶, dass sich eine von einer Wirtschaftsauskunftei erstellte Bonitätsbewertung (Index „500“ auf einer Skala von 100-600) zwar grundsätzlich auf Tatsachen stütze, die wahr oder unwahr sein könnten. Das letztendlich abgegebene Bewertungsurteil habe aber wertenden Charakter, weil dafür zahlreiche Faktoren zu gewichten seien. Es sei somit als Meinungsäußerung verfassungsrechtlich geschützt und keinem Beweis der Richtigkeit iSd § 824 BGB zugänglich. Nur wenn das Meinungs- gegenüber dem Tatsachenelement in den Hintergrund trete, sei die gemischte Äußerung insgesamt als Tatsachenbehauptung aufzufassen.

³⁹⁶⁶ Amort, EuR 2013, 275; Mühl, Haftung, Rz 189.

³⁹⁶⁷ Vgl Meyer, Rechtsfragen 69.

³⁹⁶⁸ Arntz, BKR 2012, 93.

³⁹⁶⁹ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 706, spricht von „unsorgfältig“ erstellten negativen Ratings; Arntz, BKR 2012, 94, die aber bewusste Fehlrteile gesondert erwähnt; aA Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10 und Fischer, Haftungsfragen 80 sowie Schroeter, Ratings 863 (Haftung nur bei bewussten Fehlrteilen).

³⁹⁷⁰ Wagner in FS Blaurock (2013) 473; Peters, Haftung 51.

³⁹⁷¹ Eisen, Haftung 318, 320; Arntz, BKR 2012, 94; Wagner in FS Blaurock (2013) 474; wohl auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702 f, 706; Peters, Haftung 75 und Meyer, Rechtsfragen 72 (beide wohl aber auch unter dem Aspekt des Eingriffs in das allg Persönlichkeitsrecht des Emittenten); Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10 und Fischer, Haftungsfragen 80 sowie Schroeter, Ratings 863 (allerdings nur bei bewusst unrichtigen Ratings); vgl Vetter, WM 2004, 1707; Blaurock, ZGR 2007, 631 (ohne ausdr Erwähnung der Haftungsgrundlage); wie die erstgenannten Autoren auch BGH VI ZR 114/96 NJW 1997, 2593 (2594) (hinsichtlich Warentests).

³⁹⁷² Arntz, BKR 2012, 94; Peters, Haftung 75 und Meyer, Rechtsfragen 72 sowie Eisen, Haftung 318 f (alle drei wohl aber auch unter dem Aspekt des Eingriffs in das allg Persönlichkeitsrecht des Emittenten); Peters fordert an selber Stelle sogar die „Ermittlung korrekter Daten“, was auf eine Überprüfungspflicht der Ratingagentur hindeuten könnte; ähnl Eisen, Haftung 319, der eine sorgfältige Recherche verlangt; für die Pflicht, ein angemessenes Verfahren anzuwenden und diesem eine vollständige Datengrundlage zugrunde zu legen, wohl auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702 f, 706.

³⁹⁷³ Wagner in FS Blaurock (2013) 474.

³⁹⁷⁴ Eisen, Haftung 318; wohl auch Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703, 706; vgl auch Meyer, Rechtsfragen 73.

³⁹⁷⁵ Eisen, Haftung 319.

³⁹⁷⁶ BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (s die relevante Begründung dort S 1188 ff).

Mit dieser restriktiven Haltung des BGH harmoniert auch eine Entscheidung des OLG Berlin aus dem Jahre 2006.³⁹⁷⁷ Sogar eine mit dem Rating verknüpfte Tatsachenbehauptung müsse demnach eigenständige Bedeutung³⁹⁷⁸ haben, um als Tatsache iSd § 824 BGB gelten zu können.³⁹⁷⁹ (Unselbständige) Angaben, die zu den Bewertungsergebnissen führen (wohl insb Angaben in einem Ratingbericht), könnten demgegenüber gemeinsam mit diesen Ergebnissen als wertende Meinungsäußerung betrachtet werden.

Ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Bewerteten (§ 823 Abs 1 BGB) durch den Bewertenden liege nach dem eingangs erwähnten BGH-Judikat aber etwa dann vor, wenn der erstellte Bonitätsindex auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage fuße.³⁹⁸⁰ Die Bonitätseinstufung als solche wird freilich vom BGH auch implizit mitkontrolliert. Er begründet seine Entscheidung nämlich (auch) damit, dass die Bonitätsbewertung „gerechtfertigt“ gewesen sei und dass der Beklagten keine „Fehlbewertung“ unterlaufen sei.³⁹⁸¹ Der vergebene Index sei aufgrund der prekären finanziellen Situation der „hinter“ der bewerteten Gesellschaft stehenden Personen „nicht zu beanstanden“.³⁹⁸²

Dem OLG Berlin zufolge hafte die Ratingagentur nach diesem Rechtsgrund dann, wenn das Rating nicht den professionellen Verfahrensstandards entspreche. Die Bonitätsnote müsse neutral, sachkundig und im Bemühen um objektive Richtigkeit erarbeitet werden.³⁹⁸³ Die erforderliche Neutralität liege insb dann vor, wenn die Ratingagentur gesellschaftsrechtlich unabhängig ist und frei von Produkt- oder Vertriebsinteressen Dritter tätig wird.³⁹⁸⁴ Unter sachkundiger Raterstellung versteht das OLG Berlin implizit auch die Verwertung bewertungswesentlicher Informationen. Die Problematik, ob die Ratingagentur verpflichtet ist, beim Emittenten bezüglich weitergehender Informationen nachzufragen, lässt es aber ausdrücklich offen.³⁹⁸⁵

³⁹⁷⁷ KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (s zur relevanten Begründung dort S 1433 f); zust etwa *Blaurock*, ZGR 2007, 631; *Haar*, ZBB 2009, 184; s dazu auch *Heindl*, wbl 2007, 221. In diesem Fall ging es um einen mittels Antrags auf einstweilige Verfügung geltend gemachten Unterlassungsanspruch eines Emittenten, der sich damit gegen ein für ihn nachteiliges, unbeantragtes Rating wehren wollte.

³⁹⁷⁸ Vgl auch OLG Bamberg 6 U 59/03 BeckRS 2004, 30341986.

³⁹⁷⁹ So bereits *Peters*, Haftung 55; zust *Eisen*, Haftung 308.

³⁹⁸⁰ BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189).

³⁹⁸¹ BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189). Auch spricht der BGH davon, dass sich der Bewertete gegen sachlich gehaltene und zutr Marktinformationen ihn betreffend nicht wehren könne, was den Umkehrschluss nahelegt, dass er sich gegen unsachliche und unzutr Informationen sehr wohl wehren könne.

³⁹⁸² BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1190).

³⁹⁸³ KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433).

³⁹⁸⁴ KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433).

³⁹⁸⁵ KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433). Das OLG Berlin diskutiert dabei die Pflicht der Ratingagentur, durch Nachfrage beim Emittenten Informationen über die Prospektangaben hinaus zu erhalten, was den Schluss nahelegt, dass es das OLG Berlin für selbstverständlich erachtet, bei einem Emissionsrating den Emissionsprospekt zu berücksichtigen.

Mit diesen Grundsätzen steht eine neuere Entscheidung des OLG Frankfurt im Einklang, in der es die Haftung einer Ratingagentur wegen rechtswidrigen Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Bewerteten bejahte.³⁹⁸⁶ Die beklagte Ratingagentur hatte ihre negative Bewertung bei näherer Betrachtung allein auf den Umstand gestützt, dass es sich beim Bewerteten um einen eingetragenen Kaufmann und nicht um eine Kapitalgesellschaft handelte. Dies stand im Widerspruch zum Auftreten der Beklagten, die bei ihren Kunden den Anschein der Verwertung der verschiedensten Variablen erweckte. Der Eindruck der willkürlichen Bewertung wurde insb dadurch verstärkt, dass die Ratingagentur die Dauer der Geschäftstätigkeit des Bewerteten nicht in ihre Bewertung einbezog und dass sie offensichtlich Schwierigkeiten mit der Identifikation der Branche des bewerteten Unternehmens als Risikofaktor hatte.³⁹⁸⁷

2) Eine Stellungnahme der österreichischen Rsp zur Haftung von Ratingagenturen gem § 1330 Abs 2 ABGB liegt noch nicht vor. Die vom BGH in der oben erwähnten Entscheidung vertretene „Überwiegens-These“ hatte der OGH noch in einer älteren Entscheidung zu § 1330 Abs 2 ABGB (in anderem Zusammenhang) vertreten,³⁹⁸⁸ wurde dafür aber zu Recht kritisiert.³⁹⁸⁹

Es gibt aber eine OGH-Entscheidung³⁹⁹⁰ (im Folgenden: „Diamanten-Entscheidung“), in der das Höchstgericht die Kreditschädigungshaftung eines Privatgutachters zu beurteilen hatte.³⁹⁹¹ Letzterer war von einem Käufer von Schmuckstücken nach dem Kauf beauftragt worden, eine Expertise über den Wiederbeschaffungswert derselben zu verfassen. Auf Basis des so zustande gekommenen Gutachtens ging der Käufer davon aus, von der Verkäuferin „gelegt“ worden zu sein und wandte sich daher an diese. Die Verkäuferin klagte daraufhin den Gutachter und machte ihm zum Vorwurf, er sei in seinem Gutachten von einem zu geringen Gewicht der Diamanten ausgegangen.

Der OGH beurteilte zunächst das im Befund des Gutachtens³⁹⁹² ausgewiesene Gewicht der Diamanten als unwahre Tatsachenbehauptung. Diese sei *in abstracto* geeignet, den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen der Klägerin zu gefährden, weil sie aufgrund der Punze

³⁹⁸⁶ OLG Frankfurt 24 U 82/14 BeckRS 2015, 06846.

³⁹⁸⁷ Ebenso trugen eine begründungslose Heraufstufung des Bewerteten von Risikofaktor „4“ auf „3“ sowie eine unlogische „Schätzung“ der Bonität des Bewerteten auf Basis statistischer Daten zum Urteil des OLG Frankfurt bei.

³⁹⁸⁸ OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (F. Bydlinski); s auch noch OGH 27.11.2003, 6 Ob 244/03 f.

³⁹⁸⁹ F. Bydlinski, JBl 1963, 377; Schön herr, ÖBl 1977, 78.

³⁹⁹⁰ OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); dazu Liebscher, Abschlußprüfer 48 f.

³⁹⁹¹ S zum Sachverhalt OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (Koziol). Zur Vergleichbarkeit von Gutachten und Ratings s bereits oben bei FN 164.

³⁹⁹² Ob das Gutachten (nicht der Befund) als solches stets als Werturteil aufzufassen sei, ließ der OGH ausdr offen, OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); gegen eine Tatsachenqualifizierung aber noch OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (377) (F. Bydlinski).

auf den Schmuckstücken als Herstellerin derselben erkennbar gewesen sei.³⁹⁹³ Auch sei das Gutachten, mit dessen Verbreitung stets gerechnet werden müsse, keine vertrauliche Mitteilung iSd § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB.³⁹⁹⁴ Eine Kreditschädigungshaftung für Gutachten trete daher nicht aus diesem Grund erst bei wissentlicher Schädigung ein.³⁹⁹⁵

Allerdings müsse eine „umfassende Interessenabwägung“ dennoch zu einer Verneinung der Haftung des Privatgutachters im zu beurteilenden Fall führen. Das Höchstgericht zieht dabei eine Parallele zu einer Vorentscheidung³⁹⁹⁶, in der es die Kreditschädigungshaftung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen verneint hatte. Das Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege gebiete die Ausnahme des gerichtlich bestellten Sachverständigen von der Bestimmung des § 1330 Abs 2 ABGB. Dies müsse auch für einen Privatgutachter gelten, zumal seine Untersuchung und Wertung ein „unverzichtbares Element der Meinungsbildung“ sei. Auch müsse der Privatgutachter die Interessen seines Auftraggebers wahren. Eine Haftung greife hier daher erst dann ein, wenn der Sachverständige wissentlich ein falsches Gutachten erstellt.

b. Stellungnahme

aa. Kritik an der dhM

Der Ansicht der dhM und dem Konzept der Haftung der Ratingagentur wegen des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Emittenten³⁹⁹⁷ ist mE für Österreich nicht zu folgen. Im Rahmen der Untersuchung der deliktischen Verantwortlichkeit von Ratingagenturen für Kreditschäden des Emittenten ist mE bei der gesetzlichen Norm des § 1330 Abs 2 ABGB (allenfalls auch § 7 UWG) anzusetzen. Zu prüfen ist dann, ob sich mithilfe dieser (diesen), offensichtlich einschlägigsten Norm(en) des Schadenersatzrechts eine Haftung der Ratingagenturen begründen lässt. Kommt man zum Ergebnis, dass diese Bestimmungen – aus welchen Gründen immer – keine Haftung rechtfertigen können, hat dies der Rechtsanwender mE zu respektieren. Bedenklich erscheint es demgegenüber, wenn man absolut geschützte Rechtsgüter, wie das Recht am

³⁹⁹³ Zur relevanten Begründung s OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519 f) (Koziol).

³⁹⁹⁴ S dazu noch unten nach FN 4179.

³⁹⁹⁵ Insofern zust *Siegwart/Höhne*, *ecolx* 2009, 860.

³⁹⁹⁶ OGH 7 Ob 588/83 SZ 56/74.

³⁹⁹⁷ Dazu oben nach FN 3954.

eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, konstruiert, die den eben eng abgesteckten Kreditschädigungstatbestand umgehen sollen.³⁹⁹⁸

Besonders deutlich zeigt sich diese Problematik beim Einwand der verfassungskonformen Interpretation, der in der Diskussion gegen eine Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur vorgebracht wird: Die dhM geht offenbar davon aus, dass ein Rating nicht unter den Tatsachenbegriff des § 824 BGB subsumiert werden könne, weil dadurch die Meinungsfreiheit der Ratingagentur ungebührlich beeinträchtigt werde.³⁹⁹⁹ So weit, so gut (mE ist dies unzutreffend, aber nicht unvertretbar). Aber erscheint es vor diesem Hintergrund nicht seltsam, dass die eben noch empor gehobene Meinungsfreiheit sodann in Literatur und Rsp dahingehend „unter den Tisch gekehrt“ wird, dass sie einer „Kreditschädigungshaftung“ aus einem anderen Rechtsgrund (Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs) plötzlich nicht mehr entgegenstehen soll? Die behaupteten Wertungen des einschlägigen Gesetzes (§ 824 BGB: „grundsätzlich keine Haftung für Ratings aufgrund der Meinungsfreiheit“) müssten doch jedenfalls berücksichtigt werden, und zwar gerade im Rahmen einer für zulässig befundenen richterlichen Rechtsfortbildung^{4000 4001}.

Das gebietet mE nicht zuletzt die notwendige Rechtssicherheit, weil die praktische Reichweite der Haftung aufgrund ungeschriebener Rechtssätze nur mithilfe einer Anlehnung an gesetzliche Tatbestände vorhersehbar bleibt. Anderenfalls laufen die „neu“ erschaffenen, absolut geschützten Rechtsgüter Gefahr, in die völlige Konturlosigkeit abzugleiten.⁴⁰⁰²

Fragwürdig ist es mE aus diesem Grund auch, wenn die Wertungen des gesetzlichen Haftungsausschlusses des § 824 Abs 2 BGB⁴⁰⁰³ (der weiter geht als § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB)⁴⁰⁰⁴ im Rahmen der Haftung wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb ignoriert werden.⁴⁰⁰⁵

³⁹⁹⁸ Vgl auch die Kritik bei *Berka*, ZfRV 1990, 57 mit FN 71; s auch die Nw unten in FN 4008.

³⁹⁹⁹ S dazu oben bei FN 3960.

⁴⁰⁰⁰ Gegen BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1188). Diesen Einwand muss sich mE auch *Karner*, ÖBA 2010, 592, gefallen lassen, der den Kreditschädigungstatbestand mE zu eng absteckt (Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB für Ratings, falls diese auf unrichtige Tatsachen aufbauen), sodann aber erweiterte deliktische Sorgfaltspflichten gegenüber dem Emittenten aufgrund der Gefährlichkeit der Ratingtätigkeit befürwortet.

⁴⁰⁰¹ Insofern alleine konsequent die Mindermeinung, s *Lemke in Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 619.

⁴⁰⁰² Krit insofern auch *Karner*, ÖBA 2010, 592. Zum „offenen“ Tatbestand des Rechts auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb s nur BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189); *Peters*, Haftung 60.

⁴⁰⁰³ „Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat“.

⁴⁰⁰⁴ S dazu noch unten bei FN 4305.

⁴⁰⁰⁵ Und dies obwohl nach der dhM eine Anwendung des § 823 Abs 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) dann ausgeschlossen sein soll, wenn es sich bei der fraglichen Mitteilung um eine Tatsachenbehauptung handelt und die Kreditschädigungshaftung bloß wegen § 824 Abs 2 BGB nicht eingreift (s *Peters*, Haftung 56 FN 297; *Meyer*, Rechtsfragen 82 FN 301 mwN).

Auch sonst haben die Anhänger dieses Rechtsinstituts mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit zu kämpfen. Ein Beispiel hierfür ist der deutsche Meinungsstreit, welcher Verschuldensgrad (Fahrlässigkeit oder Vorsatz) eine Haftung wegen Eingriffs der Ratingagentur in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Emittenten eigentlich auslösen soll.⁴⁰⁰⁶ Ferner bleibt zB ziemlich unklar, welche über den Schadenersatz hinausgehenden Ansprüche (dazu unten S 477 ff) dem Emittenten gegen die Ratingagentur zustehen sollen, wenn diese aus diesem Rechtsgrund haftet.⁴⁰⁰⁷

Die folgenden Ausführungen sollen sich daher auf die § 1330 ABGB, § 7 UWG konzentrieren. Die „Übertragung“ des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in die österreichische Rechtsordnung ist mE aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit abzulehnen.⁴⁰⁰⁸ Eine „Rechtstransplantation“⁴⁰⁰⁹ ist auch gar nicht notwendig, weil sich der deliktische Vermögensschutz in Österreich leichter als in Deutschland begründen lässt (vgl § 1295 Abs 1 ABGB mit §§ 823 ff BGB).⁴⁰¹⁰ Dabei soll versucht werden, Zweck, Bedeutungsgehalt und Anwendungsbereich der § 1330 ABGB, § 7 UWG zu beurteilen.

bb. Kritik an der *Diamanten-Entscheidung*

Abzulehnen ist mE ebenso die Begründung der *Diamanten-Entscheidung* (oben S 430 f), die im Ergebnis darauf hinausläuft, dass der Privatgutachter grundsätzlich nicht nach § 1330 Abs 2 ABGB haftet.⁴⁰¹¹ Erstens ist es kaum nachvollziehbar, warum das Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege eine (partielle) Nichtanwendung des § 1330 Abs 2 ABGB auf Privatgutachter rechtfertigen soll.⁴⁰¹² Plausibel ist es, wenn man den gerichtlichen Sachverständigen insofern „privilegieren“ will, damit dieser ungehindert seine für die Rsp wichtige Tätigkeit entfalten kann und nicht mit Schadenersatz- und Unterlassungsklagen überzogen wird.⁴⁰¹³ Hinsichtlich des Privatgutachters verfängt dieses Argument aber nicht, weil er nicht vom Gericht bestellt wird. Die Beeinträchtigung seiner Tätigkeit könnte allenfalls der Partei schaden, die ihn beauftragt hat. Es ist jedoch nicht

⁴⁰⁰⁶ S dazu oben in FN 3969.

⁴⁰⁰⁷ S etwa die unterschiedlichen Meinungen bzgl eines deliktischen Korrekturanspruchs unten in FN 4397.

⁴⁰⁰⁸ So auch RIS-Justiz RS0121543; Koziol, Haftpflichtrecht II², 39; Berka, ZfRV 1990, 57 FN 71; Karner, ÖBA 2010, 592, der aber doch gerade iZm der Haftung von Ratingagenturen eine Verantwortlichkeit in Anlehnung an die deutschen Grundsätze zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb befürwortet.

⁴⁰⁰⁹ Vgl Wendehorst, Verjährung bei der Haftung des Abschlussprüfers - Probleme durch ein deutsch-österreichisches Rechtstransplantat, in FS Straube (2009) 233.

⁴⁰¹⁰ S dazu bereits oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“.

⁴⁰¹¹ Zur berechtigten Kritik s Koziol, JBl 1993, 520 f; Siegwart/Höhne, ecolex 2009, 860; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7, 71.

⁴⁰¹² Krit dazu auch Koziol, JBl 1993, 521; Siegwart/Höhne, ecolex 2009, 860; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 71.

⁴⁰¹³ Vgl Siegwart/Höhne, ecolex 2009, 860.

einzusehen, warum der Privatgutachter alleine deswegen fahrlässig fremden Kredit schädigen dürfen soll. Keinesfalls kann das vom OGH angeführte Argument in einem Fall wie dem von ihm beurteilten überzeugen, wo der Privatgutachter seine Tätigkeit außerhalb eines Gerichtsverfahrens entfaltet.⁴⁰¹⁴

Zweitens ist der Hinweis des Höchstgerichts auf die Meinungsfreiheit vage und dunkel. Auf ihn wird später zurückzukommen sein.⁴⁰¹⁵ Und auch die Interessen des Auftraggebers können mE nicht die fahrlässige Verbreitung unwahrer Tatsachen durch den Privatgutachter rechtfertigen, weil eine derartige Ausnahme von der Kreditschädigungshaftung gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Merkwürdig ist schließlich die Haftungsbeschränkung, die der OGH in der Entscheidung vertritt: Die Schadenersatzpflicht soll erst bei wissentlich falscher Gutachtenserstattung eintreten.⁴⁰¹⁶ Eine gesetzliche Grundlage für diese Ansicht wird nicht angeführt. Eine Analogie zu § 1300 Satz 2 ABGB kommt nicht in Betracht, weil diese Norm Schäden infolge psychischer Kausalität erfasst und keine Kreditschäden.⁴⁰¹⁷ Die analoge Anwendung des § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB wäre mE höchst bedenklich, weil diese Ausnahme von der Fahrlässigkeitshaftung voraussetzt, dass die schädigende Tatsache nicht öffentlich verbreitet wurde. Eine vertrauliche Mitteilung lag im *Diamanten*-Fall aber gerade nicht vor, wie der OGH selbst hervorhebt.⁴⁰¹⁸

Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Entscheidung im Ergebnis falsch war. Eine Kreditschädigungshaftung war *in concreto* mE deswegen zu verneinen, weil sich das schädigende Gutachten nicht auf die Person der Klägerin, sondern auf das Objekt „Schmuckstücke“ richtete.⁴⁰¹⁹ § 1330 Abs 2 ABGB verlangt nun aber einen derartigen „personalen“ Bezug der schädigenden Tatsache (*arg*: „Tatsachen [...], die den Kredit [...] eines anderen gefährden“ [§ 1330 Abs 2 Satz 1 ABGB]; deutlicher § 7 Abs 1 UWG⁴⁰²⁰), weil ansonsten die erforderliche Gefährlichkeit der Täterhandlung im Hinblick auf das Vermögen des Geschädigten fehlt⁴⁰²¹.⁴⁰²² Dass das Diamanten-Gutachten mittelbar negative Schlüsse in Bezug auf den Hersteller der Schmuckstücke zulässt, der im

⁴⁰¹⁴ Koziol, JBl 1993, 521; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 71.

⁴⁰¹⁵ Unten unter „Teil 1.II.B.2.b.gg.bbb. Verfassungsrecht: Schutz der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK, Art 13 StGG, Art 11 EU-Grundrechtecharta)“.

⁴⁰¹⁶ Krit dazu Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 71.

⁴⁰¹⁷ S dazu oben nach FN 2557; vgl auch schon die OGH-Entscheidung *ÖAMTC-Ankaufstest* oben unter „Teil 1.I.C.1.b.ff. ÖAMTC-Ankaufstest – 2 Ob 191/06 m: Haftung für psychische Kausalität“.

⁴⁰¹⁸ Zur relevanten Begründung s OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (520) (Koziol).

⁴⁰¹⁹ So bereits Koziol, JBl 1993, 520; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7.

⁴⁰²⁰ S zum erforderlichen personalen Bezug: EB UWG 1923, 8.

⁴⁰²¹ Dazu noch unten bei FN 4080. Aus diesem Grund ist mE im Falle eines Länderratings auch nur das bewertete Land aktivlegitimiert, nicht jedoch Unternehmen, die in diesem Land ansässig sind und die von den Fernwirkungen einer „Länderherabstufung“ betroffen sind (s zu diesen Fernwirkungen etwa Blaurock, ZGR 2007, 611).

⁴⁰²² Koziol, JBl 1993, 520.

Gutachten aber gar nicht erwähnt wird, reicht nicht aus, um eine Kreditschädigungshaftung des Gutachters diesem gegenüber anzunehmen.

cc. Natur des Ratings

Bevor die Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB, insb das Tatbestandsmerkmal der „Tatsache“ genauer behandelt werden, empfiehlt es sich, zur Vorbereitung auf die Subsumption auf die Natur des Ratings einzugehen. „Rating“ kommt aus dem Englischsprachigen und bedeutet übersetzt „Bewertung“ (*to rate* = bewerten⁴⁰²³). Definitionsgemäß ist „Rating“ eine in einem standardisierten Bewertungsverfahren gewonnene und in einem Symbol (Ratingnote⁴⁰²⁴) ausgedrückte Einschätzung über die rechtliche Verpflichtung, Fähigkeit und Willigkeit eines Schuldners, seine Verbindlichkeiten einschließlich etwaiger Zinsansprüche zeitgerecht und vollständig zu erfüllen.⁴⁰²⁵ Beim Emissionsrating bezieht sich die Einschätzung der Ratingagentur auf die (zukünftige) Erfüllung der mit einer bestimmten Emission verbundenen Verbindlichkeiten des Emittenten, etwa die Rückzahlung einer Anleihe.⁴⁰²⁶ Aufgrund dieser Zukunftsbezogenheit⁴⁰²⁷ hat das Rating den Charakter einer Prognose,⁴⁰²⁸ wobei es keine Garantie für die „Richtigkeit“ der Bewertung beinhaltet.⁴⁰²⁹

Wie es der Europäische Gesetzgeber ausdrückt, ist das Rating aber mehr als eine bloß subjektive Meinung der Ratingagentur.⁴⁰³⁰ Vielmehr ist es ein auf Tatsachen basierendes

⁴⁰²³ Als „Rating“ kann man daher nicht nur das Bewertungsergebnis, sondern auch den Bewertungsprozess verstehen (Rohe/Lischek, WM 2006, 1934). Den folgenden Ausführungen wird aber das übliche Verständnis (Rating als Bewertungsergebnis) zugrunde gelegt.

⁴⁰²⁴ Mit der Notenvergabe geht die Relativität des Ratingurteils einher. Diese bedeutet, dass das Rating die Wahrscheinlichkeit eines Ausfalls im Vergleich zu anderen Bewertungsobjekten darstellt, während sich absolute Ausfallsrisiken mit der Zeit verändern können; s etwa Art 3 Abs 1 lit h EU-RatingVO; ferner Arendts, WM 1993, 230; Lerch, BKR 2010, 403 FN 11; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461.

⁴⁰²⁵ S etwa Grünbichler, ÖBA 1999, 692 f; Weber, Kapitalmarktrecht 59; Deipenbrock, BB 2003, 1849 f; Reidenbach, Ratingagenturen 278, 284; Eisen, Haftung 305; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht 310; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Rohe/Lischek, WM 2006, 1934; Kersting, Drithaftung 539; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 615; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2159; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Arntz, BKR 2012, 93; Jobst/Kapoor, WM 2013, 681; vgl auch die Definition der EU-RatingVO in Art 3 Abs 1 lit a *leg cit*.

⁴⁰²⁶ Hennrichs in FS Hadding (2004) 875; vgl KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); Forschner, J&E 2012/1, 6; Wagner in FS Blaurock (2013) 468; Blaurock, EuZW 2013, 608.

⁴⁰²⁷ Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10; Peters, Haftung 53; Emmenegger in Wiegand, Basel II 57; Fischer, Haftungsfragen 80.

⁴⁰²⁸ Arendts, WM 1993, 230; Däubler, BB 2003, 432; Habersack, ZHR 169 (2005) 195, 200; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Thiele, Rating 32, 86; Meyer, Rechtsfragen 66; Rohe/Lischek, WM 2006, 1934; Blaurock, ZGR 2007, 627; Eisen, Haftung 231, 305; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 202; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 615; v. Schweinitz, WM 2008, 957; Florstedt, AG 2010, 318; Karner, ÖBA 2010, 590; Mühl, Haftung, Rz 181; Gomille, GPR 2011, 186 f; Thönningsen, ZBB 2011, 470; Vasella, Haftung 130; Schuler, Verantwortlichkeit 178; Arntz, BKR 2012, 92; Forschner, J&E 2012/1, 7; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 74; Amort, EuR 2013, 272, 278; Gass, Schadenersatzansprüche 12; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433).

⁴⁰²⁹ Rohe/Lischek, WM 2006, 1935; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 615; Meyer, Rechtsfragen 80; Eisen, Haftung 242; Thönningsen, ZBB 2011, 470; Amort, EuR 2013, 276; vgl Blaurock, ZGR 2007, 628; Deipenbrock, WM 2009, 1166; Art 1.14 Code of Conduct Fundamentals.

⁴⁰³⁰ ErwGr 8 EU-RatingVO-Novelle II; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 5. S zum europäischen Verständnis auch Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298; Bauer, BB 2013, 364; zutr ebenso schon Arendts, WM 1993, 230; Mühl, Haftung, Rz 69; Gomille, GPR 2011, 186; vgl die krit Tendenz zur Qualifikation als „*opinion*“ bei Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 17; zum Auftragsrating Commercial Financial Services, Inc. v. Arthur Andersen LLP, abrufbar unter: <http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/2004/439633.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2015), Rz 14 (Court of Civil

Bonitätsurteil, das von einem professionellen Kapitalmarktintermediär mithilfe eines anerkannten Ratingverfahrens gewonnen wird.⁴⁰³¹ Das Rating ist damit einem (insb Bewertungs-)Gutachten eines Sachverständigen vergleichbar, das Tatsachen verarbeitet, aber gewiss auch wertende Elemente enthält.

dd. Wortlautinterpretation: Verbreitung unwahrer „Tatsachen“

1) Wie bereits erwähnt, verlangt § 1330 Abs 2 ABGB für die Haftung die Verbreitung von „Tatsachen“, deren *Unwahrheit* der Schädiger kannte oder kennen musste.⁴⁰³² Damit vergleichbar knüpft § 7 Abs 1 UWG an die Verbreitung kreditschädigender „Tatsachen“ an, die nicht erweislich *wahr* sind.

Nicht ernstlich kann eine Subsumption von Ratings unter § 1330 Abs 2 ABGB deswegen verneint werden, weil das Rating alleine keine schriftliche Äußerung in Form eines längeren Texts über das Ratingobjekt darstellt. Selbst bildliche Darstellungen (hier: Ratingsymbole) fallen unter die Tatbestände der § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG (*arg* § 39 Abs 1 UWG).⁴⁰³³

Ein Rating ist nun aber für sich betrachtet keine reine Tatsachenbehauptung.⁴⁰³⁴ Vielmehr ist das Rating als Bewertungsergebnis der Ratingagentur ein Sachverständigenurteil über die relative Zahlungsfähigkeit des Ratingobjekts (s soeben S 435 f). Sprachlich fällt es daher auch schwer, ein Rating als „wahr“ oder „falsch“ zu bezeichnen⁴⁰³⁵ und in dem Zusammenhang von einem Wahrheitsbeweis oder einem Beweis der Unrichtigkeit iSd § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 Abs 1 UWG zu sprechen.⁴⁰³⁶ Denn es gibt wohl in aller Regel

Appeals of Oklahoma 2004): „The Rating Agencies' ratings fall somewhere between those opinions which receive constitutional protection and those that do not. On the one hand, editorial writers and private citizens are generally free to speak their mind regarding public officials' conduct without having to fear a lawsuit. [...] On the other hand, a lawyer issuing a title opinion is not automatically exempt from a negligence lawsuit simply because the lawyer is giving an "opinion."“; aA Vetter, WM 2004, 1707; vgl auch Becker, DZWIR 2011, 398. Art 8 Abs 2 Satz 3 EU-RatingVO steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen, sondern erklärt sich aus dem Ziel des europäischen Gesetzgebers, einer „over-reliance“ in Bezug auf Ratings (s dazu unten bei FN 4817) künftig vorzubeugen.

⁴⁰³¹ Peters, Haftung 53; Arntz, BKR 2012, 92 f; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); vgl Rohe/Lischek, WM 2006, 1938; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702. Zu Recht moniert Spindler, AG 2010, 610, dass bei der Qualifikation des Ratings als Meinungsäußerung die beträchtlichen Auswirkungen des Ratings auf die Investitionsentscheidungen und der „Expertenbonus“ der Ratingagenturen weitgehend unberücksichtigt bleiben. Vgl auch Vasella, Haftung 138, der daher von einer „impliziten Professionalitätsgarantie“ jedes Ratings ausgeht und demzufolge eine Qualifikation als bloßes Werturteil ablehnt.

⁴⁰³² S zur Wortlautinterpretation nur F. Bydlinski, Methodenlehre², 437 ff.

⁴⁰³³ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8, 10; OGH 4 Ob 52/93 ÖBl 1993, 163 (166).

⁴⁰³⁴ Blaurock, ZGR 2007, 627; insofern zutr Rohe/Lischek, WM 2006, 1934; Eisen, Haftung 231; Wagner in FS Blaurock (2013) 473; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 615.

⁴⁰³⁵ Vgl Habersack, ZHR 169 (2005) 200; Rohe/Lischek, WM 2006, 1934 f; Blaurock, ZGR 2007, 628; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Karner, ÖBA 2010, 590; Wagner in FS Blaurock (2013) 473; Meyer, Rechtsfragen 66; Peters, Haftung 53, der aber von richtig und falsch spricht.

⁴⁰³⁶ Vgl Meyer, Rechtsfragen 67; vgl dazu auch die Argumentation bei OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (377) (F. Bydlinski). Zum Beweis der Unrichtigkeit s auch zB OGH 7 Ob 90/74 JBl 1974, 527; 8 Ob 550/77 ÖJZ 1978, 297 (EvBl 99); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8. Zum Erfordernis, eine Äußerung als richtig oder falsch beurteilen zu können, s zB RIS-Justiz RS0032212 T8, T14, T20; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 16; Rohe/Lischek, WM 2006, 1939.

kein einzig „wahres“ Rating (wie es auch kaum ein einzig richtiges⁴⁰³⁷ Rating gibt⁴⁰³⁸), vielmehr können oft mehrere Ratingnoten als vertretbar erachtet werden.⁴⁰³⁹ Insoweit besteht ein Beurteilungsspielraum der Ratingagentur.⁴⁰⁴⁰

2) Allerdings ist zu bedenken, dass ein Rating stets auf bestimmte Tatsachen *schließen* lässt,⁴⁰⁴¹ die die Einschätzung der Ratingagentur nahelegten.⁴⁰⁴² Die Ratingagentur ist kein Prophet, dem die zukünftige Zahlungsfähigkeit des Emittenten „eingegeben“ wird. Sie beurteilt Daten (einschließlich Fakten), die im *Ex-ante*-Bewertungszeitpunkt vorliegen,⁴⁰⁴³ und leitet daraus ihre Prognose ab.⁴⁰⁴⁴ Ist die Vorhersage der Ratingagentur negativ, bedeutet dies, dass zu diesem Zeitpunkt – zumindest aus Sicht der Ratingagentur – Tatsachen vorlagen, die eine nachteilige Beurteilung begründeten.⁴⁰⁴⁵ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass aufgrund des eingeschränkten Zugangs der Ratingagentur zu Emittenteninformationen bei *unsolicited* Ratings den „*hard facts*“ eine relativ größere Bedeutung für die Bewertung zukommt, als bei *solicited* Ratings.⁴⁰⁴⁶

Der OGH umschreibt ein ähnliches Phänomen mit dem Begriff „konkludente Tatsachenbehauptung“, die auch unter § 1330 Abs 2 ABGB falle.⁴⁰⁴⁷ Darunter wird eine wertende Äußerung verstanden, die aber von bestimmten Tatsachen ausgeht und diese daher auch mitteilt.⁴⁰⁴⁸ Augenscheinlich wird die Parallele zur konkludenten Tatsachenbehauptung bei einem äußerst schlechten Rating,⁴⁰⁴⁹ etwa einem D-Rating, das „Zahlungsunfähigkeit“ des Ratingobjekts bedeutet. Jeder vernünftige Investor wird von einem derartigen Rating abgeschreckt werden, weil es den Eindruck vermittelt, dass das

⁴⁰³⁷ Vgl zur Parallele zwischen wahr/unwahr und richtig/falsch *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 13.

⁴⁰³⁸ Oben bei FN 3106.

⁴⁰³⁹ Oben bei FN 3108.

⁴⁰⁴⁰ Dazu oben bei FN 3109.

⁴⁰⁴¹ Vgl *Gschritzer*, Schuldrecht, Besonderer Teil 179, der „Urteile“ unter § 1330 Abs 2 ABGB subsumiert, sofern sie auf entsprechende Tatsachen schließen lassen; idS auch *Wolff in Klang*, ABGB VI² (1951) 162; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 10; *Karner*, ÖBA 2010, 592; RIS-Justiz RS0032494; RS0031810; vgl bereits Protokolle BGB, 2. Kommission 8495, abgedr bei *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118: „eine auf eine Thatsache bezügliche Behauptung“.

⁴⁰⁴² *Mühl*, Haftung, Rz 182 mit FN 151; *Emmenegger in Wiegand*, Basel II 58; ebenso *Peters*, Haftung 53 f (der aber letztlich differenziert); vgl *Arntz*, BKR 2012, 93; *Schuler*, Verantwortlichkeit 205.

⁴⁰⁴³ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 200; *Krämer in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706; BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1188).

⁴⁰⁴⁴ *Mühl*, Haftung, Rz 184.

⁴⁰⁴⁵ So OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213) (*Böhm*) bzgl der Aussage, dass jemand „früher oder später den Konkurs anmelden müsse“; vgl ferner zur Aussage, eine Zeitungsrundung werde kein Geschäft, OGH 4 Ob 95/93 ÖBl 1994, 13 (14 f) und dazu *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8.

⁴⁰⁴⁶ *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680. Das dürfte die dhM größtenteils übersehen (vgl oben bei FN 3957).

⁴⁰⁴⁷ RIS-Justiz RS0031810; s dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 175; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 12; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1330 Rz 18 f, die darauf hinweist, dass diese Rsp überdacht (vgl auch OGH 6 Ob 265/03 v MR 2004, 320 [321]) und möglicherweise (insb im Hinblick auf politische Debatten) abgeändert werden könnte.

⁴⁰⁴⁸ RIS-Justiz RS0031810; *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; vgl aus deutscher Sicht dazu *Peters*, Haftung 52.

⁴⁰⁴⁹ Insofern zutr *Peters*, Haftung 54; *Öllinger*, Haftung 88; *Emmenegger in Wiegand*, Basel II 59; *Vasella*, Haftung 134, 224; *Arntz*, BKR 2012, 93.

Ratingobjekt mit „zu hohen“ Verbindlichkeiten kämpfen muss und auch keine Aussicht auf eine Besserung der Geschäftsgebarung besteht.⁴⁰⁵⁰

Die Qualifizierung des Ratings als Tatsache liegt dabei umso näher, je kürzer die Laufzeit der bewerteten Schuldverschreibung ist,⁴⁰⁵¹ weil insb bei Ratings von kurzfristigen Schudtiteln die gegenwärtige Liquidität des Emittenten vorrangig berücksichtigt wird⁴⁰⁵². Ordnet eine Ratingagentur eine kurzfristige Anleihe irrtümlicherweise der „D-Kategorie“ zu, lässt sich eine Kreditschädigungshaftung derselben kaum bezweifeln. Auch der OGH⁴⁰⁵³ hat das Urteil eines ehemaligen Arbeitnehmers einer Kommanditgesellschaft, wonach diese „früher oder später den Konkurs anmelden“ müsse, unter § 1330 Abs 2 ABGB subsumiert. Gleiches muss für massive *downgrades* gelten, die eindeutig ein negatives Tatsachensubstrat implizieren.⁴⁰⁵⁴

3) Geht man von dem Vorhergesagten aus, liegt es mE auch nicht fern, andere Ratings ebenfalls einer entsprechenden Verantwortlichkeit zu unterwerfen, weil ein ausreichender Grund für eine Differenzierung etwa zwischen einem D- und einem A-Rating nicht besteht.⁴⁰⁵⁵ Dafür spricht zunächst, dass selbst die Bewertung langfristiger Schuldverschreibungen von den Ratingagenturen laufend auf ihre Aktualität hin überprüft und sodann geändert oder bestätigt wird. Das Rating wird damit zur „gegenwartsbezogenen“ Momentaufnahme (Stichwort: „Ratingaktualität“⁴⁰⁵⁶).⁴⁰⁵⁷

Im Übrigen wäre bei einer rechtsfolgenrelevanten Unterscheidung zwischen den verschiedenen Ratingnoten auch völlig unklar, wie hier die Grenze zu ziehen wäre:⁴⁰⁵⁸ Wenn ein D-Rating („Zahlungsunfähigkeit“) eine Haftung auslösen soll, gilt dies dann auch „noch“ für ein C-Rating („unmittelbar vor Zahlungsunfähigkeit“)?⁴⁰⁵⁹ Oder auch für ein B-Rating („hoch riskante Schuldverschreibung“)? Wie sähe es mit Unterkategorien aus, etwa einem B3-Rating? Macht es einen Unterschied, ob es sich um ein Rating einer kurzfristigen Schuldverschreibung handelt? Wie wäre eine „kurzfristige“ Schuldverschreibung für Zwecke des § 1330 Abs 2 ABGB zu definieren? Anhand dieser Fragen wird erkennbar, dass der Rechtssicherheit nicht gedient wäre, würde man

⁴⁰⁵⁰ So auch hinsichtlich der Aussage, eine Kaufmann müsse demnächst Konkurs anmelden: *Kadečka*, UWG 74; offenbar zust *Schönherr*, ÖBl 1975, 77; vgl auch OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (214) (*Böhm*); *Böhm*, ZAS 1982, 214 f.

⁴⁰⁵¹ *Peters*, Haftung 54; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 59; *Blaurock*, ZGR 2007, 628 FN 129; *Mühl*, Haftung, Rz 182; vgl auch *Witte/Hrubesch*, ZIP 2004, 1350.

⁴⁰⁵² *Reidenbach*, Ratingagenturen 280.

⁴⁰⁵³ OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (insofern zust *Böhm*).

⁴⁰⁵⁴ *Peters*, Haftung 54; *Arntz*, BKR 2012, 93; *Schuler*, Verantwortlichkeit 205.

⁴⁰⁵⁵ IE *Mühl*, Haftung, Rz 181 ff, insb Rz 183 f; *Schuler*, Verantwortlichkeit 206. Insofern aA *Peters*, Haftung 54; *Meyer*, Rechtsfragen 67, 82; *Arntz*, BKR 2012, 93.

⁴⁰⁵⁶ S dazu etwa ErwGr 39 EU-RatingVO-Novelle II; *Oehler/Voit*, ÖBA 1999, 972; *Thiele*, Rating 34; *Thiele*, ZG 2010, 147.

⁴⁰⁵⁷ *Mühl*, Haftung, Rz 183, 294; vgl auch schon *Arendts*, WM 1993, 230.

⁴⁰⁵⁸ Auf diese Schwierigkeit weist auch *Thiele*, Rating 35 f, zutr hin.

⁴⁰⁵⁹ S zu diesen und den folgenden Ratingdefinitionen etwa *Grünbichler*, ÖBA 1999, 693.

tatsächlich vertreten, ein D-Rating und „andere schlechte Ratings“ (jedenfalls von kurzfristigen Schuldtiteln?) seien von § 1330 Abs 2 ABGB erfasst, nicht jedoch „gute Ratings“ (von langfristigen Anleihen?).

4) Zuzugeben ist, dass die hier vorgeschlagene Auslegung des Tatsachenbegriffs des § 1330 Abs 2 ABGB doch sehr extensiv ist. Aber selbst wenn man annehmen wollte, der äußerst mögliche Wortsinn des § 1330 Abs 2 ABGB lasse eine derartige Interpretation nicht zu,⁴⁰⁶⁰ ist damit noch nicht gesagt, dass die Rechtsfolge des Schadenersatzes nicht eintreten solle. Denn es ist ja denkbar, dass § 1330 Abs 2 ABGB aufgrund seiner Teleologie auf Fälle der Bonitätsbewertungen analog anzuwenden ist.⁴⁰⁶¹ Dieses rechtsmethodische Mittel wird in der Debatte über die Kreditschädigungshaftung von Ratingagenturen kaum erwähnt.⁴⁰⁶² Das könnte sich freilich daraus erklären, dass sich die dhM auf den „engerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ stützt (oben S 426 ff). Diesem Rechtsinstitut möchte sie möglicherweise auch in Zusammenhang mit der Kreditschädigungshaftung bewusst oder unbewusst einen Anwendungsbereich sichern. Eine planwidrige Lücke liegt für die dhM dann fern, zumal § 823 Abs 1 BGB (anders als das ABGB) ausdrücklich „sonstige Rechte“ als absolut geschützt anerkennt.

ee. Objektiv-teleologische Interpretation

aaa. Der Schutzzweck des § 1330 Abs 2 ABGB

1) § 1330 Abs 2 ABGB schützt jede Person vor Vermögensschäden⁴⁰⁶³, die dieser durch die Verbreitung unwahrer Tatsachen⁴⁰⁶⁴ durch einen anderen erwachsen. Die Norm wird grundsätzlich vom Ehrenschutz des § 1330 Abs 1 ABGB getrennt betrachtet.⁴⁰⁶⁵ Aus Abs 2 *leg cit* wird von der hM ein mit der absolut geschützten Ehre⁴⁰⁶⁶ zwar verwandtes⁴⁰⁶⁷, aber eigenständiges und ebenso absolut geschütztes Rechtsgut abgeleitet: der „wirtschaftliche

⁴⁰⁶⁰ Krit zu einem „positivistischen“ Verständnis des Tatsachenbegriffs jedoch *Böhm*, ZAS 1982, 215.

⁴⁰⁶¹ Allg zum äußerst möglichen Wortsinn als Grenze zwischen Auslegung und Analogie *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 467 ff.

⁴⁰⁶² Soweit ersichtlich nur bei *Schroeter*, Ratings 854, der eine Analogiefähigkeit des § 824 BGB ohne Begründung ablehnt. Vgl dazu *Beater in Soergel*, BGB¹³ (2005) § 824 Rz 2.

⁴⁰⁶³ Vgl unten unter „Teil 1.II.B.3.c. Vermögensschaden des Emittenten“.

⁴⁰⁶⁴ Zur Kritik an der sprachlichen Ungenauigkeit, wonach eine Tatsache eigentlich stets wahr sei, ihre Behauptung jedoch unwahr sein könne, s *Mihurko*, Revision 44; vgl auch schon Protokolle BGB, 2. Kommission 8495, abgedr bei *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118.

⁴⁰⁶⁵ S bereits *Mihurko*, Revision 44, 46 f; *Randa*, Schadenersatzpflicht³, 202, der als (seiner Meinung nach) treffendere Marginalie vorschlägt „an der Ehre oder wirtschaftlichen Stellung (oder Lage)“; *Ullrich*, GH 1913, 635; *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 1 f; vgl auch *Ehrenzweig*, System II/1², 658; *Ostheim*, ÖJZ 1974, 1; *Berka*, ZfRV 1990, 42; *dens*, wbl 1997, 273.

⁴⁰⁶⁶ S etwa *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 172; vgl auch Motive BGB, 1. Kommission 728, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 406.

⁴⁰⁶⁷ Vgl Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 280.

Ruf“ einer (auch juristischen⁴⁰⁶⁸ [§ 26 ABGB]) Person.⁴⁰⁶⁹ Eingriffe in dieses Rechtsgut indizierten die Rechtswidrigkeit,⁴⁰⁷⁰ namentlich auch dann, wenn keine Verletzung der Ehre „im technischen Sinn“ vorliegt.⁴⁰⁷¹ Dieser Ansicht zufolge ist die Vermögenseinbuße, die die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Rufs mit sich bringt, streng genommen nicht als bloßer Vermögensschaden zu betrachten, weil ein solcher Vermögensnachteil aus der Verletzung dieses absolut geschützten Rechtsguts resultiert.⁴⁰⁷²

Im System des österreichischen Deliktsrechts lässt sich § 1330 Abs 2 ABGB mE aber treffender als Tatbestand des deliktischen Vermögensschutzes begreifen.⁴⁰⁷³ Dafür spricht nicht nur die systematische Stellung des § 1330 Abs 2 ABGB zwischen § 1330 Abs 1 und den §§ 1331 ff ABGB (vgl die Marginalie vor § 1331 ABGB: „4. an dem Vermögen“). Auch das Strafrecht ordnet den Kreditschädigungstatbestand (§ 152 StGB) im Abschnitt über die Delikte gegen fremdes Vermögen ein⁴⁰⁷⁴ (§§ 125–168e StGB; und nicht etwa bei den Delikten gegen die Ehre⁴⁰⁷⁵ [§§ 111–117 StGB]).

Ferner ist nicht ersichtlich, welchen Selbstzweck der Schutz des wirtschaftlichen Rufs haben soll, wo er doch – anders als der Ehrenschatz⁴⁰⁷⁶ – nichts mit den Persönlichkeitsrechten iSd § 16 ABGB⁴⁰⁷⁷ zu tun haben soll^{4078 4079}.

2) Der Vermögensschutz im Rahmen des § 1330 Abs 2 ABGB lässt sich mE objektiv-teleologisch damit rechtfertigen, dass der Schädiger durch das Verbreiten unwahrer,

⁴⁰⁶⁸ OGH 4 Ob 9/90 JBl 1990, 660 (661); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 23b; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 36; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 68; für das Strafrecht ausdr ErläutRV StGB 1974, 298; vgl bereits *Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II* (1911) 284; weiters *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 1; vgl für Deutschland (§ 824 BGB) *Peters*, Haftung 51.

⁴⁰⁶⁹ *Koziol*, JBl 1993, 616; *Berka*, wbl 1997, 273; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 750; *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz 25 f; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7, 7a; *Öllinger*, Haftung 104 f, 121 f; *Sieglwart/Höhne*, ecolex 2009, 859; *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4; *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 7; OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Koziol*); RIS-Justiz RS0032276; RS0008987; s bereits *Randa*, Schadenersatzpflicht², 202: „wirtschaftlichen Stellung (oder Lage)“; vgl dazu *Pfaff*, GZ 1896, 47: gewerblicher Ruf; *Ullrich*, GH 1913, 633; ErläutRV StGB 1974, 245: „Schutz des Berufsansehens und des geschäftlichen Ansehens“, 298: „Kredit, der Erwerb und das berufliche Fortkommen“ als das geschützte Rechtsgut; so auch *Ostheim*, ÖJZ 1974, 1; *Böhm*, ZAS 1980, 18; vgl dazu aus Deutschland *Helle*, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht 3 f; *Mühl*, Haftung, Rz 196.

⁴⁰⁷⁰ OGH 1 Ob 658/83 JBl 1984, 492 (494); 6 Ob 109/00 y SZ 73/181, 438 (442); *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4, 40; *Sieglwart/Höhne*, ecolex 2009, 859; s aber auch *Karner*, ÖJZ 2013, 908 f.

⁴⁰⁷¹ *Randa*, Schadenersatzpflicht², 202; *Ehrenzweig*, System II/1², 658; *Wolff in Klang*, ABGB VI² (1951) 162; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 174; vgl bereits *Mihurko*, Revision 44; Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279.

⁴⁰⁷² Vgl *Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 2.

⁴⁰⁷³ Zutr *Welser*, Haftung 13; vgl *Wagner in MünchKomm BGB*⁶ (2013) § 824 Rz 3; *Schuler*, Verantwortlichkeit 202; vgl auch den schweizerischen Lösungsansatz bei *Vasella*, Haftung 196, über die Haftung aus „Verletzung einer Schutznorm“, weil es sich bei den Emittentenschäden um reine Vermögensschäden handle.

⁴⁰⁷⁴ ErläutRV StGB 1974, 245.

⁴⁰⁷⁵ *Berka*, ZfRV 1990, 57 FN 69.

⁴⁰⁷⁶ *Adler in FS ABGB 100-Jahrfeier II* (1911) 193 f; *Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II* (1911) 238, 248; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 1; *Karner*, ÖBA 2010, 592.

⁴⁰⁷⁷ S zur Grundlage des § 16 ABGB für den Persönlichkeitsschutz etwa *Canaris*, JBl 1991, 206; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 750; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7d; *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 2; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4.

⁴⁰⁷⁸ *Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II* (1911) 249; *Berka*, ZfRV 1990, 55 ff: § 1330 Abs 2 ABGB gehe über den Persönlichkeitsschutz hinaus; vgl auch *Ullrich*, GH 1913, 634: Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts trete bei der Kreditschädigung gegenüber der Vermögensschädigung völlig in den Hintergrund; aA *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4.

⁴⁰⁷⁹ *Böhm*, ZAS 1980, 18, bezeichnet mE daher zutr als Schutzzweck des § 1330 Abs 2 ABGB das Ziel, „den tatsächlichen Eintritt des Kreditschadens zu verhindern“; vgl auch *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 1: Schutz der wirtschaftlichen Interessen.

vermögensgefährdender (!) Tatsachen gegenüber dem Geschädigten besonders gefährlich agiert.⁴⁰⁸⁰ Dabei ist auch die Streuwirkung von (insb für den Geschäftsverkehr interessanten, weil die Vermögensverhältnisse des Auskunftsobjekts betreffenden) Informationen zu bedenken. Die durch ein solches Verhalten drohenden Vermögensschäden sind für den Schädiger daher leichter antizipierbar, als in anderen Fällen der Schädigung fremden Vermögens im deliktischen Bereich. Mit dieser Erkenntnis lässt sich der Einwand zumindest relativieren, gegen die umfassende Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden spreche die Konturlosigkeit des Vermögens des Geschädigten.⁴⁰⁸¹ Da der Tatbestand des § 1330 Abs 2 ABGB nur denjenigen aktivlegitimiert, über den die unwahren Tatsachen verbreitet wurden, droht auch keine unübersehbare Haftungsausuferung, die oft mit der Gewährung eines deliktsrechtlichen Vermögensschutzes in Verbindung gebracht wird.⁴⁰⁸²

Darin liegt ein entscheidender Unterschied zur Haftung gegenüber den Informationsadressaten, in Fällen der Haftung von Ratingagenturen gegenüber den Anlegern, gem § 1300 ABGB. Dort setzt die deliktische Haftung für Fehlinformationen gegenüber jedem, der auf diese vertraut und disponiert, anders als § 1330 Abs 2 ABGB⁴⁰⁸³ daher Wissentlichkeit voraus (§ 1300 Satz 2 ABGB).⁴⁰⁸⁴

3) Die Ableitung eines (freilich ungeschriebenen) absolut geschützten Rechtsguts aus § 1330 Abs 2 ABGB hat für die hM den Vorteil, dass damit zugleich auch die Befugnis des Geschädigten bejaht werden kann, (verschuldensunabhängig) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu erheben.⁴⁰⁸⁵ Allerdings belegt das UWG, dass auch bei reinen Vermögensbeeinträchtigungen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche keineswegs systemwidrig sind (vgl §§ 14, 15 UWG). In der Sache ist es mit der hM mE jedenfalls richtig, wenn auch im Rahmen des § 1330 Abs 2 ABGB analog § 7 Abs 1 Satz 2, § 15 UWG ein verschuldensunabhängiger Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen die Verbreitung unwahrer, kreditgefährdender Tatsachenbehauptungen anerkannt wird.⁴⁰⁸⁶

⁴⁰⁸⁰ Motive BGB, 1. Kommission 728, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 406: „Diese Auffassung [erweiterte Haftung] rechtfertigt sich durch die unmittelbare Richtung der Handlung gegen das Recht des Beschädigten und den einem solchen zu gewährenden Schutz“; vgl auch *Koziol*, JBl 1993, 520; vgl speziell iZm der Haftung von Ratingagenturen *Karner*, ÖBA 2010, 592.

⁴⁰⁸¹ S zu diesem Einwand oben FN 2587, 2588 mwN.

⁴⁰⁸² S zu diesem Einwand oben FN 2585 mwN.

⁴⁰⁸³ Zum Verschuldensmaßstab s noch unten unter „Teil 1.II.B.3.b.aa. Verschuldensmaßstab: leichte Fahrlässigkeit“.

⁴⁰⁸⁴ S dazu oben nach FN 2812.

⁴⁰⁸⁵ Deutlich (hinsichtlich des Beseitigungsanspruchs) *Koziol*, JBl 1993, 616; hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 750; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7a, 17, 23; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 79; OGH 4 Ob 295/99 g MR 2000, 364 (366) (*Swoboda*).

⁴⁰⁸⁶ Dazu noch unten unter „Teil 1.II.B.4. Exkurs: Weitere Ansprüche (Widerruf, Unterlassung, Beseitigung)“.

bbb. Erfassung von professionellen (insb Bonitäts-)Bewertungen

1) Ist nach dem Vorhergesagten (S 439 ff) das Vermögen des Geschädigten bzw (nach der hM) dessen „wirtschaftlicher Ruf“ das Schutzobjekt des § 1330 Abs 2 ABGB, kann es nicht überzeugen, die Verbreitung von sorgfaltswidrigen Sachverständigen-Bewertungen vom Anwendungsbereich dieser Norm auszunehmen. Bei solchen Bewertungen handelt es sich zwar streng genommen um keine Tatsachen. Sie können den Kredit, den Erwerb und das Fortkommen aber in einer ähnlichen Weise gefährden,⁴⁰⁸⁷ wie unwahre Tatsachen. Auch insoweit besteht das Schutz⁴⁰⁸⁸- bzw Verkehrsbedürfnis nach einer Kreditschädigungshaftung, das zur Einfügung des § 1330 Abs 2 ABGB geführt hat⁴⁰⁸⁹.

Unter Umständen ist es sogar denkbar, dass fehlerhafte Gutachten im Vergleich zu unwahren Tatsachen ieS eine noch größere Gefahr für das Schutzobjekt des § 1330 Abs 2 ABGB darstellen. Dies ist namentlich bei veröffentlichten *Bonitätsbewertungen* wie Ratings der Fall:⁴⁰⁹⁰ Auszugehen ist davon, dass unter dem („subjektiven“) Kredit iSd § 1330 Abs 2 ABGB das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners⁴⁰⁹¹ (vgl⁴⁰⁹² „credere“ = glauben, [an]vertrauen) oder die „finanzielle Bonität“⁴⁰⁹³ einer Person verstanden wird.⁴⁰⁹⁴ Die dhM zur Auslegung des § 824 BGB (oben S 426 ff) muss folglich anerkennen, dass gerade das Rating darauf gerichtet ist, das bzw eines der Schutzobjekte des § 824 Abs 1 BGB/§ 1330 Abs 2 ABGB (den Kredit) direkt (!) zu beurteilen.⁴⁰⁹⁵ Der Konnex zum Schutzzweck des § 1330 Abs 2 ABGB wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Ratingagenturen sogar als

⁴⁰⁸⁷ Dass es für die Bejahung der Kreditschädigungshaftung maßgeblich auf die Gefährlichkeit der fraglichen Mitteilung ankommt, hat schon *Wilburg*, Schadensrecht 80, hervorgehoben.

⁴⁰⁸⁸ Vgl oben bei FN 3509.

⁴⁰⁸⁹ *Mihurko*, Revision 44 f; vgl auch Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279; s dazu oben bei und in FN 4157. Bereits vor der Novellierung des ABGB durch die III. Teilnovelle hat die Judikatur dieses praktische Bedürfnis aufgegriffen und eine Kreditschädigungshaftung bejaht; s etwa k. k. OGH Z. 6.831, Manz'sche Slg II 191; weiters *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 465 mwN in FN 11; vgl auch k. k. OGH Nr. 1.253 GIUW/9907 (XXII, S 109 [110]); *Ehrenzweig*, System II/1², 658; krit freilich zur damals mangelnden wettbewerbsrechtlichen „Anschwärzungshaftung“ *Pfaff*, GZ 1896, 40.

⁴⁰⁹⁰ Vgl *Vasella*, Haftung 135, 344: Rating als Gefahrgut; *Schuler*, Verantwortlichkeit 202.

⁴⁰⁹¹ Anschaulich die Vorinstanz zu k. k. OGH Z. 6.831, Manz'sche Slg II 194: „Credit ist das Vertrauen, welches einem Geschäftsmanne von Seite anderer Geschäftsleute, von Geschäftsfreunden und Kunden gezollt wird“; ähnl *Ullrich*, GH 1913, 634: der subjektive Kredit als „Kreditwürdigkeit“ oder als „wirtschaftliche Fähigkeit, Subjekt eines objektiven Kreditverhältnisses zu werden“; s weiters RIS-Justiz RS0120862; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 37; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 38; *Arntz*, BKR 2012, 93; *Mühl*, Haftung, Rz 187; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 618.

⁴⁰⁹² Zur Abhängigkeit des Kredits von der Meinung anderer und zur damit einhergehenden Gefährdung desselben durch Äußerungen s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7; RIS-Justiz RS0008987 T 4.

⁴⁰⁹³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7.

⁴⁰⁹⁴ Vgl *Wehli*, Teilnovelle 36, der den Schutz des Kreditnehmers durch § 1330 Abs 2 ABGB hervorhebt.

⁴⁰⁹⁵ Vgl zur Direktheit (die auch für den Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine Rolle spielt): *Meyer*, Rechtsfragen 65; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706; *Arntz*, BKR 2012, 94; vgl auch *Peters*, Haftung 51, 57, der eine Kreditgefährdung bei unzut. Ratings als unzweifelhaft bezeichnet; so auch *Mühl*, Haftung, Rz 187; vgl ferner *Eisen*, Haftung 315, der auf die verheerenden wirtschaftlichen Folgen eines unzut. Ratings für den bewerteten Emittenten hinweist; vgl dazu auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 298; *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13.

„internationale Standardsetzer“ bezeichnet werden. Damit ist gemeint, dass sie überhaupt erst definieren, was Kreditwürdigkeit bedeutet.⁴⁰⁹⁶

Es geht bei der Haftung von Ratingagenturen also nicht um die Verbreitung von unwahren Tatsachen, die mittelbar auf die Bonität des Emittenten schließen lassen.⁴⁰⁹⁷ Vielmehr wird der Informationsfluss „abgekürzt“ und ein unmittelbares Urteil über die Bonität in allen möglichen Medien abgegeben (je mehr, desto besser für den Geltungsanspruch des Ratings). Aus diesem Grund ist die Information „Rating“ für die Anleger ja auch so wertvoll und anerkannt. Das steigert aber gleichzeitig die Gefährlichkeit dieser zumal überall verbreiteten⁴⁰⁹⁸ Mitteilung gegenüber dem Emittenten und damit die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts⁴⁰⁹⁹ (vgl zur besonderen Gefährlichkeit der Experteninformation infolge Vertrauensgewährung auch die Wertung des § 1300 Satz 1 ABGB⁴¹⁰⁰). Dies betrifft Emittenten- wie Emissionsratings gleichermaßen, weil beide eindeutig auf den Emittenten bezogen sind⁴¹⁰¹ (vgl § 7 Abs 1 UWG: „Leistungen eines anderen“⁴¹⁰²) und Gegenstand der Bewertung in beiden Fällen in erster Linie seine Bonität ist (mögen beim Emissionsrating auch noch andere Faktoren einfließen⁴¹⁰³).⁴¹⁰⁴

Gerade bei Ratings ist damit die von den Materialien zum UWG hervorgehobene Gefahr evident, dass eine sorgfaltswidrige Behauptung „ein [das bewertete] Unternehmen in

⁴⁰⁹⁶ Becker, ZG 2009, 133 und Blaurock, JZ 2012, 231: Entwicklung und Durchsetzung eines allg akzeptierten Verständnisses von Kreditwürdigkeit.

⁴⁰⁹⁷ Vgl EB UWG 1923, 7: „Mitteilung von Tatsachen, die geeignet sind, zu ungünstigen Folgerungen über das Unternehmen eines andern zu führen und so dessen Stellung im Kampfe um seine Geltung im Wirtschaftsleben zu schwächen“; vgl dazu bereits Nippel, ABGB (1835) § 1330 Anm 2 (zu § 1330 Abs 1 ABGB).

⁴⁰⁹⁸ Dass die Gefährlichkeit der Äußerung mit dem Grad der Publizität derselben steigt, lässt sich aus § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB ableiten (vgl auch Art 2 Abs 2 lit a EU-RatingVO [dazu unten bei FN 4673]; § 2 KMG [dazu Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/18]); zur besonderen Gefährlichkeit einer veröffentlichten Mitteilung s auch ErläutRV StGB 1974, 246; ErläutRV Strafgesetz-Novelle 1929, 5; vgl auch § 111 Abs 2 StGB sowie Motive dStGB 1870, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislaturperiode, 1870, Dritter Band, Aktenstück Nr 5, 68; vgl dazu weiters Ostheim, ÖJZ 1974, 5, der bei Kreditschädigungen in Massenmedien von einer „ungleich“ größeren Gefährlichkeit spricht; dazu wiederum Koziol, JBl 1993, 613 ff, der daher eine entspr Gefährdungshaftung vorschlägt (!); vgl auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e, 16, 23h; Blaurock, ZGR 2007, 632.

⁴⁰⁹⁹ Karner, ÖBA 2010, 592; Peters, Haftung 67, 75; Meyer, Rechtsfragen 69; Arntz, BKR 2012, 94; EB UWG 1923, 8: „Die Mitteilung über ein Ereignis [...] kann dem Unternehmer, wenn der Mitteilung im Verkehr Glauben geschenkt wird [...], schweren Nachteil bringen“; zur Gefahr, die mit dem Anspruch auf Glaubwürdigkeit und dem daher entgegengebrachten Vertrauen einhergeht, s auch Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e, 16, 23h; OGH 1 Ob 36/89 SZ 64/36, 207 (217); 6 Ob 2018/96 z SZ 69/113, 683 (690); 6 Ob 291/00 p SZ 73/198, 546 (550); Blaurock, ZGR 2007, 632; ganz ähnl wie hier argumentiert Koziol, JBl 1993, 618, für eine Gefährdungshaftung von Massenmedien (arg massenweise Verbreitung, schwerwiegende Folgen für Betroffene [vgl dazu auch OGH 8 Ob 82/65 ÖBl 1965, 102 {102 f}], Leser schreiben Medien hohes Maß an Glaubwürdigkeit zu). Koziol (ebd, 619) weist mE zR darauf hin, dass der Gesetzgeber in § 6 MedienG die Gefährlichkeit der Massenmedien anerkannt hat.

⁴¹⁰⁰ Und dazu oben bei FN 1754.

⁴¹⁰¹ S Däubler, BB 2003, 432: Auch beim Emissionsrating stehe das „Standing“ des Emittenten auf dem Spiel; Emmenegger in Wiegand, Basel II 63; vgl OGH 4 Ob 9/90 JBl 1990, 660 (661); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 23b: auf das Unternehmen bezogen.

⁴¹⁰² Vgl auch Koziol, JBl 1993, 520 und zum Vorwurf schlechter Dienstleistungs- oder Warenqualität Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; vgl zum damit verwandten Urteil über die geschäftliche Leistungsfähigkeit ErläutRV StGB 1974, 245.

⁴¹⁰³ S dazu Hennrichs in FS Hadding (2004) 875 FN 1; Reidenbach, Ratingagenturen 282; Vasella, Haftung 371.

⁴¹⁰⁴ Vgl *Standard and Poor's*, Corporate Ratings Criteria 2001, 3: „A credit rating is S&P opinion of the general creditworthiness of an obligor, or the creditworthiness of an obligor with respect [...] to a particular debt security or other financial obligation based on relevant risk factors“; möglicherweise aA Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 618.

seinem Bestande oder in seiner Entwicklung schwer bedrohen“⁴¹⁰⁵ kann. Das liegt auf einer Linie mit der Judikatur des OGH⁴¹⁰⁶ zur Haftung von Kreditauskunfteien gem § 1330 Abs 2 ABGB. Das Höchstgericht stellt bei Mitteilungen über Kredit- und Vermögensverhältnisse aufgrund der damit verbundenen Gefährlichkeit⁴¹⁰⁷ für den Kredit des Auskunftsbekannteten besonders strenge Anforderungen an die dabei zu prästierende Sorgfalt.

Ein anhand des Normzwecks vorgenommener Größenschluss spricht aus diesen Gründen mE für die Erfassung von Ratings durch § 1330 Abs 2 ABGB. Ob dies mithilfe einer Analogie oder durch eine extensive teleologische Auslegung bewältigt wird, ist hier (auf dem Gebiet des Zivilrechts) im Ergebnis einerlei.⁴¹⁰⁸

2) Verfehlt wäre auch der Einwand, ein Rating sei – entsprechend der AGB der Ratingagenturen – bloß eine unverbindliche Meinungskundgebung.⁴¹⁰⁹ Für die Subsumption der fraglichen Äußerung unter den Tatbestand des § 1330 Abs 2 ABGB kommt es – im Einklang mit dessen Schutzzweck – nicht auf die subjektive Absicht des Äußernden an.⁴¹¹⁰ Entscheidend ist, wie die jeweilige Mitteilung der durch sie angesprochene Verkehr auffasst.⁴¹¹¹ Denn nur das Verkehrsverständnis und nicht ein diesbezüglicher „geheimer Vorbehalt“ des Äußernden ist relevant für die Gefährlichkeit der Information im Hinblick auf das Vermögen bzw den wirtschaftlichen Ruf des Auskunftsbekannteten.

Die Beachtlichkeit der Verkehrsanschauung spricht mE aber dafür, das Rating gerade nicht als rein subjektive Meinung der Ratingagentur zu verstehen: Der Verkehr fasst das Rating nicht, jedenfalls nicht ausschließlich als „geistigen Beitrag im Meinungskampf“ auf, der von subjektiven Befindlichkeiten der bewertenden Ratingagentur abhängt; es wird

⁴¹⁰⁵ EB UWG 1923, 7; vgl auch OGH 6 Ob 299/02 t MR 2003, 90 (91): Eignung der zum Ersatz verpflichtenden Äußerung, „das Vertrauen von bestehenden und potentiellen Geschäftspartnern in die finanzielle Ausstattung und überhaupt die wirtschaftliche Stabilität des Unternehmens tiefgreifend zu erschüttern“.

⁴¹⁰⁶ OGH 1 Ob 38/88 (1 Ob 39/88) SZ 61/205, 191 (198 f); zust Iro, RdW 1989, 86; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 16.

⁴¹⁰⁷ Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 42; vgl auch RG VI 591/34 RGZ 148, 154 (162); BGH VI ZR 263/55 NJW 1957, 1149 (1150) (Löffler); Iro, RdW 1988, 35; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 38; Peters, Haftung 56.

⁴¹⁰⁸ Zur fließenden Grenze zwischen Auslegung und Analogie F. Bydlinksi, 470 mit FN 143; zum gleichwertigen Charakter von ausdr Rechtsnormen und solchen, die durch Analogieschluss gewonnen werden, s Koziol, ÖBA 1992, 889; vgl dazu auch F. Bydlinksi, Methodenlehre², 564 f; s jedoch zum strafrechtlichen Analogieverbot dens, ebd 468, 471.

⁴¹⁰⁹ Zutr Peters, Haftung 52; Meyer, Rechtsfragen 66 FN 237; Emmenegger in Wiegand, Basel II 57; Eisen, Haftung 305; Mühl, Haftung, Rz 170; vgl auch *Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investors Services, Inc.*, 175 F.3d 848, 856 (10th Cir. 1999): „Moreover, the fact that Moody's article describes its evaluation as an opinion is not sufficient, standing alone, to establish that Moody's statements are protected“; vgl aber Blaurock, ZGR 2007, 628.

⁴¹¹⁰ F. Bydlinksi, JBl 1963, 377; Schönherr, ÖBl 1977, 78; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 12; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8c; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 9; RIS-Justiz RS0031883; RS0032489; relativierend für den Ehrenschatz Berka, wbl 1997, 275: „nicht ganz unmaßgeblich“; aA offenbar OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (F. Bydlinksi).

⁴¹¹¹ OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); 6 Ob 79/07 x MR 2007, 250 (253) (Korn); 6 Ob 285/07 s MR 2008, 188 (189); Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 9; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8b; dort auch zur Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts; s dazu auch OGH 6 Ob 39/98 y ecolex 1998, 626 (Hintermayr); ebenso die dhM, s nur Peters, Haftung 52; Eisen, Haftung 305; Mühl, Haftung, Rz 185; vgl für die Schweiz Vasella, Haftung 126, 129 f.

vielmehr als professionelles und substantiiertes Bonitätsurteil einer hochgradig spezialisierten Einrichtung verstanden, das gerade interessenunabhängig (dh frei von subjektiven Einflüssen!) vergeben wird.⁴¹¹² Nur eine solche Bewertung vermag nämlich den Anleger bei seiner Investitionsentscheidung tatsächlich zu unterstützen und nicht zu behindern, was der Zweck des Ratings ist.⁴¹¹³

3) Aus objektiv-teleologischer Sicht bleibt aber noch die (Kontroll-)Frage zu klären, warum ein „vernünftiger“ Gesetzgeber das Tatbestandsmerkmal der Tatsache in den § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG formuliert hat und nicht weitere Begriffe wie etwa „Information“ (vgl § 48a Abs 1 Z 1, Z 2 lit c BörseG) oder „Mitteilung“⁴¹¹⁴ gewählt hat.⁴¹¹⁵ Anders ausgedrückt ist der Rechtsgrund⁴¹¹⁶ für die in § 1330 Abs 2 ABGB formulierte Haftung zu erforschen.

Nach dem bisher Ausgeführten (massive Gefährlichkeit abfälliger Bonitätsbewertungen) ist es mE nicht überzeugend, dies damit zu begründen, dass Herabsetzungen durch reine Tatsachenbehauptungen gefährlicher seien, als „gemischte Äußerungen“⁴¹¹⁷, die auch wertende Elemente beinhalten.⁴¹¹⁸ Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass der mehr oder weniger stark ausgeprägte Zukunftsbezug von Ratings nicht gegen, sondern vielmehr für eine erhöhte Gefährlichkeit solcher Informationen spricht. Denn Anleger treffen typischerweise aufgrund von zukunftsbezogenen Informationen ihre Investitionsentscheidung.⁴¹¹⁹ Tatsachen „von gestern“ interessieren sie hingegen nicht (vgl auch den Begriff *prospectus*⁴¹²⁰).

ME spricht § 1330 Abs 2 ABGB von „Tatsachen“, weil auf diese Weise eindeutig klargestellt wird, dass die haftungsrelevante Äußerung im Rahmen eines Gerichtsverfahrens objektiv⁴¹²¹ auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden können muss (vgl § 7 Abs 1 Satz 1 UWG: „sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind“).⁴¹²²

Dadurch hat das grundsätzlich für jeden Schadenersatzanspruch erforderliche Verschulden

⁴¹¹² Ausf Mühl, Haftung, Rz 173 ff; ähnl Schuler, Verantwortlichkeit 204 f; s auch Assmann in Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012) § 13 Rz 16: „Zwar enthalten auch deren Bewertungen [die Bewertungen der Ratingagenturen] wertende Elemente, doch werden sie vom Verkehr typischerweise wie Tatsachen behandelt: zum einen, weil sie auf Tatsachen aufbauen, und zum anderen, weil die Auswertung dieser Tatsachen regelgeleitet vorgenommen wird und nicht bloß subjektiven Wertungsmaßstäben folgt“; ähnl Arendts, WM 1993, 234.

⁴¹¹³ S oben bei FN 2742.

⁴¹¹⁴ So aber Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120; Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 280; Mihurko, Revision 9, 45; Ostheim, ÖJZ 1974, 1.

⁴¹¹⁵ Vgl F. Bydlinski, Methodenlehre², 454; ferner dens, ebd 441, wonach im Rahmen der ergänzenden Rechtsfortbildung die sprachliche Analyse bestimmter Rechtsvorschriften auf ihre sicheren Anwendungsbereiche als Induktionsmaterial eine erhebliche Rolle für die Ermittlung der *ratio legis* spiele.

⁴¹¹⁶ Vgl oben bei FN 3509.

⁴¹¹⁷ S zu diesen zB Böhm, ZAS 1982, 215.

⁴¹¹⁸ Vgl Schönherr, ÖBl 1975, 77: „sehr zweifelhaft“ (unter Hinweis auf die gegenteilige Tendenz bei Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts II² [1962] 283); vgl aber auch Beater in Soergel, BGB¹³ (2005) § 824 Rz 2.

⁴¹¹⁹ Oben bei FN 2305.

⁴¹²⁰ Dazu oben bei FN 2910.

⁴¹²¹ Vgl dazu bereits Mihurko, Revision 44, der von „objektive[r] Wahrheitswidrigkeit“ spricht.

⁴¹²² Vgl Harter in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 16.

(§ 1295 Abs 1 ABGB) einen eindeutigen Anknüpfungspunkt (vgl § 1330 Abs 2 Satz 1: „deren Unwahrheit er kannte oder kennen mußte“).⁴¹²³ Dies ist auch für das Strafrecht wichtig, wo sich der Vorsatz nach dem Kreditschädigungsdelikt des § 152 StGB ebenso auf die Unrichtigkeit der Tatsache beziehen muss. Bei Tatsachenbehauptungen lässt sich also eindeutig klären, ob und inwiefern ein sorgfältiger Durchschnittsmensch (§ 1297 ABGB) bzw ein ordentlicher Fachmann (§ 1299 ABGB) die Information vor der Weitergabe auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft und gegebenenfalls nicht verbreitet hätte.

Anders ist dies aber bei reinen Werturteilen, die nicht objektiv überprüft werden können. Der Richter soll nach der *ratio legis* nicht darüber urteilen, ob etwa die direkte Demokratie der indirekten vorzuziehen sei, ob ein Sportler eine gute Leistung erbracht habe, oder nicht etc.⁴¹²⁴ Die Problematik bei der Subsumption von solchen Werturteilen unter § 1330 Abs 2 ABGB wäre die Konsequenz, dass der Richter im Schadenersatzprozess zwangsläufig seine eigene persönliche Meinung in das Urteil einfließen lassen würde. Dann wäre aber der Verfahrensausgang dem Zufall überlassen, ob etwa ein „rot“ oder „blau“ gefärbter Richter die Entscheidung fällt. Das kann eine auf Rechtssicherheit bedachte Rechtsordnung nicht ernstlich wollen, zumal sich damit auch die öffentliche Meinungsbildung nicht richtig entfalten könnte. Die Grenze für die Zulässigkeit reiner Werturteile kann erst die Ehrenbeleidigung eines anderen bilden (§ 1330 Abs 1 ABGB).⁴¹²⁵

4) Ratings und andere professionelle Bewertungen sind nun, wie bereits erwähnt, keine Tatsachen. Entscheidend ist jedoch, dass Ratings im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ebenso wie Tatsachen objektiv auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden können⁴¹²⁶.⁴¹²⁷ Dies muss mE konsequenterweise jeder anerkennen, der eine Haftung von

⁴¹²³ Vgl Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120: „Wer Mitteilungen verbreiten will, die einen andern schwer schädigen können, soll eine gewisse Gewähr dafür haben, daß sie nicht frei erfunden sind, sonst haftet er. [...] Unterlassung einer Nachprüfung als Verschulden zugerechnet werden kann“; idS auch *Ehmer*, Novellen 163; vgl auch *Wilburg*, Schadensrecht 79; OGH Ob I 240/24, SZ 6/135, 307 (308); 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213 f) (*Böhm*); *Ostheim*, ÖJZ 1974, 3; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 163.

⁴¹²⁴ Vgl auch *Mauczka* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 266, wonach es eine „Instanz über die Richtigkeit derartiger Urteile nicht gibt“. Diese Wertung des § 1330 ABGB deckt sich mit dem Verfassungsrecht, s *Berka*, ZfRV 1990, 45; *dens*, wbl 1997, 269; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 1.

⁴¹²⁵ S ausf dazu etwa *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 21 ff.

⁴¹²⁶ *Schuler*, Verantwortlichkeit 206; ähnl wohl auch *Thiele*, Rating 33; vgl allg für Prognosen im Rahmen der Prospekthaftung *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 37; aA *Peters*, Haftung 53; *Rohe/Lischek*, WM 2006, 1939; vgl auch *Amort*, EuR 2013, 275 f.

⁴¹²⁷ Für die Relevanz der objektiven Überprüfbarkeit der Äußerung für die Subsumption unter den Tatsachenbegriff: *Kadečka*, UWG 74 f; *Schönherr*, ÖBl 1975, 77 ff; *Kozioł*, Haftpflichtrecht II², 174; *ders*, JBl 1993, 614; *Böhm*, ZAS 1982, 215; *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz 26; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 6, 13, 16, 27; *Danzl* in *Kozioł/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 2; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 16; *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 11 f; *Handig* in *Wiebe/Kodek*, UWG² (2012) § 7 Rz 56; OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213) (*Böhm*); 27.06.1989, 4 Ob 541/89; 25.04.1990, 2 Ob 512/90; 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (*Kozioł*); wohl auch *Berka*, ZfRV 1990, 45: „im Ansatz durchaus zutreffend“; *ders*, wbl 1997, 274; s auch *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 26 Rz 5; strenger die dhM, s BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1188): Entscheidend sei, ob eine Aussage einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich sei; *Meyer*, Rechtsfragen 66; s auch *Peters*, Haftung 52: „(theoretische) Beweisbarkeit“ entscheidend. Erwähnenswert ist auch, dass das OLG Berlin in der bereits zitierten Entscheidung zur Haftung von Ratingagenturen diverse

Ratingagenturen gegenüber Anlegern bejaht.⁴¹²⁸ Unabhängig davon ergibt sich mE die objektive Überprüfbarkeit von (insb mithilfe von anerkannten Verfahren gewonnenen⁴¹²⁹) Prognosen (zum Prognosecharakter von Ratings s oben S 435 f) aus dem Institut der Prospektprüfung des KMG. Dort bezieht sich die haftungsbewehrte (!) Prüfpflicht des Prospektprüfers auch auf prognostische Angaben im Prospekt.⁴¹³⁰ Weiters ist auf die §§ 225c ff AktG hinzuweisen, die eine gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses bei der Verschmelzung, dh einer (idR zukunftsbezogenen) Unternehmensbewertung vorsehen. Auch lässt sich wohl allgemein behaupten, dass ein Fachgutachten nur dann tauglich erscheint, wenn es objektiv überprüfbar ist.⁴¹³¹

Dass die Überprüfung solcher Informationen (etwa aufgrund der Intransparenz des Ratingverfahrens⁴¹³²) schwierig ist, rechtfertigt es noch nicht, sie mit objektiv unüberprüfbaren Mitteilungen gleichzusetzen.⁴¹³³ Auch kann es für die objektive Überprüfbarkeit einer Aussage bzw Bewertung nicht darauf ankommen, ob es im gegebenen Zusammenhang eine einzig richtige Behauptung bzw ein einzig richtiges Vorgehen bei der Bewertung gibt, oder ob mehrere Äußerungen bzw die Anwendung unterschiedlicher Verfahren als vertretbar erachtet werden können.⁴¹³⁴ Es sollte nur der jeweils korrekte Überprüfungsmaßstab für die fragliche Aussage angewendet und daher etwa bei Bonitätsbewertungen ein Beurteilungsspielraum zuerkannt werden.⁴¹³⁵

Freilich wird der Richter die Überprüfung der Bonitätsbewertung im Regelfall selbst nicht vornehmen können, sondern dafür einen Sachverständigen heranziehen müssen. Dieser hätte dann zu prüfen, ob die verwerteten Daten, das angewandte Ratingverfahren und die Schlussfolgerung daraus, also die Ratingnote selbst, angemessen, dh betriebswirtschaftlich vertretbar sind. Das steht einer Anwendung des § 1330 Abs 2 ABGB aber nicht im Wege. Entgegen früheren Entscheidungen des OGH⁴¹³⁶ ist nämlich nicht entscheidend, ob das

Äußerungen der Ratingagentur als Werturteile ansah, diese aber sehr wohl im Rahmen der Behandlung der Kreditschädigungshaftung gem § 824 BGB (P II.2. der Entscheidungsgründe) auf ihre Vertretbarkeit prüfte (vgl KG [OLG Berlin] 9 U 127/05 WM 2006, 1432 [1434 f]: Die Ratingagentur hat sich „im Rahmen einer zulässigen Wertung bewegt“).

⁴¹²⁸ Vgl noch unten unter „Teil 1.II.B.2.b.gg.aaa. Zweiseitige Informationsverantwortlichkeit: § 1300, § 1330 Abs 2 ABGB und Abschlussprüferhaftung“.

⁴¹²⁹ Vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8b.

⁴¹³⁰ S dazu oben bei FN 2917.

⁴¹³¹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 10.

⁴¹³² *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 683; s auch noch *Schuler*, Verantwortlichkeit 178.

⁴¹³³ Zutr *Hohenecker/Friedl*, Wettbewerbsrecht 39 FN 4; *Schönherr*, ÖBl 1975, 79; vgl *Schuler*, Verantwortlichkeit 205 FN 1162, 206.

⁴¹³⁴ Gegen *Peters*, Haftung 53.

⁴¹³⁵ S bereits oben bei FN 3109.

⁴¹³⁶ RIS-Justiz RS0032212; RS0079167. Der OGH hat diesen Rechtssatz aus der Judikatur des Reichsgerichts übernommen, s RG Rep 1573/04 RGSt 37, 266 (267).

Publikum die fragliche Äußerung überprüfen kann,⁴¹³⁷ sondern es reicht aus, wenn sie irgendwie, zB durch einen Fachexperten, kontrolliert werden kann.⁴¹³⁸

Das Vorstehende in Erwägung ziehend ist eine vom OGH vertretene Abgrenzung zwischen haftungsfreien Werturteilen und haftungssanktionierten Tatsachenbehauptungen ebenso abzulehnen. Der OGH⁴¹³⁹ charakterisiert Werturteile im Rahmen dieser Rsp damit, dass sie durch eine „Denktätigkeit“ gewonnen werden. Dagegen zeigt aber schon der Indizienbeweis, dass man ohne Denken bei der *Tatsachenfeststellung* ebenso nicht auskommt.⁴¹⁴⁰

Auch kann es entgegen der oben bereits erwähnten OGH-Entscheidung⁴¹⁴¹ und der dhM⁴¹⁴² für die Anwendung des § 1330 Abs 2 ABGB auf ein Überwiegen der tatsächlichen gegenüber den wertenden Elementen einer gutachterlichen Äußerung nicht ankommen.⁴¹⁴³ Denn es gibt keinen Maßstab, an dem das demnach erforderliche „Überwiegen“ zu messen wäre.⁴¹⁴⁴ Das erinnert uns im Übrigen auch daran, dass diese „Überwiegens-These“ keine gesetzliche Deckung findet. Daher kann mE eine Kreditschädigungshaftung für unwahre Tatsachenbehauptungen ieS, die im Ratingbericht enthalten sind, keinesfalls verneint werden.⁴¹⁴⁵

5) Da es allein auf die objektive Überprüfbarkeit ankommt, sind mE sämtliche Bewertungen, die diese Voraussetzung erfüllen, als von § 1330 Abs 2 ABGB erfasst anzusehen. Dies liegt dann nahe, wenn die Bewertung auf gegebenen Tatsachen und/oder Sachverhalte bezogen und „in ihren Bewertungskriterien intersubjektiv vermittelbar“ ist.⁴¹⁴⁶ Überschreitet die Ratingagentur ihren Bewertungsspielraum und gelangt daher zu einer zu negativen Bonitätsbewertung, tritt dementsprechend die Kreditschädigungshaftung ein. Berücksichtigung bei der Überprüfung der Ratingnote müssen mE wiederum die Ratingdefinition und der Ratingbericht finden, weil die Ratingnote insofern

⁴¹³⁷ Harrer in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 13; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 16; aA Wittwer in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 11.

⁴¹³⁸ So auch Kadečka, UWG 74 f; Schönherr, ÖBl 1977, 79; Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8; OGH 6 Ob 316/64 SZ 37/176, 506 (508).

⁴¹³⁹ ZB OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213) (Böhm); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); ebenso Koziol, Haftpflichtrecht II², 175.

⁴¹⁴⁰ Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8, 10; vgl auch Öllinger, Haftung 83 FN 140; vgl nunmehr richtig auch OGH 4 Ob 171/93 MR 1994, 111 (112); 6 Ob 77/02 w MR 2003, 25 (26).

⁴¹⁴¹ OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (F. Bydlinksi); s dazu oben bei FN 3988; s auch noch OGH 27.11.2003, 6 Ob 244/03 f.

⁴¹⁴² Oben in FN 3958.

⁴¹⁴³ Koziol, Haftpflichtrecht II², 175; Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 12; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 20; aA Wittwer in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 12.

⁴¹⁴⁴ Zutrf F. Bydlinksi, JBl 1963, 377.

⁴¹⁴⁵ Peters, Haftung 54 f, hält eine Kreditschädigungshaftung gem § 824 BGB in derartigen Konstellationen bloß (aber immerhin) für denkbar, was daran liegen dürfte, dass er mit der dhM von der Überwiegensthese ausgeht; ähnl, aber restriktiver Eisen, Haftung 307 f; vgl auch Arntz, BKR 2012, 93.

⁴¹⁴⁶ So Böhm, ZAS 1982, 215.

ergänzungsbedürftig ist⁴¹⁴⁷ und stets der „Gesamtzusammenhang“ einer Äußerung für Zwecke des § 1330 Abs 2 ABGB zu beachten ist⁴¹⁴⁸.

Der Tatbestand dieser Norm ist zunächst dann erfüllt, wenn die Ratingagentur aufgrund unrichtiger oder unzureichender Informationen zu einem unzutreffenden Rating gelangt. Selbiges gilt für den Fall, dass sie bei der Wahl und Ausgestaltung des Bewertungsverfahrens nicht ausreichend sorgfältig vorgeht (und dadurch das Ratingergebnis zulasten des Emittenten beeinflusst wird). Eine Haftung greift ferner ein, wenn sie aus dem Bewertungsverfahren unvertretbare Schlüsse im Hinblick auf die zu vergebende Bonitätsnote zieht.⁴¹⁴⁹ Der Sorgfaltsmaßstab unterscheidet sich insofern nicht von dem bei der Verantwortlichkeit von Ratingagenturen gegenüber Anlegern.⁴¹⁵⁰

Rechtfertigen lässt sich die Ausdehnung des § 1330 Abs 2 ABGB auf sämtliche dieser Fälle mit dem Gedanken, dass dabei stets die Bonitätseinschätzung des Emittenten zu dessen Lasten beeinflusst und das Vertrauen der Anlegerschaft in seine Bonität zu Unrecht erschüttert wird. Die Anleger erlangen dabei aufgrund der irreführenden Bonitätsbewertung ein den Tatsachen nicht entsprechendes (!) Bild über die Vermögensverhältnisse des Emittenten. Zuzugeben ist, dass bei dieser Betrachtung der „gemischten Äußerung“ „Rating“ nicht die wertende Komponente des Ratings „außer Betracht gelassen“ wird,⁴¹⁵¹ sondern sie im Rahmen einer Vertretbarkeits-Prüfung in das Rechtswidrigkeitsurteil miteinbezogen wird.⁴¹⁵² Die Ratingagenturen trifft damit im Ergebnis – wie die Presse⁴¹⁵³ – keine Pflicht zur objektiven Wahrheit, wohl aber zur Wahrhaftigkeit. Das bedeutet, dass eine Haftung bei objektivem Bemühen um eine wahrheitsgetreue Berichterstattung/Bonitätsbeurteilung ausscheidet, wobei der Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB (oben S 305 ff) anzuwenden ist.⁴¹⁵⁴

Vergleichen lässt sich dieses „Ineingreifen“ des Sorgfaltsmaßstabs einer ordentlichen Ratingagentur und des Rechtswidrigkeitsurteils im Rahmen der

⁴¹⁴⁷ Mühl, Haftung, Rz 176; vgl auch Emmenegger in Wiegand, Basel II 59; vgl zur präzisierungsbedürftigen Aussage im Rahmen des § 1330 Abs 2 ABGB, namentlich Zeitschriftenschlagzeilen: Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 23; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 33; OGH 6 Ob 296/02 a MR 2003, 27 (28) (Korn).

⁴¹⁴⁸ RIS-Justiz RS0032489; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8b; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 9, 33; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1435); Mühl, Haftung, Rz 173; so im Hinblick auf die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil: RIS-Justiz RS0031883; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 24; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 12.

⁴¹⁴⁹ Vgl OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol): „von einem falschen Befund ausgegangen [...] oder aus einem richtigen Befund falsche Schlüsse gezogen“.

⁴¹⁵⁰ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ. Die Anforderungen im Einzelnen“.

⁴¹⁵¹ So aber für gemischte Äußerungen Koziol, Haftpflichtrecht II², 175.

⁴¹⁵² Allg im Hinblick auf bestimmte Bewertungen (und nicht speziell auf Ratings) Böhm, ZAS 1982, 215.

⁴¹⁵³ RIS-Justiz RS0031856; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 16; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 5.

⁴¹⁵⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 16; vgl OGH 6 Ob 291/00 p SZ 73/198, 546 (551); 6 Ob 249/01 p SZ 74/204, 552 (557); ganz ähnl in Bezug auf die Haftung von Ratingagenturen: KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); Vetter, WM 2004, 1705; Meyer, Rechtsfragen 72; Eisen, Haftung 318; vgl Vasella, Haftung 157 mit FN 756; Jobst/Kapoor, WM 2013, 683; vgl auch schon hinsichtlich Warentests BGH VI ZR 144/86 NJW 1987, 2222 (2223).

Kreditschädigungshaftung⁴¹⁵⁵ mit dem medienrechtlichen Haftungsausschlussgrund des § 6 Abs 2 Z 2 lit b MedienG. Auch dieser setzt (ua) voraus, dass bei Anwendung der berufstypischen Sorgfalt hinreichende Gründe vorgelegen haben, die schädigende Behauptung für wahr zu halten.⁴¹⁵⁶

ff. Historisch(-systematisch)e Interpretation: Entstehung der § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG

Die historische Interpretation bestätigt mE die hier befürwortete extensive Auslegung des § 1330 Abs 2 ABGB bzw die analoge Anwendung der Norm auf kreditschädigende Bonitätsbewertungen. Dies soll zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht näher erläutert werden.

1) § 1330 Abs 2 ABGB wurde durch die III. Teilnovelle in das ABGB eingefügt.⁴¹⁵⁷ Ausweislich der Materialien geht die Bestimmung auf einen Entwurf *Randas*⁴¹⁵⁸ aus dem Jahre 1908 zurück.⁴¹⁵⁹ Dieser Entwurf lautete wie folgt:

„3. der Ehre.[⁴¹⁶⁰]

§ 1330. Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, Schadloshaltung oder volle Genugtuung zu fordern. Über Dasein und Umfang des Schadens erkennt der Richter nach freiem Ermessen.

Dies gilt insbesondere [!], wenn jemand wahrheitswidrige Tatsachen behauptet oder verbreitet, welche den Kredit oder den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen zu gefährden oder zu schädigen geeignet sind. Der Beschädigte kann auch den Widerruf der Ehrenverletzung und die Veröffentlichung der Ehrenerklärung in der Tagespresse verlangen. [...]“⁴¹⁶¹

Der Entwurf *Randas* macht deutlich, dass § 1330 Abs 2 ABGB nicht als abschließende, für sich keiner weiten Interpretation zugängliche Vorschrift wäre. Die Norm will nur den vordringlichsten Fall der Kreditschädigung durch die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen ieS regeln (*arg*: „insbesondere“).

⁴¹⁵⁵ Ansatzweise hinsichtlich Kreditauskunfteien bereits *Ullrich*, GH 1913, 663; vgl für Deutschland *Gomille*, GPR 2011, 191 f, der die aus der EU-RatingVO deduzierten Verhaltenspflichten der Ratingagenturen die Interessenabwägung im Zivilrecht „beeinflussen“ lassen möchte.

⁴¹⁵⁶ S dazu *Berka*, ZfRV 1990, 43; *Koziol*, JBl 1993, 617 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e; vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 180.

⁴¹⁵⁷ § 235 Abs 2 des Antrags der Juridischen Kommission, abgedr in Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 396; Art I § 168 III. Teilnovelle; s zum „dringenden Bedürfnisse“ der Einfügung der Norm ins ABGB *Mihurko*, Revision 44 f; vgl auch Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279.

⁴¹⁵⁸ Zur Rolle *Randas* und anderer Zivilrechtslehrer bei der Revision des ABGB im Rahmen der III. Teilnovelle s etwa *Mihurko*, Revision 4.

⁴¹⁵⁹ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279.

⁴¹⁶⁰ Erg: „Umfang des Schadenersatzes. Insbesondere: Bei Verletzungen an der Ehre.“ (s dazu *Randa*, Schadenersatzpflicht², 252 f).

⁴¹⁶¹ *Randa*, Schadenersatzpflicht², 253.

Mit dem Verständnis eines umfassenderen Ehren- und Kreditschutzes harmoniert auch, dass § 1330 ABGB historisch eine *negative* Bedeutung zugeschrieben wurde:⁴¹⁶² den Ausschluss des immateriellen Schadenersatzes für Ehrenkränkungen (nach der III. Teilnovelle auch für Kreditschädigungen).⁴¹⁶³ Die Bestimmung etablierte dieser Auffassung zufolge also nicht originär Schadenersatzansprüche, die nach allgemeinen Grundsätzen nicht bestanden. Vielmehr schränkte sie diese, eigentlich schon aus § 1295 ABGB erwachsenden⁴¹⁶⁴ Ansprüche ein. Das deckt sich auch mit der Judikatur des k. k. OGH, die bereits vor Inkrafttreten des § 1330 Abs 2 ABGB eine Kreditschädigungshaftung befürwortet hatte.⁴¹⁶⁵ Das ist mE durchaus konsequent, weil reine Vermögensschäden nach dem deliktischen Schadenersatzrecht des ABGB (auch im schutzgesetzlosen Bereich der fahrlässigen Schädigung) nicht zwingend ungeschützt sind.⁴¹⁶⁶ Dementsprechend ist es mE nachvollziehbar, wenn § 1330 Abs 2 ABGB heute nicht als exklusive Regelung der Kreditschädigungshaftung betrachtet, sondern anerkannt wird, dass eine entsprechende Verantwortlichkeit auch in anderen als den von § 1330 Abs 2 ABGB erwähnten Fällen eintreten könnte.⁴¹⁶⁷

2) Auch der historische Zusammenhang zwischen § 1330 Abs 2 ABGB und der deutschen Vorbildbestimmung (§ 824 BGB)⁴¹⁶⁸ spricht für die hier vertretene Subsumption von professionellen Bonitätsbewertungen unter den Kreditschädigungstatbestand. Schon nach dem Vorschlag des Herrenhauses sollte mit der legislatischen Ausgestaltung des § 1330 Abs 2 ABGB dem Geschäftsverkehr und namentlich den für „unentbehrlich“ gehaltenen⁴¹⁶⁹ *Kreditauskunfteien* (vgl § 152 GewO) entgegengekommen werden.⁴¹⁷⁰ Wie schon bei Schaffung des § 824 BGB⁴¹⁷¹ und des § 7 UWG⁴¹⁷² bzw des entsprechenden

⁴¹⁶² So namentlich *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 465; *Ehrenzweig*, System II/1², 657; vgl auch *Ostheim*, ÖJZ 1974, 2 FN 12.

⁴¹⁶³ S dazu noch unten bei FN 4351.

⁴¹⁶⁴ *Schey*, Obligationsverhältnisse I 477 FN 36: Haftung gegenüber dem „Angefragten“ bei der Kreditauskunft schon bei Versehen des Auskunftserteilenden; vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 172: § 1330 als Konkretisierung eines allg Grundsatzes.

⁴¹⁶⁵ S etwa k. k. OGH Z. 6.831, Manz'sche Slg II 191; weiters *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 465 mwN in FN 11. Auch das WgGB enthielt im Ansatz schon eine Kreditschädigungshaftung in seinen III 13 §§ 449 ff, § 453, *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 367.

⁴¹⁶⁶ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“.

⁴¹⁶⁷ OGH 1 Ob 37/00 y SZ 73/35, 197 (203) (dort freilich mit Bezug auf den wirtschaftlichen Ruf als absolut geschütztes Rechtsgut); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7.

⁴¹⁶⁸ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279; Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120; *Karner*, ÖBA 2010, 592.

⁴¹⁶⁹ Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120; idS bereits Protokolle BGB, 2. Kommission 2851, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118; *Ullrich*, GH 1913, 663; vgl auch EB UWG 1923, 7: wichtige Rolle im Geschäftsleben; *Schey*, Obligationsverhältnisse I 477; vgl dazu heute die Erwägungen bei BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189); *Becker*, DZWIR 2011, 397; vgl aber zu den „Schattenseiten“ des Wirkens der Kreditauskunfteien *Iro*, RdW 1988, 34.

⁴¹⁷⁰ Vgl *Wehli*, Teilnovelle 36; *Ehrenzweig*, System II/1², 660; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 59 mit FN 241; vgl *Ullrich*, GH 1913, 663; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 25; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 49.

⁴¹⁷¹ Protokolle BGB, 2. Kommission 2851, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118; *Mihurko*, Revision 45.

⁴¹⁷² EB UWG 1923, 7; vgl bereits *Pfaff*, GZ 1896, 49.

deutschen Vorläufers⁴¹⁷³, § 6 dUWG 1896⁴¹⁷⁴, befürchtete man, dass durch eine allzu strenge Kreditschädigungshaftung deren Geschäft gelähmt werden könnte. Das wäre für den Verkehr hinderlich gewesen, der auf die professionellen Bonitätsauskünfte angewiesen war.⁴¹⁷⁵

Das Herrenhaus wollte daher eine Haftung erst unter der Voraussetzung eingreifen lassen, dass der Schädiger von der Unwahrheit der kreditgefährdenden Tatsache Kenntnis hat (Wissentlichkeit).⁴¹⁷⁶ Bei Verabschiedung der III. Teilnovelle entschied man sich – dem Vorschlag der niederösterreichischen Advokatenkammer⁴¹⁷⁷ sowie *Mihurkos*⁴¹⁷⁸ folgend – aber für eine stärkere Anlehnung an § 824 BGB und § 6 dUWG 1896:⁴¹⁷⁹ Haftungsbeurteilend sollten danach zwar grundsätzlich schon fahrlässige Kreditbeeinträchtigungen sein. Den Auskunftseigenen kam man jedoch insofern entgegen, als die Verantwortlichkeit bei „nicht-öffentlichen“ Mitteilungen erst bei wissentlicher Schädigung eintreten sollte; vorausgesetzt der Empfänger oder der Mitteilende hat an der Information ein berechtigtes Interesse (§ 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB idgF).⁴¹⁸⁰ Auch im öUWG schwächte man die Haftung für vertrauliche (Bonitäts-)Auskünfte entsprechend ab (§ 7 Abs 2 UWG⁴¹⁸¹).

§ 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB und § 7 Abs 2 UWG enthalten daher Bestimmungen, die ursprünglich für „Auskunftsbüros“ gemacht wurden. Das nährt den Verdacht, dass niemand bei Entstehung der III. Teilnovelle zum ABGB und des UWG ernsthaft bezweifelte, Kreditauskünfte unter § 1330 Abs 2 ABGB bzw § 7 UWG zu subsumieren. Dies verwundet mE auch nicht, weil unzutreffende Bonitätsauskünfte und -bewertungen für den Kredit des Auskunfts- bzw Bewertungsobjekts besonders gefährlich sind.⁴¹⁸² Daher liegt es in der Tat nahe, bei der Ausgestaltung der Norm auf derartige Tätigkeiten Rücksicht zu nehmen.

⁴¹⁷³ EB UWG 1923, 25 f, 19; *Schönherr*, ÖBl 1975, 77, 79.

⁴¹⁷⁴ Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106.

⁴¹⁷⁵ EB UWG 1923, 7.

⁴¹⁷⁶ § 235 Abs 2 des Antrags der Juridischen Kommission, abgedr in Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 396; s die Begründung dazu: Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279 f; Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 119 f; *Ehmer*, Novellen 162 f; *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913) 628 f; krit zur vorgeschlagenen Haftungseinschränkung des Herrenhauses *Randa*, Schadenersatzpflicht², 202.

⁴¹⁷⁷ *Niederösterreichische Advokatenkammer*, Gutachten zur III. Teilnovelle 37, 77.

⁴¹⁷⁸ *Mihurko*, Revision 45 f, der aber nur für eine Fahrlässigkeitshaftung, nicht jedoch für eine Ausnahme für Auskunftseigenen eintrat.

⁴¹⁷⁹ Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120; *Ostheim*, ÖJZ 1974, 2; *Schönherr*, ÖBl 1975, 79.

⁴¹⁸⁰ S dazu *Ehmer*, Novellen 163.

⁴¹⁸¹ Der Unterlassungsanspruch setzt bei vertraulichen Mitteilungen, an denen der Mitteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hat, nach § 7 Abs 2 UWG voraus, dass der Kläger die Wahrheitswidrigkeit der verbreiteten Tatsachen beweist (anders beim Unterlassungsanspruch im Hinblick auf öffentliche Mitteilungen gem § 7 Abs 1 UWG). Der Schadenersatzanspruch setzt bei vertraulichen Mitteilungen Verschulden des Schädigers voraus (anders mE der Schadenersatzanspruch aufgrund von öffentlichen Mitteilungen gem § 7 Abs 1 UWG [dazu unten bei FN 4284]).

⁴¹⁸² Näher oben unter „Teil 1.II.B.2.b.ee.bbb. Erfassung von professionellen (insb Bonitäts-)Bewertungen“.

Zu bedenken ist ferner, dass Auskunfteien nicht ausschließlich Tatsachen, sondern auch Empfehlungen bzw Werturteile preisgeben, etwa die von der Begründung zum dUWG 1896 ausdrücklich erwähnte „ungünstige Auskunft“.⁴¹⁸³ Dann ist es aber kein allzu großer Schritt mehr, auch die „Auskünfte“ der Ratingagenturen unter § 1330 Abs 2 ABGB zu subsumieren. Nicht umsonst werden diese als „Nachfolger“ der Kreditauskunfteien bezeichnet.⁴¹⁸⁴ Die Überschneidung der Tätigkeit einer Kreditauskunftei mit der einer Ratingagentur ist heute insofern evident, als Auskunfteien neuerdings auch (auch in Österreich) Ratings abgeben.⁴¹⁸⁵ Freilich wird bei einem Rating im hier interessierenden Sinne, also bei einer veröffentlichten Bonitätsnote nie eine vertrauliche⁴¹⁸⁶ Mitteilung iSd § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB bzw § 7 Abs 2 UWG vorliegen.

3) Die historische Interpretation des Tatsachenbegriffs kann auch bei der wettbewerbsrechtlichen Parallelbestimmung zu § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG, ansetzen und dessen Materialien fruchtbar machen. ME erschiene es systemwidrig, § 7 UWG insofern anders auszulegen, als die bürgerlich-rechtliche Vorbild-Norm.⁴¹⁸⁷ Die einschlägigen Erläuternden Bemerkungen sind denn auch in der Tat aufschlussreich und sprechen ebenfalls für die Erfassung von Bonitätsbewertungen durch die beiden Kreditschädigungshaftungsvorschriften. Zum Tatsachenbegriff des § 7 Abs 1 UWG halten sie fest:

„Ein Merkmal des objektiven Tatbestandes ist die Behauptung oder die Verbreitung von Tatsachen. Ein Urteil, das nicht die Vorstellung einer Tatsache vermittelt, eine Äußerung, die sich nur als Ausdruck der subjektiven Meinung darstellt, ohne hierfür eine tatsächliche Grundlage zu bieten, begründet den Anspruch nicht.“

Zieht man aus diesen Materialien den Umkehrschluss, ist das Rating eine Tatsache iSd § 7 Abs 1 UWG: Es ist ein Urteil, das sehr wohl die Vorstellung einer Tatsache vermittelt (namentlich das Vorliegen von Tatsachen, die die konkret vergebene Bonitätsnote

⁴¹⁸³ Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106; ähnl bereits *Mihurko*, Revision 44; vgl auch Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120: Erfassung von geschäftlichen Auskünften durch § 1330 Abs 2 ABGB, die aber gem § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB privilegiert sein können.

⁴¹⁸⁴ Die Wurzeln der Ratingagenturen liegen in den USA und reichen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts zurück; die ersten Agenturen gaben Auskunft über die Solvenz von Kaufleuten, also Kreditauskünfte (!) (*Reidenbach*, Ratingagenturen 275). Zur Verwandtschaft von Kreditauskünften und Ratings s auch *Öllinger*, Haftung 164, 168.

⁴¹⁸⁵ S *Kantner*, ZIK 2012, 90; *Malainer/Staribacher*, *ecolex* 2014, 939; s auch OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14 t; BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187.

⁴¹⁸⁶ Dass „vertraulich“ mit „nicht-öffentlich“ gleichzusetzen ist, ergibt sich aus den Materialien, s Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120; so auch die hM (die mitunter noch präzisierend verlangt, dass eine Weitergabe an Dritte hinreichend ausgeschlossen sein muss): OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 (17) (*Böhm*); 4 Ob 50/09 w *ecolex* 2009, 879 (880) (*Egermann*); *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 177; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 26, *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 59; *Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 10; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1330 Rz 48; *Wittwer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 18.

⁴¹⁸⁷ Gegen eine „Subtilisierung“ insofern auch *Schönherr*, ÖBl 1975, 80.

begründen). Es ist ferner nicht ausschließlich⁴¹⁸⁸ Ausdruck der subjektiven Meinung⁴¹⁸⁹ der Ratingagentur. Vielmehr ist das Rating eine Expertise, die zwar sicherlich auch – wie jede professionelle (insb auch Unternehmens-)Bewertung – auf der subjektiven Meinung des beurteilenden Sachverständigen beruht, die aber ebenso auf objektiven Grundlagen fußt.

Niemand geringer als *Kadečka*⁴¹⁹⁰, der Schöpfer des UWG,⁴¹⁹¹ stellt hinsichtlich des Tatsachenbegriffs dementsprechend auch nur auf die Möglichkeit zur objektiven Überprüfung bzw Feststellbarkeit der fraglichen Äußerung ab. Mitteilungen, wonach eine Ware minderwertig oder unbrauchbar sei, fielen unter das Tatbestandsmerkmal der Tatsache, weil sich dies mithilfe von Sachverständigen überprüfen ließe. *Kadečka* subsumiert auch die Ankündigung zukünftiger Ereignisse unter § 7 UWG, wie etwa die Information, dass ein Kaufmann demnächst Konkurs ansagen müsse. Denn dies schließe die Behauptung einer gegenwärtigen schlechten finanziellen Lage des Auskunftsobjekts in sich ein (!). Er zieht dabei die Parallele zu § 2 UWG aF und setzt den darin enthaltenen, weiteren Begriff „Angaben“ mit dem der „Tatsache“ iSd § 7 UWG gleich.⁴¹⁹² Das passt auch zum deutschen Vorbild des öUWG, dem dUWG 1896. Dessen Herabsetzungstatbestand verwendet zwar ebenso den Tatsachenbegriff, die einschlägigen Materialien gebrauchen aber die Begriffe „Tatsachen“ und „Angaben“ synonym.⁴¹⁹³

4) Den Terminus „Angabe“ kennt auch das Prospekthaftungsrecht (vgl § 7 Abs 1, § 11 Abs 1 KMG). Er kam schon in der „Urbestimmung“ der Prospekthaftung, § 43 dBörsenG 1896, vor. Bemerkenswerterweise wurden unter „Angabe“ iSd dBörsenG 1896 nach historischem Verständnis ausschließlich Tatsachen iS verstanden. Werturteile, insb Prognosen, sollten hiervon nicht erfasst sein.⁴¹⁹⁴ Heute ist es in Deutschland allerdings hA, dass auch Prognosen unter den Angabenbegriff des Prospekthaftungsrechts fallen.⁴¹⁹⁵ Auch der BGH hat dies in der Leitentscheidung *Beton- und Monierbau* ausdrücklich

⁴¹⁸⁸ In eine ähnl Richtung wie die EB UWG 1923 weisen die ErläutRV StGB 1974, 298, zum Kreditschädigungsdelikt: „Bloße [!] Werturteile genügen nicht“; vgl auch die Betonung bei *Schönherr*, ÖBl 1975, 77 mit FN 10; OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213) (*Böhm*); *Böhm*, ZAS 1982, 215.

⁴¹⁸⁹ Was darunter zu verstehen ist, hat der OGH treffend bereits in der Entscheidung 4 Ob 75/29 (SZ 11/39, 116 [116 f]) formuliert: Es sind dies Aussagen, „deren Eigenschaft als Erzeugnis rein individueller Einstellung des Erklärenden ohne tatsächlichen Gehalt dem anderen Teile nicht entgehen konnte“.

⁴¹⁹⁰ *Kadečka*, UWG 74 f; offenbar zust *Schönherr*, ÖBl 1975, 77.

⁴¹⁹¹ *Schönherr*, ÖBl 1975, 77.

⁴¹⁹² So auch OGH 04.05.1993, 4 Ob 73/93. Zum Zusammenhang dieser Normen s zB *Berka*, ZfRV 1990, 52 f.

⁴¹⁹³ Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 105 f.

⁴¹⁹⁴ Bemerkenswert ist weiters, dass das LG Düsseldorf 1 O 148/80 WM 1981, 102 (103 f), eine Prospekthaftung für Prognosen nur insoweit bejahte, als diese auf falschen Tatsachen basieren. Darin liegt eine Parallele zum verbreiteten, aber mE unzutr Verständnis der Reichweite des § 1330 Abs 2 ABGB (Haftung nach dieser Bestimmung für Prognosen nur unter der Voraussetzung, dass bei der Prognoseerstellung unwahre Tatsachen zugrunde gelegt wurden [dazu oben in FN 3954]).

⁴¹⁹⁵ Nw oben in FN 2915.

anerkannt.⁴¹⁹⁶ Für Österreich ist wichtig, dass „unser“ KMG Prognosen (zum Prognosecharakter von Ratings s bereits oben S 435 f) eindeutig als Angaben iSd § 7 Abs 1, § 11 Abs 1 KMG versteht und damit auch eine Prospektverantwortlichkeit daran knüpft.⁴¹⁹⁷ Das leitet über zur (rein) systematischen Interpretation.

gg. Systematische Interpretation

aaa. Zweiseitige Informationsverantwortlichkeit⁴¹⁹⁸: § 1300, § 1330 Abs 2 ABGB und Abschlussprüferhaftung

Die systematische Interpretation bestätigt mE das bisher gewonnene Auslegungsergebnis des (weiten) Tatsachenbegriffs der § 1330 Abs 2 ABGB, § 7 UWG.

1) Auszugehen ist davon, dass das österreichische Recht eine (auch außervertragliche) Informationshaftung für fehlerhafte Prognosen und Bewertungen gegenüber der einen „Marktseite“ des Emissionsmarkts⁴¹⁹⁹, den Anlegern, ausdrücklich anerkennt. Man denke etwa an die Haftung des Emittenten für eine „unrichtige“ Prognose im Prospekt oder an die Verantwortlichkeit eines Prospektkontrollors, der eine im Prospekt enthaltene Prognose nicht sorgfältig auf ihre Schlüssigkeit hin geprüft hat *etc.* Vor diesem Hintergrund wäre es doch seltsam, wenn eine Informationshaftung gegenüber der anderen Marktseite, dem Bewertungs- bzw Prognoseobjekt (dem Emittenten) *per se* ausscheiden sollte.

Die § 1300 ABGB (bzw § 11 KMG), § 1330 Abs 2 ABGB sind mE als zwei Seiten ein und derselben Medaille zu verstehen.⁴²⁰⁰ Verletzt der Sachverständige seinen Bewertungsspielraum dahingehend, dass er eine zu positive Bewertung vornimmt (Variante 1), kommt eine Haftung gem § 1300 ABGB (bzw § 11 KMG) gegenüber den Informationsadressaten in Frage. Nimmt er hingegen eine zu pessimistische Einschätzung vor (Variante 2), besteht das Risiko der Haftung gegenüber dem Informationsobjekt gem § 1330 Abs 2 ABGB. Warum die beiden Fälle grundlegend anders zu behandeln sein sollten, insb auch dann, wenn der Sachverständige in beiden Varianten nicht mit dem Geschädigten vertraglich verbunden ist, leuchtet mE nicht ein. Es geht in beiden Fällen um die Haftung für die gleiche Information, die sich nur jeweils in eine unterschiedliche Richtung auswirkt.

⁴¹⁹⁶ BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 (2826) *Beton- und Monierbau*.

⁴¹⁹⁷ Oben bei FN 2912.

⁴¹⁹⁸ Vgl die Terminologie bei *Wilhelm*, *ecolex* 2001, 881.

⁴¹⁹⁹ Zu den beiden Marktseiten des Emissionsmarkts s *Weber*, *Kapitalmarktrecht* 168 ff.

⁴²⁰⁰ Vgl schon (§ 1300 und § 1330 Abs 2 ABGB in Beziehung setzend) *Last*, *Kreditauftrag* 341 mit FN 251.

Eine Schadenersatzpflicht für fehlerhafte Prognosen (Bonitätsbewertungen) ist daher gegenüber beiden Marktseiten einheitlich zu bejahen, zumal das österreichische Recht, wie bereits aufgezeigt, auch abseits des KMG in verschiedenen Zusammenhängen eine Prognoseverantwortlichkeit anerkennt.⁴²⁰¹

Das bestätigt nicht zuletzt ein Blick auf das Europarecht, das die Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten ausdrücklich nach denselben Grundsätzen vorschreibt (Art 35a EU-RatingVO; dazu unten S 504 ff). Und darin dürfte auch der berechtigte Kern der dhA zum Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegen, die bei kreditschädigenden Werturteilen dennoch eine eingeschränkte Verantwortlichkeit gegenüber dem Betroffenen befürwortet.⁴²⁰²

2) Auch § 275 UGB spricht mE für ein weites Verständnis des § 1330 Abs 2 ABGB.⁴²⁰³ Erstere Bestimmung normiert (ua) eine Kreditschädigungshaftung des Abschlussprüfers für den Fall, dass er bei der Prüfung nicht gewissenhaft agiert und einen Bestätigungsvermerk daher zu Unrecht verweigert.⁴²⁰⁴ Ein „negatives Prüfungsurteil“ hat insb dann zu erfolgen, wenn der geprüfte Jahresabschluss kein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des geprüften Unternehmens vermittelt (§ 274 Abs 1 Z 3 UGB). Bei diesem Urteil, das sicherlich keine Tatsachenbehauptung ieS ist,⁴²⁰⁵ sondern eine rechtliche Qualifikation und damit eine Wertung⁴²⁰⁶ enthält (vgl § 274 Abs 1 Z 3 UGB: „nach Auffassung des Abschlussprüfers“), tritt also die spezialgesetzliche Kreditschädigungshaftung des § 275 UGB ein. Das spricht für die Judikatur, die grundsätzlich anerkennt, dass rechtliche Stellungnahmen unter § 1330 Abs 2 ABGB fallen

⁴²⁰¹ Ausf dazu oben bei FN 2891. S auch die Begründung für die Haftung von Prognosen im Rahmen der Prospekthaftung, die sich mE ebenso auf Kreditschädigungshaftungen übertragen lässt, bei *Schwark in Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010) § 44, 45 BörsG, Rz 25: „Wird dem Prospektleser die tatsächliche Grundlage für eine wertende Beurteilung oder Prognose ‚mitgeliefert‘, bleibt zwar auch insoweit der Charakter der subjektiven Meinungsäußerung erhalten. Doch enthält das so fundierte Urteil zugleich die tatsächliche Behauptung, es sei jedenfalls angemessen und liege im Rahmen üblicher Folgerungen der maßgeblichen Geschäftskreise. Dadurch wird die Beurteilung selbst Ansatzpunkt der Prospekthaftung“; zust *Nowak*, Prospekthaftung 36: „Sind nun Tatsachen und Werturteile derart miteinander verbunden, daß Tatsachen als Grundlage für wertende Beurteilungen fungieren, so liegt es nahe, nicht nur für die Unrichtigkeit der Tatsachen, sondern auch für die Unrichtigkeit der subjektiven Beurteilung dieser Tatsachen zu haften.“

⁴²⁰² S dazu oben bei FN 3970.

⁴²⁰³ Man könnte hier auch noch § 42 Abs 7 GmbHG, § 198 Abs 2 AktG nennen, die eine Schadenersatzpflicht für grob schuldhaft eingebrachte unberechtigte Anfechtungsklagen vorsehen und historisch als Kreditschädigungshaftungstatbestände verstanden wurden (s *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler*, GmbHG [2014] § 42 Rz 12). Denn diese Tatbestände setzen nicht zwingend die Verbreitung von unwahren Tatsachen ieS voraus. Die Schwelle der groben Fahrlässigkeit erklärt sich dabei aus der Befürchtung, eine Haftung schon für leichte Fahrlässigkeit könnte eine allzu große Abschreckungswirkung entfalten, sodass auch berechtigte Anfechtungsklagen zumindest zT unterbleiben würden (vgl Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 468; vgl dazu auch OGH 6 Ob 305/98 s JBl 1999, 313 [314]). Allerdings ist doch zu bedenken, dass diese Tatbestände nach heutigem Verständnis wohl als Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu interpretieren sind, sohin eigentlich eine Haftung aus einer mitgliedschafts- bzw organschaftsrechtlichen Sonderbeziehung regeln und sich insofern von der deliktischen Haftung nach § 1330 Abs 2 ABGB unterscheiden.

⁴²⁰⁴ S C. Völkl/Lehner in *Straube*, UGB³ (2012) § 275 Rz 37.

⁴²⁰⁵ Der subjektive Charakter des Bestätigungsvermerks wurde schon von *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 140 AktG, Rz 3, erkannt.

⁴²⁰⁶ *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 32; dazu, dass es sich bei Bilanzierungs- und Bewertungsfragen nicht um objektive Tatsachen, sondern um Wertentscheidungen handelt, s nur *Nowak*, Prospekthaftung 35 FN 158; vgl iÜ bereits oben bei FN 2895.

können.⁴²⁰⁷ Besonders deutlich zeigt sich der wertende Charakter des Bestätigungsvermerks bei der Aussage, ob der Prognosen enthaltende⁴²⁰⁸ Lagebericht nach dem Urteil des Abschlussprüfers mit dem Jahresabschluss in Einklang steht (§ 274 Abs 5 Z 1 lit a UGB; vgl außerdem § 274 Abs 4 UGB).

Entscheidend für die Parallele zwischen § 275 UGB und der deliktischen Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB ist, dass § 275 Abs 2 Satz 2 UGB eine Haftung des Abschlussprüfers nicht nur gegenüber der geprüften Gesellschaft normiert (mit der er vertraglich verbunden ist), sondern auch gegenüber Dritten, namentlich den mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen, die von der Kreditschädigung ebenso betroffen sein können.

bbb. Verfassungsrecht: Schutz der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK, Art 13 StGG⁴²⁰⁹, Art 11 EU-Grundrechtecharta)

α. Einführung

1) Die im vorigen Kapitel behandelte zweiseitige Informationsverantwortlichkeit leitet über zum Verfassungsrecht. In Deutschland wird die hA (keine Anwendbarkeit des § 824 BGB auf fehlerhafte Ratings) insb damit untermauert, dass das Verfassungsrecht den Schutz der Meinungsfreiheit gebiete, weswegen der Tatsachenbegriff des § 824 BGB eng auszulegen sei.⁴²¹⁰

Seltsam ist dabei, dass die Meinungsäußerungsfreiheit in Zusammenhang mit der Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten regelmäßig ausführlich behandelt wird, in Bezug auf die Verantwortlichkeit gegenüber der Anlegerschaft aber manchmal nicht einmal Erwähnung findet.⁴²¹¹ Denn das Recht auf freie Rede wird doch wohl in beiden Fällen auf die gleiche Weise berührt.⁴²¹²

⁴²⁰⁷ Dies freilich nur unter recht engen Voraussetzungen, vgl RIS-Justiz RS0112211; zur Rsp s Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1330 Rz 14; vgl auch Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 45; KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1434).

⁴²⁰⁸ Oben bei FN 2893.

⁴²⁰⁹ Zur Überlagerung des § 13 StGG durch Art 10 EMRK s etwa Berka, ZfRV 1990, 36.

⁴²¹⁰ Dazu oben bei FN 3960.

⁴²¹¹ Anders freilich etwa Schroeter, Ratings 918.

⁴²¹² Eine mögliche Erklärung könnte lauten, dass es in einem Fall (Haftung gegenüber dem Emittenten) um eine deliktische, im anderen Fall (Haftung gegenüber den Anlegern) um eine an das Vertragsrecht angenäherte Vertrauenshaftung gehe. Dabei dürfe die Berufung auf die Grundrechte unter den Vertragsparteien (anders als im Deliktsrecht) nur eingeschränkt erfolgen, wollte man nicht den Vertragszweck vereiteln (in diese Richtung Korth, Dritthaftung 167 ff). Letzteres mag zutreffen. Jedoch erscheint es wohl wenig überzeugend, die Intensität des Grundrechtsschutzes im außervertraglichen Bereich von der Antwort auf die wissenschaftliche „Geschmacksfrage“ abhängig zu machen, ob man einer deliktischen oder „quasi-vertraglichen“ Haftungstheorie folgt. Jedenfalls im Bereich des Kapitalmarktrechts, wo es um eine Dritthaftung gegenüber einer Vielzahl von Anlegern geht, überzeugt die Parallele zum eingeschränkten Grundrechtsschutz im Vertragsrecht mE nicht.

Bestätigt wird dieser Gedanke durch die US-amerikanische Praxis, die bekanntlich relativ stark mit verfassungsrechtlichen Argumenten arbeitet⁴²¹³: In den USA war in der Vergangenheit das Berufen auf das 1st Amendment⁴²¹⁴ (*freedom of speech*) für Ratingagenturen Erfolgsgarant in Schadenersatzprozessen gegenüber beiden „Marktseiten“ (bewerteter Emittent⁴²¹⁵ und Informationsadressaten des Ratings⁴²¹⁶).⁴²¹⁷ Auch in Übersee hat freilich diesbezüglich ein Umdenken zumindest eingesetzt.⁴²¹⁸ Eine neuere Gerichtsentscheidung qualifiziert Ratings als „*fact-based opinions*“,⁴²¹⁹ womit im Vergleich zu schlichten Meinungskundgebungen ein strengerer Haftungsmaßstab angedeutet sein könnte.⁴²²⁰ Dies stünde wohl im Einklang mit dem *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, der eine (Prospekt-)Haftung von Ratingagenturen ausdrücklich anerkennt.⁴²²¹

Für die dhA zu § 824 BGB (oben S 426 ff) ließe sich freilich eine Judikaturentwicklung des OGH anführen: Zwar ging der OGH in älteren Entscheidungen ausdrücklich noch davon aus, dass der Tatsachenbegriff des § 1330 Abs 2 ABGB „weit“ zu verstehen sei.⁴²²² Jedoch nimmt das Höchstgericht nunmehr – seiner Rsp in anderen Zusammenhängen entsprechend⁴²²³ – verstärkt auf die verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit⁴²²⁴ Rücksicht. Dementsprechend legt es auch die Tatbestände des § 1330 ABGB in jüngerer Zeit restriktiver aus.⁴²²⁵ Der OGH folgt damit der Anleitung des EGMR⁴²²⁶, der eine „sorgfältige Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Werturteilen“ verlangt. Die

⁴²¹³ S nur G. Kodek, ÖJZ 2008, 217; speziell iZm Ratingagenturen Eisen, Haftung 267 ff, 323 ff; Blaurock, ZGR 2007, 631.

⁴²¹⁴ „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“

⁴²¹⁵ S dazu etwa *Jefferson County School District No. R-I v. Moody's Investors Services, Inc.*, 175 F.3d 848, 856 ff (10th Cir. 1999); Blaurock, ZGR 2007, 631.

⁴²¹⁶ S dazu Reidenbach, Ratingagenturen 353, 364 ff; Emmenegger in Wiegand, Basel II 88: „Schutzwall“ der amerikanischen Rsp.

⁴²¹⁷ S zur einschlägigen Rsp ferner *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 5, 16 f; Däubler, BB 2003, 431; v. Schweinitz, WM 2008, 954 f; Becker, ZG 2009, 133; ders, DB 2010, 942; Berger/Stemper, WM 2010, 2289; Karner, ÖBA 2010, 593; Korth, Dritthaftung 164 f; Haar, Civil Liability 8; vgl auch dies, ZBB 2009, 184 mit FN 80; dies, DB 2013, 2489; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 202 FN 42.

⁴²¹⁸ S dazu *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 5, 16 ff: „turning point“; „Eliminating the Rating Agency Exemption from Liability“; Haar, Civil Liability 8 f, 12; dies, NZG 2010, 1281; dies, DB 2013, 2491; Schuler, Verantwortlichkeit 206 f FN 1167; Amort, EuR 2013, 273 f, 279; Berger/Stemper, WM 2010, 2289; Däubler, KJ 2012, 24; Möllers/Niedorf, ECFR 2014, 359 f; vgl auch Vasella, Haftung 220 FN 965; n.n., Rating: SEC bestraft S & P wegen Betrugs, ZfK 2015, 112.

⁴²¹⁹ *Abu Dhabi Commercial Bank v. Morgan Stanley & Co.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 38787, 16 (S.D.N.Y. 2013).

⁴²²⁰ Vgl diepresse.com, Klage: Ratingagenturen zitieren vor US-Richterin, abrufbar unter: http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/1281971/Klage_Ratingagenturen-zitieren-vor-USRichterin (zuletzt abgerufen am 20.04.2015).

⁴²²¹ Oben in FN 474.

⁴²²² S RIS-Justiz RS0031810; zust Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 8; krit dazu Berka, ZfRV 1990, 45 mit FN 37; ders, wbl 1997, 274.

⁴²²³ S dazu G. Kodek, ÖJZ 2008, 217 ff.

⁴²²⁴ Ausf zum verfassungsrechtlichen Schutz dieses Rechts Berka, ZfRV 1990, 36 ff.

⁴²²⁵ S zB OGH 6 Ob 258/07 w MR 2008, 12 (14); 05.06.2008, 6 Ob 51/08 f; 6 Ob 218/08 i MR 2009, 78 (80) (Windhager); s zu dieser Judikatur auch Böhm, ZAS 1982, 215; Berka, ZfRV 1990, 36, 58; dens, wbl 1997, 265; Hinteregger, ÖJZ 1999, 752; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 1; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 19; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 1. Zur allg Entwicklung des Bedeutungszuwachses des Verfassungsrechts im Zivilrecht s etwa Berka, ZfRV 1990, 35.

⁴²²⁶ EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 (2145) Lingens/Österreich.

Lehre stimmt damit überein.⁴²²⁷ Man könnte also im Wege einer verfassungskonformen Interpretation das Tatbestandsmerkmal der „Tatsache“ auf seinen natürlichen Wortsinn reduzieren. Eine derartige Auslegung könnte auch dann geboten sein, wenn die Ratingagentur nicht einen Staat bewertet, sondern „private“ Emittenten (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Wege der verfassungskonformen Auslegung⁴²²⁸).

2) Die Berücksichtigung des Verfassungsrechts im Rahmen des § 1330 ABGB ist mE geboten⁴²²⁹ und nicht nur aus Sicht der Verfassungsjuristen erfreulich. Auch eine *mittelbare* Drittwirkung im aufgezeigten Sinne ist mE rechtsmethodisch unbedenklich, handelt es sich bei der verfassungskonformen Interpretation doch um einen Unterfall der allgemein anerkannten (teleologisch-)systematischen Interpretation.⁴²³⁰ Das darf mE aber nicht dazu führen, dass über die Grenzen der *lex lata* hinweg eine Billigkeitsentscheidung getroffen wird. Zu Recht hat *Berka*⁴²³¹ vor der Gefahr gewarnt, dass anstelle einer sorgfältigen, normgerechten Auslegung der einschlägigen schadenersatzrechtlichen Tatbestände eine konturlose Interessenabwägung vorgenommen wird, mit der sich jedes Ergebnis begründen lässt.⁴²³²

Dabei ist auch zu bedenken, dass die gesetzlichen Schadenersatztatbestände schon für sich eine vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung⁴²³³ enthalten.⁴²³⁴ Ua die *Diamanten*-Entscheidung (oben S 430 f) ist der skizzierten Gefahr mE aber erlegen, wenn der OGH darin nach (mE freilich unrichtiger⁴²³⁵) Subsumption des beurteilten Sachverhalts unter § 1330 Abs 2 ABGB noch eine „umfassende Interessenabwägung“ zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit vornimmt. Denn dabei lässt der OGH Kriterien und Wertungen einfließen, die keine gesetzliche Grundlage finden.⁴²³⁶ Insb bleibt dunkel, woher er die von ihm vertretene Verschuldensgrenze („Wissentlichkeit“) entnimmt.⁴²³⁷

⁴²²⁷ *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 1; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4; *Wittwer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 1; vgl auch schon fortschrittlich *Ehrenzweig*, System II/1², 659.

⁴²²⁸ Vgl dazu *Berka*, ZfRV 1990, 39 ff; *dens*, wbl 1997, 265, 272; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742 f, 753 f; *G. Kodek*, ÖJZ 2008, 217; *Karner*, ÖJZ 2013, 909; *Peters*, Haftung 61 f; *Meyer*, Rechtsfragen 66; RIS-Justiz RS0104588.

⁴²²⁹ So auch *Böhm*, ZAS 1982, 215.

⁴²³⁰ *F. Bydliński*, Methodenlehre², 456 f.

⁴²³¹ *Berka*, wbl 1997, 272, 274, 276.

⁴²³² ME eher „schwammig“ auch die Interessenabwägung bei *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 707.

⁴²³³ Zur privaten Interessenkollision im Beleidigungsrecht s etwa *Berka*, ZfRV 1990, 35 f; *Canaris*, JBl 1991, 211; s zur Kollision zwischen dem wirtschaftlichen Ruf und dem Interesse an einer umfassenden öffentlichen Auseinandersetzung *Berka*, wbl 1997, 269, 273; vgl dazu auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7a; *G. Kodek*, ÖJZ 2008, 218.

⁴²³⁴ *Mauczka* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 292; *Berka*, ZfRV 1990, 58; *ders*, wbl 1997, 272; vgl *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742. So weist auch *Schönherr*, ÖBl 1975, 80, treffend darauf hin, dass die Beweislastverteilung des § 1330 Abs 2 ABGB dem Schutz der Meinungsfreiheit diene; so auch *Berka*, ZfRV 1990, 44; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 52.

⁴²³⁵ S oben nach FN 4018.

⁴²³⁶ Den Vorwurf muss sich mE auch *Koziol*, JBl 1993, 521, gefallen lassen, wenn er das Interesse eines Privatgutachters an Erstattung des Gutachtens in die „Rechtswidrigkeits-Waagschale“ werfen möchte.

⁴²³⁷ Zu alldem oben bei FN 3996.

Nun ist eine Interessenabwägung im Schadenersatzrecht durch den Rechtsanwender zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit⁴²³⁸ mE nicht *per se* abzulehnen. ME sollte aber diese Abwägung jedoch als *ultima ratio* vorgenommen werden, weil sie die Rechtssicherheit (auf die nicht zuletzt auch die Meinungsfreiheit angewiesen ist⁴²³⁹) stark beeinträchtigt⁴²⁴⁰ und auch aus Sicht der Praxis unangenehm ist.⁴²⁴¹ Floskeln wie, es komme für das Rechtswidrigkeitsurteil „auf die Art des eingeschränkten Rechts, die Schwere des Eingriffs, die Verhältnismäßigkeit zum verfolgten Zweck, den Grad der Schutzwürdigkeit dieses Interesses, aber auch auf den Zweck der Meinungsäußerung an“⁴²⁴², dürften dabei nicht wesentlich zur Konkretisierung beitragen. Zudem ist die pauschale Anwendung derartiger Rechtssätze mE bedenklich.⁴²⁴³ Nimmt man schon eine Interessenabwägung vor, ist mE unbedingt eine Orientierung an den einschlägigen (auch verfassungs-⁴²⁴⁴)gesetzlichen Wertungen geboten. Andernfalls fließen subjektive Wertungen des Rechtsanwenders in das Rechtswidrigkeitsurteil ein, was es strikt zu vermeiden gilt.⁴²⁴⁵

Im Folgenden (sogleich S 461 ff) soll daher eine „verfassungsrechtliche Interessenabwägung“ iS einer systematischen Interpretation vorgenommen werden.⁴²⁴⁶ Das erscheint auch deswegen geboten, weil § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB vom Rechtsanwender die Berücksichtigung der involvierten Interessen verlangt⁴²⁴⁷ und somit als positivrechtliche Grundlage für eine (auch in anderen Zusammenhängen, insb im Rahmen des Abs 2 Satz 1 *leg cit*) erforderliche Interessenabwägung verstanden werden könnte.⁴²⁴⁸

⁴²³⁸ S zur großen Beliebtheit der schadenersatzrechtlichen Interessenabwägung bereits *Mauczka* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 231 ff, insb 266; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI¹ (1951) 161, 165; s weiters nur *Welser*, Haftung 19 f; *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz 59 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7b; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 9; *Siegwart/Höhne*, *ecolex* 2009, 860; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 4, 40 ff; *Wittwer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 14; RIS-Justiz RS0121138; RS0008987; iZm der Prospekthaftung etwa *Brawenz*, Prospekthaftung 109, 144, 169.

⁴²³⁹ *Berka*, ZfRV 1990, 58.

⁴²⁴⁰ *Berka*, wbl 1997, 276.

⁴²⁴¹ Ähnl Tendenz bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7b.

⁴²⁴² ZB OGH 25.03.2003, 4 Ob 52/03 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7b; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 41.

⁴²⁴³ Vgl auch die wohl krit Tendenz bei *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 17.

⁴²⁴⁴ *Berka*, ZfRV 1990, 39; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 750; vgl *Berka*, wbl 1997, 272.

⁴²⁴⁵ *Berka*, wbl 1997, 274.

⁴²⁴⁶ Vgl zur Interessenabwägung iZm dem Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit VfGH B 249/84 VfSlg 10.700 (L/2. Halbjahr 1985 S 683 [691]); B 847/87 VfSlg 11.996 (LIV/1. Halbjahr 1989 S 194 [198]); *Berka*, ZfRV 1990, 38; *dens*, wbl 1997, 266; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 750; vgl dazu aus deutscher Sicht *Peters*, Haftung 60 ff; *Meyer*, Rechtsfragen 66 ff; *Blaurock*, ZGR 2007, 631; *Eisen*, Haftung 313 ff; *Mühl*, Haftung, Rz 292 ff; *Vetter*, WM 2004, 1707; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706 f; *Gomille*, GPR 2011, 191; BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1188 f).

⁴²⁴⁷ Vgl bereits *Mauczka* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 265.

⁴²⁴⁸ Vgl *Wilburg*, Schadensrecht 79; aus deutscher Sicht *Mühl*, Haftung, Rz 205. Zur analogen Anwendung des § 1330 Abs 2 Satz 3 s etwa *Canaris*, JBl 1991, 209. Zum nicht abschließenden Charakter dieser Bestimmung s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7a; vgl auch OGH 4 Ob 519/90 SZ 63/110, 559 (564 f); 4 Ob 48/92 ÖBl 1992, 213 (215).

β. Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen

1) Die Vergabe von Ratings fällt als Kritik am Gewerbe des Emittenten grundsätzlich in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit⁴²⁴⁹.⁴²⁵⁰ Diesem Grundrecht wird von der herrschenden Verfassungslehre und -praxis ein hoher Stellenwert beigemessen.⁴²⁵¹ Dies hängt mit der Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die Entfaltung der Demokratie zusammen, die auch von Art 10 Abs 2 EMRK ausdrücklich hervorgehoben wird („in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“).⁴²⁵² Das erklärt, warum der OGH – beeinflusst durch die Rsp des EGMR – hinsichtlich der politischen Diskussion die Grenzen der Meinungsfreiheit äußerst weit absteckt und die Einschlägigkeit des § 1330 ABGB oft verneint. Insofern bekommt man sogar den Eindruck, dass das Recht auf freie Rede auch einen Freibrief für Beschimpfungen und Beleidigungen bewirken kann.⁴²⁵³

Ein Rating ist nun für sich betrachtet kein politisches *statement*, mag es vielleicht auch unzulässiger Weise⁴²⁵⁴ politisch motiviert abgegeben werden. Ratings liegen damit zwar nicht in jenem Kernbereich (*political speech*), den Art 10 Abs 2 EMRK vorrangig schützen möchte.⁴²⁵⁵ Zuzugestehen ist aber, dass Ratingagenturen die Öffentlichkeit, insb das Anlegerpublikum⁴²⁵⁶, über eine Thematik von öffentlichem Interesse⁴²⁵⁷ informieren (vgl den Haftungsausschlussgrund des § 6 Abs 2 Z 2 lit b MedienG: „überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung“⁴²⁵⁸).⁴²⁵⁹ Mitgeteilt wird die Bonität eines

⁴²⁴⁹ In dessen Schutzbereich fallen nicht nur verbale Äußerungen (zB Hoffmeister, EUGRZ 2000, 359), sohin auch Ratings.

⁴²⁵⁰ Peters, Haftung 50; Meyer, Rechtsfragen 67; Fischer, Haftungsfragen 79 f; offen Mühl, Haftung, Rz 294, 302, der aber eher dazu tendiert, das *unsolicited* Rating dem Schutz der Meinungsfreiheit zu unterstellen.

⁴²⁵¹ EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 (2144) Lingens/Österreich; VfGH B 847/87 VfSlg 11.996 (LIV/1. Halbjahr 1989 S 194 [198]); BVerfG 1 BvR 400/51 VerwRspr 1958, 419 (430); Berka, wbl 1997, 272; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7b; Canaris, Grundrechte 54; Meyer, Rechtsfragen 66; Eisen, Haftung 313.

⁴²⁵² Berka, ZfRV 1990, 38 f; ders, wbl 1997, 272.

⁴²⁵³ Die Bezeichnung als „Trottel“ könne gerechtfertigt sein, wenn hierfür ein Sachbezug (?) besteht: Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 62; vgl auch EGMR 47/1996/666/852 ÖJZ 1997, 956 (957) Oberschlick/Österreich (Nr 2); Berka, wbl 1997, 265 f; berechtigte Kritik bei Karner, ÖJZ 2013, 911.

⁴²⁵⁴ Zum Unabhängigkeitsanspruch der Ratingagenturen s oben bei FN 2993; vgl zur Unzulässigkeit des politischen Einflusses auch ErwGr 45 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴²⁵⁵ Näher dazu Berka, wbl 1997, 265; Hoffmeister, EUGRZ 2000, 360; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 6, 6e, 7b (dort auch zur Mahnung, die Freigrenzen der *political speech* auf Äußerungen im Geschäftsleben zu übertragen), 8, 8d, 10, 12, 40 ff; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 48; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 5, 19, 61; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 15; EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 (2144) Lingens/Österreich („Allgemein gehört die Freiheit der politischen Diskussion geradezu zum Kernbereich des Begriffs einer demokratischen Gesellschaft“); 29.032/95 ÖJZ 2002, 814 (816) Feldek/Slowakei; OGH 6 Ob 258/07 w MR 2008, 12 (13); 6 Ob 218/08 i MR 2009, 78 (80) (Windhager). Dies gilt auch dann, wenn man den Kernbereich noch weiter fasst und ihn als „den geistigen Kampf der Meinungen und Ideen“ definiert (so Berka, ZfRV 1990, 54).

⁴²⁵⁶ Oben bei FN 38, 2742.

⁴²⁵⁷ S zur Relevanz dieses Gesichtspunkts im Rahmen der verfassungsrechtlichen Interessenabwägung Berka, ZfRV 1990, 39, 51, 57; dens, wbl 1997, 275; Hoffmeister, EUGRZ 2000, 364; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 5; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7d; vgl BGH VI ZR 157/73 NJW 1976, 620 (622) (Tilman); vgl auch hinsichtlich der „Interessenabwägung nach allgemeinem Zivilrecht“ Karner, ÖJZ 2013, 909; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 41; OGH 6 Ob 321/04 f JBl 2007, 574 (577) (Koziol).

⁴²⁵⁸ Zur Verallgemeinerungsfähigkeit des darin zum Ausdruck kommenden Gedankens s Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e, 17; OGH 6 Ob 291/00 p SZ 73/198, 546 (550).

⁴²⁵⁹ ErwGr 8 EU-RatingVO-Novelle II; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; Peters, Haftung 69; Öllinger, Haftung 129 f; Fischer, Haftungsfragen 79; Mühl, Haftung, Rz 189, 298 ff; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298; Schroeter, Ratings 863; vgl auch Newby v. Enron Corp., 511 F. Supp. 2d 742, 825 (S.D. Tex. 2005): „The Court concludes that the actual malice standard should apply

Unternehmens, das sich an den Kapitalmarkt zwecks Finanzierung wendet.⁴²⁶⁰ Insoweit ließe sich eine Parallele zur Medienfreiheit ziehen, weil Medien ebenso das Informationsbedürfnis der Allgemeinheit bezüglich bestimmter Angelegenheiten von öffentlichem Interesse befriedigen.⁴²⁶¹ Medien erfüllen damit eine wichtige (Kritik- und Kontroll⁴²⁶²-)Funktion in der demokratischen Gesellschaft⁴²⁶³ und genießen daher rücksichtlich ihrer Berichterstattung ein verfassungsrechtliches Privileg.⁴²⁶⁴ Auch der BGH steht einer Haftung der Stiftung Warentest aus verfassungsrechtlichen Gründen eher reserviert gegenüber, wenn er zugleich deren volkswirtschaftlich positive Funktion hervorhebt.⁴²⁶⁵

Daran anknüpfend könnte man gegen eine Kreditschädigungshaftung der Ratingagenturen auch noch einwenden, dass es sich bei Emittenten um „*public figures*“⁴²⁶⁶ handle. Diese gäben sich durch das Auftreten am Kapitalmarkt aufgrund der damit einhergehenden Publizitätspflichten (s insb § 277 UGB, § 2 KMG, §§ 48d, 87, 91 BörseG) bewusst der öffentlichen Diskussion preis und müssten daher umso mehr Kritik an ihrer Geschäftsführung sowie -gebarung „vertragen“ können.⁴²⁶⁷

2) Umgekehrt spricht für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Kreditschädigungshaftung der Ratingagenturen schon Art 10 EMRK selbst. Namentlich deutet Abs 2 *leg cit* darauf hin, dass die freie Rede eine immanente Schranke im Schutz derjenigen findet, über die die „Meinung“ geäußert wird. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten der EMRK Einschränkungen dieses Menschenrechts insofern vorsehen können, als bestimmte materielle Voraussetzungen (Vorliegen eines zwingenden sozialen Bedürfnisses) erfüllt werden. Dabei findet der „Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer“ ausdrückliche Erwähnung (materieller Gesetzesvorbehalt).⁴²⁶⁸ Auch hebt

here because the nationally published credit ratings focus upon matters of public concern, a top Fortune 500 company's creditworthiness.“

⁴²⁶⁰ S zum „personenbezogenen“ und „themenbezogenen Maßstab“, wonach ein öffentliches Informationsinteresse umso eher vorliegt, je mehr das Auskunftsubjekt in der Öffentlichkeit agiert und je gewichtiger das Thema für die Öffentlichkeit ist, Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 41; OGH 6 Ob 2018/96 z JBl 1996, 789 (793); 6 Ob 322/98 s MR 1999, 81 (83).

⁴²⁶¹ Vgl EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 (2144) *Lingens/Österreich; Eisen*, Haftung 283.

⁴²⁶² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e.

⁴²⁶³ Vgl EGMR 26/1998/929/1141 NJW 1999, 1315 (1316) *Fressoz und Roire/Frankreich*; OGH 6 Ob 266/06 w JBl 2007, 592 (594).

⁴²⁶⁴ *Berka*, ZfRV 1990, 44, 51.

⁴²⁶⁵ BGH VI ZR 157/73 NJW 1976, 620 (622) (*Tilmann*).

⁴²⁶⁶ S dazu *Berka*, wbl 1997, 266 (dort auch zur Ausdehnung auf andere Personen als Politiker, namentlich auch auf Unternehmen), 275; idS auch OGH 7 Ob 535/91 MR 1991, 146 (147) (*Korn*) (Kritik an auflagenstarker Tageszeitung); ähnl OGH 6 Ob 149/01 g MR 2001, 370 (371); s weiters *Hoffmeister*, EUGRZ 2000, 361, 363; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7d; *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 3; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 62 ff; *Wittwer in Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 1.

⁴²⁶⁷ Vgl *Öllinger*, Haftung 130 f; *Mühl*, Haftung, Rz 304; *Reidenbach*, Ratingagenturen 365; *Newby v. Enron Corp.*, 511 F. Supp. 2d 742, 825 (S.D. Tex. 2005) (s dazu in FN 4259); Schutz der Ratingagentur, sofern es sich um ein Rating eines namhaften und bekannten Emittenten handle.

⁴²⁶⁸ Dazu *Berka*, ZfRV 1990, 38; *ders*, wbl 1997, 268, 272; *Hoffmeister*, EUGRZ 2000, 359 f.

Art 10 EMRK hervor, dass mit der freien Meinungsäußerung Pflichten und Verantwortung einhergehen.⁴²⁶⁹

Daher ist es auch nicht verfassungswidrig, wenn das geltende Recht eine Rufschädigung durch die Verbreitung von unwahren Tatsachen sanktioniert (vgl § 1330 ABGB, § 7 UWG).⁴²⁷⁰ Warum die Verbreitung von Bonitätsbewertungen, die gegen anerkannte Sorgfaltsmaßstäbe verstoßen und die den Kredit und das Vermögen des Emittenten schädigen, nicht ebenso vom Schutzbereich des Art 10 EMRK ausgenommen sein sollten, leuchtet mE nicht ein (vgl auch § 2 UWG).⁴²⁷¹ Auch das (insb Anleger-)Publikum wird in erster Linie ein Informationsinteresse an sorgfältig erstellten Ratings haben, die tatsächlich die Markttransparenz erhöhen und nicht an irreführenden schlechten Bewertungen, die diese beeinträchtigen.⁴²⁷²

Der europäische Gesetzgeber hielt es offenbar ebenso nicht für grundrechts⁴²⁷³ - (und damit primärrechts-⁴²⁷⁴)widrig, ausdrücklich eine Fahrlässigkeitshaftung⁴²⁷⁵ der Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten vorzusehen (Art 35a EU-RatingVO; dazu unten S 504 ff).

Mag das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung auch der Selbstverwirklichung des Individuums dienen,⁴²⁷⁶ kann doch die Selbstverwirklichung der Ratingagenturen auf Kosten des Emittenten schwerlich als Ausdruck der Menschenrechte verstanden werden.⁴²⁷⁷ Zu erinnern ist daran, dass die konkreten vermögenswerten Interessen des Emittenten iSd Art 5 StGG, 1. ZPEMRK ebenso verfassungsrechtlichen Schutz genießen.⁴²⁷⁸ Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass die Ratingagenturen in Bezug auf das verfassungsrechtlich geschützte Vermögen des Emittenten außerordentlich

⁴²⁶⁹ S auch EGMR 26132/95 MR 2001, 84 (86) *Bergens Tidende ua/Norwegen*; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7a, 7e.

⁴²⁷⁰ *Berka*, ZfRV 1990, 38, 44 f, 53, 58; *ders*, wbl 1997, 269, 272, 274. Das Recht auf freie Rede deckt nicht die Kreditschädigung durch unwahre Tatsachenbehauptungen (RIS-Justiz RS0032201; RS0075732; *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ [2014] § 1330 Rz 3; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} [2014] § 1330 Rz 5), sodass in Wahrheit kein Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Meinungsfreiheit und § 1330 Abs 2 ABGB besteht (*Harrer in Schwimann*, ABGB³ [2006] § 1330 Rz 1).

⁴²⁷¹ So iE auch *Krämer in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 706 ff. Umgekehrt deckt mE das Recht auf Meinungsfreiheit die Verbreitung sachlich gehaltener und zutr Informationen am Kapitalmarkt (so BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 [1189]; für das sorgfältig erstellte Rating *Krämer in Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 717; vgl auch *Peters*, Haftung 73).

⁴²⁷² Vgl *Peters*, Haftung 75; *Möllers*, JZ 2009, 868; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 463 f; *Vasella*, Haftung 198, 222; vgl zum Aspekt, dass die Kreditschädigungshaftung die Informationsfreiheit des Publikums gewährleisten kann, *Berka*, ZfRV 1990, 53 (vgl dort auch zum Aspekt der Markttransparenz). ZR hebt der BGH hervor, dass ein Allgemeininteresse an der Erteilung von zutr Bonitätsauskünften besteht (BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 [1189]).

⁴²⁷³ Vgl Art 11 EU-Grundrechtecharta.

⁴²⁷⁴ Art 6 Abs 1 EUV.

⁴²⁷⁵ Freilich greift die Haftung der Ratingagenturen danach erst bei grober Fahrlässigkeit ein. Diese Haftungseinschränkung geht aber nicht auf verfassungsrechtliche Erwägungen iZm der Meinungsfreiheit zurück, sondern insb auf die Befürchtung, eine Verantwortlichkeit schon für leichte Fahrlässigkeit könnte zu einer ausufernden Haftung führen (s dazu unten unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“).

⁴²⁷⁶ EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 (2144) *Lingens/Österreich*; OGH 4 Ob 75/94 SZ 67/114, 658 (664); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 40.

⁴²⁷⁷ Allg *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7b; vgl auch *Öllinger*, Haftung 132.

⁴²⁷⁸ OGH 1 Ob 37/00 y SZ 73/35, 197 (203); vgl *Becker*, DZWIR 2011, 397; vgl zum Schutz von wirtschaftlichen Interessen auch *Berka*, wbl 1997, 273.

gefährlich agieren.⁴²⁷⁹ Sie können ihn immerhin – folgt man der oben erwähnten Studie der Universität St. Gallen⁴²⁸⁰ – in den Strudel der Insolvenz stoßen.

3) ME sind Ratingagenturen nicht mit Medien vergleichbar, weil Journalisten nicht im selben Maße Vertrauen in Anspruch nehmen, wie dies Ratingagenturen tun.⁴²⁸¹ Zudem verfolgen Ratingagenturen mit ihren Bonitätsbewertungen ein ausgeprägteres kommerzielles Interesse. Das ist zwar nicht verwerflich. Allerdings zeigt das geltende Recht (§ 7 UWG), dass die Verfolgung eigenwirtschaftlicher Interessen im Rahmen einer Unternehmenskritik tendenziell für eine verschärfte Haftung spricht⁴²⁸². Denn § 7 Abs 1 UWG ordnet – im Gegensatz zu § 1330 Abs 2 ABGB – eine Beweislastumkehr bezüglich der Unwahrheit der verbreiteten Tatsache zulasten des Schädigers an.⁴²⁸³ Ferner ist für den Schadenersatzanspruch gem § 7 Abs 1 UWG mE kein Verschulden erforderlich (vgl demgegenüber § 7 Abs 2 Satz 2 UWG).⁴²⁸⁴

Auch aus Sicht des Verfassungsrechts leuchtet dieser Unterschied zwischen § 1330 Abs 2 ABGB und § 7 UWG ein,⁴²⁸⁵ weil die „commercial speech“ nicht dieselbe Bedeutung für die Demokratie hat, wie Äußerungen (innerhalb oder außerhalb der Medien) mit politischen, kulturellen oder weltanschaulichen Bezügen. Früher wollte man daher den „Adel der Meinungsfreiheit“ jenen Kommunikationsträgern sogar gänzlich verweigern, die Tatsachen und Meinungen aus geschäftlichem Interesse weitergeben.⁴²⁸⁶

4) Zusammenfassend gibt es daher sowohl verfassungsrechtliche Argumente für als auch gegen die Haftung von Ratingagenturen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint es mE daher geradezu passend, wenn man – analog zur Haftung gegenüber den Anlegern – eine Kreditschädigungshaftung der Ratingagenturen zwar grundsätzlich anerkennt, dabei aber auf die Besonderheiten der Bonitätsbewertung Rücksicht nimmt.⁴²⁸⁷ Es harmonisiert mE mit

⁴²⁷⁹ Vgl Öllinger, Haftung 130.

⁴²⁸⁰ Zu dieser Studie s oben bei FN 3899.

⁴²⁸¹ Zutr Seibt in Joos/Storm, Diskussionsbericht zu den Referaten von Drinkuth und Seibt, in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 211 f.

⁴²⁸² Vgl EB UWG 1923, 8.

⁴²⁸³ EB UWG 1923, 7; s dazu auch die Erwägungen in Begr Entw dUWG 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 106. Die unterschiedliche Verteilung der Beweislast im Wettbewerbsrecht ist durch die Wertung gerechtfertigt, dass sich niemand ohne handfeste Beweise über einen Konkurrenten abfällig äußern soll (Schönherr, ÖBl 1975, 80; vgl auch Berka, ZfRV 1990, 53; Wilburg, Schadensrecht 79: bedenkliches Motiv).

⁴²⁸⁴ So auch Kadečka, UWG² 77, 79; aA RIS-Justiz RS0078856; RS0079042; Gamerith, Wettbewerbsrecht I⁶, 45; Handig in Wiebe/Kodek, UWG² (2012) § 7 Rz 33.

⁴²⁸⁵ S zur „schärferen“ Ahndung von kommerziellen Aussagen, insb Werbungen VfGH B 658/85 VfSlg 10.948 (LI/1. Halbjahr 1986 S 839 [843]): „Der VfGH teilt daher die Auffassung der Europäischen Kommission für Menschenrechte [...], wonach auch wirtschaftliche Werbung durch Anzeigen den Schutz von Art. 10 Abs. 1 genießt, allerdings schärferen Einschränkungen unterstellt werden kann als der Ausdruck politischer Ideen“; Berka, ZfRV 1990, 39, 51 f; dens, wbl 1997, 269; Hoffmeister, EUGRZ 2000, 361; vgl auch Handig in Wiebe/Kodek, UWG² (2012) § 7 Rz 91.

⁴²⁸⁶ Berka, ZfRV 1990, 51, 53, 57; vgl auch dens, wbl 1997, 266 f, 275.

⁴²⁸⁷ Ähnl Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 202: „Umgekehrt führt der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit nicht zu einer generellen Haftungsfreiheit der Ratingagenturen für Ratings, sondern ist als Wertentscheidung bei der Frage der Pflicht- bzw. Rechtsgutverletzung zu berücksichtigen“; vgl auch Gomille, GPR 2011, 190.

dem Verfassungsrecht, den Ratingagenturen auch in Bezug auf die Haftung gegenüber dem Emittenten einen Bewertungs- und Beurteilungsspielraum einzuräumen.⁴²⁸⁸ Letzterer erfasst die Datenerhebung, die Methodenauswahl und das daraus abgeleitete Bonitätsurteil.⁴²⁸⁹ Damit vermeidet man auch eine wenig einleuchtende verfassungsrechtliche Differenzierung der Haftung von Ratingagenturen, je nachdem, ob eine Haftung gegenüber der einen (Anleger) oder der anderen Marktseite (Emittent) zur Diskussion steht.

hh. Ergebnis

aaa. Einschlägigkeit des § 1330 Abs 2 ABGB

ME lässt sich auf § 1330 Abs 2 ABGB eine Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten stützen. Entscheidend für die Subsumption einer Information unter diese Norm muss die objektive Nachprüfbarkeit der Information sein, was bei professionellen Bewertungen wie Ratings mE der Fall ist.

Für ein weites Verständnis des in § 1330 Abs 2 ABGB enthaltenen Tatsachenbegriffs spricht auch die historisch(-systematische) Interpretation, namentlich der Vorentwurf *Randas* zu § 1330 (Abs 2) ABGB, die „Maßschneidung“ der Bestimmung auf die Haftung von Kreditauskunfteien sowie die großzügige Auslegung in den Materialien zur jüngeren Norm des § 7 UWG.

Auch wäre unverständlich, warum eine außervertragliche Informationsverantwortlichkeit der Ratingagenturen für fahrlässige Fehlbewertungen gegenüber Anlegern eintreten, eine solche gegenüber dem Emittenten jedoch *per se* ausscheiden sollte. Daher steht auch die Meinungsäußerungsfreiheit einer Kreditschädigungshaftung grundsätzlich nicht entgegen. Diesem Grund- und Menschenrecht wird dadurch genüge getan, indem man einen Bewertungsspielraum der Ratingagenturen anerkennt.

Auf die Haftung der Ratingagentur für sittenwidrige Schädigung des Emittenten (§ 1295 Abs 2 ABGB) einzugehen,⁴²⁹⁰ erübrigt sich daher, weil diese Verantwortlichkeit auch erst

⁴²⁸⁸ Insofern zutr. *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; *Fischer*, Haftungsfragen 80; vgl auch *Öllinger*, Haftung 133 f; BGH VI ZR 157/73 NJW 1976, 620 (622) (*Tilmann*).

⁴²⁸⁹ Vgl *Peters*, Haftung 74 ff.

⁴²⁹⁰ Eine solche wäre diskutabel, wenn die Ratingagentur ein ungerechtfertigt schlechtes *unsolicited* Rating als Druckmittel nutzt, um künftig Aufträge vom bewerteten Emittenten zu erhalten (*Däubler*, BB 2003, 434; *Meyer*, Rechtsfragen 64; *Arntz*, BKR 2012, 94; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 619; *Reidenbach*, Ratingagenturen 358; vgl den Fall *Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investors Services, Inc.*, 175 F.3d 848 [10th Cir. 1999] und dazu *Peters*, Haftung 49 FN 247; *Däubler*, BB 2003, 430; *Möllers*, JZ 2009, 866; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 683 mit FN 65; vgl ferner *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 707; *Reidenbach*, Ratingagenturen 340; *Eisen*, Haftung 279 mit einem weiteren Praxisfall in FN 1124, 303; *Habersack*, ZHR 169 [2005] 191). S zur sittenwidrigen Schädigung auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10; *Peters*, Haftung 76; *Meyer*, Rechtsfragen

bei vorsätzlichem Verhalten der Ratingagentur eintritt und damit neben § 1330 Abs 2 ABGB keine eigenständige (praktische) Bedeutung besitzt.

bbb. Verhältnis zur Haftung der Ratingagentur gegenüber Anlegern

Insgesamt kann man sich die Haftung von Ratingagenturen nach österreichischem Recht daher wie folgt vorstellen: Ratingagenturen ist es insb aufgrund ihrer Selbstdarstellung als neutrale Informationsintermediäre verboten, ihre Bonitätsnoten beeinflusst durch wirtschaftliche oder sonstige Eigeninteressen zu vergeben. Gehen sie bei der Bewertung fahrlässig vor und veröffentlichen daher ein *zu positives* Rating, kommt eine Haftung gegenüber den Informationsempfängern in Frage (nach der hier vertretenen Auffassung gegenüber vertraglich verbundenen Informationsadressaten sowie – bei beantragten Emissionsratings – gegenüber dritten Anlegern, die das bewertete Finanzinstrument kaufen oder verkaufen).⁴²⁹¹ Ist das Rating aufgrund eines Sorgfaltsverstoßes der Ratingagentur dagegen *zu schlecht* ausgefallen, steht insb⁴²⁹² eine Haftung gegenüber dem Emittenten⁴²⁹³ im Raum, unabhängig davon, ob es sich um ein Emissions- oder Emittentenrating handelt (zu den weiteren Haftungsvoraussetzungen des § 1330 Abs 2 ABGB s noch unten S 468 ff).

ccc. Sonderproblem: Rating als selbsterfüllende Prophezeiung

Angesichts der Studie der Universität St. Gallen, wonach Ratings selbsterfüllende Prophezeiungen seien,⁴²⁹⁴ erscheint es angebracht, ein Zusatzproblem des § 1330 Abs 2 ABGB zu behandeln. Kann eine Bonitätsbewertung auch dann unter § 1330 Abs 2 ABGB subsumiert werden, wenn sie zwar gegen die Standards der Ratingbranche verstößt und daher zu negativ ausfällt, sie sich aber aufgrund der Anerkennung von Ratings im Finanzsektor nachträglich doch „bewahrheitet“?

Man stelle sich folgendes Beispiel vor:

81 f; Rohe/Lischek, WM 2006, 1938; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 706; Mühl, Haftung, Rz 203 f. Zur „Aufweichung“ dieser deliktischen Haftung durch die deutsche Rsp, die mE nicht für das österreichische Recht fruchtbar zu machen ist, s bereits oben bei FN 1637.

⁴²⁹¹ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“, konkret bei FN 2729.

⁴²⁹² Zur Haftung der Ratingagentur gegenüber Anlegern für den Fall des zu negativen Ratings s oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.ββ. Zu pessimistisches Rating“.

⁴²⁹³ Zur Haftung der Ratingagentur gegenüber dem vertraglich verbundenen Emittenten aus dem Ratingvertrag s noch unten unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁴²⁹⁴ Dazu oben bei FN 3899.

Ein Emittent benötigt Kapital und wendet sich zu diesem Zweck an den Kapitalmarkt. Eine Ratingagentur bewertet ihn gemessen an den im Ex-ante-Zeitpunkt vorliegenden Bewertungsfaktoren zu negativ. Dem Emittenten wird dadurch nicht nur die Emission von Anleihen wirtschaftlich unmöglich, er verliert allgemein das Vertrauen seiner Geschäftspartner, wichtige Arbeitnehmer kündigen etc. Schlussendlich muss der Vorstand des Emittenten Insolvenz anmelden. Der Insolvenzverwalter des Emittenten klagt die Ratingagentur auf Schadenersatz wegen Kreditschädigung gem § 1330 Abs 2 ABGB. Im Prozess wendet diese ein, ihre negative Prognose sei zutreffend gewesen, sei doch der Emittent letztendlich in Konkurs gegangen.

Die Haftung für selbsterfüllende Prophezeiungen gem § 1330 Abs 2 ABGB wurde – soweit ersichtlich – noch nicht genauer behandelt. *Koziol*⁴²⁹⁵ schneidet die Problematik immerhin an. Dabei behandelt er den Fall, dass sich eine Aussage, wonach der später Geschädigte „früher oder später den Konkurs anmelden“ müsse, „bewahrheitet“. Aus dem Gesamtzusammenhang seiner Stellungnahme lässt sich wohl der Schluss ziehen, dass *Koziol* eine Haftung insoweit befürwortet. Tatsächlich erscheint es in einem solch gravierenden Fall der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz⁴²⁹⁶ seltsam, den Schädiger von einer Verantwortung freizusprechen.

Dabei wird man Folgendes berücksichtigen müssen: In einem Fall der selbsterfüllenden Prophezeiung sorgt alleine das Rating der Agentur dafür, dass der Emittent in wirtschaftliche „Bedrängnis“ gerät, indem es das Vertrauen der Anleger in dessen Bonität zu Unrecht erschüttert. Dadurch entscheiden sich diese gegen eine Investition in das Unternehmen des Emittenten bzw verlangen von diesem höhere Zinsen als Ausgleich für das zunächst bloß vermeintliche Risiko. Mit anderen Worten sorgt die Agentur diesfalls selbst für die sie begünstigende Entwicklung (Eintritt der Insolvenz und damit Bewahrheitung des Ratings).

Das erinnert an einen anerkannten Rechtsgedanken in der zivilrechtlichen Bedingungslehre: Auch dort fragt sich, was rechtens ist, wenn eine rechtsfolgenrelevante Bedingung zwar formal eingetreten ist, das Berufen auf diese durch den davon Begünstigten aber offenkundig „unbillig“ erscheint. Letzteres liegt dann vor, wenn der Begünstigte die Bedingung selbst wider „Treu und Glauben“ herbeigeführt hat. In diesem Fall wird das Nichteintreten der Bedingung fingiert.⁴²⁹⁷

⁴²⁹⁵ *Koziol*, JBl 1993, 613.

⁴²⁹⁶ Vgl OGH 1 Ob 36/89 SZ 64/36, 207 (217); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7e.

⁴²⁹⁷ *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 699 Rz 2; RIS-Justiz RS0012720; RS0015330; vgl RIS-Justiz RS0012728.

Das lässt sich mE auch auf „selbsterfüllende“ Ratings übertragen, wobei das Element der Sorgfaltswidrigkeit der Bonitätsbewertung die „Treuwidrigkeit“ iSd Bedingungslehre ersetzt. Zusätzlich begründen lässt sich dieses Ergebnis damit, dass das Rating in einem Fall der selbsterfüllenden Prophezeiung in dem für die Bewertung und auch für die Beurteilung der Kreditschädigungshaftung⁴²⁹⁸ (!) maßgeblichen *Ex-ante*-Zeitpunkt nicht den Tatsachen entspricht.⁴²⁹⁹ Daran ändert sich nichts, wenn sich das Rating später aufgrund „exogener“ Umstände bewahrheitet. Freilich wird der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen unzutreffendem Rating und Insolvenz des Emittenten in der Praxis schwer zu führen sein.

3. Weitere Haftungsvoraussetzungen gem § 1330 Abs 2 ABGB

a. Verbreitung der kreditschädigenden Mitteilungen

Das Tatbestandsmerkmal der Verbreitung der kreditschädigenden Mitteilung iSd § 1330 Abs 2 ABGB ist bei Ratings jedenfalls erfüllt. Ratings nach herkömmlichem und dem dieser Arbeit auch zugrunde gelegten Verständnis sind *veröffentlichte* Bonitätsnoten⁴³⁰⁰, die insb im Internet verbreitet werden⁴³⁰¹.⁴³⁰² Eine Einschränkung der Haftung gem § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB auf wissentliche Schädigung scheidet daher mangels vertraulicher Rating-Mitteilung⁴³⁰³ aus, mögen die Anleger auch ein berechtigtes Interesse daran haben, Informationen über die Kreditverhältnisse des Emittenten zu erlangen⁴³⁰⁴. Darin dürfte ein entscheidender Unterschied zur deutschen Rechtslage liegen, weil § 824 Abs 2 BGB für die Haftungseinschränkung alleine auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen abstellt und öffentliche von vertraulichen Mitteilungen nicht unterscheidet.⁴³⁰⁵

⁴²⁹⁸ OGH 4 Ob 142/99 g SZ 72/97, 639 (642); 6 Ob 192/01 f MR 2001, 371 (372 f); *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 35; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 34; *Wagner in MünchKomm BGB*⁶ (2013) § 824 Rz 28.

⁴²⁹⁹ Vgl OGH 4 Ob 50/10 x ÖBl 2010, 273 (275): Unbeachtlichkeit der Richtigkeit der Äußerung im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung; dazu *Handig in Wiebe/Kodek*, UWG² (2012) § 7 Rz 57.

⁴³⁰⁰ *Mühl*, Haftung, Rz 186.

⁴³⁰¹ Vgl dazu RIS-Justiz RS0114804; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 14.

⁴³⁰² Unten bei FN 4671.

⁴³⁰³ Wie von Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120, gefordert.

⁴³⁰⁴ S zu den kumulativen Haftungsausschlussvoraussetzungen des § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB *Ehrenzweig*, System II/1², 660 (für den Fall einer Haftung des Zeitungsschriftleiters).

⁴³⁰⁵ Vgl aber *Peters*, Haftung 56, der mit der wohl dhM zu § 824 Abs 2 BGB (mE aber nicht überzeugend) versucht, diese Norm für die Fälle der Haftung von Ratingagenturen zu „entschärfen“ (vgl auch *Meyer*, Rechtsfragen 82; *Eisen*, Haftung 309; *Mühl*, Haftung, Rz 188 ff). ME leuchtet nicht ein, warum die Interessen des Emittenten, auf die § 824 Abs 2 BGB gerade keine Rücksicht nimmt, für die Nichtanwendung dieses Haftungsausschlusses eine entscheidende Bedeutung haben sollen (vgl auch zur Abschlussprüferhaftung *Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm*⁹ [2014] § 323 Rz 182; *Habersack/Schürnbrand in Staub*, HGB⁵ [2010] § 323 Rz 67). Wesentlich sind nach dem Wortlaut der Norm vielmehr die Interessen der Ratingagentur und/oder die der Anleger als Informationsadressaten, denen aber durch die Abgabe eines Ratings jedenfalls gedient wird (insofern zutr *Peters*, Haftung 68; vgl auch *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht 313). Ausweislich der einschlägigen Materialien kommt § 824 Abs 2 BGB zudem insb den Kreditauskunften entgegen (s dazu oben bei FN 4171), die nach dem Willen des Gesetzgebers privilegiert werden sollten; und dies, obwohl unzutr Mitteilungen dieser Auskunftsbüros ähnl wirtschaftlich gravierende Folgewirkungen für das Auskunftsobjekt haben können, wie unzutr Ratings für den bewerteten Emittenten.

Ratingagenturen sind als Urheber der Ratings „intellektuelle Verbreiter“⁴³⁰⁶ der Bonitätsnoten und damit passivlegitimiert, weil diese in ihrem Namen veröffentlicht werden. Eine Problematik der Gehilfenzurechnung stellt sich *dabei* nicht, weil die Veröffentlichung der Bonitätsurteile von Repräsentanten der Ratingagentur iSd § 337 ABGB⁴³⁰⁷ vorgenommen wird, für die die Ratingagentur auch im deliktischen Bereich jedenfalls einzustehen hat.

b. Sorgfaltsanforderung und Verschulden

aa. Verschuldensmaßstab: leichte Fahrlässigkeit

§ 1330 Abs 2 ABGB verlangt als Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch, dass der Schädiger die Unwahrheit der verbreiteten, kreditschädigenden Tatsache „kannte oder kennen mußte“. Die ältere Rsp ließ eine Kreditschädigungshaftung gem § 1330 Abs 2 ABGB erst bei grober Fahrlässigkeit des Schädigers eintreten.⁴³⁰⁸ Nach nunmehr ganz hA⁴³⁰⁹ reicht demgegenüber leichte Fahrlässigkeit für die Haftung aus.

Letzterer Ansicht ist mE aus historischen und systematischen Gründen zuzustimmen. Das Gutachten der niederösterreichischen Advokatenkammer, demzufolge § 1330 Abs 2 ABGB seine heutige Ausprägung erhielt,⁴³¹⁰ sprach sich relativ eindeutig für die Erfassung sämtlicher schuldhafter Schadenszufügungen aus.⁴³¹¹ Dementsprechend wollte der Gesetzgeber der III. Teilnovelle ausweislich der Mitteilung des k. k. Justizministeriums nicht „auf jede Haftung für leichtsinniges [⁴³¹²] Vorbringen von Gerüchten [...] verzichten“⁴³¹³ (vgl daher heute § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB).

Weiters lehnt sich § 1330 Abs 2 ABGB laut dieser Mitteilung⁴³¹⁴ sowie dem Herrenhausbericht⁴³¹⁵ an § 824 BGB an, für dessen Anwendung nach ganz hM⁴³¹⁶ ebenso leichte Fahrlässigkeit genügt. Auch die Materialien zu dieser deutschen Parallelnorm

⁴³⁰⁶ Dazu zB OGH 6 Ob 119/99 i SZ 72/144, 209 (213); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 14; *Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 5; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 28; vgl auch schon *Ehrenzweig*, System II/1², 659.

⁴³⁰⁷ Dazu bereits oben in FN 64.

⁴³⁰⁸ S zB OGH 1 Ob 87/71 JBl 1972, 312 (313) mwN (krit *Ostheim*); so *de lege ferenda Randa*, Schadenersatzpflicht², 202.

⁴³⁰⁹ *Ehrenzweig*, System II/1², 660; *Wolff in Klang*, ABGB VI² (1951) 163; *Gschnitzer*, Schuldrecht, Besonderer Teil 179; *Ostheim*, JBl 1972, 318; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 176 f; *ders*, JBl 1993, 614; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 50; *Kissich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 2, 78; RIS-Justiz RS0031775.

⁴³¹⁰ Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120.

⁴³¹¹ *Niederösterreichische Advokatenkammer*, Gutachten zur III. Teilnovelle 77.

⁴³¹² Vgl dazu die Definition des „Versehens“ in § 1294 Satz 3 ABGB: „Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit“.

⁴³¹³ Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120.

⁴³¹⁴ Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 120.

⁴³¹⁵ Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279.

⁴³¹⁶ S nur *Mühl*, Haftung, Rz 192; *Amort*, EuR 2013, 275.

stimmen mit der hier vertretenen Auslegung überein.⁴³¹⁷ Darüber hinaus kennt das deutsche BGB sogar eine ausdrückliche Norm, die den Begriff „Fahrlässigkeit“ (dh einfache wie grobe Fahrlässigkeit)⁴³¹⁸ mit „kennen musste“ gleichsetzt (§ 122 Abs 2 BGB).⁴³¹⁹ Die Bestimmungen des BGB können und müssen als Materialien zur III. Teilnovelle des ABGB (mit der § 1330 Abs 2 ABGB in das österreichische Privatrecht eingefügt wurde) herangezogen werden, weil sich die III. Teilnovelle stark an das BGB anlehnt.⁴³²⁰

Auch die Materialien des österreichischen UWG lassen „Unkenntnis aus Fahrlässigkeit“ hinsichtlich der Formulierung „kennen mußte“ iSd § 7 Abs 2 UWG genügen.⁴³²¹ Und schließlich harmonisiert die hier vertretene Auffassung mit der hM zu § 878 Satz 3, § 1409 Abs 1 Satz 1 ABGB, nach welcher die dort verwendeten Wörter „kennen mußte“ iSv (auch leichter) Fahrlässigkeit verstanden werden (vgl darüber hinaus auch noch §§ 326, 368 ABGB⁴³²²).⁴³²³

bb. Sorgfalt einer ordentlichen Ratingagentur

1) Die Sorgfalt einer ordentlichen Ratingagentur, die es gegenüber dem Emittenten einzuhalten gilt (§ 1330 Abs 2 iVm § 1299 ABGB), ist mE grundsätzlich genauso wie bei der Haftung gegenüber den Informationsempfängern des Ratings zu determinieren. Denn auch insoweit ist ein Gleichlauf zwischen der Haftung der Ratingagentur gegenüber der einen und gegenüber der anderen Marktseite wünschenswert.⁴³²⁴ Das belegt auch Art 35a EU-RatingVO, der hinsichtlich des maßgeblichen Sorgfaltsmaßstabs nicht danach differenziert, ob die Ratingagentur dem Emittenten oder einem Anleger haften soll.

Dieses Ergebnis leuchtet besonders dann ein, wenn man sich an die Neutralitätspflicht⁴³²⁵ der Ratingagentur erinnert: Die Unabhängigkeit der Ratingagentur wird dann am besten gewahrt, wenn sie beiden Marktseiten gegenüber zur selben Sorgfalt verpflichtet ist. Wäre sie der einen Seite gegenüber zu strengerer Sorgfalt verpflichtet, ginge dies tendenziell

⁴³¹⁷ Protokolle BGB, 2. Kommission 2850, abgedr in *Mugdan*, Materialien II (Schuldverhältnisse) 1118.

⁴³¹⁸ So jedenfalls die hM, s nur *Wendtland* in Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition (2015) § 122 Rz 10.

⁴³¹⁹ *Ostheim*, JBl 1972, 318; *ders*, ÖJZ 1974, 2; s auch *Assmann* in *Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb*, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 113; diese Gleichsetzung wohl auch befürwortend *Mihurko*, Revision 45 f.

⁴³²⁰ *Schey* in *Klang*, ABGB I/1 (1933) 20; *Ostheim*, JBl 1972, 318; *ders*, ÖJZ 1974, 2.

⁴³²¹ EB UWG 1923, 7.

⁴³²² Näher zu dieser Parallele *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 163; *Ostheim*, JBl 1972, 318; *ders*, ÖJZ 1974, 3.

⁴³²³ Zu § 878 ABGB etwa *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1², 174; zu § 1409 ABGB etwa *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} (2010) § 1409 Rz 17.

⁴³²⁴ Vgl oben unter „Teil 1.II.B.2.b.gg.aaa. Zweiseitige Informationsverantwortlichkeit: § 1300, § 1330 Abs 2 ABGB und Abschlussprüferhaftung“.

⁴³²⁵ Oben FN 3000.

zulasten der anderen. Damit würde sich die Ratingagentur (zwangsläufig) dem Risiko einer Haftung gegenüber dieser benachteiligten Seite aussetzen (müssen).

Daher darf an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen zur Haftung gegenüber Anlegern verwiesen werden, namentlich zur angemessenen Informationsbasis (S 319 ff),⁴³²⁶ zum Ratingverfahren⁴³²⁷ (S 324 ff) sowie zum Bewertungsergebnis⁴³²⁸ (einschließlich der erforderlichen Anpassung desselben⁴³²⁹; S 327 ff). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine Kreditschädigungshaftung nur dann in Betracht kommt, wenn sich das Rating aufgrund eines Sorgfaltsverstoßes als zu negativ (nicht als zu positiv⁴³³⁰) erweist.⁴³³¹

Hinsichtlich der zu verwertenden Informationsquellen (vgl S 319 ff) ist freilich zu berücksichtigen, dass die Ratingagentur beim *unsolicited* Rating im Vergleich zum beantragten Rating über einen eingeschränkteren Datenzugang verfügt. Soweit es der Ratingagentur nicht möglich ist, unternehmensinterne Daten zu verwerten, ist sie dazu haftungsrechtlich auch nicht verpflichtet.⁴³³² Aus diesem Grund müsste man bezüglich der Vertretbarkeit des Ratingergebnisses (vgl S 327 ff) beachten, dass beim unbeantragten Rating aufgrund der demnach begrenzten Informationsbasis ein gewisser Risikoabschlag bei der Bewertung nicht sorgfaltswidrig ist.⁴³³³

⁴³²⁶ Für eine entspr deliktische Pflicht auch *Karner*, ÖBA 2010, 592; *Peters*, Haftung 75; *Meyer*, Rechtsfragen 72; *Eisen*, Haftung 319; *Arntz*, BKR 2012, 94; vgl *Blaurock*, ZGR 2007, 631; lediglich für den Fall der unzutr Tatsachengrundlage: BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187 (1189); *Becker*, DZWIR 2011, 398 f. Aufgrund dieser Pflicht darf die Bewertung der Ratingagentur zB nicht allein darauf gestützt werden, dass es sich beim Bewerteten um einen eingetragenen Einzelkaufmann und nicht um eine Kapitalgesellschaft handelt; vielmehr sind ua auch die Dauer der Geschäftstätigkeit des bewerteten Unternehmens und seine Branche (als Risikofaktor) in das Rating einzubeziehen (vgl OLG Frankfurt 24 U 82/14 BeckRS 2015, 06846; dazu oben bei FN 3986).

⁴³²⁷ Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 592: Die Ratingagentur sei verpflichtet, bei der Bewertung neutral, sachkundig und objektiv vorzugehen; ebenso KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); *Blaurock*, ZGR 2007, 631; *Peters*, Haftung 74 f und *Meyer*, Rechtsfragen 71 f sowie *Arntz*, BKR 2012, 94, die präzisierend ein vertretbares Vorgehen bei der Prüfung, insb die Anwendung einer wissenschaftlich fundierten Bewertungsmethode fordern; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9 f: Anwendung einer vertretbaren Methode; idS auch *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 474: Pflicht zur Verwendung eines angemessenen Verfahrens und Einsetzung neutraler Mitarbeiter; *Eisen*, Haftung 318: auch Einsetzung ausreichend qualifizierter Mitarbeiter erforderlich. Aufgrund dieser Pflicht darf die Ratingagentur insb keine willkürlichen Herabstufungen oder „Bonitätsschätzungen“ vornehmen, die gegen Denkgesetze verstoßen (vgl OLG Frankfurt 24 U 82/14 BeckRS 2015, 06846; dazu oben bei FN 3986).

⁴³²⁸ *Blaurock*, ZGR 2007, 631: Ratingergebnis müsse vertretbar sein; ebenso *Peters*, Haftung 75; *Meyer*, Rechtsfragen 72; *Eisen*, Haftung 320; *Arntz*, BKR 2012, 94; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 474: Plausibilitätskontrolle; zu sehr einschr mE *Becker*, DZWIR 2011, 398: offensichtliche Fehlbewertung iS einer Schmähkritik; unverständlich insoweit *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10 und *Fischer*, Haftungsfragen 80 sowie *Schroeter*, Ratings 863, die eine Haftung für unvertrebare Bewertungen erst bei Vorsatz eintreten lassen wollen.

⁴³²⁹ Vgl zur vertraglichen Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten *Schuler*, Verantwortlichkeit 198.

⁴³³⁰ ME liegen Schäden des Emittenten, die durch ein zu hohes Rating resultieren (wie etwa Nichtaufdecken betrügerischer Geschäftspraktiken von Angestellten; vgl den Fall *County of Orange v. McGraw Hill Companies, Inc.*, 245 B.R. 151 [C.D. Cal. 1999]; ferner § 275 UGB) außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (iE auch *Eisen*, Haftung 267), weil Ratings den Zweck haben, die Anleger (oben bei FN 2742) und (anders als die Abschlussprüfung [oben in FN 880]) nicht den Emittenten selbst zu informieren. Letzterer bezweckt damit vielmehr nur die Minimierung seiner Kapitalkosten (unten bei FN 4417).

⁴³³¹ *Henrichs* in FS *Hadding* (2004) 882; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 474; vgl *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 704; *Mühl*, Haftung, Rz 185; *Eisen*, Haftung 179, 245 (für die Haftung für ein *solicited* Rating). Bzgl eines *unsolicited* Ratings soll es nach *Eisen*, Haftung 320 f, demgegenüber nicht darauf ankommen, ob der Verfahrensfehler das Ratingergebnis beeinflusst hat. Dem ist mangels ausreichenden Differenzierungsgrunds zwischen beantragten und unbeantragten Rating sowie aufgrund der Erforderlichkeit der Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden nicht zu folgen.

⁴³³² S bereits oben bei FN 3033.

⁴³³³ S dazu oben bei FN 3035, 3036.

Eine Parallele zum Sorgfaltsmaßstab der Ratingagentur im Hinblick auf den Kredit des Emittenten kann in der Rsp des OGH⁴³³⁴ zur beruflichen Sorgfalt eines Journalisten erblickt werden. Danach trifft diesen die Pflicht zur sorgfältigen Recherche, was eine Prüfpflicht bezüglich der Zuverlässigkeit der verwendeten Informationsquellen beinhaltet.

Das Vorstehende leitet über zu einem (weiteren) möglichen Sorgfaltsverstoß der Ratingagentur, der besondere praktische Relevanz für die Haftung gegenüber dem Emittenten besitzt und daher (nur) hier Hervorhebung verdient. Der Sorgfalt einer gewissenhaften Ratingagentur dürfte es entsprechen, dass dem bewerteten Emittenten vor Veröffentlichung des ihn betreffenden Ratings ein Recht auf Stellungnahme zubilligt wird⁴³³⁵ („*fair presentation*“⁴³³⁶). Er ist also von der Ratingagentur über die Bewertung zu informieren und erhält damit die Möglichkeit, der Ratingagentur Einwände sowie zusätzliche Informationen zukommen zu lassen, damit diese gegebenenfalls das unzutreffende Rating korrigieren kann.⁴³³⁷ Das lässt sich mE auch aus der Pflicht herleiten, eine angemessene Informationsbasis für das Rating zu gewährleisten.⁴³³⁸ Außerdem entspricht eine derartige Anforderung dem laut OGH an Journalisten anzulegenden Sorgfaltsstandard hinsichtlich der Verarbeitung nicht zweifelsfreier Informationen.⁴³³⁹ Unterlässt es die Ratingagentur, den Emittenten von dem beabsichtigten Rating in Kenntnis zu setzen, handelt sie dementsprechend sorgfaltswidrig. Sofern der Emittent bei sorgfaltskonformem Verhalten der Ratingagentur das irreführende Rating erfolgreich „berichtigen“ hätte können, kommt folglich eine Haftung der Ratingagentur in Betracht.

Damit erweist sich letztlich der von der Ratingagentur zu prästierende Sorgfaltsstandard gegenüber beiden Marktseiten (Emittent/Anlegern) im Wesentlichen als spiegelbildlich. Die Ratingagentur befindet sich insofern in einer „haftungsrechtlichen Zange“⁴³⁴⁰. Sie kann der Verantwortlichkeit nur dadurch entgehen, indem sie sorgfältig bewertet, ihren

⁴³³⁴ OGH 8 Ob 235/74 JBl 1976, 102 (104); s dazu auch *Koziol*, JBl 1993, 614, 616; vgl auch BGH VI ZR 36/74 NJW 1977, 1288 (1289).

⁴³³⁵ *Eisen*, Haftung 230 f, 319; *Reidenbach*, Ratingagenturen 283 f; *Seibt* in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen 202; *Korth*, Dritthaftung 141; *Vasella*, Haftung 158, 253; vgl Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 3 EU-RatingVO; Anh III Teil III P 7 EU-RatingVO; Art 3.7 *Code of Conduct Fundamentals*; *Peters*, Haftung 56; *Baurock*, ZGR 2007, 645, 648; *Schuler*, Verantwortlichkeit 219; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680; *Grünbichler*, ÖBA 1999, 694; *Däubler*, BB 2003, 433; dies im Rahmen des *solicited* Ratings als selbstverständlich voraussetzend *Vetter*, WM 2004, 1707; offengelassen von KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1433); vgl zur Abschlussprüfung *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 46; *Müller* in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 33. Damit sollten sich auch die Zweifel von *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 708, aus den Weg räumen lassen, der befürchtet, dass eine Ratingagentur ohne „Insider“-Informationen möglicherweise gar kein sorgfältiges Rating erstellen kann und daher meint, bei *unsolicited* Ratings sei fraglich, ob nicht aus haftungsrechtlicher Sicht stets die Interessen des Emittenten die der Ratingagentur überwiegen. Denn nach der hier vertretenen Auffassung steht es dem Emittenten frei, mit seiner Stellungnahme das *unsolicited* Rating zu beeinflussen. Macht er davon keinen Gebrauch, fällt dies im Rahmen der „Interessenabwägung“ zu seinen Lasten aus.

⁴³³⁶ Dazu *Heindl*, wbl 2007, 223.

⁴³³⁷ *Habersack*, ZHR 169 (2005) 197, 199, 204.

⁴³³⁸ Ähnl *Eisen*, Haftung 319.

⁴³³⁹ OGH 1 Ob 4/87 SZ 60/93, 469 (477); *Koziol*, JBl 1993, 614; vgl auch EGMR 13/1994/460/541 ÖJZ 1995, 675 (676) *Prager und Oberschlick/Österreich*.

⁴³⁴⁰ *Karner*, ÖBA 2010, 595; *Schuler*, Verantwortlichkeit 223.

Bewertungsspielraum also weder in die eine, noch in die andere Richtung überschreitet und so letztlich zu einem vertretbaren Rating gelangt.

2) Gegenüber der („quasi-“)vertraglichen Verantwortlichkeit bliebe aber für die deliktische Kreditschädigungshaftung grundsätzlich eine Besonderheit zu beachten: Anders als bei Ersterer müsste sich die Ratingagentur im Rahmen des § 1330 Abs 2 ABGB das Verschulden von gewöhnlichen Angestellten (die nicht unter den Machthaberbegriff des § 337 ABGB fallen) nur nach § 1315 ABGB zurechnen lassen (dh bei Untüchtigkeit oder bekannter Gefährlichkeit des Gehilfen⁴³⁴¹). Aufgrund der besonderen, vom Gesetzgeber mit der EU-RatingVO anerkannten⁴³⁴² Gefährlichkeit des „Ratingagenturbetriebs“ in Bezug auf das Vermögen des Emittenten ist mE aber darüber hinaus eine analoge Anwendung der § 19 Abs 2 EKHG, § 10 Abs 2 RohrlG, § 56 Abs 2 ForstG, § 17 AtomHG und § 6 MedienG zu befürworten. Daher hat die Ratingagentur auch im Rahmen des § 1330 Abs 2 ABGB für jedes Gehilfenverschulden einzustehen; eine Einschränkung der Haftung auf grobes Verschulden der Gehilfen lässt sich mE seit der Aufhebung des § 35 Abs 3 AtomHG aF⁴³⁴³ nicht mehr begründen.⁴³⁴⁴ Die hier vertretene Ansicht kann sich wohl insb auch an *Koziols* Vorschlag zur erweiterten Einstandspflicht von Massenmedien für Kreditschädigungen durch ihre Mitarbeiter anlehnen.⁴³⁴⁵

3) Für solche Ratings, die zwar finanzielle Nachteile für den Emittenten verursachen, aber dessen Bonität *lege artis* abbilden, besteht keine Haftung nach § 1330 Abs 2 ABGB.⁴³⁴⁶ Auch ein Unterlassungsanspruch⁴³⁴⁷ gegen die bewertende Ratingagentur kommt dann nicht in Betracht.⁴³⁴⁸

cc. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse

Da die Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB deliktischer Natur ist, kann sich die Ratingagentur gegenüber dem Emittenten grundsätzlich nicht auf etwaige, in ihren Verträgen oder Webseiten enthaltene Haftungsausschlüsse oder -einschränkungen berufen, insb auch nicht auf eine allfällige privatautonome Regelung des haftungsbegründenden

⁴³⁴¹ S dazu insb Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII (1916), Stück VI 119.

⁴³⁴² S insb Art 35a EU-RatingVO und dazu ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II; vgl die ähnl Argumentation bei *Brawenz*, ÖBA 1990, 164 (zur Prospekthaftung).

⁴³⁴³ Bundesgesetz vom 29. April 1964 über die Haftung für nukleare Schäden (Atomhaftpflichtgesetz), BGBl 1964/117; dazu insb *Koziol*, JBl 1993, 620; *ders*, Haftpflichtrecht II², 362 f.

⁴³⁴⁴ Vgl aber *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1315 Rz 6: Haftung des Inhabers einer gefährlichen Sache „(zumindest) für grobes Verschulden“.

⁴³⁴⁵ *Koziol*, JBl 1993, 620 f; vgl auch *Brawenz*, ÖBA 1990, 164 (dort vorsichtig zur Prospekthaftung, die er deliktisch versteht, allerdings auf grobes Verschulden beschränkt); ferner OGH 2 Ob 540/57 JBl 1958, 550; 5 Ob 510/81 JBl 1982, 150 (152) (*Koziol*); *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 362.

⁴³⁴⁶ Vgl *Schuler*, Verantwortlichkeit 219; *Vasella*, Haftung 197 f; so grunds auch *Reidenbach*, Ratingagenturen 356.

⁴³⁴⁷ S dazu unten bei FN 4400.

⁴³⁴⁸ Vgl *Schuler*, Verantwortlichkeit 221 f.

Verschuldens. Anderes gilt zum einen dann, wenn die Ratingagentur eine individuelle Haftungsbeschränkungsvereinbarung mit dem (ansonsten mit ihr vertraglich nicht verbundenen) Emittenten getroffen hat.⁴³⁴⁹ Zum anderen kommt eine Einschränkung der Haftung nach § 1330 Abs 2 ABGB dann in Betracht, wenn zwischen der Ratingagentur und dem Emittenten ein sonstiges Vertragsverhältnis besteht, insb ein Ratingvertrag (unten S 479 ff), der auch einen Haftungsausschluss regelt. Dieser gilt dann im Zweifel auch für die deliktische Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB.⁴³⁵⁰ Liegt einer dieser Fälle vor, gelten für die Wirksamkeit der haftungsbeschränkenden Vereinbarung die Ausführungen unten S 579 ff, insb 583 ff sinngemäß.

c. Vermögensschaden des Emittenten

Einklagen kann der Emittent den durch ein unzutreffendes Rating erlittenen Vermögensschaden (nicht seinen immateriellen Schaden⁴³⁵¹ [*arg* § 1330 Abs 1 ABGB: „wirklicher Schade“⁴³⁵², „Ersatz“⁴³⁵³; § 1330 Abs 2 ABGB: „Dies gilt auch {...}“]; vgl demgegenüber § 16 Abs 2 UWG) sowie den entgangenen Gewinn (§ 1330 Abs 1, Abs 2 ABGB). Letzterer ist aber nur dann ersatzfähig, wenn die Ratingagentur grob fahrlässig gehandelt hat (§§ 1323 f, 1331 f ABGB). Dass Ratingagentur und Emittent Unternehmer iSd (insb § 2) UGB sind, ändert daran nichts. Die Gleichstellung von positivem Schaden und entgangenem Gewinn gem § 349 UGB ist aufgrund der systematischen Stellung dieser Norm nur auf (zumindest „quasi-“)vertragliche Haftungen anzuwenden.⁴³⁵⁴ Auch eine analoge Anwendung des § 16 Abs 1 UWG scheidet mE mangels Lücke aus.

Der Emittent ist nach § 1330 Abs 2 ABGB so zu stellen, als hätte die Ratingagentur ihre (deliktischen) Sorgfaltspflichten nicht verletzt.⁴³⁵⁵ Der tatsächliche Vermögensstand des

⁴³⁴⁹ Vgl Meyer, Rechtsfragen 75, 83.

⁴³⁵⁰ So auch für die Schweiz Vasella, Haftung 263 mit FN 1131.

⁴³⁵¹ Ausdr Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 279; Ehmer, Novellen 162; Pfaff, Gutachten 18 ff; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 464 FN 2; Adler in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 222 f; Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 261, 263; Ehrenzweig, System II/1², 657 FN 2; Koziol, Haftpflichtrecht II², 177; Berka, ZfRV 1990, 43 mit FN 27; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 51; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 11; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 2, 78; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 10, 19; OGH 3 Ob 511/83 ÖJZ 1983, 355 (EvBl 91); 6 Ob 37/95 MR 1997, 202. Gass, Schadenersatzansprüche 76, will in den engen Grenzen des § 1331 ABGB (strafgesetzwidrige Handlung oder besonders schweres Verschulden) immateriellen Schadenersatz gewähren, was mE eine zweifelhafte Gesetzesauslegung ist.

⁴³⁵² S dazu die Erwägungen in den Materialien: Beratungs-Protokolle des ABGB, abgedr in Ofner, Ur-Entwurf II 196: Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, dem Bürger sollte seine Ehre nicht um Geld feil sein; idS auch v. Zeiller, ABGB (1813) § 1330 Anm 2; Scheidlein, Privatrecht I (1814) 645 f; Nippel, ABGB (1835) § 1330 Anm 5; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 161.

⁴³⁵³ Ostheim, ÖJZ 1974, 2 FN 12.

⁴³⁵⁴ S bereits oben nach FN 3193.

⁴³⁵⁵ Mühl, Haftung, Rz 128.

Emittenten ist mit jenem zu vergleichen, über den er bei Unterlassen des fehlerhaften Ratings verfügt hätte – die Differenz daraus bildet den ersatzfähigen Schaden.⁴³⁵⁶

Die Praxisrelevanz der Haftung gem § 1330 Abs 2 ABGB wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es eine empirisch nachgewiesene Verbindung zwischen den Finanzierungskosten des Emittenten und seinem Rating gibt.⁴³⁵⁷ Diese findet ihre Erklärung im „Rendite-Risiko-Zusammenhang“⁴³⁵⁸ bzw der „Risikoabgeltungshypothese“⁴³⁵⁹. Nicht nur die vom Emittenten für eine von ihm begebene Anleihe zu zahlenden Zinsen werden durch das Rating beeinflusst, sondern etwa auch die Kreditkosten bei einer Bank (vgl Basel II und Basel III; zu beidem sogleich unten).⁴³⁶⁰ Allgemein lässt sich daher sagen, dass ein schlechtes Rating steigende Kapital(beschaffungs-)kosten für den Emittenten auslöst.⁴³⁶¹

Aus diesem Grund kann ein irreführendes Rating im *worst-case* Szenario sogar dazu führen, dass der Emittent insolvent wird („Insolvenzprovokation“; Variante 1).⁴³⁶²

Denkbar ist auch, dass wegen der Veröffentlichung der schlechten Bonitätsnote die Emission des bewerteten Emittenten (ganz oder teilweise) scheitert⁴³⁶³ (Stichwort: *gatekeeper*-Funktion der Ratingagenturen⁴³⁶⁴). Das kann wiederum zur Folge haben, dass der Emittent mit frustrierten Aufwendungen konfrontiert ist und/oder sich anderweitig teurer finanzieren muss⁴³⁶⁵ bzw bestimmte unternehmerische Maßnahmen (zB Betriebsexpansion) unterbleiben müssen (Variante 2).⁴³⁶⁶ Allgemein kann in dieser

⁴³⁵⁶ Vasella, Haftung 196.

⁴³⁵⁷ He/Qian/Strahan, Ratings 28; vgl auch *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4.2. (S 14), P 3.1. (S 6); vgl auch schon *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; *Däubler*, BB 2003, 430; *Luttermann/Vahlenkamp*, ZIP 2003, 1635; ferner *Blaurock*, JZ 2012, 231; zum erleichterten Schadensnachweis vgl *Forschner*, JSt 2012/1, 16.

⁴³⁵⁸ Ausf dazu *Mühl*, Haftung, Rz 77 ff.

⁴³⁵⁹ *Reidenbach*, Ratingagenturen 318.

⁴³⁶⁰ *Reidenbach*, Ratingagenturen 317 ff; vgl auch *Kersting*, Dritthaftung 539.

⁴³⁶¹ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 8; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 878; *Vetter*, WM 2004, 1706; *Eisen*, Haftung 246; *Mühl*, Haftung, Rz 87; *Schuler*, Verantwortlichkeit 167; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 474; vgl *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 48; *ErwGr* 32 EU-RatingVO-Novelle II; *Blaurock*, ZGR 2007, 629; *dens*, EuZW 2013, 610; *Gomille*, GPR 2011, 191; *Arntz*, BKR 2012, 89, 93; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680; *Peters*, Haftung 80; vgl zur Abschlussprüferhaftung *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 323 HGB, Rz 72.

⁴³⁶² *Gass*, Schadenersatzansprüche 75. Diesfalls ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Emittenten der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs berechtigt (§ 83 Abs 1 IO; vgl dazu und zu den folgenden Ausführungen in dieser FN *Becker*, DZWIR 2011, 398 ff [zur „Insolvenzprovokation“ durch unzutr Bonitätsauskünfte aus deutscher Sicht]). Mindestschaden des Emittenten wird bei der *Insolvenzverursachung* jener Verlust an Liquidität sein, die benötigt würde, um alle Insolvenzgläubiger zu befriedigen. Entspr gilt bei der *Insolvenzbeschleunigung* durch die Ratingagentur, bei der sie allerdings nur für die Vorverlagerung der Insolvenz haftet. Der Schaden, der den Gläubigern des Emittenten durch dessen Insolvenz entsteht, muss die Ratingagentur in beiden Fällen diesen grunds (abgesehen von einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB) nicht (direkt) ersetzen. Verhindert der Schadenersatzanspruch gegen die Ratingagentur aufgrund ausreichender Liquidität derselben die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung des Emittenten oder wird dadurch seine Fortbestehensprognose ausreichend positiv, hat dieser die Möglichkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Rekurs anzufechten (§ 71c IO).

⁴³⁶³ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 21; *Peters*, Haftung 50 mwN; *Öllinger*, Haftung 93; *Eisen*, Haftung 235, 274, 310; *Arntz*, BKR 2012, 92 (mit dem Praxisbeispiel des Versicherers *Converium* in FN 34); *Schuler*, Verantwortlichkeit 167; vgl *Meyer*, Rechtsfragen 60; *Gomille*, GPR 2011, 191.

⁴³⁶⁴ S dazu oben bei FN 129.

⁴³⁶⁵ Vgl *ErwGr* 32 EU-RatingVO-Novelle II; *Meyer*, Rechtsfragen 74.

⁴³⁶⁶ *Vetter*, WM 2004, 1706; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 49. Vgl zum Schaden, der aus einer unterbliebenen Unternehmenstransaktion resultiert, *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 708; *Eisen*, Haftung 224.

Variante der entgangene Gewinn ersatzfähig sein, der mit der letztlich „torpedierten“ Emission zu erzielen gewesen wäre.⁴³⁶⁷

Möglich ist aber auch, dass die Emission zwar durchführbar bleibt, der Emittent jedoch den Anlegern als Ausgleich für das vermeintlich höhere Risiko höhere Zinsen versprechen muss (Risikoaufschlag),⁴³⁶⁸ die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen (Variante 3).⁴³⁶⁹

Wohl nicht allzu abwegig ist (in allen Varianten) auch, dass der Emittent eine andere Ratingagentur beauftragt oder sonstige Informations- und Werbekampagnen initiiert, um eine glaubhafte „Gegendarstellung“ zu seiner Bonitätslage zu veröffentlichen und so auch iS der Schadensminderungsobligiertheit⁴³⁷⁰ seinen Finanzierungsschaden zu minimieren. ZB könnte die Prospekterstellung aufgrund eines schlechten Ratings wesentlich aufwändiger werden.⁴³⁷¹ Die daraus resultierenden Kosten wären als „Rettungsaufwand“⁴³⁷² ersatzfähig, soweit sie sich in vernünftigen Rahmen halten.⁴³⁷³

Weiters ist es möglich, dass durch eine schlechte Bonitätsbewertung Begleitschäden abseits des Kapitalmarkts auftreten. So könnte dem Emittenten deswegen die Kreditgewährung insb bei einer Bank verweigert werden (vgl Variante 2).⁴³⁷⁴ Er könnte aus diesem Grund aber auch mit schlechteren Kreditkonditionen belastet werden⁴³⁷⁵ (zB höhere Kreditzinsen [vgl Variante 3; ferner die risikoadjustierte Eigenmittelunterlegung nach Basel II⁴³⁷⁶ und Basel III], ungünstigere Überziehungsspielräume, Zahlungsfristen,⁴³⁷⁷ Tilgungsraten, Sicherheitenbestellung⁴³⁷⁸ etc). Gleiches gilt für andere Geschäftspartner⁴³⁷⁹, insb Lieferanten, die ebenso die Vertragsbedingungen auf Basis des Ratings zulasten des Emittenten verändern könnten (zB nicht gewährte Zahlungsziele/Skonti oder Erforderlichkeit einer Sicherheitenbestellung).⁴³⁸⁰ Schließlich

⁴³⁶⁷ Vgl *Vasella*, Haftung 264.

⁴³⁶⁸ *Blaurock*, ZGR 2007, 609; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2159; *Lerch*, BKR 2010, 403; *Arntz*, BKR 2012, 89; *Schuler*, Verantwortlichkeit 200; *Vasella*, Haftung 263; *Amort*, EuR 2013, 274; vgl *Dutta*, WM 2013, 1279.

⁴³⁶⁹ *Karner*, ÖBA 2010, 588; *Peters*, Haftung 47, 57, 82; *Meyer*, Rechtsfragen 60; *Eisen*, Haftung 234 ff, 273, 310; vgl *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 9; *Gomille*, GPR 2011, 191; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 701: Verteuerung der Fremdmittelaufnahme oder von Kapitalerhöhungen; *Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investors Services, Inc.*, 175 F.3d 848, 851 (10th Cir. 1999); nach Klagsvorbringen erhöhte Finanzierungskosten iHv USD 769.000.

⁴³⁷⁰ *Vasella*, Haftung 269 mit FN 1162, spricht hier von „Marktverwirrungsschaden“.

⁴³⁷¹ *Vasella*, Haftung 268.

⁴³⁷² Dazu *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 162.

⁴³⁷³ *Peters*, Haftung 82; *Meyer*, Rechtsfragen 74; *Mühl*, Haftung, Rz 193; *Schuler*, Verantwortlichkeit 273 f mit FN 1587.

⁴³⁷⁴ *Vasella*, Haftung 266.

⁴³⁷⁵ *Peters*, Haftung mit FN 252; *Becker*, DZWIR 2011, 399.

⁴³⁷⁶ S zu den damit zusammenhängenden Kostensteigerungen *Mühl*, Haftung, Rz 79 f (mit einem Rechenbeispiel); *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 876; *Meyer*, Rechtsfragen 60.

⁴³⁷⁷ Dazu *Peters*, Haftung 83.

⁴³⁷⁸ Dazu *Mühl*, Haftung, Rz 81; *Schuler*, Verantwortlichkeit 273; *Vasella*, Haftung 268.

⁴³⁷⁹ *Becker*, DZWIR 2011, 399; vgl *Eisen*, Haftung 310.

⁴³⁸⁰ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 3.1. (S 6); *Peters*, Haftung 50 mit FN 252; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 878; *Mühl*, Haftung, Rz 82; *Arntz*, BKR 2012, 92.

sind Nachteile durch Auftrags- und Kundenverluste zu berücksichtigen.⁴³⁸¹ Auch könnten (betriebswichtige) Arbeitnehmer aus Angst vor der (von der Ratingagentur prophezeiten oder zumindest angedeuteten) Insolvenz des Emittenten kündigen⁴³⁸² (Schädigung etwa bei Notwendigkeit der Einstellung eines gleichqualifizierten Arbeitnehmers gegen ein höheres Entgelt).

Augenscheinlich wird die Schadensverursachung durch die Ratingagentur in allen Fällen dann, wenn der Emittent und sein (dritter) Vertragspartner eine „Rating-trigger“-Klausel⁴³⁸³ vereinbart haben, dh die Koppelung der Vertragskonditionen (zB Anleihebedingungen bzw Zinsanpassung oder Vertragslaufzeit beim Kreditvertrag⁴³⁸⁴) an ein bestimmtes Rating oder eine Ratingveränderung (insb *downgrade*).

Ansonsten dürfte aber der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Sorgfaltsverstoß der Ratingagentur und Schaden des Emittenten sowie auch die Bezifferung der konkreten Schadenshöhe bei der Kreditschädigungshaftung mitunter Schwierigkeiten bereiten.⁴³⁸⁵ Steht die Kausalität für den Schaden des Emittenten grundsätzlich fest (zur Möglichkeit eines Anscheinsbeweises s unten S 573 ff), sollte mE dem Vorschlag *Randas*⁴³⁸⁶ gefolgt und die Befugnis des Richters, die Schadenshöhe nach freiem Ermessen festzustellen, voll ausgeschöpft werden. Positiv-rechtliche Grundlage dafür bietet § 273 ZPO.⁴³⁸⁷

4. Exkurs: Weitere Ansprüche (Widerruf, Unterlassung, Beseitigung)

Ein für die Praxis wichtiger „Zusatzanspruch“ ist der des Widerrufs der kreditschädigenden Äußerung gem § 1330 Abs 2 Satz 2 ABGB,⁴³⁸⁸ der sich als Ausfluss der Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) verstehen lässt.⁴³⁸⁹ Bei (auch leichtem)

⁴³⁸¹ Vgl *Peters*, Haftung 50, 83; *Blaurock*, ZGR 2007, 632; *Mühl*, Haftung, Rz 82; *Arntz*, BKR 2012, 92; *Eisen*, Haftung 310; *Schuler*, Verantwortlichkeit 273; *Vasella*, Haftung 269 f.

⁴³⁸² Vgl OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 (17) (zust *Böhm*).

⁴³⁸³ S dazu *Peters*, Haftung 50 FN 252; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 188 f, 208 f; *Reidenbach*, Ratingagenturen 297 ff, 312, 319; *Meyer*, Rechtsfragen 60 mit FN 216; *Eisen*, Haftung 224; *Blaurock*, ZGR 2007, 611; *dens*, EuZW 2013, 608; *Deipenbrock*, BB 2005, 2089 f; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2160; *Korth*, Dritthaftung 20, 96 f; *Lerch*, BKR 2010, 402 FN 6; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 266; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 460 f; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 1; Art 5a Abs 2 EU-RatingVO; ErwGr 9 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴³⁸⁴ Vgl *Vasella*, Haftung 267 f.

⁴³⁸⁵ S schon *Ullrich*, GH 1913, 650.

⁴³⁸⁶ *Randa*, Schadenersatzpflicht², 253; abgedr oben bei FN 4160.

⁴³⁸⁷ Vgl für Deutschland *Eisen*, Haftung 321; *Becker*, DZWIR 2011, 399; für die Schweiz *Vasella*, Haftung 264 f.

⁴³⁸⁸ S dazu etwa Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 280; *Ehmer*, Novellen 162; *Wittwer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 19; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 83 ff.

⁴³⁸⁹ *Pfaff*, Gutachten 19 FN 57, 20; *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵, 465; *Adler* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 223 f; *Mauczka* in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 253; *Mayrhofer/Ehrenzweig/Ehrenzweig*, System II/1³, 311; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 177; *Böhm*, ZAS 1982, 216; *Canaris*, JBl 1991, 218; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22; *Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 7; *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 84; RIS-Justiz RS0107663.

Verschulden⁴³⁹⁰ der Ratingagentur kann der Emittent von dieser verlangen, das Rating öffentlich zu widerrufen, und zwar in einer gleich wirksamen Form wie die ursprüngliche Veröffentlichung des fehlerhaften Ratings⁴³⁹¹ (*arg* § 860a Satz 1 ABGB⁴³⁹²; vgl dazu auch § 13 Abs 3 und Abs 4 MedienG, § 6 Abs 1 Satz 2 KMG).⁴³⁹³ Die von der Rsp dafür geforderte Fortwirkung der Kreditgefährdung⁴³⁹⁴ wird bei irreführenden Ratings in aller Regel vorliegen.⁴³⁹⁵ Ein Schadensnachweis ist für den Widerruf nicht erforderlich.⁴³⁹⁶ Der Widerrufsanspruch deckt aber nicht das Verlangen nach der Veröffentlichung eines – nach Meinung des Emittenten – „korrekten“ Ratings.⁴³⁹⁷

Analog § 7 Abs 1 Satz 2, § 15 UWG kann der Emittent mE von der Ratingagentur bei Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr⁴³⁹⁸ (dh auch schon vor Entstehung eines allfälligen Schadens⁴³⁹⁹) Unterlassung⁴⁴⁰⁰ sowie Beseitigung⁴⁴⁰¹ des rechtsbeeinträchtigenden Zustands begehren. Diese Ansprüche sind von einem Verschulden auf Seiten der Ratingagentur unabhängig.⁴⁴⁰² Der Unterlassungsanspruch

⁴³⁹⁰ Zu dieser Anspruchsvoraussetzung s RIS-Justiz RS0031859; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 164; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 53; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 7; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 85.

⁴³⁹¹ Allg OGH 6 Ob 295/97 v SZ 70/267, 884 (889); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 7; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 54 f.

⁴³⁹² Ehrenzweig, System II/1², 660; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 164; Koziol, Haftpflichtrecht II², 177 mit FN 32.

⁴³⁹³ Vgl für Deutschland Däubler, BB 2003, 433; Meyer, Rechtsfragen 74 f; Mühl, Haftung, Rz 194 f; gegen einen solchen Widerrufsanspruch (aufgrund des engen Verständnisses von § 824 BGB) grunds Peters, Haftung 55; Eisen, Haftung 309, 322; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 717 f (mit freilich fraglicher Begründung); letzterer Autor befürwortet an selber Stelle allerdings einen „Korrektur“-Anspruch des Emittenten „als Teil der Naturalrestitution“.

⁴³⁹⁴ RIS-Justiz RS0031912; Koziol, Haftpflichtrecht II², 177; Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz 76; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 7.

⁴³⁹⁵ Vgl auch Mühl, Haftung, Rz 194; Schuler, Verantwortlichkeit 222.

⁴³⁹⁶ Koziol, Haftpflichtrecht II², 178; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7; Harrer in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1330 Rz 53; vgl RIS-Justiz RS0031913.

⁴³⁹⁷ Allg Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22; RIS-Justiz RS0107663; insofern iE zutr Peters, Haftung 55; abw Meyer, Rechtsfragen 74; Mühl, Haftung, Rz 195; Schuler, Verantwortlichkeit 221 f.

⁴³⁹⁸ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 717; Meyer, Rechtsfragen 75; Mühl, Haftung, Rz 194; allg etwa Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 22, 23 mwN; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1330 Rz 47, 79. Die Wiederholungsgefahr wird insb dann vermutet, wenn ein Verstoß bereits erfolgt ist (zB OGH 6 Ob 315/02 w ÖBA 2004, 52 [53]; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} [2014] § 1330 Rz 79); sie ist umso eher anzunehmen, wenn der Beklagte seine Unterlassungspflicht bestreitet (OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 [17] [Böhm]). Sie ist umgekehrt insb dann ausgeschlossen, wenn der Beklagte einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich anbietet (RIS-Justiz RS0079899; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ [2015] § 1330 Rz 19; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ [2014] § 1330 Rz 9; Kissich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} [2014] § 1330 Rz 80).

⁴³⁹⁹ OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 (17) (zust wohl Böhm: die Verletzungshandlung des Tatbestands erschöpfe sich in der Kreditgefährdung); Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 7.

⁴⁴⁰⁰ Vgl für Deutschland Peters, Haftung 81; Däubler, BB 2003, 433; Habersack, ZHR 169 (2005) 204 f; Meyer, Rechtsfragen 75; Eisen, Haftung 322; Mühl, Haftung, Rz 194; Göres in Habersack/Mülbner/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 55 f; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 717; iE für einen Unterlassungsanspruch im Rahmen der Kreditgefährdung gem § 1330 ABGB: Ehrenzweig, System II/1², 661; Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil 179; Schönherr, ÖBl 1975, 80; Böhm, ZAS 1980, 18; Berka, ZfRV 1990, 43; Canaris, JBl 1991, 215 f; Wolff in Klang, ABGB VI² (1951) 165; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 23 mwN; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 9; Wittwer in Schwimann/Kodek, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 19; OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 (17) (Böhm); 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (519) (Koziol); 6 Ob 219/05 g MR 2006, 12 (13) (Korn); für eine Unterlassungsklage bereits Mihurko, Revision 45 f; Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System II/1⁵, 466; Adler in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 225 mit FN 221; Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 291.

⁴⁴⁰¹ Vgl für Deutschland Eisen, Haftung 322; Mühl, Haftung, Rz 194; iE für einen Beseitigungsanspruch im Rahmen der Kreditgefährdung gem § 1330 ABGB: Canaris, JBl 1991, 218 f; Koziol, JBl 1993, 614, 616; für eine Beseitigungsklage bereits Mauczka in FS ABGB 100-Jahrfeier II (1911) 291; gegen eine analoge Anwendung des § 15 UWG auf Ansprüche nach § 1330 ABGB aber OGH 3 Ob 215/02 t wbl 2003, 290 (292). Dem Einwand, durch die Gewährung eines verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruchs verliere der verschuldensabhängige Widerrufsanspruch seinen Sinn (Reischauer in Rummel, ABGB³ [2004] § 1330 Rz 23a), ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber eine solche Konkurrenz bei § 7 Abs 2 UWG bewusst in Kauf nimmt (Schadenersatzanspruch, dh Widerrufsanspruch nur bei Verschulden, daneben Beseitigungsanspruch gem § 15 UWG).

⁴⁴⁰² Allg für den Beseitigungsanspruch Canaris, JBl 1991, 218 f; Koziol, JBl 1993, 614, 616; allg für den Unterlassungsanspruch Canaris, JBl 1991, 215 ff; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 17; Danzl in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014)

kann mit einer einstweiligen Verfügung gesichert werden,⁴⁴⁰³ die nach der Rsp in der Regel keine gesonderte Gefahrenbescheinigung iSd § 381 Z 2 EO voraussetzt⁴⁴⁰⁴ (vgl auch § 24 UWG). Denn bei kreditschädigenden Behauptungen könne oft schon *prima facie* auf eine Gefährdung des wirtschaftlichen Rufs geschlossen werden, die nicht zur Gänze in Geld wiedergutzumachen ist.⁴⁴⁰⁵

C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten

Ist die Ratingagentur durch einen (insb Rating-)Vertrag mit dem Emittenten verbunden (beantragtes oder beauftragtes Rating = *solicited rating*), kommt eine vertragliche Haftung für kreditschädigende Ratings in Frage. Um diese vertragliche Verantwortlichkeit richtig einordnen und beurteilen zu können, muss zunächst der Typus des Ratingvertrags geklärt werden.

1. Ratingvertrag als Werkvertrag

1) Gegenstand des Ratingvertrags ist die standardisierte Bonitätsbewertung (Hauptleistungspflicht der Ratingagentur) gegen Bezahlung des Ratingentgelts (Hauptleistungspflicht des Emittenten).⁴⁴⁰⁶ Als konkludent vereinbarte Nebenpflicht des Emittenten wird man dessen Pflicht bejahen können, der Ratingagentur die zur Erfüllung des Vertragszwecks erforderlichen Informationen bereitzustellen.⁴⁴⁰⁷ Die Ratingagentur ist „nebenbei“ zur Geheimhaltung⁴⁴⁰⁸ (vgl § 275 Abs 1 UGB) sowie dazu verpflichtet, dem

§ 1330 Rz 9; Wittwer in *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015) § 1330 Rz 19; OGH 6 Ob 219/05 g MR 2006, 12 (13) (Korn); aA noch OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (213) (zR krit Böhmer).

⁴⁴⁰³ Vgl dazu den Fall KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432 (1432 ff); ferner Schuler, Verantwortlichkeit 222.

⁴⁴⁰⁴ RIS-Justiz RS0011399; Danzl in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1330 Rz 9; Kissich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1330 Rz 82.

⁴⁴⁰⁵ Vgl OGH 6 Ob 299/02 t RdW 2003, 510; 6 Ob 37/95 SZ 69/12, 72 (79); 6 Ob 291/00 p SZ 73/198, 546 (548 f); strenger OGH 6 Ob 158/97 x RdW 1997, 593; s dazu auch Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 1330 Rz 55.

⁴⁴⁰⁶ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; *Peters*, Haftung 78 f; *Meyer*, Rechtsfragen 77; *Eisen*, Haftung 179, 223; *Mühl*, Haftung, Rz 96 f; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 700 f; *Schuler*, Verantwortlichkeit 190.

⁴⁴⁰⁷ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; *Peters*, Haftung 79; *Reidenbach*, Ratingagenturen 281; *Meyer*, Rechtsfragen 77; *Eisen*, Haftung 179, 223; *Mühl*, Haftung, Rz 97; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 53; *Schuler*, Verantwortlichkeit 190; *Vasella*, Haftung 251; vgl *Vetter*, WM 2004, 1705.

⁴⁴⁰⁸ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; *Peters*, Haftung 78 f; *Hennrichs* in *FS Hadding* (2004) 878; *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 414 f; *Meyer*, Rechtsfragen 77; *Emmenegger* in *Wiegand*, Basel II 71; *Blaurock*, ZGR 2007, 625, 629 FN 136, 646; *Mühl*, Haftung, Rz 96; *Vasella*, Haftung 257; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 708; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 616 f; vgl auch Art 3.11 ff *Code of Conduct Fundamentals*. Das umfasst auch das Verbot der Verwertung von Insiderinformationen (*Schuler*, Verantwortlichkeit 196 f; vgl § 275 Abs 1 UGB).

Emittenten das angewendete Bewertungsverfahren⁴⁴⁰⁹ und die Entscheidungsgründe für die Bonitätsbeurteilung⁴⁴¹⁰ zu erläutern.

2) Der Ratingvertrag ist mE in der Regel, dh vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen im Einzelfall⁴⁴¹¹, als (entgeltlicher⁴⁴¹²) Werkvertrag zu qualifizieren,⁴⁴¹³ weil der geschuldete Erfolg der Ratingagentur, die Erstellung (und in aller Regel auch Veröffentlichung⁴⁴¹⁴) des Ratings im Vordergrund steht.⁴⁴¹⁵ Dem Emittenten ist nicht gedient, wenn die Ratingagentur trotz aller Bemühungen kein Rating erstellt.⁴⁴¹⁶ Er wird nur dann zahlen wollen (und nach dem hypothetischen Parteiwillen auch müssen), wenn die Ratingagentur tatsächlich zu einem Bewertungsergebnis gelangt. Denn nur in diesem Fall hat der Emittent die Chance, seine Finanzierungskosten tatsächlich zu senken bzw gering zu halten, was der von ihm verfolgte Zweck bei der Beauftragung der Ratingagentur ist.⁴⁴¹⁷

Gegen die Qualifikation des Ratingvertrags als Werkvertrag kann nicht eingewandt werden, dass die Ratingagentur in völliger Unabhängigkeit vom Emittenten leisten würde und diesem (insb auch bei der selbständigen Überwachung des Ratings durch die Agentur⁴⁴¹⁸) jeglicher Einfluss verwehrt sei.⁴⁴¹⁹ Es könne also nicht gesagt werden, dass ein Werk nach den Vorstellungen des Werkbestellers hergestellt werde.⁴⁴²⁰ Denn bei unabhängigen Gutachtern und Abschlussprüfern (vgl §§ 271 ff UGB), die mE insofern mit

⁴⁴⁰⁹ Mühl, Haftung, Rz 96; vgl zur Mitteilungspflicht der Ratingagentur bei Änderungen der angewandten Methode Schuler, Verantwortlichkeit 198.

⁴⁴¹⁰ Eisen, Haftung 230 f.

⁴⁴¹¹ Peters, Haftung 76; Meyer, Rechtsfragen 75 FN 274.

⁴⁴¹² Dies hervorhebend Blaurock, ZGR 2007, 629 FN 135; Peters, Haftung 76 f; Meyer, Rechtsfragen 78; Fischer, Haftungsfragen 81 f; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 614.

⁴⁴¹³ Öllinger, Haftung 96 ff; Karner, ÖBA 2010, 590; Vetter, WM 2004, 1705; Habersack, ZHR 169 (2005) 203; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 701; Reidenbach, Ratingagenturen 354; Mühl, Haftung, Rz 98 ff; Gomille, GPR 2011, 191 FN 58; Amort, EuR 2013, 274; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 51; Schuler, Verantwortlichkeit 192 f; Berger/Ryborz, WM 2014, 2242 mit FN 36; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 614; Werkvertrag „bzw.“ Vertrag *sui generis* mit werkvertraglichen Elementen; für eine Heranziehung von Werkvertragsrecht Witte/Hrubesch, ZIP 2004 1349; diff Arntz, BKR 2012, 90 f; aA Peters, Haftung 78 und Meyer, Rechtsfragen 79: atypischer Vertrag mit überwiegend werkvertraglichen Elementen; Eisen, Haftung 216 ff: zusammengesetzter Vertrag (Werk- und Dienstvertrag), der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sei; Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; gesetzlich nicht geregelter atypischer Vertrag; ebenso Hennrichs in FS Hadding (2004) 880; Fischer, Haftungsfragen 84; wiederum anders v. Schweinitz, WM 2008, 956, 959: Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter; offen Wagner in FS Blaurock (2013) 473 mit FN 25; Wojcik, NJW 2013, 2386 mit FN 15. Für die Schweiz plädiert Vasella, Haftung 246, für eine Einordnung in das Auftragsrecht (s aber auch dens, ebd 247 FN 1066 [zur abw Rechtslage im Vergleich zu Deutschland]).

⁴⁴¹⁴ Ist eine solche (konkludent) vereinbart (was wohl in der Regel anzunehmen ist, weil nur eine veröffentlichte Bewertung dem vom Emittenten verfolgten Geschäftszweck dient [vgl auch Vasella, Haftung 253 f]), bleibt die Veröffentlichungsentscheidung idR aber nicht alleine der Ratingagentur vorbehalten. Daher befindet sich das „Rating“ auch nicht in ihrer alleinigen Verfügungsmacht (gegen Hennrichs in FS Hadding [2004] 879 f, der ua deswegen die Qualifikation des Ratingvertrags als Werkvertrag verneint).

⁴⁴¹⁵ Öllinger, Haftung 98; Karner, ÖBA 2010, 590; Vetter, WM 2004, 1705; Mühl, Haftung, Rz 98; Arntz, BKR 2012, 90; Schuler, Verantwortlichkeit 192; einräumend Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; Peters, Haftung 77; Hennrichs in FS Hadding (2004) 879; Meyer, Rechtsfragen 78; Eisen, Haftung 215, 218 f; Fischer, Haftungsfragen 82; vgl auch Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; allg zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag s statt aller Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1151 Rz 107; Öllinger, Haftung 166 ff; aufschlussreich auch schon Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 209.

⁴⁴¹⁶ Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 701; vgl Vetter, WM 2004, 1705.

⁴⁴¹⁷ Zimmer in FS Hopt II (2010) 2703; s auch Arntz, BKR 2012, 90; Peters, Haftung 79; Eisen, Haftung 222, 226, 289 f, 298; Blaurock, ZGR 2007, 625; Mühl, Haftung, Rz 98; Jobst/Kapoor, WM 2013, 680; DA/BDI/VDI, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 2; Oehler/Voit, ÖBA 1999, 973; s dazu bereits oben bei FN 1269.

⁴⁴¹⁸ Vgl Hennrichs in FS Hadding (2004) 879 f.

⁴⁴¹⁹ Vgl die Argumentation bei Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7.

⁴⁴²⁰ Abl auch Peters, Haftung 77 f; Habersack, ZHR 169 (2005) 203; Mühl, Haftung, Rz 103; Arntz, BKR 2012, 90.

Ratingagenturen vergleichbar sind,⁴⁴²¹ ist dies auch nicht anders und dennoch werden Gutachtens- und Abschlussprüfungsverträge nach zutreffender hM als Werkverträge qualifiziert.⁴⁴²²

Aus demselben Grund kann auch das eigene Interesse der Ratingagenturen an der Veröffentlichung der Ratingnote keine Rolle für die vertragstypische Einordnung des Ratingvertrags spielen,⁴⁴²³ zumal jeder vernünftige Werkunternehmer eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt (vgl § 1 Abs 1, Abs 2 UGB).⁴⁴²⁴

Nicht überzeugend ist mE ferner das Gegenargument, es fehle an der notwendigen Abnahme des Werks durch den Emittenten (vgl § 640 BGB) bzw Ablieferung seitens der Agentur, weil sich diese mit ihren Bonitätsnoten unmittelbar an die Öffentlichkeit wenden⁴⁴²⁵, ohne dass dies der Emittent verhindern könnte.⁴⁴²⁶ Für diesen Einwand fehlt es jedenfalls hierzulande an einer gesetzlichen Grundlage (vgl § 1168a ABGB: „Übernahme“; vgl aber auch § 646 BGB⁴⁴²⁷). Im Übrigen kann der Emittent das „geistige Werk“ „Rating“ durch Billigung insb im Rahmen des Schlussgesprächs mit der Ratingagentur⁴⁴²⁸

⁴⁴²¹ So hinsichtlich des Gutachtervertrags *Karner*, ÖBA 2010, 590; *Vasella*, Haftung 241; *Vetter*, WM 2004, 1705; vgl *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 879 f; vgl auch oben bei FN 164; aA (keine ausreichende Parallele) *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; *Peters*, Haftung 77; zur Vergleichbarkeit von Ratingagenturen und Abschlussprüfern oben unter „Teil 1.1.B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung“.

⁴⁴²² So in Bezug auf den Gutachtensvertrag *Meyer*, Rechtsfragen 78; *Fischer*, Haftungsfragen 83; *Eisen*, Haftung 219; *Arntz*, BKR 2012, 90; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; *Korth*, Dritthaftung 104; *Schuler*, Verantwortlichkeit 192; vgl auch schon *Last*, Kreditauftrag 370 f; für den Abschlussprüfungsvertrag *Schauer*, RdW 1999, 291; *Walter Doralt/Kozioł* in *Kozioł/Walter Doralt*, Abschlussprüfer 95; BGH X ZR 198/97 NJW 2000, 1107; *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 286; *A. Pinner/H. Pinner/Schmidt*, Nachtrag zu *Staub*, HGB^{12,13} (1932) § 262b Anm 4; *Marsch-Barner* in *Ensthaler*, HGB⁸ (2015) § 318 Rz 3; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 318 Rz 3; *Müller* in *KölnKomm Rechnungslegungsrecht* (2011) § 318 HGB, Rz 46, § 323 HGB, Rz 74; vgl auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung (1938) § 136 AktG, Rz 4, § 141 Rz 8, die aber auch dienstvertragliche Elemente erwähnen; aA (Dienstvertrag) *Ritter*, AktG² (1939) § 42 Rz 11; *Teichmann/Koehler*, AktG³ (1950) § 135 Rz 2.

⁴⁴²³ *Peters*, Haftung 78; *Vetter*, WM 2004, 1705; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 203; aA *Fischer*, Haftungsfragen 84; vgl auch *Meyer*, Rechtsfragen 79.

⁴⁴²⁴ Vgl *Mühl*, Haftung, Rz 103. Dass auch der Emittent ein Interesse an der Bonitätseinstufung hat, versteht sich von selbst, s *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 878; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 701; *Eisen*, Haftung 222. Unverständlich ist es mE daher, wenn gegen die Qualifikation als Werkvertrag eingewendet wird, dass es beim Ratingvertrag an einer „Wertschöpfung“ für den Emittenten fehle (so aber *Hennrichs* in FS Hadding [2004] 879; *Arntz*, BKR 2012, 91).

⁴⁴²⁵ *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; vgl *Arntz*, BKR 2012, 89, 90 f.

⁴⁴²⁶ Diesem Punkt entscheidende Bedeutung zumessend *Peters*, Haftung 78; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 879; *Arntz*, BKR 2012, 91; vgl auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7 f; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 614; *Meyer*, Rechtsfragen 79; Entscheidungsfreiheit der Agentur; vgl ferner v. *Schweinitz*, WM 2008, 956, der meint, man könne den Ratingvertrag nicht als Werkvertrag qualifizieren, weil diesfalls das Entgelt (erst) mit der Abnahme des Werks durch den Emittenten fällig werden müsste (Unberücksichtigt bleibt dabei die – den Parteien wohl jedenfalls zustehende – Befugnis, vertraglich Abweichungen von der dispositiven Ausgangslage zu regeln, ohne dass deswegen der Vertragstyp „Werkvertrag“ in Frage gestellt werden müsste); gegen die Relevanz der „Verwertungsfreiheit“ der Ratingagentur aber *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 701. Auch bei der Abschlussprüfung spricht die Tatsache, dass der Jahresabschluss samt Bestätigungsvermerk zwingend offenzulegen bzw zu veröffentlichen ist (vgl § 277 UGB) und hierüber nicht etwa die geprüfte Gesellschaft nach eigenem Gutdünken entscheidet, nicht gegen die Einordnung des Abschlussprüfungsvertrags als Werkvertrag.

⁴⁴²⁷ Ist das Werk nicht der Abnahme „fähig“, tritt anstelle der Abnahme die Vollendung des Werks, was bedeutet, dass das Gesetz die Abnahme nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Qualifikation des fraglichen Vertrags als Werkvertrag vorsieht (*Arntz*, BKR 2012, 91; vgl auch *Meyer*, Rechtsfragen 78 f; *Fischer*, Haftungsfragen 82; *Mühl*, Haftung, Rz 100).

⁴⁴²⁸ So etwa durch Unterbleiben von Einwänden, Zustimmung zur Veröffentlichung oder Zahlung der Ratinggebühr (*Peters*, Haftung 77; *Meyer*, Rechtsfragen 79 FN 287; *Arntz*, BKR 2012, 91; *Schuler*, Verantwortlichkeit 193).

abnehmen,⁴⁴²⁹ mag er dabei auch vom Ergebnis der Bonitätseinschätzung enttäuscht sein.⁴⁴³⁰

Freilich unterscheidet sich der Ratingvertrag vom klassischen Gutachtens- und Abschlussprüfungsvertrag insofern, als die Ratingagentur dem Emittenten auch die laufende Überwachung und nötigenfalls Anpassung des ursprünglich vergebenen Ratings schuldet.⁴⁴³¹ Dass dieses „Dauerelement“, das grundsätzlich für einen Dienstvertrag sprechen könnte,⁴⁴³² der Qualifikation des Ratingvertrags als Werkvertrag letztlich nicht entgegensteht,⁴⁴³³ zeigt schon die hM zur (Dauer-)Wartung von Kfz oder Maschinen.⁴⁴³⁴ Denn auch eine solche Tätigkeit wird als Werkvertrag eingestuft.⁴⁴³⁵ Entscheidend ist mE auch hier, dass die Parteien vordergründig die künftige Erstellung (allenfalls auch Bestätigung) von Ratings (und nicht das Bemühen um diese) bezwecken. Die Aktualisierung des Ratings kann also als erfolgsbezogener Einzelauftrag qualifiziert werden.⁴⁴³⁶

Schließlich ist auch auf die Parallele zum Kaufvertragsrecht zu verweisen: Dass der Kaufvertrag typischerweise ein Zielschuldverhältnis darstellt, hindert die hM nicht daran, Sukzessivlieferungsverträge (die für eine bestimmte Dauer abgeschlossen werden), dem Kaufvertragsrecht zu unterwerfen.⁴⁴³⁷

⁴⁴²⁹ Peters, Haftung 77; Hennrichs in FS Hadding (2004) 879; Fischer, Haftungsfragen 82 f; vgl Mühl, Haftung, Rz 101 FN 22; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 51. Warum aber darüber hinaus auch noch die Übergabe von Unterlagen erforderlich sein soll (so Hennrichs in FS Hadding [2004] 879), leuchtet mE nicht ein (vgl auch Peters, Haftung 77).

⁴⁴³⁰ Vetter, WM 2004, 1705.

⁴⁴³¹ Eisen, Haftung 216 f, 237; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703: „wie üblich“, 707; Fischer, Haftungsfragen 82 FN 265: „häufig“ geschuldet; Vasella, Haftung 240, 250, 257 f; vgl Vetter, WM 2004, 1707; dies übersehend Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7 f.

⁴⁴³² Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 7; Eisen, Haftung 218; vgl § 1151 Abs 1 ABGB: „Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“; vgl auch Vetter, WM 2004, 1705.

⁴⁴³³ AA Eisen, Haftung 219 ff, der hinsichtlich der Überwachung von einem Dienstvertrag ausgeht. Entgegen Eisen liegt mE die Parallele zum Wartungsvertrag nicht fern. Wie er selbst schreibt, geht es dort um die Erhaltung der Funktionstüchtigkeit des Wartungsgegenstands (Eisen, Haftung 219 f). Die Erhaltung der Funktionstauglichkeit des Ratings ist aber gerade auch Zweck der Überwachung und ggf Anpassung desselben (vgl Eisen, Haftung 233).

⁴⁴³⁴ Vgl Öllinger, Haftung 98.

⁴⁴³⁵ Krejci in Rummel, ABGB³ (2000) § 1166 Rz 65: „Verpflichtung zur Durchführung wiederkehrender Werke“; Koziol/Welser, Grundriß II¹³, 255; s auch OGH 2 Ob 226/05 g JBl 2007, 102 (103).

⁴⁴³⁶ Zutr Meyer, Rechtsfragen 78; iE auch Mühl, Haftung, Rz 98; aA Eisen, Haftung 220. Freilich entspricht es nicht der Vertragssitte, dass die Ratingagenturen ein bestimmtes Rating versprechen (Eisen, Haftung 220); dies ist beim „Auftrag“ über das Erstrating aber auch nicht anders, den Eisen (Haftung 222) als Werkvertrag einstuft. Dieser Umstand kann folglich nicht maßgeblich für die Qualifikation des Folgerating-„Auftrags“ als Dienstvertrag sprechen. Richtig ist auch, dass die Ratingagentur das Ratingergebnis über den Zeitraum der Überwachung hinweg uU nicht abändern muss (was Eisen, Haftung 220, dazu bestimmen dürfte, insoweit von einem Dienstvertrag auszugehen); dann liegt der Erfolg der Tätigkeit der Ratingagentur mE aber in der Bestätigung des ursprünglich vergebenen Ratings. Sonst müsste man den Wartungsvertrag auch als Dienstvertrag qualifizieren, weil es möglich ist, dass der Wartende den Wartungsgegenstand nur überprüft, aber nichts weiter unternehmen muss, um seine Funktionstauglichkeit zu erhalten.

⁴⁴³⁷ S nur Koziol/Welser, Grundriß II¹³, 169; vgl für die Schweiz Vasella, Haftung 281. Selbst bei Einordnung des Ratingvertrags als Dienstvertrag, atypischer Vertrag oder typenkombinierter Vertrag kann man freilich über das Institut der positiven Vertragsverletzung ebenso zu einer Haftung gelangen, s etwa Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 8; Fischer, Haftungsfragen 84. Es kommt also nicht primär auf die Einordnung des Vertrags an (Streit um des Kaisers Bart?), sondern um die exakte Pflichtenbestimmung (Karner, ÖBA 2010, 590; Hennrichs in FS Hadding [2004] 880; vgl auch Arntz, BKR 2012, 91).

2. Fehlerhaftes Rating als Mangel

Mit der Qualifikation des Ratingvertrags als entgeltlichen Werkvertrag (s. oben S. 479 ff.) steht zugleich fest, dass ein fehlerhaft negatives Rating einen Sachmangel iSd § 1167, § 922 Abs. 1 ABGB darstellt.⁴⁴³⁸

Berücksichtigt man die Selbstdarstellung der Ratingagentur(en), muss man den Ratingvertrag ergänzend⁴⁴³⁹ dahingehend auslegen⁴⁴⁴⁰, dass die Ratingagentur dem Emittenten eine professionelle Bonitätsbeurteilung schuldet (vgl. dazu § 922 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, Abs. 2 Satz 1, § 923 Satz 1, § 1299 ABGB, § 347 UGB). Die Einhaltung strenger Sorgfaltsstandards erscheint insb. auch aufgrund der beträchtlichen Ratinggebühren dem hypothetischen Parteiwillen zu entsprechen. Daran vermögen auch allfällige Klauseln der Ratingagentur nichts zu ändern, wonach die Richtigkeit des Ratings bzw. das Bemühen um diese nicht geschuldet sei. Dies steht nämlich mit dem Vertragszweck in Widerspruch und ist daher unbeachtlich.⁴⁴⁴¹

Die Ratingagentur muss also eine Bewertung vornehmen, die der Sorgfalt einer ordentlichen Ratingagentur gerecht wird.⁴⁴⁴² Dabei ist freilich nicht unbedingt die Bestnote („AAA“) geschuldet, sondern ein gewissenhaft erstelltes Bonitätsurteil, weil nur ein solches von Investoren beachtet wird und daher seine Funktion für den Kapitalmarkt erfüllen kann.⁴⁴⁴³ Die Ratingagentur ist vertraglich namentlich zur Angemessenheit der Informationsbasis, zur Anwendung eines sorgfältigen Ratingverfahrens sowie dazu verpflichtet, eine vertretbare Bonitätseinschätzung vorzunehmen⁴⁴⁴⁴ (s. bereits oben S. 470 ff.). Verschulden ihrer Mitarbeiter bei der Bewertung muss sich die Ratingagentur nach § 1313a ABGB umfassend zurechnen lassen.⁴⁴⁴⁵

⁴⁴³⁸ Vgl. für Deutschland Habersack, ZHR 169 (2005) 203; Vetter, WM 2004, 1706; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 616; Meyer, Rechtsfragen 80; Gomille, GPR 2011, 191; Arntz, BKR 2012, 92.

⁴⁴³⁹ Zur Charakterisierung des ausdr. Ausschlusses der Richtigkeitsgewähr durch die Ratingagentur als Haftungsfreizeichnung (und nicht als kontrollfreie Leistungsbeschreibung), s. unten nach FN 5243.

⁴⁴⁴⁰ Vgl. dazu Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 702; Mühl, Haftung, Rz. 112.

⁴⁴⁴¹ Mühl, Haftung, Rz. 111 f.; s. auch noch unten bei FN 5245.

⁴⁴⁴² Öllinger, Haftung 98 f.; Vetter, WM 2004, 1705 f.; Habersack, ZHR 169 (2005) 201 ff.; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz. 48; Schuler, Verantwortlichkeit 194 f.; vgl. *Commercial Financial Services, Inc. v. Arthur Andersen LLP*, abrufbar unter: <http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/2004/439633.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2015), Rz. 22 (Court of Civil Appeals of Oklahoma 2004): „The agencies did not promise to give a certain rating, but it is implicit in the parties' business relationship that the rating would be made in a non-negligent way.“ Zu diesen Ratingstandards s. oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ. Die Anforderungen im Einzelnen“.

⁴⁴⁴³ Eisen, Haftung 227 f.

⁴⁴⁴⁴ Eisen, Haftung 228 ff., 243 f.; Peters, Haftung 79; Habersack, ZHR 169 (2005) 203; Vetter, WM 2004, 1705 f.; Meyer, Rechtsfragen 81; Fischer, Haftungsfragen 53 ff., 85 und Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 703 ff. (die aber die Vertretbarkeit der Bonitätsnote nicht explizit erwähnen); speziell zum Verfahren und zur Vertretbarkeit Arntz, BKR 2012, 92; vgl. Karner, ÖBA 2010, 590 f.; Hennrichs in FS Hadding (2004) 880 ff.; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 616; vgl. zum bankinternen Rating Rohe/Lischek, WM 2006, 1937. Zur erforderlichen Anpassung des Ratings s. noch unten bei FN 4467.

⁴⁴⁴⁵ Vgl. Schuler, Verantwortlichkeit 199; vgl. dazu oben nach FN 4341.

Werden diese Anforderungen nicht eingehalten und wird dadurch das Arbeitsergebnis, der Werkerfolg, beeinträchtigt⁴⁴⁴⁶, entspricht die überlassene Sache (Rating) bei Übergabe (Erstellung des Ratings) nicht dem Vertrag (§ 922 Abs 1 Satz 1, § 924 Satz 1 ABGB).⁴⁴⁴⁷

3. Gewährleistungsbefehle

Der Emittent hat im Falle der Mangelhaftigkeit⁴⁴⁴⁸ des (auch Folge-⁴⁴⁴⁹)Ratings (s. oben S 483 f) das Recht, auf Kosten der Ratingagentur⁴⁴⁵⁰ Verbesserung (Korrektur des Ratings) zu fordern (§ 932 Abs 1, Abs 2 ABGB).⁴⁴⁵¹ Diesen „primären“ Gewährleistungs-Rechtsbehelf könnte er insb. dann ausüben, wenn ihn die Ratingagentur vor Veröffentlichung des Ratings über dieses informiert und ihn damit implizit um ein branchenübliches *feedback* bittet.⁴⁴⁵² Verweigert die Ratingagentur allerdings die Ratinganpassung oder nimmt sie diese nicht binnen angemessener Frist vor, kann⁴⁴⁵³ der Emittent Preisminderung⁴⁴⁵⁴ oder alternativ⁴⁴⁵⁵ Wandlung des Ratingvertrags⁴⁴⁵⁶ verlangen (§ 932 Abs 4 Satz 2 ABGB) und gegebenenfalls das „Zuviel“-Bezahlte bereicherungsrechtlich gem § 1435 ABGB zurückfordern.⁴⁴⁵⁷ Zieht man die beträchtlichen Ratinggebühren⁴⁴⁵⁸ in Betracht, wird er daran sogar ein beachtliches Interesse haben. Handelt die Ratingagentur schuldhaft (vgl. § 1298 ABGB), kann der Emittent die erwähnten Ansprüche auf § 933a ABGB (Schadenersatz statt Gewährleistung) stützen⁴⁴⁵⁹ und dann von der längeren Verjährungsfrist des § 1489 ABGB profitieren (vgl. dagegen § 933 ABGB).

⁴⁴⁴⁶ Ohne Einfluss des Verfahrensfehlers auf das Ratingergebnis kann man mE nicht von einem Mangel sprechen; vgl. *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 883.

⁴⁴⁴⁷ Zu § 924 Satz 2 ABGB s. unten nach FN 5194.

⁴⁴⁴⁸ Zu betonen ist, dass die Gewährleistungsbefehle (wie etwaige Schadenersatzansprüche) bei einem sorgfältig erstellten, jedoch für den Emittenten ungünstigen Rating nicht zustehen (vgl. *Peters*, Haftung 79).

⁴⁴⁴⁹ Diesen Anspruch verneint *Eisen*, Haftung 241, aufgrund der mE unzutreffenden Einordnung des Ratingvertrags im Hinblick auf die Überwachung und Anpassung des Ratings als Dienstvertrag (dazu oben in FN 4436).

⁴⁴⁵⁰ *Mühl*, Haftung, Rz 118.

⁴⁴⁵¹ Vgl. dazu aus deutscher Sicht *Peters*, Haftung 79; *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Eisen*, Haftung 234; *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 703, 718; *Mühl*, Haftung, Rz 118; *Arntz*, BKR 2012, 92. Weil es sich bei einem Rating nicht um eine *körperliche* (vgl. § 292 ABGB: „in die Sinne fallen“), bewegliche Sache (s. dazu *Kerschner* in *Jabornegg/Arntmann*, UGB² [2010] § 381 Rz 10) handelt (*Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 701; *Eisen*, Haftung 219), setzt die Ausübung der Gewährleistungsbefehle nicht voraus, dass der Emittent der Ratingagentur den Mangel binnen angemessener Frist angezeigt hat (vgl. § 381 Abs 2 UGB).

⁴⁴⁵² Vgl. dazu bereits oben bei FN 4335.

⁴⁴⁵³ Freilich könnte der Emittent weiterhin auf Nachbesserung beharren, an der er wohl aufgrund der großen Bedeutung von Ratings selbst nach Durchführung der Emission ein Interesse haben könnte (zu pauschal mE *Vetter*, WM 2004, 1706 FN 78).

⁴⁴⁵⁴ Vgl. dazu aus deutscher Sicht *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 703; *Arntz*, BKR 2012, 92. Die Preisminderung müsste freilich nach der relativen Berechnungsmethode gegen Null (Euro) gehen, weil ein unzutreffendes Rating für den Emittenten kaum etwas wert sein wird (zutr. *Thiele*, Rating 32; vgl. auch *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Eisen*, Haftung 234 FN 928; vgl. zur Gewährleistung gegenüber Abonnementen *Vasella*, Haftung 286).

⁴⁴⁵⁵ Ein unzutreffendes Ratingergebnis wird wohl nie einen geringfügigen Mangel iSd § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB darstellen, weswegen der Emittent stets das Recht hätte, Wandlung alternativ zur Preisminderung zu begehren (§ 932 Abs 4 Satz 2 ABGB).

⁴⁴⁵⁶ Vgl. dazu aus deutscher Sicht *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 703; *Arntz*, BKR 2012, 92; *Peters*, Haftung 79; *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Eisen*, Haftung 234 FN 928.

⁴⁴⁵⁷ Vgl. allg. zur Liquidierung des Minderwerts einer entgoltenen Information: *Assmann* in FS Lange (1992) 354 f.

⁴⁴⁵⁸ Oben bei und in FN 1852.

⁴⁴⁵⁹ Vgl. dazu aus deutscher Sicht *Arntz*, BKR 2012, 92.

4. Ersatz des Mangelfolgeschadens

1) Praktisch wichtiger als die Ausübung der Gewährleistungsbehelfe ist freilich die Kompensation des Mangelfolgeschadens des Emittenten. Dies ist jener Vermögensschaden, den der Emittent zusätzlich zu dem in der Mangelhaftigkeit des Ratings selbst liegenden Schaden (Mangelschaden) infolge dieser Mangelhaftigkeit erleidet.⁴⁴⁶⁰ Den Mangelfolgeschaden kann der Emittent von der Ratingagentur nach vertraglichen Grundsätzen ersetzt verlangen⁴⁴⁶¹ (§ 933a Abs 1, Abs 3 Fall 2: „eines durch diese [Mangelhaftigkeit] verursachten weiteren Schadens“, § 1295 Abs 1 HS 2 Fall 1 ABGB).

Diesbezüglich gilt das zur deliktischen Kreditschädigungshaftung Ausgeführte (oben S 474 ff) grundsätzlich sinngemäß.⁴⁴⁶² Für den vertraglichen Bereich ist aber die Besonderheit zu beachten, dass die Ratingagentur dem Emittenten aufgrund des Ratingvertrags ein sorgfältig erstelltes Rating schuldet. Der Vermögensnachteil des Emittenten ergibt sich hier also nicht aus dem Vergleich zwischen tatsächlichem Vermögen und hypothetischen Vermögen des Emittenten bei Unterlassung der fehlerhaften Bonitätsbewertung.⁴⁴⁶³ Vielmehr kommt es auf die Differenz zwischen tatsächlichem Vermögensstand und jenem bei hypothetisch korrekter Raterstellung an.⁴⁴⁶⁴ Aufgrund von § 273 ZPO ist aber nicht unbedingt erforderlich, dass der geschädigte Emittent das konkrete Rating nachweist, das bei pflichtgemäßem Verhalten hätte erteilt werden müssen.⁴⁴⁶⁵ Auch sind im vertraglichen Bereich solche Nachteile ersatzfähig, die der Emittent dadurch erleidet, dass die Ratingagentur ihr fehlerhaftes Rating widerruft, ohne zugleich eine neue Bewertung vorzunehmen.⁴⁴⁶⁶ Und schließlich ist der entgangene Gewinn im Verhältnis der Ratingvertragsparteien gem § 349 UGB auch bei leichtem Verschulden ersatzfähig.

⁴⁴⁶⁰ Davon zu unterscheiden ist der Schaden des Emittenten, der ihm aufgrund einer (gemessen an der vertraglichen Vereinbarung) verspäteten Publikation des Ratings erwächst (s dazu *Blaurock*, ZGR 2007, 628 FN 133, 629 FN 136; vgl *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 70). Verspätet wird dabei insb ein Emissionsrating sein, dass nach der Emission veröffentlicht wird (vgl *Peters*, Haftung 78; *Eisen*, Haftung 224). Dieser Verspätungsschaden ist als Schaden aus Verzug ersatzfähig (§ 918 Abs 1 ABGB). Auch der (ebenso ersatzfähige) Schaden, der aus einer unberechtigten Veröffentlichung eines (wenn auch fehlerfreien) Ratings entsteht, ist gesondert zu betrachten (s dazu *Blaurock*, ZGR 2007, 629 FN 136; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 616; *Arntz*, BKR 2012, 92).

⁴⁴⁶¹ *Krämer* in *Achleitner/Everling*, Handbuch Ratingpraxis 704; *Meyer*, Rechtsfragen 80; *Eisen*, Haftung 235; *Mühl*, Haftung, Rz 120; *Arntz*, BKR 2012, 92; *Schuler*, Verantwortlichkeit 200; *Amort*, EuR 2013, 274; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2242; iE *Vetter*, WM 2004, 1706; vgl dazu *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 8; *Blaurock*, ZGR 2007, 629.

⁴⁴⁶² Vgl *Meyer*, Rechtsfragen 81, 82 f FN 301; *Peters*, Haftung 81, der meint, eine vertragliche Haftung könne zumindest nicht weniger streng ausfallen; für eine strengere vertragliche Haftung *Eisen*, Haftung 236 f.

⁴⁴⁶³ S zum deliktischen Bereich oben bei FN 4356.

⁴⁴⁶⁴ *Vasella*, Haftung 195, 270 f.

⁴⁴⁶⁵ Vgl *Eisen*, Haftung 254.

⁴⁴⁶⁶ S dazu *Däubler*, BB 2003, 433.

Nicht mit Hilfe des Ersatz des Mangelfolgeschadens, wohl aber mit dem Instrument der positiven Vertragsverletzung lässt sich mE der Schadensfall bewältigen, in dem die Ratingagentur ihr Rating nicht rechtzeitig (an bonitätsverbessernde Veränderungen) anpasst. Denn bei nachträglich erforderlicher Anpassung des Ratings ist die „Sache“ nicht bereits bei Übergabe mangelhaft, weswegen das Vorliegen eines Mangels iSd § 924 Satz 1 ABGB ausscheidet.⁴⁴⁶⁷

2) Das Verfassungsrecht steht der soeben skizzierten vertraglichen Haftung mE schon deswegen nicht entgegen, weil das Recht auf freie Rede nach seiner verfassungsrechtlichen Ausgestaltung ein beschränkbares Recht darstellt⁴⁴⁶⁸.⁴⁴⁶⁹ ME kann auch nicht alleine in der Unterlassung eines Widerspruchs oder einer Stellungnahme gegen die Ratingveröffentlichung durch den Emittenten ein konkludenter Verzicht desselben auf die Geltendmachung von (Gewährleistungs- und) Schadenersatzansprüchen erblickt werden.⁴⁴⁷⁰ Es fehlt hierbei an der erforderlichen Zweifelsfreiheit (§ 863 ABGB).

⁴⁴⁶⁷ So für Deutschland *Schuler*, Verantwortlichkeit 231.

⁴⁴⁶⁸ *Berka*, ZfRV 1990, 41; s auch zum Stellenwert der Privatautonomie in der Verfassungsrechtsordnung *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742.

⁴⁴⁶⁹ Vgl *Commercial Financial Services, Inc. v. Arthur Andersen LLP*, abrufbar unter: <http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/2004/439633.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2015), Rz 18 f (Court of Civil Appeals of Oklahoma 2004).

⁴⁴⁷⁰ IE aA *Schroeter*, Ratings 811 f.

Teil 2: Haftung nach der EU-RatingVO

I. Einführung

A. Überblick über den Regelungsinhalt der EU-RatingVO und Gang der Darstellung

1) Seit dem 20.6.2013 ist mit Art 35a EU-RatingVO eine europarechtliche Haftungsnorm in Kraft, die die Verantwortlichkeit von Ratingagenturen ausdrücklich regelt und die ohne weitere Umsetzungsakte in den Mitgliedstaaten der EU unmittelbar gilt⁴⁴⁷¹ (Art 288 AEUV). Gestützt auf Art 35a EU-RatingVO können sowohl Anleger als auch Emittenten unter bestimmten Voraussetzungen⁴⁴⁷² Schadenersatzansprüche gegen Ratingagenturen geltend machen.

Das wissenschaftliche Interesse an der EU-RatingVO und insb an ihrem Haftungsartikel wächst va in jüngster Zeit an, und zwar auch in Österreich.⁴⁴⁷³ Eine Arbeit, die wie die hier vorgelegte die Haftung von Ratingagenturen „aus österreichischer Sicht“ behandeln möchte, erschiene in der Tat grob unvollständig, würde sie die europäische Haftungsdimension und insb das Verhältnis derselben zum nationalen Haftungsrecht⁴⁴⁷⁴ nicht näher beleuchten.

Überhaupt ist die Frage berechtigt, warum das – gegenüber dem nationalen Recht vorrangige⁴⁴⁷⁵ – Europarecht erst an dieser Stelle betrachtet wird. Dies ist zum einen in Art 35a Abs 5 EU-RatingVO begründet, der die allfällige Haftung nach nationalem Recht ausdrücklich unberührt lässt. Zum anderen liegt es an der Systematik der „europarechtlichen“ Haftung („Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO),⁴⁴⁷⁶ die für Zwecke des Art 35a EU-RatingVO in einigen Fragen ergänzend auf das nationale Haftungsrecht verweist. Daher ist es mE zweckmäßig, einige national-rechtliche Vorfragen im Vorhinein zu untersuchen, sodass auf diese im Folgenden aufgebaut und verwiesen werden kann.

Die (bereits zweifach novellierte⁴⁴⁷⁷) EU-RatingVO idgF regelt nicht nur die (privatrechtliche) Haftung der Ratingagenturen, sondern enthält größtenteils öffentlich-rechtliche Bestimmungen betreffend die Aufsicht über die in der EU agierenden

⁴⁴⁷¹ Becker, DB 2010, 944; Cortez/Schön, ZfK 2010, 229 FN 23; Dutta, WM 2013, 1729.

⁴⁴⁷² S dazu unten unter „Teil 2.II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO“.

⁴⁴⁷³ Vgl die Nw unten unter „Teil 2.II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO“, insb Gass, Schadenersatzansprüche; Schantz, Verantwortlichkeit 353 ff.

⁴⁴⁷⁴ S dazu unten unter „Teil 2.II.A.10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)“.

⁴⁴⁷⁵ S nur Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 1 AEUV, Rz 16.

⁴⁴⁷⁶ S dazu unten unter „Teil 2.II.A.1. Systematik des Art 35a und „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO“.

⁴⁴⁷⁷ S zur Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO unten unter „Teil 2.I.B. Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO“.

Ratingagenturen.⁴⁴⁷⁸ Ausführlich beschrieben werden dabei diverse „Wohlverhaltensregeln“⁴⁴⁷⁹ solcher Ratingagenturen⁴⁴⁸⁰ in Bezug auf deren Unabhängigkeit, die Qualität sowie Transparenz ihrer Arbeit.⁴⁴⁸¹ Mittlerweile wacht über die Einhaltung dieser Pflichten die ESMA (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde),⁴⁴⁸² die bei Verstößen dagegen je nach Schwere der Rechtsverletzung⁴⁴⁸³ bestimmte hoheitliche Maßnahmen ergreifen kann. Insb kommt ihr die Befugnis zu, Geldbußen⁴⁴⁸⁴, Zwangsgelder⁴⁴⁸⁵ oder gar ein (eingeschränktes) Ratingverbot⁴⁴⁸⁶ zu verhängen.

2) Dieser Teil (2) der Arbeit soll indes nur die haftungsrechtliche Relevanz der EU-RatingVO behandeln. Er würde zu sehr anschwellen, wollte man darin auch das gesamte Aufsichtsregime ausführlich und unabhängig davon darlegen, ob der geschädigte Anleger oder Emittent daraus Ansprüche ableiten kann.

Zu diesem Zwecke wird zunächst die Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO (S 490 ff) und das dahinter stehende Regelungsanliegen des europäischen Gesetzgebers (S 500 ff) erklärt, weil dies auch für die Auslegung und das Verständnis des Art 35a EU-RatingVO bedeutsam ist. Danach soll in einem Allgemeinen Teil auf die allgemeinen Haftungsgrundsätze der EU-RatingVO eingegangen werden (S 504 ff), ehe die haftungsbegründenden Pflichtverletzungen der Ratingagenturen in einem Besonderen Teil konkreter dargestellt werden (S 544 ff).

⁴⁴⁷⁸ S Witte/Henke, DB 2013, 2257; Wojcik, NJW 2013, 2385; Dutta, WM 2013, 1729.

⁴⁴⁷⁹ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 489; vgl zur Anlageberatung Wendehorst, ÖBA 2010, 563.

⁴⁴⁸⁰ Seit der EU-RatingVO-Novelle II werden in der EU-RatingVO auch Pflichten für Mitglieder und Anteilseigner der Ratingagenturen (Art 6a *leg cit*) sowie Emittenten, Originatoren und Sponsoren mit Sitz in der Union in Bezug auf strukturierte Finanzinstrumente (Art 8b *leg cit*) normiert. Auf diese Pflichten wird mangels Relevanz für das Thema der vorliegenden Arbeit nicht im Detail eingegangen.

⁴⁴⁸¹ S Art 1 Satz 1 EU-RatingVO; ErwGr 1 EU-RatingVO-Novelle II; Deipenbrock, WM 2009, 1169, 1173 f; Haar, ZBB 2010, 188; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Lerch, BKR 2010, 405; Däubler, WM 2011, 1834; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 465; Wagner in FS Blaurock (2013) 470; Witte/Henke, DB 2013, 2257, 2260; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297; Bauer, BB 2013, 363; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 3; Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 1; zur EU-RatingVO-Novelle II s ErwGr 49 EU-RatingVO-Novelle II; Haar, DB 2013, 2489.

⁴⁴⁸² Art 21 ff EU-RatingVO; ErwGr 1 EU-RatingVO-Novelle II; ausf Däubler, WM 2011, 1830 ff; s ferner Cortez/Schön, ZfK 2010, 228 f; Haar, NZG 2010, 1281; Weber, NJW 2010, 275; Becker, DB 2010, 945; Thönningsen, ZBB 2011, 468; Möllers/Wecker, ZRP 2012, 107; Amort, EuR 2013, 281; Witte/Henke, DB 2013, 2257; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297 f; Bauer, BB 2013, 363; Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 4.

⁴⁴⁸³ S die Kriterien in Art 24 Abs 2 EU-RatingVO; vgl auch ErwGr 58 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁴⁸⁴ Art 36a EU-RatingVO; s dazu Oppitz, ÖZW 2011, 67; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298.

⁴⁴⁸⁵ Art 36b EU-RatingVO; s dazu Oppitz, ÖZW 2011, 67.

⁴⁴⁸⁶ Art 24 Abs 1 lit b und c EU-RatingVO.

B. Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO

1. Ein Kind der Finanzkrise

1) Ursprünglich wurde die „staatliche“ Regulierung von Ratingagenturen für überflüssig erachtet. Leitgedanke war dabei, dass dem Ratingmarkt ohnehin eine „selbstreinigende Wirkung“ innewohne. Ratingagenturen, die unseriöse Ratings abgeben, wären danach nicht überlebensfähig.⁴⁴⁸⁷ Anleger würden aufgrund der negativen Reputation, die mit schlechten Ratingleistungen einherginge, davon Abstand nehmen, unzuverlässigen Ratingagenturen (weiterhin) Vertrauen zu schenken.⁴⁴⁸⁸ Dies hätte wiederum zur Folge, dass Emittenten mit solchen Agenturen keinen Ratingvertrag abschließen wollen, weil eine Bonitätsbewertung, auf die niemand vertraut, nichts wert ist.⁴⁴⁸⁹ Die Ratingagenturen wären aufgrund dieser Marktregulierung ausreichend unter Druck gesetzt, qualitativ hochwertige Ratings abzugeben.⁴⁴⁹⁰

Gestärkt wurde dieses liberale Denken durch den seit 2004 bestehenden „Verhaltenskodex“⁴⁴⁹¹ für Ratingagenturen⁴⁴⁹² (*Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies*), herausgegeben von der Internationalen Organisation der Wertpapierkommissionen (IOSCO). Diesem Code konnten bzw. können sich die Ratingagenturen freiwillig unterwerfen.⁴⁴⁹³ Er sieht bestimmte Verhaltensregeln (ähnlich dem *Corporate Governance Kodex*⁴⁴⁹⁴ [vgl. § 243b UGB]) nach dem System „*comply or explain*“ vor.⁴⁴⁹⁵ Die mit derartigem *soft law* einhergehende Selbstregulierung mache einen „staatlichen“ Eingriff in die Ratingbranche obsolet, so die Gegner der „staatlichen“ Regulierung, zumal die Ratingagenturen aufgrund des damit verbundenen Werbeeffekts

⁴⁴⁸⁷ Vgl. Blaurock, ZGR 2007, 641; Bremer, NZG 2011, 100.

⁴⁴⁸⁸ Vgl. European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 46: „reputational risk“; s. dazu Amort, EuR 2013, 280; Däubler, WM 2011, 1831; Möllers, JZ 2009, 863; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 659.

⁴⁴⁸⁹ Vgl. Haar, ZBB 2009, 178; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16.

⁴⁴⁹⁰ S. zu diesem Ansatz Däubler, WM 2011, 1831; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2694.

⁴⁴⁹¹ Der Begriff „Verhaltenskodex“ ist genau genommen nicht ganz korrekt. Denn der *Code of Conduct Fundamentals* enthält Regelungen, wie die Verhaltenskodizes der Ratingagenturen zu gestalten sind; s. etwa Lerch, BKR 2010, 404 FN 39.

⁴⁴⁹² *The Technical Committee of the IOSCO, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* (revised version 2008), abrufbar unter: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015).

⁴⁴⁹³ Vgl. ErwGr 8 EU-RatingVO (Stammfassung); zum unverbindlichen Charakter s. Deipenbrock, BB 2005, 2086 f.; dies, WM 2009, 1166; Haar, ZBB 2009, 183; Habersack, ZHR 169 (2005) 193 f.; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658; Karner, ÖBA 2010, 588; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2164; Oppitz, ÖZW 2011, 65; Gomille, GPR 2011, 189; Thönningsen, ZBB 2011, 463; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15; Blaurock, JZ 2012, 231; s. aber auch Vasella, Haftung 152.

⁴⁴⁹⁴ S. dazu U. Torggler, Gesellschaftsrecht I Rz 20; ferner die Erläuterungen zum Österreichischen Corporate Governance Kodex (P I).

⁴⁴⁹⁵ Art 4.1 *Code of Conduct Fundamentals*; Deipenbrock, BB 2005, 2087; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Blaurock, ZGR 2007, 638; Korth, Dritthaftung 22; Cortez/Schön, ZfK 2010, 229 FN 10; Vasella, Haftung 149, 154; vgl. Europäische Kommission, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 8; s. auch den Anh. zur Mitteilung der Kommission über Rating-Agenturen (2006/C 59/02), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/agencies/annex_de.pdf (zuletzt abgerufen am 25.03.2015). Der *Code of Conduct Fundamentals* geht auf das noch allgemeiner gehaltene *Statement of Principles (The Technical Committee of the IOSCO, Statement of Principles Regarding the Activities of Credit Rating Agencies)*, abrufbar unter: <http://www.fsa.go.jp/inter/ios/20030930/02.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015)) zurück (s. *Code of Conduct Fundamentals* 1 f.).

ein großes Interesse an der fakultativen Unterwerfung unter diesen Kodex hätten. Vor diesem Hintergrund sei es auch unproblematisch, dass der *Code of Conduct Fundamentals* keine ausdrückliche Sanktionsanordnung⁴⁴⁹⁶ enthalte.

Aus den vorstehenden Gründen hatte selbst die Europäische Kommission einem Ratschlag des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR)⁴⁴⁹⁷ folgend noch 2006 legislative Maßnahmen im Bereich der Kredit-Ratings für nicht erforderlich erachtet („wait and see“-Ansatz).⁴⁴⁹⁸ Gestützt wurde diese Ansicht nicht nur auf den erwähnten IOSCO-„Verhaltenskodex“ für Ratingagenturen, sondern auch auf bereits damals geltende, europarechtliche Richtlinien⁴⁴⁹⁹, in denen auf die Tätigkeit der Agenturen zumindest Bezug genommen wurde.⁴⁵⁰⁰

2) Erste Zweifel an der Regulierungskraft des Markts dürften jedoch spätestens dann aufgekommen sein, als berühmte Unternehmen Insolvenz anmelden mussten, denen relativ kurz vor ihrem wirtschaftlichen Zusammenbruch gute Kreditwürdigkeit von den Ratingagenturen bescheinigt wurde. Namen wie „Enron“, „Parmalat“, „Worldcom“, „IKB-Bank“, „Bear Stearns“ oder „Lehman Brothers“, die zum Teil sogar Assoziationen mit Finanzskandalen wecken, dürften wohl bei dem einen oder anderen Geldgeber noch immer Schauer auslösen.⁴⁵⁰¹ Die Insolvenz des Unternehmens *Enron* wird dabei als Zäsur der Regulierungsdiskussion betrachtet, die das Hauptaugenmerk derselben von ratingbasierter auf ratinggerichtete Regulierung verlagerte.⁴⁵⁰² Denn *Enron* konnte sich immerhin 4 Tage vor seiner Insolvenz mit einem *investment-grade* Rating schmücken.⁴⁵⁰³ *Lehman Brothers*, um ein weiteres Beispiel zu nennen, verfügte am Tag der „Gläubigerschutzanmeldung“,

⁴⁴⁹⁶ Habersack, ZHR 169 (2005) 194; Thönningsen, ZBB 2011, 463.

⁴⁴⁹⁷ CESR, technical advice to the European Commission on possible measures concerning credit rating agencies, CESR/05-139 b (s insb dessen Z 256 ff); Däubler, WM 2011, 1831.

⁴⁴⁹⁸ Blaurock, ZGR 2007, 639; Seibt in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen 201; Deipenbrock, WM 2009, 1168; Möllers, JZ 2009, 863; ders/Wecker, ZRP 2012, 106; Spindler, AG 2010, 609; Becker, DB 2010, 941; Korth, Dritthaftung 23; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297; Amort, EuR 2013, 280.

⁴⁴⁹⁹ Vgl RL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, ABl L 2003/96, 16; RL 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 2006/177, 1; RL 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl L 2006/177, 201.

⁴⁵⁰⁰ Mitteilung der Kommission über Rating-Agenturen (2006/C 59/02) 5; Lerch, BKR 2010, 404; vgl ferner *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 53 ff sowie *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/06/8.

⁴⁵⁰¹ S zu diesen Schadensfällen Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660 mit FN 33; Berger/Stemper, WM 2010, 2289 mit FN 2; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 5; s speziell zur IKB-Bank *Florstedt*, AG 2010, 315 ff; OLG Düsseldorf I-6 W 45/09, AG 2010, 126.

⁴⁵⁰² Däubler, WM 2011, 1831 FN 36.

⁴⁵⁰³ Lowenstein, Triple-A Failure, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2008/04/27/magazine/27Credit-t.html?pagewanted=all&_r=1& (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660; Forschner, J&E 2012/1, 6 FN 1; vgl Lerch, BKR 2010, 404; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297.

dem 15.9.2008, über ein erstklassiges Rating⁴⁵⁰⁴, obwohl sich die Konzernverschuldung bereits Ende Mai 2008 auf USD 613 Mrd belaufen hatte.⁴⁵⁰⁵

Endgültigen Anstoß für ein Einschreiten des europäischen Gesetzgebers dürfte aber die (auch teilweise mit den eben erwähnten Präzedenzfällen zusammenhängende) Kritik an den Ratingagenturen gewesen sein, die deren Bewertung von strukturierten Finanzinstrumenten⁴⁵⁰⁶ betraf. Diese Ratings wurden bekanntlich im Zuge der US-Subprime Hypothekenkrise und der damit einhergehenden⁴⁵⁰⁷ weltweiten Finanzkrise zunehmend hinterfragt.⁴⁵⁰⁸

Ausgangspunkt war dabei folgender: Um die eigene Liquidität zu steigern, verkauften US-Banken („Originatore“) hypothekenbesicherte Kreditforderungen an Zweckgesellschaften („Special Purpose Vehicles“). Letztere bündelten die Forderungen in einem Pool und begaben dabei Wertpapiere, die den zu erwartenden Zahlungsstrom aus den Kreditrückzahlungsansprüchen verbriefen.⁴⁵⁰⁹ Diese Wertpapiere wurden sodann am Kapitalmarkt emittiert, um den Forderungsankauf zu finanzieren.⁴⁵¹⁰

Diese Finanzprodukte waren weltweit für (insb institutionelle) Investoren, wie Banken (zB auch *Lehman Brothers*⁴⁵¹¹ und die *IKB-Bank*⁴⁵¹²), Versicherungsgesellschaften, Pensions- und Investmentfonds⁴⁵¹³ besonders verführerisch. Denn obwohl sie relativ attraktive Zinsen versprachen,⁴⁵¹⁴ wurden sie von den Ratingagenturen als sichere Kapitalanlage eingestuft.⁴⁵¹⁵ 80% dieser Papiere wurden sogar mit dem „heiß begehrten“ „AAA“

⁴⁵⁰⁴ Wildmoser, Gastkommentar: Ratingagenturen haften für ihre Ratings, abrufbar unter: <http://wirtschaftsblatt.at/home/meinung/gastkommentare/1095547/index> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015).

⁴⁵⁰⁵ Presstext, Lehman-Pleite: 613 Mrd. Dollar Schulden, abrufbar unter: <http://www.presstext.com/news/20080915015> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660; vgl Berger/Stemper, WM 2010, 2289.

⁴⁵⁰⁶ Diese kennzeichnen sich durch eine besondere Verbriefungstransaktion oder -struktur aus; s dazu Art 3 Abs 1 lit I EU-RatingVO; s zur Skepsis des europäischen Gesetzgebers in diesem Zusammenhang ErwGr 28 EU-RatingVO-Novelle II; dazu Blaurock, EuZW 2013, 610.

⁴⁵⁰⁷ European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 57; Becker, ZG 2009, 123: „wirtschaftlichen Flächenbrand“; Deipenbrock, WM 2009, 1165 f; Möschel, ZRP 2009, 129; Blaurock, JZ 2012, 226; Wagner in FS Blaurock (2013) 480.

⁴⁵⁰⁸ European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 6 ff insb 9 („The subprime debacle demonstrated that the existing framework for the operation of CRAs needs to be significantly reinforced“), 13 f; vgl ErwGr 9 EU-RatingVO (Stammfassung); Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297; Bremer, NZG 2011, 100; Möllers/Wecker, ZRP 2012, 107; Wagner in FS Blaurock (2013) 467, 470; Blaurock, EuZW 2013, 608; vgl auch Haar, DB 2013, 2490.

⁴⁵⁰⁹ Wagner in FS Blaurock (2013) 469; Lutter, ZIP 2009, 197; vgl Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661.

⁴⁵¹⁰ S zum Ganzen Lutter, ZIP 2009, 197; Möllers, JZ 2009, 861, 867; Möschel, ZRP 2009, 130; Schön/Cortez, IRZ 2009, 11 f; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 266; Cortez/Schön, ZfK 2010, 226; Deipenbrock, WM 2009, 1166 mit FN 20, 21; vgl auch Knops, BB 2008, 2535.

⁴⁵¹¹ Wagner in FS Blaurock (2013) 469.

⁴⁵¹² Florstedt, AG 2010, 315; s dazu auch noch unten bei FN 4596.

⁴⁵¹³ European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 6, 57 FN 65; Lutter, ZIP 2009, 197.

⁴⁵¹⁴ Florstedt, AG 2010, 315, spricht von Zinsen zwischen 6-7%; s weiters Liebscher/Ott, NZG 2010, 842; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2691; Lutter, ZIP 2009, 197; v. der Hagen, USA verklagen Ratingagentur auf mehr als fünf Milliarden Dollar, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/standard-poors-usa-verklagen-ratingagentur-auf-mehr-als-fuenf-milliarden-dollar-1.1592127> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015).

⁴⁵¹⁵ Möllers, JZ 2009, 861 f, 867; ders, ZJS 2009, 227; Weber, Eine Krise und viele Väter, abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/460763/Eine-Krise-und-viele-Vaeter> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); Oppitz, ÖZW 2011, 62; Lutter, ZIP 2009, 197; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 266.

bewertet.⁴⁵¹⁶ Angesichts der hohen Nachfrage kann es auch nicht verwundern, dass das gesamte Emissionsvolumen solcher hypotheckenbesicherter Wertpapiere auf USD 800 Mrd bis USD 2,8 Billionen geschätzt wird.⁴⁵¹⁷ Das damit verbundene Schadenspotenzial war daher von vornherein praktisch unüberschaubar.⁴⁵¹⁸

Für die guten Ratings dürfte ausschlaggebend gewesen sein, dass mit der Zusammenfassung der Kredite eine Risikostreuung einherging,⁴⁵¹⁹ zumal dabei schon eine „Schwund-“, dh Ausfallsquote auf Basis historischer Erfahrungswerte berücksichtigt wurde.⁴⁵²⁰ Außerdem war die Erfüllung der Kreditforderungen, die als *assets* den strukturierten Finanzinstrumenten zugrunde lagen („ABS“ – *asset backed securities* [forderungsbesicherte Wertpapiere]),⁴⁵²¹ durch Grundpfandrechte besichert (daher auch „MBS“ – *mortgage backed securities* [grundpfandrechtlich gesicherte Wertpapiere])⁴⁵²².

Zudem wurden diese Forderungen nach der vertraglichen Ausgestaltung unterschiedlichen „Risiko-Tranchen“ zugeteilt.⁴⁵²³ Allfällige Verluste durch Zahlungsausfälle sollten dabei zunächst die unteren (und demnach risikoreicheren) Tranchen belasten, die damit die höheren (und demnach sichereren) Tranchen vorerst abschirmen sollten („Wasserfallprinzip“).⁴⁵²⁴ Aufgrund dieser Vertragsgestaltung wurden die höheren Tranchen besser geratet, als die unteren.⁴⁵²⁵ Diese von manchen kritisch als „Finanzalchemie“ bezeichnete⁴⁵²⁶ komplexe Vorgehensweise war jedenfalls für die „Buy-Side“ auch ziemlich intransparent.⁴⁵²⁷ Die Investoren konnten daher schwerlich eine eigenverantwortliche Risikobeurteilung treffen und waren in besonderem Maße vom Rating dieser Finanzprodukte abhängig.⁴⁵²⁸

Schließlich kam es tatsächlich zu Zahlungsausfällen auf Seiten der (teilweise von vornherein gar nicht kreditwürdigen⁴⁵²⁹) Kreditnehmer. Parallel dazu⁴⁵³⁰ platzte die

⁴⁵¹⁶ Oder das entsprechende Äquivalent, *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 6 f; *Claussen*, DB 2009, 1003; vgl zu den optimistischen Bewertungen auch *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2691; *Cortez/Schön*, ZfK 2010, 226; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 3; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 266.

⁴⁵¹⁷ *Lutter*, ZIP 2009, 197.

⁴⁵¹⁸ Vom Internationalen Währungsfonds wird der Gesamtverlust der hypotheckenbesicherten Wertpapiere (Folgeverluste ausgenommen) bis zum Oktober 2008 auf USD 580 Mrd geschätzt, s *Möschel*, ZRP 2009, 129.

⁴⁵¹⁹ Vgl *Möllers*, JZ 2009, 867.

⁴⁵²⁰ *Möschel*, ZRP 2009, 130.

⁴⁵²¹ *Deipenbrock*, WM 2009, 1166 FN 18, 20; vgl schon *Reidenbach*, Ratingagenturen 341.

⁴⁵²² *Lutter*, ZIP 2009, 197; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 661; *Wagner* in FS Blaurock (2013) 469; näher *Knops*, BB 2008, 2535 f mit FN 10.

⁴⁵²³ *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 12 f.

⁴⁵²⁴ *Möllers*, JZ 2009, 867; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 17.

⁴⁵²⁵ *Oppitz*, ÖZW 2011, 62; zur risikoadäquaten Verzinsung s nur *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 13.

⁴⁵²⁶ Vgl *Florstedt*, AG 2010, 317 f.

⁴⁵²⁷ *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 12; vgl *Liebscher/Ott*, NZG 2010, 842.

⁴⁵²⁸ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 58; zur „over-reliance“ vgl auch *European Commission*, ebd 14; s auch ErwGr 10 EU-RatingVO (Stammfassung); *Cortez/Schön*, ZfK 2010, 227; vgl ferner *Haar*, ZBB 2010, 187; zur zwingenden Bedeutung eines (guten) Ratings für die Absetzbarkeit solcher Finanzprodukte s etwa *Reidenbach*, Ratingagenturen 341.

⁴⁵²⁹ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 6, 57 f; *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 11; *Liebscher/Ott*, NZG 2010, 842. Die großzügige Kreditvergabepaxis der US-amerikanischen Banken wird denn auch als eine der Ursachen der Finanzkrise bezeichnet.

Immobilienblase,⁴⁵³¹ wodurch die Grundpfandrechte für die exekutierenden Gläubiger nicht allzu ergiebig waren. Aufgrund der mangelnden Werthaltigkeit der Sicherheiten entpuppten sich die strukturierten Finanzinstrumente letztlich als toxisch⁴⁵³² und – so der Vorwurf – die Ratingagenturen als die dazugehörigen „Einflößer“:

Selbst für die hochprofessionellen Agenturen sei es aufgrund der Neuartigkeit und der Komplexität der vertraglichen Ausgestaltung der strukturierten Finanzinstrumente unmöglich gewesen, das damit verbundene Investitionsrisiko realistisch benoten zu können.⁴⁵³³ Die Bewertung mit *investment-grade* habe daher nicht den wahren Verhältnissen entsprochen.⁴⁵³⁴ Die Ratingagenturen seien von zu optimistischen Annahmen ausgegangen.⁴⁵³⁵ Sie hätten auf realitätsferne Modelle gesetzt und den Zusammenhang der Ausfallrisiken der Immobilienkredite⁴⁵³⁶ „vollständig“ ignoriert.⁴⁵³⁷ Auch sei bei der Bonitätsbeurteilung unberücksichtigt geblieben, dass die emittierenden Zweckgesellschaften keine (Ausfalls-)Haftung getroffen habe (vgl demgegenüber § 1 PfandbriefG, § 1 Abs 1 HypBG). Dies habe umso bedenklicher erscheinen müssen, als die Zweckgesellschaften befugt gewesen seien, einzelne Kredite aus dem Forderungspool herauszunehmen und andere dafür „hineinzulegen“ („gute raus, schlechte rein“).⁴⁵³⁸

Das „erhebliche und systematische“ Scheitern der Ratingagenturen zeige sich daran, dass im Zeitraum zwischen 1.7.2007 und 24.6.2008 nur 1.445 „traditionelle“ Unternehmens- bzw Staaten-Ratings herabgestuft wurden, während sich die entsprechende Zahl bei

Diese Praxis erklärt sich daraus, dass die Kreditinstitute vielfach die Möglichkeit hatten, die relativ hohen Kreditrisiken in verbriefter Form an Anleger „weiterzureichen“. Sie hatten daher keinen ausreichenden Anreiz, seriöse Bonitätsprüfungen der Kreditnehmer vorzunehmen (Zimmer in FS Hopt II [2010] 2692 f).

⁴⁵³⁰ Da die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kreditnehmer durch die Rückzahlungsschwierigkeiten offensichtlich fraglich wurde, wurden diesen auch keine neuen (Umschuldungs-)Kredite mehr gewährt, sodass sie auch keine Immobilien mehr nachfragen konnten (vgl Blaurock, JZ 2012, 227).

⁴⁵³¹ S zum Ganzen *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 6, 58; Lutter, ZIP 2009, 197; Schön/Cortez, IRZ 2009, 12; Florstedt, AG 2010, 319; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 264, 266.

⁴⁵³² Vgl zur Bedeutung der Sicherheiten für die Werthaltigkeit derartiger Finanzinstrumente ErwGr 30 EU-RatingVO-Novelle II; Korth, Dritthaftung 38; zum Zusammenhang zwischen dem Risiko von Finanzprodukten und der diesen zugrunde liegenden *assets* („*underlying*“) s auch Vasella, Haftung 161. Art 1.7-3 *Code of Conduct Fundamentals* verlangt daher von den Ratingagenturen, dass sie von einem Rating eines strukturierten Finanzprodukts Abstand nehmen sollen, wenn das Risiko des *underlying* nicht ausreichend beurteilt werden kann.

⁴⁵³³ S zur Kritik in diesem Zusammenhang oben in FN 3148; s auch ErwGr 10, 34 EU-RatingVO (Stammfassung); OLG Düsseldorf I-6 W 45/09 AG 2010, 126 (128); vgl Zimmer in FS Hopt II (2010) 2693.

⁴⁵³⁴ Lowenstein, Triple-A Failure, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2008/04/27/magazine/27Credit-t.html?pagewanted=all&_r=0 (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); vgl Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/09/629; European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 9; Lutter, ZIP 2009, 197, 199; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661; Möllers/Wecker, ZRP 2012, 106.

⁴⁵³⁵ Cortez/Schön, ZfK 2010, 227, die meinen, die Annahmen der Ratingagenturen seien „häufig fehlerhaft“ oder hätten nicht auf einem „angemessenen Datenbestand“ basiert; vgl Möllers, JZ 2009, 867: niedrige und stabile Zinssätze, hohes Wirtschaftswachstum, stetige Aufwertung am Wohnungsmarkt; Möschel, ZRP 2009, 130: „nahezu unfassbares Vertrauen in einen ständig prosperierenden amerikanischen Immobilienmarkt“; s dazu auch Schön/Cortez, IRZ 2009, 12; vgl Florstedt, AG 2010, 318; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 14.

⁴⁵³⁶ Vgl oben bei FN 4524.

⁴⁵³⁷ Wagner in FS Blaurock (2013) 469; vgl auch Spindler, AG 2010, 602 mit FN 14; Florstedt, AG 2010, 318; Liebscher/Ott, NZG 2010, 842; Haas, ZBB 2009, 178; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 14.

⁴⁵³⁸ S dazu Lutter, ZIP 2009, 197; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661; Florstedt, AG 2010, 318.

Ratings von strukturierten Finanzinstrumenten auf 145.899 beläuft.⁴⁵³⁹ Zumindest müsse man den Ratingagenturen vorwerfen, dass letztere *downgrades* zu spät erfolgt sind.⁴⁵⁴⁰ Die schadenskausalen Finanzinstrumente seien selbst dann noch mit Top-Bonitätsnoten versehen worden, als der US-amerikanische Häusermarkt bereits zu kollabieren begann und ernsthafte Anzeichen von Schwäche zeigte.⁴⁵⁴¹

Aufsehen erregten in diesem Zusammenhang auch folgende schriftliche Äußerungen von Mitarbeitern einer Ratingagentur, die im US-amerikanischen Kongress verlesen wurden, als man dort die Rolle der Agenturen in der Finanzkrise erörterte:

„It could be structured by cows and we would rate it.“

„Rating agencies continue to create [an] even bigger monster — the CDO [Collateralized Debt Obligation] market. Let’s hope we are all wealthy and retired by the time this house of cards falters.“⁴⁵⁴²

Wasser auf den Mühlen der Kritiker der Ratingagenturen war ebenso die Tatsache, dass diese vor der Emission dieser Papiere im Zuge von „*rating assessments*“ eng mit den „Originatoren“ (Banken) zusammenarbeiteten.⁴⁵⁴³ Die Ratingagenturen gaben dabei offenbar konkrete Empfehlungen für die Vertragsgestaltung ab, um dem Interesse der Banken gerecht zu werden, Papiere mit Topbonität emittieren zu können.⁴⁵⁴⁴ Wenn an sich schon die Bezahlung der Ratingagentur durch den Emittenten Interessenkonflikte indiziert, weil dies so ist, als würde ein Schüler (bei freier Lehrerwahl) seinen Lehrer für die Benotung bezahlen,⁴⁵⁴⁵ so erscheint die Benotung nach bewertungsorientierter Beratung als noch problematischer⁴⁵⁴⁶ (vgl auch § 271 Abs 2 Z 4 [insb *lit a* und *d*], § 271a Abs 1 Z 2

⁴⁵³⁹ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 7 f (mit Verweis auf *Bloomberg*); vgl auch *European Commission*, ebd 59.

⁴⁵⁴⁰ Möllers, JZ 2009, 862 f; ders/Wecker, ZRP 2012, 106; Florstedt, AG 2010, 319: „Viel zu spät“; Becker, DB 2010, 942; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268; vgl *Europäische Kommission*, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 3; *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/09/629; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 9; Deipenbrock, WM 2009, 1165; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16; Cortez/Schön, ZfK 2010, 226; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2693 f; Korth, Dritthaftung 97 f; Lerch, BKR 2010, 402; Wojcik, NJW 2013, 2385; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 657; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15.

⁴⁵⁴¹ Wagner in FS Blaurock (2013) 469.

⁴⁵⁴² Waxman (Chairman, Committee on Oversight and Government Reform, House of Representatives, Congress of the United States), Opening Statement – Credit Rating Agencies and the Financial Crisis 3, abrufbar unter: <http://democrats-oversight.house.gov/sites/democrats.oversight.house.gov/files/documents/20081022102221.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); s dazu auch Haar, DB 2013, 2489 FN 5.

⁴⁵⁴³ Vgl zum „engen Beziehungsgeflecht“ auch Witte/Henke, DB 2013, 2258.

⁴⁵⁴⁴ S dazu Möllers, JZ 2009, 862; ders/Wecker, ZRP 2012, 106; Florstedt, AG 2010, 317; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 268; vgl auch *Europäische Kommission*, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 4, UnterP 1; Haar, NZG 2010, 1282, 1825, die sogar von kollusivem Zusammenwirken spricht; Gomille, GPR 2011, 189; Bauer, BB 2013, 364; Amort, EuR 2013, 273; Jobst/Kapoor, WM 2013, 682; ErwGr 22 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl auch schon die aufgezeigte Abweichung der Praxis der Ratingagenturen von den internationalen Verhaltensanforderungen bei Baurock, ZGR 2007, 649.

⁴⁵⁴⁵ Cortez/Schön, ZfK 2010, 228; Österreichische Bundesarbeitskammer, Ratingagenturen: Kommission gespalten, Bremser setzen sich durch, abrufbar unter: http://www.akeuropa.eu/de/ratingagenturen-kommission-gespalten-bremser-setzen-sich-durch.html?cmp_id=7&news_id=1088 (zuletzt abgerufen am 25.03.2015); zum „principal-agent-Problem“ vgl auch Oppitz, ÖZW 2011, 62, 66.

⁴⁵⁴⁶ Öllinger, Haftung 149 f, 179; Baurock, ZGR 2007, 643; Möllers, JZ 2009, 863 f; Haar, ZBB 2009, 182 f; dies, ZBB 2010, 187; dies, NZG 2010, 1282; Schön/Cortez, IRZ 2009, 16; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Becker, ZG 2009, 133; ders, DB 2010, 942; Spindler, AG 2010, 602; Kumpian in FS Hopt II (2010) 2162; Zimmer, ebd 2700; Lerch, BKR 2010, 405; Liebscher/Ott, NZG 2010, 842;

UGB). Denn diesfalls berät der Lehrer den Schüler, wie Letzterer seine Schularbeit schreiben soll und benotet diese anschließend (wohl nicht unbefangen). Auch die personellen Verflechtungen zwischen Ratingagenturen und Investmentbanken und der Personalwechsel zwischen diesen gab Anlass zu ähnlicher Kritik.⁴⁵⁴⁷

3) Dieser Beitrag der Ratingagenturen „in hohem Maße“ an der Finanzkrise, wie es die Europäische Kommission selbst ausdrückt,⁴⁵⁴⁸ verdeutlichte die Insuffizienz der eingangs beschriebenen Markt- und Selbstregulierung der Ratingbranche.⁴⁵⁴⁹ Angesichts dessen erschien die Einrichtung einer „staatlichen“ Aufsicht über Ratingagenturen als unumgänglich,⁴⁵⁵⁰ auch um das durch die Krise erschütterte Marktvertrauen wiederherzustellen.⁴⁵⁵¹

Bonitätsbewertungen von strukturierten Finanzprodukten gaben damit zwar den Anlass für das Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers.⁴⁵⁵² Nichtsdestotrotz wurden darüber hinausgehend allgemeinere Regelungen angepeilt, um die offenbar vorhandenen Unzulänglichkeiten der Ratingbranche umfassend einzudämmen, die sich auch auf Ratings in anderen Bereichen auswirken könnten.⁴⁵⁵³ Vorbildfunktion hatten dabei einerseits – in materieller Hinsicht – die von der IOSCO entwickelten Verhaltensstandards für Ratingagenturen.⁴⁵⁵⁴ Andererseits – vor allem in administrativer Hinsicht – lehnte man sich an die Regulierung in den USA an, wo die SEC (*Securities and Exchange Commission*) die Ratingagenturen beaufsichtigt.⁴⁵⁵⁵

Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 267; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14; Jobst/Kapoor, WM 2013, 682; vgl auch schon Reidenbach, Ratingagenturen 338; vgl zum Abschlussprüfer Hermann in Heymann/Horn, HGB² (1999) § 323 Rz 1.

⁴⁵⁴⁷ S Wagner in FS Blaurock (2013) 469.

⁴⁵⁴⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/09/629; vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 7, 58; ErwGr 9 f EU-RatingVO (Stammfassung); Motion for a European Parliament Resolution on credit rating agencies (CRAs): future perspectives, 2010/2302(INI) lit E; ErwGr 28 EU-RatingVO-Novelle II; ähnl Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 1; vgl zur Kritik an den Ratingagenturen als Mitverantwortliche an der Finanzkrise ferner Deipenbrock, WM 2009, 1165; Schön/Cortez, IRZ 2009, 17; Korth, Dritthaftung 17; Thiele, ZG 2010, 146 FN 101: „praktisch völlig versagt“; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2157, 2161; Däubler, WM 2011, 1829; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 461; Möllers, NZG 2010, 286; dens/Wecker, ZRP 2012, 106; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 2; Witte/Henke, DB 2013, 2257; Bauer, BB 2013, 363; Amort, EuR 2013, 272, 283; Jobst/Kapoor, WM 2013, 680; Blaurock, EuZW 2013, 608; Wojcik, NJW 2013, 2385; Haar, Civil Liability 13; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 265 f, 268 f.

⁴⁵⁴⁹ Däubler, WM 2011, 1831; vgl Habersack, ZHR 169 (2005) 194.

⁴⁵⁵⁰ Vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 9; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297; Däubler, WM 2011, 1831; Haar, NZG 2010, 1281; dies, ZBB 2010, 185 f; Deipenbrock, WM 2009, 1174; Möllers, JZ 2009, 864.

⁴⁵⁵¹ Vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 43 (P 6.2. lit c), 44, 47 f, 50 (P 7.1.) sowie ErwGr 1 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl auch ErwGr 28 EU-RatingVO-Novelle II; Karner, ÖBA 2010, 588; Bauer, BB 2013, 363; Amort, EuR 2013, 280; Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 264.

⁴⁵⁵² Vgl Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 1; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227.

⁴⁵⁵³ Vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 13 f. Zu den Unzulänglichkeiten der Ratingbranche s auch noch unten unter „Teil 2.II.B.2.a. Allgemeines“.

⁴⁵⁵⁴ European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 48; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 658; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2696; Bauer, BB 2013, 363; Deipenbrock, WM 2009, 1173; Lerch, BKR 2010, 406; Vasella, Haftung 154; vgl auch die „Antizipation“ bei Deipenbrock, BB 2005, 2090; Habersack, ZHR 169 (2005) 194; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Baurock, ZGR 2007, 643; Cortez/Schön, ZfK 2010, 229 FN 16. Zu den Parallelen im Einzelnen s unten unter „Teil 2.II.B. Besonderer Teil“.

⁴⁵⁵⁵ Vgl European Commission, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 34 ff, 38 ff, 47 f, 51; zur „Vorreiterrolle“ der USA s auch Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 297.

Wichtig erschien der „gesetzesinitiiierenden“ Europäischen Kommission die Verwirklichung von Rechtssicherheit⁴⁵⁵⁶ durch eindeutige Rechtsverbindlichkeit⁴⁵⁵⁷ der Regulierungsbestimmungen. Auch strebte sie detailliertere Regelungen als die des IOSCO-„Verhaltenskodexes“ an.⁴⁵⁵⁸ Ein mehr an Detail sollte allfällige Auslegungsspielräume eingrenzen⁴⁵⁵⁹ und damit gleichzeitig eine effektive Aufsicht gewährleisten.⁴⁵⁶⁰ Diese sollte sich auf einen abschreckenden Sanktionsmechanismus stützen können.⁴⁵⁶¹ Die Europäische Kommission berücksichtigte aber auch ausdrücklich das Interesse der Ratingagenturen an flexiblen und kostenschonenden Bestimmungen.⁴⁵⁶²

Eine Regelung auf europäischer Ebene durch Verordnung wurde dabei gegenüber (auch harmonisierten) nationalen Gesetzen als vorzugswürdig erachtet, um die Effizienz des Binnenmarkts zu fördern⁴⁵⁶³ und ein einheitliches Anlegerschutzniveau in der Union sicherzustellen.⁴⁵⁶⁴

Produkt dieser Überlegungen war der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung betreffend Ratingagenturen aus dem Jahre 2008⁴⁵⁶⁵, auf Basis dessen das Europäische Parlament und der Rat der EU die EU-RatingVO in ihrer Stammfassung⁴⁵⁶⁶ verabschiedeten.⁴⁵⁶⁷ Diese wurde zunächst 2011 durch die EU-RatingVO-Novelle I⁴⁵⁶⁸ vor allem im Bereich der Beaufsichtigungszuständigkeit novelliert.⁴⁵⁶⁹ Die EU-RatingVO-Novelle I fügte der EU-RatingVO außerdem den „Anhang III“ hinzu. Dieser enthält eine Liste von konkreten Verordnungsverstößen, die zum Anlass für Aufsichtsmaßnahmen gemacht werden können (vgl auch unten S 544 ff). Bis *dato* fehlte in der EU-RatingVO aber eine (ausdrückliche) Norm zur Haftung von Ratingagenturen.

⁴⁵⁵⁶ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 43 (P 6.2. lit b), 47 f.

⁴⁵⁵⁷ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 44 GS 2.

⁴⁵⁵⁸ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 44 GS 3 (mit exemplarischen Verweis auf Art 1.7 *Code of Conduct Fundamentals*); *Deipenbrock*, WM 2009, 1173; *Bauer*, BB 2013, 363; vgl bereits den Vorschlag von *Habersack*, ZHR 169 (2005) 194; zur Abstraktheit der IOSCO-Grundsätze s etwa *Deipenbrock*, BB 2005, 2086; *Blaurock*, ZGR 2007, 638; *Becker*, DB 2010, 942; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15.

⁴⁵⁵⁹ Vgl *Deipenbrock*, BB 2005, 2087; *dies*, WM 2009, 1166.

⁴⁵⁶⁰ Vgl *Europäische Kommission*, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 8; *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/08/1224; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 43 (P 6.2. lit a), 45 f, 48.

⁴⁵⁶¹ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 14, 45 ff, 50; ferner Art 36 Abs 1 EU-RatingVO (Stammfassung) sowie idgF.

⁴⁵⁶² S *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 43 (P 6.2. lit d), 44 ff.

⁴⁵⁶³ Zum Kostenargument vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 47; zum „Risiko einer Fragmentierung des Binnenmarkts“ vgl ErwGr 32 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁵⁶⁴ ErwGr 11 EU-RatingVO (Stammfassung); *Europäische Kommission*, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 6; vgl auch *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 43 (P 6.2. lit c), 47.

⁴⁵⁶⁵ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen, KOM(2008) 704.

⁴⁵⁶⁶ VO (EG) Nr 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl L 2009/302, 1. Soweit in der Folge die Artikel (nicht Erwägungsgründe) der „EU-RatingVO“ sowie die Normen ihrer Anhänge zitiert werden, ist damit die geltende Fassung (EU-RatingVO idF EU-RatingVO-Novelle II) gemeint; falls eine ältere Fassung zitiert werden soll, wird dies gesondert hervorgehoben.

⁴⁵⁶⁷ Art 41 EU-RatingVO.

⁴⁵⁶⁸ VO (EU) Nr 513/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl L 2011/145, 30.

⁴⁵⁶⁹ S dazu ErwGr 6, 8, 9, 35 sowie Art 1 (davon insb Z 9) EU-RatingVO-Novelle I; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 297 f.

2. EU-RatingVO-Novelle II: Einfügung von Art 35a

Die Rechtslage vor Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II wurde vielfach als unbefriedigend erachtet. Einige Probleme, die mit Ratings zusammenhängen, darunter auch die zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen, seien mit der EU-RatingVO „nicht hinreichend in Angriff genommen“ worden.⁴⁵⁷⁰ Das Manko an Schadenersatzbestimmungen erwies sich insofern als besonders störend, weil sich die Vorstellung von der „große[n] Verantwortung“ der Ratingagenturen „gegenüber den Anlegern“⁴⁵⁷¹ in der Praxis nicht ausreichend in Form von stattgebenden Urteilen materialisierte.⁴⁵⁷²

Daher hatte das Europäische Parlament in einer nichtlegislativen EntschlieÙung vom 8.6.2011 gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich der Haftung von Ratingagenturen befürwortet.⁴⁵⁷³ Auf Basis dieser EntschlieÙung wurde von der Kommission am 15.11.2011 ein Vorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO⁴⁵⁷⁴ unterbreitet, der in seinem Art 35a die zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern⁴⁵⁷⁵ erstmals ausdrücklich regelte und damit eine Art „Sonderdeliktsrecht“⁴⁵⁷⁶ für Ratingagenturen schaffen sollte.⁴⁵⁷⁷

Die Kommission begründete die Haftungsbestimmung einerseits mit der Hoffnung, das dadurch erhöhte Schadenersatzrisiko für Ratingagenturen würde die Anreizwirkungen für

⁴⁵⁷⁰ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 1. (S 5); *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 1. (S 2).

⁴⁵⁷¹ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 3.4.7. (S 12 f).

⁴⁵⁷² Vgl. ErwGr 24 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747; s. auch die Graphik bei *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354, 10 (P 4.; dazu ausf P 4.4.).

⁴⁵⁷³ Motion for a European Parliament Resolution on credit rating agencies (CRAs): future perspectives, 2010/2302(INI) P 3.

⁴⁵⁷⁴ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen vom 15.11.2011, KOM(2011) 747, 2011/0361 (COD). Nach diesem Vorschlag sollte der Haftungsartikel der Verordnung wie folgt lauten:

„Artikel 35a

Zivilrechtliche Haftung

(1) Hat eine Ratingagentur vorsätzlich oder grob fahrlässig eine der in Anhang III aufgeführten Zuwiderhandlungen begangen und hat sich diese auf ein Rating ausgewirkt, auf das ein Anleger beim Erwerb eines bewerteten Instruments vertraut hat, so kann dieser Anleger die Ratingagentur auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens verklagen.

(2) Es wird davon ausgegangen, dass sich eine Zuwiderhandlung auf ein Rating ausgewirkt hat, wenn sich das von der Ratingagentur abgegebene Rating von dem Rating unterscheidet, das abgegeben worden wäre, wenn die Ratingagentur die Zuwiderhandlung nicht begangen hätte.

(3) Eine Ratingagentur handelt grob fahrlässig, wenn sie ihr mit dieser Verordnung auferlegte Pflichten gröÙlich vernachlässigt.

(4) Kann ein Anleger Tatsachen glaubhaft machen, die darauf schließen lassen, dass eine Ratingagentur eine der in Anhang III aufgeführten Zuwiderhandlungen begangen hat, so ist es an der Ratingagentur zu beweisen, dass sie diese Zuwiderhandlung nicht begangen hat oder dass sich diese Zuwiderhandlung nicht auf das abgegebene Rating ausgewirkt hat.

(5) Die zivilrechtliche Haftung nach Absatz 1 kann nicht im Voraus durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Klauseln in Vereinbarungen, durch die die zivilrechtliche Haftung im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind nichtig“; s. zu diesem Verordnungsvorschlag auch *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 471 f; *Göres* in *Habersack/Mülberr/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 82.

⁴⁵⁷⁵ Davon sind auch Unternehmer erfasst, *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 7.6. (S 59).

⁴⁵⁷⁶ So auch *Wagner* in *FS Blaurock* (2013) 487; *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 337. Wenngleich sich auch Anleger auf Art 35a EU-RatingVO stützen können, die ein Vertrag mit der Ratingagentur verbindet, vgl. *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46).

⁴⁵⁷⁷ Zu Reformbestrebungen des US-amerikanischen Gesetzgebers in diesem Zusammenhang s. den Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Subtitle C, Sec 931 ff; s. dazu *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289.

die Abgabe qualitativ hochwertiger Ratings verstärken.⁴⁵⁷⁸ Andererseits verwies die Kommission auf das „Recht auf Rechtsbehelf“ der Anleger, das (wohl auch aus primärrechtlichen Gründen⁴⁵⁷⁹)⁴⁵⁸⁰ gewährleistet werden müsse.⁴⁵⁸¹ Gerade bei Anlegern, die nicht mit der Ratingagentur durch einen Vertrag verbunden sind, bestünde demnach zumindest vom Gesichtspunkt der Rechtsunsicherheit her eine Schutzlücke.⁴⁵⁸²

Der Rat der EU befürwortete im Rahmen eines *general approach* vom 25.5.2012⁴⁵⁸³ ebenso die Einführung eines Haftungsartikels. Er nahm dabei aber einige Veränderungen des Kommissionsvorschlags vor, womit er sich stark an die heutige Version des Art 35a EU-RatingVO idgF herantastete.⁴⁵⁸⁴ Die „europarechtliche Haftung“ wurde dabei einerseits erweitert, andererseits aber auch eingeschränkt.⁴⁵⁸⁵ Am einschneidendsten erscheint die Ausdehnung der Haftungsnorm auf das Verhältnis Ratingagentur –

⁴⁵⁷⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 2. (S 5); vgl auch *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4. (S 10), P 6.4. (S 46 f).

⁴⁵⁷⁹ Art 47 Abs 1 EU-Grundrechtecharta; vgl Art 6 Abs 1 EUV; s dazu auch *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46 f), P 7.6. (S 59).

⁴⁵⁸⁰ Diese „verfassungsrechtlichen“ Erwägungen der Europäischen Kommission stehen nicht im Widerspruch zu der unten unter „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“ (aE) vertretenen Auffassung, wonach einzelne Bestimmungen der EU-RatingVO vor Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB auszulegen waren, sodass nach österreichischem Recht auch ohne diese Novelle ein Rechtsbehelf für Anleger existiert hat. Denn zum einen ist es rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar, mit expliziten Haftungsvorschriften Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass die Kommission bzw der europäische Gesetzgeber unionsweiten Anlegerschutz anstrebt, und nicht bloß einen partikularen Schutz bloß in Österreich und jenen Mitgliedstaaten (wie zB Deutschland), deren Rechtsordnungen eine dem § 1311 ABGB vergleichbare Vorschrift enthalten.

⁴⁵⁸¹ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 7.6. (S 59), P 4. (S 10), P 4.4. (S 18); *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 2. (S 4), P 2. (S 5).

⁴⁵⁸² *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4.4. (S 18 f).

⁴⁵⁸³ *Council of the European Union*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD), insb 44 f.

⁴⁵⁸⁴ Nach diesem *general approach* sollte der Haftungsartikel der Verordnung wie folgt lauten:

„Article 35a

Civil liability

1. An investor or issuer may claim damages from a credit rating agency where the investor or issuer establishes that all of the following conditions are met:

- a) the credit rating agency has committed any of the infringements listed in Annex III;
- b) the credit rating agency committed the infringement intentionally or with gross negligence;
- c) the infringement has had an impact on a credit rating issued by the credit rating agency;
- d) in the case of investors, the investor has reasonably relied, in accordance with Article 5a or otherwise with due care, on that rating for a decision to invest into, hold onto or divest from a financial instrument covered by that rating;
- e) in the case of issuers, the issuer or the issuer's financial instruments is covered by that rating and the infringement was not caused by misleading and inaccurate information provided by the issuer to the credit rating agency, directly or through information publicly available and
- f) the investor or issuer suffered a damage due to the infringement.

2. [deleted]

3. [deleted]

4. [deleted]

5. The civil liability referred to in paragraph 1 may only be limited in advance when all the following conditions are complied with:

a) the limitation is reasonable and proportionate; and

b)

c) the limitation is allowed by the relevant national law as determined in accordance with paragraph 6.

Any limitation which does not comply with the above conditions or any exclusion of civil liability shall be deprived of any legal effect.

6. Terms, such as those of damage, intention, gross negligence, reasonable reliance, due care and impact, as well as the reasonability and proportionality mentioned in paragraph 5, which are used in this Article but are not defined by this Regulation, shall be interpreted and applied in accordance with the applicable national law as determined by the relevant rules of International Private Law. Matters concerning the civil liability of a credit rating agency and which are not at all covered by this Regulation shall be governed by the applicable national law as determined by the relevant rules of International Private Law. The competent court to decide on a claim for civil liability brought by an investor shall be determined by the relevant rules on International Jurisdiction.

7. This Article does not exclude further civil liability claims in accordance with national law.“

⁴⁵⁸⁵ Details dazu unten unter „Teil 2.II.A.8. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse (Abs 3)“, „Teil 2.II.A.9. Beweislast“.

Emittent.⁴⁵⁸⁶ Das Europäische Parlament billigte diesen *general approach* im Wesentlichen und verabschiedete auf dessen Basis die Novelle am 16.1.2013.⁴⁵⁸⁷ Nach formaler Annahme durch den Rat der EU trat die EU-RatingVO-Novelle II⁴⁵⁸⁸ am 20.6.2013 in Kraft.⁴⁵⁸⁹

C. Schutzzweck der EU-RatingVO

1) Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO (s oben S 490 ff), lässt sich das Regelungsanliegen des europäischen Gesetzgebers gut nachvollziehen: Im Zuge der juristischen Aufarbeitung der Finanzkrise wurden die Ratingagenturen auch angesichts ihrer „wichtige[n] Rolle“ „auf den globalen Wertpapier- und Bankenmärkten“⁴⁵⁹⁰ als Mitverantwortliche der Krise identifiziert. Die Ratingagenturen hatten bis dahin in Europa – verglichen mit anderen Kontinenten – in einem relativ rechtsfreien Raum agiert.⁴⁵⁹¹ Daher war man bestrebt, dieses Regelungsvakuum durch berufsrechtliche Bestimmungen aufzufüllen, um in Zukunft einen erneuten wirtschaftlichen Kollaps zu verhindern.⁴⁵⁹²

Vorrangig ging es dem europäischen Gesetzgeber also um die Gewährleistung der Stabilität der Finanzmärkte durch Steuerung des Verhaltens der Ratingagenturen.⁴⁵⁹³ Namentlich sollte die Ratingqualität und -aussagekraft durch die EU-RatingVO sichergestellt und damit die Markttransparenz erhöht werden (vgl auch § 277 UGB, § 2 KMG, §§ 48d, 87, 91 BörseG).

Eine derartige Regulierung der Ratingtätigkeit kommt freilich (zumindest reflexartig⁴⁵⁹⁴) auch den neben den Ratingagenturen agierenden Kapitalmarktakteuren zugute. In erster Linie sind hier die (insb institutionellen) Anleger zu nennen, die ja als „Opfer“ der

⁴⁵⁸⁶ Witte/Henke, DB 2013, 2259.

⁴⁵⁸⁷ Vgl Barnier, Statement following the vote in the European Parliament on new European rules to regulate credit rating agencies (MEMO/13/14); *Europäisches Parlament*, Pressemitteilung (REF: 20130114IPR05310).

⁴⁵⁸⁸ VO (EU) Nr 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl L 2013/146, 1.

⁴⁵⁸⁹ S dazu unten „Teil 2.II.C. Zeitlicher Geltungsbereich des Art 35a EU-RatingVO“.

⁴⁵⁹⁰ Vgl ErwGr 1 EU-RatingVO (Stammfassung); ErwGr 8 EU-RatingVO-Novelle II: „wichtige Teilnehmer des Finanzmarkts“; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 3.1 (S 6): „major impact on the financial markets“; vgl bereits *Code of Conduct Fundamentals* 1.

⁴⁵⁹¹ Vgl ErwGr 2 EU-RatingVO (Stammfassung); abgesehen von den bereits erwähnten Richtlinien für Finanzdienstleister (dazu oben in FN 4499) und den einschlägigen (aber allg) Bestimmungen des Privatrechts bzw öffentlichen Rechts.

⁴⁵⁹² Stichwort „Stabilität“ (der Finanzmärkte): ErwGr 7 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl ErwGr 14, 51, 58, 74 *leg cit*; ferner Art 5 Abs 1 *lit d*, Art 5 Abs 4 UnterAbs 2, Art 24 Abs 4 UnterAbs 2, Art 36 Abs 2, Art 36d Abs 1, Art 39 Abs 3 EU-RatingVO *idG*; *Gomille*, GPR 2011, 192; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 465; *DAI/BDI/VDT*, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 1; s auch zum Marktfunktionsschutz *Blaurock*, JZ 2012, 226; *Becker*, ZG 2009, 128; *dens*, DB 2010, 942.

⁴⁵⁹³ *Amort*, EuR 2013, 280; *Dutta*, WM 2013, 1732, 1736; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 472, 496.

⁴⁵⁹⁴ Dass man aus dem Schutz des Markts als Funktion zwingend auf einen Individualschutz der Anleger schließen kann, ist mE nicht schlüssig; s oben nach FN 1103.

Weltwirtschaftskrise auch in Europa massive Vermögenseinbußen hinnehmen mussten.⁴⁵⁹⁵ Beispielsweise hatte die deutsche *IKB-Bank* bis Mitte 2007 strukturierte Finanzinstrumente im Ausmaß von € 24,7 Mrd angehäuft.⁴⁵⁹⁶ Sie war daher gezwungen, im Zeitraum zwischen Anfang 2007 und Mai 2008 Abschreibungen iHv € 16 Mrd vorzunehmen. Diese sind im Wesentlichen auf den Krisenausbruch in den USA zurückzuführen.⁴⁵⁹⁷

Der soeben skizzierte historische Zusammenhang erinnert an die Einführung der Prospektpflicht und -haftung 1896 sowie der Abschlussprüfung und -haftung 1931 in Deutschland, die beide die historische Grundlage für die entsprechenden österreichischen Regelungen bieten. Beides sind Instrumentarien des Marktschutzes, die aufgrund von Anleger- bzw Gläubigerverlusten „anlassbezogen“ in Kraft gesetzt wurden.⁴⁵⁹⁸ Während dabei das Kapitalmarktprospektrecht von einem individuellen Anlegerschutz geprägt ist (s § 11 KMG; vgl aber § 40 Z 3 AktG), geht das nach wie vor geltende Regelungsmodell bei der Abschlussprüfung von einem bloß reflexartigen Gläubiger- bzw Anlegerschutz durch Binnenhaftung des Prüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft aus (s auch heute § 275 UGB).⁴⁵⁹⁹

2) Dass die EU-RatingVO aber schon in ihrer Stammfassung ein Regelungsanliegen verfolgt, das über einen bloß reflexartigen Schutz der Anleger hinausgeht, deutet schon die im MEMO/08/691 sowie in einer Presseerklärung veröffentlichte Begründung der Europäischen Kommission zu dem vorangegangenen Verordnungsvorschlag an. Dort heißt es:

„Gemeinsame Regeln [...] sind notwendig, um [...] ein gleich hohes Schutzniveau für Investoren und Verbraucher überall in der Gemeinschaft zu gewährleisten.“⁴⁶⁰⁰

„Mit der Verordnung [...] wird der Notwendigkeit Rechnung getragen, [...] den Anlegerschutz zu verbessern.“⁴⁶⁰¹

Auch die EU-RatingVO selbst hat diesen Regulierungszweck ausdrücklich anerkannt. Der angestrebte Anlegerschutz wurde nicht nur in dem Präambel-ähnlichen Art 1 EU-

⁴⁵⁹⁵ S auch das geschätzte Emissionsvolumen hypothekenbesicherter Papiere oben bei FN 4517.

⁴⁵⁹⁶ *Florstedt*, AG 2010, 316.

⁴⁵⁹⁷ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2008) 2745, 100.

⁴⁵⁹⁸ Zum Ganzen oben unter „Teil 1.I.D.1.a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung“, „Teil 1.I.D.2.b. Entwicklung der Abschlussprüfung und -haftung: Historische Interpretation“.

⁴⁵⁹⁹ S oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“, „Teil 1.I.D.2. Allgemeine Dritthaftung von Abschlussprüfern für Fahrlässigkeit?“.

⁴⁶⁰⁰ *Europäische Kommission*, Ratingagenturen: FAQ (MEMO/08/691) Teil I Frage 2.

⁴⁶⁰¹ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/09/629; s zum Regelungsziel des Anlegerschutzes etwa auch *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 465.

RatingVO (Stammfassung) hervorgehoben,⁴⁶⁰² sondern auch in vier Erwägungsgründen dazu⁴⁶⁰³. Beispielhaft sei Erwägungsgrund 75 erwähnt, der da lautet:

„Da das Ziel dieser Verordnung, nämlich ein hohes Maß an Verbraucher- und Anlegerschutz zu gewährleisten, indem...“⁴⁶⁰⁴

Bemerkenswerterweise stellte dabei Erwägungsgrund 69 den Zusammenhang dieses Regelungszwecks mit dem (nationalen) Haftungsrecht dar. Demnach war ein schadenersatzrechtliches *enforcement* vom europäischen Gesetzgeber offenbar durchaus erwünscht (*arg* „sollten“):⁴⁶⁰⁵

„Unbeschadet der Anwendung dieser Rechtsvorschriften der Gemeinschaft sollten Forderungen gegen Ratingagenturen aufgrund von Verstößen gegen diese Verordnung im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften über die zivilrechtliche Haftung erhoben werden.“⁴⁶⁰⁶

Das Anliegen, einen angemessenen Schutz der europäischen Anleger vor fehlerhaften Ratings zu verwirklichen, betonte der europäische Gesetzgeber schließlich auch in den Erwägungsgründen zur EU-RatingVO-Novelle I.⁴⁶⁰⁷

Am offensichtlichsten kam der bezweckte Individualschutz der Anleger aber letztlich in Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO idF EU-RatingVO-Novelle II zum Ausdruck. Dort wird dem Anleger, der auf ein Rating vertraut, das unter Verletzung der EU-RatingVO zustande gekommen ist, ausdrücklich ein Schadenersatzanspruch gegen die bewertende Ratingagentur zugebilligt.⁴⁶⁰⁸ Der hinter Erwägungsgrund 69 EU-RatingVO (Stammfassung) stehende Gedanke wurde insofern konsequent fortgeführt.

3) Wie erwähnt⁴⁶⁰⁹, wurde erst mit der EU-RatingVO-Novelle II explizit auch der Schutz der Emittenten vor fehlerhaften Ratings verfolgt. Dies kommt nicht nur in den dazugehörigen Erwägungsgründen⁴⁶¹⁰, sondern auch im novellierten Verordnungstext

⁴⁶⁰² Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 18, leitet daraus offenbar den Schutzgesetzcharakter ab; s dazu noch unten bei FN 4615.

⁴⁶⁰³ ErwGr 7, 11, 39, 75 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁶⁰⁴ Dieses Bestreben des europäischen Gesetzgebers deckt sich auch mit seiner Kompetenz zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses, verfügte doch die Europäische Gemeinschaft schon nach dem damals geltenden Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über die Rechtssetzungskompetenz im Bereich des Verbraucherschutzes, wovon auch die Wahrung wirtschaftlicher Interessen umfasst war (Art 153 Abs 1, Abs 3 *lit a* iVm Art 95 EGV; vgl EU-RatingVO [Stammfassung] 1; s nunmehr Art 4 Abs 2 *lit f*, Art 169 iVm Art 114 AEUV). Die EU-RatingVO wurde denn auch auf Art 95 EGV gestützt (Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts; vgl Art 114 AEUV; s dazu Zimmer in FS Hopt II [2010] 2695), dessen Abs 3 als Handlungsmaxime für die vorschlagende Kommission ein hohes Verbraucherschutzniveau erklärt.

⁴⁶⁰⁵ Vgl Möllers, NZG 2010, 287.

⁴⁶⁰⁶ Vgl demgegenüber Section 15E (m) 2 Securities Exchange Act of 1934: „Nothing in this section may be construed as creating any private right of action“ und dazu etwa Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 8 FN 12, 17; Korth, Dritthaftung 29.

⁴⁶⁰⁷ ErwGr 7 (am Anfang und aE), ErwGr 10 EU-RatingVO-Novelle I; vgl auch Art 31 Abs 2 EU-RatingVO idF EU-RatingVO-Novelle I.

⁴⁶⁰⁸ S bereits den Vorschlag von DAI/BDI/VDT, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 3; GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13.

⁴⁶⁰⁹ Oben bei FN 4586.

⁴⁶¹⁰ Vgl ErwGr 7, 32 EU-RatingVO-Novelle II.

selbst zum Ausdruck (Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO). Die Einbeziehung des Emittentenschutzes verwundert wenig, war doch spätestens im Zeitpunkt der Beschlussfassung im Europäischen Parlament der Höhepunkt der Staatsschuldenkrise erreicht⁴⁶¹¹ und entflammte parallel dazu öffentlich verbreitete Kritik an den zu dieser Zeit vergebenen Staatenratings.⁴⁶¹² Bezeichnender Weise heißt es im Erwägungsgrund 32 der EU-RatingVO-Novelle II, dass Ratingagenturen auch gegenüber den Emittenten besonders in der Pflicht stünden, weil Erstere erheblichen Einfluss auf die finanzielle Attraktivität der Letzteren hätten.⁴⁶¹³

Zusammengefasst verfolgt die EU-RatingVO idgF als Reaktion auf die Finanzkrise mE primär den Schutz des Finanzmarkts.⁴⁶¹⁴ Um die Effektivität dieses Schutzes zu erhöhen, geht sie über einen reflexartigen Schutz der neben den Ratingagenturen agierenden Marktakteure hinaus. Sie beschränkt sich also nicht bloß auf ein Aufsichtsregime, dem sie Ratingagenturen unterwirft und das mittelbar auch den anderen Marktteilnehmern zugutekommt. Vielmehr gewährleistet die EU-RatingVO auch einen schadenersatzrechtlichen Schutz von Anlegern und Emittenten. Der Schutz dieser Marktakteure dient mE letztlich wiederum dem Marktschutz und ist kein Selbstzweck.

4) Mit diesem System der EU-RatingVO⁴⁶¹⁵, ihrer Entstehungsgeschichte⁴⁶¹⁶ sowie ihrem (schon ursprünglichen) Zweck, insb Erwägungsgrund 69 EU-RatingVO (Stammfassung)⁴⁶¹⁷, steht im Einklang, dass die Artikel der EU-RatingVO bis zum Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II zutreffender Weise als Schutzgesetze (§ 1311 ABGB) zugunsten der Anleger auszulegen sind.⁴⁶¹⁸ Dafür spricht auch eine an die EuGH-

⁴⁶¹¹ ErwGr 1 EU-RatingVO-Novelle II; vgl auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 299.

⁴⁶¹² S dazu oben bei FN 3898.

⁴⁶¹³ *Blaurock*, EuZW 2013, 610; vgl auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 298.

⁴⁶¹⁴ Vgl die Nw oben in FN 4592.

⁴⁶¹⁵ Dazu, dass Art 35a EU-RatingVO für einen schon ursprünglich angestrebten Individualschutz spricht, s *Dutta*, WM 2013, 1735.

⁴⁶¹⁶ Zur Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der fraglichen Norm bei der Frage der Auslegung als Schutzgesetz s insb *Wolff* in *Klang*, ABGB Vf² (1951) 82; vgl auch v. *Zeiller*, ABGB (1813) § 1311 Anm 8; s allg zur historischen Interpretation, im Rahmen derer ua der Anlass für die Gesetzeserlassung sowie der faktische und rechtliche Zustand vor Erlassung der auszulegenden Norm zu beachten sind: *F. Bydliński*, *Methodenlehre*², 449.

⁴⁶¹⁷ *Gomille*, GPR 2011, 192.

⁴⁶¹⁸ IE *Gomille*, GPR 2011, 192; wohl auch *Thörle*, *Bucerius Law Journal* 2011, Heft 1, 18; offen *Spindler*, AG 2010, 611; *Graf*, JBl 2012, 213 FN 19; (mE nicht nachvollziehbar) diff *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293; *Schuler*, *Verantwortlichkeit* 268 f: Allenfalls seien die Kennzeichnungspflichten, die der *investor education* zuzuordnen seien, Schutzgesetze; insofern aA *Amort*, EuR 2013, 277; abl Tendenz auch bei *Wojcik*, NJW 2013, 2386; *Haar*, NZG 2010, 1285: „äußerst fraglich bzw. im Einzelfall begründungsbedürftig“; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2243 FN 45.

Rsp zur Sanktionierung des europarechtlichen Kartellverbots⁴⁶¹⁹ angelehnte Interpretation der EU-RatingVO unter dem Gesichtspunkt des *effet-utile*.⁴⁶²⁰

Dass die EU-RatingVO kein österreichisches *Gesetz* ist, sollte dem nicht entgegenstehen, weil es in dem Zusammenhang nur auf den Charakter der auszulegenden Vorschrift als unmittelbar wirkende Norm (vgl Art 288 AEUV) ankommen kann (vgl auch Art 101 AEUV iVm § 1311 ABGB⁴⁶²¹). Der primäre Marktschutz steht dem Schutzgesetzcharakter mE wie bei §§ 48a, 48d BörseG iVm § 1311 ABGB⁴⁶²² ebenso nicht entgegen. Die Haftung aus Schutzgesetzverletzung iVm der EU-RatingVO ist mE aber wie die Dritthaftung von Ratingagenturen nach österreichischem Recht analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB summenmäßig beschränkt, weil hier wie dort dieselben Gründe für eine solche Begrenzung sprechen (vgl oben S 363 ff).

Nach Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II lässt sich ein Schutzgesetzcharakter der EU-RatingVO mE aber nicht mehr vertreten.⁴⁶²³ Auch scheidet ein Schutzgesetzcharakter der EU-RatingVO idF vor der EU-RatingVO-Novelle II zugunsten des Emittenten aus,⁴⁶²⁴ weil dessen Schutz mE erst mit dieser Novelle ausreichend bezweckt wurde. Davor eingetretene Emittentenschäden liegen nicht innerhalb des personalen Schutzbereichs des Schutzgesetzes.⁴⁶²⁵

II. Haftung gem Art 35a EU-RatingVO

A. Allgemeiner Teil

1. Systematik des Art 35a und „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO

1) Gem Art 35a EU-RatingVO idGF haftet die Ratingagentur gegenüber Anlegern und Emittenten für den Fall, dass sie vorsätzlich oder grob fahrlässig eine der in Anhang III der Verordnung angeführten Zuwiderhandlungen begangen hat. Ein derartiger Verstoß gegen

⁴⁶¹⁹ EuGH C-453/99 EuR 2002, 216 (219) *Courage/Crehan*. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH die Schadenersatzpflicht unter Effektivitätsgesichtspunkten für erforderlich hält, obwohl die Kommission ohnehin die Befugnis hat, wettbewerbswidriges Verhalten durch Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu ahnden (vgl Art 103 Abs 2 lit a AEUV). Für die EU-RatingVO idF vor EU-RatingVO-Novelle II bedeutet dies, dass die Ermächtigung der ESMA, Strafsanktionen über rechtswidrig handelnde Ratingagenturen zu verhängen (dazu oben bei FN 4484), ebenso nicht ausreicht, um für die Frage der schadenersatzrechtlichen Sanktionierung von einer „vollen Wirksamkeit“ der EU-RatingVO aF auszugehen (zur Unabhängigkeit des Schadenersatzanspruchs von der Befugnis, aufsichtsrechtliche Sanktionen zu verhängen und umgekehrt vgl Art 35a Abs 6 EU-RatingVO idGF).

⁴⁶²⁰ Vgl zur Parallele zwischen der effektiven Durchsetzung des europäischen Kartellrechts und jener des europäischen Kapitalmarktrechts Möllers, JZ 2009, 871.

⁴⁶²¹ S dazu etwa OGH 5 Ob 39/11 p ecolex 2012, 392.

⁴⁶²² Dazu oben bei FN 1109.

⁴⁶²³ Dazu ausf unten bei FN 4958; aA Gass, Schadenersatzansprüche 93 ff; s auch Dutta, WM 2013, 1735, der die Schutzgesetz-Eigenschaft sogar nach Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II für möglich hält.

⁴⁶²⁴ AA Gomille, GPR 2011, 192.

⁴⁶²⁵ Zum personalen Schutzbereich s nur Karollus, Schutzgesetzverletzung 339 ff.

die EU-RatingVO muss sich weiters auf das Rating (analog: Ratingausblick⁴⁶²⁶) ausgewirkt und letztlich den Schaden des Anlegers oder Emittenten verursacht haben.

2) Die Haftung nach der EU-RatingVO ist also eine akzessorische: Art 35a EU-RatingVO begründet keine originären „Wohlverhaltenspflichten“ für Ratingagenturen. Vielmehr knüpft sein Abs 1 an die Verhaltens- und Organisationsanforderungen der EU-RatingVO an, die nach dem Aufsichtsregime der Verordnung zu entsprechenden Sanktionen⁴⁶²⁷ führen können. Art 35a EU-RatingVO ist insofern ein Instrument der Verhaltenssteuerung⁴⁶²⁸ durch *private enforcement*⁴⁶²⁹, was einem allgemeineren europäischen Trend entsprechen dürfte.⁴⁶³⁰ Ohne Verstoß gegen die EU-RatingVO besteht demnach auch keine Haftung nach dieser.

Der Verweis des Art 35a EU-RatingVO auf deren Anhang III⁴⁶³¹ ist „legistisch-ökonomisch“.⁴⁶³² Denn dieser Anhang normiert selbst nicht die haftungsrelevanten Pflichten, sondern wiederholt die im Haupttext der Verordnung verankerten Verhaltens- und Organisationsanforderungen nur negativ formulierend. Dabei wird ausdrücklich erläutert, wann die Ratingagentur die jeweilige Pflicht verletzt.⁴⁶³³ Abstrakt haftungsrelevant ist demnach die Zuwiderhandlung gegen die bereits erwähnten Bestimmungen über die Unabhängigkeit bzw Vermeidung von Interessenkonflikten⁴⁶³⁴, über die Qualität⁴⁶³⁵ sowie die Transparenz bzw Präsentation⁴⁶³⁶ von Ratings. Diese Normen machen gewissermaßen den „Besonderen Teil“ des europäischen Sonderdeliktsrechts⁴⁶³⁷ für Ratingagenturen aus. Auf sie wird später im Detail eingegangen (S 544 ff).

3) Speziell ausgestaltet ist das Verhältnis der EU-RatingVO zum nationalen Haftungsrecht. Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO ordnet an, dass zahlreiche Begriffe der europäischen Haftungsbestimmung (entgegen dem Grundsatz der autonomen Auslegung von Unionsrecht⁴⁶³⁸) im „Einklang mit dem geltenden einzelstaatlichen Recht gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Internationalen Privatrechts ausgelegt und angewandt

⁴⁶²⁶ Unten bei FN 4667.

⁴⁶²⁷ S dazu oben bei FN 4484.

⁴⁶²⁸ Oben bei FN 4593.

⁴⁶²⁹ Wagner in FS Blaurock (2013) 472; Blaurock, EuZW 2013, 611; Dutta, WM 2013, 1733; Schroeter, Ratings 831 f.

⁴⁶³⁰ Wojcik, NJW 2013, 2385 f; vgl zum *private enforcement* im Kartellrecht Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11.6.2013, KOM(2013) 404, 2013/0185 (COD).

⁴⁶³¹ S zu dieser Regelungstechnik Wojcik, NJW 2013, 2387; Dutta, WM 2013, 1729, 1733.

⁴⁶³² Vgl Gass, Schadenersatzansprüche 80.

⁴⁶³³ Wagner in FS Blaurock (2013) 472.

⁴⁶³⁴ S unten unter „Teil 2.II.B.2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur“.

⁴⁶³⁵ S unten unter „Teil 2.II.B.3. Qualität der Ratings“.

⁴⁶³⁶ Vgl zur fehlenden konkreten haftungsrechtlichen Relevanz aber unten bei FN 4787.

⁴⁶³⁷ Vgl noch unten unter „Teil 2.II.A.7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a“.

⁴⁶³⁸ Haas, DB 2013, 2494; Wojcik, NJW 2013, 2389; Dutta, WM 2013, 1730.

werden“ sollen („gewollte interne Haftungslücken“).⁴⁶³⁹ Dies betrifft insb⁴⁶⁴⁰ die Termini „Schaden“⁴⁶⁴¹, „Vorsatz“ und „grobe Fahrlässigkeit“⁴⁶⁴², „in vertretbarer Weise verlassen“ und „gebührende Sorgfalt“⁴⁶⁴³, „Auswirkung“⁴⁶⁴⁴, „angemessen“ und „verhältnismäßig“⁴⁶⁴⁵. Begriffe, die in der EU-RatingVO legaldefiniert werden (s Art 3 *leg cit*), sind aber sehr wohl autonom auszulegen (vgl Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO in der englischen Sprachfassung⁴⁶⁴⁶).⁴⁶⁴⁷

Zusätzlichen Einfluss gewinnt das nationale Recht durch Art 35a Abs 4 Satz 2 EU-RatingVO. Dieser verweist für Zwecke der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO allgemein auf das mitgliedstaatliche Haftungsrecht hinsichtlich all jener Teilaspekte der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, die nicht durch die Verordnung geregelt werden⁴⁶⁴⁸ („gewollte externe Haftungslücken“⁴⁶⁴⁹; vgl Art 7 Abs 2 UN-Kaufrecht⁴⁶⁵⁰; ferner Art 9, 15 SE-VO⁴⁶⁵¹, Art 8, 17 SCE-VO, Art 2 EWIV-VO). Dies betrifft etwa die Verjährung des „europarechtlichen“ Schadenersatzanspruchs.⁴⁶⁵²

Insgesamt wird durch Art 35a Abs 4 EU-RatingVO der Verordnungscharakter der EU-RatingVO (wenn auch nur teilweise) entfremdet und Elemente einer Richtlinie treten hinzu: Zwar existiert eine europarechtliche „Basis“ für den Haftungsanspruch.⁴⁶⁵³ Wie dieser aber im Einzelfall konkret ausgestaltet ist, bestimmt sich nach dem anwendbaren mitgliedstaatlichen Schadenersatzrecht⁴⁶⁵⁴ (insofern Rechtsangleichung statt Rechtsvereinheitlichung). Die Zurückhaltung vor allzu weitgehender Vereinheitlichung im Bereich des Schadenersatzrechts⁴⁶⁵⁵ dürfte vor dem Hintergrund der Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu sehen sein. Eingriffe in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind danach nur insoweit gestattet, als sie erforderlich und verhältnismäßig

⁴⁶³⁹ Wojcik, NJW 2013, 2388 f; interne Lücken; Haar, Civil Liability 17.

⁴⁶⁴⁰ Arg „wie“ in Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO; Dutta, WM 2013, 1730.

⁴⁶⁴¹ S unten unter „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“ aE, „Teil 2.II.A.4.b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3)“ aE.

⁴⁶⁴² S unten unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“.

⁴⁶⁴³ S unten unter „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“.

⁴⁶⁴⁴ S unten bei FN 4780.

⁴⁶⁴⁵ S unten unter „Teil 2.II.A.8. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse (Abs 3)“.

⁴⁶⁴⁶ „Terms such as “damage”, “intention”, “gross negligence”, “reasonably relied”, “due care”, “impact”, “reasonable” and “proportionate” which are referred to in this Article but are not defined [!], shall be interpreted and applied in accordance with the applicable national law as determined by the relevant rules of private international law“.

⁴⁶⁴⁷ Dutta, WM 2013, 1730; Gass, Schadenersatzansprüche 31.

⁴⁶⁴⁸ ErwGr 35 EU-RatingVO-Novelle II; s dazu auch Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299; Haar, DB 2013, 2494; dies, Civil Liability 15.

⁴⁶⁴⁹ Vgl Wojcik, NJW 2013, 2388 f.

⁴⁶⁵⁰ Dutta, WM 2013, 1730, der auch noch auf die Parallele zwischen Art 35a Abs 4 Satz 2 EU-RatingVO und dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch hinweist.

⁴⁶⁵¹ Zu dieser Parallele zwischen EU-RatingVO und SE-VO s bereits Gass, Schadenersatzansprüche 29 FN 83, 41 f.

⁴⁶⁵² S unten unter „Teil 2.II.A.6. Verjährung“.

⁴⁶⁵³ Vgl Dutta, WM 2013, 1729: europäisches „Grundgerüst“.

⁴⁶⁵⁴ Aufgrund dieser „Regelungstechnik“ wird an zahlreichen Stellen der folgenden Kommentierung zu Art 35a EU-RatingVO auf die Ausführungen zur Haftung von Ratingagenturen nach ABGB (dazu oben Teil 1 der Arbeit) verwiesen.

⁴⁶⁵⁵ Insofern krit zu Art 35a EU-RatingVO Wojcik, NJW 2013, 2389, der daher die Effektivität der Haftung bezweifelt.

sind (vgl. Art 5 Abs 3 f EUV)⁴⁶⁵⁶. Auch die Befürchtung, durch umfassende europäische Haftungsregelungen die Komplexität der zivilrechtlichen Haftungssysteme zu steigern, dürfte Anlass für die „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO gewesen sein.⁴⁶⁵⁷

In der Folge sollen nun die allgemeinen Tatbestandsmerkmale des Art 35a EU-RatingVO kommentiert werden. Dabei wird von einer subsidiären Geltung österreichischen Rechts ausgegangen (zum Internationalen Privatrecht s. noch unten S. 601 ff.).

2. Rating iSd Art 35a EU-RatingVO

1) Art 35a EU-RatingVO gilt (wie überhaupt die gesamte VO) nur für solche Ratings, die von bestimmten Ratingagenturen (dazu unten S. 510 ff.) in der EU entweder veröffentlicht oder nur an Abonnenten weitergegeben werden (sachlicher Geltungsbereich; Art 2 Abs 1 EU-RatingVO⁴⁶⁵⁸; vgl. auch Art 4 Abs 2 *leg. cit.*).

Als „Rating“ definiert die EU-RatingVO ein „Bonitätsurteil“ über ein Unternehmen, einen Schuldtitel, eine finanzielle Verbindlichkeit, eine Schuldverschreibung (insb. Unternehmensanleihe⁴⁶⁵⁹), eine Vorzugsaktie oder ein anderes (auch strukturiertes) Finanzinstrument oder den jeweiligen Emittenten. Charakteristisch an einem solchen Rating ist, dass es anhand eines standardisierten Einstufungsverfahrens für Ratingkategorien vorgenommen wird (Art 3 Abs 1 *lit. a* EU-RatingVO).⁴⁶⁶⁰ Als „Ratingkategorie“ versteht Art 3 Abs 1 *lit. h* EU-RatingVO „ein Symbol, z.B. einen Buchstaben oder eine Zahl, die gegebenenfalls durch nachgestellte Zeichen ergänzt werden, mit dem bei einem Rating das relative Risiko angegeben wird, um die unterschiedlichen Risikoprofile der Arten von bewerteten Unternehmen, Emittenten und Finanzinstrumenten oder anderen Vermögenswerten zum Ausdruck zu bringen“. Von der EU-RatingVO werden daher grundsätzlich sowohl Emissions- als auch Emittentenratings erfasst;⁴⁶⁶¹ ebenso beantragte und unbeantragte Ratings⁴⁶⁶².

Vom Rating terminologisch abgegrenzt wird der „Ratingausblick“ („*Credit Watch*“⁴⁶⁶³), mit welchem die Ratingagentur ihre Erwartungshaltung hinsichtlich der kurz- bis

⁴⁶⁵⁶ Vgl. auch *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen, KOM(2008) 704, 6 f. (P. 2.2.); ErwGr 49 EU-RatingVO-Novelle II; ErwGr 75 EU-RatingVO (Stammfassung); ErwGr 35 EU-RatingVO-Novelle I.

⁴⁶⁵⁷ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P. 6.4. (S. 46 f.).

⁴⁶⁵⁸ Dazu *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2695 f.; *Becker*, DB 2010, 943; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Korth*, Dritthaftung 25.

⁴⁶⁵⁹ ErwGr 14 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴⁶⁶⁰ S. dazu auch *Deipenbrock*, WM 2009, 1170; *Gomille*, GPR 2011, 187; vgl. *Code of Conduct Fundamentals* 3.

⁴⁶⁶¹ S. aber auch noch unten unter „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“.

⁴⁶⁶² *Gass*, Schadenersatzansprüche 28.

⁴⁶⁶³ ErwGr 7 EU-RatingVO-Novelle II.

mittelfristigen Entwicklung des jeweiligen Ratings angibt.⁴⁶⁶⁴ Materiell-rechtlich sind Ratingausblicke seit der EU-RatingVO-Novelle II in zahlreichen Bestimmungen Ratings ausdrücklich⁴⁶⁶⁵ gleichgestellt.⁴⁶⁶⁶ Dies betrifft aber nicht die Haftung gem Art 35a EU-RatingVO. Angesichts des Erwägungsgrunds 7 zur EU-RatingVO-Novelle II verwundert dies. Denn dort heißt es:

„Die Bedeutung, die Ratingausblicke für Anleger und Emittenten haben, und ihre Auswirkungen auf Märkte sind mit der Bedeutung und den Auswirkungen von Ratings vergleichbar. Daher sollten sämtliche Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009, mit denen gewährleistet werden soll, dass Ratingmaßnahmen zutreffend und transparent sind und nicht zu Interessenkonflikten führen, auch für Ratingausblicke gelten.“

Demnach erscheint es geradezu widersprüchlich, wollte man die Haftung des Art 35a EU-RatingVO nicht auf Ratingausblicke ausdehnen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die elementaren Qualitätsanforderungen des Art 8 Abs 2 EU-RatingVO ebenso für Ratingausblicke gelten und Anhang III der EU-RatingVO ausdrücklich sorgfaltswidrig erstellte Ratingausblicke sanktioniert.⁴⁶⁶⁷ Da sich in den Erwägungsgründen kein Anhaltspunkt dafür findet, dass der europäische Gesetzgeber die Haftung auf Ratings iS beschränkt wissen wollte, ist mE Art 35a EU-RatingVO vor diesem Hintergrund analog auf Ratingausblicke anzuwenden.⁴⁶⁶⁸

2) Jedenfalls nicht als Rating iSd (Art 35a) EU-RatingVO gelten Einschätzungen des Preises oder Wertes einer finanziellen Verpflichtung oder eines Finanzinstruments, wie etwa Finanzanalysen oder Anlageempfehlungen.⁴⁶⁶⁹

Wie eingangs erwähnt erfasst die EU-RatingVO nur solche Ratings, die veröffentlicht oder an Abonnenten weitergegeben werden (oben S 507). Für den Begriff der Veröffentlichung bietet sich mE eine Orientierung an Art 2 Abs 1 *lit d* ProspektRL (2003/71/EG; vgl auch § 1 Abs 1 Z 1 KMG) an. Danach muss das Rating „an das Publikum“ erteilt werden, sohin

⁴⁶⁶⁴ Art 3 Abs 1 *lit w* EU-RatingVO.

⁴⁶⁶⁵ Die Bedeutung der Ratingausblicke sowohl für Anleger als auch Emittenten (ErwGr 7 EU-RatingVO-Novelle II) spricht mE dafür, bereits vor Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II einzelne Bestimmungen der EU-RatingVO analog auf Ratingausblicke anzuwenden. Insofern hat die EU-RatingVO-Novelle II diesbezüglich lediglich deklarative Bedeutung, was auch ErwGr 7 derselben bestätigt. Dort wird darauf hingewiesen, dass die Aufsichtspraxis schon bisher Ratingausblicke dem Regime der EU-RatingVO unterstellte (s dazu auch *Witte/Henke*, DB 2013, 2257; *Blaurock*, EuZW 2013, 609; *Council of the European Union*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation [EC] No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 [COD] 5).

⁴⁶⁶⁶ S zB Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 5, Art 8 Abs 2 EU-RatingVO; vgl auch *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 3.4.1. (S 8).

⁴⁶⁶⁷ S Anh III Teil I Nr 42 EU-RatingVO.

⁴⁶⁶⁸ Ebenso *Gass*, Schadenersatzansprüche 25.

⁴⁶⁶⁹ ErwGr 20 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl auch ErwGr 8 EU-RatingVO-Novelle II.

an einen offenen Empfängerkreis.⁴⁶⁷⁰ Insb kommt eine Veröffentlichung via Internet in Frage.⁴⁶⁷¹

Die zweite Alternative (Weitergabe der Ratings an Abonnenten) schließt solche Unternehmen vom Geltungsbereich aus, die im Rahmen eines Einzelauftrags die Bonität beurteilen und ihr Gutachten (mit einer Vertraulichkeitsklausel) ausschließlich an den Auftraggeber weiterleiten⁴⁶⁷² (ausdr Art 2 Abs 2 *lit a* EU-RatingVO: Ausnahme für „private“ Ratings⁴⁶⁷³). Daraus folgt auch, dass etwa bankinterne Ratings grundsätzlich nicht unter den Geltungsbereich der EU-RatingVO fallen.⁴⁶⁷⁴

Dies harmonisiert mit der allgemeinen *ratio* der EU-RatingVO, einen angemessenen Markt- und Anlegerschutz zu gewährleisten (dazu oben S 500 ff): Ratings, die mangels Verbreitung von vornherein keinen (allzu großen) Einfluss auf die Investitionsentscheidungen der Anleger haben können, müssen nicht zwingend den europäischen Qualitätsstandards genügen. Damit hängt zusammen, dass veröffentlichte Bonitätsbewertungen im Vergleich zu „vertraulichen“ Ratings für den Emittenten gefährlicher sind (vgl § 1330 Abs 2 Satz 3 ABGB),⁴⁶⁷⁵ was eine Ausnahme der Letzteren vom Regime der EU-RatingVO zusätzlich rechtfertigen kann. Eine bedenkliche Schutzlücke ergibt sich dadurch mE nicht, weil der „Auftraggeber“ iSd Art 2 Abs 2 *lit a* EU-RatingVO in der Regel ohnehin durch vertragliche Schadenersatzansprüche gegen die Ratingagentur geschützt ist.⁴⁶⁷⁶

Darüber hinaus sind vom Geltungsbereich der EU-RatingVO explizit Kreditpunktbewertungen sowie *Credit-Scoring*-Systeme⁴⁶⁷⁷ ausgenommen. Selbiges gilt für Bewertungen, die sich auf Verpflichtungen beziehen, die sich aus Beziehungen zu Verbrauchern oder aus geschäftlichen oder gewerblichen Beziehungen ergeben (Art 2 Abs 2 *lit b leg cit*). Damit dürften Bonitätsbewertungen und -auskünfte von Banken und Wirtschaftsauskunfteien gemeint sein.⁴⁶⁷⁸ Dieser Ausnahmetatbestand und seine Reichweite sind freilich dann problematisch, wenn die Wirtschaftsauskunftei (auch) als

⁴⁶⁷⁰ So auch Gomille, GPR 2011, 188.

⁴⁶⁷¹ Art 4 Abs 2 EU-RatingVO.

⁴⁶⁷² Vgl dazu Gomille, GPR 2011, 187.

⁴⁶⁷³ S dazu ErwGr 19 EU-RatingVO (Stammfassung); Deipenbrock, WM 2009, 1170; Spindler, AG 2010, 610 FN 110, 611; Becker, DB 2010, 943. Insb ein Großinvestor oder der Emittent (Vasella, Haftung 167) kommt als Auftraggeber in Betracht.

⁴⁶⁷⁴ Gomille, GPR 2011, 188 f; Gass, Schadenersatzansprüche 20.

⁴⁶⁷⁵ S dazu oben in FN 4098.

⁴⁶⁷⁶ Vgl oben bei FN 2729 sowie unter „Teil 1.II.C.4. Ersatz des Mangelfolgeschadens“, jeweils mwN.

⁴⁶⁷⁷ Mit dem *Credit-Scoring* wird die Kreditwürdigkeit von Kreditnehmern unter Zuhilfenahme eines Punkteschemas ausgedrückt, wodurch das Ausfallrisiko von Bankkrediten abschätzbar wird (Arendts, WM 1993, 230). Das *Credit-Scoring* basiert lediglich auf vorgegebenen, statistischen Systemen oder Modellen ohne zusätzliche wesentliche analytische Ratingdaten: Art 3 Abs 1 *lit x* EU-RatingVO. Das Scoringverfahren bezieht sich (typischerweise) auf die Bonität von Verbrauchern (Gass, Schadenersatzansprüche 20 FN 68).

⁴⁶⁷⁸ Gass, Schadenersatzansprüche 20; s auch Malainer/Staribacher, ecolex 2014, 941.

„Ratings“ bezeichnete Bewertungen über Auskunftsubjekte erstellt.⁴⁶⁷⁹ Die Anwendung der EU-RatingVO setzt diesfalls ungeachtet der Bezeichnung der fraglichen Bewertungen mE aufgrund des Schutzzwecks der EU-RatingVO (oben S 500 ff) ein Mindestmaß an Kapitalmarktbezug des Bewertungsobjekts voraus (Bewertung von Emissionen oder Schuldnern, die sich an den Kapitalmarkt wenden; vgl Art 3 Abs 1 *lit a leg cit*). Dies wird bei Bonitätsauskünften „im klassischen Sinn“ oft nicht gegeben sein.⁴⁶⁸⁰ Auch Ratings von Exportversicherungsagenturen (Art 2 Abs 2 *lit c leg cit*) und bestimmte Ratings von Zentralbanken⁴⁶⁸¹ unterliegen nicht der EU-RatingVO.

3. Haftungsadressat

a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1)

1) Bevor auf den personellen Geltungsbereich des Art 35a (sowie der gesamten⁴⁶⁸²) EU-RatingVO genauer eingegangen wird, ist vor auszuschicken, dass die marktführenden Ratingagenturen (*Moody's*, *Standard & Poor's*, *Fitch*) global agieren und die dazugehörigen Gesellschaften teilweise auch über einen Sitz außerhalb Europas verfügen.⁴⁶⁸³ Eine Aufsicht etwa über die in den USA niedergelassenen Muttergesellschaften von *Moody's* und *Standard & Poor's* erscheint daher *prima facie* nur schwer durchsetzbar. Allerdings wäre es angesichts der überragenden Bedeutung gerade dieser Ratingagenturen auch in Europa wohl sachlich nicht gerechtfertigt gewesen, sie vom Geltungsbereich der EU-RatingVO gänzlich auszunehmen. Dieses „Problem“ wird von der Verordnung wie folgt gelöst:

Die EU-RatingVO gilt grundsätzlich für Ratings (oben S 507 ff) solcher Ratingagenturen, die gemäß der Verordnung bei der ESMA registriert sind (Art 2 Abs 1 *leg cit*⁴⁶⁸⁴). „Ratingagentur“ wird legaldefiniert als „Rechtspersönlichkeit, deren Tätigkeit die gewerbsmäßige Abgabe von Ratings umfasst“ (Art 3 Abs 1 *lit b leg cit*⁴⁶⁸⁵). Dafür kommt es wohl auf die tatsächliche Tätigkeit an. Die Registrierung ist für Ratingagenturen

⁴⁶⁷⁹ Vgl dazu *Kantner*, ZIK 2012, 90; *Malainer/Staribacher*, *ecolex* 2014, 939; OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14 t; BGH VI ZR 120/10 WM 2011, 1187.

⁴⁶⁸⁰ Vgl auch *Malainer/Staribacher*, *ecolex* 2014, 940.

⁴⁶⁸¹ Zentralbanken-Ratings unterliegen (nur) dann nicht der EU-RatingVO, wenn es sich bei ihnen um unbeauftragte Ratings handelt, die nicht veröffentlicht werden. Darüber hinaus müssen solche Ratings mit angemessener Qualität vorgenommen werden und dürfen sich nicht auf Finanzinstrumente beziehen, die von den Mitgliedstaaten der jeweiligen Zentralbanken ausgegeben werden (Art 2 Abs 2 *lit d* EU-RatingVO; s dazu *ErwGr 2* EU-RatingVO [Stammfassung] aE; *Gomille*, GPR 2011, 188)

⁴⁶⁸² *Dutta*, WM 2013, 1731 f.

⁴⁶⁸³ S auch *ErwGr 2* EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁶⁸⁴ Dazu *Deipenbrock*, WM 2009, 1169 f.

⁴⁶⁸⁵ S dazu *Gomille*, GPR 2011, 188; noch unten bei FN 4857.

verpflichtend vorgeschrieben, die ihren Sitz in der EU haben (Art 14 Abs 1 *leg cit*),⁴⁶⁸⁶ wobei wohl der Satzungssitz (und nicht etwa die tatsächliche Hauptverwaltung) ausschlaggebend ist (*arg* Art 3 Abs 1 *lit c leg cit*).⁴⁶⁸⁷ Registriert sich ungeachtet dessen eine in der EU ansässige Ratingagentur nicht, kann die ESMA Aufsichtsmaßnahmen verfügen, insb Zwangsgelder verhängen, um die Verpflichtung durchzusetzen.⁴⁶⁸⁸

Für Ratingagenturen aus Drittstaaten besteht ein indirekter Zwang zur Registrierung.⁴⁶⁸⁹ Unterlassen sie diese, können ihre Ratings grundsätzlich⁴⁶⁹⁰ nicht mehr von Kreditinstituten⁴⁶⁹¹, Wertpapierfirmen⁴⁶⁹², Versicherungsunternehmen⁴⁶⁹³, Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere⁴⁶⁹⁴, Einrichtungen zur Altersversorgung⁴⁶⁹⁵, alternative Investmentfonds⁴⁶⁹⁶ sowie zentrale Gegenparteien⁴⁶⁹⁷ zu aufsichtsrechtlichen Zwecken herangezogen werden (Art 4 Abs 1 EU-RatingVO).⁴⁶⁹⁸ Besondere Bedeutung hat dabei die Orientierung an Ratings zur risikoadäquaten Eigenkapitalbestimmung für Banken (vgl Art 135 Abs 1, Art 4 Abs 98 EU-BankenaufsichtsVO iVm EU-RatingVO).⁴⁶⁹⁹ Damit geht für nicht registrierte Ratingagenturen ein bedeutender Kundenkreis verloren.

⁴⁶⁸⁶ Witte/Henke, DB 2013, 2257; Däubler, WM 2011, 1830; Becker, DB 2010, 944; Korth, Dritthaftung 26; vgl auch ErwGr 43 EU-RatingVO (Stammfassung); Wagner in FS Blaurock (2013) 471; Oppitz, ÖZW 2011, 65; Thönningsen, ZBB 2011, 468; aA Gomille, GPR 2011, 188, 190 f.

⁴⁶⁸⁷ Dutta, WM 2013, 1732.

⁴⁶⁸⁸ Art 36b Abs 1 *lit a* iVm Art 24 Abs 1 *lit d* EU-RatingVO; Anh III Absch I Nr 54 *leg cit*.

⁴⁶⁸⁹ Vgl auch Dutta, WM 2013, 1732; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 17.

⁴⁶⁹⁰ Zur Möglichkeit der Zertifizierung von Ratingagenturen, die in einem Drittland ansässig sind, vgl Art 5 EU-RatingVO; eine derartige Zertifizierung ermöglicht es, das Rating aus dem Drittland (ausnahmsweise) direkt zu aufsichtsrechtlichen Zwecken heranzuziehen (Art 5 Abs 1 EU-RatingVO; Gomille, GPR 2011, 188; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227). Gleiches gilt, wenn eine europäische Ratingagentur gem Art 4 Abs 3 ff EU-RatingVO Ratings aus einem Drittstaat übernimmt (Art 4 Abs 1, Abs 2, Abs 4 EU-RatingVO).

⁴⁶⁹¹ ISd RL 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABL L 2006/177, 1.

⁴⁶⁹² ISd RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABL L 2004/145, 1.

⁴⁶⁹³ Uzw Direkt- (iSd RL 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung [mit Ausnahme der Lebensversicherung], ABL L 1973/228, 3), Lebens- (iSd RL 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABL L 2002/345, 1) sowie Rückversicherungen (iSd RL 2005/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2005 über die Rückversicherung und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 92/49/EWG des Rates sowie der Richtlinien 98/78/EG und 2002/83/EG, ABL L 2005/323, 1).

⁴⁶⁹⁴ ISd RL 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABL L 1985/375, 3.

⁴⁶⁹⁵ ISd RL 2003/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2003 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG, 83/349/EWG, 86/635/EWG und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, von Banken und anderen Finanzinstituten sowie von Versicherungsunternehmen, ABL L 2003/178, 16.

⁴⁶⁹⁶ ISd RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABL L 2011/174, 1.

⁴⁶⁹⁷ ISd VO (EU) Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABL L 2012/201, 1.

⁴⁶⁹⁸ Vgl auch ErwGr 43 EU-RatingVO (Stammfassung); s zur aufsichtsrechtlichen Verwendung auch Deipenbrock, WM 2009, 1170, 1172; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2696; Korth, Dritthaftung 26; Haar, ZBB 2010, 188; Lerch, BKR 2010, 405; Amort, EuR 2013, 280 f; Däubler, WM 2011, 1830; Thönningsen, ZBB 2011, 468; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660; Spindler, AG 2010, 609; Thiele, ZG 2010, 148; Oppitz, ÖZW 2011, 65; Gomille, GPR 2011, 187 f; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Blaurock, JZ 2012, 231.

⁴⁶⁹⁹ S dazu Gass, Schadenersatzansprüche 25 f.

Da die Registrierung ihrerseits durch einen Sitz innerhalb der EU bedingt ist,⁴⁷⁰⁰ werden Ratingagenturen aus Drittstaaten damit *de facto* zur Gründung von Tochtergesellschaften in Europa angehalten.⁴⁷⁰¹ Um Umgehungskonstellationen zu vermeiden,⁴⁷⁰² darf eine in der EU registrierte Ratingagentur ein Rating, das von einer Ratingagentur aus einem Drittstaat abgegeben wurde, nur unter strengen Voraussetzungen übernehmen. Erforderlich ist insb das Bestehen einer gleichwertigen Aufsicht in diesem Drittstaat.⁴⁷⁰³ Diesfalls kann das übernommene Rating für aufsichtsrechtliche Zwecke innerhalb der EU herangezogen werden.⁴⁷⁰⁴ Die übernehmende Ratingagentur haftet aber für das übernommene Rating (Art 4 Abs 5 EU-RatingVO).⁴⁷⁰⁵

2) Gegenwärtig sind 38 Rechtspersonlichkeiten als Ratingagentur gemäß der EU-RatingVO registriert.⁴⁷⁰⁶ Darunter befinden sich zunächst alle drei *global player*⁴⁷⁰⁷, dh eine der beiden Hauptniederlassungen und mehrere Tochtergesellschaften der europäischen Ratingagentur *Fitch Ratings* sowie die europäischen Tochtergesellschaften der US-amerikanischen Ratingagenturen *Standard & Poor's* und *Moody's*.

Nach dem Vorstehenden scheidet aber eine Haftung der amerikanischen Muttergesellschaften von *Standard & Poor's* und *Moody's* gem Art 35a EU-RatingVO für die von ihnen publizierten Ratings aus.⁴⁷⁰⁸ Diese Ratingagenturen unterliegen nicht dem Geltungsbereich der EU-RatingVO (Art 2 Abs 1 *leg cit*). Eine Haftung dieser Muttergesellschaften nach der EU-RatingVO für die Ratings ihrer europäischen Töchter kommt ebenso nicht in Betracht. Die Definition für „Ratingagentur“ des Art 3 Abs 1 *lit b* EU-RatingVO, die die „Rechtspersonlichkeit“ der Agentur betont, lässt es nicht zu, für Zwecke des Art 35a EU-RatingVO Ratings der Tochter der Mutter einfach „zuzurechnen“ (vgl auch die Differenzierung zwischen Ratingagentur [Art 3 Abs 1 *lit b leg cit*] und Gruppe von Ratingagenturen [Art 3 Abs 1 *lit m leg cit*]).⁴⁷⁰⁹ Die europäischen Tochtergesellschaften haften für die Ratings ihrer amerikanischen Mütter nur dann, wenn Erstere diese Ratings gem Art 4 Abs 3 EU-RatingVO „übernommen“ haben.⁴⁷¹⁰

⁴⁷⁰⁰ Arntz, ZBB/JBB 2013, 319; Schroeter, Ratings 839; aA Gass, Schadenersatzansprüche 84 f, der auf die Liste der registrierten Ratingagenturen verweist, dabei jedoch übersieht, dass die dort verzeichneten Ratingagenturen aus den USA und Japan bloß zertifiziert und nicht registriert sind.

⁴⁷⁰¹ ErwGr 55 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl Thönningsen, ZBB 2011, 468; vgl auch schon Blaurock, ZGR 2007, 622, 627.

⁴⁷⁰² Vgl Art 4 Abs 4 UnterAbs 1 EU-RatingVO.

⁴⁷⁰³ S näher dazu Art 4 Abs 3 EU-RatingVO; Gomille, GPR 2011, 188; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Becker, DB 2010, 943.

⁴⁷⁰⁴ ErwGr 13 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁷⁰⁵ Unten bei FN 4976.

⁴⁷⁰⁶ S <http://www.esma.europa.eu/page/List-registered-and-certified-CRAs> (zuletzt abgerufen am 27.08.2015).

⁴⁷⁰⁷ Vgl ErwGr 11 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴⁷⁰⁸ Dutta, WM 2013, 1732.

⁴⁷⁰⁹ Vgl Dutta, WM 2013, 1732.

⁴⁷¹⁰ Oben bei FN 4705; unten bei FN 4976; Dutta, WM 2013, 1732.

Unter der Liste der registrierten Ratingagenturen finden sich weiters auch auffällig viele deutsche Ratingagenturen, wie zB die *Creditreform Rating AG*. Eine österreichische Ratingagentur ist derzeit nicht registriert.

3) Fraglich ist, ob eine Ratingagentur, die ihren Sitz innerhalb der EU, etwa in Österreich hat und sich pflichtwidrig (vgl Art 14 Abs 1 EU-RatingVO) nicht registrieren lässt, der Haftung nach Art 35a *leg cit* unterliegt. Art 2 Abs 1 *leg cit* scheint dagegen zu sprechen.

Allerdings ist zu bedenken, dass die ESMA – wie oben⁴⁷¹¹ bereits erwähnt – eindeutig auch dann Zwangsmaßnahmen anordnen kann, wenn sich eine Ratingagentur pflichtwidrig nicht registrieren lässt.⁴⁷¹² Das bedeutet, dass der europäische Gesetzgeber die in der EU agierenden Ratingagenturen schon vor der Registrierung der EU-RatingVO unterwirft und insoweit den Grundsatz des Art 2 Abs 1 *leg cit* durchbricht. Dies spricht mE dafür, auch solche Ratingagenturen dem Haftungsregime der EU-RatingVO zu unterstellen, die sich pflichtwidrig nicht registriert haben.⁴⁷¹³ Es wäre auch in der Sache kaum einleuchtend, wenn sich die beklagte Ratingagentur im Prozess auf ihr rechtswidriges Verhalten (Unterlassen bzw Verzug mit der Registrierung) zu ihrem eigenen Vorteil berufen könnte. Dabei kommt es mE nur auf die objektive Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Registrierung an; grobes Verschulden ist nur in Bezug auf die nach Art 35a EU-RatingVO haftungsbegründende Pflichtverletzung erforderlich.⁴⁷¹⁴

Dies kann aber nichts daran ändern, dass (zulässigerweise!) nicht-registrierte Ratingagenturen aus Drittländern, insb die Muttergesellschaften von *Standard & Poor's* und *Moody's*, nicht Art 35a EU-RatingVO unterliegen (wie dies bei unbefangenen Lesen von Art 35a Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 *lit b* EU-RatingVO naheliegen könnte; *arg* Art 2 Abs 1 *leg cit*).

b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung

1) Der wohl interessanteste Aspekt des Art 35a Abs 1 EU-RatingVO ist seine Haftungseinschränkung auf die Fälle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Zuwiderhandlungen gegen die Verordnung.⁴⁷¹⁵

⁴⁷¹¹ Bei FN 4688.

⁴⁷¹² Dutta, WM 2013, 1732.

⁴⁷¹³ So auch Dutta, WM 2013, 1732; Gass, Schadenersatzansprüche 108 f.

⁴⁷¹⁴ AA Gass, Schadenersatzansprüche 109, der eine grob schuldhaftige Nicht-Registrierung voraussetzt.

⁴⁷¹⁵ Ebenso bereits Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 4; krit dazu aber Graf, ZFR 2014, 310.

Die „europarechtliche Haftung“ von Ratingagenturen nähert sich damit an die US-amerikanische gem 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)⁴⁷¹⁶ an, welche ihrerseits *recklessness* voraussetzt; eine Verschuldensform, die zwischen grober und bewusster Fahrlässigkeit liegt⁴⁷¹⁷ (vgl dazu das österreichische Konzept der „krass groben Fahrlässigkeit“⁴⁷¹⁸). Am offenkundigsten ist diese Parallele zum amerikanischen Recht aus großbritannischer Sicht, weil dort der nationale Gesetzgeber die grobe Fahrlässigkeit iSd EU-RatingVO (zulässigerweise [Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO]) als „*recklessness*“ legaldefiniert hat.⁴⁷¹⁹ Insb bei subsidiärer Anwendung englischen Rechts nähert sich daher die Ratingagenturen-Haftung gem Art 35a EU-RatingVO auch der deutschen Rsp zur Expertenhaftung gem § 826 BGB an. Diese bejaht bekanntlich bei eklatanten beruflichen Sorgfaltsverstößen die danach haftungsrelevanten Kriterien „Vorsatz“ und „Sittenwidrigkeit“.⁴⁷²⁰

Aber auch im österreichischen Recht findet sich eine Parallele zu Art 35a EU-RatingVO: Der Prüfer eines Veranlagungsprospekts haftet gem § 11 Abs 1 Z 2a KMG ebenso nur für grob schuldhaftige Prüfungsfehler gegenüber Anlegern.⁴⁷²¹ Ähnlich wie eine Ratingagentur erfüllt der Prospektprüfer die Funktion eines Vertrauensintermediärs des Kapitalmarkts.⁴⁷²²

Im einschlägigen Erwägungsgrund⁴⁷²³ wird die Haftungsschwelle des Art 35a EU-RatingVO damit begründet, dass die Ratingtätigkeit (auch infolge ihrer Zukunftsbezogenheit⁴⁷²⁴) sehr komplex sei und oft mehrere Bewertungsergebnisse rechtfertigbar seien.⁴⁷²⁵ Damit dürfte Folgendes gemeint sein: Art 35a EU-RatingVO setzt für die Haftung bloß voraus, dass ein Verordnungsverstoß kausal für ein bestimmtes Ratingergebnis war. Eine Verantwortlichkeit tritt dabei unabhängig davon ein, ob das Ratingergebnis selbst als unvertretbar („falsch“) bezeichnet werden kann.⁴⁷²⁶ Das hat auch

⁴⁷¹⁶ “In the case of an action for money damages brought against a credit rating agency or a controlling person under this chapter, it shall be sufficient, for purposes of pleading any required state of mind in relation to such action, that the complaint state with particularity facts giving rise to a strong inference that the credit rating agency knowingly or recklessly failed

(i) to conduct a reasonable investigation of the rated security with respect to the factual elements relied upon by its own methodology for evaluating credit risk; or

(ii) to obtain reasonable verification of such factual elements (which verification may be based on a sampling technique that does not amount to an audit) from other sources that the credit rating agency considered to be competent and that were independent of the issuer and underwriter”; s dazu etwa Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 20.

⁴⁷¹⁷ S etwa Baums/Fischer, Haftung 17; Hopt/Voigt in Hopt/Voigt, Kapitalmarktinformationshaftung 126; Korth, Dritthaftung 165.

⁴⁷¹⁸ Dazu unten „Teil 3.II.A.2.b. Österreich“.

⁴⁷¹⁹ Statutory Instruments 2013 No. 1637 no. 4; s dazu etwa Haar, DB 2013, 2494; Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 338 f.

⁴⁷²⁰ Vgl oben bei und in FN 550, 1637.

⁴⁷²¹ Ausf zu § 11 KMG, insb zur Verdrängung der „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“; vgl auch oben unter „Teil 1.I.D.3.b.bb.aaa.δ.γγ. Art 35a EU-RatingVO oder § 11 KMG als sachnähere Haftungseinschränkungen?“.

⁴⁷²² S oben unter „Teil 1.I.B. Parallelen zur Abschlussprüfer- und Prospekthaftung: Gang der Untersuchung“.

⁴⁷²³ ErwGr 33 EU-RatingVO-Novelle II; vgl ErwGr 25 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 19.

⁴⁷²⁴ European Commission, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46).

⁴⁷²⁵ Vgl zu diesem Argument auch Haar, DB 2013, 2496.

⁴⁷²⁶ S Dutta, WM 2013, 1733; dens, IPrax 2014, 35; aA Gass, Schadenersatzansprüche 90; Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 341.

seinen guten Grund, wird damit doch erhebliches Streitpotenzial vermieden.⁴⁷²⁷ Genau deswegen besteht aber das verständliche Bedürfnis des europäischen Gesetzgebers, hier eine Haftungsschwelle einzuziehen, weil ansonsten allzu leicht eine haftungsauslösende Verordnungsverletzung angenommen werden könnte. Aus dieser Sicht dient das Erfordernis der grob fahrlässigen Pflichtverletzung als gesetzestechnische Umschreibung der Unvertretbarkeit der Bonitätsbewertung.

Das leitet über zur notwendigen wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Haftung für Ratingagenturen, die dieser Erwägungsgrund ebenso hervorstreicht: Namentlich droht diesen eine „potentiell unbegrenzte Haftung“⁴⁷²⁸ gegenüber einem möglicherweise sehr großen Kreis anspruchsberechtigter Personen, insb den Anlegern⁴⁷²⁹ (vgl § 11 Abs 1 Z 2a KMG). Bei einer Haftung für *omnis culpa* ohne weitere Einschränkungen bestünde hier die offenkundige Gefahr einer Haftungsausuferung.⁴⁷³⁰ Zur Haftungsschwelle dürfte auch die Befürchtung einer unverhältnismäßigen Abschreckung der Ratingagenturen durch unbeschränkte Haftung geführt haben (vgl § 42 Abs 7 GmbHG, § 198 Abs 2 AktG⁴⁷³¹), was sich auf die Funktionsfähigkeit der europäischen Kapitalmärkte negativ ausgewirkt hätte^{4732 4733}.

Die vorstehenden Zwecke der Haftungsbeschränkung des Art 35a EU-RatingVO bestärken mE die oben vertretene These, die Haftung der Ratingagenturen nach nationalem Recht ebenso zu restringieren (S 363 ff). Denn ein ausreichender Grund für eine Differenzierung ist mE nicht ersichtlich.

2) Für die Haftung gem Art 35a EU-RatingVO ist daher die Abgrenzung zwischen leicht und grob fahrlässiger Schädigung von noch größerer Relevanz als sonst, weil für leicht schuldhaft Verstöße nach dem Regime der EU-RatingVO kein Schadenersatz gebührt (vgl demgegenüber §§ 1295, 1324, 1332 ABGB).

Art 35a Abs 3 des Kommissionsvorschlags zur EU-RatingVO-Novelle II hatte grobe Fahrlässigkeit noch geradezu tautologisch als „gröbliches Vernachlässigen“ von

⁴⁷²⁷ Vgl Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 341.

⁴⁷²⁸ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 488; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298.

⁴⁷²⁹ ErwGr 33 EU-RatingVO-Novelle II; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46); *Council of the European Union*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 19; krit zur europäischen Haftungsregelung vor dem Hintergrund der mangelnden Eingrenzbarkeit der anspruchsberechtigten Anleger: GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13.

⁴⁷³⁰ Erst recht nach GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 13, der selbst bei Haftung bloß für grobes Verschulden eine Haftungsausuferung befürchtet.

⁴⁷³¹ Zu diesen (Kreditschädigungs-)Haftungstatbeständen und dem Zweck der darin vorgesehenen Haftungsschwelle oben in FN 4203.

⁴⁷³² Vgl dazu oben in FN 474.

⁴⁷³³ Haar, DB 2013, 2494.

Vorschriften der Verordnung umschrieben.⁴⁷³⁴ Die EU-RatingVO idgF verweist dagegen (auch) in Bezug auf die haftungsauslösenden Verschuldensmaßstäbe auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (Art 35a Abs 4 Satz 1 Fall 2 und 3 *leg cit*).⁴⁷³⁵ Das ABGB spricht in seinem § 1324 von „auffallender Sorglosigkeit“, also einem ungewöhnlich („extrem“⁴⁷³⁶) sorgfaltswidrigen Verhalten.⁴⁷³⁷ Ein grob fahrlässiges Verhalten wird allgemein damit umschrieben, dass jemand ein Verhalten setzt, das ein ordentlicher Mensch in dieser Situation keinesfalls an den Tag gelegt hätte; leichte Fahrlässigkeit liege demgegenüber dann vor, wenn die in Frage stehende Sorgfaltswidrigkeit auch einem sorgfältigen Menschen in einer derartigen Situation unterlaufen hätte können.⁴⁷³⁸ Relevanter Maßstab in diesem Zusammenhang muss der einer ordentlichen Ratingagentur sein (§ 1299 ABGB⁴⁷³⁹).⁴⁷⁴⁰

Nach einer verbreiteten Formel sind zur Qualifikation eines Verhaltens als grob fahrlässig die Gefährlichkeit der Situation, der Wert des gefährdeten Rechtsguts und das Interesse des Handelnden an seinem Verhalten zu berücksichtigen.⁴⁷⁴¹ Der Wert des gefährdeten Rechtsguts, konkret das Vermögen der Anleger und/oder des Emittenten, ist zwar für sich genommen als relativ gering einzustufen. Denn das (bloße) Vermögen erfährt auch nach dem Schadenersatzsystem des ABGB einen abgeschwächten Schutz.⁴⁷⁴² Hingegen spricht die „Gefährlichkeit der Situation“ bei Haftungskonstellationen iSd Art 35a EU-RatingVO umso eher für ein grob fahrlässiges Verhalten, weil Ratings eine erhebliche Auswirkung auf das Marktverhalten der Anleger haben. Sie beeinflussen damit auch die Finanzierungskosten des Emittenten.⁴⁷⁴³ Schäden in Millionenhöhe sind daher im Bereich des Möglichen.⁴⁷⁴⁴

Gewiss verfolgt die Ratingagentur mit dem Rating an sich legitime wirtschaftliche Eigeninteressen. Das könnte aber umgekehrt genauso für eine Haftung sprechen, weil bei wirtschaftlicher Zweckverfolgung ein gewisses Haftungsrisiko als wirtschaftlich zumutbar erscheint (vgl die Wertung des § 1300 Satz 1 ABGB). Da mit der oben erwähnten Formel auf abstrakter Ebene daher kaum ein Erkenntnisgewinn verbunden ist, muss die Einstufung

⁴⁷³⁴ Oben in FN 4574.

⁴⁷³⁵ S dazu bereits die Stellungnahme des Rechtsausschusses in *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 90.

⁴⁷³⁶ ZB OGH 28.04.2008, 8 ObA 8/08 x.

⁴⁷³⁷ RIS-Justiz RS0030477.

⁴⁷³⁸ Insb *Kozio/Welser*, Grundriß II¹³, 314; *Karner in Kozio/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1294 Rz 11.

⁴⁷³⁹ Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur“.

⁴⁷⁴⁰ Vgl zur Berücksichtigung der „persönlichen Fähigkeiten“ *Kozio*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/47; RIS-Justiz RS0030331.

⁴⁷⁴¹ *Kozio*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/47; RIS-Justiz RS0030331.

⁴⁷⁴² Ausf dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.εεε. Problematik der Kompensation „reiner“ Vermögensschäden“.

⁴⁷⁴³ Oben bei FN 4099.

⁴⁷⁴⁴ Vgl oben bei FN 4517, 4597; *Wojcik*, NJW 2013, 2387; *Oppitz*, ÖZW 2011, 62.

eines Bewertungsfehlers der Ratingagentur als grob fahrlässig der Einzelfallentscheidung überlassen bleiben (s aber auch unten S 562).

Im Rahmen des Art 35a EU-RatingVO muss sich die Ratingagentur mE das (hier aber nur grob) schuldhaftes Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter aus den oben⁴⁷⁴⁵ angeführten Gründen zurechnen lassen (vgl § 1319a Abs 1 ABGB).⁴⁷⁴⁶

4. Aktivlegitimation und ersatzfähige Schäden

a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)

1) Im Einklang mit der historischen Entwicklung (oben S 490 ff) und dem schon ursprünglich angestrebten Verordnungsziel, angemessenen Anlegerschutz zu verwirklichen (oben S 500 ff), sind verständlicherweise zunächst Anlegerschäden nach der EU-RatingVO ersatzfähig: Aktivlegitimiert sind jene Anleger, die sich aufgrund eines Ratings (oben S 507 ff) einer der EU-RatingVO unterliegenden Agentur (oben S 510 ff) über ein Finanzinstrument dazu entschlossen haben, dieses zu erwerben, zu halten oder zu veräußern und die dadurch geschädigt wurden.

Der Begriff des Anlegers wird in der EU-RatingVO selbst nicht definiert. Zur Begriffsbestimmung könnte man zunächst an das Prospekt(haftungs-)recht anknüpfen, das teilweise ebenso europarechtlich geprägt ist. So lässt sich aus Art 2 Abs 1 *lit d* ProspektRL (2003/71/EG) und § 1 Abs 1 Z 1, Z 5 KMG ableiten, dass der Anleger dem Emittenten typischerweise im Rahmen eines „Gesamtprojekts“, dh neben zahlreichen anderen Personen, Kapital über den Kapitalmarkt zuführt. Weiters kann man daraus schließen, dass Anleger im Regelfall Wertpapiere oder Veranlagungen des Emittenten und damit verbundene Rechte erwerben. Die prospektrechtlichen Normen stellen freilich – für den vorliegenden Zusammenhang zu eng – auf das prospektpflichtige Angebot ab.⁴⁷⁴⁷

Für die genauere Begriffsbestimmung für Zwecke des Art 35a EU-RatingVO ist es mE empfehlenswert, sich zusätzlich an der Ratingdefinition des Art 3 Abs 1 *lit a leg cit* zu orientieren. Anleger sind demnach solche Personen, die Kapital in einen Schuldtitel bzw eine Schuldverschreibung (insb Unternehmensanleihe⁴⁷⁴⁸), in eine Vorzugsaktie oder in ein anderes (strukturiertes) Finanzinstrument investieren. Darunter fallen mangels

⁴⁷⁴⁵ Bei FN 4342. Zur Beurteilung der Haftung nach Art 35a EU-RatingVO als deliktische Verantwortlichkeit s unten unter „Teil 2.II.A.7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a“.

⁴⁷⁴⁶ IE ebenso Gass, Schadenersatzansprüche 123.

⁴⁷⁴⁷ Gass, Schadenersatzansprüche 56.

⁴⁷⁴⁸ ErwGr 14 EU-RatingVO-Novelle II.

Differenzierung durch Art 35a EU-RatingVO (wie nach § 11 KMG⁴⁷⁴⁹) Erwerber am Primär- und Sekundärmarkt⁴⁷⁵⁰, vertraglich mit der Ratingagentur nicht verbundene Anleger ebenso wie Abonnenten⁴⁷⁵¹ (vgl. Art 2 Abs 1 EU-RatingVO). Für den Anwendungsbereich des Art 35a EU-RatingVO ist es also irrelevant, ob den Anleger ein Vertrag mit der Ratingagentur verbindet, sodass er uU kumulativ einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen diese geltend machen könnte.⁴⁷⁵² In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die Durchsetzung solcher vertraglichen Schadenersatzansprüche angesichts der üblichen Freizeichnungsklauseln der Ratingagenturen (dazu unten S 579 ff) keineswegs „gesichert“ ist, weswegen auch hier eine Haftungslücke entstehen könnte.⁴⁷⁵³ Nicht geschützt sind allerdings bloß potenzielle Anleger (*arg* Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO; vgl. § 11 Abs 5 KMG).⁴⁷⁵⁴ Selbiges gilt mE für den Pfandgläubiger eines Finanzprodukts, das fehlerhaft geratet wurde.⁴⁷⁵⁵

2) Fraglich könnte sein, ob unter „Anleger“ iSd Art 35a EU-RatingVO auch Unternehmer fallen, also institutionelle Anleger. Zu erinnern ist daran, dass die Einführung der EU-RatingVO (Stammfassung) auch damit begründet wurde, „Verbraucherschutz“ zu gewährleisten⁴⁷⁵⁶ (vgl. auch § 5 KMG). Eine Paralleldiskussion zum österreichischen Anlegerschutzrecht dreht sich darum, ob hinsichtlich der Legitimation zur Erhebung von Prospekthaftungsklagen gegen den Emittenten und Dritthaftungsklagen gegen den Abschlussprüfer danach zu unterscheiden sei, ob es sich beim Anspruchsteller um einen Groß- oder Kleinanleger handelt. Letztere seien einer Auffassung zufolge besonders schutzwürdig und daher umfassender zu schützen.⁴⁷⁵⁷

Wie eine solche Differenzierung für die Prospekt- und Abschlussprüferhaftung sowie Ratingagenturen-Haftung nach österreichischem Recht bereits oben abgelehnt wurde,⁴⁷⁵⁸ so ist sie auch im vorliegenden Zusammenhang verfehlt. Am Schutz von institutionellen Anlegern durch die EU-RatingVO bestehen mE keine Zweifel.⁴⁷⁵⁹ Erstens spricht die Entstehungsgeschichte der EU-RatingVO für eine Einbeziehung von Unternehmern in den Bereich der nach Art 35a *leg cit* Aktivlegitimierten. Denn durch die „anlassgebende“

⁴⁷⁴⁹ Oben bei FN 2785.

⁴⁷⁵⁰ Vgl. Gass, Schadenersatzansprüche 57; Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 341.

⁴⁷⁵¹ European Commission, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46); Graf, ZFR 2014, 311; Gass, Schadenersatzansprüche 173.

⁴⁷⁵² ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II; s. auch European Commission, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46).

⁴⁷⁵³ Vgl. ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II (für das Verhältnis Ratingagentur-Emittent bei einem beantragten Rating).

⁴⁷⁵⁴ Zutr. Gass, Schadenersatzansprüche 55.

⁴⁷⁵⁵ AA Gass, Schadenersatzansprüche 56 f. Die Person des Pfandgläubigers könnte aber dann aktivlegitimiert sein, wenn sein Schuldner (der Anleger iSd Art 35a EU-RatingVO) ihr seinen Schadenersatzanspruch nach Art 35a EU-RatingVO abtritt.

⁴⁷⁵⁶ ErwGr 1 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁷⁵⁷ Vgl. oben in FN 339.

⁴⁷⁵⁸ Oben bei und in FN 339, 2775.

⁴⁷⁵⁹ So auch Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 340.

Finanzkrise, namentlich durch den Erwerb toxischer *asset-backed-securities* wurden gerade institutionelle Anleger in besonderem Ausmaß geschädigt.⁴⁷⁶⁰

Auch der Wortlaut des Art 35a EU-RatingVO deckt dieses Verständnis, mag man von den Judikaten im Bereich der Anlageberatungshaftung auch ein anderes Bild vor Augen haben, wenn man an den „typischen Anleger“ denkt.⁴⁷⁶¹ Ferner stützen systematische Erwägungen die hier vertretene Auslegung: Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO verweist hinsichtlich des Mitverschuldens des geschädigten Anlegers auf Art 5a *leg cit*, der die Obliegenheit zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten für professionelle Anleger präzisiert.⁴⁷⁶² Und schließlich harmonisiert diese Auffassung besser mit dem Schutz des Emittenten gem Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO, der stets Unternehmer sein wird. Auch die Europäische Kommission ging in ihrer Folgenabschätzung zur EU-RatingVO-Novelle II vom Schutz unternehmerisch tätiger Investoren aus.⁴⁷⁶³

3) Aus dem Vorhergesagten folgt mE aber auch, dass „Einzelgläubiger“ (insb Banken, Lieferanten und andere Geschäftspartner des Emittenten), die im Vertrauen auf das schadensstiftende Rating dem Emittenten etwa „individuellen“ Kredit einräumen, nicht unter den Schutzbereich des Art 35a EU-RatingVO fallen. Dieses Ergebnis könnte man schon aus der historischen Entwicklung der EU-RatingVO ableiten: „Typische Anlegerschäden“ und keine Einzelgläubigerschäden führten zur Einführung der EU-RatingVO und insb dessen Art 35a.⁴⁷⁶⁴ Genau genommen ergibt sich der mangelnde Schutz von Einzelgläubigern aber schon aus Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO. Denn solche Gläubiger haben nicht in diesem Sinne eine Transaktionsentscheidung hinsichtlich eines Finanzinstruments vorgenommen, auf das sich das Rating bezieht.

Einzelgläubiger könnten viel eher im Vertrauen auf ein Emittentenrating (nicht Emissionsrating) geschädigt werden. Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO schützt aber dem Wortlaut nach nicht das Vertrauen auf ein Emittentenrating, sondern nur das Vertrauen auf ein Emissionsrating. Eine unbeabsichtigte Lücke liegt hier mE nicht vor, weil Art 35a Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO anders als Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 *leg cit* explizit auch den Fall des Emittentenratings regelt. Dies hat auch zur Konsequenz, dass selbst Anleger nicht nach Art 35a EU-RatingVO geschützt sind, wenn das schadensstiftende Rating ein Emittentenrating ist. Sie können also Ansprüche nur für den

⁴⁷⁶⁰ Oben bei FN 4513.

⁴⁷⁶¹ Vgl auch Art 2 Abs 1 *lit e* ProspektRL (2003/71/EG), der institutionelle Anleger als „qualifizierte Anleger“ beschreibt.

⁴⁷⁶² Dazu unten bei FN 4820; vgl auch *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 340.

⁴⁷⁶³ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 7.6. (S 59).

⁴⁷⁶⁴ Oben bei FN 4564, 4571 sowie unter „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“, insb bei FN 4595.

Fall des beauftragten oder unbeauftragten Emissionsratings nach dieser Bestimmung geltend machen (zur parallel bestehenden, weitergehenden vertraglichen Haftung nach ABGB s unten⁴⁷⁶⁵).

Objektiv-teleologisch lässt sich die Differenzierung zwischen Emissions- und Emittentenratings im Rahmen des Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO mE durchaus rechtfertigen. Bei einer Transaktionsentscheidung des Anlegers im Rahmen einer Emission kann das Anlegervertrauen auf das Emissionsrating als schützenswerter erachtet werden, weil das Emissionsrating genauere Auskunft über die Bonität der Emission zu geben vermag, als ein (allgemeines) Emittentenrating. Auch hier ergibt sich damit eine Parallele zum österreichischen Recht, das dritte Anleger mE nur für den Fall des Emissionsratings gem § 1300 Satz 1 ABGB schützt.⁴⁷⁶⁶

Für die Abgrenzung zwischen „Anleger“ und „Einzelgläubiger“ ist mE nicht auf die Art des Vertrags zwischen Geschädigten und Emittenten oder auf die Frage abzustellen, ob der Geschädigte Letzterem Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung stellt. Vielmehr kommt es mE entscheidend darauf an, ob der Geschädigte dem Emittenten Kapital in Form einer Investition in ein Finanzinstrument des Emittenten bereitgestellt hat. Zur Klarstellung ist zu wiederholen, dass etwa eine Bank, die als institutioneller Anleger Kapital wie soeben ausgeführt investiert, selbstverständlich ebenso nach Art 35a EU-RatingVO geschützt ist.⁴⁷⁶⁷

4) Hinsichtlich der ersatzfähigen Anlegerschäden ist im Einklang mit der „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO gem Art 35a Abs 4 Satz 1 Fall 1 *leg cit* („Schaden“) auf die Ausführungen zum nationalen Haftungsrecht zu verweisen (s oben S 335 ff). Insb ist mE auch der Schadenersatzanspruch gem Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO im Falle des (grob) fahrlässigen Handelns der Ratingagentur auf den Preisschaden des Anlegers⁴⁷⁶⁸ beschränkt (dazu oben S 350 ff), weil auch die EU-RatingVO vorrangig den Markt samt seiner Preisbildungsmechanismen schützen möchte und nicht die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Anlegers.⁴⁷⁶⁹

⁴⁷⁶⁵ Nach FN 4948.

⁴⁷⁶⁶ Dazu oben nach FN 2761.

⁴⁷⁶⁷ Oben nach FN 4757.

⁴⁷⁶⁸ S dazu auch oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.αα.βββ. Preisschadenersatz“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.ββ.βββ. Preisschadenersatz“.

⁴⁷⁶⁹ So auch *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 344, die dies wohl auch für den Bereich des vorsätzlichen Fehlverhaltens der Ratingagentur annehmen; zum Schutzzweck oben unter „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“ aE; allg für einen Transaktionsschadenersatz im Rahmen der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO dagegen *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2247 mit FN 134; s auch *Möllers/Niedorf*, ECFR 2014, 349.

Dagegen spricht nicht, dass Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO den Fall erwähnt, in welchem der Anleger das Finanzinstrument im Vertrauen auf das Rating (weiter-)hält⁴⁷⁷⁰ und in dem er folglich mangels Transaktion gar keinen Preisschaden erlitten haben kann. Denn die Einschränkung auf den Preisschadenersatz im Rahmen des Art 35a EU-RatingVO bezieht sich wie nach österreichischem Recht nicht auf den Fall des vorsätzlichen Fehlverhaltens der Ratingagentur. Dem erwähnten Tatbestand des Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO verbleibt daher durchaus ein sinnvoller Anwendungsbereich.

b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3)

1) Neben den Anlegern ist auch der geratete Emittent nach der EU-RatingVO berechtigt, Schadenersatzansprüche gegen die grob schuldhaft handelnde Ratingagentur geltend zu machen (Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO). Der Begriff des Emittenten ist iSd ProspektRL (2003/71/EG) zu verstehen.⁴⁷⁷¹ Gem Art 2 Abs 1 *lit h* ProspektRL (2003/71/EG) ist ein Emittent „eine Rechtspersönlichkeit, die Wertpapiere begibt oder zu begeben beabsichtigt“.

Aufschlussreich ist weiters die Legaldefinition des Art 3 Abs 1 *lit f* EU-RatingVO, wonach ein „bewertetes Unternehmen“ eine Rechtspersönlichkeit ist, „deren Bonität explizit oder implizit bewertet wird, unabhängig davon, ob sie das betreffende Rating in Auftrag gegeben oder dafür Informationen zur Verfügung gestellt hat“. „Emittent“ können demnach sowohl private als auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, insb Gebietskörperschaften oder Staaten sein.⁴⁷⁷² Für die Aktivlegitimation nach Art 35a EU-RatingVO ist es Art 3 Abs 1 *lit f* EU-RatingVO zufolge bedeutungslos, ob den Emittenten eine Vertragsbeziehung mit der schädigenden Ratingagentur verbindet, oder nicht. Daher können *solicited* und *unsolicited* Ratings zu einer „europarechtlichen“ Haftung führen.⁴⁷⁷³

Ebenso irrelevant ist, ob es sich um ein Emittenten- oder Emissionsrating („implizite Bonitätsbewertung“) handelt.⁴⁷⁷⁴ Solange sich Letztere auf den Emittenten bezieht, kann auch sie eine Haftung ihm gegenüber auslösen (s Art 35a Abs 1 UnterAbs 3 EU-

⁴⁷⁷⁰ Gass, Schadenersatzansprüche 60 f, will dem Anleger demgegenüber schon dann einen Schadenersatzanspruch gewähren, wenn die Ratingagentur durch ihr fehlerhaftes Rating eine Kurssenkung verursacht. Das ist mE nicht ausreichend, vielmehr bedarf es einer Vertrauensdisposition des Geschädigten gerade aufgrund des fehlerhaften Ratings (Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO), die in dem von Gass geschilderten Sachverhalt fehlt.

⁴⁷⁷¹ Art 3 Abs 1 *lit s* EU-RatingVO; Dutta, WM 2013, 1731.

⁴⁷⁷² Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 340.

⁴⁷⁷³ ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II; Graf, ZFR 2014, 310 f.

⁴⁷⁷⁴ Vgl ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II.

RatingVO).⁴⁷⁷⁵ Anteilseigner des Emittenten sind mE nicht (analog) anspruchsberechtigt. Gleiches gilt für mit dem Emittenten verbundene Gesellschaften (vgl demgegenüber § 275 Abs 2 Satz 2 UGB).

2) Für den Emittenten geht es bei der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO um die Kompensation von Vermögensschäden, die auf die Beeinträchtigung seines „Kredits“ im Geschäftsverkehr durch zu negative Ratings zurückzuführen sind (vgl § 1330 Abs 2 ABGB).⁴⁷⁷⁶ Auch diesbezüglich ist aufgrund von Art 35a Abs 4 Satz 1 Fall 1 EU-RatingVO auf die entsprechenden Ausführungen zum österreichischen Schadenersatzrecht zu verweisen (oben S 474 ff). Freilich ist im Bereich des Art 35a EU-RatingVO wegen der Haftungsschwelle der grob fahrlässigen Schädigung die Abgrenzung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn entbehrlich (§ 1324 Satz 1 ABGB).⁴⁷⁷⁷

c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung

aa. Beeinflussung des Ratingergebnisses

1) Darüber hinaus verlangt die EU-RatingVO eine „doppelte Kausalität“ des rechtswidrigen Verhaltens,⁴⁷⁷⁸ und zwar sowohl im Falle der Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten als auch für die Haftung gegenüber dem Anleger. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob sich die Übertretung der EU-RatingVO durch die Ratingagentur auf das Ratingergebnis,⁴⁷⁷⁹ dh auf die Bonitätsbeurteilung an sich (Art 3 Abs 1 lit a EU-RatingVO) „ausgewirkt“ hat (Art 35a Abs 1 EU-RatingVO; zur Beweislast unten S 535 ff; zur zweiten Stufe sogleich unten S 524 f).⁴⁷⁸⁰ Dabei ist der Begriff der „Auswirkung“ nach mitgliedstaatlichem Haftungsrecht zu bestimmen (Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO).

Für Österreich muss dafür die im Schadenersatzrecht gängige Kausalitätsformel entscheidend sein: Es ist zu fragen, ob das Zuwiderhandeln gegen die EU-RatingVO eine *conditio sine qua non* für das Ratingergebnis in seiner konkreten Gestalt war.⁴⁷⁸¹ Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob bei pflichtgemäßem Verhalten ein anderes Bonitätsurteil

⁴⁷⁷⁵ Bauer, BB 2013, 364.

⁴⁷⁷⁶ ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II; Graf, ZFR 2014, 310; einschr auf den Kursdifferenzschaden Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 344.

⁴⁷⁷⁷ Vgl Gass, Schadenersatzansprüche 59.

⁴⁷⁷⁸ Vgl dazu die Differenzierung in Deutschland zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität etwa bei Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 342; Müller in KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011) § 323 HGB, Rz 76; Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010) § 13 VerkProspG, Rz 87 f, 89 f; Habersack in Habersack/Mülbelt/Schlitt, Kapitalmarktinformation² § 29 Rz 48 ff.

⁴⁷⁷⁹ So ausdr ErwGr 32 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴⁷⁸⁰ Witte/Henke, DB 2013, 2259; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298; Bauer, BB 2013, 364; Haar, DB 2013, 2493; Blaurock, EuZW 2013, 611; Wojcik, NJW 2013, 2385, 2387; Dutta, WM 2013, 1733; vgl auch schon Thönningsen, ZBB 2011, 470.

⁴⁷⁸¹ Vgl nur Koziol/Welser, Grundriß II¹³, 309.

als das tatsächlich veröffentlichte abgegeben worden wäre.⁴⁷⁸² Steht eine Haftung der Ratingagentur wegen positiven Tuns im Raum, ist ihr Verhalten für die Beantwortung dieser Frage wegzudenken; bei (potenzieller) Schädigung durch Unterlassen ist das rechtskonforme Verhalten hierfür stattdessen hinzuzudenken.⁴⁷⁸³ Auch wird die Ratingagentur nur für adäquate Folgen ihres Verhaltens zu haften haben,⁴⁷⁸⁴ sodass etwa eine außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegende Beeinflussung des Ratingergebnisses durch einen Verordnungsverstoß zu keiner Haftung nach Art 35a EU-RatingVO führt.

Nicht erforderlich ist mE allerdings, dass das Ratingergebnis durch den Verordnungsverstoß derart verfälscht wurde, dass es nunmehr als „inhaltlich fehlerhaft“, mithin als „unvertretbar“⁴⁷⁸⁵ qualifiziert werden muss.⁴⁷⁸⁶ Es genügt, wenn die Beeinflussung des Ratingergebnisses durch den Verordnungsverstoß feststeht.

2) Daraus folgt, dass Verstöße gegen die Pflichten zur ordnungsgemäßen Präsentation von Ratings trotz ihrer Auflistung in Anhang III der EU-RatingVO nicht haftungsrelevant iSd Art 35a *leg cit* sind, weil sich diese nicht auf das *Ergebnis* des Ratings auswirken können.⁴⁷⁸⁷ Eine unbeabsichtigte Lücke liegt insofern mE nicht vor.⁴⁷⁸⁸ Dies betrifft etwa die Pflichten zur Kennzeichnung eines *unsolicited* Ratings⁴⁷⁸⁹ oder eines Ratings eines strukturierten Finanzprodukts⁴⁷⁹⁰. Mangels Beeinflussung des Ratingergebnisses sind solche Pflichtverletzungen auch dann nicht haftungsauslösend, wenn sie den Anleger in seiner Investitionsentscheidung beeinflusst haben könnten. Auch Übertretungen der EU-RatingVO, die zu einem Emittentenschaden führen, nicht jedoch das Bonitätsurteil inhaltlich berühren, begründen keinen Anspruch des Emittenten gem Art 35a EU-RatingVO.⁴⁷⁹¹ Das gilt insb für die Pflicht, Länderratings nur zu bestimmten Zeitpunkten zu veröffentlichen^{4792 4793}.

⁴⁷⁸² So auch noch Art 35a Abs 2 EU-RatingVO idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747.

⁴⁷⁸³ Statt aller Koziol/Welser, Grundriß II¹³, 310.

⁴⁷⁸⁴ Vgl zur Adäquanztprüfung oben in FN 2249.

⁴⁷⁸⁵ Oben bei FN 3116.

⁴⁷⁸⁶ S oben bei FN 4726; vgl Dutta, WM 2013, 1733; aA Gass, Schadenersatzansprüche 90; Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 341; für die Rechtslage vor der EU-RatingVO-Novelle II Gomille, GPR 2011, 192.

⁴⁷⁸⁷ S aber Graf, ZFR 2014, 313, der in diesem Fall eine „ausdehnende Auslegung“ des Art 35a EU-RatingVO erwägt.

⁴⁷⁸⁸ S ErwGr 24 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747.

⁴⁷⁸⁹ Art 10 Abs 5 EU-RatingVO; Anh III Teil III P 10 *leg cit*; ErwGr 21 EU-RatingVO (Stammfassung); Zimmer in FS Hopt II (2010) 2710; Korth, Dritthaftung 26; Oppitz, ÖZW 2011, 66; Deipenbrock, WM 2009, 1171; Thiele, ZG 2010, 148; Becker, DB 2010, 944; Thönningens, ZBB 2011, 467; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; Blaurock, JZ 2012, 231; vgl bereits Art 3.5. *Statement of Principles*, Art 3.9 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 167; Korth, Dritthaftung 77.

⁴⁷⁹⁰ Art 10 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil III P 8 *leg cit*; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2697; Korth, Dritthaftung 26; Becker, DB 2010, 944; Haar, ZBB 2010, 188 f; Cortez/Schön, ZfK 2010, 228; Thiele, ZG 2010, 148; Deipenbrock, WM 2009, 1171; Thönningens, ZBB 2011, 467; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; Blaurock, JZ 2012, 231; vgl ErwGr 40 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl auch Art 1.7, Art 3.5 *lit b* *Code of Conduct Fundamentals*; Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 9 f, 13 f.

⁴⁷⁹¹ Vgl Dutta, WM 2013, 1734.

⁴⁷⁹² Art 8a Abs 3, 4 EU-RatingVO; Anh I Absch D Teil III Nr 3, Anh III Teil I Nr 55 ff *leg cit*; s dazu ErwGr 42 EU-RatingVO-Novelle II; Blaurock, EuZW 2013, 609.

⁴⁷⁹³ Eine Haftung wäre hier wohl nur dann denkbar, wenn dem Emittenten der Beweis gelingt, dass das Rating besser ausgefallen wäre, hätte sich die Ratingagentur an die zulässigen Veröffentlichungszeitpunkte gehalten.

Aufgrund eines Größenschlusses sind europarechtlich ebenso solche Pflichten weder gegenüber dem Emittenten, noch gegenüber Anlegern haftungsrelevant, die vom Bonitätsbewertungsprozess völlig losgelöst sind, wie etwa allgemeine Offenlegungspflichten⁴⁷⁹⁴ oder administrative Pflichten im Rahmen der Registrierung⁴⁷⁹⁵.⁴⁷⁹⁶ Dass der Anhang III zur EU-RatingVO dennoch auf diese Pflichten Bezug nimmt, ist nicht sinnlos,⁴⁷⁹⁷ erklärt sich dies doch daraus, dass sie aufsichtsrechtlich sanktioniert sind.⁴⁷⁹⁸

bb. Kausalität zwischen Ratingergebnis und Vermögensschaden

1) Steht fest, dass die Zuwiderhandlung gegen die EU-RatingVO das Ratingergebnis beeinflusst hat (vgl. oben S 522 ff), ist auf der zweiten Ebene zu untersuchen, ob das so zustande gekommene Bewertungsergebnis (in adäquater Weise) auch tatsächlich den Schaden des Anlegers oder Emittenten herbeigeführt hat (Art 35a Abs 1 EU-RatingVO).⁴⁷⁹⁹ Die „Kausalitätskette“ muss also lückenlos sein.⁴⁸⁰⁰

Damit eine Haftung gegenüber dem Anleger in Betracht kommt, muss sich dieser bei seiner Veranlagungsentscheidung maßgeblich auf das Rating verlassen haben⁴⁸⁰¹ (Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO). Außerdem muss diese, im Vertrauen auf das Rating getätigte Vermögensdisposition ihn letztlich geschädigt haben (Art 35a Abs 1 EU-RatingVO; vgl. die psychische Kausalität im Rahmen des § 1300 ABGB⁴⁸⁰²).⁴⁸⁰³

Für einen Schadenersatzanspruch des Emittenten ist es erforderlich, dass das Rating seinen Kredit geschädigt hat und ihm deswegen ungerechtfertigt hohe Aufwendungen und/oder Verbindlichkeiten entstanden sind.⁴⁸⁰⁴

2) In der Praxis kann es vorkommen, dass der Emittent von verschiedenen Ratingagenturen bewertet wurde, zumal die *global player* auf dem Ratingmarkt eine umfassende Marktpräsenz anstreben. Haben mehrere Ratingagenturen deswegen ein unzutreffendes Bonitätsurteil abgegeben, weil sie die Bestimmungen der EU-RatingVO verletzt haben und

⁴⁷⁹⁴ S zB Art 11 EU-RatingVO; vgl. Anh III Teil II Nr 4 f *leg cit.*

⁴⁷⁹⁵ S etwa Art 14 Abs 1, Abs 3 EU-RatingVO; vgl. Anh III Teil I Nr 54, Teil II Nr 6 *leg cit.*

⁴⁷⁹⁶ Vgl. auch Wojcik, NJW 2013, 2387; Dutta, WM 2013, 1733; Wagner in FS Blaurock (2013) 490; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 9 Rz 75; ausf. zu den irrelevanten Zuwiderhandlungen Gass, Schadenersatzansprüche 90 ff.

⁴⁷⁹⁷ S. aber Graf, ZFR 2014, 313; s. zum Verbot, Rechtsvorschriften so auszulegen, dass ihnen kein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt: F. Bydlinski, Methodenlehre², 444.

⁴⁷⁹⁸ Gass, Schadenersatzansprüche 79; s. oben bei FN 4484.

⁴⁷⁹⁹ Wojcik, NJW 2013, 2387.

⁴⁸⁰⁰ Gass, Schadenersatzansprüche 112.

⁴⁸⁰¹ Bauer, BB 2013, 364.

⁴⁸⁰² Oben bei FN 1762.

⁴⁸⁰³ Zur Beweislast s. unten nach FN 4906.

⁴⁸⁰⁴ Zur Beweislast s. unten nach FN 4906.

haben sie auf diese Weise allesamt an der Schadensentstehung mitgewirkt, haften sie (zumindest nach den Grundsätzen der kumulativen Kausalität⁴⁸⁰⁵) in aller Regel solidarisch (§ 1302 Satz 2 ABGB [analog]); eine Anteilshaftung der Ratingagenturen setzte voraus, dass sich die Anteile der einzelnen Ratingagenturen an den möglichen Vermögensschäden bestimmen lassen (vgl § 1302 Satz 1 ABGB),⁴⁸⁰⁶ was wohl oft nicht möglich sein wird.

Kann nicht mehr festgestellt werden, welche Agentur für den eingetretenen Schaden letztendlich kausal war, ist mE analog § 1302 ABGB eine Solidarhaftung der Ratingagenturen zu befürworten, die gegen die EU-RatingVO verstoßen und somit konkret gefährlich handeln (alternative Kausalität).⁴⁸⁰⁷

5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3

1) Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 und 3 EU-RatingVO berücksichtigen ausdrücklich auch das Mitverschulden des Anlegers und Emittenten am Entstehen des Schadens. Da das Mitverschulden des Geschädigten jeweils als negative Anspruchsvoraussetzung formuliert ist,⁴⁸⁰⁸ kommt es aber entgegen § 1304 ABGB⁴⁸⁰⁹ nicht zu einer anteiligen Haftung der Ratingagentur nach Maßgabe der Verschuldensteile.⁴⁸¹⁰ Vielmehr tritt im Ergebnis eine Culpakompensation ein (vgl § 878 Satz 3 ABGB,⁴⁸¹¹ § 23 Abs 2 Z 3 WpPG⁴⁸¹²).⁴⁸¹³ Die Ratingagentur trifft also gar keine Haftung nach der EU-RatingVO, sofern Mitverschulden iSd Art 35a *leg cit* vorliegt.

Dabei geht eine *non-liquet*-Situation zulasten des Geschädigten, weil dieser für die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs beweisen muss, dass er mit der erforderlichen Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gehandelt hat (*arg*: „wenn er nachweist“).⁴⁸¹⁴ Die Ratingagentur muss daher nicht das Mitverschulden einwenden und beweisen, sondern der

⁴⁸⁰⁵ Dazu statt aller Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1302 Rz 8.

⁴⁸⁰⁶ Vgl dazu schon v. Zeiller, ABGB (1813) § 1302 Anm 3.

⁴⁸⁰⁷ Statt aller Karner in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1302 Rz 4.

⁴⁸⁰⁸ Dutta, WM 2013, 1733; vgl auch Haar, Civil Liability 17. Besonders deutlich kam dies im *general approach* des Rates der EU zum Ausdruck, s oben in FN 4584 (bei *lit d* und e).

⁴⁸⁰⁹ S aber auch Dutta, WM 2013, 1735, der neben dem Mitverschulden iSd Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 und 3 EU-RatingVO auch noch § 254 BGB (vgl § 1304 ABGB) anwenden möchte (vgl auch Schroeter, Ratings 849). Dem ist mE nur insofern zuzustimmen, als es nicht um das Mitverschulden hinsichtlich der Veranlagungsentscheidung bzw der Informationslieferung an die Ratingagentur durch den Emittenten geht, sondern um davon unabhängige Aspekte, wie etwa die Verletzung der Schadensminimierungsobliegenheit (vgl Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 345; zur Prospekthaftung Assmann in Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² [2010] § 13 VerkProspG, Rz 97 f, der § 254 BGB im Rahmen der „Haftungsbegründung“ nicht anwenden möchte, wohl aber im Hinblick auf die Schadensermittlung und die „haftungsausfüllende Kausalität“).

⁴⁸¹⁰ AA Gass, Schadenersatzansprüche 138 ff (Anwendbarkeit des § 1304 ABGB).

⁴⁸¹¹ Dazu Bollenberger in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 878 Rz 7.

⁴⁸¹² Vgl zur Vorläuferbestimmung Nowak, Prospekthaftung 104.

⁴⁸¹³ Graf, ZFR 2014, 309; vgl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers Schmidt/Feldmüller in Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014) § 323 HGB, Rz 209.

⁴⁸¹⁴ Haar, DB 2013, 2493; Blaurock, EuZW 2013, 611; Wojcik, NJW 2013, 2387 f; Dutta, WM 2013, 1734.

Anleger bzw Emittent hat das Gericht von der für ihn günstigen Tatbestandsvoraussetzung, der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, zu überzeugen.⁴⁸¹⁵

Dieses Konzept der Culpakompensation, das für einen österreichischen Zivilrechtler befremdlich erscheinen mag (vgl § 1304 ABGB), erklärt sich aus dem allgemeinen Bestreben der EU-RatingVO, eine „*over-reliance*“ in Bezug auf Ratings zu verhindern.⁴⁸¹⁶

Eine (wenn auch partielle) Schadenersatzpflicht der Ratingagentur, die trotz *over-reliance* einträte, stünde mit diesem Regelungsanliegen in Widerspruch.⁴⁸¹⁷

2) Gem Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO muss sich der Anleger „im Einklang mit Artikel 5a oder in sonstiger Weise mit gebührender Sorgfalt“ auf das Rating verlassen haben, um nach Art 35a *leg cit* Schadenersatz verlangen zu können. Auch der Sorgfaltsmaßstab in eigenen Angelegenheiten soll sich nach nationalem Recht richten (Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO). Nach ABGB ist hierfür entscheidend, ob vom Geschädigten in der konkreten Situation besondere Fertigkeiten und Kenntnisse zur Schadensprävention zu erwarten gewesen wären. In diesem Fall gilt auch für den Sorgfaltsmaßstab in eigenen Angelegenheiten der strengere § 1299 ABGB entsprechend; anderenfalls ist § 1297 ABGB sinngemäß heranzuziehen.⁴⁸¹⁸

Diese österreichische Rechtslage steht im Einklang mit dem in Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO enthaltenen Verweis auf Art 5a *leg cit*, der den Sorgfaltsmaßstab in eigenen Angelegenheiten für institutionelle Anleger⁴⁸¹⁹ präzisiert. Danach haben diese eigenständige Bonitätsbewertungen vorzunehmen und dürfen sich bei ihrer Investitionsentscheidung nicht ausschließlich oder automatisch auf Ratings verlassen.⁴⁸²⁰

Diese Wertung deckt sich auch mit einer Entscheidung des OLG Düsseldorf, wonach es „einen erheblichen Verstoß gegen die Pflicht des Vorstands“ darstellt, „alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen“, sollten „Ratings der Agenturen zur allein maßgeblichen Informationsquelle für Anlageentscheidungen erhoben“ werden.⁴⁸²¹

⁴⁸¹⁵ Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298 f.

⁴⁸¹⁶ Vgl dazu die Bestrebungen in den USA: *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 6, 15, 16 FN 37, 20 f.

⁴⁸¹⁷ Wojcik, NJW 2013, 2388.

⁴⁸¹⁸ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 (727) *Goldgrube*; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1299 Rz 11; *Karner* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1299 Rz 4; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2014) § 1299 Rz 4; *Gass*, Schadenersatzansprüche 140 ff; vgl *Peters*, Haftung 137 f; *Meyer*, Rechtsfragen 93; *Mühl*, Haftung, Rz 237.

⁴⁸¹⁹ Davon sind Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, Verwaltungs- und Investmentgesellschaften, Verwalter von alternativen Investmentfonds und zentrale Gegenparteien erfasst (zu den Begriffen s oben nach FN 4690 mit Verweisen auf die jeweilige RL).

⁴⁸²⁰ ErwGr 9 EU-RatingVO-Novelle II; *Witte/Henke*, DB 2013, 2258; *Bauer*, BB 2013, 364; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 688; *Blaurock*, EuZW 2013, 608; *Wojcik*, NJW 2013, 2388; *Dutta*, WM 2013, 1734; vgl auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 298.

⁴⁸²¹ OLG Düsseldorf 6 W 45/09 BeckRS 2010, 00532; dazu *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 681 f; vgl zum blinden Verlassen auf Ratings auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20: Mitverschulden bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit des Ratings; *Welser*, Haftung 9; *Gass*, Schadenersatzansprüche 142.

Satz 1 des Erwägungsgrunds 36 der EU-RatingVO-Novelle II scheint allerdings davon abzuweichen. Demnach solle die „Verpflichtung“ professioneller Anleger zur eigenständigen Bonitätsüberprüfung die Gerichte nicht von der Feststellung abhalten, dass ein haftungsbegründender Verstoß gegen die EU-RatingVO durch die Ratingagentur vorliegt. Aufgrund des klaren Wortlauts des Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO und dem Folgesatz des Erwägungsgrunds 36, wonach die Risikobeurteilung durch Anleger schwierig sei, ist der Widerspruch mE wie folgt aufzulösen: Institutionellen Anlegern obliegt nach der EU-RatingVO zwar grundsätzlich die eigenverantwortliche Bonitätsbewertung. Die daran gestellten Anforderungen dürfen aber von den zuständigen Gerichten nicht überspannt werden, um nicht der Haftungsregel insofern ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.⁴⁸²²

Überhaupt wird es wohl selten zur Culpakompensation kommen, wenn der Anleger bloß Preisschadenersatz⁴⁸²³ begehrt. Denn diesfalls wird nicht die Veranlagungsentscheidung ausschließlich auf das Rating gestützt (daher keine „over-reliance“). Vielmehr vertraut der Anleger hier (nur) darauf, dass die Preisbildung am Kapitalmarkt nicht durch fehlerhafte Informationen (Ratings) beeinträchtigt wurde.

Umgekehrt können sich professionelle Anleger bei Geltendmachung des Transaktionsschadens ihrer Mit-(und damit Allein-)Verantwortung nicht mit der Argumentation entziehen, dass die vertragliche Ausgestaltung des bewerteten Finanzinstruments zu komplex gewesen sei, um eine eigenständige Bonitätsprüfung vorzunehmen.⁴⁸²⁴ In einem solchen Fall müssten sie von der Investition Abstand nehmen.

E contrario kann aus Art 5a EU-RatingVO geschlossen werden, dass der Sorgfaltsmaßstab für Verbraucher-Anleger herabgesetzt ist. „Kleinere Anleger“ dürften häufig nicht in der Lage sein, Ratings kritisch zu überprüfen.⁴⁸²⁵ Denn Ratingagenturen haben in aller Regel anders als zumindest diese Anleger exklusiven Zugang zu Unternehmensinterna und besitzen somit einen Wissensvorsprung. Der Mitverschuldenseinwand wird daher in solchen Fällen nur selten zu einer Anspruchsvernichtung führen.⁴⁸²⁶ Aufgrund der Informationsfunktion, die Ratings gegenüber dem Anlegerpublikum erfüllen, dürfte dieser Einwand praktisch wohl hauptsächlich dann in Betracht kommen, wenn der Verbraucher-

⁴⁸²² Vgl auch *Schroeter*, Ratings 951; vgl dagegen *Möllers/Niedorf*, ECFR 2014, 347, die die praktische Bedeutung insofern anzweifeln.

⁴⁸²³ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.αα.βββ. Preisschadenersatz“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.ββ.βββ. Preisschadenersatz“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.αα. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“, „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“.

⁴⁸²⁴ Vgl oben bei FN 4528.

⁴⁸²⁵ ErwGr 36 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴⁸²⁶ Vgl zur Anspruchsminderung nach nationalem Recht *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20; *Mühl*, Haftung, Rz 237; *Vasella*, Haftung 376; *Halfmeier*, VuR 2014, 332.

Anleger von der „Unrichtigkeit“ des Ratings Kenntnis hatte.⁴⁸²⁷ Mangels irgendeines Vertrauens in die Bonitätsinformation führte eine solche „Schlechtgläubigkeit“ freilich schon nach nationalem Recht zu einem vollständigen Haftungsausschluss (vgl § 23 Abs 2 Z 3 WpPG; § 37b Abs 3, § 37c Abs 3 WpHG).

Ein Fall des Anlegermitverschuldens könnte aber insb auch dann vorliegen, wenn dem Anleger konkrete Informationen Dritter (zB Ratings anderer Agenturen) vorgelegen haben, die Anlass zum Zweifel an der Verlässlichkeit des tatsächlich fehlerhaften Ratings gaben.⁴⁸²⁸ Relevant könnte in diesem Zusammenhang auch sein, inwiefern das Verhältnis zwischen der Verzinsung des erworbenen Finanzinstruments und dem durch das Rating des Finanzinstruments ausgedrückten Risiko adäquat ist.⁴⁸²⁹ Zumindest in jenem Fall, in dem die Investition in ein mit AAA bewertetes Finanzinstrument mit einer relativ hohen Rendite belohnt wird,⁴⁸³⁰ besteht mE die Obliegenheit auch des privaten Investors, andere Ratings einzuholen oder sich anderweitige Bonitätsinformationen zu beschaffen.

3) Der Emittent kann gem Art 35a Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO die Ratingagentur nur dann in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass er selbst nicht nachlässig gehandelt hat (vgl auch § 1299 ABGB⁴⁸³¹). Konkret darf das schadensstiftende Rating nicht darauf zurückzuführen sein, dass der Emittent der Ratingagentur auf direktem Wege oder durch Veröffentlichung irreführende oder falsche Informationen geliefert hat.⁴⁸³² Darunter fällt mE auch die unvollständige Informationsversorgung.⁴⁸³³ Ein Mitverschulden kann auch darin erblickt werden, dass die Geschäftsleitung des Emittenten die ihr im Regelfall vor der Publikation übermittelte Ratingnote nicht seriös (etwa ohne entsprechende Beweisunterlagen) beanstandet.⁴⁸³⁴

4) Für den Fall, dass der Anleger oder Emittent seine Schadensminderungsobligiegenheit verletzt hat, ist mE jedoch § 1304 ABGB (s dazu unten S 590 ff) einschlägig.⁴⁸³⁵ Die Culpakompensation der Art 35a Abs 1 UnterAbs 2, 3 EU-RatingVO ist dafür mE nicht

⁴⁸²⁷ Vgl auch *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/84 (zur Prospekthaftung).

⁴⁸²⁸ *Peters*, Haftung 137 mit FN 840; *Meyer*, Rechtsfragen 92 f; vgl auch *Mühl*, Haftung, Rz 237; *Welser*, Haftung 9; *Graf*, ZFR 2014, 309.

⁴⁸²⁹ Vgl zum Mitverschulden des Anlegers bei verdächtig hohen Renditen *Kodek*, ÖBA 2012, 20 mwN; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) § 347 Rz 36.

⁴⁸³⁰ Vgl oben bei FN 4514, 4515.

⁴⁸³¹ *Gass*, Schadenersatzansprüche 145.

⁴⁸³² Vgl zum nationalen Recht *Vasella*, Haftung 252 f; *Mühl*, Haftung, Rz 129. Dass ein solcher Sorgfaltsverstoß des Emittenten auch zulasten des Anlegers geht, der gegen eine fehlinformierte Ratingagentur gem Art 35a EU-RatingVO vorgehen möchte, ist schon aufgrund des Wortlauts des Art 35a EU-RatingVO nicht anzunehmen (anders wohl *Halfmeier*, VuR 2014, 333).

⁴⁸³³ Vgl zum deutschen Recht *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11; *Peters*, Haftung 138 FN 849; vgl schon *Welser*, Haftung 8.

⁴⁸³⁴ Vgl *Eisen*, Haftung 256.

⁴⁸³⁵ Oben in FN 4809.

analog anzuwenden, weil hier der Gedanke der Verhinderung einer „over-reliance“⁴⁸³⁶ vollends nicht trägt.

6. Verjährung

Die Verjährung wird von der EU-RatingVO nicht geregelt.⁴⁸³⁷ Sowohl der Schadenersatzanspruch des Anlegers, als auch der des Emittenten gem Art 35a EU-RatingVO verjähren mE nach der allgemeinen Regel des § 1489 ABGB (vgl auch § 1490 Abs 2 ABGB) grundsätzlich binnen drei Jahren ab Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger, längstens aber binnen 30 Jahren ab Schadenseintritt.⁴⁸³⁸

Eine Analogie zu § 11 Abs 7 KMG⁴⁸³⁹ oder § 275 Abs 5 UGB⁴⁸⁴⁰ dürfte ausscheiden. § 11 Abs 7 KMG auf der einen Seite gilt nicht für die Schädigung des Emittenten durch die gem § 11 KMG Haftpflichtigen, wogegen Art 35a EU-RatingVO auch Emittentenschäden erfasst. Es wäre mE systemwidrig, diese Präklusivfrist im Rahmen des Art 35a EU-RatingVO im Hinblick auf die Schädigung des Emittenten anzuwenden (vgl die ausdrückliche Bestimmung des § 1490 Abs 2 ABGB). Wertungswidersprüchlich erscheint aber auch die Alternativlösung, wonach die Ansprüche der Anleger gem Art 35a EU-RatingVO nach § 11 Abs 7 KMG analog zeitlich begrenzt seien, jene der Emittenten aber gem § 1489 ABGB verjähren. Denn Art 35a EU-RatingVO ist als einheitlicher Haftungstatbestand konzipiert⁴⁸⁴¹. Auf der anderen Seite spricht der Regelungszusammenhang des § 275 Abs 5 UGB mit der betraglich beschränkten Haftung (Abs 2 *leg cit*) gegen eine Übertragung auf die betraglich unbeschränkte Haftung nach Art 35a EU-RatingVO.

7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a

1) Die Haftung der Ratingagentur gem Art 35a EU-RatingVO ist mE als deliktische Haftung zu verstehen,⁴⁸⁴² greift sie doch gerade unabhängig vom Bestehen eines Vertrags

⁴⁸³⁶ S dazu oben bei FN 4816.

⁴⁸³⁷ Wojcik, NJW 2013, 2389; Dutta, WM 2013, 1735.

⁴⁸³⁸ Gass, Schadenersatzansprüche 146 f (dort auch zur Frage der Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten).

⁴⁸³⁹ Dazu oben bei FN 711.

⁴⁸⁴⁰ Dazu oben bei FN 3652.

⁴⁸⁴¹ Dazu sogleich nach FN 4848.

⁴⁸⁴² So auch Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 337; Dutta, IPrax 2014, 35; vgl auch schon dens, WM 2013, 1736 („Vermögensdelikten“); für Art 35a EU-RatingVO idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747: Forschner, J&E 2012/1, 16; Wagner in FS Blaurock (2013) 487 (dessen Argument, nach dem Kommissionsvorschlag scheide eine Haftungsbeschränkung aus und dies spreche für eine deliktische Haftung, freilich für Art 35a EU-RatingVO idF nicht mehr gültig ist [s unten unter „Teil 2.II.A.8. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse (Abs 3)“]; auch Wagners weiteres Argument, die Schwelle der groben Fahrlässigkeit spreche für eine deliktische und gegen eine „quasi-vertragliche“ Einordnung, ist mE für das österreichische Recht abzulehnen [arg § 11 Abs 1 Z 2a KMG {dazu oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.δδδ. „Aktualisierung“ der historisch

oder einer sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem ein.⁴⁸⁴³ Hinsichtlich der Haftung gegenüber dem Emittenten dürfte diese Einordnung vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts schnell einleuchten (vgl § 1330 Abs 2 ABGB).⁴⁸⁴⁴

Bezüglich der Verantwortlichkeit der Ratingagenturen gegenüber Anlegern könnte man aber auch erwägen, ob nicht Art 35a EU-RatingVO insoweit als positiv-rechtliche Grundlage der Vertrauenshaftung zu verstehen ist. Die Verantwortlichkeit nach Art 35a EU-RatingVO könnte dann als „quasi-vertragliche Haftung“⁴⁸⁴⁵ anzusehen sein. Dafür spricht, dass Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO das berechtigte Vertrauen des Anlegers⁴⁸⁴⁶ umschreibt und dabei gleichzeitig eine Culpakompensation anordnet (oben S 525 ff), die auch dem österreichischen Recht bei der Vertrauenshaftung nicht ganz fremd ist (§ 878 Satz 3 ABGB⁴⁸⁴⁷). Die Qualifikation der Haftung nach Art 35a EU-RatingVO als Vertrauenshaftung hätte zur praktisch bedeutsamen Konsequenz, dass sich der Anleger uU einen einseitigen Haftungsausschluss der Ratingagentur (dazu sogleich noch unten S 532 ff) entgegenhalten lassen müsste, sofern man etwa *Canaris* folgen wollte.⁴⁸⁴⁸

Die besseren Gründe sprechen mE aber gegen die Einordnung des Art 35a EU-RatingVO in das System der Vertrauenshaftung und damit für eine deliktische Natur dieser Haftung. Denn die Haftungsnormen des Art 35a EU-RatingVO betreffend die Verantwortlichkeit gegenüber Anlegern einerseits und Emittenten andererseits wurden „aus einem Guss“ in Kraft gesetzt. Hinsichtlich der relevanten Pflichtverletzungen differenziert Art 35a EU-RatingVO nicht danach, ob eine Haftung der Ratingagentur gegenüber der einen oder der anderen Marktseite zur Diskussion steht. Auch sonst sind die Haftungsvoraussetzungen in beiden Haftungskonstellationen (Ratingagentur – Anleger/Ratingagentur – Emittent) strukturell gleichartig.⁴⁸⁴⁹ Das spricht mE dafür, die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO in beiden Fällen rechtsdogmatisch einheitlich zu erklären.⁴⁸⁵⁰ Dann müsste aber die „europarechtliche“ Verantwortlichkeit als deliktische Haftung eingeordnet werden, weil

indizierten Wertungen durch das KMG, das AktG und die EO“}); abw für Art 35a EU-RatingVO idgF Gass, Schadenersatzansprüche 173 f (Haftung aus Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt).

⁴⁸⁴³ S oben unter „Teil 2.II.A.4.a. Anleger und deren Schäden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2)“, „Teil 2.II.A.4.b. Emittent und dessen Schaden (Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3)“.

⁴⁸⁴⁴ Vgl oben unter „Teil 1.II.B. Deliktische Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur“.

⁴⁸⁴⁵ Dazu oben in FN 484 sowie bei FN 1863 mwN.

⁴⁸⁴⁶ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 487.

⁴⁸⁴⁷ Die Norm regelt die Haftung für den Vertrauensschaden, s etwa Gschnitzer in Klang, ABGB IV/1², 173.

⁴⁸⁴⁸ S dazu oben bei FN 2547 mwN.

⁴⁸⁴⁹ Wojcik, NJW 2013, 2387.

⁴⁸⁵⁰ Vgl Schroeter, Ratings 830.

eine Vertrauenshaftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten mangels Vertrauensdisposition desselben logisch ausscheidet⁴⁸⁵¹.

Auch zeigt die Haftung gegenüber dem Emittenten nach Art 35a EU-RatingVO, für die das Prinzip der Culpakompensation ebenso gilt,⁴⁸⁵² dass dieses nicht zwingend mit der Vertrauenshaftung zusammenhängen muss. Der europäische Gesetzgeber hat bezüglich der Berücksichtigung des Mitverschuldens offenbar schlicht einen anderen Zugang als das ABGB gewählt (vgl § 1304 ABGB).

2) Treffender als die Qualifikation als Vertrauenshaftung erscheint mE daher das Verständnis des Art 35a EU-RatingVO als Tatbestand der kapitalmarktrechtlichen „Berufshaftung“.⁴⁸⁵³ Die Berufshaftung nach Art 35a EU-RatingVO ist (anders als bei § 1300 Satz 1 ABGB⁴⁸⁵⁴) nicht als Unterfall der Vertrauenshaftung, sondern als Sonderdeliktshaftung zu interpretieren.⁴⁸⁵⁵ Diese Haftung trägt mE den Gefahren Rechnung, die mit dem Beruf eines einflussreichen Informationsintermediärs des Kapitalmarkts verbunden sind (vgl auch Art 3 Abs 1 *lit b* EU-RatingVO: Gewerbsmäßigkeit; ferner § 1 Abs 1 Z 1, Z 2 PHG⁴⁸⁵⁶),⁴⁸⁵⁷ insb der Gefahr der Fehlinformation des Markts. Damit lässt sich die einheitliche Behandlung der Haftung gegenüber Emittenten einerseits und Anlegern andererseits durch Art 35a EU-RatingVO besser verstehen. Freilich steigt dabei die Gefährlichkeit umso mehr, je größeres Vertrauen Anleger Ratings entgegenbringen,⁴⁸⁵⁸ sodass dieses auch für die Normierung des Art 35a EU-RatingVO eine gewisse Rolle gespielt haben mag (vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO: „verlassen“).⁴⁸⁵⁹

An die abstrakte Gefährlichkeit der Berufstätigkeit der Ratingagentur anknüpfend lässt sich die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO mE zusätzlich als Anordnung einer „europarechtlichen Schutzgesetzhaftung“ (vgl § 1311 ABGB)⁴⁸⁶⁰ und mit dem damit zusammenhängenden Gedanken des *private enforcement* marktrechtlicher Normen⁴⁸⁶¹ erklären. Art 35a EU-RatingVO beschreibt bekanntlich nicht selbst die Verhaltenspflichten der Ratingagenturen, die zur Haftung führen können, sondern knüpft an anderenorts

⁴⁸⁵¹ Vgl *Vasella*, Haftung 125 FN 610, 196.

⁴⁸⁵² S dazu oben unter „Teil 2.II.A.5. „Culpakompensation“ gem Abs 1 UnterAbs 2, 3“.

⁴⁸⁵³ Vgl *Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB³⁵ (2012) § 44 BörsG (14) Rz 1.

⁴⁸⁵⁴ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.bbb.a. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

⁴⁸⁵⁵ Vgl die Nw oben in FN 4576, 4842.

⁴⁸⁵⁶ Dazu oben bei und in FN 2071.

⁴⁸⁵⁷ Vgl dazu die Nw oben in FN 2065.

⁴⁸⁵⁸ S oben in FN 4099.

⁴⁸⁵⁹ Vgl *Gass*, Schadenersatzansprüche 86, der aber den Vertrauensschutzgedanken stärker betont.

⁴⁸⁶⁰ Vgl *Gass*, Schadenersatzansprüche 93 ff, der die Haftung nach der EU-RatingVO überhaupt als Schutzgesetzhaftung iSd § 1311 ABGB verstehen möchte. Dem ist mE aber nicht zu folgen (oben bei FN 4623, unten bei FN 4958).

⁴⁸⁶¹ Oben bei FN 4629.

geregelte Verhaltensgebote und -verbote an (vgl auch die „Schaltnorm“⁴⁸⁶² des § 15 Abs 1 iVm §§ 13, 14 WAG 1996). Art 35a EU-RatingVO ordnet damit lediglich die Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht an, wobei er diese freilich von bestimmten weiteren Voraussetzungen abhängig macht.

8. Haftungseinschränkungen und -ausschlüsse (Abs 3)

1) Es entspricht der Vertragssitte der Ratingagenturen, dass sie ihre potenzielle Schadenersatzpflicht in ihren Verträgen mit Emittenten und Anlegern, aber auch auf ihren Webseiten gänzlich abbedingen (möchten).⁴⁸⁶³ Dabei kann man zwischen solchen Klauseln differenzieren, die dem Wortlaut nach das Leistungsangebot der Ratingagenturen umschreiben,⁴⁸⁶⁴ womit wohl oft *de facto* ein Haftungsausschluss bezweckt wird, und solchen, mit denen die Haftung explizit ausgeschlossen oder beschränkt werden soll^{4865 4866}.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus nachvollziehbar, dass sich die Europäische Kommission dieses Problems in ihrem Vorschlag zu Art 35a EU-RatingVO entschlossen angenommen hatte. Art 35a Abs 5 EU-RatingVO idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747⁴⁸⁶⁷ erklärte Ausschlüsse sowie Einschränkungen der Haftung nach der EU-RatingVO, die im Voraus vereinbart werden, für nichtig (vgl § 275 Abs 4 UGB⁴⁸⁶⁸, § 11 Abs 4 KMG⁴⁸⁶⁹). Diese Regelung wurde aber im späteren Gesetzgebungsverfahren zugunsten der Ratingagenturen gelockert. Art 35a Abs 3 EU-RatingVO idgF sieht nunmehr vor, dass die „europarechtliche“ Haftung im Voraus beschränkt werden kann, aber nur dann, wenn die Beschränkung „angemessen und verhältnismäßig“ und nach dem subsidiär geltenden nationalen Recht „zulässig“ ist.⁴⁸⁷⁰

Vereinbarungen „im Nachhinein“ zwischen Ratingagentur und Geschädigtem, insb (Teil-)Verzichte und Vergleiche werden also von Art 35a Abs 3 EU-RatingVO nicht erfasst.⁴⁸⁷¹

⁴⁸⁶² So Wendehorst, ÖBA 2010, 564.

⁴⁸⁶³ Vgl unten unter „Teil 3.II.A.1. Einleitung: Klauselarten und praktische Bedeutung“.

⁴⁸⁶⁴ Vgl etwa http://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/regulatory/legal-disclaimers: „Credit-related and other analyses, including ratings, and statements in the Content are statements of opinion as of the date they are expressed and not statements of fact. S&P's opinions, analyses and rating acknowledgment decisions (described below) are not recommendations to purchase, hold, or sell any securities or to make any investment decisions, and do not address the suitability of any security“ (zuletzt abgerufen am 27.6.2015); s auch Arntz, BKR 2012, 92 f.

⁴⁸⁶⁵ Vgl etwa http://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/regulatory/legal-disclaimers: „In no event shall S&P Parties be liable to any party for any direct, indirect, incidental, exemplary, compensatory, punitive, special or consequential damages, costs, expenses, legal fees, or losses (including, without limitation, lost income or lost profits and opportunity costs or losses caused by negligence) in connection with any use of the Content even if advised of the possibility of such damages“ (zuletzt abgerufen am 07.08.2015).

⁴⁸⁶⁶ Zu beidem noch unten nach FN 5243.

⁴⁸⁶⁷ Dazu oben in FN 4574.

⁴⁸⁶⁸ Dazu oben bei FN 3645.

⁴⁸⁶⁹ Dazu oben bei FN 633.

⁴⁸⁷⁰ S dazu Bauer, BB 2013, 364; Wojcik, NJW 2013, 2389; Dutta, WM 2013, 1735.

⁴⁸⁷¹ Wojcik, NJW 2013, 2389. Anderes gilt mE bei mangelnder Kenntnis des Anspruchsberechtigten vom Ersatzanspruch (vgl die sinngemäß geltenden Ausführungen oben in FN 3650).

Sie sind daher ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen,⁴⁸⁷² wobei das ABGB diesbezüglich kaum Grenzen setzt (vgl §§ 1444, 1380 ABGB; s bloß § 879 ABGB⁴⁸⁷³). Dass die EU-RatingVO nur Freizeichnungen im Voraus für regelungsbedürftig erachtet, erklärt sich mE aus der bezweckten Verhaltenssteuerung im Hinblick auf Ratingagenturen durch die EU-RatingVO.⁴⁸⁷⁴ Diesem Regelungsanliegen läuft ein *Ex-ante*-, „Verzicht“ auf die Haftung stärker zuwider, als eine Vereinbarung *ex-post* (vgl auch § 275 Abs 4 UGB, § 11 Abs 4 KMG).⁴⁸⁷⁵

Die Unterscheidung zwischen diesen Arten von Haftungsverzichten durch die EU-RatingVO ist aber letztlich nur eine scheinbare. Denn die Frage, was eine verhältnismäßige und angemessene *Ex-ante*-Haftungseinschränkung ist, soll ebenso das nationale Recht beantworten (Art 35a Abs 4 Satz 1 EU-RatingVO). Obwohl Art 35a Abs 3 EU-RatingVO idgF nur von Haftungsbeschränkungen spricht, sind darunter (dem Wortlaut des Kommissionsvorschlags entsprechend⁴⁸⁷⁶) auch Haftungsausschlüsse zu subsumieren. Werden diese, von der EU-RatingVO unter Zuhilfenahme des nationalen Rechts abgesteckten Schranken zulässiger Haftungsfreizeichnung nicht eingehalten, hat die haftungsbeschränkende Klausel *insoweit* keine rechtliche Wirkung (Art 35a Abs 3 Satz 2 EU-RatingVO; vgl § 879 ABGB). Auch hier soll also eine geltungserhaltende Reduktion stattfinden.⁴⁸⁷⁷

2) Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich die Wirksamkeit von Freizeichnungen von der Haftung nach Art 35a EU-RatingVO zur Gänze nach nationalem Recht⁴⁸⁷⁸ bestimmt.⁴⁸⁷⁹ In dessen Rahmen wird man wohl eine einheitliche Klauselkontrolle anwenden können, weil eine zweistufige Prüfung, wie sie Art 35a Abs 3 Satz 1 EU-RatingVO naheulegen scheint, zumindest nach österreichischem Recht sinnlos erscheint. Denn es ist wohl kaum vorstellbar, dass ein Gericht eine Klausel zunächst als (nach nationalem Recht) „zulässig“ erachtet (Art 35a Abs 3 Satz 1 *lit b* EU-RatingVO), dann diese aber doch wegen „Unangemessenheit“ oder „Unverhältnismäßigkeit“ (Art 35a Abs 3 Satz 1 *lit a leg cit*) aufhebt.

Für Österreich führt § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dazu, dass zwischen Unternehmern und Verbrauchern ein Ausschluss der (erst bei grober Fahrlässigkeit einsetzenden) Haftung

⁴⁸⁷² Dutta, WM 2013, 1735.

⁴⁸⁷³ S RIS-Justiz RS0016909.

⁴⁸⁷⁴ Oben bei FN 4593, 4628; vgl auch schon oben bei FN 434.

⁴⁸⁷⁵ Vgl oben in FN 3591.

⁴⁸⁷⁶ S oben in FN 4574.

⁴⁸⁷⁷ Vgl unten nach FN 5303; aA Gass, Schadenersatzansprüche 150 f (mit Verweis auf diverse andere Sprachfassungen, die aber diesbezüglich mE nicht so eindeutig sind wie die deutsche Sprachfassung).

⁴⁸⁷⁸ S dazu unten unter „Teil 3.II.A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen“.

⁴⁸⁷⁹ Vgl Dutta, WM 2013, 1735; Berger/Ryborz, WM 2014, 2247; Schroeter, Ratings 847.

gem Art 35a EU-RatingVO stets unwirksam ist. Selbiges gilt im B2B-Bereich, sofern der Haftungsausschluss in AGB oder vorformulierten Vertragsbedingungen der Ratingagentur vereinbart wird.⁴⁸⁸⁰ Im Einzelnen ausgehandelte Ausschlüsse der Verantwortlichkeit nach Art 35a EU-RatingVO unter Unternehmern sind demgegenüber nur insofern unwirksam, als sich die Ratingagentur damit von vorsätzlichem Fehlverhalten freizeichnen möchte.⁴⁸⁸¹ Selbst wenn man zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Haftungsbeschränkungs- oder gar -ausschlussklausel materiell wirksam ist, ist noch zu prüfen, ob diese Klausel zwischen den konkreten Streitparteien überhaupt Geltung beanspruchen kann:

Die Qualifikation der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO als deliktsrechtliche Haftung (dazu oben S 529 ff) bringt mit sich, dass die Ratingagentur Schadenersatzansprüche des Emittenten und der Anleger nach dieser Norm nur in zwei Fallkonstellationen einschränken kann: In Variante 1 verbindet die Ratingagentur bereits ein Vertrag (Rating- bzw Abonnementvertrag oder gesonderter Rating-„Auftrag“) mit dem geschädigten Emittenten bzw Anleger. Im Rahmen dieses Vertrags werden Haftungsansprüche sowohl nach nationalem als auch nach „Europarecht“ eingeschränkt.⁴⁸⁸² In Variante 2 unterhält die Ratingagentur zwar keine Vertragsbeziehung mit dem Geschädigten, sie schließt aber (vor oder nach) Entstehen des Anspruchs nach Art 35a EU-RatingVO einen gesonderten „Haftungsbeschränkungsvertrag“ mit diesem ab.⁴⁸⁸³

Eine einseitige Haftungsbeschränkung (ohne rechtsgeschäftliche Einigung mit dem [später] Geschädigten) durch Erklärung der Ratingagentur vermag ihre Haftung nach der EU-RatingVO demgegenüber mE nicht zu berühren,⁴⁸⁸⁴ weil es sich um eine deliktische Verantwortlichkeit handelt⁴⁸⁸⁵.⁴⁸⁸⁶ Außerdem liefe eine solche Möglichkeit zur Freizeichnung im Voraus mE der mit Art 35a EU-RatingVO bezweckten Verhaltenssteuerung⁴⁸⁸⁷ zuwider.

⁴⁸⁸⁰ Dazu ausf unten unter „Teil 3.II.A.3.b. Problemlösung: Analogie zu § 6 Abs 1 Z 9 KSchG“ (auch zur geltungserhaltenden Reduktion).

⁴⁸⁸¹ S unten nach FN 5301.

⁴⁸⁸² Vgl *Graf*, ZFR 2014, 311.

⁴⁸⁸³ Vgl auch *Dutta*, WM 2013, 1735; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/34.

⁴⁸⁸⁴ So auch *Dutta*, WM 2013, 1735; wohl auch *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2247 FN 129; aA *Gass*, Schadenersatzansprüche 164 ff; *Graf*, ZFR 2014, 311 (vorsichtig).

⁴⁸⁸⁵ S dazu im Detail oben bei FN 4848.

⁴⁸⁸⁶ Vgl *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/35 (dort [Rz 18/37] freilich abw zur Gewährung einer Auskunft, zu der der Auskunftgeber nicht verpflichtet ist, was mE aber nur hinsichtlich der Vertrauenshaftung überzeugt).

⁴⁸⁸⁷ Oben bei FN 4593, 4628.

9. Beweislast

a. Abs 2 iVm den Transparenzpflichten

1) Die geringe Anzahl an einschlägigen Haftungs-Präzedenzfällen zumindest in Europa dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen Ratingagenturen für den Geschädigten mit erheblichen Schwierigkeiten in der Beweisführung verbunden ist.⁴⁸⁸⁸ Nach österreichischem Prozessrecht hat der Kläger alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen. Dies betrifft das Vorliegen eines Schadens, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers, die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens für den Schaden und schließlich auch das Verschulden, soweit bezüglich Letzterem nicht die Erleichterung des § 1298 ABGB für den vertraglichen Bereich eingreift (s zur Beweislastproblematik auch noch unten S 570 ff).

Besonders problematisch bei der Durchsetzung der Haftung von Ratingagenturen ist der Beweis der Kausalität. Es geht dabei um den Nachweis des Zusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten der Ratingagentur und dem Ratingergebnis einerseits und dem Ratingergebnis und der nachteiligen Anlegerentscheidung bzw dem Vermögensschaden des Emittenten andererseits.⁴⁸⁸⁹ Der Kläger sieht sich dabei mit dem Problem konfrontiert, dass ihm der Einblick in die komplexen und teilweise geheimen⁴⁸⁹⁰ Ratingprozesse fehlt.⁴⁸⁹¹

2) Die Europäische Kommission hatte daher ursprünglich für die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO eine echte Beweislastumkehr zugunsten des Klägers vorgeschlagen.⁴⁸⁹² Demnach sollte für den Fall, dass der Kläger eine Übertretung der EU-RatingVO durch die Ratingagentur glaubhaft machen kann (Reduktion des erforderlichen Beweismaßes),⁴⁸⁹³ Letzterer der Beweis obliegen, dass dies nicht den Tatsachen entspricht oder dass der Verstoß nicht das Ratingergebnis beeinflusst hat (Beweislastumkehr).⁴⁸⁹⁴ Bei bloßer Glaubhaftmachung einer entsprechenden Pflichtverletzung wäre demzufolge die Kausalität

⁴⁸⁸⁸ Vgl dazu auch Mühl, Haftung, Rz 320; Berger/Stemper, WM 2010, 2294; Arntz, BKR 2012, 94 f.

⁴⁸⁸⁹ Zur „doppelten Kausalität“ oben unter „Teil 2.II.A.4.c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung“ und unten unter „Teil 3.I. Beweislast des Anlegers bzw Emittenten“.

⁴⁸⁹⁰ Hierländer/Stern, Ratingagenturen: Die Allmächtigen, abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/471635/Ratingagenturen-Die-Allmaechtigen> (zuletzt abgerufen am 26.03.2015): „Wie Ratings genau zustande kommen, ist so geheim wie das Rezept von Coca Cola“ (Aussage von Christina Bannier, Frankfurt School of Finance & Management).

⁴⁸⁹¹ ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747; Wagner in FS Blaurock (2013) 490, 494.

⁴⁸⁹² Bauer, BB 2013, 364; Wojcik, NJW 2013, 2388.

⁴⁸⁹³ Dafür sollte erforderlich sein, dass der Geschädigte „gute Gründe vorgetragen hat“, ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747.

⁴⁸⁹⁴ Art 35a Abs 4 EU-RatingVO idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747; s dazu Thönningsen, ZBB 2011, 470; Haar, DB 2013, 2492; dies, Civil Liability 14.

derselben für das Ratingergebnis vermutet worden.⁴⁸⁹⁵ Der Kläger sollte allerdings unabhängig davon das Vorliegen eines Schadens und den Zusammenhang zwischen diesem und der Übertretung der EU-RatingVO darlegen und beweisen.⁴⁸⁹⁶

Auch in diesem Punkt hat der europäische Gesetzgeber letztlich bedeutende Abstriche zugunsten der Ratingagenturen gemacht.⁴⁸⁹⁷ Nach Art 35a Abs 2 UnterAbs 1 EU-RatingVO idgF liegt es in der Verantwortung des geschädigten Anlegers bzw Emittenten, dem zuständigen Gericht genaue und detaillierte Informationen vorzulegen, aus denen hervorgeht, dass die Ratingagentur gegen die EU-RatingVO verstoßen hat und dass sich diese Zuwiderhandlung auf das fragliche Rating ausgewirkt hat.⁴⁸⁹⁸ Dabei soll das nationale Gericht entscheiden, ob die vorgelegten Informationen ausreichend sind, wobei es zu berücksichtigen hat, dass der Geschädigte möglicherweise keinen Zugang zu den Informationen aus der Sphäre der Ratingagentur hat (Art 35a Abs 2 UnterAbs 2 EU-RatingVO).⁴⁸⁹⁹

Art 35a Abs 2 EU-RatingVO bewirkt dadurch für den Geschädigten immerhin eine prozessuale Erleichterung der Behauptungs- und Substantiierungslast;⁴⁹⁰⁰ umgekehrt sind umso höhere Anforderungen an das Bestreiten des Klagsvortrags durch die beklagte Ratingagentur zu stellen.⁴⁹⁰¹

Das nationale Gericht ist mE aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes gehalten, diese Beweiserleichterung weit auszulegen.⁴⁹⁰² ME ist die Substantiierungserleichterung über den Wortlaut des Art 35a Abs 2 EU-RatingVO hinaus ebenso auf die Frage anzuwenden, ob die Ratingagentur grob schuldhaft gehandelt hat.⁴⁹⁰³

Denn der Beweis hierfür obliegt zwar dem Geschädigten (§ 1298 Satz 2 ABGB *e contrario*),⁴⁹⁰⁴ die für die Feststellung des gravierenden Fehlverhaltens erforderlichen Tatsachen liegen aber ebenso „allein in der Sphäre der Ratingagentur“⁴⁹⁰⁵ (vgl Art 35a

⁴⁸⁹⁵ Wagner in FS Blaurock (2013) 489.

⁴⁸⁹⁶ Vgl ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747.

⁴⁸⁹⁷ S bereits die Stellungnahme des Rechtsausschusses in *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 90.

⁴⁸⁹⁸ ErwGr 34 EU-RatingVO-Novelle II; s dazu auch Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298; Haar, DB 2013, 2493 f; Wojcik, NJW 2013, 2388; Dutta, WM 2013, 1733.

⁴⁸⁹⁹ ErwGr 34 EU-RatingVO-Novelle II; s dazu auch Bauer, BB 2013, 364; Haar, DB 2013, 2494; Wojcik, NJW 2013, 2388; Dutta, WM 2013, 1733; vgl auch ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747; Wagner in FS Blaurock (2013) 490, 494.

⁴⁹⁰⁰ Wojcik, NJW 2013, 2388; Gass, Schadenersatzansprüche 118, 126, 128; Schroeter, Ratings 845 f; vgl bereits (für das deutsche Recht) Korth, Dritthaftung 155 ff und Mühl, Haftung, Rz 329 ff sowie Schuler, Verantwortlichkeit 294 ff; für die Schweiz Vasella, Haftung 183; weitergehend als hier Dutta, WM 2013, 1733 f; vgl auch Graf, ZFR 2014, 310; krit dazu Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 344; vgl allg zur Substantiierungslast OGH 14.10.2008, 4 Ob 155/08 k.

⁴⁹⁰¹ Wojcik, NJW 2013, 2388; Berger/Ryborz, WM 2014, 2246 mit FN 118.

⁴⁹⁰² So auch Wojcik, NJW 2013, 2388.

⁴⁹⁰³ Zwf Wojcik, NJW 2013, 2388.

⁴⁹⁰⁴ Gass, Schadenersatzansprüche 137.

⁴⁹⁰⁵ ErwGr 34 EU-RatingVO-Novelle-II.

Abs 2 UnterAbs 2 EU-RatingVO). Keine Substantiierungserleichterung nach der EU-RatingVO besteht aber für den Kausalitätsnachweis zwischen Ratingergebnis und Schaden des Anlegers bzw Emittenten.⁴⁹⁰⁶ Für diesen Bereich ist vielmehr der Emittent und der Anleger grundsätzlich im vollen Umfang beweispflichtig (vgl Art 35a Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO). Soweit der Anleger bloß den Ersatz des Preisschadens geltend macht, kommen ihm aber hinsichtlich des Beweises der Kausalität zwischen verzerrten Ratingergebnis und Anlegerschaden die Grundsätze des Anscheinsbeweises zugute (ausf dazu unten S 573 ff). Für den Emittenten gilt Entsprechendes.⁴⁹⁰⁷

3) Die EU-RatingVO normiert sohin keine umfassende Beweiserleichterung für den durch ein Rating Geschädigten. Jedoch könnten zwei (weitere) ihrer Instrumentarien zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Ratingagenturen fruchtbar gemacht werden. Zum einen könnte dem Anspruchsteller die Verwertung der Ergebnisse eines allfälligen Bußgeldverfahrens der ESMA gegen die beklagte Ratingagentur helfen (vgl Art 24 Abs 1 *lit e*, Art 32 EU-RatingVO),⁴⁹⁰⁸ mag das zuständige Gericht auch daran nicht gebunden sein. Denn in einem solchen Verfahren wird die Verletzung von Bestimmungen der EU-RatingVO festgestellt.

Zum anderen sind die indirekten Auswirkungen der Transparenzregelungen der EU-RatingVO zu berücksichtigen.⁴⁹⁰⁹ Zum Nachweis eines Sorgfaltsverstoßes sowie des Einflusses desselben auf das Ratingergebnis könnte der Geschädigte die durch die EU-RatingVO bewirkte Transparenz von Ratings für die Vorbereitung auf einen Schadenersatzprozess nutzbar machen. Dies betrifft die Pflicht zur transparenten Präsentation des Ratings (unten S 538 f) und zur „Offenlegung“ bestimmter Angaben seitens der Ratingagentur (S 538, 540) sowie die detaillierten Dokumentationspflichten der EU-RatingVO (S 540 f). Diese dienen nämlich dazu, die Ratingentscheidung von dritter Seite⁴⁹¹⁰ nachvollziehen und die Einhaltung der Verordnungsbestimmungen (insb betreffend die Ratingqualität) überprüfen zu können.⁴⁹¹¹ Verstöße gegen derartige Transparenzpflichten, insb Dokumentationspflichten könnten schadenersatzrechtlich daher insofern relevant sein, als die dadurch bewirkte Intransparenz Umstände betrifft, „die für

⁴⁹⁰⁶ Zutr Wojcik, NJW 2013, 2388; vgl auch schon ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747: „eher der Sphäre des Anlegers zuzuordnen“.

⁴⁹⁰⁷ S noch unten bei FN 5241.

⁴⁹⁰⁸ Gass, Schadenersatzansprüche 128; zwf Wojcik, NJW 2013, 2388.

⁴⁹⁰⁹ Vgl schon Vetter, WM 2004, 1712; Eisen, Haftung 258, 323; ferner Schuler, Verantwortlichkeit 150; Gass, Schadenersatzansprüche 107 f, 128.

⁴⁹¹⁰ Zur Aufsichtsbehörde vgl Anh I Absch B Nr 8 EU-RatingVO.

⁴⁹¹¹ Vgl Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 71; Art 1.5 *Code of Conduct Fundamentals*; Art 1.3. *Statement of Principles*.

den Schadenseintritt erheblich sein können“. Dann ist mE eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung analog zur Arzthaftung⁴⁹¹² anzunehmen.⁴⁹¹³

b. Pflicht zur Bekanntmachung von Ratingfehlern

Als besonders hilfreich für die Haftungsdurchsetzung könnte sich die in Art 8 Abs 7 EU-RatingVO verankerte Pflicht der Ratingagenturen erweisen, festgestellte Fehler in ihren Ratingmethoden oder bei deren Anwendung publik zu machen. Die Ratingagentur hat danach unverzüglich nicht nur die ESMA, sondern auch die betroffenen (bewerteten) Unternehmen über solche Fehler zu informieren. Dabei muss sie auch die Auswirkungen auf ihre Ratings erläutern.⁴⁹¹⁴ Beeinflussen die Unzulänglichkeiten ihre Ratings, hat sie Erstere ohne schuldhaftes Zögern außerdem auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.⁴⁹¹⁵ Die Ratingagentur hat schließlich die festgestellten Fehler zu berichtigen und bekanntzugeben, wie viele ihrer Ratings von den erforderlichen Methodenänderungen betroffen sind.⁴⁹¹⁶

c. Präsentationspflichten

Eine ausdrückliche Fehlerbekanntmachung iSd Art 8 Abs 7 EU-RatingVO wird wohl nur selten stattfinden, kommt diese doch einem „Schuldgeständnis“ gleich. Daneben könnte der Geschädigte aber wertvolle Informationen zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen die Ratingagentur daraus gewinnen, dass diese die allgemeineren Transparenzpflichten der EU-RatingVO erfüllt. Ratingagenturen haben danach ihre Ratings dergestalt zu präsentieren, dass dabei insb folgende Informationen angegeben werden:

- a) die für die Bewertung relevanten Informationsquellen,⁴⁹¹⁷
- b) die im Zuge des Ratingverfahrens verwendete Hauptmethode,⁴⁹¹⁸
- c) leicht verständliche Erläuterungen über die spezifischen Annahmen, Parameter, Limits und Unsicherheiten, die mit den verwendeten Methoden verbunden sind

⁴⁹¹² S nur RIS-Justiz RS0026236.

⁴⁹¹³ Ähnl bzgl der Verletzung von Dokumentationspflichten von Ratingagenturen bereits *Korth*, Dritthaftung 160 f; vgl auch *Gass*, Schadenersatzansprüche 131 f. Zur Möglichkeit der Ausdehnung der Rsp auf andere Fälle s OGH 15.12.2010, 4 Ob 199/10 h.

⁴⁹¹⁴ Art 8 Abs 7 lit a EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 4b *leg cit*.

⁴⁹¹⁵ Art 8 Abs 7 lit b EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 4c *leg cit*.

⁴⁹¹⁶ Art 8 Abs 7 lit c, d iVm Art 8 Abs 6 lit a EU-RatingVO.

⁴⁹¹⁷ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2 lit a EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*. Bei strukturierten Finanzinstrumenten sind Informationen über etwaige Verluste, die *cashflow*-Analyse, die dem Rating zugrunde liegt, sowie ggf eine erwartete Änderung des Ratings anzugeben (Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil II Nr 1 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*).

⁴⁹¹⁸ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2 lit b EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*; ähnl Art 3.3 *Code of Conduct Fundamentals*.

- (einschließlich Informationen betreffend Stresstests, *cashflow*-Analysen und erwartete Ratingänderungen),⁴⁹¹⁹
- d) die Definition der Ratingnote samt adäquater Risikowarnungen,⁴⁹²⁰
 - e) das Datum des Ratings und das der letzten Aktualisierung,⁴⁹²¹
 - f) gegebenenfalls einen Hinweis, ob das Rating ein innovatives Finanzprodukt betrifft und ob die Agentur dieses zum ersten Mal bewertet,⁴⁹²²
 - g) relevante Bewertungseinschränkungen, insb Hinweise über die Qualität der dem Rating zugrunde liegenden Informationen sowie das Ausmaß der Überprüfung derselben durch die Agentur⁴⁹²³ sowie
 - h) die für das Rating bzw den Ratingausblick maßgebenden Faktoren⁴⁹²⁴.

Für Länderratings im Besonderen ist zu beachten, dass zusammen mit jedem abgegebenen Länderrating ein ausführlicher Prüfungsbericht zu veröffentlichen ist, der alle Annahmen, Parameter, Grenzen, Unsicherheiten und sonstige berücksichtigungswürdige Faktoren leicht verständlich erläutert (vgl oben c)).⁴⁹²⁵ Wird mit dem Länderrating ein bestehendes Rating abgeändert, sind in diesem Bericht eine ausführliche Bewertung der Änderung der quantitativen und qualitativen Annahmen sowie die Gründe für die Ratingänderung anzuführen. Weiters ist darin eine Beschreibung der mit der Ratingänderung zusammenhängenden Risiken, Grenzen und Unsicherheiten aufzunehmen sowie eine Zusammenfassung des Protokolls der Sitzung des Ratingausschusses, welcher die Ratingänderung beschlossen hat.⁴⁹²⁶

⁴⁹¹⁹ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2a EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*; vgl auch Art 3.5 (insb dessen *lit a, c*) *Code of Conduct Fundamentals*.

⁴⁹²⁰ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2 *lit c* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*; s auch Art 3.5 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 3.3. *Statement of Principles*.

⁴⁹²¹ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2 *lit d* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*; ähnl Art 3.3 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁴⁹²² Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 2 *lit e* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*.

⁴⁹²³ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 4 Abs 1 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*. Bei strukturierten Finanzinstrumenten ist das Ausmaß der Prüfung der Unterlagen betreffend die Werte der strukturierten Finanzinstrumente anzugeben und auszuführen, inwieweit die Agentur dabei auf einen externen Dienstleister zurückgegriffen hat (Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil II Nr 2 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*).

⁴⁹²⁴ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 5 Abs 1 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 6 *leg cit*. Obwohl zu den maßgebenden Faktoren bei Länderratings auch einzelstaatliche und politische Maßnahmen gehören können, dürfen Ratingagenturen keine politischen Empfehlungen, Auflagen oder Leitlinien erlassen: Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil III Nr 4 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 58 *leg cit* sowie ErwGr 45 EU-RatingVO-Novelle II; vgl ferner Art 3.5 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 3.3. *Statement of Principles*.

⁴⁹²⁵ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil III Nr 1 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 61 *leg cit*. Das soll den Benutzern solcher Ratings die Nachvollziehbarkeit derselben erleichtern (*Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM[2011] 747 P 3.4.5. [S 11]).

⁴⁹²⁶ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil III Nr 2 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 62 *leg cit*.

d. Offenlegungspflichten

Die EU-RatingVO legt den Ratingagenturen des Weiteren eine Pflicht zur Offenlegung bestimmter Angaben auf (vgl §§ 277 ff UGB). Relevant für die Haftungsdurchsetzung im oben dargestellten Sinne könnte insb die obligatorische Offenlegung folgender Daten sein:

- a) der Methoden und Erläuterungen über die bei ihren Ratingtätigkeiten angewandten Modellen und grundlegende Ratingannahmen (mathematische und Korrelationsannahmen) sowie deren wesentliche Änderungen,⁴⁹²⁷
- b) grundlegender Änderungen ihrer Systeme, Ressourcen oder Verfahren,⁴⁹²⁸
- c) der historischen Ausfallquoten ihrer Ratingkategorien, wobei auch auf die Änderungen der Ausfallquoten in der Vergangenheit einzugehen ist,⁴⁹²⁹
- d) der internen Kontrollmechanismen, durch die die Ratingqualität gewährleistet werden soll,⁴⁹³⁰
- e) der Daten über die Personalzuweisung zu den Aufgaben „neue Ratings“, „Überprüfung von Ratings“, „Methoden- oder Modellbewertungen“⁴⁹³¹ und
- f) des Ergebnisses der Überprüfung der unabhängigen *Compliance*-Funktion der Ratingagentur⁴⁹³².

e. Dokumentationspflichten

Darüber hinaus treffen die der EU-RatingVO unterliegenden Ratingagenturen umfassende Dokumentationspflichten. Bezüglich des Ratings selbst ist zu protokollieren, ob dieses auf Antrag des Emittenten und wann dieses erstellt wurde.⁴⁹³³ Außerdem müssen die Grundlagen der Ratingentscheidung dokumentiert werden, und zwar sowohl interne Arbeitspapiere (zB Berichte über Kreditanalysen und Bonitätsbewertungen samt den ihnen zugrunde gelegten Daten), als auch (gänzlich) öffentlich zugängliche Informationen.⁴⁹³⁴ Ferner sind die angewandten Ratingmethoden bzw -verfahren aufzuzeichnen.⁴⁹³⁵ Weicht die Ratingagentur von dem Rating betreffend Basiswerte oder strukturierte

⁴⁹²⁷ Art 8 Abs 1, Art 11 Abs 1 iVm Anh I Absch E Teil I Nr 5 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 3, 11 *leg cit*.

⁴⁹²⁸ Art 11 Abs 1 iVm Anh I Absch E Teil I Nr 6 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil III P 11 *leg cit*; s zur Ratingänderung auch Art 11 Abs 2 EU-RatingVO; s zur Offenlegung der Grundsätze und Verfahren für unbeauftragte Ratings Art 10 Abs 4 EU-RatingVO.

⁴⁹²⁹ Anh I Absch E Teil II Nr 1 EU-RatingVO.

⁴⁹³⁰ Art 12 iVm Anh I Absch E Teil III Nr 2 EU-RatingVO.

⁴⁹³¹ Art 12 iVm Anh I Absch E Teil III Nr 3 EU-RatingVO.

⁴⁹³² Art 12 iVm Anh I Absch E Teil III Nr 5 EU-RatingVO.

⁴⁹³³ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 7 *lit a* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil II P 1 *leg cit*.

⁴⁹³⁴ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 7 *lit e, f* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil II P 1 *leg cit*.

⁴⁹³⁵ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 7 *lit d* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil II P 1 *leg cit*.

Finanzinstrumente einer anderen Agentur ab, hat sie dies mit einer Begründung festzuhalten.⁴⁹³⁶

Insb was die Nachvollziehbarkeit der Ratingentscheidungen betrifft, ist des Weiteren die in der Delegierten VO Nr 447/2012⁴⁹³⁷ statuierte Pflicht der Ratingagenturen hervorzuheben, ein Verzeichnis über die qualitativen und quantitativen Faktoren der verwendeten Ratingmethode zu erstellen.⁴⁹³⁸ Hinsichtlich jedes einzelnen qualitativen Faktors ist auch der Umfang der qualitativen Beurteilung für diesen Faktor anzugeben.⁴⁹³⁹ Bezüglich der quantitativen Faktoren sind Datenquellen, Schlüsselvariablen sowie grundlegende Annahmen, Modelle und quantitative Methoden zu verzeichnen.⁴⁹⁴⁰ Sodann ist die Gewichtung dieser qualitativen und quantitativen Faktoren innerhalb der Ratingmethode zu beschreiben und zu begründen.⁴⁹⁴¹ Und schließlich ist in den Erläuterungen zum Verzeichnis das Verhältnis zwischen den Annahmen der Ratingmethode und den kritischen Risikofaktoren einerseits sowie jenes zwischen den Annahmen der Ratingmethode und der Volatilität der mit dieser Methode erstellten Ratings andererseits zu bewerten.⁴⁹⁴²

Im Allgemeinen sind Ratingagenturen dazu verpflichtet, jene Maßnahmen zu dokumentieren, mit welchen sie die Einhaltung der Bestimmungen der EU-RatingVO sicherstellen.⁴⁹⁴³ Ferner sind der gesamte Schriftverkehr der Agentur, der mit ihrer Ratingtätigkeit zusammenhängt⁴⁹⁴⁴ sowie ihre Kundendaten (insb die von Emittenten bzw Abonnenten erhaltenen Entgelte sowie die jeweiligen Ratingvereinbarungen⁴⁹⁴⁵) festzuhalten^{4946 4947}.

⁴⁹³⁶ Art 8 Abs 4 UnterAbs 2 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 45 *leg cit.*

⁴⁹³⁷ FN 5100.

⁴⁹³⁸ Art 4 Abs 2 Delegierte VO Nr 447/2012.

⁴⁹³⁹ Art 4 Abs 2 *lit a* Delegierte VO Nr 447/2012.

⁴⁹⁴⁰ Art 4 Abs 2 *lit b* Delegierte VO Nr 447/2012.

⁴⁹⁴¹ Art 4 Abs 3 *lit a* Delegierte VO Nr 447/2012.

⁴⁹⁴² Art 4 Abs 3 *lit b, c* Delegierte VO Nr 447/2012.

⁴⁹⁴³ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 7 *lit g* EU-RatingVO; vgl Anh III Teil II P 1 *leg cit.*

⁴⁹⁴⁴ Vgl ErwGr 42 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁴⁹⁴⁵ Einschließlich der Rechte und Pflichten, die nicht gegenüber dem Emittenten, aber gegenüber einem mit diesem verbundenen Dritten bestehen: Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 9 EU-RatingVO.

⁴⁹⁴⁶ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 7 *lit h, b, c*, Nr 9 EU-RatingVO.

⁴⁹⁴⁷ Die nach der EU-RatingVO erforderlichen Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren, es sei denn, die Registrierung der Ratingagentur wird widerrufen, in welchem Fall sich die zwingende Aufbewahrungsfrist um drei Jahre verlängert (Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 8 EU-RatingVO; vgl § 212 UGB sowie Anh III Teil II P 2, Teil I P 26 EU-RatingVO). Ratingvereinbarungen sind aber jedenfalls bis zur Beendigung der Vertragsbeziehung zum jeweiligen Emittenten bzw verbundenen Dritten aufzubewahren (Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 9 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil II P 3 *leg cit.*). Eine ausdr Aufbewahrungspflicht wird hingegen durch die Delegierte VO Nr 447/2012 für die von ihr geforderten Dokumentationen nicht normiert. ME ist die 5-jährige Aufbewahrungsfrist iSd Anh I Absch B Nr 8 EU-RatingVO analog anzuwenden, weil es hier wie dort offenbar darum geht, eine Ratingentscheidung über eine gewisse Zeitspanne hinweg intersubjektiv nachvollziehen zu können. ME ergibt sich darüber hinaus aus Art 2 Delegierte VO Nr 447/2012, welcher vorschreibt, dass die Ratingagenturen jederzeit der ESMA die Einhaltung des Art 8 Abs 3 EU-RatingVO (und damit auch der diesen präzisierenden Delegierten VO Nr 447/2012) nachweisen können müssen, dass das Verzeichnis aber mindestens solange aufzubewahren ist, solange die Ratingagentur die betreffende Methode verwendet.

10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)

1) Hinsichtlich des Verhältnisses der EU-RatingVO zum nationalen Haftungsrecht sind zwei Fragen voneinander zu unterscheiden. Die erste betrifft die „Janusköpfigkeit“ der EU-RatingVO, namentlich die bereits angesprochene Zulässigkeit und Notwendigkeit, bei der Auslegung der Verordnungsbestimmungen auf nationales Haftungsrecht zurückzugreifen sowie allfällige (logische) Regelungslücken mit nationalem Haftungsrecht aufzufüllen.⁴⁹⁴⁸

2) Die andere Frage ist, ob die EU-RatingVO die Haftung der Ratingagenturen nach ABGB verdrängt. Das mitgliedstaatliche Haftungsrecht kann jedenfalls insofern nicht berührt sein, als eine Ratingagentur verklagt wird, die nicht dem Geltungsbereich der EU-RatingVO unterliegt.⁴⁹⁴⁹ Aber auch in Bezug auf die von der EU-RatingVO erfassten Ratingagenturen ordnet Art 35a Abs 5 EU-RatingVO eine Wahrung der Haftungsansprüche nach nationalem Recht an: „weitere zivilrechtliche Haftungsansprüche im Einklang mit dem nationalen Recht“ sind demnach nicht ausgeschlossen.⁴⁹⁵⁰ Aus diesem Grund ist es legitim, auch auf die Haftung von Ratingagenturen nach ABGB einzugehen (s dazu den Teil 1 dieser Arbeit).

Eine Haftung nach nationalem Recht hat selbst im Geltungsbereich der EU-RatingVO insofern praktische Bedeutung, als Erstere unter bestimmten Voraussetzungen bereits bei leichter Fahrlässigkeit eingreift. Außerdem führt nach ABGB (anders als nach der EU-RatingVO [oben S 525 ff]) ein Mitverschulden nicht zwingend dazu, dass der Geschädigte seinen gesamten Schadenersatzanspruch verliert (§ 1304 ABGB). Zusammengefasst besteht mE eine Verantwortlichkeit der Ratingagentur nach österreichischem Recht für leicht fahrlässige Sorgfaltsverstöße (wenn man vertragliche Haftungsfreizeichnungsklauseln zunächst ausklammert [dazu unten S 579 ff]):

- gegenüber mit ihr vertraglich verbundenen Informationsempfängern gem § 1300 Satz 1 ABGB,⁴⁹⁵¹
- gegenüber mit ihr vertraglich *nicht* verbundenen Anlegern („Dritten“) im Falle eines (scheinbar) *solicited* Emissionsratings ebenfalls gem § 1300 Satz 1

⁴⁹⁴⁸ S oben bei FN 4654 sowie Art 35a Abs 4 EU-RatingVO; ErwGr 35 EU-RatingVO-Novelle II.

⁴⁹⁴⁹ Etwa die Muttergesellschaft von *Standard & Poor's* oder *Moody's*; s zum personellen Geltungsbereich der EU-RatingVO oben unter „Teil 2.II.A.3.a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1)“.

⁴⁹⁵⁰ Dazu *Wojcik*, NJW 2013, 2389.

⁴⁹⁵¹ Oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“, insb bei FN 2729.

ABGB⁴⁹⁵² (diesfalls mE aber insgesamt beschränkt mit den Haftsummen der § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB⁴⁹⁵³),

- gegenüber mit ihr vertraglich *nicht* verbundenen Emittenten gem § 1330 Abs 2 ABGB⁴⁹⁵⁴ sowie
- gegenüber mit ihr vertraglich verbundenen Emittenten gem § 1295 Abs 1, § 933a Abs 3 ABGB⁴⁹⁵⁵.

Mit Art 35a EU-RatingVO wurde also ein schadenersatzrechtlicher Mindeststandard für Anleger und Emittenten geschaffen,⁴⁹⁵⁶ der vonseiten der Ratingagenturen nicht mehr durch Forum-Shopping⁴⁹⁵⁷ innerhalb der EU umgangen werden kann (vgl unten S 604 f).

3) Dem Wortlaut des Art 35a Abs 5 EU-RatingVO nach wäre auch ein allfälliger (nationaler) Schadenersatzanspruch aus Schutzgesetzverletzung⁴⁹⁵⁸ nicht verdrängt. Erwägungsgrund 35 der EU-RatingVO-Novelle II deutet ebenfalls in diese Richtung, ist demnach doch den Mitgliedstaaten „insbesondere gestattet [...], nationale Regelungen über die zivilrechtliche Haftung beizubehalten, die günstiger für Anleger oder Emittenten sind oder sich nicht auf Verstöße gegen die Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 stützen“. Offensichtlich sollten demnach auch solche nationale Schadenersatzbestimmungen kumulativ anwendbar sein, die ihrerseits an Verletzungen der EU-RatingVO anknüpfen (*arg*: „oder“), wie eben § 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB.

So leicht wird man es sich freilich nicht machen dürfen, um die Haftungsschwelle bei Verstößen gegen die EU-RatingVO auf leichte Fahrlässigkeit herabzusetzen.⁴⁹⁵⁹ Die Verhaltenspflichten der EU-RatingVO bilden ein in sich abgeschlossenes Konzept, das vom Gesetzgeber mit der speziellen Sanktionsnorm des Art 35a EU-RatingVO vervollständigt wurde. ME ist es unzulässig, dieses Gesetzssystem durch Auslegung seiner Normen als Schutzgesetze zu unterlaufen.⁴⁹⁶⁰ Das entspricht jedenfalls auch der hL zur Abschlussprüfer- und Organhaftung, die den Schutzgesetzcharakter der §§ 273–275 UGB⁴⁹⁶¹ und der § 84 AktG, § 25 GmbHG⁴⁹⁶² zu Recht ablehnt. Gleiches gilt nach

⁴⁹⁵² Oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ddd.γ. Schlussfolgerungen für die (Dritt-)Haftung von Prospektkontrolloren, Abschlussprüfern und Ratingagenturen“, insb bei FN 2744.

⁴⁹⁵³ Oben unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“.

⁴⁹⁵⁴ Oben unter „Teil 1.II.B. Deliktische Kreditschädigungshaftung der Ratingagentur“.

⁴⁹⁵⁵ Oben unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁴⁹⁵⁶ Vgl Gass, Schadenersatzansprüche 27; Berger/Ryborz, WM 2014, 2247; Halfmeier, VuR 2014, 333.

⁴⁹⁵⁷ Dazu European Commission, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 6.4. (S 46 ff); European Commission, Public Consultation on Credit Rating Agencies (05.11.2010) P 4. (S 24).

⁴⁹⁵⁸ Dazu oben bei FN 4618.

⁴⁹⁵⁹ Vgl aber Dutta, WM 2013, 1735, der offenbar eine Haftung gem § 823 Abs 2 BGB iVm EU-RatingVO (weiterhin) für möglich hält, diesbezüglich aber aufgrund der Haftungsschwelle der Verordnung Bedenken hegt.

⁴⁹⁶⁰ Vgl auch Berger/Ryborz, WM 2014, 2247.

⁴⁹⁶¹ S dazu oben in FN 1088 mwN.

zutreffender hM ebenso für §§ 13, 14, § 15 Abs 1 WAG 1996⁴⁹⁶³ und für die Bestimmungen des KMG (insb § 11 *leg cit*)⁴⁹⁶⁴. Zumindest müssten mE auf eine allfällige Schutzgesetzhaftung, die an Verstöße gegen die EU-RatingVO anknüpft, die Voraussetzungen und Schranken des Art 35a EU-RatingVO analog angewandt werden.⁴⁹⁶⁵ Auf eine solche „Schutzgesetzhaftung“ kann freilich verzichtet werden, weil sie neben Art 35a EU-RatingVO keine praktische Bedeutung hätte.

Erwägungsgrund 35 der EU-RatingVO-Novelle II ist mE so zu verstehen, dass es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, strengere Haftungsbestimmungen zu erlassen, die explizit auf die EU-RatingVO verweisen. Dies ist namentlich in Frankreich geschehen.⁴⁹⁶⁶ Derogiert wurde durch Art 35a EU-RatingVO dagegen solchen Haftungen, die aus Normen mit „lückenfüllenden Charakter“ resultieren, wie § 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB.⁴⁹⁶⁷ Denn eine Lücke (Norm ohne Haftungssanktion) besteht seit Einführung des Art 35a EU-RatingVO im Bereich der EU-RatingVO nun gar nicht mehr.

Hinzu kommt, dass ein entscheidendes Argument für den Schutzgesetzcharakter einzelner Normen der EU-RatingVO mit Inkrafttreten des Art 35a *leg cit* nicht mehr schlagkräftig ist: Es verbietet es sich nunmehr, die Auslegung als Schutzgesetz aus Gründen des *effet-utile*⁴⁹⁶⁸ zu bejahen. Denn Art 35a EU-RatingVO ordnet ja bereits eine Haftung an, von der der Gesetzgeber offensichtlich ausgeht, dass sie den Geschädigten einen angemessenen und effektiven Rechtsschutz bietet.⁴⁹⁶⁹

B. Besonderer Teil

1. Einleitung

Wie bereits erwähnt, knüpft Art 35a Abs 1 EU-RatingVO an die in anderen Artikeln sowie in den Anhängen zur EU-RatingVO geregelten Verhaltenspflichten für Ratingagenturen an

⁴⁹⁶² S nur S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 25 Rz 23; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 84 Rz 23.

⁴⁹⁶³ Wendehorst, ÖBA 2010, 565 mwN.

⁴⁹⁶⁴ S dazu oben bei FN 786.

⁴⁹⁶⁵ IdS Gass, Schadenersatzansprüche 93 ff.

⁴⁹⁶⁶ S Loi No 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (1), Article 10, Art. L. 544-5, Art. L. 544-6: “*Les agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements par elles commis dans la mise en œuvre des obligations définies dans le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, précité*”; s dazu Haar, DB 2013, 2490; dies, Civil Liability 8.

⁴⁹⁶⁷ S aber Dutta, WM 2013, 1735, der mE unzutreffender Weise die Schutzgesetz-Eigenschaft sogar nach Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II für möglich hält.

⁴⁹⁶⁸ S dazu oben bei FN 4620.

⁴⁹⁶⁹ Vgl oben bei FN 4581.

(s oben S 504). Art 35a Abs 1 EU-RatingVO gibt aber über die konkret haftungsbegründenden Pflichtverletzungen keinen näheren Aufschluss.

Im Rahmen der Behandlung der Kausalitätsproblematik⁴⁹⁷⁰ wurde bereits darauf hingewiesen, dass nur bestimmte und nicht sämtliche der in der EU-RatingVO geregelten Pflichten haftungsrelevant sind. Nur solche Pflichtverstöße, die auch das Ratingergebnis beeinflussen, können zu einer Haftung nach Art 35a EU-RatingVO führen (Art 35a Abs 1 *leg cit*). Nach Ansicht der Europäischen Kommission komme eine Haftung nach Art 35a EU-RatingVO insb dann in Frage, wenn die Ratingagentur im Rahmen der Bewertung unseriöse Informationen verwendet⁴⁹⁷¹ oder wenn sie ihre Ratings nicht in regelmäßigen Zeitabständen aktualisiert^{4972 4973}.

Im Folgenden sollen jene Pflichten dargestellt werden, die für eine Haftung gem Art 35a EU-RatingVO bedeutsam sein könnten (S 546 ff). Daran anschließend werden solche Pflichtverstöße hervorgehoben, die ein grob schuldhaftes Verhalten der Ratingagentur nahelegen könnten (unten S 562). Denn nur unter dieser Voraussetzung tritt eine Haftung gem Art 35a Abs 1 EU-RatingVO ein (oben S 513 ff).

Die Verhaltensanforderungen des hier erörterten „Besonderen Teils“ gelten dabei auch für solche Ratings, die eine europäische Ratingagentur gem Art 4 Abs 3 EU-RatingVO übernommen hat,⁴⁹⁷⁴ damit diese Ratings für aufsichtsrechtliche Zwecke innerhalb der EU herangezogen werden können (s dazu bereits oben⁴⁹⁷⁵). Denn für eine derartige Verwertung ist die übernehmende Ratingagentur „uneingeschränkt“, dh wohl auch haftungsrechtlich iSd Art 35a EU-RatingVO⁴⁹⁷⁶ (vgl § 1 Abs 1 Z 2 PHG, § 11 Abs 2 KMG) „verantwortlich“ (Art 4 Abs 5 EU-RatingVO; vgl auch Art 4 Abs 4 *leg cit*).⁴⁹⁷⁷

⁴⁹⁷⁰ Oben bei FN 4787.

⁴⁹⁷¹ Oben bei FN 3042.

⁴⁹⁷² Oben bei FN 5137 f.

⁴⁹⁷³ *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4.4. (S 19 FN 79).

⁴⁹⁷⁴ Eine Haftung nach der EU-RatingVO scheidet aber für solche Ratings aus, die von zertifizierten Ratingagenturen iSd Art 5 EU-RatingVO abgegeben wurden (*Dutta*, WM 2013, 1732).

⁴⁹⁷⁵ Bei FN 4704.

⁴⁹⁷⁶ So *Dutta*, WM 2013, 1732; vgl auch *Gomille*, GPR 2011, 188; *Schuler*, Verantwortlichkeit 132 FN 719.

⁴⁹⁷⁷ Daneben besteht theoretisch auch eine Haftung für den Fall, dass Ratings unzulässiger Weise übernommen werden, dh obwohl die Voraussetzungen des Art 4 Abs 3 EU-RatingVO nicht vorliegen (s Anh III Teil I Nr 1 EU-RatingVO; *Dutta*, WM 2013, 1732; *Gass*, Schadenersatzansprüche 96). Wann eine Haftung für eine unzulässige „Übernahme“ aber tatsächlich schlagend werden sollte, ist fraglich, weil dies zur Voraussetzung hätte, dass das Ratingergebnis durch den Pflichtverstoß beeinflusst wird (Art 35a Abs 1 EU-RatingVO; dazu oben bei FN 4780; aA *Dutta*, WM 2013, 1733, der ohne Begründung eine Ausnahme vom Erfordernis der „doppelten“ Kausalität machen möchte). Allenfalls denkbar wäre eine Haftung wegen einem Verstoß gegen Art 4 Abs 3 *lit b* EU-RatingVO, der dann verwirklicht werden würde, wenn die europäische Ratingagentur ein Rating einer Ratingagentur aus einem Drittland ungeprüft übernimmt und die Ratingtätigkeit dieser Ratingagentur nicht den (Qualitäts-)Anforderungen der EU-RatingVO genügt (zB nie aktualisiert wird, wodurch das Ratingergebnis beeinflusst wird). Dann griffe aber wohl auch die „direkte“ Haftung der europäischen Ratingagentur gem Art 4 Abs 5 EU-RatingVO ein, weil das übernommene Rating als „europäisches Rating“ gilt (Art 4 Abs 4 EU-RatingVO) und damit unmittelbar den (Qualitäts-)Anforderungen der EU-RatingVO unterliegt. Die Unterscheidung zwischen der Haftung gem Art 35a Abs 1 iVm Anh III Teil I Nr 1 EU-RatingVO und jener gem Art 4 Abs 5 EU-RatingVO könnte wohl nur dann eine (eher akademische) Rolle spielen, wenn sich das grobe Verschulden der Ratingagentur nur auf die gem Art 4 Abs 3 EU-RatingVO unzulässige Übernahme, nicht aber darauf bezieht, dass das Rating inhaltlich nicht den Anforderungen der EU-RatingVO entspricht. Die praktische Bedeutung der Haftung gem Art 35a Abs 1 iVm Anh III Teil I Nr 1 EU-RatingVO erscheint damit zweifelhaft.

Aus dem Erfordernis der Kausalität der Rechtsverletzung für den eingetretenen Schaden ergibt sich, dass nicht jeder erdenkliche Ordnungsverstoß für beide in Betracht kommende Haftungskonstellationen (Ratingagentur – Anleger; Ratingagentur – Emittent) gleichermaßen von Relevanz ist: Verletzt etwa die Ratingagentur die Vorschriften über die Unabhängigkeit, wird oft ein zu optimistisches „Gefälligkeitsrating“ zustande kommen, nicht aber ein den Emittenten schädigendes zu negatives Bonitätsurteil. Das bedeutet, dass im Verhältnis Ratingagentur – Emittent in aller Regel nur dann eine Haftung eintreten wird, wenn gegen die Bestimmungen über die Ratingqualität verstoßen wird (vgl aber auch § 275 Abs 2 UGB: Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft bei parteiischer Prüfung). Häufiger wird eine Verletzung der Unabhängigkeitsvorschriften zu einer Haftung gegenüber Anlegern führen, wobei im Verhältnis zu diesen freilich genauso ein Verstoß gegen die Qualitätsanforderungen haftungsbegründend sein kann.⁴⁹⁷⁸

2. Unabhängigkeit und „Objektivität“ der Ratingagentur

a. Allgemeines

Die EU-RatingVO setzt sehr ausführlich an der Wurzel des Problems der Ratingbranche an. Zahlreiche ihrer Normen sollen dazu dienen, die bereits oben⁴⁹⁷⁹ angesprochenen Interessenkonflikte der Ratingagenturen einzudämmen, die durch die zunehmende Emittentenfinanzierung der Agenturen (*issuer-pays-model*) auftraten.⁴⁹⁸⁰ Nach diesem Modell besteht die Gefahr, dass die Ratingagentur dem Emittenten ein Gefälligkeitsrating erteilt, weil man als rational denkende Ratingagentur „die Hand, die einen füttert, nicht beißt“.⁴⁹⁸¹

⁴⁹⁷⁸ Vgl Vasella, Haftung 193.

⁴⁹⁷⁹ Bei FN 4545.

⁴⁹⁸⁰ S dazu ErwGr 7 EU-RatingVO-Novelle I; ErwGr 1 f, 10 EU-RatingVO-Novelle II; *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 1. (S 3), P 2. (S 4), P 3.4.3. (S 9); *Deipenbrock*, BB 2003, 1850; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 195; *Öllinger*, Haftung 149; *Möllers*, JZ 2009, 863; *Claussen*, DB 2009, 1003; *Haar*, ZBB 2009, 182; *dies*, ZBB 2010, 187, 190; *dies*, NZG 2010, 1282; *Schön/Cortez*, IRZ 2009, 16; *Cortez/Schön*, ZfK 2010, 226; *Spindler*, AG 2010, 610; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2161, 2167; *Zimmer*, ebd 2693 f; *Becker*, DB 2010, 942; *Korth*, Dritthaftung 70; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 267, 269; *Oppitz*, ÖZW 2011, 66 f; *Vasella*, Haftung 162; *Däubler*, WM 2011, 1829, 1835; *Gomille*, GPR 2011, 189; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 464, 468; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 14, 19; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 4; *Möllers/Wecker*, ZRP 2012, 107; *Forschner*, J&E 2012/1, 7; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 297, 299; *Amort*, EuR 2013, 273; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 683; *Blaurock*, EuZW 2013, 609; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 9 Rz 55; *Bremer*, NZG 2011, 100; *Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua*, Antrag an den Bundestag betreffend die Regulierung von Ratingagenturen, BT-Drucksache 17/7638, 4; *Council of the European Union*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD) 3, 6 f; *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 87; vgl zur Bonitätsauskunft schon *Welser*, Haftung 119; s aber auch *Reidenbach*, Ratingagenturen 336.

⁴⁹⁸¹ Vgl ErwGr 12 EU-RatingVO-Novelle II; *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4.4. (S 19); *Witte/Henke*, DB 2013, 2258; *Baurock*, ZGR 2007, 643; s auch die empirische Untersuchung von *He/Qian/Strahan*, Ratings 28, wonach strukturierte

Diese Bestrebungen erinnern an gesetzgeberische Maßnahmen in Bezug auf die Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer,⁴⁹⁸² die wie die Ratingagenturen als professionelle Informationsintermediäre ein objektives Gutachten über ein Unternehmen abgeben sollen, das sie hierfür entlohnt.⁴⁹⁸³ Die gesetzlichen Unabhängigkeitsanforderungen für Abschlussprüfer (§§ 271 ff UGB) wollen vor allem Bilanzfälschungsskandale verhindern, die in der Vergangenheit zu erheblichen Gläubigerschäden geführt hatten und die sicherlich auch auf die mangelnde Objektivität der involvierten Wirtschaftsprüfer zurückzuführen waren.⁴⁹⁸⁴ Vergleichen lässt sich dies mit dem Ziel der EU-RatingVO, durch Gewährleistung von Unabhängigkeit der Ratingagenturen letztlich die „Treffergenauigkeit“ von Ratings zu steigern, um eine Schädigung der Märkte und Anleger möglichst hintanzuhalten.⁴⁹⁸⁵

Insofern ist der Übergang dieses Kapitels zum folgenden betreffend die Ratingqualität fließend.⁴⁹⁸⁶ Das erklärt wohl auch, warum in den Abschnitten der EU-RatingVO über die Unabhängigkeit zum Teil auch die Ratingqualität behandelt wird. Diese Systematik der EU-RatingVO wird im Rahmen der folgenden Darstellung im Wesentlichen, aber nicht durchgehend beibehalten.

Vorab ist klarzustellen, dass die EU-RatingVO davon absieht, das *issuer-pays-model* zu verbieten,⁴⁹⁸⁷ wie es von manchen gefordert wurde.⁴⁹⁸⁸ Ein solcher Eingriff in die Ratingbranche wäre aber zu radikal gewesen.⁴⁹⁸⁹ Denn dadurch wären die in Europa tätigen Ratingagenturen in ihrer wirtschaftlichen Existenz zumindest bedroht gewesen. Stattdessen versucht die EU-RatingVO durch Einzelbestimmungen die Unabhängigkeit auf

Finanzprodukte größerer Emittenten (die zum Umsatz der Ratingagenturen signifikant beitragen) im Vorfeld bzw Zuge der Finanzkrise durchschnittlich besser geratet wurden, als kleinere Emittenten.

⁴⁹⁸² S insb Art 22 AbschlussprüferRL. Zu den Parallelen im Einzelnen s auch noch unten unter „Teil 2.II.B.2.b. Organisation und operatives Geschäft der Ratingagentur“, „Teil 2.II.B.2.c. Mitarbeitermanagement“. Daher könnten die Abschlussprüfervorschriften dazu dienen, Auslegungsfragen zur EU-RatingVO zu klären.

⁴⁹⁸³ S zur Parallele (Interessenkonflikt infolge Bezahlung durch den Geprüften) *Spindler*, AG 2010, 610; *Gomille*, GPR 2011, 189; vgl dazu bereits *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 273, 284: „Kundenabhängigkeit“; weiters *Vetter*, WM 2004, 1712; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 196 f; *Möllers*, JZ 2009, 864 f; *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 11; *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2700 ff.

⁴⁹⁸⁴ S zu den europäischen Maßnahmen betreffend Abschlussprüfer *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 235 ff, insb Rz 247; *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014) Überblick vor § 316 Rz 2, 4, 7; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) Vor § 316 Rz 13; vgl ferner *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, KOM(2004) 177, 1 f; zum *Sarbanes-Oxley-Act* und den diesen heraufbeschwörenden Skandale s *Wagner*, ZGR 2008, 496.

⁴⁹⁸⁵ Vgl zur anzustrebenden Unabhängigkeit des Abschlussprüfers *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932) 284: „Die ganze Institution [gemeint: Abschlussprüfung] verliert an Wert, wenn nicht hinreichende Garantien für ein selbständiges und unabhängiges Arbeiten des Prüfers nach jeder Richtung vorhanden sind“.

⁴⁹⁸⁶ Vgl auch *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 466; *Habersack/Schürnbrand* in *Staub*, HGB⁵ (2010) § 323 Rz 1.

⁴⁹⁸⁷ *Gomille*, GPR 2011, 189; *Amort*, EuR 2013, 282.

⁴⁹⁸⁸ Vgl ErwGr 73 EU-RatingVO (Stammfassung); *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; zu den Alternativen zu diesem Modell s *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2705 f; *Bremer*, NZG 2011, 100; *ders*, NZG 2011, 1181; *Spindler*, AG 2010, 610; *Thönningsen*, ZBB 2011, 469; *Oppitz*, ÖZW 2011, 66; *Amort*, EuR 2013, 282.

⁴⁹⁸⁹ Zum Subsidiaritätsprinzip als Schranke des europäischen Gesetzgebers vgl Art 5 Abs 2 EGV bzw Art 5 Abs 3 EUV; s auch ErwGr 75 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl ferner *Kumpán* in FS Hopt II (2010) 2167.

drei Ebenen zu gewährleisten:⁴⁹⁹⁰ hinsichtlich der Agenturen selbst (Art 6 iVm Anh I Absch A und B, Art 6b *leg cit*), ihrer Anteilseigner (Art 6a *leg cit*) und ihrer (auch externen) Mitarbeiter (Art 7 iVm Anh I Absch C *leg cit*).

Entgegen dem Wortlaut mancher Verordnungsbestimmungen ist in erster Linie⁴⁹⁹¹ die Ratingagentur selbst Normadressatin der EU-RatingVO (Art 7 Abs 3 *leg cit*). Das ergibt sich auch aus deren Anhang III, der bei Verstößen gegen die Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Mitarbeiter der Ratingagentur⁴⁹⁹² die Sanktionierung der Agentur vorsieht. Dementsprechend ist die Ratingagentur ua dazu verpflichtet, Interessenkonflikte all jener Personen aufzudecken und zu beseitigen, die Einfluss auf die Ratingentscheidung der Agentur haben.⁴⁹⁹³ Dies schließt freilich nicht aus, dass die Ratingagentur die Dienstverträge ihrer Mitarbeiter an die EU-RatingVO anpasst, um diese so in die Pflicht zu nehmen.⁴⁹⁹⁴ Anders wird es der Agentur wohl auch gar nicht möglich sein, sämtliche Vorschriften der EU-RatingVO ihr Personal betreffend⁴⁹⁹⁵ zu befolgen.

Im Folgenden sollen jedenfalls ausschließlich die Pflichten der Ratingagentur als die für die Haftung gem Art 35a EU-RatingVO relevanten Pflichten dargestellt werden.

b. Organisation und operatives Geschäft der Ratingagentur

1) Allgemein sind die der EU-RatingVO unterliegenden Ratingagenturen⁴⁹⁹⁶ verpflichtet, ihre Geschäftstätigkeit so zu organisieren, dass die Objektivität und Integrität ihrer Ratings nicht gefährdet sind.⁴⁹⁹⁷ Diese Verpflichtung zu einer angemessenen Organisationsstruktur setzt sinnvoller Weise bereits bei den Organen der Agentur an: Ihre Geschäftsleitung⁴⁹⁹⁸ muss ausreichend qualifiziert (insb gut beleumdet⁴⁹⁹⁹) sein (vgl § 25 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 AktG); sie hat dafür zu sorgen, dass die Vorgaben der EU-RatingVO eingehalten werden, insb auch die Bestimmungen über den ordnungsgemäßen Umgang mit Interessenkonflikten.⁵⁰⁰⁰

⁴⁹⁹⁰ Art 6 Abs 1 EU-RatingVO; s dazu etwa Zimmer in FS Hopt II (2010) 2697.

⁴⁹⁹¹ Vgl oben in FN 4480.

⁴⁹⁹² Unten unter „Teil 2.II.B.2.c. Mitarbeitermanagement“.

⁴⁹⁹³ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 1 EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 19 *leg cit*; zu den Interessenkonflikten der Mitarbeiter s unten unter „Teil 2.II.B.2.c. Mitarbeitermanagement“.

⁴⁹⁹⁴ Vgl Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 25 Rz 89-90, 91.

⁴⁹⁹⁵ S zB Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 6 EU-RatingVO.

⁴⁹⁹⁶ Dazu oben unter „Teil 2.II.A.3.a. (Europäische) Ratingagentur (Abs 1)“. Soweit im Folgenden auf die Verpflichtungen der „Ratingagenturen“ Bezug genommen wird, sind nur die vom Geltungsbereich der EU-RatingVO erfassten Ratingagenturen gemeint.

⁴⁹⁹⁷ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 4 *leg cit*; vgl Art 2.6 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 2.1. *Statement of Principles*.

⁴⁹⁹⁸ S dazu die Legaldefinition in Art 3 Abs 1 *lit n* EU-RatingVO: „die Person oder Personen, die die Geschäfte der Ratingagentur tatsächlich führt bzw. führen, sowie das Mitglied oder die Mitglieder ihres Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans“.

⁴⁹⁹⁹ Vgl Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 5 *leg cit*; vgl auch Art 1.13 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵⁰⁰⁰ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 1 *lit a, b, c* EU-RatingVO; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2165.

Darüber hinaus haben Ratingagenturen ein „Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan“ einzurichten.⁵⁰⁰¹ Dessen Mitglieder haben ein einmaliges, zeitlich auf fünf Jahre begrenztes⁵⁰⁰² und nur aus wichtigem Grund entziehbares Mandat inne.⁵⁰⁰³ Ein Teil der Mitglieder dieses Aufsichtsrats (mindestens ein Drittel der Mitglieder, jedoch nicht weniger als zwei⁵⁰⁰⁴) darf nicht in die Bewertungstätigkeit eingebunden sein.⁵⁰⁰⁵ Die EU-RatingVO verlangt von den Aufsichtsratsmitgliedern entsprechende Fachkenntnisse, insb hinsichtlich strukturierter Finanzprodukte⁵⁰⁰⁶ (vgl § 33 iVm § 25 Abs 1 GmbHG, § 99 iVm § 84 Abs 1 AktG). Außerdem darf deren Gehalt nicht vom Geschäftserfolg der Ratingagentur abhängen.⁵⁰⁰⁷ Die Aufgabe dieses Aufsichtsrats ist die Kontrolle der Ratingmethoden, der agenturinternen Qualitätsüberprüfung, des Umgangs mit Interessenkonflikten sowie der Einhaltung der Bestimmungen der EU-RatingVO.⁵⁰⁰⁸ Als Grundlage dafür dient die Tätigkeit des obligatorisch einzusetzenden *Compliance*-Beauftragten, der unabhängig zu sein hat und gegenüber den übrigen Organen berichtspflichtig ist.⁵⁰⁰⁹

Ratingagenturen sind nach der EU-RatingVO ferner dazu verpflichtet, eine interne Kontrollstruktur zwecks Vermeidung von Interessenkonflikten einzurichten. Hierbei ist auch die Unabhängigkeit der Mitarbeiter der Agentur im Verhältnis zu den Anteilseignern⁵⁰¹⁰ der Agentur, den Organen derselben sowie der agentureigenen Vertriebsabteilung sicherzustellen.⁵⁰¹¹ Die dafür einzuführenden Verfahren sind laufend auf ihre Effizienz hin zu überprüfen.⁵⁰¹²

⁵⁰⁰¹ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 3 *leg cit*.

⁵⁰⁰² Zimmer in FS Hopt II (2010) 2696 f: Verlängerung der Mandatsdauer ist unzulässig; Wagner in FS Blaurock (2013) 490; vgl § 30b Abs 2 GmbHG, § 87 Abs 7 AktG.

⁵⁰⁰³ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 4 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 7 *leg cit*.

⁵⁰⁰⁴ Zimmer in FS Hopt II (2010) 2696 mit FN 27.

⁵⁰⁰⁵ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 6 *leg cit*; Deipenbrock, WM 2009, 1170; vgl auch Möschel, ZRP 2009, 132; Spindler, AG 2010, 609; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2165; Lerch, BKR 2010, 406; Becker, DB 2010, 943; vgl ferner Art 1.15 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 163.

⁵⁰⁰⁶ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 5 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 3 *leg cit*; Deipenbrock, WM 2009, 1170; vgl ErwGr 29 EU-RatingVO (Stammfassung); Becker, DB 2010, 943.

⁵⁰⁰⁷ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 4 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 7 *leg cit*; vgl ErwGr 29 f EU-RatingVO (Stammfassung); Kumpan in FS Hopt II (2010) 2165; Zimmer, ebd 2696; Amort, EuR 2013, 281; Wagner in FS Blaurock (2013) 490.

⁵⁰⁰⁸ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 2 Abs 6 *lit a, b, c, d* EU-RatingVO; Anh III Teil I P 9 *leg cit*.

⁵⁰⁰⁹ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch A Nr 5, 6 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 13, 14 *leg cit*; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2165; Oppitz, ÖZW 2011, 65; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15; vgl dazu ErwGr 29 EU-RatingVO (Stammfassung) sowie Art 1.15 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵⁰¹⁰ Davon werden auch wirtschaftliche Eigentümer iSd RL 2005/60/EG (des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABl L 2005/309, 15) erfasst: Art 3 Abs 3 EU-RatingVO.

⁵⁰¹¹ Art 6 Abs 4 EU-RatingVO; vgl ErwGr 22 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰¹² Art 6 Abs 4 EU-RatingVO; vgl ErwGr 22 EU-RatingVO-Novelle II.

2) Hinsichtlich des operativen Geschäfts der Ratingagentur normiert die EU-RatingVO Befangenheitstatbestände in Gestalt von absoluten „Ratingverboten“⁵⁰¹³: Demnach liegt ein Verstoß vor,

- a) wenn die Agentur oder ihre Mitarbeiter Finanzinstrumente des bewerteten Unternehmens⁵⁰¹⁴ oder eines mit diesem verbundenen Dritten⁵⁰¹⁵ halten oder wenn sie an solchen Rechtsträgern beteiligt sind,⁵⁰¹⁶
- b) wenn ein (auch mittelbarer⁵⁰¹⁷) Anteilseigner oder Mitglied der Ratingagentur⁵⁰¹⁸, der oder das erheblichen Einfluss auf deren Geschäfte nehmen kann (insb aufgrund einer 10%-igen Beteiligung an den Stimmrechten oder am Kapital der Agentur), mindestens 10% der Anteile (oder anderer Eigentumsanteile⁵⁰¹⁹) an dem bewerteten Unternehmen bzw einem mit diesem verbundenen Dritten hält,⁵⁰²⁰
- c) wenn das bewertete Unternehmen über ein Kontrollverhältnis⁵⁰²¹ mit der Ratingagentur verbunden ist,⁵⁰²²
- d) wenn das bewertete Unternehmen bzw ein mit diesem verbundener Dritter zu mindestens 10% an den Stimmrechten oder am Kapital der Ratingagentur⁵⁰²³ beteiligt ist,⁵⁰²⁴
- e) wenn ein Mitarbeiter der Agentur Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des bewerteten Unternehmens oder eines mit diesem verbundenen Dritten ist,⁵⁰²⁵
- f) wenn ein (auch mittelbarer⁵⁰²⁶) Anteilseigner oder Mitglied der Ratingagentur⁵⁰²⁷, der oder das erheblichen Einfluss auf deren Geschäfte nehmen kann (vgl oben b)),

⁵⁰¹³ Vgl Anh III Teil I P 20 EU-RatingVO.

⁵⁰¹⁴ S die Legaldefinition in Art 3 Abs 1 lit f EU-RatingVO: „eine Rechtspersönlichkeit, deren Bonität in einem Rating explizit oder implizit bewertet wird, unabhängig davon, ob sie das betreffende Rating in Auftrag gegeben oder dafür Informationen zur Verfügung gestellt hat“.

⁵⁰¹⁵ Ein „verbundener Dritter“ ist direkt oder indirekt über ein Kontrollverhältnis iSd RL 83/349/EWG (des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß, ABl L 1983/193, 1) mit dem bewerteten Unternehmen verbunden, Art 3 Abs 1 lit i, j EU-RatingVO; vgl dazu auch GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 4.

⁵⁰¹⁶ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 lit a EU-RatingVO; Spindler, AG 2010, 609; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2166; Zimmer, ebd 2698; Lerch, BKR 2010, 405; Oppitz, ÖZW 2011, 66; Amort, EuR 2013, 281; vgl Art 2.9 Code of Conduct Fundamentals, Art 2.3. Statement of Principles sowie § 271 Abs 2 Z 1 iVm Abs 4 UGB; Baurock, ZGR 2007, 643, 650; Deipenbrock, WM 2009, 1171; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 465.

⁵⁰¹⁷ ISd TransparenzRL (2004/109/EG): Anh I Absch B Nr 3b lit a EU-RatingVO; s auch ErwGr 25 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰¹⁸ Der Ratingagentur gleichgestellt sind Unternehmen, die iSd TransparenzRL (2004/109/EG) direkt oder indirekt die Kontrolle über oder beherrschenden Einfluss auf die Ratingagentur haben: Anh I Absch B Nr 3b lit b EU-RatingVO.

⁵⁰¹⁹ Ausgenommen sind Beteiligungen an diversifizierten Organismen für gemeinsame Anlagen und verwaltete Fonds, die keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Organismus ermöglichen: Anh I Absch B Nr 3 lit a EU-RatingVO.

⁵⁰²⁰ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 lit aa EU-RatingVO; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299; Blaurock, EuZW 2013, 610; vgl ErwGr 20 EU-RatingVO-Novelle II; ferner DAI/BDI/VDI, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine 2. Novellierung der EU-RatingVO 3.

⁵⁰²¹ FN 5015.

⁵⁰²² Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 lit b EU-RatingVO; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2166; Zimmer, ebd 2698; Oppitz, ÖZW 2011, 66; vgl § 271 Abs 2 Z 1 iVm Abs 4 UGB.

⁵⁰²³ Der Ratingagentur gleichgestellt sind Unternehmen, die iSd TransparenzRL (2004/109/EG) direkt oder indirekt die Kontrolle über oder beherrschenden Einfluss auf die Ratingagentur haben: Anh I Absch B Nr 3b lit b EU-RatingVO.

⁵⁰²⁴ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 lit ba EU-RatingVO; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299.

⁵⁰²⁵ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 lit c EU-RatingVO; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2698; vgl § 271 Abs 2 Z 2 iVm Abs 4 UGB.

Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des bewerteten Unternehmens oder eines mit diesem verbundenen Dritten ist⁵⁰²⁸ oder

- g) wenn ein Ratinganalyst oder jemand, der Ratings für die Agentur genehmigt, mit dem bewerteten Unternehmen oder mit einem mit diesem verbundenen Unternehmen in einer Beziehung steht, die Interessenkonflikte heraufbeschwören kann⁵⁰²⁹

und die Ratingagentur in einem dieser Fälle trotzdem ein Rating abgibt.⁵⁰³⁰

Weiters darf die Ratingagentur keine Beratungsdienstleistungen⁵⁰³¹ hinsichtlich der Unternehmens- oder Rechtsstruktur, *assets*, Verbindlichkeiten oder Geschäftstätigkeiten für das bewertete Unternehmen oder einen mit diesem verbundenen Dritten erbringen.⁵⁰³²

Insb ist sicherzustellen, dass die Mitarbeiter der Agentur keine (indirekten) Empfehlungen für die Vertragsgestaltung von strukturierten Finanzprodukten abgeben.⁵⁰³³ Dieses Verbot wurde durch die EU-RatingVO-Novelle II auf Personen ausgedehnt, die mindestens zu 5 % an den Stimmrechten oder am Kapital der Agentur beteiligt sind, oder die auf andere Weise deren Geschäfte erheblich beeinflussen können.⁵⁰³⁴ Allgemein erlaubt sind jedoch solche „Nebendienstleistungen“, die sich weder auf die Unabhängigkeit, noch auf die Integrität der Ratings negativ auswirken können.⁵⁰³⁵ Darunter fallen etwa allgemein

⁵⁰²⁶ ISd TransparenzRL (2004/109/EG): Anh I Absch B Nr 3b *lit a* EU-RatingVO.

⁵⁰²⁷ Der Ratingagentur gleichgestellt sind Unternehmen, die iSd TransparenzRL (2004/109/EG) direkt oder indirekt die Kontrolle über oder beherrschenden Einfluss auf die Ratingagentur haben: Anh I Absch B Nr 3b *lit b* EU-RatingVO.

⁵⁰²⁸ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 *lit ca* EU-RatingVO; *Blaurock*, EuZW 2013, 610; vgl ErwGr 20 EU-RatingVO-Novelle II sowie § 271 Abs 2 Z 2 iVm Abs 4 UGB.

⁵⁰²⁹ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 *lit d* EU-RatingVO; vgl § 271 Abs 1 iVm Abs 4 UGB; *Oppitz*, ÖZW 2011, 66; *Habersack*, ZHR 169 (2005) 197; *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 414.

⁵⁰³⁰ Anh III Teil I P 20 EU-RatingVO. Hat die Agentur ungeachtet dieser Verbote bereits ein Rating abgegeben, trifft sie die Verpflichtung, unverzüglich bekanntzugeben, dass ein Rating idS betroffen ist (Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 20 *leg cit*). Diese Pflicht dürfte aber nicht haftungsrelevant sein, weil eine solche Bekanntgabe das Ratingergebnis nicht iSd Art 35a Abs 1 EU-RatingVO beeinflussen kann.

⁵⁰³¹ Vgl dazu den „historischen Zusammenhang“ oben bei FN 4544.

⁵⁰³² Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 4 Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 22 *leg cit*; *Möschel*, ZRP 2009, 132; *Spindler*, AG 2010, 609; *Cortez/Schön*, ZfK 2010, 227 f; *Haar*, ZBB 2010, 189 f; *Korth*, Dritthaftung 25; *Möllers*, JZ 2009, 864; *ders/Wecker*, ZRP 2012, 107; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 299; *Amort*, EuR 2013, 281; *Wagner* in FS *Blaurock* (2013) 470, 472; *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 4; vgl § 271 Abs 2 Z 4 (insb *lit a* und d) iVm Abs 4, § 271a Abs 1 Z 2 UGB; ErwGr 22 EU-RatingVO (Stammfassung); *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; *Oppitz*, ÖZW 2011, 65 f; *Haar*, ZBB 2009, 183; zur amerikanischen Rechtslage *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2164.

⁵⁰³³ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 5 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 24 *leg cit*; *Deipenbrock*, WM 2009, 1171; *Möllers*, JZ 2009, 865; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2166; *Zimmer*, ebd 2698; *Haar*, ZBB 2010, 190; *Blaurock*, JZ 2012, 231; vgl auch ErwGr 22 EU-RatingVO (Stammfassung); ferner Art 1.14-1 *Code of Conduct Fundamentals*; *Liebscher/Ott*, NZG 2010, 843.

⁵⁰³⁴ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 4 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 22 *leg cit*; *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 299; vgl ErwGr 20 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰³⁵ Anh III Teil I P 23 EU-RatingVO; vgl ErwGr 6, 22 EU-RatingVO (Stammfassung); s dazu, auch zu den Abgrenzungsproblemen zwischen unzulässiger Beratung und erlaubter Nebendienstleistung: *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2166; *Haar*, ZBB 2010, 190; *Gomille*, GPR 2011, 189; *Deipenbrock*, WM 2009, 1171; *Becker*, DB 2010, 943; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 15; *Blaurock*, JZ 2012, 231 FN 62.

gehaltene Marktprognosen oder Preisanalysen.⁵⁰³⁶ Insb ist mE auch die Begründung des Ratings gegenüber dem Emittenten erlaubt.⁵⁰³⁷

Mit der EU-RatingVO-Novelle II wurde es den Ratingagenturen darüber hinaus explizit untersagt, das Ausmaß der Ratinggebühren vertraglich vom Ergebnis der Ratingtätigkeit abhängig zu machen.⁵⁰³⁸ Verpönt wäre also etwa eine Vereinbarung mit dem Emittenten, wonach bei einem AAA-Rating ein höheres Entgelt gebührt als bei einem AA-Rating.

Seit der EU-RatingVO-Novelle II besteht auch eine (partielle) Rotationsverpflichtung der Ratingagentur. Damit sollen Interessenkonflikte vermieden werden, die nach einer zu langen Geschäftsbeziehung entstehen.⁵⁰³⁹ Ratingagenturen, die einen Ratingvertrag in Bezug auf Wiederverbriefungen⁵⁰⁴⁰ abgeschlossen haben, ist es demnach nach Ablauf von vier Jahren⁵⁰⁴¹ verboten, Ratings für neue Wiederverbriefungen abzugeben, denen Aktiva desselben „Originators“⁵⁰⁴² zugrunde liegen.⁵⁰⁴³ Ist ein derartiger Ratingvertrag zu Ende, darf die Ratingagentur für einen Zeitraum, der der abgelaufenen Vertragsdauer entspricht (höchstens aber für vier Jahre), keinen neuen Ratingvertrag hinsichtlich solcher Wiederverbriefungen abschließen, denen Aktiva desselben „Originators“ zugrunde liegen.⁵⁰⁴⁴ Dieses Tätigkeitsverbot gilt auch für Ratingagenturen, die derselben Gruppe von Ratingagenturen angehören, wie die unmittelbar ausgeschlossene Agentur;⁵⁰⁴⁵ für

⁵⁰³⁶ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 4 Abs 2 f EU-RatingVO; Zimmer in FS Hopt II (2010) 2699; Möllers/Wecker, ZRP 2012, 107 (mit Hinweis auf die dennoch bestehenden Offenlegungspflichten in diesem Zusammenhang).

⁵⁰³⁷ Vgl Möllers, JZ 2009, 865.

⁵⁰³⁸ Art 6 Abs 2 iVm Anh I Absch B Nr 3c EU-RatingVO; vgl ErwGr 38 EU-RatingVO-Novelle II; s auch *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 3.4.6. (S 12); krit dazu Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299. Die entsprechende Regelung im Anh III fehlt allerdings, sodass eine Formalie für die Haftung gem Art 35a Abs 1 EU-RatingVO fehlt. Steht fest, dass der Verstoß gegen diese Unabhängigkeitsbestimmung tatsächlich das Ratingergebnis beeinflusst hat, müsste mE aber eine Haftung analog Art 35a EU-RatingVO eingreifen.

⁵⁰³⁹ ErwGr 12 EU-RatingVO-Novelle II, wo auch auf das Bestreben hingewiesen wird, zwecks Ratingmarktförderung dem „lock in-Effekt“ (dazu oben in FN 144) entgegenzusteuern; s auch *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 P 2. (S 5); Witte/Henke, DB 2013, 2258; Blaurock, EuZW 2013, 609; vgl ferner § 271a Abs 1 Z 4 UGB; zur dabei vorgenommenen Interessenabwägung des europäischen Gesetzgebers vgl ErwGr 12 – 19 EU-RatingVO-Novelle II; vgl ferner Haar, ZBB 2010, 190; krit zur weitergehenden Rotationspflicht nach dem Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747 Thönningsen, ZBB 2011, 471.

⁵⁰⁴⁰ Darunter wird „eine Verbriefung, bei der das mit einem zugrunde liegenden Pool von Forderungen verbundene Risiko in Tranchen unterteilt wird und mindestens eine der zugrunde liegenden Forderungen eine Verbriefungsposition [eine Risikoposition in einer Verbriefung] ist“, verstanden (Art 3 Abs 1 lit aa EU-RatingVO iVm Art 40, 40a neugefasste BankenRL [RL 2006/48/EG]).

⁵⁰⁴¹ Bei diesem Zeitraum wurden einerseits das Interesse an der Integrität der Ratings berücksichtigt, die durch allzu lange Vertragslaufzeiten beeinträchtigt werden könnte, und andererseits das Interesse der Ratingagenturen und Emittenten, nicht durch häufig durchzuführende Rotationen Effizienzverluste bei der Bewertung hinnehmen zu müssen, ErwGr 15 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰⁴² S dazu Art 3 Abs 1 lit t EU-RatingVO iVm Art 4 Z 41 neugefasste BankenRL (2006/48/EG): „ein Unternehmen, das entweder selbst oder über verbundene Unternehmen direkt oder indirekt an der ursprünglichen Vereinbarung beteiligt war, die die Verpflichtungen oder potenziellen Verpflichtungen des Schuldners bzw. potenziellen Schuldners begründet und deren Forderungen nun Gegenstand der Verbriefung sind, oder“, „ein Unternehmen, das Forderungen eines Dritten erwirbt, diese in seiner Bilanz ausweist und dann verbrieft“.

⁵⁰⁴³ Art 6b Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 26a EU-RatingVO; vgl Witte/Henke, DB 2013, 2258; Bauer, BB 2013, 364; Blaurock, EuZW 2013, 609; DAI/BDI/VDT, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 1. Unberührt bleibt die Möglichkeit, bestehende Ratings zu überwachen und zu aktualisieren: Art 6b Abs 4 EU-RatingVO; ErwGr 13 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰⁴⁴ Art 6b Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 26b EU-RatingVO; vgl Witte/Henke, DB 2013, 2258; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299; Blaurock, EuZW 2013, 609.

⁵⁰⁴⁵ Art 6b Abs 3 lit a EU-RatingVO.

Ratingagenturen, die an der ausgeschlossenen Agentur beteiligt sind;⁵⁰⁴⁶ und ferner für Ratingagenturen, an denen die ausgeschlossene Agentur beteiligt ist.⁵⁰⁴⁷

Keine Rotationspflicht besteht allerdings dann, wenn mindestens vier Ratingagenturen ein Rating für mehr als 10% aller zu bewertenden Finanzinstrumente ein und desselben „Originators“ abgeben.⁵⁰⁴⁸ Denn hier werden durch die Vielfalt an Bewertungen ohnehin (zumindest einzelne) objektive Bewertungen gesichert.⁵⁰⁴⁹ Allgemein von der Rotationspflicht ausgenommen sind kleine Agenturen.⁵⁰⁵⁰ Damit soll diesen der Marktzutritt erleichtert werden.⁵⁰⁵¹

c. Mitarbeitermanagement

Die Ratingagentur hat sicherzustellen, dass die unmittelbar an der Ratingtätigkeit⁵⁰⁵² beteiligten Personen (zB Ratinganalysten⁵⁰⁵³, aber auch externe Dienstleister) nicht in die Verhandlungen über das vom Emittenten zu entrichtende Entgelt eingebunden sind.⁵⁰⁵⁴ Von dieser „Belohnung“ darf wiederum das Gehalt der an der Erstellung des Ratings mitwirkenden Personen sowie jener Personen, die die Ratings der Agentur genehmigen, nicht abhängen. Ihr Gehalt muss also insofern erfolgsunabhängig gewährt werden.⁵⁰⁵⁵

(Auch externe) Mitarbeiter der Ratingagentur dürfen keine Finanzinstrumente des bewerteten Unternehmens kaufen oder verkaufen bzw dürfen sich nicht an damit zusammenhängenden Geschäften beteiligen, wenn das bewertete Unternehmen in ihre „primäre Analysezuständigkeit“ fällt.⁵⁰⁵⁶ Diesbezüglich wird es wohl darauf ankommen, ob die Bewertung des jeweiligen Unternehmens den Mitarbeiter – verglichen mit anderen Bewertungen – zeitlich am meisten beansprucht. Hält ein Mitarbeiter ungeachtet dessen solche Finanzinstrumente (etwa weil er diese vor Inkrafttreten der EU-RatingVO gekauft

⁵⁰⁴⁶ Art 6b Abs 3 lit b EU-RatingVO.

⁵⁰⁴⁷ Art 6b Abs 3 lit c EU-RatingVO.

⁵⁰⁴⁸ Art 6b Abs 2 UnterAbs 2 EU-RatingVO; *Blaurock*, EuZW 2013, 609.

⁵⁰⁴⁹ ErwGr 15 EU-RatingVO-Novelle II; vgl dazu auch *Witte/Henke*, DB 2013, 2258.

⁵⁰⁵⁰ Art 6b Abs 5 EU-RatingVO: Agenturen mit weniger als 50 Mitarbeitern auf Gruppenebene, die am Rating mitwirken, oder einem mit Ratings erzielten Jahresumsatz auf Gruppenebene von weniger als € 10 Mio; s dazu *Bauer*, BB 2013, 364; *Blaurock*, EuZW 2013, 609.

⁵⁰⁵¹ ErwGr 17 EU-RatingVO-Novelle II; vgl dazu auch *Witte/Henke*, DB 2013, 2258.

⁵⁰⁵² S die Legaldefinition in Art 3 Abs 1 lit o EU-RatingVO: „die Analyse von Daten und Informationen und die Bewertung, Genehmigung, Abgabe und Überprüfung von Ratings“.

⁵⁰⁵³ S die Legaldefinition in Art 3 Abs 1 lit d EU-RatingVO: „eine Person, die die für die Abgabe eines Ratings notwendigen Analysen durchführt“.

⁵⁰⁵⁴ Art 7 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 28 *leg cit*; *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2698; *Becker*, DB 2010, 943; *Korth*, Dritthaftung 25, 141; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 466; vgl *Haar*, ZBB 2009, 183; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; ähnl Art 2.12 *Code of Conduct Fundamentals*; dazu *Vasella*, Haftung 164; *Baurock*, ZGR 2007, 644.

⁵⁰⁵⁵ Art 7 Abs 5 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 41 *leg cit*; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Oppitz*, ÖZW 2011, 66; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 466; ähnl Art 2.11 lit a *Code of Conduct Fundamentals*; dazu *Vasella*, Haftung 164; s bereits den Vorschlag von *Habersack*, ZHR 169 (2005) 197.

⁵⁰⁵⁶ Auch hier sind Beteiligungen an Pensionsfonds und Lebensversicherungen ausgenommen: Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 32 *leg cit*; dazu *Korth*, Dritthaftung 25; ähnl 2.14 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu *Vasella*, Haftung 165; vgl auch *Deipenbrock*, WM 2009, 1171; *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2166.

hat) oder Finanzinstrumente von Unternehmen, die mit dem Bewertungsobjekt verbunden sind und deren Besitz die Unabhängigkeit des Mitarbeiters beeinträchtigen kann, darf er keinen Einfluss auf das entsprechende Rating nehmen.⁵⁰⁵⁷ Selbiges gilt, wenn der Mitarbeiter „vor kurzem“⁵⁰⁵⁸ beim bewerteten Unternehmen selbst angestellt war oder aufgrund eines sonstigen Geschäftsverhältnisses befangen ist.⁵⁰⁵⁹

Umgekehrt ist es den Angestellten der Ratingagentur verwehrt, sechs Monate nach Abgabe des Ratings eine „Schlüsselposition“ in der Geschäftsführung des Bewertungsobjekts oder eines mit diesem verbundenen Dritten einzunehmen.⁵⁰⁶⁰ Sonstige Personalwechsel sind zwar erlaubt. War jedoch der wechselnde Mitarbeiter an der Bonitätseinstufung seines neuen Arbeitgebers beteiligt, oder ist dieser eine Finanzgesellschaft, mit der der Mitarbeiter während der Beschäftigung bei der Agentur in einer Geschäftsbeziehung stand, ist die Ratingagentur verpflichtet, die Arbeit dieses Mitarbeiters in den letzten zwei Jahren zu überprüfen.⁵⁰⁶¹ Dieser Zwei-Jahreszeitraum, in dem der Gesetzgeber eine befangene Arbeit zumindest für möglich hält, kann mE auch als Richtschnur für die nicht näher definierte „cooling-off period“ eines bei der Ratingagentur neu Angestellten (voriger Absatz aE) dienen. Die erwähnte sechs-monatige Ausschlussfrist zeigt dabei mE, dass es für die Bestimmung des konkreten Fristausmaßes darauf ankommt, welche Position der neue Mitarbeiter der Agentur bei seinem alten Arbeitgeber innehatte.

Ferner ist es dem Personal der Ratingagentur untersagt, Geschenke oder sonstige Vorteile von Emittenten oder anderen Personen anzunehmen, die mit der Agentur in Geschäftskontakt stehen.⁵⁰⁶² Wird einem Mitarbeiter ein solches oder ein sonstiges illegales Verhalten eines Kollegen bekannt, hat er dies unverzüglich⁵⁰⁶³ dem Compliance-Beauftragten⁵⁰⁶⁴ zu melden (Pflicht zum „whistle-blowing“⁵⁰⁶⁵). Dies darf für den *whistle-blower* nicht mit Nachteilen verbunden sein.⁵⁰⁶⁶

⁵⁰⁵⁷ Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 2 lit a, b EU-RatingVO; Anh III Teil I P 33 *leg cit*; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2166; ähnl Art 2.13 lit a, b *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 164.

⁵⁰⁵⁸ Dazu sogleich im Text.

⁵⁰⁵⁹ Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 2 lit c EU-RatingVO; Anh III Teil I P 33 *leg cit*; ähnl Art 2.13 lit c *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 164 f.

⁵⁰⁶⁰ Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 7 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 36 *leg cit*; Haar, ZBB 2010, 190; vgl § 271c UGB; Haar, ZBB 2009, 183.

⁵⁰⁶¹ Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 6 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 31 *leg cit*; ähnl Art 2.17 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 165.

⁵⁰⁶² Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 4 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 35 *leg cit*; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2166; Haar, ZBB 2010, 190; Becker, DB 2010, 944; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; ähnl Art 2.15 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 165; vgl auch Deipenbrock, WM 2009, 1171; Haar, ZBB 2009, 183.

⁵⁰⁶³ Vgl § 121 Abs 1 BGB.

⁵⁰⁶⁴ Oben bei FN 5009.

⁵⁰⁶⁵ Deipenbrock, WM 2009, 1171; Kumpan in FS Hopt II (2010) 2166; vgl dazu Art 1.16 *Code of Conduct Fundamentals* und dazu Vasella, Haftung 163.

⁵⁰⁶⁶ Art 7 Abs 3 iVm Anh I Absch C Nr 5 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 30 *leg cit*; ähnl Art 1.16 *Code of Conduct Fundamentals*.

Hervorhebungswürdig ist weiters das den Ratingagenturen vorgeschriebene interne und personenbezogene (nicht teambezogene) Rotationssystem⁵⁰⁶⁷: Führende Ratinganalysten dürfen nicht über vier Jahre hinaus an Ratings ein und desselben Unternehmens bzw eines mit diesem verbundenen Dritten beteiligt sein.⁵⁰⁶⁸ „Führend“ tätig sind solche Analysten, die die Hauptverantwortung für die Raterstellung oder den Emittentenkontakt tragen oder die allgemein für die Bewertungen von Finanzinstrumenten dieses Emittenten zuständig sind.⁵⁰⁶⁹ Jene Ratingagenturen, die unbeauftragte Ratings abgeben und solche, die Staaten bewerten, sind zusätzlichen Beschränkungen unterworfen. Dort müssen nicht-führende Ratinganalysten nach fünf Jahren rotieren und Personen, die Ratings genehmigen, nach sieben Jahren.⁵⁰⁷⁰ Ist dieser Vier-, Fünf- bzw Sieben-Jahres-Zeitraum voll ausgeschöpft, müssen die betroffenen Mitarbeiter der Ratingagentur eine zwei-jährige „cooling-off period“ abwarten, um wieder bei der Bonitätsbenotung des jeweiligen Unternehmens bzw des verbundenen Dritten mitwirken zu dürfen.⁵⁰⁷¹

3. Qualität der Ratings

a. Allgemeines

Darüber hinausgehend normiert die EU-RatingVO bestimmte Verhaltenspflichten der Ratingagenturen, die unabhängig von etwaigen Interessenkonflikten die Qualität ihrer Ratings erhöhen sollen. Der Gesetzgeber sah allerdings davon ab, den Agenturen bestimmte Bewertungsmethoden oder -verfahren im Einzelnen vorzuschreiben,⁵⁰⁷² weil er den hoheitlichen Einfluss auf den konkreten Inhalt von Ratings und die angewandten Ratingmethoden ablehnt.⁵⁰⁷³ Denn mit einem solchen Eingriff könnte eine Wettbewerbsbeeinträchtigung und Innovationshemmung in der Ratingbranche verbunden

⁵⁰⁶⁷ Art 7 Abs 4 EU-RatingVO; s dazu auch ErwGr 33 EU-RatingVO (Stammfassung); *Kumpan* in FS Hopt II (2010) 2166; *Cortez/Schön*, ZfK 2010, 227; *Haar*, ZBB 2010, 190; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Becker*, DB 2010, 944; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; *Amort*, EuR 2013, 281; *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; *Oppitz*, ÖZW 2011, 66; krit *Möllers*, JZ 2009, 865.

⁵⁰⁶⁸ Art 7 Abs 4 iVm Anh I Absch C Nr 8 Abs 1 lit a EU-RatingVO; Anh III Teil I P 38 *leg cit*.

⁵⁰⁶⁹ S die Legaldefinition in Art 3 Abs 1 lit e EU-RatingVO: „eine Person, die die Hauptverantwortung für die Erstellung eines Ratings oder die Kommunikation mit dem Emittenten im Zusammenhang mit einem bestimmten Rating hat oder allgemein im Zusammenhang mit Ratings von Finanzinstrumenten dieses Emittenten zuständig ist und gegebenenfalls für den Ratingausschuss Empfehlungen zu diesem Rating erstellt“.

⁵⁰⁷⁰ Art 7 Abs 4 iVm Anh I Absch C Nr 8 Abs 1 lit b EU-RatingVO; vgl Anh III Teil I P 39 *leg cit*.

⁵⁰⁷¹ Art 7 Abs 4 iVm Anh I Absch C Nr 8 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 40 *leg cit*; § 271a Abs 1 Z 4 HS 2 UGB.

⁵⁰⁷² S zur insoweit vergleichbaren Rechtslage bei der Abschlussprüfung *Ebke* in MünchKomm HGB³ (2013) § 323 Rz 26.

⁵⁰⁷³ ErwGr 23, 58 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl ErwGr 16 EU-RatingVO (Stammfassung); Art 4 Abs 3 lit g, Art 5 Abs 4 lit c, Art 23 EU-RatingVO; *GDV*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 7 f; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 660 f, 667; *Deipenbrock*, WM 2009, 1172; *Korth*, Driithaftung 26; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Thörle*, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 17; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 466 f; Gefahr der Erstickung von Innovationsanreizen; vgl ferner ErwGr 4 Delegierte VO Nr 447/2012 sowie ErwGr 27 EU-RatingVO-Novelle II; ebenso wie der Standpunkt der EU-RatingVO der Vorschlag von *Habersack*, ZHR 169 (2005) 194 f; vgl auch *Becker*, DB 2010, 942; vgl die insofern bestehende Parallele zwischen der EU-RatingVO und der Beaufsichtigung der Ratingagenturen nach dem Regime des *Credit Agencies Reform Act of 2006*: *Blaurock*, ZGR 2007, 617; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 659; zum Zugang der IOSCO s *Vasella*, Haftung 158.

sein.⁵⁰⁷⁴ Daher möchte der Gesetzgeber bloß die erforderlichen Rahmenbedingungen für sorgfältige Ratingtätigkeiten abstecken.⁵⁰⁷⁵

Das erklärt auch, warum sich die EU-RatingVO davor hütet, die „Unvertretbarkeit“ des Ratings, also den rein inhaltlichen Mangel desselben, (gesondert) zu sanktionieren.⁵⁰⁷⁶ Dementsprechend kann ein Ratingergebnis auch noch so „falsch“ erscheinen, liegt kein Verfahrensfehler iSd EU-RatingVO vor, kommt eine Haftung nach Art 35a *leg cit* nicht in Betracht.⁵⁰⁷⁷

b. Weitere Organisationsvorschriften

Ratingagenturen sind verpflichtet, eine ordnungsgemäße Buchhaltung sowie Selbstkontrollmechanismen einzurichten; dies soll dazu beitragen, dass die getroffenen Entscheidungen und die vorgegebenen Verfahren in der gesamten Ratingagentur eingehalten werden.⁵⁰⁷⁸ Eng damit verknüpft ist die Verpflichtung, die Zuständigkeiten innerhalb der Agentur klar abzugrenzen.⁵⁰⁷⁹

Ferner ist in jeder Ratingagentur eine interne Qualitätsprüfung zu etablieren,⁵⁰⁸⁰ die unabhängig und dem Aufsichtsorgan berichtspflichtig ist.⁵⁰⁸¹ Die Qualitätsprüfung soll auch die agenturspezifischen Bewertungsmethoden sowie -modelle samt den zugrunde liegenden (insb mathematischen) Annahmen kontrollieren. Dabei ist das Augenmerk auch auf die Änderung und Übertragbarkeit von Methoden auf neue Finanzprodukte zu lenken.⁵⁰⁸²

Ratingagenturen haben außerdem die organisatorischen Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass die Kontinuität ihrer Ratingergebnisse sichergestellt wird.⁵⁰⁸³ Außerdem muss die Ratingagentur dafür vorsorgen, dass die Anzahl ihrer Mitarbeiter und die finanziellen Mittel mit den von ihr zu erfüllenden Aufgaben übereinstimmt, insb

⁵⁰⁷⁴ Vgl insb *Schuler*, Verantwortlichkeit 87, 93, 151.

⁵⁰⁷⁵ Vgl *Lerch*, BKR 2010, 406; *Amort*, EuR 2013, 281: Festlegung von Mindeststandards.

⁵⁰⁷⁶ Vgl *Thönningsen*, ZBB 2011, 470: Die EU-RatingVO nehme nicht das „unzutreffende Rating“ als Anknüpfungspunkt für eine Haftung; vgl auch *Kleinow/Heinrich/Horsch*, ZfK 2013, 298, die feststellen, dass nach der EU-RatingVO für „fachlich schlechte (das heißt nicht den Tatsachen entsprechende) Ratings“ keine Haftung bestehe; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 660; zumindest verwirrend *Bauer*, BB 2013, 363, wonach der Inhalt des Ratings im Vordergrund der Regulierung stehe.

⁵⁰⁷⁷ Vgl *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2246; *Dutta*, WM 2013, 1733.

⁵⁰⁷⁸ Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 4 Abs 1 f EU-RatingVO; Anh III Teil I P 12 *leg cit*.

⁵⁰⁷⁹ Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 4 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 12 *leg cit*.

⁵⁰⁸⁰ S dazu *Amort*, EuR 2013, 281; *Zimmer* in FS Hopt II (2010) 2697; *Lerch*, BKR 2010, 405; *Tönningsen*, ZBB/JBB 2011, 465; vgl dazu bereits den Vorschlag von *Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, ÖBA 2010, 269; ferner zur amerikanischen Rechtslage *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 13.

⁵⁰⁸¹ Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 9 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 17 lit b und c *leg cit*.

⁵⁰⁸² Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 9 Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 17 lit a *leg cit*; *Oppitz*, ÖZW 2011, 65 f; vgl auch *Deipenbrock*, WM 2009, 1170; *Becker*, DB 2010, 943; Art 1.7-2 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵⁰⁸³ Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 8 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 16 *leg cit*.

hinsichtlich der ordnungsgemäßen Abgabe, Aktualisierung sowie Überprüfung von Ratings.⁵⁰⁸⁴

Diese Qualitätsanforderungen an die interne Organisation der Ratingagentur hat diese laufend zu überwachen. Nötigenfalls sind Mängel mit den erforderlichen Maßnahmen zu beheben.⁵⁰⁸⁵

c. Ratingverfahrensqualität

1) Für die Qualität eines Ratings sind die Informationen, die diesem zugrunde liegen, von fundamentaler Bedeutung. Daher verlangt die EU-RatingVO von den Ratingagenturen, dass diese solche Informationen verwenden, die aus zuverlässiger Quelle stammen und die von „ausreichender Qualität“ sind.⁵⁰⁸⁶ Den Agenturen wird diesbezüglich eine Kontrollpflicht auferlegt. Erwägungsgrund 35 EU-RatingVO (Stammfassung) zählt dafür demonstrativ folgende Maßnahmen auf: die Prüfung der verwendeten Informationen durch einen seriösen Drittdienstleister (insb durch einen unabhängigen Abschlussprüfer), eine stichprobenartige Kontrolle der Informationen durch die Agentur selbst sowie die Vereinbarung präventiv wirkender Vertragsbestimmungen⁵⁰⁸⁷, die bei Fehlinformation durch den Emittenten oder einen mit diesem verbundenen Dritten die Haftung derselben hierfür gegenüber der Agentur vorsehen.

Ist es zweifelhaft, ob die zur Verfügung stehenden Informationen ausreichen, um ein verlässliches Rating abgeben zu können, ist es der Ratingagentur verboten, ein Rating (insb ein strukturiertes Finanzprodukt betreffend) „ins Blaue hinein“ abzugeben, bzw trifft sie die Verpflichtung, das bereits abgegebene Rating zurückzuziehen.⁵⁰⁸⁸

Im Rahmen des Ratingverfahrens sind sodann alle der Ratingagentur vorliegenden Informationen, die nach der verwendeten Ratingmethode Bewertungsrelevanz besitzen, einer gründlichen Analyse zu unterziehen.⁵⁰⁸⁹ Damit soll die Fundiertheit der Ratings

⁵⁰⁸⁴ ErwGr 31 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl Art 1.9 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 1.4. *Statement of Principles*.

⁵⁰⁸⁵ Art 6 iVm Anh I Absch A Nr 9 Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 18 *leg cit*.

⁵⁰⁸⁶ Art 8 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 42 *leg cit* (im Anh wird zwar dieser Teil des Art 8 Abs 2 EU-RatingVO nicht ausdr sanktioniert; dies dürfte aber auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sein, weil nach Ansicht der Europäischen Kommission gerade dann eine Haftung der Ratingagentur in Frage kommen soll, wenn sie unseriöse Informationen für das Rating verwendet [s oben bei FN 4973]); Möllers, JZ 2009, 866; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Becker, DB 2010, 944; Lerch, BKR 2010, 404; Korth, Dritthaftung 25; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; ähnl Art 1.7 *Code of Conduct Fundamentals*; vgl auch 15 U.S.C. 78u-4(b)(2)(B)(ii) und dazu Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 20; vgl ferner Karner, ÖBA 2010, 591; krit zu Art 8 Abs 2 EU-RatingVO Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 467.

⁵⁰⁸⁷ S dazu auch Schuler, Verantwortlichkeit 187.

⁵⁰⁸⁸ ErwGr 34 EU-RatingVO (Stammfassung); Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 4 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 51 *leg cit*; Möllers, JZ 2009, 868; Haar, ZBB 2010, 188; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; ähnl Art 1.7-3 *Code of Conduct Fundamentals*; vgl auch Art 1.7 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵⁰⁸⁹ Art 8 Abs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 42 *leg cit*; Becker, DB 2010, 944; ähnl Art 1.1, 1.4 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 1.1., 1.4. *Statement of Principles*; s dazu Karner, ÖBA 2010, 591; Wagner in FS Blaurock (2013) 472, 490; Baurock, ZGR 2007, 645; vgl auch Haar, ZBB 2009, 181.

sichergestellt werden und eine Begründung derselben ermöglicht werden.⁵⁰⁹⁰ Zumindest wird es erforderlich sein, wesentliche veröffentlichte Informationen über das Bewertungsobjekt zu berücksichtigen, wie etwa geprüfte Jahresabschlüsse des Emittenten.⁵⁰⁹¹ Bei Länderratings ist außerdem sicherzustellen, dass auf die „Eigenheiten des betreffenden Mitgliedstaates“ hinreichend Bedacht genommen wird,⁵⁰⁹² insb auf die Politik des bewerteten Staates.⁵⁰⁹³ Damit soll Bonitätsherabstufungen ganzer Ländergruppen entgegen gewirkt werden.⁵⁰⁹⁴

Haftungsrelevant kann mE auch die Pflicht der Ratingagentur sein, das bewertete Unternehmen spätestens einen vollen Arbeitstag vor der Publikation des Ratings innerhalb seiner Geschäftszeiten von der Bonitätseinschätzung sowie den maßgebenden Gründen hierfür zu unterrichten (*fair presentation*).⁵⁰⁹⁵ Denn dieser Verhaltensstandard wurde dem Wortlaut der EU-RatingVO nach auch deswegen eingeführt, um dem bewerteten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, die Ratingagentur auf „sachliche Fehler“ hinzuweisen.⁵⁰⁹⁶ Das Unternehmen kann also auf diesem Wege der Ratingagentur zusätzliche bewertungserhebliche Informationen zukommen lassen sowie etwaige Falschinformationen, die der Bewertung zugrunde liegen, aufdecken.⁵⁰⁹⁷

2) Für das weitere Ratingverfahren trifft die Ratingagentur die Pflicht zur Anwendung strenger, systematischer sowie beständiger Methoden, die „einer Validierung unterliegen“ und „die auf [geeigneten] historischen Erfahrungswerten, insbesondere Rückvergleichen“ (*Backtesting*⁵⁰⁹⁸) beruhen.⁵⁰⁹⁹ Diese relativ unbestimmten Anforderungen wurden durch eine delegierte Verordnung der Europäischen Kommission (Nr 447/2012)⁵¹⁰⁰ auf Grundlage von Art 21 Abs 4 EU-RatingVO präzisiert. Die Delegierte VO Nr 447/2012 dient zwar in erster Linie dazu, einen einheitlichen Maßstab für die Methodenkontrolle im

⁵⁰⁹⁰ ErwGr 24 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl Möschel, ZRP 2009, 132.

⁵⁰⁹¹ Vgl ErwGr 35 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl auch noch oben bei FN 3024.

⁵⁰⁹² Art 8a Abs 1 Satz 1 EU-RatingVO; Witte/Henke, DB 2013, 2258.

⁵⁰⁹³ ErwGr 45 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵⁰⁹⁴ Bauer, BB 2013, 363.

⁵⁰⁹⁵ Art 10 Abs 2 iVm Anh I Absch D Teil I Nr 3 EU-RatingVO; Anh III Teil III P 7 *leg cit*; s dazu GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 7; vgl auch Art 3.7 *Code of Conduct Fundamentals*; dazu Deipenbrock, BB 2005, 2087; Habersack, ZHR 169 (2005) 197 FN 69; Baurock, ZGR 2007, 645.

⁵⁰⁹⁶ Anh I Absch D Teil I Nr 3 EU-RatingVO; idS auch GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 7; vgl auch Art 3.7 *Code of Conduct Fundamentals*; Deipenbrock, BB 2005, 2087.

⁵⁰⁹⁷ Vasella, Haftung 158; vgl auch ErwGr 41 EU-RatingVO-Novelle II; Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 87.

⁵⁰⁹⁸ ErwGr 23 EU-RatingVO (Stammfassung).

⁵⁰⁹⁹ Art 8 Abs 3 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 43 *leg cit*; ähnl Art 1.2 *Code of Conduct Fundamentals*; vgl auch Art 1.3 *Code of Conduct Fundamentals* sowie Art 1.1. *Statement of Principles*; s dazu auch Gass, Schadenersatzansprüche 106 f; Wagner in FS Blaurock (2013) 472; Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 414; Haar, ZBB 2009, 181; dies, ZBB 2010, 187 f, 192; Vasella, Haftung 158.

⁵¹⁰⁰ Delegierte VO (EU) Nr 447/2012 der Kommission vom 21. März 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen durch Festlegung technischer Regulierungsstandards für die Bewertung der Normgerechtigkeit der Ratingmethoden, ABl L 2012/140, 14.

Rahmen der Registrierung und Beaufsichtigung durch die ESMA zu etablieren,⁵¹⁰¹ kann mE aber auch für die Frage fruchtbar gemacht werden, wie die jeweiligen Verordnungsbegriffe für Zwecke der Beurteilung eines allfälligen Sorgfaltsverstosses auszulegen sind. Denn die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO dient der Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen (*private enforcement*).⁵¹⁰²

Demnach zeichnet sich eine strenge Methode zunächst durch eine „selbstkritische“ Ausgestaltung aus, dh sie hat Kontrollmechanismen und andere Verfahren zu beinhalten, die eine Überprüfung und nötigenfalls Anpassung der Methode möglich machen.⁵¹⁰³ Wie bereits erwähnt, muss die Ratingmethode alle bonitätsrelevanten Faktoren⁵¹⁰⁴ berücksichtigen, wobei die Relevanz durch Statistiken, historische Erfahrungswerte oder andere Nachweise belegt sein soll.⁵¹⁰⁵ Damit verbunden ist die Anforderung, dass die Methode alle relevanten, zuverlässigen und qualitätsbezogenen Modelle, Ratingannahmen sowie -kriterien einzubeziehen hat.⁵¹⁰⁶ Schließlich ist ein Vergleich dergestalt vorzunehmen, dass auf die im Modell abgebildete Beziehung zwischen Bewertungsobjekten mit denselben (methodenrelevanten) Risikofaktoren Rücksicht genommen wird.⁵¹⁰⁷

Eine systematische Ratingmethode wird dahingehend umschrieben, dass sie einschließlich ihrer Modelle, Annahmen und Kriterien systematisch bei allen Ratings einer bestimmten Anlageklasse oder einem bestimmten Marktsegment angewendet wird. Anderes gilt nur dann, wenn ein sachlicher Grund für eine abweichende Behandlung besteht.⁵¹⁰⁸

Ratingmethoden sind beständig, wenn sie so beschaffen sind, dass sie dauerhaft und nicht bloß im Einzelfall verwendet werden können.⁵¹⁰⁹ Das schließt es selbstverständlich nicht aus, bei Vorliegen eines sachlichen Grunds eine Methodenänderung vorzunehmen. Es besteht sogar die Pflicht, die Methode ausreichend flexibel auszugestalten: Namentlich muss sie es zulassen, dass die im Zuge einer internen Überprüfung gewonnenen Erkenntnisse unverzüglich in den Bewertungsprozess einfließen können.⁵¹¹⁰ Dabei soll vor allem auf geänderte gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen auf den Anlegermärkten

⁵¹⁰¹ ErwGr 2 f, Art 1 f Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹⁰² S oben bei FN 4629.

⁵¹⁰³ Art 4 Abs 1 lit a Delegierte VO Nr 447/2012; vgl Art 1.7-3 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵¹⁰⁴ Welche Faktoren bonitätsrelevant sein sollen, erläutert die EU-RatingVO grundsätzlich nicht, weil dies einem vom Gesetzgeber unerwünschten Methodeneingriff gleichkäme (vgl oben bei FN 5073). Immerhin finden sich aber Anhaltspunkte in Anh I Absch D Teil III Nr 2 lit a, wonach für Länderratings offenbar folgende Daten berücksichtigungswürdig sind: das Pro-Kopf-Einkommen, das BIP-Wachstum, die Inflation, der Haushaltssaldo, die Außenbilanz, die Auslandsschulden sowie die wirtschaftliche Entwicklung.

⁵¹⁰⁵ Art 4 Abs 1 lit b Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹⁰⁶ Art 4 Abs 1 lit d Delegierte VO Nr 447/2012; vgl oben bei FN 5089.

⁵¹⁰⁷ Art 4 Abs 1 lit c Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹⁰⁸ Art 5 Abs 1 Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹⁰⁹ Vgl Art 6 Abs 1 lit a Delegierte VO Nr 447/2012; vgl auch Art 8 Abs 1 lit b *leg cit* sowie Art 1.8 *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵¹¹⁰ Art 6 Abs 1 lit b, Art 4 Abs 4 Delegierte VO Nr 447/2012; vgl auch Art 8 Abs 1 lit c *leg cit*.

Rücksicht genommen werden.⁵¹¹¹ Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Verpflichtung der Agenturen, ihre Methoden, Modelle und Ratingannahmen auf dem neuesten Stand zu halten.⁵¹¹²

Beabsichtigt die Ratingagentur eine wesentliche Änderung ihrer Methode(n), hat sie hierfür Stellungnahmen von Fachkreisen einzuholen,⁵¹¹³ um wertvolles Feedback für die Methodenfestlegung zu gewinnen.⁵¹¹⁴ Ist die Methodenänderung beschlossen, muss sie unverzüglich (vgl § 121 BGB) bekanntgeben, wie viele ihrer Ratings davon betroffen sein könnten.⁵¹¹⁵ Sodann hat sie die ESMA zu informieren und die Ergebnisse der eingeholten Stellungnahmen sowie Details über die Methodenänderung zu veröffentlichen.⁵¹¹⁶ Und schließlich hat sie die betroffenen Ratings spätestens innerhalb von sechs Monaten zu überprüfen bzw beobachten und muss – wenn nötig – eine neue Bonitätsbewertung durchführen.⁵¹¹⁷ Entsprechendes gilt, wenn Fehler in der Konzeption oder Anwendung der Ratingmethoden aufgedeckt wurden: Auch hier sind die ESMA, die Öffentlichkeit sowie das bewertete Unternehmen zu unterrichten,⁵¹¹⁸ die Fehler zu berichtigen und nötigenfalls eine Neubewertung vorzunehmen.⁵¹¹⁹ Vom Qualitätsmerkmal der Beständigkeit auch umfasst ist das Erfordernis, eine Methode so zu gestalten, dass Ratings unterschiedlicher Anlageklassen miteinander verglichen werden können.⁵¹²⁰

Hinsichtlich der Überprüfung der Zuverlässigkeit der Ratingmethode wird den Ratingagenturen Folgendes vorgeschrieben:⁵¹²¹ „Validierung“ bedeutet aus Sicht der Ratingagentur eine regelmäßige⁵¹²² (Eigen-)Bewertung historischer Ratings.⁵¹²³ Zu überprüfen ist die historische Aussagekraft und Prognosefähigkeit der Ratings verschiedener Anlageklassen⁵¹²⁴ auf Basis quantitativer Nachweise.⁵¹²⁵ Konkret hat die Ratingagentur zu erforschen, in welchem Ausmaß die im Ratingmodell verwendeten

⁵¹¹¹ Vgl Art 6 Abs 1 lit b Delegierte VO Nr 447/2012; vgl ErwGr 37 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl Art 8 Abs 5 Satz 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 47 *leg cit*; Becker, DB 2010, 944; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16.

⁵¹¹² ErwGr 34 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl dazu Darbellay/Partnoy, Credit Rating Agencies 4; vgl ferner oben bei FN 5103.

⁵¹¹³ Art 8 Abs 5a EU-RatingVO.

⁵¹¹⁴ ErwGr 27 EU-RatingVO-Novelle II; s zum Ganzen Blaurock, EuZW 2013, 610; Witte/Henke, DB 2013, 2259; Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 300; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; GDV, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag EU-RatingVO-Novelle II 6 f; vgl auch Becker, DB 2010, 944.

⁵¹¹⁵ Art 8 Abs 6 lit a EU-RatingVO; Anh III Teil III P 4 *leg cit*; vgl auch Art 3.10 *Code of Conduct Fundamentals*; Oppitz, ÖZW 2011, 66.

⁵¹¹⁶ Art 8 Abs 6 lit aa, ab EU-RatingVO; Anh III Teil III P 4a *leg cit*.

⁵¹¹⁷ Art 8 Abs 6 lit b und c EU-RatingVO; Anh III Teil I P 48 f *leg cit*; vgl Thiele, ZG 2010, 148.

⁵¹¹⁸ Art 8 Abs 7 lit a, b, d iVm Abs 6 lit a EU-RatingVO; Anh III Teil II P 3c, Teil III P 4b, P 4c *leg cit*.

⁵¹¹⁹ Art 8 Abs 7 lit c, d iVm Abs 6 lit b, c EU-RatingVO; Anh III Teil I P 49a EU-RatingVO; Witte/Henke, DB 2013, 2259; vgl Thönningsen, ZBB 2011, 467.

⁵¹²⁰ Art 6 Abs 1 lit c Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²¹ Zur Möglichkeit der Freistellung bei mangelnden quantitativen Nachweisen s Art 8 Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²² Vgl Art 7 Abs 5 lit a Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²³ Vgl Art 7 Abs 3 lit b Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²⁴ Vgl Art 7 Abs 2 lit a Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²⁵ Vgl Art 7 Abs 1 Delegierte VO Nr 447/2012.

Annahmen von den tatsächlichen Ausfall- und Verlustquoten abweichen.⁵¹²⁶ Für die Validierung sind zuverlässige Inputs zu verwerten, insb muss die Menge der überprüften Datenstichproben⁵¹²⁷ und der angesetzte Beurteilungszeitraum⁵¹²⁸ angemessen sein. Darüber hinaus wird den Ratingagenturen vorgeschrieben, für jede Ratingkategorie die wichtigsten geographischen Gebiete zu berücksichtigen, in denen die Bewertungsobjekte ansässig sind.⁵¹²⁹

Zu kontrollieren ist von der Ratingagentur auch, inwieweit sich Änderungen qualitativer und quantitativer Bewertungsfaktoren sowie anderer Ratingannahmen auf die Ratingmethode auswirken.⁵¹³⁰ Schließlich werden die Ratingagenturen zu *In-Sample*- und *Out-of-Sample*-Tests verpflichtet.⁵¹³¹ Da die Überprüfung der Zuverlässigkeit der Ratingmethoden kein Selbstzweck ist, haben die Ratingagenturen sicherzustellen, dass die dadurch gewonnenen Erkenntnisse bei der Perfektionierung ihrer Ratingmethoden verwertet werden.⁵¹³²

3) Besonders hervorgehoben wird vom europäischen Gesetzgeber die Pflicht der Ratingagentur, bei ihrer Methodenkonzeption auf allfällige Finanzrisiken, die mit Umweltrisiken verbunden sind, Rücksicht zu nehmen.⁵¹³³ Darüber hinaus wird den Ratingagenturen vorgeschrieben, im Bewertungsprozess nur solche Mitarbeiter einzubinden, die über angemessene Kenntnisse und Erfahrung verfügen.⁵¹³⁴

4) Was die erforderliche Aktualität von Ratings betrifft, so sind Ratingagenturen verpflichtet, ihre Bonitätsnoten ständig zu überprüfen⁵¹³⁵ und laufend zu aktualisieren⁵¹³⁶, grundsätzlich jedoch mindestens einmal pro Jahr.⁵¹³⁷ Länderratings sind seit der EU-RatingVO-Novelle II sogar mindestens alle sechs Monate zu überprüfen.⁵¹³⁸

⁵¹²⁶ Vgl Art 7 Abs 2 lit b Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²⁷ Art 7 Abs 3 lit c Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²⁸ Vgl Art 7 Abs 2 lit a Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹²⁹ Art 7 Abs 3 lit d Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹³⁰ Art 7 Abs 3 lit a Delegierte VO Nr 447/2012.

⁵¹³¹ Art 7 Abs 5 lit b Delegierte VO Nr 447/2012; dazu näher etwa Steinbrügge, Fremdfinanzierung 116 f.

⁵¹³² Vgl Art 7 Abs 4 Delegierte VO Nr 447/2012 sowie Art 22a Abs 2 EU-RatingVO.

⁵¹³³ ErwGr 27 EU-RatingVO-Novelle II.

⁵¹³⁴ Art 7 Abs 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 27 *leg cit*; Möllers, JZ 2009, 865; Deipenbrock, WM 2009, 1171; Haar, ZBB 2010, 188, 192; Becker, DB 2010, 943; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; vgl ErwGr 31 EU-RatingVO (Stammfassung); ähnl Art 1.4, Art 1.7, Art 1.9-1 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 1.5. *Statement of Principles*; s dazu Baurock, ZGR 2007, 646; Haar, ZBB 2009, 181; dies, ZBB 2010, 187; vgl bereits den Vorschlag von Mitteregger/Stubenböck/Wieser, ÖBA 2010, 269; zur amerikanischen Rechtslage *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 14.

⁵¹³⁵ ErwGr 23 EU-RatingVO (Stammfassung); vgl Art 1.9 lit a *Code of Conduct Fundamentals*.

⁵¹³⁶ S bereits oben bei FN 5119; vgl dazu auch Art 1.9 *Code of Conduct Fundamentals*, Art 1.2. *Statement of Principles*; Deipenbrock, BB 2005, 2086; dies, WM 2009, 1171; Korth, Dritthaftung 25 f, 94 mit FN 287; Thiele, ZG 2010, 148; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 466; Graf, JBI 2012, 213 f; Habersack, ZHR 169 (2005) 193; Baurock, ZGR 2007, 645; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 660.

⁵¹³⁷ Art 8 Abs 5 UnterAbs 1 Satz 1 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 46 *leg cit*; Becker, DB 2010, 944; Thönningsen, ZBB 2011, 467; Thörle, Bucerius Law Journal 2011, Heft 1, 16; vgl Gomille, GPR 2011, 190; vgl bereits Oehler/Voit, ÖBA 1999, 971.

⁵¹³⁸ Art 8 Abs 5 UnterAbs 2 EU-RatingVO; Anh III Teil I P 47 *leg cit*; Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 87; Witte/Henke, DB 2013, 2258; Bauer, BB 2013, 363.

4. Grob schuldhafte Pflichtverletzung

ME gibt es bestimmte Verstöße gegen die EU-RatingVO, die für sich genommen bereits das für die Haftung nach Art 35a *leg cit* erforderliche (S 513 ff) grob fahrlässige Verhalten der Ratingagentur indizieren können. Denn solche Pflichtverletzungen wären einer sorgfältigen Ratingagentur nach dem anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab (§ 1299 ABGB⁵¹³⁹) wohl nicht unterlaufen.⁵¹⁴⁰ Dies gilt etwa für erhebliche Nachlässigkeiten hinsichtlich der Organisationsanforderungen für Ratingagenturen, insb für das völlige Unterlassen der Einrichtung eines Aufsichtsrats⁵¹⁴¹, eines *Compliance*-Beauftragten⁵¹⁴² oder einer internen Qualitätsprüfung⁵¹⁴³. Ferner sind (weitere) Unabhängigkeitsbestimmungen auszumachen, die so grundlegend sind, dass deren Missachtung „auffallend sorglos“ erscheint (vgl § 1324 ABGB); so etwa das Bewertungsverbot für den Fall, dass die Ratingagentur Anteile am bewerteten Unternehmen hält⁵¹⁴⁴ oder dieses an der Ratingagentur im relevanten Ausmaß beteiligt ist⁵¹⁴⁵ oder das Verbot, Beratungsdienstleistungen hinsichtlich der Vertragsgestaltung eines strukturierten Finanzinstruments für das geratete Unternehmen zu erbringen⁵¹⁴⁶. Auch eklatante Unzulänglichkeiten bei der Methodenkonzeption, wie etwa ein gänzlicher „Verzicht“ auf die notwendige Validierung der Ratingmethode⁵¹⁴⁷, legen grob fahrlässiges Verhalten nahe.

Bei all diesen Verstößen besteht für die beklagte Ratingagentur mE ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis. Sie muss Umstände darlegen und beweisen können, warum ihr Verhalten dennoch nicht als grob schuldhaft zu beurteilen ist (zur Beweislast s auch oben S 535 ff). Bei anderen Pflichtverletzungen muss hingegen ausschließlich eine Einzelfallbetrachtung erfolgen.

⁵¹³⁹ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee. „aus Versehen“ – die objektive Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur“ sowie bei FN 4739.

⁵¹⁴⁰ Vgl oben nach FN 4737.

⁵¹⁴¹ Oben bei FN 5001.

⁵¹⁴² Oben bei FN 5009.

⁵¹⁴³ Oben bei FN 5081.

⁵¹⁴⁴ Oben bei FN 5016.

⁵¹⁴⁵ Oben bei FN 5024.

⁵¹⁴⁶ Oben bei FN 5033.

⁵¹⁴⁷ Oben bei FN 5099.

C. Zeitlicher Geltungsbereich des Art 35a EU-RatingVO

Die Stammfassung der EU-RatingVO trat am 7.12.2009 vollends in Kraft.⁵¹⁴⁸ Die erste Novellierung erfolgte durch die EU-RatingVO-Novelle I mit Wirkung vom 1.6.2011.⁵¹⁴⁹ Die explizite Haftungsbestimmung sowie die restlichen Vorschriften der EU-RatingVO-Novelle II traten am 20.6.2013 in Kraft.⁵¹⁵⁰

D. Rechtspolitische Würdigung

ME ist es sehr erfreulich, dass der europäische Gesetzgeber die Haftung von Ratingagenturen ausdrücklich geregelt und damit einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit⁵¹⁵¹ für die Geschädigten ebenso wie für die Ratingagenturen geleistet hat. Die dadurch bewirkte Rechtsklarheit wird aber durch die komplexe Struktur der EU-RatingVO (und damit auch des Art 35a *leg cit*) gemindert („Papiertiger“⁵¹⁵²).⁵¹⁵³ Nicht selten muss der Rechtsanwender, um eine haftungsrelevante Pflicht der Ratingagentur auszumachen, den Blick von Art 35a EU-RatingVO auf den Anhang III der EU-RatingVO lenken, von diesem weiter auf Anhang I und dann wieder auf den Verordnungstext zurück. Der Begriff „tückischer Verweis“ bekommt dadurch eine neue Dimension.⁵¹⁵⁴

Gewiss ist das Thema eine legistische Herausforderung und die gewählte Lösung hat ökonomische Gründe auf ihrer Seite. Diese erschien wohl besonders verführerisch, weil der Haftungsartikel erst nachträglich in die EU-RatingVO eingefügt wurde. ME wäre aber der Rechtssicherheit besser gedient gewesen, hätte der europäische Gesetzgeber jene Pflichten, die seiner Ansicht nach in der Praxis tatsächlich zur Verantwortlichkeit der Ratingagenturen führen sollen, in Art 35a EU-RatingVO (zumindest⁵¹⁵⁵ demonstrativ) aufgelistet.⁵¹⁵⁶

⁵¹⁴⁸ Art 41 EU-RatingVO; Weber, NJW 2010, 275; Cortez/Schön, ZfK 2010, 227; Tönningsen, ZBB/JBB 2011, 465; Bauer, BB 2013, 363 FN 2.

⁵¹⁴⁹ Art 2 EU-RatingVO-Novelle I; Däubler, WM 2011, 1830.

⁵¹⁵⁰ Art 2 EU-RatingVO-Novelle II; Witte/Henke, DB 2013, 2257; Haar, DB 2013, 2489; Wojcik, NJW 2013, 2385.

⁵¹⁵¹ Klare rechtliche Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit hatten etwa Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 416, gefordert.

⁵¹⁵² Vgl. Zimmer in FS Hopt II (2010) 2701.

⁵¹⁵³ Vgl. Dutta, WM 2013, 1736, nach dem der Haftungstatbestand nicht gerade durch Klarheit glänze; ferner Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 340; zur Komplexität der EU-RatingVO bereits in ihrer Stammfassung s. Deipenbrock, WM 2009, 1173.

⁵¹⁵⁴ Allg. zur Verweisproblematik bei der Auslegung von Rechtsnormen F. Bydlinski, Methodenlehre², 458 f.

⁵¹⁵⁵ Wagner in FS Blaurock (2013) 494, spricht sich auch für einen Entfall des Verweises auf Anh III der EU-RatingVO aus. Er will demgegenüber für Zwecke der Haftung an ein „objektiv fehlerhaftes Rating“ anknüpfen, ohne zu präzisieren, was er sich darunter vorstellt. Die Normierung eines „objektiv fehlerhaften Ratings“ als Haftungsvoraussetzung wäre mE aber der Rechtssicherheit abträglich und ist daher abzulehnen.

⁵¹⁵⁶ Vgl. Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 299, wonach zunächst offen bleibe, welche konkreten Sachverhalte als haftungsrelevante Tatbestände einzustufen seien.

ME ist es grundsätzlich sachgerecht, wenn man wie Art 35a EU-RatingVO⁵¹⁵⁷ auf den Einfluss des Pflichtverstoßes auf das Ratingergebnis abstellt. Allerdings ist mE *de lege ferenda* ausnahmsweise eine Haftung der Ratingagenturen auch dann zu befürworten, wenn die Investoren durch Verletzung von Kennzeichnungspflichten (die keinen Einfluss auf das Ratingergebnis haben⁵¹⁵⁸) in die Irre geführt werden. Denn die irrtümliche Gleichsetzung von Ratings von Anleihen mit solchen strukturierter Finanzinstrumente seitens der Anleger dürfte wesentlich zur Finanzkrise beigetragen haben.

Die Erweiterung der Anspruchsberechtigung nach Art 35a EU-RatingVO auf geschädigte Emittenten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens verdient mE angesichts aktueller Entwicklungen absolute Zustimmung.⁵¹⁵⁹ Diese zeigen, dass Emittenten der „Gefahrenquelle Rating“ ebenso wie Anleger ausgesetzt sind.⁵¹⁶⁰

Die Beschränkung der Haftung gem Art 35a EU-RatingVO auf grobe Fahrlässigkeit ist mE teils zu befürworten, teils abzulehnen: Zustimmung verdient der dahinter stehende Grundgedanke: „Haftung von Ratingagenturen? – Ja, aber nicht um jeden Preis“.⁵¹⁶¹ Bei einer unbeschränkten (Dritt-)Haftung der Ratingagenturen auch für leichte Fahrlässigkeit wäre ihr Haftungsrisiko unzumutbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die EU-RatingVO ziemlich komplex ist und die darin normierten Pflichten daher eine erhebliche Herausforderung für die Ratingagenturen darstellen dürften. Ferner ist die Gefahr eines *defensive ratings* bei einer überstrengen Dritthaftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern zu bedenken.⁵¹⁶² Die EU-RatingVO ist hier mit ihrer Haftungsschwelle beachtenswerter Weise der Gefahr widerstanden, nach exorbitanten Schadensfällen eine überschießende *Ad-hoc*-Regulierung mit Strafcharakter einzuführen.

Auf der anderen Seite ist mE aber fraglich, ob der Geschädigte in der Praxis die ihn grundsätzlich treffende Beweislast im Hinblick auf das Vorliegen eines grob fahrlässigen Fehlratings erfüllen kann.⁵¹⁶³ Damit ist zugleich zweifelhaft, ob die Verantwortlichkeit nach Art 35a EU-RatingVO die für die erwünschte Verhaltenssteuerung von Ratingagenturen⁵¹⁶⁴ notwendige Effektivität⁵¹⁶⁵ aufweist.⁵¹⁶⁶ Daher wäre es

⁵¹⁵⁷ S oben unter „Teil 2.II.A.4.c. („Doppelte“) Kausalität der Pflichtverletzung“.

⁵¹⁵⁸ Zur Problematik s bereits oben bei FN 4787.

⁵¹⁵⁹ S auch die damit zusammenhängende Kritik am Kommissionsvorschlag bei Göres in *Habersack/Mülbart/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 83.

⁵¹⁶⁰ Vgl oben unter „Teil 1.II.A. Einleitung“.

⁵¹⁶¹ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“; wie hier *Wagner* in FS Blaurock (2013) 488.

⁵¹⁶² S dazu schon oben bei FN 467; ferner *Wagner* in FS Blaurock (2013) 488, 496; *Berger/Ryborz*, WM 2014, 2248.

⁵¹⁶³ Zu den Vorschlägen, diesen Beweisnotstand des Geschädigten abzumildern, s oben bei FN 4903 sowie unter „Teil 2.II.B.4. Grob schuldhafte Pflichtverletzung“.

⁵¹⁶⁴ Zu diesem Regelungsziel oben bei FN 4593, 4628.

⁵¹⁶⁵ *Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies 18.

⁵¹⁶⁶ Vgl *Haar*, DB 2013, 2494 f.

mE vorzugswürdig gewesen, eine Haftung bereits bei leichter Fahrlässigkeit eintreten zu lassen, diese jedoch betraglich zu beschränken (vgl § 14 Z 6 KMG, § 275 Abs 2 UGB, § 220b Abs 3 AktG, Art 36a EU-RatingVO). Dies entspricht einem deutschen Vorschlag⁵¹⁶⁷ und der oben vertretenen Lösung zum österreichischen Recht (S 363 ff). Aus rechtspolitischer Sicht sind mE allerdings für die in Frage stehenden Haftungssachverhalte höhere Haftsummen als die in § 275 Abs 2 UGB vorgesehenen angemessen (zB Haftung bis zu € 50 Mio pro Rating).

ME würde sich für die anwendbare Haftungsgrenze eine Orientierung an den Gebühren empfehlen, die durch das schädigende Rating von der beklagten Ratingagentur vereinnahmt wurden. Damit erreichte man die mE begrüßenswerte Gleichläufigkeit von Haftung und Entgelt (vgl § 1300 Satz 1 ABGB).⁵¹⁶⁸ Für den Geschädigten könnte es freilich schwierig sein, die vereinnahmten Gebühren zu eruieren. Jedoch sind die der EU-RatingVO unterliegenden Ratingagenturen gem Art 11 Abs 3 iVm Anh I Absch E Teil II Nr 2 *lit a* EU-RatingVO verpflichtet, gegenüber der ESMA eine Liste jener Gebühren offenzulegen, die den einzelnen Kunden für individuelle Ratings verrechnet wurden. Man könnte daher *de lege ferenda* dem Geschädigten Zugang zu diesen Gebühreninformationen gewähren oder die ESMA die anwendbare Haftungsgrenze für den Geschädigten ermitteln lassen.

Die Regelung des Verhältnisses zwischen EU-RatingVO und nationalem Haftungsrecht ist mE grundsätzlich gelungen.⁵¹⁶⁹ Zu befürworten ist mE die kumulative Anwendung nationalen Haftungsrechts und vor allem die Klarstellung in Art 35a Abs 5 EU-RatingVO, die im Novellierungsvorschlag der Europäischen Kommission noch nicht enthalten war.⁵¹⁷⁰ Zwar könnte man aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung⁵¹⁷¹, die mit EU-Verordnungen üblicherweise angestrebt wird, für eine insofern verdrängende Wirkung des Art 35a EU-RatingVO eintreten. Zusätzlich anwendbare, aber

⁵¹⁶⁷ Wagner in FS Blaurock (2013) 491 ff; zust *Kontogeorgou*, DStR 2014, 1397 (unter P 3.5.3); *Blaurock*, EuZW 2013, 611; vgl auch schon *dens*, ZGR 2007, 652; krit Tendenz gegen das Alles-oder-Nichts-Prinzip der EU-RatingVO auch bei *Haar*, DB 2013, 2495.

⁵¹⁶⁸ Wie hier Wagner in FS Blaurock (2013) 493 f, 496; vgl zur Gleichläufigkeit von Haftung und Entgelt *Haar*, DB 2013, 2495 und *Kumpin* in FS Hopt II (2010) 2167 sowie *Amort*, EuR 2013, 283 f, die eine Gewinnabschöpfung vorschlagen; bei der Prospekthaftung *Nowak*, Prospekthaftung 76; ferner *Vasella*, Haftung 334: Gleichlauf von Nutzen und (Haftungs-)Risiko.

⁵¹⁶⁹ Abw *Wojcik*, NJW 2013, 2389.

⁵¹⁷⁰ S oben in FN 4574; s lediglich ErwGr 27 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747. Freilich sollte auch nach Ansicht der Europäischen Kommission, die in der Folgenabschätzung zur EU-RatingVO-Novelle II deutlich zu Tage tritt, insofern eine Anspruchskonkurrenz bestehen: In dieser Folgenabschätzung wird zunächst „Increase [!] civil liability of CRAs“ als Ziel angegeben (*European Commission*, Impact Assessment SEC[2011] 1354 P 5. [S 23]). Danach wird die Möglichkeit einer umfassenden Vereinheitlichung der Haftung von Ratingagenturen der Option gegenübergestellt, gewisse Haftungsprinzipien auf EU-Ebene festzulegen, es iÜ jedoch bei der Anwendung nationalen Haftungsrechts zu belassen (*European Commission*, Impact Assessment SEC[2011] 1354, 45 ff [P 6.4.], 150 [Annex VII]). Die Kommission entschied sich ausdr für die letztere Handlungsalternative (*European Commission*, Impact Assessment SEC[2011] 1354, 47 f [P 6.4.], 156 [Annex VII]), was auch dem Interesse bestimmter *stakeholder* entsprach, die zu den Optionen Stellungnahmen abgegeben hatten (*European Commission*, Impact Assessment SEC[2011] 1354, 79 [P 4. des Annexes II {Stakeholder Consultation}]).

⁵¹⁷¹ Vgl *European Commission*, Impact Assessment SEC(2011) 1354 P 4.4. (S 19), P 4.6. (S 21), P 6.4. (S 46).

unterschiedliche Haftungsbestimmungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat könnten außerdem zu Wettbewerbsverzerrungen führen.⁵¹⁷²

Jedoch ginge mit der ausschließlichen Anwendbarkeit des Art 35a EU-RatingVO ein fragwürdiges Haftungsprivileg für Ratingagenturen einher. Diese wären dann *ex lege* etwa von der strengeren Vertragshaftung gegenüber Anlegern und Emittenten befreit und würden nur mehr aufgrund von Verstößen gegen die EU-RatingVO (Akzessorietät⁵¹⁷³) und bloß für grobe Fahrlässigkeit⁵¹⁷⁴ haften. Dies würde dem Ordnungsanliegen, ein hohes Maß an Anlegerschutz⁵¹⁷⁵ durch effektiven Rechtsschutz⁵¹⁷⁶ zu gewährleisten, zuwiderlaufen. Auch erschiene eine solch verdrängende Auslegung im Hinblick auf die unionsrechtlichen Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit⁵¹⁷⁷ bedenklich. Denn damit wäre ein beträchtlicher Eingriff in das zivilrechtliche Haftungssystem der Mitgliedstaaten verbunden. Insofern unterscheidet sich die für Ratings relevante Rechtslage auch von jener bei der Prospekthaftung, wo die nationale Norm des § 11 KMG weitere (nationale) Haftungsansprüche aus dem „Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt“ grundsätzlich ausschließt („relative Sperrwirkung“).⁵¹⁷⁸

Allerdings ist mE die Änderung der Regelung über die Haftungsfreizeichnung durch das Europäische Parlament und den Rat der EU zu kritisieren.⁵¹⁷⁹ Es fragt sich, welchen Sinn der einschlägige Art 35a Abs 3 EU-RatingVO idGF nunmehr hat. Denn diese Bestimmung verweist im Ergebnis auf das nationale Haftungsrecht,⁵¹⁸⁰ was sich aber ohnehin aus Art 35a Abs 4 EU-RatingVO ergeben hätte, wonach nicht geregelte Fragen nach nationalem Recht zu beurteilen sind. Hingegen hätte Art 35a Abs 5 EU-RatingVO idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747 durch sein klares Verbot haftungsbeschränkender oder -ausschließender Vereinbarungen in Bezug auf die ohnehin schon beschränkte Haftung nach Art 35a EU-RatingVO zu mehr Rechtssicherheit beigetragen.

Ebenso erscheint mir die geltende Regelung über die Beweislast (Art 35a Abs 2 EU-RatingVO) gegenüber der des Kommissionsvorschlags⁵¹⁸¹ als rechtspolitischer Rückschritt. Erstere ist zum einen wesentlich unklarer und zum anderen trägt sie der

⁵¹⁷² Vgl. *Deipenbrock*, WM 2009, 1173.

⁵¹⁷³ Oben bei FN 4627.

⁵¹⁷⁴ Oben unter „Teil 2.II.A.3.b. Grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung“.

⁵¹⁷⁵ S. oben „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“.

⁵¹⁷⁶ Oben bei FN 4581.

⁵¹⁷⁷ S. dazu auch *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747, 6 f. (P 3.2.); vgl. bereits oben bei FN 4656.

⁵¹⁷⁸ Ausf. dazu oben unter „Teil 1.I.D.1. (Reichweite der) Dritthaftung von Prospektkontrolloren“.

⁵¹⁷⁹ Ebenso *Blaurock*, EuZW 2013, 611.

⁵¹⁸⁰ Dazu oben bei FN 4879.

⁵¹⁸¹ Oben in FN 4574; krit. dazu *DAI/BDI/VDI*, Kommentar zum Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zum Kommissionsvorschlag für eine Novellierung der EU-RatingVO 3.

spezifischen Rollenverteilung bei den einschlägigen Schadenersatzprozessen nicht ausreichend Rechnung. Sie wird daher dem intendierten Schutz der Geschädigten bei der faktischen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen Ratingagenturen⁵¹⁸² nicht sonderlich gerecht.⁵¹⁸³ Ob die Beweislastumkehr des Kommissionsvorschlags tatsächlich dazu geführt hätte, dass die Ratingagenturen im Ergebnis ihre geheimen Bewertungsmethoden offenlegen hätten müssen,⁵¹⁸⁴ ist mE zweifelhaft. Dem hätte man aber jedenfalls durch Geheimhaltungspflichten der Gegenpartei und einem (partiellen) Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren Einhalt gewähren können (vgl. § 26 UWG).⁵¹⁸⁵

Jedoch ist zuzugestehen, dass die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Beweislastumkehr bei einigen der im Anhang III der EU-RatingVO aufgelisteten Verstößen zu weit gegangen wäre.⁵¹⁸⁶ Danach hätte sich beispielsweise eine Ratingagentur, die ein Aufsichtsratsmitglied auf sechs (statt der vorgeschriebenen fünf) Jahre bestellt, davon frei beweisen müssen, dass sich dieser Verstoß nicht auf sämtliche Ratings während der sechsjährigen Amtszeit ausgewirkt hat.⁵¹⁸⁷ Die Vermutung der Kausalität der Zuwiderhandlung für das Rating in seiner konkreten Gestalt liegt für solche und ähnliche Pflichtverletzungen zu fern, um daran eine nachvollziehbare Beweislastumkehr anknüpfen zu können. Der Kern der Problematik liegt mE dabei im „General-Verweis“ des Art 35a EU-RatingVO auf deren Anhang III.⁵¹⁸⁸ ME wäre es sachdienlicher gewesen, jene Pflichten besonders hervorzuheben, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine Haftung als Rechtsfolge ermöglichen bzw. rechtfertigen.⁵¹⁸⁹ Für *diese* (besonders gefährliche) Übertretungen hätte man dann eine Beweislastumkehr anordnen können.

Vor dem Hintergrund der § 1304 ABGB, § 254 BGB erscheint mE die angeordnete Culpakompensation des Art 35a EU-RatingVO überschießend, zumal der dieser Regelung zugrunde liegende Zweck, eine „over-reliance“ in Bezug auf Ratings zu verhindern,⁵¹⁹⁰ hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs des Emittenten nicht verfährt. ME hätte sich auch in diesem Bereich angeboten, auf die mitgliedstaatlichen Regelungen über das

⁵¹⁸² Vgl. ErwGr 26 EU-RatingVO-Novelle II idF Kommissionsvorschlag KOM(2011) 747.

⁵¹⁸³ An der praktischen Durchsetzbarkeit der Haftung ebenso zwf. Kleinow/Heinrich/Horsch, ZfK 2013, 298; Haar, DB 2013, 2494; Arntz, ZBB/JBB 2013, 329; Möllers/Niedorf, ECFR 2014, 348; Schroeter, Ratings 850, 951, 954; vgl. auch schon Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 83; ferner Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 346.

⁵¹⁸⁴ Thönningsen, ZBB 2011, 470; Haar, DB 2013, 2492; dies, Civil Liability 14; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 82.

⁵¹⁸⁵ Vgl. Korth, Dritthaftung 157; Mühl, Haftung, Rz 331; Vasella, Haftung 183; ferner Schuler, Verantwortlichkeit 304, der zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen die Zwischenschaltung von Sachverständigen vorschlägt, die zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

⁵¹⁸⁶ Vgl. auch Haar, Civil Liability 14.

⁵¹⁸⁷ Zutr. Wagner in FS Blaurock (2013) 490.

⁵¹⁸⁸ Vgl. dazu auch Vasella, Haftung 155 mit FN 748.

⁵¹⁸⁹ S. bereits oben bei FN 5156.

⁵¹⁹⁰ Oben bei FN 4817.

Mitverschulden zu verweisen. Damit könnte bei Anwendung österreichischen Rechts (vgl unten S 604 ff) die mE sachgerechtere Rechtsfolge der Schadensteilung gem § 1304 ABGB (vgl § 254 BGB) eintreten.

Teil 3: Haftungsdurchsetzung gegen Ratingagenturen

I. Beweislast des Anlegers bzw Emittenten

A. Einleitung: Beweis der Rechtswidrigkeit und „doppelten“ Kausalität

1) Die erste zentrale Frage, die sich bei der Durchsetzung der Haftung von Ratingagenturen nach ABGB (§ 9 ff) gleichermaßen wie bei der Durchsetzung der Verantwortlichkeit nach der EU-RatingVO (§ 488 ff) stellt, ist jene der Beweislastverteilung. Damit der geschädigte Anleger oder Emittent einen Schadenersatzanspruch gegen die Ratingagentur erfolgreich geltend machen kann, muss er zunächst beweisen, dass diese rechtswidrig (sorgfaltswidrig) gehandelt hat.⁵¹⁹¹ So stellt auch Art 35a Abs 2 UnterAbs 1 EU-RatingVO für die „europarechtliche“ Haftung der Ratingagenturen ausdrücklich klar, dass der Geschädigte dem zuständigen Gericht „genaue und detaillierte Informationen“ vorzulegen hat, aus denen hervorgeht, dass die Ratingagentur gegen die Bestimmungen der EU-RatingVO verstoßen hat.⁵¹⁹²

Auch bezieht sich die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB für die („quasi-⁵¹⁹³)vertragliche Haftung nur auf das Verschulden. Eine analoge Anwendung kommt für den Beweis der sorgfaltswidrigen Bonitätsbewertung auch für vertragliche Schadenersatzansprüche mE grundsätzlich nicht in Betracht, weil § 1298 ABGB die Verschuldensvermutung an das Vorliegen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit knüpft, sohin an einen objektiven Mangel in der Sphäre des Schuldners (vgl auch § 933a Abs 3, §§ 924, 1319 ABGB, § 9 Abs 2 PHG).⁵¹⁹⁴ Soweit es allerdings um den Beweis der sorgfaltswidrigen Bewertung der Ratingagentur geht, ist gerade fraglich, ob sie ihre Verbindlichkeit in diesem Sinne nicht erfüllt hat. Insoweit fehlt es dann aber an der Rechtfertigung für die Beweislastumkehr iSd § 1298 ABGB.

Wenn man dagegen der Lehre von der Unterscheidung von „Erfolgs-“ und „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ im Rahmen des § 1298 ABGB folgen wollte, müsste die Pflicht zur sorgfältigen Bonitätsbewertung wohl richtigerweise als „Sorgfaltsverbindlichkeit“ (und nicht als „Erfolgsverbindlichkeit“) qualifiziert werden,

⁵¹⁹¹ Gegen eine Beweislastumkehr für die Frage der sorgfaltswidrigen Bewertung (auch im vertraglichen Bereich) auch Vetter, WM 2004, 1706 f; Eisen, Haftung 257 f; aA Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415.

⁵¹⁹² Dabei soll allerdings berücksichtigt werden, „dass der Anleger oder Emittent möglicherweise keinen Zugang zu Informationen hat, die allein in der Sphäre der Ratingagentur stehen“ (Art 35a Abs 2 UnterAbs 2 EU-RatingVO).

⁵¹⁹³ S oben bei FN 1861.

⁵¹⁹⁴ Vgl F. Bydlinski, JBl 1992, 347 ff; zust insb Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1298 Rz 3; s auch Schauer, RdW 1999, 298, der auf die Parallele dieser Ansicht mit der Lehre von der Unterscheidung von Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten hinweist (dazu sogleich unten bei FN 5195).

weil sie maßgeblich von der Konkretisierung des Sorgfaltsgebots abhängt.⁵¹⁹⁵ Dies hätte ebenfalls zur Konsequenz, dass § 1298 ABGB nicht anzuwenden wäre.⁵¹⁹⁶

Auch § 924 Satz 2 ABGB kann mE nicht zu einer Vermutung der Mangelhaftigkeit des Ratings führen, weil diese gewährleistungsrechtliche Regel im Falle des Ratingvertrags mit der Art der „Sache“ und des Mangels unvereinbar ist (§ 924 Satz 3 ABGB).

Eine Vermutung der Sorgfaltswidrigkeit kann im („quasi-“)vertraglichen Bereich mE nur dann angenommen werden, wenn die mangelnde Ratingaktualität⁵¹⁹⁷ feststeht; hier muss sich die Ratingagentur entsprechend § 1298 ABGB entlasten, dass ihr trotz dieses Ratingmangels kein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen ist.⁵¹⁹⁸

Davon abgesehen könnte in jedem Fall die Erfüllung der Transparenzanforderungen der EU-RatingVO auch für Zwecke der Haftungsdurchsetzung nach nationalem Recht dem Geschädigten dabei helfen, den Sorgfaltsverstoß der Ratingagentur zu beweisen.⁵¹⁹⁹ Nicht darf aber schon aufgrund des Umstands, dass sich die Prognose der Ratingagentur nicht bewahrheitet hat, auf die Sorgfaltswidrigkeit der Bewertung geschlossen werden.⁵²⁰⁰

2) Vom Beweis der Sorgfaltswidrigkeit abgesehen, muss der Geschädigte einen „doppelten“ Kausalitätsbeweis erbringen (vgl oben S 522 ff). Einerseits muss er beweisen, dass die (bewiesene) Sorgfaltswidrigkeit der Ratingagentur, etwa das schuldhafte Nicht-Verwerten bonitätsrelevanter Informationen, das Ergebnis des tatsächlich vergebenen Ratings beeinflusst hat (wäre das Ratingergebnis bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten genauso ausgefallen, mangelt es an der Kausalität; dazu sogleich S 572 f). Andererseits bedarf es des Nachweises des Anlegers, dass das so verzerrte Ratingergebnis zu der von ihm erlittenen Vermögenseinbuße geführt hat, dh das Rating muss sich auf seine Investitionsentscheidung negativ ausgewirkt haben; dementsprechend muss der Emittent beweisen, dass das verfälschte Ratingergebnis ihm einen Vermögensschaden zugefügt hat (zu beidem unten S 573 ff).

⁵¹⁹⁵ Vgl zur Redepflicht des Abschlussprüfers *Schauer*, RdW 1999, 299.

⁵¹⁹⁶ Dazu insb *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1298 Rz 1.

⁵¹⁹⁷ S dazu oben „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

⁵¹⁹⁸ Vgl *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 664, die dem Anleger in einem solchen Fall bloß eine Behauptungslast auferlegen möchten. IS der Lehre von der Unterscheidung von Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten (dazu soeben oben bei FN 5195) wäre in Bezug auf die Aktualität des Ratings wohl richtigerweise von einer Erfolgsverbindlichkeit auszugehen, bei der ein Auseinanderfallen von Nichterfüllung (Inaktualität) und Rechtswidrigkeit (Sorgfaltswidrigkeit) möglich ist (vgl dazu *Schauer*, RdW 1999, 298).

⁵¹⁹⁹ Dazu oben nach FN 4906 und unter „Teil 2.II.A.9.b. Pflicht zur Bekanntmachung von Ratingfehlern“, „Teil 2.II.A.9.c. Präsentationspflichten“, „Teil 2.II.A.9.d. Offenlegungspflichten“, „Teil 2.II.A.9.e. Dokumentationspflichten“. S zu möglichen Fallkonstellationen, in denen eine Pflichtverletzung der Ratingagentur naheliegen könnte auch *Korth*, Dritthaftung 158.

⁵²⁰⁰ *Berger/Stemper*, WM 2010, 2294; *Arntz*, BKR 2012, 94; vgl auch oben nach FN 2879.

B. Kausalität des Ratingverfahrensfehlers für das Ratingergebnis

Weist das fragliche Rating einen Inhaltsmangel (Unvertretbarkeit einschließlich Inaktualität⁵²⁰¹) auf, ist ein gesonderter Beweis der Kausalität des Fehlers für das Ratingergebnis nicht notwendig, weil das Ratingergebnis diesfalls selbst mangelhaft ist.⁵²⁰²

Problematisch ist aber der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen einem Ratingverfahrensfehler⁵²⁰³ und dem Ratingergebnis. Steht etwa fest, dass die Ratingagentur eine bonitätsrelevante Information schuldhaft nicht verwertet hat, so ist damit noch nicht gesagt, dass das Ratingergebnis anders ausgefallen wäre, wenn die nicht berücksichtigte Information bei der Bonitätsbewertung doch verarbeitet worden wäre. Für die Haftung der Ratingagenturen nach der EU-RatingVO kommt diese zwar auf das Problem zu sprechen, abschließend löst sie es jedoch nicht. Danach muss im Schadenersatzprozess der geschädigte Emittent bzw Anleger „genaue und detaillierte Informationen“ vorlegen, die einen Einfluss des rechtswidrigen Verhaltens der Ratingagentur auf das abgegebene Rating belegen (Art 35a Abs 2 UnterAbs 1 EU-RatingVO⁵²⁰⁴). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, „dass der Anleger oder Emittent möglicherweise keinen Zugang zu Informationen hat, die allein in der Sphäre der Ratingagentur stehen“ (Art 35a Abs 2 UnterAbs 2 EU-RatingVO⁵²⁰⁵).

Daraus kann man mE auch für das (rein) nationale Haftungsrecht ableiten, dass zwar der Beweis der Kausalität des Ratingverfahrensfehlers für das Ratingergebnis grundsätzlich dem Geschädigten obliegt. Lässt die Art des konkreten Sorgfaltsverstoßes aber iS einer Typusbetrachtung einen Einfluss auf die vergebene Ratingnote vermuten, ist mE im Wege des Anscheinsbeweises von einem solchen Kausalzusammenhang auszugehen.⁵²⁰⁶ Je intensiver der Sorgfaltsverstoß ausgefallen ist, desto eher wird die Annahme eines solchen Anscheinsbeweises gerechtfertigt sein.⁵²⁰⁷

Unabhängig von prozessrechtlichen Beweiserleichterungen könnte die Erfüllung der Transparenzbestimmungen der EU-RatingVO faktisch den Nachweis auch des hier

⁵²⁰¹ Zum Inhaltsmangel s. auch oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.δδδ. Inhaltsmängel einschließlich Inaktualität des Ratings“.

⁵²⁰² S. oben bei FN 2983, 3136; weiters *Eisen*, Haftung 252.

⁵²⁰³ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.βββ. Angemessene Informationsbasis“, „Teil 1.I.D.3.a.bb.eee.β.γγ.γγγ. (Weitere) Verfahrensstandards für die Bonitätsbewertung“.

⁵²⁰⁴ Vgl. oben bei FN 5192.

⁵²⁰⁵ Vgl. oben in FN 5192.

⁵²⁰⁶ Vgl. *Eisen*, Haftung 249 ff.; *Korth*, Dritthaftung 184 ff. (uU [widerlegliche] tatsächliche Vermutung der fehlerhaften Ratingnote, wenn materieller Standard der Raterstellung verletzt wurde, der gerade die Treffergenauigkeit des Ratings gewährleisten soll); *Graf*, ZFR 2014, 312; *Gass*, Schadenersatzansprüche 130 f.; gegen eine diesbzgl. Beweiserleichterung aber grunds. *Habersack*, ZHR 169 (2005) 203 (freilich mit Ausnahme der Haftung für unzureichende Informationsbasis); zust. *Berger/Stemper*, WM 2010, 2294 mit FN 68.

⁵²⁰⁷ Vgl. dazu *Vasella*, Haftung 192 ff.

interessierenden Kausalzusammenhangs ermöglichen.⁵²⁰⁸ Besondere Bedeutung wird auch dabei der Bekanntmachung festgestellter Ratingfehler zukommen, zumal diese auch auf die Auswirkungen der Fehler auf die vergebenen Ratings einzugehen hat.⁵²⁰⁹

C. Kausalität des Ratingergebnisses für den Anleger- und Emittentenschaden

1) Steht fest, dass es sich bei dem tatsächlich vergebenen Rating um eine „Fehlinformation“ in dem Sinne handelt, dass sie bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten anders hätte lauten müssen (vgl. soeben S 572 f), muss das zur Entscheidung berufene Gericht weiters prüfen, ob dadurch ein Anlegerschaden verursacht wurde. Auch dies betrifft sowohl die Haftung nach der EU-RatingVO ebenso wie jene nach ABGB. Fraglich ist, ob dem Anleger für den dafür erforderlichen Beweis prozessuale Erleichterungen zugutekommen können.

In Zusammenhang mit der Haftung von Ratingagenturen ist diese Frage in Österreich freilich noch nicht behandelt worden. Es stellt sich aber ein Parallelproblem bei anderen Kapitalmarktinformationshaftungen und tatsächlich liegen einige einschlägige Stellungnahmen für die Prospekthaftung aus österreichischer Sicht vor, auf die daher zunächst eingegangen werden soll. Der OGH etwa lehnt einen Anscheinsbeweis dergestalt ab, dass die Kausalität des fehlerhaften Prospekts für die Veranlagungsentscheidung vermutet werde. Der Investitionsentschluss falle in die „ausschließliche Ingerenz“ des Anlegers; innere Tatumstände, wie der individuelle Willensentschluss des Geschädigten, seien einem Anscheinsbeweis nicht zugänglich.⁵²¹⁰

Ein Teil der Lehre tritt für das Gegenteil ein.⁵²¹¹ Die Veröffentlichung des Prospekts schaffe aufgrund seiner wesentlichen Bedeutung für den Kapitalmarkt eine positive „Anlagestimmung“.⁵²¹² Jedenfalls bei solchen Anlegern, die („kurz“) nach der Publikation des fehlerhaften Prospekts die darin beschriebenen Wertpapiere kaufen, könne im Wege eines Anscheinsbeweises angenommen werden, dass die Fehlinformation für die Transaktionsentscheidung kausal gewesen sei. Der Anleger könnte dieser Ansicht zufolge

⁵²⁰⁸ Dazu oben nach FN 4906 und unter „Teil 2.II.A.9.c. Präsentationspflichten“, „Teil 2.II.A.9.d. Offenlegungspflichten“, „Teil 2.II.A.9.e. Dokumentationspflichten“.

⁵²⁰⁹ Vgl. Art 8 Abs 7 lit a, b EU-RatingVO; dazu oben unter „Teil 2.II.A.9.b. Pflicht zur Bekanntmachung von Ratingfehlern“.

⁵²¹⁰ OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129 (131).

⁵²¹¹ Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/79, 1/100; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 25; s. auch Graf, GES 2011, 203 ff; dem OGH (vorige FN) zust. dagegen Gruber/Zahradnik, RdW 2010, 619 ff; Zahradnik/Schöller, ÖBA 2015, 139 f; Karollus, ÖBA 2011, 456 f; Schopper, ÖBA 2014, 502 f; s. nunmehr auch Kalss, GesRZ 2010, 245 ff, die eine Anlagestimmung nur in Ausnahmefällen befürwortet; ferner Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 79 ff.

⁵²¹² Vgl. auch v. Schweinitz, WM 2008, 958 f, der die Figur der Anlagestimmung auf Fälle der Haftung für fehlerhafte Ratings überträgt; zust. wohl Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 668.

wohl (zumindest in den Grenzen des § 11 Abs 6 KMG) Naturalrestitution iSv Rückabwicklung seiner Investition verlangen, ohne grundsätzlich beweisen zu müssen, dass er den fehlerhaften Prospekt gekannt und ihn zur Grundlage seiner Veranlagung gemacht hat. Er muss nicht einmal beweisen, dass er wusste, was ein Prospekt ist und welche Funktion dieser erfüllt. „Rückendeckung“ bekommt diese Lehre durch die neuere Rsp des OGH zur Abschlussprüferdritthaftung, im Rahmen derer sich das Höchstgericht einer Vermutung für die Frage der Kausalität zwischen fehlerhaftem Bestätigungsvermerk und Veranlagungsentscheidung annähert^{5213 5214}.

2) ME kann beiden Ansichten etwas Richtiges abgewonnen werden, wenngleich mE weder der einen, noch der anderen zu folgen ist. Zur Problemlösung ist es nützlich, die Materialien zur „Urbestimmung“ der Prospekthaftung, § 43 dBörsenG 1896, heranzuziehen.⁵²¹⁵ Diese führen in Zusammenhang mit der Berechtigung des späteren Erwerbers der schadenskausalen Wertpapiere zur Erhebung von Schadenersatzansprüchen auf Grundlage der sondergesetzlichen Prospekthaftung aus:

„Mag auch der spätere Erwerber von dem Inhalte des Prospekts für seine Person nicht Kenntniß nehmen, so hält er sich doch, indem er bei der Bewilligung des Preises den jeweiligen Kurs entscheiden läßt, an die allgemeine Schätzung, bei welcher die Angaben des Prospekts fortwirken.“⁵²¹⁶

Dieser Passage kann entnommen werden, dass es für die Anspruchslegitimation des Anlegers nach dem Willen des historischen Gesetzgebers unschädlich sein sollte, dass jener vom Prospektinhalt keine Kenntnis hatte. Erklären lässt sich dies damit, dass diesfalls zwar nicht die Transaktionsentscheidung als Ganze durch den Prospekt verursacht wurde (dies würde die Kenntnis des Prospekts gerade voraussetzen), wohl aber die Konditionen, zu denen die Transaktion stattgefunden hat (vgl § 872 ABGB). Namentlich ist es möglich und sogar naheliegend, dass der Prospekt die Preisbildung des angebotenen Wertpapiers am Markt beeinflusst. Beispielsweise wird etwa ein Prospekt, der eine zu optimistische Gewinnprognose betreffend das Unternehmen des Emittenten enthält, zu einem

⁵²¹³ S OGH 10 Ob 46/13 g ÖBA 2015, 132 (133): „Die Behauptung der Kläger, die Nachricht von einem dem Jahresabschluss der in Rede stehenden Gesellschaften nicht oder nur eingeschränkt erteilten Bestätigungsvermerk hätte sich am Kapitalmarkt rasch verbreitet und zu einer Kaufwarnung geführt, sodass es auch nicht zu einer Kaufempfehlung durch ihren Anlageberater gekommen wäre, erscheint durchaus plausibel, zumal eine solche Information den Anleger auch anders als durch eigene Lektüre, bspw durch Informationen seines entsprechend geschulten und informierten Anlageberaters, erreichen kann. Die Kläger sind damit aber nach zutreffender Rechtsansicht des Berufungsgerichts ihrer Behauptungs- und Beweispflicht für den Kausalzusammenhang zwischen dem von ihnen behaupteten Fehlverhalten der Beklagten und ihrer den realen Schaden darstellenden Vermögensdisposition ausreichend nachgekommen“; s auch OGH 10 Ob 48/13 a ÖBA 2015, 134 (136) (krit *Zahradnik/Schöller*); 17.02.2014, 4 Ob 210/13 f; 23.01.2014, 6 Ob 187/13 p; krit zu dieser Rsp auch *Wilhelmer*, RW 2014, 318 ff.

⁵²¹⁴ Gegen eine Übertragung dieser Rsp auf die Prospekthaftung aber *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 82.

⁵²¹⁵ Zur Relevanz dieser Materialien für die Auslegung des österreichischen Prospekthaftungsrechts vgl oben unter „Teil 1.I.D.1.a. Entstehungsgeschichte und Blick nach Deutschland: Zwecke der beschränkten Prospekthaftung“.

⁵²¹⁶ Begr zum Entw eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 23.

Preisanstieg des emittierten Wertpapiers führen, der durch die tatsächlichen Umstände bei Emission nicht gerechtfertigt ist.⁵²¹⁷ Damit der Anleger bei einem solchen Sachverhalt geschädigt wird, ist es nun nicht erforderlich, dass er den Prospekt liest, als richtig akzeptiert und ihn seinem Wertpapiererwerb zugrunde legt.⁵²¹⁸ Es genügt, wenn der Anleger den durch die übertriebene Gewinnvorhersage verfälschten Transaktionspreis „bewilligt“ und damit den „jeweiligen Kurs entscheiden lässt“. Denn dann hat er zu teuer gekauft und insofern einen Preisschaden erlitten,⁵²¹⁹ weil der „entscheidende“ Kurs durch die Fehlinformation künstlich erhöht war.⁵²²⁰

Entscheidend für die Frage der Preisschadenersatzkausalität ist damit alleine, ob die Fehlinformation tatsächlich zu einem Anstieg (oder Verfall) des Preises des relevanten Wertpapiers geführt hat. Dies kann mE im Sinne eines Anscheinsbeweises insofern vermutet werden, als es sich bei der fraglichen Information um eine veröffentlichte handelt und diese typischerweise von Marktexperten (institutionelle Investoren, Marktintermediäre etc) im Rahmen ihrer Empfehlungen, Einschätzungen udgl betreffend das jeweilige Finanzprodukt verwertet wird; denn diesfalls reflektiert der Marktpreis desselben auch die Fehlinformation⁵²²¹ (vgl die *fraud-on-the-market theory*⁵²²²). Im Einklang mit den oben⁵²²³ referierten Materialien kommt dies in aller Regel bei Prospekten in Betracht, grundsätzlich⁵²²⁴ mE aber auch bei *Ad-hoc*-Mitteilungen⁵²²⁵ sowie bei (insb beantragten Emissions-)Ratings⁵²²⁶ (*arg* § 7 Abs 1, Abs 8 KMG iVm Z 7.5. Anh V sowie Z 7.5. Anh XIII EU-ProspektVO; § 9 Abs 1 Z 2 KMG; ErwGr 1 EU-RatingVO [Stammfassung]; vgl auch schon oben S 2 ff).

Ein Anscheinsbeweis dieser Art könnte mE aber insb durch den Nachweis erschüttert werden, dass der Markt, auf dem das schadensträchtige Papier gehandelt wird, nicht

⁵²¹⁷ Vgl BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710 (713).

⁵²¹⁸ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 495 (zum Rating); dens, ZGR 2008, 528 f, 531 (zur *Ad-hoc*-Mitteilung).

⁵²¹⁹ S dazu ausf oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.β.aa.βββ. Preisschadenersatz“.

⁵²²⁰ Vgl Blaurock, ZGR 2007, 636 f (zum Rating); Wagner in FS Blaurock (2013) 495 (zum Rating); dens, ZGR 2008, 529 (zur *Ad-hoc*-Mitteilung).

⁵²²¹ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 495 (zum Rating); dens, ZGR 2008, 530 (zur *Ad-hoc*-Mitteilung).

⁵²²² Näher dazu insb *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 189 L. Ed. 2d 339, insb 357 (2014): „if a plaintiff shows that the defendant's misrepresentation was public and material and that the stock traded in a generally efficient market, he is entitled to a presumption that the misrepresentation affected the stock price“; Klöhn, AG 2014, 807 ff; ders, ZHR 178 (2014) 679 ff; Blaurock, ZGR 2007, 636 f; Wagner in FS Blaurock (2013) 495 (zum Rating); Wagner, ZGR 2008, 531 (zur *Ad-hoc*-Mitteilung); vgl auch v. Schweinitz, WM 2008, 955; restriktiv Schuler, Verantwortlichkeit 289 FN 1692; abl BGH ZR 80/04 NZG 2007, 345 (346) *Comroad I*; II ZR 246/04 NZG 2007, 346 (347) *Comroad II*; II ZR 153/05 NZG 2007, 269 *Comroad III*; II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (709) *Comroad IV*; Schantz, Verantwortlichkeit 330 f.

⁵²²³ Bei FN 5216.

⁵²²⁴ Dh, sofern keine besonderen Tatumstände dagegen sprechen. So kann etwa die Preisschadenersatzkausalität wohl nicht unterstellt werden, wenn die Fehlinformation nachweislich nicht zu einer Kursbewegung geführt hat (vgl folgende FN; s außerdem sogleich bei FN 5227).

⁵²²⁵ So Wagner, ZGR 2008, 530: Anscheinsbeweis im Normalfall (jedenfalls dann, wenn nach Veröffentlichung der Meldung ein Preisanstieg stattgefunden hat).

⁵²²⁶ Vgl Wagner in FS Blaurock (2013) 495; dagegen aber Blaurock, ZGR 2007, 637 (Kausalitätsannahme wäre „verfrüht“), der schon grunds für die allfällige Anwendbarkeit von Beweiserleichterungen in diesem Zusammenhang (mE nicht nachvollziehbar) zwischen Primär- und Sekundärmarkterwerbern unterscheiden möchte.

hinreichend effizient ist.⁵²²⁷ Dies ist dann der Fall, wenn dort öffentlich bekannte Informationen nicht umgehend in Marktpreise reflektiert werden.⁵²²⁸ Gerade bei Schadenersatzansprüchen infolge fehlerhafter Ratings wird dieser Nachweis mE allerdings schwer fallen. Denn aufgrund der relativ leichten Aufnehm- und Verarbeitbarkeit der Ratinginformation⁵²²⁹ sind hohe Anforderungen an die zur Erschütterung des Anscheinsbeweises erforderliche Marktineffizienz zu stellen.

Die Erschütterung des Anscheinsbeweises wird umso leichter fallen, je mehr Zeit zwischen der Veröffentlichung der Fehlinformation und der Transaktionsentscheidung des Anlegers vergangen ist.⁵²³⁰ Dies gilt aber wiederum dann nicht, wenn die Fehlinformation (wie in aller Regel Ratings⁵²³¹) einen Aktualitätsanspruch erhebt.

3) Für den Schadenersatzanspruch des Anlegers gegen Ratingagenturen (aber auch gegen die Prospektverantwortlichen sowie gegen den Emittenten bei fehlerhaften *Ad-hoc*-Mitteilungen) hat dies konkret zur Konsequenz, dass der Anleger von dem Nachweis befreit ist, dass er die Fehlinformation gekannt und zur Grundlage seiner Anlageentscheidung gemacht hat, sofern er bloßen Preisschadenersatz (Kursdifferenzschadenersatz) begehrt.⁵²³² Für diese Art des Schadenersatzes kommt es nur darauf an, dass die für die Transaktion maßgebliche Preisbildung durch das fehlerhafte Rating, den unrichtigen Prospekt bzw die falsche *Ad-hoc*-Mitteilung letztlich zulasten des Anlegervermögens verfälscht wurde, wofür aus den dargestellten Gründen im Regelfall der Beweis des ersten Anscheins spricht. Hinsichtlich der Prospekthaftung kann diese Auffassung auch noch darauf gestützt werden, dass diese nur dann eingreift, wenn die unrichtigen Prospektangaben für die Beurteilung der Wertpapiere „erheblich“ sind (§ 11 Abs 1 KMG).⁵²³³ Ähnliches gilt für die Sekundärmarkthaftung gem § 48d BörseG iVm § 1311 ABGB aufgrund der Definition der Insiderinformation in § 48a Abs 1 Z 1 BörseG als Information, die bei Bekanntmachung den Kurs der betroffenen Finanzinstrumente „erheblich“ beeinflussen könnte.

Wird dieser Anscheinsbeweis nicht erschüttert, kann der Anleger für den Nachweis der Schadenshöhe in weiterer Folge auf § 273 ZPO zurückgreifen.⁵²³⁴

⁵²²⁷ Vgl zur Haftung wegen Verletzung der *Ad-hoc*-Publizitätspflicht Klöhn, ZHR 178 (2014) 711 ff (der jedoch die Markteffizienz zur Voraussetzung für den Anscheinsbeweis erhebt); ferner *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 189 L. Ed. 2d 339, 357 (2014) (dazu oben in FN 5222); allg zur Erschütterung des Anscheinsbeweises RIS-Justiz RS0040272.

⁵²²⁸ Vgl Klöhn, ZHR 178 (2014) 712 f.

⁵²²⁹ Schroeter, Ratings 87 ff, insb 94; dazu bereits oben bei FN 28.

⁵²³⁰ Vgl dazu ErläutMinEntw GesRAG 2005, 38 (und dazu oben bei FN 612).

⁵²³¹ Dazu oben bei FN 3155.

⁵²³² Wagner, ZGR 2008, 528 ff (zur *Ad-hoc*-Mitteilung); ders in FS Blaurock (2013) 495 (zum Rating); s auch BGH XI ZR 51/10 NZG 2012, 263 (269) *IKB*.

⁵²³³ Vgl Graf, GES 2011, 210 (freilich mit anderer Schlussfolgerung).

⁵²³⁴ Vgl oben in FN 3398.

Keine Beweiserleichterung kommt dem Anleger mE dagegen dann zugute, wenn er Transaktionsschadenersatz iSv Rückabwicklung der Investition verlangt⁵²³⁵ (ein solcher Schadenersatz gebührt bei den genannten Kapitalmarktinformationshaftungen mE aber ohnehin nur bei Vorsatz des Haftpflichtigen sowie bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem⁵²³⁶). Die Voraussetzungen und Grenzen der kryptischen Figur der „Anlagestimmung“ sind in ihrer Pauschalität sehr bedenklich und mE auch zu unklar, als dass sie zur Grundlage einer Beweismaßreduktion für die Transaktionskausalität nach österreichischem Recht gemacht werden könnten (vgl demgegenüber § 23 Abs 2 Z 1 WpPG, § 20 Abs 4 Z 1 VermAnlG).⁵²³⁷ Auch bedarf es dieses Rechtsinstituts im Hinblick auf den Naturalrestitutionsanspruch nicht, um dem Ziel der einschlägigen kapitalmarktrechtlichen Regelungen, dem Anlegerschutz⁵²³⁸, gerecht zu werden.⁵²³⁹ Denn dieser *ratio legis* wurde hier bereits bei Befürwortung des Anscheinsbeweises im Rahmen des Preisschadenersatzes Rechnung getragen. Möchte der Anleger eine umfangreichere Schadenskompensation verlangen, ist es ihm mE durchaus zumutbar, höhere Beweiserfordernisse zu erfüllen. Für den Transaktionsschadenersatz muss der Anleger also darlegen und beweisen, dass er das Rating (oder die sonstige Kapitalmarktinformation) gekannt hat und sie zur Grundlage seiner Veranlagungsentscheidung gemacht hat. Das wird aber insb dann anzunehmen sein, wenn der Anleger nachweisen kann, dass er „ständig die [Ratings] studiert, morgens aus der Zeitung und dann aus dem Internet im Büro und abends auch noch“⁵²⁴⁰.

4) Aufgrund der soeben aufgezeigten Bedeutung von (insb beantragten Emissions-)Ratings für die Preisbildung am Kapitalmarkt (dh für die Bemessung der Risikoprämie) muss konsequenterweise ein Anscheinsbeweis auch für den Kausalzusammenhang zwischen

⁵²³⁵ Vgl die anschauliche Trennung von Naturalrestitution und Differenzschadenersatz bei Wagner, ZGR 2008, 531.

⁵²³⁶ S dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.aa. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“.

⁵²³⁷ Vgl zu diesem Problem auch Wilhelmer, RW 2014, 322 f (zur Abschlussprüferdritthaftung); v. Schweinitz, WM 2008, 959, plädiert dagegen für das deutsche Recht für eine Anlagestimmung iS einer Vermutung der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden im Wege des *prima-facie*-Beweises zumindest dann, wenn der Anleger Kenntnis von dem fehlerhaften Rating hatte, es sich um ein Rating betreffend die Emission einer Zweckgesellschaft handelte und die schädliche Transaktion am Primärmarkt stattfand. Zust wohl Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 668; weitergehend Schuler, Verantwortlichkeit 290 f (Anlagestimmung auch zugunsten Sekundärmarkterwerbern); vgl bereits Peters, Haftung 139 f mit FN 859 (Anscheinsbeweis der Kausalität des Ratings für die Anlageentscheidung bei Kenntnis des Ratings, jedoch wohl nur im vertraglichen Bereich); ebenso für eine entsprechende Beweiserleichterung für den vertraglichen Bereich Eisen, Haftung 340 f (Vermutung „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens); s weiters Korth, Dritthaftung 188 f („gute Gründe“ für Vermutung „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens bei Dritthaftung ähnl wie bei bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung); Mühl, Haftung, Rz 343 (Anscheinsbeweis entsprechend der Vermutung beratungskonformen Verhaltens); Gass, Schadenersatzansprüche 136 (Anscheinsbeweis bei Kenntnis des Ratings).

⁵²³⁸ Vgl oben unter „Teil 1.I.D.1.b. Würdigung des Regelungsanliegens „Anlegerschutz““ (zur Prospekthaftung), „Teil 2.I.C. Schutzzweck der EU-RatingVO“ (zur EU-RatingVO).

⁵²³⁹ Vgl den Einwand gegen die Kritik an der Figur der Anlagestimmung bei Graf, GES 2011, 206.

⁵²⁴⁰ Vgl BGH II ZR 147/05 NZG 2007, 708 (710) Comroad IV.

fehlerhaft zu niedrigem Rating und dem Kreditschaden des Emittenten zugelassen werden.⁵²⁴¹

⁵²⁴¹ IE ebenso *Mühl*, Haftung, Rz 342; vgl auch *Schuler*, Verantwortlichkeit 287 mit FN 1681; weitergehend (für eine Beweislastumkehr zugunsten des beauftragenden Emittenten) *Krimphove/Kruse*, ZfK 2005, 415; gegen einen Anscheinsbeweis mangels Beweisschwierigkeiten bei Neuemissionen: *Gass*, Schadenersatzansprüche 118.

II. Weitere haftungsmildernde Einwände

A. (Un-)Zulässigkeit der Freizeichnung durch Ratingagenturen

1. Einleitung: Klauselarten und praktische Bedeutung

1) Üblicherweise streben Ratingagenturen auf ihren Webseiten und in ihren Verträgen einen vollständigen Haftungsausschluss für Sorgfaltswidrigkeiten bei ihren Bonitätsbewertungen an, und zwar sowohl gegenüber Anlegern als auch im Verhältnis zum bewerteten Emittenten. Indes sind solche vorformulierte⁵²⁴² Klauseln nicht unbeschränkt gültig, sondern an den zwingenden Grenzen der Rechtsordnung, insb des AGB-Rechts⁵²⁴³ zu messen.

Die Ratingagentur kann eine (faktische) Haftungsbeschränkung auf zwei Arten verfolgen: einerseits durch „offene“ Klauseln, die ausdrücklich die Rechtsfolgen eines Fehlratings zugunsten der Ratingagentur regeln. Andererseits kommt es aber auch vor, dass nach dem Wortlaut der relevanten Formulierung bloß die haftungsbewehrte Pflicht der Ratingagentur restriktiv festgelegt oder gar aufgehoben wird. Darin beschreibt sie etwa, dass ihre Ratings keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben würden, weswegen ihnen für die Kapitalmarktinformation bzw Anlegerentscheidung keine Bedeutung zukomme(n dürfe). Anleger handelten auf eigenes Risiko, wenn sie sich ungeachtet dessen auf die Ratings der Agentur verlassen würden. Fraglich könnte sein, ob solche, dem äußeren Anschein nach pflichtenpräzisierende Klauseln eine Haftung der Ratingagentur überhaupt ausschließen.

Allerdings wurde bereits oben erläutert, dass derartige Klauseln den ratingspezifischen Gesetzesnormen und tatsächlichen Verhältnissen am Kapitalmarkt, insb der Selbstdarstellung der Ratingagentur widersprechen. Sie sind daher in aller Regel nicht geeignet, den für die Dritthaftung nach § 1300 Satz 1 ABGB erforderlichen Vertrauenstatbestand zu zerstören (vgl § 864a, § 922 Abs 2 ABGB).⁵²⁴⁴ Auch wird dadurch eine allfällige vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber Anlegern und Emittenten mE grundsätzlich nicht ausgeschlossen, weil eine derartige Vertragsbestimmung nicht mit dem Vertragszweck der Anlegerinformation in Einklang zu

⁵²⁴² S zB *Peters*, Haftung 85, 140; *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 883; *Meyer*, Rechtsfragen 84; *Eisen*, Haftung 259; *Lemke* in *Büschgen/Everling*, Handbuch Rating², 617; *Berger/Stemper*, WM 2010, 2293; *Arntz*, BKR 2012, 92; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 51; *Schuler*, Verantwortlichkeit 276.

⁵²⁴³ Zur Gleichbehandlung von AGB und Standardverträgen s schon *F. Bydlinski* in FS Kastner (1972) 60.

⁵²⁴⁴ Ausf oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.ccc.β. Anwendung auf Ratings“; s auch oben nach FN 2534.

bringen ist (vgl. auch § 9 KSchG).⁵²⁴⁵ Allenfalls könnte aus einer solchen Klausel in Anlehnung an die hM⁵²⁴⁶ zur Bankauskunft, die ihrem Wortlaut zufolge „ohne Obligo“ erteilt wird, eine Einschränkung der Haftung auf das „zulässige Maß“ abgeleitet werden (zum Problem der geltungserhaltenden Reduktion s. noch unten⁵²⁴⁷).

Dafür spricht auch, dass damit aus wirtschaftlicher Sicht dasselbe wie mit einer ausdrücklichen Haftungsbeschränkungsklausel bezweckt ist.⁵²⁴⁸ Die Haftungsrisiko der Ratingagentur soll im einen wie im anderen Fall möglichst reduziert werden. Diese Umgehungsproblematik hat schon der Gesetzgeber im Zuge der Entstehung des KSchG erkannt und konsequenterweise eine Gleichbehandlung expliziter und versteckter bzw. impliziter Haftungsbeschränkungsklauseln angedeutet.⁵²⁴⁹ Daher ist eine insofern einheitliche Behandlung auch im Fall der Verantwortlichkeit von Ratingagenturen geboten.⁵²⁵⁰ Die folgenden Ausführungen haben daher für beide „Klauselarten“ Bedeutung und sollen das „zulässige Maß“ der Haftungsbeschränkung klären.

2) Praktische Bedeutung hat das hier skizzierte Problem zunächst für eine allfällige Vertragshaftung der Ratingagentur.⁵²⁵¹ Die in Betracht kommenden Haftungsverhältnisse Ratingagentur – Anleger und Ratingagentur – Emittent werden gemeinsam behandelt. Denn die sogleich zu erörternden Wertungsgesichtspunkte der österreichischen Rechtsordnung erfordern mE keine rechtsfolgenrelevante Differenzierung zwischen Ratingvertrag (mit dem Emittenten) und Abonnementvertrag bzw. individuellen Bewertungsvertrag (mit dem Anleger).⁵²⁵²

Entscheidend ist allerdings die allfällige Verbrauchereigenschaft des Vertragspartners, die wohl nur ein Anleger aufweisen kann (vgl. § 1 KSchG). Denn nach der eindeutigen Regelung des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind solche Vereinbarungen verboten, mit denen der Unternehmer seine Haftung gegenüber einem Verbraucher für grob schuldhaft verursachte Vermögensschäden ausschließt oder einschränkt⁵²⁵³. Im Bereich der Haftung der Ratingagentur gegenüber einem Verbraucher-Anleger kann sich jene schon nach dem Gesetzeswortlaut daher nur von der Haftung für leicht fahrlässige Fehlratings

⁵²⁴⁵ Ausf. Mühl, Haftung, Rz 111 f, 226 f.

⁵²⁴⁶ Dazu oben in FN 5309.

⁵²⁴⁷ S. dazu unten nach FN 5303.

⁵²⁴⁸ Vgl. Mühl, Haftung, Rz 110.

⁵²⁴⁹ Vgl. ErläutRV KSchG 25; s. auch Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/32.

⁵²⁵⁰ Zutr. Eisen, Haftung 264 f.; aA Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating², 617, der in den Klauseln der Ratingagenturen, wonach diese nicht die Garantie für die Richtigkeit der Ratings übernehmen, eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung erblickt; s. auch dens., ebd. 615, 619 f. (Pflichtenkonkretisierung zur Minimierung von Haftungsrisiken); Schroeter, Ratings 879.

⁵²⁵¹ Zu den vertraglichen Schadenersatzansprüchen s. oben bei FN 2728 sowie unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁵²⁵² So auch die allgM in Deutschland, s. zB Eisen, Haftung 341; Mühl, Haftung, Rz 225, 233; ebenso zum schweizerischen Recht Vasella, Haftung 288.

⁵²⁵³ S. zur Einschränkung die Klarstellung in ErläutRV KSchG-Novelle 1997, 20.

zulässigerweise freizeichnen.⁵²⁵⁴ Nichts anderes gilt für „im einzelnen“ ausgehandelte Haftungseinschränkungsvereinbarungen (vgl. § 6 Abs 1 KSchG mit Abs 2 *leg cit*). Im Verhältnis zum Verbraucher fragt sich bloß, ob die Ratingagentur selbst ihre Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten nicht ausschließen kann.⁵²⁵⁵ ME besteht aber insoweit sehr wohl eine Freizeichnungsmöglichkeit.⁵²⁵⁶

Besonders problematisch ist dagegen die Gültigkeit haftungseinschränkender Vereinbarungen im Verhältnis Ratingagentur – Emittent sowie Ratingagentur – Unternehmer-Anleger, die überhaupt nicht gesondert geregelt ist. Aus diesem Grund sollen die Grenzen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit in diesen Haftungsbeziehungen genauer untersucht werden.

Auch nach dem oben vorgeschlagenen System der „quasi-vertraglichen“ Vertrauenshaftung gem. § 1300 Satz 1 ABGB (S 173 ff) wäre grundsätzlich eine haftungsbeschränkende Erklärung der Ratingagentur gegenüber vertraglich nicht mit ihr verbundenen Anlegern relevant.⁵²⁵⁷ Diese kapitalmarktrechtliche Dritthaftung ist mE allerdings analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 4 UGB zwingender Natur,⁵²⁵⁸ sodass die Ratingagentur ihre Verantwortlichkeit insoweit im Voraus überhaupt nicht wirksam zulasten der Anleger einschränken kann (vgl. auch § 11 Abs 4 KMG). Die im Folgenden aufgezeigten Schranken von Freizeichnungserklärungen haben aber immerhin praktische Bedeutung für sonstige Fälle der Informations(dritt-)haftung gem. § 1300 Satz 1 ABGB, insb. der (klassischen) Gutachter-Dritthaftung.

Auch für die deliktische Haftung der Ratingagentur gegenüber Anlegern (§ 1300 Satz 2 ABGB [dazu oben S 303 ff], Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 2 EU-RatingVO) und Emittenten (§ 1330 Abs 2 ABGB [dazu oben S 422 ff], Art 35a Abs 1, Abs 1 UnterAbs 3 EU-RatingVO) haben die folgenden Ausführungen grundsätzlich keine Bedeutung, weil die Haftung nach Deliktsrecht nicht einseitig disponibel ist (zur EU-RatingVO s. bereits oben S 488 ff, S 532 ff).⁵²⁵⁹ Anderes gilt also nur dann, wenn die Ratingagentur mit dem Geschädigten einen gesonderten Haftungsbeschränkungsvertrag betreffend die deliktische Verantwortlichkeit abschließt oder eine haftungsbeschränkende Klausel aus einem sonstigen (zB Rating- oder Abonnement-)Vertragsverhältnis auch die (konkurrierende)

⁵²⁵⁴ Vgl. für Deutschland Meyer, Rechtsfragen 93 FN 342; Eisen, Haftung 341.

⁵²⁵⁵ Vgl. Gass, Schadenersatzansprüche 155.

⁵²⁵⁶ Vgl. die sinngemäß geltende Argumentation unten unter „Teil 3.II.A.3.a. Kritik an den herrschenden Meinungen“; vgl. aber RIS-Justiz RS0117267.

⁵²⁵⁷ S. oben nach FN 2545. Selbiges würde auch dann gelten, wenn man die Dritthaftung der Ratingagenturen aufgrund des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejahen wollte (s. oben bei FN 1366).

⁵²⁵⁸ S. oben nach FN 3663.

⁵²⁵⁹ Vgl. Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 20; Blaurock, ZGR 2007, 631.

deliktische Haftung regeln soll.⁵²⁶⁰ Letzteres wird nach dem hypothetischen Parteiwillen (vgl § 914 ABGB) im Zweifel anzunehmen sein.⁵²⁶¹

2. Meinungsstand

a. Deutschland

Da die Haftung von Ratingagenturen einschließlich der Disponibilität derselben wesentlich intensiver in Deutschland als in Österreich diskutiert wird, soll ausnahmsweise zuerst auf den deutschen Meinungsstand Bezug genommen werden. Dort vertritt die hA, dass sich die Ratingagentur als Vertrauensintermediär formularmäßig (in aller Regel) selbst für leicht fahrlässige Verstöße gegen die „Kardinalpflichten“ bei der Raterstellung (Unabhängigkeit, Objektivität, Sachkunde) nicht freizeichnen könne.⁵²⁶² Gestützt wird dies insb auf § 307 Abs 2 Z 2 BGB. Danach ist eine in AGB enthaltene Einschränkung wesentlicher, dh mit der Natur des (Rating- bzw Abonnement-)Vertrags verknüpfter Pflichten im Zweifel unwirksam, wenn dadurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird (unangemessene Benachteiligung).⁵²⁶³ Damit wird für den Regelfall im Ergebnis eine privatautonome Haftungsreduktion seitens der Ratingagentur überhaupt ausgeschlossen.⁵²⁶⁴

⁵²⁶⁰ S bereits oben bei FN 4349.

⁵²⁶¹ S bereits oben bei FN 4350.

⁵²⁶² Hennrichs in FS Hadding (2004) 884; Habersack, ZHR 169 (2005) 203 f; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 705, 716; Meyer, Rechtsfragen 85; Eisen, Haftung 262 f; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 667; Berger/Stemper, WM 2010, 2294; Mühl, Haftung, Rz 123 ff, 233; Arntz, BKR 2012, 93; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 51; Amort, EuR 2013, 277; Schuler, Verantwortlichkeit 278 ff; Halfmeier, VuR 2014, 332; vgl auch Däubler, BB 2003, 434 („erhebliche Bedenken“); s auch Vetter, WM 2004, 1707 (für die Haftung gegenüber dem Emittenten); anders ders, ebd 1708 (die Haftung gegenüber Anlegern könne auf grob schuldhaftes Pflichtverstöße begrenzt werden); für die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit auch v. Schweinitz, WM 2008, 957; abw auch Lemke in Büschgen/Everling, Handbuch Rating, 617 (je nach Interessenabwägung Haftungsfreizeichnung uU für einfache Fahrlässigkeit zulässig); wohl offenlassend Krimphove/Kruse, ZfK 2005, 415; krit zur hM, aber mit selben Ergebnis (arg Unzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion) Schroeter, Ratings 882 mit FN 60.

⁵²⁶³ Hennrichs in FS Hadding (2004) 884; Krämer in Achleitner/Everling, Handbuch Ratingpraxis 705, 716; Meyer, Rechtsfragen 84 f; Eisen, Haftung 262 f; Berger/Stemper, WM 2010, 2294; Mühl, Haftung, Rz 124, 233; Arntz, BKR 2012, 93; Göres in Habersack/Mülbart/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 51; Schuler, Verantwortlichkeit 278 ff; s auch Blaurock, ZGR 2007, 630; vgl auch Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 667. Zur alten Rechtslage in Deutschland vertreten Ebenroth/Daum, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11, die Ansicht, dass eine Freizeichnung der Ratingagentur für leichte Fahrlässigkeit dann unwirksam sei, wenn sie die vertragswesentlichen Rechte und Pflichten aushöhlen und etwa dem Vertragspartner der Ratingagentur das vertragstypische Schadensrisiko aufbürden würde (was offenbar grunds in Betracht komme); ähnl Peters, Haftung 86 f, 140 f.

⁵²⁶⁴ Vgl nur Peters, Haftung 141, 143; Meyer, Rechtsfragen 85 (Ausnahme zB für den Ausschluss atypischer Schäden), 93; Eisen, Haftung 265; Mühl, Haftung, Rz 123, 233; Berger/Ryborz, WM 2014, 2244.

b. Österreich

An die dhA anknüpfend vertritt *Karner*, dass eine vorformulierte Freizeichnungsklausel bereits bei leichter Fahrlässigkeit der Ratingagentur unwirksam sein könne, soweit diese „Kardinalpflichten“ verletzt.⁵²⁶⁵

Die Judikatur hat sich auch hierzulande nicht ausdrücklich zur Einschränkung der Haftung von Ratingagenturen geäußert. Die Entscheidungen zur zulässigen Reichweite eines vertraglichen Haftungsausschlusses in anderen Zusammenhängen sind uneinheitlich. Besonders fraglich ist danach, ob bzw inwieweit die Haftung für grob fahrlässiges Fehlverhalten abbedungen werden kann. Zum Teil wurde dies bejaht, zum Teil verneint.⁵²⁶⁶ Nach einer differenzierenden Judikatur sei die Unwirksamkeit umso eher dann anzunehmen, je atypischer der eingetretene Schaden ist.⁵²⁶⁷ Zumindest in Bezug auf Bonitätsauskünfte dürfte sich aber wohl jene, insb auf *Welser*⁵²⁶⁸ gestützte, Rsp durchgesetzt haben, wonach (nur) eine Freizeichnung für vorsätzliches und „krass grob“ fahrlässiges Verhalten (nicht aber für einfach und „schlicht grob“ fahrlässiges Verhalten) unwirksam sein soll.⁵²⁶⁹

3. Eigene Ansicht

a. Kritik an den herrschenden Meinungen

1) Für Österreich abzulehnen ist mE die Versagung einer Freizeichnungsmöglichkeit der Ratingagenturen sogar für bloß leichte Fahrlässigkeit, wie es der dhA⁵²⁷⁰ entspricht. Vor allem fehlt hierzulande eine dem § 307 Abs 2 Z 2 BGB vergleichbare Bestimmung. Eine automatische Übertragung der dieser Norm zugrunde liegenden Wertung in die österreichische Rechtsordnung erscheint daher bedenklich,⁵²⁷¹ zumal der damit am ehesten vergleichbare § 6 Abs 2 Z 5 KSchG gerade auf den Fall der Übernahme einer Sache zur Bearbeitung beschränkt ist⁵²⁷².

⁵²⁶⁵ *Karner*, ÖBA 2010, 591 (eine nicht einzeln ausgehandelte Haftungsfreizeichnung für grobes Verschulden sei außerdem jedenfalls unzulässig); für die Schweiz nimmt *Vasella*, Haftung 261 f, in bestimmten Fällen auch eine Unwirksamkeit der Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit an (freilich mit abw Begründung).

⁵²⁶⁶ Bejahend etwa noch k. k. OGH Nr. 15.809 GIUNF/2838 (VII, S 568 [569 f]); verneinend etwa OGH 6 Ob 541/92 ÖBA 1993, 225 (228) (*Jabornegg*); zur Rsp s auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/5; *Welser*, Haftung 105 f.

⁵²⁶⁷ RIS-Justiz RS0038178 insb mit T22; näher dazu noch unten bei FN 5283.

⁵²⁶⁸ *Welser*, Haftung 119 f.

⁵²⁶⁹ OGH 8 Ob 182/66 JBl 1967, 369 (370); 7 Ob 666/84 JBl 1986, 168 (172); seither stRsp, s nur RIS-Justiz RS0038178; zust wohl *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 879 Rz 246; s auch *Öllinger*, Haftung 230, der diese Judikatur auf die Freizeichnung durch Ratingagenturen überträgt; zR krit zu dieser Rsp *Jabornegg*, JBl 1986, 148; offen *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1044.

⁵²⁷⁰ Dazu oben unter „Teil 3.II.A.2.a. Deutschland“.

⁵²⁷¹ S aber OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02 f.

⁵²⁷² Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/16, der diese Beschränkung freilich als „eigenartig“ bezeichnet.

Davon abgesehen, ist es mE mehr als fraglich, ob der jeweilige Vertragszweck in jedem Fall tatsächlich gefährdet wird, wenn die Ratingagentur nicht für leichte Sorgfaltsverstöße im Rahmen der Bonitätsbewertung haften soll. Denn in einer solchen Freizeichnung könnte man auch bloß eine legitime Umschreibung und Absicherung des ratingspezifischen Ermessensspielraums erblicken (vgl. Art 35a Abs 1 EU-RatingVO⁵²⁷³). Diese Erwägung trifft mE auch auf marktführende Ratingagenturen zu.⁵²⁷⁴ Zudem brächte eine rechtsfolgenrelevante Abgrenzung zwischen marktmächtigen und sonstigen Ratingagenturen zusätzlich Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage nach den Grenzen der zulässigen Haftungsfreizeichnung mit sich⁵²⁷⁵ und ist daher abzulehnen.

2) Aber auch der öhM und dem Konzept der „krass groben“ Fahrlässigkeit⁵²⁷⁶ ist mE nicht zu folgen. Dagegen spricht zunächst die historische Interpretation, weil sich v. Zeiller ausdrücklich von einer weiteren „Zerstückelung“ des dreigliedrigen Verschuldensbegriffs des ABGB (leichte Fahrlässigkeit – grobe Fahrlässigkeit – Vorsatz⁵²⁷⁷) distanziert hat;⁵²⁷⁸ dies mE auch mit gutem Grund: Wenn an sich schon die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit sowie zwischen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz schwerfällt, dann sollte man die Rechtsunsicherheit nicht noch weiter steigern, indem man eine weitere rechtsfolgenrelevante Fahrlässigkeitsschiene „erfindet“.⁵²⁷⁹ Jedenfalls müsste dies dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben (vgl. dazu die Anerkennung der *culpa levissima* in § 2 Abs 1, § 3 Abs 2, § 4 Abs 2, § 6 DHG), auch wenn ihm davon aus rechtspraktischen Gründen mE abzuraten ist. Wie will man rechtssichere iSv vorhersehbare Kriterien für die Beantwortung der Frage aufstellen, ob ein Fehlverhalten als besonders (= grob) fahrlässig oder doch als besonders besonders (= „krass grob“) fahrlässig zu qualifizieren ist? In den Worten *Martinis* lassen sich solche „mittlere Arten“ der (groben) Fahrlässigkeit nicht „berechnen“.⁵²⁸⁰

3) Nicht überzeugend ist mE auch die Differenzierung nach der Art des eingetretenen Schadens, namentlich, dass es für die Wirksamkeit einer Freizeichnung im konkreten Fall darauf ankommen soll, ob der (adäquat verursachte) Schaden „typischer“ oder „atypischer“

⁵²⁷³ Und dazu oben nach FN 4722.

⁵²⁷⁴ Vgl. aber das Argument bei *Däubler*, BB 2003, 434; vgl. dazu auch OGH 4 Ob 179/02 f. ÖBA 2003, 141 (143 f): „Kumulierung der Verdünnungsmomente“; *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1047 f.

⁵²⁷⁵ Vgl. *Welser*, Haftung 118.

⁵²⁷⁶ Dazu oben unter „Teil 3.II.A.2.b. Österreich“.

⁵²⁷⁷ S. aber auch die rechtsfolgenrelevante Differenzierung innerhalb des Bereichs des vorsätzlichen Verhaltens in § 1331 ABGB: Handelt der Schädiger aus Mutwillen und Schadenfreude, ist der Geschädigte berechtigt, den Wert der besonderen Vorliebe zu fordern (Selbiges gilt bei Verstößen gegen ein Strafgesetz).

⁵²⁷⁸ V. Zeiller, ABGB (1813) § 1295 Anm 2 ff. (dort gegen die Unterscheidung von drei Fahrlässigkeitsstufen); vgl. auch *Unger*, System II⁵, 239 f.: Aufgabe der dreiteiligen *culpa* aus praktischen Gründen; *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 396 ff.: Absage an die gemeinrechtliche Fahrlässigkeitsvielfalt, „um das Gesetz praktikabel zu machen“; ferner III 13 § 13 EntwMartini; III 13 § 423 WgGB.

⁵²⁷⁹ Ähnlich *Jabornegg*, JBl 1986, 148.

⁵²⁸⁰ III 13 § 13 EntwMartini; dazu *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Privatrechtskodifikation 398; vgl. auch III 13 § 423 WgGB.

Natur ist. Zum einen wird mit einer derartig einzelfallbezogenen Unterscheidung die Rechtsunsicherheit noch weiter erhöht, zumal die genaue Abgrenzung zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Schäden äußerst schwer fallen dürfte.

Zum anderen spricht das fragliche Argument sowohl für die Wirksamkeit als auch für die Ungültigkeit der Vertragsbestimmung,⁵²⁸¹ sodass besser gleich darauf zu verzichten ist. Einerseits könnte man nämlich vertreten, dass eine Freizeichnungsklausel (auch unter Berücksichtigung der Vertragsauslegung) für einen atypischen Schaden keine Geltung beanspruchen dürfe, weil der Vertragspartner des Klauselverwenders bei Vertragsunterfertigung typischerweise nicht an solche Schäden denkt (insofern „verdünnte Willensfreiheit“⁵²⁸²).⁵²⁸³ Andererseits ließe sich mit gutem Grund behaupten, die Freizeichnungsklausel wirke sogar eher für atypische Schäden, weil sie dann als Abgrenzung der Haftungszurechnung fungiere und der Klauselverwender hieran ein billigenswertes Interesse habe⁵²⁸⁴. Unter diesem Blickwinkel müsste für gewöhnliche Schäden jedenfalls bzw in größerem Ausmaß eine Haftung bestehen (vgl auch Art 74 UN-Kaufrecht).⁵²⁸⁵

Überhaupt ist es mE trotz des insofern unglücklichen Wortlauts des § 879 Abs 3 ABGB problematisch, mit *Koziol*⁵²⁸⁶ bei der Inhaltskontrolle „eine ganze Reihe von [...] Momenten“ iS eines beweglichen Systems zu berücksichtigen. Denn die Rechtsunsicherheit erhöht sich mit der Anzahl der berücksichtigungswürdigen Momente, womit gleichzeitig eine standardisierte Vertragsgestaltung erheblich erschwert wird.

b. Problemlösung: Analogie zu § 6 Abs 1 Z 9 KSchG

1) Die für die hier interessierende Problematik einschlägige Norm ist § 879 ABGB, insb dessen Abs 3.⁵²⁸⁷ Danach ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Vertragsteil gröblich benachteiligt. Die Norm ist nach ihrem Wortlaut nur auf Vertragsregelungen anzuwenden, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen *festlegen*. Da die Vereinbarung über die Haftungsfolgen allfälliger Sorgfaltswidrigkeiten

⁵²⁸¹ Vgl Gass, Schadenersatzansprüche 160 mit FN 530.

⁵²⁸² S dazu noch unten bei FN 5298.

⁵²⁸³ S die Argumentation bei RIS-Justiz RS0038178 insb mit T 22; s zur älteren Judikatur auch Welser, Haftung 118.

⁵²⁸⁴ Vgl die Erwägungen in ErläutRV KSchG 24 f.

⁵²⁸⁵ Vgl die Kritik an der Rsp bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/6, 18/9 f (auch unter Hinweis auf Art 74 UN-Kaufrecht); in diese Richtung auch *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 11 (Zulässigkeit des Ausschlusses untypischer und exzessiver Schadensrisiken); *Peters*, Haftung 87, 143 (Haftungsbegrenzung auf den vertragstypischen Schaden); *Meyer*, Rechtsfragen 85; *Eisen*, Haftung 263; *Schuler*, Verantwortlichkeit 279 f.

⁵²⁸⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/11 ff.

⁵²⁸⁷ Vgl *Jabornegg*, JBl 1986, 147 f; OGH 6 Ob 541/92 ÖBA 1993, 225 (228) (*Jabornegg*); gegen die Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB im gegebenen Zusammenhang aber wohl *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1045 („überflüssig“), 1049 (Lösung mit § 879 Abs 1 ABGB).

nicht die *essentialia* des Vertrags definiert, ist § 879 Abs 3 ABGB auf vorformulierte Haftungsfreizeichnungsklauseln anzuwenden.⁵²⁸⁸

Ob eine unzulässige gröbliche Benachteiligung vorliegt, ist ausweislich der Materialien danach zu entscheiden, inwiefern die verdächtige Vertragsbestimmung vom dispositiven Recht abweicht;⁵²⁸⁹ je krasser der Unterschied, desto eher liegt eine Unzulässigkeit nahe.⁵²⁹⁰ Nach dispositivem Recht würden die Ratingagenturen *ex contractu* für jeden Verschuldensgrad haften (§ 1295 Abs 1, §§ 1323 f, 1331 f ABGB); nach ihren Freizeichnungsklauseln trifft sie hingegen gar keine Verantwortung. Schon *Unger* hat indes darauf hingewiesen, dass eine Freizeichnung für vorsätzliches Verhalten ungültig ist⁵²⁹¹ (vgl auch § 275 Abs 2 UGB). In der Tat wäre es äußerst bedenklich, wenn es die Rechtsordnung gestatten würde, sich selbst der absichtlichen Schädigung durch einen anderen verbindlich preiszugeben (vgl § 276 Abs 3 BGB⁵²⁹²). Daher kann sich eine Ratingagentur von der Haftung gegenüber Anlegern nach § 1300 Satz 2 ABGB gar nicht wirksam freizeichnen.⁵²⁹³

2) Was für den Bereich der fahrlässigen Schädigung zu gelten hat, ist freilich nicht so eindeutig zu beantworten. Immerhin hat der Gesetzgeber mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG anerkannt, dass bei Vorliegen eines typischen „Verhandlungs-Ungleichgewichts“ der Vertragspartner iS einer Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer⁵²⁹⁴ eine Freizeichnung für die grob fahrlässige Zufügung von Sach- und Vermögensschäden unwirksam sein soll. Entsprechend der Grundtendenz dieser Arbeit soll diese positiv-rechtliche Wertung auch zur Bestimmung der Grenzen zulässiger Haftungsbeschränkungen im B2B-Bereich herangezogen werden, zumal die Materialien zum KSchG die Möglichkeit einer Analogie sogar hervorstreichen⁵²⁹⁵ (vgl auch § 2 Abs 1 KSchG⁵²⁹⁶).

ME ist § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dann analog anzuwenden, wenn zwischen den Vertragspartnern typischerweise ein vergleichbares Ungleichgewicht bei der „Aushandlung“ der fraglichen Vertragsbestimmungen besteht.⁵²⁹⁷ Eine solche

⁵²⁸⁸ Vgl ErläutRV KSchG 47, wonach die durch das nachgiebige Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, zB Zeit und Ort der Erfüllung, unter § 879 Abs 3 ABGB subsumierbar sind.

⁵²⁸⁹ ErläutRV KSchG 47; s auch *F. Bydlinski* in FS Kastner (1972) 63; *Welser*, Haftung 104; *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1045.

⁵²⁹⁰ Vgl JAB KSchG 5.

⁵²⁹¹ *Unger*, System II², 242 FN 21 aE; s auch RIS-Justiz RS0038178; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 51; *F. Bydlinski* in FS Kastner (1972) 63; ErläutRV KSchG 24.

⁵²⁹² S dazu nur *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 883; *Göres* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 51; *Ebenroth/Daum*, WM 1992 SonderBlg Nr 5, 10.

⁵²⁹³ Vgl *Welser*, Haftung 103.

⁵²⁹⁴ ErläutRV KSchG 14, 21; s auch ErläutRV KSchG 46: „durch die Unterlegenheit verursachte Willensbeeinträchtigung“.

⁵²⁹⁵ Vgl ErläutRV KSchG 21 (§ 6 KSchG als Auslegungshilfe für § 879 ABGB), 14, 21, 46 (Unterlegenheit des Vertragspartners könne auch in anderen Situationen gegeben sein; Anwendung des § 6 KSchG in solchen Fällen).

⁵²⁹⁶ Und dazu ErläutRV KSchG 17 (iZw für Analogie und gegen Umkehrschluss); *Jabornegg*, JBl 1986, 146; *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1043.

⁵²⁹⁷ Die Notwendigkeit einer Typusbetrachtung heben die ErläutRV KSchG 21, hervor.

Typusbetrachtung ist mit *Jabornegg* unter Unternehmern dann gerechtfertigt, wenn die Freizeichnung in den AGB oder in (sonstigen) vorformulierten Vertragsbestimmungen des sich freizeichnenden Vertragspartners enthalten ist, weil diesfalls regelmäßig eine „verdünnte Willensfreiheit“ auf Seiten der anderen Vertragspartei vorliegen wird⁵²⁹⁸.⁵²⁹⁹ Letzterer werden die für sie nachteiligen Vertragsklauseln gewissermaßen „untergeschoben“, weswegen sie besonderen Schutzes bedarf (vgl auch die strengeren Maßstäbe der § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 2 KSchG).⁵³⁰⁰

Die Freizeichnung für (auch von Gehilfen⁵³⁰¹) grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden ist unter Unternehmern daher analog § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dann unwirksam, wenn sie in AGB oder vorformulierten Vertragsbestimmungen erfolgt.⁵³⁰² Auch eine summenmäßige Haftungsbegrenzung entfaltet insoweit keine Wirkung (*arg* § 6 Abs 1 Z 9 KSchG). Wird der Haftungsausschluss im B2B-Bereich dagegen individualvertraglich vereinbart, kann die Verantwortlichkeit für fahrlässiges Fehlverhalten im Hinblick auf das bloße Vermögen gänzlich abbedungen werden; die Grenze verläuft hier erst bei vorsätzlichem Handeln.⁵³⁰³ Nur insofern ist also der Umkehrschluss aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG geboten.

Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn der Wortlaut der fraglichen Klausel die Grenzen des legitimen Gestaltungsspielraums überschreitet, so etwa wenn (wie in den Standardverträgen der Ratingagenturen) eine AGB-Klausel entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (analog) jegliche Haftung ausschließt.

3) Eine geltungserhaltende Reduktion bis zur Grenze des gesetzlich Zulässigen (hier: Reduktion auf eine Freizeichnung für einfach fahrlässiges Fehlverhalten) wird zum Teil abgelehnt,⁵³⁰⁴ weil eine derartig überschießende Klausel entgegen § 6 Abs 3 KSchG intransparent sei,⁵³⁰⁵ dies gelte nach manchen sogar im B2B-Bereich.⁵³⁰⁶ Der Verwender

⁵²⁹⁸ S ErläutRV KSchG 46, 48; *F. Bydlinksi* in FS Kastner (1972) 60; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/12, 18/22. Zu den Gefahren der AGB s auch ErläutRV KSchG 12 (Beeinträchtigung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit). Zur Beachtlichkeit der „verdünnten Willensfreiheit“ für die Einfügung des § 6 KSchG s ErläutRV KSchG 21.

⁵²⁹⁹ *Jabornegg*, JBl 1986, 145; *ders*, ÖBA 1993, 229.

⁵³⁰⁰ Vgl JAB KSchG 5: Schutz vor vorgeordneten Vertragsbestimmungen.

⁵³⁰¹ So ausdr § 6 Abs 1 Z 9 KSchG; s dazu ErläutRV KSchG 24; vgl demgegenüber § 278 Satz 2 BGB; s zu diesem Unterschied auch *Welser*, Haftung 116 f. Durch das KSchG ist mE die historische Stellungnahme in Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 267, überholt, wonach die Haftung für Gehilfen im Vertrag ganz oder tw abgelehnt werden könne (dies zu *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/17 mit FN 43).

⁵³⁰² So bereits *Jabornegg*, JBl 1986, 145 ff. Dies deckt sich mit der dhM, die freilich darüber hinausgeht (s oben unter „Teil 3.II.A.2.a. Deutschland“); ausdr zur Unzulässigkeit des formularmäßigen Haftungsausschlusses für grobe Fahrlässigkeit etwa *Schuler*, Verantwortlichkeit 278, 280.

⁵³⁰³ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/22 (bei entgeltlichen Verträgen und gleichrangigen Vertragspartnern); aA *Reischauer*, ÖJZ 2009, 1043 ff, 1049, der einen Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit grunds allg für unwirksam erachtet und nur bei unentgeltlichen Bonitätsauskünften, mögen diese auch nicht selbstlos erteilt werden, eine Ausnahme hiervon erwägt.

⁵³⁰⁴ *Hennrichs* in FS Hadding (2004) 884; *Blaurock*, ZGR 2007, 630; *Eisen*, Haftung 261; *Schuler*, Verantwortlichkeit 278 FN 1617, 280 f; aA jedoch *Welser*, Haftung 103; für die Schweiz *Vasella*, Haftung 260 FN 1119.

⁵³⁰⁵ Vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (2013) § 879 Rz 300; iE auch *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 30; OGH 4 Ob 229/13 z JBl 2014, 596 (597); anders aber *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 879 Rz 256.

⁵³⁰⁶ S *Koziol/Welser*, Grundriss I³, 183 f (jedenfalls bei evidenter Rechtswidrigkeit der Klausel); aA aber insb OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12 w; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 30.

könne umfassende Haftungsausschlussklauseln zulasten rechtsunkundiger Vertragspartner missbrauchen, die auf den Wortlaut der jeweiligen Regelung vertrauen.⁵³⁰⁷ Dadurch erlange er einen unlauteren Vorteil gegenüber denjenigen, die ihre Klauseln von vornherein korrekt formulieren. Im Sinne einer optimalen Verhaltenssteuerung sei daher die überschießende Klausel zur Gänze als unwirksam zu betrachten. Damit werde auch eine Harmonie mit der Wertung des § 934 ABGB (*laesio enormis*) erzielt, der eine Heilung des mangelhaften Geschäfts nur unter der Voraussetzung zulasse, dass die Inäquivalenz zur Gänze beseitigt werde (und nicht bloß bis zur Grenze des gesetzlich Zulässigen).⁵³⁰⁸

Für die Praxis ist zu beachten, dass der OGH⁵³⁰⁹ – einer neueren Entscheidung des EuGH⁵³¹⁰ folgend – von einem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bei Verbraucherverträgen ausgeht. Gestützt wird dies auf Art 6 Abs 1 Klausel-RL (93/13/EWG)⁵³¹¹, der mE aber diesbezüglich keine eindeutige Regelung enthält.

4) Die Frage nach der (Un-)Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion überschießender Haftungsfreizeichnungsklauseln reiht sich in die Problematik der Teilgültigkeit von Vertragsregelungen ein. ME muss der Verbotszweck darüber entscheiden, ob eine ihrem Wortlaut nach verbots- bzw sittenwidrige Klausel Restgültigkeit beanspruchen kann.⁵³¹² Wenn man dafür stattdessen (mE unzutreffender Weise) auf den hypothetischen Parteiwillen abstellen wollte,⁵³¹³ müsste wohl immer eine geltungserhaltende Reduktion bejaht werden, weil diese dem tatsächlich vereinbarten Vertragsinhalt stets am nächsten kommt.

Weder der Zweck des § 879 (Abs 3) ABGB noch jener des § 6 KSchG verlangt nun mE eine „Abstrafung“ desjenigen, der sich einer zu weitgehenden Haftungsausschlussklausel bedient. Dies gilt mE im B2B-, B2C- sowie im C2C-Bereich und unabhängig davon, ob es sich um eine AGB-Klausel oder um eine im Einzelnen ausgehandelte Klausel handelt: Zum einen wird die durch § 879 ABGB sanktionierte Inäquivalenz der Vertragspflichten und -rechte durch die geltungserhaltende Reduktion ausgeglichen. § 934 ABGB zwingt mE zu keiner anderen Betrachtung, ihr Zweck könnte vielmehr zur Untermauerung der hier vertretenen Auslegung herangezogen werden: Die Norm will ein angemessenes Verhältnis

⁵³⁰⁷ Vgl Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 55; *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³, 183.

⁵³⁰⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³, 183 f (unter Hinweis auf *Kletečka* in *Aicher/Holoubek*, Der Schutz von Verbraucherinteressen 147 und *Leitner*, Transparenzgebot 119).

⁵³⁰⁹ OGH 4 Ob 229/13 z JBl 2014, 596 (597).

⁵³¹⁰ EuGH C-618/10 JBl 2012, 434 *Banco Español de Crédito/Calderón Camino*.

⁵³¹¹ „Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest ; sie sehen ferner vor, daß der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann.“

⁵³¹² Vgl schon Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle) 138.

⁵³¹³ Die hM will den hypothetischen Parteiwillen hierbei aber zumindest mitberücksichtigen, s etwa *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 30.

von Leistung und Gegenleistung herstellen. Bei Versagung der geltungserhaltenden Reduktion wäre die Äquivalenz der Vertragsleistungen aber gerade einseitig beeinträchtigt. Denn dann würde die haftungsbeschränkende Klausel zur Gänze wegfallen und sich das Haftungsrisiko des Klauselverwenders folglich noch deutlicher erhöhen, ohne dass er dafür einen Ausgleich in Form eines höheren Entgelts bekäme.

Zum anderen macht eine solche Klausel dem Vertragsgegner mE in legitimer Weise hinreichend deutlich, dass der Klauselverwender seine Haftung soweit ausschließen will, wie es das Gesetz zulässt. Denn kein vernünftiger Vertragspartner wird annehmen dürfen, dass sich der Klauselverwender über zwingende Schranken der Privatautonomie hinwegsetzen kann (vgl auch die Wertung des § 2 ABGB).

Freilich ließe sich urgieren, dass auch ein ausdrücklicher „Haftungsausschluss soweit gesetzlich zulässig“ für sich schon intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG sei, weil der Vertragspartner des Verwenders einer solchen Formulierung selbst die Grenzen des gesetzlich Zulässigen erforschen müsse. Man darf aber nicht übersehen, dass die dadurch geschaffene Intransparenz zu einem guten Teil auch auf eine unübersichtliche und in sich widersprüchliche Rsp zurückzuführen ist,⁵³¹⁴ die dem Klauselverwender nicht angelastet werden darf. Wollte er seine Freizeichnungsklauseln „retten“, müsste er, wenn man der hier abgelehnten Ansicht folgt, seine Verträge stets an die (schwankende) Judikatur, an seinen Vertragspartner und möglicherweise auch an die sonstigen Begleitumstände (bewegliches System?⁵³¹⁵) anpassen. Angesichts der Meinungsvielfalt im Hinblick auf die Zulässigkeit vertraglicher Gestaltungsfreiheit könnte aber wohl nie mit Gewissheit vorhergesehen werden, ob ein Gericht die Reichweite der jeweiligen Freizeichnungsklausel im Einzelfall gestattet, oder nicht. Die Formulierung einer „jedenfalls“ kontrollfesten iSv gerade noch zulässigen Klausel kann daher mE einem AGB-Verwender nicht zugemutet werden, zumal eine Klauselanpassung durch diesen im Einzelfall auch die Transaktionskostenersparnis durch AGB⁵³¹⁶ vermindern bzw vernichten könnte.⁵³¹⁷

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich der verhaltenssteuernde Effekt, der von den Vertretern des Verbots von der geltungserhaltenden Reduktion bezweckt wird, mE

⁵³¹⁴ Vgl Gass, Schadenersatzansprüche 152.

⁵³¹⁵ Vgl oben bei FN 5286.

⁵³¹⁶ S dazu ErläutRV KSchG 12: „sinnvolles Mittel zur Rationalisierung des rechtsgeschäftlichen Massenverkehrs“.

⁵³¹⁷ Auch im Rahmen der Haftung nach Art 35a EU-RatingVO besteht mE kein Verbot geltungserhaltender Reduktion haftungsbeschränkender Klauseln (s oben bei FN 4877; aA Gass, Schadenersatzansprüche 150 f).

ausreichend auch dadurch erreichen lässt, indem man nur im Verbandsprozess nach § 28 KSchG (nicht aber im Individualprozess) eine geltungserhaltende Reduktion ablehnt.⁵³¹⁸

B. Mitverschulden des Anlegers bzw Emittenten nach § 1304 ABGB

1) § 1304 ABGB ist hinsichtlich der Problematik des Mitverschuldens ieS des von der Ratingagentur geschädigten Anlegers und Emittenten mE nur im Rahmen der Haftung nach österreichischem Recht (S 9 ff) anzuwenden.⁵³¹⁹ Anders als nach der EU-RatingVO kommt es also diesfalls zu einer anteiligen Schadensteilung nach Maßgabe der Verschuldensteile. Im Übrigen gelten mE aber für den Maßstab des Mitverschuldens iSd § 1304 ABGB die Ausführungen zur Culpakompensation iSd EU-RatingVO (oben S 525 ff) sinngemäß.

2) Sowohl im Rahmen der Haftung nach ABGB als auch bei Anwendung des Art 35a EU-RatingVO ist der Schadenersatzanspruch des Geschädigten gem § 1304 ABGB zu kürzen, wenn dieser seine Schadensminderungsobliegenheit verletzt.⁵³²⁰ In Bezug auf Anlegerschäden wird diese bekanntlich relativ intensiv diskutiert. Fraglich ist, ob den Anleger die Obliegenheit trifft, den Schaden dadurch möglichst gering zu halten, dass er die schadensträchtigen Wertpapiere (nicht) verkauft bzw die gewinnbringenden Wertpapiere zeitgerecht erwirbt. Erwogen wird auch, ob der Anleger den Schädiger über den Schadensfall nicht wenigstens informieren muss.⁵³²¹ Damit bekäme Letzterer die Möglichkeit, über weitere Transaktionen zu entscheiden, die den Schaden vermindern oder gar neutralisieren könnten.

Eine Obliegenheit des Anlegers, nach Kenntnis des Schadensfalls selbst Transaktionen zu tätigen oder zu unterlassen, ist mE abzulehnen. Niemand kann (zumindest ohne Zugriff auf Insiderinformationen) die Kursentwicklung von Wertpapieren mit Gewissheit vorhersehen, sodass eine Behalte-, Kauf- oder Verkaufsobliegenheit iSd § 1304 ABGB unzumutbar wäre.⁵³²²

⁵³¹⁸ Für ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsprozess auch die zutr hM, s nur RIS-Justiz RS0038205; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 26; *Kreji* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 879 Rz 256; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 56.

⁵³¹⁹ Vgl oben bei FN 4809.

⁵³²⁰ S oben in FN 4809 und bei FN 4835.

⁵³²¹ S zur Prospekthaftung RG Rep II 106/12 RGZ 80, 196 (202 f) (dort freilich auch zu den Beweisschwierigkeiten des Schädigers [Beweis der Bereitschaft zur Übernahme der schadhaften Papiere bei obliegenheitsgemäßem Verhalten des Geschädigten]); *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/84; zur Anlageberatung: *Brandl/Hohensinner*, ÖBA 2004, 605; *P. Bydlinksi*, ÖBA 2008, 171; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 732; sehr einschr *G. Kodek*, ÖBA 2012, 21; abl *Fleischer/Kalss*, AG 2002, 335 f (dort freilich in Bezug auf die Haftung des Emittenten wg fehlerhaften Kapitalmarktinformationen).

⁵³²² Vgl *Fleischer/Kalss*, AG 2002, 334 f (zur Emittentenhaftung wg fehlerhaften Kapitalmarktinformationen und mit weiteren überzeugenden Gründen); *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/84 (zur Prospekthaftung); zur Anlageberatung:

Eine Obliegenheit zur Information des Schädigers wäre nach dem hier vorgeschlagenen System der Kapitalmarktinformationshaftung grundsätzlich überflüssig, weil danach im Regelfall ohnehin nur Preisschadenersatz gebührt (und nicht Transaktionsschadenersatz; oben S 350 ff). Dies inkludiert, dass der Anleger an der zukünftigen Wertentwicklung der schadensträchtigen Papiere ohnehin sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht partizipiert.

Aus zwei Gründen ist dem Anleger vor dem Hintergrund des § 1304 ABGB mE dennoch eine Information der Ratingagentur anzuraten: Zum einen kann der Anleger bei vorsätzlichem Fehlverhalten der Ratingagentur sowie bei Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen ihm und der Ratingagentur von dieser mE die vollständige „Rückabwicklung“ der schadensträchtigen Transaktion verlangen.⁵³²³ In diesem Fall sollte er ihr zumindest die Option gewähren, die Konditionen der Schadensabwicklung zu ihren Gunsten zu beeinflussen (zB Ermöglichung der sofortigen Übernahme und Weiterverkauf der Wertpapiere, wenn ein weiterer [langfristiger] Kursverfall zu erwarten ist).⁵³²⁴

Zum anderen lässt sich mE aus § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB, welcher auf die Dritthaftung von Ratingagenturen analog anzuwenden ist (oben S 363 ff),⁵³²⁵ die Obliegenheit des Anlegers ableiten, die Ratingagentur von seinem Anspruch zu informieren.⁵³²⁶ Damit lässt sich eine Überkompensation dergestalt verhindern, dass die Ratingagentur Schadenersatz an die übrigen Anleger über die diesen zustehende Quote an der Haftsumme hinaus leistet.

3) Die Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit durch den Emittenten könnte etwa darin erblickt werden, dass dieser der Ratingagentur nach einer allfälligen Ratingaktualisierung keine weiteren aufklärenden Hinweise zukommen lässt, damit diese die Ratingnote neuerlich präzisieren kann. Eine Beauftragung eines schadensmindernden Ratings iS eines „Gegengutachtens“ wird man mE nur in Ausnahmefällen gem § 1304 ABGB vom Emittenten fordern dürfen,⁵³²⁷ etwa wenn ein solches Vorgehen bei der gebotenen *Ex-ante*-Betrachtung hinreichend erfolgsversprechend wäre. Stets wird man allerdings berücksichtigen müssen, dass selbst dem Emittenten die Fehlerhaftigkeit des Ratings nicht zwingend erkennbar sein muss. Die Erkennbarkeit wird umso eher dann

Brandl/Hohensinner, ÖBA 2004, 604 f; P. Bydlinski, ÖBA 2008, 171; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 732 (grunds nicht); G. Kodek, ÖBA 2012, 21; OGH 5 Ob 292/98 x ÖBA 1999, 733 (738); 8 Ob 123/05 d ÖBA 2006, 682 (685) (nur in Ausnahmefällen); speziell aus der Literatur zur Haftung von Ratingagenturen vgl Peters, Haftung 138; Meyer, Rechtsfragen 93; iE ähnl Korth, Dritthaftung 179 (nur in Ausnahmefällen); tendenziell strenger Vasella, Haftung 376 mit FN 1579.

⁵³²³ S oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff.γ.aa. Einschränkung des Transaktionsschadenersatzes“ aE.

⁵³²⁴ Für eine Anzeigeblikenheit gegenüber der Ratingagentur ebenso Gass, Schadenersatzansprüche 145.

⁵³²⁵ Dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.b. (Gesetzlicher) Haftungsumfang bei der Dritthaftung“.

⁵³²⁶ S oben bei FN 3692.

⁵³²⁷ S dazu bereits oben bei FN 4370.

anzunehmen sein, je mehr Einblick der Emittent in die Ratingmethodik der Agentur gewährt bekommt.

III. Internationales Zivilprozess- und Privatrecht

A. Internationales Zivilprozessrecht

In diesem Kapitel soll die Frage untersucht werden, ob sich die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte für Schadenersatzklagen (sowohl von Anlegern als auch von Emittenten) gegen Ratingagenturen begründen lässt. Diese Durchsetzungsproblematik hat deswegen besondere Bedeutung, weil die meisten Ratingagenturen (einschließlich der internationalen *global player*: *Standard & Poor's*, *Moody's*, *Fitch*) ihren Sitz außerhalb Österreichs haben,⁵³²⁸ sodass in den praktisch relevanten Haftungsfällen stets ein internationaler Bezug gegeben ist.

1. Zuständigkeit für Klagen gegen Ratingagenturen aus Drittstaaten (JN)

1) Soweit Schadenersatzansprüche gegen Ratingagenturen aus Drittstaaten, zB gegen die in New York ansässigen Muttergesellschaften von *Standard & Poor's* sowie *Moody's*⁵³²⁹ geltend gemacht werden sollen, sind die supranationalen Regelungen der EuGVVO nicht anwendbar (Art 4 Abs 1 EuGVVO). Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich dann alleine nach österreichischem Zivilprozessrecht.⁵³³⁰ § 27a JN normiert den Grundsatz, dass ein österreichisches Gericht dann international zuständig ist, wenn die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit desselben gegeben sind, was daher im Folgenden geprüft werden soll.

Ratingagenturen verfügen in der Regel mangels Sitzes im Inland hierzulande nicht über einen allgemeinen Gerichtsstand (§ 65 iVm § 75 Abs 1 JN). Der (besondere) Gerichtsstand der Niederlassung (§ 87 JN) kommt ebenso nicht Betracht, weil Ratingagenturen in aller Regel keine (Schein-⁵³³¹)Niederlassung oder Betriebsstätte in Österreich unterhalten:⁵³³² Österreich findet sich zumindest nicht in den auf den Webseiten der Ratingagenturen veröffentlichten Listen derjenigen Länder, in denen die Ratingagenturen „offices“ betreiben.⁵³³³ Auch der Gerichtsstand der Schadenszufügung (§ 92a JN) ist nicht

⁵³²⁸ Vgl Karner, ÖBA 2010, 588; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 662 FN 51; Göres in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 43; oben bei FN 20.

⁵³²⁹ Vgl Karner, ÖBA 2010, 588.

⁵³³⁰ Karner, ÖBA 2010, 589; vgl auch Amort, NZG 2013, 859 f.

⁵³³¹ Vgl dazu Karner, ÖBA 2010, 589.

⁵³³² Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 662 FN 51; Karner, ÖBA 2010, 589 FN 29.

⁵³³³ S etwa <https://www.moodys.com/Pages/contactus.aspx>, <https://www.spratings.com/about/get-in-touch>, <https://www.fitchratings.com/contact> (jeweils zuletzt abgerufen am 16.04.2015).

einschlägig, weil die praktisch relevanten Schadenersatzansprüche gegen Ratingagenturen stets die Kompensation von Vermögensschäden zum Gegenstand haben. Solche Streitigkeiten sollten nach dem im Gesetzeswortlaut deutlich zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers gerade vom Anwendungsbereich des § 92a JN ausgenommen sein (keine Sachverhaltsaufklärung an Ort und Stelle möglich und notwendig).⁵³³⁴

2) Im Hinblick auf vertragliche Schadenersatzansprüche wäre eine Parteienvereinbarung theoretisch denkbar, mit der österreichische Gerichte für Klagen aus dem Vertrag (einschließlich der Vertragsverletzung⁵³³⁵)⁵³³⁶ für international zuständig erklärt werden. Dies könnte durch eine explizite Gerichtsstandsvereinbarung geschehen (§ 104 Abs 1 Z 1 JN) oder durch die ausdrückliche Vereinbarung eines Erfüllungsorts in Österreich (§ 88 Abs 1 JN);⁵³³⁷ in beiden Fällen müsste die entsprechende Abrede aber urkundlich nachgewiesen werden (§ 104 Abs 1 Satz 2, § 88 Abs 1 Satz 2 JN). *In praxi* wird eine ausländische Ratingagentur aber wohl selten die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte mit ihrem Vertragspartner auf die eine oder andere Weise festlegen.⁵³³⁸

3) Größere praktische Relevanz auch für Österreich dürfte demgegenüber der Gerichtsstand des Vermögens (§ 99 JN) besitzen,⁵³³⁹ zumal der BGH eine Schadenersatzklage eines deutschen Anlegers gegen *Standard & Poor's* in Deutschland auf Basis des vergleichbaren § 23 dZPO grundsätzlich zugelassen hat.⁵³⁴⁰ Nach § 99 JN kann gegen Personen, die (wie die meisten Ratingagenturen) im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand haben, wegen vermögensrechtlicher Ansprüche⁵³⁴¹ bei jedem Gericht eine Klage eingebracht werden, in dessen Sprengel sich Vermögen dieser Personen befindet. Als Vermögen iSd § 99 JN kommen dabei auch Forderungen gegen Drittschuldner in Betracht, wobei sich die Belegenheit des Vermögens diesfalls nach dem Wohnsitz des Drittschuldners richtet (§ 99 Abs 2 JN).

⁵³³⁴ S ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 39.

⁵³³⁵ Vgl § 88 Abs 1 JN: „Entschädigung wegen [...] nicht gehöriger Erfüllung“.

⁵³³⁶ Zu den vertraglichen Schadenersatzansprüchen s oben bei FN 2728 sowie unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁵³³⁷ Vgl Karner, ÖBA 2010, 589.

⁵³³⁸ Vgl Dutta, IPraz 2014, 36.

⁵³³⁹ Gegen Gass, Schadenersatzansprüche 50 f.

⁵³⁴⁰ BGH III ZR 282/11 NJW 2013, 386; zust Göres in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 43; zur Entscheidung aus österreichischer Sicht *Garber/Neumayr*, ZFR 2014, 201 ff; s auch die Vorinstanz OLG Frankfurt 21 U 23/11 BeckRS 2011, 27061; dazu *Mankowski*, RIW 2012, 251 ff; *Theewen*, EwIR 2012, 227 f; krit *Gärtner/Massari*, BB 2012, 219; zum Verfahren s auch *Haar*, NZG 2010, 1281 f; *Däubler*, NJW 2013, 282 f; *Amort*, NZG 2013, 859 ff; *Baumert*, EwIR 2013, 363 f; für den Vermögensgerichtsstand bereits vor dem Verfahren *Eisen*, Haftung 214; s auch *Halfmeier*, VuR 2014, 328.

⁵³⁴¹ Zum Zweck der Beschränkung auf vermögensrechtliche Ansprüche s die deutschen Materialien, nachgewiesen in FN 5348 aE.

Für (vertragliche wie außervertragliche) Schadenersatzklagen von Anlegern und Emittenten gegen US-amerikanische Ratingagenturen bedeutet dies, dass diese vor österreichischen Gerichten zB insoweit geltend gemacht werden können, als der beklagten Ratingagentur Forderungen aus Abonnementverträgen oder Bewertungsverträgen gegen österreichische Anleger bzw österreichische Emittenten zustehen.⁵³⁴² Kommen aufgrund einer Vielzahl von Forderungen mehrere österreichische Gerichte als örtlich zuständige in Betracht, so darf der Kläger eines von ihnen frei wählen.⁵³⁴³

§ 99 Abs 1 JN nimmt allerdings eine wesentliche Einschränkung vor: Der Wert des im Inland befindlichen Gesamtvermögens⁵³⁴⁴ darf nicht unverhältnismäßig geringer sein, als der Wert des Streitgegenstands.⁵³⁴⁵ Die Materialien⁵³⁴⁶ äußern sich zum „auffallenden Mißverhältnis“⁵³⁴⁷ dahingehend, dass das im Inland befindliche Vermögen mindestens dafür ausreichen muss, um die voraussichtlichen Prozesskosten (bei durchschnittlichem Prozessverlauf) zu decken.⁵³⁴⁸ Das bedeutet aber, dass der Schadenersatzgläubiger auch nur einen Teil seiner Forderung gegen die Ratingagentur einklagen und so die erforderliche Verhältnismäßigkeit herstellen kann; zu diesem Zweck ordnet diese Norm eine Ausnahme von der Regel für die Streitwertberechnung gem § 55 Abs 3 JN an (im Rahmen des § 99 JN hat dafür daher der Wert der Gesamtforderung außer Betracht zu bleiben).⁵³⁴⁹

Die in Deutschland für § 23 dZPO (auch vom BGH in der erwähnten Entscheidung⁵³⁵⁰) zusätzlich vertretene Tatbestandsvoraussetzung des über die Vermögensbelegenheit hinausgehenden „Inlandsbezugs“ des Rechtsstreits (vgl auch Art 25 *lit b* EuGVVO idF Kommissionsvorschlag KOM[2010] 748; ferner § 28 Abs 1 Z 2 JN) ist mE für § 99 JN demgegenüber abzulehnen. Zuzugeben ist, dass zwar die Erläuternden Bemerkungen zu dieser Norm für eine entsprechende „ungeschriebene“ Einschränkung sprechen, wonach § 99 JN den Schutz der „Interessen der inländischen Berechtigten“ sowie eine

⁵³⁴² Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 662 FN 51; Karner, ÖBA 2010, 589 FN 29; Halfmeier, VuR 2014, 328; vgl OLG Frankfurt 21 U 23/11 BeckRS 2011, 27061; s zu diesem Aspekt des Verfahrens etwa Däubler, NJW 2013, 282; Amort, NZG 2013, 859.

⁵³⁴³ ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 39; vgl auch Begr des Entw einer Civilprozeßordnung, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874/75, Dritter Band, (zu) Aktenstück Nr 6, 412.

⁵³⁴⁴ ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 39.

⁵³⁴⁵ Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 662 FN 51; Karner, ÖBA 2010, 589 FN 29.

⁵³⁴⁶ ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 39, die eine Parallele zu § 63 Abs 1 ZPO ziehen. Nach ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 40, liegt ein schädliches Missverhältnis vor, wenn eine Forderung in der Höhe von mehreren Mio S geltend gemacht wird, obwohl nur ein inländisches Vermögen im Ausmaß von S 20.000 vorhanden ist.

⁵³⁴⁷ Im Justizausschuss wurde der Wortlaut des § 99 JN zwar angepasst und die Formulierung „auffallendes Mißverhältnis“ gestrichen. Damit war aber offenbar keine materielle Änderung gegenüber der Regierungsvorlage bezweckt, sondern es sollte dadurch nur klargestellt werden, dass der Wert des vorhandenen Vermögens nur nicht unverhältnismäßig geringer sein darf als der Streitwert. Ein Missverhältnis dahingehend, dass der Wert des Vermögens den Streitwert weit übersteigt, sollte dagegen dem Gerichtsstand des Vermögens selbstverständlich nicht im Wege stehen (JAB Zivilverfahrens-Novelle 1983, 6).

⁵³⁴⁸ Vgl auch Mankowski, RIW 2012, 252. Das spricht mE für das (umstrittene [s Garber/Neumayr, ZFR 2014, 204]) Erfordernis der exekutiven Verwertbarkeit des im Inland belegenden Vermögens (vgl auch Begr des Entw einer Civilprozeßordnung, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874/75, Dritter Band, [zu] Aktenstück Nr 6, 412, wonach der Gerichtsstand des Vermögens „vorzugsweise“ bezwecke, „daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können“).

⁵³⁴⁹ ErläutRV Zivilverfahrens-Novelle 1983, 40.

⁵³⁵⁰ BGH III ZR 282/11 NJW 2013, 386; ebenso Mankowski, RIW 2012, 252; Theewen, EwIR 2012, 227; Göres in Habersack/Mülbner/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 43; Amort, NZG 2013, 860.

„Gleichstellung von in- und ausländischen Gläubigern“ bezwecke.⁵³⁵¹ Dem steht aber der ausdrückliche Gesetzeswortlaut des jüngeren § 27a JN entgegen („ohne daß eine sonstige Voraussetzung erfüllt sein muß“).⁵³⁵² Die diesbezüglich eindeutigen Erwägungen in den Materialien begründen § 27a JN in mE nachvollziehbarer Weise damit, dass das Erfordernis einer „ausreichenden inländischen Nahebeziehung“ des Einzelfalls in Konflikt mit der notwendigen Rechtssicherheit geraten würde.⁵³⁵³

4) Sieht man von § 99 JN und der rügelosen Einlassung in das Verfahren (§ 104 Abs 3 JN) ab, könnte die internationale Zuständigkeit eines österreichischen Gerichts auch noch durch eine Ordination des OGH gem § 28 Abs 1 Z 2 JN begründet werden.⁵³⁵⁴ Dies setze voraus, dass der Kläger österreichischer Staatsbürger ist oder seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Inland hat und im Einzelfall die Rechtsverfolgung im Ausland nicht möglich oder unzumutbar wäre (s auch § 28 Abs 2 JN). Nach den Erläuterungen zur Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1997, mit der der Zugang zur inländischen Gerichtsbarkeit ausdrücklich erleichtert werden sollte, sind dabei insb die zu erwartenden Kosten eines ausländischen (etwa in den USA zu führenden⁵³⁵⁵) Rechtsstreits zu berücksichtigen.⁵³⁵⁶

2. Zuständigkeit für Klagen gegen Ratingagenturen aus dem europäischen Ausland (EuGVVO)

1) Steht eine Klage gegen eine Ratingagentur mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat im Raum (zB gegen die englische Ratingagentur *Fitch [Ltd.]* oder eine deutsche Tochtergesellschaft von *Standard & Poor's* oder *Moody's*⁵³⁵⁷), so bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO (Art 4 Abs 1 *leg cit*).⁵³⁵⁸ Auch für diesen Bereich lässt sich die Zuständigkeit österreichischer Gerichte typischerweise mangels Sitzes bzw Niederlassung in Österreich nicht nach dem allgemeinen Gerichtsstand (Art 4 Abs 1 *leg cit*) bzw dem Wahlgerichtsstand der Niederlassung der EuGVVO (Art 7 Z 5 *leg cit*) begründen.

⁵³⁵¹ EB JN, abgedr in k. k. Justizministerium, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen I 83.

⁵³⁵² Zutr Garber/Neumayr, ZFR 2014, 205.

⁵³⁵³ ErläutRV Wertgrenzen-Novelle 1997, 33 f: Ablehnung der „Indikationentheorie“.

⁵³⁵⁴ Zum notwendigen Antrag sowie zur erforderlichen Behauptung und Bescheinigung s § 28 Abs 4 JN.

⁵³⁵⁵ Vgl Däubler, NJW 2013, 282.

⁵³⁵⁶ ErläutRV Wertgrenzen-Novelle 1997, 34: Die Kostspieligkeit sei stärker als bisher zu berücksichtigen; s aber auch Garber/Neumayr, ZFR 2014, 205, wonach die Verfahrenskosten nur in Ausnahmefällen zu berücksichtigen seien.

⁵³⁵⁷ Vgl Karner, ÖBA 2010, 588; Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 661 mit FN 44; Göres in Habersack/Mülberr/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation² § 32 Rz 43.

⁵³⁵⁸ S auch ErwGr 13 EuGVVO.

2) Deliktische Schadenersatzansprüche gegen Ratingagenturen können in Österreich aber geltend gemacht werden, wenn das schädigende Ereignis hierzulande eingetreten ist oder eintreten droht (Art 7 Z 2 EuGVVO; „*forum delicti commissi*“⁵³⁵⁹).⁵³⁶⁰ Fallen Handlungsort und Schadenseintrittsort auseinander, kann dem EuGH zufolge an beiden Orten geklagt werden („Ubiquitätstheorie“).⁵³⁶¹ Bei Vermögensdelikten wie den hier in Frage stehenden ist mE der „Schadenseintrittsort“ der Ort, an dem der Geschädigte im Zeitpunkt der Schädigung seinen Interessenmittelpunkt hatte (gewöhnlicher Aufenthalt bzw Ort der beruflichen Tätigkeit).⁵³⁶² Hinsichtlich der Emittentenansprüche kann man für dieses Ergebnis wohl die EuGH-Entscheidung⁵³⁶³ *eDate Advertising* zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet fruchtbar machen, die an diesem Ort die Geltendmachung des gesamten Schadens zulässt.⁵³⁶⁴

In Bezug auf die Ansprüche der Anleger lässt sich dafür mE die OGH-Rsp zum Kapitalanlagebetrug ins Treffen führen. Demzufolge bestehe für solche Delikte ein Gerichtsstand an dem Ort, „an dem es zur Schädigung durch betrügerisches Abziehen des Anlagekapitals gekommen ist. [...] Dieser Ort der Vermögensschädigung kann [...] mit dem Wohnsitz der Kläger als ihrer ‚Vermögenszentrale‘ zum Zeitpunkt der Schädigung gleichgesetzt werden.“⁵³⁶⁵ Entscheidend dürfte für den OGH dabei sein, dass die angebotenen Kapitalanlagen „von vornherein nicht werthaltig“ gewesen seien, sodass bereits im Zeitpunkt des Vermögensabflusses von der „Vermögenszentrale“ der Schadenseintritt (an diesem Ort) feststeht.⁵³⁶⁶ Dies gilt richtigerweise ebenso für den Bereich der Haftung für (auch bloß fahrlässig erstellte⁵³⁶⁷) fehlerhafte Ratings, weil auch dort bereits im Zeitpunkt der Transaktionsentscheidung der Anlegerschaden entsteht.⁵³⁶⁸

⁵³⁵⁹ *Jenard*, Bericht zum EuGVÜ, ABl C 1979/59, 25.

⁵³⁶⁰ Vgl *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 662.

⁵³⁶¹ EuGH 21/76 NJW 1977, 493 *Bier/Mines de Potasse*; C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 *Kolassa/Barclays Bank plc*; so auch *Karner*, ÖBA 2010, 589; *Dutta*, WM 2013, 1736; *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 339; offenlassend *Jenard*, Bericht zum EuGVÜ, ABl C 1979/59, 26.

⁵³⁶² Für Anlegeransprüche gem Art 35a EU-RatingVO ebenso ausdr der Vorschlag in Stellungnahme des Rechtsausschusses in *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 90 („im Interesse eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Streitparteien“), 92; abw *Gass*, Schadenersatzansprüche 50: bei Schäden des Emittenten dessen Sitzstaat, bei Anlegerschäden der Ort des Wertpapierdepots; vgl unten bei FN 5418.

⁵³⁶³ EuGH C-509/09 und C-161/10 NJW 2012, 137 (139 f) *eDate Advertising GmbH/X und Martinez/MGN Limited*; s auch OGH 4 Ob 33/12 z ecolex 2012, 884 (885).

⁵³⁶⁴ Dagegen aber *Dutta*, IPrax 2014, 38.

⁵³⁶⁵ OGH 3 Ob 14/12 y ÖBA 2013, 441 (442 f) (*Thiede*).

⁵³⁶⁶ Vgl OGH 3 Ob 14/12 y ÖBA 2013, 441 (442) (*Thiede*), mit dem Hinweis darauf, dass die Entscheidung des EuGH C-168/02 (NJW 2004, 2441 [2442] *Kronhofer/Maier*) dem nicht entgegensteht (ebenso bereits *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. Lfg [2009] Art 5 EuGVVO, Rz 54). In der Tat dürfte die Bedeutung dieser EuGH-Entscheidung im vorliegenden Zusammenhang nicht zu überschätzen sein, sprach sich doch dort der EuGH gegen den Klägergerichtsstand (nur) für den Fall aus, in welchem dem Kläger schon nach seinem eigenen Vorbringen „durch Verlust von Vermögensbestandteilen in einem anderen Vertragsstaat [...] ein finanzieller Schaden entstanden ist“ (vgl EuGH C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 *Kolassa/Barclays Bank plc*). Vgl auch noch *Graf-Schimek* in *Beig/Graf-Schimek/Grubinger/Schacherreiter*, Rom II-VO 26 f: Wenn Vermögensverlust nicht abgesondert lokalisierbar ist (vgl die zitierte EuGH-Entscheidung), ist Verfügungsart des Geschädigten der maßgebliche Ort, der aber mit der Vermögenszentrale zusammenfallen könne.

⁵³⁶⁷ S aber OGH 3 Ob 14/12 y ÖBA 2013, 441 (442 f) (*Thiede*), wo der OGH zwischen Fällen der Schädigung durch irreführende Werbeangaben sowie durch das Unterbleiben einer sorgfaltsgemäßen Aufklärung einerseits und dem Kapitalanlagebetrug andererseits

Auch eine neuere Entscheidung des EuGH zur (außervertraglichen) Prospekthaftung lässt sich mit der hier vertretenen Auffassung mE in Einklang bringen. Danach sind die Gerichte des Wohnsitzstaates des Anlegers für Klagen gegen den Emittenten international insb dann zuständig, sofern sich der geltend gemachte Schaden (Wertverlust von Zertifikaten) unmittelbar auf einem Bankkonto des Klägers im Zuständigkeitsbereich dieser Gerichte verwirklicht.⁵³⁶⁹

Dem folgend, könnte man die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte wohl dann bejahen, wenn der österreichische Geschädigte mittels Überweisung von einem österreichischen Bankkonto „zuviel“ für ein Finanzinstrument bezahlt, das zu hoch geratet wurde. Denn ein solcher Preisschaden tritt, wie erwähnt, bereits im Zeitpunkt der Transaktion ein und nimmt spätestens vom Bankkonto des Geschädigten seinen Ausgangspunkt.⁵³⁷⁰ Anderes müsste dann gelten, wenn man den Schadenseintritt (mE unrichtigerweise) erst in dem Zeitpunkt annimmt, in dem der Kurs des Finanzinstruments (zB der Anleihe) tatsächlich sinkt (etwa weil der Emittent insolvent wird). Diesfalls müsste es wohl auf den Ort ankommen, wo sich das Finanzinstrument im Zeitpunkt des Kursverfalls befindet (etwa der Ort des Wertpapierdepots).⁵³⁷¹

Unter „unerlaubte Handlungen“ iSd Art 7 Z 2 EuGVVO (vgl Titel 27 des BGB) fallen sicherlich Ansprüche des Emittenten wegen Kreditschädigung (vgl § 1330 Abs 2 ABGB [dazu oben S 422 ff]) sowie Ansprüche der Anleger wegen vorsätzlicher Schädigung durch die Ratingagentur (vgl § 1300 Satz 2 ABGB [dazu oben S 303 f]). Auch Ansprüche beider Marktseiten wegen Verletzung der Regelungen der EU-RatingVO (dazu oben S 488 ff) wird man relativ problemlos Art 7 Z 2 EuGVVO zuordnen können.⁵³⁷² Denn die dafür maßgebliche Haftungsnorm des Art 35a EU-RatingVO ist vom Gedanken des *private enforcement* aufsichtsrechtlicher Normen geprägt und weist damit eine Nähe zur deliktischen Haftung aus Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB) auf.⁵³⁷³

unterscheiden möchte und offenbar nur bzgl dem Kapitalanlagebetrug einen Gerichtsstand am Ort der Vermögenszentrale des Geschädigten befürwortet.

⁵³⁶⁸ Vgl auch noch unten bei FN 5418; vgl auch *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 318: Zuständigkeit bei unrichtigen (Bank-)Auskünften an jenem Ort, an dem der Geschädigte im Vertrauen auf die Auskunft gehandelt hat.

⁵³⁶⁹ EuGH C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 *Kolassa/Barclays Bank plc*.

⁵³⁷⁰ Zur Irrelevanz von Folgeschäden in diesem Zusammenhang s *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 323.

⁵³⁷¹ Vgl *Gass*, Schadenersatzansprüche 50. Auf diesen Ort konnte es im Fall *Kolassa* (EuGH C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 *Kolassa/Barclays Bank plc*) aber von vornherein nicht ankommen, weil nach dem Sachverhalt die Zertifikate dem Kläger nicht übertragen wurden, sondern ihm bloß ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung der Zertifikate gegen seine (die vermittelnde) Bank eingeräumt wurde. Der EuGH geht offenbar davon aus, dass die wirtschaftliche Wertlosigkeit dieses Anspruchs gegen die Bank (infolge mangelhafter Verwaltung der mit den Zertifikaten verknüpften Fonds) den Schaden für den Kläger begründet und dass dieser Schadenseintritt am Sitz der Bank zu verorten ist.

⁵³⁷² *Dutta*, WM 2013, 1731, 1736; *Gass*, Schadenersatzansprüche 49; vgl auch *Gietzelt/Ungerer*, GPR 2013, 339.

⁵³⁷³ S oben bei FN 4576 sowie unter „Teil 2.II.A.7. Rechtsdogmatische Qualifikation der Haftung gem Art 35a“.

ME kann außerdem auch die berufsrechtliche Vertrauenshaftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern für bloß fahrlässige Fehlratings (vgl § 1300 Satz 1 ABGB [dazu oben S 173 ff]) vor dem Gericht iSd Art 7 Z 2 EuGVVO geltend gemacht werden (vgl Art 7 Z 2 *leg cit*: „eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist“).⁵³⁷⁴ Das ergibt sich aus dem unten⁵³⁷⁵ begründeten Ergebnis zum Internationalen Privatrecht, wonach solche Ansprüche nach Art 4 Rom II VO (dh als deliktische Ansprüche in diesem Sinne) zu beurteilen sind.⁵³⁷⁶ Freilich könnte dagegen eingewendet werden, dass eine Verwertung der international-privatrechtlichen Auslegung für Zwecke des Internationalen Zivilverfahrensrechts bedenklich sei, weil den Normen (und Begriffen) der EuGVVO und der Rom II VO jeweils unterschiedliche Zwecke zugrunde lägen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass selbst der europäische Gesetzgeber eine Auslegungsharmonie zwischen der EuGVVO und dem Kollisionsrecht ausdrücklich (wenn auch in anderem Zusammenhang) gewünscht hat.⁵³⁷⁷ Ferner darf nicht vergessen werden, dass der Gerichtsstand des Art 7 Z 2 EuGVVO mit der typischen Verbindung des jeweiligen Rechtsstreits mit dem danach zuständigen Gericht begründet wird,⁵³⁷⁸ namentlich auch mit der Nähe zum anwendbaren Recht („Rechtsnähe“⁵³⁷⁹; vgl „*forum legis*“⁵³⁸⁰). In der Tat erscheint es prozessökonomisch sinnvoll, österreichische Gerichte für die Geltendmachung der „quasi-vertraglichen“ Haftung der Ratingagenturen für fahrlässig verursachte Anlegerschäden dann für zuständig zu erklären, wenn in weiterer Folge nach dem (harmonisierten) Internationalen Privatrecht österreichisches Recht anwendbar wäre. Da nun auf derartige Haftungsfälle gem Art 4 Rom II VO grundsätzlich das Recht des Schadenseintrittsorts anwendbar ist,⁵³⁸¹ ist es insofern begrüßenswert, wenn die Gerichte des Schadenseintrittsorts international zuständig sind.

Umgekehrt sind mE Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (vgl dazu oben S 138 ff) nicht unter Art 7 Z 2 EuGVVO zu subsumieren.⁵³⁸² Wäre nach Art 7 Z 2 EuGVVO ein österreichisches Gericht hierfür zuständig, müsste es (aufgrund des maßgeblichen Vertragsstatuts⁵³⁸³) in aller Regel ausländisches Recht anwenden, sodass die „Rechtsnähe“ gerade nicht vorläge.

⁵³⁷⁴ So für die Verletzung „objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten“ Karner, ÖBA 2010, 590; vgl zur Prospekthaftung jüngst EuGH C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 Kolassa/Barclays Bank plc.

⁵³⁷⁵ Nach FN 5422.

⁵³⁷⁶ Vgl zum Auslegungseinklang Dutta, WM 2013, 1731; dens, IPraz 2014, 38.

⁵³⁷⁷ ErwGr 17, 24 Rom I VO; s auch ErwGr 7 Rom II VO, ErwGr 7 Rom I VO.

⁵³⁷⁸ S insb Jenard, Bericht zum EuGVÜ, ABl C 1979/59, 22.

⁵³⁷⁹ Simotta in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 260.

⁵³⁸⁰ Vgl dazu Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 339; ferner Eisen, Haftung 212 (krit).

⁵³⁸¹ S unten bei FN 5425.

⁵³⁸² AA Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 244 f; Karner, ÖBA 2010, 590.

⁵³⁸³ S unten nach FN 5406.

3) In Bezug auf Schadenersatzansprüche aus einem Rating- oder Abonnementvertrag⁵³⁸⁴ wäre zunächst zu prüfen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung iSd Art 25 EuGVVO vorliegt, mit welcher sich die Vertragsparteien bezüglich der Streitigkeiten aus ihrem Vertrag unter die Gerichte eines Mitgliedstaats unterwerfen können (Art 25 Abs 1 Satz 1 *leg cit*). Auch hier ist freilich zweifelhaft, ob europäische Ratingagenturen tatsächlich gerade der internationalen Zuständigkeit österreichischer Gerichte zustimmen werden.

Mangelt es an einer Gerichtsstandsvereinbarung iSd Art 25 EuGVVO, mit der im Zweifel eine ausschließliche Zuständigkeit geschaffen wird (Abs 1 Satz 2 *leg cit*), wäre für vertragliche Schadenersatzklagen der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsorts gem Art 7 Z 1 EuGVVO zu beachten. Danach könnte die Ratingagentur an dem Ort verklagt werden, an dem die Rating-Dienstleistung⁵³⁸⁵ nach dem Vertrag erbracht worden ist oder hätte erbracht werden müssen (Art 7 Z 1 *lit b* 2. Teilstrich *leg cit*). Dies wird allerdings oft der Heimatstaat der Ratingagentur sein,⁵³⁸⁶ wenn und weil dort der Schwerpunkt der Bonitätsanalyse liegt und auch die Ratingentscheidung gefällt wird.⁵³⁸⁷ Auf diesen Wahlgerichtsstand könnte sich aber jedenfalls nur einer „echter Vertragspartner“ der Ratingagentur (Emittent oder Anleger) stützen, nicht aber ein Dritter, der von den Schutzwirkungen des fraglichen Vertrags profitieren möchte.⁵³⁸⁸ Letzterer ist nämlich nicht Gläubiger der zu erfüllenden Leistung.⁵³⁸⁹

Ist der österreichische Anleger Verbraucher, müsste für vertragliche Schadenersatzansprüche aber auch noch der besondere Gerichtsstand der Art 17 ff EuGVVO berücksichtigt werden, der diesen als „schwächere Partei“ schützen möchte⁵³⁹⁰. Gem Art 18 Abs 1 EuGVVO darf der Verbraucher seinen Vertragspartner auch im Wohnsitzstaat des Verbrauchers (zB Österreich) verklagen. Schadenersatzklagen aus Rating-Abonnements könnten dann eine Verbrauchersache iSd Art 17 f EuGVVO sein, wenn die Ratingagentur ihre gewerbliche Tätigkeit etwa über das Internet (auch) auf den Verbraucherstaat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt (Art 17 Abs 1 *lit c leg cit*).⁵³⁹¹ Auch Ratingagenturen mit Sitz außerhalb der EU fallen unter diese Bestimmung, sofern sie eine Niederlassung in der EU (zB in Deutschland) führen und die

⁵³⁸⁴ Zu den vertraglichen Schadenersatzansprüchen s oben bei FN 2728 sowie unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁵³⁸⁵ Der Begriff „Dienstleistung“ iSd Art 7 Z 1 *lit b* 2. Teilstrich EuGVVO erfasst auch Werkverträge sowie Sachverständigenverträge: Simotta in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 172, 174 (zu Art 5 EuGVVO aF).

⁵³⁸⁶ Karner, ÖBA 2010, 589; s aber Gass, Schadenersatzansprüche 51.

⁵³⁸⁷ Vgl Eisen, Haftung 198 f.

⁵³⁸⁸ IE Simotta in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 34 (zu Art 5 EuGVVO aF).

⁵³⁸⁹ Vgl Simotta in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2008) Art 5 EuGVVO, Rz 15, 31 (zu Art 5 EuGVVO aF).

⁵³⁹⁰ ErwGr 18 EuGVVO.

⁵³⁹¹ Vgl dazu unten bei FN 5400.

Streitigkeit dieser Niederlassung zugeordnet werden kann (Art 17 Abs 2 *leg cit*).⁵³⁹² Dabei wäre eine Abbedingung des Verbrauchergerichtsstands im Voraus grundsätzlich unzulässig (Art 19 *leg cit*).⁵³⁹³

Verbraucher-Anleger, die ihren Schadenersatzanspruch gegen die Ratingagentur aus einem drittschützenden Vertrag (insb zwischen Letzterer und dem Emittenten) ableiten möchten, können sich mE aber nicht auf den Verbrauchergerichtsstand der Art 17 ff EuGVVO berufen. Denn solche Drittgeschädigte schließen mit der Ratingagentur keinen Vertrag, der in den Bereich der auf den Verbraucherstaat allenfalls ausgerichteten Tätigkeit derselben fällt (vgl Art 17 Abs 1 *lit c leg cit aE*).

B. Internationales Privatrecht

1. Vertragliche Ansprüche (Rom I VO)

1) Ansprüche aus einem Rating- bzw sonstigen Bewertungsvertrag oder Abonnementvertrag⁵³⁹⁴ können nach dem in Europa geltenden Internationalen Privatrecht (zur universellen Anwendung s Art 2 Rom I VO; zum Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung s Art 20 Rom I VO) grundsätzlich nicht gegen ausländische Ratingagenturen nach österreichischem Recht geltend gemacht werden. Denn die hierfür maßgebliche Rom I VO knüpft an das Recht desjenigen Staats an, in dem die Ratingagentur als Dienstleisterin⁵³⁹⁵ bzw Verkäuferin der Ratingabonnements⁵³⁹⁶ ihren „gewöhnlichen Aufenthalt“ (Art 4 Abs 1 *lit a, b*, Abs 2 *leg cit*), dh ihre Hauptverwaltung oder (Zweig-)Niederlassung hat (näher Art 19 *leg cit*).⁵³⁹⁷ Ansprüche etwa aus einem zwischen einem österreichischen Emittenten und einer deutschen Ratingagentur geschlossenen Ratingvertrag könnten nach der Rom I VO daher prinzipiell nur nach deutschem Recht geltend gemacht werden.

2) Anderes könnte zum einen theoretisch dann gelten, wenn der Vertrag eine offensichtlich engere Beziehung zum österreichischen Recht aufweist, was bei Verträgen mit

⁵³⁹² Vgl auch ErwGr 14 EuGVVO.

⁵³⁹³ Vgl ErwGr 19 EuGVVO.

⁵³⁹⁴ Zu den vertraglichen Schadenersatzansprüchen s oben bei FN 2728 sowie unter „Teil 1.II.C. Vertragliche Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten“.

⁵³⁹⁵ Zur Qualifikation des Ratingvertrags als Dienstleistungsvertrag in diesem Sinne s zB *Eisen*, Haftung 209; *Schuler*, Verantwortlichkeit 172 f; *Schroeter*, Ratings 794 FN 25.

⁵³⁹⁶ Vgl *Dutta*, IPrax 2014, 37; *Schuler*, Verantwortlichkeit 172.

⁵³⁹⁷ *Karner*, ÖBA 2010, 589.

international tätigen Ratingagenturen aber äußerst selten auftreten dürfte.⁵³⁹⁸ Zum anderen könnten die Vertragsparteien auch eine von Art 4 Rom I VO abweichende Rechtswahl iSd Art 3 Rom I VO treffen. Angeblich nimmt eine Vertragspraxis der Ratingagenturen zu, wonach in Ratingverträgen die Anwendbarkeit des Heimatrechts des Emittenten vereinbart wird.⁵³⁹⁹

Zur Anwendung österreichischen Rechts in der Praxis könnte aber vor allem Art 6 Rom I VO führen, der Sonderbestimmungen für Verbraucherverträge enthält.⁵⁴⁰⁰ Kontrahiert ein in Österreich ansässiger Anleger zum Zwecke der privaten Vermögensanlage mit einer Ratingagentur⁵⁴⁰¹, ist österreichisches Recht insb dann anwendbar, wenn Letztere ihre gewerbliche Tätigkeit (ua) auf Österreich ausgerichtet hat (Abs 1 *lit b leg cit*). Eine Ausrichtung in diesem Sinne kann auch durch einen Internetauftritt der Ratingagentur erfolgen.⁵⁴⁰² Über das bloße Betreiben einer Webseite hinaus wird hierfür allerdings vorausgesetzt, dass über diese Verträge mit Anlegern abgeschlossen werden können und der fragliche Abonnement- bzw (individuelle) Bewertungsvertrag auch auf diese Weise zustande kam⁵⁴⁰³ (vgl Art 6 Abs 1 Rom I VO aE).⁵⁴⁰⁴

3) Fraglich ist, welches Recht für einen Schadenersatzanspruch eines Anlegers aus einem drittschützenden Vertrag (insb Ratingvertrag zwischen Emittent und Ratingagentur oder Abonnementvertrag zwischen anlageberatender Bank und Ratingagentur [vgl oben S 138 ff]) maßgebend ist. Ob solche Schadenersatzansprüche vertraglicher oder gesetzlicher Natur sind, ist schon für den Bereich des nationalen Rechts umstritten.⁵⁴⁰⁵ Für Zwecke der harmonisierten Vorschriften des Internationalen Privatrechts müssen aber die Wertungen des nationalen Rechts zurückgestellt und vorrangig eine autonome Auslegung der Rom I VO und Rom II VO vorgenommen werden.⁵⁴⁰⁶ Insb sollte mE daher keine deliktische oder vertragliche Anknüpfung je nach der zugrunde liegenden Interessenlage iS eines beweglichen Systems erfolgen,⁵⁴⁰⁷ weil diese Lösung in Konflikt mit dem von der

⁵³⁹⁸ Diskutabel wäre eine offensichtlich engere Verbindung zum österreichischen Recht, wenn der gewöhnliche Aufenthalt bzw Sitz des Leistungsempfängers in Österreich liegt, der Vertrag hier auch abgeschlossen wird und die Vertragsdurchführung und -erfüllung (Analysetätigkeit sowie Ratingentscheidung) ebenfalls in Österreich erfolgt (vgl *Eisen*, Haftung 203, 329 f).

⁵³⁹⁹ *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 662 mwN; s auch schon *Vetter*, WM 2004, 1705; *Meyer*, Rechtsfragen 76 FN 275; *Eisen*, Haftung 180; s aber auch *Schroeter*, Ratings 794; *Dutta*, IPrax 2014, 37.

⁵⁴⁰⁰ Vgl *Karner*, ÖBA 2010, 589 FN 30; *Gass*, Schadenersatzansprüche 52; *Schuler*, Verantwortlichkeit 172 FN 964.

⁵⁴⁰¹ Diese kann idR schon aufgrund ihrer Rechtsform als Kapitalgesellschaft nur gewerblich tätig werden (§ 2 UGB).

⁵⁴⁰² ErwGr 24 f Rom I VO.

⁵⁴⁰³ ErwGr 24 f Rom I VO; vgl aber EuGH C-218/12 NJW 2013, 3504 (3505) *Emrek/Sabranovic (Staudinger)*: Internetseite muss nicht kausal sein für den Vertragsschluss mit dem Verbraucher.

⁵⁴⁰⁴ Wäre demnach österreichisches Recht auf den Vertrag anzuwenden, darf eine allfällige Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Verbraucher damit der zwingende Schutz des österreichischen Rechts (insb §§ 864a, 879 ABGB, § 6 KSchG) genommen wird (Art 6 Abs 2 Satz 2 Rom I VO; vgl auch § 13a KSchG).

⁵⁴⁰⁵ S dazu oben unter „Teil 1.ID.3.a.aa.aaa.γ. (Weitere) Schwachpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“, insb auch in FN 1358.

⁵⁴⁰⁶ Vgl ErwGr 11, 30 Rom II VO; *Karner*, ÖBA 2010, 590; *Dutta*, WM 2013, 1730 f; *Halfmeier*, VuR 2014, 329.

⁵⁴⁰⁷ Vgl aber *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 663.

Rom I VO und Rom II VO hervorgehobenen Regelungsziel der Rechtssicherheit⁵⁴⁰⁸ geraten würde.

Die Konzentration auf die supranationalen Vorschriften und deren *rationes* führt mE entgegen der hM zur Anwendbarkeit desjenigen Rechts, dem der drittschützende Vertrag unterliegt.⁵⁴⁰⁹ Dafür spricht zunächst die Rom I VO. Nach Art 12 Abs 1 *lit a leg cit* ist das auf den (drittschützenden) Vertrag anzuwendende Recht auch für dessen Auslegung maßgeblich. Richtigerweise⁵⁴¹⁰ ergibt sich aus der Vertragsauslegung wiederum, ob und inwieweit ein Dritter Schadenersatzansprüche aus dem Vertrag ableiten kann.

Auch alle einschlägigen Wertungen der Rom II VO führen mE zum Vertragsstatut: Denn obwohl die Rom II VO Schadenersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* als außervertragliche begreift (Art 2 Abs 1, Art 12 *leg cit*), ordnet sie sie primär dem Recht desjenigen Staats zu, das auf den in Aussicht genommenen Vertrag anwendbar wäre (Art 12 Abs 1 *leg cit*).⁵⁴¹¹ Damit steht im Einklang, dass die Rom II VO außervertragliche Ansprüche bei „enger Verbindung“ mit einem Vertrag dem darauf anwendbaren Recht unterwirft; dies betrifft Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Art 4 Abs 3 *leg cit aE*), Produkthaftung (Art 5 Abs 2 *leg cit aE*), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art 11 Abs 1 *leg cit aE*) und Bereicherung (Art 10 Abs 1 *leg cit aE*).

Aus diesen Bestimmungen kann die Grundregel abgeleitet werden, dass (auch Schadenersatz-)Ansprüche bei einer starken Nahebeziehung zu einem bestehenden Rechtsverhältnis nach dem dafür maßgeblichen Recht zu beurteilen sind. Eine solche „Verbindung“ liegt mE offensichtlich auch bei einem Anspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und dem drittschützenden Vertrag vor, obwohl der Dritte selbst nicht Vertragspartei ist.⁵⁴¹² Denn ohne rechtsgeschäftlichen Kontakt zwischen Emittenten und Ratingagentur ist ein Anspruch des Anlegers aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von vornherein gar nicht denkbar (*conditio sine qua non*).⁵⁴¹³

⁵⁴⁰⁸ ErwGr 6, 16 Rom I VO; ErwGr 6, 14, 31 Rom II VO; vgl auch ErwGr 39 Rom I VO.

⁵⁴⁰⁹ Für die Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts *Schroeter*, Ratings 927; ebenso für das (alte) deutsche Kollisionsrecht (EGBGB) *Eisen*, Haftung 346 FN 1412; *Reidenbach*, Ratingagenturen 370; vgl auch zum IPRG OGH 6 Ob 618/88 ZfRV 1990, 229 (232) (*Reichelt*); *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 256 f; für eine Qualifikation als außervertraglicher Anspruch dagegen *Karner*, ÖBA 2010, 590; *Wildmoser/Schiffer/Langoth*, RIW 2009, 663; *Dutta*, IPrax 2014, 39; *Halfmeier*, VuR 2014, 329; ebenso für den Bereich des IPRG: OGH 4 Ob 230/06 m ÖBA 2007, 572 (573); 26.06.2007, 10 Ob 66/07 i; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 19/14; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 48 IPRG, Rz 42; für (altes) deutsches Kollisionsrecht (Art 40 EGBGB) *Haar*, NZG 2010, 1283; dazu tendierend auch *Däubler*, NJW 2013, 283; die kollisionsrechtliche Einordnung offenlassend *Schuler*, Verantwortlichkeit 174 f.

⁵⁴¹⁰ S dazu oben unter „Teil 1.LD.3.a.aa.aaa.α. Die Vertragsauslegung als rechtsdogmatische Basis“.

⁵⁴¹¹ Daher spricht die autonome Qualifikation der *culpa in contrahendo* als außervertraglicher Anspruch iSd Rom II VO nicht gegen die Anknüpfung an das Vertragsstatut für Zwecke der Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (aA *Halfmeier*, VuR 2014, 329).

⁵⁴¹² S aber *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 19/14.

⁵⁴¹³ Vgl auch *Schroeter*, Ratings 927.

Das bedeutet auch, dass eine Rechtswahl zwischen Ratingagentur und Emittenten ebenso für den geschützten Anleger wirkt.⁵⁴¹⁴ Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass die Vertragsparteien bei einer derartigen Auslegung dem dritten Anleger den Schutz einer bestimmten Rechtsordnung willkürlich entziehen könnten.⁵⁴¹⁵ Denn nach dem System des Vertrags (mit Schutzwirkung) zugunsten Dritter steht es schon grundsätzlich im Belieben der Vertragsparteien, inwiefern sie den Dritten schützen wollen (vgl § 881 Abs 2 Satz 1 ABGB).⁵⁴¹⁶

2. Außervertragliche Ansprüche (Rom II VO)

1) Außervertragliche Schadenersatzansprüche sind grundsätzlich nach dem Recht des Staats zu beurteilen, in dem der Schaden eintritt (Art 4 Abs 1 Rom II VO).⁵⁴¹⁷ Deliktische Ansprüche eines österreichischen Anlegers wegen vorsätzlich fehlerhaften Fehlratings (vgl § 1300 Satz 2 ABGB [dazu oben S 303 f]) unterliegen daher österreichischem Recht, weil dadurch das Vermögen des Anlegers geschmälert wurde, das mE am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Anlegers (Art 23 Rom II VO) zum Zeitpunkt des Schadenseintritts zu verorten ist.⁵⁴¹⁸

Zum selben Ergebnis kommt man mE, wenn man auf den Ort des geschädigten bzw betroffenen Vermögenswerts anknüpfen möchte.⁵⁴¹⁹ Insb kann es in diesem Zusammenhang nicht auf die Belegenheit des Wertpapierdepots ankommen, welches das bewertete und erworbene Finanzinstrument beinhaltet. Denn nicht dieses Finanzprodukt als Sache weist einen Schaden (Sachschaden) auf, sondern der Schaden tritt bei Erwerb desselben gerade im sonstigen Vermögen des Geschädigten ein, indem er für dieses Finanzinstrument aufgrund der Fehlbewertung zu viel von seinem sonstigen Vermögen ausgeben musste.⁵⁴²⁰ Für die Belegenheit dieses sonstigen Vermögens sollte man mE

⁵⁴¹⁴ AA Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 662 f.

⁵⁴¹⁵ So aber Wildmoser/Schiffer/Langoth, RIW 2009, 663.

⁵⁴¹⁶ S oben bei FN 1344.

⁵⁴¹⁷ Karner, ÖBA 2010, 589. S aber auch Art 17 Rom II VO und dazu Schuler, Verantwortlichkeit 176 mit FN 984. Diese Vorschrift dürfte aber jedenfalls bei international tätigen Ratingagenturen keine allzu große Bedeutung haben, weil für diese ohnehin ein international einheitlicher Sorgfaltsmaßstab anzunehmen ist (vgl § 9 Abs 1 Z 2 KMG; ferner die Ausführungen oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.iii.β. Sorgfaltsstandard für Ratingagenturen“, die ua auf den internationalen *Code of Conduct Fundamentals* und *Statement of Principles* basieren). Dies gilt insb für die in Europa agierenden Ratingagenturen, die sich alle nach der EU-RatingVO richten müssen. Damit bedarf es in aller Regel nicht des Schutzes der Ratingagentur vor „fremden“, dh für sie unbekannten Sicherheits- und Verhaltensregeln, den Art 17 Rom II VO bei Distanzdelikten vor Augen hat (vgl dazu auch ErwGr 34 Rom II VO).

⁵⁴¹⁸ Vgl Schuler, Verantwortlichkeit 177; Schroeter, Ratings 852 mit FN 4; *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD) 75 (dazu aber auch Schroeter, Ratings 947).

⁵⁴¹⁹ Vgl Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 338; Neumayr in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) Art 4 Rom II-VO, Rz 3; Junker in MünchKomm BGB⁵ (2015) Art 4 Rom II-VO, Rz 21.

⁵⁴²⁰ Näher dazu oben unter „Teil 1.I.D.3.a.bb.fff. Nachteiligkeit des Rats – der Anlegerschaden“.

sinnvoller Weise auf die „Vermögenszentrale“ des Geschädigten am Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts abstellen.⁵⁴²¹

Das bisher Ausgeführte gilt mE sinngemäß für Ansprüche des Anlegers oder Emittenten wegen Verstößen gegen die EU-RatingVO (dazu oben S 488 ff).⁵⁴²² Diese verweist für Zwecke der Bestimmung des subsidiären nationalen Haftungsstatuts (Art 35a Abs 4 EU-RatingVO⁵⁴²³) mE auf die Rom II VO, während sich der Anwendungsbereich des Art 35a EU-RatingVO unabhängig von der Rom II VO (und auch der Rom I VO) bestimmt (s Art 2 EU-RatingVO; vgl auch Art 27 Rom II VO).⁵⁴²⁴

Ansprüche von dritten Anlegern aus berufsrechtlicher Vertrauenshaftung, die an bloß fahrlässige Fehlratings anknüpfen (vgl § 1300 Satz 1 ABGB [dazu oben S 173 ff]), sind ebenso nach Art 4 Rom II VO zu beurteilen⁵⁴²⁵ (dh auch hier Maßgeblichkeit des Rechts am Ort der Vermögenszentrale). Nimmt man § 1300 Satz 1 ABGB als Beispiel, handelt es sich dabei zwar um keine Haftung aus unerlaubter Handlung, jedoch sind deliktische Elemente der Norm nicht völlig von der Hand zu weisen und handelt es sich dabei letztlich um eine gesetzliche Verantwortlichkeit.⁵⁴²⁶ Für dieses Ergebnis spricht ferner, dass die Rom II VO die (Vertrauens-)Haftung aus *culpa in contrahendo* als außervertragliche Haftung versteht (Art 2 Abs 1, Art 12 *leg cit*). Freilich gilt nach der Rom II VO für die *culpa in contrahendo* bloß subsidiär die *lex loci damni*⁵⁴²⁷ (Art 12 Abs 2 *lit a leg cit*). Das erklärt sich aber nur daraus, dass die Rom II VO eine offensichtlich engere Beziehung zu dem Recht vermutet, das auf den geplanten Vertrag anwendbar ist bzw wäre (vgl auch Art 4 Abs 3, Art 5 Abs 2, Art 11 Abs 1, Art 10 Abs 1 *leg cit* [jeweils aE]). Eine vergleichbare Nahebeziehung zu einem Vertrag besteht für den Bereich der berufsrechtlichen Vertrauenshaftung wohl in aller Regel nicht (so jedenfalls bei § 1300

⁵⁴²¹ S Thorn in Palandt, BGB⁷⁴ (2015) Art 4 Rom II, Rz 9; vgl Halfmeier, VuR 2014, 329 f; oben bei FN 5366; hilfsweise auf den Belegenheitsort des „Hauptvermögens“ abstellend Neumayr in Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) Art 4 Rom II-VO, Rz 3; Junker in MünchKomm BGB⁶ (2015) Art 4 Rom II-VO, Rz 21. Das soeben zur Schädigung durch Erwerb eines Finanzinstruments Ausgeführte gilt mE in Fällen der Schädigung durch Veräußerung des Finanzinstruments (zu geringe Gewinnerzielung am Ort der „Vermögenszentrale“) und erst recht in Fällen der Emittentenschädigung sinngemäß (dazu noch unten bei FN 5430).

⁵⁴²² Für eine deliktische Qualifikation iSd Rom II VO: Dutta, WM 2013, 1731 (der aber auch bei Anlegerschäden an das am tatsächlichen Sitz des Bewertungsobjekts geltende Recht anknüpfen will); Gass, Schadenersatzansprüche 51 f; Gietzelt/Ungerer, GPR 2013, 338 f; Berger/Ryborz, WM 2014, 2246; Schroeter, Ratings 834 ff, 947 f (der aber gem Art 4 Abs 3 Satz 1 Rom II VO an das Recht des Herkunftsmitgliedstaats der Ratingagentur anknüpfen möchte, was mE aufgrund der strengen Voraussetzungen dieser Norm [„offensichtlich engere Verbindung“] abzulehnen ist); Schantz, Verantwortlichkeit 346 ff, 358 (der aber gem Art 4 Abs 3 Satz 1 Rom II VO an das Recht des Markortes bzw der Kapitalanlage anknüpfen möchte, was mE aus demselben Grund abzulehnen ist); vgl zur Nähe dieser Ansprüche zum deliktischen Bereich oben bei FN 5373.

⁵⁴²³ Dazu oben unter „Teil 2.II.A.10. Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen nach nationalem Recht (Abs 4, 5)“.

⁵⁴²⁴ Zutr Dutta, IPrax 2014, 40; zust auch Halfmeier, VuR 2014, 333.

⁵⁴²⁵ So für die Verletzung „objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten“ Karner, ÖBA 2010, 590; vgl auch für die „quasivertragliche Vertrauenshaftung“ Dutta, IPrax 2014, 39; Schantz, Verantwortlichkeit 346 ff (der aber gem Art 4 Abs 3 Satz 1 Rom II VO an das Recht des Markortes bzw der Kapitalanlage anknüpfen möchte [s dazu bereits oben in FN 5422]). Zum (alten) deutschen Kollisionsrecht vertrat Reidenbach, Ratingagenturen 370 f, dass die „Expertenhaftung“ des § 311 Abs 3 Satz 2 BGB dem Deliktsstatut unterstehe. Die kollisionsrechtliche Einordnung offenlassend Schuler, Verantwortlichkeit 174 f.

⁵⁴²⁶ Vgl oben „Teil 1.I.D.3.a.bb.aaa.γ.ββ.γγγ. Schlussfolgerungen aus der Gesetzeshistorie: Zweck und rechtsdogmatische Erklärung der (Dritt-)Haftung gem § 1300 Satz 1 ABGB“.

⁵⁴²⁷ ErwGr 16 Rom II VO.

Satz 1 ABGB), sodass dafür analog Art 12 Abs 2 *lit a*, Art 4 Abs 1 Rom II VO an das Recht des Staats anzuknüpfen ist, in dem der Schaden eingetreten ist.

2) Ungeklärt ist, ob die Haftung der Ratingagenturen gegenüber Emittenten wegen Kreditschädigung (vgl § 1330 Abs 2 ABGB [dazu oben S 422 ff]) der Rom II VO (und damit Art 4 *leg cit*) unterfällt. *Karner* weist in diesem Zusammenhang auf Art 1 Abs 2 *lit g leg cit* hin, wonach die Verletzung von Persönlichkeitsrechten⁵⁴²⁸, einschließlich der Verleumdung vom Anwendungsbereich der Rom II VO ausgenommen ist.⁵⁴²⁹ Demzufolge könnte das IPRG für die Kreditschädigungshaftung weiterhin maßgeblich sein.

Dagegen spricht, dass sich die Kreditschädigungshaftung nicht aus der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Persönlichkeitsrechts (insb der Ehre) erklärt, sondern als Tatbestand des deliktischen Vermögensschutzes konzipiert ist,⁵⁴³⁰ für den allgemein die Rom II VO einschlägig ist (vgl auch Art 6 *leg cit*).⁵⁴³¹ Sonst müsste man konsequenterweise wohl auch die Haftung der Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten wegen Verletzung von Bestimmungen der EU-RatingVO dem IPRG unterstellen. Das würde aber zu dem wertungswidersprüchlichen Ergebnis führen, dass die Haftung der Ratingagenturen aufgrund eines Verstoßes gegen die EU-RatingVO einmal (bei Anlegerschäden) nach der Rom II VO, das andere Mal (bei Emittentenschäden) nach dem IPRG zu beurteilen wäre.

Die Einschlägigkeit der Rom II VO in den genannten Schadenskonstellationen bedeutet freilich nicht, dass stets an das Recht des Schadenseintrittsorts anzuknüpfen ist. ME ist gem Art 4 Abs 3 Satz 2 Rom II VO das Vertragsstatut (oben S 601 ff) dann maßgeblich, wenn der Anspruch des Geschädigten gem § 1330 Abs 2, § 1300 Satz 1 ABGB oder Art 35a EU-RatingVO mit einem vertraglichen Anspruch gegen die Ratingagentur konkurriert.⁵⁴³²

⁵⁴²⁸ Vgl auch ErläutRV IPRG-Novelle 2009, 4.

⁵⁴²⁹ *Karner*, ÖBA 2010, 589.

⁵⁴³⁰ S oben bei FN 4073.

⁵⁴³¹ S auch *Dutta*, IPrax 2014, 37.

⁵⁴³² Vgl *Schroeter*, Ratings 835.

Zusammenfassung in Thesenform

Teil 1: Haftung nach österreichischem Recht

I. (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern

1. Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen ist im österreichischen Schadenersatzrecht nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt und die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften hierzulande eröffnen dem Rechtsanwender großen Auslegungsspielraum. Daher ist zur Bestimmung der Reichweite der Verantwortlichkeit von Ratingagenturen, namentlich des Schutzzwecks der relevanten Normen, auf möglichst sachnahe gesetzliche Informationshaftungstatbestände zurückzugreifen. Überhaupt entspricht es der Grundtendenz dieser Arbeit, das Problem der Dritthaftung nicht mit unbestimmten „allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen“ (iS eines „beweglichen Systems“) zu lösen, sondern im Zuge der Bewältigung desselben verstärkt die Wertungen sondergesetzlicher (insb unternehmensrechtlicher) Haftungsnormen zu würdigen. Damit soll ein Interpretationsergebnis erzielt werden, das näher am Willen des Gesetzgebers angelehnt ist und der Rechtssicherheit besser gerecht wird (zum Ganzen s insb S 75 ff, 215 ff, 286 ff).
2. Im Rahmen dieses rechtsdogmatischen Zugangs wurden zunächst die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung von Prospektkontrolloren und Abschlussprüfern verwertet, weil diese eine mit Ratingagenturen vergleichbare Funktion gegenüber dem Anlegerpublikum einnehmen (Informationsintermediäre des Kapitalmarkts bzw *gatekeepers*; S 12 ff).
3. Die Verantwortlichkeit von Prospektkontrolloren gegenüber dritten Anlegern ist (auch für den Bereich fahrlässigen Fehlverhaltens) ausdrücklich in § 11 KMG anerkannt. Diese Norm nimmt allerdings erhebliche Einschränkungen der Haftung vor (insb hinsichtlich des haftungsbegründenden Verschuldensgrades bzw der schadenersatzrelevanten Pflichten sowie des ersatzfähigen Schadens), die nicht durch die Anwendung einer (angeblichen) „allgemeinen zivilrechtlichen Prospekthaftung“ untergraben werden dürfen. Die Haftung von Prospektprüfern ist daher entgegen hM grundsätzlich abschließend in § 11 KMG geregelt („relative Sperrwirkung“; vgl sogleich These 4); § 11 Abs 8 KMG ist insoweit teleologisch zu reduzieren (zum Ganzen s S 75 ff).

4. Entgegen öhM besteht aber keine allgemeine Haftung des fahrlässig handelnden Abschlussprüfers gegenüber Dritten, insb Anlegern. Das ergibt sich aus § 275 UGB, welcher explizit bloß eine Haftung des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft (und mit dieser verbundenen Unternehmen) vorsieht und (sonstige) Dritte bloß reflexartig schützen möchte. Die dieser Haftungsnorm historisch zugrunde liegenden Zwecke wurden durch (den jüngeren) § 11 Abs 1 Z 4 KMG bestätigt, der seinerseits eine Dritthaftung des Abschlussprüfers erst bei vorsätzlicher Pflichtverletzung eintreten lässt. Wie § 11 KMG entfaltet sohin auch § 275 UGB eine „relative Sperrwirkung“ für die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten; anderes gilt nur dann, wenn besondere Einzelfallumstände dazu treten, zB eine vertragliche Sonderrechtsbeziehung oder Vorsatz des Prüfers (keine absolute Sperrwirkung; zum Ganzen s S 107 ff).
5. Mit den herkömmlichen Haftungstheorien lässt sich die Dritthaftung von Ratingagenturen (für fahrlässige Fehlbewertungen) nicht erklären. Der (Rating-)Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter taugt dafür nicht, weil ein diametraler Interessengegensatz zwischen dem Emittenten und den Anlegern besteht und jener daher nicht an einem vertraglichen Schutz Letzterer interessiert ist. Da die rechtsdogmatische Basis des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter richtigerweise die Vertragsauslegung ist, könnte der vertragliche Drittschutz überdies privatautonom von dem Emittenten und der Ratingagentur gemeinsam eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (zum Ganzen s S 138 ff).
6. Eine allgemeine Vertrauenshaftung iwS für Fehlinformationen, die sich nicht auf gesetzliche Tatbestände stützen kann (insb die von der hM befürworteten „objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten“ zugunsten Dritter), ist abzulehnen (S 165 ff).
7. Die Dritthaftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern lässt sich jedoch (in Teilbereichen) mit § 1300 Satz 1 ABGB begründen. Die historische Interpretation dieser Norm und eine (aktuelle) systematische Auslegung unter Heranziehung der § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 141 Abs 5 EO und § 220b Abs 3 Satz 3 AktG, § 5 Abs 3 Satz 2 SpaltG, die allesamt eine Dritthaftung des entgeltlich tätigen Informationsexperten vorsehen und daher als Ausprägungen des § 1300 Satz 1 ABGB verstanden werden können, sprechen (entgegen hM) für einen originären Drittschutz im Rahmen des § 1300 Satz 1 ABGB („berufsrechtliche Vertrauenshaftung“). Im Einklang mit diesen Spezialnormen ist für einen solchen

Voraussetzung, dass ein Sachverständiger (zumindest zum Schein) für eine Information entlohnt wird, die objektiv als Dispositionsgrundlage taugt und nach ihrem Zweck auf bestimmte Dritte ausgerichtet ist. Namentlich muss die Information auf ein „Projekt“ abzielen, insb auf einen oder mehrere, näher determinierte(n) Vertragsabschluss bzw Vertragsabschlüsse des bzw der (geschützten) Dritten (Vertrauensdisposition[en]), mit dem das Haftungsrisiko des Sachverständigen begrenzt bleibt (zum Ganzen s S 173 ff).

8. Auf diese Weise ließe sich auch eine Dritthaftung des Prospektprüfers erklären, weil sein Prüfvermerk im engen Zusammenhang mit dem Projekt „geprüfte Emission“ und den damit verknüpften Vertragsabschlüssen der Anleger steht. Die Verantwortlichkeit des Prospektkontrollors ist aber in § 11 KMG verankert, der (auch) die „quasi-vertragliche“ Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB verdrängt (vgl These 3). Abgesehen von besonderen Sachverhaltskonstellationen kommt dagegen eine Dritthaftung des Abschlussprüfers auf Basis von § 1300 Satz 1 ABGB nicht in Betracht, weil sein allgemeines Prüfungsurteil über das gesamte Unternehmen grundsätzlich nicht projektbezogen im vorstehenden Sinne ist (vgl These 4; zum Ganzen s S 293 ff).
9. Ratingagenturen haften gem § 1300 Satz 1 ABGB ihren Abonnenten für sämtliche der abonnierten Ratings und dritten Anlegern (auch Sekundärerwerbern, nicht aber sonstigen Gläubigern) für beantragte (*solicited*) Emissionsratings. Der objektive „Ratcharakter“ iSd § 1300 Satz 1 ABGB wird in aller Regel durch die Klauseln der Ratingagenturen nicht beseitigt, wonach ihren Ratings keine Bedeutung für die Anlegerentscheidung zukomme(n dürfe) (vgl § 864a, § 922 Abs 2 ABGB). Für *unsolicited* Ratings scheidet aber die Dritthaftung aus, weil dafür kein Entgelt an die Ratingagentur fließt, das mit der Information Dritter verbunden ist (womit auch nicht die Problematik des Interessenkonflikts der Ratingagentur schlagend werden kann). Unberührt davon bleibt aber die Möglichkeit einer Rechtsscheinhaftung bei irreführender Kennzeichnung eines unbeauftragten Ratings als beauftragtes Rating. Eine Drittverantwortlichkeit für beantragte oder unbeauftragte Emittentenratings ist mangels konkreten Projektbezugs derselben zu verneinen. Anders als Emissionsratings, die aufgrund ihrer Ausrichtung auf die jeweilige Emission insofern mit dem Prüfvermerk eines Prospektkontrollors vergleichbar sind, besteht

eine Parallele des Emittentenratings mit dem Bestätigungsvermerk eines Abschlussprüfers (vgl These 8; zum Ganzen s S 243 f, 250 ff, 295 ff).

10. Ratingagenturen haften gem § 1300 Satz 1 ABGB schon für leicht fahrlässige Pflichtverstöße, dh für Parteilichkeit bei der Bonitätsbewertung, für (sonstige) Ratingverfahrensfehler, insb für eine unangemessene Informationsbasis ihrer Ratings sowie für inhaltlich unvertretbare Ratings (einschließlich inaktueller Ratings; S 305 ff).
11. Der Schadenersatz des Anlegers ist bei kapitalmarktrechtlichen „quasi-vertraglichen“ Vertrauenshaftungen wie etwa der Dritthaftung für fehlerhafte Ratings gem § 1300 Satz 1 ABGB (aber auch der Prospekthaftung und der Haftung für die Verletzung der Publizitätspflichten des Sekundärmarkts) grundsätzlich auf den Preisschaden (Kursdifferenzschaden = Differenz zwischen tatsächlichem Kaufpreis und hypothetischem Kaufpreis bzw tatsächlichem Verkaufspreis und hypothetischem Verkaufspreis) beschränkt, weil das Kapitalmarktrecht (insb die verschiedenen Publizitätspflichten sowie die EU-RatingVO) den Marktprozess als solchen, namentlich die angemessene Preisbildung, schützt, und nicht die Entscheidungsfreiheit des (spekulierenden) Anlegers (Anlegerschutz bloß als Mittel zum Marktschutz). Transaktionsschadenersatz (Naturalrestitution iSv Rückabwicklung der schadenskausalen Transaktion) einschließlich Ersatz des entgangenen Gewinns gebührt im Kapitalmarktinformationshaftungsrecht nur bei vorsätzlichem Fehlverhalten des Haftpflichtigen oder Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem (zum Ganzen s S 350 ff).
12. Die Dritthaftung für fehlerhafte (beantragte) Emissionsratings gem § 1300 Satz 1 ABGB ist analog § 14 Z 6 KMG bzw § 220b Abs 3 AktG iVm § 275 Abs 2 UGB *ex lege* betraglich beschränkt (sofern die Ratingagentur keinen Verstoß gegen eine der zentralen Unabhängigkeitsbestimmungen der EU-RatingVO verwirklicht), wobei sich das Vorliegen einer planwidrigen Lücke insb auch mit der haftungsbeschränkenden Wertung des § 11 KMG (vgl These 3) begründen lässt. Bei der Aufteilung des „Haftungstopfes“ werden die Anleger aliquot befriedigt („Insolvenzmodell“). Aufgrund der Analogie zu § 275 UGB ist die betraglich beschränkte Dritthaftung der Ratingagenturen zwingend und daraus abgeleitete

Schadenersatzansprüche der Anleger verjähren innerhalb von fünf Jahren ab Schadenseintritt (zum Ganzen s S 363 ff).

II. Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten

1. Die Ratingagentur haftet gegenüber dem bewerteten Emittenten für sorgfaltswidrig erstellte *unbeauftragte* Ratings bereits bei leichter Fahrlässigkeit. Dies ergibt sich aus § 1330 Abs 2 ABGB (Kreditschädigung), der in diesem Fall zumindest analog anzuwenden ist. Die in Deutschland überwiegend vertretene Haftung der Ratingagentur wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Emittenten ist für Österreich nicht anzuerkennen. Ebenso ist § 7 Abs 1 UWG in aller Regel nicht einschlägig (zum Ganzen s S 422 ff).
2. Der für die Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten relevante Sorgfaltsmaßstab der neutralen Ratingagentur ist derselbe wie der bei der Haftung gegenüber Anlegern (vgl oben Kapitel I., These 10; „Spiegelbildlichkeit“ des Sorgfaltsmaßstabs der Ratingagentur; S 470 ff).
3. Da der Ratingvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist und das nicht *lege artis* zustande gekommene Rating einen gewährleistungsrechtlichen Mangel darstellt, haftet die Ratingagentur für sorgfaltswidrig erstellte *beauftragte* Ratings ebenso bereits bei leichter Fahrlässigkeit aus dem Titel des Mangelfolgeschadenersatzes (§ 1295 Abs 1, § 933a Abs 3 ABGB; S 479 ff).

Teil 2: Haftung nach der EU-RatingVO

1. Vorrangiger Schutzzweck der EU-RatingVO ist es, die Stabilität und Transparenz der Finanzmärkte durch Steuerung des Verhaltens der Ratingagenturen zu gewährleisten. Aus diesem Grund unterwirft die EU-RatingVO die in Europa agierenden Ratingagenturen einem sanktionsbewehrten Aufsichtsregime, das qualitativ hochwertige Ratings sicherstellen soll.
2. Um die Effektivität des Marktschutzes (These 1) zu erhöhen, geht die EU-RatingVO über einen reflexartigen Schutz der neben den Ratingagenturen agierenden Marktakteure durch ihre aufsichtsrechtlichen Normen hinaus. Namentlich stellt sie ausdrücklich unter bestimmten Voraussetzungen einen schadenersatzrechtlichen Schutz von Anlegern und Emittenten für den Fall sicher, dass die Ratingagentur gegen die EU-RatingVO verstoßen hat. Der Schutz dieser

Marktakteure dient letztlich wiederum dem Marktschutz und ist kein Selbstzweck (zum Ganzen s S 500 ff).

3. Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten nach Art 35a EU-RatingVO ist als deliktische Verantwortlichkeit zu qualifizieren. Genauer lässt sie sich als Tatbestand der kapitalmarktrechtlichen Berufshaftung verstehen. Art 35a EU-RatingVO kann zusätzlich mit dem Gedanken des *private enforcement* marktrechtlicher Normen erklärt werden (vgl vorige These; zum Ganzen s S 529 ff).
4. Art 35a EU-RatingVO weist eine „Janusköpfigkeit“ auf: Er stellt zwar eine in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltende europarechtliche Basis für einen Schadenersatzanspruch gegen Ratingagenturen bereit, hinsichtlich der Auslegung bestimmter Verordnungsbegriffe und der Füllung von Lücken verweist er aber auf das nach dem Internationalen Privatrecht maßgebliche mitgliedstaatliche Haftungsrecht (dazu noch unten Teil 3, Kapitel III., These 5). Art 35a EU-RatingVO verdrängt allfällige (auch weitergehende) Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht nicht (zum Ganzen s S 505 ff, 542 ff).
5. Passivlegitimiert iSd Art 35a EU-RatingVO sind nicht nur solche Ratingagenturen, die gem der EU-RatingVO registriert sind, sondern auch solche, die sich pflichtwidrig nicht registriert haben (S 513).
6. Die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO setzt voraus, dass die Ratingagentur grob schuldhaft gegen die EU-RatingVO verstoßen hat und dass sich diese Zuwiderhandlung auf das fragliche Rating ausgewirkt hat. Daher kann nur die Verletzung von Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Ratingagentur oder über die Qualität von Ratings eine Verantwortlichkeit nach Art 35a EU-RatingVO zur Folge haben, nicht aber etwa ein Verstoß gegen Transparenzpflichten. Das auf diese Weise beeinflusste Rating muss zudem zu einem Schaden eines nach Art 35a EU-RatingVO Aktivlegitimierten (dazu sogleich These 8) geführt haben („doppelte“ Kausalität der Pflichtverletzung; zum Ganzen s S 513 ff, 522 ff, 544 ff).
7. Art 35a EU-RatingVO ist analog auf Ratingausblicke anzuwenden (S 507 f).
8. Nach Art 35a EU-RatingVO sind private und institutionelle Anleger unabhängig vom Bestehen einer Vertragsbeziehung mit der Ratingagentur aktivlegitimiert, sofern es sich bei dem schadensstiftenden Rating um ein (beauftragtes oder

unbeauftragtes) Emissionsrating handelt. Wie bei der Haftung nach ABGB können Anleger grundsätzlich nur den Preisschaden geltend machen (anderes gilt bei vorsätzlichem Fehlverhalten der Ratingagentur; s oben Teil 1, Kapitel I., These 11). Emittenten können dagegen gem Art 35a EU-RatingVO gegen Ratingagenturen vorgehen, wenn Erstere durch ein (beauftragtes oder unbeauftragtes) Emissions- oder Emittentenrating geschädigt wurden (zum Ganzen s S 517 ff).

9. Ist dem Geschädigten ein Mitverschulden (ieS) an der Schadensentstehung vorzuwerfen, entsteht der Schadenersatzanspruch gem Art 35a EU-RatingVO nicht (Culpakompensation). Die Beweislast für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten trifft den Geschädigten. Die Schadensteilung nach § 1304 ABGB ist im Rahmen des Art 35a EU-RatingVO nur in Bezug auf die Schadensminderungsobliegenheit des Geschädigten anzuwenden (dazu unten Teil 3, Kapitel II., These 3; zum Ganzen s S 525 ff).
10. Der Schadenersatzanspruch gem Art 35a EU-RatingVO verjährt gem § 1489 ABGB binnen drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (S 529).
11. In den Grenzen des subsidiär anwendbaren Haftungsrechts (vgl oben These 4 und unten Teil 3, Kapitel III., These 5 sowie Teil 3, Kapitel II., These 1 und 2) kann die Haftung nach Art 35a EU-RatingVO vertraglich eingeschränkt werden. Eine einseitige Haftungseinschränkung durch Erklärung der Ratingagentur entfaltet jedoch keine Wirkung (zum Ganzen s S 532 ff).
12. (Nur) Bis zum Inkrafttreten der EU-RatingVO-Novelle II sind die Bestimmungen der EU-RatingVO als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zugunsten der Anleger auszulegen. Diese Haftung aus Schutzgesetzverletzung ist wie die Dritthaftung von Ratingagenturen nach österreichischem Recht (oben Teil 1, Kapitel I., These 12) analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB summenmäßig beschränkt (zum Ganzen s S 503 f, 543 f).

Teil 3: Haftungsdurchsetzung gegen Ratingagenturen

I. Beweislast des Anlegers bzw Emittenten

1. Die Beweislast für die sorgfaltswidrige Bewertung durch die Ratingagentur trifft grundsätzlich den Geschädigten. Im („quasi-“)vertraglichen Bereich greift hierfür

eine Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB (analog) ausnahmsweise dann ein, wenn die Ratinginaktualität feststeht (zum Ganzen s S 570 f).

2. Für den Beweis der Kausalität zwischen Ratingverfahrensfehler und Ratingergebnis kann in Einzelfällen ein Anscheinsbeweis zulässig sein, sofern der Sorgfaltsverstoß einen Einfluss auf das Ratingergebnis vermuten lässt (S 572 f).
3. Im Bereich der Kapitalmarktinformationshaftung (Haftung für fehlerhafte Ratings, Prospekthaftung und Haftung für die Verletzung der Publizitätspflichten des Sekundärmarkts) ist in Anlehnung an die *fraud-on-the-market theory* im Wege eines Anscheinsbeweises davon auszugehen, dass die veröffentlichte (wesentliche) irreführende Information an den Markt (Rating, Prospekt oder *Ad-hoc*-Mitteilung) einen Preiseinfluss hatte. Dieser Anscheinsbeweis für die Preiskausalität kann im Rahmen der Geltendmachung des Preisschadenersatzes nutzbar gemacht werden. Vom Haftpflichtigen kann der Anscheinsbeweis insb dadurch erschüttert werden, dass er die erforderliche Ineffizienz des jeweiligen Markts nachweist. Sonstige Beweiserleichterungen (insb für die Geltendmachung des Transaktionsschadens), etwa die These der „Anlagestimmung“, sind hierbei demgegenüber nicht anzuerkennen (zum Ganzen s S 573 ff).

II. (Weitere) haftungsmildernde Einwände

1. Die betraglich beschränkte Dritthaftung von Ratingagenturen gem § 1300 Satz 1 ABGB ist analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 4 UGB zwingend (oben Teil 1, Kapitel I., These 12). Hinsichtlich sonstiger Haftungskonstellationen können Ratingagenturen ihre Verantwortlichkeit durch vorgefertigte Vertragsbedingungen sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern nur insoweit einschränken, als sie nicht grob schuldhaft handeln (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG unmittelbar oder analog). Gegenüber Unternehmern (nicht aber Verbrauchern) kann die Ratingagentur ihre Haftung individualvertraglich für den gesamten Bereich der Fahrlässigkeit ausschließen. Das auch vom OGH vertretene Konzept der „krass groben“ Fahrlässigkeit ist daher ebenso abzulehnen, wie die dhM, die im Ergebnis einen formularmäßigen Haftungsausschluss der Ratingagentur selbst bloß für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam erachtet (zum Ganzen s S 579 ff).

2. Eine geltungserhaltende Reduktion einer die Grenzen des Zulässigen (soeben These 1) überschreitenden Klausel sollte im Individualprozess zugelassen werden, und zwar entgegen hM auch gegenüber Verbrauchern (§ 587 ff).
3. Eine Verkaufs-, Halte- oder Kaufobliegenheit des Anlegers iSd § 1304 ABGB ist abzulehnen. Aufgrund dieser Norm empfiehlt es sich jedoch im Falle der Geltendmachung des Transaktionsschadens, die Ratingagentur vom Schadensfall zu informieren (zum Ganzen s § 590 ff).

III. Internationales Zivilprozess- und Privatrecht

1. Eine Zuständigkeit österreichischer Gerichte für Klagen gegen Ratingagenturen aus Drittstaaten lässt sich insb mit § 99 JN (Gerichtsstand des Vermögens) begründen. Als Vermögen in diesem Sinne kommen insb Forderungen der Ratingagenturen gegen österreichische Schuldner in Betracht. Die in Deutschland hinsichtlich des Vermögensgerichtsstands vertretene zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung des hinreichenden Inlandsbezugs des konkreten Rechtsstreits ist in Bezug auf § 99 JN abzulehnen. Das für § 99 JN allenfalls schädliche Missverhältnis zwischen Streitwert und Wert des im Inland befindlichen Vermögens kann durch eine Teileinklagung verhindert werden (zum Ganzen s § 593 ff).
2. Eine Zuständigkeit österreichischer Gerichte für Klagen österreichischer Geschädigter gegen Ratingagenturen aus dem europäischen Ausland besteht hinsichtlich deliktischer Ansprüche, weil der Schadenseintrittsort iSd Art 7 Z 2 EuGVVO mit dem Ort gleichzusetzen ist, an dem der durch ein Rating Geschädigte im Zeitpunkt der Schädigung seinen Interessenmittelpunkt hatte. Unter deliktische Ansprüche in diesem Sinne fallen Ansprüche wegen Verletzung der EU-RatingVO, wegen Kreditschädigung (vgl § 1330 Abs 2 ABGB), wegen vorsätzlicher Schädigung von dritten Anlegern (vgl § 1300 Satz 2 ABGB) und wegen fahrlässiger Schädigung von dritten Anlegern aus dem Titel der berufsrechtlichen Vertrauenshaftung (vgl § 1300 Satz 1 ABGB), nicht aber Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (zum Ganzen s § 596 ff).
3. Für vertragliche Schadenersatzansprüche gegen Ratingagenturen aus dem europäischen Ausland ist in aller Regel kein österreichisches Gericht zuständig. Ausnahmsweise kann sich die Zuständigkeit österreichischer Gerichte in Bezug auf

private Anleger aus Österreich aufgrund des Verbrauchergerichtsstands der Art 17 ff EuGVVO ergeben (zum Ganzen s S 599 ff).

4. Vertragliche Ansprüche gegen ausländische Ratingagenturen unterliegen nach der Rom I VO grundsätzlich nicht österreichischem Recht. Anderes kann wiederum für österreichische Verbraucher-Anleger aufgrund von Art 6 Rom I VO gelten (zum Ganzen s S 601 ff).
5. Außervertragliche Ansprüche iSd Rom II VO österreichischer Geschädigter gegen ausländische Ratingagenturen unterliegen österreichischem Recht, weil der Schadenseintrittsort iSd Art 4 Abs 1 Rom II VO jener Ort ist, an dem der durch ein Rating Geschädigte zum Zeitpunkt der Schädigung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Unter außervertragliche Ansprüche in diesem Sinne fallen Ansprüche wegen Verletzung der EU-RatingVO, wegen Kreditschädigung (vgl § 1330 Abs 2 ABGB), wegen vorsätzlicher Schädigung von dritten Anlegern (vgl § 1300 Satz 2 ABGB) und wegen fahrlässiger Schädigung von dritten Anlegern aus dem Titel der berufsrechtlichen Vertrauenshaftung (vgl § 1300 Satz 1 ABGB). Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterliegen jedoch dem auf diesen Vertrag anwendbaren Recht (vgl dazu vorige These; zum Ganzen s S 604 ff).

Materialienverzeichnis

(nötigenfalls mit Abkürzung, soweit zum Verständnis erforderlich; s auch die historischen Kommentare und Gutachten unten im Literaturverzeichnis)

Bürgerliches Recht

(insb für Auslegung der §§ 1300, 1330, 879 ABGB)

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucksache 15/1487, 12

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 35, 99

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040, 79

Begründung zum Entwurf eines Überweisungsgesetzes, BT-Drucksache 14/745, 8

Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, 21. Session 1912; zitiert als Herrenhausbericht 78 BlgHH 21. Session (III. Teilnovelle)

Bericht der XII. Kommission des Reichstages vom 12. Juni 1896, abgedruckt in *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 1271; zitiert als Bericht der XII. Kommission

Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvorlage zum Konsumentenschutzgesetz, 1223 BlgNR 14. GP; zitiert als JAB KSchG

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/7052

Codex Thesianus, abgedruckt in *Harrasowsky*, Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen., Band I-III (1883 f)

Denkschrift zum „Rechte der Schuldverhältnisse“, abgedruckt in *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 1232; zitiert als Denkschrift BGB

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (Dresdner Entwurf), abgedruckt in *Francke*, Dresdener Entwurf : eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (1973)

Entwurf Hortens, abgedruckt in *Harrasowsky*, Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen., Band IV (1886)

Entwurf Martinis, abgedruckt in *Harrasowsky*, Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen., Band V (1886)

Erläuternde Bermerkungen zu der Vorlage der Bundesregierung, betreffend ein Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 464 BlgNR 1. GP; zitiert als EB UWG 1923

Mitteilung zur III. Teilnovelle, Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums XXXII. Jahrgang (1916), Stück VI 105

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888), abgedruckt in *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 1; zitiert als Motive BGB, 1. Kommission

Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislaturperiode, 1870, Dritter Band, Aktenstück Nr 5, 68

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches., Band II (1889)

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches., Band I (1889)

Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889); abgedruckt in *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III (1983) (bei den jeweiligen §§); zitiert als Protokolle BGB, 1. Kommission

Protokolle der 2. Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1890-1896), abgedruckt in *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 500; zitiert als Protokolle BGB, 2. Kommission

Regierungsvorlage zum Bankwesengesetz-Änderungsgesetz 2006, 1558 BlgNR 22. GP; zitiert als RV BWGÄG 2006

Regierungsvorlage zum Bankwesengesetz-Änderungsgesetz 2013, 2438 BlgNR 24. GP; zitiert als RV BWGÄG 2013

Regierungsvorlage zum Gesetz betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 3 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, 19. Session 1909; zitiert als RV 3 BlgHH 19. Session (III. Teilnovelle)

Regierungsvorlage zum Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz, 422 BlgNR 21. GP; zitiert als RV GewRÄG

Regierungsvorlage zum Konsumentenschutzgesetz, 744 BlgNR 14. GP; zitiert als RV KSchG

Regierungsvorlage zum Strafgesetzbuch 1974, 30 BlgNR 13. GP; zitiert als RV StGB 1974

Regierungsvorlage zur Exekutionsordnung-Novelle 2000, 93 BlgNR 21. GP; zitiert als RV EO-Novelle 2000

Regierungsvorlage zur Konsumentenschutzgesetz-Novelle 1997, 311 BlgNR 20. GP; zitiert als RV KSchG-Novelle 1997

Regierungsvorlage zur Strafgesetzbuch-Novelle 2000, 92 BlgNR 21. GP; zitiert als RV StGB-Novelle 2000

Regierungsvorlage zur UWG-Novelle 2007, 144 BlgNR 23. GP; zitiert als RV UWG-Novelle 2007

Regierungsvorlage, betreffend ein Bundesgesetz, womit einige Bestimmungen des Strafgesetzes und des Preßgesetzes abgeändert werden (Strafgesetznovelle 1929), 373 BlgNR 3. GP; zitiert als RV Strafgesetznovelle 1929

Gesellschafts- und Unternehmensrecht

(insb für Auslegung des § 275 UGB)

Aktiengesetz mit Amtlicher Begründung – Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und Einführungsverordnungen für das Land Österreich und die sudetendeutschen Gebiete – Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis, 2. Auflage (1939); zitiert als Amtliche Begründung zum dAktG 1937²

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, RT-Drucksache V/1930 Nr 848, 9

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Dritten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz), BT-Drucksache 9/1065, 12

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BT-Drucksache 13/9712, 11

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BT-Drucksache 15/5092, 10

Bericht des Finanzausschusses über die Regierungsvorlage zum Finanzmarktaufsichtsgesetz 714 BlgNR 21. GP; zitiert als AB FMAG 2001

Bericht und Antrag des Justizausschusses betreffend den Entwurf eines Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes (1982), 1148 BlgNR 15. GP; zitiert als JAB GesRÄG 1982

Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zum Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BT-Drucksache 13/10038

BMF, (Begründung zum) Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Haftung für falsche Kapitalmarktinformationen (Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz – KapInHaG), abgedruckt in NZG 2004, 1042 (1044)

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (Reichstagsvorlage, 1897), abgedruckt in *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Band II, 2. Halbband (1988) 949; zitiert als Denkschrift HGB (Reichstagsvorlage)

Empfehlung der Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, ABl L 2008/162, 39

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Theil II (1857); zitiert als Motive PreußEntw

Erläuternde Bemerkungen des Reichsjustizministeriums zum Entwurf von 1931, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik – Die Protokolle der Verhandlungen im Aktienrechtsausschuß des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats unter dem Vorsitz von Max Hachenburg (1987) 907

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, KOM(2011) 778/2, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/COM_2011_778_de.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, KOM(2004) 177, abrufbar unter http://www.ifrs-portal.com/Dokumente/EU_Pruef_RL_Vorschl.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

European Commission, Commission Staff Working Paper – Consultation Report on auditors' liability and its impact on the European capital markets, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/consultation-paper_en.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des Reichs-Oberhandelsgerichts bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betrieb von Aktienunternehmungen hervorgetretenen Uebelstände, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 157

Klarstellung der Nationalratsabgeordneten *Frieser*, Stenographisches Protokoll zur 75. Sitzung des Nationalrates, 21. GP, 21.43, 347

London Economics, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, MARKT/2005/24/F, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

Protokoll über die kommissarischen Beratungen im Reichsjustizministerium (Sitzung am 16.2.1931 zu §§ 84, 93-96, 118-141 des Entwurfs), abgedruckt in *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik (1926-1931), Band II (1999) 1013

Protokoll zur 9. Sitzung vom 30.11.1932 des vorläufigen Reichswirtschaftsrats (Verhandlungsgegenstände: Pflichtrevision und Stellung der Wirtschaftsprüfer), abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik – Die Protokolle der Verhandlungen im Aktienrechtsausschuß des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats unter dem Vorsitz von Max Hachenburg (1987) 511

Protokoll zur Sitzung des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht am 1. und 2. Februar 1935, 10 Uhr vormittags im Gebäude der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft in München, abgedruckt in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht – 1933-1945 – Protokolle der Ausschüsse, Band I (1986) 349

Regierungsvorlage zum Aktiengesetz 1965, 301 BlgNR 10. GP; zitiert als RV AktG 1965

Regierungsvorlage zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 641 BlgNR 21. GP; zitiert als RV FMAG 2001

Regierungsvorlage zum Genossenschaftsrevisionsgesetz, 840 BlgNR 20. GP; zitiert als RV GenRevG

Regierungsvorlage zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, 927 BlgNR 22. GP; zitiert als RV GesRÄG 2005

Regierungsvorlage zum Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1906, 236 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, 17. Session 1904; zitiert als RV 236 BlgHH 17. Session (GmbHG)

Regierungsvorlage zum Handelsrechts-Änderungsgesetz, 1058 BlgNR 22. GP; zitiert als RV HaRÄG

Regierungsvorlage zum Rechnungslegungsgesetz, 1270 BlgNR 17. GP; zitiert als RV RLG 1990

Regierungsvorlage zum Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008, 467 BlgNR 23. GP; zitiert als RV URÄG 2008

Regierungsvorlage zum Vereinsgesetz 2002, 990 BlgNR 21. GP; zitiert als RV VerG 2002

Reichstagsvorlage deutsche Aktienrechts-Novelle 1884, Aktenstück Nr 21 vom 7.3.1884, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 407

Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BT-Drucksache 13/9712, 32

Zweiter Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht (Wilhelm Kißkalt) an den Herrn Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Herrn Reichsminister Dr. Frank, im April 1935, abgedruckt in *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht – 1933-1945 – Protokolle der Ausschüsse, Band I (1986) 497

Kapitalmarktrecht

(insb für Auslegung des § 11 KMG)

Begründung zum Entwurf eines Börsengesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Erster Anlageband, Aktenstück Nr 14, 11

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, BT-Drucksache 5/3494, 14

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, BT-Drucksache 8/1405, 9

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere, BT-Drucksache 11/6340, 10

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 30

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG), BT-Drucksache 15/3174, 26

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz), BT-Drucksache 14/8017, 62

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz), BT-Drucksache 13/8933, 54

Bericht des Finanzausschusses über die Regierungsvorlage zum Kapitalmarktgesetz, 271 BlgNR 18. GP; zitiert als AB KMG

Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuß) zum Entwurf eines Gesetzes über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere, BT-Drucksache 11/8323

Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 63

Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere, BT-Drucksache 11/6340, 20

Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, BT-Drucksache 8/1405, 25

Initiativantrag der Abgeordneten Dr. Nowotny, Dr. Stummvoll und Genossen betreffend ein Bundesgesetz mit dem das Kapitalmarktgesetz geändert wird, 663/A BlgNR 18. GP; zitiert als IA KMG-Novelle 1994

Regierungsvorlage zum Börsegesetz 1989, 1049 BlgNR 17. GP; zitiert als RV BörseG 1989

Regierungsvorlage zum Kapitalmarktgesetz, 147 BlgNR 18. GP; zitiert als RV KMG

Regierungsvorlage zum Produkthaftungsgesetz, 272 BlgNR 17. GP; zitiert als RV PHG

Regierungsvorlage zum Übernahmegesetz, 1276 BlgNR 20. GP; zitiert als RV ÜbG

Regierungsvorlage zum Wertpapier-Emissionsgesetz 1979, 845 BlgNR 14. GP; zitiert als RV Wp-EmissionsG 1979

Regierungsvorlage zur Börsegesetz-Novelle 1993, 1110 BlgNR 18. GP; zitiert als RV BörseG-Novelle 1993

Regierungsvorlage zur Kapitalmarktgesetz-Novelle 2005, 969 BlgNR 22. GP; zitiert als RV KMG-Novelle 2005

Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, BT-Drucksache 8/1405, 20

Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere, BT-Drucksache 11/6340, 18

Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucksache 17/6051, 56

Verhandlungen der Aktienrechtskommission, 5. Sitzung vom 29.3.1882, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 315

Internationales Zivilverfahrens- und Privatrecht

Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874/75, Dritter Band, (zu) Aktenstück Nr 6, 387

Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvorlage zur Zivilverfahrens-Novelle 1983, 1337 BlgNR 15. GP; zitiert als JAB Zivilverfahrens-Novelle 1983

Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen, abgedruckt in *k. k. Justizministerium*, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen, Band I (1897) 21; zitiert als EB JN

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM(2010) 748, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

Jenard, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (unterzeichnet in Brüssel am 27. September 1968), ABl C 1979/59, 1

Regierungsvorlage zur Internationales Privatrechts-Gesetz-Novelle 2009, 322 BlgNR 24. GP; zitiert als RV IPRG-Novelle 2009

Regierungsvorlage zur Wertgrenzen-Novelle 1997, 898 BlgNR 20. GP; zitiert als RV Wertgrenzen-Novelle 1997

Regierungsvorlage zur Zivilverfahrens-Novelle 1983, 669 BlgNR 15. GP; zitiert als RV Zivilverfahrens-Novelle 1983

EU-RatingVO

Abgeordneter Klaus-Peter Flosbach ua, Antrag an den Bundestag: Ratingagenturen besser regulieren, BT-Drucksache 17/7638

Anhang zur Mitteilung der Kommission über Rating-Agenturen (2006/C 59/02), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/agencies/annex_de.pdf (zuletzt abgerufen am 25.3.2015)

Barnier, Statement following the vote in the European Parliament on new European rules to regulate credit rating agencies (MEMO/13/14), abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-14_de.htm?locale=en (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

CESR, technical advice to the European Commission on possible measures concerning credit rating agencies, CESR/05-139 b, abrufbar unter http://www.esma.europa.eu/system/files/05_139b.pdf (zuletzt abgerufen am 29.7.2015)

Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, general approach, 2011/0361 (COD), abrufbar unter <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010452%202012%20INIT> (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/06/8: Binnenmarkt: Kommission erläutert ihre Politik auf dem Gebiet der Kredit-Rating-Agenturen, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-8_de.htm?locale=fr (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/08/1224: Konsultation der Kommissionsdienststellen zu den Ratingagenturen, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1224_de.htm (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/09/629: Verabschiedung von neuer Verordnung sorgt für höhere Rating-Standards in der Gemeinschaft, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-629_de.htm (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Ratingagenturen: Häufig gestellte Fragen (FAQ) (MEMO/08/691), abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-691_de.htm?locale=FR (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747, 2011/0361 (COD), abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/COM_2011_747_de.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen, KOM(2008) 704, 2008/0217 (COD), abrufbar unter http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/agencies/proposal_de.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD), Berichterstatter: Leonardo Domenici, A7-0221/2012, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0221+0+DOC+PDF+V0//DE> (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Europäisches Parlament, Pressemitteilung (REF: 20130114IPR05310): Tougher credit rating rules confirmed by Parliament's vote, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/news/hr/news->

[room/content/20130114IPR05310/html/Tougher-credit-rating-rules-confirmed-by-Parliament's-vote](#) (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

European Commission, Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies – Impact Assessment SEC(2008) 1975, abrufbar unter http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/agencies/impact_assessment_en.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

European Commission, Commission Staff Working Paper – Impact Assessment SEC(2011) 1354 – Accompanying the document: Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies and a Proposal for a Directive amending Directive 2009/65/EC on coordination on laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) and Directive 2011/61/EU on Alternative Investment Fund Managers, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/1354/COM_SEC\(2011\)1354_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/1354/COM_SEC(2011)1354_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ID-Nummer: 6437280268-55, abrufbar unter <http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2012/01/GDV-StellungnahmeCRAIII-dt.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

Stellungnahme des Rechtsausschusses in *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, COM(2011)0747 – C7-0420/2011 – 2011/0361(COD), Berichterstatter: Leonardo Domenici, A7-0221/2012, 89, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0221+0+DOC+PDF+V0//DE> (zuletzt abgerufen am 28.5.2015)

The Technical Committee of the IOSCO, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (revised version 2008), abrufbar unter: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.3.2015)

The Technical Committee of the IOSCO, Statement of Principles Regarding the Activities of Credit Rating Agencies, abrufbar unter: <http://www.fsa.go.jp/inter/ios/20030930/02.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.03.2015)

Waxman (Chairman, Committee on Oversight and Government Reform, House of Representatives, Congress of the United States), Opening Statement – Credit Rating Agencies and the Financial Crisis, abrufbar unter: <http://democrats.oversight.house.gov/sites/democrats.oversight.house.gov/files/documents/20081022102221.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.08.2015)

Literaturverzeichnis

Monographien, Gutachten, systematische Darstellungen einschließlich Lehrbücher

A. Wiegand, Die „Sachwalterhaftung“ als richterliche Rechtsfortbildung (1991); zitiert als A. Wiegand, Sachwalterhaftung

Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band VI: Kapitalmarkt, 2. Auflage (2007); zitiert als Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI²

Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (2003 ff); zitiert als Bertl/Mandl, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 15. Lfg (2010)

Bliesener, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel (1998); zitiert als Bliesener, Wertpapierhandel

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, Band III: Enthaltend den speciellen Theil des Obligationen-Rechts, 2. Auflage (1843); zitiert als Bornemann, Preußisches Civilrecht III²

Brawenz, Die Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht (1991); zitiert als Brawenz, Prospekthaftung

Bucher, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1998); zitiert als Bucher, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil²

Canaris, Bankvertragsrecht. Erster Teil, 3. Auflage (1988); zitiert als Canaris, Bankvertragsrecht³

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (1982); zitiert als Canaris, Lücken²

Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971); zitiert als Canaris, Vertrauenshaftung

Canaris, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz – Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998 (1999); zitiert als Canaris, Grundrechte

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, Erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse., 2. Auflage (1928); zitiert als Ehrenzweig, System II/1²

Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007); zitiert als Eisen, Haftung

F. Bydliniski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Auflage (1991); zitiert als F. Bydliniski, Methodenlehre²

Finger/Frankl/Allmann (Hrsg), Grundriß des österreichischen Rechts, Band I, 4. Teilband: Grundriß des Obligationenrechts (von Schuster v. Bonnott) (1899); zitiert als Finger/Frankl/Allmann, Grundriß I/4

Fischer, Haftungsfragen des Ratings (2007); zitiert als Fischer, Haftungsfragen

Fleischer, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag: Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln? (2002)

G. H. Roth, Grundriß des österreichischen Wertpapierrechts, 2. Auflage (1999); zitiert als G. H. Roth, Wertpapierrecht²

Gass, Schadenersatzansprüche bei fehlerhaftem Rating: Die Haftung nach Art 35a der Ratingagenturverordnung (2014); zitiert als Gass, Schadenersatzansprüche

Gernhuber, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen (1989); zitiert als Gernhuber, Schuldverhältnis

Gschnitzer, Schuldrecht – Besonderer Teil und Schadenersatz (1963); zitiert als Gschnitzer, Schuldrecht, Besonderer Teil

H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage (2000); Schäfer/Ott, ökonomische Analyse³

H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage (2012); Schäfer/Ott, ökonomische Analyse⁵

Haberl, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers als gesetzlicher Abschlussprüfer (2000); zitiert als Haberl, Haftung

Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2. Auflage (2013); zitiert als Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch Kapitalmarktinformation²

Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008); zitiert als Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht

Hirte, Berufshaftung: ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen (1996); zitiert als Hirte, Berufshaftung

Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht: allgemeines Wettbewerbsrecht, Zugabenrecht, Rabattrecht, Markenrecht (1959); zitiert als Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht

Kadečka, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 26. September 1923 samt der dazugehörigen Novelle zur Gewerbeordnung vom 21. Dezember 1923; mit Erläuterungen (1924); zitiert als Kadečka, UWG

Kalss, Anlegerinteressen – Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001)

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht – System, 2. Auflage (2015); zitiert als Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht²

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht, Band I – System (2005); zitiert als Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht

Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung. Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus (1992); zitiert als Karollus, Schutzgesetzverletzung

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990); zitiert als Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵

Kersting, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht (2007); zitiert als Kersting, Dritthaftung

Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag – zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln (1981); zitiert als Köndgen, Selbstbindung

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, unlauterer Wettbewerb, Marken, 3. Auflage (1997); zitiert als Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³

Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht – Der Schutz des wirtschaftlichen Rufs und der Ehre – Bildnisschutz – Namensschutz (1991); zitiert als Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz

Korth, Dritthaftung von Ratingagenturen (2010); zitiert als Korth, Dritthaftung

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage (1997); zitiert als *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 13. Auflage (2006); zitiert als *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³

Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage (2007); zitiert als *Koziol/Welser*, Grundriß II¹³

Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, Erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse., 5. Auflage (1915); zitiert als *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II/1⁵

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Auflage (1987); zitiert als *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴

Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2: Besonderer Teil, 13. Auflage (1994); zitiert als *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995); zitiert als *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³

Last, Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, der Empfehlung und der Auskunft (1936); zitiert als *Last*, Kreditauftrag

Liebscher, Der Abschlußprüfer – Aufgaben und Haftung (1998); zitiert als *Liebscher*, Abschlußprüfer

Mayrhofer/Armin Ehrenzweig/Adolf Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung: Allgemeine Lehren, 3. Auflage (1986); zitiert als *Mayrhofer/Ehrenzweig/Ehrenzweig*, System II/1³

Meyer, Rechtsfragen des externen Rating (2006); zitiert als *Meyer*, Rechtsfragen

Mihurko, Die Revision des Schadenersatzrechtes in den Entwürfen einer Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. (1911); zitiert als *Mihurko*, Revision

Mühl, Die Haftung für fehlerhafte Ratings: Grundlagen – Beweisführung – Prozesstaktik (2010); zitiert als *Mühl*, Haftung

Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974); zitiert als *Musielak*, Haftung

Niederösterreichische Advokatenkammer, Gutachten über den Entwurf einer Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (1913); zitiert als *Niederösterreichische Advokatenkammer*, Gutachten zur III. Teilnovelle

Nowak, Prospekthaftung nach dem Börsegesetz 1989 (1991); zitiert als *Nowak*, Prospekthaftung

Öllinger, Haftung für Ratings (2005); zitiert als *Öllinger*, Haftung

Peters, Die Haftung und die Regulierung von Rating-Agenturen (2001); zitiert als *Peters*, Haftung

Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht. Ein Gutachten – dem österreichischen Advocatentage erstattet (1880); zitiert als *Pfaff*, Gutachten

R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, Band I, 2. Auflage (1884); zitiert als *R. v. Jhering*, Zweck I²

Randa, Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte insbesondere aus Eisenbahn- und Automobilunfällen mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebungen., 3. Auflage (1913); zitiert als *Randa*, Schadenersatzpflicht³

- Randa*, Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebungen., 2. Auflage (1908); zitiert als *Randa*, Schadenersatzpflicht²
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 8. Auflage (2010); zitiert als *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸
- Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); zitiert als *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung
- Schantz*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Ratingagenturen gegenüber Investoren (2015); zitiert als *Schantz*, Verantwortlichkeit
- Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I (1890); zitiert als *Schey*, Obligationsverhältnisse I
- Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006); zitiert als *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung
- Schroeter*, Ratings – Bonitätsbeurteilungen durch Dritte im System des Finanzmarkt-, Gesellschafts- und Vertragsrechts (2014); zitiert als *Schroeter*, Ratings
- Schuler*, Regulierung und zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Ratingagenturen (2012); zitiert als *Schuler*, Verantwortlichkeit
- Steinbrügge*, Optimale Fremdfinanzierung nach Basel II (2008); zitiert als *Steinbrügge*, Fremdfinanzierung
- Swoboda*, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch – Eine systematische Darstellung für das Studium und für die Praxis, Dritter Teil: Das Recht der Schuldverhältnisse (1942); zitiert als *Swoboda*, ABGB III
- Thiele*, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005); zitiert als *Thiele*, Rating
- U. Torggler*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009); zitiert als *U. Torggler*, Verbandsgründung
- U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013); zitiert als *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I
- Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, 5. Auflage (1892); zitiert als *Unger*, System II⁵
- v. *Bar*, Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht (1980); zitiert als v. *Bar*, Verkehrspflichten
- Vasella*, Die Haftung von Ratingagenturen – Ein Beitrag zur Expertenhaftung (2011); zitiert als *Vasella*, Haftung
- W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung – Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen, 2. Auflage (2014); zitiert als *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung²
- Weber*, Kapitalmarktrecht – Eine Untersuchung des österreichischen Rechts und des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999)
- Wehli*, Die obligationenrechtlichen Bestimmungen der dritten Teilnovelle zum ABGB: nach einem am 10. Jänner 1917 in der Juristischen Gesellschaft in Wien gehaltenen Vortrage (1918); zitiert als *Wehli*, Teilnovelle
- Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten – Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft (1983); zitiert als *Welser*, Haftung

Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970); zitiert als *Welser*, Vertretung

Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941); zitiert als *Wilburg*, Schadensrecht

Wittig (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage (2011), begründet von *Kümpel*; zitiert als *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴

Kommentare

A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zur 12. und 13. Auflage des Kommentars zum Handelsgesetzbuch von Staub enthaltend die Vorschriften der Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 (1932); zitiert als A. Pinner/H. Pinner/Schmidt, Nachtrag zu Staub, HGB^{12,13} (1932)

Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft – Handkommentar für die Bilanzierungs- und Prüfungspraxis nach dem Aktiengesetz unter Berücksichtigung der sonstigen handelsrechtlichen Vorschriften (1938); zitiert als Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung (1938)

Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb (Hrsg), Wertpapierprospektgesetz, Verkaufsprospektgesetz: WpPG, VerkProspG, 2. Auflage (2010); zitiert als Assmann/Schlitt/v. Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG² (2010)

Assmann/Schneider (Hrsg), Wertpapierhandelsgesetz: WpHG – Kommentar, 6. Auflage (2012); zitiert als Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012)

Bamberger/Roth (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition (2015); zitiert als Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition (2015)

Baumbach (Begr), Wettbewerbsrecht, 23. Auflage (2004); zitiert als Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²³ (2004)

Bergmayr, Das bürgerliche Recht der k.k. Oesterreichischen Armee und der Militär-Gränz-Provinzen., Band III (1833); zitiert als Bergmayr, Bürgerliches Recht III (1833)

C. Ritter, Aktiengesetz mit Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und Einführungsverordnungen für Österreich und die sudetendeutschen Gebiete, 2. Auflage des von C. Ritter und J. Ritter herausgegebenen Kommentars zum Handelsgesetzbuch, Buch 2, Abschnitt 3, 4 (1939); zitiert als Ritter, AktG² (1939)

Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Auflage (2011); zitiert als Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011)

Canaris/Habersack/C. Schäfer (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Großkommentar, 5. Auflage (2008 ff), begründet von Staub; zitiert als Staub, HGB⁵ (2010)

Claussen/Scherrer (Hrsg), Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht (2011); zitiert als KölnKomm Rechnungslegungsrecht (2011)

Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar (2007 ff); zitiert als Dellinger, BWG, 5. Lfg (2010)

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (2003); zitiert als Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003)

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012); zitiert als Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012)

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), Handelsgesetzbuch, Band I, 2. Auflage (2008); zitiert als Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB² (2008)

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), Handelsgesetzbuch, Band I, 3. Auflage (2014); zitiert als *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ (2014)

Ehmer, Die Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Gesetzestext mit Erläuterungen aus den Gesetzesmaterialien (1916); zitiert als *Ehmer*, Novellen

Ehrenreich/Kastner/Kraus, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich., 2. Auflage (1913) (Band I des Werkes *Ehrenreich* [Hrsg], Oesterreichische Gesetzeskunde. Gemeinverständliche Kommentare., 2. Auflage [1913]); zitiert als *Ehrenreich/Kastner/Kraus*, ABGB² (1913)

Ellinger, Handbuch des österreichischen allgemeinen Zivil-Rechtes. Enthaltend den Text des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1811 mit kurzen Erläuterungen desselben, 5. Auflage (1857); zitiert als *Ellinger*, ABGB⁵ (1857)

Ensthaler (Hrsg), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 8. Auflage (2015); zitiert als *Ensthaler*, HGB⁸ (2015)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage (2000 ff); zitiert als *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² (2008)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Auflage (2013 ff); zitiert als *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ (2013)

Förschle/Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann (Hrsg), Beck'scher Bilanz-Kommentar – Handels- und Steuerbilanz, 9. Auflage (2014), begründet von *Budde/Pankow/Clemm/Sarx*; zitiert als Beck'scher BilanzKomm⁹ (2014)

Gadow/Heinichen/E. Schmidt/W. Schmidt/Weipert (Begr), Aktiengesetz – Großkommentar, 2. Auflage (1961); zitiert als GroßKomm AktG² (1961)

Goette/Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2008 ff); zitiert als MünchKomm AktG³ (2008)

Groß, Kapitalmarktrecht, 5. Auflage (2012); zitiert als *Groß*, Kapitalmarktrecht⁵ (2012)

Gruber/N. Raschauer (Hrsg), WAG – Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I – Kommentar (2009 ff); zitiert als *Gruber/Raschauer*, WAG (2009)

Heidel/Schall (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Handkommentar (2011); zitiert als *Heidel/Schall*, HGB (2011)

Hirschler (Hrsg), Bilanzrecht – Einzelabschluss Kommentar (2010); zitiert als *Hirschler*, Bilanzrecht (2010)

Hopt (Hrsg), Handelsgesetzbuch, 35. Auflage (2012), begründet von *Baumbach*; zitiert als *Baumbach/Hopt*, HGB³⁵

Hopt (Hrsg), Handelsgesetzbuch, 36. Auflage (2014), begründet von *Baumbach*; zitiert als *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶

Horn (Hrsg), Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 2. Auflage (1995 ff), begründet von *Heymann*; zitiert als *Heymann/Horn*, HGB² (1999)

Jabornegg (Hrsg), Kommentar zum HGB – Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht (1997); zitiert als *Jabornegg*, HGB (1997)

Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB, 2. Auflage (2010); zitiert als *Jabornegg/Artmann*, UGB² (2010)

Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2010 f); zitiert als *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011)

K. Schmidt/Ebke (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage (2010 ff); zitiert als *MünchKomm HGB*³ (2013)

Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 2. Auflage (2010); zitiert als *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010)

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI, 2. Auflage (1951); zitiert als *Klang*, ABGB VI² (1951)

Kletečka/Schauer (Hrsg), Online-Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Version 1.00 (2010); zitiert als *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} (2010)

Kletečka/Schauer (Hrsg), Online-Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Version 1.01 (2012 f); zitiert als *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (2012 f)

Kletečka/Schauer (Hrsg), Online-Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Version 1.02 (2014); zitiert als *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014)

Koller/Kindler/W.-H. Roth/Morck (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 8. Auflage (2015); zitiert als *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ (2015)

Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997 ff); zitiert als *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2005)

Koppensteiner/Rüffler, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007); zitiert als *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014); zitiert als *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014)

Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz (Hrsg), Investmentfondsgesetz – Kommentar (2008); zitiert als *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz*, InvFG

Maitisch (Hrsg), Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts., 4. Auflage (1881), begründet von v. *Kirchstetter*; zitiert als *Maitisch/v. Kirchstetter*, ABGB⁴ (1881)

Meyer, Börsengesetz nebst Ausführungsbestimmungen vom 22. Juni 1896/8. Mai 1908 (1915); zitiert als *Meyer*, BörsenG (1915)

N.n., Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich. Ausgelegt für Bürger und Landmann und zum Nachschlagen eingerichtet von einem praktischen Juristen., 2. Auflage (1856); zitiert als *n.n.*, ABGB für Bürger² (1856)

Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, Band VIII (1835); zitiert als *Nippel*, ABGB (1835)

Nowak, Kapitalmarktgesetz – Praxiskommentar (1992); zitiert als *Nowak*, KMG (1992)

Palandt (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage (2015); zitiert als *Palandt*, BGB⁷⁴ (2015)

Pfundtner/Neubert (Hrsg), Das neue Deutsche Reichsrecht – Ausgabe Österreich (1938 ff); zitiert als *Pfundtner/Neubert*, Reichsrecht (1938 ff)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (2000 ff); zitiert als *Rummel*, ABGB³

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (2014); zitiert als *Rummel/Lukas*, ABGB⁴

Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage (2012 ff); zitiert als MünchKomm BGB⁶ (2013)

Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechtes., Erster Theil. (1814); zitiert als *Scheidlein*, Privatrecht I (1814)

Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl (Hrsg), Aktiengesetz, 3. Auflage (1939); zitiert als *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, AktG³ (1939)

Schlegelberger/Quassowski/Schmölder, Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 nebst den Durchführungsbestimmungen (1932); zitiert als *Schlegelberger/Quassowski/Schmölder*, Verordnung (1932)

Schwark/Zimmer (Hrsg), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage (2010); zitiert als *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrecht⁴ (2010)

Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, 3. Auflage (2005 ff); zitiert als *Schwimann*, ABGB³ (2006)

Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 2. Auflage (2012); zitiert als *Schwimann*, ABGB TK² (2012)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, 4. Auflage (2011 ff); zitiert als *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 3. Auflage (2015); zitiert als *Schwimann/Kodek*, ABGB TK³ (2015)

Soergel (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band XII, 13. Auflage (2005); zitiert als *Soergel*, BGB¹³ (2005)

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 3. und 4. Auflage (Doppel-Auflage) (1896); zitiert als *Staub*, A(D)HGB^{3,4} (1896)

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, 3. Auflage (2012); zitiert als *Straube*, UGB³ (2012)

Teichmann/Koehler, Aktiengesetz – Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, mit Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und dem D-Mark-Bilanzgesetz – Kommentar, 3. Auflage (1950); zitiert als *Teichmann/Koehler*, AktG³ (1950)

U. Torggler (Hrsg), Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2013); zitiert als *U. Torggler*, UGB (2013)

U. Torggler (Hrsg), Kurzkomentar zum GmbH-Gesetz (2014); zitiert als *U. Torggler*, GmbHG (2014)

v. *Staudingers* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2009 ff; zitiert als *Staudinger*, BGB (2009)

v. *Stubenrauch* (Begr), Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band II, 7. Auflage (1899); zitiert als v. *Stubenrauch*, ABGB II⁷ (1899)

v. *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. (1811 ff); zitiert als v. *Zeiller*, ABGB (1812) bzw v. *Zeiller*, ABGB (1813)

Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, Vierter Theil.: Das persönliche Sachenrecht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche, 2. Auflage (1844); zitiert als *Winiwarter*, ABGB IV² (1844)

Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz – Kommentar (2008); zitiert als *Zib/Russ/Lorenz*, KMG (2008)

Zivny, Kapitalmarktgesetz – Kurzkomentar – Die Umsetzung der EmissionsprospektRL 2003/71/EG aus Sicht der Praxis (2006); zitiert als *Zivny*, KMG (2006)

Beiträge in Sammelbänden (insb in Handbüchern und Festschriften)

Adler, Die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in *Wiener Juristische Gesellschaft* (Hrsg), Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911), Band II 163

Assmann, Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs fehlerhaft informierter Kapitalanleger, in *Medicus/Mertens/Nörr/Zöllner* (Hrsg), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag (1992) 345

Barta, Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts in ihrem Verhältnis zum preußischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR (1794), in *Barta/Palme/Ingenhaeff* (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1998) 321

C. Nowotny, Schwerpunkte des neuen Kapitalmarktrechts, in *Seicht* (Hrsg), Jahrbuch für Controlling und Rechnungswesen 1993, 287

Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in *Canaris/Heldrich/Schmidt/Roxin/Widmaier* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Die Praxis des Bundesgerichtshofes im Deutschen Rechtsleben: Festgabe aus der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofes, Band I (2000) 129

Canaris, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in *Canaris/Diederichsen* (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag (1983) 27

Canaris, Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo, in *Habscheid/Hoffmann-Nowotny/Linder/Meier-Hayoz* (Hrsg), Freiheit und Zwang – Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger (1989) 91

Ch. Nowotny/Sterl/U. Zehetner/Gelter, Verantwortung und Haftung des Abschlußprüfers, in *IWP* (Hrsg), Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 1998, 129

Dullinger, Zur Eigenverantwortung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung am Beispiel des Vertriebs von Finanzprodukten, in *Jabornegg/Kerschner/Riedler* (Hrsg), Haftung und Versicherung: Festschrift für Rudolf Reischauer (2010) 101

Eckert/Gröhs/Kalss/Stöger, Die Haftung des Prüfers und Beraters im Licht der aktuellen Literatur, in *IWP* (Hrsg), Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003, 69

Emmenegger, Rating und Haftung, in *Wiegand* (Hrsg), Basel II – die rechtlichen Konsequenzen (2006) 43

Enzinger, Grundlagen und Voraussetzungen der Haftung für Erklärungen an die Öffentlichkeit, insbesondere im Kapitalmarktrecht, in *Aicher/Fina* (Hrsg), Festschrift Manfred Straube zum 65. Geburtstag (2009) 19

Everling/Trieu, Ratingagenturen weltweit, in *Büschgen/Everling* (Hrsg), Handbuch Rating, 2. Auflage (2007) 95

F. Bydlinski, Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, in *Loebenstein/Mayer/Frotz/Peter Doralt* (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 45

Graf-Schimek, Die Rom II-VO und die internationale Zuständigkeit nach Art 5 Nr 3 EuGVVO, in *Beig/Graf-Schimek/Grubinger/Schacherreiter* (Hrsg), Rom II-VO: Neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse (2008) 17

Harrer, Die Haftung des Abschlussprüfers, in *Stathopoulos/Beys/Doris/Karakostas* (Hrsg), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag (2005) 637

Hennrichs, Haftungsrechtliche Aspekte des Ratings, in *Häuser/Hammen/Hennrichs/Steinbeck/Siebel/Welter* (Hrsg), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag (2004) 875

Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform 1884, in *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 53

Hopt, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers – Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a. F.) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung, in *Hofmann/Meyer-Cording/Wiedemann* (Hrsg), Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag (1986) 341

Hopt/Voigt, Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, in *Hopt/Voigt* (Hrsg), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung (2005) 9

Huber, Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, in *Horn* (Hrsg), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II (1982) 167

Huber, Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, in *Ficker/König/Kreuzer et al* (Hrsg), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (1978) 359

Joos/Storm, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Drinkuth* und *Seibt*, in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (2007) 209

Kalss/Oppitz, Österreich, in *Hopt/Voigt* (Hrsg), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung (2005) 811

Karner, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in *Apathy/Bollenberger/P. Bydlinski et al* (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 695

Kletečka, Die Haftung von Gutachtern gegenüber Dritten, in *Jabornegg/Kerschner/Riedler* (Hrsg), Haftung und Versicherung: Festschrift für Rudolf Reischauer (2010) 287

Kley/Pape, Ratingstandards zur Sicherung der Ratingqualität – Ratinggrundsätze des Rating Cert e.V., in *Achleitner/Everling* (Hrsg), Handbuch Ratingpraxis (2004) 921

Koziol, Answers to the Hypotheticals Under Austrian Law, in *Spier* (Hrsg), The Limits of Expanding Liability – Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective (1998) 69

Koziol, The ‚Auditor – Case‘, in *Spier* (Hrsg), The Limits of Expanding Liability – Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective (1998) 25

Koziol, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger – Eine angeregte österreichische Diskussion als Anregung für das deutsche Recht? in *Lobinger/Richardi/Wilhelm* (Hrsg), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag (2010) 523

Krämer, Aktuelle Rechtsfragen des externen Ratings, in *Achleitner/Everling* (Hrsg), Handbuch Ratingpraxis (2004) 699

Kumpan, Regulierung von Ratingagenturen – ein anreizorientierter Ansatz, in *Grundmann/Haar/Merkt et al* (Hrsg), Unternehmen, Markt und Verantwortung – Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag (2010), Band II 2157

Leker/Botterweck, Entwicklung von Ratingstandards, in *Büschgen/Everling* (Hrsg), Handbuch Rating, 2. Auflage (2007) 589

Lemke, Haftung für Ratings unabhängiger Agenturen, in *Büschgen/Everling* (Hrsg), Handbuch Rating, 2. Auflage (2007) 611

Lemke, Haftungsausschluss bei Ratingagenturen, in *Achleitner/Everling* (Hrsg), Handbuch Ratingpraxis (2004) 721

Lorenz, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in *Paulus/Diederichsen/Canaris* (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) 575

Mauczka, Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die „angeborenen Rechte“, in *Wiener Juristische Gesellschaft* (Hrsg), Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911), Band II 229

P. Bydlinski, Die „Beraterhaftung“ der Banken im österreichischen Recht, in *FS Hadding* (2004) 759

P. Bydlinski, Gedanken zur Haftung der Abschlußprüfer, in *Aicher/Koppensteiner* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht: Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag (1990) 349

Partnoy, How and Why Credit Rating Agencies Are Not Like Other Gatekeepers, in *Fuchita/Litan* (Hrsg), Financial Gatekeepers – Can They Protect Investors? 59

Picker, Gutachterhaftung – Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in *Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke* (Hrsg), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag (1999) 397

Randa, Gutachten über die Reformierung des Schadenersatzrechtes, in *Pfaff/Randa/Strohal* (Hrsg), Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a. b. Gesetzbuches. Dem österreichischen Advocatentage erstattet (1880) 128

Rüffler, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in *Aicher/Fina* (Hrsg), Festschrift Manfred Straube zum 65. Geburtstag (2009) 113

Schobel, Anlagestimmung und Kausalitätsbeweis – Probleme der Transaktionskausalität bei Anlegerschäden wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation, in *Apathy/Bollenberger/P. Bydlinski et al* (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 1111

Schubert, Einleitung zu Band I, in *Schubert/Schmid/Regge* (Hrsg), Akademie für Deutsches Recht – 1933-1945 – Protokolle der Ausschüsse, Band I (1986) XX

Schubert, Vorbemerkungen zu der Gesamtedition, in *Schubert/Schmid/Regge* (Hrsg), Akademie für Deutsches Recht – 1933-1945 – Protokolle der Ausschüsse, Band I (1986) VIII

Schubert/Schmid/Regge, Vorwort, in *Schubert/Schmid/Regge* (Hrsg), Akademie für Deutsches Recht – 1933-1945 – Protokolle der Ausschüsse, Band I (1986) VII

Seibt, Regulierung und Haftung von Ratingagenturen, in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (2007) 191

Strohal, Gutachten über den Antrag des Herrn Dr. Max Strauß betreffend die Reform des österreichischen Schadenersatzrechtes – auf Wunsch der ständigen Deputation des österreichischen Advocatentages, in *Pfaff/Randa/Strohal* (Hrsg), Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a. b. Gesetzbuches. Dem österreichischen Advocatentage erstattet (1880) 139

U. Torggler, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 35

Wagner, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Anlegerpublikum, in *Jung/Lamprecht/Blasek/Schmidt-Kessel* (Hrsg), Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag (2013) 467

Walter Doralt/Koziol, Abschlussprüferhaftung in Österreich, in *Koziol/Walter Doralt* (Hrsg), Abschlussprüfer – Haftung und Versicherung (2004) 91

Zimmer, Rating-Agenturen: Reformbedarf nach der Reform, in *Grundmann/Haar/Merkt et al* (Hrsg), Unternehmen, Markt und Verantwortung – Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag (2010), Band II 2689

Zeitschriftenartikel, Papers, Editorials und Newsletter

Amort, BGH lässt erstmals Klage gegen ausländische Ratingagentur zu, NZG 2013, 859

Amort, Haftung und Regulierung von Ratingagenturen – Ansätze einer Krisenprävention, EuR 2013, 272

Arendts, Beratungs- und Aufklärungspflichten über das einem Wertpapier erteilte Rating – Zugleich eine Besprechung der Gerichtsentscheidungen zu den Bond-Anleihen –, WM 1993, 229

Arntz, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber fehlerhaft bewerteten Staaten und Unternehmen, BKR 2012, 89

Arntz, Strengere Regeln für Ratings: Die neue Verordnung über Ratingagenturen, ZBB/JBB 2013, 318

Artmann, Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBl 2000, 623

Artmann, Neues zur Haftung des Abschlussprüfers, RdW 2007, 323

Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951) 501

Bauer, Strengere Anforderungen für Ratingagenturen nach der neuen ÄnderungsVO, BB 2013, 363

Baule/Tallau, Konsultationspapier zum Kreditrisiko-Standardansatz: Abkehr von externen Ratings, ZfK 2015, 132

Baum, "Reuerecht" und Emittentenrisiko – Grenzen der Aufklärungspflicht aus prospektrechtlicher und beratungsvertraglicher Sicht, GesRZ 2015, 11

Baums/Fischer, Haftung des Prospekt- und des Abschlussprüfers gegenüber den Anlegern, Nr 115 der Arbeitspapiere des Instituts für Bankrecht, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main, abrufbar unter <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43030365/paper115.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.5.2015)

Becker, Die Regulierung von Ratingagenturen, DB 2010, 941

Becker, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, ZG 2009, 123

Berger/Ryborz, Die Haftung von Ratingagenturen zwischen Kompensation und Verhaltenssteuerung, WM 2014, 2241

Berger/Stemper, Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern, WM 2010, 2289

Berka, Der Schutz der freien Meinungsäußerung im Verfassungsrecht und im Zivilrecht, ZfRV 1990, 35

Berka, Unternehmensschädigende Kritik und Freiheit der Meinungsäußerung – Zur Kritik an Unternehmen außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses, wbl 1997, 265

Bertl/Fraberger, Dritthaftung des Abschlussprüfers, RWZ 2002, 60

Blaurock, Neuer Regulierungsrahmen für Ratingagenturen, EuZW 2013, 608

Blaurock, Regelbildung und Grenzen des Rechts – Das Beispiel der Finanzkrise, JZ 2012, 226

- Blaurock*, Verantwortlichkeit von Ratingagenturen, ZGR 2007, 603
- Brawenz*, Prospekthaftung nach dem neuen Börsegesetz, ÖBA 1990, 162
- Brawenz*, Prospektpflicht und Prospekthaftung nach dem neuen Kapitalmarktgesetz – Teil 2: Die Prospekthaftung, ÖBA 1992, 421
- Brawenz*, Zur Prospekthaftungsrechtsprechung des OGH, ecolex 1992, 310
- Bremer*, ESMA legt Entwurf eines Verhaltenskodex für Ratingagenturen vor, NZG 2011, 1181
- Bremer*, EU-Kommission will Rating-Verordnung reformieren, NZG 2011, 1299
- Bremer*, EU-Konsultationen zu Ratingagenturen, NZG 2011, 100
- Brogyanyi*, Wettlauf um die Haftungssumme – Dritthaftung – Gesetzgeber gefordert, VWT 2002 H 1, 7
- Brüggemeier*, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982) 385
- C. Schäfer/Weber/Wolf*, Berechnung und Pauschalierung des Kursdifferenzschadens bei fehlerhafter Kapitalmarktinformation, ZIP 2008, 197
- C. Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97
- C. Völkl*, Eigen- und Außenhaftung für unrichtige Informationserteilung am Beispiel von Wertpapierfirmen, ÖJZ 2011, 703
- C. Völkl/Frenzl*, Die Rsp zur Dritthaftung des Abschlussprüfers, ZFR 2014, 119
- Canaris*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen – Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475
- Canaris*, Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo, JZ 1998, 603
- Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499
- Canaris*, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999) 206
- Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205
- Canaris*, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 10.11.1994, III ZR 50/94, JZ 1995, 441
- Ch. Becker*, Zur Haftung für kreditbeeinträchtigende Bonitätsauskünfte – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 22.2.2011 - VI ZR 120/10, DZWIR 2011, 397
- Coing*, Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1980, 206
- Cortez/Schön*, Die neue EU-Verordnung über Ratingagenturen, ZfK 2010, 226
- Darbellay/Partnoy*, Credit Rating Agencies and Regulatory Reform, Research Paper No. 12-083, April 2012, Legal Studies Research Paper Series, University of San Diego, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2042111> (zuletzt abgerufen am 22.5.2015)
- Däubler*, Rechtsschutz gegen Giganten? NJW 2013, 282

- Däubler*, Unternehmensrating – ein Rechtsproblem? BB 2003, 429
- Däubler*, Wer kontrolliert die Rating-Agenturen? NJW 2003, 1096
- Dehn*, Die Dritthaftung des Abschlussprüfers nach OGH 5 Ob 262/01t, JAP 2002/2003, 56
- Dehn*, Die Haftung des Abschlußprüfers nach § 275 HGB (nF), ÖBA 2002, 377
- Deipenbrock*, „Mehr Licht!“ – Der Vorschlag einer europäischen Verordnung über Ratingagenturen, WM 2009, 1165
- Deipenbrock*, Die notwendige Schärfung des Profils – das reformierte europäische Regulierungs- und Aufsichtsregime für Ratingagenturen, WM 2011, 1829
- Deipenbrock*, Externes Rating – „Heilsversprechen für internationale Finanzmärkte“? Eine kritische Analyse ausgewählter Rechtsfragen, BB 2003, 1849
- Deipenbrock*, Was ihr wollt oder der Widerspenstigen Zähmung? – Aktuelle Entwicklungen der Regulierung von Ratingagenturen im Wertpapierbereich, BB 2005, 2085
- Dutta*, Die Haftung amerikanischer Ratingagenturen in Europa – Die Rolle des internationalen Privatrechts, IPRax 2014, 33
- Dutta*, Die neuen Haftungsregeln für Ratingagenturen in der Europäischen Union: Zwischen Sachrechtsvereinheitlichung und europäischem Entscheidungseinklang, WM 2013, 1729
- Ebenroth/Daum*, Die rechtlichen Aspekte des Ratings von Emittenten und Emissionen, WM 1992, Sonderbeilage Nr 5, 1
- Engelhardt*, Vertragsabschlussschaden oder Differenzschaden bei der Haftung des Emittenten für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen, BKR 2006, 443
- Ertl*, Steuerung von Finanzmarktrisiken im Unternehmen durch die Verwendung von Limit-Systemen, BC 2009, 37
- F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359
- F. Bydlinski*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341
- Faust*, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, AcP 210 (2010) 555
- Fleischer*, Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen unwahrer oder unterlassener unverzüglicher Ad-hoc-Mitteilungen, BB 2002, 1869
- Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1
- Fleischer*, Prognoseberichterstattung im Kapitalmarktrecht und Haftung für fehlerhafte Prognosen, AG 2006, 2
- Fleischer*, Zur Rolle und Regulierung von Stimmrechtsberatern (*Proxy Advisors*) im deutschen und europäischen Aktien- und Kapitalmarktrecht, AG 2012, 2
- Fleischer/Kalss*, Kapitalmarktrechtliche Schadensersatzhaftung und Kurseinbrüche an der Börse, AG 2002, 329
- Florstedt*, Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, AG 2010, 315
- Forschner*, Die Haftung der Ratingagenturen, J&E 2012, 5

- Fuchs/Dühn*, Deliktische Schadensersatzhaftung für falsche Ad-hoc-Mitteilungen, BKR 2002, 1063
- Garber/Neumayr*, Die internationale Zuständigkeit Österreichs für Schadenersatzklagen gegen US-amerikanische Ratingagenturen, ZFR 2014, 201
- Gärtner/Griesbach*, Rating agencies, self-fulfilling prophecy and multiple equilibria? An empirical model of the European sovereign debt crisis 2009-2011, Discussion Paper no. 2012-15 (2012), abrufbar unter <http://www1.vwa.unisg.ch/RePEc/usc/econwp/EWP-1215.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.6.2015)
- Gelter*, BGH-Pleite: Haftung des Abschlussprüfers, RdW 2001, 69
- Gelter*, Haftung des Abschlußprüfers gegenüber der Hausbank? RWZ 1999, 295
- Gietzelt/Ungerer*, Die neue zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen nach Unionsrecht, GPR 2013, 333
- Gomille*, Der europäische Regulierungsansatz für Bonitätsratings, GPR 2011, 186
- Graf*, Die Europäische Haftungsordnung für Ratingagenturen, ZFR 2014, 308
- Graf*, Die Prospekthaftung und der Kausalitätsbeweis des geschädigten Anlegers, GES 2011, 203
- Graf*, Grundlagen und Grenzen der Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten – Samt Schlussfolgerungen für die Verjährungsfrage, wbl 2012, 241
- Graf*, Unautorisierte Eigenwerbung mit fehlerhaften Ratings – Haftet die Ratingagentur? Gleichzeitig ein Beitrag zur Auslegung des § 1300 ABGB, JBl 2012, 210
- Gruber*, Ad-hoc-Publizität, ÖBA 2003, 239
- Gruber*, Das neue Kapitalmarktgesetz (Teil 2), wbl 1992, 42
- Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung, hypothetische Alternativveranlagung und allgemeines Marktrisiko – Erste Überlegungen zu OGH 6 Ob 28/12d, ÖBA 2012, 572
- Gruber*, Prospekthaftung der Emissionsbank, RdW 2007, 195
- Gruber*, Prospekthaftung im KMG: der atomisierte Haftungsverbund, ecolex 1994, 383
- Gruber*, Prospekthaftung im Börsegesetz 1989, wbl 1990, 153
- Gruber/Zahradnik*, Zum Kausalitätsbeweis bei der Prospekthaftung, RdW 2010, 619
- Grünbichler*, Rating und Europas Kapitalmarkt, ÖBA 1999, 692
- Grundmann/Renner*, Vertrag und Dritter – zwischen Privatrecht und Regulierung, JZ 2013, 379
- Grunewald*, Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten, AcP 187 (1987) 285
- H.-B. Schäfer*, Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, AcP 202 (2002) 808
- H.-B. Schäfer/Bigus*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers am Primär- und am Sekundärmarkt – eine rechtsökonomische Analyse, abrufbar unter http://www.jura.uni-hamburg.de/public/personen/schaefer/die_haftung_des_wirtschaftspruefers_am_primaer_und_am_sekundaer_markt.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2015)
- Haar*, Civil Liability of Credit Rating Agencies after CRA 3 – Regulatory All-or-Nothing Approaches between Immunity and Over-Deterrence, University of Oslo Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series – No. 2013-02, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2198293> (zuletzt abgerufen am 22.5.2015)

Haar, Das deutsche Ausführungsgesetz zur EU-Rating-Verordnung – Zwischenetappe auf dem Weg zu einer europäischen Finanzmarktarchitektur, ZBB 2010, 185

Haar, Haftung für fehlerhafte Ratings von Lehmann-Zertifikaten – Ein neuer Baustein für ein verbessertes Regulierungsdesign im Ratingsektor? NZG 2010, 1281

Haar, Nachhaltige Ratingqualität durch Gewinnabschöpfung? – Zur Regulierung und ihrer Implementierung im Ratingsektor, ZBB 2009, 177

Haar, Neues zur Haftung von Ratingagenturen im Zuge der zweiten Novelle der Rating-Verordnung (CRA III)? DB 2013, 2489

Habersack, Rechtsfragen des Emittenten-Ratings, ZHR 169 (2005) 185

Halfmeier, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Kapitalanlegern: Von Sydney lernen? VuR 2014, 327

Harrer, Aus aktuellem Anlaß (OGH JBl 1997, 524) – über Bewertungsmethoden, Rechtsfortbildung und Probleme der Schadensermittlung, JBl 1997, 674

Harrer, Kritische Anmerkungen zur Haftung des Abschlussprüfers de lege ferenda (Entwurf eines GesRÄG 2005), wbl 2005, 108

He/Qian/Strahan, Are All Ratings Created Equal? The Impact of Issuer Size on the Pricing of Mortgage-backed Securities (2011), abrufbar unter: <https://www2.bc.edu/~strahan/Ratings-July2011.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.6.2015)

Heindl, Haftung einer Rating-Agentur gegenüber dem Emittenten für ein nicht vom Emittenten in Auftrag gegebenes Rating, Anmerkung zu Kammergericht 12.5.2006, 9 U 127/05, wbl 2007, 221

Heiseke/Larenz, Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, 77

Heukamp, Brauchen wir eine kapitalmarktrechtliche Dritthaftung von Wirtschaftsprüfern? ZHR 169 (2005) 471

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Hoffmeister, Art 10. EMRK in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 1994 – 1999 – Vom Jersild-Interview zum Lindberg-Bericht, EuGRZ 2000, 358

Holoubek/Karollus/Rummel, Die Haftung des Abschlußprüfers im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes, ÖBA 2002, 953

Honsell, Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621

Hopt, Die Haftung für Kapitalmarktinformationen – Rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen –, WM 2013, 101

Hopt, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich – Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung –, AcP 183 (1983) 608

Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, WM 2004, 1801

Hübner, Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko? NJW 1989, 5

Iro, Kein ausreichender Schutz vor Gläubigerschutzverbänden? RdW 1988, 34

Iro, OGH: Doch ausreichender Schutz vor Gläubigerschutzverbänden! RdW 1989, 86

- Iro/Riss*, Die Haftung des Prospektkontrollors nach allgemeinen Grundsätzen, RdW 2012, 447
- J. Zehetner*, Dritthaftung des Abschlussprüfers, ÖZW 2013, 78
- Jabornegg*, Formularmäßige Haftungsfreizeichnung für grob fahrlässige Auskunft, JBl 1986, 144
- Jobst/Kapoor*, Paradoxien im Ratingsektor – Vertrauendürfen und Vertrauenmüssen von Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer auf Ratings erworbener Finanzprodukte –, WM 2013, 680
- Kalss*, Anlagestimmung – ein Instrument des österreichischen Kapitalmarktrechts? GesRZ 2010, 245
- Kalss*, Die Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, ÖBA 2002, 187
- Kalss*, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, ÖBA 2000, 641
- Kantner*, Bonitätsauskunft und Haftung – Anmerkungen zu OGH 24. 11. 2011, 1 Ob 206/11t, ZIK 2012, 89
- Karner*, Haftung des Gutachters gegenüber Dritten und deren Treugebern – Besprechung der Entscheidung OGH 23.1.2001, 7 Ob 273/00y, ÖBA 2001, 893
- Karner*, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013, 906
- Karner*, Zur Haftung von Rating-Agenturen, ÖBA 2010, 587
- Karollus*, Die Haftungshöchstgrenze bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege lata und de lege ferenda, RdW 2006, 389
- Karollus*, Neues zur Prospekthaftung (Konkurrenz zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur "fehlerhaften Gesellschaft", Kausalität des Prospektfehlers für die Disposition des Anlegers, Schadensberechnung und Schadensnachweis) – Anmerkungen zu OGH 30. 3. 2011, 7 Ob 77/10i, ÖBA 2011, 450
- Kleinow/Heinrich/Horsch*, Die neue Europäische Ratingverordnung CRA III – eine kritische Bestandsaufnahme, ZfK 2013, 297
- Klöhn*, Marktbetrug (Fraud on the Market) – Voraussetzungen und Beweis der haftungsbegründenden Kausalität beim Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens wegen fehlerhafter Information des Sekundärmarkts, ZHR 178 (2014) 671
- Klöhn*, Nach 26 Jahren: US Supreme Court verfeinert die fraud-on-the-market theory, AG 2014, 807
- Knops*, Anlegerschutz im Anleihemarkt – insbesondere bei der Verbriefung von Kreditforderungen, BB 2008, 2535
- Köck*, Verteilung der Haftungssumme nach § 275 Abs 2 HGB auf mehrere Geschädigte, ecolex 2005, 599
- Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11
- Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit – Bilanz – Probleme – Perspektiven, ÖJZ 2008, 216
- Köndgen*, Zur Theorie der Prospekthaftung, AG 1983, 85 (Teil 1), 120 (Teil 2)
- Kontogeorgou*, Externes Rating und Anlegerschutz im Spiegel der neuen Verordnung (EU) Nr. 462/2013, DStR 2014, 1397
- Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209

- Koziol*, Die Haftung für kreditschädigende Berichte in Massenmedien, JBl 1993, 613
- Koziol*, Die Konkurrenz zwischen allgemeinem Zivilrecht, KMG und BörseG bei der Prospekthaftung, ÖBA 1992, 886
- Koziol*, Freiwillige Selbstverpflichtung von Banken gegenüber der Öffentlichkeit, ÖBA 2013, 91
- Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273
- Koziol*, Wem haftet der Genossenschaftsrevisor? JBl 1995, 681
- Kramer*, Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, 338
- Krejci*, Anlegerschutz des Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 193
- Krimphove/Kruse*, Regulierung und Haftung von Ratingagenturen: Status quo und Perspektiven, ZfK 2005, 413
- Lammel*, Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979) 337
- Lerch*, Ratingagenturen im Visier des europäischen Gesetzgebers, BKR 2010, 402
- Leupold*, Dritthaftung des Abschlussprüfers – Verjährung und Verteilung (Teil 2), Zak 2013, 411
- Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage – Zugleich eine Besprechung von OGH 4 Ob 28/10m und 9 Ob 85/09d, ÖBA 2011, 718
- Liebscher/Ott*, Die Regulierung der Finanzmärkte – Reformbedarf und Regelungsansätze des deutschen Gesetzgebers im Überblick, NZG 2010, 841
- Lutter*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197
- Luttermann/Vahlenkamp*, Wahrscheinlichkeitsurteile im Insolvenzrecht und internationale Bewertungsstandards (Ratingagenturen), ZIP 2003, 1629
- M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten – Ein Beitrag zur Diskussion über den Anlegerschaden und seine Geltendmachung, JBl 2011, 681
- M. Wilburg*, Haftung für Gehilfen., ZBl 1930, 641
- Maier-Reimer/Webering*, Ad hoc-Publizität und Schadensersatzhaftung – Die neuen Haftungsvorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes, WM 2002, 1857
- Malainer/Staribacher*, Umfang der Haftung von Wirtschaftsauskunfteien für erteilte Auskünfte, ecolex 2014, 939
- Mertens*, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978) 227
- Mitteregger/Stubenböck/Wieser*, Ratings – kann man ihnen noch vertrauen? ÖBA 2010, 263
- Möllers*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Finanzmarktaufsichtsstruktur – Ein systematischer Vergleich der Rating-VO (EG) Nr. 1060/2009 mit der geplanten ESMA-VO, NZG 2010, 285
- Möllers*, Regulierung von Ratingagenturen, JZ 2009, 861
- Möllers*, Von Standards zum Recht – auf dem Weg zu einer Regulierung der Ratingagenturen in Europa und den USA, ZJS 2009, 227

Möllers/Niedorf, Regulation and Liability of Credit Rating Agencies – A More Efficient European Law? ECFR 2014, 333

Möllers/Wecker, Regulierung von Ratingagenturen in der Europäischen Union, ZRP 2012, 106

Möschel, Die Finanzkrise – Wie soll es weitergehen? ZRP 2009, 129

Mülbert/Steup, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation am Beispiel der fehlerhaften Regelpublizität, WM 2005, 1633

Neschwara, Über das Schicksal der ältesten Materialien zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen ABGB. (2010), abrufbar unter [https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/08_promeny/Neschwara_Christian_\(3668\).pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/08_promeny/Neschwara_Christian_(3668).pdf) (zuletzt abgerufen am 22.8.2015)

Oehler/Voit, Informationsökonomische Aspekte des Bond-Rating, ÖBA 1999, 968

Oppitz, Zur Aufsicht über Ratingagenturen, ÖZW 2011, 62

Ostheim, Kreditschädigung und Presserecht, ÖJZ 1974, 1

P. Bydlinski, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159

Pfaff, Empfiehlt sich ein allgemeiner Rechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb? GZ 1896, 37 (Teil 1) 46 (Teil 2)

Pfaff, Ueber die Materialien des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, GrünhutsZ 2 (1875) 254

Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) 369

R. v. Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JherJB IV (1861) 1

Reischauer, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insbesondere für grobe Fahrlässigkeit, ÖJZ 2009, 1037

Reischauer, Zum Schattenentwurf eines neuen Schadenersatzrechts, JBl 2013, 69

Renner, Haftungsrisiken beim Börsengang an den Neuen Markt, ÖBA 2001, 589

Robol, Prospektprüfung in Österreich (Teil 2), GesRZ 1983, 80

Rodrigues, Prospekthaftung nach dem neuen Börsegesetz, ecolex 1990, 76

Rohe/Lischek, Haftung für bankinterne Ratings, WM 2006, 1933

Rüffler, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60

Rüffler, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699

Rüffler, Kapitalmarkthaftung und Verbot der Einlagenrückgewähr – eine Replik, GES 2010, 4

Rüffler, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBl 2011, 69

Schauer, Die Haftung des Abschlußprüfers, RdW 1999, 290

- Scheucher*, Die Haftung des Sachverständigen für sein Gutachten, ÖJZ 1961, 225
- Schiemann*, Diskussionsbericht zu *Hopt*, AcP 183 (1983) 608, AcP 183 (1983) 721
- Schlechtriem*, Summenmäßige Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Eine Untersuchung der in den Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vom 1.10.1983 vorgesehenen Haftungsbeschränkungen, BB 1984, 1177
- Schmaranzer*, Abschlussprüfung zugunsten Dritter? Zak 2013, 151
- Schmölder*, Pflichtprüfung und Verwaltungsreform in der Aktienrechtsnovelle, JW 1931, 2925
- Schmölder*, Überprüfte Regelung der aktienrechtlichen Pflichtrevision im Entwurf einer Novelle zum Versicherungsaufsichtsgesetz, JW 1930, 3687
- Schneider*, Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten – Die Sicht des Experten, ZHR 163 (1999) 246
- Schobel*, Auskunftshaftung, Vertragsfiktionen und Eigenhaftung des Gehilfen, ÖBA 2001, 752
- Schobel/Parzmayr*, Anlegerschaden und Schadensberechnung – Ausgleich für Transaktionsschäden und Preisschäden durch Naturalrestitution und Geldersatz, ÖBA 2010, 165
- Schön/Cortez*, Finanzmarktkrise als Vertrauenskrise – Special Purpose Entities und Ratingagenturen als Ursache für Informationsasymmetrien an den globalen Finanzmärkten, IRZ 2009, 11
- Schönherr*, Kreditschädigende Tatsachenbehauptungen, ÖBl 1975, 77
- Schopper*, Ad-hoc-Meldepflicht als Schutzgesetz, ÖBA 2014, 495
- Siegwart/Höhne*, Die Haftung des Privatgutachters nach § 1330 ABGB, ecolex 2009, 859
- Sindelar/Mandl*, Keine zivilrechtliche Prospekthaftung für Werbematerialien, ÖBA 2014, 96
- Spindler*, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsrecht, AG 2010, 601
- Thiele*, Divergierende Risikomodelle und der Gesetzgeber, ZG 2010, 127
- Thörle*, Die EU-Finanzaufsicht über Ratingagenturen, Bucerius Law Journal, 2011, Heft 1, 14
- Tönningsen*, Die Regulierung von Ratingagenturen ZBB/JBB 2011, 460
- U. Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen – Zugleich eine Besprechung von *Grass*, Business Judgment Rule, ZfRV 2002, 133
- U. Torggler*, Emittentenhaftung: roma locuta und alle Fragen offen – Anmerkung zu 7 Ob 77/10i, ecolex 2011, 1121
- U. Torggler*, Finanzmarktaufsichtsgesetz – FMAG, BGBl I 2001/97, GBU 2001/08/28
- U. Torggler*, GmbH-Literaturreisenschau: OGH anerkennt Dritthaftung des Abschlussprüfers (Wilhelm), Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern (Kalss), GBU 2002/03/06
- U. Torggler*, Grundlegendes und anderes zur "Dritthaftung" des Abschlussprüfers, AnwBl 2003, 618
- U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762
- U. Torggler*, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers? wbl 2001, 545

U. Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009, 168

Ullrich, Kreditverleumdung., GH 1913, 633

v. *Bar*, Vertrauenshaftung ohne Vertrauen, ZGR 1983, 476

v. *Randow*, Rating und Wettbewerb, ZBB 1996, 85

v. *Schweinitz*, Die Haftung von Ratingagenturen, WM 2008, 953

Vavrovsky, Zur Haftung des Bankprüfers, ÖBA 2001, 577

Vetter, Rechtsprobleme des externen Ratings, WM 2004, 1701

Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe, AcP 206 (2006) 352

Wagner, Schadensberechnung im Kapitalmarktrecht, ZGR 2008, 495

Walter Doralt, Abschlußprüfung neu: Unabhängigkeit geschwächt und Haftung reduziert! ÖBA 2006, 173

Walter Doralt, Die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers – Mitverschulden, Ansprüche Dritter und Wege der Haftungsbegrenzung, ZGR 2015, 266

Walter Doralt, Die Haftungshöchstgrenze bei der Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, RdW 2006, 687

Weber, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2009, NJW 2010, 274

Weber, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2012, NJW 2013, 275

Weber, Die Ergebnisse der Deutschen Börsenquote, ZHR 45 (1896) 69

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang (Teil 2), ÖJZ 1975, 37

Welser, Die Prospektkontrolle in der Rechtsprechung zu den "Madoff-Fällen". Anmerkungen zu den Entscheidungen OGH 6 Ob 190/12b, 3 Ob 108/13y und 7 Ob 235/12b, JBl 2014, 613

Welser, Prospektkontrolle und Prospekthaftung nach dem KMG, ecolex 1992, 301

Welser, Zur Haftung der Bank für Bonitätsauskünfte, ÖBA 1982, 117

Wendehorst, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562

Wildmoser/Schiffer/Langoth, Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern? RIW 2009, 657

Wilhelm, Anlegerschädigung durch Marktmanipulation, ecolex 2011, 497

Wilhelm, Konkretisierung der Naturalrestitution beim Anlegerschaden (9 Ob 43/13h), ecolex 2014, 105

Wilhelm, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, ecolex 1991, 87

Wilhelm, Zur Prospekthaftung nach dem Kapitalmarktgesetz, ecolex 1992, 11

Wilhelm, Zweiseitige Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, ecolex 2001, 881

Wilhelmer, Abschlussprüferhaftung und Versicherungsschutz, RdW 2007, 455

Wilhelmer, Abschlussprüferhaftung, Bestätigungsvermerk und Kausalitätsbeweis bei Anlegerschäden, RWZ 2014, 318

Witte/Henke, Status quo der Regulierung nach der neuen Rating-ÄnderungsVO, DB 2013, 2257

Witte/Hrubesch, Rechtsschutzmöglichkeiten beim Unternehmens-Rating, ZIP 2004, 1346

Wojcik, Zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen nach europäischem Recht, NJW 2013, 2385

Zankl, Haftung für Fehlinformation im Internet, ecolex 2000, 472

Entscheidungsanmerkungen

Artmann, Offene Fragen zur Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten – Anmerkung zu OGH 27. 11. 2001, 5 Ob 262/01t, ÖZW 2002/3, 88

Baumert, Anmerkung zu BGH 13.12.2012, III ZR 282/11, EWiR 2013, 363

Böhm, Anmerkung zu OGH 22.2.1977, 4 Ob 10/77, ZAS 1980, 16

Böhm, Anmerkung zu OGH 8.5.1979, 4 Ob 32/79, ZAS 1982, 212

Canaris, Anmerkung zu OGH 24.10.1990, 1 Ob 672/90, ÖBA 1991, 525

Diregger, Anmerkung zu OGH 30. 3. 2011, 7 Ob 77/10i, GesRZ 2011, 251

Dullinger, Anmerkung zu OGH 30. 06. 2010, 9 Ob 49/09k, JBl 2011, 443

Ettel, Anmerkung zu OGH 3. 4. 2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227

F. Bydlinski, Anmerkung zu OGH 14.11.1962, 7 Ob 283/62, JBl 1963, 376

Gärtner/Massari, Zulässigkeit von Klagen gegen ausländische Ratingagenturen in Deutschland ist weiterhin fraglich – Anmerkung zu OLG Frankfurt 28.11.2011, 21 U 23/11, BB 2012, 215

Heinrich, Anmerkung zu OGH 24. 11. 2011, 1 Ob 206/11t, ÖBA 2012, 392

Jabornegg, Anmerkung zu OGH 20.07.1989, 7 Ob 586/89, ÖBA 1990, 466

Koziol, Anmerkung zu OGH 19. 10. 2004, 4 Ob 191/04y, ÖBA 2005, 414

Koziol, Anmerkung zu OGH 7.7.1992, 4 Ob 75/92, JBl 1993, 518

Larenz, Anmerkung zu BGH 25.4.1956, VI ZR 34/55, NJW 1956, 1193

Mankowski, Anmerkung zu OLG Frankfurt 28.11.2011, 21 U 23/11, RIW 2012, 251

Ostheim, Anmerkung zu OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JBl 1972, 312

Peter Doralt, Anmerkung zu OGH 17.11.1980, 4 Ob 604/70, ZfgG 1971, 407

Riss, Anmerkung zu OGH 29.10.2013, 9 Ob 43/13h, ÖBA 2014, 528

Schuhmacher, Anmerkung zu OGH 15. 3. 2012, 6 Ob 28/12d, GesRZ 2012, 252

Theewen, Anmerkung zu OLG Frankfurt 28.11.2011, 21 U 23/11, EWiR 2012, 227

Walter Doralt, Anmerkung zu OGH 27. 11. 2001, 5 Ob 262/01t, ÖBA 2002, 820

Wenger, Anmerkungen zu OGH 1.8.2012, 1 Ob 35/12x und OGH 10.9.2012, 10 Ob 88/11f, RWZ 2012, 292

Zahradnik/Schöller, Anmerkung zu 10 Ob 46/13g, 10 Ob 48/13a und Folgejudikatur, ÖBA 2015, 134

Rechtsprechungsverzeichnis

Österreichische Gerichtsentscheidungen

k. k. OGH Nr. 1.253 GIUW/9907 (XXII, S 109)

k. k. OGH Nr. 12.129 GIUNF/332 (I, S 532)

k. k. OGH Nr. 14.934 GIUNF/2490 (VI, S 614)

k. k. OGH Nr. 15.809 GIUNF/2838 (VII, S 568)

k. k. OGH Nr. 20.164 GIUNF/3655 (X, S 21)

k. k. OGH Nr. 6.309 GIUNF/3046 (VIII, S 270)

k. k. OGH Nr. 7.917 GIUNF/688 (II, S 431)

k. k. OGH Rv III 84/10 GIUNF/5061 (XIII, S 364)

k. k. OGH Z. 6.831, Manz'sche Slg II 191

OGH 01.07.1999, 2 Ob 187/99 k

OGH 03.02.1994, 8 Ob 614/93

OGH 03.03.2015, 1 Ob 71/14 v

OGH 03.09.1986, 1 Ob 603/86

OGH 04.05.1993, 4 Ob 73/93

OGH 04.11.2004, 2 Ob 201/04 d

OGH 05.05.2004, 9 Ob 67/03 y

OGH 05.06.2008, 6 Ob 51/08 f

OGH 07.08.2003, 2 Ob 165/03 h

OGH 07.08.2008, 6 Ob 144/08 g

OGH 08.05.2013, 6 Ob 242/12 z

OGH 09.04.1996, 10 Ob 528/94

OGH 1 Ob 1194/30 SZ 13/66, 245

OGH 1 Ob 144/03 p ÖJZ 2005, 391 (EvBl 89)

OGH 1 Ob 15/92 SZ 65/94, 464

OGH 1 Ob 182/97 i SZ 70/147, 124

OGH 1 Ob 190/75 SZ 49/14, 60

OGH 1 Ob 194/61 JBl 1962, 384

OGH 1 Ob 194/61 ÖJZ 1962, 183 (EvBl 160)

OGH 1 Ob 206/11 t ÖBA 2012, 392 (*Heinrich*)

OGH 1 Ob 208/11 m ÖBA 2013, 356 (*Koller*)

OGH 1 Ob 21/02 y JBl 2003, 41

OGH 1 Ob 2317/96 h JBl 1997, 315

OGH 1 Ob 232/05 g SZ 2005/179, 505

OGH 1 Ob 247/05 p ÖBA 2006, 838 (*Apathy*)

OGH 1 Ob 251/11 k JBl 2012, 378

OGH 1 Ob 322/58 HS 1664

OGH 1 Ob 34/80 SZ 54/19, 97

OGH 1 Ob 35/12 x wbl 2012, 644

OGH 1 Ob 35/87 SZ 60/236, 531

OGH 1 Ob 36/89 SZ 64/36, 207

OGH 1 Ob 37/00 y SZ 73/35, 197

OGH 1 Ob 38/88 (1 Ob 39/88) SZ 61/205, 191

OGH 1 Ob 4/87 SZ 60/93, 469

OGH 1 Ob 43/92 SZ 66/129, 258

OGH 1 Ob 44/06 m wbl 2006, 583

OGH 1 Ob 44/94 SZ 68/60, 350

OGH 1 Ob 46/11 p JBl 2011, 713

OGH 1 Ob 48/00 s JBl 2000, 729

OGH 1 Ob 516/88 ÖBA 1988, 839 (*Koziol*)

OGH 1 Ob 520/78 SZ 51/26, 126

OGH 1 Ob 529/89 wbl 1989, 280

OGH 1 Ob 530/79 JBl 1981, 319 (*Koziol*)

OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51, 247

OGH 1 Ob 539/35 SZ 17/117, 331

OGH 1 Ob 580/94 ecolex 1995, 326

OGH 1 Ob 586/94, 1 Ob 595/95 SZ 68/144, 123

OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (*Kerschner*)

OGH 1 Ob 601/92 ÖJZ 1993, 520 (EvBl 119)

OGH 1 Ob 637/94 HS 25.643

OGH 1 Ob 655/86 SZ 59/216, 1092 = wbl 1987, 74 (*Wilhelm*) = ÖBA 1987, 332 (*Hoyer*)

OGH 1 Ob 657/86 SZ 59/222, 1124

OGH 1 Ob 658/83 JBl 1984, 492

OGH 1 Ob 672/90 ÖBA 1991, 525 (*Canaris*)

OGH 1 Ob 679/86 SZ 60/2, 10

OGH 1 Ob 690/84 SZ 58/7, 31

OGH 1 Ob 775/80 SZ 54/13, 65

OGH 1 Ob 79/00 z ÖJZ 2000, 892 (EvBl 206)

OGH 1 Ob 858/36 SZ 18/159, 453

OGH 1 Ob 87/71 JBl 1972, 312 (*Ostheim*)

OGH 1 Ob 958/35 JBl 1936, 300

OGH 10 Ob 11/07 a ÖBA 2008, 732

OGH 10 Ob 22/13 b PSR 2014/4, 32

OGH 10 Ob 2299/96 b JBl 1997, 319

OGH 10 Ob 32/13 y ecolex 2013, 874 (*Wilhelm*)

OGH 10 Ob 46/13 g ÖBA 2015, 132

OGH 10 Ob 47/05 t MietSlg 57.193

OGH 10 Ob 48/13 a ÖBA 2015, 134

OGH 10 Ob 512/87 ÖBA 1988, 615 (*Jabornegg*)

OGH 10 Ob 57/03 k JBl 2006, 526

OGH 10 Ob 69/11 m ÖBA 2012, 621

OGH 10 Ob 7/12 w JBl 2013, 372

OGH 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 (*Oppitz*)

OGH 10 Ob 9/12 i ÖBA 2012, 776

OGH 10 Ob 93/11 s bbl 2012, 176

OGH 10.02.2004, 4 Ob 12/04 z

OGH 11.10.2012, 1 Ob 171/12 x
OGH 11.12.2013, 7 Ob 194/13 z
OGH 14.08.2007, 1 Ob 78/07 p
OGH 14.10.2008, 4 Ob 155/08 k
OGH 14.10.2008, 4 Ob 169/08 v
OGH 15.01.2013, 4 Ob 208/12 k
OGH 15.12.2010, 4 Ob 199/10 h
OGH 16.04.1997, 7 Ob 2113/96 b
OGH 17.02.2014, 4 Ob 210/13 f
OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14 t
OGH 18.04.2002, 2 Ob 50/02 w
OGH 19.03.2013, 4 Ob 165/12 m
OGH 19.03.2013, 4 Ob 234/12 h
OGH 19.04.2012, 7 Ob 185/11 y
OGH 19.09.2001, 9 Ob 157/01 f
OGH 19.09.2012, 1 Ob 91/12 g
OGH 2 Ob 1066/36 JBl 1937, 58
OGH 2 Ob 115/55 SZ 28/75, 184
OGH 2 Ob 128/09 a JBl 2010, 445
OGH 2 Ob 142/75 SZ 48/124, 630
OGH 2 Ob 151/76 JBl 1977, 649
OGH 2 Ob 160/82 JBl 1984, 262
OGH 2 Ob 191/06 m JBl 2007, 518 *ÖAMTC-Ankaufstest*
OGH 2 Ob 202/10 k Zak 2011, 137
OGH 2 Ob 226/05 g JBl 2007, 102
OGH 2 Ob 226/27 SZ 9/76, 190
OGH 2 Ob 231/08 x ZVR 2010, 60
OGH 2 Ob 266/74 SZ 48/23, 122
OGH 2 Ob 3/27 SZ 9/6, 11
OGH 2 Ob 341/59 JBl 1960, 386

OGH 2 Ob 361/66 JBl 1968, 35

OGH 2 Ob 376/61 SZ 34/153, 416

OGH 2 Ob 388/35 SZ 17/98, 286

OGH 2 Ob 540/57 JBl 1958, 550

OGH 2 Ob 588/94, 514/95 ecolex 1995, 402

OGH 2 Ob 599/85 JBl 1987, 104

OGH 2 Ob 89/35 JBl 1935, 324

OGH 20.03.2015, 9 Ob 26/14 k

OGH 20.10.2005, 3 Ob 93/05 f

OGH 21.02.2013, 2 Ob 248/12 b

OGH 21.02.2013, 2 Ob 250/12 x

OGH 21.12.1999, 4 Ob 343/99 s

OGH 22.02.1984, 1 Ob 512/84

OGH 22.06.2012, 1 Ob 67/12 b

OGH 23.01.2014, 6 Ob 187/13 p

OGH 23.06.1998, 7 Ob 30/98 g

OGH 23.10.2014, 5 Ob 173/14 y

OGH 24.03.2015, 4 Ob 239/14 x

OGH 24.04.2013, 9 Ob 60/12 g

OGH 24.08.2005, 3 Ob 118/05 g

OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10 g

OGH 25.02.2015, 9 Ob 63/14 a

OGH 25.03.2003, 4 Ob 52/03 f

OGH 25.04.1990, 2 Ob 512/90

OGH 26.06.2007, 10 Ob 66/07 i

OGH 26.07.2006, 3 Ob 232/05 x

OGH 27.03.2013, 7 Ob 225/12 g

OGH 27.03.2013, 7 Ob 33/13 y

OGH 27.06.1989, 4 Ob 541/89

OGH 27.1.1999, 3 Ob 301/97 d

OGH 27.11.2003, 6 Ob 244/03 f
OGH 28.04.1998, 1 Ob 367/97 w
OGH 28.04.2008, 8 ObA 8/08 x
OGH 28.05.1999, 7 Ob 257/98 i
OGH 28.08.2013, 6 Ob 243/12 x
OGH 28.10.2013, 8 Ob 105/13 v
OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12 w
OGH 29.05.2012, 9 Ob 20/12 z
OGH 29.05.2012, 9 Ob 56/11 t
OGH 29.11.2012, 2 Ob 125/12 i
OGH 29.12.2006, 5 Ob 123/06 h
OGH 3 Ob 103/04 z MietSlg 56.178
OGH 3 Ob 13/04 i ÖBA 2005, 55 (*Kletečka*)
OGH 3 Ob 14/12 y ÖBA 2013, 441 (*Thiede*)
OGH 3 Ob 215/02 t wbl 2003, 290
OGH 3 Ob 220/12 t ecolex 2013, 420 (*Wilhelm*)
OGH 3 Ob 230/12 p ÖBA 2013, 606
OGH 3 Ob 289/05 d ÖBA 2006, 925
OGH 3 Ob 337/53 SZ 26/127, 354
OGH 3 Ob 49/12 w ÖBA 2012, 849
OGH 3 Ob 502/57 SZ 30/68, 223
OGH 3 Ob 507/57 ÖJZ 1958, 99 (EvBl 56)
OGH 3 Ob 509/95 JBl 1995, 522
OGH 3 Ob 51/98 s EFSlg 90.130
OGH 3 Ob 511/83 ÖJZ 1983, 355 (EvBl 91)
OGH 3 Ob 519/89 JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*)
OGH 3 Ob 527/89 SZ 62/107, 635
OGH 3 Ob 547/84 SZ 57/122, 597 *Verstreute Bonitätsauskunft*
OGH 3 Ob 593/32 JBl 1933, 14
OGH 3 Ob 594/80 SZ 54/41, 189

OGH 3 Ob 67/05 g JBl 2006, 178

OGH 3 Ob 72/07 w ÖBA 2008, 360

OGH 3 Ob 75/06 k RdW 2007, 22

OGH 3 Ob 79/10 d SZ 2010/92, 63 *Mündelaktie*

OGH 3 Ob 907/29 SZ 11/225, 641

OGH 30.06.2014, 5 Ob 208/13 v

OGH 30.08.2011, 10 Ob 32/11 w

OGH 31.08.2006, 6 Ob 174/06 s

OGH 4 Ob 10/77 ZAS 1980, 16 (*Böhm*)

OGH 4 Ob 111/34 SZ 16/143, 410

OGH 4 Ob 13/04 x ÖBA 2004, 881

OGH 4 Ob 137/10 s ÖJZ 2011, 73 (EvBl 74)

OGH 4 Ob 140/12 k ÖBA 2013, 211

OGH 4 Ob 142/99 g SZ 72/97, 639

OGH 4 Ob 155/14 v ÖBA 2015, 376

OGH 4 Ob 171/93 MR 1994, 111

OGH 4 Ob 174/11 h ÖBA 2013, 368

OGH 4 Ob 179/02 f ÖBA 2003, 141

OGH 4 Ob 19/12 s ÖBA 2013, 145

OGH 4 Ob 191/04 y ÖBA 2005, 414 (*Koziol*)

OGH 4 Ob 2/93 wbl 1993, 264

OGH 4 Ob 20/11 m JBl 2011, 708

OGH 4 Ob 229/13 z JBl 2014, 596

OGH 4 Ob 230/06 m ÖBA 2007, 572

OGH 4 Ob 233/00 v SZ 73/163, 340

OGH 4 Ob 2336/96 z SZ 69/266, 780

OGH 4 Ob 236/02 p ÖJZ 2003, 294 (EvBl 63)

OGH 4 Ob 252/00 p RdW 2001, 334

OGH 4 Ob 265/99 w JBl 2000, 441 (*Staudegger*)

OGH 4 Ob 27/70 SZ 43/80, 282

OGH 4 Ob 28/10 m wbl 2010, 643

OGH 4 Ob 295/99 g MR 2000, 364 (*Swoboda*)

OGH 4 Ob 32/79 ZAS 1982, 212 (*Böhm*)

OGH 4 Ob 33/12 z ecolex 2012, 884

OGH 4 Ob 338/87 wbl 1988, 99

OGH 4 Ob 353/98 k ÖJZ 1999, 557 (EvBl 125)

OGH 4 Ob 395/76 SZ 49/157, 735

OGH 4 Ob 46/12 m ÖJZ 2013, 120 (EvBl 17) (*Brenn/Csoklich*)

OGH 4 Ob 48/92 ÖBl 1992, 213

OGH 4 Ob 50/09 w ecolex 2009, 879 (*Egermann*)

OGH 4 Ob 50/10 x ÖBl 2010, 273

OGH 4 Ob 516/93 ecolex 1993, 669

OGH 4 Ob 519/90 SZ 63/110, 559

OGH 4 Ob 52/93 ÖBl 1993, 163

OGH 4 Ob 540/73 JBl 1974, 261

OGH 4 Ob 604/70 SZ 43/209, 727

OGH 4 Ob 62/11 p ÖJZ 2011, 1017 (EvBl 146)

OGH 4 Ob 63/09 g JBl 2010, 300

OGH 4 Ob 67/12 z JBl 2012, 788

OGH 4 Ob 75/29 SZ 11/39, 116

OGH 4 Ob 75/92 JBl 1993, 518 (*Koziol*)

OGH 4 Ob 75/94 SZ 67/114, 658

OGH 4 Ob 89/04 y ÖBA 2005, 285

OGH 4 Ob 9/90 JBl 1990, 660

OGH 4 Ob 95/93 ÖBl 1994, 13

OGH 5 Ob 159/07 d JBl 2008, 249 (*Rummel*)

OGH 5 Ob 18/00 h JBl 2001, 227

OGH 5 Ob 224/05 k ZVR 2006, 377

OGH 5 Ob 243/70 SZ 43/220, 777

OGH 5 Ob 246/10 b ÖBA 2011, 887

OGH 5 Ob 262/01 t ecolex 2002, 89 *Rieger Bank*

OGH 5 Ob 292/98 x ÖBA 1999, 733

OGH 5 Ob 306/76 ÖJZ 1978, 19 (EvBl 4)

OGH 5 Ob 370/61 SZ 34/167, 454

OGH 5 Ob 39/11 p ecolex 2012, 392

OGH 5 Ob 463/59 ÖJZ 1960, 131 (EvBl 66)

OGH 5 Ob 506/96 JBl 1997, 37

OGH 5 Ob 510/81 JBl 1982, 150 (*Koziol*)

OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543

OGH 5 Ob 536/76 SZ 49/47, 219

OGH 5 Ob 654/82 JBl 1983, 205 (*Hügel*)

OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169, 748

OGH 5 Ob 734/79 MietSlg 31.251

OGH 5 Ob 92/07 a JBl 2008, 105

OGH 6 Ob 104/06 x JBl 2008, 450

OGH 6 Ob 109/00 y SZ 73/181, 438

OGH 6 Ob 110/07 f ÖBA 2008, 505

OGH 6 Ob 119/99 i ÖBl 2000, 279

OGH 6 Ob 149/01 g MR 2001, 370

OGH 6 Ob 158/97 x RdW 1997, 593

OGH 6 Ob 16/13 s ecolex 2014, 18

OGH 6 Ob 168/97 t SZ 70/180, 321

OGH 6 Ob 190/12 b ecolex 2014, 130

OGH 6 Ob 192/01 f MR 2001, 371

OGH 6 Ob 200/61 ÖBA 1962, 400

OGH 6 Ob 2018/96 z JBl 1996, 789

OGH 6 Ob 209/12 x PSR 2013, 28

OGH 6 Ob 2100/96 h RdW 1998, 129

OGH 6 Ob 218/08 i MR 2009, 78 (*Windhager*)

OGH 6 Ob 219/05 g MR 2006, 12 (*Korn*)

OGH 6 Ob 227/99 x JBl 2000, 314

OGH 6 Ob 249/01 p SZ 74/204, 552

OGH 6 Ob 249/07 x ÖJZ 2008, 597 (EvBl 117)

OGH 6 Ob 256/06 z ecolex 2007, 431

OGH 6 Ob 258/07 w MR 2008, 12

OGH 6 Ob 265/03 v MR 2004, 320

OGH 6 Ob 266/06 w JBl 2007, 592

OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (*Schuhmacher*)

OGH 6 Ob 282/70 SZ 43/221, 781

OGH 6 Ob 285/07 s MR 2008, 188

OGH 6 Ob 291/00 p SZ 73/198, 546

OGH 6 Ob 292/00 k RdW 2001, 401

OGH 6 Ob 295/97 v SZ 70/267, 884

OGH 6 Ob 296/02 a MR 2003, 27 (*Korn*)

OGH 6 Ob 299/02 t MR 2003, 90

OGH 6 Ob 305/98 s JBl 1999, 313

OGH 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (*F. Bydlinski*)

OGH 6 Ob 315/02 w ÖBA 2004, 52

OGH 6 Ob 316/64 SZ 37/176, 506

OGH 6 Ob 321/04 f JBl 2007, 574 (*Kozioł*)

OGH 6 Ob 322/98 s MR 1999, 81

OGH 6 Ob 37/95 SZ 69/12, 72

OGH 6 Ob 39/06 p JBl 2006, 723

OGH 6 Ob 39/98 y ecolex 1998, 626 (*Hintermayr*)

OGH 6 Ob 457/60 SZ 34/39, 109

OGH 6 Ob 541/92 ÖBA 1993, 225 (*Jabornegg*)

OGH 6 Ob 549/89 SZ 62/53, 306

OGH 6 Ob 56/05 m ÖJZ 2006, 159 (EvBl 25)

OGH 6 Ob 583/77 JBl 1979, 88

OGH 6 Ob 585/91 RdW 1992, 12

OGH 6 Ob 618/88 ZfRV 1990, 229 (*Reichelt*)

OGH 6 Ob 72/74 ÖJZ 1975, 14 (EvBl 4)

OGH 6 Ob 77/02 w MR 2003, 25

OGH 6 Ob 79/07 x MR 2007, 250 (*Korn*)

OGH 6 Ob 81/01 g ÖBA 2002, 829 *Frischzellentherapie*

OGH 6 Ob 91/10 s JBl 2011, 439

OGH 7 Ob 106/10 d ÖBA 2012, 252

OGH 7 Ob 111/55 SZ 28/83, 204

OGH 7 Ob 13/90 RdW 1990, 375

OGH 7 Ob 16/77 (7 Ob 17/77) VersR 1978, 167

OGH 7 Ob 178/11 v ÖBA 2013, 526

OGH 7 Ob 2091/96 t ÖBA 1997, 942

OGH 7 Ob 2387/96 x SZ 70/99, 706

OGH 7 Ob 253/97 z ÖBA 1999, 388 (*Kletečka*)

OGH 7 Ob 269/07 w RdW 2008, 453

OGH 7 Ob 273/00 y ÖBA 2001, 922 *Gesellschafterabschichtung*

OGH 7 Ob 283/62 JBl 1963, 376 (*F. Bydlinski*)

OGH 7 Ob 354/97 b ÖBA 1999, 230

OGH 7 Ob 48/12 b bbl 2013, 74

OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258, 721 *Goldgrube*

OGH 7 Ob 532/95 ecolex 1996, 248 (*Frotz/Dellinger*)

OGH 7 Ob 534/87 NZ 1987, 284

OGH 7 Ob 535/91 MR 1991, 146 (*Korn*)

OGH 7 Ob 541/87 RdW 1988, 86

OGH 7 Ob 544/92 ecolex 1992, 627

OGH 7 Ob 568/86 SZ 59/106, 534

OGH 7 Ob 592/90 SZ 63/136, 56

OGH 7 Ob 595/78 MietSlg 30.246

OGH 7 Ob 598/86 JBl 1986, 650

OGH 7 Ob 666/84 JBl 1986, 168

OGH 7 Ob 685/90 RdW 1991, 232

OGH 7 Ob 77/10 i GesRZ 2011, 251 (*Diregger*)

OGH 7 Ob 77/55 SZ 28/57, 132

OGH 7 Ob 79/98 p ÖBA 1998, 891

OGH 7 Ob 90/74 JBl 1974, 527

OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11 s

OGH 8 Ob 12/93 SZ 66/111, 181

OGH 8 Ob 123/05 d ÖBA 2006, 682

OGH 8 Ob 126/65 NZ 1965, 137

OGH 8 Ob 127/10 z MR 2011, 207 (*Lanzinger-Twardosz*)

OGH 8 Ob 14/94 JBl 1995, 248

OGH 8 Ob 141/99 i SZ 73/157, 279

OGH 8 Ob 182/66 JBl 1967, 369

OGH 8 Ob 186/72 SZ 45/107, 453

OGH 8 Ob 2124/96 b SZ 69/166, 74

OGH 8 Ob 235/74 SZ 48/28, 140

OGH 8 Ob 246/01 m ÖBA 2002, 937 (*Koziol*)

OGH 8 Ob 281/70 SZ 43/46, 833

OGH 8 Ob 287/01 s JBl 2003, 379

OGH 8 Ob 342/64 ÖJZ 1965, 325 (EvBl 217)

OGH 8 Ob 505/93 ÖJZ 1993, 846 (EvBl 198)

OGH 8 Ob 51/08 w ZVR 2009, 60 (*Ch. Huber*) = ÖJZ 2009, 28 (EvBl 3) (*Hohensinn*)

OGH 8 Ob 532/83 JBl 1985, 38

OGH 8 Ob 542/85 RdW 1985, 306

OGH 8 Ob 550/77 ÖJZ 1978, 297 (EvBl 99)

OGH 8 Ob 6/10 f ÖBA 2011, 341

OGH 8 Ob 60/11 y ecolex 2012, 680 (*Wilhelm*)

OGH 8 Ob 651/89 SZ 62/146, 81

OGH 8 Ob 652/92 SZ 65/167, 407

OGH 8 Ob 667/87 ÖBA 1989, 89

OGH 8 Ob 67/70 JBl 1970, 621
OGH 8 Ob 78/83 JBl 1985, 231 (*Apathy*)
OGH 8 Ob 82/65 ÖBl 1965, 102
OGH 8 Ob 9/10 x ÖBA 2011, 348
OGH 9 Ob 30/07 p MietSlg 60.184
OGH 9 Ob 43/13 h ÖBA 2014, 528 (*Riss*)
OGH 9 Ob 49/09 k JBl 2011, 443 (*Dullinger*)
OGH 9 Ob 5/10 s JBl 2011, 445 (*Dullinger*)
OGH 9 Ob 51/10 f ÖJZ 2011, 918 (EvBl 132)
OGH 9 Ob 85/09 d JBl 2010, 713 (*P. Bydlinski*)
OGH 9 Ob 98/06 m ecolex 2007, 245
OGH 9 ObA 148/05 p ÖJZ 2007, 106 (EvBl 17)
OGH Ob I 240/24 SZ 6/135, 307
OGH 21.12.1995, 8 Ob 7/95
OGH Praes 830/22 SZ 5/53, 135

OLG Graz 04.05.2011, 4 R 8/11w-39
OLG Graz 27.01.2011, 3 R 161/10m-49
OLG Linz 24.08.2011, 1 R 136/11t-20
OLG Linz 27.09.1995, 2 R 45/95-40
OLG Wien 15.12.2005, 1 R 247/05h-35
OLG Wien 2 R 149/13 s ecolex 2014, 133
OLG Wien 26.01.2006, 15 R 114/05b-87
OLG Wien 28.06.2001, 15 R 185/00m-14

HG Wien 26 Cg 118/03 f VRInfo 2004 H 5, 3
LG Feldkirch 03.03.2009, 3 R 64/09y-14
LG Salzburg 12.10.1994, 5 Cg 380/93-25
LG St. Pölten 16.03.2006, 21 R 94/06 s

VfGH 10.03.1993, G 170/92

VfGH B 249/84 VfSlg 10.700 (L/2. Halbjahr 1985 S 683)

VfGH B 658/85 VfSlg 10.948 (LI/1. Halbjahr 1986 S 839)

VfGH B 847/87 VfSlg 11.996 (LIV/1. Halbjahr 1989 S 194)

VfGH G 216/02 GeS 2003, 300 (*Chvosta*)

VfGH G 59, 60/78 VfSlg 8.254 (XLIII/1. Halbjahr 1978 S 88)

VwGH 21. 9. 2000, 95/06/0230

Rechtssätze österreichischer Gerichte

RIS-Justiz RS0002841

RIS-Justiz RS0002841 T 2

RIS-Justiz RS0008870

RIS-Justiz RS0008987

RIS-Justiz RS0008987 T 4

RIS-Justiz RS0010453

RIS-Justiz RS0011399

RIS-Justiz RS0012720

RIS-Justiz RS0012728

RIS-Justiz RS0014016 T 3

RIS-Justiz RS0014031

RIS-Justiz RS0014562

RIS-Justiz RS0015330

RIS-Justiz RS0016303

RIS-Justiz RS0016303 T 1

RIS-Justiz RS0016303 T 6

RIS-Justiz RS0016394

RIS-Justiz RS0016909

RIS-Justiz RS0017178

RIS-Justiz RS0017178 T 1
RIS-Justiz RS0017178 T 10
RIS-Justiz RS0017178 T 13
RIS-Justiz RS0017178 T 14
RIS-Justiz RS0017178 T 2
RIS-Justiz RS0017178 T 4
RIS-Justiz RS0017178 T 8
RIS-Justiz RS0017178 T 9
RIS-Justiz RS0017209
RIS-Justiz RS0019726
RIS-Justiz RS0020063
RIS-Justiz RS0020063 T 2
RIS-Justiz RS0020063 T 9
RIS-Justiz RS0022475
RIS-Justiz RS0022654
RIS-Justiz RS0022711
RIS-Justiz RS0022814
RIS-Justiz RS0023176
RIS-Justiz RS0023312
RIS-Justiz RS0023382
RIS-Justiz RS0023387
RIS-Justiz RS0023474
RIS-Justiz RS0023553
RIS-Justiz RS0024353
RIS-Justiz RS0026094
RIS-Justiz RS0026183
RIS-Justiz RS0026218
RIS-Justiz RS0026234
RIS-Justiz RS0026234 T 8
RIS-Justiz RS0026236

RIS-Justiz RS0026255

RIS-Justiz RS0026258 T 3

RIS-Justiz RS0026319

RIS-Justiz RS0026325

RIS-Justiz RS0026327

RIS-Justiz RS0026349

RIS-Justiz RS0026377

RIS-Justiz RS0026415

RIS-Justiz RS0026419

RIS-Justiz RS0026422

RIS-Justiz RS0026428

RIS-Justiz RS0026428 T 9

RIS-Justiz RS0026438

RIS-Justiz RS0026440

RIS-Justiz RS0026450

RIS-Justiz RS0026479

RIS-Justiz RS0026482

RIS-Justiz RS0026487

RIS-Justiz RS0026490

RIS-Justiz RS0026494

RIS-Justiz RS0026513

RIS-Justiz RS0026513 T 6

RIS-Justiz RS0026514

RIS-Justiz RS0026524

RIS-Justiz RS0026527

RIS-Justiz RS0026533

RIS-Justiz RS0026534

RIS-Justiz RS0026535

RIS-Justiz RS0026537

RIS-Justiz RS0026542

RIS-Justiz RS0026544
RIS-Justiz RS0026550
RIS-Justiz RS0026552
RIS-Justiz RS0026552 T 10
RIS-Justiz RS0026552 T 3
RIS-Justiz RS0026553
RIS-Justiz RS0026557
RIS-Justiz RS0026557 T 1
RIS-Justiz RS0026557 T 3
RIS-Justiz RS0026558
RIS-Justiz RS0026561
RIS-Justiz RS0026562
RIS-Justiz RS0026564
RIS-Justiz RS0026567
RIS-Justiz RS0026569
RIS-Justiz RS0026573
RIS-Justiz RS0026579
RIS-Justiz RS0026584
RIS-Justiz RS0026596
RIS-Justiz RS0026596 T 17
RIS-Justiz RS0026596 T 4
RIS-Justiz RS0026596 T 5
RIS-Justiz RS0026596 T 8
RIS-Justiz RS0026596 T 9
RIS-Justiz RS0026611
RIS-Justiz RS0026630
RIS-Justiz RS0026631
RIS-Justiz RS0026645
RIS-Justiz RS0026669
RIS-Justiz RS0026687

RIS-Justiz RS0026696
RIS-Justiz RS0026699
RIS-Justiz RS0026709
RIS-Justiz RS0026710
RIS-Justiz RS0026718
RIS-Justiz RS0026740
RIS-Justiz RS0026773
RIS-Justiz RS0026786
RIS-Justiz RS0030331
RIS-Justiz RS0030477
RIS-Justiz RS0031775
RIS-Justiz RS0031810
RIS-Justiz RS0031815 T 8
RIS-Justiz RS0031856
RIS-Justiz RS0031859
RIS-Justiz RS0031883
RIS-Justiz RS0031883 T 17
RIS-Justiz RS0031912
RIS-Justiz RS0031913
RIS-Justiz RS0031963
RIS-Justiz RS0032201
RIS-Justiz RS0032212
RIS-Justiz RS0032212 T 8
RIS-Justiz RS0032212 T 14
RIS-Justiz RS0032212 T 20
RIS-Justiz RS0032276
RIS-Justiz RS0032489
RIS-Justiz RS0032494
RIS-Justiz RS0037785
RIS-Justiz RS0037785 T 1

RIS-Justiz RS0037785 T 15
RIS-Justiz RS0037785 T 16
RIS-Justiz RS0037785 T 2
RIS-Justiz RS0037785 T 21
RIS-Justiz RS0037785 T 25
RIS-Justiz RS0037785 T 29
RIS-Justiz RS0037785 T 30
RIS-Justiz RS0037785 T 34
RIS-Justiz RS0037785 T 39
RIS-Justiz RS0037785 T 5
RIS-Justiz RS0037809
RIS-Justiz RS0038016
RIS-Justiz RS0038178
RIS-Justiz RS0038178 insb mit T 22
RIS-Justiz RS0038205
RIS-Justiz RS0040272
RIS-Justiz RS0044121
RIS-Justiz RS0044121 T 1
RIS-Justiz RS0044121 T 3
RIS-Justiz RS0044121 T 5
RIS-Justiz RS0044121 T 4
RIS-Justiz RS0044121 T 6
RIS-Justiz RS0044121 T 7
RIS-Justiz RS0044121 T 8
RIS-Justiz RS0044121 T 9
RIS-Justiz RS0044121 T 10
RIS-Justiz RS0062382
RIS-Justiz RS0075732
RIS-Justiz RS0078856
RIS-Justiz RS0078984

RIS-Justiz RS0079042

RIS-Justiz RS0079155

RIS-Justiz RS0079167

RIS-Justiz RS0079899

RIS-Justiz RS0103340

RIS-Justiz RS0104588

RIS-Justiz RS0106433

RIS-Justiz RS0106433 T 4

RIS-Justiz RS0106889

RIS-Justiz RS0107663

RIS-Justiz RS0108073

RIS-Justiz RS0108073 T 13

RIS-Justiz RS0108073 T 2

RIS-Justiz RS0108074 mit T 8

RIS-Justiz RS0108074 T 2

RIS-Justiz RS0108074 T 7

RIS-Justiz RS0108074 T 9

RIS-Justiz RS0108218

RIS-Justiz RS0108623

RIS-Justiz RS0108624

RIS-Justiz RS0112211

RIS-Justiz RS0113383

RIS-Justiz RS0114804

RIS-Justiz RS0116008

RIS-Justiz RS0116076

RIS-Justiz RS0116076 mit T 5

RIS-Justiz RS0116076 mit T 7

RIS-Justiz RS0116076 mit T 8

RIS-Justiz RS0116076 mit T 9

RIS-Justiz RS0116076 T 1

RIS-Justiz RS0116077
RIS-Justiz RS0116077 T 1
RIS-Justiz RS0116077 T 6
RIS-Justiz RS0116078
RIS-Justiz RS0116078 T 1
RIS-Justiz RS0116079
RIS-Justiz RS0116080
RIS-Justiz RS0117020
RIS-Justiz RS0117267
RIS-Justiz RS0119141 T 1
RIS-Justiz RS0119141 T 2
RIS-Justiz RS0119578
RIS-Justiz RS0120309
RIS-Justiz RS0120539
RIS-Justiz RS0120862
RIS-Justiz RS0121138
RIS-Justiz RS0121543
RIS-Justiz RS0122164
RIS-Justiz RS0126436
RIS-Justiz RS0127857
RIS-Justiz RS0128186
RIS-Justiz RS0128186 mit T 3
RIS-Justiz RS0128616 mit T 1
RIS-Justiz RS0128616 mit T 4
RIS-Justiz RS0128616 mit T 5
RIS-Justiz RS0128616 mit T 6
RIS-Justiz RS0128616 mit T 7
RIS-Justiz RS0128616 T 1
RIS-Justiz RS0128616 T 2
RIS-Justiz RS0128616 T 3

Deutsche Gerichtsentscheidungen

ROHG Rep 1076/75 ROHGE 19, 196

RG I 294/25 RGZ 114, 289

RG I 337/20 RGZ 101, 297

RG II 494/24 RGZ 111, 233

RG III 264/04 JW 1905, 138

RG III 73/20 LZ 1920, 890

RG Rep 1573/04 RGSt 37, 266

RG Rep I 101/00 RGZ 46, 83

RG Rep II 106/12 RGZ 80, 196

RG Rep III 145/17 RGZ 91, 21

RG Rep VI 201/02 RGZ 52, 365

RG VI 191/21 RGZ 102, 372

RG VI 270/29 RGZ 127, 218

RG VI 591/34 RGZ 148, 154

RG VII 169/38 RGZ 160, 153

RG VIII 431/32 RGZ 139, 103

RG VIII 559/30 RGZ 131, 239

BGH I b ZR 208/62 WM 1964, 1163

BGH I ZR 52/82 NJW 1985, 2411

BGH II ZR 100/69 NJW 1972, 1200

BGH II ZR 114/81 NJW 1982, 1514

BGH II ZR 123/85 WM 1986, 904

BGH II ZR 132/71 WM 1973, 635

BGH II ZR 141/90 NJW 1992, 1223

BGH II ZR 147/05 NZG 2007, 708 *Comroad IV*

BGH II ZR 153/05 NZG 2007, 269 *Comroad III*

BGH II ZR 155/52 NJW 1954, 793

BGH II ZR 161/72 WM 1974, 685

BGH II ZR 164/76 BGHZ 70, 337

BGH II ZR 172/76 NJW 1978, 1625

BGH II ZR 172/84 NJW 1986, 249

BGH II ZR 173/05 NZG 2007, 711 *Comroad V*

BGH II ZR 174/77 BGHZ 75, 321

BGH II ZR 175/81 NJW 1982, 2823 *Beton- und Monierbau*

BGH II ZR 177/77 NJW 1979, 1595

BGH II ZR 180/90 NJW-RR 1991, 1312

BGH II ZR 205/94 NJW 1995, 1739

BGH II ZR 209/79 NJW 1980, 1840

BGH II ZR 217/03 NJW 2004, 2668 *Infomatec*

BGH II ZR 218/03 NJW 2004, 2664 *Infomatec I*

BGH II ZR 229/05 NZG 2008, 382 *Comroad VI*

BGH II ZR 232/87 NJW 1989, 293

BGH II ZR 236/07 NJW-RR 2009, 332

BGH II ZR 238/84 NJW-RR 1986, 968

BGH II ZR 246/04 NZG 2007, 346 *Comroad II*

BGH II ZR 266/67 DB 1970, 1265

BGH II ZR 279/53 NJW 1954, 1193

BGH II ZR 283/51 NJW 1953, 60

BGH II ZR 287/02 NZG 2005, 672 *EM.TV*

BGH II ZR 292/91 NJW 1994, 2220

BGH II ZR 30/09 NJW 2010, 2506

BGH II ZR 310/06 NZG 2008, 386 *Comroad VIII*

BGH II ZR 322/53 NJW 1955, 499

BGH II ZR 402/02 NZG 2004, 907 *Infomatec II*

BGH II ZR 52/75 BGHZ 69, 82

BGH II ZR 52/75 NJW 1977, 1916

BGH II ZR 60/80 NJW 1981, 1449

BGH II ZR 68/06 NZG 2008, 385 *Comroad VII*

BGH II ZR 80/04 NZG 2007, 345 *Comroad I*

BGH II ZR 85/68 NJW 1970, 1737

BGH II ZR 88/79 WM 1980, 526

BGH II ZR 94/77 BGHZ 72, 382

BGH III ZR 1/01 NJW 2002, 1196

BGH III ZR 10/74 BGHZ 68, 142

BGH III ZR 103/10 NJW 2012, 758

BGH III ZR 112/58 NJW 1960, 33

BGH III ZR 125/06 NJW-RR 2007, 1332

BGH III ZR 139/12 NJW 2013, 1877

BGH III ZR 15/92 NJW-RR 1993, 944

BGH III ZR 156/13 AG 2014, 710

BGH III ZR 174/68 WM 1971, 817

BGH III ZR 185/05 NJW-RR 2007, 1479

BGH III ZR 193/05 NJW 2007, 1362

BGH III ZR 245/96 NJW 1998, 1948

BGH III ZR 256/04 NZG 2006, 859

BGH III ZR 277/08 BGHZ 181, 12

BGH III ZR 282/11 NJW 2013, 386

BGH III ZR 300/05 NZG 2007, 663

BGH III ZR 307/07 NZG 2009, 37

BGH III ZR 424/04 WM 2006, 423

BGH III ZR 50/94 NJW 1995, 392

BGH IVa ZR 122/85 NJW 1987, 1815

BGH IVa ZR 127/84 NJW-RR 1986, 1307

BGH IVa ZR 20/82 JZ 1985, 951 (*Honsell*)

BGH IVa ZR 232/85 VersR 1988, 178

BGH IVa ZR 66/83 NJW-RR 1986, 484

BGH IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758

BGH IX ZR 62/02 NJW-RR 2003, 1035

BGH V ZR 168/78 NJW 1981, 1035

BGH VI ZR 1/65 VersR 1966, 1034

BGH VI ZR 109/58 NJW 1959, 1676

BGH VI ZR 114/96 NJW 1997, 2593

BGH VI ZR 120/10 NJW 2011, 2204

BGH VI ZR 120/67 NJW 1968, 1929

BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 321

BGH VI ZR 132/55 WM 1956, 1229

BGH VI ZR 132/77 VersR 1979, 283

BGH VI ZR 136/76 NJW 1977, 2208

BGH VI ZR 144/86 NJW 1987, 2222

BGH VI ZR 157/73 NJW 1976, 620 (*Tilmann*)

BGH VI ZR 190/87 NJW 1988, 2667

BGH VI ZR 212/66 BGHZ 51, 91

BGH VI ZR 25/63 BGHZ 41, 123

BGH VI ZR 254/67 NJW 1970, 38

BGH VI ZR 261/75 NJW 1977, 2073

BGH VI ZR 262/69 BGHZ 56, 269

BGH VI ZR 263/55 NJW 1957, 1149 (*Löffler*)

BGH VI ZR 270/95 ZfS 1997, 44

BGH VI ZR 293/90 NJW 1991, 3282

BGH VI ZR 36/74 NJW 1977, 1288

BGH VI ZR 47/64 NJW 1965, 1955

BGH VII ZR 163/69 NJW 1971, 1309

BGH VII ZR 199/60 WM 1962, 1110

BGH VII ZR 210/79 BGHZ 77, 310

BGH VII ZR 237/60 VersR 1962, 803

BGH VII ZR 259/77 NJW 1979, 1449

BGH VII ZR 340/88 WM 1990, 1276

BGH VII ZR 42/08 NJW 2010, 1808

BGH VII ZR 51/67 WM 1969, 36

BGH VII ZR 63/84 NJW 1985, 1457

BGH VIII ZR 182/83 NJW 1985, 489

BGH VIII ZR 195/65 BGHZ 49, 350

BGH VIII ZR 20/77 BGHZ 70, 356

BGH VIII ZR 201/63 NJW 1965, 1757

BGH VIII ZR 230/73 WM 1975, 559

BGH VIII ZR 235/61 NJW 1962, 1500

BGH VIII ZR 325/81 NJW 1983, 1607

BGH VIII ZR 44/75 NJW 1976, 1843

BGH VIII ZR 47/77 NJW 1978, 883

BGH VIII ZR 64/79 NJW 1980, 2408

BGH VIII ZR 77/66 BGHZ 50, 200

BGH VIII ZR 80/91 NJW-RR 1992, 605

BGH VIII ZR 81/70 BGHZ 57, 292

BGH X ZR 104/94 NJW 1996, 2927

BGH X ZR 144/94 NJW 1998, 1059

BGH X ZR 198/97 NJW 2000, 1107

BGH X ZR 231/99 NJW 2001, 3115

BGH X ZR 237/01 NJW 2002, 3625

BGH X ZR 250/02 NJW 2004, 3035

BGH X ZR 283/02 WM 2004, 1869

BGH XI ZR 12/88 NJW-RR 1989, 696

BGH XI ZR 12/93 NJW 1993, 2433 *Bond-Entscheidung*

BGH XI ZR 165/88 NJW 1991, 352

BGH XI ZR 199/95 BGHZ 133, 36

BGH XI ZR 337/08 WM 2009, 2303

BGH XI ZR 344/11 NZG 2012, 1262

BGH XI ZR 39/89 NJW 1990, 513

BGH XI ZR 4/88 NJW-RR 1989, 150

BGH XI ZR 51/10 NZG 2012, 263 *IKB*

BGH XI ZR 52/88 NJW 1989, 2882

BGH XI ZR 56/07 NJW 2008, 2245

KG (OLG Berlin) 9 U 127/05 WM 2006, 1432

OLG Bamberg 6 U 59/03 BeckRS 2004, 30341986

OLG Düsseldorf 6 U 239/82 WM 1984, 586

OLG Düsseldorf 6 U 259/80 AG 1982, 20

OLG Düsseldorf I-6 W 45/09 AG 2010, 126

OLG Frankfurt 21 U 23/11 BeckRS 2011, 27061

OLG Frankfurt 23 U 281/03 VersR 2005, 797

OLG Frankfurt 24 U 82/14 BeckRS 2015, 06846

OLG Frankfurt 5 U 213/92 WM 1994, 291

OLG Frankfurt 9 U 151/09 WM 2010, 2111

OLG Karlsruhe 1 U 60/71 VersR 1972, 203

OLG Nürnberg 12 U 2131/97 ZIP 1998, 380

OLG Nürnberg 12 U 2976/01 NJOZ 2002, 807

OLG Saarbrücken 4 U 136/06 - 38, 4 U 136/06 OLGR Saarbrücken 2007, 709

OLG Stuttgart 12 U 132/07 BeckRS 2008, 09090

OLG Stuttgart 2 U 219/88 VersR 1999, 832

LG Düsseldorf 1 O 148/80 WM 1981, 102

LG Frankfurt 3/11 O 173/91 WM 1992, 1768

LG Hamburg 402 O 70/97 WM 1999, 139

BVerfG 1 BvR 400/51 VerwRspr 1958, 419

EGMR- und EuGH-Entscheidungen

EGMR 12/1984/84/131 NJW 1987, 2143 *Lingens/Österreich*

EGMR 13/1994/460/541 ÖJZ 1995, 675 *Prager und Oberschlick/Österreich*

EGMR 26/1998/929/1141 NJW 1999, 1315 *Fressoz und Roire/Frankreich*

EGMR 26132/95 MR 2001, 84 *Bergens Tidende ua/Norwegen*

EGMR 29.032/95 ÖJZ 2002, 814 *Feldek/Slowakei*

EGMR 47/1996/666/852 ÖJZ 1997, 956 *Oberschlick/Österreich (Nr 2)*

EuGH 21/76 NJW 1977, 493 *Bier/Mines de Potasse*

EuGH C-168/02 NJW 2004, 2441 *Kronhofer/Maier*

EuGH C-174/12 GES 2014, 21 *Hirrmann/Immofinanz AG*

EuGH C-218/12 NJW 2013, 3504 *Emrek/Sabranovic*

EuGH C-375/13 BeckEuRS 2015, 408598 *Kolassa/Barclays Bank plc*

EuGH C-453/99 EuR 2002, 216 *Courage/Crehan*

EuGH C-509/09 und C-161/10 NJW 2012, 137 *eDate Advertising GmbH/X und Martinez/MGN Limited*

EuGH C-618/10 JBl 2012, 434 *Banco Español de Crédito/Calderón Camino*

Englische und US-amerikanische Gerichtsentscheidungen

Smith v. Eric S. Bush, [1988] 1 QB 743 (Court of Appeal [Civil Division] 1987)

First Equity Corp. of Florida v. Standard & Poor's Corp., 869 F.2d 175 (2nd Cir. 1989)

LaSalle National Bank v. Duff & Phelps Credit Rating Co., 951 F. Supp. 1071 (S.D.N.Y. 1996)

In re Fitch, Inc. v. UBS PaineWebber, Inc., 330 F.3d 104 (2nd Cir. 2003)

Quinn v. The McGraw-Hill Companies, Inc., 168 F.3d 331 (7th Cir. 1999)

Commercial Financial Services, Inc. v. Arthur Andersen LLP, abrufbar unter: <http://law.justia.com/cases/oklahoma/court-of-appeals-civil/2004/439633.html> (zuletzt abgerufen am 20.04.2015) (Court of Civil Appeals of Oklahoma 2004)

Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 189 L. Ed. 2d 339 (2014)

Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investors Services, Inc., 175 F.3d 848 (10th Cir. 1999)

Abu Dhabi Commercial Bank v. Morgan Stanley & Co., 2013 U.S. Dist. LEXIS 38787 (S.D.N.Y. 2013)

Newby v. Enron Corp., 511 F. Supp. 2d 742 (S.D. Tex. 2005)

County of Orange v. McGraw Hill Companies, Inc., 245 B.R. 151 (C.D. Cal. 1999)

Anhang I: Abstract (deutsch und englisch)

1) Die vorliegende Dissertation widmet sich vorrangig der Haftung von Ratingagenturen für ihre Bonitätsbewertungen (Ratings) nach österreichischem Zivilrecht (ABGB) sowie europäischem Recht (EU-RatingVO). Insb in Fällen der außervertraglichen Haftung für Ratings ist es nach dem in Österreich geltenden Internationalen Zivilprozess- und Privatrecht möglich, dass auch die Haftung einer international tätigen Ratingagentur gegenüber einem österreichischen Geschädigten in Österreich nach österreichischem Recht geltend gemacht werden kann. Im Rahmen der Behandlung des materiellen Rechts wird zwischen der Haftung gegenüber den Adressaten der Ratinginformation (insb Anleger; typischerweise für zu positive Ratings) und jener gegenüber dem Emittenten (für zu negative Ratings) unterschieden.

Die außervertragliche Verantwortlichkeit der Ratingagenturen gegenüber den Ratingadressaten ist im *österreichischen Recht* nicht explizit gesetzlich geregelt und die einschlägigen allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen (vgl nur § 1295 Abs 1 ABGB) eröffnen dem Rechtsanwender einen relativ breiten Auslegungsspielraum. In Anbetracht dieser Rechtsunsicherheit wendet sich die Arbeit iS einer „Vorfragenlösung“ zunächst vergleichbaren Fällen der Haftung von Experten für Kapitalmarktinformationen zu, die ausdrücklich normiert sind. Im Fokus steht dabei die Prospekthaftung des Prospektkontrollors für sorgfaltswidrige Prospektprüfungen und -vermerke sowie die Haftung des Abschlussprüfers für fehlerhafte Bestätigungsvermerke.

Entgegen hM ist die Prospekthaftung des Prospektprüfers grundsätzlich abschließend in § 11 KMG geregelt. Je nach Tätigkeitsbereich (Veranlagungs- oder Wertpapierprospektprüfung) haftet dieser also den Anlegern entweder bloß für grobe Fahrlässigkeit oder zwar für leichte Fahrlässigkeit, jedoch nicht für die Richtigkeit des Prospekts (bloß formelle Prüfung). Der Abschlussprüfer haftet gem § 11 Abs 1 Z 4 KMG iVm § 275 UGB entgegen dem OGH und hL grundsätzlich nur für vorsätzliche Pflichtverletzungen gegenüber Dritten, insb Anlegern. Beide Normen samt ihren haftungsbeschränkenden Zwecken entfalten sohin eine „relative Sperrwirkung“ für eine weitergehende außervertragliche Haftung.

Sofern die Ratingagentur fahrlässig (nicht vorsätzlich) handelt, haftet sie dritten Anlegern nur im Falle des beantragten Emissionsratings. Eine Dritthaftung für Emittentenratings besteht bloß im Bereich der vorsätzlichen Irreführung, weil diese als allgemeine

Prüfungsurteile über das Unternehmen mit Bestätigungsvermerken vergleichbar sind (vgl. den vorigen Absatz). Im Gegensatz dazu besteht eine Parallele zwischen Emissionsratings und Prospektvermerken, weil beide auf ein bestimmtes „Projekt“ – die Emission – ausgerichtet sind. Hier ist eine Haftung für Fahrlässigkeit gegenüber den „Projektteilnehmern“ (den Anlegern) insofern systemgerechter, als das Haftungsrisiko aufgrund des Emissionsgesamtbetrags überschaubar(er) ist.

Die insoweit bestehende Dritthaftung von Ratingagenturen lässt sich auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen, wobei für dessen Auslegung und Präzisierung auch die (jüngeren) Bestimmungen der § 11 Abs 1 Z 2–Z 2b, § 14 Z 6 KMG, § 141 Abs 5 EO, § 220b Abs 3 Satz 3 AktG und § 275 UGB herangezogen werden können und sollten. Daraus lässt sich ein System der gesetzlichen Informationshaftung von Experten ableiten, das am Willen des Gesetzgebers angelehnt ist und das auch in anderen Fällen Anwendung finden kann. Dieses System verlangt für eine Dritthaftung der Ratingagentur unter anderem, dass sie ein Entgelt für ihre Bewertung lukriert (beauftragtes Emissionsrating). Konkret haftungsrelevant können danach inhaltlich unvertretbare Ratings, eine unangemessene Informationsbasis des Ratings, Parteilichkeit bei der Bewertung sowie (sonstige) Ratingverfahrensfehler sein, sofern sich die Pflichtverletzung auf das Rating ausgewirkt hat.

Darüber hinaus ergibt sich aus den zitierten spezialgesetzlichen Normen und ihrer haftungsbeschränkenden Ausgestaltung, dass die Dritthaftung von Ratingagenturen gem § 1300 Satz 1 ABGB analog § 14 Z 6 KMG iVm § 275 Abs 2 UGB betraglich beschränkt ist. Dafür setzt die Haftung bereits bei leichter Fahrlässigkeit ein und ist zwingend. Wie bei anderen Fällen der außervertraglichen Kapitalmarktinformationshaftung ist grundsätzlich bloß der Preisschaden des Anlegers ersatzfähig (typischerweise das für ein Finanzinstrument aufgrund eines überhöhten Ratings „Zuviel-Bezahlte“). Für den Nachweis eines solchen Schadens kann dem Anleger in Anlehnung an die *fraud-on-the-market theory* jedoch ein Anscheinsbeweis in Bezug auf die Preiskausalität der Fehlinformation zugutekommen.

Gegenüber dem Emittenten haftet die Ratingagentur gem § 1330 Abs 2 ABGB (unmittelbar oder analog) für (auch leicht) fahrlässige Fehlbewertungen. Stützen lässt sich dies insb auf die besondere Gefährlichkeit der Ratinginformation im Hinblick auf das Schutzobjekt des § 1330 Abs 2 ABGB, den Kredit bzw das Vermögen des Emittenten.

Sowohl gegenüber Abonnenten der Ratinginformation als auch gegenüber vertraglich verbundenen Emittenten besteht eine grundsätzlich strengere vertragliche Haftung der Ratingagentur nach österreichischem Recht. Diese Haftung kann durch Freizeichnungsklauseln der Ratingagentur aber näher ausgestaltet werden, wobei durch vorgefertigte Vertragsbedingungen eine Haftung für grob schuldhafte Pflichtverstöße nicht im Voraus wirksam abbedungen werden kann (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG unmittelbar oder [im B2B-Bereich] analog).

Neben dem nationalen Recht besteht gegebenenfalls die parallel anwendbare Haftung von europäischen Ratingagenturen nach Art 35a *EU-RatingVO*. Danach haften solche Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten für die grob schuldhafte Verletzung von (Unabhängigkeits- und/oder Ratingqualitäts-)Bestimmungen der *EU-RatingVO* (*private enforcement*). Diese Haftung setzt weiters voraus, dass sich ein solcher Verstoß auf das schadenskausale Rating ausgewirkt und der Geschädigte selbst nicht sorglos gehandelt hat (Culpakompensation). Die Verantwortlichkeit nach Art 35a *EU-RatingVO* orientiert sich dabei insofern am anwendbaren nationalen Recht, als die *EU-RatingVO* zur Lückenfüllung auf dieses ausdrücklich verweist. Mithilfe von Art 35a *EU-RatingVO* wird der Marktschutz, der primär durch die *EU-RatingVO* bezweckt wird, noch weiter intensiviert.

2) This dissertation primarily deals with the liability of credit rating agencies for their credit ratings under Austrian civil law and European law (Regulation [EC] No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council on credit rating agencies [EU-RatingVO]). According to the relevant international civil procedure law and private international law, an Austrian claimant has the possibility to assert claims against an internationally operating credit rating agency in Austria and Austrian law is applicable in such a case. This particularly holds true for claims based on the noncontractual liability of credit rating agencies. With regard to the substantive law, the author distinguishes between the liability towards the addressees of the rating information (in particular investors; typically for too positive ratings) and the liability towards issuers (for too negative ratings).

As far as Austrian law is concerned, the noncontractual liability of credit rating agencies towards the addressees of the rating information is not explicitly regulated and the general rules of civil law (cf. § 1295 paragraph 1 Austrian Civil Code [ABGB]) establish a relatively wide scope of interpretation. Given this legal uncertainty, the author firstly

concentrates on comparable problems regarding the liability of experts for capital market misinformation, which are expressly governed by Austrian law. The goal of this approach is to deduce findings with respect to the liability of credit rating agencies. During this process, the prospectus auditors' prospectus liability for negligent prospectus audits and the annual auditors' liability for faulty reports are both examined (gatekeepers' liability).

Contrary to the prevailing opinion, the prospectus auditor's liability is, in principle, conclusively regulated under § 11 Austrian Capital Market Act [KMG]). Depending on the field of activity (i.e. which kind of securities are issued and audited), the prospectus auditor is merely liable towards investors for gross negligence or for slight negligence, but not for the prospectus' accuracy (rather for a formal examination). The annual auditor on the other hand, is liable towards third parties (particularly investors) only for intentional breaches of duty (e.g. fraudulent behavior). This can be inferred from § 11 paragraph 1 number 4 KMG and § 275 Austrian Commercial Code (UGB), which seek to restrict liability, thus excluding a more far-reaching noncontractual liability. Here, the dissertation again questions the Austrian majority view (including the opinion of the Austrian Supreme Court), which argues that the annual auditor shall be liable towards third parties even for slight negligence.

If the credit rating agency acts negligently (not intentionally), it is liable towards third party investors just for solicited issue ratings. A third party liability for issuer ratings requires willful deception, because these general assessments regarding the company as a whole are comparable to annual audit reports (cf. the previous paragraph). In contrast to this, a parallel can be drawn between issue ratings and prospectus audits: Both kinds of information are geared towards a certain "project" – the issuance. A liability for negligence towards the persons "participating" in this "project" (i.e. the investors) can be explained by the fact that the overall liability risk is clearer due to the amount and price of the securities being issued and screened (e.g. total borrowing).

The third party liability of credit rating agencies stated above can be deduced from § 1300 paragraph 1 ABGB (cf. § 552 Restatement [Second] of Torts). The author interprets and specifies this provision by considering more recent norms (§ 11 paragraph 1 numbers 2, 2a and 2b, § 14 number 6 KMG, § 141 paragraph 5 Austrian Enforcement Regulation [EO], § 220b paragraph 3 sentence 3 Austrian Stock Corporation Act and § 275 UGB). Thereby, a system governing the noncontractual liability of experts for misinformation is established, which is directly connected to the legislator's intention and which can also be

applied in other cases. This system demands for a third party liability of the credit rating agency *inter alia* that it receives a fee for its assessment (solicited issue rating). Unjustifiably high or low ratings, an inadequate basis of information for the rating, partiality or other faults concerning the rating process may then all lead to liability, if the breach of duty has affected the rating.

Moreover, the third party liability of credit rating agencies according to § 1300 sentence 1 ABGB is limited to the total amounts stated in § 14 number 6 KMG in conjunction with § 275 paragraph 2 UGB. This also results from the provisions mentioned in the previous paragraph, which tend to restrict liability and which can be applied at least by analogy. On the other hand, this third party liability requires only slightly negligent misinformation and it is mandatory. Like in other cases of noncontractual liability for capital market misinformation, compensation is limited to the investor's "price damage" (typically i.e. the difference between the actual price of the financial instrument, which was rated too high, and the hypothetical price of the financial instrument, which would have been formed if the credit rating agency had not breached its duties). In order to prove that he has sustained such damage, the investor may benefit from a *prima facie* evidence regarding the price causation of the misinformation (cf. the fraud-on-the-market theory).

Towards the issuer, the credit rating agency is liable for (even slightly) negligent ratings (§ 1330 paragraph 2 ABGB directly or per analogiam). The reason for this is particularly the intense danger of the rating information for the (rated) object, namely the issuer, i.e. its credit and financial integrity respectively, which is protected by § 1330 paragraph 2 ABGB.

According to Austrian law, there exists, in principle, a more severe contractual liability of the credit rating agency towards subscribers of the rating information as well as towards contractually bound issuers. However, this liability can be shaped by the credit rating agency's disclaimers. But if the credit rating agency uses general terms and conditions of business, it cannot exclude its liability for gross negligence (§ 6 paragraph 1 number 9 Austrian Consumer Protection Act [KSchG] directly or [in a business-to-business relation] per analogiam).

Parallel to national law, the credit rating agency can be liable according to Art 35a EU-RatingVO. This provision stipulates a liability of European credit rating agencies towards investors and issuers for grossly negligent breaches of duties established by the EU-RatingVO with respect to the quality of ratings and the independence of credit rating

agencies (private enforcement). Furthermore, this liability requires that such a violation has influenced the rating in question and that the claimant has not acted carelessly himself/herself (“culpacomensation”). Art 35a EU-RatingVO is partially related to the applicable national law, because the EU-RatingVO itself does not regulate every aspect of liability; instead, it subsidiarily refers to the relevant national law. Via Art 35a EU-RatingVO, the protection of the market, which is the primary goal of this regulation, is further intensified.

Anhang II: Curriculum Vitae

Angaben zur Person

Name: Baumgartner
Vorname: Andreas
Akademischer Titel: Mag. iur.
E-Mail-Adresse: andreas.j.baumgartner@univie.ac.at



Ausbildung

1999 – 2007 AHS DE LA SALLE SCHULE STREBERSDORF
 neusprachliches Gymnasium
 8 Jahre Englisch, 6 Jahre Französisch, 4 Jahre Latein
 Matura mit ausgezeichnetem Erfolg

Juli 2007 – Jänner 2008 Präsenzdienst in Baden

März 2008 – Okt. 2011 STUDIUM DER RECHTSWISSENSCHAFTEN
 an der Universität Wien
 bestes abgeschlossenes Jus-Studium laut Uni-Wien-Ranking
 2011/2012

Okt. 2010 – Jänner 2011 Teilnahme am Wiener Moot Court aus Zivilrecht

Seit November 2011 DOKTORATSSTUDIUM DER RECHTS-
 WISSENSCHAFTEN
 an der Universität Wien

Berufserfahrung

Sept. 2009 – August 2011 Juristischer Mitarbeiter bei Schneider & Schneider
 Rechtsanwälte
 Zivil-, Arbeits-, Unternehmens- und Zivilprozessrecht

Februar 2012 – Mai 2012 Rechtspraktikant (BG Tulln und Staatsanwaltschaft Wien)

Seit Mai 2012

Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien (Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.)

Forschungsschwerpunkt: Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Schadenersatzrecht

Publikationen

- *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler*, Kommentierung zu den §§ 34 – 44 GmbHG, in *U. Torggler*, GmbHG, Wien: Manz, 2014, S 360 – 462
- *Baumgartner*, Diskussionsbericht zu den Referaten von *Christian Nowotny* und *Hanno Merkt*, in *Kalss/U. Torggler*, Enforcement im Rechnungslegungsrecht – vom Papiertiger zum Kriminalfall? – Beiträge zum 3. Wiener Unternehmensrechtstag, Band 3, Wien: Manz, 2015 (im Erscheinen)