Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, culpa in contrahendo und Haftung von Ratingagenturen[1]

Prof. Dr. Horst Hammen

I. Einleitung

Die Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise in Europa und in den USA ist von vielen verschiedenen Marktakteuren verursacht worden. Als mitursächlich für die Krise gelten Fehlbewertungen von Bankanleihen durch die großen, international tätigen Ratingagenturen Standard & Poor's, Moody's und Fitch.[2] Dieser Umstand hat die Gerichte, aber auch den europäischen Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Im vergangenen Jahr hat der deutsche Bundesgerichtshof Schadensersatzklagen von Anlegern, die mit Zertifikaten der dann insolvent gewordenen amerikanischen Bank Lehmann Brothers Verluste erlitten hatten, gegen die Ratingagentur Standard & Poor's in Deutschland zugelassen, obgleich die Agentur ihren Firmensitz in New York hat.[3] Im Februar 2013 hat das US-amerikanische Justizministerium in einer zivilrechtlichen Klage Standard & Poor's Betrug, nämlich eine wissentlich überhöhte Bewertung von Subprime-Hypothekenanleihen vorgeworfen und die möglichen Schadensersatzforderungen der Regierung auf 5 Milliarden Dollar beziffert.[4] Zudem hat die Europäische Union (EU) bereits Ende 2009 auf die Vorkommnisse um die Ratingagenturen mit einer speziell auf diese Agenturen zugeschnittenen Verordnung reagiert.[5] Im Mai 2013 ist eine Überarbeitung dieser Verordnung in Kraft getreten,[6] die unter gewissen Umständen auch Anlegern Schadensersatzansprüche gegen die Ratingagenturen wegen fehlerhafter Ratings gibt. Hierum und um die Diskussion über die Haftung der Agenturen nach deutschem Recht soll es im Folgenden gehen.

II. Was ist Rating?

---

1 Erweiterte Fassung eines Vortrags, den Verf. am 1.4.2014 an der Juristischen Fakultät der Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien, gehalten hat. Die Vortragsfassung ist beibehalten. Einzelne Passagen entstammen einem Vortrag, den der Verf. am 24.9.2013 am Zentrum für deutsches Recht der Rechtshochschule Hanoi, Vietnam, gehalten hat.

2 Haar NZG 2010, 1281.

3 BGH NJW 2013, 386, 387; OLG Frankfurt WM 2011, 2360. Verfahrensfortgang OLG Frankfurt v. 30.12.2013, 21 U 23/11.

4 Vgl. Haar DB 2013, 2489, 2491 f.

5 Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 vom 16.9.2009 über Ratingagenturen.

6 Verordnung (EU) Nr. 462/2013 vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen.

Unter *Rating* versteht man im bank- oder kapitalmarktrechtlichen Zusammenhang die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit vertragsgemäßer Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus Staatsanleihen, Bankanleihen und Industrieanleihen sowie aus Darlehen. Verkürzt formuliert geht es mithin um die Bonität des Emittenten bzw. des Schuldners.[7] Ratings erfolgen auf der Grundlage quantitativer und qualitativer Faktoren. Der quantitative Ansatz führt zu einer Einschätzung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Emittenten, also etwa seiner Liquiditäts- und Ertragslage und seiner Kapitalstruktur anhand von Bilanz-Kennziffern wie Gewinn und Eigenkapitalquote. Zu den qualitativen Faktoren zählen Merkmale wie die Qualität des Managements, die Unternehmensstrategie, das Mitarbeiterpotential und das Risikomanagement.[8]

Die Ratingagenturen stellen das Ausfallrisiko eines Schuldners mittels eines Ratingcodes dar. Bei Standard & Poor's verläuft dieser Code bei Long Term Ratings von AAA (sehr sicher) bis D (in default). Ratings von AAA bis BBB- gelten als Investment Grade, Ratings von BB+ bis D als Sub-Investment Grade. Ich erinnere mich noch gut an meinen Besuch in Porto Alegre im Jahre 2008, bei dem ich mich mit Ihnen über die Verleihung des Investment Grade an Brasilien durch Standard & Poor's und durch Fitch im April/Mai 2008 freuen konnte. Im November 2011 hat Standard & Poor's das Rating Brasiliens sogar von BBB- auf BBB angehoben. Im Moment ist das Rating Brasiliens durch die amerikanischen Ratingagenturen unter Druck geraten.[9] Deshalb ist es vielleicht interessant zu erfahren, dass die chinesische Ratingagentur Dagong, die ihre Ratings eher aus der Perspektive der BRIC-Staaten erstellt, Brasilien immer noch mit einem A- bewertet.[10]

III. Wozu braucht man Ratings?

Zwar gibt es im europäischen Recht keine Rechts*pflicht* von Emittenten, vor der Zulassung zum Handel an einer Börse ein Rating für die betreffenden Wertpapiere einzuholen. Und es gibt auch keine allgemeine aufsichtsrechtliche Verpflichtung für Finanzinstitute oder Anleger, ausschließlich in Wertpapiere zu investieren, die einem Rating unterzogen worden sind.[11] Aber der Emittent hat ein Eigeninteresse an einem Rating, weil er häufig nur dann eine Chance besitzt, seine Anleihe am Kapitalmarkt zu platzieren, wenn hierfür ein Rating

---

7 Hennrichs, in: Festschrift für W. Hadding, 2004, S. 875 mit Fn. 1.
8 Wikipedia, http://de.wikipedia.org/wiki/Rating (12.5.2014).
9 Die Welt v. 26.3.2014, S. 15.
10 Zu kulturellen Faktoren, die Länderratings beeinflussen, Fuchs/Gehring, Börsen-Zeitung v. 12.2.2014, S. 6.
11 Erwägungsgründe 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen.

existiert. Auf der Seite der Investoren besteht ein Interesse an Ratings, weil die Leitungsorgane des Investors, die in Anleihen investieren, gehalten sind, die Ausfallwahrscheinlichkeit des Emittenten abzuschätzen.

Eine Beurteilung der Ausfallwahrscheinlichkeit durch eigene Researchabteilungen der Investoren ist in der Regel übermäßig teuer. Deshalb treten am Markt spezialisierte Unternehmen – die Ratingagenturen – auf, die als Informationsintermediäre durch Veröffentlichung von Ratings zur Verringerung von Informationsasymmetrien und damit zur Effizienz der Kapitalmärkte beitragen, indem sie institutionellen Investoren und Privatanlegern eine Einschätzung der Ausfallwahrscheinlichkeit eines Emittenten liefern und hierdurch die Transaktionskosten bei den Investoren senken.[12]

IV. Haftung der Ratingagenturen nach deutschem Recht

1. Problementfaltung

Stellt sich heraus, dass ein Rating fehlerhaft gewesen ist, beispielsweise weil ein Wertpapier zu hoch eingestuft worden ist, muss gefragt werden, ob Anleger,[13] die in ein solches Wertpapier investiert haben, gegen die betreffende Ratingagentur Schadensersatzansprüche geltend machen können. Ursprünglich enthielt die eingangs erwähnte Rating-Verordnung der EU keinerlei Regelung über eine Haftung der Agenturen gegenüber den Anlegern. Maßgeblich für diese Haftung war deshalb ausschließlich das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten. Im deutschen Recht ist eine Schadensersatzhaftung der Ratingagenturen aus unerlaubter Handlung oder aus der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten der Agenturen in Betracht zu ziehen. Dabei kann ein deliktischer Schutz der Anleger gleich wieder ausgeschieden werden. Denn das deutsche Recht verlangt für eine deliktische Haftung den Eingriff in das Eigentum oder in ein ähnlich strukturiertes Recht (vgl. § 823 Abs. 1 BGB). Ein reiner Schaden am Vermögen, wie er typischerweise bei einer Investitionsentscheidung auf der Grundlage eines fehlerhaften Ratings entsteht, reicht nicht aus.[14] Natürlich kennt das deutsche Recht eine Haftung wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten (§§ 280 ff. BGB). Deshalb erwirbt ein Anleger, der aufgrund eines mangelhaften Ratings eine verlustbringende Investitionsentscheidung trifft, Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung

[12] Burghof/Schneider/Wengner ZBB 2013, 171, dort auch zur Marktreaktion bei Ratingänderungen.
[13] Die Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Emittenten bleibt ausgeklammert.
[14] Haar NZG 2010, 1281, 1285; Wojcik NJW 2013, 2385, 2386.

(Pflichtverletzung), wenn er aufgrund eines Abonnementsvertrags mit der Ratingagentur mit Ratings beliefert wird.

Komplizierter ist die Rechtslage, wenn zwischen der Ratingagentur und einem Anleger keinerlei vertragliche Beziehungen bestehen, wenn sich also, allgemein gesprochen, die Beteiligten in einem außer- oder vorkontraktlichen Bereich bewegen. Das deutsche Recht kennt zwei Rechtsinstitute, die dem außerdeliktischen Schutz von Personen dienen, die nicht an einem Vertrag oder jedenfalls nicht an einem wirksamen Vertrag beteiligt sind, nämlich

- den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und
- das vorvertragliche Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2, 3 BGB.

Auch im brasilianischen Recht gibt es eine Verantwortlichkeit gegenüber Dritten in der vorkontraktlichen Phase. Das ist zwar nirgendwo ausdrücklich geregelt, aber in Article 422 CC/2002 vorausgesetzt. Zurückgeführt wird diese Verantwortlichkeit auf das neben dem geschriebenen Recht stehende Prinzip des guten Glaubens.[15] Dem deutschen Recht ist der Grundsatz von Treu und Glauben gleichfalls nicht unbekannt. Hier wirkt er indes nach der gesetzlichen Konzeption in § 242 BGB nur in Ausfüllung eines *bereits begründeten* Schuldverhältnisses. Deshalb ist die deutsche Rechtsdogmatik bei der Erschließung des vorvertraglichen Bereichs bzw. der Verhältnisse zu Dritten einen anderen Weg als das brasilianische Recht gegangen. Die Dogmengeschichte dieser Entwicklung nachzuzeichnen ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

2. Geschichte und Dogmatik des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte im Überblick

Grundsätzlich wirken schuldrechtliche Verträge, die im eigenen Namen abgeschlossen werden, nur im Verhältnis der Vertragschließenden untereinander. Verträge, die darauf gerichtet sind, rechtliche Verhältnisse mit einem nicht an dem Rechtsgeschäft beteiligten Dritten zu begründen, sind mit der rechtsgeschäftlichen Freiheit dieses Dritten im Ausgangspunkt unvereinbar. Darum sind Verträge, die *Pflichten* eines Dritten entstehen lassen sollen (Verträge zu Lasten Dritter) in jedem Fall unwirksam. Anders verhält es sich mit Verträgen, die einem Dritten ein *Recht* zukommen lassen. Während solche Verträge nach

[15] Diese Informationen hat mir Frau stud. iur. Marjorie Cavalli Renner übermittelt.

römischem Recht von Ausnahmefällen abgesehen unwirksam waren,[16] erlaubt das BGB Verträge, aus denen ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, eine Leistung zu fordern (§ 328 Abs. 1 BGB), ausdrücklich, allerdings nur dann, wenn der Dritte den Erwerb nicht zurückweist (§ 333 BGB).[17] Als ein Beispiel, das die Verfasser des BGB dazu bewogen hat, vom römischen Recht abzuweichen, wird in den Gesetzesmaterialien der Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten Dritter angeführt.[18]

Schon bald nach dem Inkrafttreten des BGB begann das Reichsgericht, Dritte, die an einem Vertrag nicht beteiligt waren, an den Rechtswirkungen dieses Vertrags teilhaben zu lassen. Anstoß für die Ausprägung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und Anlass zwar nicht für die Begründung der Lehre von der culpa in contrahendo, wohl aber für deren Ausweitung namentlich auf Fälle der sog. Expertenhaftung war die Einschätzung, das Deliktsrecht schütze den Geschädigten in vielen Fällen nur unzureichend. Es sei nämlich die Gehilfenhaftung nach § 831 BGB mit ihren weitreichenden Entlastungsmöglichkeiten unangemessen ausgestattet. Zudem fehle es an einer allgemeinen deliktischen Haftung für reine Vermögensschäden, weil § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung eines absoluten Rechts des Geschädigten erfordere. Schließlich trage der Geschädigte anders als bei einer Pflichtverletzung aus einem Schuldverhältnis (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) die volle Beweislast.[19]

Anfänglich wurde die Rechtsgrundlage für einen Drittschutz in § 328 BGB gesucht. Zunächst stellte das Reichsgericht, ohne näher auf den Inhalt der vertraglichen Erklärungen zu schauen, fest, bei einem Beförderungsvertrag kontrahiere der Besteller gleichzeitig zugunsten seiner mitfahrenden Familienangehörigen, so dass diese als Dritte gemäß § 328 BGB unmittelbar das Recht erworben hätten, eine ordnungsgemäße und ungefährdete Beförderung zu verlangen.[20] Schon bald darauf sprach es dann aber von einer Verpflichtung auf Schadensersatz gegenüber dem Dritten aus dem Vertrag, *unabhängig* davon, ob der Dritte dem Versprechenden gegenüber berechtigt gewesen sei, die eigentliche Leistung zu fordern.[21]

---

[16] Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearb. 2009, Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 8.

[17] Zur Interpretation dieser Vorschrift vgl. Soergel/Hadding, BGB, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, vor § 328 Rn. 10, 13.

[18] Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899 (zit.: Mugdan I, II) I, S. 147.

[19] Vgl. RGZ 65, 17, 19; 95, 58, 60; 98, 210, 211 f.; WarnRspr. 1919 Nr. 14; Soergel/Hadding, BGB, Anh. § 328 Rn. 1 für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; MünchKomm.BGB/Emmerich, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 38 mit Fn. 11 für die culpa in contrahendo. Zudem galten früher bei Delikten kürzere Verjährungsfristen (§ 852 a.F.) als bei Schadensersatzansprüchen nach allgemeinem Schuldrecht (§ 195 BGB a.F.) (Lorenz JZ 1960, 108, 109).

[20] RGZ 87, 64, 65.

[21] RGZ 87, 289, 292 f.

Noch deutlicher hob es die Art der Rechtswirkung gegenüber dem Dritten hervor, als es äußerte, dem Dritten entstehe auf der Grundlage von § 328 BGB ein Anspruch wegen Verletzung einer „Sorgfaltspflicht".[22] Gegen die Bezugnahme auf § 328 BGB erhoben sich nun freilich Einwände. Diese Vorschrift erfordere nämlich – so wurde gesagt – die Begründung von *Leistungs*ansprüchen, nämlich von Ansprüchen auf die primär geschuldete Leistung, wie sie der Dritte beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte aber nicht hat, weil ihm gegenüber lediglich eine Schutzpflichtverletzung in Rede steht.[23] Deshalb wurde die Anknüpfung an § 328 BGB aufgegeben.[24] Nunmehr wurde – unter anderem – gelehrt, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sei ein selbständiger Vertragstyp.[25] Das warf die Frage nach der Rechtsgrundlage hierfür auf. Wohl erstmals in RGZ 91, 21, 23 äußerte sich das Reichsgericht zu der Frage, auf welche Weise der Dritte in das Pflichtengefüge des Vertrags einbezogen werde. Das Gericht wollte dieser Einbeziehung eine vertragliche Grundlage geben[26] und meinte, dem Versprechensempfänger müsse die für den Versprechenden erkennbare Absicht „unterstellt" werden, beim Abschluss des Vertrags auch die Interessen des Dritten wahrzunehmen. Schon bald darauf sprach das Reichsgericht von einer „stillschweigenden Vereinbarung" über die Einbeziehung des Dritten.[27] Nun ist die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung zugunsten eines Dritten zwar ohne weiteres zulässig, soweit entsprechende eindeutige Umstände vorliegen.[28] Und das gilt aufgrund der Vertragsfreiheit auch dann, wenn dem Dritten nach dem Inhalt des Vertrags keine Leistungsansprüche zustehen.[29] Freilich ist die Annahme einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung häufig dem Einwand der Fiktion ausgesetzt.[30] Deshalb hat die Rechtsprechung schon früh zusätzlich das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung bemüht.[31] Diesem Versuch steht indes entgegen, dass ergänzende Vertragsauslegung in Wahrheit keine Auslegung einer vorhandenen Willenserklärung ist, sondern eine unzulässige Ergänzung eines Vertrags durch das Gericht.[32]

---

22 RGZ 102, 231, 232.

23 Larenz NJW 1956, 1193; NJW 1960, 78 f.; MünchKomm.BGB/Gottwald, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 328 Rn. 164.

24 BGH NJW 1959, 1676.

25 MünchKomm.BGB/Gottwald, Bd. 2 a, 4. Aufl. 2003, § 328 Rn. 100.

26 RGZ 102, 231, 232: „unmittelbarer Vertragsanspruch".

27 RGZ 98, 210, 212; 127, 218, 222.

28 Ziegler, Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter? Diss. Marburg 1978, S. 80 f., aber nur für den Fall, dass zugunsten des Dritten auch ein Primäranspruch begründet wurde.

29 BGH NJW 1984, 355; Soergel/Hadding, BGB, Anh. § 328 Rn. 4.

30 Vgl. Staudinger/Kaduk, Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 76 a.

31 RGZ 127, 218, 222; ferner BGHZ 159, 1; vgl. auch Soergel/Hadding, BGB, Anh. § 328 Rn. 6.

32 Vgl. E. Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1982, § 9 A. S. 427 ff.; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, § 37 VII. S. 158 Rn. 305; für die Haftung beim beauftragten Rating ebenso Hennrichs, in: Festschrift für W. Hadding, S. 875, 888 f.

Deshalb wird der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte heutzutage häufig als ein durch einen Vertrag angestoßenes *gesetzliches* Schuldverhältnis begriffen.[33] Da dieses Rechtsverhältnis weder im geschriebenen Recht geregelt war, noch im Wege der Auslegung aus dem Vertrag abgeleitet werden kann, war die Frage aufgeworfen, wer denn dieses gesetzliche Schuldverhältnis in Geltung gesetzt hat. Der BGH steht dieser Frage „gleichgültig" gegenüber.[34] Im Schrifttum plädierte man für richterliche Rechtsfortbildung.[35] Schließlich ging man davon aus, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sei gewohnheitsrechtlich anerkannt.[36]

Von der dogmatischen Herleitung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist die Frage zu unterscheiden, für welche Schäden gehaftet werden muss. Nachdem anfänglich Drittschutz nur zum Ersatz von Personenschäden, später auch zum Ersatz von Sachschäden gewährt worden war, dehnte man schließlich den Drittschutz auch auf den Ersatz reiner Vermögensschäden aus.[37] Diese Entwicklung ist in sich folgerichtig. Denn wenn man die Schutzwirkung für Dritte als vertraglich oder außerdeliktisch gesetzlich veranlasst begreift, führt an der Anwendung von § 280 BGB, der grundsätzlich jeden Schaden erfasst, kein Weg mehr vorbei. Gewichtet man indes, dass das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte geschaffen wurde, um Defizite des Deliktsrechts auszugleichen, bestehen gegen eine Ausweitung auf reine Vermögensschäden Bedenken. Das geschriebene Deliktsrecht des BGB enthält keineswegs eine konturenlose Generalklausel, sondern knüpft jede Schadensersatzhaftung – gleichgültig ob es um eine unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB), eine Unterlassung entgegen einer Verkehrssicherungspflicht (vgl. § 836 Abs. 1 BGB), eine Haftung wegen vermuteten Verschuldens (§ 831 BGB) oder eine Gefährdungshaftung (§ 833 S. 1 BGB) geht – stets an die Verletzung des Gegenstands eines absoluten Rechts an. Löst man diese Verbindung mit den Mitteln des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, werden die Verwerfung einer deliktsrechtlichen Generalklausel („unbestimmter Grundsatz"[38]) in Abgrenzung zu Art. 1382, 1383 code civil durch die Väter des BGB und die Begrenzung der Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht auf die Verletzung absoluter Rechte, „um

[33] MünchKomm.BGB/Gottwald, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 328 Rn. 164.
[34] BGH NJW 1977, 2073, 2074; NJW 1976, 712, 713: „bedarf keiner Vertiefung".
[35] MünchKomm.BGB/Gottwald, § 328 Rn. 167.
[36] Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl. 2014, § 33 I.2., S. 378 Rn. 6; a.A. Soergel/Hadding, BGB, Anh. § 328 Rn. 8; vgl. auch van Gelder WM 1995, 1253, 1254.
[37] BGH JZ 1966, 141, 142; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 21 I 3, S. 514.
[38] Mugdan II, S. 1267.

dadurch eine feste gesetzliche Grundlage für die richterliche Entscheidung zu schaffen",[39] wenigstens teilweise systemwidrig beseitigt.

Ob der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte infolge des zum 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine Heimat im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, ist umstritten. Manche meinen, er sei nunmehr in § 311 Abs. 3 S. 1 BGB verankert, wonach ein Schuldverhältnis mit Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB) auch zu Personen entstehen kann, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen.[40] Unbestritten ist, dass der Wortlaut der Bestimmung eine solche Auslegung zulässt.[41] Gleichwohl meinen andere, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sei weiterhin unreguliert.[42] Die Vertreter der letztgenannten Ansicht verweisen auf einen vorgeblich vorhandenen engen Zusammenhang der Vorschrift in § 311 Abs. 3 BGB mit der Regelung der culpa in contrahendo, also einem Rechtsverhältnis jenseits eines Vertrags, das zu einem Vertrag (mit Schutzwirkung für Dritte) nicht passe.[43] Wie auch immer dem sei, fest steht jedenfalls, dass das Gesetz weiterhin keine Regelung der *Voraussetzungen* einer Schutzwirkung für Dritte enthält.[44]

3. Geschichte und Dogmatik der Lehre von der culpa in contrahendo im Überblick

Gelegentlich treten Fälle auf, in denen ein Schaden verursacht wird, ohne dass es zu einem wirksamen Vertragsschluss oder überhaupt zu einem Vertragsschluss kommt. Ein Beispiel: K, der von V ein bestimmtes gebrauchtes Auto kaufen möchte, macht mit diesem Auto vorher eine Probefahrt. Unterwegs bleibt das Fahrzeug wegen eines Defekts stehen. K muss sich von einem Taxi zurück bringen lassen und hierfür 100 Euro aufwenden.[45] Für die Bewältigung der Frage, ob ein Geschädigter in dieser oder in einer ähnlichen Situation Schadensersatz verlangen kann, ist in Deutschland das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo entwickelt worden.

---

39 Mugdan II, S. 405, 1267.
40 Canaris JZ 2001, 499, 520; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 33 I.2., S. 378 Rn. 6.
41 Staudinger/Jagmann, BGB, § 328 Rn. 92.
42 Staudinger/Jagmann, BGB, § 328 Rn. 92.
43 Soergel/Hadding, BGB, Anh. § 328 Rn. 5.
44 Staudinger/Jagmann, BGB, § 328 Rn. 92.
45 Beispiel aus Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 5, S. 63 Rn. 1.

Der Anfang der Lehre von der culpa in contrahendo ist für alle Zeiten mit dem Namen Rudolf von Jhering (1818 – 1892) verbunden,[46] bei dem es eine interessante Verbindung mit Brasilien gibt, weil sein ältester Sohn Hermann von Jhering (1850 – 1930) vierzig Jahre – von 1880 bis 1920 – in Brasilien gelebt hat und der Gründer und erste Direktor des Museu Paulista in São Paulo gewesen ist. Über Rudolf von Jhering wird gesagt, that „he animated the dry bones of Roman law".[47] Mit seinem Aufsatz "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen",[48] den er im Jahre 1861 während seiner Lehrtätigkeit an der Universität Gießen geschrieben hat, hat er eine Entwicklung angestoßen, die bis heute nicht abgeschlossen ist. Ansatzpunkt für seine Theorie, es könne eine „Contractsklage auf Schadensersatz" („Schaden, … den der Abschluss des Contracts … verursacht hat", „negatives Vertragsinteresse") wegen „culpa begangen bei Gelegenheit eines intendirten Contractverhältnisses" („culpa in contrahendo") geben, war die Bestimmung des seinerzeit in Deutschland subsidiär geltenden römischen (gemeinen) Rechts in Dig. 18.4.8 und 9.[49] Hiernach kann der Käufer einer Erbschaft, die nicht existiert, etwa weil der Erblasser noch lebt,[50] nicht nur den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen, sondern auch das Interesse fordern. Freilich gab es dabei eine Schwierigkeit. Denn nach der allgemeinen Rechtsregel in Dig. 50.17.185 konnte etwas Unmögliches nicht Gegenstand einer Obligation sein. Und ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag war nichtig (Dig. 18.1.15 pr.; Inst. 3.19.1).[51] Wie aber konnte, so fragte v. Jhering, aus einem nichtigen Kontrakt ein Anspruch auf Schadensersatz entstehen?[52] v. Jhering behalf sich damit, dass er die Nichtigkeit nur auf den „praktischen Hauptzweck des Vertrages", nämlich auf die „Verbindlichkeit auf Erfüllung" bezog. Deshalb könne der Vertrag im Übrigen wirksam „Nebenwirkungen" haben, nämlich „unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz".[53] Diese Nebenwirkungen führte er auf eine im Kontrahieren liegende Versicherung des Versprechenden zurück, in der Lage zu sein, diesen Vertrag wirksam abzuschließen.[54]

---

46 Besonders hübsch Kindereit, Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf – Rudolf von Jhering und die „culpa in contrahendo", in: Th. Hoeren (Hrsg.), Zivilrechtliche Entdecker, 2001, S. 73 ff.

47 Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/rudolf_von_jhering (12.5.2014).

48 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher [Jher.Jb.]), 4. Bd. 1861, S. 1 ff.

49 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 3, 7, 15, 16, 19, 27.

50 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 10.

51 Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. 1971, § 115, S. 489.

52 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 29; außerrechtsgeschäftliche Entstehungstatbestände für den Anspruch gemäß Dig. 18.4.9 hatte er zuvor ausgeschieden (S. 23 ff.).

53 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 29 f., 32.

54 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 43.

Die für jede Schadensersatzhaftung erforderliche culpa (Verschulden) des Versprechenden sah er darin, dass jener den Vertrag geschlossen habe, ohne sich seiner Sache sicher zu sein.[55] Diese culpa lieferte ihm die Grundlage für die Findung eines allgemeinen Prinzips, also für die Ausdehnung einer Haftung für culpa in contrahendo über die spärlichen Einzelfälle der Digesten hinaus. Für diese Ausdehnung formulierte er indes Grenzen. Haften wegen culpa sollte der Versprechende nur dann, wenn der andere Teil eine Offerte *akzeptiert* hatte,[56] wenn es also zu einem, sei es auch zu einem unwirksamen Vertragsschluss gekommen war. Deshalb konnte ein bloßer schlechter Rat, eine falsche Empfehlung oder andere Äußerungen in außerkontraktlichen Verhältnissen keine Haftung aus culpa in contrahendo auslösen.[57] Selbst eine noch nicht angenommene Offerte sollte diese Haftung nicht bewirken können.[58] Die vorgenannten schlechten Ratschläge wurden in das Reich der dolus-Haftung, vornehmlich der deliktischen Haftung verwiesen, wo sie indes nicht zu einem Schadensersatzanspruch führen. Denn „die act. de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick!“[59]

Zur Stützung seiner These, es gebe einen allgemeinen Grundsatz der culpa in contrahendo, verwies v. Jhering auf eine in den im Bereich des Deutschen Bundes vorrangig vor dem Gemeinen Recht geltenden Kodifikationen der Mitgliedstaaten vereinzelt auftretende Haftung für culpa bei unwirksamen Verträgen. In I 5 § 284 des Allgemeinen Landrechts (ALR) für die preußischen Staaten aus dem Jahre 1794 fand er nicht nur eine Bestätigung der von ihm anhand des Gemeinen Rechts entwickelten These in allgemeiner Form („Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat“). Vielmehr boten ihm diese Gesetzesbücher auch eine gesetzliche Grundlage, seine Lehre über den aus dem römischen Recht bekannten Fall des Kontrahierens über eine anfänglich unmögliche Leistung hinaus, der auch in § 878 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Jahre 1812 wiederkehrt, auf weitere Fallgruppen auszudehnen. Aus ALR I 5 § 33 glaubte er, die Haftung eines Geschäftsunfähigen, der einen anderen zum Abschluss eines Vertrags verleitet hatte, wegen culpa ablesen zu können. In ALR I 5 § 105 fand er eine culpa-Haftung bei nicht rechtzeitiger

[55] v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 34, 40.
[56] v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 43.
[57] v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 12, 42.
[58] v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 43.
[59] v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 15.

Anzeige der Rücknahme einer Offerte. In ALR I 4 § 79 erkannte er eine Schadensersatzhaftung des Erklärenden bei Unwirksamkeit einer Offerte wegen Irrtums (ALR I 4 §§ 75 – 78). Diese Fallgruppen übernahm v. Jhering in seine Lehre und erweiterte sie unter Hinweis auf Art. 54 des Nürnberger Handelsgesetzentwurfs um die Haftung des vollmachtlosen Vertreters.[60]

Die von v. Jhering begründete Lehre von der culpa in contrahendo verbreitete sich rasch. Schon im Jahre 1875 verurteilte das Reichsoberhandelsgericht den Verkäufer einer nicht existierenden Forderung – an erster Stelle unter Berufung auf „Jhering, a.a.O., S. 16, 32, 36, 39 (culpa in contrah.)“ – zum Ersatz des negativen Interesses.[61] Die von v. Jhering aufgestellten Grundsätze über die culpa in contrahendo gewannen erheblich an Gewicht, als sie gegen die seinerzeit herrschende Lehre vom römischen Recht auch von dem größten Pandektisten der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Bernhard Windscheid, übernommen wurden.[62] Dieser Umstand hat auch ihre Aufnahme in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch befördert. Windscheid war nämlich als prominentester Vertreter der Rechtswissenschaft in der 1. Kommission für die Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs an der Schaffung des 1. Entwurfs des BGB maßgeblich beteiligt.[63]

Den Verfassern des BGB ging es nicht darum, das Zivilrecht völlig neu zu fassen. Vielmehr wollten sie lediglich das von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung geformte gemeine Recht in eine systematische Ordnung bringen. Deshalb beließen sie es bei der Regelung der culpa in contrahendo bei den von v. Jhering aufgelisteten Kernfällen. Sie bestimmten eine Haftung auf das negative Interesse bei der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums[64] (§ 122 BGB) und bei einem wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtigen Vertrag (§ 307 BGB).[65] Beim vollmachtlosen Vertreterhandeln wurde eine Haftung aus culpa in contrahendo auf das negative Interesse erwogen, dann aber[66] eine Haftung des falsus procurator auf Erfüllung oder auf das positive Interesse angeordnet (§ 179 BGB), weil

---

60 v. Jhering, Jher.Jb. 4. Bd. 1861, S. 53 f. mit Fn. 56, S. 90.
61 ROHG XVI, 143, 150.
62 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 1. Aufl. 1865, § 315 S. 183 Fn. 7.
63 Zur Entstehungsgeschichte des BGB vgl. Peter Walter Ashton, A HISTÓRIA DA ELABORAÇÃO DO BGB ALEMÃO, Revista da Faculdade de Direito, UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, Vol. 31 Novembro 2013, 223 ff.
64 Und bei Nichtigkeit der Willenserklärung bei mangelnder Ernstlichkeit gemäß § 118 BGB.
65 Sowie bei einem Verstoß eines Vertrags gegen ein gesetzliches Verbot (§ 309 BGB a.F.).
66 In Anlehnung an Art. 55 ADHGB.

andernfalls dem Interesse des Rechtsverkehrs nicht genügend Rechnung getragen werde.[67] Dabei nahm aber nun der Gesetzgeber eine bedeutsame Weichenstellung vor. In den Gesetzesmaterialien wird nämlich ausgeführt, nicht entschieden habe der Gesetzgeber bei § 345 1. Entw. (= § 307 BGB a.F.) und an anderen Orten die Frage, ob die Haftung für das negative Interesse eine Haftung aus Delikt oder wegen rechtsgeschäftlicher Pflichten sei. Vielmehr glaubte man, die Beantwortung dieser Frage Wissenschaft und Rechtspraxis überlassen zu können.[68] Zwar wollten die Gesetzesverfasser ganz im Sinne v. Jherings einer Ausuferung vorvertraglicher Haftung entgegenwirken, indem sie in § 676 BGB a.F. bestimmten, wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteile, sei unbeschadet einer sich aus einem Vertrag oder einem Delikt ergebenden Verantwortlichkeit zum Ersatz des aus der Befolgung des Rats oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.[69] Gleichwohl haben sie mit der zitierten Äußerung zu § 345 1. Entw. den Boden dafür bereitet, die dogmatische Grundlegung der culpa in contrahendo in dem – unwirksamen – Vertrag durch v. Jhering zu überwinden.[70] Das führte am Ende zu einer erheblichen Ausweitung dieses Tatbestands. Dieser Ausweitung lagen wechselnde dogmatische Konzepte zugrunde.

Eine erste, bis etwa 1910 dauernde Phase ist weitgehend gekennzeichnet durch eine buchstabengetreue Anwendung des am 1.1.1900 in Kraft getretenen BGB. Dementsprechend enthielt sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zunächst jeglicher Experimente im Bereich der culpa in contrahendo. Unter Verweis auf das Fehlen eines der Vorschrift in ALR I 5 § 284 vergleichbaren allgemeinen Tatbestands einer Haftung beim Vertragsschluss im BGB und darauf, dass § 307 BGB a.F. eine Sondervorschrift bilde,[71] verwarf das Reichsgericht eine Gleichstellung der culpa in contrahendo mit dem Verschulden bei der Erfüllung eines Vertrags.[72] Vielmehr komme allenfalls eine Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung in Betracht, wenngleich eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB regelmäßig ausscheide, weil diese Vorschrift nicht das Vermögen schütze.[73] Der Eindruck, in Fällen dieser Art schütze das Deliktsrecht den Geschädigten zu wenig,[74] veranlasste dann aber

---

67 Mugdan I S. 487. Eine Haftung eines Minderjährigen, der falsche Angaben über seine Geschäftsfähigkeit gemacht hatte (vgl. ALR I 5 § 33), gegebenenfalls sogar auf Erfüllung oder vollen Schadensersatz (so § 26 Dresd. Entw.), verwarfen die Väter des BGB, weil sie meinten, diese Angaben könnten nicht das wegen der mangelnden Geschäftsfähigkeit in seiner Wirksamkeit bedingte Rechtsgeschäft zu einem unbedingt wirksamen machen (Mugdan I S. 429).

68 Mugdan II, S. 98; Mugdan I, S. 460; MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 37.

69 Mugdan I, S. 310, 959 f.

70 MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 38: „Einladung zur Rechtsfortbildung“.

71 Dieser Hinweis bedeutet der Sache nach die Verwerfung einer Analogie.

72 RG JW 1908, 657.

73 RG JW 1909, 684; LZ 1910, 80, 81.

74 RGZ 65, 17, 19; 95, 58, 60.

die Rechtsprechung, von ihrer restriktiven Position abzurücken.[75] Einen ersten gedanklichen Schritt in das Vorfeld des Vertragsschlusses tat das Gericht – gestützt auf den Rechtsgedanken in § 463 S. 2 BGB – mit der Auffassung, ein später wirksam abgeschlossener Vertrag könne im Wege einer Art Vorwirkung schon vor seinem Abschluss auch jenseits der ausdrücklich gesetzlich geregelten Fälle eine vertragliche Haftung wegen Verschuldens begründen.[76] Freilich war dieser Ansatz nicht weiterführend, weil eine Verletzung von Pflichten, die aus einem erst später abzuschließenden Vertrag entstehen, bereits vor dem Abschluss dieses Vertrags ein Ding logischer Unmöglichkeit ist.[77] Einige Zeit später wurde dann die Anbindung an einen schließlich wirksam abgeschlossenen Vertrag aufgegeben. Schon vor dem Abschluss eines Vertrags könnten – so wurde gesagt – Sorgfaltspflichten entstehen, deren Nichterfüllung Schadensersatz auslöse, gleichgültig ob der Vertrag später zustandekomme oder nicht.[78] Wenn nicht dieser Vertrag, was aber dann war der Entstehungsgrund dieser Pflichten?

Anfangs behalf sich das Reichsgericht mit einem stillschweigend vereinbarten Vertrag, der den Abschluss des eigentlich beabsichtigten Vertrags vorbereiten sollte.[79] Selbstredend ist eine solche stillschweigende Vereinbarung, die speziell auf das Stadium vertragsvorbereitender Kontakte zugeschnitten ist, ohne weiteres ebenso möglich wie entsprechende ausdrückliche Abmachungen,[80] etwa als letter of intent oder als memorandum of understanding. Dem freilich zu Recht erhobenen Vorwurf, ein solcher vorbereitender Vertrag sei regelmäßig eine reine Fiktion,[81] begegnete die Rechtsprechung später mit einer Ablösung der culpa in contrahendo von Kategorien des Vertrags. Eingeleitet wurde diese Ablösung durch die Feststellung, die culpa in contrahendo sei „vertragsähnlich“,[82] denn ein lediglich vertragsähnliches Rechtsverhältnis ist eben *kein* vertragliches Verhältnis. In RGZ 107, 357, 362 berief sich das Reichsgericht auf einen den §§ 179, 307, 309, 694 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken, der – weil er für den Geschäftsverkehr unentbehrlich sei – auch auf andere Konstellationen anzuwenden sei, die den gesetzlich geregelten Fällen rechtsähnlich seien. In RGZ 120, 126, 133 sprach es dann methodisch deutlich von einer

---

75 MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 38 mit Fn. 111.
76 RGZ 95, 58, 60; MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 38.
77 Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 8 I 4., S. 176.
78 RGZ 107, 357, 362; MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 38 Fn. 112.
79 RGZ 65, 17, 19; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 8 I 4., S. 176.
80 Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 1978, § 9 J., S. 509 ff.; van Gelder WM 1995, 1253, 1254.
81 Stoll LZ 1923, 543.
82 RGZ 78, 239, 240: „ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis …, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt“; MünchKomm.BGB/Emmerich, § 311 Rn. 38 mit Fn. 112. Vgl. auch die Überschrift von § 311 (Abs. 2, 3) BGB: „rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse“.

Rechtsanalogie. Hiergegen sprach indes, dass die im Zusammenhang mit der vorvertraglichen Haftung gewöhnlich genannten gesetzlichen Bestimmungen (§§ 122, 179, 307 BGB a.F.)[83] so vereinzelt und von ihren Ausprägungen so verschieden sind,[84] dass eine Gesamtanalogie ausscheidet.[85] Die Lösung von Kategorien des Vertrags war vollendet, als schließlich der Bundesgerichtshof die culpa in contrahendo als ein in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenes *gesetzliches* Schuldverhältnis beschrieb.[86] Wer aber, wenn nicht der Gesetzgeber dieses gesetzliche Rechtsverhältnis geschaffen haben sollte, verriet der BGH nicht. Später sprach man von der culpa in contrahendo als einem Produkt richterlicher Rechtsfortbildung.[87] Zu dieser Zeit war das vorvertragliche Schuldverhältnis nun schon seit Jahrzehnten, wenngleich mit unterschiedlicher dogmatischer Fundierung, zunehmend allseits anerkannt. Deshalb ordnete es der BGH fast genau hundert Jahre, nachdem es das erste Mal in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts aufgetaucht war, dem Gewohnheitsrecht zu.[88]

Als dann im Jahre 2001 das Schuldrecht des BGB umfassend überarbeitet wurde, nahm man auch eine allgemein gefasste Vorschrift über die culpa in contrahendo in die Kodifikation auf. Nach § 311 Abs. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB) auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, durch die Anbahnung eines Vertrags oder durch ähnliche geschäftliche Kontakte. Dieses Rechtsinstitut ist grundsätzlich geeignet, eine nicht deliktische Haftung auch für ungefragt erteilte fehlerhafte Ratschläge oder ohne entsprechenden Auftrag abgegebene mangelbehaftete Bewertungen auszulösen. Während einer solchen Haftung ursprünglich § 676 BGB a.F. entgegenstand, wonach eine Haftung für solche Äußerungen nur auf vertraglicher oder deliktischer Grundlage möglich war, versperrt § 675 Abs. 2 BGB n.F. eine Haftung außerhalb von Vertrag und Delikt nicht mehr, weil die im Jahre 1999[89] von § 676 BGB a.F. zu § 675 Abs. 2 BGB n.F. verschobene Bestimmung nunmehr eine Haftung für Rat oder Empfehlung auch wegen einer sich aus einer „sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit“ erlaubt. Bei dieser Änderung war zwar insbesondere an die zwischenzeitlich eingeführte – nichtdeliktische – wertpapierhandelsrechtliche

---

83 Vgl. nur Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 5 I, S. 378.
84 § 122 BGB: Verschuldensunabhängige Haftung; § 179 Abs. 1 BGB: Haftung auf das Erfüllungsinteresse.
85 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allg. Teil, 14. Aufl., 1987, § 9 I, S. 107; Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. T., § 9 J., S. 513.
86 BGHZ 6, 330, 333.
87 Larenz, Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildung, 1965, S. 5 f., 13.
88 BGH NJW 1979, 1983.
89 BGBl. I, 1642.

Informationshaftung[90] gedacht.[91] „Sonstige gesetzliche Bestimmung“ ist indes mittlerweile auch die im Jahre 2002 ins BGB eingefügte Vorschrift in § 311 Abs. 2, 3 BGB über die culpa in contrahendo.[92]

Bemerkenswert ist, dass seinerzeit die Haftung auf das negative Interesse bei anfänglicher Unmöglichkeit (§ 307 BGB a.F.), also die römischrechtliche Keimzelle der Lehre v. Jherings von der culpa in contrahendo gestrichen und durch eine vertragliche Haftung auf das Erfüllungsinteresse ersetzt worden ist (§ 311 a BGB).

3. Expertenhaftung

In den letzten Jahrzehnten gibt es in der Rechtsprechung Tendenzen, den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und die culpa in contrahendo als Instrumente zur Begründung einer außerdeliktischen Expertenhaftung zu nutzen. Eine der Haftung von Ratingagenturen verwandte Fallgestaltung aus dem Formenkreis des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist die Haftung eines Sachverständigen für Fehler bei der Bewertung eines Grundstücks, wenn das von dem Verkäufer in Auftrag gegebene Gutachten für den Sachverständigen erkennbar dem Käufer oder einem Kreditgeber gegenüber Verwendung finden soll.[93] Hierher gehört ferner die Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber einem Kreditinstitut, das einem Bankkunden aufgrund einer von dem Kunden beauftragten Auskunft des Wirtschaftsprüfers über die Bonität des Kunden einen Kredit gewährt.[94] Einen Fall der auf den Grundsätzen der culpa in contrahendo beruhenden ungeschriebenen allgemeinen bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung bildet es, wenn eine bekannte Persönlichkeit, die besondere Fachkunde für sich in Anspruch nimmt, in einem Prospekt fehlerhafte Angaben über eine Kapitalanlage macht.[95]

4. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und culpa in contrahendo bei fehlerhaften Ratings

---

[90] Und nur insoweit hat die Neufassung deklaratorische Bedeutung, zu eng MünchKomm.BGB/Heermann, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 675 Rn. 112 f.
[91] BT-Drucks. 14/745, S. 15; Erman/Berger, BGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 675 Rn. 150.
[92] Bamberger/Roth/Fischer, BeckOK BGB (Stand: 1.11.2013), § 675 Rn. 91.
[93] BGHZ 159, 1 ff.
[94] BGH JZ 1986, 1111.
[95] BGH NJW 2012, 758.

Fragt man nun, ob ein Anleger wegen eines mangelhaften Ratings Schadensersatzansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder aus culpa in contrahendo gegen die betreffende Ratingagentur geltend machen kann, sind zwei Konstellationen, das beauftragte („solicited rating“) und das unbeauftragte Rating („unsolicited rating“), zu unterscheiden. Im erstgenannten Fall besteht ein auf Erstellung eines Ratings gerichteter (Werk-)Vertrag zwischen der Ratingagentur und dem Emittenten. Ob ein solcher Vertrag Schutzwirkung zugunsten von Anlegern entfalten kann, die Schuldverschreibungen dieses Emittenten erwerben oder verkaufen, ist im deutschen Schrifttum umstritten. Nach der Rechtsprechung des BGH gibt es für eine solche Schutzwirkung im Allgemeinen vier Voraussetzungen: Es muss erstens der Dritte bestimmungsgemäß den Gefahren des Schuldverhältnisses ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger (Leistungsnähe des Dritten). Zweitens muss der Gläubiger ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten haben (Einbeziehungsinteresse). Drittens muss der Schuldner Leistungsnähe und Schutzinteresse bei Entstehung des Schuldverhältnisses erkennen können. Und es darf der Dritte selbst viertens keinen Anspruch vergleichbaren Inhalts haben.[96] Was nun die Haftung der Ratingagentur gegenüber dem Anleger angeht, ist man sich zunächst weitgehend einig, dass der Anleger nach dem Inhalt des Ratingvertrags, also bestimmungsgemäß mit der Leistung, der Erstellung des Ratings, in Berührung kommt, die zu erbringen die Ratingagentur dem Emittenten verspricht. Denn das Rating soll dem Investor – das ist der Hauptzweck des Ratingvertrags – eine Entscheidungshilfe bezüglich der Wertpapiere dieses Emittenten bieten. Auch ein Einbeziehungsinteresse seitens des Emittenten lässt sich ohne weiteres bejahen, weil ihn Schutzpflichten gegenüber den Anlegern treffen, das Ausfallrisiko der Anleihe möglichst realistisch darzustellen.[97] Streit besteht demgegenüber bezüglich der Frage, ob der Ratingagentur beim Emissionsrating erkennbar ist, welche potentiellen Anspruchsgegner gläubiger- bzw. leistungsnah sind. Manche zweifeln hieran, weil der Kreis der Anleger nicht auf die Ersterwerber der Emission begrenzt ist, sondern auch Anleger auf dem Sekundärmarkt mit einschließt.[98] Andere stellen für die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises darauf ab, den Agenturen sei bewusst, dass der Verwendungszweck ihrer Ratings auf die

[96] Vgl. den Überblick bei Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 33 II., S. 378 ff. m.w.N. Die von Walker dort (S. 381) geäußerte, auch vom BGH (BGHZ 56, 269, 271) geteilte Auffassung, ein deliktischer Anspruch des Dritten gegen den Schädiger reiche nicht aus, beruht auf den früher geltenden kürzeren Verjährungsfristen bei Delikten (§ 852 BGB a.F.). Nach der Angleichung der Verjährungsfristen durch die Schuldrechtsreform 2002 ist diese Ansicht überholt (Pinger/Behme JuS 2008, 675, 677).

[97] Forschner, Jura Studium & Examen 2012, 5, 18.

[98] Vgl. Rosset, Haftung von Ratingagenturen, 2013, S. 33.

Bekanntgabe gegenüber Anlegern abziele.[99] Eine klärende höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage gibt es noch nicht.

Ist ein Rating von Emittenten nicht beauftragt („unsolicited rating"), scheiden mangels einer vertraglichen Verbindung zwischen der Agentur und dem Emittenten Schadensersatzansprüche der Anleger auf der Grundlage eines Vertrags zugunsten Dritter von vorneherein aus. Deshalb ist zu fragen, ob eine Haftung auf der Grundlage desjenigen Rechtsverhältnisses, nämlich der culpa in contrahendo, in Betracht kommt, das schon im *Vorfeld* von Verträgen zum Tragen kommen kann. Zu denken ist hierbei an die Phase der Entscheidungsfindung eines Investors vor dem Erwerb von Anleihen des Emittenten. Stellt er dabei auf ein Rating dieser Anleihen ab, ist im Ausgangspunkt der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo eröffnet. Denn dieses Schuldverhältnis kann, wie bereits beschrieben worden ist, auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen (§ 311 Abs. 3 S. 1 BGB). Insbesondere kann dabei ein Dritter schadensersatzpflichtig werden, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch den Vertragsschluss wesentlich beeinflusst (§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB). Manche wollen die Vorschrift in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB auf das unsolicited rating ohne weiteres anwenden. Der Anleger vertraue darauf – so wird gesagt –, dass der Fachmann (die Ratingagentur) eine unabhängige sachkundige Stellungnahme abgebe.[100] Demgegenüber macht sich bei anderen Unbehagen darüber breit, dass die Anwendung jener Bestimmung die Ratingagentur mit unübersehbaren Drittschäden belaste.[101] Deshalb wird hervorgehoben, da die Ratings keine Anlageempfehlungen, sondern lediglich Meinungsäußerungen über das Ausfallrisiko der bewerteten Wertpapiere seien, fehle es an einer nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB aber erforderlichen „erheblichen Beeinflussung" des Vertragsschlusses.[102] Auch diese Streitfrage hat die Rechtsprechung noch nicht entschieden.

V. Haftung der Ratingagenturen nach europäischem Recht

Die Schwierigkeiten,[103] in den Gesetzen der Mitgliedstaaten der EU eine geeignete Grundlage für eine Haftung gegenüber den Anlegern zu finden, haben den europäischen Gesetzgeber im

[99] Haar NZG 2010, 1281, 1283.
[100] Rosset, Haftung von Ratingagenturen, S. 35; Wojcik NJW 2013, 2385, 2386 f.
[101] Hennrichs, in: Festschrift für W. Hadding, S. 875, 890.
[102] Förschner, Jura Studium & Examen, 2012, 5, 17.
[103] So auch Haar ZBB 2009, 177, 184 zum deutschen Recht.

Mai 2013 veranlasst, europaweit eine Haftung der Ratingagenturen gegenüber Anlegern für mangelhafte Ratings anzuordnen.[104] Dabei bestand nun aber für den Gesetzgeber ein Problem. Nicht jede Bewertung der Bonität eines Schuldners, die sich im Nachhinein als zu optimistisch oder zu pessimistisch erweist, ist fehlerhaft. Deshalb musste der europäische Gesetzgeber festlegen, welches Fehlverhalten von Ratingagenturen zu einer Haftung führt. Hierfür verweist der Tatbestand in Art. 35 a der Ratingverordnung, der die Haftung der Ratingagenturen begründet, auf ein umfangreiches Verzeichnis (Anhang III), in dem im einzelnen aufgelistet ist, wann ein Fehlverhalten anzunehmen ist. Hierzu zählt es beispielsweise, wenn es die Ratingagentur unterlässt, Interessenkonflikte zu beseitigen, oder wenn sie nicht sicherstellt, dass die von ihr abgegebenen Ratings auf einer gründlichen Analyse aller ihr zur Verfügung stehenden Informationen beruhen. Allerdings führt ein solcher Verstoß nur dann zu einer Haftung, wenn die Ratingagentur vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Dieser Verschuldensmaßstab erschien dem Gesetzgeber angemessen, weil ein Rating die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Faktoren zum Inhalt hat und weil die Anwendung verschiedener Bewertungsmethoden zu unterschiedlichen Ratings führen mag, von denen keines als falsch angesehen werden kann.[105] Ferner haftet die Ratingagentur nur dann, wenn sich das Fehlverhalten auch auf das Rating ausgewirkt hat.[106] Zudem muss ein Anleger nachweisen, dass er sich bei seiner Investitionsentscheidung mit gebührender Sorgfalt auf dieses Rating verlassen hat (Art. 35 a Abs. 1 Rating-VO). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass insbesondere kleinere Anleger häufig nicht in der Lage sind, die von einer Ratingagentur abgegebenen Ratings kritisch zu überprüfen.[107] Außerdem muss der Investor genaue und detaillierte Informationen über das Fehlverhalten der Ratingagentur vorlegen (Art. 35 a Abs. 2 Rating-VO). Freilich muss das Gericht gewichten, dass der Anleger möglicherweise keinen Zugang zu Informationen hat, die ausschließlich in der Sphäre der Ratingagentur liegen.[108] Durch alle diese Einschränkungen wird die europarechtliche Haftung der Ratingagenturen nicht unerheblich eingegrenzt.[109] Das führt indes keineswegs zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Anleger. Denn die Rating-Verordnung erlaubt den Mitgliedstaaten der EU, nationale Regelungen über die zivilrechtliche Haftung beizubehalten, die günstiger für die Anleger sind (Art. 35 a Abs. 5 Rating-VO).[110]

---

[104] Wojcik NJW 2013, 2385, 2388; Dutta WM 2013, 1729; Witte/Henke DB 2013, 2257; Haar DB 2013, 2489.
[105] Erwägungsgrund 33 der VO (EU) 426/2013.
[106] Das Fehlverhalten muss also das Ergebnis des Ratings verändert haben (Wojcik NJW 2013, 2385, 2387).
[107] Erwägungsgrund 36 der VO (EU) 426/2013.
[108] Erwägungsgrund 34 der VO (EU) 426/2013.
[109] Vgl. Wojcik NJW 2013, 2385, 2388.
[110] Erwägungsgrund 35 der VO (EU) 426/2013.

VI. Schlussstatement

Die im Mai 2013 überarbeitete Ratingverordnung hat die Haftung der Ratingagenturen erstmals und zwar europaweit auf eine rechtssichere Grundlage gestellt. Dabei hat der europäische Gesetzgeber Augenmaß bewiesen, als er die Haftung einer Ratingagentur gegenüber einem Anleger an hohe Anforderungen geknüpft hat. Zu Recht hat er dabei gewichtet, dass die der Effizienz der Kapitalmärkte dienende Funktion der Ratingagenturen als Informationsintermediäre nicht durch allzu scharfe Haftungstatbestände übermäßig beeinträchtigt werden sollte.