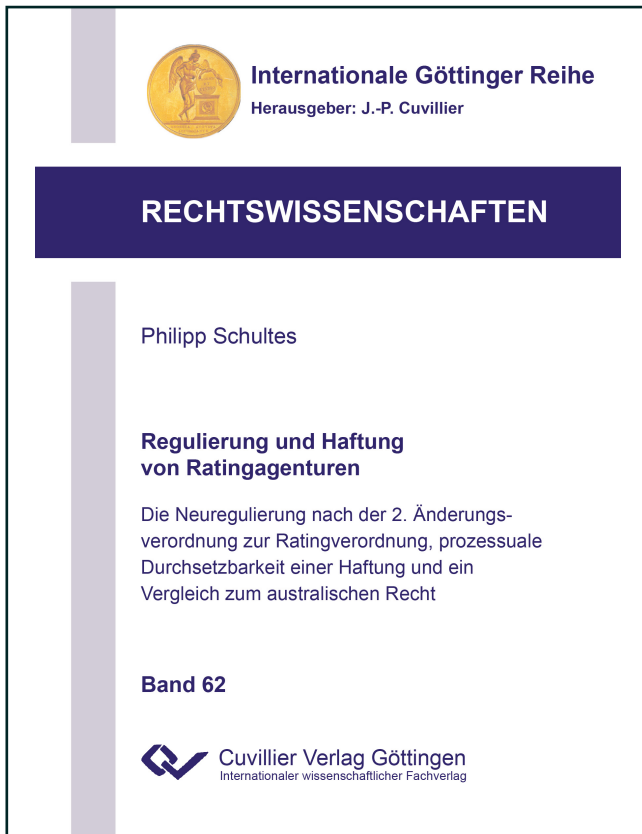




Philipp Schultes (Autor)

## **Regulierung und Haftung von Ratingagenturen**

Die Neuregulierung nach der 2. Änderungsverordnung zur Ratingverordnung, prozessuale Durchsetzbarkeit einer Haftung und ein Vergleich zum australischen Recht



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/6976>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV
<b>Teil 1 Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 2 Regulierung von Ratingagenturen .....</b>	<b>5</b>
§ 1 Grundlegendes zu Ratingagenturen.....	6
A. Grundlagen des Ratingverfahrens .....	6
I.    Interne und externe Ratings .....	6
II.   Bonitätseinstufung auf Basis der Ratingkomponenten.....	7
III.  Beauftragte und unbeauftragte Ratings .....	9
B. Die Rolle der Ratingagenturen auf den internationalen Kapitalmärkten .....	12
I.    Das Ratingverfahren aus Emittentensicht.....	12
1.    Senkung der Finanzierungsmarge .....	12
2.    Faktische Zugangsvoraussetzung zum Kapitalmarkt/Erweiterung des Investorenkreises.....	13
3.    Einhaltung eines Zielratings .....	14
II.   Das Ratingverfahren aus Investorensicht .....	15
C. Der Ratingmarkt.....	16
I.    Das Oligopol.....	16
II.   Gründe für das Oligopol .....	17
1.    Marktzutrittsschranken .....	17
2.    Netzwerkeffekte und <i>Lock-in</i> -Effekte .....	18
§ 2 Ratingagenturen im Blickpunkt des bisherigen Rechts.....	20
A. Die Frage nach dem Ob einer Regulierung.....	21
B. Argumente für eine Regulierung.....	23
I.    Kein ausreichendes Haftungsinstitut .....	23
II.   Oligopolistische Stellung und fehlende Transparenz .....	24
III.  Interessenskonflikte .....	25

IV. Übermäßiger Rückgriff auf Ratings .....	26
C. Übersicht über die Regelwerke zur Regulierung von Ratingagenturen .....	27
D. IOSCO Code of Conduct und Code of Conduct Fundamentals.....	29
E. BASEL II in Verbindung mit §§ 52ff alte Fassung SolvV .....	34
F. Die Ratingverordnung .....	36
I. Allgemeines .....	36
II. Unabhängigkeit und Vermeidung von Interessenskonflikten .....	37
1. Unabhängigkeit und Vermeidung von Interessenskonflikten in Bezug auf die Agenturen .....	38
2. Unabhängigkeit und Vermeidung von Interessenskonflikten in Bezug auf Mitarbeiter und Analysten.....	38
a) Allgemeines.....	38
b) Insbesondere internes Rotationsprinzip .....	39
III. Transparenz.....	39
IV. Beaufsichtigung und Registrierung .....	41
V. Sanktionen .....	43
VI. Sonstiges .....	43
VII. Haftung .....	43
VIII. Kritik an der Ratingverordnung.....	43
G. Die 1. Änderungsverordnung zur Ratingverordnung, die ESMA VO und die technischen Regulierungsstandards.....	47
I. Die CRA II VO .....	47
1. Allgemeines .....	47
2. Die einzelnen Neuregelungen.....	48
a) Registrierung .....	48
b) Überwachung .....	49
c) Aufsichtsmaßnahmen.....	50
d) Sanktionen in Form von Geldbußen und Zwangsgeldern.....	51
aa) Geldbußen.....	51
bb) Zwangsgelder.....	52
cc) Verfahren .....	52
e) Sonstiges .....	52
aa) Nationale Behörden .....	52

bb) Weitere Vorschriften.....	53
II. Technische Regulierungsstandards.....	53
H. Defizite nach der zweiten Änderungsverordnung.....	55
§ 3 Die 2. Änderungsverordnung: Der Weg vom Kommissionsvorschlag bis hin zur finalen Version.....	58
A. Gang des Gesetzgebungsverfahrens.....	60
B. Änderungen in Bezug auf die Unabhängigkeit der Ratingagenturen .....	61
I. Verschärfung des Rotationsprinzips.....	61
1. Vorgeschlagene Regelung.....	61
2. Kritiken und Stellungnahmen zum Kommissionsvorschlag .....	65
a) Stichwort Wettbewerb.....	65
b) Stichwort Qualitätsverlust.....	67
c) Stichwort Verhinderung von Gefälligkeitsratings/Förderung unbeauftragter Ratings? .....	70
d) Stichwort vertragliche Bindungen.....	71
e) Stichwort Folgenbetrachtung und Kapitalbeschaffung im Übrigen .....	71
3. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	72
4. Finale Fassung der CRA III VO .....	73
II. Allgemeine Beteiligungsregeln und Beteiligungsregeln in Zusammenhang mit der Abgabe von Ratings.....	76
1. Vorgeschlagene Regelung.....	76
a) Allgemeine Beteiligungsregeln.....	76
b) Beteiligungsregeln in Zusammenhang mit der Abgabe von Ratings .....	77
2. Kritiken und Stellungnahmen zu dem Kommissionsvorschlag .....	78
3. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	79
4. Finale Fassung der CRA III VO .....	79
III. Zusammenfassende Würdigung.....	80
C. Änderungen in Bezug auf Ratingoutlooks/Ratingausblicke .....	84
D. Änderungen in Bezug auf Transparenzanforderungen und Offenlegungspflichten.....	86
I. Vorgeschlagene Regelung .....	86

1.	Änderungen in Bezug auf die Offenlegung von Informationen über Methoden der Ratingagenturen, Ratings und Ratingoutlooks/Ratingausblicke, u.a.....	86
a)	Änderung von Ratingmethoden .....	86
b)	Fehler in den Ratingmethoden .....	87
c)	Transparenz in Hinblick auf strukturierte Finanzmarktprodukte.....	88
d)	Weitere allgemeine Offenlegungspflichten .....	88
2.	Änderungen in Bezug auf die Vergleichbarkeit von Ratings und Ratinggebühren.....	89
a)	Ratinggebühren .....	90
b)	Europäischer Ratingindex .....	91
II.	Kritiken und Stellungnahmen zu dem Vorschlag.....	92
1.	Positive Stimmen.....	92
a)	Zu den Änderungen in Bezug auf die Offenlegung von Änderungen von Ratingmethoden und in Bezug auf die Offenlegung von Fehlern in Ratingmethoden .....	92
b)	Zu den Änderungen in Bezug auf weitere Offenlegungspflichten .....	93
c)	Zu den Änderungen in Bezug auf die Ratinggebühren.....	94
2.	Negative Stimmen .....	94
a)	Zu den Änderungen in Bezug auf die Offenlegung von Informationen über Methoden der Ratingagenturen, Ratings und Ratingoutlooks/Ratingausblicke, und andere .....	94
b)	Zu Ratinggebühren.....	96
c)	Zum Europäischen Ratingindex.....	97
III.	Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	97
1.	Änderungen in Bezug auf die Offenlegung von Informationen über Methoden der Ratingagenturen, Ratings und Ratingoutlooks/Ratingausblicke, und andere .....	97
a)	Vorschlag nach dem Ausschuss für Wirtschaft und Währung bei der Änderung von Ratingmethoden.....	98
b)	Weitere Soll-Ergänzungen nach dem Ausschuss für Wirtschaft und Währung .....	98
c)	Weitere allgemeine Offenlegungspflichten nach dem Ausschuss für Wirtschaft und Währung.....	99
2.	Änderungen nach dem Ausschuss für Wirtschaft und Währung in Bezug auf die Vergleichbarkeit von Ratings: Europäischer Ratingindex.....	99

3.	Keine weiteren Änderungsvorschläge des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	100
IV.	Finale Fassung der CRA III VO .....	100
1.	Änderungen im Vergleich zum Kommissionsvorschlag.....	100
2.	Keine Änderungen im Vergleich zum Kommissionsvorschlag .....	102
V.	Zusammenfassende Würdigung.....	103
E.	Änderungen in Bezug zu strukturierten Finanzmarktprodukten und die Inanspruchnahme mehrerer Ratingagenturen.....	105
I.	Vorgeschlagene Regelung – Doppertes Rating strukturierter Finanzinstrumente.....	105
II.	Kritiken und Stellungnahmen zu dem Kommissionsvorschlag.....	105
III.	Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	106
1.	Doppertes Rating strukturierter Finanzmarktprodukte.....	106
2.	Inanspruchnahme kleinerer Ratingagenturen .....	106
IV.	Finale Fassung der CRA III VO .....	107
1.	Doppertes Rating strukturierter Finanzmarktprodukte.....	107
2.	Inanspruchnahme mehrerer Ratingagenturen.....	107
V.	Ergänzender Vorschlag von Möllers und Wecker.....	107
VI.	Zusammenfassung .....	108
F.	Änderungen in Bezug auf die Verwendung von Ratings.....	109
I.	Vorgeschlagene Regelung .....	109
II.	Kritiken und Stellungnahmen zu dem Kommissionsvorschlag.....	110
III.	Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	111
IV.	Finale Fassung der CRA III VO .....	111
V.	Zusammenfassende Würdigung.....	112
VI.	Folgen der weiteren Umsetzung .....	113
1.	Rückgriff auf externe Bonitätsurteile bei der Risikogewichtung.....	113
2.	Weitere Umsetzungsmaßnahmen im nationalen Recht.....	115
G.	Neuerungen in Bezug auf Länderratings.....	116
I.	Vorgeschlagene Regelung .....	116
II.	Kritiken und Stellungnahmen zu dem Kommissionsvorschlag.....	117
III.	Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung .....	117
IV.	Finale Fassung der CRA III VO .....	118

V.	Zusammenfassende Würdigung.....	120
H.	Fazit aus den Regulierungsbemühungen.....	121
§ 4	Eine Europäische Ratingagentur oder ein europäisches Netzwerk kleiner Ratingagenturen.....	123
A.	Europäische Ratingagentur .....	123
I.	Für und Wider.....	123
II.	Umsetzbarkeit und Struktur? .....	126
B.	Europäisches Netzwerk kleiner Ratingagenturen .....	128
<b>Teil 3</b>	<b>Haftung von Ratingagenturen .....</b>	<b>131</b>
§ 1	Vorbemerkung.....	132
A.	Prominente Fälle der Vergangenheit.....	134
B.	Gang der Untersuchung.....	136
§ 2	Haftung von Ratingagenturen nach nationalem Recht.....	138
A.	Rechtliche Einordnung des Ratings .....	138
I.	Rating im Auftrag des Emittenten .....	138
1.	Werkvertrag.....	138
2.	Sonstige mögliche Rechtsgrundlagen nach Auffassung der Literatur .....	140
a)	Atypisches Vertragsverhältnis .....	140
b)	Dienstvertrag.....	141
c)	Auftrag im Sinne des § 662 BGB oder Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 Abs. 1 BGB .....	142
II.	Unbeauftragtes Rating .....	142
III.	Rechtliche Beziehung des Anlegers zur Ratingagentur .....	143
IV.	Pflichten des Emittenten gegenüber der Ratingagentur .....	143
B.	Anknüpfungspunkt für eine Haftung: Fehlverhalten der Ratingagenturen?.....	145
I.	Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung .....	145
II.	Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Haftung für Tests der Stiftung Warentest .....	147

1.	Grundsätze der Rechtsprechung zur Haftung für Tests der Stiftung Warentest .....	148
2.	Übertragbarkeit auf Ratings .....	149
III.	Haftung aus Ingerenz .....	154
IV.	Anknüpfung an die Ratingverordnung, die IOSCO Grundsätze und andere professionelle Standards .....	154
C.	Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern nach nationalem Recht.....	156
I.	Haftung aus Abonnementvertrag.....	156
1.	Mangel.....	156
a)	Entscheidungspraxis: Inhaltliche Richtigkeit von Druckerzeugnissen.....	157
b)	Übertragbarkeit auf Ratings .....	158
aa)	Gegen eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur inhaltlichen Richtigkeit von Druckerzeugnissen .....	158
bb)	Für eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur inhaltlichen Richtigkeit von Druckerzeugnissen .....	160
c)	Stellungnahme.....	162
2.	Ergebnis .....	163
II.	Haftung aus stillschweigend geschlossenem Auskunftsvertrag .....	164
1.	Herleitung .....	164
2.	Übertragung auf Ratingagenturen .....	164
III.	Haftung aus dem Ratingvertrag nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter .....	165
1.	Leistungsnähe .....	166
2.	Gläubignähe.....	166
a)	Allgemeine Voraussetzungen.....	166
b)	Fallgruppe: Inanspruchnahme von besonderer Sachkunde.....	168
c)	Einzelfallbezogene Interessensabwägung – Drittbezogenheit .....	168
d)	Gegenläufige Interessen .....	169
e)	Vergleich mit der Situation Anleger und Ratingagentur .....	169
3.	Erkennbarkeit.....	171
a)	Allgemeine Voraussetzungen.....	171
b)	Überdehnung der Haftung.....	171
aa)	Abweisung einer Haftung nach den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter .....	172
bb)	Vermittelnde Lösung einer Haftung nach den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter .....	174



cc)	Anerkennung einer Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter .....	176
c)	Stellungnahme .....	178
aa)	Rechtsprechung des BGH zur Haftung von Wirtschaftsprüfern .....	178
bb)	Vergleichbarkeit zwischen Ratingagentur und Wirtschaftsprüfer .....	181
cc)	Übertragung der Grundsätze .....	183
(1)	Schaffung eines Vertrauenstatbestands und Kenntnis der Ratingagentur, dass das Rating als Entscheidungsgrundlage dienen werde .....	183
(2)	Tatsächliche Kenntnisnahme .....	187
(3)	Zusammenfassender Erst-Recht-Schluss .....	187
(4)	Differenzierung zwischen Emissionsrating und Emittentenrating .....	187
(5)	Zwischenergebnis .....	188
4.	Schutzbedürfnis .....	189
5.	Ergebnis .....	189
IV.	Vertrauenshaftung .....	190
1.	Ausgangspunkt .....	190
2.	Voraussetzungen .....	191
a)	Inanspruchnahme von Vertrauen in besonderem Maße .....	191
b)	Erhebliche Beeinflussung der Eingehung .....	191
3.	Anwendbarkeit der Grundsätze der Vertrauenshaftung auf Ratingagenturen .....	192
a)	Gegen eine Anwendung der Vertrauenshaftung .....	192
b)	Für eine Anwendung der Vertrauenshaftung .....	194
c)	Stellungnahme .....	198
V.	Prospekthaftung und weitere vertragliche/vertragsähnliche Anspruchsgrundlagen .....	199
VI.	Deliktische Haftung .....	200
1.	Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz .....	200
a)	Schutzgesetzeigenschaft der Ratingverordnung .....	200
aa)	Allgemeines .....	200
bb)	Die Rechtsprechung des BGH zum WpHG .....	202
cc)	Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zum WpHG auf die Ratingverordnung .....	203
dd)	Konkrete Vorschriften .....	205

b)	Zwischenergebnis.....	205
2.	Haftung nach § 826 BGB .....	206
a)	Schaden .....	206
b)	Verursachung durch ein Verhalten des Täters .....	207
c)	Sittenwidrigkeit .....	207
d)	Verschulden: Vorsatz im Sinne von mindestens Leichtfertigkeit...208	
e)	Anwendbarkeit für die Frage der Haftung von Ratingagenturen....209	
D.	Haftung von Ratingagenturen gegenüber Emittenten nach nationalem Recht.....	213
I.	Vertragliche Haftung .....	213
1.	Mangel.....	213
2.	Vorrang der Nacherfüllung.....	214
3.	Schadensersatzanspruch .....	214
II.	Haftung nach Deliktsrecht .....	215
1.	Deliktische Haftung nach § 824 BGB – Kreditgefährdung .....	215
a)	Verbreiten einer unwahren Tatsache.....	216
b)	Eignung zur Kreditgefährdung.....	216
c)	Rechtswidrigkeit .....	216
d)	Ergebnis.....	218
2.	Deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB .....	218
a)	Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	219
b)	Rechtswidrigkeit .....	220
c)	Verschulden.....	221
d)	Ergebnis.....	221
3.	Deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz .....	222
4.	Deliktische Haftung nach § 826 BGB .....	223
III.	Sonstige Haftungsgrundlagen.....	224
E.	Probleme der Beweisführung im Zivilprozess im Zusammenhang mit der Haftung von Ratingagenturen.....	226
1.	Grundlegendes zur Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der zivilprozessualen Beweisführung.....	226
a)	Darlegungslast.....	226
b)	Beweislast .....	227
c)	Beweiserleichterungen als prozessuales Mittel zur Beseitigung einer Beweisnot.....	228

aa)	Grundsatz der sekundären Darlegungslast.....	228
bb)	Anscheinsbeweis.....	229
cc)	Beweismaßreduzierung.....	230
dd)	Beweisvereitelung.....	231
d)	Beweislastumkehr .....	232
2.	Beweisproblematik im Zusammenhang mit Bonitätsratings.....	234
a)	Pflichtverletzung .....	234
b)	Kausalitätsnachweis .....	237
c)	Verschulden.....	243
d)	Schaden .....	244
e)	Zwischenergebnis.....	245
3.	Beseitigung der Beweisnot durch materiell-rechtliche präparatorische Auskunftsansprüche.....	245
a)	Ansatz von Schuler – materiell rechtlicher Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben .....	246
b)	Materiell-rechtlicher Informationsanspruch nach § 809 Alt. 2 BGB .....	248
aa)	In Ansehung einer Sache .....	249
bb)	Gewissheitsverschaffung .....	250
cc)	Interesse des Geschädigten .....	250
dd)	Einschränkungen zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen .....	251
(1)	Rechtsprechung des BGH im Bereich des Immaterialgüterrechts.....	251
(2)	Übertragbarkeit auf die Fälle der Haftung einer Ratingagentur .....	253
4.	Die Sache mit den Unternehmensgeheimnissen: Das Spannungsverhältnis der Unternehmensgeheimnisse zu den prozessualen und materiell-rechtlichen Möglichkeiten zur Bewältigung von Informationsdefiziten .....	254
a)	Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis.....	254
b)	Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess durch den Ausschluss der Öffentlichkeit.....	255
c)	Unternehmensgeheimnisse der Ratingagentur.....	256
d)	Unternehmensgeheimnisse des Emittenten.....	257
e)	Zwischenergebnis.....	260
f)	Einführung eines <i>in camera</i> -Verfahrens .....	261

g)	Ausblick: Änderungen durch die Einführung der neuen Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Informationen .....	266
F.	Haftungsfreizeichnungsklauseln .....	270
I.	Haftungsausschluss .....	270
II.	Leistungsbeschreibung .....	273
G.	Weitere Problemfelder .....	275
I.	Gerichtsstand in Deutschland .....	275
II.	Anwendbares Recht .....	278
1.	Vertragliche Schuldverhältnisse .....	279
2.	Gesetzliche Schuldverhältnisse .....	281
III.	Verjährungsfragen .....	284
H.	Zusammenfassung .....	285
§ 3	Haftung von Ratingagenturen nach der neuen europäischen Haftungsvorschrift Art. 35a CRA III VO .....	289
A.	Synopse .....	289
B.	Der Kommissionsvorschlag zur Einführung einer neuen europäischen Haftungsvorschrift.....	292
C.	Kritiken und Stellungnahmen zu dem Kommissionsvorschlag .....	295
I.	Allgemeines .....	295
II.	Beweislast .....	296
III.	Schaden.....	298
IV.	Haftungsausschluss.....	298
V.	Durchsetzbarkeit .....	299
D.	Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung/Stellungnahme des Rechtsausschusses .....	300
E.	Finale Fassung und Zusammenfassende Würdigung.....	302
I.	Interne und externe Lücken .....	302
II.	Anspruchsberechtigte/Anspruchsgegner – persönlicher Anwendungsbereich .....	304

III.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	306
IV.	Anknüpfungspunkt für eine Haftung: Auswirken einer Zuwiderhandlung.....	307
V.	Anspruchsbegrenzung.....	309
VI.	Beweislast.....	311
VII.	Verschulden: Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.....	314
VIII.	Haftungsbeschränkungen.....	315
IX.	Schaden.....	315
X.	Verhältnis zu Haftungsansprüchen nach nationalem Recht .....	316
XI.	Verhältnis zu Geldbußen .....	316
XII.	Alternative Vorschläge in der neueren Literatur .....	317
XIII.	Zusammenfassung .....	320
§ 4	Fall vor dem Landgericht Frankfurt .....	324
§ 5	Vergleich mit der Haftung von Ratingagenturen in Australien.....	325
A.	Das australische Zivilverfahren.....	326
B.	Sachverhaltsdarstellung.....	329
C.	Federal Court of Australia: Entscheidung erster Instanz vom 5.11.2012.....	333
I.	Fahrlässige Sorgfaltspflichtsverletzung nach dem Common Law: (Tort Law – Negligence Claim – Breach of Duty of Care).....	333
1.	Das australische Tort Law: Schadensersatz- und Deliktsrecht .....	333
2.	Die Urteilsbegründung .....	337
a)	Duty of Care.....	337
b)	Breach of Duty of Care .....	341
c)	Causation.....	346
d)	Remoteness of Damage.....	346
e)	Zwischenergebnis.....	347
II.	Nach Statutory Law: Sections 1041E, 1041H, 1041I Corporations Act und Section 12DA Australian Securities and Investments Commission Act („ASIC Act“).....	347
D.	Full Federal Court of Australia: Berufungsentscheidung vom 6.6.2014.....	350

E.	Bedeutung der Gerichtsentscheidung.....	352
I.	Wichtige Überlegungen in Zusammenhang mit der Entscheidung.....	352
1.	Beweisermittlung im <i>discovery</i> Verfahren.....	352
2.	Beschränkung auf Emissionsratings in der ersten Instanz, Erweiterung in der Berufungsinstanz auf Emittentenratings .....	352
II.	Kritiken und eigene Stellungnahme .....	353
III.	Übertragbarkeit der vom australischen Gericht aufgestellten Grundsätze auf das deutsche Haftungsrecht.....	355
<b>Teil 4 Schluss: Zusammenfassung .....</b>		<b>357</b>
<b>Teil 5 Literaturverzeichnis .....</b>		<b>XXIX</b>