

**Perspektiven des Wirtschaftsrechts**  
Deutsches, europäisches und  
internationales Handels-,  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Beiträge für Klaus J. Hopt  
aus Anlass seiner Emeritierung



# Perspektiven des Wirtschaftsrechts

Deutsches, europäisches und internationales  
Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Beiträge für  
KLAUS J. HOPT  
aus Anlass seiner Emeritierung

herausgegeben von

Harald Baum                      Alexander Hellgardt  
Andreas M. Fleckner            Markus Roth

zusammen mit

Dirk H. Bliesener                Knut B. Pißler  
Daniel Busse                      Katharina Pistor  
Katrin Deckert                  Stefan Prigge  
Brigitte Haar                    Wolf-Georg Ringe  
Jan von Hein                      Kay Rothenhöfer  
Thomas von Hippel               Philipp Rühland  
Christoph Kumpan               Heike Schweitzer  
Patrick C. Leyens                Felix Steffek



De Gruyter Recht · Berlin

*Zitervorschlag:*

*Autor*, in: Beiträge für Hopt, 2008, S.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-502-7

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2008 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,  
D - 10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany  
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

## Vorwort

Am 24. August 2008 vollendet Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. *Klaus J. Hopt*, MCJ (NYU), sein 68. Lebensjahr und wird zum Ende des Monats als Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht emeritiert. Nach Professuren in Tübingen, Florenz, Bern und München wirkt *Klaus J. Hopt* seit 1995 vom Hamburger Max-Planck-Institut aus maßgeblich an der Fortentwicklung des deutschen wie des europäischen Handels-, Gesellschafts- und Finanzmarktrechts mit. Als deutsche Stimme hat er über Europa hinaus die internationale Corporate Governance-Debatte mit zahlreichen von ihm initiierten Konferenzen, oftmals am Institut, und den dazu herausgegebenen Tagungsbänden beeinflusst und gestaltet.

Dieser Band würdigt das beispielhafte Engagement, mit dem *Klaus J. Hopt* in seiner Hamburger Zeit sein Team an Mitarbeitern betreut und geleitet hat. Hiermit möchte das „Team Hopt“ in großer Dankbarkeit und tiefem Respekt etwas von der ihm zuteil gewordenen Förderung zurückgeben. Der so entstandene „Werkstattbericht“ gibt Aufschluss über die besondere Fähigkeit von *Klaus J. Hopt*, Menschen mit unterschiedlichen Forschungsinteressen so zusammenzubringen, dass daraus ein sich ergänzendes Netz wissenschaftlicher Arbeit entsteht. Das Themenspektrum spiegelt die ineinander greifenden und sich ergänzenden Forschungsinteressen wider, welche die regelmäßigen Teamtreffen geprägt haben. Das Besondere der Förderung durch *Klaus J. Hopt* ist das Zusammenspiel von fachlicher Exzellenz auf der einen und persönlicher Herzlichkeit auf der anderen Seite, die er bei jeder Begegnung ausstrahlt – sei es in einer seiner fünfminütigen Blitzbesprechungen, sei es im Rahmen eines mehrstündigen Gesprächs. Umso schöner ist es, dass *Klaus J. Hopt* die wissenschaftliche Nachwuchsförderung und Zusammenarbeit über seine Emeritierung hinaus fortführen wird.

Dank gebührt Frau *Ingeborg Stahl* für die Vorbereitung der Druckvorlage und dem Verlag de Gruyter, insbesondere Frau Dr. *Ute von der Aa*, für die Realisierung des Projekts.

Hamburg, im Juli 2008

Harald Baum  
Andreas M. Fleckner

Alexander Hellgardt  
Markus Roth



# Inhaltsverzeichnis

## **Erster Teil: Handelsrecht**

*Andreas M. Fleckner*

Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung .....3

*Christoph Kumpan*

Vorteilsabschöpfung bei Interessenkonflikten .....33

*Kay Rothenhöfer*

Interaktion zwischen Aufsichts- und Zivilrecht .....55

## **Zweiter Teil: Gesellschaftsrecht**

*Daniel Busse*

Verdeckte Einlegung von Dienstleistungen .....87

*Katrin Deckert*

Die Publikumsaktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des französischen Rechts..... 111

*Brigitte Haar*

Gesellschaftsrechtsformen der Innovationsfinanzierung ..... 141

*Thomas von Hippel*

Gilt die Business Judgment Rule auch im Stiftungsrecht? ..... 167

*Stefan Prigge*

Corporate-Governance-Forschung auf der Länder- und auf der Unternehmensebene ..... 191

<i>Wolf-Georg Ringe</i> Nichts ist vor ihm sicher? Allgemeines Gesellschaftsrecht im Visier des EuGH.....	217
<i>Markus Roth</i> Arbeitnehmerbeteiligung, Corporate Governance und Theorie der Unternehmung.....	237
<i>Heike Schweitzer</i> Due Diligence und der Markt für Unternehmensbeteiligungen .....	263
<i>Felix Steffek</i> Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft.....	291
 <b>Dritter Teil: Kapitalmarktrecht</b>	
<i>Harald Baum</i> Japans zögerlicher Weg zu einem Markt für Unternehmenskontrolle .....	325
<i>Dirk H. Bliesener</i> Änderung von Anleihebedingungen in der Praxis.....	355
<i>Jan von Hein</i> Die Internationale Prospekthaftung im Lichte der Rom II-Verordnung.....	371
<i>Alexander Hellgardt</i> Europäisches Kapitalmarktrecht und Corporate Governance .....	397
<i>Patrick C. Leyens</i> Unabhängigkeit der Informationsintermediäre zwischen Vertrag und Markt.....	423
<i>Knut B. Pißler</i> „Control Transactions“ in der Volksrepublik China.....	453

*Katharina Pistor*

Anlegerschutz im Binnenrecht hybrider Publikums-  
gesellschaften .....481

*Philipp Rühl*

Die Rechtsprechung des EuGH zu Golden Shares und der  
Markt für Unternehmenskontrolle .....501

Autorenverzeichnis.....521



## Erster Teil: Handelsrecht



# Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung

ANDREAS M. FLECKNER

Zum Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung, dessen Hauptanwendungsfall die handelsrechtliche Kommission ist, hat sich *Klaus J. Hopt* sowohl in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch als auch in dem kommissionsrechtlichen Übungsfall seines Juristischen Studienkurses geäußert.<sup>1</sup> Es besteht deshalb Anlaß zu der Hoffnung, daß ein Beitrag zu dieser praktisch wie dogmatisch bedeutsamen Frage auf das Interesse des Geehrten stoßen wird.

Nach der Einführung in das Ausgangsproblem (I.) werden die Grundlagen eines neuen Lösungsansatzes entwickelt (II.) und seine Folgen für die wichtigsten Einzelfragen des Schadensausgleichs dargestellt (III.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung seiner Ergebnisse (IV.).

## I. Ausgangsproblem

Beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung bleiben die Wirkungen des Ausführungsgeschäfts grundsätzlich auf den Handelnden und seinen Vertragspartner, den Dritten, beschränkt. Demgegenüber führt das Handeln in fremdem Namen, das im Bürgerlichen Gesetzbuch als Stellvertretung kodifiziert ist, zu unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten. In Abgrenzung hierzu bezeichnet man das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung häufig als mittelbare Stellvertretung und den Handelnden als mittelbaren Stellvertreter.<sup>2</sup> Im Rechtssinne liegt jedoch mangels unmittelbarer Rechtswirkungen

<sup>1</sup> HOPT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., 2008, § 383 Rdn. 18 – 21 (erheblich erweitert seit der 31. Aufl., 2003) sowie HOPT/MÖSSLE, Handelsrecht, 1. Aufl., 1986, Rdn. 769 – 771 und HOPT/MÖSSLE/SCHMITT, Handelsrecht, 2. Aufl., 1999, Rdn. 791 – 793.

<sup>2</sup> An einer umfassenden Untersuchung des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung fehlt es; die größte Aufmerksamkeit hat erfahren MÜLLER-ERZBACH, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenslage entwickelt, 1905; die besten Überblicke geben ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I: BGB AT,

gerade keine Stellvertretung vor,<sup>3</sup> so daß in diesem Beitrag eine Kombination aus den auftragsrechtlichen (Auftraggeber/Beauftragter) und den kommissionsrechtlichen Begriffen (Kommittent/Kommissionär) beziehungsweise eine Verallgemeinerung (Geschäftsherr und Mittelsmann) bevorzugt wird.

### 1. Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden

Inhaber aller Rechte aus dem Ausführungsgeschäft ist der Beauftragte (Kommissionär), weil er in eigenem Namen handelt (ausdrücklich Art. 360 Abs. 2 ADHGB, indirekt §§ 383 Abs. 1, 392 Abs. 1 HGB). Dies gilt für Forderungen aus dem Vertrag ebenso wie für Ansprüche wegen seiner Verletzung. Leistet der Dritte etwa nicht, hat nur der Mittelsmann einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Zerstört der Dritte das (Kommissions-) Gut bei seiner Besichtigung, so haftet er vertraglich oder vertragsähnlich allein dem Mittelsmann.

Zur Geltendmachung entsprechender Ersatzansprüche fehlt es dem Mittelsmann nach dem überkommenen natürlichen Schadensbegriff<sup>4</sup> jedoch an einer eigenen Vermögenseinbuße.<sup>5</sup> Da er für fremde Rechnung handelt, werden Störungen im Ausführungsgeschäft nach den Vereinbarungen im Innenverhältnis typischerweise auf den Auftraggeber (Kommittenten) verlagert, indem sie seine Pflichten zur Erstattung von Aufwendungen erweitern<sup>6</sup> oder seine Ansprüche auf Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten schmälern.<sup>7</sup>

Halbbd. 2, 15. Aufl., 1960, § 179 (S. 1096 – 1104) und HAGER, AcP 180 (1980), 239 – 262 sowie rechtsvergleichend KLEINSCHMIDT, s. v. Stellvertretung, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (demnächst).

<sup>3</sup> Treffend Mot. I, S. 223 („juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung“).

<sup>4</sup> PAUL. Lib. V ad Sab., DIG. 50.17.24: *quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit*; zum natürlichen Schadensbegriff und der Kritik hieran überblicksartig LANGE, in: Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, § 1 I–III (S. 26 – 44) und LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., 1987, § 27 II a (S. 426 – 428).

<sup>5</sup> Nicht haltbar daher ROHG (8.5.1877 – 12/77), ROHGE 22, 248, 253 („In Wahrheit legt der Kommissionär bei Verletzung der Vertragspflichten *gegen ihn sein eigenes* Interesse zu Grunde“) und RG (31.1.1891 – I 254/90), RGZ 27, 118, 126 („das Interesse, auf welches der Kommissionär den Anspruch gegen seinen Kontrahenten stützt, ist in der That sein *eigenes* Interesse“) (Hervorhebungen im Original mittels Sperrung); zu wirklichen Eigenschäden III. 2.

<sup>6</sup> Wenn der Ersatzanspruch nicht durchsetzbar ist, entsteht selbst bei natürlicher Betrachtungsweise ein Schaden; treffend PETERS, AcP 180 (1980), 329, 356 Fn. 99.

<sup>7</sup> Wegen dieser Korrekturen wäre es konzeptionell vorstellbar, nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs (hierzu zuletzt insb. BÜDENBENDER, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1996 und THÜSING, Wertende Schadensberechnung, 2001) einen eigenen Schaden des Beauftragten (Kommissionärs) zu bejahen; gewohnheitsrechtlich anerkannt ist jedoch eine andere Lösung (siehe I. 2).

Für den Geschäftsherrn ist die Lage umgekehrt. Zwar erleidet er eine Vermögenseinbuße, soweit der Mittelsmann die Störung an ihn weiterleitet. Er verfügt aber über keinerlei Rechte gegenüber dem Dritten: Vertragliche oder vertragsähnliche Ansprüche stehen ihm nicht zu, da er nicht Partei des Ausführungsgeschäfts ist. Deliktische Ansprüche hat er regelmäßig nicht, weil ein bloßer Vermögensschaden vorliegt, es am Schädigungsvorsatz fehlt oder sich der Dritte hinsichtlich des Verhaltens seiner Verrichtungsgehilfen entlasten kann.

## 2. Drittschadensliquidation

Die Rechtsprechung,<sup>8</sup> insbesondere das Oberappellationsgericht Lübeck,<sup>9</sup> das Reichsoberhandelsgericht,<sup>10</sup> das Reichsgericht<sup>11</sup> und der Bundesgerichtshof,<sup>12</sup> sowie die Lehre, namentlich der Geehrte,<sup>13</sup> die übrige kommissionsrechtliche Literatur<sup>14</sup> und der ganz überwiegende Teil des allgemeinen

<sup>8</sup> Es sind lediglich die höchstrichterlichen Entscheidungen zum Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nachgewiesen, denen ein Kommissions- oder Speditionsverhältnis zugrundeliegt oder in denen das Gericht auf einen dieser Vertragstypen ausdrücklich eingeht.

<sup>9</sup> OAG Lübeck (20.1.1855), OAGE 2, 947, 950 – 956 = (auszugsweise) SeuffA 11 (1857), Nr. 36 (S. 47 – 49) und Nr. 84 (S. 109 – 111); zuvor bereits 1828 und 1831 nach den Mitteilungen bei THÖL, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, 1857, Nr. 15 (S. 20 – 22) und Nr. 13 (S. 16 – 19).

<sup>10</sup> ROHG (28.10.1873 – 741/73), ROHGE 11, 256, 259/260; ROHG (9.10.1874 – 805/74), ROHGE 14, 400, 400; ROHG (9.4.1875 – 379/75), ROHGE 17, 78, 79; ROHG (8.5.1877 – 12/77), ROHGE 22, 248, 253.

<sup>11</sup> RG (24.3.1884 – I 473/83), RGZ 12, 108, 112; RG (31.1.1891 – I 254/90), RGZ 27, 118, 125 – 128; RG (13.11.1897 – I 237/97), RGZ 40, 172, 174/175; RG (25.11.1897 – VI 182/97), RGZ 40, 187, 189 – 191; RG (23.3.1904 – I 498/03), RGZ 58, 39, 42; RG (29.1.1906 – I 363/05), RGZ 62, 331, 334/335; RG (30.1.1911 – I 24/10), RGZ 75, 169, 172; RG (21.9.1915 – II 95/15), RGZ 87, 147, 150; RG (16.5.1917 – V 30/17), RGZ 90, 240, 246; RG (11.5.1918 – I 324/17), RGZ 93, 39, 40; RG (6.12.1924 – I 99/24), RGZ 109, 288, 292/293; RG (17.4.1926 – I 283/25), RGZ 113, 250, 254; RG (30.11.1926 – III 617/25), JW 1927, 1144 Nr. 6; RG (15.1.1927 – I 171/26), RGZ 115, 419, 425; RG (26.6.1929 – I 17/29), RGZ 125, 76, 77; RG (8.5.1939 – IV 236/38), DJ 1939, 1439, 1442.

<sup>12</sup> BGH (26.9.1957 – II ZR 267/56), BGHZ 25, 250, 258; BGH (8.10.1964 – II ZR 132/64), NJW 1965, 249, 250; BGH (10.4.1974 – I ZR 84/73), NJW 1974, 1614, 1616; BGH (21.5.1996 – XI ZR 199/95), BGHZ 133, 36, 41/42.

<sup>13</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 21 und HOPT/MÖSSLE/SCHMITT (Fn. 1), Rdn. 792.

<sup>14</sup> Insb. (systematische Darstellungen) CANARIS, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 30 Rdn. 85; GIERKE/SANDROCK, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band I, 9. Aufl., 1975, § 27 VI 3 (S. 474); GRÜNHUT, Das Recht des Commissionshandels, 1879, S. 334/335; GRÜNHUT, Commissionsgeschäft, in: Endemann (Hrsg.), Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band III, 1885, S. 224/225; K. SCHMIDT, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, § 31 V 1 b aa (S. 887/888); SCHMIDT-RIMPLER, Das Commissionsgeschäft, in: Ehrenberg (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band V, Abt. I., 1. Hälfte, 1928, S. 896 – 908 sowie (Kommentierungen) HÄUSER, in: Münchener Komm., HGB, 2. Aufl., 2007, § 383 Rdn. 58; HEFERMEHL,

Schrifttums,<sup>15</sup> helfen dem Auftraggeber (Kommittenten), indem sie dem Beauftragten (Kommissionär) nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation die Geltendmachung des Schadens des Geschäftsherrn gestatten.

Angesichts der mehr als anderthalb Jahrhunderte währenden Übung und der breiten Anerkennung dieser Rechtsfortbildung, die für das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung selbst prinzipielle Kritiker der Rechtsfigur mittragen,<sup>16</sup> hat der Bundesgerichtshof in der letzten Dekade zu Recht davon gesprochen, daß die Drittschadensliquidation insoweit Gewohnheitsrecht sei.<sup>17</sup>

### 3. Offene Fragen

Die Diskussion um den Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung ist bis heute von der Grundsatzfrage geprägt, wie sich die Drittschadensliquidation methodisch rechtfertigen läßt.<sup>18</sup> Wichtiger wäre es angesichts ihrer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung jedoch, sich näher mit ihrer inhaltlichen Ausgestaltung zu beschäftigen.

Einige Beispiele mögen veranschaulichen, um Fragen welcher Art es geht (in der Reihenfolge ihrer Behandlung im dritten Abschnitt): (1) Der Ge-

in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., 1977, § 383 Rdn. 34; HERRMANN, in: Heymann, HGB, 2. Aufl., 2005, § 383 Rdn. 14; KOLLER, in: Großkomm., HGB, 4. Aufl., 1986, § 383 Rdn. 73; KRÜGER, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 383 Rdn. 45; LENZ, in: Röhrich/Westphalen, HGB, 2. Aufl., 2001, § 383 Rdn. 31; W.-H. ROTH, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., 2007, § 383 Rdn. 16.

<sup>15</sup> Insb. (systematische Darstellungen) ENNECERUS/NIPPERDEY (Fn. 2), § 179 I (S. 1097 Fn. 4); ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht AT, Band I/2, 8. Aufl., 2000, § 34 IV 1 b (S. 266)/ e (S. 268); LANGE (Fn. 4), § 8 III 4 (S. 466 – 469); LARENZ (Fn. 4), § 27 IV b 3 (S. 465/466) und (Einzelbeiträge) VON CAEMMERER, ZHR 127 (1965), 241, 255; HAGEN, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971, S. 253 – 255; HAGER, AcP 180 (1980), 239, 243 sowie (Kommentierungen) MARTINEK, in: Staudinger, BGB, 2006, § 667 Rdn. 14; MERTENS, in: Soergel, BGB, 12. Aufl., 1990, Vor § 249 Rdn. 252; OETKER, in: Münchener Komm., BGB, 5. Aufl., 2007, § 249 Rdn. 284; SCHIEMANN, in: Staudinger, BGB, 2005, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 69.

<sup>16</sup> Insb. PETERS, AcP 180 (1980), 329, 352, 355, 360/361 Fn. 111 (Zweifel am gewohnheitsrechtlichen Rang nur hinsichtlich des Umfangs des ersatzfähigen Drittschadens) sowie ESSER/SCHMIDT (Fn. 15), § 34 IV 1 b (S. 266)/ e (S. 268) und HAGEN (Fn. 15), S. 69, 142, 253, 255, 285 (jeweils Anerkennung nur für die „mittelbare Stellvertretung“) bzw. OETKER (Fn. 15), § 249 Rdn. 284 (Anerkennung trotz genereller Kritik, ebd. Rdn. 279); noch zweifelnd SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 903; weiterhin zweifelnd offenbar STAMM, Regreßfiguren im Zivilrecht, 2000, S. 309 Fn. 37.

<sup>17</sup> BGH (21.5.1996 – XI ZR 199/95), BGHZ 133, 36, 41.

<sup>18</sup> Allgemeiner Überblick über die mannigfaltigen Versuche einer Begründung bei HAGEN (Fn. 15), S. 9 – 110; besonders krit. seitdem PETERS, AcP 180 (1980), 329 – 372 (zur „mittelbaren Stellvertretung“ insb. 350 – 364).

schäftsherr erleidet wegen der Stornierung des Ausführungsgeschäfts einen Vertrauensschaden (einbezogene Ersatzpflichten?). (2) Zusätzlich zu den Schäden, welche der Mittelsmann erleidet und an den Geschäftsherrn weiterleitet, entstehen dem Geschäftsherrn unmittelbar eigene Vermögens-einbußen (einbezogene Schäden?). (3) In der Person des Geschäftsherrn ist ein höherer Schaden entstanden, als er in der Person des Mittelsmanns eingetreten wäre, wenn er für eigene Rechnung gehandelt hätte (Umfang des Ersatzanspruchs?). (4) Geschäftsherr oder Mittelsmann haben zur Entstehung und Vergrößerung des Schadens beigetragen (Verhaltenszurechnung?). (5) Der im Ausführungsgeschäft auf Weisung des Geschäftsherrn hin erworbene Gegenstand ist mangelhaft, was dem Mittelsmann unbekannt, dem Geschäftsherrn dagegen bekannt war (Wissenszurechnung?).

Der Meinungsstand zu diesen Fragen ist teils lückenhaft, teils kontrovers. Dies liegt zum einen an der bisherigen Vernachlässigung der inhaltlichen Ausgestaltung der Drittschadensliquidation. Zum anderen, und hiermit ist einer der Kerngedanken des Beitrags angesprochen, beruht die fehlende Einigkeit darauf, daß sich hinter dem Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung heterogene Sachverhalte verbergen, die entgegen der bislang allgemein akzeptierten Vorgehensweise nicht einheitlich, sondern differenziert zu behandeln sind.

## II. Grundlegung

Mit diesem Beitrag wird vorgeschlagen, beim Schadensausgleich zwischen Auftraggeber (Kommittent), Beauftragtem (Kommissionär) und Drittem danach zu unterscheiden, aus welchen Gründen der Mittelsmann zwischen-geschaltet wird. Soll seine Solvenz und Zuverlässigkeit ausgenutzt werden, so ist der Schadensausgleich nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu vollziehen. Soll dagegen die Identität des Geschäftsherrn verdeckt werden, so ist eine einzelfallabhängige Billigkeitsentscheidung zu treffen.

### 1. Rechtsrahmen

Der Schadensausgleich zwischen Auftraggeber (Kommittent), Beauftragtem (Kommissionär) und Drittem liegt im Schnittbereich zweier Materien, die beide nicht allgemein kodifiziert sind: des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung und des Ersatzes von Drittschäden.

Das Fehlen entsprechender gesetzlicher Vorschriften beruht auf einem bewußten Regelungsverzicht. Weil sich im florierenden Handelsverkehr des Mittelalters ein immer größeres Bedürfnis nach Geschäftsbesorgungsregeln

entwickelte, welche das rezipierte römische Recht<sup>19</sup> mangels einer allgemeinen Stellvertretungsregelung nicht bedienen konnte,<sup>20</sup> gehörte das Handeln für andere zu den meistdiskutierten Fragen des gemeinen Rechts und war im neunzehnten Jahrhundert deshalb eine wohlbekanntes Problematik.<sup>21</sup> Den römischen Juristen<sup>22</sup> sowie der zeitgenössischen Rechtsprechung<sup>23</sup> und Literatur<sup>24</sup> ebenfalls geläufig waren die Schwierigkeiten des Ersatzes von Drittschäden.<sup>25</sup>

Im Entstehungsprozeß des Bürgerlichen Gesetzbuchs gab es – anders als im Vorfeld der beiden Handelsgesetzbücher<sup>26</sup> – durchaus Initiativen zum Erlass entsprechender Vorschriften. Die Anträge zum Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung kamen indes nicht zur Beratung,<sup>27</sup> während

<sup>19</sup> Insb. ULP. Lib. XIV ad ed., DIG. 50.17.123 pr.: *nemo alieno nomine lege agere potest* sowie ULP. Lib. XLIX ad Sab., DIG. 45.1.38.17: *alteri stipulari nemo potest* und INST. IUST. 3.19.19: *alteri stipulari ... nemo potest*.

<sup>20</sup> Hierin liegt kein „dem röm. Rechte eigenthümliche[r] Mangel“ (so Prot. II, S. 364 und sinngemäß in vielen modernen Schriften), weil wegen der besonderen Rechtswirkungen der Handlungen von Sklaven und anderen Gewaltunterworfenen (siehe insb. GAI. Lib. II inst., DIG. 41.1.10 pr.: *adquiruntur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus*; ebenso INST. GAI 2.86; EPIT. INST. GAI 2.1.7; INST. IUST. 2.9 pr.) sowie einer Reihe von Sondertatbeständen (*peculium, institor, magister navis*) der Bedarf für Stellvertretung in der Antike geringer war als im gesellschaftlichen Umfeld des *ius commune*.

<sup>21</sup> Hierzu nunmehr vor allem SCHMOECKEL, in: HKK, BGB, 2003, §§ 161 – 181, insb. Rdn. 2 – 8 und R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 1990, insb. S. 54 – 58.

<sup>22</sup> Die römischen Juristen haben das Problem nicht ausdrücklich benannt, aber einige Textstellen (insb. NERAT. Lib. II membr., DIG. 2.11.14 und ULP. Lib. XXXI ad ed., DIG. 17.1.8.3) haben der modernen Romanistik als Ausgangspunkt gedient, um den Ersatz von Drittschäden aus dem römischen Recht zu begründen.

<sup>23</sup> Entscheidungen aus dem neunzehnten Jahrhundert (mit den in Fn. 8 genannten Einschränkungen): OAG Lübeck (20.1.1855), OAGE 2, 947, 950 – 956 = (auszugsweise) SeuffA 11 (1857), Nr. 36 (S. 47 – 49) und Nr. 84 (S. 109 – 111) (frühere Entscheidungen bei THÖL [Fn. 9]); ROHG (28.10.1873 – 741/73), ROHGE 11, 256, 259/260; ROHG (9.10.1874 – 805/74), ROHGE 14, 400, 400; ROHG (9.4.1875 – 379/75), ROHGE 17, 78, 79; ROHG (8.5.1877 – 12/77), ROHGE 22, 248, 253; RG (24.3.1884 – I 473/83), RGZ 12, 108, 112; RG (31.1.1891 – I 254/90), RGZ 27, 118, 125 – 128; RG (13.11.1897 – I 237/97), RGZ 40, 172, 174/175; RG (25.11.1897 – VI 182/97), RGZ 40, 187, 189 – 191.

<sup>24</sup> Am einflußreichsten [] ZIMMERMANN, Neues Archiv für Handelsrecht 1 (1858), 48 – 82 und WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, (seit) 1. Aufl., 1865, § 258 (S. 33).

<sup>25</sup> Zur Ideengeschichte ausführlich REICHARD, Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht, 1993, S. 1 – 33; Überblicke bei NEUNER, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 193 – 205 und SCHERMAIER, in: HKK, BGB, 2007, §§ 280 – 285 Rdn. 88 – 93.

<sup>26</sup> Die Materialien zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch und zum Handelsgesetzbuch (Nachweise bei FLECKNER, in: Bayer/Habersack [Hrsg.], Aktienrecht im Wandel, Band I, 2007, S. 999, 1037 – 1041 bzw. 1054 – 1056) enthalten hierzu nichts.

<sup>27</sup> Die Vorschläge sind mitgeteilt in Prot. II, S. 360/361 Fn. 1; siehe zuvor Art. 90 Dresdener Entwurf, die Bemerkungen in Mot. I, S. 223/224 und die Nachweise bei JAKOBS/

die Regelung von Drittschäden zwar erwogen, aber schließlich Rechtsprechung und Lehre zur Beurteilung überlassen wurde.<sup>28</sup> Die im Schnittbereich liegenden Vorschläge<sup>29</sup> für den Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung erlangten deshalb keine Gesetzeskraft, so daß es bis heute an allgemeinen Vorgaben fehlt.<sup>30</sup>

Gesetzlich geregelt sind allein die Vertragsverhältnisse, welche der Geschäftsbesorgung im Innenverhältnis typischerweise zugrundeliegen. Grundtatbestand des Handelns für andere ist das Auftragsrecht (§§ 662 – 674 BGB), das nicht danach unterscheidet, ob der Beauftragte in eigenem oder in fremdem Namen handelt. Die meisten dieser Vorschriften gelten entsprechend, wenn der Beauftragte ein Entgelt erhält (§ 675 Abs. 1 BGB). Als wichtigsten Spezialfall einer solchen entgeltlichen Geschäftsbesorgung regelt das Handelsgesetzbuch den Kommissionsvertrag (§§ 383 – 406 HGB). Wie sich aus der letzten Vorschrift des Abschnitts ergibt, welche den Anwendungsbereich auf ähnliche Sachverhalte ausdehnt (§ 406 HGB), ist das einzige typusprägende Merkmal der Kommission das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung (noch deutlicher Art. 360 Abs. 3 ADHGB).<sup>31</sup> Die Fremdnützigkeit der drei Vertragsverhältnisse zeigt sich darin, daß der Mittelsmann jeweils zur Herausgabe alles Erlangten verpflichtet ist (Auftrag: § 667 BGB; entgeltliche Geschäftsbesorgung: §§ 675 Abs. 1, 667 BGB; Kommission: § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Alt. 2 HGB) und einen Aufwendungsersatzanspruch hat (§ 670 BGB; §§ 675 Abs. 1, 670 BGB; §§ 675 Abs. 1, 670 BGB, § 396 Abs. 2 HGB).

## 2. Lösungsvorschlag

Alle Versuche einer sachgerechten Einordnung des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung stehen vor der Herausforderung, die Widersprüche aufzulösen, die sich aus der Divergenz der formellen Rechtslage (Eigenhandeln) von der materiellen Interessenlage (Fremdhandeln) ergeben. Konzeptionell bieten sich hierzu vornehmlich zwei Wege an: die Gleichstellung mit dem Selbsthandeln (Handeln in eigenem Namen für eigene

SCHUBERT (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Band II, 1985, S. 923 Fn. 18.

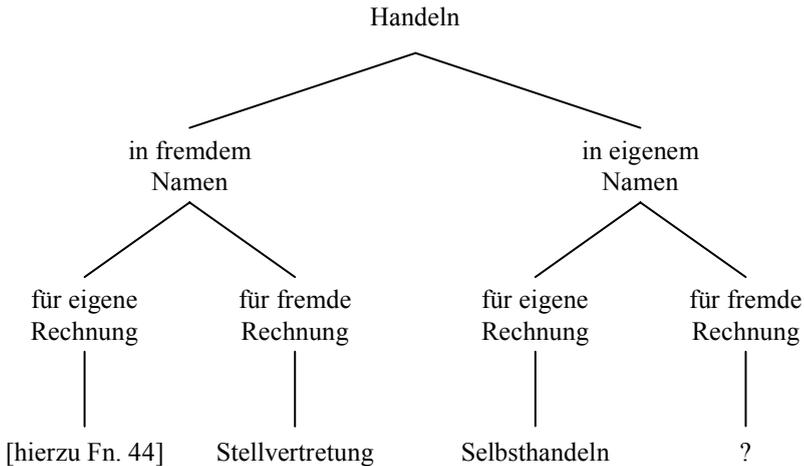
<sup>28</sup> Prot. I, S. 298 – 300; ferner JAKOBS/SCHUBERT (Fn. 27), Recht der Schuldverhältnisse, Band I, 1978, S. 108/109.

<sup>29</sup> Prot. I, S. 298, unter IV. 2. und Prot. II, S. 360/361 Fn. 1, unter § d.

<sup>30</sup> Eine partielle Regelung gibt es im Frachtrecht, § 421 Abs. 1 HGB; hierzu mit Verweis auf die Drittschadensliquidation BR-Drucks. 368/97, S. 54 = BT-Drucks. 13/8445, S. 55.

<sup>31</sup> Prägnant Prot. ADHGB, S. 746 und (in sachenrechtlichem Zusammenhang) Prot. ADHGB, S. 699; außerdem Prot. ADHGB, S. 684/685, 744 – 747, 1185.

Rechnung)<sup>32</sup> oder die Annäherung an die Stellvertretung (Handeln in fremdem Namen für fremde Rechnung).<sup>33</sup>



Rechtsprechung und Wissenschaft sind über den Vorschlag der pauschalen Angleichung entweder an das Selbsthandeln oder die Stellvertretung bislang nicht hinausgekommen.<sup>34</sup> Sofern die formale Trennung von Auftragsverhältnis und Ausführungsgeschäft unbillig erscheint, ist als dritter Weg lediglich das Ausweichen in die juristische Grauzone der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) zu verzeichnen.<sup>35</sup> Das bekannteste Beispiel einer solchen Durchbrechung aus Billigkeitsgründen ist die Drittschadensliquidation.

<sup>32</sup> So im Ausgangspunkt explizit SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 896, aber mit vielen Durchbrechungen (siehe insb. S. 604 – 619); besonders nachdrücklich LEHMANN, in: Düringer/Hachenburg, HGB, 3. Aufl., 1932, § 383 Anm. 6 (S. 658 – 660) (hierzu nachfolgend Fn. 60); in der Tendenz ähnlich die übrigen Kritiker (ebd.) einer Annäherung an das Stellvertretungsrecht, insb. LEPTIEN, in: Soergel, BGB, 13. Aufl., 1999, Vor § 164 Rdn. 34.

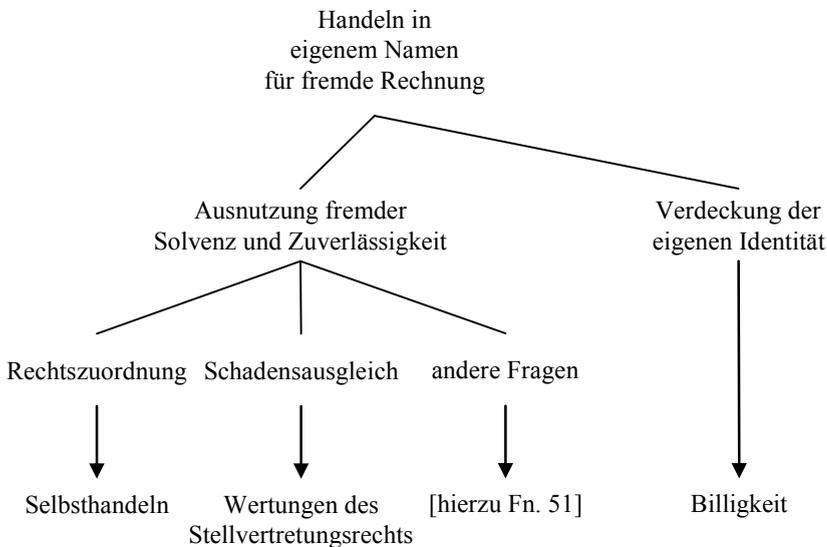
<sup>33</sup> Insb. MÜLLER-ERZBACH (Fn. 2); MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., 1928, S. 163 – 167 und JUNKER, Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht, 1991 sowie tendenziell die (nicht zur Beratung gelangten) Vorschläge §§ b – d (mitgeteilt in Prot. II, S. 360/361 Fn. 1).

<sup>34</sup> Treffend CANARIS, NJW 1982, 305, 308 („So schwankt die Lehre von der mittelbaren Stellvertretung zwischen Extremen, die beide gleichermaßen unbefriedigend sind.“); am differenziertesten wohl SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 618 Abs. 4 (siehe aber Fn. 32).

<sup>35</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 20 sowie HAUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 59 a. E. und HEFERMEHL (Fn. 14), § 383 Rdn. 33 a. E.; zurückhaltender KRÜGER (Fn. 14), § 383 Rdn. 44.

Mit diesem Beitrag wird dafür plädiert, den gordischen Knoten zwischen formeller Rechtslage und materieller Interessenlage zu durchschlagen und einen Mittelweg zu beschreiten: Da der Beauftragte (Kommissionär) in eigenem Namen handelt, ist daran festzuhalten, daß zwischen Auftraggeber (Kommittent) und Drittem keine direkten Rechtsbeziehungen entstehen. Gleichzeitig sollten die Augen nicht davor verschlossen werden, daß eine Geschäftsbesorgung für Rechnung eines anderen vorliegt. Als Lösung wird deshalb vorgeschlagen, die Wertungen des Stellvertretungsrechts insoweit auf das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung zu übertragen, wie sie den Interessen der Beteiligten und des Rechtsverkehrs entsprechen.

Ausgangspunkt des Lösungsansatzes ist eine doppelte Differenzierung:



Auf der ersten Ebene wird danach unterschieden, auf Grund welcher Motive sich des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung bedient wird. Bezweckt der Geschäftsherr die Verdeckung seiner Identität, so wird eine einzelfallabhängige Billigkeitsentscheidung getroffen (wie bislang für alle Fälle des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung). Wird der Mittelsmann dagegen aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet, so schließt sich eine zweite Differenzierung an: Das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung wird nicht als Ganzes einem bestimmten Regelungsregime unterstellt (etwa dem Recht der Stellvertretung oder des Selbsthandelns), sondern für jeden Problembereich eine

adäquate Lösung gesucht. Für den Schadensausgleich sind dies die Wertungen des Stellvertretungsrechts.

### 3. Begründung

In diesem Unterabschnitt werden die Einzelelemente des Vorschlags begründet und gegen mögliche Einwände verteidigt. Daß der Lösungsansatz zu sachgerechten Ergebnissen führt, wird im dritten Abschnitt für die fünf wichtigsten Einzelfragen des Schadensausgleichs gezeigt.

*a) Differenzierung nach der Motivation.* Der erste Schritt des Vorschlags besteht darin, beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nach der Motivation der Zwischenschaltung des Beauftragten (Kommissionärs) zu differenzieren.

*(1) Motivation des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung.* Um die Motive zum Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung freizulegen, bedarf es einer typisierenden Herausarbeitung der Vorzüge dieser Form der Geschäftsbesorgung gegenüber der Stellvertretung.<sup>36</sup>

*(a) Solvenz und Zuverlässigkeit.* Das heute praktisch wichtigste Motiv der Zwischenschaltung eines in eigenem Namen für fremde Rechnung handelnden Mittelsmanns ist die Ausnutzung seiner Solvenz und Zuverlässigkeit (seines „Kredits“). Wenn es sich bei dem Beauftragten (Kommissionär) um einen professionellen Geschäftsbesorger handelt, etwa ein Handelsunternehmen oder ein Kreditinstitut, hat dies gegenüber der Stellvertretung erhebliche Vorteile: Erstens müssen Auftraggeber (Kommittent) und Dritter allein die Solvenz des Mittelsmanns prüfen, statt bei jedem einzelnen Geschäft vorab die Vermögensverhältnisse der jeweiligen Gegenseite zu ermitteln. Zweitens können sich beide bei Vertragsstörungen an den Mittelsmann halten, so daß sie weder den anderen verklagen müssen noch von diesem verklagt werden können. Drittens bedarf ein in eigenem Namen handelnder Mittelsmann keiner Vertretungsmacht, so daß sich ihre Erteilung, ihr Nachweis und ihre Überprüfung erübrigen. Viertens vereinfacht die Begrenzung des Geschäftskontakts auf wenige Personen den Abschluß, die Erfüllung und die Durchsetzung der Verträge im Ausführungsgeschäft:

<sup>36</sup> Überblicke bei GRÜNHUT, *Commissionshandel* (Fn. 14), S. 35 – 39 und SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 563 – 566; zur historischen Entwicklung insb. (überblicksartig) GRÜNHUT, ebd. S. 1 – 30; NUBBAUM, *Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht*, 1917, S. 1 – 31 und SCHMIDT-RIMPLER, ebd., S. 543 – 563 sowie (monographisch) SCHMIDT-RIMPLER, *Geschichte des Kommissionsgeschäfts in Deutschland*, Band I, 1915 (unvollendet) und, als vorläufiger Schlußpunkt der Diskussion um die Abgrenzung zu den (Handels-) Gesellschaften, SILBERSCHMIDT, *Beteiligung und Teilhaberschaft*, 1915; in größerem zeitlichen und sachlichen Kontext HAMMEN, in: FS Kümpel, 2003, S. 205 – 217.

faktisch dadurch, daß sich alles unter professionellen Marktteilnehmern abspielt, und rechtlich dadurch, daß Handelsrecht Anwendung findet.

Es sind mithin *markttechnische* Gründe, welche insoweit die Zwischenschaltung des Mittelsmanns motivieren. Sowohl Geschäftsherr als auch Dritter profitieren hiervon, so daß sich häufig nicht sagen läßt, von wem die Zwischenschaltung wirtschaftlich (also nicht formell) ausgeht.

(b) *Geheimhaltung*. Das zweite mögliche Motiv der Zwischenschaltung eines in eigenem Namen für fremde Rechnung handelnden Mittelsmanns ist zu verdecken, auf wessen Rechnung das Geschäft geschlossen wird. Im Wege der Stellvertretung läßt sich die Identität des Auftraggebers (Kommittenten) grundsätzlich nicht verbergen, weil die Person des Vertretenen deutlich werden muß (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Von dieser Wertentscheidung zugunsten der Offenkundigkeit des Fremdhandelns („stellvertretungsrechtliches Offenkundigkeitsprinzip“) haben Gesetzgebung,<sup>37</sup> Rechtsprechung<sup>38</sup> und Lehre<sup>39</sup> zu Recht lediglich zurückhaltend Ausnahmen zugelassen.<sup>40</sup> Bei Beauftragung eines Mittelsmanns aus Geheimhaltungsgründen liegen diese Voraussetzungen regelmäßig nicht vor, da es sich typischerweise gerade um Konstellationen handelt, in welchen der Dritte auf die Person des Vertragspartners Wert legt.

Es sind mithin *individuelle* Gründe, welche die Zwischenschaltung des Mittelsmanns in diesen Fällen motivieren.

(c) *Nicht Dienstleistung und Sachkunde*. Kein eigenständiges Motiv der Zwischenschaltung eines in eigenem Namen für fremde Rechnung handelnden Mittelsmanns ist, sich seiner Dienstleistung und Sachkunde zu bedienen.<sup>41</sup> Denn von beidem ließe sich ebenso im Wege der Stellvertretung profitieren. In der Praxis kann das Eigeninteresse des Mittelsmanns allerdings dazu führen, daß er seine Tätigkeit nur als in eigenem Namen handelnder Geschäftsbesorger anbietet, damit Geschäftsherr und Dritter einander nicht bekannt werden und in Zukunft direkt abschließen.

(d) *Effektenkommission als wichtigster Anwendungsfall*. Die größte praktische Bedeutung hat das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung

<sup>37</sup> Vor allem §§ 129 Abs. 2 Satz 1, 135 Abs. 4 Satz 2 AktG.

<sup>38</sup> Zuletzt insb. BGH (25.3.2003 – XI ZR 224/02), BGHZ 154, 276 – 282.

<sup>39</sup> Überblicke bei BORK, BGB AT, 2. Aufl., 2006, Rdn. 1396 – 1414; FLUME, BGB AT, Band II, 4. Aufl., 1992, § 44 II (S. 765 – 775); LARENZ/WOLF, BGB AT, 9. Aufl., 2004, § 46 Rdn. 22/23 bzw. Rdn. 37 – 44 und MEDICUS, BGB AT, 9. Aufl., 2006, Rdn. 905 – 922; ideengeschichtliche Grundlagen bei SCHMOECKEL (Fn. 21), §§ 161 – 181 Rdn. 12 – 16.

<sup>40</sup> Nicht überzeugend z. B. OHR, AcP 150 (1949), 525 – 532 und GRZIBEK, Direkte Rechtsbeziehungen bei der verdeckten Stellvertretung, 2004.

<sup>41</sup> Anders z. B. LARENZ/WOLF (Fn. 39), § 46 Rdn. 49, wo Gründe der Solvenz und Zuverlässigkeit nicht einmal erwähnt werden.

bei der Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten.<sup>42</sup> Die sog. Effektenkommission ist deshalb der Lackmустest dafür, ob sich der Vorschlag einer Differenzierung nach der Motivation der Zwischenschaltung des Mittelsmanns in der Praxis bewähren kann oder ob sich die Beweggründe der Parteien nicht hinreichend identifizieren lassen.

Die Beauftragung eines Effektenkommissionärs kann sowohl der Ausnutzung seiner Solvenz und Zuverlässigkeit als auch der Verdeckung der eigenen Identität dienen. Bei größeren Transaktionen vereiteln jedoch die kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten (etwa §§ 21 Abs. 1 Satz 1, 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG) die Tarnung, welche das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung bieten könnte. Der entscheidende Beweggrund der Effektenkommission ist deshalb regelmäßig nicht der Wunsch nach Anonymität, sondern die Ausnutzung der Solvenz und Zuverlässigkeit des Kommissionärs.<sup>43</sup> Von wem die Wertpapiere stammen beziehungsweise an wen sie gehen, ist den Parteien typischerweise einerlei; ihnen kommt es darauf an, daß die Geschäfte zuverlässig erfüllt und abgewickelt werden.

Evident ist der Wille zur Ausnutzung der Solvenz und Zuverlässigkeit in dem (zugegebenermaßen seltenen) Fall, daß der Kommittent vom Kommissionär Vollmacht erhält, Ausführungsgeschäfte im Namen des Kommissionärs abzuschließen (eine Art „Handeln in fremdem Namen für eigene Rechnung“).<sup>44</sup> Im übrigen wird die von markttechnischen Gründen bestimmte Motivation der Effektenkommission daran deutlich, daß zum

<sup>42</sup> Wichtigste Darstellungen und Untersuchungen: BREIT, in: Centr. Komm., BörsG, 1909, Anhang; NUBBAUM, BörsG, 1910, Anhang II; DALWIGK ZU LICHTENFELS, Das Effektenkommissionsgeschäft, 1975; HOPT, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975; HEFERMEHL (Fn. 14), Anhang zu § 406, Teil I; SCHNEIDERS, Anlegerschutz im Recht der Effektenkommission, 1977; CANARIS, in: Großkomm., HGB, 3. Aufl., Bankvertragsrecht (2. Bearb.), 1981, Abschn. 16; EKKENGA, in: Münchener Komm., HGB, 2001, Band V: Effektingeschäft; KÜMPEL, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2004, Abschn. 10; GÖHMANN, Die Verhaltenspflichten von Banken gegenüber ihren Kunden bei der Durchführung von Effektingeschäften, 2006; G. ROTH, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., 2007, §§ 10/11.

<sup>43</sup> Zu diesen markttechnischen Gründen KÜMPEL, WM 1993, 2025, 2025/2026; KÜMPEL (Fn. 42), Rdn. 10.6 und 10.71; in diesem Sinne wohl auch EKKENGA (Fn. 42), Rdn. 52; ebenso bereits FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1266, 1267, 1269, 1270; entwicklungsgeschichtlich SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 554/555; eine Kontaktaufnahme zwischen Kommittent und Drittem zu vermeiden (so KÜMPEL [Fn. 42]), Rdn. 10.72 und offenbar PETERS, AcP 180 [1980], 329, 361 bei Fn. 113), ist angesichts der heutigen Informations- und Interessenlage der Beteiligten allenfalls ein nachrangiges Motiv (insb. im außerbörslichen Handel).

<sup>44</sup> Hintergrund dieser Konstruktion ist, daß jemand in bestimmten Handelskreisen verkehren möchte, von diesen aber nicht als Handelspartner akzeptiert wird. Dem kommissionsrechtlichen Schrifttum scheint diese (wohl nicht allzu verbreitete) Praxis unbekannt zu sein; eine Ausnahme ist SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 519 Abs. 5 (allgemein) und insb. S. 520 und 797 (Hopfenhandel/Viehhandel).

Börsenhandel ausschließlich Börsenhändler zugelassen sind (§ 19 BörsG)<sup>45</sup> und daß der Effektenkommissionär im Hinblick auf die individuelle Beauftragung gewöhnlich kaum Tätigkeiten entfaltet. Dank des technischen Fortschritts beschränkt sich seine Dienstleistung im wesentlichen auf die Bereitstellung der Infrastruktur und, im außerbörslichen Handel, das Aushandeln allgemeiner Vertragsbedingungen für das Ausführungsgeschäft. Den konkreten Auftrag leitet der Effektenkommissionär ungesehen und voll automatisiert an den Handelsplatz oder den Handelspartner weiter. In einer vor drei Jahrzehnten erschienenen Monographie zur Effektenkommission heißt es insoweit treffend, dem Effektenkommissionär komme „lediglich eine Botenfunktion“ zu, er sei „gewissermaßen nur Briefträger zwischen den Kommittenten und dem amtlichen Kursmakler“.<sup>46</sup> In einem jüngeren Beitrag wird dies für die Gegenwart mit noch plastischeren Worten festgehalten und wiederum treffend vom „Briefträger“<sup>47</sup> gesprochen.<sup>48</sup>

Der Vergleich mit dem Postboten ist deshalb bemerkenswert, weil der Überbringer einer fremden Nachricht eine Willenserklärung weder in eigenem noch in fremdem Namen abgibt, sondern lediglich eine fremde übermittelt. Bei der Effektenkommission ließe sich deshalb vielleicht noch weiter gehen und der Schadensausgleich nicht nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts, sondern des Selbsthandelns des Kommittenten vollziehen.<sup>49</sup> Im Interesse einer allgemeinen Lösung des Schadensausgleichs im Kommissionsrecht und beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung sowie zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten erscheint es jedoch vorzugswürdig, einheitlich das Stellvertretungsrecht zum Vorbild zu nehmen. Außerdem ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen regelmäßig, daß der Effektenkommissionär eine eigene Willenserklärung abgeben möchte.

(e) *Beweislast bei Abgrenzungsschwierigkeiten.* Für die praktische Anwendbarkeit des Lösungsansatzes ist es von großer Bedeutung, wie in

<sup>45</sup> In der Praxis wird das Ausfallrisiko oft noch weiter reduziert („Zentraler Kontrahent“).

<sup>46</sup> DALWIGK ZU LICHTENFELS (Fn. 42), S. 17; ferner S. 24 („Botenfunktion“).

<sup>47</sup> KÖNDGEN, in: FS Canaris, Band II, 2007, S. 183, 185 („Im heute keineswegs mehr exceptionellen Fall des limitierten Onlineauftrags mit Vorgabe des Handelsplatzes und Ausführung in Sekundenschnelle ist der Kommissionär nur noch technische Übermittlungsinstanz, ein Provider von Durchleitungsfazilitäten, den als Geschäftsbesorgung mit fiduziarischem Charakter zu bezeichnen grob irreführend wäre.“) und S. 195 („Dass die Kautelarpraxis gleichwohl den Zugangsintermediär zum Kommissionär machen will, verfehlt einmal mehr das Leitbild dieses Vertragstyps und degradiert die Kommission wiederum zur leeren Hülse.“) sowie für einen Sonderfall S. 194 („konzerninterner Briefträger“).

<sup>48</sup> Ferner in diesem Zusammenhang z. B. HERRMANN (Fn. 14), § 384 Rdn. 10 und FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1267 (li. und re. Sp.), 1270.

<sup>49</sup> Genau gegensätzlich ist der Ansatz (Fn. 32), das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung mit dem Selbsthandeln *des Mittelsmanns* gleichzustellen.

Fällen zu verfahren ist, in denen sich nicht sicher entscheiden läßt, aus welchem Grunde der Mittelsmann zwischengeschaltet wurde. Am sachgerechtesten erscheint es, demjenigen die Beweislast aufzuerlegen, der eine vom für das jeweilige Geschäft Typischen abweichende Motivation behauptet. Hat beispielsweise ein Kunde seine Bank zum Erwerb von Wertpapieren beauftragt, müßte der Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts beweisen, daß es dem Erwerber ausnahmsweise darauf ankam, am Markt nicht als Käufer identifiziert zu werden.

(2) *Notwendigkeit einer unterschiedlichen Behandlung.* Das stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip, dessen Inhalt und Reichweite sogleich näher dargelegt werden, verlangt eine unterschiedliche Behandlung der im Wege des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung vorgenommenen Geschäftsbesorgungen.

Mit der gesetzlichen Betonung der Offenkundigkeit des Fremdhandelns wäre es nämlich nicht zu vereinbaren, die Rechtsfolgen des Stellvertretungsrechts ohne weiteres auf Fälle zu erstrecken, in welchen die Person des Auftraggebers (Kommittenten) mit Bedacht geheimgehalten wird. Für die Verdeckungsfälle muß es deshalb bei dem bisherigen (allerdings pauschal auf alle Konstellationen bezogenen) Ansatz von Rechtsprechung und Lehre bleiben, einzelfallabhängig eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. Ein wichtiges Entscheidungskriterium wird hierbei sein, ob und inwieweit die Geheimhaltungsgründe zu mißbilligen sind („Strohmanngeschäfte“) oder nicht („Verfolgung legitimer Geheimhaltungsinteressen“). Zu einer vollständigen Übernahme der Ergebnisse des Stellvertretungsrechts wird es in dieser Konstellation wegen des entgegenstehenden Informationsinteresses des Dritten wohl unter keinen Umständen kommen können. Etwa ist es schwer vorstellbar, in Geheimhaltungsfällen Vermögenseinbußen des Geschäftsherrn zu ersetzen, welche der Mittelsmann nicht erlitten hätte, wenn er für eigene Rechnung gehandelt hätte. Wo das Stellvertretungsrecht für den Dritten Vorteile bringt, werden sich seine Wertungen dagegen im Wege eines Erst-recht-Schlusses übertragen lassen, zum Beispiel wenn der Geschäftsherr von der Mangelhaftigkeit des auf seine Weisung hin erworbenen Gegenstands weiß (§ 166 Abs. 2 BGB).

b) *Differenzierung hinsichtlich der Rechtsfolgen.* Wird der in eigenem Namen für fremde Rechnung handelnde Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet, so ist nach dem Vorschlag dieses Beitrags in einem zweiten Schritt nochmals – hinsichtlich der Rechtsfolgen – zu differenzieren.

Selbst bei Beschränkung auf diese Konstellation erscheint es nämlich nicht sachgerecht, das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nach dem Recht entweder der Stellvertretung oder des Selbsthandelns zu

beurteilen. Vielmehr ist es zur Vermeidung der Wertungswidersprüche der bisherigen Pauschallösungen erforderlich, für jeden Problembereich eine adäquate Lösung zu suchen. Vom Ausgangspunkt der Drittschadensliquidation, deren gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätzen dieser Beitrag folgt, ist diese Differenzierung eine folgerichtige Weiterentwicklung. Denn für die Drittschadensliquidation wird weder allein das Recht der Stellvertretung (dann hätte der geschädigte Geschäftsherr einen eigenen Anspruch) noch des Selbsthandelns (dann käme es auf etwaige Schäden eines anderen nicht an) zugrundegelegt. Der Beitrag führt diesen Gedanken weiter, indem er an der grundsätzlichen Trennung von Innenverhältnis und Ausführungsgeschäft festhält,<sup>50</sup> aber die Einzelfragen des Schadensausgleichs nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts löst.<sup>51</sup>

*c) Übertragung der Wertungen des Stellvertretungsrechts.* Am Ende der beiden Differenzierungen steht als dritter Schritt der Vorschlag, den Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu vollziehen, sofern die Zwischenschaltung des Mittelsmanns aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit geschieht.

Die Orientierung an den Wertungen des Stellvertretungsrechts erfolgt auf die Weise, daß für Einzelfragen des Schadensausgleichs gefragt wird, welche Folgen sich ergäben, wenn der Geschäftsherr vertreten worden wäre und somit einen eigenen Ersatzanspruch erworben hätte. Die Ergebnisse werden auf das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung übertragen, sofern die Wertungen des Stellvertretungsrechts nicht gerade darin ihre Rechtfertigung finden, daß der Vertreter in fremdem Namen handelt.

*(1) Sachgerechtigkeit der Orientierung am Stellvertretungsrecht.* Das Stellvertretungsrecht ist der nächstliegende konzeptionelle Anknüpfungspunkt, um für das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung ein Regelungsregime zu entwickeln.

Aus der im zweiten Abschnitt skizzierten Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Kodifizierung des Kommissionsrechts im Handelsgesetzbuch läßt sich ableiten, daß dem Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung gegenüber der Stellvertretung kein Makel

<sup>50</sup> Im Ausgangspunkt ebenso, aber mit Ausnahmen Art. 3:301 – 3:304 PECL und Art. 2.2.4 PICC; weitergehend vor allem das englische Recht, hierzu REYNOLDS, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 18. Aufl., 2006, S. 372 – 389; rechtsvergleichend BUSCH, *Indirect Representation in European Contract Law*, 2005, insb. (zum Drittschaden) S. 37 – 43, 88 – 93, 137 – 139, 184/185, 214/215, 244 – 246.

<sup>51</sup> Wie andere Rechtsfragen (beispielsweise der Bereicherungsausgleich oder die Behandlung von Willensmängeln) zu beurteilen sind, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags und muß deshalb offenbleiben.

anhafte, sondern es eine von der Rechtsordnung ebenso anerkannte Form der Geschäftsbesorgung ist. Deshalb dürfen die Vorschriften über die Stellvertretung nicht in dem Sinne verstanden werden, daß ihre Rechtsfolgen *nur* für die Stellvertretung und *nicht* für das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung sachgerecht sind. Sofern und soweit sich keine Widersprüche zu den im Stellvertretungsrecht enthaltenen Wertungen ergeben, ist es vielmehr vorzugswürdig, sich für andere Formen der Geschäftsbesorgung an dem gesetzlich sanktionierten Regelungsregime zu orientieren, statt ein völlig neues Konzept zu entwickeln. So läßt sich der im Gesetz gefundene – und im Kontext der Geschäftsbesorgung bereits von den römischen Juristen betonte<sup>52</sup> – Ausgleich von Chancen und Risiken beziehungsweise von Vorteilen und Nachteilen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten auf das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung übertragen. Weder muß frei nach der „Interessenlage“ der Parteien entschieden (und die damit verbundene Beliebigkeit in Kauf genommen)<sup>53</sup> noch die dem Gesetz unbekanntes „Vertretung im Vertrauen“ erfunden werden.<sup>54</sup>

Speziell für das Verhältnis zwischen Kommittent, Kommissionär und Drittem wird die Annäherung an das Stellvertretungsrecht von der „berühmtesten“ Vorschrift des Kommissionsrechts (§ 392 Abs. 2 HGB) gestützt. Dort wird fingiert, daß die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft im Verhältnis zum Kommissionär und seinen Gläubigern als solche des Kommittenten gelten. Die Rechtslage wird damit der Stellvertretung angeglichen, als deren Folge alle Ansprüche unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vorschrift zeigt, daß sich Kommittent, Kommissionär und Dritter näher sind als die an einer Kaufkette Beteiligten,<sup>55</sup> und spricht deshalb für eine vorsichtige Übertragung der Wertungen des Stellvertretungsrechts auf das kommissionsrechtliche Dreipersonenverhältnis.<sup>56</sup> Ein Umkehrschluß gegen ein solches Vor-

<sup>52</sup> PAUL. SENT. 2.8.1: *sicut commoda sentimus ex actu praepositi institoris, ita et incommoda sentire debemus*; ähnlich ULP. Lib. XXVIII ad ed., DIG. 14.3.1.

<sup>53</sup> So aber der Vorschlag von MÜLLER-ERZBACH (Fn. 2).

<sup>54</sup> Wie von JUNKER (Fn. 33).

<sup>55</sup> Gegen die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation bei Kaufketten grundlegend BGH (10.7.1963 – VIII ZR 204/61), BGHZ 40, 91, 102 – 108; ferner z. B. BGH (26.11.1968 – VI ZR 212/66), BGHZ 51, 91, 94/95.

<sup>56</sup> Zur Nähebeziehung (allerdings aus Sicht des Kommittenten) vor allem BGH (8.10.1964 – II ZR 132/64), NJW 1965, 249 – 251. Ein aktuelles Beispiel ist die Prüfung der Vereinbarkeit von Vertragsbedingungen des kommissionsrechtlichen Ausführungsgeschäfts mit den guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 – 310 BGB), wo jeweils die Interessen des am Vertrag nicht beteiligten Kommittenten zu berücksichtigen sind (hierzu FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1273 – 1276 und KOCH, ZBB 2005, 265 – 273).

gehen läßt sich der Regelung (§ 392 Abs. 2 HGB) nicht entnehmen, weil mit ihr die Annäherung an das Stellvertretungsrecht weder sachlich<sup>57</sup> noch persönlich<sup>58</sup> abschließend geregelt werden soll.<sup>59</sup>

(2) *Vereinbarkeit mit dem Offenkundigkeitsprinzip.* Der Vorschlag, den Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu vollziehen, wenn der Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit eingeschaltet wird, setzt sich in Widerspruch zu früheren Plädoyers gegen eine Angleichung an die Stellvertretung.<sup>60</sup> Äußerungen mit entgegengesetzter Tendenz, die sich im allgemeinen Schrifttum<sup>61</sup> ebenso finden wie im (effekten)kommissionsrechtlichen Kontext,<sup>62</sup> machen jedoch deutlich, daß die Diskussion noch nicht abgeschlossen ist.

Hauptargument gegen eine Annäherung des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung an die Stellvertretung ist die in das Zentrum der gesetzlichen Regelung gestellte Offenkundigkeit des Fremdhandelns. Zweck des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips ist der Schutz des

<sup>57</sup> Einige der Streitpunkte zur sachlichen Reichweite wurden erneut deutlich, als die Kernvorschrift zum Refinanzierungsregister dem § 392 Abs. 2 HGB nachgebildet werden sollte (FLECKNER, WM 2004, 2051, 2062 – 2065 und hieran anschließend CANARIS [Fn. 14], § 30 Rdn. 84); die Gesetzesfassung (§ 22j Abs. 1 Satz 1 KWG) lehnt sich nicht an den Wortlaut des § 392 Abs. 2 HGB an (hierzu krit. FLECKNER, WM 2007, 2272 – 2280).

<sup>58</sup> Die Anwendung in sonstigen Fällen des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung wird seit langem (bereits in Prot. II, S. 360 – 365) diskutiert; für eine Analogie insb. MARTINEK, in: FS Musielak, 2004, S. 355, 364 – 382 sowie HAGER, AcP 180 (1980), 239, 249 – 251 und SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 611/612; dagegen insb. RG (14.6.1904 – VII 29/04), RGZ 58, 273, 276/277; RG (19.2.1914 – VII 448/13), RGZ 84, 214, 216 sowie CANARIS (Fn. 14), § 30 Rdn. 74; ENNECCERUS/NIPPERDEY (Fn. 2), § 179 III 2 (S. 1098); NUBBAUM (Fn. 36), S. 40.

<sup>59</sup> Im Bereich der Effektenkommission sorgen die Sondervorschriften des Depotgesetzes (insb. §§ 18, 32 DepotG) für eine weitere Annäherung an die Stellvertretung.

<sup>60</sup> So besonders nachdrücklich LEHMANN (Fn. 32), § 383 Anm. 6 (S. 658 – 660), welcher die Andersartigkeit des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung allerdings lediglich behauptet, jedoch nicht hinreichend begründet, *warum und in welcher Hinsicht* dadurch eine Annäherung ausgeschlossen wird. Zurückhaltend gegenüber Annäherungen GRÜNHUT, Commissionshandel (Fn. 14), S. 324 – 343; GRÜNHUT, in: Endemann (Fn. 14), S. 222 – 227; LEPTIEN (Fn. 32), Vor § 164 Rdn. 34; NEUBECKER, GrünhutsZ 36 (1909), 31 – 96; PETERS, AcP 180 (1980), 329, 352 – 354 sowie (keine grundsätzlichen konzeptionellen Ausführungen, aber im Ergebnis) BORK (Fn. 39), Rdn. 1306 – 1310; ENNECCERUS/NIPPERDEY (Fn. 2), § 179 (S. 1096 – 1104); MEDICUS (Fn. 39), Rdn. 883.

<sup>61</sup> Insb. HAGEN (Fn. 15), S. 255 (mit expliziter Bezugnahme auf den Schadensausgleich) sowie CANARIS, NJW 1982, 305, 307/308; HAGER, AcP 180 (1980), 239, 240 – 248; LARENZ/WOLF (Fn. 39), § 46 Rdn. 50 a. E.; SCHWARK, JuS 1980, 777 – 782; wohl auch SCHRAMM, in: Münchener Komm., BGB, 5. Aufl., 2006, Vor § 164 Rdn. 14 mit Fn. 26.

<sup>62</sup> KÜMPEL (Fn. 42), Rdn. 10.79.

Dritten sowie – was teils übersehen,<sup>63</sup> teils bestritten wird<sup>64</sup> – der Schutz der Gläubiger der Vertragsparteien und generell des Rechtsverkehrs.<sup>65</sup> Den Vorbehalten, die sich aus dem Offenkundigkeitsprinzip gegen eine generelle Erstreckung des Stellvertretungsrechts auf verdeckte Formen der Geschäftsbesorgung ergeben, begegnet dieser Beitrag mit seinen beiden Differenzierungen:

Als Folge der ersten Differenzierung werden die Wertungen des Stellvertretungsrechts nur dann auf das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung übertragen, wenn der Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet wird. Damit werden die Fälle ausgeschlossen, in denen es dem Auftraggeber (Kommittenten) um die Verdeckung seiner Identität geht. Auf solche Sachverhalte die Wertungen des Stellvertretungsrechts zu übertragen, widerspräche angesichts der bewußten Täuschung des Dritten der gesetzlichen Konzeption. Weil die Geheimhaltungsfälle ausgeschlossen werden, kann im übrigen aber darauf verzichtet werden, auf seiten des Dritten Kenntnis davon zu verlangen, daß der Mittelsmann nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung handelt und die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts deshalb eine andere Person im Hintergrund treffen. Es gibt nämlich grundsätzlich kein schützenswertes Interesse daran, daß allein der Vertragspartner die Leistung fordern (§ 398 BGB; § 354a HGB; § 22d Abs. 4 KWG) oder das Geleistete verwenden darf (§ 137 BGB). Bei bloß markttechnischer, also nicht zur Verdeckung eingesetzter Zwischenschaltung eines Mittelsmanns besteht kein Grund, hiervon eine Ausnahme zu machen.

In Konsequenz der zweiten Differenzierung wird die Annäherung an das Stellvertretungsrecht nicht pauschal für alle Rechtsfragen des Handelns in eigenem Namen für fremde Rechnung vorgenommen, sondern nur dort, wo dies mit den Interessen der Parteien und des Rechtsverkehrs vereinbar ist. Insbesondere werden dem Geschäftsherrn keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Dritten gewährt und kein Direkterwerb des im Ausführungsgeschäft Erlangten zugelassen. Die sachenrechtliche Zuordnung bleibt von der Annäherung an das Stellvertretungsrecht also unberührt, so daß das zweite Schutzziel des Offenkundigkeitsprinzips gewahrt wird.

(3) *Effektenkommission als wichtigster Anwendungsfall.* Für die Effektenkommission ist es in besonderer Weise angebracht, den Schadensaus-

<sup>63</sup> ENNECCERUS/NIPPERDEY (Fn. 2), § 179 III 3 c β (S. 1102); HAGER, AcP 180 (1980), 239 – 262 (*passim*), insb. 248 und 262; OHR, AcP 150 (1949), 525, 527.

<sup>64</sup> EINSELE, JZ 1990, 1005 – 1014, insb. 1006.

<sup>65</sup> Treffend Prot. II, S. 364; ferner RG (14.6.1904 – VII 29/04), RGZ 58, 273, 276 und RG (19.2.1914 – VII 448/13), RGZ 84, 214, 216; im Schrifttum insb. CANARIS, in: FS Flume, Band I, 1978, S. 371, 407 und CANARIS (Fn. 14), § 30 Rdn. 69 sowie K. SCHMIDT, JuS 1987, 425, 426, 429, 432 und K. SCHMIDT (Fn. 14), § 31 V 4 a (S. 898).

gleich nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu vollziehen. Denn im Wertpapierhandel hat der Dritte typischerweise generelle Kenntnis davon, daß sein Vertragspartner in steter Regelmäßigkeit für Rechnung eines anderen handelt.<sup>66</sup> In manchen Fällen, insbesondere im außerbörslichen Handel, wenn der Kunde über die Eingabemasken der Direktbank selbst Kurse anfordert,<sup>67</sup> weiß der Dritte sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, daß der Kommissionär für fremde Rechnung abschließt. Man könnte deshalb versucht sein, den Vertrag zwischen dem Effektenkommissionär und dem Dritten so auszulegen, daß eine Vereinbarung über eine Schadensregulierung nach der Person des Kommittenten vorliegt. Wer wie Rechtsprechung<sup>68</sup> und Lehre<sup>69</sup> mit der Figur einer „vereinbarten Drittschadensliquidation“ operiert,<sup>70</sup> sollte wenig Bedenken haben, diesen nächsten Schritt zu machen.

### III. Einzelfragen

In den folgenden fünf Unterabschnitten wird für die wichtigsten Einzelfragen des Schadensausgleichs beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung gezeigt, zu welchen Ergebnissen die Orientierung an den Wertungen des Stellvertretungsrechts führt.

<sup>66</sup> Da die Effektenkommission der praktisch wichtigste Fall der Kommission ist, kann es nicht überzeugen, wenn HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 46 und 60 meint, der Dritte werde „grundsätzlich von einem Eigengeschäft des Kommissionärs ausgehen“ und wisse „regelmäßig nicht, dass er mit einem Kommissionär kontrahiert“. Ebenfalls zu undifferenziert HAGER, AcP 180 (1980), 239, 262 und HEFERMEHL (Fn. 14), § 383 Rdn. 28. Richtig dagegen Prot. II, S. 364 und RG (19.2.1914 – VII 448/13), RGZ 84, 214, 216 sowie im gegenwärtigen Schrifttum insb. CANARIS (Fn. 14), § 30 Rdn. 74; ähnlich bereits Prot. ADHGB, S. 740.

<sup>67</sup> Zum Ablauf FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1265 – 1267.

<sup>68</sup> Vor allem RG (18.12.1942 – VII 65/42), RGZ 170, 246 – 252 und BGH (23.11.1954 – I ZR 78/53), BGHZ 15, 224 – 230; ferner z. B. BGH (7.8.1959 – VIII ZR 113/58), DB 1959, 1083, 1083; BGH (29.1.1969 – I ZR 18/67), NJW 1969, 789, 790; BGH (15.1.1974 – X ZR 36/71), NJW 1974, 502, 502.

<sup>69</sup> Grundlegend nunmehr KÖNDGEN, in: Karlsruher Forum 1998, 1999, S. 3, 27 – 31; zuvor z. B. VON CAEMMERER, ZHR 127 (1965), 241, 252 – 254, 274/275; HADDING, in: FS Werner, 1984, S. 165, 182 – 184; LANGE (Fn. 4), § 8 III 2 (S. 464/465); MERTENS (Fn. 15), Vor § 249 Rdn. 248; NEUNER, JZ 1999, 126, 133 – 135; OETKER (Fn. 15), § 249 Rdn. 295; SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu § § 249 ff. Rdn. 68.

<sup>70</sup> Zu Recht krit. SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 902/903 und CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 53.

### 1. Einbezogene Ersatzpflichten

In Rechtsprechung und Lehre ist es üblich, die Drittschadensliquidation für weitgefaßte Fallgruppen wie die „mittelbare Stellvertretung“ zu beurteilen.<sup>71</sup> Dieses Vorgehen ist bedenklich, weil es die Besonderheiten der jeweiligen Anspruchsnorm und des konkreten Schadenspostens vernachlässigt. Überzeugender ist es, im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob ein Ersatzanspruch ausnahmsweise geltend gemacht werden darf, obwohl nicht der Anspruchsinhaber, sondern ein Dritter die Vermögenseinbuße erlitten hat.

Liegen die jeweiligen Voraussetzungen vor, so kann vom Partner des Ausführungsgeschäfts grundsätzlich jede Art von Schaden ersetzt verlangt werden.<sup>72</sup> Keinem Zweifel unterliegt dies für Vermögenseinbußen wegen Nicht-,<sup>73</sup> Spät-<sup>74</sup> oder Schlechtleistung,<sup>75</sup> wegen unerlaubter Handlung<sup>76</sup> oder wegen sonstiger Pflichtverletzungen.<sup>77</sup> Weniger Gewißheit besteht für Vertrauensschäden des Auftraggebers (Kommittenten), weil ihre Geltendmachung bislang weder in Rechtsprechung<sup>78</sup> noch Schrifttum<sup>79</sup> ausführlicher thematisiert worden ist.

<sup>71</sup> Selbst ein Kritiker der Rechtsfigur wie PETERS, AcP 180 (1980), 329, 331 Fn. 3 wendet sich lediglich gegen „pauschale Lösungen für alle Fallgruppen gemeinsam“, aber meint, ein „Zugang zu der Problematik“ könne „nur über die einzelnen Fallgruppen gefunden werden“.

<sup>72</sup> Die Nachweise in Fn. 73 – 76 (sic!) unterliegen den in Fn. 8 genannten Einschränkungen.

<sup>73</sup> ROHG (28.10.1873 – 741/73), ROHGE 11, 256, 259/260; ROHG (9.4.1875 – 379/75), ROHGE 17, 78, 79; RG (23.3.1904 – I 498/03), RGZ 58, 39, 42; RG (29.1.1906 – I 363/05), RGZ 62, 331, 334/335; RG (16.5.1917 – V 30/17), RGZ 90, 240, 246; RG (17.4.1926 – I 283/25), RGZ 113, 250, 254.

<sup>74</sup> OAG Lübeck (20.1.1855), OAGE 2, 947, 950 – 956 (= auszugsweise) SeuffA 11 (1857), Nr. 36 (S. 47 – 49) und Nr. 84 (S. 109 – 111); RG (13.11.1897 – I 237/97), RGZ 40, 172, 174/175.

<sup>75</sup> ROHG (8.5.1877 – 12/77), ROHGE 22, 248, 253; RG (24.3.1884 – I 473/83), RGZ 12, 108, 112; RG (31.1.1891 – I 254/90), RGZ 27, 118, 125 – 128; RG (25.11.1897 – VI 182/97), RGZ 40, 187, 189 – 191; RG (30.1.1911 – I 24/10), RGZ 75, 169, 172; RG (11.5.1918 – I 324/17), RGZ 93, 39, 40; RG (6.12.1924 – I 99/24), RGZ 109, 288, 292/293; RG (15.1.1927 – I 171/26), RGZ 115, 419, 425; RG (26.6.1929 – I 17/29), RGZ 125, 76, 77; BGH (26.9.1957 – II ZR 267/56), BGHZ 25, 250, 258; BGH (10.4.1974 – I ZR 84/73), NJW 1974, 1614, 1616; BGH (21.5.1996 – XI ZR 199/95), BGHZ 133, 36, 41/42.

<sup>76</sup> RG (21.9.1915 – II 95/15), RGZ 87, 147, 150.

<sup>77</sup> RG (30.11.1926 – III 617/25), JW 1927, 1144 Nr. 6; BGH (8.12.1986 – II ZR 2/86), WM 1987, 581, 582; zurückhaltend RG (11.4.1934 – V 369/33), HRR 1934 Nr. 1277.

<sup>78</sup> Der BGH geht offenbar von einer Pflicht zum Ersatz des Drittvertrauensschadens aus, setzt sich aber nicht mit den Problemen der Drittschadensliquidation auseinander: BGH (25.6.2002 – XI ZR 239/01), WM 2002, 1687, 1689 (auszugsweise zitiert in Fn. 83); ebenso wohl LG Itzehoe (10.10.2003 – 7 O 40/03) (n. v.) und LG Nürnberg-Fürth (25.1.2007 – 10 O 8762/05), WM 2007, 2374, 2376.

<sup>79</sup> Einzig FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1268 – 1272 und im Anschluß hieran KRAMER, in: Münchener Komm., BGB, 5. Aufl., 2006, § 122 Rdn. 7 Fn. 30 sowie (ohne

Bedeutsam wird die Ersatzfähigkeit von Drittvertrauensschäden insbesondere bei zwei Anspruchsgrundlagen: erstens, wenn der Partner des Ausführungsgeschäfts seine Willenserklärung anfechtet (§ 122 Abs. 1 BGB); zweitens, wenn er im Namen eines Vierten handelt und nicht weiß, daß er keine Vertretungsmacht hat (§ 179 Abs. 2 BGB).<sup>80</sup> Während die praktische Relevanz des zweiten Falls vermutlich gering ist, weil der Vertragspartner des Effektenkommissionärs regelmäßig in eigenem Namen handelt (als Zentraler Kontrahent, als Kommissionär, als Eigenhändler, als Betreiber des außerbörslichen Handelssystems oder als Emittent), ist der erste Fall höchst aktuell: In den Auseinandersetzungen um die Aufhebung von Geschäften zu nicht marktgerechten Preisen (Mistrades) im außerbörslichen Handel,<sup>81</sup> die mittlerweile zu mehreren Gerichtsentscheidungen und einer Vielzahl außergerichtlicher Einigungen geführt haben,<sup>82</sup> ist der Ersatz der Vertrauensschäden des Kommittenten eine der zentralen Streitfragen.<sup>83</sup>

Wird der Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet, sind Drittvertrauensschäden nach der in diesem Beitrag entwickelten Lösung grundsätzlich ersatzfähig: Bei Vorliegen von Stellvertretung müßte der Dritte den Vertrauensschaden des Vertretenen ersetzen, weil die angefochtene Erklärung ihm gegenüber „abzugeben“ war (§ 122 Abs. 1 BGB) beziehungsweise weil er der „andere Teil“ (§ 179 Abs. 2 BGB) war (§ 164 Abs. 3 BGB).

## 2. Einbezogene Schäden

Konzeptioneller Ausgangspunkt der heutigen Lehre von der Drittschadensliquidation sind Schäden, die ein Dritter *anstelle* des Vertragspartners des

Stellungnahme) HEINRICHS/ELLENBERGER, in: Palandt, BGB, 67. Aufl., 2008, § 122 Rdn. 2 und PALM, in: Erman, BGB, 12. Aufl., 2008, § 122 Rdn. 2.

<sup>80</sup> Die Erstreckung der Haftung wegen *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs. 2 BGB) auf Drittschäden (Beispielsfall: HOPT/MÖSSLE/SCHMITT [Fn. 1], Rdn. 793) wirft zahlreiche Probleme auf, denen hier nicht nachgegangen werden kann.

<sup>81</sup> Zur Problematik FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263 – 1278; KOCH, ZBB 2005, 265 – 273; GÖHMANN (Fn. 42), S. 214 – 217.

<sup>82</sup> LG Düsseldorf (30.10.1998 – 15 O 60/98) (n. v.); OLG Düsseldorf (27.1.2000 – 6 U 168/98), RIW 2001, 226 – 228; BGH (4.10.2000 – XI ZR 53/00) (Nichtannahmebeschluß, n. v. [ohne Begr.]). LG München I (14.9.2000 – 6 O 5426/00) (n. v.); OLG München (26.4.2001 – 19 U 5248/00) (n. v.); BGH (25.6.2002 – XI ZR 239/01), WM 2002, 1687 – 1689. LG Itzehoe (10.10.2003 – 7 O 40/03) (n. v.); OLG Schleswig (9.1.2004 – 5 U 130/03), WM 2004, 1280 – 1282. LG Itzehoe (12.1.2006 – 7 O 292/05) (n. v.). LG Nürnberg-Fürth (25.1.2007 – 10 O 8762/05), WM 2007, 2374 – 2376; Berufungsverfahren anhängig beim OLG Nürnberg (6 U 468/07). LG Frankfurt a. M. (20.5.2008 – 2 - 19 O 370/07) (n. v.).

<sup>83</sup> Der BGH spricht von einer „Schadensersatzpflicht entsprechend § 122 BGB“ bzw., aus entgegenesetztem Blickwinkel, von einem „dem § 122 BGB entsprechende[n] Schadensersatzanspruch“ (BGH [25.6.2002 – XI ZR 239/01], WM 2002, 1687, 1689).

Schädigers erleidet (Grundsatz der Schadensverlagerung).<sup>84</sup> So betont der Bundesgerichtshof die Notwendigkeit „einer typischen Schadensverlagerung, wie sie die Rechtsprechung namentlich beim Kommissions- und Speditionsgeschäft bejaht hat“,<sup>85</sup> und läßt die Ersatzfähigkeit an der fehlenden Verlagerung scheitern.<sup>86</sup> Diese Ein-Schaden-Doktrin<sup>87</sup> scheint den Ersatz von Vermögenseinbußen auszuschließen, welche dem Auftraggeber (Kommittenten) unmittelbar entstehen oder der Beauftragte (Kommissionär) selbst zu tragen hat. Beispiel für ersteres sind entgangene Gewinne des Geschäftsherrn, für letzteres Aufwendungen, welche dem Mittelsmann nach den Vereinbarungen im Innenverhältnis nicht zu erstatten sind.<sup>88</sup>

Ob solche Schäden ersatzfähig sind, ist in Rechtsprechung und Wissenschaft noch nicht hinreichend geklärt. Das Reichsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen die Formulierung verwendet, der Mittelsmann könne Schadensersatz verlangen „nicht nur wie er ihm persönlich, sondern auch weiter wie er seinem Auftraggeber erwachsen“ sei.<sup>89</sup> Aus dem Kontext ist

<sup>84</sup> Grundlegend TAGERT, Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938, S. 35 – 37; zur rechtsdogmatischen Bedeutung dieses Kriteriums insb. CANARIS (Fn. 70), S. 156 – 159; CANARIS, JZ 1968, 494, 499/500; JUNKER (Fn. 33), S. 6/7, 32/33; NEUNER, JZ 1999, 126, 130 – 132; krit. zum Kriterium der Schadensverlagerung HADDING (Fn. 69), S. 165, 180 – 182; KÖNDGEN (Fn. 69), S. 3, 14, 39, 44; SELB, Schadensbegriff und Regreßmethoden, 1963, S. 41 – 49; SELB, NJW 1964, 1765, 1766/1767.

<sup>85</sup> BGH (21.5.1996 – XI ZR 199/95), BGHZ 133, 36, 42.

<sup>86</sup> BGH (21.5.1996 – XI ZR 199/95), BGHZ 133, 36, 41/42; die Schadensverlagerung betonend ferner BGH (10.7.1963 – VIII ZR 204/61), BGHZ 40, 91, 100; BGH (12.7.1968 – V ZR 14/67), DB 1968, 2168, 2169; BGH (26.11.1968 – VI ZR 212/66), BGHZ 51, 91, 93; BGH (8.12.1986 – II ZR 2/86), WM 1987, 581, 582; BGH (4.12.1997 – IX ZR 41/97), NJW 1998, 1864, 1865; BGH (18.5.1999 – XI ZR 219/98), BGHZ 141, 380, 384.

<sup>87</sup> Am deutlichsten im Sinne der hier gewählten schlagwortartigen Verkürzung BGH (10.7.1963 – VIII ZR 204/61), BGHZ 40, 91, 106 („Es darf nur *ein* Schaden entstanden sein, der, wenn der Anspruchsberechtigte auch der Träger des geschützten Rechtsguts wäre, in dessen Person erwachsen wäre. Der Dritte tritt als Geschädigter *statt* des Anspruchsberechtigten auf ...“) und BGH (26.11.1968 – VI ZR 212/66), BGHZ 51, 91, 95 („Zudem setzt Drittschadensliquidation voraus, daß nur *ein* Schaden entstanden ist, der sich, wäre nicht ‚zufällig‘ ein Dritter Träger des geschützten Rechtsgutes, bei dem Gläubiger ausgewirkt hätte. Von einer solchen ‚Verlagerung‘ des Schadens kann hier nicht gesprochen werden. Dieser ist hier sowohl tatsächlich wie rechtlich ... [sc. beim Dritten] eingetreten, während er bei einer echten Schadensverlagerung tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, beim Gläubiger eintritt.“) (Hervorhebungen im Original mittels Sperrung).

<sup>88</sup> Die Vorschriften über den Aufwendungsersatz (§ 670 BGB; §§ 675 Abs. 1, 670 BGB; §§ 675 Abs. 1, 670 BGB, § 396 Abs. 2 HGB) sind dispositiv: BEUTHIEN, in: Soergel, BGB, 12. Aufl., 2000, § 670 Rdn. 12; MARTINEK (Fn. 15), § 670 Rdn. 5; SEILER, in: Münchener Komm., BGB, 4. Aufl., 2005, § 667 Rdn. 4 sowie z. B. KOLLER (Fn. 14), § 396 Rdn. 24, 30.

<sup>89</sup> Insb. RG (23.3.1904 – I 498/03), RGZ 58, 39, 42; RG (29.1.1906 – I 363/05), RGZ 62, 331, 334/335 (Abweichung nur in der Interpunktion); RG (16.5.1917 – V 30/17), RGZ 90, 240, 246 (leicht verändert); RG (11.5.1918 – I 324/17), RGZ 93, 39, 40 (leicht verändert); RG (6.12.1924 – I 99/24), RGZ 109, 288, 292/293 (leicht verändert); RG (30.11.1926 – III

zu vermuten, daß hiermit eine kumulative Geltendmachung der Vermögens-einbußen gemeint ist.<sup>90</sup> Das Schrifttum hat die Problematik bislang nicht als vertiefungswürdig erkannt, sondern bejaht in dieser Konstellation ganz überwiegend<sup>91</sup> die Ersatzfähigkeit beider Schadensposten.<sup>92</sup> Der Bundesgerichtshof hat die Formulierung des Reichsgerichts weder aufgegriffen noch ausdrücklich aufgegeben, deutet mit der Ein-Schaden-Doktrin allerdings eine ablehnende Haltung an.

Wird der Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet, erscheint es nach den Überlegungen dieses Beitrags sachgerecht, alle Schäden des Geschäftsherrn, gleichviel ob unmittelbar selbst erlitten oder auf ihn verlagert, entsprechend den Wertungen des Stellvertretungsrechts grundsätzlich zu ersetzen. Anders sieht es hinsichtlich der Eigenschäden des Mittelsmanns aus: Wäre er als Stellvertreter aufgetreten, besäße er keinen vertraglichen Ersatzanspruch gegenüber dem Dritten, weil er nicht Partei des von ihm abgeschlossenen Geschäfts wäre, und müßte sich zum Ausgleich seiner Vermögenseinbußen an den Geschäftsherrn halten. Wird dies auf das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung übertragen, aber gleichzeitig als grundlegende Abweichung berücksichtigt, daß der Mittelsmann selbst Anspruchsinhaber ist, so kann er vom Dritten nur insoweit Ersatz verlangen wie im Innenverhältnis vom Geschäftsherrn.

617/25), JW 1927, 1144 Nr. 6 (umformuliert); RG (8.5.1939 – IV 236/38), DJ 1939, 1439, 1442 (umformuliert); ähnlich bereits RG (25.11.1897 – VI 182/97), RGZ 40, 187, 189.

<sup>90</sup> Am deutlichsten RG (6.12.1924 – I 99/24), RGZ 109, 288, 292/293 und RG (8.5.1939 – IV 236/38), DJ 1939, 1439, 1442.

<sup>91</sup> CANARIS, JZ 1968, 494, 499 Fn. 46 a. E.; CANARIS, NJW 1982, 305, 307; ESSER/SCHMIDT (Fn. 15), § 34 IV 1 b (S. 266); HAGEN (Fn. 15), S. 253; MERTENS (Fn. 15), Vor § 249 Rdn. 259; i. E. ähnlich (aber auf anderer konzeptioneller Grundlage) PETERS, AcP 180 (1980), 329, 358; wohl auch LARENZ (Fn. 4), § 27 IV b 3 (S. 466 Fn. 122).

<sup>92</sup> A. A. BERG, MDR 1969, 613, 616 Fn. 51; BERG, JuS 1977, 363, 366; unklar VON CAEMMERER, ZHR 127 (1965), 241, 256/257 und LANGE (Fn. 4), § 8 III 4 (S. 468 mit Fn. 64/65) sowie, weil in (zumindest scheinbarem) Widerspruch zu anderen Äußerungen (Fn. 91), CANARIS, JZ 1965, 475, 478 Fn. 27 und CANARIS (Fn. 42), Rdn. 26, 45, 93, 216, 365, 396, 796.

### 3. Umfang des Ersatzanspruchs

Die Rechtsprechung,<sup>93</sup> der Geehrte,<sup>94</sup> die übrige kommissionsrechtliche Literatur<sup>95</sup> und der überwiegende Teil des allgemeinen Schrifttums<sup>96</sup> bestimmen den ersatzfähigen Drittschaden nicht nach der Person des schadenslosen Anspruchsinhabers (Beauftragten/Kommissionärs), sondern des anspruchlos Geschädigten (Auftraggebers/Kommittenten).<sup>97</sup> Nach abweichender Auffassung soll die Drittschadensliquidation dagegen auf die typische oder hypothetische Vermögenseinbuße in der Person des schadenslosen Anspruchsinhabers begrenzt sein.<sup>98</sup> Es handelt sich hierbei um eine folgenreiche Meinungsverschiedenheit, denn der Schaden wegen Nicht-, Spät- oder Schlechtleistung, wegen unerlaubter Handlung oder wegen Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens ist für unterschiedliche Personen häufig verschieden hoch (vor allem bei Lieferketten mit Handelsspannen).

Gerade für den Umfang des ersatzfähigen Schadens erweist es sich als sinnvoll und sachgerecht, nach der Motivation der Zwischenschaltung des

<sup>93</sup> Am deutlichsten RG (23.3.1904 – I 498/03), RGZ 58, 39, 42 („das ihm materiell fremde Interesse“); RG (15.1.1927 – I 171/26), RGZ 115, 419, 425 („das Interesse seines Auftraggebers“); BGH (23.11.1954 – I ZR 78/53), BGHZ 15, 224, 228 („Ersatz des seinem Geschäftsherrn erwachsenen Schadens“); BGH (14.7.1972 – I ZR 33/71), VersR 1972, 1138, 1139 („Ersatz des Drittinteresses“) mit 1140 (Ersatz „nach Maßgabe der allgemeinen Haftungsvorschriften ohne Einschränkung“); ebenso ist wohl die „auch“-Formel (Fn. 89 und zugehöriger Text) des Reichsgerichts zu verstehen; offengelassen in BGH (29.1.1968 – II ZR 18/65), BGHZ 49, 356, 361/362.

<sup>94</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 21.

<sup>95</sup> CANARIS (Fn. 14), § 30 Rdn. 86; HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 58; KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 73; K. SCHMIDT (Fn. 14), § 31 V 1 b aa (S. 888); SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 905; offenbar krit. W.-H. ROTH (Fn. 14), § 383 Rdn. 16.

<sup>96</sup> ESSER/SCHMIDT (Fn. 15), § 34 IV 1 b (S. 266); HAGEN (Fn. 15), S. 253 – 255; HAGER, AcP 180 (1980), 239, 243 Fn. 19; HUBER, Leistungsstörungen, Band II, 1999, § 33 II 3 (S. 116) und § 39 III 2 c (S. 287); LANGE (Fn. 4), § 8 III 4 (S. 468/469); LARENZ (Fn. 4), § 27 IV b 3 (S. 465/466); MERTENS (Fn. 15), Vor § 249 Rdn. 259 (widersprüchlich zu Rdn. 252 einerseits und Rdn. 250, 251, 256 andererseits); MÜLLER-ERZBACH, GrünhutsZ 36 (1909), 225, 242; OETKER (Fn. 15), § 249 Rdn. 286; SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 70; SCHWENZER, AcP 182 (1982), 214, 232 – 234; TÄGERT (Fn. 84), S. 36; ebenso wohl der nicht zur Beratung gelangte Antrag in Prot. II, S. 360/361 Fn. 1 (unter § d).

<sup>97</sup> Der häufig anzutreffende Hinweis auf die Vorschriften über das Mitverschulden (hierzu nachfolgend III. 4.) ändert nichts am konzeptionellen Ausgangspunkt dieser Auffassung, sondern eröffnet nur eine Korrekturmöglichkeit auf nachgelagerter Ebene.

<sup>98</sup> Grundlegend PETERS, AcP 180 (1980), 329 – 372 (speziell zur „mittelbaren Stellvertretung“ 350 – 364); ferner insb. GRUNSKY, in: Münchener Komm., BGB, 3. Aufl., 1994, Vor § 249 Rdn. 119; KÖNDGEN (Fn. 69), S. 3, 39/40; LANGENBUCHER/ADOLFF, in: FS Canaris, Band I, 2007, S. 679, 694/695; NEUNER, JZ 1999, 126, 131/132; SEETZEN, AcP 169 (1969), 352, 361/362; ebenso offenbar THÜSING (Fn. 7), S. 463.

Mittelsmanns zu unterscheiden.<sup>99</sup> Ein dieser Differenzierung entgegenstehendes Gewohnheitsrecht dürfte sich mangels allgemeiner Akzeptanz des personellen Bezugspunkts noch nicht gebildet haben.<sup>100</sup> Ebenso wenig kann aus der grundsätzlich freien Veräußerbarkeit von Forderungen ein durchschlagendes Argument gegen betragsmäßige Grenzen der Drittschadensliquidation abgeleitet werden.<sup>101</sup> Zwar bestimmen die Rechtsprechung<sup>102</sup> und der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>103</sup> den Schaden nach Abtretung der zugrundeliegenden Forderung grundsätzlich nach der Person des Erwerbers, so daß es unter diesem Gesichtspunkt (besonders in Verbindung mit § 392 Abs. 2 HGB) folgerichtig wäre, auf die Person des Auftraggebers (Kommittenten) abzustellen. Ob allerdings der Ausgangspunkt richtig ist, erscheint so fraglich,<sup>104</sup> daß hieraus nicht noch weitere Schlüsse gezogen werden sollten.

Nach dem Lösungsansatz dieses Beitrags ergibt sich aus den Wertungen des Stellvertretungsrechts die Person des Geschäftsherrn als Maßstab der Schadensberechnung, sofern der Mittelsmann aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet wird.

<sup>99</sup> Daß der theoretisch in der Person des Mittelsmanns entstandene Schaden unter Umständen schwer zu bestimmen sein wird, ist kein hinreichendes Gegenargument, weil es zur Bewältigung der Schwierigkeiten bei der Schadensermittlung besondere Regeln gibt (insb. § 287 ZPO); nicht überzeugend daher LARENZ (Fn. 4), § 27 IV b 3 (S. 465); zutreffend (aber ohne Bezugnahme auf *Larenz*) JUNKER (Fn. 33), S. 34/35 und PETERS, JZ 1977, 119, 121/122.

<sup>100</sup> Ebenso die Einschätzung von PETERS, AcP 180 (1980), 329, 352.

<sup>101</sup> So aber TÄGERT (Fn. 84), S. 36 sowie heute insb. LANGE (Fn. 4), § 8 III 4 (S. 468) und SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 52, 70; ebenso noch FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1270.

<sup>102</sup> RG (18.6.1924 – I 474/23), Recht 1924 Nr. 1115; BGH (28.6.1978 – VIII ZR 139/77), BGHZ 72, 147 – 151; BGH (9.2.1995 – III ZR 174/93), BGHZ 128, 371, 376; BGH (9.2.2006 – I ZR 70/03), NJW 2006, 1662, 1662; anders, allerdings in besonderen Sachverhaltskonstellationen RG (12.12.1923 – I 98/23), RGZ 107, 187 – 189 (Inflationszeit) sowie (alle Sicherungsabtretung) RG (10.4.1923 – III 342/22), RGZ 107, 132, 135; RG (22.1.1929 – II 315/28), RGZ 123, 378, 381; RG (30.4.1937 – VII 276/36), RGZ 155, 50, 52; BGH (9.2.1995 – III ZR 174/93), BGHZ 128, 371, 376 – 378; BGH (22.1.1997 – IV ZR 332/95), NJW-RR 1997, 663, 664; BGH (9.2.2006 – I ZR 70/03), NJW 2006, 1662/1663; offengelassen, wenn der Schaden des Zessionars höher ist, von BGH (25.9.1991 – VIII ZR 264/90), NJW-RR 1992, 219, 219.

<sup>103</sup> ESSER/SCHMIDT (Fn. 15), § 37 I 3 b (S. 311); GERNHUBER, in: FS Raiser, 1974, S. 57, 85 – 91; HOFFMANN, WM 1994, 1464, 1465; HUBER (Fn. 96), § 33 II 3 (S. 115 – 117) und § 39 III 3 c (S. 290 – 294); LARENZ (Fn. 4), § 34 I (S. 578 Fn. 7); SCHWENZER, AcP 182 (1982), 214, 234/235, 239.

<sup>104</sup> Krit. insb. JUNKER, AcP 195 (1995), 1 – 12; NEUNER, JZ 1999, 126, 131; PETERS, JZ 1977, 119 – 122; PETERS, AcP 180 (1980), 329, 353 Fn. 94, 357/358, 369 mit Fn. 150; SEETZEN, AcP 169 (1969), 352, 357 – 361.

#### 4. Verhaltenszurechnung

Der Beauftragte (Kommissionär) bedient sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber dem Dritten typischerweise nicht des Auftraggebers (Kommittenten). Deshalb wird das Verhalten des Geschäftsherrn dem Mittelsmann weder nach Auffassung des Geehrten<sup>105</sup> noch des sonstigen kommissionsrechtlichen<sup>106</sup> und allgemeinen<sup>107</sup> Schrifttums zugerechnet (§ 278 BGB).<sup>108</sup> Dasselbe gilt umgekehrt für das Verhalten des Mittelsmanns, solange zur Zwischenschaltung nicht weitere Umstände hinzutreten.

Dessen ungeachtet wenden Rechtsprechung<sup>109</sup> und Schrifttum<sup>110</sup> in Fällen der Drittschadensliquidation auf das Verhalten des Anspruchsinhabers (Beauftragten/Kommissionärs) ohne weitere Erläuterung die Regelungen über das Mitverschulden (§ 254 BGB) an. Hiergegen sprechen der Wortlaut der Vorschriften (der schadenslose Anspruchsinhaber ist nicht der „Beschädigte“), die systematische Auslegung (Umkehrschluß zu §§ 701 Abs. 3, 846 BGB) und konzeptionelle Erwägungen (Verschlechterung der Rechtsstellung des Geschädigten ohne eigenes Verschulden oder eigene Obliegenheitsverletzung). Sachgerechter erscheint es, sich an den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu orientieren: Hiernach wäre das Verhalten des Mittelsmanns nur dann zu berücksichtigen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Verhaltenszurechnung (§ 278 BGB) vorlägen. Insbesondere müßte also, wenn der Mittelsmann in fremdem statt in eigenem Namen gehandelt hätte, zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten bereits vor der Entstehung des Schadens ein Schuldverhältnis bestanden haben.<sup>111</sup>

Ob und inwieweit das Verhalten des Auftraggebers (Kommittenten) zur Minderung oder zum Ausschluß des Ersatzanspruchs führen kann, regeln die gesetzlichen Bestimmungen (§ 254 BGB) lediglich scheinbar. Zwar ist

<sup>105</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 21.

<sup>106</sup> HERRMANN (Fn. 14), § 383 Rdn. 14; KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 72 (anders Rdn. 73, hierzu nachfolgend Fn. 108); LENZ (Fn. 14), § 383 Rdn. 30; W.-H. ROTH (Fn. 14), § 383 Rdn. 16; SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 907.

<sup>107</sup> HAGER, AcP 180 (1980), 239, 247; MÜLLER-ERZBACH (Fn. 2), S. 13/14; NEUBECKER, GrünhutsZ 36 (1909), 31, 43/44.

<sup>108</sup> Anders KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 73, welcher den Kommittenten im Kontext des Mitverschuldens als „Erfüllungsgehilfe des Kommissionärs“ bezeichnet.

<sup>109</sup> RG (8.5.1939 – IV 236/38), DJ 1939, 1439, 1442 (Treuhandfall); BGH (29.1.1969 – I ZR 18/67), NJW 1969, 789, 790/791 (Obhutsfall).

<sup>110</sup> DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rdn. 921; HADDING (Fn. 69), S. 165, 186; LANGE (Fn. 4), § 8 III 9 (S. 481); MEDICUS, NJW 1962, 2081, 2085; MERTENS (Fn. 15), Vor § 249 Rdn. 259; OETKER (Fn. 15), § 249 Rdn. 282; SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 67; ferner JUNKER (Fn. 33), S. 4 (sowie, nach seinem Vorschlag differenzierend, S. 35 – 38 und S. 48/49).

<sup>111</sup> A. A. LANGE (Fn. 4), § 8 III 9 (S. 481 Fn. 136); MEDICUS, NJW 1962, 2081, 2085 Fn. 47; SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 67.

vom Beschädigten und nicht vom Anspruchsinhaber die Rede, so daß der Wortlaut zu passen scheint. Aber das Gesetz soll, wie seine im zweiten Abschnitt skizzierte Entstehungsgeschichte zeigt, generell nichts über den Fall sagen, daß beide nicht identisch sind. Im Falle der Stellvertretung wäre das Verhalten des Geschäftsherrn zu berücksichtigen, weil der Vertretene in eigener Person gleichzeitig Beschädigter und Anspruchsinhaber wäre. Diese Wertung zu übertragen, entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung<sup>112</sup> und dem allgemeinen Schrifttum.<sup>113</sup> Allerdings hat die Anknüpfung an das Stellvertretungsrecht den Vorzug, daß so begründet werden kann, warum das Verhalten einer anderen Person als des Anspruchsinhabers zu beachten ist, während Rechtsprechung<sup>114</sup> und Lehre<sup>115</sup> sich auf die bloße Behauptung der Richtigkeit ihrer Auffassung beschränken. In der kommissionsrechtlichen Literatur erwähnt allein der Geehrte die Vorschriften über das Mitverschulden sowohl allgemein als auch im Zusammenhang mit atypischen Schäden.<sup>116</sup> Zwei andere Autoren gehen auf die Problematik nur in letzterem Zusammenhang ein.<sup>117</sup> Die übrigen Stellungnahmen lassen selbst unter Hinzuziehung ihrer Verweise nicht hinreichend erkennen, wessen Verhalten unter welchen Voraussetzungen wie beachtet werden soll.<sup>118</sup>

<sup>112</sup> BGH (29.1.1969 – I ZR 18/67), NJW 1969, 789, 790/791; BGH (25.11.1971 – VII ZR 37/70), NJW 1972, 289, 289; BGH (3.10.1989 – XI ZR 163/88), BGHZ 108, 386, 392; OLG Hamm (11.3.1976 – 18 U 245/75), NJW 1976, 2077, 2078; weniger klar BGH (15.10.1971 – I ZR 27/70), VersR 1972, 67, 68; BGH (25.11.1971 – VII ZR 82/70), WM 1972, 562, 563/564.

<sup>113</sup> DEUTSCH (Fn. 110), Rdn. 921; ESSER/SCHMIDT (Fn. 15), § 34 IV 1 e (S. 268); HADDING (Fn. 69), S. 165, 186; LANGE (Fn. 4), § 8 III 9 (S. 481/482); MERTENS (Fn. 15), Vor § 249 Rdn. 259; OETKER (Fn. 15), § 249 Rdn. 282; SCHIEMANN (Fn. 15), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 67; ferner JUNKER (Fn. 33), S. 4 (sowie, basierend auf seinem Vorschlag, S. 35/36); einschränkend CANARIS (Fn. 42), Rdn. 796 (nur alternativ zum Mitverschulden des Anspruchsinhabers); generell krit. LANGENBUCHER/ADOLFF (Fn. 98), S. 679, 694 („systemwidrig“).

<sup>114</sup> BGH (25.11.1971 – VII ZR 37/70), NJW 1972, 289, 289 („Dehnt man nämlich einerseits die Ersatzpflicht des Geschädigten [richtig: Schädigers] dadurch aus, daß man seinem Vertragsgegner die Geltendmachung des auf den Dritten verlagerten Schadens gestattet, so muß andererseits bei § 254 BGB auch die schuldhaftige Mitverursachung dieses Dritten berücksichtigt werden ...“); ähnlich OLG Hamm (11.3.1976 – 18 U 245/75), NJW 1976, 2077, 2078.

<sup>115</sup> Insb. LANGE (Fn. 4), § 8 III 9 (S. 481/482); ebenso kritikwürdig FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1271 (im Kontext des § 122 Abs. 2 BGB).

<sup>116</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 21.

<sup>117</sup> KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 73 und K. SCHMIDT (Fn. 14), § 31 V 1 b aa (S. 888).

<sup>118</sup> HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 58 („Auch § 254 Abs. 2 BGB ist zu beachten.“); LENZ (Fn. 14), § 383 Rdn. 31 („§ 254 Abs. 2 BGB ist zu beachten.“); ebenso hinsichtlich seines ersten Satzteils W.-H. ROTH (Fn. 14), § 383 Rdn. 16 („§ 254 II BGB ist zu beachten; das Verhalten des Kommittenten ist dem Kommissionär zuzurechnen ...“).

### 5. Wissenszurechnung

Die Rechtsprechung,<sup>119</sup> der Geehrte,<sup>120</sup> die übrige kommissionsrechtliche Literatur<sup>121</sup> und das allgemeine Schrifttum<sup>122</sup> sind sich im Ausgangspunkt darin einig, daß grundsätzlich allein auf das Wissen beziehungsweise die fahrlässige Unkenntnis des Beauftragten (Kommissionärs) abzustellen ist. Mit Fragen der Zurechnung hat dies im engeren Sinne nichts zu tun, denn der Mittelsmann handelt in eigenem Namen, so daß sein Wissen ohne weiteres maßgeblich ist. Der Lösungsansatz dieses Beitrags bestätigt dies, da die Person des Mittelsmanns selbst dann relevant wäre, wenn er in fremdem Namen handelte (§ 166 Abs. 1 BGB).

Heftig umstritten ist bis heute, ob und unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise das Wissen oder die fahrlässige Unkenntnis des Auftraggebers (Kommittenten) zu berücksichtigen ist. Hat er dem Mittelsmann konkrete Weisungen (§ 384 Abs. 1 Halbs. 2 Alt. 2 HGB, vorausgesetzt in § 665 BGB) erteilt, so befürworten das Reichsgericht<sup>123</sup> sowie Teile des allgemeinen<sup>124</sup> und kommissionsrechtlichen<sup>125</sup> Schrifttums, wie in Fällen der Stellvertretung (§ 166 Abs. 2 BGB) auch die Person des Geschäftsherrn zu beachten. Der Geehrte<sup>126</sup> sowie eine Reihe allgemeiner<sup>127</sup> und kommissionsrechtlicher<sup>128</sup> Schriften lehnen eine solche Analogie ab; häufig kom-

<sup>119</sup> RG (31.1.1891 – I 254/90), RGZ 27, 118, 125; für Willensmängel ebenso ROHG (8.5.1877 – 12/77), ROHGE 22, 248, 250 – 252 und RG (8.1.1919 – I 254/18), Recht 1919 Nr. 640; anders offenbar RG (22.2.1929 – II 357/28), RGZ 124, 115, 120.

<sup>120</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 20.

<sup>121</sup> HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 52; HEFERMEHL (Fn. 14), § 383 Rdn. 31; HERRMANN (Fn. 14), § 383 Rdn. 13; KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 70; KRÜGER (Fn. 14), § 383 Rdn. 42; W.-H. ROTH (Fn. 14), § 383 Rdn. 15; SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 612 und S. 895.

<sup>122</sup> LEPTIEN (Fn. 32), § 166 Rdn. 10; SCHILKEN, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, S. 154; SCHILKEN, in: Staudinger, BGB, 2004, § 166 Rdn. 3; SCHWARK, JuS 1980, 777, 779; anders (zu Willensmängeln) OERTMANN, JW 1929, 1457, 1458/1459; HAGER, AcP 180 (1980), 239, 242.

<sup>123</sup> So offenbar (zu Willensmängeln) RG (22.2.1929 – II 357/28), RGZ 124, 115, 120.

<sup>124</sup> HAGER, AcP 180 (1980), 239, 257; LARENZ/WOLF (Fn. 39), § 46 Rdn. 50 a. E.; SCHRAMM (Fn. 61), Vor § 164 Rdn. 14 Fn. 26; SCHWARK, JuS 1980, 777, 779; WOLF, in: Freundesgabe Döser, 1999, S. 255, 262/263.

<sup>125</sup> HERRMANN (Fn. 14), § 383 Rdn. 13; KOLLER (Fn. 14), § 383 Rdn. 70; W.-H. ROTH (Fn. 14), § 383 Rdn. 15; SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 14), S. 612/613 und S. 895.

<sup>126</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 20.

<sup>127</sup> LEPTIEN (Fn. 32), § 166 Rdn. 10; SCHILKEN (Fn. 122), S. 154; SCHILKEN (Fn. 122), § 166 Rdn. 3.

<sup>128</sup> HEFERMEHL (Fn. 14), § 383 Rdn. 31; KRÜGER (Fn. 14), § 383 Rdn. 42; LEHMANN (Fn. 32), § 383 Anm. 6 (S. 659/660); wohl auch HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 52; ebenso noch FLECKNER/VOLLMUTH, WM 2004, 1263, 1270/1271.

men sie allerdings zu ähnlichen Ergebnissen, indem sie dem Dritten den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) erlauben.<sup>129</sup>

Wird der Mittelsmann wegen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit zwischengeschaltet, so erscheint es nach den Überlegungen dieses Beitrags sachgerecht, das Wissen beziehungsweise die fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsherrn entsprechend den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu berücksichtigen.<sup>130</sup> Bemerkenswerterweise kamen die römischen Juristen,<sup>131</sup> die mangels einer allgemeinen Stellvertretungsregel mehr Anlaß hatten, sorgsam über diese Form der Geschäftsbesorgung nachzudenken, zu demselben Ergebnis.<sup>132</sup>

#### IV. Zusammenfassung

1. Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung (sog. mittelbare Stellvertretung) ist eine gesetzlich nicht allgemein geregelte Form der Geschäftsbesorgung für andere. Aus dem Entstehungsprozeß des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie aus der Kodifizierung des Kommissionsrechts im Handelsgesetzbuch läßt sich ableiten, daß dieser Art des Handelns für andere kein Makel anhaftet, sondern Rechtsprechung und Lehre aufgefördert sind, ein interessengerechtes Regelungsregime zu entwickeln.

2. Mit diesem Beitrag wird vorgeschlagen, den Schadensausgleich zwischen Auftraggeber (Kommittent), Beauftragtem (Kommissionär) und Drittem nach den Wertungen des Stellvertretungsrechts zu vollziehen, wenn die Zwischenschaltung des Mittelsmanns aus Gründen seiner Solvenz und Zuverlässigkeit geschieht (Musterbeispiel: Effektenkommission). Anders als im Falle der Stellvertretung ist der Schaden aber nicht unmittelbar zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten auszugleichen, sondern über den Mittelsmann im Wege der Drittschadensliquidation, die in dieser Konstellation den Rang von Gewohnheitsrecht hat.

3. In den wichtigsten Einzelfragen des Schadensausgleichs führt der Vorschlag zu folgenden Ergebnissen:

<sup>129</sup> HOPT (Fn. 1), § 383 Rdn. 20 sowie HÄUSER (Fn. 14), § 383 Rdn. 52 und HEFERMEHL (Fn. 14), § 383 Rdn. 31.

<sup>130</sup> Im Ergebnis ebenso, aber aus anderen Gründen in Geheimhaltungsfällen: II. 3. a. (2).

<sup>131</sup> POMP. Lib. IX ad Sab., DIG. 18.1.13: *sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est*; siehe ferner AFR. Lib. VIII quaest., DIG. 21.1.51 pr. und DIG. 21.1.51.1.

<sup>132</sup> Ebenso der nicht zur Beratung gelangte Antrag, der in Prot. II, S. 360/361 Fn. 1 unter § b mitgeteilt ist.

a) Es können grundsätzlich Ersatzansprüche jeder Art geltend gemacht werden, insbesondere wegen Nicht-, Spät- oder Schlechtleistung, wegen unerlaubter Handlung und wegen Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens.

b) Ersatzfähig sind alle Schäden des Geschäftsherrn, seien sie unmittelbar selbst erlitten, seien sie vom Mittelsmann weitergeleitet. Die Vermögenseinbußen des Mittelsmanns sind vom Dritten nur insoweit auszugleichen, wie der Mittelsmann vom Geschäftsherrn Ersatz verlangen kann.

c) Der Umfang des ersatzfähigen Drittschadens bestimmt sich nach der Person des Geschäftsherrn und ist nicht auf die Vermögenseinbußen begrenzt, welche der Mittelsmann erlitten hätte, wenn er für eigene Rechnung gehandelt hätte.

d) Sowohl das Verhalten des Geschäftsherrn als auch des Mittelsmanns kann zur Minderung oder zum Ausschluß des Ersatzanspruchs führen.

e) Grundsätzlich kommt es allein auf das Wissen und die fahrlässige Unkenntnis des Mittelsmanns an. Etwas anderes gilt, wenn er nach bestimmten Weisungen des Geschäftsherrn handelt.

4. In der Gesamtschau der Einzelergebnisse zeigt sich, daß die Orientierung an den Wertungen des Stellvertretungsrechts keinen der Beteiligten übermäßig bevorzugt oder benachteiligt. Die Ausgewogenheit des Stellvertretungsrechts läßt sich somit ohne Verzerrungen auf den Ausgleich von Drittschäden beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung übertragen. Hiermit ist ein interessengerechtes, konsistentes und dogmatisch stimmiges Konzept zur Vollziehung des Schadensausgleichs gefunden.

# Vorteilsabschöpfung bei Interessenkonflikten

## Am Beispiel der kommissionsrechtlichen Herausgabepflicht

CHRISTOPH KUMPAN

Das Gefahrenpotenzial von Interessenkonflikten, denen Banken, Rechtsanwälte und andere Geschäftsbesorger, die Interessen anderer wahrnehmen, ausgesetzt sind, rückt immer häufiger ins Bewusstsein der Gesellschaft.<sup>1</sup> Auch der Gesetzgeber nimmt sich dieses Themas zunehmend an. Entsprechend werden immer mehr Vorschriften über die Vermeidung und den Umgang mit Interessenkonflikten erlassen. Bei den dabei gewählten Regelungsstrategien wird größtenteils auf Transparenz, meist in der Form von Aufklärungs- und Offenlegungspflichten, zurückgegriffen. Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Vertragspartner, der über einen Interessenkonflikt aufgeklärt worden ist, selbst ausreichend schützen kann. Daneben gibt es Regelungen, die organisatorische Vorgaben oder Handlungsverbote enthalten. Vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit ist dagegen dem Instrument der Vorteilsabschöpfung im Zusammenhang mit Interessenkonflikten gewidmet worden.<sup>2</sup> Dies ist verwunderlich, denn gerade die Abschöpfung von Vorteilen, die ein Geschäftsbesorger aus einem Geschäft zusätzlich erlangt, stellt ein effektives Mittel dar, um Interessenkonflikten wirksam zu begegnen. Werden solche Vorteile im Nachhinein abgeschöpft, verbleiben sie also nicht beim Geschäftsbesorger, und weiß dieser das im Zeitpunkt seiner Entscheidung, wird er sich von ihnen in der Regel nicht beeinflussen lassen. Durch die drohende Abschöpfung kann daher vielen Interessenkonflikten bereits im Vorfeld die Grundlage entzogen werden, denn die zusätzlichen Einnahmen sind es oft, die den Interessenkonflikt überhaupt erst

<sup>1</sup> Zu Interessenkonflikten und dem rechtlichen Umgang mit ihnen vor allem HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, insb. S. 108 ff., 440 ff., 478 ff.; DERS., in: FS Heinsius, 1991, S. 289; DERS., ZGR 2002, 333; DERS., ZGR 2004, 1; DERS., in: Ferrarini et al. (eds.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, 2005, S. 51. Außerdem z.B. KOLLER, BB 1978, 1733; DERS., in: FS Piper, 1996, S. 899; jüngst ASSMANN, ZBB 2008, 21; KUMPAN/LEYENS, ECFR 2008, 72.

<sup>2</sup> Siehe dazu aber z.B. HOPT, ZGR 2004, 1, 48 f.

hervorrufen. Gleichzeitig ist der Eingriff in die Vertragsbeziehungen des Geschäftsbesorgers mit dem Geschäftsherrn und dem Dritten sowie in seine Organisationsstruktur – wenn der Geschäftsbesorger ein Unternehmen ist – vergleichsweise gering.

Aber das Instrument der Vorteilsabschöpfung wird nicht nur wenig beachtet, seine Bedeutung wird auch zunehmend zurückgedrängt. Dies zeigt der Umgang mit Vertriebs- oder Rückvergütungen, die aufgrund des Urteils des BGH vom Dezember 2007<sup>3</sup> und der neuen Regelungen der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID)<sup>4</sup> und ihrer Durchführungsrichtlinie<sup>5</sup> in jüngster Zeit besonders in den Fokus der Öffentlichkeit geraten sind. Wie in anderen Bereichen auch ist hier zu beobachten, dass zunehmend eine Ausrichtung auf den präventiven Schutz von Anlegern und Kunden mittels Aufklärung und Transparenz erfolgt, die die herkömmlichen ex post greifenden Schutzinstrumente, wie z.B. die nachträgliche Abschöpfung von Zuwendungen und Gewinnen, obsolet werden zu lassen droht. Dies wird insbesondere an der Frage deutlich, ob und inwieweit ein Kunde Vergütungen Dritter an seine Bank von dieser herausverlangen kann.<sup>6</sup>

Der Bedeutung der Vorteilsabschöpfung für den Umgang mit Interessenkonflikten soll im Folgenden am Beispiel von im Bereich der Wertpapierdienstleistungen gewährten Vertriebsprovisionen und anderen von Dritten geleisteten Zuwendungen nachgegangen werden. Einleitend wird dafür zunächst kurz vorgestellt, was unter solchen Zuwendungen zu verstehen ist (unter I). Im Anschluss wird der Herausgabeanspruch im Geschäftsbesorgungs- bzw. Kommissionsrecht und dessen Zweck näher untersucht (unter II). Sodann wird überprüft, ob andere privatrechtlich verankerte Pflichten, wie z.B. Aufklärungspflichten oder die Schadensersatzpflicht bei Verletzung der Interessenwahrungspflicht, oder besondere Rechtfertigungsgründe für solche Zuwendungen zu einer Beschränkung oder gar Aufhebung der Herausgabepflicht führen (unter III). Da die Verlagerung auf den präventiven Schutz mittels Aufklärungspflichten und Transparenz gegenwärtig vor allem durch aufsichtsrechtliche Vorgaben vorangetrieben wird, ist anschlie-

<sup>3</sup> BGHZ 170, 226.

<sup>4</sup> Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 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 (MiFID), ABIEU 2004 L 145/1 vom 30.4.2004.

<sup>5</sup> Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10.8.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung dieser Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABIEU 2006 L 241/26 vom 2.9.2006.

<sup>6</sup> Siehe dazu jüngst HADDING, ZIP 2008, 529; MÜLBERT, ZHR 2008, 170.

bend deren Einfluss zu bewerten, wobei auch europarechtliche Regelungen Berücksichtigung finden sollen (unter IV).

## I. Von Dritten gewährte Zuwendungen

Im Bereich der Wertpapierdienstleistungen gibt es vielfältige Formen von Zuwendungen von Dritten oder an Dritte, wie z.B. Emittenten von Finanzinstrumenten oder Vermögensverwalter, die dafür gewährt werden, dass ein Wertpapierunternehmen, z.B. eine Bank,<sup>7</sup> oder der Dritte gegenüber seinen Kunden bestimmte Leistungen erbringen. Solche Zuwendungen können Provisionen, Gebühren, sonstige Geldleistungen oder auch geldwerte Vorteile sein. Von besonderer Bedeutung sind Vertriebsprovisionen und Bestandsprovisionen.

Unter Vertriebsprovisionen werden im Allgemeinen solche Provisionszahlungen verstanden, die ein Unternehmen anlassbezogen und unmittelbar im Zusammenhang mit einer konkreten Vermittlungsleistung erhält.<sup>8</sup> Eine solche Vermittlungsleistung kann beispielsweise darin liegen, dass eine Bank an ihre Kunden Finanzinstrumente,<sup>9</sup> wie z.B. Investmentfondsanteile oder Zertifikate, eines bestimmten Emittenten vertreibt. Eine Vertriebsprovision würde in diesem Fall geleistet werden, wenn der Emittent der Bank einen Teil des Ausgabeaufschlags, der z.B. beim Erwerb von Fondsanteilen an ihn gezahlt werden muss, rückvergütet bzw. erlässt.<sup>10</sup>

Außerdem gibt es Zuwendungen in Form laufender oder wiederkehrender Provisionszahlungen.<sup>11</sup> Diese werden z.B. von Emittenten von Finanzinstrumenten den vertreibenden Unternehmen gewährt und richten sich danach, wie viele Kunden des jeweiligen vertreibenden Unternehmens das jeweilige Finanzinstrument halten. Solche Zuwendungen werden Bestandsprovisionen genannt; ist der Kundenbestand lediglich eine Rechengröße für die Höhe der Provision und wird im Übrigen an die von dem Unternehmen erbrachte Dienstleistung angeknüpft, werden solche Zuwendungen auch Vertriebsfolgeprovisionen genannt.<sup>12</sup>

Neben Geldleistungen gibt es eine Vielzahl sonstiger Zuwendungen in Form geldwerter Vorteile, die im Zusammenhang mit Wertpapierdienst-

<sup>7</sup> Die Bank wird hier beispielhaft für alle Wertpapierdienstleistungsunternehmen genannt.

<sup>8</sup> ROZOK, in: Clouth/Lang, MiFID: Praktikerhandbuch, 2007, Rdn. 515; ROZOK, BKR 2007, 217, 218; ASSMANN, ZBB 2008, 21, 24.

<sup>9</sup> Siehe dazu § 2 Abs. 2b WpHG.

<sup>10</sup> Siehe dazu RegE FRUG, BT-Drucks. 16/4028 vom 12.1.2007, S. 67.

<sup>11</sup> ASSMANN, ZBB 2008, 21, 24; HADDING, ZIP 2008, 529; MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 173; ROZOK (Fn. 8), Rdn. 518; ROZOK, BKR 2007, 217, 218.

<sup>12</sup> ROZOK (Fn. 8), Rdn. 518; ROZOK, BKR 2007, 217, 218 f.

leistungen von Dritten oder an Dritte gewährt werden. Hierzu gehören die Erbringung von Dienstleistungen, die Übermittlung von Finanzanalysen, das Überlassen von IT-Hardware oder Software oder die Durchführung von Schulungen.<sup>13</sup>

Der Nutzen solcher Zuwendungen soll darin bestehen, dass sie Teile der Kosten einer Dienstleistung gegenüber dem Kunden abdecken, die dieser nicht zu tragen bereit wäre, wenn sie auf direktem Weg von ihm gefordert werden würden. Selbst wenn dem so wäre, erscheint es sachgerechter, die Entscheidung, ob eine Leistung ihre Kosten wert ist, dem Kunden zu überlassen. Diese Entscheidung sollte nicht dadurch beeinflusst werden, dass dem Kunden die Kostenlosigkeit der Leistung vorgegaukelt wird.<sup>14</sup> Der dadurch entstehende „Geheimwettbewerb“ um Provisionen zur Deckung der Kosten der Dienstleistung ist zudem wegen der nur schwer herstellbaren Transparenz und Kontrollierbarkeit dieses Vorgangs wettbewerbsrechtlich bedenklich.<sup>15</sup>

## II. Kommissionsrechtliche Herausgabepflicht

Bei Vertriebs-, Vertriebsfolge- und anderen Provisionen ist umstritten, ob diese, auch ohne dass eine Pflichtverletzung vorliegt, an den Geschäftsherrn herauszugeben sind oder nicht.<sup>16</sup> Grundsätzlich hat ein Kommissionär nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, was er aus der Kommission erlangt hat.

<sup>13</sup> RegE FRUG, BT-Drucks. 16/4028 vom 12.1.2007, S. 67. Zu weiteren Provisionsmodellen siehe ROZOK (Fn. 8), Rdn. 519 ff.; ROZOK, BKR 2007, 217, 219.

<sup>14</sup> Zwar lässt sich vertreten, dass ein Kunde wissen müsse, dass die Dienstleistung der Bank nicht kostenlos sei und daher anderweitig finanziert werden müsse. Dass dieses Wissen – so es denn tatsächlich besteht – angemessen in die Entscheidungsfindung einfließt, ist jedoch verhaltensökonomischen Erkenntnissen zufolge – dazu unten III. 3. c – höchst fraglich.

<sup>15</sup> Zum Vorangehenden ASSMANN, ZBB 2008, 21, 24.

<sup>16</sup> Für die Herausgabe von (Emissions-)Bonifikationen, die Dritte gewähren, KOLLER, in: Staub, Großkomm., HGB, 4. Aufl., 1986, § 384 Rdn. 40; LENZ, in: Röhrich/von Westphalen, HGB, 2. Aufl., 2001, § 384 Rdn. 12; ROTH, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., 2007, § 384 Rdn. 17; außerdem HOPT, in: Ferrarini et al. (Fn. 1), S. 51, 83 f.; DERS., ZGR 2004, 1, 48 f.; KOLLER, BB 1978, 1733, 1738 f.; DERS., in: FS Piper, 1996, S. 899, 911. Zu § 667 BGB in Bezug auf Sondervorteile und -provisionen MARTINEK, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 667 Rdn. 12. Dagegen LEHMANN, in: Düringer/Hachenburg, HGB, 3. Aufl., 1932, § 387 Anm. 5; HÄUSER, in: Münchener Komm., HGB, 2. Aufl., 2007, § 384 Rdn. 26 und 70; HEFERMEHL, in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., 1977, § 384 Rdn. 36; HERRMANN, in: Heymann, HGB, 2. Aufl., 2005, § 384 Rdn. 18; SCHMIDT-RIMPLER, in: Ehrenberg, Hdb. des gesamten Handelsrechts, Band V, I. Abt., 1. Hälfte, 1928, S. 688 f.; einschränkend KRÜGER, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 384 Rdn. 12, s. außerdem Rdn. 26.

### 1. Zweck der Herausgabepflicht

Die Verpflichtung zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB – bzw. §§ 675 Abs. 1, 667 BGB, da die Kommission eine Sonderform der entgeltlichen Geschäftsbesorgung ist – hat ihre Grundlage in der Fremdnützigkeit der Kommission. Der Kommissionär handelt für die Rechnung des Kommittenten. Dieser hat somit letztlich alle Risiken des Geschäfts zu tragen und dementsprechend gebühren ihm – damit korrespondierend – alle aus der Geschäftsführung erlangten Vorteile.<sup>17</sup> Diese Zuordnung durchzieht das gesamte Kommissionsrecht und kommt an verschiedenen Stellen zum Ausdruck, neben § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB z.B. auch in § 387 Abs. 1 und § 401 HGB.

Da der Kommissionär fremdnützig für den Kommittenten handelt, nimmt er ihm gegenüber die Stellung eines Interessenwahrers ein.<sup>18</sup> Daher obliegt ihm nach § 384 Abs. 1 Halbs. 2 Fall 1 HGB eine Interessenwahrungspflicht. Bei der Interessenwahrungspflicht handelt es sich um eine außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnisses stehende Nebenpflicht.<sup>19</sup> Sie verpflichtet den Kommissionär, alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um den nach dem Vertrag erstrebten Ausführungserfolg erreichen zu können, insbesondere das Ausführungsgeschäft zu Bedingungen abzuschließen, die den Interessen des Kommittenten angemessen Rechnung tragen.<sup>20</sup> Dies bedeutet, dass er die Interessen des Kommittenten bestmöglich unter Zurücksetzung eigener Interessen zu realisieren hat.<sup>21</sup> Grundsätzlich soll sich der Kommittent nicht zuletzt wegen der Unzulänglichkeiten der ex-post Kontrolle darauf verlassen können, dass der von ihm beauftragte Kommissionär als sein alter ego nur seine, des Kommittenten, Interessen im Auge hat.<sup>22</sup>

Die Interessenwahrungspflicht prägt letztendlich auch die Herausgabepflicht bzw. wird durch diese flankiert.<sup>23</sup> Mit der Herausgabepflicht können beim Kommissionär Vermögenszuflüsse abgeschöpft werden, die er aus der Kommission erlangt hat und die seine Unbefangenheit im Verhältnis zum

<sup>17</sup> RGZ 99, 31, 32; MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 1.

<sup>18</sup> KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 3; MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 1.

<sup>19</sup> BGH NJW-RR 2002, 1344, 1345; HERRMANN (Fn. 16), § 384 Rdn. 8. Siehe dazu auch Reichstagsvorlage, Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, 1897, S. 258. Zur Interessenwahrungspflicht ausführlich HOPT, in: Ferrarini (Fn. 1), S. 51; DERS., ZGR 2004, 1.

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2002, 1344, 1345; HEFERMEHL (Fn. 16), § 384 Rdn. 10; HERRMANN (Fn. 16), § 384 Rdn. 8; KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 12.

<sup>21</sup> KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 14; DERS., BB 1978, 1733, 1736; HÄUSER (Fn. 16), § 384 Rdn. 17 f.

<sup>22</sup> KOLLER, in: FS Piper, 1996, S. 899, 909.

<sup>23</sup> Dazu MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 201.

Kommittenten beeinträchtigen können.<sup>24</sup> Sie ermöglicht die Neutralisierung anreizverzerrender Wirkungen von Vergütungen und anderen Vorteilen, die Dritte dem Kommissionär gewähren, denn der Kommissionär muss jederzeit davon ausgehen, dass potenziell willensbeeinträchtigende Vermögenszuflüsse im Nachhinein vom Kommittenten abgeschöpft werden können.<sup>25</sup> Auf diese Weise kann eine alleinige Ausrichtung am Interesse des Kommittenten gewährleistet werden.<sup>26</sup> Gleichzeitig ermöglicht sie dem Kommittenten, für den Fall, dass die drohende Herausgabe präventiv keine Wirkung hatte, seinen Interessen im Nachhinein Geltung zu verschaffen, indem er Vorteile, die mit dem für ihn getätigten Geschäft im Zusammenhang stehen, an sich zieht.

## 2. „Aus der Geschäftsbesorgung erlangt“

Nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB, ebenso wie nach §§ 675 Abs. 1, 667 BGB, hat der Kommissionär dasjenige herauszugeben, was er „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ hat. Die Herausgabepflicht richtet sich vor allem auf die Leistung des Dritten aus dem Ausführungsgeschäft.<sup>27</sup> Darüber hinaus erfasst sie jedoch auch sonstige Zuwendungen und Sondervorteile, die nicht unmittelbar aus der Geschäftsbesorgung erlangt worden sind oder Kommissionsgut darstellen. Solche Vorteile sind aus der Geschäftsbesorgung erlangt, wenn sie in ihr ihren wirtschaftlichen Grund sowie ihre wirtschaftliche Rechtfertigung und Erklärung finden.<sup>28</sup> Als Voraussetzung dafür muss ein „innerer Zusammenhang“ mit der Geschäftsbesorgung bestehen.<sup>29</sup>

Das Kriterium des „inneren Zusammenhangs“ soll zum einen dazu dienen, das Merkmal des Erlangens „aus“ der Geschäftsbesorgung einzuschränken. Ausgenommen werden sollen Fälle, in denen Zuwendungen Dritter nicht die Gefahr begründen, dass der Beauftragte die fremdnützige Interessenwahrnehmung vernachlässigt.<sup>30</sup> Dies sind Fälle, in denen der

<sup>24</sup> Vgl. RGZ 99, 31, 32; BGHZ 39, 1, 4; BGH ZIP 2001, 958, 960.

<sup>25</sup> MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 198.

<sup>26</sup> ebd.

<sup>27</sup> KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 37; CANARIS, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 30 II Rdn. 30.

<sup>28</sup> RGZ 99, 31, 33; HÄUSER (Fn. 16), § 387 Rdn. 7.

<sup>29</sup> RGZ 99, 31, 33; 164, 98, 102 f.; BGHZ 38, 171, 175; 39, 1, 3; 143, 373, 375; BGH WM 1988, 1320, 1321; BGH NJW-RR 1992, 560; BGH NJW 2000, 2669, 2672; BGH ZIP 2004, 1267. Grundlegend SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 16), S. 685 ff. Kritisch zu diesem Merkmal KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 38 ff. Für eine Übersicht über den Meinungsstand siehe MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 194 ff.

<sup>30</sup> Dazu MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 12.

Beauftragte Zuwendungen lediglich „anlässlich der Geschäftsführung“ oder nur bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erhält.<sup>31</sup>

Zum anderen muss das Kriterium des „inneren Zusammenhangs“ aufgrund des fremdnützigen Charakters der Kommission weit gefasst und streng gehandhabt werden.<sup>32</sup> Dem Kommissionär soll kein Vorteil daraus erwachsen, dass ihm etwas im Hinblick auf die Geschäftsbesorgung zugewandt worden ist.<sup>33</sup> Daher darf ein Kommissionär eine Zuwendung, die mit seiner Tätigkeit als Mittler zusammenhängt, nur dann behalten, wenn „augenscheinlich jeder Bezug auf konkrete gegenwärtige oder zukünftige Ausführungsgeschäfte fehlt“.<sup>34</sup> Nur dann besteht nicht die Besorgnis, dass der Geschäftsbesorger durch solche Zuwendungen veranlasst werden könnte, die Interessen seines Geschäftsherrn außer Acht zu lassen.<sup>35</sup>

### 3. Herausgabe von durch Dritte geleisteten Provisionen

Wendet man diese Grundsätze auf Vorteilsgewährungen, wie Vertriebs-, Vertriebsfolge- und andere Provisionen, die von Dritten geleistet werden, an, ergibt sich, dass diese grundsätzlich vom Herausgabeanpruch nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB bzw. §§ 675 Abs. 1, 667 BGB erfasst werden.

Solche Zuwendungen Dritter dienen dazu, auf die Mittlerfunktion des Kommissionärs Einfluss zu nehmen und so den Absatz der Finanzinstrumente zu fördern.<sup>36</sup> Die Bereitschaft des Kommissionärs zur Beschaffung solcher Finanzinstrumente für seine Kunden soll geweckt und gesteigert werden. Das führt zu der konkreten Gefahr, dass der Kommissionär in einen Interessenkonflikt gerät<sup>37</sup> und Geschäfte für seine Kunden nicht allein in deren Interesse tätigt, sondern zumindest auch in seinem eigenen Inte-

<sup>31</sup> RGZ 55, 86, 91; 96, 53, 55; MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 12; HADDING, ZIP 2008, 529, 531.

<sup>32</sup> CANARIS (Fn. 27), § 30 II Rdn. 31.

<sup>33</sup> LENZ (Fn. 16), § 384 Rdn. 12; entsprechend für § 667 BGB BEUTHIEN, in: Soergel, BGB, 12. Aufl., 1999, § 667 Rdn. 1.

<sup>34</sup> KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 39 a.E. Zustimmung CANARIS (Fn. 27), § 30 II Rdn. 31.

<sup>35</sup> Diese Besorgnis ist für die Rechtsprechung von besonderer Bedeutung. Siehe RGZ 99, 31, 33; BGHZ 39, 1, 3; BGH NJW-RR 1992, 560, 561. Dazu MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 12. Das Kriterium der Geeignetheit zur Willensbeeinflussung wird vor allem einschränkend verwendet. Siehe HEFERMEHL (Fn. 16), § 384 Rdn. 15; ROTH (Fn. 16), § 384 Rdn. 17; ähnlich KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 12. Für § 667 BEUTHIEN (Fn. 33), § 667 Rdn. 13.

<sup>36</sup> KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 26. Zur Mittlerfunktion von Banken bei Wertpapiergeschäften HOPT, Kapitalanlegerschutz (Fn. 1), S. 375 ff.

<sup>37</sup> BGHZ 170, 226, 234; bzgl. des Vermögensverwalters BGHZ 146, 235, 239. Siehe auch KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 26; KOLLER, BB 1978, 1733, 1739.

resse, möglichst hohe Vertriebsvergütungen zu erhalten.<sup>38</sup> Selbst wenn eine solche Zuwendung keine Auswirkung auf den Preis haben sollte, beeinträchtigt sie doch die Entschließung des Kommissionärs, insbesondere die sachgerechte Prüfung der Anlagesicherheit und -wertigkeit.<sup>39</sup> Dementsprechend fallen Vertriebsprovisionen, die von Dritten gewährt werden und an einzelne Geschäfte anknüpfen, in den Anwendungsbereich von § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB.

Dass solche Zuwendungen auch nicht lediglich anlässlich der Geschäftsbesorgung bzw. Kommission erlangt werden, illustriert ein Vergleich mit Trinkgeldern, die regelmäßig von der Herausgabepflicht ausgenommen werden. Werden Trinkgelder gewährt, so gelten diese als lediglich bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlangt und unterliegen daher nicht der Herausgabepflicht.<sup>40</sup> Sie zeichnen sich durch ihre allgemeine Üblichkeit und eine in der Regel nachträglich erfolgende Gewährung aus.<sup>41</sup> Regelmäßig werden sie nicht aufgrund einer vorab erfolgten Vereinbarung gegeben. Da somit eine sichere Grundlage für ihre Erlangung fehlt, ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie zu einer Willensbeeinflussung führen, relativ gering. Entsprechend begründen sie nicht die Gefahr, dass der Beauftragte in einen Interessenkonflikt gerät und die fremdnützige Interessenwahrnehmung vernachlässigt.<sup>42</sup> Bei Vertriebsvergütungen und ähnlichen Zuwendungen existieren hingegen in der Regel zwischen dem Kommissionär und dem Dritten vorab getroffene Vereinbarungen. Daher haben solche Vertriebsvergütungen grundsätzlich das Potenzial, die Interessen des Kommissionärs zu beeinflussen. Entsprechend greift hier die ratio der Herausgabepflicht, potenziell willensbeeinträchtigende Vermögenszuflüsse abzuschöpfen und so bereits im Vorfeld anreizverzerrende Wirkungen zu neutralisieren, um die Interessen des Geschäftsherrn zu schützen.

Erfasst werden von § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB jedoch auch andere Zuwendungen, wie Vertriebsfolgeprovisionen und geldwerte Vorteile, die nur mittelbar an die vom Kommissionär vorgenommenen Ausführungsgeschäfte anknüpfen. Es spielt dabei keine Rolle, ob solche Zuwendungen einem bestimmten Geschäft unmittelbar zugeordnet werden oder in gewissen Zeitabständen gezahlt werden. Entscheidend ist nur, dass die Zuwendungen umsatzabhängig gewährt werden.<sup>43</sup> Damit hat jedes einzelne Geschäft Auswirkung auf die dem Kommissionär letztlich gezahlte Vergütung; denn höhere Zahlungen sind an einen höheren Absatz der Produkte bzw.

<sup>38</sup> BGHZ 170, 226, 234; KOLLER, BB 1978, 1733, 1739.

<sup>39</sup> KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 26.

<sup>40</sup> HADDING, ZIP 2008, 529, 531.

<sup>41</sup> ebd.

<sup>42</sup> MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 12.

<sup>43</sup> BGHZ 170, 226, 234 f.

Finanzinstrumente des Dritten gebunden. Entsprechend sind sie dazu geeignet, den Kommissionär bei seinen Entscheidungen für seine Kommittenten zu beeinflussen. Damit greift auch hier die ratio der Herausgabepflicht. Außerdem spricht in diesem Zusammenhang für die Annahme einer Herausgabepflicht, dass bereits bei der Entstehung des Handelsgesetzbuchs Vorschläge zur Beschränkung der Herausgabepflicht, die es dem Kommissionär erlaubt hätten, diejenigen Vorteile für sich zu behalten, die der Dritte ihm nicht für das einzelne Kaufgeschäft bewilligt haben würde, verworfen und im Handelsgesetzbuch gerade keine Berücksichtigung gefunden haben.<sup>44</sup>

#### *4. Zwischenergebnis*

Provisionen, seien es Vertriebs-, Bestands- oder sonstige Provisionen, die der Kommissionär im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für seine Kommittenten von Dritten erhält, werden grundsätzlich von der Herausgabepflicht nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB bzw. §§ 675 Abs. 1, 667 BGB erfasst. Sie dienen regelmäßig dazu, den Absatz der Produkte des Dritten zu fördern, indem auf die Mittlerfunktion des Kommissionärs Einfluss genommen wird. Sie begründen somit die konkrete Gefahr, dass der Kommissionär in einen Interessenkonflikt gerät und Geschäfte für seine Kommittenten nicht allein in deren Interesse tätigt, sondern zumindest auch in seinem eigenen Interesse daran, möglichst hohe Vertriebsvergütungen zu erhalten. Daher greift hier die ratio der Herausgabepflicht, potenziell willensbeeinträchtigende Vermögenszuflüsse abzuschöpfen. Auf diese Weise können bereits im Vorfeld anreizverzerrende Wirkungen neutralisiert und so die Interessen des Geschäftsherrn geschützt werden, denn der Kommissionär muss in der Regel davon ausgehen, dass er von Dritten erhaltene Vermögensvorteile nicht behalten kann.

### **III. Keine Verdrängung durch privatrechtliche Pflichten**

Der Herausgabeanspruch des Kommittenten wird weder durch die Möglichkeit verdrängt, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, noch kann die Vertriebsvereinbarung zwischen dem Kommissionär und dem Dritten die Herausgabepflicht des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten ausschließen. Auch die dem Kommissionär obliegende Aufklärungspflicht schließt eine Herausgabe nicht aus.

<sup>44</sup> Siehe dazu SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 16), S. 620 f.

### 1. Keine Verdrängung durch Schadensersatzpflicht

Die Herausgabepflicht des Kommissionärs wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kommittent Schadensersatzansprüche gegen den Kommissionär geltend machen kann. Schadensersatzansprüche des Kommittenten können entstehen, wenn der Kommissionär einem Interessenkonflikt erliegt und dementsprechend seine Interessenwahrungspflicht oder seine Pflicht zur Aufklärung über einen solchen Konflikt verletzt.<sup>45</sup> Der Schadensersatzanspruch kann – je nach den Umständen – zur Rückabwicklung des jeweiligen Geschäfts, aber auch der gesamten Geschäftsbeziehung führen.<sup>46</sup> Daraus wird abgeleitet, dass im Zusammenhang mit Zuwendungen Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Interessenwahrungspflicht oder von Aufklärungspflichten Herausgabeansprüche nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB bzw. §§ 675 Abs. 1, 667 BGB ausschließen sollen.<sup>47</sup>

Dies berücksichtigt nicht, dass es letztlich die Entscheidung des Geschädigten ist, ob er sich auf die Pflichtverletzung des Kommissionärs beruft und eine schadensersatzrechtliche Rückabwicklung anstrebt oder trotz der Pflichtverletzung am Vertrag festhält und Herausgabe des Erlangten verlangt. Insofern schließt die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einen Herausgabeanspruch nicht von vornherein aus.<sup>48</sup> Außerdem sollte der Kommittent schon deshalb nicht ausschließlich auf Schadensersatzansprüche verwiesen werden, weil der notwendige Nachweis einer kausalen Schädigung oftmals Schwierigkeiten aufwirft.<sup>49</sup> Erschwerend ist auch das zusätzliche Verschuldenserfordernis, selbst wenn nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zunächst der Kommissionär für das Nichtvertretenmüssen beweispflichtig ist. Würden Schadensersatzansprüche den Herausgabeanspruch immer verdrängen, würde daher der besondere Schutz des Kommittenten, der durch die Interessenwahrungspflicht und die Aufklärungspflichten des Kommissionärs gewährleistet werden soll, erheblich verringert.

<sup>45</sup> BGHZ 146, 235; 170, 226, 234 f.; KOLLER (Fn. 16), § 384 Rdn. 39; HEFERMEHL (Fn. 16), § 384 Rdn. 36; KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 26; für § 667 BGB MARTINEK (Fn. 16), § 667 Rdn. 12. Außerdem ASSMANN, ZBB 2008, 21, 31.

<sup>46</sup> BGHZ 146, 235, 241.

<sup>47</sup> HADDING, ZIP 2008, 529, 537.

<sup>48</sup> Auch das Reichsgericht hat Schadensersatzansprüche neben dem Herausgabeanspruch aus § 667 BGB nicht für ausgeschlossen gehalten, siehe RGZ 164, 98, 106.

<sup>49</sup> KRÜGER (Fn. 16), § 384 Rdn. 26.

## 2. Keine Beschränkung durch Vertriebsvereinbarung

Die Ablehnung der Herausgabe von Zuwendungen Dritter, wie z.B. Vertriebsvergütungen, kann weiterhin nicht auf das Argument gegründet werden, dass diese ihren Rechtsgrund in der Vertriebsvereinbarung mit dem Dritten, in der Regel dem Emittenten, haben.<sup>50</sup> Nach dieser Argumentation soll die Vertriebsvereinbarung als selbständige allgemeine Vereinbarung einen eigenen Rechtsgrund dafür darstellen, dass der Kommissionär die Zuwendungen behalten dürfe. Die Zuwendungen seien nicht für den Auftraggeber bestimmt, daher könnten Vertriebsvergütungen auch nicht „aus der Geschäftsbesorgung“ erlangt sein. Erhalte das Kreditinstitut aufgrund der generellen Vertriebsvereinbarung mit dem Dritten von diesem eine umsatzabhängige Zuwendung, so bildeten die einzelnen Ausführungsgeschäfte jeweils lediglich ein die Höhe der Vertriebsvergütung bestimmendes Tatbestandselement.

Dagegen spricht, dass die Parteien des Ausführungsgeschäfts nicht über die Herausgabepflicht des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten disponieren können.<sup>51</sup> Dies aber würden sie tun, wenn der Herausgabeananspruch nur aufgrund der Vertriebsvereinbarung gesperrt würde. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass es unerheblich ist, ob die Zuwendung an den Geschäftsbesorger nach dem Willen des Dritten „nicht für den Auftraggeber bestimmt“ war.<sup>52</sup> Entscheidend ist, ob die von dritter Seite zugewendeten Sondervorteile „eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lassen“.<sup>53</sup> Dies ist bei Vertriebsvergütungen in besonderer Weise der Fall. Da die Höhe der vom Dritten an den Kommissionär gezahlten Vergütung vom Umfang der vertriebenen Finanzinstrumente abhängt, besteht für den Kommissionär der Anreiz, möglichst viele dieser Finanzinstrumente für seine Kommittenten zu erwerben, um so die Zahlungen des Dritten zu erhöhen. Nur aufgrund dieses Anreizes ist eine solche, zu einer Zahlungspflicht führende Vereinbarung für den Dritten überhaupt von Interesse. Die vorgelagerte Vertriebsvereinbarung ermöglicht so eine besonders wirkungsvolle Beeinflussung des Kommissionärs. Selbst wenn man die allgemeine Vertriebsvereinbarung als selbständige causa für die Zuwendung ansehen würde, spricht die Abhängigkeit der Zahlungshöhe vom einzelnen Kommissionsgeschäft sowie das erhebliche Beeinflussungspotenzial hinsichtlich des einzelnen Geschäfts daher dennoch für einen inneren Zusammenhang zwischen dem Kommissionsgeschäft und der Zuwendung.

<sup>50</sup> Zu diesem Argument und den folgenden Ausführungen siehe HADDING, ZIP 2008, 529, 535 und 537.

<sup>51</sup> HÄUSER (Fn. 16), § 387 Rdn. 7.

<sup>52</sup> BGH NJW 2000, 2669, 2672; NJW-RR 1987, 1380; WM 1988, 1320, 1321.

<sup>53</sup> BGHZ 39, 1, 4; BGH NJW 1991, 1224; 2000, 2669, 2672; WM 1988, 1320, 1321.

### 3. Keine Verdrängung durch Aufklärungspflicht

Zunehmend wird vertreten, dass eine Herausgabepflicht des Kommissionärs – bzw. allgemein des Geschäftsbesorgers – wegen der diesem obliegenden Aufklärungspflicht gegenüber seinem Geschäftsherrn nicht mehr gerechtfertigt werden könne.<sup>54</sup> Soweit Vertriebsvergütungen als an die Kommission bzw. Geschäftsbesorgung anknüpfend betrachtet werden, wird wohl eine teleologische Reduktion der Herausgabepflicht gemäß § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB und §§ 675 Abs. 1, 667 BGB erwogen. Als Grund wird angeführt, dass es für Herausgabeansprüche an einer tragfähigen Rechtfertigung fehle, weil die Interessen des Auftraggebers aufgrund der vorvertraglichen Aufklärungspflichten bereits ausreichend geschützt seien.<sup>55</sup>

Mit ähnlichen Argumenten, aber anderer rechtlicher Einordnung, wird vertreten, dass Vertriebsvergütungen bei der Effektenkommission nicht aus der Geschäftsbesorgung erlangt würden, weil Inhalt der Effektenkommission lediglich sei, dass der Kommissionär ein bestimmtes Wertpapier zu bestmöglichen Bedingungen beschaffen solle. Nicht dazu gehöre die vorausgehende Empfehlung dieses Wertpapiers, an die die Vertriebsvergütung anknüpfe, denn diese sei Gegenstand eines eigenständigen Beratervertrages.<sup>56</sup> Für eine analoge Anwendung des Herausgabeanspruchs nach § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Fall 2 HGB fehle es an der notwendigen Regelungslücke. Denn der Kunde sei bereits durch die für Vertriebsvergütungen geltende Aufklärungspflicht ausreichend geschützt.<sup>57</sup>

a) *Aufklärungspflicht bei Zuwendungen.* In der Rechtsprechung des BGH zu Zuwendungen Dritter steht der durch solche Zuwendungen verursachte Interessenkonflikt im Mittelpunkt. Über Zuwendungen Dritter muss eine Bank einen Kunden noch vor Vertragsschluss aufklären.<sup>58</sup> Dadurch soll der

<sup>54</sup> HADDING, ZIP 2008, 529, 534 ff.; MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 198, 202 ff.

<sup>55</sup> HADDING, ZIP 2008, 529, 536.

<sup>56</sup> MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 199. Für einen eigenständigen Beratervertrag in diesem Zusammenhang bereits SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 16), S. 736 ff. A.A. dahingehend, dass aufgrund der Ausstrahlung des prinzipialen Rechtsverhältnisses auf die vorvertragliche Sonderverbindung bereits Aufklärungs- und Beratungspflichten bestünden RGZ 42, 125, 130 ff.; 67, 394, 395; 107, 362; RG JW 1905, 502, 503; BGHZ 8, 222, 235 (dem widerspricht nicht BGHZ 80, 80, 82; BGH WM 1987, 103, 104); LEHMANN (Fn. 16), § 384 Anm. 11; LANG, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, 2003, § 5 Rdn. 13 m.w.N. Zur Abgrenzung zwischen Aufklärung und Beratung vgl. nur HÄUSER (Fn. 16), § 384 Rdn. 20; LANG, ebd., § 3 Rdn. 1 ff.

<sup>57</sup> MÜLBERT, ZHR 2008, 170, 205 f.

<sup>58</sup> BGHZ 170, 226. Krit. dazu KOLLER, ZBB 2007, 197; LANG/BALZER, ZIP 2007, 521, 522 f.; SCHÄFER/SCHÄFER, BKR 2007, 163. Für den Fall, dass eine Bank einem Dritten, der ihr Kunden zuführt, Zuwendungen gewährt BGHZ 146, 235. Krit. dazu BALZER, ZIP 2001, 232.