

Christoph Kumpan, *Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2014, XLV, 700 S., 144,- EUR

I. Interessenkonflikte tauchen in allen Bereichen des Privatrechts auf. Systematisierungsversuche gibt es hauptsächlich im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, kaum aber in den anderen Bereichen des Privatrechts. Insoweit ist es verdienstvoll, dass sich die von Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt betreute Habilitationsschrift von Christoph Kumpan der Thematik annimmt und in vier Teilen auf gut 620 Seiten potenzielle Interessenkonflikte systematisiert und in einigen Bereichen auch weiterentwickelt. Der erste Teil der Arbeit dient der Begriffsbildung und den ökonomischen Grundlagen. Der zweite Teil will allgemeine Regeln aufstellen, um dann im dritten Teil Interessenkonflikte als besondere Regeln zwischen Konfliktoffenlegung, Konfliktvermeidung, Konfliktlösung und Sanktionen zu differenzieren. Unklar bleibt an dieser Stelle, ob der Bearbeiter das Thema auch rechtsvergleichend bearbeitet (S. 5) oder sich aber auf das deutsche Recht beschränken möchte (Fn. 1).

II. Der Bearbeiter beginnt mit einer umfangreichen Begriffsbildung, die weit ausholend auch die Interessenjurisprudenz mit einbezieht. Weiterführend ist die Einteilung von *von Jhering* und anderen, Rechtsverhältnisse in Austauschverhältnisse mit Interessengegensätzen und Gesellschaftsverträge mit Interessengemeinschaft zu unterscheiden sowie hiervon weitere Verträge mit Fremdinteressenwahrung abzugrenzen (*Jhering*, Archiv für die praktische Rechtswissenschaft, IV N.F. [1867] 225, 248 f.). Den Begriff des Interessenkonflikts grenzt der Bearbeiter von dem Begriff der widerstreitenden Interessen ab, der sich etwa in § 43a Abs. 4 BRAO oder § 43 1. HS. Wi-PrO findet, und der insoweit enger ist, als bei dem Vorliegen von widerstreitenden Interessen das Geschäft immer zu unterbleiben hat. Der Bearbeiter systematisiert die Interessenkonflikte in dauerhafte, punktuelle, abstrakte und konkrete Konflikte. Etwas zusammenhanglos werden dann rechtliche Anknüpfungspunkte genannt, ohne hier einzelne Paragraphen zu nennen. Stattdessen wird knapp auf die Treuhand eingegangen. Schließlich werden bestimmte Personengruppen ausgegrenzt, wie etwa Richter und Notare, Schiedsrichter oder Sachverständige. Im zweiten Teil der Einleitung stellt der Bearbeiter dann ökonomische Überlegungen an und stellt die Principal-Agent-Theorie vor, um dann auf die Verhaltensökonomik einzugehen. Kumpan gibt die Forschungsergebnisse der *Behavioral Economics* wieder, wobei diese abstrakten Ausführungen doch sehr lehrbuchartig erscheinen. Hilfreicher sind dann die Folgerungen aus der Verhaltensökonomik für die Regelung von Interessenskonflikten, wie etwa bei der Beschreibung des Überoptimismus des Interessenvertreters oder der Verlustaversion des Geschäftsherrn. Aber wiederum bleiben die Ausführungen sehr abstrakt, weil Beispiele, etwa die Situation der Ratingagenturen im Rahmen der Finanzkrise, nur knapp erwähnt, aber nicht so klar ausgeführt werden, als dass sie für den Leser verständlich würden.

III. Mit dem zweiten Teil der Arbeit will Kumpan dann allgemeine Regeln über Interessenkonflikte entwickeln. Neben dem Vertrauen wird vor allem die Einwirkungsmacht als Rechtsgrund für eine Interessenwahrungspflicht genannt, die dann zu einem gesteigerten Maß an Loyalität führt, um die Interessen des Geschäftsherrn nicht zu

verletzen. Diese Pflicht geht über die Pflicht, andere nicht zu schädigen im Sinne von § 242 BGB hinaus und kann vertraglich aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht der §§ 662, 675 BGB abgeleitet werden. Typische, auf lediglich ein Geschäft bezogene Interessenwahrungsverhältnisse sind etwa der Vertrag mit dem Makler, dem Vertragskommissionär und dem Anlageberater. Wenn die Pflicht des Maklers aber ausschließlich auf die Anbahnung des Hauptvertrages beschränkt wird, übersieht der Bearbeiter, dass der Makler dem Auftraggeber bei der Veräußerung oder Vermietung eines Objektes oft auch entscheidende Vorschläge für die Preisfeststellung unterbreitet. Auch die Pflichten des Anlageberaters, wie etwa die Verpflichtung zur anleger- und objektgerechten Beratung (BGH v. 6. 7. 1993 – XI ZR 12/93 [*Bond*], BGHZ 123, 126), werden in diesem Teil nur sehr knapp dargestellt (S. 102). Auf Dauer angelegte Interessenwahrungsverhältnisse entstehen etwa mit dem Handelsvertreter, dem Vertragshändler und dem Treuhänder. Hier hätte sich angeboten, auf den in der Praxis wichtigen Bereich der Vermögensverwaltung einzugehen. Der Bearbeiter thematisiert dann die organschaftlichen und berufsrechtlichen Interessenwahrungspflichten. Bei der gesetzlichen Interessenwahrung nennt er den Insolvenzverwalter und möchte diesen von Vormund und Pfleger abgrenzen, da hier persönliche Belange zu anderen Regeln führen. Die Interessenwahrungspflicht wird dann positiv umschrieben, um bestmöglich die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen, und negativ, alles zu unterlassen, diese zu gefährden. Der Bearbeiter diskutiert dann umfangreich, inwieweit die Interessenwahrungspflicht zur Gänze abbedungen werden kann, was er m.E. zutreffend verneint. Spannender wäre allerdings die Frage gewesen, ob einzelne Ausprägungen der Interessenwahrungspflicht abbedungen werden können.

In einem eigenen Abschnitt thematisiert der Bearbeiter dann die Unabhängigkeit. Unabhängigkeit dient dem Schutz der Integrität und dem Vertrauen des Rechtsverkehrs. Man will damit sicherstellen, dass der Handelnde frei von sachfremden Einflüssen entscheiden kann. Gelegentlich werden Unabhängigkeit und Interessenkonflikte als zwei Seiten einer Medaille betrachtet, um so zwischen der abstrakten Gefährdung, dem konkreten Interessenkonflikt und der eigentlichen Pflichtverletzung zu unterscheiden. Weil die innere Unabhängigkeit nicht festgestellt werden kann, knüpft der Bearbeiter an äußerlich anknüpfende Unabhängigkeitserfordernisse an und möchte hier schon eine abstrakte Interessenkollision zur Bejahung der Verletzung der Unabhängigkeit bejahen. Hier wäre zu fragen, inwieweit diese Inkompatibilität abbedungen werden kann.

IV. Der Bearbeiter verlässt dann erfreulicherweise die eingangs entwickelte Abstraktionshöhe und wendet dann einzelne Thesen in § 5 auf bestimmte Berufsbilder an. Er beginnt mit dem Rechtsanwalt und der erforderlichen Unabhängigkeit nach § 43a Abs. 1 BRAO. Für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer leuchtet unmittelbar ein, dass die von ihnen durchgeführte Rechnungslegung unabhängig sein muss, weil ansonsten das Vertrauen leidet. Auch für Ratingagenturen bezweckt die Unabhängigkeit gegenüber ihrem Auftraggeber, das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Unvoreingenommenheit der Ratingagenturen sicherzustellen. Allerdings bleibt die einschlägige Diskussion doch recht knapp. Hier hätte der Autor doch deutlich stärker die Interessenkonflikte vor 2008 herausarbeiten können, die damals die eigenen, strukturierten Finanzprodukte mit einem Triple A bewerteten. Thematisiert hätte auch werden können, ob das Auftrag-Rating überhaupt zulässig ist oder nicht bereits die erforderli-

che Unabhängigkeit tangiert (siehe etwa Möllers, JZ 2009, 861 ff.). Nicht ganz überzeugen mag die Erörterung des Compliance-Beauftragten. Zwar wird tatsächlich in § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG von der Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten bzw. der Compliance-Stelle gesprochen. Allerdings fragt man hier, wo beim Compliance-Beauftragten Interessenkonflikte auftreten können. Auch hätte man thematisieren können, wie sich bei einem Angestellten arbeitsrechtlich die Unabhängigkeit sicherstellen lässt.

Abschließend thematisiert der Bearbeiter Interessenkonflikte beim Aufsichtsrat, nicht aber beim Vorstand, obwohl er diesen ja eingangs ausführlich erörtert hatte. Die Frage zur Unabhängigkeit des Vorstands gegenüber dem Hauptaktionär ist ja ähnlich aktuell wie die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gegenüber dem Hauptaktionär. Auch die Thematik, ob der Wechsel des Vorstandsvorsitzenden in den Aufsichtsrat nach zwei oder drei Jahren zu erfolgen hat, wird nur knapp angesprochen. Der deutsche Gesetzgeber spricht in § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG von zwei Jahren, die Empfehlung weicht mit fünf Jahren davon ab, ohne dass die Bindungswirkung einer solchen Rechtsquelle mit der notwendigen Tiefe erörtert wird (S. 206 ff.). Die Ausführungen hätten auch noch gewonnen, wenn die Überlegungen mit aktuellen Beispielen aus den DAX-Unternehmen verbunden worden wären. Aktuell wird etwa dem VW-Aufsichtsrat vorgeworfen, nicht unabhängig zu sein (aktuell FAZ v. 29.11.2015, S. 26; FAZ v. 15. 3. 2012, S. 17).

V. In dem dritten Teil der Arbeit entwickelt *Kumpian* dann besondere Regeln für Interessenkonflikte. In einem eigenen Paragraphen wird eine Dreiteilung von Konfliktoffenlegung, Konfliktvermeidung und Konfliktlösung sowie die Sanktion vorgestellt. Auf diesen Paragraphen hätte man unschwer verzichten können, finden sich diese Ausführungen doch in der Einleitung und auch in der Zusammenfassung. Der erste Abschnitt dient der Konfliktoffenlegung. Während § 666 Fall 1 BGB und § 86 HGB eine Benachrichtigungspflicht formulieren, will der Bearbeiter die Offenlegungspflicht des Maklers mittelbar aus dem Verbot der Doppeltätigkeit aus § 654 BGB herauslesen. Das gelte auch für die Offenlegung von Rückvergütungen (*kick-backs*) des Anlageberaters. In einem Exkurs stellt der Bearbeiter die Rechtsprechung des BGH zu den *kick-backs* im Einzelnen dar. Offenlegungspflichten gibt es auch für den Aufsichtsrat und den Insolvenzverwalter. Danach geht der Bearbeiter auf gesetzliche Offenlegungspflichten wie etwa des Wertpapierdienstleistungsunternehmens nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG ein, um an dieser Stelle schon zu erwähnen, dass organisatorische Vorkehrungen die Offenlegungspflicht gerade wieder ausschließen können. Bei den Finanzanalysen gibt es heute immer noch verbreitet sog. *Disclaimer*, die abstrakt auf einen potenziellen Interessenkonflikt hinweisen. Ob dies zulässig ist, wird bei der Darstellung der Finanzanalysen nicht erörtert (S. 267), später wird dann aber allgemein festgestellt, dass ein solcher pauschaler Hinweis nicht zulässig sei (S. 273, 277). Dass in der Praxis solche *Disclaimer* üblich sind, wird nicht erwähnt (hierzu KK-WpHG/Möllers, 2. Aufl. 2014, § 34b Rdn. 192). Der Bearbeiter bejaht auch nachträgliche Offenlegungspflichten, um mögliche Schadensersatzansprüche der Gesellschaft zu ermöglichen. Hier hätte man gerne mehr erfahren, inwieweit eine solche Pflicht gegen das Selbstbezeichnungsverbot verstößt. Recht schön werden dann aus den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften verallgemeinerungsfähige Regeln gewonnen, etwa dass über die Art und Herkunft des Konflikts aufzuklären ist, dass der Geschäftsfüh-

rer in die Lage versetzt sein soll, den Interessenkonflikt zu verstehen und dass eine offensichtliche Erkennbarkeit des Konflikts die Offenlegung überflüssig macht. Im Ergebnis kann diese Offenlegungsfrist nach § 666 BGB auch nicht abbedungen werden, weil zahlreiche weitere Pflichten damit ins Leere liefen. Nur recht knapp wird dann das Verhältnis der Offenlegungsfrist nach § 666 1. Alt. BGB zum Auskunftsanspruch des § 666 2. Alt. BGB thematisiert.

VI. In Abschnitt 2 thematisiert der Bearbeiter die Konfliktvermeidung und prüft in diesem Rahmen zahlreiche Mechanismen. Er beginnt mit Organisationspflichten, die etwa im § 33 WpHG für das Kapitalmarktrecht schon lange bekannt sind. Hier beschreibt der Bearbeiter die Vertraulichkeitsbereiche, die sog. *Chinese Walls*, und begründet zutreffend, dass diese Informationsbarrieren nicht auf der Ebene der Geschäftsleitung existieren können, weil damit die Gesamtverantwortung des Vorstands ausgehebelt würde. Durchbrechungen durch das sog. *Wall Crossing* müssen auf oberster Ebene abgesichert sein. Hier nennt der Bearbeiter die Geschäftsleitung und die Compliance-Abteilung. Zivilrechtlich hat die Rechtsprechung eine umfangreiche Wissenszurechnung entwickelt, damit sich das Unternehmen nicht hinter einer Arbeitsteilung verstecken kann. Soweit Aufsichtsrecht Informationsbarrieren begründet, möchte der Bearbeiter eine zivilrechtliche Wissenszurechnung ausscheiden lassen (S. 309). Hier hätte es noch vertiefter Überlegungen zwischen dem Verhältnis von Aufsichtsrecht und Zivilrecht bedurft. Dass Informationsbarrieren mit Aufklärungspflichten kollidieren, ist hinlänglich bekannt. Auch hier hätten einige Beispiele aus der Praxis geholfen. Etwas zusammenhanglos steht dann wiederum das Kapitel zur Compliance. Erneut ist nicht erkenntlich, inwieweit Compliance-Mitarbeiter Interessenkonflikten ausgesetzt sind.

Ein weiteres Kapitel zeigt die Beschränkung von Handlungsspielräumen zur Konfliktvermeidung auf. Ein Beispiel bildet hier der § 181 BGB, den der Bearbeiter umfangreich mit den bekannten Erweiterungen und teleologischen Reduktionen auslegt. Auch das *front running*, das verbotene Vorlaufen, d.h. der Erwerb von Wertpapieren zeitlich vor der Ausführung eines Kundenauftrages, ist verboten. Eine Konfliktvermeidung ist auch möglich, indem die Person, die den Interessenskonflikt in sich trägt, ersetzt wird. Beispiele bilden etwa der Ergänzungspfleger oder auch die Fälle des § 112 AktG, in welchem der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertritt. Bekannt sind auch Wettbewerbsverbote, die präventiv wirken, etwa § 88 Abs. 1 S. 1 AktG, der den Vorstandsmitgliedern verbietet, Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung im Geschäftszweig der Gesellschaft zu machen. Vergleichbares findet sich für den Handlungsgehilfen in § 60 ff. HGB und § 74 ff. HGB. Der Bearbeiter begründet auch eine Analogie des § 88 AktG für den GmbH-Geschäftsführer. Er verbannt allerdings den Streitstand, dass die Gegenansicht dieses Wettbewerbsverbot aus der Treupflicht herleitet, in eine einzige Fußnote (S. 367 Fn. 66). Eine Analogie will der Bearbeiter auch für den Handelsvertreter begründen, auch wenn dieser ganz offensichtlich nicht mit einem Vorstandsmitglied vergleichbar ist. Schließlich gibt es ein Verbot der Vertretung im Berufsrecht, wobei die Rechtsprechung die wirtschaftsnahen Beratungsberufe wie Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer oft gleich behandelt. Das Vertretungsverbot gibt es etwa für Rechtsanwälte nach § 43 Abs. 4 BRAO, das aber noch nicht bei der Anbahnung einer Rechtssache eingreift. Für den Wirtschaftsprüfer wird die Unabdingbarkeit nach § 53 WiPrO thematisiert. Der Wortlaut muss hier mehrmals

reduziert werden. Im Zweifel gilt das Verbot auch bei Anwaltssozietäten, wenn die Anwälte für das komplette Mandat nicht besonders bestimmt sind.

Im 13. Kapitel thematisiert der Bearbeiter sog. Inhabilitätsvorschriften, die zu einem vollständigen Ausschluss führen, fremde Interessen wahrzunehmen. So existieren etwa in den §§ 319, 319a HGB zahlreiche Regelbeispiele, welche den Wirtschaftsprüfer für eine Abschlussprüfung ausschließen. Diese werden detailliert erörtert, ohne dass der Bearbeiter aber darlegt, welche weiteren Fallgruppen neben den gesetzlichen Regelbeispielen existieren, da der Gesetzgeber diese ja nur beispielhaft nennt (insbesondere). Relevant sind hier vor allem wirtschaftliche Abhängigkeiten oder das Richten in eigener Sache. Obwohl die Prüferrotation zu höheren Kosten führt und oft auch Erst- und Zweitprüfungen fehleranfälliger sind als die Folgeprüfungen, plädiert der Bearbeiter für eine solche Rotation, weil diese es eher ermöglicht, Missstände aufzudecken (S. 435). Wegen des besonders weitreichenden Eingriffs solcher Inhabilitätsvorschriften sollten sie so eindeutig wie möglich gefasst sein. Beim Rotationsprinzip hätte auf die Ratingverordnung eingegangen werden können. Der Bearbeiter thematisiert dann aufsichtsbehördliche Eignungsprüfungen, ohne dass erkennbar wird, in welchem Umfang die Unabhängigkeit gefährdet ist oder Interessenkonflikte vorliegen, wenn etwa die BaFin die Eignung von Geschäftsleitern von Kreditinstituten feststellt.

VII. Der dritte Teil dient dann der Konfliktlösung. Hier beginnt der Bearbeiter mit formalen Prinzipien und thematisiert ausführlich den Prioritätsgrundsatz und das Gleichheitsprinzip. Er nennt als Beispiel die Emission von Wertpapieren, die aber mit beiden Prinzipien nicht angemessen gelöst werden kann. An dieser Stelle hätten widerstreitende Interessen oder Prinzipien diskutiert werden können, etwa das Interesse des Emittenten, mit professionellen Anlegern üblicherweise längerfristig agierende Investoren zu gewinnen (siehe Börsensachverständigenkommission beim BMF, Grundsätze für die Zuteilung von Aktienemissionen an Privatanleger v. 7. 6. 2000, ZBB 2000, 287; etwa *Fleischer*, Gutachten F zum 64. DJT 2002, S. 1, 76f.). Sodann geht der Bearbeiter auf die Geschäftschancenlehre ein, die als Zwillingsschwester zu den Interessenkonflikten dem Vorstand verbietet, Geschäftschancen zu Lasten der Gesellschaft wahrzunehmen. Ausführlich wird das US-amerikanische Recht und der entsprechende Import in das deutsche Recht erörtert. Deutlich schwächer gilt die Lehre für den Aufsichtsrat, weil der Aufsichtsrat sein Amt regelmäßig nur als Nebenamt wahrnimmt. Sodann werden Stimmen- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen diskutiert und insbesondere eine Analogie zu den §§ 28, 34 BGB gezogen, um Lücken des Aktienrechts zu schließen. Im Einzelnen wird das Recht zur Stimmenthaltung diskutiert, das allerdings dann nicht gelten soll, wenn es auf die Stimme des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds ankommt (S. 546). Teilnahmeverbote ermöglichen zwar eine unbefangene Diskussion. Weil dann aber die Argumente des potenziell ausgeschlossenen Aufsichtsratsmitglieds nur unzureichend eingebracht werden können, will der Bearbeiter mit einem solchen Verbot aber zurückhaltend verfahren. Schließlich geht der Bearbeiter noch auf die Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses durch Widerruf oder Kündigung ein.

VIII. Der letzte Abschnitt 4 dient der Erörterung der Sanktionen und der Gewinnabschöpfung. Der Bearbeiter beginnt mit der gesetzlichen Schadensersatzregelung in § 88 Abs. 2 S. 1 AktG und § 61 Abs. 1 1. HS. HGB. Nach § 654 BGB verwirkt der

Makler bei einem vertragswidrigen Verhalten seinen Lohnanspruch. *Kumpfan* will daraus einen allgemeinen Rechtsgedanken der Verwirkung ableiten, der auch für den Rechtsanwalt, Handelsvertreter und Testamentsvollstrecker gilt. Bei den öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen prüft der Bearbeiter den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB. Überraschend knapp fallen die Ausführungen zu Sanktionen im Kapitalmarktrecht aus. Hier hätte man unschwer auf Schadensersatzansprüche und öffentlich-rechtliche Sanktionen eingehen können, etwa bei Interessenkonflikten von Ratingagenturen oder auch von Finanzanalysten (ausführlich etwa KK-WpHG/Möllers, 2. Aufl. 2014, § 17 Rdn. 28 ff. und § 34b Rdn. 278 ff.). Die Arbeit endet mit der Gewinnabschöpfung. Hier prüft der Bearbeiter § 667 2. Alt. BGB. Im Einzelnen werden verschiedene Varianten der Analogie wiederum thematisiert. Aufsichtsrecht sollte dem § 384 HGB nicht entgegenstehen. Die Arbeit endet in Teil 4 mit den Ergebnissen der Untersuchung.

IX. Mit dem Versuch, Interessenkonflikte im deutschen Privatrecht in den verschiedenen Rechtsgebieten des klassischen Zivil- und Berufsrechts, und dann vor allem im Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht aufzuzeigen und vor allem zu systematisieren, betritt *Kumpfan* Neuland. An der einen oder anderen Stelle stören Wiederholungen. Das ist dem Aufbau der Arbeit geschuldet mit mehreren Allgemeinen Teilen, dann erst der Darstellung eines Besonderen Teils. Das erinnert an unser schönes BGB, das in jahrzehntelanger Arbeit durch die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts entwickelt wurde. Mehr konkrete Beispiele hätten der Arbeit durchaus noch gut getan. Die Strukturierung in Konfliktoffenlegung, Konfliktvermeidung und Konfliktlösung, die dann in dem Besonderen Teil des Werkes erfolgt, erscheint durchaus sachgerecht. Das schließt es nicht aus, dass man manchmal durchaus über die Abgrenzung streiten kann, etwa ob ein Teilnahmeverbot in den Bereich der Konfliktlösung gehört oder aber schon als Sanktion zu betrachten ist. Weiterführend sind vor allem die Ausführungen von *Kumpfan*, die Rechtsgedanken verallgemeinern und so die Übertragung einer Pflicht oder eines Prinzips von einem Rechtsgebiet auf das andere erlauben.

Augsburg

Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers