

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Einleitung	1
Teil 1: Interessenkonflikte – Grundlagen	9
§ 1 Begriff, Systematisierung und rechtliche Verankerung	11
§ 2 Ökonomische Erwägungen zu Notwendigkeit und Grenzen der Regelung von Interessenkonflikten	58
Teil 2: Allgemeine Regeln zu Interessenkonflikten	87
§ 3 Interessenwahrungspflicht	89
§ 4 Unabhängigkeit	138
§ 5 Unabhängigkeit in den einzelnen Privatrechtsgebieten	158
Teil 3: Besondere Regeln zu Interessenkonflikten	227
§ 6 Systematisierung der besonderen Regelungen	229
Abschnitt 1: Konfliktoffenlegung	245
§ 7 Anzeige- und Offenlegungspflichten	245
Abschnitt 2: Konfliktvermeidung	293
§ 8 Organisationspflichten	293
§ 9 Beschränkung des Handlungsspielraums	324
§ 10 Vorübergehende Ersetzung des Interessenwahrers	346
§ 11 Wettbewerbsverbote	357
§ 12 Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen im Berufsrecht	379
§ 13 Inabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	416
Abschnitt 3: Konfliktlösung	459
§ 14 Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen . .	459
§ 15 Geschäftschancenlehre	483
§ 16 Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen . .	508

X	<i>Inhaltsübersicht</i>	
§ 17 Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses		558
Abschnitt 4: Sanktionen und Gewinnabschöpfung		579
§ 18 Sanktionen		579
§ 19 Gewinnabschöpfung		588
Teil 4: Ergebnisse der Untersuchung		611
§ 20 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse		613
Literaturverzeichnis		631
Register		691

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Einleitung	1
I. Problemstellung	2
II. Gegenstand der Untersuchung	4
III. Methoden der Untersuchung	4
IV. Gang der Untersuchung	6
Teil 1: Interessenkonflikte – Grundlagen	9
§ 1 Begriff, Systematisierung und rechtliche Verankerung	11
I. Einleitung	11
II. Begriff des Interessenkonflikts und dogmatische Verortung	11
1.) Fehlen eines einheitlichen rechtlichen Begriffs des Interessenkonflikts	11
2.) Interesse	14
a.) Der Begriff des Interesses im allgemeinen und rechtlichen Sprachgebrauch	15
b.) Interesse und Recht: Interessenjurisprudenz	15
c.) Subjektives und objektives Interesse	17
d.) Interessenträger und Unternehmensinteresse	17
3.) Interessenkonflikt	21
a.) Der Begriff des Interessenkonflikts im Sinne der Interessenjurisprudenz	22
b.) Abgrenzung anhand der Einteilung der Rechtsverhältnisse nach ihrer Interessenstruktur	22
c.) Die dogmatische Einteilung von Rechtsverhältnissen nach ihrer Interessenstruktur	23
(i) Verträge des Interessengegensatzes	24
(ii) Verträge der Interessengemeinschaft	25
(iii) Verträge der Fremdinteressenwahrung	25
d.) Die asymmetrische Interessengewichtung bei Verträgen mit Fremdinteressenwahrungscharakter	26
e.) Nicht erfasszte Interessenkonflikte	26

f.) Der Interessenkonflikt im engeren Sinne	27
g.) Interessenkonflikt und Befangenheit	28
4.) Interessenwiderstreit im Berufsrecht	29
a.) Subjektive Bestimmung der Interessen	29
b.) Berücksichtigung auch „bloß“ wirtschaftlicher Interessen	31
c.) Berücksichtigung eigener Interessen des Berufsträgers	33
d.) „Widerstreit“ der Interessen	35
III. Systematisierung der Interessenkonflikte	37
1.) Unterscheidung nach den Interessen	38
a.) Eigen- vs. Fremdinteresse: Interessenkollision i.e.S.	38
b.) Fremd- vs. Fremdinteresse: Pflichtenkollision	38
c.) Fremdinteressen auf derselben und auf verschiedenen Marktseiten	39
d.) Durch die Rechtsordnung inhärent angelegte Interessenkonflikte	40
e.) Interessen früherer Geschäftsherren	40
2.) Unterscheidung nach der Konfliktdauer: dauerhafte und punktuelle Konflikte	41
3.) Abstrakte und konkrete Konflikte	41
4.) Unterscheidung nach Konfliktursachen	42
5.) Irrelevante Merkmale	44
IV. Rechtliche Anknüpfung von Interessenkonflikten	45
1.) Interessenwahrungsverhältnis und Treuhand	45
a.) Die Treuhand	46
b.) Treuhand und Geschäftsbesorgungsverhältnisse mit „treuhänderischem Charakter“	48
c.) Interessenwahrungsverhältnis als übergreifende Kategorie	49
2.) Rechtliche Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten	50
V. Beschränkung auf (materielle) Geschäftsbesorger	51
1.) Abgrenzung zu Richtern und Notaren	51
a.) Richter	51
b.) Eingeschränkte Übertragbarkeit auf Geschäftsbesorger	52
c.) Schiedsrichter und Sachverständige	53
d.) Notar	54
2.) Abgrenzung zu Eltern	55
VI. Zusammenfassung	56

§ 2	Ökonomische Erwägungen zu Notwendigkeit und Grenzen der Regelung von Interessenkonflikten	58
I.	Wirtschaftliche Auswirkungen von Interessenkonflikten	58
II.	Agency-Theorie	59
	1.) Grundlegende Annahmen der Agency-Theorie	60
	2.) Principal-Agent-Modell	60
	a.) Entscheidungsspielraum des agent	61
	b.) Informationsasymmetrie	61
	(i) Adverse Selektion (adverse selection)	62
	(ii) Moralisches Risiko (moral hazard)	62
	3.) Die Verringerung von Agencykosten	63
	4.) Folgerungen für die Regelung von Interessenkonflikten	64
III.	Strategien zur Überwindung von Informationsasymmetrien	66
	1.) Signalisieren (signaling)	67
	2.) Screening und Selbstselektion	67
	3.) Garantien (bonding)	68
	4.) Folgerungen für die Regelung von Interessenkonflikten	68
IV.	Unvollständige Verträge	69
V.	Verhaltensökonomik (behavioral economics)	70
	1.) Verhaltensanomalien bei der Informationsaufnahme	71
	a.) Rahmungseffekt (framing)	72
	b.) Selektive Wahrnehmung	73
	c.) Verfügbarkeitsheuristik (availability bias)	73
	2.) Verhaltensanomalien bei der Informationsverarbeitung	74
	a.) Ankereffekt (anchoring)	74
	b.) Besitzeffekt (endowment effect)	74
	c.) Verlustaversion (loss aversion)	75
	d.) Präferenz für den Status Quo (status quo bias)	76
	3.) Verhaltensanomalien bei der Entscheidung	76
	a.) Aversion gegen Extreme (extremeness aversion)	76
	b.) Ähnlichkeitsheuristik (representativeness heuristic)	77
	c.) Übermäßiges Selbstbewusstsein (overconfidence bias, overoptimism)	77
	d.) Bedürfnis nach Dissonanzfreiheit (conservatism bias und confirmatory bias)	78
	e.) Dynamische Inkonsistenz (dynamic inconsistency)	78
	4.) Prospect theory	79
	5.) Folgerungen aus der Verhaltensökonomik für die Regelung von Interessenkonflikten	80
	a.) Verhaltensanomalien auf Seiten des Interessenwahrers	80

(i) Interessenkonflikte und übermäßiges Selbstvertrauen sowie Überoptimismus	80
(ii) Interessenkonflikte und das Bedürfnis nach Dissonanzfreiheit sowie die Verfügbarkeitsheuristik	82
(iii) Interessenkonflikte und Verlustaversion sowie Besitzeffekt	83
b.) Verhaltensanomalien auf Seiten des Geschäftsherrn	84
(i) Interessenkonflikte und die Präferenz für den Status Quo	84
(ii) Interessenkonflikte und Rahmungseffekt sowie selektive Wahrnehmung	85
(iii) Interessenkonflikte und Verlustaversion sowie dynamische Inkonsistenz	85
VI. Zusammenfassung	86
 Teil 2: Allgemeine Regeln zu Interessenkonflikten	87
§ 3 Interessenwahrungspflicht	89
I. Einleitung	89
II. Ökonomische Rechtfertigung von Interessenwahrungspflichten	90
III. Rechtlich Begründung der Interessenwahrungspflicht	91
1.) Bisherige Ansätze	91
a.) Vertrauen	91
b.) Einwirkungsmacht	91
c.) Fehlende Gegenleistung	93
d.) Weitere Erklärungsansätze	94
2.) Die Öffnung der Interessensphäre durch den Geschäftsherrn	95
a.) Anknüpfung an die Interessen des Geschäftsherrn	95
b.) Die Verletzbarkeit der Interessen des Geschäftsherrn	96
c.) Die Öffnung der Interessensphäre als objektives Kriterium	96
d.) Unterschiedliche Intensität von Interessenwahrungspflichten und -regelungen	97
IV. Rechtsgrundlage der Interessenwahrungspflichten	98
1.) Ablehnung von § 242 BGB als Rechtsgrundlage	98
2.) Vertragliche Interessenwahrungspflicht	100
a.) Allgemeine vertragliche Interessenwahrungsverhältnisse	100

	<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
	(i) Auftrag	101
	(ii) Geschäftsbesorgungsvertrag	103
b.) Vertypete vertragliche Interessenwahrungsverhältnisse	104	
(i) Dogmatische Einordnung der vertypeten Interessenwahrungsverhältnisse	104	
(ii) Beispiele für auf lediglich ein Geschäft bezogene Interessenwahrungsverhältnisse	105	
(1) Makler	105	
(2) Kommissionär	106	
(3) Anlageberater	107	
(iii) Beispiele für auf Dauer eingegangene Interessenwahrungsverhältnisse	108	
(1) Handelsvertreter	108	
(2) Vertragshändler	110	
(3) Treuhänder	112	
3.) Organschaftliche Interessenwahrungspflicht/Treuepflicht	113	
a.) Abgrenzung zur mitgliedschaftlichen Treuepflicht	113	
b.) Die organschaftliche Treuepflicht	114	
c.) Umfang der organschaftlichen Treuepflicht	117	
4.) Berufs- undaufsichtsrechtliche Interessenwahrungspflicht	118	
a.) Die Einwirkung berufsrechtlicher Pflichten auf Vertragspflichten am Beispiel des Rechtsanwalts	119	
b.) Die Einwirkung aufsichtsrechtlicher Pflichten auf Vertragspflichten am Beispiel der §§ 31 ff. WpHG .	119	
5.) Interessenwahrungspflicht gesetzlicher Interessenwahrer	121	
V. Inhalt und Konkretisierung der Interessenwahrungspflicht	122	
1.) Inhalt und Umfang im Allgemeinen	122	
2.) Die Konkretisierung der Interessenwahrungspflicht	125	
a.) Notwendigkeit einer Konkretisierung aus ökonomischer Perspektive	125	
b.) Systematisierung der konkretisierenden Regelungen und Pflichten	126	
(i) Konfliktoffenlegung, Konfliktvermeidung, Konfliktlösung	126	
(ii) Dauerhafte und punktuelle Interessenkonflikte	128	
(iii) Abstrakte und konkrete Konflikte	128	
3.) Nachwirkung der Interessenwahrungspflicht	129	

VI.	Abdingbarkeit und Intensivierung der Interessenwahrungspflicht	129
1.)	Intensivierung der Interessenwahrungspflicht	129
2.)	Keine gänzliche Abdingbarkeit der Interessen- wahrungspflicht	130
a.)	Rechtsökonomische Erwägungen	131
b.)	Rechtliche Erwägungen hinsichtlich der vertraglichen Interessenwahrungspflicht	132
c.)	Rechtliche Erwägungen hinsichtlich der organschaftlichen Interessenwahrungspflicht	133
3.)	Abdingbarkeit einzelner Ausprägungen der Interessenwahrungspflicht	135
VII.	Zusammenfassung	137
§ 4	Unabhängigkeit	138
I.	Einleitung	138
II.	Begriff, Zweck und rechtliche Verankerung	139
1.)	Begriff der Unabhängigkeit	139
2.)	Rechtsgrund von Unabhängigkeitserfordernissen . . .	141
3.)	Zweck von Unabhängigkeitserfordernissen	144
4.)	Notwendigkeit einer gesetzlichen Verankerung von Unabhängigkeitserfordernissen	145
a.)	Grundsätzliche Möglichkeit privatvertraglicher Vereinbarung von Unabhängigkeitsregelungen . . .	145
b.)	Grenzen privater Vereinbarungen von Unabhängigkeitsregelungen unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Erwägungen	146
5.)	Gesetzliche Verankerungen	148
III.	Grundzüge eines allgemeinen Tatbestands von Unabhängigkeitserfordernissen für Geschäftsbesorger	148
1.)	Anknüpfung an die äußere Unabhängigkeit	149
2.)	Verobjektivierte Indikatoren für fehlende Unabhängigkeit bzw. Befangenheit	149
3.)	Vermutungsregeln	150
4.)	Anknüpfung an die abstrakte Gefährdung von Dritt- interessen – das Verhältnis zu Interessenkonflikten . .	151
5.)	Vorteile einer Anknüpfung an die abstrakte Interessengefährdung	152
6.)	Unterschiedliche Intensität von Unabhängigkeits- erfordernissen	152
IV.	Grenzen von Unabhängigkeitserfordernissen	153
1.)	Nichterfassung rein „mentaler“ Abhängigkeiten . . .	153

2.) Unabhängigkeit und Sachkunde	154
3.) Unabhängigkeit und Kosten	155
V. Das Unabhängigkeitserfordernis konkretisierende Regelungen	156
VI. Zusammenfassung	157
 § 5 Unabhängigkeit in den einzelnen Privatrechtsgebieten	158
I. Einleitung	158
II. Rechtsanwalt	158
1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses	158
2.) Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	159
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	159
a.) Begriff der „Bindung“ in § 43a Abs. 1 BRAO	159
(i) Nicht lediglich als „rechtliche Bindung“ zu verstehen	160
(ii) Erfassung auch von wirtschaftlichen und anderen Abhängigkeiten	160
b.) „Gefahr“ im Sinne von § 43a Abs. 1 BRAO	161
c.) Verständnis des anwaltlichen Unabhängigkeitserfordernisses vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG	163
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	165
a.) Verhältnis zum Mandanten	165
(i) Keine Gefährdung allein durch Aufnahme und Beendigung des Mandates	165
(ii) Weisungen	166
(iii) Honorarvereinbarung	166
(iv) Wirtschaftliche Beziehungen außerhalb des Mandantenvertrages	168
(1) Beteiligung an einem Mandantenunternehmen	168
(2) Tätigkeit in einem Leitungs- oder Aufsichtsorgan eines Mandantenunternehmens, Zweitberufe	169
(3) Übernahme von Mandantenrisiken	171
b.) Verhältnis zum Arbeitgeber bei Syndikus-anwälten, angestellten Anwälten und freien Mitarbeitern	171
c.) Verhältnis zu Kanzleiangestellten	174
III. Steuerberater	175

1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses	175
2.) Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	175
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	175
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	176
IV. Wirtschaftsprüfer	176
1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses	176
2.) Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	177
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	178
a.) Besondere unabhängigkeitbezogene Regelungen der WiPrO	178
b.) Die Unabhängigkeitssregelungen der Berufssatzung	179
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	180
V. Ratingagenturen	181
1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses	181
2.) Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	181
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	183
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	185
VI. Insolvenzverwalter	185
1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses	185
2.) Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	186
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	187
a.) Keine Konkretisierung mit Hilfe der anwaltlichen Unabhängigkeitsschriften	187
b.) Unabhängigkeit und Interessenausgleich	188
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	189
a.) Gläubiger und Schuldner	190
b.) Insbesondere: Geschäftliche Beziehungen von erheblicher Bedeutung	191
c.) Nahestehende Personen im Sinne von § 138 InsO	192
d.) Eigene Vermögensinteressen	193
e.) Ausgenommene Fälle gemäß § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO	193
5.) Das Unabhängigkeitsgebot im Eröffnungsverfahren	194
VII. Nachlass- und Zwangsvorwalter, Testamentsvollstrecker	194
VIII. Compliance-Stelle bzw. Compliance-Beauftragter	196
1.) Rechtliche Verankerung und Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	196
2.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses	197

a.) Unabhängigkeit von der Geschäftsführung	197
b.) Unabhängigkeit von anderen Abteilungen	199
c.) Finanzielle Unabhängigkeit	199
d.) Weitere mögliche Konkretisierungen	200
IX. Aufsichtsrat	201
1.) Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeits- erfordernisses	201
2.) Einordnung des Unabhängigkeitserfordernisses für Aufsichtsräte	201
a.) Das besondere Spannungsverhältnis zwischen Unabhängigkeit und Sachkunde im Fall des Aufsichtsrats	201
b.) Einfluss des angloamerikanischen Rechts: Der „independent director“	202
3.) Schutzzweck der Unabhängigkeitserfordernisse	204
4.) Konkretisierung der Unabhängigkeitserfordernisse . . .	205
a.) Vorschriften des Aktiengesetzes	205
b.) Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) .	207
c.) Kommissionsempfehlung	209
5.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	212
a.) (Ehemalige) Vorstandsmitglieder	213
b.) Arbeitnehmer im Aufsichtsrat	213
c.) Vertreter des Mehrheitsaktionärs im Aufsichtsrat .	216
d.) Familienmitglieder	219
e.) Besonderheiten bei externen Kapitalverwaltungs- gesellschaften	220
6.) Exkurs: Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 100 Abs. 5 AktG	220
X. Mitglieder des Gläubigerausschusses	223
1.) Der Gläubigerausschuss	223
2.) Das Unabhängigkeitserfordernis	224
3.) Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses .	224
4.) Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	226
Teil 3: Besondere Regeln zu Interessenkonflikten	227
§ 6 Systematisierung der besonderen Regelungen	229
I. Einleitung	229
II. Konfliktoffenlegung - Anzeige- und Offenlegungspflichten	230
III. Konfliktvermeidung	231
1.) Organisationspflichten	232
2.) Begrenzung des Handlungsspielraums	234

3.) Vorübergehende Ersetzung des Interessenwahrers	234
4.) Wettbewerbsverbote	235
5.) Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen	236
6.) Inabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	237
7.) Außerdem: Selbstablehnungsrecht wegen Interessenkonflikts	238
8.) Grenzen von Konfliktvermeidungspflichten	239
IV. Konfliktlösung	240
1.) Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen	240
2.) Geschäftschancenlehre	241
3.) Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienteilscheidungen	241
4.) Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses	242
V. Sanktionen und Gewinnabschöpfung	243
VI. Zusammenfassung	244
Abschnitt 1: Konfliktoffenlegung	245
§ 7 Anzeige- und Offenlegungspflichten	245
I. Einleitung	245
II. Grundsatz und Zweck von Anzeige- und Offenlegungspflichten	245
III. Rechtsgrundlage der Offenlegungspflicht	247
1.) Offenlegungspflicht vertraglicher Interessenwahrer	247
a.) § 666 Fall 1 BGB als allgemeine Rechtsgrundlage	247
b.) Im vorvertraglichen Verhältnis, §§ 311, 241 Abs. 2 BGB	248
c.) Besondere Regelungen	249
(i) Offenlegung bei punktuellen Interessenwahrungsverhältnissen am Beispiel des Kommissionärs	249
(ii) Offenlegung bei dauerhaften Interessenwahrungsverhältnissen am Beispiel des Handelsvertreters	250
(iii) Herleitung der Offenlegungspflicht bei fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung am Beispiel des Maklers	250
(iv) Herleitung der Offenlegungspflicht bei fehlenden besonderen gesetzlichen Regelungen am Beispiel des Anlageberaters	252

(v) Exkurs: Zur Rechtsprechung des BGH über die Offenlegung von Rückvergütungen	252
(vi) Offenlegung bei Unabhängigkeits- erfordernissen am Beispiel des Abschlussprüfers	256
2.) Offenlegungspflichten organschaftlicher Interessenwahrer	257
3.) Offenlegungspflichten gesetzlicher Interessenwahrer	259
a.) Insolvenzverwalter	259
b.) Testamentsvollstrecker	262
c.) Allgemeine Folgerungen für gesetzliche Interessenwahrer	263
4.) Offenlegungspflichten aufgrund von Aufsichts- oder Berufsrecht	263
a.) Allgemeine Offenlegungspflicht nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG	263
b.) Aufklärungspflicht im Fall von Zuwendungen Dritter	264
c.) Offenlegung von Zuwendungen an Kapitalverwaltungsgesellschaften	265
d.) Offenlegungspflicht für Finanzanalysten	266
e.) Offenlegungspflicht für Ratingagenturen	267
f.) Schutzmaßnahmen nach § 22 Abs. 1 Berufssatzung WP/vBP	268
g.) Anzeigepflicht nach § 7 und § 4 Abs. 3 der VID-Berufsgrundsätze	268
IV. Inhalt und Grenzen der Offenlegungspflicht	269
1.) Offenlegung ex ante	269
a.) Besonderheiten bei Gremienmitgliedern am Beispiel des Aufsichtsrats	270
b.) Besonderheiten bei gesetzlichen Interessenwahrern am Beispiel des Insolvenzverwalters	271
2.) Nachträgliche Offenlegung	271
3.) Inhalt und Umfang der Offenlegungspflicht	272
a.) Allgemeines	272
b.) Art und Herkunft des Konflikts	274
c.) Offenzulegende Beziehungen und Umstände	275
d.) Eindeutigkeit der Darlegung	277
e.) Offensichtlichkeit oder Erkennbarkeit des Interessenkonflikts	278
f.) Verallgemeinerung der vorangegangenen Befunde .	280
4.) Grenzen von Offenlegungspflichten	281

a.) Offenlegungspflicht und Verschwiegenheitspflicht	281
b.) Offenlegungspflicht und gesetzliche Verbote	283
c.) Beschränkung der Offenlegungspflicht bei angemessener Organisation	284
5.) Abdingbarkeit der Offenlegungspflicht	285
V. Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch	287
1.) Auskunftsanspruch	287
2.) Rechenschaftsanspruch	289
VI. Zusammenfassung	290
 Abschnitt 2: Konfliktvermeidung	293
§ 8 Organisationspflichten	293
I. Einleitung	293
II. Grundsatz und rechtliche Verankerung	293
III. Vertraulichkeitsbereiche (Informationsbarrieren)	295
1.) Funktion von Informationsbarrieren	295
2.) Aufbau und Elemente von Vertraulichkeitsbereichen	296
3.) Keine Informationsbarrieren auf der Ebene der Geschäftsleitung	299
4.) Wall crossing	301
a.) Informationsaustausch	302
b.) Personalwechsel	303
5.) Zivilrechtliche Bedeutung von Informationsbarrieren	304
a.) Wissenszurechnung	304
(i) Organmitglieder	305
(ii) Mitarbeiter	306
(iii) Gesellschafter von Personengesellschaften	307
b.) Folgerungen für die Wirksamkeit von Informationsbarrieren	307
(i) Äußere Grenzen für die Wissenszurechnung – Umsetzung von Weitergabeverboten	307
(ii) Anerkennung von Informationsbarrieren in Bezug auf Interessenkonflikte im Rahmen des kapitalmarktrechtlichen Aufsichtsrechts	308
(iii) Übertragung auf andere Fälle des Berufs- und Aufsichtsrecht	310
(iv) Absicherung mit Hilfe des Schweizer Ansatzes: Das bei Dritten geweckte Vertrauen	310
(v) Verallgemeinerung über das Aufsichts- und Berufsrecht hinaus: Informationsbarrieren und Wissensorganisationspflicht	311

6.) Auswirkung auf Offenlegungs- und Aufklärungspflichten	313
IV. Beobachtungsliste, Verbots- oder Sperrliste und Konfliktliste	314
1.) Beobachtungsliste (watch list)	314
2.) Verbots- bzw. Sperrliste (restricted list)	316
3.) Konfliktliste	318
V. Compliance	319
VI. Ausschüsse als Organisationsmaßnahme gegen Interessenkonflikte im Gesellschaftsrecht	320
VII. Zusammenfassung	322
 § 9 Beschränkung des Handlungsspielraums	324
I. Einleitung	324
II. Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 BGB	324
1.) Grundsatz und Zweck	324
2.) § 181 BGB als vertretungsbezogene Interessenkonfliktregelung	326
a.) Keine allgemeine Interessenkonfliktregelung	326
b.) § 181 BGB als vertretungsspezifische Ausprägung allgemeiner Rechtsgedanken zur Interessenwahrung	327
3.) Anwendungsbereich von § 181 BGB	327
4.) Ausnahmen von § 181 BGB	330
a.) Gestattung	330
b.) Erfüllung einer Verbindlichkeit	334
5.) Teleologische Korrektur von § 181 BGB	335
a.) Normrestriktion, Ausweitung der Ausnahmen	336
b.) Ausweitung von § 181 BGB	337
6.) Rechtsfolge	338
III. Mit § 181 BGB vergleichbare Beschränkungen	339
1.) Selbsteintritt des Kommissionärs	339
2.) Beschränkungen der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers	340
IV. Zeitpunktbezogene Verbote bestimmter Geschäfte	341
1.) Verbotenes Vorlaufen (front running)	341
2.) Abgrenzung zum erlaubten Eigenhandel und Eigengeschäft	342
V. Exkurs: Vorgaben für die Art und Weise der Ausführung eines Geschäfts	343
VI. Zusammenfassung	344

§ 10 Vorübergehende Ersetzung des Interessenwahrers	346
I. Einleitung	346
II. Gesetzliche Interessenwahrer	346
1.) Ergänzungspfleger	346
2.) Sonderinsolvenzverwalter	347
III. Organschaftliche Interessenwahrer	349
1.) Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern	349
2.) Zuständigkeitsverlagerung auch bei Geschäften mit Aufsichtsratsmitgliedern de lege ferenda	352
3.) Wahl und Bestellung des Abschlussprüfers	353
a.) Grundsatz	354
b.) Grenzen abweichender Satzungsbestimmungen bei der GmbH	355
IV. Zusammenfassung	355
§ 11 Wettbewerbsverbote	357
I. Einleitung	357
II. Grundsatz, Schutzzwecke und dogmatische Verankerung .	357
1.) Grundsatz und rechtliche Verankerung	357
2.) Schutzzwecke des Wettbewerbsverbots	358
3.) Der präventive Charakter von Wettbewerbsverboten .	359
4.) Das Wettbewerbsverbot als „verdichtete“ Interessenwahrungspflicht	360
III. Gesetzlich normierte Wettbewerbsverbote	361
1.) Das Wettbewerbsverbot für Vorstände im Aktienrecht	361
2.) Das Wettbewerbsverbot für den Handlungsgehilfen .	364
IV. Analoge Anwendung der Wettbewerbsverbote	365
1.) Keine Analogie im Fall des Kommissionärs	366
2.) GmbH-Geschäftsführer	367
3.) Handelsvertreter	368
V. Beschränkungen und Abdingbarkeit von Wettbewerbsverbotten	370
1.) Enge Auslegung und zeitliche Grenzen	370
2.) Befreiung von Wettbewerbsverboten	372
a.) Einwilligung des Aufsichtsrats bzw. des Prinzipals	372
b.) Verschärfung oder Abbedingen von Wettbewerbsverboten	374
VI. Wettbewerbsverbote und Konzern	376
1.) Kein unmittelbares Wettbewerbsverbot gegenüber den beherrschten Unternehmen	376

2.) Ausweitung des Wettbewerbsverbots gegenüber der herrschenden Gesellschaft	377
VII. Zusammenfassung	378
§ 12 Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen im Berufsrecht	379
I. Einleitung	379
II. Vertretungsverbot für den Rechtsanwalt nach § 43a Abs. 4 BRAO	380
1.) Zweck der Regelung in § 43a Abs. 4 BRAO	380
2.) „Vertreten“	381
a.) Weites Begriffsverständnis	382
b.) Keine Erstreckung auf die Anbahnung von Mandatsbeziehungen	383
c.) Durch den Rechtsanwalt	384
d.) Unabdingbarkeit des Vertretungsverbots	384
3.) „Dieselbe Rechtssache“	386
4.) Nichtanwaltliche Vorbefassung	388
III. Steuerberater	390
1.) Beschränkung auf „dieselbe Steuerrechtssache“	391
2.) Unabdingbarkeit des Vertretungsverbots	392
3.) Bedeutung für Tätigkeiten außerhalb des Vorbehaltsbereichs	393
4.) Interessenkonfliktregelung in § 6 BOStB	393
IV. Wirtschaftsprüfer	395
1.) Unabdingbarkeit des Vertretungsverbots vor dem Hintergrund des Wortlauts von § 53 WiPrO	395
2.) Vertretung mehrerer Mandanten, deren Interessen nicht widerstreiten	398
V. Erstreckung auf Mitglieder einer Berufsausübungsgemeinschaft	399
1.) Rechtsanwälte	399
a.) Teleologische Extension von § 43a Abs. 4 BRAO	400
b.) Ausnahme bei Beauftragung eines bestimmten Soziätätsmitglieds durch den Mandanten	402
c.) Übertragung auf andere Rechtsformen der beruflichen Zusammenarbeit	404
d.) Wechsel der Berufsausübungsgemeinschaft – „Soziätätswechsel“	406
(i) Wechsel des vorbefassten Anwalts	406
(ii) Wechsel des nicht vorbefassten Anwalts	408
e.) Regelung in § 3 Abs. 2 und Abs. 3 BORA	409
2.) Steuerberater	411

3.) Wirtschaftsprüfer	413
VI. Zusammenfassung	414
§ 13 Inabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	416
I. Inabilitätsvorschriften	416
1.) Abschlussprüfer	416
a.) Rechtliche Verankerung und Schutzzweck	416
(i) Die Regelbeispiele in § 319 Abs. 3 HGB	417
(ii) Die Regelbeispiele in § 319a Abs. 1 HGB	421
b.) Der Interessenkonflikt des „Richtens in eigener Sache“ – Abgrenzung von „Mitwirkung“ und „Beratung“	423
c.) Das Spannungsverhältnis zwischen Interessen- konflikt und Sachkunde	426
(i) Verhaltensökonomische Befunde	427
(ii) Parallele Beratung	428
(1) Gefahren der Beratung für die Abschluss- prüfung	428
(2) Ablehnung eines Beratungsverbots	429
(3) Offenlegungspflicht und Beschränkung der möglichen Einnahmen	431
(4) Keine Übertragung der Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat	432
(iii) Prüferrotation	433
d.) Wiederkehrende Bestellung, Honorar und sog. low balling	436
2.) Aufsichtsrat	437
a.) Der Interessenkonflikt wegen Richtens in eigener Sache	438
(i) Keine Selbstüberwachung	438
(ii) Keine Überwachung des übergeordneten eigenen Überwachers	440
(iii) Keine Überkreuzüberwachung	441
b.) Interessenkonflikt versus Sachkunde: Der Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat . .	442
c.) Inabilität bei der KGaA	446
d.) Keine ungeschriebene Inabilität am Beispiel der Aufsichtsratsmandate in Konkurrenzunternehmen	446
3.) Mitglieder des WEG-Verwaltungsbeirats	448
4.) Allgemeine Folgerungen für Inabilitätsvorschriften .	449
II. Gerichtliche Eignungsprüfungen	451
1.) Vormund	451

2.) Betreuer	453
3.) Pfleger	455
4.) Insolvenzverwalter	455
III. Aufsichtsbehördliche Eignungsprüfungen	455
IV. Zusammenfassung	457
 Abschnitt 3: Konfliktlösung	459
§ 14 Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen	459
I. Einleitung	459
II. Regelung von Verteilungskonflikten	459
1.) Konflikte zwischen Interessen verschiedener Geschäftsherren auf derselben „Marktseite“	459
2.) Überblick über die Lösungsmöglichkeiten	460
III. Prioritätsprinzip	462
1.) Ökonomische Bedeutung	463
2.) Rechtliche Verankerung	463
a.) Rechtliche Verankerung im Fall der Kommission	464
b.) Übertragung auf andere vertragliche Interessenwahrungsverhältnisse	465
c.) Der Prioritätsgrundsatz im WpHG	466
3.) Geltungsgrund im Fall gesetzlicher Interessenwahrungsverhältnisse	467
4.) Bestimmung des für das Prioritätsprinzip relevanten Zeitpunkts	468
5.) Pflicht zur „ranggerechten“ Erfüllung und ihre Grenzen	469
6.) Das Prioritätsprinzip und Eigeninteressen des Interessenwahrers	470
7.) Erlaubte Abweichungen vom Prioritätsprinzip	473
IV. Gleichbehandlungsgrundsatz und Pro rata Verteilung	475
1.) Beschränkte Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	475
2.) Gleichbehandlungspflicht des Interessenwahrers	476
a.) Keine Rechtfertigung mittels Vergleichs mit beschränkten Gattungsschulden	476
b.) Im selben Zeitpunkt entstandene gleichgerichtete Pflichten	477
c.) Vertraglich übernommene Verpflichtung zur Gleichbehandlung	478
d.) Auswirkung von organisatorischen Trennungen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz	479
e.) Quotenmäßige Verteilung, Losentscheid	479

V.	Zusammenfassung	481
§ 15	Geschäftschancenlehre	483
I.	Einleitung	483
II.	Grundsatz und rechtliche Verankerung	484
III.	Schutzzweck im Vergleich zu Wettbewerbsverboten	484
1.)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Geschäftschancenlehre und Wettbewerbsverbot	485
2.)	Geschäftschancenlehre und Wettbewerbsverbote als unterschiedliche Verbote von geschäftsbezogenen Interessenkonflikten	486
IV.	Zuordnung der Geschäftschance zur Gesellschaft	487
1.)	Zuordnung im US-amerikanischen Recht	487
2.)	Zuordnung im deutschen Recht	490
a.)	Abgrenzung anhand konkreter Geschäftsaussichten	490
b.)	Keine Abgrenzung anhand des Tätigkeitsbereichs .	492
c.)	Keine Abgrenzung anhand der „Wesentlichkeit“ für die Gesellschaft	493
d.)	Geschäftschancen und Konzern	494
e.)	Abgrenzung zu anderen Interessenwahrungs- pflichtverletzungen	494
3.)	Differenzierte Anwendung der Geschäftschancenlehre	495
a.)	Nicht nach Gesellschaftsformen	495
b.)	Nach der Stellung des Interessenwahrers	496
c.)	Nach der Öffnung der Interessensphäre	497
d.)	Geschäftschancenlehre und Kollision mehrerer Interessenwahrungsverhältnisse am Beispiel kollidierender Aufsichtsratsmandate	497
V.	Zuordnung von Geschäftschancen zum Interessenwahrer .	499
1.)	Unvermögen der Chancennutzung, insbesondere nicht ausreichende Finanzmittel	499
2.)	Private Kenntnisierlangung	500
3.)	Wahrnehmung nach Beendigung des Interessen- wahrungsverhältnisses	502
4.)	Freigabe durch den Geschäftsherrn bzw. die Gesellschaft	504
5.)	Abdingbarkeit des Verbots, Geschäftschancen wahrzunehmen	505
VI.	Zusammenfassung	506

§ 16 Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen	508
I. Einleitung	508
II. Allgemeines zu Stimmverboten	508
1.) Willensbildung bei Gremien – Beschluss und Stimmrecht	508
2.) Zweck von Stimmverboten	509
3.) Stimmverbot als Maßnahme bei punktuellen Interessenkonflikten	510
III. Rechtsgrundlage für Stimmverbote	511
1.) Stimmverbot für den Vereinsvorstand	511
2.) Stimmverbote für Aufsichtsratsmitglieder und ihre Rechtsgrundlage	512
a.) Stimmverbote nach § 142 Abs. 1 AktG und § 285 Abs. 1 AktG	513
b.) Grundsatz von Treu und Glauben sowie § 181 BGB	514
c.) Gesetzesanalogie zu § 34 BGB	515
d.) Rechtsanalogie	516
e.) Vergleich Gesetzes- und Rechtsanalogie	517
3.) Kein allgemeines Stimmverbot bei Interessenkonflikten für Aufsichtsräte	518
4.) Stimmverbote für Vorstandsmitglieder der AG	520
5.) Stimmverbote für Mitglieder des Gläubigerausschusses	521
a.) Besonderheiten bei Interessenkonflikten von Gläubigern	521
b.) Bedürfnis und Rechtsgrundlage für Stimmverbote	521
IV. Zum Anwendungsbereich von Stimmverboten	523
1.) Anknüpfung an abstrakte Interessenkonflikte	523
a.) Insichgeschäfte bzw. Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft	523
b.) Richten in eigener Sache und Rechtsstreit mit der Gesellschaft	524
2.) Stimmverbote erfordernde Näheverhältnisse bei Aufsichtsratsmitgliedern	526
a.) Erfordernis der Berücksichtigung von Nähe- verhältnissen für Stimmverbote	526
b.) Dritter als Vertreter des betroffenen Aufsichtsrats- mitglieds	527
c.) Vertrag zugunsten Dritter und Bürgschaft	527
d.) Aufsichtsratsmitglied als gleichzeitiger Vertreter einer Drittgesellschaft oder eines sonstigen Dritten mit kollidierenden Interessen	528
e.) Beherrschung der Drittgesellschaft	530

f.) Die in § 115 AktG genannten Personen	531
g.) Entsender	532
h.) Befreiung vom Wettbewerbsverbot nach § 88 AktG und Rückwirkungen auf daran interessierte Aufsichtsratsmitglieder	533
i.) Näherverhältnisse, die keine Stimmverbote begründen	534
3.) Stimmverbote erfordernde Näherverhältnisse bei Gläubigerausschussmitgliedern	535
V. Besonderheiten bei Organakten	537
1.) Grundsätzliche Herangehensweise bei Organakten	537
2.) Ausnahme im Fall der Abberufung aus wichtigem Grund	538
VI. Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand	540
VII. Recht zur Stimmenthaltung	543
1.) Pflicht zur Abstimmung versus Möglichkeit der Stimmenthaltung	543
2.) Orientierung an den Interessen der Gesellschaft	544
VIII. Teilnahmeverbot	546
1.) Kein automatischer Teilnahmeausschluss im Aufsichtsrat	547
2.) Teilnahmeausschluss im Aufsichtsrat bei konkreter Gefahr für die zu schützenden Interessen	548
3.) Ermöglichung einer unbefangenen Diskussion	549
4.) Teilnahmeausschluß im Gläubigerausschuss	550
IX. Verfahrensfragen und Rechtsfolgen	550
1.) Zuständigkeit für die Feststellung von Stimmverboten	550
a.) Aufsichtsrat	550
b.) Gläubigerausschuss	551
2.) Drohende Beschlussunfähigkeit des Gremiums	552
3.) Auswirkungen auf den Beschluss bei Abstimmung trotz Stimmverbots	553
a.) Aufsichtsrat	553
b.) Gläubigerausschuss	554
4.) Entfallen der business judgment rule	554
X. Zusammenfassung	555
§ 17 Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses	558
I. Einleitung	558
II. Beendigung durch den Geschäftsherrn	558
1.) Vertragliche Interessenwahrungsverhältnisse	558
a.) Widerruf oder Kündigung	558

b.) Teilbeendigung	560
2.) Das Ersetzungsverfahren im Fall des Abschlussprüfers	561
3.) Organschaftliche bzw. gremienbezogene Interessenwahrungsverhältnisse	563
a.) Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern	563
b.) Entlassung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses	564
4.) Gesetzliche Interessenwahrungsverhältnisse	565
a.) Insolvenzverwalter	565
b.) Vormund	566
c.) Betreuer	567
d.) Pfleger	568
e.) Testamentsvollstrecker	568
III. Beendigung durch den Interessenwahrer	569
1.) Beendigungsrecht des Interessenwahrers	570
a.) Kündigung bei vertraglichen Interessenwahrungsverhältnissen	570
b.) Amtsniederlegung bei organschaftlichen Interessenwahrungsverhältnissen	570
c.) Beendigung bei gesetzlichen Interessenwahrungsverhältnissen	571
d.) Der besondere Fall der Kündigung durch den Abschlussprüfer	572
e.) Der wichtige Grund bei der Beendigung durch den Interessenwahrer	573
2.) Beendigungspflicht des Interessenwahrers	574
a.) Rechtsanwalt	574
b.) Wirtschaftsprüfer	575
c.) Aufsichtsratsmitglied	575
d.) Einordnung der Beendigungspflicht	576
IV. Zusammenfassung	577
Abschnitt 4: Sanktionen und Gewinnabschöpfung	579
§ 18 Sanktionen	579
I. Einleitung	579
II. Schadensersatzhaftung	579
1.) Spezielle gesetzliche Schadensersatzregelungen	579
2.) Allgemeine Schadensersatzregelungen	580
a.) Nicht nachholbare Interessenwahrnehmung	580
b.) Nachholbare Interessenwahrnehmung	581
c.) Vertretenmüssen	582

III.	Verwirkung der Vergütung	583
IV.	Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses als Sanktion	584
V.	Öffentlichrechtliche und strafrechtliche Sanktionen	585
VI.	Zusammenfassung	587
§ 19	Gewinnabschöpfung	588
I.	Einleitung	588
II.	Grundsatz und gesetzliche Verankerung der Gewinnherausgabepflicht	588
1.)	Grundnorm in § 667 Fall 2 BGB	588
2.)	§ 687 Abs. 2 BGB als ungeeignete Rechtsgrundlage für die Gewinnabschöpfung	590
III.	Zweck der Gewinnherausgabepflicht	590
IV.	Voraussetzungen, Umfang, analoge Anwendung	591
1.)	Voraussetzungen	591
a.)	Bestehen eines Interessenwahrungsverhältnisses	591
b.)	„Aus der Geschäftsbesorgung erlangt“	592
(i)	„Innerer Zusammenhang“ mit der Geschäfts- besorgung	592
(ii)	Gefahr eines Interessenkonflikts als Voraussetzung	593
c.)	Kein Verschulden erforderlich	594
2.)	Umfang der Herausgabepflicht	596
3.)	Analoge Anwendung	597
a.)	Grundsätzliche Möglichkeit einer Rechtsanalogie .	597
b.)	Gewinnherausgabe beim Handelsvertreter	598
V.	Einzelheiten am Beispiel der Herausgabe von durch Dritte geleisteten Provisionen	600
1.)	Keine Verdrängung durch privatrechtliche Pflichten	601
a.)	Keine Verdrängung durch Schadensersatzpflicht .	601
b.)	Keine Beschränkung durch Vertriebsvereinbarung	602
c.)	Keine Verdrängung durch Aufklärungspflicht	603
(i)	Aufklärungspflicht bei Zuwendungen	604
(ii)	Auswirkungen der Aufklärung auf die Herausgabepflicht	605
(iii)	Verhaltensökonomische Erwägungen	606
2.)	Keine Einschränkung durch Aufsichts- und Europarecht	607
a.)	Keine Beschränkung von § 384 HGB durch § 31d WpHG	607

b.) Keine Beschränkung durch europarechtliche Vorgaben	609
VI. Zusammenfassung	610
Teil 4: Ergebnisse der Untersuchung	611
§ 20 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	613
I. Grundlagen	613
II. Allgemeine Regelungen	614
1.) Interessenwahrungspflicht	614
2.) Unabhängigkeit	614
III. Systematisierung der besonderen Regelungen für Interessenkonflikte	615
IV. Konfliktoffenlegung: Anzeige- und Offenlegungspflichten	616
V. Konfliktvermeidung	617
1.) Organisationspflichten	617
2.) Beschränkungen des Handlungsspielraums	618
3.) Vorübergehende Ersetzung des Interessenwahrers	619
4.) Wettbewerbsverbote	620
5.) Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen im Berufsrecht	621
6.) Inabilitätsregeln und Eignungsprüfungen	622
VI. Konfliktlösung	623
1.) Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen	623
2.) Geschäftschancenlehre	624
3.) Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen	625
4.) Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses	626
VII. Sanktionen und Gewinnabschöpfung	627
Literaturverzeichnis	631
Register	691