

CHRISTOPH KUMPAN

Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht

Jus Privatum

183

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 183



Christoph Kumpan

Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht

Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung
und Unabhängigkeit

Mohr Siebeck

Christoph Kumpan, geb. 1974; Studium der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin (Humboldt-Universität) und der Rechtswissenschaft in Heidelberg; 2000 Erste Juristische Staatsprüfung; 2002 LL.M. (University of Chicago); 2004 Zweite Juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; 2005 Promotion; 2005 Attorney at Law (New York); 2006 und 2008 Visiting Fellow an der University of Cambridge (Wolfson College); 2013 Habilitation; Sommersemester 2013 Vertretung einer Professur an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; seit Oktober 2013 Gastprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-153055-5

ISBN 978-3-16-153052-4

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Ana, Christina und Philipp

Vorwort

Die vorliegende Arbeit analysiert die privatrechtlichen Regelungen für Interessenkonflikte sog. Fremdinteressenwahrer, deren Entwicklung gegenwärtig zunehmend auseinanderdriftet. Derartige Interessenkonflikte können immer dann auftreten, wenn es jemand unternimmt, für einen anderen Geschäfte zu besorgen oder dessen Interessen zu vertreten. Obwohl die Interessenkonflikte in den verschiedenen Rechtsgebieten vielfach vergleichbar sind, hat sich mit der Zeit ein disparates Regelungsregime im deutschen Privatrecht entwickelt. Während in einigen Rechtsgebieten, wie etwa dem Kapitalmarktrecht, aufgrund nationaler und internationaler Entwicklungen die Regelungen immer stärker ausdifferenziert werden, sind Regelungen in anderen Bereichen, wie etwa dem Maklerrecht, seit Jahren nahezu unverändert geblieben. Diese disparate Entwicklung ist höchst unbefriedigend und birgt die Gefahr in sich, dass mit vergleichbaren Interessenkonflikten unterschiedlich umgegangen wird. Hier gilt es Verbindungen herzustellen, die Regelungen zu systematisieren und auf der Basis des geltenden Rechts – angeregt durch Entwicklungen in anderen Rechtsgebieten – teleologische Anpassungen vorzunehmen. Dies unternimmt die vorliegende Arbeit, der meine Habilitationsschrift zugrundeliegt

Die Habilitationsschrift wurde im März 2013 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg unter dem Titel „Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht – Eine Untersuchung des Bürgerlichen Rechts sowie des Handels-, Gesellschafts-, Kapitalmarkt-, Berufs-, und Insolvenzrechts“ angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum Dezember 2013 berücksichtigt worden, an einigen Stellen auch noch die Rechtsentwicklung darüber hinaus.

Mein besonderer Dank gilt meinem hochverehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. Klaus J. Hopt, der mir die Bearbeitung dieses Themas ermöglicht hat. Er hat mich auf vielfältige Weise wissenschaftlich gefördert, war immer gesprächsbereit und hat mir gleichzeitig großen Freiraum für meine Forschungen gewährt. Zudem hat er mich als wissenschaftlichen Referenten am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, beschäftigt.

Mein weiterer Dank gilt Herrn Professor Dr. Heribert Hirte für die Erstellung des Zweitgutachtens. Danken möchte ich auch den Herren Professor Dr. Jürgen Basedow, Professor Dr. Holger Fleischer und Professor Dr. Reinhard

Zimmermann, Direktoren des Max-Planck-Instituts in Hamburg, die meine Anstellung am Max-Planck-Institut befürwortet haben. Ihnen und meinen Kollegen, Dr. Andreas Fleckner, Dr. Patrick Leyens und Dr. Felix Steffek, sowie Herrn Professor John Armour, University of Oxford, und Herrn Professor Dr. Georg Ringe, Copenhagen Business School, sowie den Teilnehmern der Law and Finance Senior Practitioner Lectures der University of Oxford danke ich für wertvolle Anregungen und Diskussionen.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die Finanzierung meiner Stelle am Max-Planck-Institut in Hamburg sowie den Herren Professor Dr. Matthias Casper und Professor Dr. Gerald Spindler für ihre Gutachten im Rahmen meiner Bewerbung bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Herrn Dr. Franz-Peter Gillig danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe Jus Privatum des Mohr Siebeck Verlages.

Meiner Mutter, Gertraud Kumpan, meiner Frau, Ana Kumpan, sowie Frau Angela Huhn, Frau Julia Redler und den übrigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls von Herrn Professor Dr. Dr. Grundmann an der Humboldt-Universität zu Berlin danke ich für das Korrekturlesen und den Herren Cüneyd Erbay und Sebastian Naturski für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Registers.

Berlin, im Januar 2014

Christoph Kumpan

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 Inhabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	416
Abschnitt 3: Konfliktlösung	459
§ 14 Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen	459
§ 15 Geschäftschancenlehre	483
§ 16 Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen	508

§ 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 erfasste 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 Interessenwahrungs- pflichten und -regelungen	97
IV.	Rechtsgrundlage der Interessenwahrungspflichten	98
1.)	Ablehnung von § 242 BGB als Rechtsgrundlage	98
2.)	Vertragliche Interessenwahrungspflicht	100
a.)	Allgemeine vertragliche Interessenwahrungs- verhältnisse	100

(i) Auftrag	101
(ii) Geschäftsbesorgungsvertrag	103
b.) Vertypte vertragliche Interessenwahrungs- verhältnisse	104
(i) Dogmatische Einordnung der vertypten 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- und aufsichtsrechtliche Interessen- wahrungspflicht	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 Interessen- konflikte	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 Unabhängigkeits- erfordernisses	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 Unabhängigkeits- erfordernisses 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 Mandanten- unternehmen	168
(2)	Tätigkeit in einem Leitungs- oder Aufsichtsorgan eines Mandanten- unternehmens, 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 Unabhängigkeits- erfordernisses	175
2.)	Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	175
3.)	Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses . .	175
4.)	Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	176
IV.	Wirtschaftsprüfer	176
1.)	Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeits- erfordernisses	176
2.)	Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	177
3.)	Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses . .	178
a.)	Besondere unabhängigkeitsbezogene Regelungen der WiPrO	178
b.)	Die Unabhängigkeitsregelungen der Berufssatzung	179
4.)	Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	180
V.	Ratingagenturen	181
1.)	Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeits- erfordernisses	181
2.)	Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	181
3.)	Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses . .	183
4.)	Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	185
VI.	Insolvenzverwalter	185
1.)	Rechtliche Verankerung des Unabhängigkeits- erfordernisses	185
2.)	Schutzzweck des Unabhängigkeitserfordernisses	186
3.)	Konkretisierung des Unabhängigkeitserfordernisses . .	187
a.)	Keine Konkretisierung mit Hilfe der anwaltlichen Unabhängigkeitsvorschriften	187
b.)	Unabhängigkeit und Interessenausgleich	188
4.)	Bezugspunkte für die Unabhängigkeit	189
a.)	Gläubiger und Schuldner	190
b.)	Inbesondere: 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 Zwangsverwalter, 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 Unabhängigkeitserfordernisses	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 Kapitalverwaltungsgesellschaften	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.)	Inhabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	237
7.)	Außerdem: Selbstablehnungsrecht wegen Interessen- konflikts	238
8.)	Grenzen von Konfliktvermeidungspflichten	239
IV.	Konfliktlösung	240
1.)	Formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen	240
2.)	Geschäftschancenlehre	241
3.)	Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremien- entscheidungen	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 Interessen- wahrungsverhältnissen am Beispiel des Kommissionärs	249
(ii)	Offenlegung bei dauerhaften Interessen- wahrungsverhältnissen 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 Inschlaggeschäfts nach § 181 BGB	324
1.)	Grundsatz und Zweck	324
2.)	§ 181 BGB als vertretungsbezogene Interessen- konfliktregelung	326
a.)	Keine allgemeine Interessenkonfliktregelung	326
b.)	§ 181 BGB als vertretungsspezifische Ausprägung allgemeiner Rechtsgedanken zur Interessen- wahrung	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 Testaments- vollstreckers	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 Vorstands- mitgliedern	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“ Interessen- wahrungspflicht	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 Wettbewerbs- verboten	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 Sozietätsmitglieds durch den Mandanten	402
c.) Übertragung auf andere Rechtsformen der beruflichen Zusammenarbeit	404
d.) Wechsel der Berufsausübungsgemeinschaft – „Sozietätswechsel“	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 Inhabilitätsvorschriften und Eignungsprüfungen	416
I. Inhabilitätsvorschriften	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.) Inhabilität bei der KGaA	446
d.) Keine ungeschriebene Inhabilität am Beispiel der Aufsichtsratsmandate in Konkurrenzunternehmen	446
3.) Mitglieder des WEG-Verwaltungsbeirats	448
4.) Allgemeine Folgerungen für Inhabilitätsvorschriften	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 Interessen- wahrungsverhältnisse	465
c.) Der Prioritätsgrundsatz im WpHG	466
3.) Geltungsgrund im Fall gesetzlicher Interessen- wahrungsverhältnisse	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 Gleichbehandlungs- grundsatzes	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 Kenntniserlangung	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.) Insihgeschäfte 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.) Näheverhältnisse, die keine Stimmverbote begründen	534
3.) Stimmverbote erfordernde Näheverhältnisse 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.) Inhabilitätsregeln 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

Abkürzungsverzeichnis

...G	...gesetz
A. A. / a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. M.	am Main
ABl.	Amtsblatt
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz / Absätze
Abschn.	Abschnitt(e)
Acct.	Accounting
Acct. & Fin.	Accounting & Finance
Acct. Rev.	The Accounting Review
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft / Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ähnl.	ähnlich
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
Ala.	Alabama/Alabama Reports
ALR	Allgemeines Landrecht
A. L. R. (3rd,4th)	The American Law Reports (Third, Forth Series)
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. Law & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. Psych.	American Psychologist
amtl.	amtlich
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann. Rev. Psychol.	Annual Review of Psychology
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwG	Anwaltsgericht(shof)
Apr.	April
AR	Aufsichtsrat
ArbAR	Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

BankR	Bankrecht
Bankrechts-Hdb	Bankrechts-Handbuch
BAWe	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
BayObLGZ	Bayerisches Oberlandesgericht in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckBilKomm	Beck'scher Bilanz-Kommentar
BeckHdbAG	Beck'sches Handbuch der AG
Begr.	Begründung / Begründer
BegrRegE	Begründung zum Regierungsentwurf
Beil.	Beilage
Beitr.	Beiträge
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
BilReG	Gesetz zur Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung
BiRiLiG	Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BNotO	Bundesnotarordnung
BO StB	Berufsordnung der Bundes-Steuerberaterkammer
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
börsennot.	börsennotiert/e
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrats
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen (Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BReg	Bundesregierung
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BS WP	Berufssatzung der Wirtschaftsprüferkammer

BS WP/vBP	Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
Bus. Law.	The Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cas.	Cases
CCA	Circuit Court of Appeals
CCH Fed. Sec. L. Rep.	Federal Securities Law Reporter (Commerce Clearing House)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CESR	Committee of European Securities Regulators
ch.	chapter(s)
c.i.c.	culpa in contrahendo
Cir.	Circuit
Co.	Company
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int. L. J.	Cornell International Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
CPO	Civilprozeßordnung
Ct.	Court
Ct.App.	Court of Appeals
D.C. Cir.	District of Columbia Circuit
d. h.	das heißt
DAI	Deutsches Aktieninstitut e.V.
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Dec.	December
Del.	Delaware
Del. Ch.	Delaware Chancery Court
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
ders.	derselbe
DG	Directorate General
dies.	dieselbe(n)
diesbzgl.	diesbezüglich

DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Doc.	Document
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
Ed. / Eds.	Edition / Editor(s)
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGH	Ehrengerichtshof
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
Erw.	Erwägung (Nummerierung in Urteilen des Schweizer Bundesgerichts)
EStG	Einkommenssteuergesetz
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
et al.	et alii
et seq.	et sequens / et sequentia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f. / ff.	folgende
FF	Forum Familienrecht
F. Supp.	Federal Supplement
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Feb.	Februar / February
Fed. Reg. No.	Federal Register Number
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fin.	Finance/Financial
FinAnV	Verordnung über die Analyse von Finanzinstrumenten
Fla.	Florida
Fla. L. Rev.	Florida Law Review

Fn.	Fußnote(n)
FR	Federal Register
FRUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission
FS	Festschrift
Ga.	Georgia/Georgia Reports
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
Geo.	Georgia
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
Großkomm.	Großkommentar
GroßkommAktG	Großkommentar Aktiengesetz (hrsg. v. Hopt/Wiedemann)
GroßkommGmbHG	Großkommentar GmbH-Gesetz (hrsg. v. Ulmer/Habersack/Löbbe)
GroßkommHGB	Großkommentar Handelsgesetzbuch
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
GWU	George Washington University
HandelsR	Handelsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Hdb	Handbuch
HdbAG	Handbuch der Aktiengesellschaft
HdR	Handbuch der Rechnungslegung
HGB	Handelsgesetzbuch
hins.	hinsichtlich
HK	Heidelberger Kommentar
HK-InsO	Handkommentar Insolvenzordnung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HWB	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
i. S. d.	im Sinn des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

IA	Insolvency Act
Ia.	Iowa
ICCLJ	International and Comparative Corporate Law Journal
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IDW PS	IDW Prüfungsstandard
IFAC	International Federation of Accountants
Ill. B.J.	Illinois Business Journal
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InsR	Insolvenzrecht
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
Int.'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law & Economics
InvG	Investmentgesetz
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
IR	Insolvency Rules
JZ	JuristenZeitung
J.	Journal
J. Acct. Lit.	The International Journal of Accounting
J. Acct. Res.	Journal of Accounting Research
J. Behav. Dec. Making	Journal of Behavioral Decision Making
J. Bus.	Journal of Business
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. of Consumer Research	Journal of Consumer Research
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior & Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Exper. Psychol.	Journal of Experimental Psychology
J. Fin.	The Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Fin. Lit.	Journal of Financial Literature
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org	Journal of Law, Economics, and Organization
J.L. Med. & Ethics	Journal of Law, Medicine & Ethics
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Personality & Social Psychology	Journal of Personality & Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Risk & Uncertainty	Journal of Risk & Uncertainty
JAE	Journal of Accounting and Economics
Jan.	Januar / January
Jb. f.	Jahrbuch für
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
JfB	Journal für Betriebswirtschaft
Jg.	Jahrgang
JhJb	Jherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KapitalanlageR	Kapitalanlagerecht
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KMRK	Kapitalmarktrechts-Kommentar
KO	Konkursordnung
KölnKommAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KölnKommWpHG	Kölner Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz
KOM	Europäische Kommission
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung)
krit.	kritisch(e)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht Konkurs Treuhand Sanierung
KWG	Kreditwesengesetz
LAW COM	Law Commission
Law & Contemp. Probs.	Law & Contemporary Problems
L fg	Lieferung
lit.	litera
Losebl.	Loseblatt
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
Ltd. / ltd.	Limited / limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
MaComp AT	Allgemeine Organisatorische Anforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 33 Abs. 1 WpHG
MaKonV	Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation
Mass.	Massachusetts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mgmt.	Management
Mich.	Michigan
Michigan YBI Legal Stud.	Michigan Yearbook of Legal Studies
MiFID	Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente
Minn.	Minnesota
Mio.	Million(en)
Miss.	Mississippi
Mitbest.	Mitbestimmung
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MitbestR	Mitbestimmungsrecht
Mot.	Motive
Mrd.	Milliarde(n)
Münch. Hdb.	Münchener Handbuch

MünchHdb GesR	Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht
MünchKommAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MünchKommInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
n.	number
N. E.(2d)	North Eastern Reporter (second series)
n. F.	neue Fassung
N. H.	New Hampshire
N. W.(2d)	North Western Reporter (second series)
N. Y.	New York
N. Y. S. (2d)	New York Supplement (second series)
N. Y. U. J. L. & Bus.	NYU Journal of Law and Business
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
NYSE	New York Stock Exchange
NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotation System
Neb.	Nebraska
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
No. / No	Number
Nov.	November
Nr(n).	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NYSE	New York Stock Exchange
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o. a.	oder anderem
o. ä.	oder ähnliches/n
o. V.	ohne Verfasser
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (dt.: Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Org. Behav. Hum. Decision Processes	Organizational Behavior and Human Decision Processes
Oxford J. Leg. Studies	Oxford Journal of Legal Studies
p.	page

P.L.	Public Law
Pa.	Pennsylvania / Pennsylvania Reports
Pacific-Basin Fin. J.	Pacific-Basin Finance Journal
Para(s)	Paragraph(s)
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PLI	Practising Law Institute
PLI/Corp.	Practising Law Institute – Corporate Law and Practice Course Handbook Series
Preuß.	Preußisches
Prot.	Protokolle
Psych. Rev.	Psychological Review
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
Psychol. Sci.Pub. Int.	Psychological Science in the Public Interest
Pub. Fin.	Public Finance
Pub. L.	Public Law
PublG	Publizitätsgesetz
Q.J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Q.J. Exp. Psychol.	Quarterly Journal of Experimental Psychology
r.	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
Rdnr.	Randnummer
RdW	Das Recht der Wirtschaft
RechtsA	Rechtsausschuss
RegE	Regierungsentwurf
REMM	Resourceful, Evaluating, Maximizing Man
Rev.	Review
Rev. Fin. Stud.	Review of Financial Studies
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
S.	Seite(n) / Satz (Sätze)
s.	siehe / section
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.D.N.Y.	District Court for the Southern District of New York
S.E.(2d)	South Eastern Reporter (Second Series)
s. o.	siehe oben
Sch.	Schedule
SEA	Securities and Exchange Act
Sec.	Section
SEC/S.E.C.	Securities and Exchange Commission
Sect.	Section

Sep.	September
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
S. M. U. L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
Sloan Mgmt. Rev.	Sloan Management Review
So.	Southern Reporter
sog.	so genannt(e/en/er/es)
Sonderbeil.	Sonderbeilage
Sp.	Spalte
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	United States Statutes at large
StB	Der Steuerberater
StBerG	Steuerberatungsgesetz
Stbg	Steuerberatung
StGB	Strafgesetzbuch
stv.	stellvertretend
Sup. Ct.	Supreme Court / Supreme Court Reporter
Sup. Jud. Ct.	Supreme Judicial Court of Massachusetts
Tz.	Textziffer
u. a.	und andere / unter anderem
u. ä.	und ähnliches
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U.K.	United Kingdom
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States
u.U.	unter Umständen
Uabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
USA	United States of America
v.	versus / vom / von
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
v.d.H.	vor der Höhe
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungslehre, Ver- waltungsrecht und Verwaltungspolitik
vgl.	vergleiche
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschland e.v.
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VorstandsR	Vorstandsrecht(s)
Wake Forest L. Rev.	The Wake Forest Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wash. U.L.Q.	Washington University Law Quarterly
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohn- recht
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review

WiPrO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WP	Wirtschaftsprüfer
WP-Hdb	WP-Handbuch
WP/vBP	Wirtschaftsprüfer / vereidigte Buchprüfer
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WPg.	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPK	Wirtschaftsprüferkammer
WPK-Mitt.	Mitteilungen der Wirtschaftsprüferkammer
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.	zu(m)
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Zfbf	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZKA	Zentraler Kreditausschuss
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Interessenkonflikte, wie sie beim Insihgeschäft eines Vertreters, bei der gleichzeitigen Betreuung gegenläufig interessierter Kunden durch dieselbe Bank oder der Vertretung miteinander im Streit stehender Mandanten durch denselben Rechtsanwalt auftreten können, gehören zu den fundamentalen Problemstellungen der heutigen modernen Dienstleistungsgesellschaft. Angelegt sind sie in der wachsenden Komplexität der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Vorgänge, die zu einer immer stärkeren Spezialisierung und Arbeitsteilung führt. Immer mehr Aufgaben werden auf Dritte übertragen, und es wird immer schwieriger, diese Personen zu kontrollieren. Oft fehlt es dem Einzelnen an Wissen, Zeit und/oder finanziellen Mitteln, um die für ihn tätigen Experten und spezialisierten Dienstleister angemessen zu überwachen. So ist er darauf angewiesen, sich auf diese Spezialisten zu verlassen. Diese nehmen regelmäßig von Berufs wegen fremde Interessen wahr und versprechen, ihre Dienstleistungen unter Zurückstellung eigener Interessen und unter Vermeidung einer unsachlichen Bevorzugung anderer fremder Interessen zu erbringen. Zu ihnen gehören z.B. Banken, Kommissionäre, Rechtsanwälte, Makler sowie Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.¹ Aber auch gesetzlich vorgesehene Interessenwahrer, wie der Vormund, Betreuer, Pfleger, Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter, können in Interessenkonflikte geraten. Dementsprechend gibt es in vielen Bereichen des Privatrechts² Regelungen zu Interessenkonflikten, die mal mehr, mal weniger detailliert ausgeformt worden sind.

¹ Vgl. dazu *Hopt*, ZGR 2004, 1, 2 (für eine etwas kürzere englische Version dieses Beitrags siehe *ders.*, in: Ferrarini et al., *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, S. 51).

² Der Begriff des „deutschen Privatrechts“, wie er im Titel verwendet wird, dient nicht der Bezugnahme auf die Unterscheidung zwischen deutschem und römischem Privatrecht, die vor allem im rechtshistorischen Diskurs Bedeutung hat. Dazu statt aller *Luig*, *Deutsches Privatrecht*, in: Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Sp. 993 ff. Vielmehr soll der Titel verdeutlichen, dass die vorliegende Untersuchung des international breit diskutierten Themas der Interessenkonflikte primär das deutsche Recht im Blick hat und nicht die gesamte internationale Diskussion umfassend aufarbeiten soll.

I. Problemstellung

Zu den schon länger existierenden Vorschriften, wie etwa § 181 BGB, sind in Deutschland nicht zuletzt aufgrund der Umsetzung der von der EU erlassenen Richtlinien in zahlreichen Rechtsgebieten neue Interessenkonfliktregelungen hinzugekommen. So hat die Europäische Union etwa im Kapitalmarktrecht eine ganze Reihe von Vorschriften zur Regelung von Interessenkonflikten erlassen.³ Auch internationale Organisationen, wie die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)⁴ und die International Organization of Securities Commissions (IOSCO)⁵, haben sich in verschiedenen Bereichen mit Interessenkonflikten und ihren Auswirkungen auseinandergesetzt und Vorschläge für deren Regelung unterbreitet.⁶ Im Gesellschaftsrecht sind neben die aktienrechtlichen Bestimmungen Empfehlungen im Corporate Governance Kodex und im Insolvenzrecht neben die Regelungen der Insolvenzordnung Bestimmungen in den Berufsgrundsätzen für Insolvenzverwalter getreten, die sich recht detailliert mit Interessenkonflikten befassen.

Die über die verschiedenen Gesetze und Rechtsgebiete verstreuten Regelungen zu Interessenkonflikten stehen dabei weitgehend für sich. Sie haben sich meist unabhängig voneinander entwickelt⁷ und beruhen auf keinem einheitlichen Regelungskonzept. Während in einigen Bereichen, wie dem Kapitalmarktrecht oder auch im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprü-

³ Siehe z. B. Art. 13 und 18 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 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, ABIEU Nr. L 145 vom 30.04.2004, S. 1 (im Folgenden MiFID) und die zugehörigen Implementierungsvorschriften in der Richtlinie 2006/73/EG der Kommission 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 ihrer Tätigkeit sowie bestimmte Begriffsdefinitionen für die Zwecke der genannten Richtlinie vom 10. Aug. 2006, ABIEU Nr. L 241 v. 2.9.2006, S. 26 (im Folgenden Durchführungsrichtlinie). Siehe dazu auch CESR, CESR's Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments 1st Set of Mandates, CESR/05-024c, Jan. 2005, S. 42.

⁴ Organisation for Economic Cooperation and Development.

⁵ International Organization of Securities Commissions.

⁶ Siehe z. B. *Thompson*, Conflicts of Interest and the Post-2000 Market Downturn, Fifth Roundtable of the OECD on Capital Market Reform in Asia, Tokio, 19–20 Nov. 2003, abrufbar unter <http://www.oecd.org/finance/financialmarkets/19237291.pdf> (Stand 28.07.2014); OECD, Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflicts of Interest in the Public Service, Juni 2003; IOSCO, Market Intermediary Management of Conflicts that Arise in Securities Offerings, Consultation Report, Feb. 2007; IOSCO, Statement of Principles for Addressing Sell-Side Securities Analyst Conflicts of Interest, Sep. 2003; IOSCO, Conflicts of Interests of CIS Operators, Report of the Technical Committee, Mai 2000.

⁷ Siehe dazu nur *Hopt*, ZGR 2004, 1, 2, Fn. 1.

fer, sehr detaillierte Regelungen zu Interessenkonflikten zu finden sind,⁸ sind die Regelungen in anderen Rechtsgebieten, etwa im Maklerrecht, nicht oder kaum verändert worden. Die zunehmende konzeptionelle Ausrichtung hin zu einer materiellen Anknüpfung der Regelungen zu Interessenkonflikten wird somit nur in einzelnen Rechtsgebieten vollzogen. Dies führt zu Uneinheitlichkeit und Brüchen bei den Regelungen und damit zu Rechtsunsicherheit in Kernbereichen der wirtschaftlichen Tätigkeit. Daraus ergibt sich ein erheblicher Bedarf an vertiefter Auseinandersetzung mit der rechtlichen Erfassung und den Möglichkeiten der Regulierung von Interessenkonflikten sowie an der Entwicklung eines funktional kohärenten Systems der Regelung von Interessenkonflikten.

In der rechtswissenschaftlichen Forschung werden Interessenkonflikte von Fremdinteressenwahrern bisher noch kaum als einheitliches, rechtsgebietsübergreifendes Regelungsproblem wahrgenommen.⁹ Vielmehr werden sie jeweils für sich gesondert und ohne Rückbezug auf den Gesamtzusammenhang untersucht und gesetzlich geregelt. Das Fehlen eines einheitlichen Regelungsansatzes hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass Interessenkonflikte vielfältiger Art sind und sich in verschiedenen Rechtsgebieten in unterschiedlicher Ausprägung zeigen (etwa Eigen- versus Fremdinteressen, Fremd- versus Fremdinteressen, dauerhafte versus punktuelle Interessenkonflikte). Hinzu kommt, dass unterschiedliche Sachzusammenhänge und unterschiedliche (dogmatische) Strukturen der jeweiligen Rechtsgebiete unterschiedliche Regelungsansätze hervorgebracht haben. So sind etwa andere Lösungsansätze geeignet, wenn es um einen einzelnen Rechtsanwalt geht, der die Interessen seines Mandanten zu wahren hat, als wenn es um die Abstimmung von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Beschlussfassung geht. Mit Ausnahme einiger spezifischer Besonderheiten in einzelnen Rechtsgebieten stellen sich aber grundsätzlich ähnliche übergreifende Fragen, die zum Teil zu ähnlichen, zum Teil aber auch zu unterschiedlichen Lösungen geführt haben. Hier lässt sich eine gewisse rechtsgebietspezifische dogmatische Verfestigung von Rechtsstrukturen beobachten, die in einzelnen Rechtsgebieten zu gewissen „Pfadabhängigkeiten“ der Regelungsansätze geführt hat.

⁸ Vgl. nur §§ 31 ff. WpHG idF. des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (RiL 2004/39/EG), MiFID) und der Durchführungsrichtlinie (RiL 2006/73/EG) der Kommission (Finanzmarktrichtlinieumsetzungsgesetz) vom 16.07.2007, BGBl. 2007 I, S. 1330 v. 19.07.2007.

⁹ Siehe aber *Hopt*, ZGR 2004, 1; *ders.*, FS Doralt, 2004, S. 213; außerdem *Löhnig*, Treuhand, passim.; auch *Carrara*, Interessenkonflikte, passim.

II. Gegenstand der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende Untersuchung zum Ziel, die zahlreichen privatrechtlichen Regelungen zur Erkennung, Vermeidung und Lösung von Interessenkonflikten sog. Fremdinteressenwahrer (z.B. Banken, Finanzdienstleistungsinstitute, Organmitglieder von Gesellschaften, Rechtsanwälte, aber auch Vormünder, Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter und ganz allgemein Vertreter) zu analysieren und systematisch und funktional kohärent aufzuarbeiten.

Zu den wesentlichen Regelungen, die im Folgenden untersucht werden, gehören neben den allgemeinen Bestimmungen, wie insbesondere § 181 BGB, die Vorschriften über den Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB), den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) und den Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675 ff. BGB), das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB), die Vorschriften über den Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (§§ 76 ff. und 95 ff. AktG), über Geschäftsführer einer GmbH (§§ 35 ff. GmbHG) sowie über Insolvenzverwalter (§§ 56 ff. InsO), aber auch die berufsrechtlichen Bestimmungen für Rechtsanwälte (z.B. §§ 43a Abs. 4, 45, 46 BRAO), Wirtschaftsprüfer (§§ 43, 49, 55 WiPrO, außerdem §§ 319 f. HGB) und die aufsichtsrechtlichen Vorschriften für Finanzunternehmen (vor allem §§ 31 ff. WpHG).

III. Methoden der Untersuchung

Der Untersuchung liegt ein funktional vergleichender Ansatz zugrunde: Die Regelungen in den verschiedenen Rechtsgebieten werden anhand ihrer jeweiligen Funktionen untersucht und miteinander verglichen. Dabei werden grundlegende allgemeine Regelungen für den Umgang mit Interessenkonflikten herausgearbeitet, die in den verschiedenen Rechtsgebieten durch besondere Regelungen konkretisiert werden. Diese Regelungen wurden im Hinblick auf die Struktur des Interessenkonflikts und in Bezug auf die ihnen zugrunde liegende Regelungsstrategie (Konfliktoffenlegung, Konfliktprävention, Konfliktlösung) untersucht. Hinsichtlich der Struktur der Interessenkonflikte wurden dabei deren Art (konkret, abstrakt), die jeweils in Konflikt tretenden Interessen (Eigen- gegen Fremdinteressen, Fremd- gegen Fremdinteressen), die Konfliktintensität und die Dauer des Konflikts (dauerhaft, punktuell) in den Blick genommen. Die funktionale Betrachtung und die daran orientierte Systematisierung der privatrechtlichen Regelungen für den Umgang mit Interessenkonflikten bildet die Grundlage, um mit Hilfe des juristischen Instrumentariums (etwa der Analogie oder der teleologischen Reduktion von Normen) Regelungen in einzelnen Rechtsbereichen für andere Rechtsgebiete fruchtbar zu machen. So kann etwa die sog. Geschäftschancenlehre, die Organmitgliedern von Gesellschaften ver-

bietet, Erwerbchancen der Gesellschaft dieser vorzuenthalten und für sich oder Dritte zu nutzen, auf andere Interessenwahrer übertragen werden, sofern sie ähnlich umfassend die Interessenwahrung für andere übernommen haben. Des Weiteren erlaubt es etwa die Gegenüberstellung von Regelungen für dauerhafte und punktuelle Interessenkonflikte, funktionale Parallelen zwischen verschiedenen Regelungen zu ziehen. So zeigt etwa der funktionale Vergleich von Wettbewerbsverboten (dauerhafte Interessenkonflikte) und der Geschäftschancenlehre (punktuelle Interessenkonflikte), dass die Geschäftschancenlehre als eine Art „punktuelles Wettbewerbsverbot“ eingeordnet werden kann.

In der Untersuchung werden des Weiteren auch Regelungen zu Interessenkonflikten in anderen Ländern in den Blick genommen. Diese werden vor allem dort berücksichtigt, wo ausländisches Recht das deutsche Recht maßgeblich beeinflusst hat. Beispielhaft hierfür seien die Regelungen und Empfehlungen zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern genannt, die letztlich auf den Einfluss des angloamerikanischen Rechts zurückgehen. Die „independent directors“ haben etwa in den USA – nicht zuletzt wegen der dort vorherrschenden monistischen Struktur der Gesellschaften (board), im Gegensatz zur sog. dualistischen Struktur der Gesellschaften in Deutschland (Vorstand, Aufsichtsrat) – große Bedeutung erlangt. Sie sollen vor allem eine unabhängige Überwachung der Geschäftsleitung sicherstellen. Aufgrund des andersartigen rechtlichen Umfelds in Deutschland lassen sich Zweck und Inhalt der angloamerikanischen Unabhängigkeitsregelungen nur zum Teil auf das deutsche Recht übertragen, denn die Gewährleistung einer Überwachung durch nicht mit der Geschäftsführung betraute Personen wird in Deutschland bereits durch die Trennung der Organe in Vorstand und Aufsichtsrat gewährleistet.

Um die Problematik der Interessenkonflikte adäquat einordnen und daran anknüpfende sachgerechte normative Erwägungen treffen zu können, werden außerdem ökonomische Erkenntnisse berücksichtigt. Aufgrund der spezifischen Natur von Interessenkonflikten, bei denen es sich um individual-psychische Phänomene handelt, kommt dabei vor allem verhaltensökonomischen Befunden besonderes Gewicht zu. Grundlage der Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) sind zahlreiche, von Psychologen und Wirtschaftswissenschaftlern durchgeführte Untersuchungen über menschliches Verhalten in wirtschaftlichen Entscheidungssituationen, die eine Reihe systematischer Abweichungen vom Idealbild eines rational handelnden Individuums (sog. Anomalien oder auch „bias“) zutage gefördert haben. Hierzu gehören z.B. die selektive Wahrnehmung von Informationen oder die Neigung, die eigenen Fähigkeiten zu überschätzen. Diese Vorgänge spielen bei Interessenkonflikten eine nicht zu unterschätzende Rolle, wie sich etwa im Rahmen der Finanzkrise gezeigt hat.

IV. Gang der Untersuchung

Voraussetzung für die Untersuchung der Regelungen zu Interessenkonflikten ist zunächst die Entwicklung einer rechtlich handhabbaren Begriffsbestimmung und eine Typologisierung der verschiedenen Interessenkonflikte. Zudem ist die dogmatische Verankerung von Interessenkonflikten in den Blick zu nehmen (§ 1). Dem folgt eine rechts- und verhaltensökonomische Untersuchung von Interessenkonflikten sowie eine Übersicht über das rechts- und verhaltensökonomische Instrumentarium (§ 2), das im Folgenden immer wieder zur Analyse der Regelungen zu Interessenkonflikten herangezogen wird.

Nach diesen Grundlagen folgen im zweiten Teil die allgemeinen Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten, die sich in die generellen Regelungskonzepte „Pflicht“ und „Status“ einteilen lassen. Dies sind die Interessenwahrungs- oder Treuepflicht (§ 3) und die Unabhängigkeit (§ 4 und § 5). Untersucht werden diese wie auch die anschließenden besonderen Regelungen rechtsgebietsübergreifend. Die untersuchten Interessenwahrer – als allgemeiner Begriff für die zahlreichen Funktionsträger, die Interessen anderer wahrnehmen – lassen sich einteilen in vertragliche, organschaftliche und – in Anlehnung an die gesetzlichen Vertreter – gesetzliche Interessenwahrer. Im Hinblick auf vertragliche Interessenwahrungsverhältnisse werden unter anderem Auftrag, Abschlussprüfung, Geschäftsbesorgung, Handelsvertretung, Kommission, Maklei und das Vertragshändlerverhältnis in den Blick genommen. Bei den organschaftlichen Interessenwahrern stehen der Vorstand und der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft sowie der Geschäftsführer der GmbH im Mittelpunkt. Bei den gesetzlichen Interessenwahrern geht es vor allem um den Vormund, den Betreuer, den Pfleger, den Testamentsvollstrecker und den Insolvenzverwalter sowie die Mitglieder des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren. An letzteren sowie den Aufsichtsratsmitgliedern lassen sich zudem die besonderen Regelungen für Interessenwahrer untersuchen, die in Gremien zusammenwirken.

Im anschließenden dritten Teil werden in vier Abschnitten die besonderen privatrechtlichen Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten mit Blick auf ihre Funktionen näher untersucht und die Lösungsmechanismen systematisiert (zur Systematisierung insbesondere § 6). Diese unterteilen sich in die Konfliktoffenlegung, die Konfliktvermeidung und die Konfliktlösung. Im ersten Abschnitt zur Konfliktoffenlegung werden die Anzeige- und Offenlegungspflichten zahlreicher Interessenwahrer untersucht (§ 7). Daran anschließend folgen im zweiten Abschnitt die besonderen Regelungen zur Konfliktvermeidung, die unterschiedliche Konkretisierungen und Verdichtungen der Interessenwahrungspflicht – in ihrer Ausprägung als Pflicht zur Konfliktvermeidung – darstellen. Dazu gehören – geordnet nach der steigenden Intensität des Eingriffs – Organisationspflichten (§ 8), Beschränkungen des Handlungsspiel-

raums (§ 9), die vorübergehende Ersetzung des Interessenwahrers (§ 10), Wettbewerbsverbote (§ 11), das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 12) und Inhabilitätsvorschriften (§ 13). Im dritten Abschnitt folgen die Konfliktlösungsregelungen. Dazu gehören – weitgehend korrespondierend mit den besonderen Regelungen zur Konfliktvermeidung: formale Konfliktlösungsprinzipien und Rangbestimmungen (§ 14), die Geschäftschancenlehre (§ 15), Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheidungen (§ 16) und die Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses (§ 17). Im anschließenden vierten Teil werden die Rechtsfolgen und Sanktionen untersucht, wobei neben den Sanktionen, wie Schadensersatzpflichten oder der Verwirkung von Lohnansprüchen (§ 18), ein besonderes Augenmerk auf die Gewinnabschöpfung gelegt wird (§ 19). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (§ 20) beschließt die Untersuchung.

Teil 1:
Interessenkonflikte – Grundlagen

§ 1 Begriff, Systematisierung und rechtliche Verankerung

I. Einleitung

Die wesentliche Bedeutung von Interessenkonflikten insbesondere für das Wirtschaftsleben spiegelt sich in den immer zahlreicher werdenden Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten wieder. Eine allgemein anerkannte Definition des Begriffs „Interessenkonflikt“, der diesen Regelungen zugrunde liegt, fehlt jedoch noch. Um die Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten sachgerecht untersuchen zu können, ist dieser Begriff daher zunächst zu bestimmen (I.) eine Systematisierung der verschiedenen Arten von Konflikten vorzunehmen (II.). Im Anschluss werden die rechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten und die rechtliche Verankerung der Regelung zum Umgang mit Interessenkonflikten näher in den Blick genommen (III.).

II. Begriff des Interessenkonflikts und dogmatische Verortung

1.) Fehlen eines einheitlichen rechtlichen Begriffs des Interessenkonflikts

Der Begriff „Interessenkonflikt“ (lat. *confligere* = zusammentreffen, kämpfen) wird regelmäßig als bekannt vorausgesetzt. Sowohl die Gesetzgebung als auch zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen beschränken sich weitgehend darauf, an den Interessenkonflikt anknüpfende Regelungen zu schaffen bzw. zu untersuchen.¹ Daher ist es nicht verwunderlich, dass sich bisher noch kein einheitliches Verständnis des Begriffs „Interessenkonflikt“ entwickelt hat.² Dies gilt insbesondere auch für die zahlreichen neueren europäischen Richtlinien und Verordnungen zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Diese enthalten zum Teil sehr umfangreiche Regelungen für den Umgang mit Interessenkonflikten, jedoch keine allgemeine Definition des Begriffs „Interessenkonflikt“.³

¹ Ein Definitionsversuch unternimmt allerdings *Lutter*, FS *Priester*, 2007, S. 417, 423; außerdem *Kumpán/Leyens*, ECFR 2008, 72, 82 ff.

² Vgl. dazu z. B. *Hollander/Salzedo*, *Conflicts of Interest*, Rdnr. 1–002.

³ Bspw. Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABIEG Nr. L 375 v. 31.12.1985, S. 3; ABIEU Nr. L 096

So enthält beispielsweise die Finanzmarkttrichtlinie (MiFID) von 2004⁴ mit ihrer Umsetzungsrichtlinie von 2006⁵ eine sehr weitgehende Regelung von Interessenkonflikten. Über eine in der Umsetzungsrichtlinie vorgenommene Auflistung von fünf Situationen hinaus, in denen die Gefahr von Interessenkonflikten besteht,⁶ lässt sich diesen beiden Richtlinien jedoch nur ein Kriterium entnehmen, das sich für eine generelle Begriffsbestimmung eignet: Es muss für den Kunden einer Wertpapierfirma, die von einem Interessenkonflikt betroffen ist, ein potenzieller Nachteil entstehen.⁷ Auch die besonders umfangreiche Regelung von Interessenkonflikten in der Verordnung über Ratingagenturen⁸ enthält keine Begriffsbestimmung.

Im deutschen Recht findet sich der Begriff des Interessenkonflikts zwar an verschiedenen Stellen,⁹ ein einheitliches Begriffsverständnis hat sich aber auch hier bislang nicht herausgebildet,¹⁰ ebensowenig eine einheitliche Dogmatik.¹¹ Denn Interessenkonflikte werden in der Regel ausschließlich in einem bestimmten Kontext untersucht und die Ergebnisse auf das jeweilige betrachtete Problem zugeschnitten.¹²

vom 12.04.2003, S. 16; Richtlinie 2003/125/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten, ABIEU Nr. L 339 v. 24.12.2003, S. 73.

⁴ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 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, ABIEU Nr. L 145 v. 30.04.2004, S. 1.

⁵ Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 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 ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABIEU Nr. L 241 v. 2.9.2006, S. 26. Siehe außerdem CESR, CESR's Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments 1st Set of Mandates, CESR/05-024c, Jan. 2005, S. 42.

⁶ Art. 21 der Richtlinie 2006/73/EG (Fn. 5).

⁷ Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2006/73/EG (Fn. 5).

⁸ Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABIEU Nr. L 302 v. 17.11.2009, S.1 (im Folgenden Rating-Verordnung).

⁹ Vgl. etwa § 1897 Abs. 5 BGB, §§ 27, 70, 85 KAGB, § 8a Abs. 4 Satz 2 VAG, §§ 31 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 34c Satz 4 WpHG.

¹⁰ Ebensowenig im angloamerikanischen Rechtsraum. Vgl. Justice Brennan in Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. 335, 351, 100 S. Ct. 1708: "Conflict of interests' is a term that is often used and seldom defined." Bzgl. einer öffentlich rechtlich orientierten Definition des Interessenkonflikts siehe etwa OECD, Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, Juni 2003, Absatz 10.

¹¹ Vgl. bereits Reimer, Interessenkonflikte, unveröffentlichtes Manuskript, S. 32 f. [Einleitung].

¹² Walker, Conflicts of Interest, § 1:1.

Ein Blick in andere Forschungsgebiete, insbesondere die Wirtschaftswissenschaften,¹³ zeigt, dass sich auch dort noch kein einheitliches Verständnis des Interessenkonflikts gebildet hat. Zudem sind die dort erörterten Definitionsversuche für rechtliche Regelungen ungeeignet. Entweder sind sie zu eng auf bestimmte Situationen zugeschnitten oder aber zu breit gewählt. Beispiel für eine zu enge Begriffsbildung ist eine von Wirtschaftswissenschaftlern formulierte Definition folgenden Wortlauts: „conflicts of interest arise when a financial service provider, or an agent within such a service provider, has multiple interests which create incentives to act in such a way as to misuse or conceal information needed for the effective functioning of financial markets.“¹⁴ Diese Definition beschränkt sich zum einen auf den Kapitalmarkt und zum anderen auf solche Konflikte, die zu einem Missbrauch (misuse) oder einer Unterschlagung (concealing) von Informationen führen können, die für die Funktionsfähigkeit des Marktes bedeutsam sind. Damit stellt sie einseitig auf das effektive Funktionieren von Finanzmärkten ab und vernachlässigt den Schutz des einzelnen, der von einem Interessenkonflikt seines Intermediärs unmittelbar betroffen ist. Für eine allgemeine Definition ist sie daher zu eng.

Andere Definitionsversuche sind zu breit, wie beispielsweise die Definition, dass ein „conflict of interest exists when a party to a transaction could potentially make a direct gain by taking actions that affect the other party adversely“.¹⁵ Eine solche Definition erfasst auch gewöhnliche Kaufverträge, denen der Interessengegensatz von Käufern und Verkäufern inhärent ist (so genannte Verträge des Interessengegensatzes¹⁶). Solche Interessengegensätze bedürfen aber anderer Lösungen als Interessenkonflikte so genannter (Fremd-)Interessenwahrer, bei denen sich der Interessenkonflikt „im Kopf“¹⁷ der einzelnen Person abspielt. Aus dem gleichen Grund ist auch der Definitionsversuch der IOSCO zu breit, die einen Interessenkonflikt definiert als „situation where the interests of a market intermediary may be inconsistent with, or diverge from,

¹³ Siehe bspw. *Crockett/Harris/Mishkin/White*, Conflicts of Interest in the Financial Services Industry: What should We Do About Them?, Geneva Reports on the World Economy, No. 5, 2004; *Orts*, in: *Davis/Stark*, Conflicts of Interest in the Professions, S. 129, 132; *Boatright*, in: *Davis/Stark*, Conflicts of Interest in the Professions, S. 217, 219; *Mehran/Stulz*, The Economics of Conflicts of Interest in Financial Institutions, Fisher College of Business Working Paper 2006–03–005, Nov. 2006, im Internet unter <http://ssrn.com/abstract=943447> (Stand: 28.07.2014).

¹⁴ *Crockett/Harris/Mishkin/White*, Conflicts of Interest in the Financial Services Industry: What should We Do About Them?, Geneva Reports on the World Economy, No. 5, 2004, S. 5.

¹⁵ *Mehran/Stulz*, The Economics of Conflicts of Interest in Financial Institutions, Fisher College of Business Working Paper 2006–03–005, Nov. 2006, im Internet unter <http://ssrn.com/abstract=943447> (Stand: 28.07.2014).

¹⁶ Dazu unten § 1 II.3.)c.) (i).

¹⁷ Vgl. dazu *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224, 234 („Interessenkonflikt innerhalb eines Subjekts“).

those of its clients, investors, or others, or where the interests of one group of clients conflict with those of another group“.¹⁸

Andere Forschungsdisziplinen bieten wenig Unterstützung bei der Entwicklung eines rechtlichen Begriffes des Interessenkonflikts. Versuche, Interessenkonflikte zu definieren, sind insbesondere in der sozialwissenschaftlichen Forschung unternommen worden. So findet sich dort z. B. der Gedanke, dass eine Person einem Interessenkonflikt unterliegt, „if, and only if, [the person] is in a relationship with another requiring that person to exercise judgment on the other’s behalf and [the person] has a (special) interest tending to interfere with the proper exercise of judgment in that relationship.“¹⁹ Interesse wird in diesem Zusammenhang definiert als „any influence, loyalty, concern, emotion, or other feature of a situation tending to make [the person’s] judgment less reliable than it would normally be, without rendering [the person] incompetent“.²⁰ Dieser Ansatz ist für eine rechtliche Handhabung ebenfalls zu weit. Er erfasst auch Situationen, in denen es unangemessen erscheint, die spezifischen Regelungen für Interessenkonflikte anzuwenden. So können Emotionen, wie z. B. Wut oder Enttäuschung hinsichtlich einer ganz anderen Angelegenheit, einen Entscheidungsträger, der fremde Interessen zu wahren hat, erheblich beeinflussen. Hat er eine Ermessensentscheidung zu treffen, dürfte seine Entscheidung weniger zuverlässig sein, als wenn er zum Zeitpunkt der Entscheidung solchen Emotionen nicht unterliegt.²¹ Ein Interesse an der von ihm zu treffenden Entscheidung in dem Sinne, dass er mit dieser Entscheidung etwas für sich (oder für Dritte) bewirken möchte (dazu sogleich), muss er in dieser Situation nicht haben. Das liefe darauf hinaus, dass auch bloße Gemütsschwankungen erfasst werden würden. Solche lassen sich aber rechtlich kaum sachgerecht regeln.

2.) Interesse

Da kein allgemein anerkannter Begriff des Interessenkonflikts existiert, ist dieser im Folgenden zu ermitteln. Ausgangspunkt für eine Definition des Interessenkonflikts muss dabei der Begriff des Interesses sein.

¹⁸ IOSCO, Market Intermediary Management of Conflicts that Arise in Securities Offerings, Consultation Report, Feb. 2007, S. 6.

¹⁹ *Davis*, in: *Davis/Stark*, Conflict of Interest in the Professions, S. 3, 8. Siehe außerdem *Coleman*, When conflicts of interest are an unavoidable problem, Proceedings of the 12th Annual Conference of the Australian Association for Professional and Applied Ethics, Adelaide, Australia, 28–30 Sep., 2005

²⁰ Jeglicher Einfluss, Besorgnis, Emotion oder auch Loyalitätsgedanke, der bzw. die im Fall, dass sie bei einer Entscheidung eine Rolle spielen, diese weniger verlässlich werden lassen, als sie in Abwesenheit dieser Entscheidung wäre, ohne dass der Entscheidende unfähig zu entscheiden würde. Siehe *Davis*, in: *Davis/Stark*, Conflict of Interest in the Professions, S. 3, 9; außerdem *Coleman*, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 2.

²¹ *Coleman*, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 2.

a.) *Der Begriff des Interesses im allgemeinen und rechtlichen Sprachgebrauch*

Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird der Begriff „Interesse“ vor allem im Sinne von Anteilnahme eines Menschen an etwas oder jemandem²² verstanden (von lat.: *interesse* = dabei sein, dazwischen sein, teilnehmen, von Wichtigkeit sein²³) oder auch als „Begehrendisposition“ bzw. Begehrensvorstellung in Bezug auf Güter²⁴. Mit Interesse wird beschrieben, dass ein bestimmtes geistiges oder materielles Objekt für ein Subjekt von Bedeutung ist und von ihm oder einem Dritten als erstrebenswert für das Sein des Subjekts gehalten oder erkannt wird.²⁵ Interesse ist somit ein individualpsychisches Phänomen.²⁶

Im rechtlichen Sprachgebrauch hat sich darüber hinaus ein stärker objektives Verständnis des Begriffs Interesse herausgebildet. Beispiel dafür ist das „rechtliche Interesse“. In diesem Fall kann „Interesse“ unabhängig von einem subjektiven Bewusstsein verstanden werden (auch ein Bewusstloser hat „rechtliche Interessen“ im Sinne des Zivilrechts).²⁷ Schließlich wird der Begriff des Interesses in einigen Fällen in der Rechtssprache auch verdinglicht verstanden. In diesen Fällen bezeichnet „Interesse“ den Wert dessen, was ein Subjekt begehrt.²⁸ Beispiel dafür ist der Begriff des „positiven Interesses“ („Erfüllungsinteresse“) und des „negativen Interesses“. Zu beobachten ist sogar – wie z. B. bei „interest“ in der angelsächsischen Rechtssprache – eine noch stärkere Verengung der Bedeutung von „Interesse“ als „Zins“ bzw. „Zinsen“.²⁹

b.) *Interesse und Recht: Interessenjurisprudenz*

Die Bedeutung von Interessen für das Recht ist vor allem durch die Interessenjurisprudenz in das Bewusstsein der Rechtswissenschaft gerückt worden.³⁰ Im Unterschied zum formallogischen, begriffsorientierten Vorgehen der „Begriffs-

²² W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 173; Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 3 (S. 295); außerdem Jürgenmeyer, Unternehmensinteresse, S. 136; Raiser, FS R. Schmidt, 1979, S. 101, 116.

²³ Duden, Herkunftswörterbuch, S. 366.

²⁴ Raiser, FS R. Schmidt, 1979, S. 101, 116; Westerann, Interessenkollisionen, S. 4; Zöllner, Schranken, S. 18 mit Fn 3. So etwa auch die Interessenjurisprudenz (dazu sogleich ausführlicher). Siehe Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 27; ders., AcP 112 (1914), 1, 11; Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, wiederabgedr. in: Ellscheid/Hassemmer, Interessenjurisprudenz, 1974, S. 153, 160 Fn. 13 (=Beih. zu AcP 133 (1931), 60).

²⁵ Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 3 (S. 295).

²⁶ W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 173; ihm folgend Jürgenmeyer, Unternehmensinteresse, S. 136.

²⁷ Reimer, Interessenkonflikte, unveröffentlichtes Manuskript, S. 34.

²⁸ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 29 I b (S. 482).

²⁹ Reimer, Interessenkonflikte, unveröffentlichtes Manuskript, S. 36.

³⁰ Siehe statt aller Heck, AcP 112 (1914), 1 ff., ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, insb. S. 36 ff.; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 26 ff. Vgl. dazu auch

jurisprudenz“ kam es nach der „Interessenjurisprudenz“ auf die wertende Beurteilung des Sachverhalts und die Abwägung der dabei in Betracht kommenden Interessen unter Bindung an die Konfliktentscheidung des Gesetzgebers an.³¹ Der Begriff des „Interesses“ wurde dabei von den Vertretern der Interessenjurisprudenz im weitesten Sinne verstanden – sowohl hinsichtlich der möglichen Subjekte (z. B. Interessen der Rechtsgemeinschaft) als auch hinsichtlich der möglichen Objekte.³² Bezeichnet wird damit nicht nur das Begehren von materiellen Gütern, sondern auch das Streben nach ideellen Gütern.³³ Dabei spielt es keine Rolle, ob sich ein Interessenträger seiner Interessen bewusst ist und diese willentlich verfolgt oder ob es sich lediglich um latente, unterbewusst vorhandene Wünsche geht.³⁴ Auch das unbewusste Interesse, die sog. Begehrendisposition, wird erfasst, also „latente Wünsche oder Neigungen, die nicht fortdauernd in unserem Bewusstsein gegenwärtig sind, aber durch irgendwelche Reizvorgänge wachgerufen, ein aktuelles Begehren erzeugen“³⁵. Andernfalls, wenn nur bewusst verfolgte Interessen berücksichtigt werden würden, würden zahlreiche berechnete Interessen von der Würdigung und Abwägung gegenüber anderen Interessen ausgenommen, nur weil sie dem jeweiligen Interessenträger noch nicht bewusst sind. Das Begehren ist dabei „ein psychischer Vorgang, der jedem bekannt ist und dessen weitere Zurückführung auf noch genauer bekannte Vorstellungen weder möglich noch notwendig ist. Die Begehrendispositionen können wir nicht unmittelbar beobachten. Wir erschließen sie nur aus den verursachten Handlungen oder daraus, dass soziale Grundlagen vorhanden sind, die nach der Erfahrung des Lebens solche Dispositionen zu erzeugen pflegen.“³⁶

Nach *Jhering* erfasst der Interessenbegriff weiterhin auch die Werteigenschaft eines Gutes in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse

Edelmann, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, 1967; *Kallfass*, Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, 1972; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 313 ff.

³¹ Vgl. *Stoll*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, wiederabgedr. in: *Ellscheid/Hassemer*, Interessenjurisprudenz, 1974, S. 153, 160 Fn. 13 (=Beih. zu AcP 133 (1931), 60).

³² *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37; *Stoll*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, wiederabgedr. in: *Ellscheid/Hassemer*, Interessenjurisprudenz, 1974, S. 153, 160 Fn. 13. Siehe auch die Darstellung bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 314 f.

³³ *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37; *ders.*, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 27 un S. 29; *ders.*, AcP 112 (1914), 1, 11; *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 28, 37, 40; außerdem *Stoll*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, wiederabgedr. in: *Ellscheid/Hassemer*, Interessenjurisprudenz, 1974, S. 153, 160 Fn. 13 (=Beih. zu AcP 133 (1931), 60).

³⁴ *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37; *ders.*, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 27; siehe auch *ders.*, AcP 112 (1914), 1, 11.

³⁵ *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 27; *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37.

³⁶ *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 27.

des Subjekts.³⁷ Der Wertbegriff wiederum enthält den Maßstab, um die Tauglichkeit eines Gutes zu bestimmen.³⁸

c.) *Subjektives und objektives Interesse*

Um die rechtlich relevanten Interessen näher zu konkretisieren, wird zwischen subjektiven, faktischen und objektiv bestimmbaren, „wahren“ Interessen unterschieden.³⁹ Dabei wird als das subjektive Interesse dasjenige verstanden, das im gewöhnlichen Sprachgebrauch mit dem Begriff „Interesse“ gemeint ist. Dieses ist an das jeweilige Subjekt des Interesses gebunden und kann von anderen nur empirisch erkannt werden.⁴⁰ Es ist die „positive Bezogenheit, die ein bestimmtes Subjekt zu bestimmten Gegenständen tatsächlich hat“⁴¹. Maßgeblich ist also die Bindung an das Subjekt, also den Interessenträger, von dessen subjektiven Wertungen es allein abhängt.

Demgegenüber ist das objektiv bestimmbare, wahre Interesse „in seinem Bestand und in seiner Werthöhe unabhängig [...] von der Existenz und der Stärke des subjektiven, tatsächlichen Interesses“.⁴² Es wird ermittelt, indem ein Objekt anhand eines objektiven Maßstabs und bezogen auf bestimmte Bedürfnisse, Zwecke und Ziele (z. B. der „freien Entfaltung und Bildung der Persönlichkeit“) eingeschätzt wird.⁴³ Zwar können die Bedürfnisse, Zwecke und Ziele, die der Beurteilung nach einem objektiven Maßstab unterliegen sollen, nicht ohne (subjektiv geprägte) Wertungen festgestellt und dem Subjekt zugeordnet werden.⁴⁴ Aber dies liegt darin begründet, dass eine Zuordnung und Betrachtung, die durch Menschen erfolgt, letztlich immer von der subjektiven Perspektive des jeweiligen Betrachters geprägt wird. Wollte man auch diesen subjektiven Einfluss ausschließen, wäre eine „objektive“ Bewertung unmöglich,⁴⁵ weil es keinen völlig objektiven Bewertenden gibt.

d.) *Interessenträger und Unternehmensinteresse*

Ein Interesse setzt immer ein Subjekt voraus, das ein Interesse hat, und ein Objekt, auf das das Interesse gerichtet ist,⁴⁶ sodass ihm immer eine Subjekt-Objekt-Beziehung zugrunde liegt. Da es sich beim Interesse um ein individual-psychisches Phänomen handelt, muss das Subjekt einer solchen Beziehung grund-

³⁷ Jhering, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1. Abt., § 60 (S. 341).

³⁸ Jhering, a.a.O.

³⁹ Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 4 (S. 295); dazu auch W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 174 f.

⁴⁰ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, S. 138.

⁴¹ Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 4 (S. 295).

⁴² Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 4 (S. 295).

⁴³ Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 4 (S. 295).

⁴⁴ Jürgenmeyer, Unternehmensinteresse, S. 138.

⁴⁵ Jürgenmeyer, Unternehmensinteresse, S. 138.

⁴⁶ W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 173.

sätzlich ein Mensch sein. Gegenstände können keine Interessen haben. Vor diesem Hintergrund ist auch in Bezug auf juristische Personen vereinzelt bestritten worden, dass diese eine unmittelbar eigene interessefähige Persönlichkeit⁴⁷ haben können.⁴⁸ Doch wird man ihnen zumindest insofern eine Interessenssubjektivität zubilligen müssen, als diese auf die Interessen ihrer menschlichen Mitglieder zurückgeführt werden kann.⁴⁹ Vielfach geht die Literatur über diese zurückhaltende Anerkennung von Interessenssubjektivität noch hinaus, wie die Diskussion um das sog. – auch von der Rechtsprechung anerkannte⁵⁰ – Unternehmensinteresse zeigt.⁵¹ Zu unterscheiden ist das Unternehmensinteresse vom Verbands- oder Gesellschaftsinteresse.⁵² Bei letzterem handelt es sich um „denjenigen Ausschnitt aus den Mitgliederinteressen, zu deren gemeinschaftlicher Verfolgung sich die Mitglieder verbunden haben“.⁵³ Wie das Unternehmensinteresse zu definieren ist, ist demgegenüber immer noch nicht abschließend geklärt. In der darüber geführten wissenschaftlichen Diskussion sind zahlreiche Ansätze vertreten worden, die sich vereinfachend in fünf größere Gruppen unterteilen lassen.⁵⁴

(1.) Nach einer ersten Auffassung sollte das Unternehmensinteresse aus den verschiedenen Interessen der Unternehmensbeteiligten resultieren und im Rahmen einer normativen Bewertung und Abwägung dieser Interessen ermittelt werden.⁵⁵ Dabei handelte es sich um eine materielle Konzeption des Unternehmensinteresses.⁵⁶

⁴⁷ Eine solche Zuerkennung von Persönlichkeit unternimmt die „Theorie der realen Verbandspersönlichkeit“. Siehe dazu v. Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände, insb. S. 13 f.

⁴⁸ Denn sie sind nicht selbst Mensch und können daher nicht aus sich selbst heraus eigenen Gefühle oder Begehrendispositionen haben. Siehe etwa *Jürgenmeyer*, Unternehmensinteresse, S. 141.

⁴⁹ Vgl. *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 29 Rdnr. 5 (S. 296).

⁵⁰ Etwa BGHZ 62, 193, 197 und 199; 64, 325, 331; 83, 144, 149; außerdem BVerfGE 50, 290, 374.

⁵¹ Ausführlich *Birke*, Formalziel, insb. S. 155 ff.; *Brinkmann*, Unternehmensinteresse, passim; *Jürgenmeyer*, Unternehmensinteresse, passim; *Koch*, Unternehmensinteresse, passim; *Großmann*, Unternehmensziele, passim; *Teubner*, ZHR 149 (1985), 470 ff.; jüngst *Kort*, AG 2012, 605. Für einen Überblick über die Entwicklung der Diskussion *Fleischer* in Hommelhoff/Hopt/v.Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 189 f. Krit. gegenüber dem Konzept des Unternehmensinteresses z.B. MünchKommAktG/*Spindler*, § 76 Rdnr. 69 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 626 f.; *ders.*, BB 1978, 5, 11; *Großmann*, Unternehmensziele, S. 105 ff.; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 156; *Zöllner*, AG 2003, 2, insb. 7; vorsichtiger *Hopt*, ZGR 2000, 779, 799. Rechtsvergleichend *Gelter*, 7 N.Y.U. J.L.&Bus. 641 (2011).

⁵² *Zöllner*, Schranken, S. 20 und S. 73.

⁵³ *Zöllner*, Schranken, S. 73.

⁵⁴ Siehe *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 142 f.; siehe weiter auch die Darstellungen bspw. bei *Großmann*, Unternehmensziele, S. 98 ff.; *Jürgenmeyer*, Unternehmensinteresse, S. 88 ff.; *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 69 ff.;

⁵⁵ So *Immenga*, ZGR 1977, 249, 276 f.; *Raisch*, FS Hefermehl, 1976, S. 347, 357. Vgl. auch BGHZ 106, 54, 65; 64, 325, 331.

⁵⁶ *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 142.

(2) Ein zweiter Ansatz verstand das Unternehmensinteresse als ein selbständiges, von den Interessen der Unternehmensbeteiligten zu unterscheidendes Interesse.⁵⁷ Dieses eigene Interesse des Unternehmens bestimme, in welchem Umfang die unter Umständen unterschiedlichen Interessen der verschiedenen Beteiligten jeweils Beachtung finden könnten.⁵⁸

(3) Eine dritte Ansicht definierte Unternehmensinteresse als „Selbsterhaltung und fortdauernde funktionsgerechte Erfüllung der Aufgaben des Unternehmens gegenüber Anteilseignern, Arbeitnehmern, Lieferanten, Abnehmern, Konsumenten, Staat und Gesellschaft“⁵⁹. Das umfasse insbesondere das Interesse am Erfolg des Unternehmens, der gegenüber anderen Zielen nicht unangemessen zurücktreten dürfe – unter Erfolg wird hierbei ein Gewinn verstanden, der zur „substantiellen Erhaltung der Kapital- und Ertragskraft“ ausreicht.⁶⁰ Auch Nichtanteilseignerinteressen seien angemessen zu berücksichtigen, wenn auch nicht zwingend gleichberechtigt neben den Anteilseignerinteressen.⁶¹ In gewisser Abwandlung dazu wurde außerdem vertreten, dass das Unternehmensinteresse als Interesse an der Rentabilität des Unternehmens und damit seiner dauerhaften Erhaltung definiert werden müsste, wobei Rentabilität als langfristige Daueraufgabe zu verstehen wäre.⁶²

(4) Eine vierte Ansicht verstand das Unternehmensinteresse „als Verpflichtung zur gelingenden prozeduralen Integration“ der verschiedenen in einem Unternehmen vertretenen Interessen.⁶³ Dabei handelt es sich im Unterschied zu den vorgenannten Ansichten um einen prozeduralen Ansatz.

(5) Nach einer besonders verbreiteten – mit Unterschieden im Detail inhaltliche und prozedurale Gesichtspunkte kombinierenden – Ansicht soll das Unternehmensinteresse schließlich jeweils im Einzelfall durch das jeweilige Organ (z. B. Vorstand, Aufsichtsrat) im Rahmen seines (weiten) Ermessens ausgeformt werden, wobei neben den Interessen der Anteilseigner auch die Interessen der

⁵⁷ Raiser, FS R. Schmidt, 1979, S. 101, 105 (wohl nicht als aus den Interessen der einzelnen Gruppierungen abgeleitetes Interesse zu verstehen); ders., FS Potthoff, 1989, S. 31, 44 (hier außerdem als „prozedurale Größe“ bezeichnet).

⁵⁸ Flume, BGB AT I/2, § 2 VII 3 (S. 58); Raiser, FS R. Schmidt, 1979, S. 101, 116.

⁵⁹ Raiser, FS Potthoff, 1989, S. 31, 44 (bezogen auf das Unternehmen als System); Kubner, ZGR 2004, 244, 250; ähnl. Raisch, FS Hefermehl, 1976, S. 347, 363; ähnl. auch Zöllner, Schranken, S. 20f., 67ff., insb. S. 78 (bezogen auf die Interessen von Verband, Gläubiger, Arbeitnehmer, künftiger Anteilserwerber und allgemeinwirtschaftlicher Belange).

⁶⁰ Kubner, ZGR 2004, 244, 250.

⁶¹ Kubner, ZGR 2004, 244, 251; ähnl. Raisch, FS Hefermehl, 1976, S. 347, 359f.; Schön, ZGR 1996, 429, 438. Vgl. dazu auch KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 76 Rdnr. 18.

⁶² Junge, FS v. Caemmerer, 1978, S. 547, 554. Vgl. dazu auch KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 76 Rdnr. 18 und 21.

⁶³ Brinkmann, Unternehmensinteresse, S. 232 ff.; ders., AG 1982, 122, 128; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 33 III 4, lit. a (S. 528f.); ähnl. Laske, ZGR 1979, 173, 198f.; Reuter, AcP 179 (1979), 509, 519; mit Betonung auf die Organisationsstrukturen Teubner, ZHR 149 (1985), 470, 479ff., insb. 484; ders., ZGR 1983, 34, 54.

Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zu berücksichtigen seien.⁶⁴ Zum Teil wird dabei vertreten, dass das Ermessen insofern begrenzt sein soll, als die Verwaltung zur langfristigen Bestandserhaltung und/oder Rentabilität des Unternehmens verpflichtet sei, weil insoweit die Interessen aller Unternehmensbeteiligten übereinstimmen.⁶⁵

Im Rahmen der Debatte um das Konzept des Shareholder value flammte die Diskussion um das Unternehmensinteresse später erneut auf.⁶⁶ Dabei rückte insbesondere die Frage in den Vordergrund, ob den Aktionärsinteressen Vorrang vor den Interessen anderer am Unternehmen interessierter Gruppen gebühre. Vielfach wird ein solcher Vorrang abgelehnt.⁶⁷ Der Vorstand habe die Aufgabe, die verschiedenen Interessen abzuwägen und zu einem Ausgleich zu bringen und so in jedem Einzelfall immer wieder neu zu ermitteln.⁶⁸ Es gibt aber auch Befürworter für eine vorrangige Beachtung der Aktionärsinteressen.⁶⁹ Von diesen wird vorgebracht, dass die Gesellschaft vor allem eine Veranstaltung der Gesellschafter bzw. der Aktionäre sei.⁷⁰ Auch sei der Vorstand an den Gesellschaftszweck gebunden, was ihn zu einem renditeorientierten Verwaltungshandeln verpflichte, soweit sich aus der Satzung nichts anderes ergebe.⁷¹ Das soll jedoch nicht dazu führen, dass andere Belange völlig unberücksichtigt bleiben. Verwiesen wird darauf, dass eine ganze Reihe von Vor-

⁶⁴ Ulmer/Habersack/Henssler/Ulmer/Habersack, MitbestG, § 25 Rdnr. 94; Wiesner, in: Hoffmann-Becking, MünchHdb GesR, Bd. 4, § 19 Rdnr. 20; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rdnr. 124; Kubner, ZGR 2004, 244, 250; Raisch, FS Hefermehl, 1976, S. 347, 357, 363; Semler, Überwachungsaufgabe, S. 60 f. und 66 f.; Kunze, ZHR 144 (1980), 100, 117, 119 ff.; Schilling, ZHR 144 (1980), 136, 144; wohl auch Hopt, ZGR 1993, 534, 538; Goette, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 127 sowie die Nachweise in der folgenden Fn.

⁶⁵ Hüffer, AktG, § 76 Rdnr. 13, 15; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 II 1 a, S. 806; Wiesner, in: Hoffmann-Becking, MünchHdb GesR, Bd. 4, § 19 Rdnr. 21; Martens, ZGR 1979, 493, 515 f.; Raisch, FS Hefermehl, 1976, S. 347, 361; siehe auch Ulmer/Habersack/Henssler/Ulmer/Habersack, MitbestG, § 25 Rdnr. 93a. Mit etwas anderer Betonung Kittner, ZHR 136 (1972), 208, 240 ff.

⁶⁶ Siehe dazu z. B. Fleischer, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 193 ff.; Müllbert, ZGR 1997, 129 ff. Krit. KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 76 Rdnr. 16 ff.

⁶⁷ Hüffer, AktG § 76 Rdnr. 12b; Goette, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 127; Hopt, ZGR 1993, 534, 536; Kort, AG 2012, 605 f.; siehe auch schon Kittner, ZHR 136 (1972), 208, 242.

⁶⁸ Semler, Leitung und Überwachung, Rdnr. 51; vgl. auch Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143, 159 („Offenheit [...] für unterschiedliche, vom Vorstand [...] verfolgte Zielsetzungen im breiten Spektrum zwischen Shareholder und Stakeholder Value“).

⁶⁹ Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 6 III 2 b aa, (S. 338 f.); Arnold, Steuerung des Vorstandshandelns, S. 47 ff. (allein die Aktionärsinteressen); Fleischer, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 195 ff.; Klöhn, ZGR 2008, 110, insb. 154 f. (im Verhältnis zu Gläubigern); Müllbert, ZGR 1997, 129, 138 f., 156.

⁷⁰ Fleischer, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 195 f.; vgl. auch Wiedemann, Organverantwortung, S. 33.

⁷¹ GroßkommAktG/Röhricht, § 23 Rdnr. 92; Fleischer, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 196.

schriften außerhalb des Aktienrechts dazu dient, dass die Interessen von Arbeitnehmern, Gläubigern, Verbrauchern und der Allgemeinheit gewahrt werden.⁷² Diese muss der Vorstand einhalten, wodurch sein Ermessen bei der Ausübung seines Amtes begrenzt wird. Auch wird er vielfach auf die Kooperation der Stakeholder angewiesen und dadurch gezwungen sein, deren Interessen zu berücksichtigen.⁷³

In praktischer Hinsicht sind die Auswirkungen des Meinungsstreits um den Vorrang von Aktionärsinteressen allerdings gering.⁷⁴ Diejenigen, die die Interessen aller am Unternehmen interessierten Gruppen (gleichrangig) berücksichtigt sehen möchten, betonen ein weites Handlungsermessen des Vorstands zum Ausgleich widerstreitender Belange.⁷⁵ Diejenigen, die für einen Vorrang der Aktionärsinteressen eintreten, sehen ebenfalls die Notwendigkeit für ein Vorstandsermessen, das aufgrund rechtlicher Vorgaben und mit Blick auf die Umsetzung eigener Entscheidungen die Interessen auch anderer Stakeholdergruppen nicht unberücksichtigt lassen kann.⁷⁶

Eine gewisse Verfestigung hat der Begriff des Unternehmensinteresses mittlerweile im Rahmen des Corporate Governance Kodex⁷⁷ erfahren. Nach Ziff. 4.1.1 des Kodex leitet der Vorstand das Unternehmen „im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung“. Außerdem enthält der Kodex in seiner Präambel eine Beschreibung des Unternehmensinteresses dahingehend, dass darunter die Sorge um den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu verstehen sei.⁷⁸

3.) Interessenkonflikt

Von dem Begriff des Interesses ausgehend, der nach dem oben Gesagten subjektiv anknüpfen muss, ist nun der Begriff des Interessenkonflikts näher in den Blick zu nehmen.

⁷² *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v.Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 196; *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143, 158; siehe auch *Franke/Hax*, Finanzwirtschaft, S. 3.

⁷³ *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v.Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 196.

⁷⁴ *Hopt*, ZGR 2000, 779, 799.

⁷⁵ *Z. B. G. Hueck*, Gesellschaftsrecht, § 23 VII 1 (S. 212) („auch die Interessen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zu berücksichtigen hat“); *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 27 VI 1 Rdnr. 22 (S. 346) (zurückhaltender: „auch die Interessen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit berücksichtigen darf“).

⁷⁶ Siehe nur *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v.Werder, Hdb Corporate Governance, S. 185, 196.

⁷⁷ Regierungskommission, Deutscher Corporate Governance Kodex (in der Fassung vom 13.05.2013).

⁷⁸ Weitere Erwähnung findet das Unternehmensinteresse in Ziff. 4.3.3 (Vorstand) und 5.5.1 (Aufsichtsrat).

a.) *Der Begriff des Interessenkonflikts im Sinne der Interessenjurisprudenz*

Auch hier ist zunächst ein kurzer Blick auf die Interessenjurisprudenz angezeigt. Die Vertreter der Interessenjurisprudenz verstehen unter einem Konflikt von Interessen, „die jedem aus Erfahrung bekannte Lebenslage, in der es nicht möglich ist, alle bestehenden Wünsche zugleich zu befriedigen, sodass die Notwendigkeit eintritt, auf gewisse Wünsche zugunsten anderer zu verzichten“.⁷⁹ Nach Ansicht der Interessenjurisprudenz liegen derartige Interessenkonflikte jedem⁸⁰ einzelnen Rechtssatz bzw. jedem Rechtsgebot zugrunde. Denn nur ihrer wegen entstehe das Bedürfnis für Regelungen, die die Interessen bestimmen und im Voraus erkennbar gegeneinander abgrenzen.⁸¹ Entsprechend ist der Interessenjurisprudenz zufolge das Gesetz „die Resultante, gleichsam die Kraftdiagonale ringender Faktoren, deren Wirkung wir nur als Interessenkonflikt erfassen können“.⁸² Rechtssätze, wie Gesetzesnormen, sind also Entscheidungen von Interessenkonflikten, die Werturteile über die ihnen zugrunde liegenden Interessengegensätze enthalten.⁸³

b.) *Abgrenzung anhand der Einteilung der Rechtsverhältnisse nach ihrer Interessenstruktur*

Ein solches sehr weites Verständnis des Interessenkonflikts, wie es die Vertreter der Interessenjurisprudenz zugrunde legen, geht jedoch über die Situationen weit hinaus, die in diesem Zusammenhang als besonders regelungsbedürftig erscheinen. Um zu ermitteln, welche Fälle besonderer Regelungen bedürfen, sind zunächst die unterschiedlichen Interessenstrukturen der verschiedenen Rechtsverhältnisse in den Blick zu nehmen. Dafür sollen an dieser Stelle die vertragsrechtlichen Regelungen herangezogen werden. Denn dort finden sich zahlreiche grundlegende Regelungen für Interessenkonflikte, die von der Rechtsprechung immer wieder herangezogen werden, um auch bei gesetzlichen Interessenwahrungsverhältnissen Regelungslücken zu schließen.

⁷⁹ Heck, AcP 142 (1936), 129, 180. Siehe auch die Darstellung bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 315.

⁸⁰ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 41 Fn. 2; *ders.*, Interessenjurisprudenz, Recht und Staat, Heft 97, S. 13; *ders.*, AcP 142 (1936), 129, 185 Fn. 131.

⁸¹ Heck, AcP 143 (1937), 129, 155 („Die Notwendigkeit der Rechtsnorm entsteht durch den konkreten Interessenkonflikt.“).

⁸² Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 46.

⁸³ Vgl. *Stoll*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, wiederabgedr. in: Ellscheid/Hassemer, Interessenjurisprudenz, 1974, S. 153, 160 (= Beih. zu AcP 133 (1931), 60).

c.) Die dogmatische Einteilung von Rechtsverhältnissen nach ihrer Interessenstruktur

So hat etwa schon *Jhering* für das Vertragsrecht zwischen Austauschverträgen, wie etwa Kauf oder Miete, und solchen Rechtsverhältnissen unterschieden, die die Führung fremder Geschäfte zum Gegenstand haben, wie etwa Auftrag oder Vormundschaft – zudem unterschied er als dritte Form der Interessenbeziehungen die *Societas*.⁸⁴ Bei Austauschverträgen liege „für beide Theile das Motiv ihrer Eingehung in dem eigenen Interesse, und hier ist jeder Theil berechtigt, sich lediglich durch sein Interesse leiten zu lassen“.⁸⁵ Dagegen liege in den Geschäftsbesorgungsverhältnissen „das Motiv zur Eingehung des Verhältnisses in dem Interesse des Geschäftsherrn, und dies Interesse bildet für den Geschäftsführer den maßgebenden Gesichtspunkt, durch den er sich bei seiner ganzen Thätigkeit leiten lassen soll“.⁸⁶ Durch die Eingehung des Geschäftsbesorgungsverhältnisses verzichte der Auftraggeber darauf, „in diesem Verhältnis, von dem ihm etwa zugesicherten Lohn (Honorar, Provision) abgesehen, sein eigenes Interesse zu verfolgen“⁸⁷. Vielmehr übernehme er „die Verpflichtung, sich lediglich durch das fremde Interesse leiten zu lassen, bei seiner ganzen Geschäftsführung in derselben Weise zu verfahren, als beträfe dieselbe seine eigenen Angelegenheiten“.⁸⁸ Ohne eine solche gesteigerte Pflichtenbindung würden „jene Verhältnisse ihren Zweck völlig verfehlen, sie würden dem Geschäftsführer die Möglichkeit eröffnen, das Vertrauen, welches ihm geschenkt ist, in größter Weise zu missbrauchen; das Mandat, die Vormundschaft würde ein Freibrief für die Unredlichkeit, eine Schlinge für den Geschäftsherrn sein“⁸⁹. Dieses „Ausgeliefertsein“ des Geschäftsherrn gegenüber dem Interessenwahrer macht es notwendig, besondere Sicherungen vorzusehen, um Interessenkonflikten des Interessenwahrers vorzubeugen bzw. ihnen abzuwehren.

Eine Weiterentwicklung der Gliederung von Vertragstypen nach der Struktur der ihnen zugrunde liegenden Parteiinteressen unternahm später *Rumpf*.⁹⁰ Für die von ihm als „Interessenvertretung“ bezeichneten Verhältnisse sah er als charakteristisch an, dass der Verpflichtete weder gemeinsame noch eigene, sondern vor allem die Interessen des Geschäftsherrn („Vertrauenden“) wahrzunehmen hat.⁹¹ Dabei spielt dessen Vertrauen eine wesentliche Rolle.⁹² Ein in sich geschlossenes, an der Interessenstruktur orientiertes System der rechtsge-

⁸⁴ Siehe dazu *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 1. Band, S. 214; *ders.*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 248 f.

⁸⁵ *Jhering*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 248.

⁸⁶ *Jhering*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 249.

⁸⁷ *Jhering*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 249.

⁸⁸ *Jhering*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 249.

⁸⁹ *Jhering*, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IV N.F. (1867), 225, 249.

⁹⁰ *Rumpf*, *AcP* 119 (1921), 1, 53 ff.

⁹¹ *Rumpf*, *AcP* 119 (1921), 1, 55.

⁹² *Rumpf*, *AcP* 119 (1921), 1, 55 f.

schäftlichen Verbindungen entwickelten dann *Beyerle* und im Anschluss daran *Würdinger*: Zunächst unterschied *Beyerle* zwischen Synallagma, Gesamthand und Treuhand.⁹³ Während in synallagmatischen Verhältnissen die Parteien allein ihren persönlichen Vorteil im Blick haben und in der Gesamthand ihre Kräfte und Güter für ein gemeinsames Ziel zusammenschließen, sei es der „Grundgedanke aller Treuhandfälle“, „fremde Belange an Personen, Sachen, an Vermögen, Rechtsbeziehungen wahrzunehmen“.⁹⁴ Später unterteilte *Würdinger* dann die „Grundtatbestände des Rechtsverkehrs“ in Verträge des Interessengegensatzes, der Interessengemeinschaft und der (Fremd-)Interessenwahrung.⁹⁵

(i) *Verträge des Interessengegensatzes*

Zu den Verträgen des Interessengegensatzes gehören alle Leistungsaustauschgeschäfte (Kauf, Miete, Werkvertrag etc.), d. h. Verträge, bei denen sich Personen mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen und jeweils ihre Interessen – im rechtlichen Rahmen – durchsetzen wollen. Jede Partei sucht dabei ihren Vorteil im Austausch für eine Leistung, in der wiederum die andere Partei einen Vorteil für sich sieht.⁹⁶ Bei der Vereinbarung dieses Leistungsaustauschs werden die gegensätzlichen Interessen zum Ausgleich gebracht. Zu diesem Vertragstyp gehören gegenseitige Verträge, wie etwa Kaufverträge, bei denen der potentielle Verkäufer einen möglichst hohen Kaufpreis, der mögliche Käufer dagegen einen möglichst niedrigen Kaufpreis vereinbaren möchte. Bei diesen Verträgen verfolgt jede Partei ihre eigenen Interessen und trägt keine von ihnen eine besondere Verantwortung für die Interessen der jeweils anderen Partei, die über die allgemeinen für Verhandlungen geltenden Pflichten hinausgeht.⁹⁷ Der Interessengegensatz bringt es vielmehr mit sich, dass jede Seite selbst einschätzen muss, welchen Nutzen der Vertragsgegenstand für sie hat.⁹⁸ Es muss daher z. B. regelmäßig nicht darüber aufgeklärt werden, welche Eigenschaften oder welchen Wert der Vertragsgegenstand hat.⁹⁹ Die Rechtsordnung übernimmt es lediglich, ein level playing field zwischen den Beteiligten herzustellen oder, wie im Fall des Widerrufsrechts, für einen nachgelagerten Ausgleich von als ungleich angesehenen Verhandlungspositionen zu sorgen. Die Interessen der Be-

⁹³ *Beyerle*, Treuhand, S. 16 ff., 46 ff.

⁹⁴ *Beyerle*, Treuhand, S. 7.

⁹⁵ *Würdinger*, Gesellschaften, Bd. I., S. 9 ff. Dazu *Staudinger/Martinek*, BGB, Vorbem. §§ 662 ff., Rdnr. 23 ff.; *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, Vor § 705 Rdnr. 104; *Ulmer*, Der Vertragshändler, S. 265 ff.; *Lutter*, AcP 180 (1980) 84, 93; *Weller*, ZBB 2011, 191, 196 f.

⁹⁶ *Staudinger/Martinek*, BGB, Vorbem. §§ 662 ff., Rdnr. 24; *Weller*, ZBB 2011, 191, 197.

⁹⁷ *Staudinger/Martinek*, BGB, Vorbem. §§ 662 ff., Rdnr. 24.

⁹⁸ *Weller*, ZBB 2011, 191, 197.

⁹⁹ *Staudinger/Singer/von Finckenstein*, BGB, § 123 Rdnr. 10, 13. Eine äußerste Grenze zieht § 123 BGB für das arglistige Verschweigen von für die Gegenseite erkennbar bedeutsame Tatsachen, BGH NJW 1983, 2493, 2494; *Weller*, ZBB 2011, 191, 197.

teiligten sind bei diesen Verträgen regelmäßig bloße Motive für den Vertragsabschluss, sie werden nicht Gegenstand des Vertrages.¹⁰⁰

(ii) Verträge der Interessengemeinschaft

Bei den Verträgen der Interessengemeinschaft, insbesondere den Gesellschaftsverträgen, sind die auf den Vertrag zielenden Interessen der Beteiligten dagegen gleichgerichtet¹⁰¹ und gleichrangig¹⁰². Diese Interessen werden gemeinsamer Vertragsinhalt und sind nicht mehr nur rechtlich unbeachtliche Motive.¹⁰³ Aufgrund der Gleichrichtung der Interessen ist die Pflicht zur Wahrung der Interessen der anderen, die (gesellschaftsrechtliche) Treupflicht, stärker ausgeprägt als bei Verträgen des Interessengegensatzes die Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln: Um den vereinbarten gemeinsamen Zweck zu verfolgen, müssen die Gesellschafter gewisse Opfer bringen und sich „in eine überpersönliche Aufgabe“ einordnen.¹⁰⁴

(iii) Verträge der Fremdinteressenwahrung

Eine noch stärkere Bindung an die Interessen des Geschäftsherrn als bei den Treupflichten der Verträge des Interessengegensatzes oder der Interessengemeinschaft erfolgt durch die Interessenwahrungs- bzw. Treupflicht bei Fremdinteressenwahrungsverträgen; diese ist daher noch stärker ausgeprägt als jene.¹⁰⁵ Im Fall der Fremdinteressenwahrungsverträge, wie etwa dem Auftrag oder der Geschäftsbesorgung, übernimmt es einer der beiden Vertragspartner die Interessen des anderen wahrzunehmen.¹⁰⁶ Diese Verträge sind somit einseitig an den Interessen einer Partei ausgerichtet. Das führt dazu, dass die Interessen des Letzteren, des Geschäftsherrn, Vertragsinhalt werden, nicht aber die des Ersteren, des Interessenwahrers.¹⁰⁷ Der Interessenwahrer ordnet seine Interessen somit denen des Geschäftsherrn unter.¹⁰⁸ Vergleichbares gilt für organ-

¹⁰⁰ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 28; Ulmer, Vertragshändler, S. 267.

¹⁰¹ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 25.

¹⁰² Weller, ZBB 2011, 191, 197.

¹⁰³ Ulmer, Vertragshändler, S. 267; Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 28; Weller, ZBB 2011, 191, 196 Fn. 83. Vgl. dazu auch MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rdnr. 142 ff.

¹⁰⁴ Weller, ZBB 2011, 191, 196 Fn. 83. Die Gesellschafter müssen ihre Interessen aber nicht unbedingt hinter die der Gesellschaft zurückstellen, siehe etwa BGHZ 14, 25, 38.

¹⁰⁵ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 26. Siehe auch Ulmer, Vertragshändler, S. 267.

¹⁰⁶ Z. B. BGHZ 96, 352, 354; BGH NJW 1989, 1216, 1217; vgl. auch MünchKommBGB/Seiler, § 662 Rdnr. 33.

¹⁰⁷ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 28; Ulmer, Vertragshändler, S. 267; Weller, ZBB 2011, 191, 197.

¹⁰⁸ Daher auch die Bezeichnung Subordinationsvertrag. Dazu Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. zu § 662 ff. Rdnr. 27 f.; siehe auch Erman/Berger, BGB, § 662 Rdnr. 3.

schaftliche und solche gesetzlichen Rechtsverhältnisse, die von ihrer Interessenstruktur her mit Fremdinteressenwahrungsverträgen vergleichbar sind.

d.) Die asymmetrische Interessengewichtung bei Verträgen mit Fremdinteressenwahrungscharakter

Bei den Verträgen mit Fremdinteressenwahrungscharakter besteht aufgrund der einseitigen Ausrichtung an den Interessen des Geschäftsherrn eine asymmetrische Interessengewichtung. Zwar bedeutet dies nicht unbedingt, dass zwischen den Beteiligten auch ein Informations- oder Machtungleichgewicht herrscht. Aber wenn ein solches besteht, führt dies dazu, dass der Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien gefährdet ist und mithin die vertragsimmanente Richtigkeitsgewähr und die marktwirtschaftliche Ergebnisrichtigkeit eingeschränkt sind.¹⁰⁹ Dies gilt sowohl für den Fall, dass das Marktungleichgewicht zugunsten des Geschäftsherrn, als auch, dass es zu seinen Lasten besteht. Im letzteren Fall liegt die Ursache meist darin, dass der Geschäftsherr vom Interessenwahrer abhängig ist, weil er auf dessen Sachkunde angewiesen ist, ihn kaum oder gar nicht kontrollieren und ihn nur schwer oder gar nicht gegen einen anderen austauschen kann.¹¹⁰ Wegen der fehlenden eigenen Sachkunde kann der Geschäftsherr die Leistung des Interessenwahrers nicht korrekt einschätzen und mit derjenigen anderer Interessenwahrer vergleichen, um notfalls auf diese auszuweichen. Dementsprechend befindet er sich in einer schlechteren Verhandlungsposition als der Interessenwahrer. Das hat Auswirkungen auf die vertraglichen Vereinbarungen. Daher kann bei den asymmetrisch strukturierten Interessenwahrungsverträgen, anders als bei synallagmatischen Austauschverhältnissen, bei denen die Gegensätzlichkeit der Interessen und die gegenläufige Belangwahrung typischerweise zu einem Interessenausgleich führen, nicht von einer vertragsimmanenten Richtigkeitsgewähr ausgegangen werden.¹¹¹ Dementsprechend besteht bei Fremdinteressenwahrungsverträgen im Vergleich zu Austauschverträgen ein höherer rechtlicher Regelungsbedarf.

e.) Nicht erfasste Interessenkonflikte

Entsprechend besteht auch für Interessenkonflikte, die im Rahmen von Fremdinteressenwahrungsverträgen auftreten, ein höherer Regelungsbedarf als bei solchen, die im Rahmen von Verträgen des Interessengegensatzes zu beobachten sind. Bei letzteren ist der Interessengegensatz der Transaktion notwendig inhärent. Die Interessen der beteiligten Parteien stehen sich offen gegenüber: Sie werden von ihren Interessenträgern unmittelbar repräsentiert und der Interessengegensatz ist offenkundig und den Beteiligten (von Anfang an) bekannt.

¹⁰⁹ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. zu §§ 662 ff. Rdnr. 30.

¹¹⁰ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. zu §§ 662 ff. Rdnr. 31, auch zum Folgenden.

¹¹¹ Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. zu §§ 662 ff. Rdnr. 30.

Die rechtlichen Regelungen sind darauf abgestimmt, den von den Parteien privatautonom zu vereinbarenden Ausgleich der gegensätzlichen Interessen sicherzustellen. Dieser erfolgt durch den einverständlichen Abschluss des jeweiligen (Austausch-)Vertrages.¹¹² Entsprechend bedarf es keiner zusätzlichen gesteigerten Pflichtenbindung. Solche Interessenkonflikte im weiteren Sinne können daher ausgeklammert werden.

Auch die Interessenkonflikte im Rahmen von Verträgen der Interessengemeinschaft, also insbesondere von Gesellschaftern, sollen im Folgenden nicht im Fokus stehen. Bei ihnen geht es nicht primär um die Wahrnehmung von Interessen Dritter, sondern um die Verfolgung gemeinsamer Interessen. Auch wenn dies dazu verpflichtet, auf die Interessen der anderen Beteiligten in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen, so sind diese Interessen doch nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr fließen an vielen Stellen auch eigene Interessen der Betroffenen ein und werden in einem größeren Maße berücksichtigt als bei Fremdinteressenwahrungsverträgen.¹¹³ Besonders regelungsbedürftig – und daher im Folgenden untersucht – sind nur solche Interessenkonflikte, die im Rahmen von Fremdinteressenwahrungsverträgen auftreten.

Damit vergleichbar – und daher ebenfalls in den Blick genommen – sind Interessenkonflikte, die in Rechtsverhältnissen entstehen, die von ihrer Interessenstruktur her den Fremdinteressenwahrungsverträgen ähnlich sind. Hierzu gehören gesetzliche Rechtsverhältnisse, wie z.B. die Vormundschaft, die Betreuung oder auch die Insolvenzverwaltung, sowie organschaftliche Rechtsverhältnisse bei Vereinen und (Kapital-)Gesellschaften.

f.) Der Interessenkonflikt im engeren Sinne

Die im Rahmen von Rechtsverhältnissen mit Fremdinteressenwahrungscharakter entstehenden Interessenkonflikte zeichnen sich dadurch aus, dass in ein und derselben (natürlichen) Person divergierende Interessen im oben definierten Sinne aufeinander treffen, die ihren Ursprung in unterschiedlichen Positionen (Statusverhältnissen) dieser Person haben.¹¹⁴ Zum einen hat sie die Interessen eines anderen zu wahren, sei es, dass sie dies vertraglich übernommen hat, sei es, dass sie von Gesetzes wegen dazu verpflichtet oder gerichtlich dazu bestellt worden ist.¹¹⁵ Zum anderen ist sie zugleich Privatperson mit eigenen Inte-

¹¹² Staudinger/Martinek, BGB, Vorbem. §§ 662 ff. Rdnr. 24.

¹¹³ Vgl. dazu Zöllner, Schranken, S. 7.

¹¹⁴ Orts, in: Davis/Stark, Conflicts of Interest in the Professions, S. 129, 130; Reimer, Interessenkonflikte, unveröffentlichtes Manuskript, S. 37. Vgl. dazu auch Lutter, in: FS Coing, 1982, S. 565 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts siehe auch Assmann/Schneider/Koller, WpHG, § 33 Rdnr. 38 f.; Schwark/Zimmer/Rothenhöfer, KMRK, § 31 WpHG Rdnr. 53 ff.; Göres, Interessenkonflikte, S. 33; Assmann, ÖBA 2007, 40, 43; Kumpan/Leyens, ECFR 2008, 72, 84; vgl. auch Kümpel/Wittig/Rothenhöfer, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdnr. 3.378.

¹¹⁵ Dazu Bahar/Thévenoz, in: Thévenoz/Bahar, Conflicts of Interest, S. 1, 2 f.

ressen oder befindet sich in einem weiteren Fremdinteressenwahrungsverhältnis, aufgrund dessen sie kollidierende Fremdinteressen wahrzunehmen hat.

Weiteres Merkmal eines solchen Interessenkonflikts ist, dass der Interessenwahrer in dieser besonderen Rechtsbeziehung (mit Fremdinteressenwahrungscharakter) Entscheidungen für den Geschäftsherrn zu treffen hat.¹¹⁶ Denn ohne eine „Entscheidung“ gäbe es nichts, was beeinflusst werden könnte. Die besondere Stellung des Interessenwahrers als sachkundiger Entscheider führt regelmäßig dazu, dass der Geschäftsherr die Einwirkungsmöglichkeiten des Interessenwahrers schwer kontrollieren kann und daher beim Interessenwahrer Konfliktsituationen mit besonderem Gefährdungspotential für die Interessen des Geschäftsherrn entstehen können. Zu einem Konflikt kommt es jedoch nur, wenn der Interessenwahrer ein besonderes Interesse in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung hat, das eine ordnungsgemäße, an den Interessen des Geschäftsherrn ausgerichtete Entscheidung beeinträchtigt. Dabei kann es sich um ein eigenes Interesse handeln oder um ein Fremdinteresse, das der Interessenwahrer ebenfalls wahrzunehmen verpflichtet ist.

Schließlich darf der Konflikt in Bezug auf die Ausübung der Entscheidung nicht lediglich zufällig auftreten.¹¹⁷ Das bedeutet, dass zwischen der Ausübung der Entscheidung für einen anderen und dem „störenden“ Interesse eine unmittelbare Beziehung bestehen muss.¹¹⁸ Bloße Emotionen, die aus anderen Situationen lediglich nachwirken und die die Entscheidung beeinflussen können, führen nicht zu einem regelungsbedürftigen Interessenkonflikt.¹¹⁹

g.) Interessenkonflikt und Befangenheit

Vielfach werden die Begriffe Interessenkonflikt und Befangenheit im gleichen Sinne verwendet. Sie sind jedoch voneinander zu unterscheiden.¹²⁰ Befangenheit ist die eigennützige Voreingenommenheit, die dem Entscheidenden die Offenheit für das Recht oder die Distanz zum Entscheidungsgegenstand nimmt.¹²¹ Der Interessenkonflikt stellt dagegen lediglich eine Tendenz zur Befangenheit dar. Er muss eine Entscheidung nicht zwangsnötig beeinflussen. Auch wenn jemand einem Interessenkonflikt ausgesetzt ist, kann er in der Lage sein,

¹¹⁶ Coleman, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 2.

¹¹⁷ Coleman, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 3.

¹¹⁸ Coleman, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 2.

¹¹⁹ Z.B. wenn sich ein Prüfer während seiner Autofahrt über andere Fahrer ärgert und sich nach seiner Ankunft an die Bewertung von Prüfungsaufgaben setzt, also Entscheidungen vornimmt. Wenn er sich in dieser Situation noch wegen der Autofahrt ärgert, dürfte dies seine Bewertungen beeinflussen. Dies allerdings als Interessenkonflikt anzusehen, würde diesen Begriff überdehnen. Siehe Coleman, When conflicts of interest are an unavoidable problem, S. 2.

¹²⁰ Barnes/Florencio, 30 J.L. Med.& Ethics 390, 392 (2002); Walker, Conflicts of Interest, § 1:1.

¹²¹ Reimer, Interessenkonflikte, unveröffentlichtes Manuskript, S. 279.