

Damian A. Fischer

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Stanford)

Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht

**Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung
eines omnipräsenten Governance-Problems**

DIKE 

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXVII
Literaturverzeichnis	LIX
Materialienverzeichnis.....	CXXVII
Prolog	1
Teil 1: Grundlagen	9
§ 1 Begriffsklärungen, Systematisierung und rechtliche Erfassung.....	11
§ 2 Ökonomische Grundlagen und Vertrauensaspekte	81
§ 3 Interessenwahrung und Treuepflicht.....	139
Teil 2: Regulierungsinstrumente – eine Bestandsaufnahme.....	185
§ 4 Allgemeine Gedanken zur regulatorischen Problemerkfassung.....	187
§ 5 Transparenz über Interessenkonflikte (Identifikation).....	203
§ 6 Vermeidung von Interessenkonflikten (Prävention)	219
§ 7 Bewältigung von Interessenkonflikten (Management)	257
Teil 3: Interessenkonfliktregeln im funktionalen Kontext – eine rechtsvergleichende Analyse.....	277
§ 8 Untersuchungsgegenstand und Methodik	279
§ 9 Interessenkonflikte im Kontext einer Geschäftsführungsfunktion.....	285
§ 10 Interessenkonflikte im Kontext einer Spruchfunktion	491
§ 11 Interessenkonflikte beim Zusammenfallen mehrerer Funktionen	629
§ 12 Intrafunktionale Interessenkonflikte	639
Teil 4: Durchsetzung von Interessenkonfliktregeln.....	793
§ 13 Problemerkfassung, Bedeutung und Instrumentarium	795
§ 14 Vorschläge zur Stärkung des Durchsetzungsinstrumentariums	833

Teil 5: Rechtsgebietsübergreifende Dogmatik.....943
§ 15 Dogmatische Grundsätze im Umgang mit Interessenkonflikten945
§ 16 Würdigung und Ausblick.....967

Stichwortverzeichnis971

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Literaturverzeichnis	LIX
Materialienverzeichnis	CXXVII
Prolog	1
Problemerkfassung.....	1
Forschungslücke	3
Eingrenzung des Forschungsgegenstandes	4
Forschungsfrage(n).....	5
Zielsetzungen und Methodik.....	6
Gang der Untersuchungen.....	7
Teil 1: Grundlagen	9
§ 1 Begriffsklärungen, Systematisierung und rechtliche Erfassung.....	11
I. Interessenkonflikt – Eine Begriffsklärung.....	11
A. Einleitung.....	11
B. Interesse	12
1. Begriff.....	12
a) Klärungsbedarf trotz scheinbarer Klarheit.....	12
b) Annäherung mittels Etymologie/Semantik.....	12
c) «Interesse» in der Umgangssprache und in den Rechts- wissenschaften.....	14
d) Duale Struktur des Interessenbegriffs.....	14
e) Zwischenfazit	16
2. Arten von Interessen	17
a) Individualinteressen.....	17
b) Gemeinschaftsinteressen, insbesondere Gesellschafts- interessen.....	17
aa) Einordnung	17
ab) Interessenbildung in Gemeinschaften	18
ac) Überblick über Träger von Gemeinschaftsinteressen ..	19
ad) Gesellschaftsinteresse im Besonderen	22
c) Öffentliche Interessen.....	26
aa) Interessenträgerschaft	26

ab) Begriff und Konzeption.....	26
ac) Festlegung des öffentlichen Interesses	28
d) Eigen-, Fremd- und Drittinteressen	29
3. Zwischenfazit.....	29
C. Konflikt	30
1. Begriff.....	30
2. Abgrenzungen und Differenzierungen.....	31
a) Kollision.....	31
b) Konkurrenzen.....	32
D. Interessenkonflikt	33
1. Einordnung	33
a) Interessenkonflikte i.w.S. (<i>«conflicting interests»</i>).....	33
b) Interessenkonflikte i.e.S. (<i>«conflicts of interest»</i>).....	36
2. Interessenkonflikte (i.e.S.).....	37
a) Begriffsklärung	37
b) Strukturelemente	38
c) Gefährdungspotential	39
d) Schutzgut von Interessenkonfliktregeln	40
e) Abgrenzungen	41
aa) Interessenharmonie/Interessenneutralität	41
ab) Befangenheit (<i>«bias»</i>)	42
3. Interessenkonflikte als Gegenstand des Rechts	43
a) Schwelle für rechtliche Relevanz.....	43
b) Kriterien zur Intensitätsbestimmung	44
c) Stellungnahme zur Anwendung dieser Kriterien	46
E. Überlegungen zur aktuellen Sensibilisierung für die Interessen- konflikt-Problematik	48
F. Typologisierung und Systematisierung von Interessenkonflikten ...	50
1. Sinn und Zweck	50
2. Unterscheidungskriterien	51
a) Art der konfligierenden Interessen.....	51
aa) Fremdinteressen vs. Eigeninteressen bzw. Drittinteressen	51
ab) Fremdinteressen vs. Fremdinteressen.....	51
b) Persönliche vs. strukturelle Interessenkonflikte	53
aa) Persönliche Interessenkonflikte.....	53
ab) Strukturelle Interessenkonflikte	54
ac) Mischformen	57
c) Konfliktdauer bzw. -häufigkeit	57
d) Konfliktursachen.....	58

e)	Art des involvierten Interessenwahrers	58
f)	Reifegrad	58
g)	Anknüpfungspunkt für Interessenkonfliktregeln	59
G.	Einzelfragen	60
1.	Sachverstand/Expertise und Interessenkonflikte	60
2.	Bewusstsein und Interessenkonflikt	61
II.	Unabhängigkeit	62
A.	Einordnung	62
B.	Begriffsklärung	63
1.	Definition	63
2.	Innere vs. äussere Unabhängigkeit	65
3.	Abgrenzung: Unabhängigkeit – Unparteilichkeit	67
a)	Klärungsbedürftigkeit	67
b)	Ansätze	68
c)	Stellungnahme	69
C.	Bedeutung und Zweck des Unabhängigkeitsgebots	70
D.	Anknüpfungspunkt von Rechtsregeln	74
E.	Einzelfragen	76
1.	Unabhängigkeit als Marktgegenstand	76
2.	Unabhängigkeit und Kosten	77
3.	Unabhängigkeitsgebot in Gremien	77
4.	Gebotenes Mass an Unabhängigkeit	78
III.	Zusammenführung der Erkenntnisse	78
§ 2	Ökonomische Grundlagen und Vertrauensaspekte	81
I.	Erkenntnisgewinn dank interdisziplinärer Betrachtung	81
II.	Einbezug ökonomischer Überlegungen	82
A.	Einleitung	82
1.	Ökonomische Implikationen von Interessenkonflikten	82
2.	Sinn und Zweck des Einbezugs ökonomischer Überlegungen für die Bewertung von Interessenkonfliktregeln	83
B.	Nutzbarmachung der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts	84
1.	Grundlagen	84
a)	Einordnung, Zweck und Grundannahmen	84
b)	Ökonomische Effizienz als Leitprinzip	86
aa)	Effizienz-Kriterien zur Beurteilung von Rechtsregeln	86
ab)	Effizienz und Gerechtigkeit	87

c)	Coase-Theorem und Transaktionskosten	88
d)	Einschlägige Vertragstheorien	90
2.	<i>Principal-Agent</i> -Theorie.....	91
a)	Modell.....	91
aa)	Anwendungsbereich und Zweck	91
ab)	Annahmen des Modells.....	93
ac)	Reduktion von <i>Agency Costs</i> als Ziel und Herausforderung.....	93
b)	Informationsasymmetrie als strukturelles Problem.....	95
aa)	Informationsasymmetrie <i>vor</i> Rechtsbeziehung (<i>adverse selection</i>)	95
ab)	Informationsasymmetrie <i>während</i> Rechtsbeziehung (<i>moral hazard</i>)	96
c)	Lösungsansätze zur Begrenzung des <i>adverse selection</i> - Problems	97
aa)	<i>Signaling</i> seitens des Agenten.....	97
ab)	Abgeben von Garantien (<i>bonding</i>) durch den Agenten	98
ac)	<i>Screening</i> seitens des Prinzipals.....	98
ad)	Produktion fehlender Informationen durch Drittparteien	99
ae)	Investition in Reputation	99
d)	Lösungsansätze zur Begrenzung des <i>moral hazard</i> - Problems	100
e)	Folgerungen für die Interessenkonfliktregeln	101
3.	Theorien zu relationalen bzw. unvollständigen Verträgen	103
C.	Nutzbarmachung verhaltensökonomischer Erkenntnisse	106
1.	Einordnung	106
2.	Verhaltensanomalien beim Interessenwahrer	107
a)	Empirische Befunde zur Einschätzung von Interessenkonfliktsituationen	107
b)	Folgerungen für Interessenkonfliktregeln	111
3.	Verhaltensanomalien beim Geschäftsherrn	112
a)	Empirische Befunde.....	112
aa)	Verzerrte Wahrnehmung des Auftretens von Interessenkonflikten	112
ab)	Verhaltensanomalien beim Umgang mit interessenkonfliktbelasteten Interessenwahrern	113
ac)	Verhaltensanomalien bei der Genehmigung von Konfliktlagen.....	114
b)	Folgerungen für Interessenkonfliktregeln	114

4.	Verhaltensanomalien bei Entscheidungsprozessen in Gremien	115
a)	Problemfelder	115
b)	Folgerungen für Interessenkonfliktregeln.....	117
5.	Verhaltensanomalien bei der <i>ex post</i> -Beurteilung von Interessenkonfliktlagen	118
a)	Empirischer Befund.....	118
b)	Folgerungen für das Recht.....	119
III.	Einbezug von Vertrauensaspekten	119
A.	Einleitung.....	119
B.	Vertrauen als Mechanismus zur Reduktion von Komplexität	120
1.	Funktionalität	120
2.	Vertrauensbeziehungen.....	123
a)	Grundstruktur	123
b)	Vertrauen als Steuerungsmechanismus in <i>Principal-Agent</i> - Beziehungen	125
c)	Vertrauensbeziehung als <i>Principal-Agent</i> -Beziehung.....	126
3.	Bedeutung	127
a)	Ökonomische Bedeutung von Vertrauen.....	127
b)	Kulturelle Bedeutung von Vertrauen.....	128
4.	Arten (relevante Auswahl).....	129
a)	Persönlichkeits- vs. systembedingtes Vertrauen.....	129
b)	Motivations- vs. Fähigkeitsvertrauen	131
5.	Abgrenzungen	131
a)	Zuversicht und Hoffnung	131
b)	Misstrauen	132
C.	Vertrauen und Recht.....	133
D.	Prozess der Vertrauensbildung	134
E.	Folgerungen für die Ausgestaltung von Interessenkonflikt- regeln	136
IV.	Zusammenführung der Erkenntnisse	137
§ 3	Interessenwahrung und Treuepflicht.....	139
I.	Einordnung	139
A.	Interessenwahrung und Opportunismus.....	139
B.	Treuepflicht als Instrument gegen Opportunismus.....	140
1.	Opportunismusgefahr beim Transfer von Rechtsmacht	140
2.	Treuepflicht als rechtstechnische Antwort.....	142
3.	Treuepflicht und Interessenkonflikte	144
4.	Interessenwahrung und Treuepflicht bei Spruchinstanzen.....	144

II. Zur Treuepflicht	146
A. Herkunft	146
B. Gesetzliche Verankerung im Schweizer Recht	147
C. Inhalt der Treuepflicht	149
1. Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht	149
2. Komponenten.....	150
a) Aktive Komponente: Förderungspflicht.....	150
b) Passive Komponente: Schrankenfunktion.....	150
3. Adressaten und Begünstigte	151
4. Intensität und Umfang	152
5. Konkretisierung	153
a) Bedeutung	153
b) Einzelpflichten	154
6. Schranken	155
7. Zeitlicher Geltungsbereich/Dauer.....	156
8. Konkurrenzen	157
D. Abgrenzungen	157
1. Treuepflicht vs. Ethik	157
2. Treuepflicht vs. Treu & Glauben (Art. 2 ZGB).....	158
3. Treuepflicht vs. Sorgfaltspflicht	159
E. Rechtsnatur, Wegbedingbarkeit und Verschärfung der Treuepflicht	162
F. Treuepflicht und Vergütungsinteresse.....	165
III. Sanktionierung von Treuepflichtverletzungen	166
A. Einleitung	166
B. Privatrecht	166
1. Realdurchsetzung.....	166
2. Reparatorische Ansprüche	167
a) Schadenersatz.....	167
b) Gewinnabschöpfung.....	168
c) Genugtuung?.....	168
d) Reduktion/Wegfall des Vergütungsanspruches.....	169
e) Korrekturinstrumente bei Vermögensverschiebungen	169
3. Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses.....	169
C. Aufsichts- und Berufsrecht.....	170
D. Strafrecht.....	173
1. Einordnung	173

2. Schutz des Vermögens des Geschäftsherrn.....	173
a) Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)	173
aa) Treuebruchtatbestand (Ziff. 1).....	173
ab) Missbrauchstatbestand (Ziff. 2).....	175
b) Veruntreuung (Art. 138 StGB).....	175
3. Schutz von anvertrauten Informationen	177
a) Verletzung des Fabrikations- oder Geschäfts- geheimnisses (Art. 162 StGB).....	177
b) Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB)	178
c) Ausnützen von Insiderinformationen (Art. 154 FinfraG)..	179
4. Schutz vor ungebührlicher Einflussnahme Dritter	180
IV. Zusammenführung der Erkenntnisse	181
Teil 2: Regulierungsinstrumente – eine Bestandsaufnahme.....	185
§ 4 Allgemeine Gedanken zur regulatorischen Problemerkfassung.....	187
I. Einleitung	187
II. Bei der Regulierung zu beachtende Aspekte	188
A. Verfassungsrechtlicher Bezug	188
B. Relevante Schutzinteressen.....	189
1. Individualinteressen	189
a) Schutzinteressen des Geschäftsherrn.....	189
b) Schutzinteressen des Interessenwahrers	190
c) Schutzinteressen Dritter.....	190
2. Öffentliche Interessen	190
a) Vertrauensschutz	190
b) Rechts- und Verkehrsschutzinteressen	191
C. Anforderungen aus der Rechtsetzungslehre.....	191
D. Kosten-Nutzen-Perspektive im Besonderen	193
E. Regulierungsstrategien	193
III. Spektrum der Lösungsansätze	196
A. Ausserrechtliche Ansätze.....	196
1. Kontrolle durch den Markt.....	196
2. Sozialkontrolle als Ordnungsgefüge	198
3. Kontrolle dank persönlicher Integrität	199
B. Rechtliche Ansätze – ein Überblick.....	201
1. Identifikation, Prävention und Management	201
2. Überwachung von Interessenkonflikten (Observation)?	201
IV. Stellungnahme	202

§ 5	Transparenz über Interessenkonflikte (Identifikation).....	203
	I. Einordnung.....	203
	II. Funktionalität.....	204
	III. Pflicht zur Aufklärung über bzw. zur Offenlegung von Interessenkonflikte(n)	207
	A. Rechtsgrundlagen.....	207
	1. Ausfluss der privatrechtlichen Treuepflicht.....	207
	2. Nachdoppelung im Aufsichts- und Berufsrecht.....	208
	B. Rechtsnatur.....	209
	C. Modalitäten	210
	D. Durchsetzung.....	213
	IV. Exkurs: Auskunft- und Rechenschaftsanspruch	214
	V. Stellungnahme	215
§ 6	Vermeidung von Interessenkonflikten (Prävention).....	219
	I. Überblick	219
	II. Organisationspflichten	220
	A. Einordnung.....	220
	B. Ausgestaltungsformen	222
	1. Funktionstrennung.....	222
	a) Schaffen von Vertraulichkeitsbereichen mittels Informationsbarrieren.....	222
	b) Bedeutung für die Wissenszurechnung in Unternehmen	225
	2. Bildung von Ausschüssen im Gesellschaftsrecht.....	227
	C. Durchsetzung von Organisationspflichten.....	230
	D. Stellungnahme.....	232
	III. Verhaltenspflichten.....	233
	A. Überblick.....	233
	B. Pflicht zur Einhaltung von Inhabilitätsvorschriften.....	234
	1. Einordnung	234
	2. Inhabilitätsvorschriften	236
	a) Unvereinbarkeits- bzw. Ausstandsvorschriften.....	236
	b) Eignungsprüfungen	240
	c) Exkurs: Selbstablehnungsrecht des Interessenwahrers	240
	3. Durchsetzung.....	241
	C. Handlungs- und Vertretungsverbote.....	242
	1. Einordnung	242
	2. Ausgestaltungsformen	243
	a) Überblick.....	243

b)	Personenbezogene Verbote: Vertretungsverbote bei widerstreitenden Interessen	244
c)	Punktuell geschäftsbezogene Verbote	246
aa)	Geschäftsbezogene Beschränkung des Handlungs- spielraums	246
ab)	Punktuelles Handlungsverbot mit temporärer Auswechslung des Interessenwahrers	247
d)	Geschäftsfeldbezogene Verbote: Konkurrenzverbote	248
e)	Zeitbezogene Verbote	250
3.	Durchsetzung	251
D.	Handlungspflichten: Herausgabe- bzw. Ablieferungspflichten	251
1.	Charakteristika	251
2.	Durchsetzung	253
E.	Stellungnahme	254
§ 7	Bewältigung von Interessenkonflikten (Management)	257
I.	Einordnung	257
II.	Offenlegung von Interessenkonflikten	258
III.	Verankerung formaler Konfliktlösungsprinzipien bei Verteilungskonflikten	261
IV.	Verhaltenspflichten	265
A.	Ausstandspflichten bzw. Stimm- und Teilnahmeverbote bei Gremienentscheiden	265
1.	Einordnung	265
2.	Abstufung aufgrund des etappierten Entscheidungs- prozesses	269
3.	Folgen eines nicht beachteten Ausstandes	271
B.	Verbot der Aneignung von Geschäftschancen	272
V.	Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses	273
A.	Einordnung	273
B.	Umsetzung	274
 Teil 3: Interessenkonfliktregeln im funktionalen Kontext – eine rechtsvergleichende Analyse.....		
§ 8	Untersuchungsgegenstand und Methodik	279
I.	Zielsetzung	279
II.	Einordnung relevanter Konstellationen	279
III.	Methodik	281
A.	Vorgehen und Zielsetzungen	281

	B. Rechtfertigung der gewählten Rechtsordnungen.....	282
	C. Gedanken zur Bewertung der Rechtsvergleichung.....	283
§ 9	Interessenkonflikte im Kontext einer Geschäftsführungsfunktion	285
	I. Einordnung.....	285
	A. Rechtsgeschäftliches Handeln	285
	B. Tatsächliches Handeln.....	288
	II. Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung	290
	A. (Direkte und indirekte) Insichgeschäfte	290
	1. Konfliktsituation.....	290
	2. Dogmatische Konstruktion von Insichgeschäften.....	290
	3. Schweizer Lösungsansatz	291
	a) Richterliche Verbotsregel mit Ausnahmeverhalten.....	291
	b) Anwendungsbereich der Verbotsregel	294
	c) Erstreckung der Insichgeschäftsregel.....	294
	aa) Einordnung und Problemerkfassung	294
	ab) Anwendung auf indirekte Insichgeschäfte	295
	ac) Anwendung auf Fälle mit einem Näheverhältnis zur Gegenpartei	296
	ad) Anwendbarkeit auf Insichgeschäfte i.w.S.	299
	d) Kodifizierungsversuch	302
	4. Rechtsvergleichung	303
	a) USA	303
	b) Deutschland.....	306
	c) Internationale Rechtsvereinheitlichungsprojekte	309
	5. Würdigung.....	311
	B. Eigengeschäfte	313
	1. Konfliktsituation.....	313
	2. Schweizer Lösungsansatz.....	314
	3. Rechtsvergleichung	316
	a) USA	316
	b) Deutschland.....	317
	4. Würdigung.....	318
	C. Mehrfachvertretungen	320
	1. Einordnung	320
	2. Privatrechtliche Interessenkonfliktregeln	322
	3. Mehrfachvertretung auf derselben Marktseite am Beispiel der Vermögensverwaltung.....	323
	a) Konfliktsituation	323
	b) Schweizer Lösungsansatz	324

c) Rechtsvergleichung	326
aa) USA	326
ab) EU/Deutschland	327
d) Würdigung	329
4. Mehrfachvertretung bei widerstreitenden Interessen am Beispiel der Anwaltstätigkeit	330
a) Schweizer Lösungsansatz	330
b) Rechtsvergleichung	334
aa) USA	334
ab) Deutschland	338
c) Würdigung	340
D. Sukzessive Vertretungen (insb. Parteiwechsel)	343
1. Konfliktsituation	343
2. Schweizer Lösungsansatz	344
3. Rechtsvergleichung	346
a) USA	346
b) Deutschland	347
4. Würdigung	348
E. Besonderheiten bei gesetzlichen Vertretern	349
1. Einordnung	349
2. Interessenkonfliktregeln für gesetzliche Vertretungen	351
a) Grundregel	351
b) Sonderregeln im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	351
c) Sonderregeln bei sog. «erbrechtlichen Vermögens- verwaltern»	356
3. Konklusion	356
III. Organschaftliche Vertretung	357
A. Einleitung	357
1. Einordnung und Unterschiede	357
2. Einschränkungen des Untersuchungsgegenstandes	358
3. Organisationssysteme beim Exekutivorgan im Vergleich	359
a) Überblick	359
b) Monistisches System (Board-System)	359
c) Dualistisches System (Deutschland)	360
d) Schweizer System und dessen flexible Ausgestaltung	362
4. Übersicht über die untersuchenden Konstellationen	362
B. Insiehgeschäfte	363
1. Einordnung und Konfliktsituation	363

2.	Schweizer Lösungsansatz	365
a)	Lösungsansätze	365
aa)	Übersicht	365
ab)	Bundesgerichtlicher Ansatz	365
ac)	Ansatz von HUGUENIN	366
ad)	Stellungnahme	367
b)	Ausnahmen zur bundesgerichtlichen Verbotsregel	369
aa)	Genehmigung durch die juristische Person (<i>volenti non fit iniuria</i>)	369
ab)	Keine Benachteiligungsgefahr	372
c)	Formvorschrift	374
d)	Sonderfälle	375
aa)	Insichgeschäfte des Alleingeschafters	375
ab)	Doppelvertretungen im Konzern	376
e)	Durchsetzung	377
aa)	(Teil-)Unwirksamkeit des Insichgeschäfts	377
ab)	Rückforderbarkeit des Geleisteten	378
ac)	Verantwortlichkeitsklage	379
f)	Ausblick auf Art. 717a E-OR	380
3.	Rechtsvergleichung mit den USA	382
a)	Geschichtliche Entwicklung und Grundkonzept	382
b)	<i>Safe Harbor</i> -Statutes (Auswahl)	383
aa)	Modellgesetze: (R)MBCA, ALI Principles of Corporate Governance	383
ab)	Führende Gliedstaatenregelungen (DGCL, NYBCL, Cal. Corp.)	384
c)	Synthetisierte Interessenkonfliktregeln	385
aa)	Vollständige Offenlegung als Grundvoraussetzung	385
ab)	Prozeduraler Fairness-Test: Einwilligung bzw. Genehmigung	386
ac)	Materieller Fairness-Test	389
d)	Möglichkeiten einer statutarischen Modifikation	390
e)	Rechtsfolgen und Durchsetzung	391
aa)	Einordnung	391
ab)	Rechtsbehelfe der Gesellschaft sowie der Aktionäre	391
f)	Auswirkungen eingehaltener <i>Safe Harbor</i> -Statutes auf die gerichtliche Überprüfbarkeit	392
aa)	Standards gerichtlicher Überprüfung	392
ab)	Schutzkonzept der « <i>Business Judgment Rule</i> »	393
ac)	Gerichtliche Überprüfbarkeit von <i>self dealing</i> - Transaktionen	395

4.	Rechtsvergleichung mit Deutschland.....	396
a)	Insichgeschäftsregeln im Vorstand.....	397
⊃ aa)	Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern (Selbstkontrahieren).....	397
ab)	«Mehrvertretung» von Vorstandsmitgliedern.....	399
ac)	Beweislast.....	401
b)	Insichgeschäftsregeln im Aufsichtsrat.....	401
aa)	Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte.....	401
ab)	Stimmverbote für interessenkonfliktbelastete Aufsichtsratsmitglieder.....	402
5.	Würdigung.....	403
a)	Allgemeine Überlegungen.....	403
b)	Spezifische Überlegungen.....	405
C.	Eigengeschäfte.....	411
1.	Konfliktsituation.....	411
2.	Schweizer Lösungsansatz.....	413
a)	Erstreckung der Insichgeschäftsregeln auf Eigen- geschäfte und ähnliche Interessenkonflikte?.....	413
b)	Modifizierte Verbotsregel: Unwirksamkeit nur bei bösgläubiger Vertragsgegenpartei.....	414
c)	Genehmigung (<i>volenti non fit iniuria</i> -Ansatz).....	417
3.	Rechtsvergleichung.....	418
a)	USA.....	418
b)	Deutschland (inkl. europäische Vorgaben).....	420
aa)	Europäische Vorgaben.....	420
ab)	Organschaftliche Vertretungsregeln im deutschen Aktienrecht.....	421
4.	Würdigung.....	424
D.	Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Mehrheitsaktionär... ..	426
1.	Konfliktsituation.....	426
2.	Schweizer Lösungsansatz.....	427
3.	Rechtsvergleichung.....	429
a)	USA.....	429
b)	Deutschland.....	430
4.	Würdigung.....	432
E.	Mehrfachvertretungsmandate.....	435
1.	Konfliktsituation.....	435
2.	Schweizer Lösungsansatz.....	436
a)	Offenlegungspflicht.....	436
b)	Differenzierte Ansätze je nach Interessenkonfliktlage.....	437
aa)	Mehrfachmandate bei direkten Konkurrenten.....	437

ab)	Mehrfachmandate in Gesellschaften mit und ohne gegenseitigen Geschäftsbeziehungen	439
ac)	Mehrfachvertretungen innerhalb eines Konzerns	440
c)	Schutz von vertraulichen Informationen, Reputation oder Arbeitskraft	440
3.	Rechtsvergleichung	441
a)	USA	441
b)	Deutschland.....	442
4.	Würdigung.....	444
F.	Vertretung bei Kontrolltransaktionen	447
1.	Konfliktsituation	447
2.	Schweizer Lösungsansatz	448
a)	Offenlegung von Interessenkonflikten	448
b)	Einschränkung des Handlungsspielraums	449
3.	Rechtsvergleichung	452
a)	USA	452
aa)	Offenlegung von Interessenkonflikten	452
ab)	Gerichtliche Beurteilung von Abwehrmassnahmen ..	453
b)	EU-Recht / Deutschland.....	456
aa)	Europäische Vorgaben	456
ab)	Interessenkonfliktregeln im deutschen Übernahmerecht	457
4.	Würdigung.....	460
G.	Vertretung verschiedener Interessengruppen	463
1.	Konfliktsituation	463
2.	Schweizer Lösungsansatz	465
a)	Verhaltensregeln für die Wahrung von Partikularinteressen im Verwaltungsrat.....	465
b)	Schutzkonzepte	468
aa)	Ausschluss herkömmlicher Interessenkonfliktregeln	468
ab)	Limitierung der Dominanz von Mehrheitsaktionären.....	468
ac)	Durchsetzbares Gleichbehandlungsgebot.....	470
3.	Rechtsvergleichung	471
a)	USA	471
aa)	Verhaltensregeln für die Wahrung von Partikularinteressen im <i>board of directors</i>	471
ab)	Schutzkonzepte für Minderheiten	473
b)	Deutschland.....	474
aa)	Regeln der Interessenvertretung im Aufsichtsrat	474

ab) Interessenvertretung in Konzernverhältnissen	476
ac) Minderheitenschutz	478
4. Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Mehrheits- aktionär	479
5. Würdigung	479
IV. Exkurs: Aufsichtsrechtliche Sonderregeln	481
V. Zusammenführung der Erkenntnisse	482
§ 10 Interessenkonflikte im Kontext einer Spruchfunktion	491
I. Einordnung	491
II. Prüfungs- und Bewertungsfunktion	493
A. Einleitung	493
B. Revision	494
1. Ökonomischer Rahmen und Funktion	494
2. Ursachen für die Gefährdung der Unabhängigkeit	497
3. Rechtsvergleichung	500
a) USA	501
aa) Historie & Rechtsgrundlagen	501
ab) Regulierungsansatz	503
ac) Auswahl der wichtigsten Unabhängigkeitsregeln	505
b) Deutsches Recht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben	510
aa) Europäische Vorgaben	510
ab) Regelung im deutschen Recht	512
ac) Wichtigste Unabhängigkeitsregeln	515
4. Schweizer Lösungsansatz	523
a) Konzeption	523
b) Materielle Interessenkonfliktregeln	525
aa) Generalklausel und deren Anwendungsbereich	525
ab) Unabhängigkeitsregeln bei der ordentlichen Revision	527
ac) Unabhängigkeitsregeln bei der eingeschränkten Revision (<i>Review</i>)	531
ad) Unabhängigkeitsregeln bei der freiwilligen Revision	534
ae) Unabhängigkeitsregeln für Revisionsstellen von Gesellschaften des öffentlichen Interesses	534
c) <i>Audit Committee</i> im Schweizer Recht	535
d) Verantwortlichkeiten und Pflichten bei der Durch- setzung der Unabhängigkeitsregeln	537

e)	Rechtsfolgen bei Verletzungen der Unabhängigkeitsregeln	539
aa)	Aus Sicht der geprüften Gesellschaft	539
ab)	Aus der Sicht der Revisionsstelle	541
5.	Würdigung	542
a)	Ökonomische Überlegungen zur Unabhängigkeit	542
aa)	Grenzen der Unabhängigkeit bei einem privatwirtschaftlich ausgestalteten Revisionswesen	542
ab)	Quasi-Renten als zusätzliche Gefahr für die Unabhängigkeit der Revisionsstelle	543
ac)	Schutz der Unabhängigkeit durch Reputationsmechanismen	544
ad)	Unabhängigkeit und ökonomische Effizienz	547
b)	Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme	548
aa)	Allgemeine Beobachtungen	548
ab)	Besondere Beobachtungen	551
c)	Folgerungen	558
aa)	Dogmatische Grundsätze	558
ab)	Diskussion von Reformvorschlägen	559
C.	Ratingagenturen	562
1.	Konfliktsituation	562
2.	Schweizer Lösungsansatz	566
3.	Rechtsvergleichung	568
a)	IOSCO Standards	568
b)	USA	569
aa)	Rechtsgrundlagen	569
ab)	Materielle Unabhängigkeitsregeln	571
c)	Europäische Regulierung	573
4.	Würdigung	577
D.	Finanzanalyse	580
1.	Konfliktsituation	580
2.	Schweizer Lösungsansatz	582
a)	Rechtsgrundlagen und Grundsätze	582
b)	Materielle Interessenkonfliktregeln in der RUF (2008)	584
3.	Rechtsvergleichung	588
a)	USA	588
aa)	Bundesrechtliche Vorgaben	588
ab)	Selbstregulatorische Bestimmungen	591
ac)	Regulation AC und <i>Antifraud</i> -Bestimmung	592

b) Europäische Regelung	593
aa) Organisationspflichten	594
ab) Offenlegungspflichten	596
4. Würdigung	598
III. Beurteilungsfunktion	603
A. Einordnung	603
B. Schiedsgerichtsbarkeit	604
1. Konfliktsituation	604
2. Schiedsgerichtliche Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit....	605
a) Grundlagen	605
b) Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	608
c) Konkretisierung der Unabhängigkeits-/Unparteilichkeitsregel	609
3. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014)	610
a) Einführung	610
b) Allgemeine Grundsätze	611
c) Konkretisierung in abgestuften «Listen»	612
aa) Non-Waivable Red List	612
ab) Waivable Red List	613
ac) Orange List	614
ad) Green List	615
4. Vergleich zu den Ausstandsregeln der Schweizer ZPO	616
C. Würdigung	617
IV. Zusammenführung der Erkenntnisse	620
§ 11 Interessenkonflikte beim Zusammenfallen mehrerer Funktionen	629
I. Einordnung	629
II. Zusammenfallen von Geschäftsführungs- und Spruchfunktion	629
A. Konfliktsituation	629
B. Rechtliche Behandlung	630
1. Rechtliche Relevanz der Konfliktlage	630
2. Materielle Interessenkonfliktregeln	632
III. Zusammenfallen von Diagnose- und Dienstanbieterfunktion	633
A. Konfliktlage	633
B. Rechtliche Relevanz der Konfliktlage	633
IV. Beobachtungen	636
§ 12 Intrafunktionale Interessenkonflikte	639
I. Einordnung	639

II. Einflussnahme von aussen (Korruptionsproblematik)	641
A. Konfliktsituation.....	641
B. Einleitende Bemerkungen	642
1. Terminologie, Anwendungsfelder & Grundstruktur	642
2. Regulierungsansätze im Lichte der geschützten Rechtsgüter ..	644
3. Untersuchungsgegenstand	648
C. Schweizer Lösungsansatz.....	650
1. Privatrechtliche Regelungen	650
a) Einordnung.....	650
b) Herausgabe- bzw. Ablieferungspflicht.....	651
aa) Annahmeverbot als Folge der Treuepflicht	651
ab) Auftragsrechtliche Regelung.....	652
ac) Arbeitsrechtliche Regelung	655
c) Einflussnahme als unlauteres Verhalten bei Wettbewerbsverhältnissen.....	658
2. Aufsichtsrechtliche Regelungen am Beispiel der Vergütungspraxis im Finanzsektor	660
a) Im Kontext der Vermögensverwaltung und Anlageberatung	660
b) Im Versicherungskontext	665
3. Strafrechtliche Regelungen.....	666
D. Rechtsvergleichung	668
1. Privatrechtliche Regelungen	668
a) USA	668
b) Deutschland.....	670
2. Aufsichtsrechtliche Regelungen am Beispiel der Vergütungspraxis im Finanzsektor	672
a) USA	672
b) EU / Deutschland	675
aa) Europäische Vorgaben bzgl. Zuwendungen im Finanzsektor	675
ab) Umsetzung ins deutsche Recht.....	677
3. Strafrechtliche Regelungen.....	679
a) USA	679
b) Deutschland.....	680
E. Würdigung.....	681
1. Allgemeine Bemerkungen	681
2. Bemerkungen zu den privatrechtlichen Ansätzen.....	682
3. Bemerkungen zu den aufsichtsrechtlichen Ansätzen.....	685
4. Bemerkungen zu den strafrechtlichen Ansätzen.....	688

III. Interessendruck von innen.....	689
A. Überblick.....	689
B. Interessenkonflikte aufgrund der Vergütungsstruktur.....	690
1. Vergütung und Interessenkonflikte.....	690
a) Vergütung in Interessenwahrungsverträgen.....	690
b) Rolle der Vergütung mit Blick auf Interessenkonflikte.....	692
c) Finanzielle Anreize und intrinsische Motivation.....	693
d) <i>Back-Scratching</i> -Problem.....	693
e) Funktion von Vergütung und Vergütungsformen.....	694
2. Interessenkonflikte bei der Festlegung der Vergütung.....	695
a) Konfliktsituation.....	695
b) Vergütungsregulierung im internationalen Vergleich.....	696
aa) Schweiz.....	696
ab) EU.....	697
ac) Deutschland.....	698
ad) USA.....	700
c) Interessenkonfliktregeln im Rechtsvergleich.....	701
aa) Überblick.....	701
ab) Vergütungsausschuss als organisatorische Massnahme.....	701
ac) Selbstbindung durch Vergütungsreglement oder Statuten.....	704
ad) Nachweis der Angemessenheit?.....	705
ae) Transparenzvorschriften.....	707
af) Genehmigung der Aktionäre (<i>say on pay</i>).....	711
d) Würdigung.....	713
3. Interessenkonflikte aufgrund des Designs der Vergütungs- struktur.....	718
a) Einleitung.....	718
b) <i>Window-Dressing</i> -Problematik.....	719
aa) Konfliktsituation.....	719
ab) Lösungsansätze im Rechtsvergleich.....	721
c) Spesenschinderei (<i>Churning</i>).....	723
aa) Konfliktsituation.....	723
ab) Schweizer Lösungsansatz.....	724
ac) Rechtsvergleichung mit den USA.....	726
ad) Rechtsvergleichung mit Deutschland (inkl. EU-Vorgaben).....	729
ae) Würdigung.....	731
d) Verdienststeigerung durch Mandatekumulation.....	733
aa) Konfliktsituation.....	733

ab)	Lösungsansätze im Rechtsvergleich.....	734
ac)	Würdigung	739
e)	Konfliktpotential von Erfolgshonoraren	740
aa)	Konfliktsituation	740
ab)	Regeln bei Erfolgshonoraren für Rechtsanwälte im Rechtsvergleich.....	741
ac)	Würdigung	742
4.	Pro memoria: Bezahlte Spruchinstanztätigkeit.....	744
C.	Interessenkonflikte mangels Rückbindung eigenwirtschaftlicher Interessen	745
1.	Einleitung	745
2.	Konkurrenzverbot.....	745
a)	Konfliktsituation	745
b)	Schweizer Lösungsansatz	747
aa)	Konzeption	747
ab)	Einordnungen, Ausprägungen und Rechts- grundlagen.....	749
ac)	Verhaltenspflichten bei Konkurrenzsituationen	753
ad)	Beschränkungen und Wegbedingung von Konkurrenzverboten.....	753
c)	Rechtsvergleichung	754
aa)	USA.....	754
ab)	Deutschland.....	756
d)	Würdigung	758
3.	Verbot der Aneignung von Geschäftschancen (Geschäftschancenlehre).....	761
a)	Konfliktsituation	761
b)	Geschäftschancenlehre als rechtskreisübergreifender Lösungsansatz	762
aa)	Geschichte, Konzeption und Rezeption	762
ab)	Abgrenzung zum Konkurrenzverbot.....	764
ac)	Zuordnung von Geschäftschancen	766
ad)	Freigabe von Geschäftschancen als Rechtfertigungsgrund	767
c)	Würdigung	768
4.	Verbot von <i>Front/Parallel/After Running</i> und <i>Scalping</i>	770
a)	Konfliktsituation	770
b)	Schweizer Lösungsansatz	773

c) Rechtsvergleichung	777
aa) Europäischer und Deutscher Lösungsansatz.....	777
ab) USA.....	779
d) Würdigung.....	782
D. Stellungnahme	784
IV. Zusammenführung der Erkenntnisse.....	787
Teil 4: Durchsetzung von Interessenkonfliktregeln.....	793
§ 13 Problemerkfassung, Bedeutung und Instrumentarium	795
I. Einleitung	795
II. Bedeutung der Rechtsdurchsetzung	797
III. Einordnung von Interessenkonfliktregeln	800
A. Analyse	800
1. Regulierung von Interessenkonflikten	800
2. Natur von Interessenkonfliktregeln	803
B. Gebotener Ansatz zur Anknüpfung der Rechtsdurchsetzung	805
C. Zwischenergebnis	806
IV. Durchsetzungsinstrumentarium	806
A. Übersicht.....	806
B. Private Rechtsdurchsetzung.....	808
1. Instrumentarium	808
2. Instrumente gegen interessenkonfliktbehaftete «Entscheidungsprodukte»	809
3. Schwächen und Unzulänglichkeiten	812
a) Strukturelle Durchsetzungsschwierigkeiten	812
b) <i>Small Claims Dilemma</i>	814
C. Staatliche Rechtsdurchsetzung	815
1. Funktionale Einordnung.....	815
2. Verwaltungsrechtliche Rechtsdurchsetzung.....	816
a) Rolle der staatlichen Aufsicht in der Rechts- durchsetzung.....	816
b) Rolle von Transparenzvorschriften für die Rechtsdurchsetzung	818
c) Rechtsdurchsetzung mithilfe des staatlichen Vollzugsapparats	818
3. Strafrechtliche Rechtsdurchsetzung	820
D. Exkurs: <i>Market-based Regulation</i>	822
E. Würdigung.....	822

V. Folgerungen	823
A. Ausgangslage	823
B. Argumente für gestärkte private Rechtsdurchsetzung	824
1. Durchsetzungskontrolle im Rahmen der Privatautonomie	824
2. Kosten-Perspektive	826
C. Vorgeschlagene Marschrichtung	827
1. These und damit verfolgte Ziele	827
a) Schutzobjekt: Treu und Glauben im Geschäftsverkehr	827
b) Privatrecht als Steuerungsinstrument	829
2. Kritik	830
§ 14 Vorschläge zur Stärkung des Durchsetzungsinstrumentariums	833
I. Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung	833
A. Einleitung	833
1. Einordnung	833
a) Durchsetzung von Transparenzvorschriften	833
b) Durchsetzung präventiver Interessenkonfliktregeln	834
c) Durchsetzung von auf Konfliktbewältigung ausgerichteten Interessenkonfliktregeln	835
2. Massnahmen zur Überwindung des strukturellen Durchsetzungsproblems	835
B. Abbau von Prozesshürden beim Individualrechtsschutz	836
1. Anpassungen an der Beweislastverteilung?	836
a) Einleitung	836
b) Beweislast für Aufklärung über Interessenkonflikte	837
aa) Beweislastverteilung im Lichte der strukturellen Beweisprobleme	837
ab) Deutscher Ansatz: Vermutung aufklärungs- richtigen Verhaltens	839
ac) Beweislastregelung im verworfenen Art. 74 VE-FIDLEG	840
ad) Stellungnahme	841
c) Kontrolle von Interessenkonflikten über die Vermutungslage	848
aa) Punktuelle Regelung im Aktienrecht	848
ab) Verallgemeinerungsfähigkeit dieses Ansatzes?	850
d) Reformvorschläge	852
2. Senkung der Prozesskostenhürden sowie des Prozesskostenrisikos	852
a) Einleitung und Problemerkfassung	852
b) Beseitigung des Gerichtskostenvorschusses als Prozesshürde	854

c)	Anpassung der Prozesskostenverteilungsregel	856
aa)	Prozesskostenverteilung nach Schweizer Recht	856
ab)	Vorschlag zur alternativen Kostenverteilung bei Streitigkeiten über Finanzdienstleistungen	857
ac)	Vorschlag zur alternativen Kostenverteilung bei gesellschaftsrechtlichen Klagen.....	859
ad)	Kostenerleichterung für Streitgenossenschaften.....	860
ae)	Würdigung	861
d)	Massnahmen zur Reduktion des Prozesskostenrisikos	862
aa)	Teilklage	862
ab)	Antrag auf Streitwertanpassung und -minderung	863
ac)	Weitere Massnahmen (Auswahl).....	863
e)	Reformvorschläge	865
C.	Stärkung durch kollektiven Rechtsschutz?	866
1.	Einleitung.....	866
2.	Instrumente der kollektivierten Individualrechts- durchsetzung	868
a)	Bestandsaufnahme.....	868
aa)	Klagehäufung	868
ab)	Muster- oder Testklagen	869
ac)	Verbandsklage	871
b)	Tauglichkeitsbewertung	873
3.	Stärkung durch das Instrument einer Gruppenklage?	875
a)	Einleitung	875
b)	Rechtsvergleichung zur <i>Class Action</i> in den USA	876
aa)	Charakteristika.....	876
ab)	Bewertung	877
c)	Nutzbarmachung für die Durchsetzung von Interessenkonfliktregeln?	878
4.	Schlussfolgerungen	879
D.	Stärkung der Abschreckung bei Fehlverhalten	879
1.	Einleitung.....	879
2.	Stärkung des Instruments der Gewinnabschöpfung	880
a)	Problemerkfassung	880
b)	Gewinnabschöpfung bei Interessenkonfliktregelverstössen ..	882
aa)	Instrumentarium in der Schweiz	882
ab)	Rechtsvergleichung mit dem Instrumentarium in den USA	885
c)	Vorschläge zur Stärkung der Gewinnabschöpfung	886
3.	Verhaltenssteuernde Wirkung eines Vergütungsentzuges	887
a)	Problemerkfassung	887

b) Phänomenologie im Schweizer Recht.....	888
aa) Vergütungszug/-rückbehalt/-reduktion als Druckmittel.....	888
ab) Vergütungszug als Sanktion?.....	888
c) Würdigung.....	890
4. Beendigung des Interessenwahrungsverhältnisses als Sanktion.....	891
E. Stärkung der Instrumente zur Korrektur interessenkonflikt- behafteter «Entscheidungsprodukte».....	891
1. Bestandsaufnahme.....	891
2. Reformen zur Stärkung des bestehenden Instrumentariums....	892
II. Förderungswürdigkeit privater Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse?.....	894
A. Einleitung.....	894
1. Problemerkfassung.....	894
2. Konzeption.....	896
B. Rechtsvergleichung: <i>Private Attorney General</i> -Konzept im US-amerikanischen Recht.....	897
1. Herkunft.....	897
2. Typologisierung.....	898
3. Anreizstruktur im US-amerikanischen Recht.....	900
a) Aussicht auf Anteil am Prozesserlös.....	900
b) Aussicht auf eine Befreiung von Prozesskosten.....	901
C. Modell für die Schweiz?.....	903
1. Fragestellung.....	903
2. Prüfung der Ansätze.....	903
a) Verbot von Erfolgshonoraren als Hindernis.....	903
b) Fehlender Anreiz wegen Kostenverteilungsregel.....	904
c) Schaffung eines Vorabbefriedigungsrechts?.....	906
D. Ergebnis.....	907
III. Bedarf nach Stärkung der staatlichen Rechtsdurchsetzung?.....	908
A. Rechtsdurchsetzung mithilfe des Strafrechts.....	908
1. Instrumentarium und dessen praktischer Einsatz.....	908
2. Analysen und ein Gedankenexperiment.....	912
a) Informationsasymmetrie als Strafverfolgungshürde.....	912
b) Verankerung eines Interessenkonflikt-Straftatbestandes?.....	913
B. Rechtsdurchsetzung mithilfe des Aufsichts- und Berufsrechts....	915
1. Einleitung.....	915
2. Rechtsdurchsetzung in ausgewählten Bereichen.....	915
a) Instrumentarium der FINMA.....	915

b) Instrumentarium der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde (RAB).....	920
c) Instrumentarium der kantonalen Aufsichtskommissionen über Anwältinnen und Anwälte.....	922
3. Stellungnahme.....	924
a) Verhaltenssteuerung dank aufsichtsrechtlicher Druckmittel.....	924
b) Anknüpfung aufsichtsrechtlicher Instrumente.....	924
c) Gedanken zur Verbesserung der Informationsbeschaffung.....	927
d) Einführung von Ordnungsbussenkompetenzen?	928
C. Würdigung.....	929
IV. Aktivierung ausserrechtlicher Durchsetzungsmechanismen	931
A. Stärkung der inneren Verhaltensordnungen.....	931
B. Stärkung von Reputationsmechanismen	934
C. Aktivierung von Mechanismen der Sozialkontrolle	935
V. Zusammenführung der Erkenntnisse	936
Teil 5: Rechtsgebietsübergreifende Dogmatik	943
§ 15 Dogmatische Grundsätze im Umgang mit Interessenkonflikten.....	945
I. Einleitung.....	945
II. Zusammenführung der Erkenntnisse	946
A. Dogmatische Grundsätze	946
1. Allgemeiner Teil	946
2. Besonderer Teil.....	953
B. Beobachtungen und Analysen	958
C. Regulierungsansätze	964
§ 16 Würdigung und Ausblick.....	967
Stichwortverzeichnis.....	971