

ROBERT LAMERSDORF

Vertrauen und Treue
in Interessenwahrungs-
verhältnissen

Studien zum Privatrecht

145

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 145



Robert Lamersdorf

Vertrauen und Treue in Interessenwahrungsverhältnissen

Mohr Siebeck

Robert Lamersdorf, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie in Hamburg und Rio de Janeiro; Rechtsreferendariat in Hamburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Rechtstheorie an der Bucerius Law School; Visiting Researcher an der UCLA School of Law; Rechtsanwalt in München.
orcid.org/0009-0003-9026-3022

ISBN 978-3-16-200188-7 / eISBN 978-3-16-200189-4

DOI 10.1628/978-3-16-200189-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Meiner Frau, Fernanda da Silva Freitas

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Frühjahrstrimester 2025 an der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 22.05.2025 statt. Ich danke meinem Doktorvater und Erstgutachter Prof. Dr. Thilo Kuntz, LL.M. (University of Chicago), mir ein Vorbild für interdisziplinäre Forschung jenseits breitgetretener Pfade zu sein. Prof. Dr. Lisa Guntermann danke ich für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens. Dem Übersee-Club e.V. Hamburg und der Joachim Herz Stiftung danke ich für die finanzielle Förderung meines Forschungsaufenthaltes als Visiting Researcher an der UCLA School of Law. Für hilfreiche und anregende Gespräche danke ich Prof. Stephen Bainbridge, Prof. Sung Hui Kim, Prof. Paul B. Miller, Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer, Prof. Seana Shiffrin und Prof. Rebecca Stone. Meinen Kolleginnen und Kollegen vom Lehrstuhl Privatrecht II danke ich für die bereichernden gemeinsamen Jahre. Ich danke meinen Eltern, mich immer ermutigt und bestärkt zu haben. Schließlich danke ich meiner Frau – für ihren Beistand, ihre Zuversicht und ihr Vertrauen. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, Oktober 2025

Robert Maximilian Lamersdorf

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung.....	1
<i>I. Problemaufriss.....</i>	<i>1</i>
<i>II. Methoden.....</i>	<i>2</i>
<i>III. Vorgehen</i>	<i>9</i>
Kapitel 1: Interessenwahrung und Machtmissbrauch	15
<i>I. Fiduciary Relationships.....</i>	<i>15</i>
<i>II. Machtmissbrauch als Regulierungsproblem.....</i>	<i>19</i>
<i>III. Zusammenfassung.....</i>	<i>34</i>
Kapitel 2: Rechtliche Durchsetzung treuen Verhaltens	35
<i>I. Fiduciary duties im common law</i>	<i>35</i>
<i>II. Interessenwahrungsverhältnisse im deutschen Recht</i>	<i>62</i>
<i>III. Zielkonflikte bei der Ausprägung und Durchsetzung von Treuepflichten.....</i>	<i>113</i>
<i>IV. Zwischenfazit.....</i>	<i>126</i>
Kapitel 3: Außerrechtliche Regulierung treuen Verhaltens	129
<i>I. Marktmechanismen.....</i>	<i>129</i>
<i>II. Soziale und moralische Normen.....</i>	<i>136</i>

Kapitel 4: Vertrauen in Interessenwahrer als öffentliches Gut.....	179
I. Vertrauen.....	179
II. Der Wert von Vertrauen.....	184
III. Nicht-Rivalität und Nicht-Ausschließbarkeit.....	192
IV. Unterinvestitionen und negative Externalitäten.....	195
 Kapitel 5: Schutz von Sozialkapital als Regulierungsfunktion von Treuepflichten	199
I. Rechtliche Einflüsse auf außerrechtliche Normen.....	199
II. Ausprägung im Recht der Interessenwahrungsverhältnisse.....	210
III. Schutz von Sozialkapital als Funktion fiduziarischer Treuepflichten.....	244
IV. Zusammenfassung.....	269
 Zusammenfassung in Thesen	271
 Literaturverzeichnis.....	277
Sachregister.....	323

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Einleitung.....	1
-----------------	---

<i>I. Problemaufriss.....</i>	<i>1</i>
-------------------------------	----------

<i>II. Methoden.....</i>	<i>2</i>
--------------------------	----------

1. Rechtsvergleichung.....	2
2. Folgenorientierte Rechtswissenschaft	3
a) Sozialwissenschaftliche Interdisziplinarität	4
aa) Ökonomische Analyse des Rechts	4
bb) Neue Institutionenökonomik und Neue Wirtschaftssoziologie	5
b) Rechtsdogmatik	7

<i>III. Vorgehen.....</i>	<i>9</i>
---------------------------	----------

1. Überblick.....	9
2. Untersuchungsgegenstand und Regulierungsproblem.....	9
3. Bereichsübergreifende Gesamtbetrachtung	9
4. Fiduciary duties und funktionale Äquivalente	10
5. Außerrechtliche Regulierung treuen Verhaltens	11
6. Vertrauen in Interessenwahrer als öffentliches Gut	12
7. Expressive Regulierungsfunktionen von Treuepflichten	12

Kapitel 1: Interessenwahrung und Machtmissbrauch	15
--	----

<i>I. Fiduciary Relationships</i>	<i>15</i>
---	-----------

<i>II. Machtmissbrauch als Regulierungsproblem.....</i>	<i>19</i>
---	-----------

1.	Opportunismus in Prinzipal-Agenten Beziehungen	20
2.	Einwirkungsmacht	21
3.	Fremdnützigkeit	22
4.	Formen missbräuchlicher Machtausübung	23
5.	Entscheidungsspielraum	25
6.	Abschreckungsproblem	27
	a) Defizite kompensatorischer Haftung	27
	b) Defizite sanktionsbasierter Regulierung	31
	aa) Strafbarkeit von Machtmissbrauch	31
	bb) Normative und funktionale Grenzen	32
	<i>III. Zusammenfassung</i>	34
	 Kapitel 2: Rechtliche Durchsetzung treuen Verhaltens	35
	<i>I. Fiduciary duties in common law</i>	35
1.	<i>Duty of loyalty</i>	35
	a) <i>No conflict</i> und <i>no profit rule</i>	36
	aa) Regelungsgehalt	36
	bb) Ratio	39
	cc) Die <i>no further inquiry rule</i>	40
	dd) Rechtsfolgen	42
	(1) Zivilrechtlich: <i>Accounting for profits</i> und <i>equitable compensation</i>	42
	(2) Aufsichts- und berufsrechtliche Sanktionen	43
	(3) Kriminalisierung fiduziarischer Treubrüche	44
	b) Präskriptive Treuepflichtenkonzeptionen	46
2.	<i>Duty of care</i>	47
3.	Bereichsspezifische Ausprägungen: Beispiele im <i>corporate fiduciary law</i>	50
	a) <i>Directors</i> als <i>fiduciaries</i>	50
	b) <i>Directorial self-dealing</i>	52
	c) Weitere <i>related party transactions</i>	56
	d) <i>Corporate opportunities</i>	58
	 <i>II. Interessenwahrungsverhältnisse im deutschen Recht</i>	62
1.	Dogmatische Erfassung von Interessenwahrungsverhältnissen	62
	aa) Geschäftsbesorgungsverträge	63
	bb) Treuhand und treuhänderische Rechtsverhältnisse	65
	cc) Interessenwahrungsverhältnisse	68
	dd) Treuepflichten als gemeinsame Rechtsfolge	71

(1) Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht	71
(2) Treuepflicht als Missbrauchsverbot	72
(3) Treuepflicht als Rücksichtnahmegebot	74
(4) Treuepflicht als prophylaktische Proskription	75
2. Regulierung des Missbrauchspotenzials	75
a) Abstrakte Bindung durch Interessenwahrungspflicht	76
b) Prophylaktische Beschränkungen des Handlungsspielraumes	76
aa) Konfliktvermeidung	77
(1) Selbstkontrahierungs- und Mehrvertretungsbeschränkung gem. § 181 BGB	77
(2) Beispiele spezieller Inhabilitätsregelungen	78
(a) Organe und Organwalter	78
(b) Betreuungsrechtliche Stellvertretung	79
(c) Zugangsbeschränkungen	80
(3) Wettbewerbsverbote	80
(4) Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten	82
(5) Strafrechtliche Absicherung	83
bb) Konfliktoffenlegung	84
(1) Offenlegung als allgemeiner Grundsatz von Interessenwahrungsverhältnissen	84
(2) Beispiele spezieller Offenlegungspflichten	85
c) Prozessuale Effektivierung der Schadensersatzpflicht	87
aa) Beweislastumkehr und sekundäre Darlegungslast bzgl. der Pflichtverletzung	88
(1) Darlegungslasten des Anspruchstellers	89
(2) Darlegungslasten des Anspruchsgegners	90
bb) Vermutung und Anschein der Kausalität	91
(1) Anscheinsbeweis	91
(2) Beweislastumkehr	92
d) Restitution und Prävention durch vorteilsorientierte Haftung	93
aa) Herausgabe des Erlangten gem. § 667 Alt. 2 BGB	94
bb) Vertrag, Analogie und Rechtsfortbildung	98
cc) Eingriffskondiktion	98
dd) Ersatzherausgabe gem. § 285 BGB	100
ee) Angemaßte Eigengeschäftsführung gem. § 687 Abs. 2 BGB	100
3. Beispiele: Regulierung von Machtmissbrauch im Aktienrecht	101
a) Vorstände als Interessenwahrer	101
b) Eigengeschäfte	104
aa) Prophylaktische Inhabilitätsregelung	104
bb) Materielle Anforderung: Drittvergleich	105
cc) Offenlegung	105
c) Weitere Geschäfte mit nahestehenden Personen	106

aa) §§ 111a ff. AktG	106
bb) Konzernrecht.....	107
cc) Bilanzrechtliche Publizitätspflichten	109
d) Aneignung von Geschäftschancen	109
aa) Wettbewerbsverbot	109
bb) Geschäftschancenlehre	109
(1) Zuordnung einer Geschäftschance zur Gesellschaft.....	110
(2) Zulässige Nutzung durch Organmitglieder	111
(3) Rechtsfolgen	112
III. Zielkonflikte bei der Ausprägung und Durchsetzung von <i>Treuepflichten</i>	113
1. Fehler 1. Art: Die Kosten ungeahndeten Opportunismus.....	114
2. Fehler 2. Art: Die Kosten überinklusive Regulierung	116
3. Kostenabwägung.....	120
a) Faktoren für das Ausmaß Fehler 1. Art	120
b) Faktoren für das Ausmaß Fehler 2. Art	123
c) Umgang mit den Kosten	123
aa) Einpreisen	124
bb) Diversifikationsmöglichkeiten.....	125
IV. <i>Zwischenfazit</i>	126
Kapitel 3: Außerrechtliche Regulierung treuen Verhaltens	129
I. <i>Marktmechanismen</i>	129
1. Kooperation im Schatten der Zukunft	129
a) Defektion und adverse Selektion in One-Shot-Interaktionen.....	130
b) Kooperationsgleichgewichte in wiederholten Spielen	130
2. Voraussetzungen und Grenzen	131
a) Interessenwahrung jenseits Transaktion und Markt.....	131
b) Mangelnde Beobachtbarkeit von Defektion: Interessenwahrung als Glaubensgut	132
c) Weitere Hürden: Attribution, Kommunikation und Hybris	133
3. Marktanreize für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften	134
4. Zwischenergebnis	135
II. <i>Soziale und moralische Normen</i>	136
1. Grundlegendes – Begriffsklärung und Wirkungsweise.....	137
a) Begriffsklärung.....	137

b)	Wirkungsweise	140
aa)	Externe Gründe	141
bb)	Interne Gründe	142
(1)	Internalisierung	143
(2)	Gewohnheit	145
cc)	Interdependenzen	148
dd)	Die Rolle des Kontextes: Normativer Fokus und soziale Bedeutung	149
2.	Bedeutung von sozialen und moralischen Normen für Interessenwahrungsverhältnisse	151
a)	Erste Annäherung: Bedeutung für kooperative Institutionen	151
aa)	Prélude: Williams zu kooperativen Strukturen	152
bb)	Kooperative Institutionen: Staat, Markt und Vertrag	153
cc)	Insbesondere auch: Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften	157
b)	Zweite Annäherung: Empirische Forschung zur Geltung pro- sozialer Normen	158
aa)	Ultimatum- und Diktatorspiel	159
bb)	Gefangenendilemma und Öffentliche-Güter-Spiele	161
cc)	Vertrauensspiele	163
dd)	Einflussfaktoren	164
(1)	Framing	165
(2)	Kommunikation	166
(3)	Vorstellungen vom Verhalten anderer	167
ee)	Zusammenfassung	167
c)	Dritte Annäherung: Die soziale Rolle professioneller Interessenwahrer	168
aa)	Professionen und Interessenwahrungsverhältnisse	169
bb)	Soziale Rollen in professionellen Berufen	170
cc)	Treue als zentraler Rollenbaustein	172
dd)	Auswirkung auf das Verhalten des Berufsträgers	174
ee)	Zwischenfazit	175
d)	Zusammenfassung	176

Kapitel 4: Vertrauen in Interessenwahrer als öffentliches

Gut	179
-----------	-----

I. Vertrauen

1.	Vertrauen als Erwartung	180
2.	Non-kognitive Dimensionen von Vertrauen	181

3. Vertrauensradien: Persönlich, rollenbasiert, generalisiert, institutionenbasiert.....	182
<i>II. Der Wert von Vertrauen.....</i>	184
1. Vertrauen als Voraussetzung für produktive Interessenwahrung	185
2. Vertrauenswürdigkeit: Drittvariable und Interdependenz	187
3. Vertrauen und Vertrauenswürdigkeit als Sozialkapital	189
4. Schädliches Vertrauen und „bad social capital“	191
<i>III. Nicht-Rivalität und Nicht-Ausschließbarkeit.....</i>	192
<i>IV. Unterinvestitionen und negative Externalitäten</i>	195
Kapitel 5: Schutz von Sozialkapital als Regulierungsfunktion von Treuepflichten	199
<i>I. Rechtliche Einflüsse auf außerrechtliche Normen</i>	<i>199</i>
1. Gesetzeskonformität als außerrechtliche Norm	201
2. Recht als normative Heuristik	201
3. Recht als empirische Heuristik.....	203
4. Rechtliche Beeinflussung sozialer Bedeutung	204
a) Assoziation.....	204
aa) Konkretisierung und Internalisierung	205
bb) Crowding-Out-Effekte	206
b) Regulierung semiotischer Handlungen.....	208
5. Endogene Präferenzen und Gewohnheiten	209
<i>II. Ausprägung im Recht der Interessenwahrungsverhältnisse.....</i>	<i>210</i>
1. (US-amerikanisches) <i>fiduciary law</i>	210
a) Moralische Rhetorik	210
aa) Einfluss auf die soziale Bedeutung.....	211
bb) Kommunikationsfunktion.....	212
b) Die Prägung der sozialen Rolle.....	213
aa) Abgrenzung von „reinen“ Vertragsverhältnissen	214
bb) Ausfüllung und Verknüpfung.....	217
c) Kombination präskriptiver Standards und proskriptiver Regeln	219
d) Verhinderung von Crowding-Out-Effekten durch <i>default rules</i>	220
e) Prägung loyaler Neigungen.....	222
2. Deutsches Recht.....	224
a) Expressive Effekte im Kapitalgesellschaftsrecht.....	225

b) Vertragsrecht und die soziale Bedeutung vertraglicher Bindung	226
aa) Die Ubiquität des Vertragsrechts	227
bb) Vertragstreue und Vertragsbruch	228
cc) Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit	228
(1) Auslegung	229
(2) Ergänzende Auslegung	230
(3) Rücksichtspflichten	230
(4) Leistungstreuepflicht	231
dd) Bezugnahme auf ethische Maßstäbe	232
ee) Zwischenergebnis	233
c) Soziale Rollen professioneller Interessenwahrer	234
aa) Recht und Ethos bei professionellen Interessenwahrern	235
bb) Wertpapierdienstleistungsrecht	236
cc) Anwaltliches Berufsrecht	238
3. Zwischenfazit	243
<i>III. Schutz von Sozialkapital als Funktion fiduziarischer Treuepflichten</i>	244
1. Konzeptionelle Vereinbarkeit: Regelkonsequentialistische Treue als selbst-begrenzendes Prinzip	244
2. Expressive Regulierungsfunktion von <i>fiduciary duties</i>	247
3. Expressive Regulierungsfunktion privatrechtlicher Treuepflichten im deutschen Recht	249
4. Konkrete Ausprägungen: Beispiel und Ausblick	252
a) Aktienrechtliche Legalitätspflicht	252
aa) Legalitätspflicht im US-amerikanischen <i>corporate law</i>	252
bb) Legalitätspflicht im deutschen Aktienrecht	256
cc) Legalitätspflicht und Sozialkapital	260
(1) Legalität und Agenturkosten	260
(2) Legalität und Kultur des Vertrauens	261
b) Abdingbarkeit fiduziarischer Pflichten	265
c) Kategorisches Lügeverbot	267
<i>IV. Zusammenfassung</i>	269
Zusammenfassung in Thesen	271
Literaturverzeichnis	277
Sachregister	323

Abkürzungsverzeichnis

Acad. Manag. J.	Academy of Management Journal
Acad. Manag. Rev.	Academy of Management Review
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Am. Behav. Sci.	American Behavioral Scientist
Am. Bu. L.J.	American Business Law Journal
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Bioethics	The American Journal of Bioethics
Am. J. Juris.	The American Journal of Jurisprudence
Am. J. Pol. Sci.	American Journal of Political Science
Am. J. Soc.	American Journal of Sociology
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. Political Sci. Rev.	American Political Science Review
Am. Sociol. Rev.	American Sociological Review
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Am. U. L. Rev. F.	American University Law Review Forum
AMR	The Academy of Management Review
Annu. Rev. Econ.	Annual Review of Economics
Annu. Rev. Sociol.	Annual Review of Sociology
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Asian. J. Soc. Sci.	Asian Journal of Social Science
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
BB	Betriebs-Berater
BEQ	Business Ethics Quarterly
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Brit. J. Polit. Sci.	British Journal of Political Science
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law

Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
Bull. Am. Acad. Arts & Sci.	Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences
Bus. Law.	Business Lawyer
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L.J.	The Cambridge Law Journal
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Contemp. Educ. Psychol.	Contemporary Educational Psychology
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Curr. Dir. Psychol. Sci.	Current Directions in Psychological Science
DB	Der Betrieb
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Denv. L. Rev.	Denver Law Review
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
Dev. Psychol.	Developmental Psychology
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
Duq. L. Rev.	Duquesne Law Review
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
Econ. & Phil.	Economics and Philosophy
Econ. Inq.	Economic Inquiry
Econ. J.	Economic Journal
Econ. Lett.	Economics Letters
Econ. Papers	Economic Papers
EJIL	European Journal of International Law
Emory L. J.	Emory Law Journal
EPW	Economic and Political Weekly
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics
Eur. J. Pol. Econ.	European Journal of Political Economy
Eur. J. Soc. Psychol.	European Journal of Social Psychology
Eur. J. Soc. Theory	European Journal of Social Theory
Eur. Sociol. Rev.	European Sociological Review
Evol. Hum. Behav.	Evolution and Human Behavior
Exp. Econ.	Experimental Economics
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fordham Env'tl. L. Rev.	Fordham Environmental Law Review
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review

GEB	Games and Economic Behavior
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
Ger. Econ. Rev.	German Economic Review
German L.J.	German Law Journal
GmbHHR	GmbH Rundschau
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. L. Rev. F.	Harvard Law Review Forum
Hastings L.J.	Hastings Business Law Journal
Health. Psychol. Rev.	Health psychology review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Ind. Health L. Rev.	Indiana Health Law Review
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int. J. Ethics	International Journal of Ethics
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
Israel L. Rev.	Israel Law Review
J. Account. Res.	Journal of Accounting Research
J. Behav. Decis. Making	Journal of Behavioral Decision Making
J. Bus.	Journal of Business
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J. Conflict Resol.	Journal of Conflict Resolution
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Corp. L. Stud.	Journal of Corporate Law Studies
J. Econ. Issues	Journal of Economic Issues
J. Econ. Perspect.	Journal of Economic Perspectives
J. Econ. Psychol.	Journal of Economic Psychology
J. Econ. Surv.	Journal of Economic Surveys
J. Empir. Leg. Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Ethn. Migr. Stud.	Journal of Ethnic and Migration Studies
J. Exp. Soc. Psychol.	Journal of Experimental Social Psychology
J. Financ. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Health Econ.	Journal of Health Economics
J. Leg. Anal.	Journal of Legal Analysis
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Manag. Stud.	Journal of Management Studies
J. Med. Ethics	Journal of Medical Ethics
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology

J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Public Econ.	Journal of Public Economics
J. Res. Crime & Delinquency	Journal of Research in Crime and Delinquency
J. Risk Insur.	The Journal of Risk and Insurance
J. Soc.-Econ.	Journal of Socio-Economics
J. Trust. Res.	Journal of Trust Research
J.L. & Econ.	The Journal of Law & Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
JEBO	Journal of Economic Behavior & Organization
JEL	Journal of Economic Literature
JEP	Journal of Economic Perspectives
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLEO	Journal of Law, Economics, & Organization
JPAM	Journal of Policy Analysis and Management
Jpn. Econ. Rev.	Japanese Economic Review
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JSSR	Journal for the Scientific Study of Religion
JZ	Juristenzeitung
L. & Hum. Behav.	Law & Human Behavior
L. & Soc. Inq.	Law & Social Inquiry
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law & Soc'y Rev.	Law & Society Review
LQR	Law Quarterly Review
Manit. L.J.	Manitoba Law Journal
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
McGill L.J.	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. Bus. L.J.	Michigan Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Midwest Stud. Philos.	Midwest Studies in Philosophy
Milbank Q.	The Milbank Quarterly
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mo. L. Rev.	Missouri Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
Motiv. Emot.	Motivation and Emotion
N. Y. L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review

N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Newcastle L. Rev.	Newcastle Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
North. Ireland Leg. Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZ L. Rev.	New Zealand Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Organ. Behav. Hum. Decis. Process.	Organizational Behavior and Human Decision Processes
Organ. Dyn.	Organizational Dynamics
Organ. Stud.	Organization Studies
Osgoode Hall L.J.	Osgood Hall Law Journal
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Perspect. Psychol. Sci.	Perspectives on Psychological Science
Philos. Issues	Philosophical Issues
Philos. Public Aff.	Philosophy and Public Affairs
Philos. Q.	Philosophical Quarterly
Philos. Rev.	The Philosophical Review
Politics Philos. Econ.	Politics, Philosophy & Economics
Prof. Psychol.: Res. Pract.	Professional Psychology: Research and Practice
PSPB	Personality and Social Psychology Bulletin
Psych. Rev.	Psychological Review
Psychiatr. Clin. North. Am.	Psychiatric Clinics of North America
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
Psychol. Rep.	Psychology Reports
Psychol. Sci.	Psychological Science
PVS	Politische Vierteljahresschrift
QJE	The Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Res. Exp. Econ.	Research in Experimental Economics
Res. Org. Behav.	Research in Organizational Behavior
Research in L. & Econ.	Research in Law and Economics: A Journal of Policy
Rev. Econ. Stat.	Review of Economics and Statistics
Rev. Educ. Res.	Review of Educational Research
RFEA	Revue française d'études américaines
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review

S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S. Cal. L. Rev. Postscript	Southern California Law Review Postscript
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
Soc. Psychol. Q.	Social Psychology Quarterly
Soc. Sci. Res.	Social Science Research
South. Econ. J.	Southern Economic Journal
St. Mary's L.J.	St. Mary's Law Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stetson L. Rev.	Stetson Law Review
Strateg. Manag. J.	Strategic Management Journal
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Theor. Inq. Law	Theoretical Inquiries in Law
Train. Educ. Prof. Psychol.	Training and Education in Professional Psychology
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Toronto L.J.	The University of Toronto Law Journal
U.C. Davis L. Rev.	University of California at Davis Law Review
UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.	UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
UNSW L. J.	University of New South Wales Law Journal
Va. L. & Bus. Rev.	Virginia Law & Business Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Van. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR	Versicherungsrecht
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VuR	Verbraucher und Recht
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier Mitteilungen
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft

ZDRW	Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

Einleitung

I. Problemaufriss

Verhältnisse, in denen einer Partei die Wahrung und Wahrnehmung der Interessen einer anderen obliegt, finden sich in allen Lebensbereichen. Vormund, Vorstand, Anlageberater, Rechtsanwalt und Testamentsvollstrecker, haben gemeinsam, dass Richtschnur ihres Handelns in dieser Rolle nicht ihre eigenen, sondern fremde Interessen – namentlich die des Mündels, der Gesellschaft, des Anlegers, des Mandanten oder des Erben – sind. Solche Interessenwahrungsverhältnisse sind intrinsisch und instrumentell äußerst wertvoll: Sie erweitern den effektiven Handlungsradius des Prinzipals und ermöglichen vielfältige Formen nützlicher Arbeitsteilung.

Interessenwahrungsverhältnisse sind daher allgegenwärtig.¹ Wagt man einen vom „Anästhetikum der Vertrautheit“² ungetrübten Blick, fasziniert das Ausmaß des Vertrauens, das diese Beziehungen erfordern. Denn mit der Macht eines Interessenwahrers gehen vielfältige Möglichkeiten des Missbrauchs einher. Anders als in „normalen“ Prinzipal-Agenten-Beziehungen ist der Prinzipal hier nicht nur der Gefahr einer schlechten Leistung, sondern auch der eines opportunistischen Zugriffs auf seine Rechte und Rechtsgüter ausgesetzt; gleichzeitig lässt sich solcher Missbrauch besonders wirksam verschleiern.

Die Arbeit soll untersuchen, was das Recht in Anbetracht dieses Missbrauchsrisikos leisten muss, um produktive Interessenwahrungen zu ermöglichen. In den Fokus rücken dabei insbesondere auch die Grenzen dessen, was das Recht unmittelbar bewirken kann. Die erste zentrale These der Arbeit ist, dass Zwang, Haftung und Sanktionen zwar unerlässliche Gegenanreize zum Machtmissbrauch setzen, sich Vertrauen und Treue hierdurch alleine jedoch nur sehr begrenzt gewährleisten lassen. Effektive Interessenwahrung ist viel-

¹ *Frankel* sieht sogar das Entstehen einer „fiduciary society“, in der Interessenwahrung den „bloßen“ Vertrag als prägenden Rechtsstrukturtyp ablöst, *dies.*, 71 Cal. L. Rev. 795, 801 f. (1983).

² *Dawkins*, *Unweaving the Rainbow: Science, Delusion and the Appetite for Wonder*, 1998 („There is an anesthetic of familiarity, a sedative of ordinariness, which dulls the senses and hides the wonder of existence.“).

mehr – so die zweite These – in erheblichem Maße auf eine außerrechtliche, normative Infrastruktur angewiesen, die sich zusammenfassend als „Kultur des Vertrauens“ beschreiben lässt. Hierzu zählen internalisierte soziale und moralische Normen, soziale Rollen, Gewohnheiten, Dispositionen und Grundannahmen. Dieses Ergebnis kulminiert in der dritten These, der zufolge dem Recht der Interessenwahrungsverhältnisse die Regulierungsfunktion zukommt, diese Infrastruktur zu schützen.

II. Methoden

Die Arbeit untersucht das Problem des Missbrauchs von Interessenwahrungsmacht rechtsvergleichend (hierzu unter 1.). Darüber hinaus zieht die Arbeit im Sinne einer folgenorientierten Rechtswissenschaft auch verschiedene wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Perspektiven heran, um die rechtlichen und nicht-rechtlichen Bedingungen für Vertrauen und Treue in Interessenwahrungsverhältnissen zu ermitteln und arbeitet diese Erkenntnisse dogmatisch auf (hierzu unter 2.).

1. Rechtsvergleichung

Die Arbeit soll rechtsvergleichend das deutsche und das US-amerikanische Recht betrachten. Ein rechtsvergleichender Ansatz drängt sich im vorliegenden Themenfeld auf: Im *common law* hat sich das sog. *fiduciary law* als eigener Rechtsbereich etabliert, der als Querschnittsmaterie rechtsgebietsübergreifend die Rechte und Pflichten in den Blick nimmt, die sich aus einer Fremdinteressenwahrung ergeben.

Das Common-law-Konzept des *fiduciary relationship* hilft dabei zunächst, das vertragstyp- und rechtsgebietsübergreifende Regulierungsproblem herauszuarbeiten und für das deutsche Recht, in dem diese Kategorie keine (unmittelbare) Entsprechung findet, sichtbar zu machen. Aus der Warte funktionaler Rechtsvergleichung mag es auf den ersten Blick häretisch wirken, eine Untersuchung von einem Rechtsbegriff ausgehen zu lassen, ist dieser doch wesentlich, ein tatsächliches *Problem* an den Anfang zu stellen.³ Allerdings sind Probleme keine empirisch beobachtbaren Realitäten, sondern Ergebnisse einer sich in einem hermeneutischen Zirkel bewegenden Interpretation: Vor dem Hintergrund von Problemen lassen sich Institutionen Funktionen zuzuschreiben, und vor dem Hintergrund von Institutionen und ihren Funktionen

³ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33; auch umschrieben als „Ordnungsbedürfnis“, „Rechtsnachfrage“ oder „Konflikt“, vgl. Zacher, in: ders. (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, 1977, S. 21, S. 36 f.; Örücü, The Enigma of Comparative Law, 2004, S. 59.

lassen sich Probleme konstruieren.⁴ Die Kategorie „Interessenwahrungsverhältnis“ nicht (vermeintlich) neutral und objektiv zu definieren, sondern das Common-law-Konzept des *fiduciary relationship* als „provisorischen Ausgangspunkt“⁵ zu wählen, legt die interpretative Konstruktion des Problems, dessen Lösungen rechtsvergleichend untersucht werden sollen, daher bloß offen.

Zum anderen ermöglicht der Rechtsvergleich den reichhaltigen Diskurs des *fiduciary law* – gerade auch im Hinblick auf die Wechselwirkung mit außerrechtlichen Institutionen – aufzugreifen.

Viele der Grundfragen zum *fiduciary law* sind nicht rechtsordnungsspezifisch.⁶ Folglich verläuft der wissenschaftliche Diskurs grenzüberschreitend. Soweit das Abstraktionsniveau der behandelten Fragen es zulässt, soll die Arbeit deshalb Literatur und Rechtsprechung verschiedener Common-law-Jurisdiktionen berücksichtigen. Wendet sich die Arbeit hingegen konkreten Beispielen, insbesondere das Gesellschaftsrecht betreffend, zu, soll aufgrund seiner praktischen Bedeutung und des reichen Fundus an Rechtsprechung und Literatur das Recht des Bundesstaats Delaware betrachtet werden.

2. Folgenorientierte Rechtswissenschaft

Diese Arbeit beruht auf einer „steuerungs- und damit wirkungsorientierten Betrachtungsweise des Rechts“, der zufolge „die realen Folgen einer Maßnahme bei der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung zu berücksichtigen“ sind.⁷ Zu den Aufgaben rechtswissenschaftlicher Forschung ist danach (auch) zu zählen, dass sie „als Realwissenschaft die Realfolgen von Rechtsnormen erklärt oder prognostiziert.“⁸ Dies erfordert – neben einer „intradisziplinären Öffnung“⁹ – sozialwissenschaftliche *Interdisziplinarität* (hierzu unter a)). In einem zweiten Schritt sollen die gewonnenen Erkenntnisse rechtsdogmatisch verwertet werden (hierzu unter b)).

⁴ Michaels, Oxf. HdB Comparative Law, 2019, S. 344, S. 374 f.; ders., RabelsZ 74 (2010), 351, 356 f.; Ruskola, 101 Mich. L. Rev. 179, 232 (2002).

⁵ Vgl. Ruskola, 101 Mich. L. Rev. 179, 232 (2002).

⁶ Valsan, in: Marciano/Ramello (Hrsg.), Encyclopedia of Law and Economics, 2020, S. 853.

⁷ Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, S. 3, S. 32 (bzgl. der sog. Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft); siehe monographisch hierzu Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.

⁸ Eidenmüller, JZ 1999, 53, 54; vgl. auch van Aaken, in: Führ (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 70; Kuntz, AcP 216 (2016), 867, 907 f.; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 419 ff.

⁹ Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, S. 3, S. 33 (dies vor dem Hintergrund „besonders dem deutschen Recht eigenen Abschottungstendenzen zwischen den rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen (Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht)“ betonend).

a) *Sozialwissenschaftliche Interdisziplinarität*

Wirkungsbezogene Untersuchungen des Rechts sind auf andere Disziplinen angewiesen.¹⁰ Je mehr die relevanten Fragen dabei in die Schnittstellen verschiedener (Teil-)Disziplinen fallen, desto stärker wird der Zugriff auf „fremde“ Forschungsgespräche dabei notwendigerweise in gewissem Maße willkürlich und eklektisch;¹¹ ein Problem, das sich hier durch die Breite des Untersuchungsgegenstandes verschärft.¹² Um „der immer stärkeren strukturell bedingten Ausdifferenzierung und Abschottung von Begrifflichkeit und Wissen etwas entgegenzusetzen“¹³, soll diese Arbeit dennoch versuchen, Interessenwahrungsverhältnisse möglichst umfassend zu beleuchten.

aa) *Ökonomische Analyse des Rechts*

Zu den Erkenntnisquellen hinsichtlich „begründete[r] Annahmen über das Verhalten von Rechtssubjekten in der realen Welt unter alternativen rechtlichen Arrangements“¹⁴, zählen insbesondere mikroökonomische Modelle mit nutzenmaximierenden Akteuren und verhaltensökonomische Experimente.¹⁵ Die Arbeit folgt *Eidenmüllers* Vorschlag, „von dem *homo oeconomicus* als Referenzmodell auszugehen und dieses Modell auf der Grundlage bereichsspezifischen Erfahrungswissens zu modifizieren.“¹⁶ Machtmissbrauch als Regulierungsproblem in Interessenwahrungsverhältnissen konstruiert und untersucht die Arbeit folglich zunächst aus der Perspektive der ökonomischen Analyse; die maßgeblichen Annahmen sind hier rationales,¹⁷ egoistisches¹⁸

¹⁰ *Hoffmann-Riehm*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 38 (2018), 20, 22 ff.; *Voßkuhle*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. 2022, S. 3, S. 36.

¹¹ Vgl. *Friedman*, *Impact*, 2016, S. 9, zur verhaltenssteuernden Wirkung von Recht: „The sheer volume of work is a problem, a barrier [...]. And [it] comes from all branches of social science – from economists, criminologists, psychologists, sociologists, political scientists, anthropologists, and historians.“

¹² Zu den diese Nachteile (hoffentlich) überwiegenden Vorteilen einer Gesamtbetrachtung von Interessenwahrungsverhältnissen unter III.

¹³ *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger*, in: dies. (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 3, S. 5.

¹⁴ *Wagner*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67, S. 174.

¹⁵ *Ders.*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67, S. 171.

¹⁶ *Eidenmüller*, *JZ* 1999, 53, 55 f.

¹⁷ *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 109 f.

¹⁸ Wobei hiermit eine Eigennutzorientierung gemeint ist, die auf eigene materielle Vorteile gerichtet ist, siehe dazu *dies.*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 113 f.; vgl. dazu auch *Englerth*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann u.a.* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 61, S. 67 ff. (dies die „starke Konzeption von Eigennutz“ nennend).

und opportunistisches¹⁹ Handeln. Anerkannt wird dabei, dass Wissen und Rationalität begrenzt, Verträge unvollständig und Transaktionen teuer sind.²⁰ Aus dieser Warte nimmt die Arbeit neben den rechtlichen Antworten auch die disziplinierende Wirkung des Marktes in den Blick.

bb) Neue Institutionenökonomik und Neue Wirtschaftssoziologie

Die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich als Teilgebiet der sog. Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) verstehen,²¹ die allgemein „Institutionen und deren Interaktionen mit organisatorischen Arrangements“ untersucht.²² Die Forschungsrichtung behält neoklassische Grundannahmen als Ausgangspunkt bei und ergänzt diese primär durch die Berücksichtigung von Transaktionskosten, Opportunismus und Rationalitätsgrenzen.²³ Ihr Erklärungs- und Untersuchungsansatz ist dabei jedoch bedeutend breiter; die in den Blick genommenen „Institutionen“ werden weit verstanden als alle „humanly devised constraints that structure political, economic, and social interaction“²⁴ oder noch umfassender als „behavioral patterns that contextualize choice.“²⁵ Die NIÖ untersucht daher auch die Rolle außerrechtlicher Normen, Überzeugungen und Gewohnheiten.²⁶ In der Folge zeichnet sie sich durch Diversität der beitragenden Disziplinen und Untersuchungsmethoden aus.²⁷

Aus dieser Warte geht die Arbeit den Bedingungen für Kooperation in Form von Interessenwahrungsverhältnissen jenseits der unmittelbaren

¹⁹ Also Egoismus, der strategisch rechtswidriges oder unmoralisches Verhalten einschließt, hierzu näher unter Kap. 1 II. 1.

²⁰ Grundlegend *Simon*, 69 QJE 99 (1955); überblicksweise *Englerth*, in: Engel/Englerth/Lüdemann u.a. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 61, S. 90 ff.

²¹ Vgl. *Posner*, 149 JITE 73, 84 (1993).

²² *Ménard/Shirley*, in: dies. (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2008, S. 1; *dies.*, *Advanced Introduction to New Institutional Economics*, 2022, S. 12 ff.

²³ *Ménard/Shirley*, in: dies. (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2008, S. 1.

²⁴ *North*, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, S. 3; ähnlich *Ostrom*, *Understanding Institutional Diversity*, 2005, S. 3 („prescriptions that humans use to organize all forms of repetitive and structured interactions“).

²⁵ *Melenovsky*, in: ders. (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Philosophy, Politics, and Economics*, 2022, S. 149; siehe auch *Goodin*, in: ders. (Hrsg.), *The Theory of Institutional Design*, 1996, S. 1, S. 21 f.

²⁶ *North*, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, S. 36 ff.; *Ménard/Shirley*, in: dies. (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2008, S. 1. Gewohnheiten werden dabei häufig übergangen, waren indes z.B. zentraler Teil *Veblens* Institutionenkonzepts, vgl. hier nur *Veblen*, 17 J. Pol. Econ. 620, 626 (1909) („Institutions [...] are settled habits of thought common to the generality of men“), näher dazu unter Kap. 3 II. 1. b) bb) (2).

²⁷ *Richman*, Oxf. HdB NPL, 2020, S. 103, S. 119; *Ménard/Shirley*, in: dies. (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2008, S. 1, S. 2.

Anreizwirkungen von Recht und Markt nach. Entsprechend dem „wissenschaftlichen Pluralismus“²⁸ der NIÖ greift die Arbeit dabei auf Literatur verschiedener (Teil-)Disziplinen zurück und versucht diese zur Beantwortung der Forschungsfragen zusammenzuführen. Dazu zählen insbesondere (Sozial-)Psychologie (hinsichtlich der Internalisierung von Normen und Gewohnheiten), Verhaltensökonomie und experimentelle Spieltheorie (zur Rolle pro-sozialer Normen für Kooperationen), Soziologie (zur sozialen Rolle von Interessenwahrern), sowie wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Literatur zu Normen und Vertrauen als „Sozialkapital“.²⁹ Die Frage, wie das Recht wiederum die für Vertrauen und Treue in Interessenwahrungsverhältnissen relevanten außerrechtlichen Institutionen beeinflusst, fällt in das originäre Revier der Rechtssoziologie. Juristen beklagen zwar, dass soziologische Erkenntnisse über „die Zusammenhänge von Recht und Sozialstruktur im allgemeinen auf einer gesellschaftstheoretischen Abstraktionshöhe [liegen], welche die Interessen und wohl auch den Horizont unseres Berufsstandes weit übersteigt.“³⁰ Das Forschungsfeld *law and norms* und verwandte Unterfangen haben indes einen reichhaltigen Fundus an Untersuchungen produziert, die sich dieser Wechselwirkung institutionenökonomisch nähern und hinreichend konkret sind, um für diese Arbeit hilfreich zu sein. Hierzu zählt insbesondere auch die Literatur zu sog. expressiven Effekten des Rechts.

Die Arbeit sucht zu vermeiden, was Granovetter den „undersocialized view“ ökonomischen Handelns nennt, der von „atomisierten“ Akteuren und deren ausschließlicher Verfolgung eng definierter Eigeninteressen ausgeht, ohne dabei einem „oversocialized view“ zu verfallen, der Akteure mechanistisch sozialen Einflüssen unterwirft.³¹ Verhalten soll deshalb nicht allein durch individuelle Motivation, sondern durch seine Einbettung in einen bestimmten sozialen Kontext erklärt werden; nicht-materielle Ziele wie z.B. Freundlichkeit, Zugehörigkeit und Anerkennung werden einbezogen. Damit befindet sich die Arbeit auch im Fahrwasser der sog. Neuen Wirtschaftsso-

²⁸ Richman, Oxf. HdB NPL, 2020, S. 103.

²⁹ Dabei ist mit Sozialkapital nicht Bourdieus Konzept einer individuell nützlichen Ressource in Form eines Netzwerks gemeint, sondern eine kollektive Ressource im Sinne z.B. Putnam's oder Fukuyamas, die allgemein kooperative Handlungen vereinfacht (auch wenn sich diese Konzepte wohl nicht gänzlich voneinander trennen lassen), hierzu näher unter Kap. 4 II. 3.

³⁰ Und „allenfalls die esoterischen Zirkel der sog. Rechtstheorie zu fesseln vermögen“ (Heldrich, AcP 186 (1986), 74, 76); vgl. auch Reh binder, Die Sozialgerichtsbarkeit 22 (1975), 1, 2 („Der größte Teil der gegenwärtigen rechtssoziologischen Literatur sollte fairerweise – wie ich zugeben muss – den Aufdruck tragen: für den praktischen Gebrauch der Juristen nicht geeignet.“); für Gegenbeispiele siehe Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017.

³¹ Granovetter, 91 Am. J. Soc., 481 f. (1985).

ziologie, die sich stark mit der NIÖ überschneidet, aber gerade durch einen dezidierten Fokus auf die letztgenannten Aspekte auszeichnet.³²

b) Rechtsdogmatik

Die Arbeit entwirft und begründet im letzten Kapitel interpretative Behauptungen über Funktionen und Inhalt von Treuepflichten in Interessenwahrungsverhältnissen. Insoweit arbeitet sie rechtsdogmatisch; sie soll das „positive Recht durchdringen und ordnen.“³³ Ziel ist, „eine rechtliche Praxis zu rekonstruieren“, also „die gegenwärtig praktizierten Selbstverständnisse, Erklärungen, und Instrumente und den übrigen positiven Rechtsstoff mit Hilfe einer einfachen und zugleich möglichst umfassenden dogmatischen Figur adäquat einzufangen.“³⁴ Die Arbeit soll explizit machen, was als implizit bereits im bestehenden Recht enthalten zu werten ist.

Bei der Identifikation und Konzeption der zugeschriebenen Funktionen kommt den zuvor erarbeiteten tatsächlichen und potenziellen Realfolgen des Rechts der Interessenwahrungsverhältnisse eine entscheidende Rolle zu. Die Arbeit folgt insoweit Maximen sog. responsiver³⁵ und regulatorischer³⁶ Rechtsdogmatik. Der (hier relevante) gemeinsame Kern dieser Ansätze ist dabei, dass Auslegung und Anwendung des Rechts immer (auch) folgenorientiert sind;³⁷ dass ihnen deshalb immer (jedenfalls implizit) eine Form von „Sozialtheorie“ zugrunde liegt;³⁸ und es Aufgabe der Rechtsdogmatik ist eine „strukturelle Kopplung zwischen dogmatischen Begriffsanalysen und sozialwissenschaftlichen Wirklichkeitsbeschreibungen“ zu ermöglichen.³⁹ Ziel ist, dass die Dogmatik diese Beschreibungen „rechtsintern mit eigenständiger

³² Siehe hierzu *Lambsdorff/Taube/Schramm*, in: dies. (Hrsg.), *The New Institutional Economics of Corruption*, 2005, S. 1, S. 5 ff.

³³ *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 1.

³⁴ *Ders.*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 120.

³⁵ Siehe *Teubner*, *Rechtstheorie* 6 (1975), 179, 201 („Rechtsdogmatik ist responsiv, wenn sie gesellschaftliche Bedürfnisse berücksichtigt [...]. Die Rechtsdogmatik muss je nach Regelungsbereich sozialwissenschaftliche Analysen gesellschaftlicher Teilsysteme rezipieren und in spezifisch dogmatische Modelle einbauen.“).

³⁶ *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 403 ff.

³⁷ Weil sich ohne Folgenberücksichtigung keine teleologischen Erwägungen anstellen lassen; siehe hierzu *Wagner*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67, S. 170; *Tröger*, *Regulierung durch Privatrecht*, 2014, S. 6; *Teubner*, *Rechtstheorie* 6 (1975), 179, 183 ff.

³⁸ *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020, S. 11; *Langenbacher*, *ZGR* 2019, 717, 718; *Kysar/Ayton/Frank u.a.*, in: *Gigerenzer/Engel* (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, 2006, S. 103, S. 115; *Grundmann/Thiessen*, in: dies. (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, 2015, S. 1, S. 22; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 411.

³⁹ *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020, S. 11; *Teubner*, in: *Lomfeld* (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017, S. 227, S. 236.

Begriffsbildung rekonstruiert“ und auf sie mit „autonomer Normbildung reagiert“. ⁴⁰ Dieser Programmatik soll die Arbeit folgen; die Entwicklung „expressiver Regulierungsfunktionen“ von Treuepflichten ⁴¹ soll in diesem Sinne dazu beitragen, sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in Recht zu „übersetzen“. ⁴²

Damit weist die methodische Grundausrichtung der Arbeit Parallelen zu Sichtweisen der sog. New Private Law-Bewegung auf. ⁴³ Denn hierzu zählen im US-amerikanischen Diskurs Ansätze, denen insbesondere gemeinsam ist, einerseits verstärkt dogmatisch und konzeptionell zu arbeiten, ⁴⁴ die aber andererseits auch den Wert und die Notwendigkeit eines interdisziplinär informierten Pragmatismus betonen – „a pragmatism that is sensitive to which functions the law serves, critical as to how well it is serving those functions, and open-minded about how it might better serve them.“ ⁴⁵

⁴⁰ Teubner, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, 2015, S. 145, S. 161. Grünberger, *AcP* 218 (2018), 213, 244.

⁴¹ Hierzu unter Kap. 5.

⁴² Teubner, *Rechtstheorie* 6 (1975), 179, 202 ff. (zu den „Übersetzungsdimensionen“ Bedingungsanalyse, Funktionsanalyse und Kategorienbildung, die sich auch im Vorgehen dieser Arbeit widerspiegeln); vgl. dazu auch Grünberger, *AcP* 218 (2018), 213, 244.

⁴³ Siehe für einen Überblick z.B. Goldberg, 125 *Harv. L. Rev.* 1640 (2012) und Gold, *Oxf. HdB NPL*, 2020, S. 3 ff.; sowie Hosemann, *RabelsZ* 78 (2014), 37, 52 ff. Zu den Unterschieden zwischen (deutscher) Rechtsdogmatik und *New Private Law* siehe Bumke/Schäfer, in: Kuntz/Miller (Hrsg.), *Methodology in Private Law Theory*, 2024, S. 153, S. 159 ff.

⁴⁴ Goldberg, 125 *Harv. L. Rev.* 1640, 1652 ff. (2012); Sherwin, *Oxf. HdB NPL*, 2020, S. 465; Richman, *Oxf. HdB NPL*, 2020, S. 103, S. 104 ff.; Miller, 66 *Am. J. Juris.*, 175 ff. (2021).

⁴⁵ Zipursky, 125 *Harv. L. Rev.*, 1757 (2012); siehe auch ders., a.a.O.: „New Private Law theory is founded on the idea that legal scholars must do both: although we must avail ourselves of the sophistication of cognate fields of study, we must, in the end, think and theorize like lawyers.“ Zu der *New Private Law* (auch) charakteristischen Interdisziplinarität siehe ferner Goldberg, 125 *Harv. L. Rev.* 1640, 1663 (2012); sowie Richman, *Oxf. HdB NPL*, 2020, S. 103, S. 119 ff., der dabei auch die „attention to Real-World Phenomena“ betont: „NPL aims to broaden an understanding of the law by forcing a deeper engagement with the empirical realities in which the law operates. [...] NPL’s potential is enormous precisely because it is born out of a realistic understanding of the world.“, ders., a.a.O., S. 121.

III. Vorgehen

1. Überblick

Die Untersuchung arbeitet zunächst das Regulierungsproblem von Machtmissbrauch in Interessenwahrungsverhältnissen heraus (1. Kapitel). Sie beschreibt, wie das US-amerikanische und deutsche Recht hiermit umgehen und analysiert die Zielkonflikte, in denen sich diese Regulierung bewegt (2. Kapitel). Sodann nimmt sie Rolle außerrechtlicher Institutionen – von Märkten, sowie insbesondere sozialen und moralischen Normen – in den Blick (3. Kapitel). Aufbauend auf den Ergebnissen dieses Kapitels geht die Arbeit der Frage nach, inwieweit das für Interessenwahrung nötige Vertrauen auf die Treue des Interessenwahrers Eigenschaften eines öffentlichen Gutes aufweist (4. Kapitel). Die Arbeit entwickelt die These, dass im Schutz dieses Gutes eine expressive Regulierungsfunktion des Rechts zu sehen ist, die sich auf Inhalt und Auslegung von Treupflichten auswirkt (5. Kapitel).

2. Untersuchungsgegenstand und Regulierungsproblem

Die Arbeit beginnt damit, im ersten Kapitel den zentralen Untersuchungsgegenstand – Interessenwahrungsverhältnisse – zu beschreiben, und Machtmissbrauch als diesen immanentes Regulierungsproblem aufzuzeigen. Ein Begriff des Phänomens „Interessenwahrung“ wird dabei ausgehend vom *common law* Rechtsbegriff des *fiduciary relationship* entwickelt. Das Kapitel stellt dar, wie die Kombination von Einwirkungsmacht und Entscheidungsspielraum vielfältige Formen opportunistischen Zugriffs auf Ressourcen des Prinzipals (sowie deren Verschleierung) ermöglicht, und dass sich durch Kompensation und Sanktion ein Abschreckungsdefizit typischerweise nicht verhindern lässt.

3. Bereichsübergreifende Gesamtbetrachtung

Der Untersuchungsgegenstand ist damit sehr breit und divers; erfasst sind Verhältnisse und Formen des Machtmissbrauchs, die nicht nur gänzlich separaten Lebensbereichen entspringen, sondern auch in teilweise sehr unterschiedliche zivil-, aufsichts- und strafrechtlichen Regelungskontexte eingebettet sind. Im deutschen Recht werden die Verhältnisse zudem kaum übergreifend betrachtet. Zwar handelt es sich bei vielen Interessenwahrungsverhältnissen um Geschäftsbesorgungsverträge, die in den §§ 675 ff. BGB eine eigene Typisierung erfahren haben. Dennoch diskutieren Rechtsprechung und Literatur Rechte und Pflichten gewöhnlich auch insoweit separiert nach konkreten Lebensbereichen: So verläuft der Diskurs über den Anwaltsvertrag weitgehend isoliert vom Diskurs über den Anlageberatungsvertrag. Dass viele

dieser Vertragstypen außerdem durch spezielles Berufsrecht reguliert werden, verstärkt die Neigung zur isolierten Betrachtung.

Nachteil einer bereichsübergreifenden Betrachtung ist die zwangsläufige Lückenhaftigkeit der Untersuchung; vielfach muss die exemplarische Darstellung ausgewählter Fälle genügen; selbst dann bleibt die Detailtiefe der Analyse notwendigerweise beschränkt. Ein vertragstyp- und rechtsgebietsübergreifender Blick auf Interessenwahrungsverhältnissen birgt jedoch auch Vorteile, die eine wichtige Ergänzung zu enger fokussierten Einzelbetrachtungen darstellen. Zum einen lassen sich Erkenntnisse übertragen, sobald die relevanten strukturellen Gemeinsamkeiten offenliegen – das Rad muss nicht für jeden Vertragstyp neu erfunden werden. Zum anderen erhöht die gemeinsame Betrachtung die Chance, Kohärenz der jeweils angewandten Prinzipien herzustellen und zu wahren.⁴⁶ Diese Zwecke dürfte auch *Hopt* im Sinn gehabt haben, als er meinte, dass eine mit dem *fiduciary law* vergleichbare Kategorie der Interessenwahrungsverträge in Deutschland „bereichsübergreifende Orientierung“ ermöglichen könne.⁴⁷ Zur weiteren Etablierung dieser Kategorie soll diese Arbeit einen Beitrag leisten.

4. *Fiduciary duties und funktionale Äquivalente*

Das zweite Kapitel untersucht die rechtlichen Antworten auf das aufgeworfene Regulierungsproblem – zunächst in Form des *fiduciary law* im *common law* und sodann funktional äquivalenter Regelungen im deutschen Recht. Aufgrund des Querschnittcharakters dieser Regeln werden dabei im Ausgangspunkt nur die regulatorischen Grundstrukturen betrachtet; exemplarisch werden die konkreten Pflichten und Haftungsregeln von *corporate directors* und AG-Vorständen im Kontext von Eigengeschäften, anderen sog. *related-party transactions*, sowie der Nutzung von Geschäftschancen in den Blick genommen.

Diese Untersuchungen dienen zwei Zwecken. Zunächst soll anhand der beschriebenen Grundstrukturen und Beispielsfälle aufgezeigt werden, dass die Regulierung opportunistischen Missbrauchs von Interessenwahrungsmacht Zielkonflikten ausgesetzt ist, welche die rein rechtliche Durchsetzung treuen Verhaltens in besonderem Maße beschränken. Zusätzlich gilt es, eine Grundlage dafür zu schaffen, in den folgenden Kapiteln Funktionen des Rechts untersuchen zu können, die jenseits von Sanktion, Kompensation oder Restitutions liegen.

⁴⁶ Vgl. dazu, dass dieser Kohärenz, der „Integrität“ der Rechtsordnung, ein eigener, intrinsischer, Wert beizumessen *Dworkin*, *Law's Empire*, 2010, S. 225 ff.

⁴⁷ *Hopt*, ZGR 2004, 1, 20 f.

Sachregister

- Abschreckungsproblem 27 ff.
Accounting for profits 42 f.
Agenturkosten 2 ff., 130, 178, 185 f.,
195 f., 260 f.
Aufsichtsrecht 43 f., 82 f., 236 ff.
Außerrechtliche Normen 136 ff.
– Crowding-Out-Effekte 206, 220 ff.,
224 f., 236, 243
– Externe Gründe 141 f.
– Identifikation 143, 174 f., 217 f.,
236 ff.
– Integration 143 f., 148, 240, 243
– Internalisierung 143 ff., 205 f., 247,
268
– Interne Gründe 142 ff.
– Introjektion 144, 174, 240
– *moral disengagement* 208 f., 217,
221, 232, 234, 238
– pro-soziale 151, 158 ff.
– und experimentelle Spieltheorie
158 ff.
– und *fiduciary law* 151 ff., 210 ff.
– und *framing* 149 f., 165 f.
– und Interessenwahrungsverhältnisse
151 ff.
– und kooperative Institutionen 151 ff.
– und normativer Fokus 149 f.
– und Professionen 168 ff., 234 ff.
– und Rechtsnormen 199 ff.
– und soziale Bedeutung 149 f., 204 ff.,
210 ff., 226 ff.
– und soziale Rollen 170 ff., 213 f., 234
- corporate opportunities* siehe Ge-
schäftschancenlehre
credence good, Interessenwahrung als
132 f.
- duty of care* 47 ff.
- duty of loyalty* 35 ff., 210 ff., 247 ff.,
252 ff.
- Eigengeschäfte 77 ff., 104 ff.
Einwirkungsmacht 21 ff.
entire fairness test 55
Entscheidungsspielraum 26 ff.
equitable compensation 43 f.
expressives Recht 199 ff.
– Einfluss auf Präferenzen und Ge-
wohnheiten 209 ff., 222 ff., 247
– Einfluss auf soziale Bedeutungen
204 ff., 213 f., 219, 220, 224 ff.,
234 ff., 247, 261, 265 ff.
– Recht als empirische Heuristik 203 f.,
263 f., 266, 270.
– Recht als normative Heuristik 201 f.
- fairness test* 55, 60
fiduciary duties 35 ff.
– expressive Funktionen 210 ff.,
247 ff., 261 ff., 271 f.
– und öffentliche Interessen 247 ff.,
261 ff., 265 f.
- fiduciary relationship* 15 ff.
folgenorientierte Rechtswissenschaft
3 ff.
freie Berufe *siehe* Professionen
Fremdnützigkeit 23
- Geschäftschancenlehre 58 ff., 109 ff.
Geschäftsbesorgungsverträge 63 f.
Gewinnabschöpfung 42 f., 93 f.,
Gewohnheiten 145 ff., 180 f., 195 ff.,
209, 222, 247
Grundannahmen 183 f., 187 f., 270
- Inhabilitätsregelungen 76 ff., 116 ff.

- Interessenkonflikte 24, 36 ff., 52 ff., 104 ff., 113 ff.
 – Offenlegung 55 ff., 84 ff., 105, 126
 – Vermeidung 35 ff., 77 ff., 104 ff.
 Interessenwahrungsverhältnisse
 – im deutschen Recht 62 ff.
 – und Opportunismus 23 ff., 151 ff., 157, 185 ff.
 – und soziale Normen 185 ff.
- Kooperationsgleichgewichte 130
- Legalitätspflicht 252 ff.
line of business test 58
 Lügeverbot 267 ff.
- Machtmissbrauch *siehe auch* Opportunismus
 Marktmechanismen
 – und Geschäftsleiter 134 ff.
 – und Machtmissbrauch 129 ff.
 Moralische Normen *siehe* außerrechtliche Normen
- Neigungen *siehe* Gewohnheiten
 Neue Institutionenökonomik 5 f.
 Neue Wirtschaftssoziologie 5 f.
no conflict rule 36 ff.
no inquiry rule 40 ff., 54, 118, 221
no profit rule *siehe no conflict rule*
- Ökonomische Analyse des Rechts 4, 11
 Opportunismus 20 f.
 – Darlegungs- und Beweislast 27, 87 ff.
 – Einpreisen von 124
 – Kosten überinklusive Regulierung 116 ff.
 – Kosten ungeahndeten 114 ff.
 – und Diversifizierung 125
 – und Geschäftsleiter 50 ff., 101 ff., 134 f., 157 ff., 260 ff.
 – und Strafrecht 31 f., 44 ff., 83 ff.
 – Verhinderung durch außerrechtliche Normen 151 ff.
 – Verhinderung durch Marktmechanismen 129 ff.
- Placebo-Effekt 268 f.
 Professionen 170 ff., 192 f., 235 ff.
- punitive damages* *siehe* Strafschadenersatz
- Rechtsvergleichung 2 f.
related party transactions 56, 106 ff.
 Reputation 130 f., 182, 185, 189, 192 ff.
- Schadenersatz 27 ff., 42, 71 f., 87 ff.
self-dealing *siehe* Eigengeschäfte
 Soziale Normen *siehe* außerrechtliche Normen
 Strafschadenersatz 31 f.
- Transaktionskosten 26, 117 ff., 195, 247
 Treue
 – als selbstbegrenzendes Prinzip 244 ff.
 – und soziale Normen 151 ff.,
 – und soziale Rollen 168 ff., 170 ff., 213 f., 234
 Treuepflichten
 – Abdingbarkeit 265 f.
 – expressive Funktion 210 ff., 224 ff., 247 ff., 265 ff., 267 f.
 – präskriptive 46 ff., 71 f.
 – prophylaktische 39, 75, 76 ff., 104, 113 ff., 238, 239 ff., 244 ff., 260
 – proskriptive 35 ff., 52 ff., 72 ff., 80 ff., 109 ff.
 – Regulierungsfunktion 199 ff., 244 ff., 252 ff., 265 ff., 267 f.
 – und Interessenwahrungspflicht *siehe* Treuepflichten, präskriptive
 – und Missbrauchsverbot 72 f.
 – und Schutz von Sozialkapital 199 ff., 210 ff., 244 ff.
 – Zielkonflikte 52 ff., 58 ff., 87 ff., 113 ff.
- Treuhand 65 f.
Trust 16
tying 204 f., 232, 238
- Überwachungskosten 25 f., 27
- Vertragsrecht
 – soziale Bedeutung 226 ff.
 – und *fiduciary law* 214 ff.
 Vertrauen 179 ff.
 – als öffentliches Gut 192 ff., 261 f., 267 f.

- als Sozialkapital 189 ff.
- kognitives 180 f.
- Kultur des 189, 261 f.
- negative Externalitäten 195 ff., 261 ff., 265 f., 267 f.
- Nicht-Ausschließbarkeit 192 ff.
- Nicht-Rivalität 192 ff.
- non-kognitives 181 f.
- rollenbasiertes 182
- schädliches 192
- und Interessenwahrung 185 f.
- und Vertrauenswürdigkeit 187 f.
- Unterinvestitionen 195 ff.
- Wert von 184 ff.
- Wertpapierdienstleistungen 24, 32, 236 f.
- Wettbewerbsverbote 58 ff., 80 f., 109