

Zur Abdingbarkeit der Treuepflichten bei Personengesellschaft und GmbH

Von Holger Fleischer und Lars Harzmeier, Hamburg

- I. Einführung
- II. Entwicklungslinien in Deutschland
 1. Grundlagen und Ausprägungen der Treuepflicht
 2. Diskussionsstand zur Abdingbarkeit
- III. Entwicklungslinien im US-amerikanischen und englischen Recht
 1. Vereinigte Staaten
 - a) Grundlagen und Ausprägungen der Treuepflicht
 - b) Diskussionsstand zur Abdingbarkeit
 2. England
 - a) Grundlagen und Funktionsäquivalente der Treuepflicht
 - b) Diskussionsstand zur Abdingbarkeit
- IV. Leitlinien für ein abgestuftes Lösungsmodell
 1. Unabdingbarer bürgerlichrechtlicher Mindestschutz vor Übervorteilungen durch Mitgesellschafter
 2. Gesellschaftsvertragliche Konkretisierungen und Einschränkungen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht
 3. Vollständige Disponibilität der mitgliedschaftlichen Treuepflicht?
 4. Abbedingung der organschaftlichen Treuepflicht?
- V. Ergebnisse

Zur Abdingbarkeit der Treuepflichten bei Personengesellschaft und GmbH

Professor Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M., und Lars Harzmeier*

Mitgliedschaftliche und organschaftliche Treuepflichten gehören zum traditionellen Figureschatz des Personengesellschafts- und GmbH-Rechts. Sie gelten unabhängig davon, ob sie ausdrücklich vereinbart wurden oder nicht. Wenig erörtert wird bisher, ob sie im Gesellschaftsvertrag ganz oder teilweise abbedungen werden können. Der vorliegende Beitrag geht dieser Grundsatzfrage nach und gelangt dabei zu differenzierten Ergebnissen.

I. Einführung

Das Binnenrecht in Personengesellschaft und GmbH ist seit jeher der Vertragsfreiheit verpflichtet. Zu ihr bekennt sich der Gesetzgeber zwar nicht in pathetischen Programmsätzen,¹ wohl aber in der spröden Prosa der § 109 HGB, § 45 II GmbHG.² Hiernach richten sich die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag. Den Gesellschaftern steht mithin ein weites Feld der Gestaltungsfreiheit offen: Sie können die gesellschaftsinternen Regelungen in eigener Verantwortung grundsätzlich auf ihre speziellen Bedürfnisse zuschneiden.

Wo die Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit verlaufen, ist ein gesellschaftsrechtliches Ewigkeitsthema, das jede Juristengeneration aufs Neue beschäftigt.³ Es liegt nahe, etwaige Gestaltungsgrenzen an *borderline cases*⁴ zu überprüfen. Einen solchen Testfall bildet die Frage nach der Abdingbarkeit der Treuepflichten, die hier gemeinsam für Personengesellschaft und GmbH erörtert wird.⁵ Zu Beginn sind die Entwicklungslinien in Deutschland nachzuzeichnen (II). Es folgt ein vergleichender Seitenblick auf die Debatte um den *fiduciary waiver* in den Vereinigten Staaten und auf die Diskussion um die Abdingbarkeit des *unfair-prejudice*-Rechtsbehelfs in England (III). Auf dieser Grundlage werden schließlich Leitlinien für eine Lösung im deutschen Recht entwickelt (IV).

-
- * Der Autor *Fleischer* ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Der Autor *Harzmeier* ist bei ihm als Wissenschaftlicher Assistent tätig.
- 1 So aber § 18-1101 (b) des Delaware LLC Act: „It is the policy of this chapter to give the maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability company agreements.“
- 2 Gleichsinnig für die GmbH C. *Teichmann*, RNotZ 2013, 346, wonach die Privatautonomie im Gesetzestext „vergleichsweise unpräzise“ daherkomme und sich „gut verborgen“ in § 45 II GmbHG finde.
- 3 Vgl. *A. Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1997; *Hey*, Freie Gestaltung von Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004; *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (350 ff.); zuletzt am Beispiel von Wagniskapitalvereinbarungen unter Einschluss des Aktienrechts *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2015; aus schweizerischer Sicht *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikums-gesellschaft, 2015.
- 4 Dazu etwa *Leung*, in *Wan*, Reading the Legal Case: Cross-Currents between Law and the Humanities, 2012, S. 128, unter der Überschrift „On the Edge of Reason: Law and Borderline Cases“.
- 5 Zur Nähe von Personengesellschafts- und GmbH-Recht in Fragen der Treuepflicht schon *BGHZ* 65, 15 (18 f.) = NJW 1976, 191.

II. Entwicklungslinien in Deutschland

1290 1. Grundlagen und Ausprägungen der Treuepflicht

„Die Treuepflicht: Ein Wort – drei Welten!“⁶ Dieser Ausruf signalisiert bereits, dass sich hinter dem dogmatischen Verbundbegriff der Treuepflicht verschiedene Erscheinungsformen verbergen. Gewöhnlich unterscheidet man die *organschaftliche* und die *mitgliedschaftliche* Treuepflicht:⁷ Jene gebietet den Geschäftsführern, die ihnen übertragenen Aufgaben nach besten Kräften zu erfüllen und ihre Tätigkeit ausschließlich am Gesellschaftsinteresse auszurichten;⁸ diese verlangt von den Gesellschaftern, ihre Mitgliedschaftsrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen ihrer Mitgesellschafter auszuüben.⁹ Dass sich diese dogmatische Unterscheidung erst allmählich durchsetzte, hat vor allem historische Gründe. Die Figur der Treuepflicht wurde ursprünglich im OHG-Recht entwickelt.¹⁰ Dort sind nach dem dispositiven § 114 I HGB alle Gesellschafter zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet, so dass beide Ausprägungen der Treuepflicht zusammenfallen.¹¹ An einer solchen „Doppelrolle“ fehlt es indes bei nichtgeschäftsführenden OHG-Gesellschaftern und Fremdgeschäftsführern in der GmbH.

Über den Geltungsgrund der *mitgliedschaftlichen Treuepflicht* gehen die Auffassungen auseinander: Manche leiten sie aus § 242 BGB ab;¹² andere verweisen auf die Förderpflicht des § 705 BGB¹³ oder begreifen sie als notwendiges Gegenstück zur Einwirkungsmacht vor allem des Mehrheitsgesellschafters;¹⁴ wieder andere führen sie auf den Organisationsvertrag der Gründer zurück¹⁵ oder erblicken in ihr einen zwingenden Bestandteil jeder Gemeinschaftsethik.¹⁶ Rechtsökonomisch stellt sie ein richtunggebendes Prinzip dar, aus dem sich Entscheidungsregeln zur Bewältigung noch unbekannter Konfliktlagen ableiten lassen.¹⁷ In zwei jüngeren *BGH*-Urteilen zu Publikumpersonengesellschaften liest man ohne nähere Präzisierung: „Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftlicher Treuepflicht.“¹⁸ Einvernehmen besteht in Rechtsprechung und Lehre endlich darüber, dass die mitgliedschaftliche Treuepflicht einen Teil der ungeschriebenen Legalordnung bildet¹⁹ und selbst dann gilt, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart wurde. In einem Urteil vom Juni 2015

6 Wiedemann, FS Heinsius, 1991, S. 949, 950.

7 Vgl. Fleischer, WM 2003, 1045 (146 f.) mwN; (über)pointiert Lutter, ZHR 162 (1998), 164, 176, wonach beide „nur den Namen gemeinsam“ haben; ferner Wiedemann, FS Heinsius, S. 949, 950, der zwischen der mitgliedschaftlichen, organschaftlichen und mehrheitsbezogenen Treuepflicht unterscheidet.

8 Vgl. *BGH*, NJW 1986, 584 (585) – OHG; NJW 1986, 585 (586) – GmbH.

9 Vgl. *BGHZ* 65, 17 (18 f.) – GmbH; *BGHZ* 132, 263 (273 ff.) = NJW 1996, 1678 – KG.

10 Grundlegend A Hueck, FS Hübner, 1935, S. 72, unter der Überschrift „Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft“.

11 Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band II, 2004, § 3 II 3 a, S. 193: „Dann erübrigt sich die Aufteilung.“

12 So etwa Hennrichs, AcP 195 (1995), 221, 228 ff.

13 So etwa Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.

14 Grundlegend Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 342 ff.

15 So M. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 63 ff.

16 So Wiedemann Gesellschaftsrecht, Band II, § 3 II 3 a bb, S. 194.

17 Näher Fleischer, ZGR 2001, 1 (4 f.); halb spöttisch Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band II, § 3 II 3, S. 197: „eine Begründung der Treuepflicht für Ungläubige“.

18 *BGH*, NZG 2011, 510 Rn. 21; NZG 2015, 995 Rn. 23.

19 Vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 IV 1 a, S. 588.

formuliert dies der *BGH* dahin, dass die „Treuepflicht [...] jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent [ist]“.²⁰

Zur Begründung der *organschaftlichen Treuepflicht* stellt man heute weniger auf ein Vertrauensmoment,²¹ sondern vielmehr auf den Gesichtspunkt der Einwirkungsmacht ab.²² Die fiduziarischen Pflichten eines Geschäftsführers bilden das notwendige Korrelat seiner weitreichenden Befugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten.²³ Ihm ist der Umgang mit fremden Vermögenswerten anvertraut, der zum Schutz der Gesellschafter nach rechtlicher Bindung und tatsächlicher Kontrolle verlangt. Dogmatisch wurzelt diese Treuepflicht im Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft.²⁴ Sie wird durch die organschaftliche Stellung begründet und lässt sich daher bündig als Pflicht zur „Amtstreue“²⁵ bezeichnen.

2. Diskussionsstand zur Abdingbarkeit

Hierzulande hat die Frage nach der Abdingbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten lange Zeit wenig Aufmerksamkeit gefunden. Neuerdings mehren sich jedoch eingehendere Diskussionsbeiträge.²⁶ Nicht immer wird dabei allerdings deutlich genug zwischen der mitgliedschaftlichen und der organschaftlichen Treuepflicht unterschieden.

Zur mitgliedschaftlichen Treuepflicht hat *Arndt Teichmann* in seiner Habilitationsschrift von 1970 ausgeführt, dass sie als Intensivierung des allgemeinen Treuegedankens aus § 242 BGB zu verstehen und aus diesem Grunde nicht verhandelbar sei.²⁷ Denn „mit dem Geltungsanspruch des allgemeinen Rechtsbewusstseins [lässt] es sich nicht vereinbaren, dem einzelnen die Macht einzuräumen, eins der fundamentalen Prinzipien unseres Rechts außer Kraft zu setzen.“²⁸ Eine solche Vereinbarung sei sittenwidrig.²⁹ Dies gelte jedoch nur bei einer Abbedingung der Treuepflicht *in toto*. Dass dagegen ein Verzicht auf *einzelne* Ausprägungen der Treuepflicht möglich sei, zeige schon die Konzeption des dispositiven Wettbewerbsverbots in § 112 HGB.³⁰ Knapp zwanzig Jahre später hat *Martin Winter* diese Überlegungen aufgegriffen und für die mitgliedschaftlichen Treuebindungen im GmbH-Recht weiter präzisiert.³¹ Danach können einzelne Bestandteile der Treuepflicht abbedungen werden, wenn die Satzungsklausel den Gegenstand der Befreiung eindeutig bestimme und dem so eröffneten Handlungsspielraum des befreiten Gesellschafters feste äußere Grenzen setze.³²

20 *BGH*, NZG 2015, 995 Rn. 23.

21 So noch *BGHZ* 13, 188 (192 f.) = NJW 1954, 998 (AG); s. auch *BGHZ* 20, 239 (246) = NJW 1956, 906.

22 Grundlegend *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 342 f.; angedeutet schon bei *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 214.

23 Vgl. *MüKoGmbHG/Fleischer*, 2012, § 43 Rn. 155 mwN; relativierend zur Stellung der Geschäftsleiter als Treuhänder zuletzt *Dubovitskaya*, NZG 2015, 983.

24 Vgl. *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1046).

25 *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 949, 951.

26 Vgl. *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (350 ff.); *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 44 ff.; *Hellgardt*, FS Hopt, 2010, S. 765, 784 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 129 ff.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 600 ff. und 667 ff.; im Entstehen begriffen am Hamburger MPI *Mann*, Abdingbarkeit und Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

27 Vgl. *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 170.

28 *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 169.

29 So *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 169 f.

30 Vgl. *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 170.

31 Vgl. *M. Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 216.

32 So *M. Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 217 f.

In der jüngeren Literatur wurde und wird die Abbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht überwiegend skeptisch
1291 beäugt. So liest man etwa, die Treuepflicht sei „als solche nicht verhandelbar“³³ und „entsprechend ihrer Grundlage in den §§ 242 und 705 BGB in ihrem Kern zwingend“³⁴ und eine „Freistellung von jeglicher Treuepflicht im Gesellschaftsrecht [wäre] nicht zu akzeptieren“,³⁵ weil sie „Element jeglicher Mitgliedschaft“³⁶ sei. Allenfalls könnten im Gesellschaftsvertrag „gewisse Einschränkungen“ gegenüber diesem Grundsatz vereinbart werden, die jedoch nicht so weit gehen dürften, dass sie die für die Annahme einer Gesellschaft wesentliche Pflicht aller Vertragspartner zur Förderung des gemeinsamen Zwecks ernsthaft in Frage stellen.³⁷

Nuancierend betont eine vordringende Auffassung mit größerem Nachdruck als bisher, dass ein statutarischer Verzicht auf bestimmte, klar umrissene Einzelausprägungen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht statthaft sei.³⁸ Zur Begründung und Umgrenzung dieser Position stützt sie sich unter anderem auf neuere Erkenntnisse der Verhaltensökonomik zum tatsächlichen Entscheidungsverhalten von Gesellschaftern.³⁹

Zur Disponibilität der organschaftlichen Treuepflicht finden sich bisher nur spärliche Stellungnahmen. Unter Zugrundelegung eines funktionalen Organbegriffs, der geschäftsführende Personengesellschafter und Mehrheitsgesellschafter in der GmbH einschließt, erachtet eine jüngere Literaturstimme ihre generelle Abbedingung für zulässig, sofern die anderen Gesellschafter hierfür einen angemessenen Ausgleich erhalten.⁴⁰ Ein praktisches Bedürfnis dafür soll insbesondere in der Wagniskapitalbranche bestehen.⁴¹ Dem wird jedoch neuerdings entgegengehalten, dass eine wie auch immer geartete Kompensation keinen adäquaten Ersatz für den Verlust des Interessenschutzes darstelle.⁴²

III. Entwicklungslinien im US-amerikanischen und englischen Recht

1. Vereinigte Staaten

a) Grundlagen und Ausprägungen der Treuepflicht

Das Gegenstück zur deutschen Treuepflicht bilden in den Vereinigten Staaten die *fiduciary duties*. Sie wurden ursprünglich über Jahrzehnte hinweg von den Gerichten entwickelt, haben inzwischen aber Eingang in die einschlägigen Gesetze und Mustergesetze

33 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band II, § 3 II 3 c, S. 198.

34 Scholz/Emmerich, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 38 c.

35 Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 45 Rn. 16.

36 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 117; gleichsinnig Timm, WM 1991, 481 (483): „unabdingbarer Bestandteil jeglicher Mitgliedschaft“.

37 So Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 234.

38 So etwa Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 45 f.

39 Näher Fleischer/Schmolke/Zimmer, in Fleischer/Schmolke/Zimmer, Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 9, 59 ff.; Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 665 ff.

40 So Hellgardt, FS Hopt, 2010, S. 765, 784 ff.

41 Vgl. Hellgardt, FS Hopt, 2010, S. 765, 766: „Das Geschäftsmodell derartiger Anlagevehikel bringt es häufig mit sich, dass die vermögensverwaltenden Manager mehrere Fonds parallel betreuen und dabei etwa sich auftuende Geschäftschancen nur mit einer bestimmten Gesellschaft realisieren anstatt mit den Schwestergesellschaften.“

42 So Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 132 ff.; gegen eine Pauschalabbedingung auch Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 103 f.

für *partnerships*, *limited liability companies* (LLCs) und *corporations* gefunden.⁴³ Repräsentativ sind die Formulierungen in § 404 Revised Uniform Partnership Act (RUPA), § 408 Uniform Limited Partnership Act (ULPA), § 409 Uniform Limited Liability Companies Act (ULLCA) und §§ 8.30-8.44 Revised Model Business Corporation Act (RMBCA). Die hierzulande übliche Unterteilung in organschaftliche und mitglied-schaftliche Treuepflichten wird in den Vereinigten Staaten nur ansatzweise verfolgt.⁴⁴ Im Vordergrund standen lange Zeit die Treuebindungen der Geschäftsleiter, namentlich die *duty of loyalty*, welche die Geschäftsleiter verpflichtet, ihr gesamtes Verhalten an den Interessen der Gesellschaft auszurichten und eigennützige Handlungen zu unterlassen.⁴⁵ Daneben schulden Personengesellschafter der Gesellschaft und ihren Mitgesellschaftern ebenfalls besondere Rücksichtnahme.⁴⁶ Außerdem erkennen viele Gliedstaaten im Anschluss an ein Grundsatzurteil des *Massachusetts Supreme Judicial Court* von 1975 mitgliedschaftliche Treuepflichten in der *close corporation* an.⁴⁷ Ein Folgeurteil desselben Gerichts hat diese Rechtsfigur auf die LLC übertragen.⁴⁸

Besondere Aufmerksamkeit verdient in unserem Zusammenhang eine jüngere Entwicklung in Delaware. Dort hatte der *Supreme Court* im Jahre 2002 *obiter* ausgesprochen, dass die *fiduciary duties* nach § 17-1101 (d) (2) Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act (DRULPA) im Gesellschaftsvertrag zwar erweitert oder eingeschränkt, aber nicht gänzlich abgeschafft werden könnten.⁴⁹ Daraufhin änderte der Gesetzgeber von Delaware 2004 sowohl seinen RULP-Act als auch seinen LLC Act und erlaubt seither – mit einem später noch zu erörternden Vorbehalt⁵⁰ – die vollständige Eliminierung der *fiduciary duties*. Drei Jahre später stritt der damalige *Chief Justice* des *Supreme Court*, *Steele*, in einem extrajudiziellen Beitrag sogar die Existenz abdingbarer Treuepflichten (*default fiduciary duties*) schlechthin ab.⁵¹ Dem widersprach 2012 der *Delaware Court of Chancery* in einem *obiter dictum* aus der Feder des damaligen *Chancellor* (und heutigen *Chief Justice* des *Supreme Court*) *Strine*;⁵² er

-
- 43 Vgl. *Bromberg/Ribstein*, On Partnership, Band 1, 2013–1 Supplement, S. 1:14; *Cox/Hazen*, The Law of Corporations, 3. Aufl. 2010, Band 2, S. 180 f.; *Keatinge/Conaway/Ely*, Keatinge and Conaway on Choice of Business Entity, 2015, Chapter 9.
- 44 Deutlich nun aber § 409 ULLCA unter der Überschrift „Standards of Conduct for Members and Managers“; ähnlich *Keatinge/Conaway/Ely*, Keatinge and Conaway on Choice of Business Entity, Chapter 9 unter der Überschrift „Duties of Owners and Managers“.
- 45 Berühmt geworden ist die Entscheidung *Guth v. Loft Inc.*, 5 A. 2 d 503, 510 (Del. 1939), zur Pepsi-Cola-Formel: „Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically no trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders. A public policy [...] has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interest of the company committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation [...].“
- 46 Berühmt geworden ist die Umschreibung von *Cardozo* in *Meinhard v. Salmon*, 249 N. Y. 458, 463 f. (1928); dazu und zur Wirkungsgeschichte dieses Urteils bis auf den heutigen Tag *Fleischer*, NZG 2015, 769 (771) mwN.
- 47 Vgl. *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, 328 N. E.2 d 505, 515 (Mass. 1975).
- 48 Vgl. *Pointer v. Castellani*, 918 N. E.2 d 805, 819 ff. (Mass. 2009).
- 49 Vgl. *Gotham Partner v. Hallwood Partners*, 817 A. 2 d 160, 167 f. (2002).
- 50 Näher sogleich unter III 1 b.
- 51 Vgl. *Steele*, 46 Am. Bus. L. J. 221, 242 (2009): „I conclude that an economic analysis mandates that the courts reject default fiduciary duties. Instead, the courts should analyze LLC agreements by the parties’ agreement alone. Default fiduciary duties introduce unnecessary confusion to contracting and add undesired litigation costs without providing any substantial benefit. Who can conscientiously say no to reducing confusion and litigation costs?“
- 52 Vgl. *Auriga Capital Corp. v. Gatz Properties LLC*, 40 A. 3 d 839, 849 ff. (2012), unter der Zwischenüberschrift „Default Fiduciary Duties Do Exist in The LLC Context“.

1292 wurde jedoch vom *Delaware Supreme Court* unter dem Vorsitz von *Steele* sogleich mit scharfen Worten zur Ordnung gerufen.⁵³ Die gänzliche Leugnung abdingbarer Treuepflichten war aber selbst dem Gesetzgeber von Delaware zuviel des Guten und so stellte er durch eine abermalige Gesetzesänderung von 2013 fest, dass sein LLC Act sehr wohl *default fiduciary duties* vorsehe.⁵⁴

b) Diskussionsstand zur Abdingbarkeit

Um die Zulässigkeit eines *fiduciary waiver* wird seit Ende der 1980er Jahre leidenschaftlich und teils auch mit ideologischen Scheuklappen⁵⁵ gestritten.⁵⁶ Im Schrifttum stehen sich in festgefügtter Schlachtenordnung zwei feindliche Bataillone gegenüber: die *contractarians* und die *anti-contractarians*.⁵⁷ Erstere verstehen die Gesellschaft als ein Geflecht von Verträgen und halten die Fahne der Vertragsfreiheit auch bei der Abbedingung von Treuepflichten hoch.⁵⁸ Zur Begründung verweisen sie auf die ökonomische Effizienz privatautonomer Abreden, hohe Unsicherheiten und Kosten bei gerichtlichen Streitigkeiten über fiduziarische Pflichten und ein praktisches Bedürfnis zur Gewinnung hochqualifizierter, aber vielbeschäftigter Geschäftsleiter.⁵⁹ Die *anti-contractarians* begreifen *fiduciary duties* demgegenüber als der Parteidisposition entzogene Pflichten, die unvorsichtige oder überoptimistische Minderheitsgesellschafter schützen und schon aus rechtsethischen Gründen nicht verhandelbar seien.⁶⁰

Gesetzgebung und Rechtsprechung variieren sowohl von Gliedstaat zu Gliedstaat⁶¹ als auch zwischen *partnership*, LLC und *corporation*.⁶² Als Speerspitze der Liberalität gilt § 15-103 (f) des Delaware Revised Uniform Partnership Act, wonach die Treuepflicht eines Personengesellschafters vollständig abbedungen werden kann, sofern

-
- 53 Vgl. *Gatz Properties, LLC v. Auriga Capital Corp.*, 59 A. 3 d 1206, 1218 ff. (2012), unter der Zwischenüberschrift „Unnecessary Construction Of LLC Statute To Provide Default Fiduciary Duties“ mit dem Zusatz auf S. 1220: „We remind Delaware judges that the obligation to write judicial opinions on the issues presented is not a license to use those opinions as a platform from which to propagate their individual world views on issues not presented.“
- 54 Vgl. § 18–1104 Delaware LLC Act: „In any case not provided for in this chapter, the rules of law and equity, including the rules of law and equity relating to fiduciary duties and the law merchant, shall govern“; dazu etwa *Lewis*, 82 Fordham L. Rev. 1017, 1034 (2013).
- 55 Dazu *Miller*, 39 J. Corp. L. 295, 335 (2014): „Seventh, to what extent do political views on government color the fiduciary duty debate and impede clear thinking on the part of both traditionalists and contractarians? Is the fiduciary duty controversy a thinly disguised debate regarding deregulation generally and the role of the state?“
- 56 Vgl. zuletzt *Guttenberg*, 86 S. C. L. Rev. 869 (2013); *Lewis*, 82 Fordham L. Rev. 1017 (2013); *Miller*, 39 J. Corp. L. 295 (2014); eingehend zum LLC-Recht *Ribstein/Keatinge*, Limited Liability, Companies, 2. Aufl. 2015, § 9:4, S. 546 ff.
- 57 Näher zuletzt *Lewis*, 82 Fordham L. Rev. 1017, 1044 ff. (2013); eingehend zu den Hintergründen bereits *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 671, 685 ff.
- 58 Vgl. etwa *Butler/Ribstein*, 65 Wash. L. Rev. 1, 7 f. (1990); *Illig*, 56 Am. U. L. Rev. 275, 324, 328 (2006); *Oesterle*, 66 U. Colo. L. Rev. 881, 885 ff. (1995).
- 59 Vgl. *Easterbrook/Fischel*, 36 J. L. & Econ 425, 431 (1993); *Ribstein*, 54 Wash. & Lee L. Rev. 537, 541, 546 ff. (1997); *ders.*, 2005 U. Ill. L. Rev. 209, 232 ff.
- 60 Vgl. *Brudney*, 85 Colum. L. Rev. 1403, 1414 ff., 1436 f. (1985); *Callistion/Vestal*, 42 Suffolk L. Rev. 493, 504 ff. (2008); *Dibadj*, 41 Tulsa L. Rev. 451, 458 ff. (2006); *Laby*, 56 Buff. L. Rev. 99, 119 (2008).
- 61 Vgl. für die LLC *Guttenberg*, 86 S. C. L. Rev. 869, 879 (2013): „When it came to decide whether to allow the modification of fiduciary duties, however, states’ receptiveness varied greatly.“
- 62 Für eine gute Synopse *Keatinge/Conaway/Ely*, Keatinge and Conaway on Choice of Business Entity, Chapter 9.

keine böswillige Verletzung des „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“ vorliegt. Vorsichtiger formuliert demgegenüber § 103 (b) (3) RUPA: „[T]he partnership agreement may identify specific types or categories of activities that do not violate the duty of loyalty, if not manifestly unreasonable“.⁶³ Ein ähnliches Bild bietet sich für die LLC: Wie bereits erwähnt, können LLC-Gesellschafter in Delaware fiduziarische Pflichten grundsätzlich abbedingen⁶⁴ – freilich auch hier mit Ausnahme des „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“.⁶⁵ Eine Spur zurückhaltender zeigt sich der ULLCA, der in seiner Neufassung von 2013 eine statutarische Abbedingung der *duty of loyalty* nur unter dem Vorbehalt zulässt, dass sie nicht „manifestly unreasonable“ ist.⁶⁶ Wieder anders formuliert der Oregon LLC Act, der eine vollständige Beseitigung der *duty of loyalty* verbietet, den Gesellschaftern aber erlaubt, bestimmte Arten von Verhaltensweisen als nicht treuwidrig einzuordnen, es sei denn, sie sind „unconscionable“.⁶⁷ Eine weitere Variante findet sich in Kalifornien, wo geschäftsführenden Gesellschaftern eine Vorabbefreiung von *fiduciary duties* lediglich für genau bestimmte Verhaltensweisen erteilt werden darf und das auch nur dann, wenn die Vorabbefreiung nicht „manifestly unreasonable“ ist.⁶⁸ Für die *corporation* hält § 102 (b) (7) des Delaware General Corporation Law (DGCL) ungeachtet einer weitreichenden Liberalisierung des Haftungsregimes im Jahre 1986 daran fest, dass Treuepflichtverstöße der Geschäftsleiter von einer satzungsmäßigen Haftungsfreistellung ausgeschlossen sind.⁶⁹ Zulässig ist nach § 122(17) DGCL nur der statutarische Verzicht der Gesellschaft auf genau spezifizierte Geschäftschancen sowie auf bestimmte Klassen oder Kategorien von Geschäftschancen.

2. England

a) Grundlagen und Funktionsäquivalente der Treuepflicht

In der englischen *partnership* obliegt den Gesellschaftern seit jeher eine *duty of good faith*, die es ihnen verbietet, bewusst zum Nachteil der Gesellschaft oder ihrer Mitgesellschafter zu handeln und sie zugleich zu gegenseitiger Ehrlichkeit und Offenheit anhält.⁷⁰ Diese Wohlverhaltenspflicht wurde durch die Spruchpraxis entwickelt⁷¹ und im Partnership Act 1890 stillschweigend vorausgesetzt.⁷² Zu ihrer Begründung pflegt

63 Dazu der offizielle Kommentar unter 4: „Neither the fiduciary duties of loyalty or care, nor the obligation of good faith and fair dealing, may be eliminated entirely. However, the statutory requirements of each can be modified by agreement“; eingehend dazu *Hurt/Smith* in Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2011), 2015 Edition, § 8404, S. 330.

64 Vgl. oben unter III 1 a.

65 Näher dazu *Manesh*, 38 Del. J. Corp. L. 1, 7 ff. (2013).

66 Vgl. § 105 (d) ULLCA mit dem erläuternden offiziellen Kommentar: „This act rejects the ultra-contractarian notion that fiduciary duty within a business organization is merely a set of default rules and seeks instead to balance the virtues of ‚freedom of contract‘ against the dangers that inescapably exist when some have power over the interests of others.“

67 Vgl. § 63 155 (1) (a) Or. Rev. Stat.

68 Vgl. § 17701.10 (c) (4) Cal. Corp. Code; diese Lösung befürwortend *Miller*, 39 J. Corp. L. 295, 297 f. (2014).

69 Rechtsvergleichend zu Reichweite und Grenzen der Haftungsfreistellung für Geschäftsleiter in Delaware *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1311 f., 1315).

70 Vgl. *Banks, Lindley & Banks on Partnership*, 19. Aufl. 2010, Rn. 16–01 f., 16-07; *Blackett-Ord/Haren*, Partnership Law, 4. Aufl. 2011, Rn. 11.1 f.

71 Vgl. etwa *Maddeford v Austwick* (1826) 1 Sim 1989, 90; *Law v Law* [1905] 1 Ch 140, 152, 155; *Mullins v Laughton* [2003] Ch 250, 281.

72 Vgl. ss 28 ff. Partnership Act 1890; dazu *Morse*, Partnership Law, 7. Aufl. 2010, Rn. 511 f.

man auf die umfassende Vertretungsmacht aller Partner und ihre persönliche, gesamtschuldnerische Haftung zu verweisen: Wenn die Gesellschafter sich wechselseitig eine derartige Einwirkungsmacht einräumen, zeige dies ein tiefes Vertrauen, dessen notwendiges Gegengewicht die *duty of good faith* sei.⁷³

1293 Was die *company* anbelangt, sind die Pflichten der Direktoren tief von treuhänderischen Vorstellungen geprägt, die sich bis ins 18. Jahrhundert zurückverfolgen lassen.⁷⁴ Heute sind die organschaftlichen Pflichten in den ss 171 ff. Companies Act 2006 (CA 2006) kodifiziert. Sie verlangen von den Direktoren insbesondere, „to act fairly as between members of the company“, „to avoid conflicts of interest“, „not to accept benefits from third parties“ und „to declare interest in proposed transaction or arrangement“.⁷⁵ Dagegen wird ein Mehrheitsgesellschafter nicht als *fiduciary* behandelt und schuldet den Minderheitsgesellschaftern folglich keine herausgehobene Rücksichtnahme.⁷⁶ Vielmehr darf jeder Gesellschafter sein Stimmrecht im Ausgangspunkt so ausüben, wie es ihm beliebt.⁷⁷ Allerdings ziehen spezielle Schutzvorschriften seinem Verhalten äußere Grenzen. Wenn ein Handeln oder Unterlassen der Gesellschaft oder ein Gesellschafterbeschluss einen Gesellschafter ungebührlich benachteiligt, steht ihm gem. s 994 CA 2006 der *unfair-prejudice*-Rechtsbehelf zur Verfügung. Zur Anwendung gelangt er vor allem bei Binnenkonflikten in *private companies*.⁷⁸ Er bildet damit das wichtigste Instrument des Minderheitsschutzes und ersetzt in mancher Hinsicht die fehlende mitgliedschaftliche Treuepflicht des Mehrheitsgesellschaftern. Ausweislich der Limited Liability Partnership Regulations können auch Gesellschafter einer LLP auf diesen Rechtsbehelf zurückgreifen.⁷⁹

b) Diskussionsstand zur Abdingbarkeit

Für die *partnership* wird die Frage der Disponibilität fiduziarischer Pflichten bisher kaum erörtert. Es findet sich lediglich die Äußerung, dass der vertragliche Ursprung der *partnership* weitreichende Gestaltungsfreiheit auch bezüglich der *duty of good faith* nahelege.⁸⁰ Ganz anders bei der *company*: Für sie hat sich in jüngerer Zeit eine lebhaftere Diskussion an der Frage entzündet, ob der *unfair-prejudice*-Rechtsbehelf abdingbar ist. Anlass dazu boten verschiedene Fälle, in denen gegen einen Antrag gem. s 994 CA 2006 der Einwand der Schiedsgerichtsabrede vorgebracht wurde. Ein erstinstanzliches Urteil von 2004, das noch zur Vorgängervorschrift in s 459 CA 1985 ergangen war, lehnte dies rundheraus ab, weil der gesetzliche Rechtsbehelf unabdingbar sei.⁸¹ Zum gegenteiligen

73 Vgl. *Helmores v Smith* (1887) ChD 436, 444; *Mullins v Laughton* [2003] Ch 250, 281; *Banks, Lindley & Banks on Partnership*, Rn. 16–4.

74 Zum rechtsgeschichtlichen Hintergrund *Sealy*, [1967] CLJ 83; als Ausgangsentscheidung gilt *Keech v Sandford*, 25 ER 223 aus dem Jahre 1726; rechtsvergleichend *Fleischer*, FS Kilian, 2004, S. 645, 646 ff.

75 Im Einzelnen ss 172 (1) (e), 175, 176, 177 CA 2006.

76 Vgl. *Davies*, Introduction to Company Law, 1. Aufl. 2002, S. 231: „The common law does not perceive the controlling shareholder to be in a fiduciary position towards noncontrolling shareholders, so that the basis for the individual shareholder to restrain the power of the majority as it reveals itself in shareholder decision-making is not available.“

77 Dazu *Carruth v ICI Ltd* [1937] AC 707, 765.

78 Vgl. *Mayson/French/Ryan*, Company Law, 30. Aufl. 2014, S. 588.

79 Vgl. s 994 CA 2006 in Form der LLPs Regulations 2009, Part 12, s 48; dazu *Palmer*, Limited Liability Partnership Law, 2. Aufl. 2011, Rdnr. A6–9.

80 So *Blackett-Ord/Haren*, Partnership Law, Rn. 11–13.

81 So *Exeter City AFC Ltd v The Football Conference Ltd* [2004] EWHC 831 Rn. 23: „The statutory right conferred on shareholders to apply for relief at any stage are, in my judgment, inalienable and cannot be diminished or removed by contract or otherwise.“

Ergebnis gelangten der *High Court* und der *Court of Appeal* in einer jüngeren Rechtssache, die sich um den Transfer des englischen Fußballnationalspielers *Peter Crouch* drehte. Das – rechtskräftige – Berufungsurteil äußert sich allerdings nicht zur Frage der Abdingbarkeit von s 994 CA 2006 als solcher, sondern nur zur Statthaftigkeit des Einwands der Schiedsgerichtsabrede im vorliegenden Fall.⁸² Im Schrifttum halten sich Zustimmung⁸³ und Kritik⁸⁴ die Waage. Hervorhebung verdient weiterhin, dass die LLP Regulations 2009 den Ausschluss des *unfair-prejudice*-Rechtsbehelfs ausdrücklich zulassen.⁸⁵ Von dieser Möglichkeit machen LLP-Gesellschafter in der Praxis häufig Gebrauch.⁸⁶ Was schließlich die organschaftlichen Pflichten in der *company* anbelangt, erklärt s 232 CA 2006 eine generelle Freistellung der Direktoren für Gesetzes- und Satzungsverletzungen im Gesellschaftsstatut oder in sonstigen Vereinbarungen mit der Gesellschaft für unwirksam⁸⁷ und führt damit eine seit 1929 geltende Gesetzeslinie fort, die einer früheren Rechtsprechung zur Zulässigkeit solcher Freistellungsklauseln⁸⁸ den Boden entzogen hatte.

IV. Leitlinien für ein abgestuftes Lösungsmodell

Versucht man, die weit ausgesponnenen Fäden zum Schluss wieder zusammenzuführen, so sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen geringer, als es zunächst den Anschein hat. Dabei bietet es sich an, mit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zu beginnen und anschließend auf die organschaftliche Treuepflicht einzugehen.

-
- 82 Vgl. *Fulham Football Club (1887) Ltd v Sir David Richards* [2011] EWCA Civ 855; mit anderer Akzentsetzung noch *Fulham Football Club (1887) Ltd v Sir David Richard*, [2010] EWHC 3111 Rn. 8 (Vos J.): „That question is simply whether the statutory right of a member of a company to present an unfair prejudice petition under s 994 of the Companies Act 2006 can be removed or diminished by contract, or whether it is an inalienable right.“ Rn. 79: „I have, therefore, concluded that the statutory right conferred on shareholders to apply for section 994 relief is not an inalienable one.“
- 83 Vgl. *Cheung*, [2012] JBL 504, 519: „To this recognition of contractual freedom and party autonomy, the decision is to be welcomed“; zuvor schon *Goddard*, (2005) 26 *Company Lawyer* 251; *Thomas/Ryan*, (2001) 22 *Company Lawyer* 177 (I) und 198 (II).
- 84 Vgl. *McVea*, (2012) 75 *MLR* 1123, 1135: „By embracing the idea of the parties ability to, in effect, ‘contract out’ of certain aspects of company law rules, the Court of Appeals in *Fulham* has not only further contrived to stunt the proper development of the unfair prejudice jurisdiction [...], but, more importantly, the decision resonates with an increasingly popular yet impoverished view of company law itself“; früher schon *Cheffins*, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, 1997, S. 260 ff.
- 85 Vgl. LLPs Regulations 2009, Part 12 s 48 mit folgendem Zusatz in Abs. 3: „The members of an LLP may by unanimous agreement exclude the right contained in subsection (1) either indefinitely or for such period as is specified in the agreement. The agreement must be recorded in writing.“
- 86 So *Palmer*, *Limited Liability Partnership Law*, Rn. A6-10; für einen praktischen Anwendungsfall aber *Eaton v Caulfield* [2011] EWHC 173 (Ch).
- 87 Dazu die Deutung von *Gower/Davies*, *Principles of Modern Company Law*, 9. Aufl. 2012, Rn. 16–200: „This is a very important statutory provision. Subject to its exceptions, the section turns the directors’ duties provisions into mandatory rules [...] perhaps reflecting doubt about the reality of the consent expressed in waivers given in advance of the event“; rechtsvergleichend *Fleischer*, *ZIP* 2014, 1305 (1312).
- 88 Vgl. *Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd* [1911] 1 Ch 425; *Re City Equitable Fire Insurance Co* [1925] Ch 407, beide mit Einschränkungen für Betrugsfälle (*fraud*) und Fälle vorsätzlicher Pflichtverletzungen (*wilful default*).

1. Unabdingbarer bürgerlichrechtlicher Mindestschutz vor Übervorteilungen durch Mitgesellschafter

Überall ist heute anerkannt, dass Personen- und Kapitalgesellschafter einen unabdingbaren bürgerlichrechtlichen Mindestschutz vor Übervorteilungen durch ihre Mitgesellschafter genießen. Als ein solches Sicherheitsnetz dient Personengesellschaftern das „manifestly unreasonable“-Kriterium in § 103 (b) (3) (i) RUPA, das dem Uniform Commercial Code entlehnt ist.⁸⁹ Ausweislich des offiziellen Kommentars soll dieses Kriterium einen breitflächigen Vorabdispens der mitgliedschaftlichen Treuepflicht verhindern, der häufig auf ungleicher Verhandlungsmacht, Information oder Vorbildung beruhe.⁹⁰ Übereinstimmend beanstanden § 105 (d) ULLCA und der LLC Act von Kalifornien Vorabbefreiungen von Treuepflichten, die „manifestly unreasonable“ sind, und der LLC Act von Oregon zieht eine Grenze bei der „unconscionability“. In Delaware ist bei *partnership* und LLC jeweils der „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“ vereinbarungsfest. Hierzulande gelten die allgemeinen Schranken der Privatautonomie, zuvörderst das Sittengebot des § 138 BGB,⁹¹ das selbstverständlich auch der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit äußere Grenzen zieht.⁹² Unangetastet bleibt außerdem das in § 242 BGB verankerte „Grundgebot der Redlichkeit“, das nach Rechtsprechung⁹³ und herrschender Lehre⁹⁴ zwingendes Recht darstellt und daher durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann.⁹⁵ Ebenso wenig können die Gesellschafter über das allgemeine Schikaneverbot aus § 226 BGB verfügen.⁹⁶

2. Gesellschaftsvertragliche Konkretisierungen und Einschränkungen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht

Andererseits setzt sich allmählich die Einsicht durch, dass Konkretisierungen und Modifizierungen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind. So eröffnet § 103 (3) (b) (i) RUPA Personengesellschaftern die Möglichkeit, „specific types or categories of activities“ von vornherein als nicht treuwidrig einzustufen.⁹⁷ Ganz ähnlich stellt der LLC Act von Oregon den Gesellschaftern

89 Dazu der offizielle Kommentar zu § 105 (e) ULLCA: „The ‚not manifestly unreasonable standard‘ became part of uniform business entity statutes when RUPA imported the concept from the Uniform Commercial Code.“

90 Vgl. den offiziellen Kommentar unter 4: „[C]ourts have been loathe to enforce agreements broadly ‚waiving‘ in advance a partner’s fiduciary duty of loyalty, especially where there is unequal bargaining power, information, or sophistication.“

91 Vgl. *Hellgardt*, FS Hopt, S. 765, 775, 785.

92 Allgemein dazu *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 5 III 1 b, S. 110 f.

93 Vgl. *BGH*, VersR 1979, 173 (174 f.) = BeckRS 2008, 19037; *BGHZ* 101, 290 = NJW 1987, 2808.

94 Vgl. etwa *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 10 I, S. 128: „Der Grundsatz des § 242 ist, da er nichts anderes als das Grundgebot der Redlichkeit darstellt, unabdingbar“; gleichsinnig *Böttcher/Hohloch* in *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 242 Rn. 19; *MüKoBGB/Roth/Schubert*, 6. Aufl. 2012, § 242 Rn. 91; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 242 Rn. 20; *Looschelders/Olzen* in *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2015, § 242 Rn. 108.

95 Begründungen dafür sind selten; vgl. einerseits *Staudinger/Schmidt*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 242 Rn. 290, wonach die private Verfügungsfreiheit nur innerhalb der Grenzen der sozialen Gerechtigkeit bestehe, nicht aber die soziale Gerechtigkeit als solche erfasse; andererseits *Soergel/Teichmann*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 108: „Unter den Begriff der Sittenwidrigkeit fällt auch der Verstoß gegen grundlegende Werte und Rechtsprinzipien der Gesamtrechtsordnung, zu denen der Grundsatz von Treu und Glauben unproblematisch gehört“, beide Begründungen kombinierend *Looschelders/Olzen* in *Staudinger*, BGB, § 242 BGB Rn. 108.

96 Vgl. in allgemeinem Zusammenhang *BGHZ* 101, 290 = NJW 1987, 2808: „Durch Rechtsgeschäft kann die Anwendbarkeit der §§ 226, 242 BGB nicht abbedungen werden.“

anheim, bestimmte Arten von Verhaltensweisen als nicht treuwidrig einzuordnen, und auch der LLC Act von Kalifornien erlaubt einen statutarischen Dispens genau spezifizierter Verhaltensweisen. Hierzulande fand der gleiche Gedanke frühen Rückhalt in den Monografien von *Teichmann* und *Winter*. Die jüngere Literatur stellt ihn unter Hinweis auf rechtsvergleichende Beobachtungen noch deutlicher heraus.⁹⁸ Weitere Unterstützung erhält er neuerdings auch durch den *BGH*: In zwei Folgeentscheidungen zu seinem Grundsatzurteil „Sanieren oder Ausscheiden“⁹⁹ hat der *II. Zivilsenat* ausgesprochen, dass der Gesellschaftsvertrag nicht nur die Grundlage der gesellschaftlicher Treuepflicht bilde, sondern auch deren Inhalt und Umfang bestimme.¹⁰⁰ Der einzelne Gesellschafter sei nur insoweit verpflichtet, wie er es im Gesellschaftsvertrag versprochen habe. Auch wenn die Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Vereinbarung immanent sei, könne der Gesellschaftsvertrag für sie „ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen“¹⁰¹ enthalten.

Im Lichte der gesellschaftlicher Vertragsfreiheit (§ 109 HGB, § 45 II GmbHG) sind solche Modulationen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht einleuchtend und wertungsstimmig. Sie harmonisieren außerdem mit dem allgemeinen Befund zu § 242 BGB: Wie dargelegt, ist zwar das „Grundgebot der Redlichkeit“ unabdingbar, doch können die Parteien die aus § 242 BGB gewonnenen Konkretisierungen der Treuepflicht für bestimmte Fallgestaltungen abändern oder ausschließen.¹⁰² Beispielsweise können sie im konkreten Fall „abgemagerte“ Leistungs- und Pflichtenstandards vereinbaren.¹⁰³ Ebenso kann der Einwand missbräuchlichen Verhaltens in manchen Spielarten abbedungen werden.¹⁰⁴ Ein ganz ähnliches Bild bietet sich im Arbeitsrecht, wo man die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als solche nicht abbedingen kann, wohl aber einzelne ihrer Ausprägungen.¹⁰⁵ Bedenken könnte man allenfalls deshalb hegen, weil eine statutarische Vorabbefreiung womöglich vorschnell und in Unkenntnis ihrer potenziellen Reichweite vereinbart wird. Einen wirksamen Schutz bietet insoweit aber das Spezifizierungsgebot,¹⁰⁶ das sich wie ein roter Faden durch zahlreiche Gesetzesregeln und Schriftumsbeiträge zieht: Wem im Einzelnen vor Augen geführt wird, welche Verhaltensweisen als nicht treuwidrig gelten, der kann sich später nicht auf eine Anschauungslücke berufen. Ergänzend hat man im US-amerikanischen Schrifttum kürzlich vorgeschlagen, für allfällige Auflockerungen der *fiduciary duties* besondere Warnhinweise und weitere Formalitäten zu verlangen.¹⁰⁷

-
- 97 Dazu der offizielle Kommentar unter 4: „It is not necessary that the agreement be restricted to a particular transaction. That would require bargaining over every transaction or opportunity, which would be excessively burdensome. The agreement may be drafted in terms of types or categories of activities or transactions, but it should be reasonably specific.“
- 98 Vgl. etwa *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 45 f.; ferner *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (350 f.)
- 99 *BGHZ* 183, 1 = NZG 2009, 1347 = NJW 2010, 65.
- 100 So *BGH*, NZG 2011, 510 = NJW 2011, 1667 Rn. 21; NZG 2015, 995 = NJW 2015, 2882 Rn. 23.
- 101 *BGH*, NZG 2015, 995 = NJW 2015, 2882 Rn. 23; zustimmend *Armbrüster*, EWiR 2015, 597 (598).
- 102 Vgl. *Böttcher/Hohloch* in *Erman*, BGB, § 242 BGB Rn. 19; *MüKoBGB/Roth/Schubert*, § 242 BGB Rn. 91; *Palandt/Grüneberg*, § 242 BGB Rn. 20; *Looschelders/Olzen* in *Staudinger*, BGB, § 242 BGB Rn. 109.
- 103 Vgl. *MüKoBGB/Roth/Schubert*, § 242 BGB Rn. 91.
- 104 Eingehend dazu *Soergel/Teichmann*, § 242 BGB Rn. 110 ff.
- 105 Näher *Küttner/Kreitner*, Personalhandbuch 2015, Stichwort: Fürsorgepflicht Rn. 2.
- 106 Dazu *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 45 f., wonach das Kognitionsproblem bei einem Verzicht für den konkreten Einzelfall weniger stark ausgeprägt ist; zuvor schon *Eisenberg*, 47 Stan. L. Rev. 221, 249 (1995); ferner *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 668 f.
- 107 Vgl. *Lewis*, 82 Fordham L. Rev. 1017, 1050 f. (2013): „The clause waiving duties should be in all capital letters. It should be required to be signed by all members or partners [...]. This provides the

3. Vollständige Disponibilität der mitgliedschaftlichen Treuepflicht?

Auf Granit stößt dagegen der weitergehende Vorschlag, die mitgliedschaftliche Treuepflicht vollständig zur Disposition der Gesellschafter zu stellen. Die Begründungen dafür sind von unterschiedlicher Überzeugungskraft. Sofern man, wie jüngst wieder im Rahmen der österreichischen ABGB-Reform,¹⁰⁸ darauf abstellt, dass die Treuepflicht Teil des „Wesens“ der Gesellschaft sei,¹⁰⁹ bleibt dieses Argument wenig greifbar, weil rational kaum nachprüfbar.¹¹⁰ Nicht ohne Grund steht das Wesensargument schon länger auf dem Index zweifelhafter juristischer Schlussfiguren,¹¹¹ auch wenn der Gesetzgeber mitunter selbst auf das „Wesen der Gesellschaft“¹¹² rekurriert. Nicht vollends zu überzeugen vermag ferner der Einwand, die mitgliedschaftliche Treuepflicht sei aus rechtsethischen Gründen nicht verhandelbar.¹¹³ Ohne weitere Erläuterung fehlt ihm eine tragfähige juristische Legitimationsbasis.¹¹⁴ Um eine rechtsdogmatische Rückkoppelung bemüht sich dagegen der Hinweis, dass es schon deshalb einen zwingenden Kern von Treuepflichten geben müsse, weil sich andernfalls das für Verbände charakteristische gemeinsame Interesse verflüchtigen könnte.¹¹⁵ Unausgesprochen werden damit Verbindungslinien zur so genannten *societas leonina* gezogen,¹¹⁶ der nach früher herrschender Lehre der gemeinsame Zweck iSd § 705 BGB fehlte.¹¹⁷ Heute misst man solche Fallgestaltungen hingegen am flexibleren Maßstab des § 138 BGB.¹¹⁸

Eine schlüssigere Begründung für die prinzipielle Unabdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht setzt bei möglichen Rationalitätsdefiziten der Gesellschafter

court with objective evidence that the bargain was negotiated and that parties understood what they were waiving“; ähnlich *Guttenberg*, 86 S. C. L. Rev. 869, 915 (2013): „This can be achieved by requiring any LLC operating agreement that seeks to eliminate or modify its fiduciary duties to provide, on a separate page of the document, a legislatively generated mandatory disclosure statement that notifies the potential investor that this agreement attempts to waive fiduciary duties, as well as by requiring each manager at the time of formation to expressly disclose all existing or planned violations of his or her would-be duty of loyalty.“

- 108 Vgl. ErIRV 270 BlgNR 25, GP 13: „Der Gesellschaftsvertrag kann ihn von dieser Pflicht nur insoweit entheben, als es nicht dem Wesen der Gesellschaft entspricht“; kritisch *Koppensteiner*, wbl 2015, 301, 308: „Nun kann man über das Wesen von Gesellschaften trefflich streiten.“
- 109 Tendenziell auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band II, § 3 II 3 c), S. 199, wonach die Treuepflicht „naturnotwendiger Bestandteil eines schlagkräftigen Zusammenschlusses“ sei.
- 110 Treffend *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 668: „Ihm wohnt etwas Apriorisches inne, das es der rationalen Überprüfung entzieht.“
- 111 Allgemein zum Missbrauch des Wesensarguments bereits *Scheuerle*, AcP 163 (1964), 429; speziell für das Gesellschaftsrecht *Hey*, Freie Gestaltung von Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, S. 225: „Die pauschale Verwendung des Wesensbegriffs löst zumindest den Verdacht aus, mit einer rhetorischen Wendung fehlende und nicht zu beschaffende Argumente ersetzen zu wollen.“
- 112 Vgl. § 241 Nr. 3 AktG („Wesen der Aktiengesellschaft“), der im GmbH-Recht analog gilt; vgl. *MüKoGmbHG/Wertenbruch*, 2012, Anh. § 47 Rn. 43 ff.
- 113 Vgl. aus dem US-amerikanischen Schrifttum die Nachweise in Fn. 60; zum deutschen Recht *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band II, § 3 II 3 c), S. 198.
- 114 Kritisch auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 668, wonach es einer Offenlegung und Begründung der dieser Forderung zu Grunde liegenden ethischen Sollsätze bedürfe.
- 115 So *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197 (199); *ders.*, wbl 2015, 301, 308; auf Gesichtspunkte des Institutionen- und Mitgliederschutzes abstellend *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (351 f.), der die mitgliedschaftliche Treuepflicht als objektiv-rechtliches Prinzip begreift.
- 116 Monografisch *Hingst*, Die *societas leonina* in der europäischen Privatrechtsgeschichte, 2003.
- 117 Vgl. etwa *Ballerstedt*, JuS 1963, 253 (255).
- 118 Vgl. etwa *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 705 Rn. 151; rechtsvergleichend *Fleischer*, ZGR 2016, Heft 1.

an. Wie die verhaltensökonomische Forschung zeigt, neigen Individuen dazu, bestimmte Gefahren oder Risiken systematisch falsch einzuschätzen, vor allem wenn es um komplexe Sachverhalte und ungewisse Entscheidungsfolgen geht.¹¹⁹ Verantwortlich dafür ist ein ganzes Bündel von Verhaltensanomalien, die von übermäßiger Zuversicht über die so genannte Verfügbarkeitsheuristik bis hin zur übermäßigen Diskontierung künftigen Nutzens und zur Vernachlässigung kleiner Wahrscheinlichkeiten reichen.¹²⁰ Eine solche Ausgangslage besteht auch und gerade bei Gründung einer Personengesellschaft oder GmbH: Die Gründergesellschafter kennen sich persönlich und vertrauen einander, so dass zwischen ihnen wenig Neigung besteht, mögliche Streitpunkte anzusprechen und dadurch womöglich den Vertragsschluss zu gefährden.¹²¹ Außerdem sind sie typischerweise vom Gründeroptimismus beseelt und unterstellen leichthin, die ihnen gerade lebhaft vor Augen stehende Gründerharmonie werde dauerhaft anhalten.¹²² Deshalb können und wollen sie sich die vielfältigen Möglichkeiten der Übervorteilung durch ihre Mitgesellschafter in naher oder ferner Zukunft nicht recht vorstellen. Dies alles lässt den Schluss zu, dass sie künftige Kosten und Risiken einer pauschalen Treuepflichtabbedingung systematisch zu Gunsten ihres gegenwärtigen Nutzens unterschätzen.¹²³ Zum Schutz ihrer materiellen Entscheidungsfreiheit erscheint es daher gerechtfertigt, die pauschale Abbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht für unzulässig zu erklären.¹²⁴ Die Rechtsordnung reagiert hier – wie auch anderwärts¹²⁵ – auf das Phänomen begrenzter Rationalität, das nach paternalistischem Schutz gegen einen Vorausverzicht verlangt, wenn dessen Tragweite für den Verzichtenden schwer voraussehbar ist und dessen fehlende „Freiwilligkeit“ daher nahe liegt. Eine restriktive Auslegung der Verzichtserklärung durch die Gerichte mag im Einzelfall helfen,¹²⁶ umfassende Abhilfe bietet sie aber nicht.

-
- 119 Grundlegend *Tversky/Kahneman*, Science 185 (1974), 1124; ferner der Sammelband von *Kahneman/Slovic/Tversky* (Hrsg.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, 1982.
- 120 Näher dazu *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 627 f.
- 121 Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 42; *Heatherington/Dooley*, 63 Va. L. Rev. 1, 36 (1977).
- 122 Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 42 f.; *Eisenberg*, 47 Stan. L. Rev. 211, 251 (1995).
- 123 So *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 45; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 668.
- 124 Ebenso *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 45 f.; *Eisenberg*, 47 Stan. L. Rev. 211, 249 (1995): „Given the limits of cognition, the core duty-of-loyalty rules should not be subject to a general waiver“; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 670: „[...] erscheint die Unabdingbarkeit der Treuepflicht als solcher vielleicht als der am besten begründbare Fall einer aus paternalistischen Gründen schlechthin unverzichtbaren Rechtsposition des Gesellschafters. Dies gilt jedenfalls für die hier betrachtete Treuepflicht der Gesellschafter von Personengesellschaften oder personalistischen GmbHs“; für den pauschalen Verzicht eines Aktionärs auf Gleichbehandlung und Einhaltung der Treuepflicht auch *Schmidt/Lutter/Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 53 a Rn. 38 u. 60.
- 125 Vgl. bereits *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (7). Belege dafür, dass der Gesetzgeber zeitlichen Vorausverfügungen skeptisch gegenüber steht und sie allenfalls unter zusätzlichen Schutzvorkehrungen zulässt, bieten aus dem Zivilrecht § 311 b II und III BGB (Verträge über künftiges und gegenwärtiges Vermögen) und § 1229 BGB (Verbot der Verfallvereinbarung), aus dem Handelsrecht etwa § 89 b IV 1 HGB (Unwirksamkeit eines Vorausverzichts des Handelsvertreters auf seinen Ausgleichsanspruch).
- 126 Allein darauf abstellend aber *Hurt/Smith* in Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships, § 8404, S. 329: „Although partners are unable to foresee how a waiver might be applied, the courts can deal with unforeseen events through contract interpretation rather than broad prohibition.“

Ein möglicher Gegeneinwand geht dahin, dass (Minderheits-)Gesellschafter auch bei vollständiger Abbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht nicht schutzlos stünden, weil ihnen stets der bürgerlichrechtliche Basisschutz der §§ 138, 226, 242 BGB zugutekomme.¹²⁷ Dieser Einwand überschätzt die Reichweite des nicht disponiblen „Grundgebots der Redlichkeit“ gem. § 242 BGB bzw. des „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“.¹²⁸ Lehrreiches Anschauungsmaterial hierfür liefern Fälle, in denen ein geschäftsführender Gesellschafter die Anteile seiner Mitgesellschafter erwirbt und ihnen dabei wesentliche Informationen über den Wert der Anteile verschweigt.¹²⁹ Aus bürgerlichrechtlicher Perspektive wäre die Ausnutzung dieses Informationsvorsprungs grundsätzlich nicht zu beanstanden: Fehleinschätzungen über den Wert einer Sache oder die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung begründen bei gewöhnlichen Austauschverträgen weder unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung noch unter demjenigen eines Eigenschaftsirrtums ein Lösungsrecht des übervorteilten Vertragspartners.¹³⁰ Bei pauschaler Abbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht stünde der veräußernde Mitgesellschafter also schutzlos da – eine Schutzlücke, die nachdenklich stimmt und den Gründergesellschaftern bei Vertragsschluss kaum bewusst sein dürfte. Es verwundert daher nicht, dass deutsche,¹³¹ englische¹³² und US-amerikanische Gerichte¹³³ übervorteilten Mitgesellschaftern bei unterbliebener Aufklärung fast ausnahmslos zur Hilfe eilten. Wollte man es gleichwohl bei dem Schutzniveau der §§ 138, 226, 242 BGB belassen, so wären Minderheitsgesellschafter vor einer Pauschalabbedingung der Treuepflicht entweder gezwungen, mehr Geld für anfänglichen Rechtsrat aufzuwenden,¹³⁴ um sich nach Kräften gegen alle denkbaren Kontingenzen abzusichern, oder aber unüberschaubare Risiken blindlings zu akzeptieren.¹³⁵

Unabhängig davon ist das rechtspraktische Bedürfnis für eine vollständige Disponibilität der mitgliedschaftlichen Treuepflicht bisher nicht überzeugend dargetan: Die

-
- 127 In diese Richtung mit Blick auf die organschaftliche Treuepflicht *Hellgardt*, FS Hopt, S. 765, 786.
- 128 Ähnlich zum US-amerikanischen Recht *Miller*, 2007 J. Corp. L. 565, 606: „There are at least four major reasons why the duty of good faith and fair dealing may not provide a sufficient legislative check on opportunistic and abusive conduct in the context of the LLC.“
- 129 Eingehend und rechtsvergleichend *Fleischer*, NZG 2000, 561 (564 ff.).
- 130 Näher *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 321 ff., 353 ff., 996.
- 131 Vgl. *OLG Hamm*, DB 1991, 799.
- 132 Vgl. etwa *Law v Law* [1905] 1 Ch 140, 157: „It is clear law that in a transaction between co-partners for a sale by one to the other of a share in the partnership business, there is a duty resting upon the purchaser who knows, and is aware he knows, more about the partnership accounts than the vendor, to put the vendor into possession of all material facts with reference to the partnerships assets, and not to conceal what he alone knows.“
- 133 Vgl. etwa *Miller v. Miller*, 700 S. W. 941, 946 (Tex. Ct. App. 1985): „The purchasing partner has the absolute duty to disclose to the selling partner material facts within its knowledge and such a sale will be sustained only when it is made in good faith, for a fair consideration, and at full and complete disclosure of all important information as to value.“
- 134 In diese Richtung auch *Hurt/Smith* in Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships, § 8404, S. 329 f.: „Author *Bromberg* believes that mandatory fiduciary duties are efficient as well as fair because of the high costs of determining the effect of their waiver.“
- 135 Dazu auch (allerdings nur zur Begründung einer verlässlichen Auffangregelung) *Strine/Laster*, in *Hillman/Loewenstein* (Hrsg.), Elgar Handbook on Alternative Entities, 2015, S. 11, 26 f.: „Because there are no reliable defaults, investors are either required to become diligent and expert readers of alternative entity agreements, which may involve the expenditure of material costs for legal advice, or to blindly accept the risks of investing in asset classes where no dependable protection against self-dealing and other conflicts of interest exist.“

genannten Beispiele aus der Wagniskapitalbranche¹³⁶ ließen sich, sofern sie überhaupt die mitgliedschaftliche Treuepflicht betreffen, durch maßgeschneiderte Ausnahmetatbestände im Gesellschaftsvertrag lösen. Außerdem dürften die von den *contractarians* häufig angeführten Kostenvorteile einer Pauschalabbedingung schon deshalb geringer ausfallen, weil tatsächlich oder vermeintlich übervorteilte (Minderheits-)Gesellschafter nicht gehindert wären, ihre Klagen stattdessen auf einen Verstoß gegen das nicht dispositive „Grundgebot der Redlichkeit“ zu stützen, dessen Inhalt sich ebenso schwer fassen und verallgemeinern lässt wie jener der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.¹³⁷

4. Abbedingung der organschaftlichen Treuepflicht?

Hinsichtlich des organschaftlichen Pflichtenprogramms gilt zunächst, dass Geschäftsführer in Personengesellschaft und GmbH von einzelnen Ausprägungen ihrer Pflicht zur „Amtstreue“ befreit werden können. Das Paradebeispiel bildet das Verbot der Aneignung von Geschäftschancen, das § 122(17) DGCL für „specified business opportunities or specified classes or categories of business opportunities“ zur Disposition des Gesellschaftsvertrags stellt. Anlass für diese im Jahre 2000 eingeführte Neuregelung boten Fälle, in denen hochqualifizierte Führungskräfte nur bei entsprechender Vorabbefreiung Leitungsverantwortung übernehmen wollten. Besonders anschaulich ist die Klausel in dem Gemeinschaftsunternehmen *Dreamworks* dreier bekannter Hollywood-Produzenten (*Stephen Spielberg, Jeffrey Katzenberg, David Geffen*),¹³⁸ die sich statutarisch vorbehalten haben, einen vielversprechenden Filmstoff, von dem sie Kenntnis erlangen, alleine zu verwirklichen.¹³⁹ Bei Wahrung des Spezifizierungsgebots¹⁴⁰ ist eine gesellschaftsvertragliche Abbedingung der Geschäftschancenlehre in Personengesellschaft und GmbH auch hierzulande zulässig.¹⁴¹ Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Interessenkonflikten.¹⁴²

Eine pauschale Abbedingung der organschaftlichen Treuepflicht sieht sich dagegen durchgreifenden Bedenken ausgesetzt.¹⁴³ Anders als im Aktienrecht scheitert sie

136 Vgl. Fn. 41.

137 Ähnlich aus US-amerikanischer Sicht *Guttenberg*, 86 S. C. L. Rev. 1017, 885 ff. (2013): „Although part of the goal of permitting prospective waiver of fiduciary duties was to avoid judicial uncertainty, it may have simply traded one ambiguity for another. [...] Delaware’s backstop provision of good faith and fair dealing is a prime example of this uncertainty. [...] Thus, many of the ‘costs’ of litigation and managerial timidity may still exist despite attempts to provide otherwise.“

138 *Dreamworks* hat Publikumserfolge wie *American Beauty*, *Gladiator*, *Chicken Run* und *Shrek* hervorgebracht.

139 Die Klausel ist abgedruckt bei *Allen/Kraakman/Subramanian*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations, 4. Aufl. 2012, S. 316.

140 Dazu auch *Eisenberg*, 47 Stan. L. Rev. 211, 249 (1995): „Informed consent to a specific conflict-of-interest transaction, for example, may not suffer from defective cognition, because the consent would relate to a specific present event rather than to an unknowable future. An agreement that a specific type of business venture will not be deemed a corporate opportunity may also fall into this category.“

141 Dazu bereits *Fleischer*, NZG 2013, 361 (366); ferner *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (351); *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 505 f.

142 Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 104; ferner *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (351): „Beispiele bieten die Festlegung derjenigen Grenzen, die für die Geheimhaltungspflicht, für die gesellschaftsfremde Nutzung von Geschäftschancen oder für ein Wettbewerbsverbot gelten sollen“; s. auch *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 135 f.

143 Ebenso bereits *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 103; ferner *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 135 f.

1296

zwar nicht schon am Grundsatz der Satzungsstrenge;¹⁴⁴ vielmehr sind Einschränkungen der Geschäftsführerhaftung in GmbH und Personengesellschaft grundsätzlich zulässig.¹⁴⁵ Dies gilt sowohl für eine Herabsetzung des Verschuldensmaßstabs als auch für Modulationen der organschaftlichen Sorgfaltspflicht. Eine Ausnahme ist allerdings für die organschaftliche Treuepflicht geboten, die angesichts des enormen Einfluss- und Schädigungspotenzials eines Geschäftsführers nicht pauschal abbedungen werden kann. Andernfalls hätten die Geschäftsführer einen weitgehenden Freibrief, sich zu Lasten der Gesellschaft selbst zu begünstigen, was dem „wahren“ Gesellschafterwillen umso weniger entsprechen dürfte, als typische Treuepflichtverstöße regelmäßig heimlich begangen werden und daher weitaus schwerer zu entdecken sind.¹⁴⁶ Damit einhergeht, dass Geschäftsführer von Treuepflichtverstößen häufig profitieren, während dies bei Sorgfaltspflichtverstößen regelmäßig nicht der Fall ist.¹⁴⁷ Ferner sind die Irrtumsrisiken im ersten Fall für alle Beteiligten geringer: Geschäftsführer wissen im Allgemeinen, dass sie sich nicht auf Kosten der Gesellschaft bereichern dürfen, und für die Gerichte sind typische Treuepflichtverstöße („misappropriation“) leichter als solche zu subsumieren als sorgfaltswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen („mismanagement“).¹⁴⁸ Unabhängig davon hat man das rechtspraktische Bedürfnis für eine vollständige Disponibilität der organschaftlichen Treuepflicht bisher nicht überzeugend dargetan.¹⁴⁹ Angesichts dessen lässt selbst das permissive Organhaftungsregime in Delaware¹⁵⁰ gem. § 102 (b) (7) DGCL keine statutarische Abbedingung der Treuepflicht zu. Ein pauschaler Vorabdispens dürfte hier wie dort in aller Regel auf eine Funktionsstörung der Privatautonomie zurückzuführen sein.¹⁵¹

V. Ergebnisse

1. Die mitgliedschaftliche Treuepflicht gehört zum gesicherten Grundbestand gesellschaftsrechtlicher Dogmatik in Personengesellschaft und GmbH. Sie gilt unabhängig davon, ob sie ausdrücklich vereinbart wurde oder nicht. Ob sie im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden kann, wird hierzulande bisher wenig erörtert. Demgegenüber ist in den Vereinigten Staaten eine heftige, teilweise ideologisch aufgeladene Debatte um den *fiduciary waiver* entbrannt und im Vereinigten Königreich diskutiert man über die Abdingbarkeit des *unfair-prejudice*-Rechtsbehelfs.

2. Ebenso wie in den Vereinigten Staaten sind Modulationen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht auch hierzulande zulässig. Sie unterliegen allerdings einem Spezifizierungsgebot und müssen die allgemeinen Grenzen der Sittenwidrigkeit und anderer gesetzlicher Verbote einhalten. Dieses differenzierende Ergebnis steht im Einklang mit allgemein bürgerlichrechtlichen Wertungen: Zwar ist das „Grundgebot der Redlichkeit“ nicht disponibel, doch können die Parteien die aus § 242 BGB gewonnenen

-
- 144 Näher zum zwingenden Charakter der Vorstandshaftung *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 3 ff.
- 145 Vgl. für den GmbH-Geschäftsführer *MüKoGmbHG/Fleischer*, 2012, § 43 Rn. 298 ff.
- 146 Dazu bereits *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 103.
- 147 Vgl. *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1311).
- 148 Dazu *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1311) mwN.
- 149 Ebenso *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 132 f.
- 150 Für eine rechtsökonomische Analyse zuletzt *Spamann*, Monetary Liability for the Duty of Care?, September 2015, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2657231>.
- 151 So bereits *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 103.

Konkretisierungen der Treuepflicht für bestimmte Fallgestaltungen abändern oder ausschließen.

3. Eine Pauschalabbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag ist dagegen unzulässig. Die hierin liegende Begrenzung der gesetzlich verbürgten Vertragsfreiheit (§ 109 HGB, § 45 II GmbHG) fußt auf der Einsicht, dass Gründergesellschaften künftige Kosten und Risiken einer pauschalen Treuepflichtabbedingung wegen eines ganzen Bündels von Entscheidungsfehlern systematisch unterschätzen. Die Rechtsordnung reagiert hier – wie auch anderwärts – auf das Phänomen begrenzter Rationalität, das nach paternalistischem Schutz gegen einen Vorausverzicht verlangt, wenn dessen Tragweite für den Verzichtenden schwer voraussehbar ist und dessen fehlende „Freiwilligkeit“ daher nahe liegt.

4. Die organschaftliche Treuepflicht ist jedem Geschäftsleiterverhältnis in Personengesellschaft und GmbH immanent, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedarf. Einzelne ihrer Ausprägungen können bei Wahrung des Spezifizierungsgebots aber abbedungen werden. Dies gilt etwa für das Verbot der Aneignung von Geschäftschancen und den Umgang mit anderen Interessenkonflikten.

5. Demgegenüber sieht sich eine pauschale Abbedingung der organschaftlichen Treuepflicht durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Angesichts des ganz erheblichen Schädigungspotenzials durch treuwidrig handelnde Geschäftsführer dürfte ein pauschaler Vorabdispens der (Minderheits-)Gesellschafter auch hier auf eine Funktionsstörung der Privatautonomie zurückzuführen sein.
