

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 116

Abdingbarkeit und Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Eine dogmatische Abhandlung *de lege lata* mit Blick
auf die Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten
und die Rechtsökonomik

Von

Maximilian Mann



Duncker & Humblot · Berlin

MAXIMILIAN MANN

Abdingbarkeit und Gegenstand
der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 116

Abdingbarkeit und Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Eine dogmatische Abhandlung *de lege lata* mit Blick
auf die Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten
und die Rechtsökonomik

Von

Maximilian Mann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15386-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55386-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85386-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Elena

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2017 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 13. Dezember 2017 in Hamburg statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis November 2017 berücksichtigt.

Ich danke zuvorderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer für die Betreuung und die interessante sowie lehrreiche Zeit als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg. Außerdem gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Rüdiger Veil für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich danke ich auch meinen Kollegen am Max-Planck-Institut für die fruchtbaren fachlichen Diskussionen und den spannenden fachfremden Austausch. Zudem danke ich meinen Eltern, insbesondere für ihren Zuspruch während der Erstellung dieser Arbeit.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich Dir, Elena. Du hast mich über die gesamte Zeit mit Deiner humorvollen und liebevollen Art begleitet. Ohne Dich wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Sie ist Dir gewidmet.

Hamburg, im Januar 2018

Maximilian Mann

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	19
A. Problemaufriss	19
B. Gang der Darstellung und Forschungsansätze	22

Teil 2

Allgemeiner Teil	26
A. Gegenstand der Treuepflicht und seine Umgebung	26
I. Abstrakte Begriffsbeschreibung der Treuepflicht	26
1. Gängige Begriffsbeschreibungen	26
2. Grundmanns Begriffsschärfung	30
3. Ableitung exakterer Kriterien	33
a) Eingrenzungskriterium aus dem Zweck	35
b) Eingrenzungskriterium aus der Wirkweise	38
c) Eingrenzungssindiz aus dem Inhalt	43
4. Geschärfte Begriffsbeschreibung	46
II. Konkretes Vorkommen der Treuepflicht	46
1. Geschäftsleiterbereich	47
2. Gesellschafterbereich	48
III. Verhältnis zur gesetzlichen Umgebung	50
1. Allgemeine Institute aus Treu und Glauben	50
a) Widersprüchliches Verhalten	51
b) Missbräuchliche Rechtsausübung (Rechtsmissbrauch i. e. S.)	53
2. (Ergänzende) Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB	55
3. Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB	58
4. Sittenwidrigkeit gemäß §§ 138 Abs. 1, 826 BGB	59
5. Sorgfaltspflicht	59
6. Weitere gesetzliche Umgebung	60
7. Schlussbemerkung zur gesetzlichen Umgebung	60

IV. Flankierende außergesetzliche Mechanismen und Pflichten	61
1. Monetärer Anreiz	61
2. Persönliche Bindung	62
3. Kapitalmarkt	63
4. Produktmarkt	64
5. Arbeitsmarkt	65
6. Internalisierte Moralvorstellung	67
7. Reputationsinteresse	68
8. Vertragliche Einzelpflicht	68
9. Schlussbemerkung zur außergesetzlichen Umgebung	69
V. Rechtsgrundlage der Treuepflicht	69
VI. Zwischenergebnis in Thesen	72
B. Fundament einer Abdingbarkeit – Aspekte der Vertragsfreiheit	73
I. Zwecke der Vertragsfreiheit	74
1. Gewährleistung von Gerechtigkeit beziehungsweise Effizienz	74
2. Gewährleistung materieller Selbstbestimmung	76
3. Gewährleistung formeller Selbstbestimmung	76
II. Typen des Eingriffs in die Vertragsfreiheit	81
1. Fremdinteressenschutz	81
2. Weicher Paternalismus	81
3. Harter Paternalismus	85
III. Schutzpflicht aus der Vertragsfreiheit	87
IV. Vertragsfreiheit und Abdingbarkeit der Treuepflicht	88
V. Zwischenergebnis in Thesen	91
C. Zweckmäßigkeitsprobleme bei richterlichen Billigkeitsspielräumen	92
I. Begriff des richterlichen Billigkeitsspielraums	92
II. Zweckmäßigkeitsprobleme bezüglich des Ergebnisses	93
1. Einfluss außerrechtlicher Umstände auf den Richter	94
2. Stützung mit der Anreizstruktur des Richters	97
3. Stützung mit empirisch belegten Rationalitätsdefiziten	100
III. Zweckmäßigkeitsprobleme bezüglich des Prozesses	102
IV. Billigkeitsspielräume und Treuepflicht	102
1. Anwendung der Treuepflicht	102
2. Abdingbarkeit der Treuepflicht	103
V. Zwischenergebnis in Thesen	104

Teil 3

Konkrete Diskussion um die Abdingbarkeit	105
A. Abdingbarkeit im Geschäftsleiterbereich der GmbH	105
I. Zulässigkeit nach gegenwärtigem Stand der Rechtswissenschaft	106
1. Deutschland	106
2. USA	111
II. Ausgangspunkt	115
III. Normative Anknüpfung einer Unabdingbarkeit	115
1. Wesensmerkmal/Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts	116
2. Treuepflicht als zwingendes überpositives Rechtsprinzip	119
3. Treu und Glauben als zwingendes Rechtsinstitut	121
4. Perplexität des Rechtsverhältnisses	122
5. § 276 Abs. 3 BGB	123
6. Inhaltskontrolle/Sittenwidrigkeit	124
IV. Rechtsgründe für eine Unabdingbarkeit	125
1. Fremdinteressenschutz	125
a) Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen	125
b) Minderheitsinteressen	127
c) Interessen zukünftiger Gesellschafter	128
d) Kollektivinteressen	129
2. Schutz vor Selbstbestimmungsdefiziten (weicher Paternalismus)	132
a) Sinnlosigkeit einer Abbedingung?	132
aa) Scheinbare Sinnlosigkeit einer Abbedingung	133
bb) Nebenwirkungen der Treuepflicht	134
cc) Andere Schutzmechanismen und monetärer Ausgleich	137
dd) Sonderfälle	139
ee) Schlussbemerkungen	139
b) Empirisch belegte Rationalitätsdefizite	140
c) Informationsdefizite, insbesondere Erfahrungsdefizite	143
d) Allgemeines Verhandlungsungleichgewicht	144
3. Schutzpflicht des Richters	145
V. Entgegenstehende Rechtsgründe	146
1. Vertragsfreiheit der Parteien	146
2. Hilfsweise: Keine Evidenz	147
VI. Zusätzliche normative Anknüpfung an die Treuepflicht selbst	149
VII. Abschließende Bewertung der materiellen Abdingbarkeit	151
VIII. Exkurs: Abdingbarkeit allgemeiner Institute	151
IX. Prozedurale und formale Anforderungen bei Abbedingung	153
1. Gegenwärtiger Stand der Rechtswissenschaft	153

2. Ausgangspunkt und allgemeine Anforderungen	155
3. § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB (Änderung des Gesellschaftszwecks)	157
4. § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (Stimmrechtsausschluss)	158
5. Bestimmtheitsgrundsatz/Kernbereich der Mitgliedschaft	159
6. Treuepflicht selbst	160
a) Anforderungen an den Geschäftsführer	160
b) Anforderungen an die Gesellschafter	162
7. Gleichbehandlungsgrundsatz	162
X. Empfehlenswerte Maßnahmen bei Abbedingung	163
XI. Zwischenergebnis in Thesen	164
B. Abdingbarkeit im Geschäftsleiterbereich der Aktiengesellschaft	167
I. Zulässigkeit nach gegenwärtigem Stand der Rechtswissenschaft	167
II. Gemeinsamkeiten	168
III. Besonderheiten	172
1. Fremdinteressenschutz	172
a) Transaktionskosten bei Anteilswerb	172
b) Kapitalmarkt als Ausgleichsmechanismus	173
2. Schutz vor Selbstbestimmungsdefiziten (weicher Paternalismus)	175
a) Informationsdefizite bei Abbedingung	175
b) Allgemeines Verhandlungsungleichgewicht bei Abbedingung	178
c) Defizite zukünftiger Aktionäre bei Anteilswerb	179
3. Normative Anknüpfung an § 23 Abs. 5 AktG (Satzungsstrenge)	181
IV. Zwischenergebnis in Thesen	186
C. Abdingbarkeit im Gesellschafterbereich der OHG	187
I. Zulässigkeit nach gegenwärtigem Stand der Rechtswissenschaft	188
II. Gemeinsamkeiten	190
III. Besonderheiten	192
1. Risikofaktoren für opportunistisches Verhalten	192
2. Informationsprobleme	194
3. Normative Anknüpfung an § 705 BGB	195
4. Abschließende Bewertung der materiellen Abdingbarkeit	196
IV. Prozedurale und formale Anforderungen	196
V. Zwischenergebnis in Thesen	198
D. Abdingbarkeit im Allgemeinen	199
I. Verallgemeinerungsbare Erkenntnisse	199
II. Ausnahmen	201
1. § 23 Abs. 5 AktG (Satzungsstrenge) bei Aktiengesellschaften	201
2. Offene Gesellschaften ohne hinreichend effizienten Markt	202

3. Inhaltskontrolle als Ausgleichsmechanismus 203
 III. Prozedurale und formale Anforderungen 203
 IV. Zwischenergebnis in Thesen 204

Teil 4

Zusammenfassung in Thesen 206

A. Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht 206
 B. Abdingbarkeit im Geschäftsleiterbereich der GmbH 207
 C. Abdingbarkeit im Geschäftsleiterbereich der Aktiengesellschaft 209
 D. Abdingbarkeit im Gesellschafterbereich der OHG 209
 E. Abdingbarkeit im Allgemeinen 210

Literaturverzeichnis 211

Sachwortregister 227

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. D.	außer Dienst
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AG [Zeitschrift]	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allgm.	allgemein
Am. Bus. L.J.	American Business Law Journal
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Anh.	Anhang
Ann.	Annotated
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
art.	article(s)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AufsichtsrMitgl	Aufsichtsratsmitglieder
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
BB	Betriebsberater
bearb.	bearbeitet
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidungen
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

Cal. Corp. Code	California Corporations Code
Cal. L. Rev.	California Law Review
Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DB	Der Betrieb
Del.	Delaware
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
DGCL	Delaware General Corporation Law
DJT	Deutscher Juristentag
DLLCA	Delaware Limited Liability Company Act
Dr.	Doktor
DRiG	Deutsches Richterergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dsbzgl.	diesbezüglich
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
ed.	edition
erg. Vertragsauslegung	ergänzende Vertragsauslegung
ErlRV	Erläuterung zur Regierungsvorlage
erw.	erweiterte
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote(n)
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Ges.	Gesellschafter
geschl. KapG	geschlossene Kapitalgesellschaft
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GesV	Gesellschaftsvertrag
Gf.	Geschäftsführung
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Recht
GmbHR [Zeitschrift]	GmbH-Rundschau
GP	Gesetzgebungsperiode
grds.	grundsätzlich

GroßK	Großkommentar
grundl.	grundlegend
Harv. Bus. L. Rev. Online	Harvard Business Law Review Online
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
hinw.	hinweisend
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
Ind.	Indiana
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
int.	international
i. R. d.	im Rahmen des
i. S. d.	im Sinne des
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Small & Emerging Bus. L.	Journal of Small and Emerging Business Law
JZ	Juristenzeitung
KapitalmarktdeliktsR	Kapitalmarktdeliktsrecht
KölnKomm	Kölner Kommentar
krit.	kritisch
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LLC	limited liability company
LLP	limited liability partnership
LP	limited partnership
LS	Leitsatz
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
m. E.	meines Erachtens
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
mitgl.	mitgliedschaftlich
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
NJ	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	number(s)
Nr.	Nummer(n)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft

OLG	Oberlandesgericht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Or. Rev. Stat.	Oregon Revised Statutes
Oxford Econ. Papers	Oxford Economic Papers
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
S.	Seite(n)
s.	siehe
s. a.	siehe auch
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SchuldR	Schuldrecht
sec.	section(s)
s. o.	siehe oben
sogl.	sogleich
StaatsR	Staatsrecht
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s. u.	siehe unten
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
tit.	title
tlw.	teilweise
Tulsa L. Rev.	Tulsa Law Review
u. a.	und andere
U. Balt. L. Rev.	University of Baltimore Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
ULLCA	Uniform Limited Liability Company Act
umfangr.	umfangreich
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt. v.	Urteil vom
USA	United States of America
U. S. Const.	Constitution of the United States of America
US-Recht	Recht der Vereinigten Staaten von Amerika
u. U.	unter Umständen
v. [Name]	von
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
vs.	versus
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. Q.	Washington University Law Quarterly
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
widerspr. Verhalten	widersprüchliches Verhalten

Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapiermitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zumind.	zumindest
zum Vorst.	zum Vorstehenden

Teil I

Einleitung

A. Problemaufriss

Bibliothekfüllende streitende Literatur, zahlreiche wegweisende Entscheidungen, geführt über verschiedene juristische Generationen, vor dem Hintergrund wechselnder gesellschaftlicher Anschauungen. Das ist die Zwischenbilanz der deutschen Diskussion um die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.¹ Erweitert um bundesstaatliche korrigierende Kodifikationen, beschreibt die Aufstellung ebenfalls die US-amerikanische Kontroverse um ihre Abdingbarkeit.² Hierzulande hingegen fristete diese Diskussion bis vor kurzem ein „Schattendasein“.³ Soweit die deutsche Rechtswissenschaft die Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als solcher doch ansprach, wurde sie meist ohne vertiefende Begründung abgelehnt.⁴ Neuerdings erhebt sich jedoch Kritik gegen diese hergebrachte Position, beispielsweise von Hellgardt.⁵ Die meisten heutigen Stimmen befürworten im Ergebnis aber dennoch die hergebrachte Unabdingbarkeit der Treuepflicht als solcher, so etwa Fleischer und Kampf.⁶ Anders als früher wird das jedoch substantiiert begründet.

¹ Bspw. RGZ 146, 385; BGHZ 14, 25; BGHZ 18, 350; BGHZ 65, 15 („ITT“); BGHZ 103, 184 („Linotype“); BGHZ 129, 136 („Girmes“); BGHZ 183, 1 („Sanieren oder Ausscheiden“); Hueck, Treuegedanke, 1947; Zöllner, Schranken mitgl. Stimmrechtsmacht, 1963, S. 335 ff.; Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft, 1970; Lutter, AcP 180 (1980), 84; Winter, Treuepflichtbindung, 1988; Wiedemann, in: FS Heinsius, 1991, S. 949; Fleischer, WM 2003, 1045; Kumpan, Interessenkonflikt im Privatrecht, 2014, S. 89 ff.

² Bspw. *Brudney*, 85 Colum. L. Rev. 1403 (1985); *Eisenberg*, 89 Colum. L. Rev. 1461 (1989); *Coffee*, 53 Brook. L. Rev. 919 (1988); *Butler/Ribstein*, 65 Wash. L. Rev. 1 (1990); *Frankel*, 74 Or. L. Rev. 1209 (1995); *Callison/Vestal*, 42 Suffolk U. L. Rev. 493 (2009); *Steele*, 46 Am. Bus. L.J. 221 (2009); *Guttenberg*, 86 S. Cal. L. Rev. 869 (2013); insb. zur kontroversen Rspr. und den Korrekturen des Gesetzgebers *Miller*, 39 J. Corp. L. 296, 311 ff. (2014).

³ Vgl. *Hellgardt*, in: FS Hopt, 2010, S. 765, 766.

⁴ Die Abdingbarkeit ablehnend *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in GesV, 1970, S. 170; *Immenga*, Personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 267; *Reuter*, ZHR 146 (1982), 1, 7; *Timm*, WM 1991, 481, 494; *Schöne*, WM 1991, 209, 212; *Wiedemann*, GesR, 2004, S. 198, 199; *Röhricht*, in: Hdb. Corporate Governance, 2009, S. 513, 515; *Mertens/Cahn*, in: Köln-Komm AktG, § 93 Rn. 97; differenzierend *Winter*, Treuepflichtbindung, 1988, S. 190 ff.

⁵ *Hellgardt*, in: FS Hopt, 2010, S. 765, passim; auch von *Waclawik*, DB 2005, 1151, 1153; im Ergebnis zurückhaltender *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, 2013, S. 668 f.

⁶ Vgl. *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, passim; *Kampf*, Abdingbarkeit der Treuepflicht, 2016, passim; vgl. auch *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197, 202; *Armbrüster*, ZGR 2014,

Zudem wird auch in diesem Lager die grundsätzliche Disponibilität spezifizierter Ausprägungen der Treuepflicht stärker als in der hergebrachten Literatur betont.⁷ Damit scheint nun die deutsche Diskussion um die Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht angebrochen.

Was ist die Erklärung für die zunächst spärliche Beleuchtung der Abdingbarkeit? Ist ein fehlendes praktisches Bedürfnis verantwortlich? Zur Beantwortung dieser Fragen bietet sich ein Blick auf die USA an. In Delaware wurde die Treuepflicht in nicht-körperschaftlichen Gesellschaften spätestens mit einer Gesetzesänderung aus dem Jahr 2004 dispositiv.⁸ Das griff die Praxis vielfach auf: In den Jahren 2011 und 2012 bedingten 75 % der neu gegründeten öffentlich gehandelten LLCs und LLPs entweder die Treuepflicht gänzlich ab oder eliminierten die Haftung für Verstöße.⁹ Mit diesen empirischen Daten zeigt sich – jedenfalls in den USA – ein praktisches Verlangen nach einer Abdingbarkeit der Treuepflicht. In der deutschen Literatur wird von Hellgardt ein Bedürfnis nach der Abdingbarkeit angenommen, insbesondere im Bereich des alternativen Investments und der Innovationsfinanzierung.¹⁰ Außerdem soll eine Abbedingung der Treuepflicht bei Familienunternehmen sinnvoll sein, wenn eine besondere persönliche Bindung besteht und der Treueberechtigte deswegen „freie Hand“ lassen möchte.¹¹ Insgesamt scheint es nachvollziehbar, sich anstatt der Treuepflicht auf andere Schutzmechanismen zu verlassen, um ihre Nebenwirkungen zu vermeiden.¹²

Grund für die deutsche Zurückhaltung bei der Abbedingung der Treuepflicht ist wohl eher ein weiterer dunkler Bereich der Treuepflichtdogmatik. Weder im Geschäftsleiterbereich¹³ noch im Gesellschafterbereich¹⁴ ist eine leistungsfähige abstrakte Begriffsbeschreibung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht vorhanden.¹⁵

333, 350 f.; *Kumpfan*, Interessenkonflikt im Privatrecht, 2014, S. 130 ff., 137; *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, S. 499 ff.

⁷ Vgl. *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, passim, insb. 1291; anders aber *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, S. 516.

⁸ Für die LP vgl. die neue Fassung des Del Code Ann. tit. 6, § 17-1101 (d); für die LLC vgl. die neue Fassung des Del Code Ann. tit. 6 § 18-1101 (c).

⁹ Vgl. *Manesh*, 37 J. Corp. L. 555, 558 (2012); für weitere empirische Befunde s. a. *Miller u. a.*, 43 Am. Bus. L.J. 609 (2006); *Miller*, 39 J. Corp. L. 296, 317 ff. (2014).

¹⁰ Vgl. *Hellgardt*, in: FS Hopt, 2010, S. 765, 766; s. a. *Haar*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts, 2008, S. 141, 149.

¹¹ Vgl. *Hellgardt*, in: FS Hopt, 2010, S. 765, 771.

¹² Dazu ausf. unten Teil 3 – A.IV.2.a).

¹³ Vom Geschäftsleiterbereich sollen hier Verpflichtungen des Geschäftsleiters ggü. der Gesellschaft umfasst sein, insbesondere Verpflichtungen des Geschäftsführenden-Gesellschafters ggü. der Gesellschaft, die seiner Funktion als Geschäftsleiter entspringen.

¹⁴ Vom Gesellschafterbereich sollen hier Verpflichtungen der Gesellschafter ggü. der Gesellschaft und ggü. den Mitgesellschaftern umfasst sein, wobei Verpflichtungen des Gesellschafter-Geschäftsführers herausfallen, die seiner Funktion als Geschäftsleiter entspringen.

¹⁵ Vgl. bspw. *Hopt/Roth*, in: GroßK AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 227: „Die mit dem Begriff der Treuepflicht gemeinten Verpflichtungen sind abstrakt kaum wiederzugeben.“ (Geschäftslei-

Gleichermaßen ist ihr Verhältnis zu anderen Pflichten und allgemeinen Instituten weitgehend ungeklärt. Es herrscht zwar Uneinigkeit, dennoch werden die differierenden Positionen in der Regel kaum begründet. So wird beiläufig festgestellt, die Treuepflicht folge aus dem Rechtsmissbrauch¹⁶ oder der Rechtsmissbrauch folge aus der Treuepflicht,¹⁷ während der BGH beide nebeneinander angesprochen hat¹⁸ und damit implizit davon ausgeht, dass sie eigenständig bestehen. Den Versuch einer leistungsfähigen Definierung der Treuepflicht und Abgrenzung zu ihrer Umgebung unternimmt Grundmann.¹⁹ Eine scharfe Abgrenzung wird aber an anderer Stelle als nicht notwendig angesehen²⁰ oder sogar als gefährlich erachtet.²¹

Diese Diskussions-Defizite waren bislang nicht von Bedeutung. Denn solange es um das Bestehen eines Handlungsge- oder -verbots geht, spielt es keine Rolle, welchem Institut oder welcher Pflicht es zuzuordnen ist. Das ändert sich bei einer Abbedingung der Treuepflicht, da niemand die Treuepflicht abbedingen möchte, ohne zu wissen, welche Handlungsge- und -verbote entfallen und welche nicht. Die dahingehende Unsicherheit mag erklären, warum die Praxis keine Abdingbarkeit der Treuepflicht fordert, obwohl ihre Abbedingung sinnvoll sein kann. Zudem können die fehlende Klärung des Begriffs der Treuepflicht und die weitgehend ungeklärte Abgrenzung einen Grund für die zunächst spärliche wissenschaftliche Beleuchtung liefern. So erschwert die Kombination von umfangreichen Beiträgen zu den konkreten Einzelfragen und stillschweigend differierendem Grundverständnis bezüglich des Gegenstandes der Treuepflicht die Aufarbeitung ihrer Abdingbarkeit.

Ist dieses dogmatische Problem überwunden, schließt sich ein weiteres an: Die Diskussion um die Abdingbarkeit der Treuepflicht gründet auf der Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit ist nicht rein formell zu verstehen. Sie hat in der deutschen Rechtswissenschaft eine Materialisierung erfahren, die bis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle von Verträgen führen kann.²² Darüber hinaus hat das Europarecht zum Rückbau der Vertragsfreiheit beigetragen.²³ In den letzten Jahrzehnten hat sich

terbereich); *Altmeppen*, in: *Altmeppen/Roth, GmbHG*, § 13 Rn. 30: „Bei der Treuepflicht handelt es sich danach jedenfalls um eine allgemeine Charakterisierung der Gesellschafterstellung ohne spezifischen Aussagegehalt“ (Gesellschafterbereich).

¹⁶ Vgl. *Bungert*, DB 1995, 1749, 1750.

¹⁷ Vgl. *Bezzemberger*, ZIP 2002, 1917, 1926; vgl. auch *Henze*, BB 1996, 489, 494 m. w. N.

¹⁸ BGHZ 30, 195, 202 f.; aus der Lit. vgl. bspw. auch *Marsch-Barner*, WM 1996, 853, 857; *Windbichler*, in: *RWS Forum* 8, 1996, S. 23, 31; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1051.

¹⁹ *Grundmann*, *Treuhandvertrag*, 1997, S. 166 ff.; zu den Defiziten s. u. Teil 2 – A.I.2.

²⁰ Vgl. *Hey*, *Gestaltungsfreiheit*, 2004, S. 331.

²¹ Vgl. *Winter*, *Treupflichtbindung*, 1988, S. 13: „Der Versuch einer scharfen Abgrenzung zwischen „echter Treuepflicht“ und Geltung des „allgemeinen Grundsatzes“ des § 242 BGB und die Ableitung von Rechtsfolgen allein aus dieser Unterscheidung bergen die Gefahr des Argumentationsdefizits in sich.“

²² Zur Materialisierung der Vertragsfreiheit und des Vertragsrechts *Canaris*, AcP 200 (2000), 273; s. a. *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 5.

²³ Vgl. *Haberer*, *Zwingendes KapGR*, 2009, S. 8.