

*Ulrich Torggler/Andreas Baumgartner*

# **Zivilrechtliche Grundlagen der Treuepflichten**

## **Übersicht:**

- I. Einleitung
  - A. Untersuchungsgegenstand
  - B. Zweck und ökonomische Grundlagen
  - C. Rechtsgrundlagen
    - 1. Einführung
    - 2. Auftrag und verwandte Rechtsgebiete
    - 3. Gesellschaftsrecht
- II. Sorgfaltspflichten
  - A. Terminologie
  - B. *Sedes materiae*
  - C. Folgepflicht
  - D. Benachrichtigungspflicht
  - E. Verschwiegenheitspflicht
  - F. Beweislast
  - G. Business Judgment Rule
- III. Loyalitätspflichten („Redlichkeit“; vgl § 1009 Satz 1 ABGB)
  - A. *Sedes materiae*
  - B. Mandantenschädliche Nebengeschäfte (§ 1187 Satz 1 ABGB), insbesondere Chancenaneignung
- IV. Funktions- und Präventivschutz
  - A. Rechenschafts-, insbesondere Rechnungslegung (§ 1012 ABGB)
  - B. Herausgabe von Vorteilen (§§ 1009, 1013 ABGB)
  - C. *disclose and/or abstain*
  - D. (formelle und materielle) Insichgeschäfte
  - E. Wettbewerbsverbot
- V. Beginn und Ende (§ 1025 ABGB)
- VI. Zusammenfassung in Rechtssatzform

## **I. Einleitung**

### **A. Untersuchungsgegenstand**

Wer über die zivilrechtlichen Grundlagen der Treuepflichten nachdenkt, droht sogleich an der Unschärfe des Untersuchungsgegenstands zu scheitern, zumal in der Literatur kein Konsens darüber feststellbar ist, welche konkreten

Ge- und Verbote zu den Treuepflichten gehören.<sup>1)</sup> Ein Grund lautet, dass wichtige Anwendungsbereiche gerade nicht im Zivilrecht beheimatet sind, sondern in den Sonderprivatrechten, namentlich im Gesellschafts- und Arbeitsrecht. Weitere Beispiele stammen aus dem Unternehmensrecht, nämlich dem Recht der Absatzmittler (Makler, Handelsvertreter und Kommissionäre; s dazu auch noch unten I.C.2.).

Gesetzliche Definitionen vermisst man auch dort. Das ABGB kennt den Begriff – im Gegensatz zum ABGB-Vorentwurf „Codex Theresianus“ (1766)<sup>2)</sup> – nicht; die relativ junge Norm des § 1186 ABGB (vgl auch § 112 Abs 1 UGB) in der Fassung des GesbR-Reformgesetzes BGBI I 2014/83 vermeidet ihn sogar bewusst: „Der Sammelbegriff ‚Treuepflicht‘ vereine „so Vielfältiges in sich, dass davon Abstand genommen wurde, diesen Ausdruck im Gesetzestext zu verwenden.“<sup>3)</sup> Der Überschrift kann immerhin in Einklang mit § 384 Abs 1 UGB über die Pflichten des Kommissionärs entnommen werden, dass es zumindest auch um „Interessenwahrung“ geht, wobei das Gesetz – wohl bewusst nicht abschließend – die Wahrung der Gesellschaftsinteressen hervorhebt und damit die Interessen der Mitgesellschafter ausklammert (s dazu auch noch unten I.C.3.).<sup>4)</sup>

Auch sonst schweigt das positive Recht weitgehend. Immerhin müssen die Gerichte gem Art 87 Abs 2, Art 100 Abs 3 Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen BGBI 1953/155 bei ihrer Strafbemessung berücksichtigen, dass ein angeklagter Kriegsgefangener der Gewahrsamsmacht als Staatsfremder keine Treuepflicht schuldet. Das verrät die Herkunft aus personenrechtlichen Pflichten, die man heute eher dem öffentlichen Recht zuordnen würde.

Seine Hochblüte hatte das Treuegebot im Mittelalter, in dem es auf Grundlage eines Treueeids die gesamte Gesellschaftsordnung bestimmte: „Also ist ein

<sup>1)</sup> Siehe etwa *P. Bydlinski* in KBB<sup>5</sup> (2017) § 1009 ABGB Rz 2, 4 (wo die Treuepflicht als Nebenpflicht getrennt von der Herausgabepflicht behandelt wird); *Apathy* in *Schwermann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1009 Rz 1ff (Trennung von: Geschäftsbesorgung – Interessenwahrung, Treue und Gehorsam – Insichgeschäfte – Herausgabe); *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1<sup>2</sup> (1968) 814ff (wo die Treuepflichten getrennt vom Weisungsrecht behandelt werden und sodann auf die Herausgabepflicht gesondert eingegangen wird); ähnlich *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1009 Rz 2ff (Trennung von: Geschäftsbesorgungspflicht – Gehorsamspflicht – Treuepflicht – Herausgabepflicht), wo aber (bei Rz 18) die Treuepflicht als Hauptpflicht bezeichnet wird; ferner *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 1009 Rz 10 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at), wonach die Herausgabepflicht zum Teil eine Hauptleistungspflicht sei, zum Teil aber auch Nebenleistungspflichten enthalte und *ders*, aaO Rz 25 (Treuepflicht als Rahmenpflicht, mangels eigenständiger Durchsetzbarkeit aber keine Hauptpflicht).

<sup>2)</sup> Unten FN 33.

<sup>3)</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13 (GesbR-Reformgesetz 2014), mit Hinweis auf *Jahnbornegg*, Die Treuepflicht im Personengesellschaftsrecht als verfehltes Denkmuster, in FS *Krejci* I (2001) 667ff; s auch bereits *Immenga*, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in FS 100 Jahre GmbHG (1992) 189 (208); s dazu aber auch *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2006) 11; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*, HGB<sup>3</sup> § 109 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> (2013) § 108 Rz 16; *Schauer* in *Kals/Ch. Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 2/398.

<sup>4)</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13 (GesbR-Reformgesetz 2014).

jeder Landmann / gebunden an den Herren / ganz in Treu und ohne „wern“<sup>5)</sup>, hat der Spruchdichter *Heinrich der Teichner* darüber gereimt.<sup>5)</sup> Das war keine Einbahnstraße: Der Herr schuldete seinem Mann „Schutz und Schirm“, der Mann seinem Herrn „consilium et auxilium“, „Hilfe und Rat“, und zwar mit „hab und guet nach [seinem] vermoegen“.<sup>6)</sup>

Wir nehmen aus diesem Ausflug zu historischen Wurzeln mit, dass die Treuepflicht schon damals trotz einiger Konkretisierungsversuche<sup>7)</sup> einen einigermaßen schillernden Überbegriff bildete. Zugleich darf uns auch Warnung sein, was über die literarische Aufarbeitung der mittelalterlichen germanischen Treue geschrieben wurde: Sie sei die „Geschichte einer allmählichen Aufblähung wohlgrundeter Einzelheiten zu einem imposanten, aber irrealen Theoriegebäude“.<sup>8)</sup>

Hier scheinen die referierten Bedenken des GesbR-Reform-Gesetzgebers bereits vorgezeichnet. Zugleich steckt hinter deren terminologischer Stoßrichtung<sup>9)</sup> eine rechtsdogmatische Einsicht, zu der auch der referierte Befund über die Geschichtswissenschaft mahnt: Auch die „Treuepflicht“ des heutigen Privatrechts ist nicht mehr als ein Überbegriff und als solcher eine höchstens eingeschränkt taugliche Grundlage für eine (deduktive) Ableitung konkreter Rechtssätze,<sup>10)</sup> wie auch die zugleich zu weite und zu enge Regelung der § 1186 ABGB, § 112 Abs 1 UGB u.ä. eher programmatischen als subsumtionsfähigen Charakter hat.<sup>11)</sup> Zu Recht beklagte schon *Mayer-Maly* den geringen „heuristischen Wert“ der Treuepflichten. Gelte es, ein offenes Problem zu bewältigen, folge aus ihnen „wegen ihrer Allgemeinheit zuviel und zuwenig, manchmal gar alles und nichts“.<sup>12)</sup>

Es gilt daher auch für das heutige Recht, sich auf die „wohlgrundeten Einzelheiten“ zu konzentrieren und der Versuchung zu widerstehen, diese zu einem „imposanten, aber irrealen Theoriegebäude“ zu überhöhen.<sup>13)</sup> Die „inflationä-

<sup>5)</sup> Zitiert nach *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte Österreichs (1974) 172.

<sup>6)</sup> MwN *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte 172 ff, 177 ff.

<sup>7)</sup> Siehe *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte 173, über einen Brief von *Fulbert von Chartres* aus 1020 an Herzog Wilhelm V. von Aquitanien über die Bestandteile der Treueverpflichtung.

<sup>8)</sup> *Kroeschell*, Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, Studi Medievali X, 1 (1969) 465 ff, zitiert nach *Widmaier*, Das Recht im „Reinhart Fuchs“ (1993) 28 FN 26.

<sup>9)</sup> Siehe dazu noch unten bei FN 31.

<sup>10)</sup> MwN U. *Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 108 Rz 16.

<sup>11)</sup> Siehe auch unten FN 71.

<sup>12)</sup> *Mayer-Maly*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen des Privatlebens, JBl 1966, 505 (512); schärfter *Flume*, Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs, ZIP 1996, 161 (164 f): „Leerformel“; antikritisch *Marsch-Barner*, Treuepflicht und Sanierung, ZIP 1996, 853 ff; vgl zum US-amerikanischen Recht *Fischel/Bradley*, Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis, 71 Cornell Law Review (1985-86) 261 (266): „The extreme generality of the fiduciary principle [...] limits its application to the most extreme cases“.

<sup>13)</sup> Vgl oben bei FN 8; s auch *Röhricht*, Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, ZGR 1999, 445 (459), über die mitgliedschaftlichen Treuepflichten: Wegen nahezu unbegrenzter Einsetzbarkeit müsse Vorsicht vor Überdehnungen angemahnt werden.

re“ Berufung<sup>14)</sup> auf Treuepflichten oder Treuwidrigkeiten in Schriftsätzen, aber bisweilen auch im Schrifttum sollte Warnung genug sein. Ausgangspunkt jeder Problemlösung können daher nicht *eine* allumfassende Treuepflicht und schon gar nicht „begriffliche Deduktionen“ daraus bilden,<sup>15)</sup> sondern nur die durchaus verstreuten Verhaltensge- und -verbote, die sich *lege artis* unmittelbar oder im Wege der Rechtsfortbildung aus dem positiven Recht ableiten lassen.<sup>16)</sup> Begrifflich erweist sich der Singular daher als irreführend und gefährlich: *Eine* Treuepflicht gibt es nicht, auch nicht in den einzelnen Rechtsverhältnissen, sondern unterschiedliche Einzelpflichten, die man als Treuepflichten bezeichnen und unter diesem Überbegriff zusammenfassen mag.<sup>17)</sup>

Das erklärt das nachfolgende Programm dieses Beitrags, hilft aber bei der Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands nicht wirklich weiter. Will man nicht wenig präzise beim *elephant test* Zuflucht nehmen – *I can't define it, but I know it when I see it*,<sup>18)</sup> muss man das Gemeinsame der Rechtsverhältnisse ergründen, in denen auf mehr oder weniger deutlicher gesetzlicher Grundlage Treuepflichten bestehen sollen. Beispiele sind die Beziehungen zwischen Beauftragten und ihren Auftraggebern,<sup>19)</sup> zwischen Treuhändern und Treugebern,<sup>20)</sup> zwischen Rechtsanwälten und ihren Klienten,<sup>21)</sup> zwischen organschaftlichen Vertretern und juristischen Personen,<sup>22)</sup> zwischen Handelsvertretern und ihren Auftraggebern (Unternehmern),<sup>23)</sup> zwischen Franchisenehmern und Franchisegebern,<sup>24)</sup> zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern<sup>25)</sup> sowie unter Miteigentümern,<sup>26)</sup> Gesellschaftern<sup>27)</sup> und Mitstiftern.<sup>28)</sup>

Gemeinsam sind diesen Rechtsverhältnissen uE zwei Elemente:

Erstens und vor allem vermitteln sie direkten Einfluss auf die Interessen des anderen Teils und sind daher in einem weiten Sinne treuhänderischer Na-

<sup>14)</sup> Vgl *Jabornegg* in FS Krejci I 667.

<sup>15)</sup> Vgl *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften (1995) 269 ff; vgl auch *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozeß der GmbH (1998) insb 114 ff und (zusammenfassend) 166 ff.

<sup>16)</sup> Siehe bereits *U. Torggler*, Treuepflichten 11.

<sup>17)</sup> Vgl *U. Torggler*, Treuepflichten 11; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1009 Rz 25.

<sup>18)</sup> Vgl *Cadogan Estates Ltd v Morris* (1998) EWCA Civ. 1671, Rz 17 (per *Lord Justice Stuart-Smith*).

<sup>19)</sup> ZB RIS-Justiz RS0019379; RS0019701 mit T3; RS0025535; vgl auch OGH 8 ObA 209/96 RdW 1996, 538 (geschäftsbesorgender Angestellter).

<sup>20)</sup> ZB RIS-Justiz RS0010464, insb OGH 7 Ob 523/91 ecolex 1991, 682; s auch RIS-Justiz RS0055843.

<sup>21)</sup> ZB RIS-Justiz RS0126073; OGH 3. 11. 1987, 4 Ob 543/87.

<sup>22)</sup> ZB OGH 4 Ob 52/95 SZ 68/178; auf *Winner*, unten 137 ff.

<sup>23)</sup> ZB RIS-Justiz RS0109138, OGH 1 Ob 193/97 g ecolex 1998, 467.

<sup>24)</sup> ZB OGH 4 Ob 42/91 SZ 64/78.

<sup>25)</sup> Auf *Brameshuber*, unten 105 ff.

<sup>26)</sup> Jüngst OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 211/17 y.

<sup>27)</sup> Auf *Fleischer*, unten 43 ff.

<sup>28)</sup> Jüngst OGH 6 Ob 122/16 h GesRZ 2017, 181 (*Kalss*) = ecolex 2017, 1083 (*Rizzi*) = ZfS 2017, 59 (*Kepplinger*); auf *Kalss* in diesem Band, 73 ff.

tur.<sup>29)</sup> Damit steht die bereits erwähnte Konzentration der § 1186 ABGB bzw § 112 Abs 1, § 384 UGB, § 5 Satz 2 HVertrG, § 3 Abs 1 Satz 1 MaklerG auf die Interessenwahrungspflicht in Einklang, aber auch der Komplementärbegriff der *Untreue* als wissentlicher und schädigender Missbrauch einer Befugnis, „über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“. Wesentlich ist also die Übertragung von „Macht“ (vgl auch § 153 StGB) bzw „Gewalt“ (zB § 1009 ABGB) des Machthabers über (Vermögens-)Interessen des Machtgebers. Der Begriff der Treuepflichten entpuppt sich also als Kurzbezeichnung für treuhänderische Pflichten.<sup>30)</sup>

Zweitens sind die sogenannten Treuepflichten bei den erwähnten Rechtsverhältnissen im Gesetz meist nicht oder nur in einzelnen Ausprägungen geregelt und dienen als generalklauselartige Lückenfüller.<sup>31)</sup> „Die“ Treuepflicht bildet in diesen Vertragsverhältnissen also keine Hauptleistungspflicht;<sup>32)</sup> die Treuepflichten konkretisieren und ergänzen vielmehr (deutlich III 15 Nr 43 f<sup>33)</sup>) Codex Theresianus: Verpflichtung „in der Hauptsache zu getreulicher Vollziehung des [...] aufgetragenen Befehls“.<sup>34)</sup> Die Alternative, auch die Hauptleistungspflicht unter die Treuepflichten zu subsumieren, würde diesen ohnehin

<sup>29)</sup> Vgl Cooter/Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, New York University Law Review 66 (1991) 1045 (1046f). Siehe auch zB Timm, *Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen im Kapitalgesellschaftsrecht*, ZGR 1987, 403 (405); Zöllner in KK AktG Einleitungsband (1984) Rz 169; abl Koppensteiner, *Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters*, wbl 1988, 1 (3); Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff, *GmbHG*<sup>5</sup> (2013) § 43 Rz 68.

<sup>30)</sup> Vgl auch bereits U. Torggler/H. Torggler in *Straube*, HGB<sup>3</sup> (2003) § 109 Rz 7; weiters Z 2 lit c Anlage 1 zu § 4 AIFMG, wo von den „treuhänderischen Pflichten“ des Alternative Investmentfonds-Managers (AIFM, dazu § 2 Abs 1 Z 2, § 3 AIFMG) gesprochen wird. Daher macht der Wortteil „Treue“ die Treuepflichten uE keinesfalls zu einem „ethischen Begriff“ (vgl aber Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft*, AcP 180 [1980] 84 [103f]; ähnlich auch Jabornegg in FS Krejci I 667 [668]; s auch Zöllner in KK AktG Einl Rz 169).

<sup>31)</sup> Vgl Brudney/Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harvard Law Review 94 (1981) 997 (999).

<sup>32)</sup> Für die Qualifikation als Hauptpflicht hingegen Strasser in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 18; OGH 8 ObA 209/96 RdW 1996, 538; 15. 11. 2001, 8 ObA 108/01t.

<sup>33)</sup> „43. Der Befehlscontract ist seiner Natur nach in der Folge zweibündig, woraus gleich Anfangs der Befehlshaber dem Befehlsgabe in der Hauptsache zu getreulicher Vollziehung des ihm aufgetragenen Befehls, und zu Erstattung alles dessen, was ihm des anbefohlenen Geschäfts halber zugekommen, verbunden, dagegen aber auch diesem der Befehlsgabe nachher zu seiner Schadloshaltung ruckverbindlich wird.

44. Der getreuliche Vollzug des aufgetragenen Befehls besteht darinnen, daß, sobald der Befehlshaber solchen angenommen, derselbe das anbefohlene Geschäft mit aller Treue und Redlichkeit verrichte, hierbei allen Fleiß, wie in seinen eigenen Sachen anwende, Schaden und Nachtheil verhüte, und die vorgeschriebene Maß des Befehls nicht überschreite, noch darwider handle, oder etwas dagegen vornehme, sondern sich deme, so ihm befohlen worden, in Allen gemäß verhalte.“ Abgedruckt in *Harrasowsky*, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* III (1884) 266.

Vgl die Nachfolgebestimmung des III 16 § 21 Entwurf Horten, abgedruckt in *Harrasowsky*, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* IV (1886) 462.

<sup>34)</sup> Vgl Rubin in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 1009 Rz 25.

schon schillernden Begriff unnötig überfrachten. Auch wäre uE die Annahme kontraintuitiv und gekünstelt, dass der Dienstnehmer durch die Ableistung der 40-Stunden-Woche seine Treuepflicht erfüllt. Ein Kapitalgesellschafter, der die fällige Einlage nicht leistet, handelt damit uE nicht ohne weiteres treuwidrig, sondern befindet sich schlicht und einfach in Verzug mit seiner Hauptleistungspflicht.<sup>35)</sup> Die Treuepflichten betreffen daher nicht das „Was“ des Geschuldeten, sondern regeln das „Wie“, indem sie die fremdnützige Hauptleistung durch Sorgfalts- und Interessenwahrungskomponenten konkretisieren sowie durch (unselbständige und selbständige) Nebenleistungspflichten flankieren und absichern (vgl zB § 1187 Satz 1 ABGB und dazu unten III.B.).

Es gibt hier also durchaus wesentliche Gemeinsamkeiten, die uE den Untersuchungsgegenstand abgrenzen. Gleichzeitig erlauben sie, die terminologischen Bedenken des GesbR-Gesetzgebers zu zerstreuen:<sup>36)</sup> Terminologie ist eine Frage der Zweckmäßigkeit; die entscheidende Frage lautet daher alleine, ob der Überbegriff der Treuepflichten *sachdienlich* ist.<sup>37)</sup> Das ist uE wegen der Gemeinsamkeiten der damit bezeichneten treuhänderischen Pflichten zu bejahen. *Alfred Hueck* ist daher kein Grundlagenirrtum unterlaufen, als er in seiner bedeutenden Arbeit über den „Treuegedanken im modernen Privatrecht“<sup>38)</sup> einen fächerübergreifenden Ansatz gewählt hat.

## B. Zweck und ökonomische Grundlagen

1. Ist der Begriff der Treuepflichten also eine Abkürzung für treuhänderische Pflichten, lenkt sich der Blick wie von allein auf die Kategorie der *fiduciary duties* des anglo-amerikanischen Rechts, welche die *duty of care* und die *duty of loyalty* in treuhänderischen Rechtsverhältnissen (*fiduciary relationships*) zusammenfassen.<sup>39)</sup> Ökonomisch liegt der sogenannte Agentur-Konflikt der *principal-agent*-Theorie<sup>40)</sup> zugrunde. Im Wesentlichen geht es um den Anreiz

<sup>35)</sup> Daher bildet uE die aus § 705 BGB abgeleitete Förderpflicht keine taugliche Grundlage für eine Treuepflicht, wenn diese mehr oder – besser (vgl im Text) – etwas Anderes sein soll als die Beitragspflicht (vgl aber *Lutter*, AcP 180 [1980] 84 [102 ff]). Ebenso kann das Fördergebot des § 1186 Abs 1 ABGB nicht weitergehen als die übernommene Beitragspflicht, verspricht doch zB ein Kapitalgesellschafter gerade nicht, den Gesellschaftszweck sonst wie aktiv zu fördern (deutlicher noch § 1187 Satz 3 ABGB aF; s dazu auch *U. Torggler*, Treuepflichten 66 f).

<sup>36)</sup> Siehe dazu bereits *U. Torggler*, Treuepflichten 10 ff; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*, HGB<sup>3</sup> § 109 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>4</sup> § 108 Rz 16; *Schauer* in *Kalss/Ch. Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/398; gegen *Jabornegg* in FS *Krejci* I 667 (669 f).

<sup>37)</sup> Siehe die Nachweise in der vorigen FN.

<sup>38)</sup> *A. Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1947).

<sup>39)</sup> Statt aller *Cooter/Freedman*, New York University Law Review 66 (1991), 1045 (1046 f).

<sup>40)</sup> Im Ansatz bereits *Adam Smith* (sogleich FN 42); grundlegend zur *separation of ownership and control* *Berle/Means*, The Modern Corporation & Private Property, Transaction Publishers, Second Printing (1997) 47 ff, 66 ff, insb 78 ff, 112 ff; *Jensen/Meckling*, Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, Journal

des Gewalthabers, sich (bewusst oder unbewusst) nachlässig oder sogar untreu zu verhalten,<sup>41)</sup> wenn und weil sich die Folgen nicht in seinem eigenen Vermögen ereignen. In Bezug auf die Organe einer Aktiengesellschaft hat das schon *Adam Smith* festgehalten: „*The directors of such [joint stock] companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own.*“<sup>42)</sup>

Verstärkend wirkt der Informationsvorsprung des Machthabers gegenüber dem Gewaltgeber, weil vollständige Überwachung unverhältnismäßig kostspielig wäre.<sup>43)</sup> Das begünstigt opportunistisches Verhalten. Das Gesetz reagiert durch Sorgfaltspflichten und Loyalitätspflichten zugunsten des Vermögens des Machtgebers,<sup>44)</sup> wie es auch sonst „Einwirkungsmöglichkeit“ eines Vertragspartners mit Schutzpflichten zugunsten des anderen verknüpft.<sup>45)</sup> Es geht also auch um Internalisierung (sonst) externer Kosten.

Entscheidend für die geschilderte „Gefahrenlage“ ist dabei nicht unbedingt die Vertretungsmacht (§ 1017 ABGB) des Agenten, sondern das Handeln auf fremde Rechnung,<sup>46)</sup> wie das Beispiel des Kommissionärs belegt und auch

---

of Financial Economics 3 (1976) 305 (308 ff); *Roe*, The Institutions of Corporate Governance, in *Ménard/Shirley*, Handbook of New Institutional Economics (2005) 371 (372 ff); s auch die weiteren Nachweise bei *Walter Doralt*, Langzeitverträge (2017) 176.

<sup>41)</sup> *Roe* in *Ménard/Shirley*, Handbook of New Institutional Economics 371 (373 f): „stealing and shirking“.

<sup>42)</sup> *Adam Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations<sup>4</sup> (1786), zitiert nach MetaLibri digital edition (2007) 926, wo es weiter heißt: „*Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honour, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.*“

<sup>43)</sup> *Walter Doralt*, Langzeitverträge 177.

<sup>44)</sup> Siehe aber auch unten G. und vgl dazu *Roe* in *Ménard/Shirley*, Handbook of New Institutional Economics 371 (373) (mit Hinweis auf die eingeschränkte Sanktionierung von Sorgfaltsvorstößen aufgrund der Business Judgment Rule). Die Business Judgment Rule will freilich ebenso einen Agenturkonflikt verhindern, namentlich eine Risikoaversion der Organmitglieder (unten FN 157), die den Interessen der „Geschäftsherrin“ (der Gesellschaft) widerspricht. Ihr Ziel ist also die angemessene Balance zwischen *over-* und *underdeterrance*: *Baumgartner*, „Funktionale Rezeption“ am Beispiel der österreichischen Business Judgment Rule, in *Christandl ua.*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaften 2017: Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht (2018) 27 (30 ff, insb 34 ff, 39 ff, 43 ff).

<sup>45)</sup> Vgl schon *Berle/Means*, Modern Corporation 295: „*Wherever one man or a group of men entrusted another man or group with the management of property, the second group became fiduciaries. As such they were obliged to act conscientiously, which meant in fidelity to the interests of the persons whose wealth they had undertaken to handle. In this respect, the corporation stands on precisely the same footing as the common-law trust.*“

<sup>46)</sup> *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, *JBl* 1960, 359 (361 f); *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, *JBl* 1994, 209 (215, 218 f) (mit dem Beispiel der Haftung des Masseverwalters gem § 81 KO) [vgl auch *OGH* 6 Ob 122/16R *GesRZ* 2017, 181 (*Kalss*)].

<sup>47)</sup> Vgl *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>5</sup> § 1009 ABGB Rz 2.

in § 153 StGB anklingt.<sup>48)</sup> Der Arbeitnehmer passt freilich auf den ersten Blick ohne weiteres nicht in dieses Schema. Der notwendige und vertrauensgetragene Zugang zu Gütern, Chancen und Interna des Arbeitsgebers erzeugt aber ebenfalls eine besondere Missbrauchsgefahr zulasten des Prinzipals (Arbeitgebers; vgl auch § 7 AngG, § 11 UWG). Außerdem verdeutlicht die hM zur Risikohaftung gem § 1014 Halbsatz 2 Fall 2 ABGB, die diese auch auf Arbeitnehmer ohne Auftrag iSd §§ 1002 ff ABGB erstreckt, dass „auf Rechnung und Gefahr“ des Arbeitgebers gehandelt wird.<sup>49)</sup> Denn Letzterer trägt das Risiko, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers infolge von Nachlässigkeit oder Untreue nicht den erhofften Erfolg bringt.<sup>50)</sup> Für Arbeitnehmer, die dem Arbeitgeber auch eine Geschäftsbesorgung schulden, gelten freilich gem § 1151 Abs 2 ABGB die auftragsrechtlichen Treuepflichten ohnehin unmittelbar.

2. Die Regelungstechnik eher unbestimmter und insbesondere generalklauselartiger Ge- und Verbote, erklärt sich durch die *incomplete-contract-theory*. Sie beruht auf der Überlegung, dass die vertragliche oder auch dispositivgesetzliche Regelung sämtlicher Eventualitäten oft unmöglich ist oder wenigstens prohibitive Transaktionskosten erzeugen würde. Ergebnis ist eine „Flucht in Generalklauseln“.<sup>51)</sup> Daher sind die Treuepflichten vom Gesetzgeber in Umsetzung des präsumtiven Parteiwillens insbesondere dort angeordnet, wo die Parteien eines so genannten relationalen Vertrags das künftig gebotene Verhalten im Einzelnen nicht effizient vertraglich festlegen können.<sup>52)</sup> Das ist umso mehr der Fall, je größer die Unvorhersehbarkeit der Zukunft ist und je vielfältiger die künftigen Handlungsalternativen sind.<sup>53)</sup>

Daher erleichtern Generalklauseln die „flexible“ Anpassung an geänderte Umstände (vgl auch § 1190 Abs 3 ABGB; § 115 Abs 3, § 385 Abs 2 UGB; § 665 BGB; s dazu auch noch unten II.C.). Ein Spezifikum der Dauerschuldverhältnisse werden sie dadurch freilich nicht, wie die Beispiele des zivilrechtlichen Auftrags und des Maklervertrags<sup>54)</sup> belegen. Dennoch ist ihre Bedeutung bei längerda-

<sup>48)</sup> Vgl auch Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics 3 (1976) 305 (308); „*agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent.*“

<sup>49)</sup> Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 137; monographisch F. Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986), insb 85 (88); s auch Faber, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht (2001) 243; vgl schon Herrenhausbericht III. Teilnovelle, 78 BlgHH 21. Session (1912) 207 (zu § 1151 ABGB): Merkmale des Dienstvertrags: „[...] e) Haftung des Arbeitnehmers für Diligenz, im Übrigen aber f) Erfolg wie Mißerfolg der Arbeit auf Rechnung des Arbeitgebers“.

<sup>50)</sup> Vgl insb F. Bydlinski, Risikohaftung 85, 88.

<sup>51)</sup> Vgl Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln (1933); s dazu aber auch Wegerich, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit (2004).

<sup>52)</sup> Vgl Fischel/Bradley, 71 Cornell Law Review (1985-86) 261 (266): „*Best understood as an implied term in the agency agreement that managers act to further shareholders' pre-emptive goal of wealth maximization, the fiduciary principle lowers the costs of contracting.*“

<sup>53)</sup> Vgl Walter Doralt, Langzeitverträge 181 ff, 294, 594 ff; vgl auch Baird, Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts, Journal of Legal Studies 19 (1990) 583 (586).

<sup>54)</sup> Vgl unten FN 64.

ernden Vertragsverhältnissen in der Regel besonders groß, mögen auch Dauerhaftigkeit oder Wiederholungsabsicht kooperatives Verhalten begünstigen und dadurch den Agenturkonflikt abschwächen.<sup>55)</sup> Arbeitsverträge bilden geradezu das Paradebeispiel für relationale Verträge; der Gedanke der *incomplete contracts* trägt hier besonders, mag der *principal-agent*-Konflikt auch etwas anders als bei Geschäftsbesorgungen gelagert sein (soeben unter 1)).

## C. Rechtsgrundlagen

### 1. Einführung

In der Trias der Schuldverhältnisse – (eigenbürtiger) Austausch, kollektivbürtige Gemeinschaft und fremdbürtige Geschäftsführung<sup>56)</sup> – sind die Treuepflichten nach dem Gesagten vorrangig im drittgenannten Bereich angesiedelt. Im Recht der Austauschverträge ist hingegen nach dem Gesagten kein Raum für Treuepflichten im beschriebenen Sinn, zumindest im Wesentlichen, wenn man die Tür für den Arbeitsvertrag ein Stück weit offen halten will.<sup>57)</sup> Der Käufer verpflichtet sich gerade nicht zu Wahrung der Interessen des Verkäufers. R. v. *Jhering* hat das auf den Punkt gebracht: „sein Schaden mein Gewinn. Niemand kann es mir verargen, dass ich für mich, nicht für ihn sorge, Jeder hat in diesen Verhältnissen für sich selber einzustehen“.<sup>58)</sup> Eine besondere „Treuebindung“ gegenüber der anderen Vertragspartei verträgt sich damit freilich nicht und wäre auch ökonomisch sinnlos.<sup>59)</sup>

### 2. Auftrag und verwandte Rechtsgebiete

*Sedes materiae* sind in Österreich daher vor allem die §§ 1002 ff ABGB über den sogenannten Bevollmächtigungsvertrag, wobei es im gegebenen Zusammenhang um die Bestimmungen geht, die nicht bloß die Vollmacht, sondern zumindest auch das Innenverhältnis und insbesondere die Interessenwahrungspflichten des Machthabers betreffen (insbesondere §§ 1009, 1012 f ABGB).<sup>60)</sup>

Wegen des fortgeschrittenen Alters des zweitundzwanzigsten Hauptstücks ist aber auch der Blick auf verwandte Regelungen der Sonderprivatrechte gebo-

<sup>55)</sup> Walter Doralt, Langzeitverträge 149 f, 190, 269 ff mwN; vgl auch Fischel/Bradley, 71 Cornell Law Review (1985-86) 261 (266 f); vgl aber auch Baird, Journal of Legal Studies 19 (1990) 583 (585) (mit dem Hinweis auf opportunistisches Verhalten in Reaktion auf *sunk investments*).

<sup>56)</sup> Dazu U. Torggler, Gesellschaftsrecht I – Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2013) Rz 110.

<sup>57)</sup> Für einen Anwendungsbereich von „Treuepflichten“ (wohl aber iS eines weiten Begriffsverständnisses) im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen, jedenfalls soweit darin Kooperationselemente enthalten sind: Walter Doralt, Langzeitverträge 268 ff, 282, 594 ff.

<sup>58)</sup> R. v. *Jhering*, Der Zweck im Recht I (1877) 217.

<sup>59)</sup> Vgl Walter Doralt, Langzeitverträge 268 ff, 282, 594 ff: abgeschwächte Rücksichtnahmepflichten bei reinen Austauschverhältnissen.

<sup>60)</sup> Vgl dazu zB P. Bydlinski in KBB<sup>5</sup> § 1002 ABGB Rz 3; ausdr zwischen Innen- und Außenverhältnis differenzierend bereits III 15 Nr 41, 42 Codex Theresianus, Harrasowsky, Codex Theresianus III 266.

ten, wenn und soweit sie nicht auf dortigen Besonderheiten beruhen, sondern auf analogiefähigen jüngeren Einsichten des Gesetzgebers. Diese Voraussetzung ist in relativ weitem Ausmaß gegeben:

Schon das Kommissionsrecht des ADHGB nahm Anleihen beim Auftrag und beschränkte sich dabei bewusst nicht auf Spezialregelungen:

„Der Kommissionär steht zu dem Kommittenten in dem Verhältnisse eines Mandatars zum Mandanten; es finden daher, soweit nicht die eigenthümliche Natur der Kommission entgegensteht, in dieser Hinsicht die allgemeinen Bestimmungen über das Mandat Anwendung. Eine vollständige Einschaltung dieser Bestimmungen wäre natürlich nicht am Orte; dagegen schien es angemessen [...] einige der hauptsächlichen Konsequenzen aus der Mandatsnatur der Kommission speziell hervorzuheben, um dadurch den Vorschriften des vorhergehenden Artikels eine größere Anschaulichkeit zu geben. Der Inhalt der Artikel 278. und 279. [vgl §§ 384ff UGB] bedarf hiernach keiner weiteren Rechtfertigung“.<sup>61)</sup>

Die angesprochene Regelungsstrategie, zur Verbesserung der Übersichtlichkeit der Rechtsgrundlagen Redundanzen in Kauf zu nehmen, wurde durch das HGB fortgesetzt. Namentlich betonen die Materialien zu §§ 384f HGB über die Sorgfalts- und Loyalitätspflichten des Kommissionärs die Fundierung im allgemeinen Auftragsrecht des BGB.<sup>62)</sup> In dieselbe Kerbe schlagen die Erläuterungen zu § 2 Handelsagentengesetz 1921 über die parallelen Pflichten des Handesvertreters (vgl § 5 HVertrG 1993)<sup>63)</sup> sowie jene zu § 3 MaklerG, die ausdrücklich auf § 1009 ABGB Bezug nehmen.<sup>64)</sup>

Insgesamt haben also die Regelungen über besondere Auftragsverhältnisse nicht durchwegs den Charakter von (abweichenden) *leges speciales*, sondern sollen gerade auch in Bezug auf die Treuepflichten der jeweiligen Auftragnehmer die allgemeinen Regeln konkretisieren und fortbilden. Insofern taugen die „Spezialregelungen“ daher als Grundlage einer analogen Fortbildung des Auftragsrechts im Wege der Induktion und eventuell in weiterer Folge zur deduktiven Gewinnung konkreterer Rechtssätze.<sup>65)</sup> Aber auch soweit die Sonderregelungen doch auf Besonderheiten der jeweiligen Mandatsverhältnisse beruhen, kommt

<sup>61)</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Theil II (1857) 150, zu Art 278 des Preußischen Entwurfs (vgl Art 361 ADHGB, § 384 HGB/UGB); vgl auch aaO 156 zu Art 290 des Preußischen Entwurfs (vgl Art 372 ADHGB, § 387 HGB/UGB).

<sup>62)</sup> Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (Reichstagsvorlage, 1897) 232f, abgedruckt in *Hahn/Mugdan*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen VI (1897) 383, zu §§ 376f des Entwurfs (vgl §§ 384f HGB/UGB).

<sup>63)</sup> Begr RV 220 BlgNR 1. GP 15 (Handelsagentengesetz 1921).

<sup>64)</sup> ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 16 (MaklerG); vgl auch aaO 19.

<sup>65)</sup> Vgl dazu *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 1002 Rz 15; allg *Pisko*, Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechtes (1935) *passim*; zur induktiv-deduktiven Methode s *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) insb 4, 9ff, 411ff; unten FN 76.