

**Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Band 53

Geschäftsführung und Bereicherung

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

Geschäftsführung und Bereicherung

**Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Schermaier, Bonn

Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster

Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken

Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg

Band 53

Geschäftsleitung und Bereicherung

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 978-3-428-12071-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Dem Gedenken an
Herta Müller*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Gesetzliche Pflichten im Vertragsgewand	9
--	---

Erstes Kapitel

Die <i>negotiorum gestio</i> des klassischen römischen Rechts	13
--	----

§ 1 <i>Utilitas</i> und <i>ratihabitio</i>	13
I. <i>Utilitas</i> im Ergebnis	13
II. <i>Utilitas</i> als Zurechnungskriterium	16
§ 2 Fremdgeschäftsführungsweise und -bewußtsein	19
I. Objektiv neutrale Geschäfte	20
II. Schädliche und erfolglose Geschäftsbesorgung	23
III. Erfolgreiche Geschäftsführung	24
IV. Zwischenergebnis.....	34
§ 3 Geschäftsführung und Drittauftrag	35
I. Vertrag und Willensrichtung.....	35
II. Exklusivität der <i>negotiorum gestio</i>	37
III. Zwei Arten der <i>negotiorum gestio</i>	40
§ 4 Ergebnis.....	42

Zweites Kapitel

Die Entwicklung bis zur Kodifikation	45
---	----

§ 5 Die Lehre der Glossatoren	45
I. Das allgemeine Genehmigungserfordernis.....	45
II. Die vier Arten des <i>negotium alienum</i> und das Bereicherungsverbot	47

III. Utilitas als Zurechnungskriterium und die Konkurrenz zum Drittauftrag	52
§ 6 Die elegante Jurisprudenz.....	54
I. Cujaz und die Trennung von <i>actio directa</i> und <i>actio contraria</i>	54
II. Faber und das allgemeine Bereicherungsverbot.....	57
III. Donellus und der objektive Begriff des <i>negotium alienum</i>	61
§ 7 Naturrechtslehrer und -gesetzbücher	65
I. Grotius.....	66
II. Christian Wolff	67
III. Der <i>Code civil</i>	69
IV. ALR und ABGB	72
§ 8 Die Pandektenwissenschaft und das BGB	75
I. Die Tendenz zum Bereicherungsrecht.....	75
II. Der subjektive Geschäftsführungs begriff des BGB.....	80
§ 9 Ergebnis.....	84

Drittes Kapitel

Die Folgen des subjektivierten Geschäftsführungs begriffs	88
§ 10 Überforderte Bereicherungsdogmatik.....	88
I. <i>Enrichissement sans cause</i> im französischen Recht.....	88
II. Der Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB.....	89
III. Die Eingriffskondition nach § 812 BGB	91
§ 11 Vorteilsabschöpfung beim Drittauftrag	93
I. Der Sonderweg der deutschen Rechtsprechung	93
II. Die deutsche Rechtslehre und ihre Kritik	95
§ 12 Die erfolgreiche Geschäftsführung als Rechtsfigur.....	98
I. Ein adäquater Mechanismus für die Falllösung.....	98
II. Die Ableitung aus dem Gesetz	100

Einleitung

Gesetzliche Pflichten im Vertragsgewand

Daß die Geschäftsführung ohne Auftrag in vielen Rechtsordnungen noch heute, und sei es auch nur dem Namen nach, als Quasikontrakt gilt, liegt nicht nur daran, daß sie sich in Justinians Institutionen unter dem Titel *de obligatione quasi ex contractu* (IJ 3.27) findet. Die Ähnlichkeitsbeziehung zum regelrechten Vertrag ist älter und in der Struktur des Rechtsinstituts selbst begründet. Die Geschäftsführung ohne Auftrag, wie sie in der römischen *negotiorum gestio* erstmals ausgebildet und durch sie fortan geprägt ist, entspricht nicht nur in ihren Rechtsfolgen dem Vertragstyp des *mandatum*. Mit ihren beiden charakteristischen Elementen: dem Fremdgeschäftsführungswillen des Geschäftsbewegers und der Nützlichkeit der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn, kommt sie auch dem konsensualen Tatbestand des Auftrags nahe: Auf der einen Seite gibt es eine dem vertraglichen Verpflichtungswillen vergleichbare Absicht; und in der anderen Person tritt ein Vorteil ein, der die Verweigerung vertragsähnlicher Rechtsfolgen treuwidrig erscheinen ließe. Die römische *negotiorum gestio* ist zudem von vornherein oder zumindest schon sehr früh auch zur Bewältigung von Konstellationen eingesetzt worden, die sich von einem regelrechten Vertrag nur unwesentlich unterschieden: Zu ihren ersten Anwendungsfällen gehörte außer der Prozeßvertretung eines in Abwesenheit Beklagen¹ die Vermögenssorge durch einen *procurator omnium bonorum*.² Diese entsprach in ihrem Erscheinungsbild völlig dem eines Konsensualkontrakts. Aus seinem Schema fiel sie nur deshalb heraus, weil man die Weisung des Geschäftsherrn an den *procurator*, der sein ehemaliger Sklave und damit abhängig war, bis zur Hochklassik nicht als Ausdruck eines freien *consensus* unter den Parteien gelten lassen wollte.³ Ob dieser oder der Fall freiwilliger Prozeßvertretung eines abwesenden Beklagen und welche der hierfür jeweils konzipierten Klageformeln äl-

¹ Diese Konstellation erscheint in Ulpian's Ediktslaudation in D 3.5.1 Ulp 10 ed.

² Das anfängliche Nebeneinander dieser beiden grundverschiedenen Konstellationen verwundert Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht, 1968, S. 109f., 322.

³ Vgl. Seiler (Fn. 2), S. 107f.

ter sind, läßt sich heute nicht mehr mit Sicherheit feststellen.⁴ Gewiß ist nur, daß die Ähnlichkeit der *negotiorum gestio* mit einem regelrechten Vertragsverhältnis seit Einführung der auf die Prokuratur passenden zivilen Klage und ihrer der Auftragsklage entsprechenden *bona fides*-Formel unübersehbar war. Es nimmt daher keineswegs wunder und gibt auch keinen Anlaß für die Annahme von fremden Texteinflüssen⁵, wenn die klassischen Juristen die *negotiorum gestio* gelegentlich *contractus* nennen⁶ und sie auch unter Labeos bekannte Definition des Vertrags als *obligatio ultro citroque*⁷ paßt.

Ebenso unverkennbar wie die Kontraktsnähe ist freilich auch, daß die *negotiorum gestio*, wenn ihr Tatbestand dem eines richtigen Vertrags auch ähnelt, doch ohne *consensus* auskommt, die erzeugten Rechtsfolgen also von der Rechtsordnung aufgekroyert sind. Diese Einsicht liegt der Einordnung der *negotiorum gestio* im Vorgängerwerk der justinianischen Institutionen, den angeblich auf Gaius zurückgehenden *res cottidianaे* oder *aurea*, zugrunde. Die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag erscheint hier als eine der *obligationes ex variis causarum figuris*.⁸ Für den Autor der *res cottidianaе* ist sie nicht nur vom Delikt, sondern auch vom Vertrag grundlegend verschieden und allein *utilitatis causa recepta*.⁹

Frucht der Einsicht in den unfreiwilligen Charakter der Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag können zwei völlig verschiedene Schlußfolgerungen sein: Entweder man sieht ganz von der Vertragsähnlichkeit ab und vernachlässigt das hierfür ausschlaggebende Merkmal, nämlich den Fremdgeschäftsführungswillen auf Seiten des Geschäftsbesorgers. Oder man konzentriert sich auf die vertragsähnliche Kombination von Fremdgeschäftsführungswillen und Nützlichkeit und weist die übrigen Fälle einem anderen, zumindest heute eindeutig gesetzlichen Haftungsinstitut: der Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung, zu. Während die römischen Juristen der hoch- und spätklassischen Zeit, wie sich noch zeigen wird, den ersten Weg wählten, ist in der späteren Rechtsentwicklung der Schritt ins Bereicherungsrecht üblich gewor-

⁴ Daß die *actio in factum* für die spontane Prozeßvertretung älter als die *actio in ius concepta* ist, glaubt außer Seiler (Fn. 2), S. 318ff. jetzt auch Finazzi, Ricerche in tema di *negotiorum gestio* I. Azione pretoria ed azione civile, 1999, S. 421ff. Eine umgekehrte Entwicklung nimmt Cenderelli, La *negotiorum gestio* I. Struttura, origini, azioni, 1997, S. 140ff. an. Wlassak, Zur Geschichte der *negotiorum gestio*, Jena 1879, S. 25ff., 39ff., 178ff. hält die *actio in factum* und den von ihr erfaßten Fall der Prozeßvertretung für älter, glaubt aber, als *negotiorum gestio* habe zunächst auch das Handeln in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung gegolten.

⁵ Diese unterstellt Cenderelli (Fn. 4), S. 71ff.

⁶ Vgl. D 50.17.23 Ulp 29 Sab, D 3.5.15 Paul 7 Plaut.

⁷ D 50.16.19 Ulp 11 ed.

⁸ D 44.7.1pr. Gai 2 aur.

⁹ D 44.7.5pr. Gai 3 aur.

den. Das stets wiederkehrende Argument hierfür lautet, daß das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn man es denn über seinen ursprünglichen Geltungsbereich hinaus ausdehnt, „eigentlich“, will sagen: funktional, ohnehin ein bereicherungsrechtliches Instrument sei. Denn „eigentlich“ gehe es, wenn der Fremdgeschäftsführungswille fehle, lediglich darum, eine Bereicherung des Geschäftsbesorgers durch Eingriff in die Vermögensphäre des Geschäftsherrn und umgekehrt eine Bereicherung des Geschäftsherrn durch unvergoltene Aufwendungen des Geschäftsführers zu vermeiden.

Der Geburtsfehler dieser nun schon seit langem herrschenden Ansicht liegt darin, daß sie das allgemeine Ziel, die Begünstigung eines Rechtsgenossen auf Kosten eines anderen zu verhindern, mit der konkreten Aufgabe gleichsetzt, die dem wiederum römisch geprägten Bereicherungsrecht zukommt. Dieses ist jedoch keineswegs exklusiv dafür zuständig, den Eintritt eines unberechtigten Vorteils zu vermeiden. Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag, die von einem Fremdgeschäftsführungswillen getragen wird, dient ihm. In ihr wirkt ebenfalls und keineswegs minder das Bestreben, den Geschäftsherrn nicht einseitig auf Kosten des Geschäftsbesorgers und diesen nicht auf Kosten des Geschäftsherrn profitieren zu lassen.

Daß dieses Ziel durch eine vertragsähnliche Konstruktion verwirklicht wird, ist keineswegs eine Besonderheit der Geschäftsführung ohne Auftrag. Auch die Verpflichtungen regelrechter Vertragspartner sind, soweit sie über die Erbringung der versprochenen Leistungen hinausgehen, nicht privatautonom begründet, sondern von der Rechtsordnung aufgezwungen. In das Vertragsschema geraten sie erst durch die Fiktion, daß sich die Vertragsparteien nicht nur zur Leistung, sondern auch zur gegenseitigen Rücksicht verpflichten wollen. Diese Fiktion ist seit Einführung der römischen Klageformeln, welche die Vertragspartner auf die *bona fides* verpflichteten, so tief in das Bewußtsein der Juristen gedrungen, daß sie als solche nur noch im Grenzbereich der vorvertraglichen Pflichten wahrgenommen wird. Weil es hier an einem Vertragsschluß fehlt, wird offenbar, daß in der umfassenden Verpflichtung zur Rücksichtnahme nicht der rechtsgeschäftliche Wille, sondern allein die Rechtsordnung am Werke ist. Dies gilt für die Zeit nach dem Vertragsschluß freilich ebenso wie für die Zeit davor und ist weder hier noch dort ein Grund, die Nebenpflichten der Parteien gesetzlich zu nennen. Obwohl sie im Grunde Verhaltensanforderungen der Rechtsgemeinschaft an den einzelnen Rechtsgenossen darstellen, sind sie auf rechtstechnischer Ebene doch einwandfrei vertraglich.

Das Beispiel der vertraglichen Nebenpflichten zeigt, daß nicht das übergeordnete Ziel einer Verpflichtung, sondern ihre Ausgestaltung über ihre Einordnung in das Schuldrechtssystem entscheidet. Wenn schon das Ziel, jemanden für die Rücksichtslosigkeit gegenüber seinem Vertragspartner haftbar zu machen, durch die Konstruktion einer vertraglichen Nebenpflicht verwirklicht wird, kann erst recht eine vertragsähnliche Rechtsfigur Einsatz finden, um die