

ANDREAS BERGMANN

Die Geschäftsführung
ohne Auftrag als
Subordinationsverhältnis

Jus Privatum

152

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 152



Andreas Bergmann

Die Geschäftsführung
ohne Auftrag
als Subordinationsverhältnis

Die Rechtsinstitute der *negotiorum gestio*
in subordinationsrechtlicher Betrachtungsweise

Mohr Siebeck

Andreas Bergmann, geboren 1973; Abitur 1993; Wehrdienst von Oktober 1993 bis September 1994; 1994–1999 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes; Erstes Juristisches Staatsexamen: 1999; Promotion: 2002; Zweites Juristisches Staatsexamen 2003; von 2003 bis 2009 Wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Martinek (Saarbrücken); Habilitation Juli 2009; Lehrbefugnis für die Fächer Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Neuere Privatrechtsgeschichte; seit Juli 2010 Professor an der Universität Bayreuth.

e-ISBN PDF 978-3-16-151229-2
ISBN 978-3-16-150329-0
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinem lieben Vater,
dem PräsVG a.D. Dr. iur. *Karl Walter Bergmann*
* 24.10.1940 Schwerte (Preußische Provinz Westfalen)
† 6.3.2008 Saarbrücken (Saarland)

Vorwort

Folgende Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Habilitationsschrift angenommen; Literatur und Rechtsprechung sind bis April 2009 berücksichtigt.

Mein Dank geht an meine akademischen Lehrer, Prof. *Michael Martinek* und Prof. *Helmut Rüßmann*, denen ich mich freundschaftlich eng verbunden fühle. Wohl nur in wenigen Werken kommt die Zugehörigkeit zu einer bestimmten „Schule“ deutlicher zum Ausdruck. Folgender Versuch einer wissenschaftlichen Neuerfassung und Deutung der klassischen Rechtsinstitute der *negotiorum gestio* (Geschäftsführung ohne Auftrag) knüpft unmittelbar an den großen Linien der subordinationsrechtlichen Forschungen von Prof. *Martinek* für den Bereich der entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge an. Auch Prof. *Rüßmann*, der mich immer wieder zu größerer methodischer Disziplin angehalten hat, kann sich hoffentlich in diesem Werk wiedererkennen. Dank geht auch an Prof. *Tiziana Chiusi*, die das Gelingen dieser Arbeit stets wohlwollend beobachtet, begleitet und unterstützt hat.

Mein Dank geht an meine Mutter *Helga Bergmann* (geb. *Thamm*) und meine Schwester RiAG *Susanne Kohler-Bergmann*, die mit gutem Rat und großer Tat das Werden dieser Arbeit, teilweise bis hin zur körperlichen Erschöpfung, unterstützt haben. Weite Teile dieser Arbeit hat noch mein Vater PräsVG Dr. *Karl Walter Bergmann* mit großem Engagement begleitet; leider war es ihm nicht mehr vergönnt, ihre Fertigstellung zu erleben. Die Arbeit sei seinem Gedächtnis angedient. Erwähnen will ich auch den engen Freund meiner Eltern *Reginald Riebling*, der oft unter großem Zeitdruck die vielfältigen Manuskripte dieser Arbeit immer und immer wieder unermüdlich durchgesehen hat.

Nur räumlich an letzter Stelle steht mein Dank an meine Freunde, von denen jeder der besonderen Hervorhebung verdienen würde, aus deren Kreis ich aber stellvertretend nur den Doktoranden der historischen Theologie *Andreas Merl* gesondert nennen will.

Saarbrücken, im Herbst 2009

Andreas Bergmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
§ 1. Einführung	1

1. Teil

Die Theorie der echten Geschäftsführung ohne Auftrag

§ 2. Die Theorie der echten Geschäftsführung ohne Auftrag	13
§ 3. Die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag	66
§ 4. Das Verhältnis zu Mandat und Realvertrag	77
§ 5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag und das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung	83
§ 6. Die Systematik der Geschäftsführung ohne Auftrag	89

2. Teil

Tatbestand und Rechtsfolgen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Abschnitt. Der Grundtatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag ..	111
§ 7. Geschäftsbesorgung	111
§ 8. Die Subordination	121
§ 9. Die Subsidiarität der Geschäftsführung ohne Auftrag	169

2. Abschnitt. Das gesetzliche Schuldverhältnis	187
§ 10. Allgemeiner Teil	187
§ 11. Die Pflicht zur ordentlichen Geschäftsführung	216
§ 12. Die übrigen Verbindlichkeiten der actio directa	262
§ 13. Die fehlende Geschäftsfähigkeit des Gestors	269
§ 14. Die actio contraria	273
§ 15. Besonderer Teil des Rechts der echten Geschäftsführung ohne Auftrag	345

3. Teil

Privilegierter Rückgriffsanspruch und die Eigengeschäftsführung

§ 16. Der privilegierte Rückgriffsanspruch	415
§ 17. Die Eigengeschäftsführung	431
Literaturverzeichnis	489
Gesetzesmaterialien; Principles; Restatements	501
Sachregister	503

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
§ 1. Einführung	1

1. Teil

Die Theorie der echten Geschäftsführung ohne Auftrag

§ 2. Die Theorie der echten Geschäftsführung ohne Auftrag	13
I. Der Vorwurf der Denaturierung der Geschäftsführungsregeln und gegenläufige Tendenzen	14
II. Theorie der Menschenhilfe	18
1. Das Leitbild der Menschenhilfe: Selbstlosigkeit als Tatbestandsmerkmal	18
2. Selbstlose Motivation und Subordination	22
3. Die Theorie der Menschenhilfe, das BGB und der DCFR ...	23
III. Quasivertragstheorie	26
1. Die negotiorum gestio als Quasikontrakt	26
2. Quasikontraktstheorie und das BGB	29
IV. Objektive Theorie	30
1. Das objektiv fremde Geschäft als Anknüpfungspunkt	30
2. Die objektive Theorie und das BGB	32
3. Die objektive Theorie in der modernen Wissenschaft und Rechtsprechung	33
4. Prinzip der höherrangigen Zuständigkeit	33
V. Die Quasideliktstheorie: Das Naturrecht und der anglo-amerikanische Rechtskreis	34

1. Das Naturrecht	35
2. Der angelsächsische Individualismus	41
3. Bewertung	46
VI. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinations- verhältnis	47
1. Die Interessenwahrnehmung (Subordination)	47
2. Die normative Geschäftsführungsabsicht als tragendes Element der realgeschäftlichen Interessenwahrnehmung	49
3. Bedeutungslosigkeit des „fremden Geschäfts“	56
4. Der präsumtive Wille und das Interesse des Geschäftsherrn .	57
5. Geschäftsführer und Geschäftsherr	58
6. Konfligierende Interessen	60
7. Motivation und Reflexvorteile	61
8. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Instrument der Lückenfüllung	63
9. Absentia vel ignorantia	64
§ 3. Die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag	66
I. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als juristische Handlung ..	66
1. Tradierte Einordnungsversuche	66
2. Das fehlende subjektive Element	69
II. Die persönlichen Entstehungsvoraussetzungen der Gestion	71
1. Voraussetzungen in der Person des Geschäftsführers	71
a. Geschäftsfähigkeit	71
b. Gestionsfähigkeit	72
c. Geschäftsführungsrechtliche Auswirkung	74
aa. Actio directa	74
bb. Actio contraria	74
2. Voraussetzungen in der Person des Geschäftsherrn	75
§ 4. Das Verhältnis zu Mandat und Realvertrag	77
I. Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag	77
1. Geschäftsführung ohne Auftrag, ratihabitio und Vertrag	77
2. Abgrenzungsschwierigkeiten	81
II. Realvertrag	82
§ 5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag und das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung	83

§ 6. Die Systematik der Geschäftsführung ohne Auftrag	89
I. Das actionenrechtliche Verständnis des römischen Rechts	89
II. Die Lehre von der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag	91
1. Inhalt der Lehre	91
2. Die Verallgemeinerung des Utilitätsprinzips: Die Theorie der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag als Quasikontraktstheorie	91
3. Legitimationsfunktion	92
III. Die Lehre von der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag in nationalen Rechtsordnungen und dem Book V des DCFR ...	95
IV. Insbesondere: Die Systematik der §§ 677 bis 686 BGB	98
1. Der actionenrechtliche Systematik der §§ 677 bis 686 BGB ..	98
a. Die geschäftsführungsrechtlichen Ansprüche des Geschäftsherrn (actio directa)	100
b. Die geschäftsführungsrechtlichen Ansprüche des Geschäftsführers (actio contraria)	101
2. Die tradierte Lehre von der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag	102
a. Die Systematisierung des deutschen Geschäftsführungsrechts auf Grundlage der Lehre von der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag	103
b. Unvereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung	105

2. Teil

Tatbestand und Rechtsfolgen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Abschnitt. Der Grundtatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag ..	111
§ 7. Geschäftsbesorgung	111
I. Der Begriff des Geschäfts	111
II. Handlungen tatsächlicher Art	112
III. Nichtvermögensbezogene Handlungen	113
IV. Dulden oder Unterlassen	114
V. Geschäftsführung aus Gefälligkeit	116
VI. Verbotene und sittenwidrige Geschäfte; anfängliche Unmöglichkeit	119

§ 8. Die Subordination	121
I. Die Entwicklung des Geschäftsführungsbegriffs	122
1. Von der Glosse bis zum Beginn der historischen Schule	122
2. Älteres gemeines Recht und Pandektistik	123
3. Die Gesetzgebung zum BGB	125
a. Der Vorentwurf v. Kübels	125
b. Die Beratungen der Ersten und Zweiten Kommission	126
II. Geschäftsführungsbegriff des § 677 BGB	127
III. Rechtsvergleichung; Europäische Rechtsvereinheitlichung	131
IV. Kritik des fremden Geschäfts	133
1. Das objektiv fremde Geschäft (negotium re ipsa alienum) ...	134
a. Begriff des objektiv fremden Geschäfts	134
b. Das objektiv eigene Geschäft	137
c. Reflexvorteile	139
2. Das subjektiv fremde Geschäft (negotiorum gerentis voluntate alienum)	142
3. Das auch-fremde Geschäft (Auch-Gestion)	143
a. Die Rechtsprechung des BGH	143
b. Kritik der Lehre und der Instanzgerichtsbarkeit	144
c. Das fremde Geschäft als relativer Begriff	147
d. Das gemeinschaftliche Geschäft	148
e. Verhältnis zur Lehre von der Geschäftsanmaßung	149
V. Die Geschäftsführungsabsicht	149
1. Die tradierte Lehre vom Fremdgeschäftsführungswillen ...	150
a. Begriff und Inhalt des Fremdgeschäftsführungswillens	150
b. Empirisches Verständnis und Nachweis des Fremdgeschäftsführungswillens	152
c. Kritik an der Lehre vom Fremdgeschäftsführungswillen	154
2. Die Geschäftsführungsabsicht als normatives Tatbestands- merkmal der Subordination	155
a. Interessenwahrnehmung (Subordination)	155
b. Die Geschäftsführungsabsicht als normatives Tatbestandsmerkmal	156
c. Verhältnis Geschäftsführungsabsicht – Nützlichkeit	157
d. Geschäftsführungsabsicht und Reflexvorteil	158
e. Geschäftsführungsabsicht und Motivation	159
f. Spontanität	160
g. Freiwilligkeit und gegenläufige Interessen	160
h. Bestimmung des Geschäftsherrn nach der Zuweisungsrichtung der Geschäftsführungsabsicht	162
i. Geschäftsführer und Geschäftsführungsgehilfe	165
j. Der privilegierte Rückgriffsanspruch	167

§ 9. Die Subsidiarität der Geschäftsführung ohne Auftrag	169
I. Vertragliche Regelung der Geschäftsführung	170
1. Abschließende Regelung der Geschäftsbesorgung	170
2. Überschreitung vertraglicher und organschaftlicher Befugnisse	172
3. Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses	174
4. Der vertraglich drittgebundene Geschäftsführer	175
II. Gesetzliche Regelung der Geschäftsführung	176
1. Abschließende gesetzliche Regelung	176
2. Nicht abschließende gesetzliche Regelungen	177
3. Öffentlich-rechtliche Geschäftsführungspflichten im Interesse der Allgemeinheit	178
III. Bewusstsein der Auftragslosigkeit	179
IV. Geschäftsführung für mehrere Personen	180
V. Gescheiterte Vertragsanbahnung und unbestellte Leistungen (§ 241a BGB)	181
1. Gescheiterte Vertragsanbahnung	181
2. Unbestellte Leistungen (§ 241a BGB)	182
2. Abschnitt. Das gesetzliche Schuldverhältnis	187
§ 10. Allgemeiner Teil	187
I. Überblick	187
1. Das unvollkommene zweiseitige Rechtsverhältnis	187
2. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten	188
a. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers	188
b. Rechte und Pflichten des Geschäftsherrn	188
aa. Herausgabeanspruch und Verpflichtung zum Aufwendungsersatz	188
bb. Haftung wegen Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten	189
II. Die sachliche Reichweite des übernommenen Geschäfts	189
III. Beschränkung auf das Innenverhältnis	192
1. Keine Vertretungsmacht	192
2. Keine allgemeine Versionsklage	195
IV. Beginn und Ende des gesetzlichen Schuldverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag	197

1. Beginn des gesetzlichen Schuldverhältnisses	197
2. Beendigung des gesetzlichen Schuldverhältnisses	198
a. Erledigung, Abstandnahme, Unmöglichkeit, Einigung	198
b. Beendigung durch den Geschäftsherrn	199
c. Tod und Geschäftsunfähigkeit	199
d. Rechtsfolgen der Beendigung	201
V. Mehrheit von Geschäftsherren und Geschäftsführern	202
1. Mehrere Geschäftsführer	203
a. Actio directa	203
b. actio contraria (Aufwendungsersatzanspruch)	204
2. Mehrere Geschäftsherren	205
a. Actio contraria (Aufwendungsersatzanspruch)	205
b. Actio directa: Herausgabeanspruch	207
VI. Konkurrenzen zu anderen Rechtsinstituten	207
1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	208
2. Bereicherungsrecht	210
3. Recht der unerlaubten Handlung	211
VII. Verjährung	214
§ 11. Die Pflicht zur ordentlichen Geschäftsführung	216
I. Die Subordination als tragender Gedanke	216
II. Inhalt der Pflicht zur ordentlichen Geschäftsführung	222
1. Der (präsumtive) Wille des Geschäftsherrn als Maßstab der Geschäftsführung ohne Auftrag	222
2. Anzeige- und Wartepflichten als Annex des subjektiven Prinzips	226
a. Anzeige- und Benachrichtigungspflicht	227
b. Wartepflicht	229
c. Verletzung der Anzeige- und Benachrichtigungspflichten	229
3. Besondere Fälle	231
a. Pflicht zur Übernahme der Geschäftsführung	231
b. Verpflichtung zur Vollendung des begonnenen Geschäfts	231
c. Unterlassenspflicht	233
d. Unerwünschte Geschäftsführung	234
III. Das sog. Ausführungsverschulden	235
IV. Das sog. Übernahmeverschulden	236
1. Inhalt und Haftungsgrund	236
2. Anspruchsvoraussetzungen	239
a. Übernahme der Geschäftsführung	239
b. Widerspruch zum wirklichen oder mutmaßlichen Willen	240

aa. Widerspruch zum wirklichen oder mutmaßlichen Willen ..	240
bb. nachträglicher Genehmigung	241
c. Quasideliktslehre	242
d. Keine Exkulpation	243
3. Schaden und Vorteilsausgleichung	244
V. Herabsetzung der Diligenzpflicht bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr	245
1. Rechtfertigung	245
2. Die Voraussetzungen der Herabsetzung der Diligenzpflicht	248
a. Qualifizierte Geschäftsführungsabsicht	249
b. Eine dem Geschäftsherrn drohende dringende Gefahr	250
aa. Drohende dringende Gefahr	250
bb. Vermögen und Person des Geschäftsherrn	250
cc. Verhältnismäßigkeitsprüfung	251
dd. Irrtümliche Annahme einer Gefahrenlage	252
ee. Institutionelle Beschränkung	255
3. Rechtsfolgen	256
a. Herabsetzung der Diligenzpflicht bei objektiven Verhaltensstandards	256
b. Die Notgeschäftsführung und die actio contraria des Geschäftsführers	257
§ 12. Die übrigen Verbindlichkeiten der actio directa	262
I. Die Abwicklungspflichten	262
II. Das Verhältnis von Herausgabeanspruch und Ratihabition	265
§ 13. Die fehlende Geschäftsfähigkeit des Gestors	269
I. Ein kaiserliches Reskript	269
II. Die umstrittene Dogmatik des § 682 BGB	271
§ 14. Die actio contraria	273
I. Utilitas gestionis	273
1. Die objektive Theorie des utiliter gestum	275
2. Das streng subjektive Prinzip des § 683 S. 1 BGB	277
a. Das strenge subjektive Prinzip des E I	277
b. Die redaktionelle Fassung des § 683 S. 1 BGB	279
c. Zweifel am subjektiven und objektiven Prinzip	280
d. Der schuldlose Irrtum über den (präsumtiven) Willen des Geschäftsherrn	281
e. Lockerung des strengen subjektiven Prinzips	285
f. Durchbrechung des subjektiven Prinzips: Unbeachtlichkeit des Willens	286

aa. Unechte Durchbrechung	288
bb. Echte Durchbrechung	288
g. Das Interesse	290
3. Institutionelle Beschränkung der <i>actio contraria</i> :	
Die besondere Dringlichkeit	293
II. Inhalt der <i>actio contraria</i>	294
1. Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen	294
2. Kostenteilung	299
3. Vergütung	301
a. Patrizische Honorität und der Grundsatz der Reziprozität	301
b. Deutschland	303
aa. Die übersehene Teilkodifikation	303
bb. Die wissenschaftliche Diskussion	304
c. Der Gedanke der Reziprozität	306
aa. Der nichtkaufmännische Bereich	306
bb. Der Lapsus des deutschen Gesetzgebers	308
cc. Beschränkung auf berufliche und gewerbliche Tätigkeiten .	309
4. Ersatz unfreiwilliger Vermögenseinbußen	310
a. Der Grundsatz	310
b. Konstellationen	312
c. Zu ersetzende Schäden	313
d. Umfang des zu ersetzenden Schadens	315
aa. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation	315
bb. Immaterieller Schaden	318
III. <i>Inutilitas gestionis</i>	319
1. Ausschluss oder Beschränkung der <i>actio contraria</i>	319
2. Beschränkung der <i>actio negotiorum gestorum contraria</i> auf die tatsächlichen Vorteile	322
IV. Die Genehmigung im Recht der Geschäftsführung (<i>ratihabitio</i>)	325
1. Gegenstand der Genehmigung	325
2. Die Genehmigung der Übernahme der Geschäftsführung ..	327
a. Rechtsnatur, Gegenstand und Reichweite	327
b. Die Genehmigungserklärung	330
V. <i>Animus donandi</i>	332
1. <i>Ex pietate et animo donandi</i>	332
2. <i>Animus donandi</i>	335
a. Das normative Verständnis der Geschäftsführungsabsicht	335
b. Die Vermutung des <i>animus donandi</i>	339
c. Beurteilungszeitpunkt und Widerruf	341

3. Animus donandi, Schenkungsrecht und Erlass	342
4. Animus donandi und die actio directa	343
§ 15. Besonderer Teil des Rechts der echten Geschäftsführung ohne Auftrag	345
I. Erfüllung fremder Verbindlichkeiten	345
1. Grundlagen	345
a. Der tradierte Ansatz	345
b. Der subordinationsrechtliche Geschäftsführungsbegriff	346
c. Utiliter gestum	349
d. Die Verjährungsproblematik	351
e. Schuldentilgung durch ablöseberechtigten Dritten	351
2. Tätigwerden aufgrund eigener Rechtspflicht (sog. Auch-Gestion)	352
a. Die Lösung der objektiven Theorie (hM)	352
b. Auch-Gestion und Subordination	353
c. Einzelfälle	355
aa. Interzessionsfälle: Bürgschaftsfälle und Schuldübernahme	355
bb. Ausgleich unter mehreren Sicherungsgebern	356
cc. Die echte Gesamtschuld	357
dd. unechte Gesamtschuld	358
ee. Die Erfüllung fremder Unterhaltspflichten	360
3. Private Geschäftsführung durch einen öffentlich-rechtlich verpflichteten Hoheitsträger	361
4. Rückgriff wegen Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten unter Privaten	364
a. Rückgriff wegen der Erfüllung einer fremden öffentlich- rechtlichen Pflicht	364
b. Der Ausgleich unter mehreren Polizeipflichtigen	366
5. Selbsthilfeaufwendungen	369
a. Begriff der Selbstvornahme	369
b. Fallgruppen	369
aa. Selbsthilfe des gestörten Eigentümers oder Besitzers	369
bb. Selbstvornahme im vertraglichen Bereich	370
c. Geschäftsführungsrechtliche Beurteilung	372
aa. Echte Geschäftsführung „für einen anderen“	372
bb. Geschäftsführung „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“	373
d. Kostenersatz bei negatorischen Ansprüchen und Selbsthilferechten	373
e. Der allgemeine Kostenerstattungsanspruch und die Kosten der Abmahnung im Wettbewerbsrecht	374

II. Die Förderung fremden Nutzens	378
1. Grundlagen	378
2. Aufwendungen, insbesondere Verwendungen auf fremde Sachen	379
a. Übergang der Preisgefahr	380
b. Verwendungen auf Sicherungsgut	380
c. Fremde Verwendungspflicht	381
d. Utiliter gestum	381
3. Versicherungsfälle	382
a. Aufwendungen eines Dritten zugunsten einer versicherten Sache oder Person	382
b. Versicherung für fremde Rechnung (§ 43 VVG)	383
c. Eigene Aufwendungen des Versicherungsnehmers	384
4. Der Empfang von Unterhaltsleistungen	385
III. Der gegenüber einem Dritten vertraglich verpflichtete Geschäftsführer (der vertraglich drittgebundene Geschäftsführer)	385
1. Konstellationen	386
2. Die Interpretation der römischen Quellen	388
3. Die tradierten Lösungsansätze	391
a. Der Ansatz des BGH	391
b. Ansätze in der Lehre und der Instanzgerichtsbarkeit	392
4. Neubewertung	395
a. Förderung fremden Nutzens	396
aa. Die Geschäftsführungsabsicht	396
bb. Der Drittauftrag	397
cc. Utilität der Geschäftsführung	400
dd. Unwirksamkeit der Beauftragung des Geschäftsführers durch den Dritten (fehlerhaftes Deckungsverhältnis)	400
b. Erfüllung fremder Pflichten	401
IV. Anwendung der §§ 677 ff. BGB auf nichtige Subordinationsverträge	402
1. Diskussionsstand	402
a. Die Anwendung der §§ 677 ff. BGB durch den BGH	402
b. Römisches Recht und Gesetzesgeschichte	403
c. Abweichende Positionen in Lehre und Instanzgerichtsbarkeit; Reformvorschläge, rechtsvergleichende Hinweise	404
2. Die §§ 677 ff. BGB als das gesetzliche Schuldverhältnis unwirksam begründeter Interessenwahrnehmungsverhältnisse	408

3. Teil

Privilegierter Rückgriffsanspruch
und die Eigengeschäftsführung

§ 16. Der privilegierte Rückgriffsanspruch	415
I. Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag und der privilegierte Rückgriff	415
II. Ersetzung des Interesses durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip	418
III. Rechtfertigung des privilegierten Rückgriffsanspruchs	420
1. Die materielle Kostenzuweisung	420
2. Die vollstreckungsähnliche Ersatzvornahme	421
3. Das vorrangige öffentliche Interesse	421
IV. Das gesetzliche Schuldverhältnis	426
1. Grundtatbestand des privilegierten Rückgriffsanspruchs ...	426
2. Gesetzliches Schuldverhältnis	426
3. Der privilegierte Rückgriffsanspruch iES	427
4. Übernahme und Durchführung der Geschäftsführung ...	428
5. Rücksichtnahme- und Duldungspflichten	429
6. Beschränkung auf das Innenverhältnis	429
§ 17. Die Eigengeschäftsführung	431
I. Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	431
II. Die irrtümliche Eigengeschäftsführung	432
III. Die Theorie der angemessenen Eigengeschäftsführung	435
1. Die Geschäftsanmaßung als fiktiver Vertrauensbruch	435
2. Keine Ausstrahlungswirkung auf das Recht der Gewinnherausgabe	446
IV. Der Tatbestand der Geschäftsanmaßung	454
1. Das fremde Geschäft	454
2. Beispiele	459
a. Absolute Rechte	459
aa. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	460
bb. Untervermietung und Doppelvermietung	463
b. Forderungen	464
c. Gesetzliche Schutzvorschriften; unlauterer Wettbewerb	465
d. Relativ geschützte Interessenbereiche	467

3. Die Anmaßung eines fremden Geschäfts	471
a. Eigennützige Absicht	471
b. Die Geschäftsführung	471
4. Ohne Berechtigung	472
5. Wissen	472
6. Fehlen einer rechtsgeschäftlichen oder gesellschafts- rechtlichen Ausgleichsordnung	474
7. Teilnahme und angemäzte Drittg Geschäftsführung	475
V. Die Rechtsfolgen der angemäzten Eigengeschäftsführung	476
1. Das Wahlrecht des Geschäftsherrn	476
2. Ansprüche aus der Geschäftsanmaßung	477
a. Rechtsfolgenverweisung	477
b. Rechte des Geschäftsherrn (actio directa)	478
aa. Anspruchsinhalt	478
bb. Genehmigungswirkung	481
c. Rechte des Geschäftsanmaßers	482
3. Vorgehen nach den allgemeinen Vorschriften	484
VI. Anspruchskonkurrenzen	485
Literaturverzeichnis	489
Gesetzesmaterialien; Principles; Restatements	501
Sachregister	503

§ 1. Einführung

Das deutsche BGB überschreibt den Regelungskomplex der §§ 677 bis 687 BGB mit der Überschrift „Geschäftsführung ohne Auftrag“. Das Gesetz ordnet unter dieser einheitlichen Überschrift drei Rechtsinstitute, die von ihrer immanenten, das Rechtsinstitut tragenden und ausformenden Interessenstruktur unterschiedlicher kaum gedacht werden können. Die zentrale – das meint in diesem Zusammenhang zunächst: die raumgreifendste – Stellung nimmt (1) mit den §§ 677 bis 686 BGB¹ die sog. *echte Geschäftsführung* ohne Auftrag ein, mit der ich im Folgenden die *fremdnützige* Geschäftsführung *für und im Interesse des Geschäftsherrn* bezeichnen will. Als Kontrapunkt hierzu setzt (2) § 687 Abs. 2 BGB die *Geschäftsanmaßung* als die *eigennützige* Führung eines fremden Geschäfts trotz Wissens um die fehlende Berechtigung *im eigenen Interesse* des Geschäftsanmaßers an das Ende des Regelungskomplexes der §§ 677 ff. BGB. Bei dem dritten Rechtsinstitut handelt es sich (3) um den von mir im Folgenden als *privilegierten Rückgriffsanspruch* bezeichneten Erstattungsanspruch des Geschäftsführers bei der im öffentlichen Interesse liegenden Erfüllung einer Pflicht des Geschäftsherrn. Die gesetzliche Regelung des privilegierten Rückgriffsanspruchs ist innerhalb des Normkomplexes der echten Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 bis 686 BGB) – genau: in den §§ 679, 683 S. 2 BGB – versteckt². Schon eine erste vorsichtige Analyse der Interessenstruktur des privilegierten Rückgriffsanspruchs zeigt seine eigentümliche Stellung: bei der echten Geschäftsführung werde ich *für den Geschäftsherrn* tätig (§ 677 BGB: „für einen anderen“); bei der Geschäftsanmaßung werde ich *für mich* tätig (§ 687 Abs. 2 S. 1 BGB: „als sein eigenes“). Im Rahmen des privilegierten Rückgriffs aber erfülle ich eine Verpflichtung des Geschäftsherrn, die dieser einem Dritten oder auch der Allgemeinheit gegenüber hat. Transportiere ich anstelle der nicht leistungswilligen Fluggesellschaft im Ausland gestrandete Urlauber nach Hause³ oder erfülle ich die Unterhaltspflicht der leistungsunwilligen Mutter gegenüber seinem Kind, so werde ich gerade für diesen Urlauber oder dieses Kind, also *für einen Dritten*, aber je-

¹ Exklusive der §§ 679, 683 S. 2 BGB.

² Deshalb privilegierter Rückgriffsanspruch, weil der Anspruch aus §§ 683 S. 2, 679 BGB im Vergleich zur Rückgriffskondition von der Idee her erhebliche Vorteile aufweist.

³ LG Frankfurt, NJW 1983, 52, Urt. v. 1.9.1982 – 2/22 O 155/82.

denfalls gerade nicht mehr für den Geschäftsherrn tätig⁴. Maßstab meines Tätigwerdens ist das Interesse des Dritten (Urlauber, Kind), und nicht das Interesse des Primärschuldners. Diesem kommt es allenfalls als Rechtsreflex zugute, dass ich ihn von einer Verbindlichkeit befreie. Dennoch gibt mir das Gesetz in diesen Fällen unter weiteren, einengenden Voraussetzungen (öffentliches Interesse an der Erfüllung) einen – im Vergleich zur grundsätzlich einschlägigen Rückgriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) – privilegierten Rückgriffsanspruch gem. §§ 683 S. 2, 679 BGB.

Dieser Zusammenhang wurde bisher nicht gesehen⁵; allein die auffällige Sonderstellung der eigennützigen Geschäftsanmaßung wurde bereits von den Römern betont⁶ und führte im späten Pandektismus unter der wissenschaftlichen Vorarbeit von *Ernst Zimmermann* zur noch heute gültigen Unterscheidung von „ächter und unächter“ *negotiorum gestio*⁷. Dies hat seine Ursache darin, dass die Theorie der *negotiorum gestio* vom einheitlichen Begriff des objektiv fremden Geschäfts dominiert wird⁸, der den Blick auf die gerade beschriebenen, unterschiedlichen Interessenstrukturen (Subordinationsverhältnisse) verstellt⁹. Al-

⁴ Mit Blick auf den Dritten liegt dagegen eine echte Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Vgl. insoweit die deutlichere Regelung in Art. V. – 1:102 DCFR und dazu: PEL Ben. Int./v. Bar, Introduction L 97 (p. 97).

⁵ Immerhin anerkennt Art. V. – 1:102 DCFR, dass die Leistung auf eine fremde Schuld nicht per se eine Geschäftsführung für den Schuldner darstellen muss. Tatsächlich wird der Geschäftsführer häufig für den Dritten tätig werden, wenn seine Leistung nicht überhaupt „geschäftsführungsrechtlich neutral“ ist. Vgl. PEL Ben. Int./v. Bar, Introduction L 97 (p. 97), L 99 (p. 98), Art. 1:102, Comment. A 1 (p. 173). Um dem Leistenden dennoch einen geschäftsführungsrechtlichen Aufwendungsersatzanspruch einzuräumen, ordnet Art. V. – 1:102 DCFR an: „Where an intervener acts to perform another person’s duty, the performance of which is due and urgently required as a matter of overriding public interest, and the intervener acts with the predominant intention of benefiting the recipient of the performance, the person whose duty the intervener acts to perform is a principal to whom this Book applies“.

⁶ *Ulpian/Labeo*, Dig. 3, 5, 5, 5 pr. (de negotiis gestis).

⁷ *Zimmermann*, Aechte und unächte negotiorum gestio, 1872; *Regelsberger*, Ächte und Unächte negotiorum gestio, KritV 15 (1873), 277 (278, 280 ff.). Vgl. auch die amtliche Überschrift zu § 687 BGB.

⁸ Vgl. nur die dogmengeschichtliche Abhandlung von *Aarons*, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I, 1860, die sich auf annähernd 300 Seiten ausschließlich mit dem *negotium alienum* auseinandersetzt.

⁹ Zur Terminologie: Mit Einführung des BGB hat sich in Deutschland die Bezeichnung „Geschäftsführung ohne Auftrag“ eingebürgert; vgl. auch § 89 ZPO. Vor Erlass des BGB war die Terminologie nicht einheitlich. Allerdings wurde schon damals im deutschsprachigen Schrifttum, sofern man nicht überhaupt bei der Terminologie des römischen Rechts verblieb, überwiegend von „Geschäftsführung“ oder „Geschäftsbesorgung ohne Auftrag“ gesprochen. *Windscheid* behandelte in seinem Pandektenlehrbuch die auftragslose Geschäftsführung unter der Überschrift „Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten“ (*Windscheid/Kipp*, Lehrbuch der Pandekten II⁹, 1906, §§ 430, 431). Noch heute ist gerade im rechtsvergleichenden Schrifttum die Verwendung des dem römischen Recht entstammenden technischen Ausdrucks „*negotiorum gestio*“ weit verbreitet (vgl. *Stoljar*, Negotiorum Gestio [International Encyclopedia of Comparative Law Vol. X Ch. 17]). Der Draft Common Frame of Re-

les wird unterschiedslos unter den Begriff des fremden Geschäfts gepackt. Die heute allgemein beklagte Denaturierung der Geschäftsführung ohne Auftrag und die vielbeschworene Unmöglichkeit, eine tragfähige theoretische Basis der Geschäftsführungsregeln zu finden, haben ihren Grund darin, dass der Begriff des fremden Geschäfts Verhältnisse erfassen muss, die von ihrer geschäftsführungsrechtlichen Struktur in völlig verschiedene Richtungen abzielen und rechtlich eine jeweils selbständige Regelung auf der Rechtsfolgende verlangen.

Ihren Anfang nimmt die Fixierung der *negotiorum gestio* auf den Begriff des fremden Geschäfts (*negotium alterius*) bereits im römischen Recht¹⁰. Als wesentliches Tatbestandsmerkmal verlangte das prätorische Edikt¹¹, dass die geführten Geschäfte *negotia alterius* sind¹². Hinter diesem, in seiner Abstraktion für das klassische römische Recht durchaus ungewöhnlichen Begriff versammelte sich eine Vielzahl von mehr oder weniger typisierbaren Fallgestaltungen¹³. Ordnet man die berichteten Sachverhalte in einem ersten Zugriff grob nach der Interessenrichtung (Subordination), so fällt auf, dass der Bereich der echten Geschäfts-

ference (DCFR) behandelt die Geschäftsführung ohne Auftrag im Book V unter der Überschrift „*Benevolent intervention in another's affairs*“ (vgl. zur englischsprachigen Nomenklatura: PEL Ben. Int./v. Bar, Introduction A 2 seqq. [p. 53 seq.]).

¹⁰ Überhaupt ist die Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) eine Schöpfung des römischen Rechts. Nach römischer Auffassung konnte ein Rechtsverhältnis eigener Art entstehen, wenn jemand außerhalb der gesondert geregelten Fälle des *mandatum* (Auftrag) oder der *tutela* (Vormundschaft) ein fremdes Geschäft führte (de negotiis gestis: Dig. 3, 5; C 2, 18). Eingehend zur *negotiorum gestio* im römischen Recht: *Finazzi*, Ricerche in tema di negotiorum gestio I (1999), II (2003), III (2006); *Seiler*, Der Tatbestand der negotiorum gestio im Römischen Recht, 1968. Das deutsche BGB wollte die Geschäftsführung ohne Auftrag in enger Anlehnung an die römische Quellenlage regeln und glaubte hauptsächlich nur eine Reihe von Kontroversen der gemeinrechtlichen Doktrin zu entscheiden. Auch im älteren germanischen Recht finden sich Anzeichen dafür, dass sowohl hinsichtlich der Verantwortlichkeit dessen, der sich eines fremden Geschäfts annahm, als auch hinsichtlich seiner Ersatzansprüche, ganz ähnliche Grundsätze galten wie im römischen Recht. Von Bedeutung für das heutige Recht wurde die besondere germanische Ausprägung der auftraglosen Geschäftsführung bei der Ausbildung der sog. Rettungslöhne, allen voran der Finderlohn und der Berge-lohn (§§ 965 ff. BGB, §§ 740 ff. HGB); eingehend zu freiwilligen Diensten und Geschäftsführung im germanischen Recht: v. *Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht I (1882), § 95 = S. 746 ff.; II (1895), § 90 = S. 901 ff.

¹¹ Wiedergegeben bei *Ulpian*, Dig. 3, 5, 3 pr. (de negotiis gestis): Ait praetor: „Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo“. Vgl. *Seiler*, Der Tatbestand der negotiorum gestio im Römischen Recht, 1968, S. 16 ff.; *Rabel*, Negotium alienum und animus, in: Gesammelte Aufsätze IV, 1971, S. 441 (443 ff.); *Reichard*, Negotium alienum und ungerechtfertigte Bereicherung, AcP 193 (1993), 567 (572 ff.).

¹² Umgekehrt ist ein *negotium suum* von der *negotiorum gestio* ausgeschlossen (vgl. *Ulpian*, Dig 3, 5, 5, 6 [de negotiis gestis]: „Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur“). Das entspricht der Rechtslage im römischen Auftragsrecht (*Gaius* 3, 156).

¹³ Vgl. auch *Jansen*, Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs, ZEuP 2007, 958 (963 ff.).

führung prominent vertreten ist. In den Quellen besonders hervorgehoben wird die (freiwillige) Hilfe für einen abwesenden Freund, um eine unmittelbare Gefahr für sein Vermögen abzuwenden¹⁴. Hierher gehört etwa die Vertretung des abwesenden (verklagten) Geschäftsherrn im Prozess oder das Stellen einer Bürgschaft. *Ulpian* begründet das Rechtsinstitut sogar mit der *utilitas absentium*: ohne den Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers (*actio contraria*) bestünde die Gefahr, dass sich niemand um die Belange des Abwesenden kümmere¹⁵. Allerdings darf man daraus nicht den Schluss ziehen, dass die besondere Dringlichkeit der Geschäftsbesorgung Tatbestandsvoraussetzung der *negotiorum gestio* war. Denn es wird in den Quellen von Fällen berichtet, in denen der Gestor Forderungen des Geschäftsherrn einzieht oder gar Sklaven und Grundstücke für einen anderen kauft. Hier kann von einer notwendigen Geschäftsführung nicht gesprochen werden; es geht nicht mehr um bloße Substanzerhaltung, sondern um eine wirtschaftlich sinnvolle Vermögensverwaltung (Interessenwahrnehmung) für einen anderen. Dieser Subordinationscharakter wird eindrucksvoll unterlegt, wenn man sich den dogmengeschichtlichen Hintergrund der *negotiorum gestio* vor Augen hält. Hier hatte die *negotiorum gestio* zunächst die Funktion eines vertragslosen Treuhandverhältnisses. Denn die *negotiorum gestio* hat ältere Wurzeln als die erst in der jüngeren Republik stärker hervortretenden Fälle der freiwilligen Hilfe (in der Not) für einen anderen: die *cura furiosi* und die *procuratio omnium rerum*¹⁶. Die Geschäftsführung des *curator* für seinen Pflegling ließ sich nicht unter das private Mandat fassen, weil der *curator* vom Gesetz berufen oder vom Magistrat bestellt wurde. Für die Ansprüche zwischen Kurator und Pflegling galt daher die *actio negotiorum gestorum*. Ähnlich waren die Verhältnisse beim *procurator*, den wohlhabende Römer für ihre Vermögensverwaltung bestellten. Der *procurator* übernahm zu Anfang nicht die Geschäftsführung aufgrund eines Mandats. Vielmehr wählte man sich einen Freigelassenen, der aber weiterhin der unmittelbaren Befehlsgewalt seines Patrons unterstand. Später wurde die Abhängigkeit gelockert und der *procurator* verselbständigt. Die wechselseitigen Ansprüche ordnete man zunächst der *negotiorum gestio* zu, weil der *procurator* einseitig eingesetzt und eben nicht aufgrund eines Mandats tätig wurde.

¹⁴ *Ulpian*, Dig 3, 5, 1 (de negotiis gestis); Inst 3, 27, 1 (de obligationibus quasi ex contractu); *Pothier*, Pandectae Justinianae I, Ausgabe von 1818, Lib. III Tit. V nro. I; vgl. *Köndgen*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeit, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 371 (374 f., 378 f.), der auf die Verbindung des *officium amici* zur römischen Kriegswirtschaft hinweist.

¹⁵ *Ulpian*, Dig 3, 5, 1: „Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poena committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant“.

¹⁶ *Seiler*, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im Römischen Recht, 1968, S. 314 mwN.; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, p. 437, *Kaser*, Das Römische Privatrecht I², 1971, § 137 II = 587; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht¹⁸, 2005, § 44 Rn. 13 f.

Das ist aber nur die eine Seite der römischen *negotiorum gestio*, die wir heute unter den Begriff der *echten Geschäftsführung* ohne Auftrag subsumieren. Dann gibt es auch die Fälle, in denen der Geschäftsführer auf eine fremde Schuld leistet und nunmehr mit der Geschäftsführungsklage Regress fordert¹⁷; insbesondere gehört hierhin die Konstellation, dass der Geschäftsführer für ein Mündel tätig wird und anschließend Regress vom (untätigen) Vormund fordert¹⁸. Den Römern konnte das Institut der *negotiorum gestio* hier gute Dienste leisten, weil sie über einen allgemeinen Bereicherungsanspruch nicht verfügten¹⁹. Und doch unterscheiden sich diese Fälle deutlich von den eben genannten (echten) Geschäftsbesorgungen für den Geschäftsherrn. Die Leistung auf fremde Schuld ist grundsätzlich keine Geschäftsführung im Sinne einer Interessenwahrnehmung (Subordination) für den Schuldner. Das wird unten noch eingehend dargelegt werden (*siehe § 15 I, § 16 I*). Wir bewegen uns im modernen Recht an dieser Stelle im Bereich der heutigen Rückgriffskondiktion (§ 812 BGB) bzw. des *privilegierten Rückgriffsanspruchs* (§§ 683 S. 2, 679 BGB). – Schließlich berichten die Quellen von Fällen, in denen der Geschäftsführer wissentlich oder unbewusst ein fremdes Geschäft als eigenes führt, also Fälle der Geschäftsanmaßung oder irrtümlichen Eigengeschäftsführung²⁰. Auch diese Gruppe hat seine moderne Entsprechung im Recht der unechten Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) gefunden.

Angesichts dieser höchst verschieden strukturierten Sachverhalte der iustinianischen Quellen gelangten die Glossatoren in ihrem Harmonisierungs- und Systematisierungsbestreben zu einer bemerkenswert ausdifferenzierten Lehre der *negotia aliena*. Im Anschluss an Azo und Accursius unterschied man im Wesentlichen vier Arten des fremden Geschäfts: „Aliena autem dicuntur negotia quatuor modis: cura, & solitudine, re ipsa, ratihabitione, ipso gestu“²¹. Mit (*1*) *cura & solitudine* umschreiben die Glossatoren die Fälle, in denen der Geschäftsherr (*dominus*) als Vormund (*tutor*), Pfleger (*curator*) oder Vermögensverwalter (*procurator*) für einen anderen tätig ist²². Nimmt der Geschäftsführer Handlungen im Pflichtenkreis des *dominus* vor, so erfüllt er damit ein fremdes

¹⁷ Vgl. *Labeo*, Dig. 3, 5, 42 (de negotiis gestis).

¹⁸ Vgl. *Ulpian/Iulian*, Dig. 3, 5, 5 2 (de negotiis gestis).

¹⁹ *Jansen*, *Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs*, ZEuP 2007, 958 (965). Eingehend: *Schrage*, *Qui in fundo alieno aedificavit*, RIDA 36 (1989), 401.

²⁰ Geschäftsanmaßung: *Ulpian/Labeo*, Dig. 3, 5, 5, 5 (de negotiis gestis); irrtümliche Eigengeschäftsführung: *Africanus*, Dig. 3, 5, 48 (de negotiis gestis).

²¹ *Azo*, *Summa aurea*, Ausgabe von 1557, de negotiis gestis (C. 2, 18) § 2; gl. ipso gestu ad l. Si pupilli § Quid ergo (Dig. 3, 5, 6, 11 [3, 5, 5, 13]). Bei manchen Autoren hielten sich diese Modi des fremden Geschäfts bis hinein in den *usus modernus* (*Lauterbach*, *Collegium pandectarum theoretico-practicum I*, Ausgabe von 1714, L. III Tit. V § IX). *Bartolus*, *Comment § 4 ad l. Item si cum § si titii* (Dig. 3, 5, 6 10 [3, 5, 5 10]) fügte diesem Schema später drei weitere Fälle des fremden Geschäfts hinzu.

²² *Azo*, *Summa aurea*, Ausgabe von 1557, de negotiis gestis (C. 2, 18) § 2; gl. ipso gestu ad l. Si pupilli § Quid ergo nro. 1 (Dig. 3, 5, 6, 11 [3, 5, 5, 13]).

Geschäft des Geschäftsherrn (zB ein Geschäft des Vormunds). Wie bereits gesehen, gewährten die römischen Juristen dem Gestor die *actio negotiorum gestorum contraria* gegen den Vormund. In die gleiche Richtung zielt das (2) allgemeine *negotium ipso gestu alienum*: hier erfüllt der Geschäftsführer überhaupt eine Pflicht und damit ein Geschäft des Geschäftsherrn; insbesondere zählten die Glossatoren hierhin die Zahlung auf eine Geldschuld des Geschäftsherrn²³. Da der Geschäftsführer bei der Leistung an das Mündel nicht, und bei der Zahlung auf fremde Geldschulden grundsätzlich nicht für den Geschäftsherrn, sondern im Vormundschaftsfall *für das Mündel* wird, bewegen wir uns hier nicht im angestammten Bereich der echten Geschäftsführung ohne Auftrag; wir finden hier die Interessenstruktur vor, die heute im privilegierten Rückgriffsanspruch der §§ 679, 683 S. 2 BGB (und natürlich der Rückgriffskondiktion) ihren Platz gefunden hat²⁴.

Bei dem (3) *negotium ipsa re alienum* hatten die Glossatoren primär den Fall im Blick, dass der Geschäftsführer Verwendungen auf fremde Sachen vornimmt²⁵. Auch hier liegt ein fremdes Geschäft vor: eine Verwendung auf eine fremde Sache ist grundsätzlich das Geschäft des Eigentümers. Da in diesen Fällen der Geschäftsführer auch bei subordinationsrechtlicher Betrachtung für den Eigentümer als Geschäftsherrn tätig wird, haben wir es hier mit einem Fall der echten Geschäftsführung ohne Auftrag zu tun. Ebenfalls in den Bereich der echten Geschäftsführung ohne Auftrag gehören (4) die *negotia ratihabitione aliena*. Hier will der Geschäftsführer offenkundig *für* den Geschäftsherrn tätig werden. Die Schwierigkeit für die Glossatoren lag darin, diese Fälle unter den Begriff des fremden Geschäfts zu bringen. Denn objektiv weisen diese Geschäfte keinerlei Beziehung zum Geschäftsherrn auf; es liegt mithin also nicht schon ein *negotium ipsa re alienum* vor. Den *negotia ratihabitione aliena* liegt der von *Pedius* gebildete Fall zugrunde, dass der Geschäftsführer namens des Geschäftsherrn einen vermeintlichen Schuldner zur Zahlung anmahnt²⁶. Leistet der Dritte an den Geschäftsführer, obwohl in Wirklichkeit eine Verbindlichkeit gegenüber dem Geschäftsherrn gar nicht bestanden hat, so liegt objektiv kein Geschäft des Geschäftsherrn vor; und doch kann der Geschäftsherr nach Vorstellung der Glossatoren durch Genehmigung der Geschäftsführung das

²³ *Accursius*, gl. ipso gestu ad l. Si pupilli § Quid ergo nro. 4 (Dig. 3, 5, 6, 11 [3, 5, 5, 13]) zählt hierhin insbesondere den Fall, dass der Geschäftsführer eine fremde Schuld bezahlt. Sicherlich ist die Zahlung der geschuldeten Summe das Geschäft des Schuldners, tätig wird der Geschäftsführer aber auch hier grundsätzlich für den Gläubiger, dem seine Zahlung letztlich zugute kommt.

²⁴ Vgl. insoweit Art. V. – 1:102 DCFR und dazu: PEL Ben. Int./v. Bar, Introduction L 97 (p. 97).

²⁵ Gl. ipso gestu ad l. Si pupilli § Quid ergo nro. 2 (Dig. 3, 5, 6, 11 [3, 5, 5, 13]).

²⁶ *Ulpian/Pedius*, Dig. 3, 5, 5, 11 (de negotiis gestis).

Geschäft zu seinem Geschäft – aus der Sicht des Geschäftsführers: zu einem fremden Geschäft – machen²⁷.

Die Schematisierung der Glossatoren verdient Anerkennung, als es ihnen unterhalb des Oberbegriffs der *negotia alterius* gelungen ist, die Fälle der heutigen echten Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotium ipsa re alienum*, *negotia ratihabitione aliena*) zu trennen von Sachverhalten, die heute im Bereich des privilegierten Rückgriffsanspruchs oder der Rückgriffskondition (*cura & sollicitudine*, *negotium ipso gestu alienum*) einzuordnen sind. Trotz aller Vorbehalte gegen den Begriff des fremden Geschäfts hätte ihr ausdifferenzierter Begriff der Fremdheit vielleicht auf Dauer eine den jeweiligen Subordinationsverhältnissen angemessene Anwendung der Geschäftsführungsregeln ermöglicht. Denn schon diese erste Annäherung an die Interessenstruktur hat deutlich gemacht, dass die Fälle der echten Geschäftsführung ohne Auftrag anders zu behandeln sind, als die der Erfüllung fremder Verbindlichkeiten (bei denen es sich unter Umständen sogar um eine echte Geschäftsführung zugunsten des Gläubigers handelt): so ist etwa bei der echten Geschäftsführung der Maßstab der Durchführung der Geschäftsführung getreu dem Subordinationsgedanken das Interesse des Geschäftsherrn; beim privilegierten Rückgriffsanspruch ist der Geschäftsführer im Verhältnis zum Geschäftsherrn dagegen nicht an dessen Interesse gebunden (die Geschäftsführung erfolgt ja im Interesse eines Dritten). Hier gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁸. Ein Zusammenhang, den auch die gesetzliche Regelung der §§ 683 S. 2, 679 BGB nicht deutlich zum Ausdruck bringt²⁹.

Doch die Entwicklung ging in die andere Richtung und sollte zu jenem, die Interessenverhältnisse verschüttenden Begriff der *negotia alterius* führen, der bis heute die wissenschaftliche Diskussion beherrscht. Denn von den nachfolgenden Juristen – allen voran *Cujas* und *Donellus* – wurden das *negotium ipsa re alienum* und das *negotium ipso gestu alienum* zur (erweiterten) Gruppe des *negotium re ipsa alienum* zusammengefasst, der man sodann das *negotium ratihabitione alienum* gegenüber stellte³⁰. In der neuen Gruppe der *negotium re ipsa*

²⁷ *Azo*, *Summa aurea*, Ausgabe von 1557, de negotiis gestis (C. 2, 18) § 5; gl. ipso gestu ad l. Si pupilli § Quid ergo nro. 3 (Dig. 3, 5, 6, 11 [3, 5, 5, 13]).

²⁸ Darauf wird weiter unten ausführlich eingegangen werden.

²⁹ Deutlicher ist insoweit Artt. V. – 1:102, 2:101 (1)(b) DCFR (vgl. PEL Ben. Int./v. Bar, Introduction L 97 [p. 97]).

³⁰ So tadelte *Cujas*, *Ad Africanum*, *Tractatus VIII*, ad Dig. 3, 5, 48 die Glosse, dass sie aus dem *negotium alienum* „Re ipsa, & ipso gestu, quae sunt idem, facerent diversa“, um zu wiederholen: „igitur re ipsa, & gestu ipso sunt idem non orationis sensu tantum, sed etiam effectu juris, ut nec ea seperandi ulla fuerit causa“; *Donellus*, *Commentarium de jure civili*, Lib. XV Cap. XVII § II: „Negotium cujusque fit aut re ipsa, aut gerentis contemplatione cum voluntate ejus cuius nomine agitur, conjuncta“; allerdings entwickelt *Donellus* Unterkategorien. So unterteilt *Donellus*, aaO §§ III seqq. das *negotium re ipsa alienum* einmal nach dem Zeitpunkt seiner Zuordnung zum Geschäftsherrn (re ipsa sit aut gestu ipso, aut eventu), zum anderen nach dem Grund seiner Zuordnung (*negotium principaliter* oder *per consequentiam ad alie-*