



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

*Benevolent Intervention in another's affairs* im Draft  
Common Frame of Reference –

Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Rechtsvergleich

Verfasserin

Mag. Isabella Ladstätter

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Dezember 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer



*Meinen Eltern*



## DANKSAGUNG

Dank gebührt *Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer* für seine umfangreiche Betreuung als Erstbegutachter, vor allem für seine konstruktiven Anmerkungen zu dieser Arbeit und die genaue Durchsicht, die diese Arbeit wesentlich bereichert haben und mir eine wertvolle Hilfestellung waren. Ebenso sei *Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny* gedankt, der mir den notwendigen Freiraum zur Erstellung dieser Arbeit gewährt hat.

Besonders danken möchte ich *Dr. Kirstin Grüblinger*, auf deren Anregung das Thema dieser Arbeit zurückgeht und die mir in dieser Zeit als Kollegin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht eine große Unterstützung sowohl in fachlicher als auch persönlicher Hinsicht war.

Zu außerordentlichem Dank bin ich *Dr. Julia Enzelsberger* für die besonders sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die zahlreichen fachlichen und persönlichen Gespräche verbunden, die mir in dieser Zeit sehr weitergeholfen haben und einen unersetzbaren Beitrag zum Gelingen dieser Arbeit geleistet haben.

Mein ganz besonderer Dank ergeht an meine Eltern, die mir immer Rückhalt gegeben und mich unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Wien, Dezember 2011

*Isabella Ladstätter*



## INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
I. Einleitung .....	1
A. Gang der Untersuchung.....	4
II. Draft Common Frame of Reference.....	5
A. Allgemeines.....	5
B. Entstehung des Draft Common Frame of Reference .....	8
1. Principles of European Contract Law (PECL).....	8
2. CoPECL Network of Excellence.....	9
2.1. Study Group on a European Civil Code.....	10
2.2. Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Gruppe) .....	11
2.3. Compilation and Redaction Team.....	12
2.4. Association Henri Capitant .....	12
2.5. Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group) .....	13
2.6. Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group).....	13
2.7. Common Core Group.....	14
2.8. Database Group .....	14
2.9. Europäische Rechtsakademie (ERA) .....	14
3. Vorgehen der Europäischen Institutionen im Werdegang des DCFR.....	15
3.1. Das Europäische Parlament.....	15
3.2. Die Europäische Kommission .....	16
3.3. Der Rat der Europäischen Union .....	17
4. Zusammenfassung .....	18
C. Mögliche Rechtsnatur des Draft Common Frame of Reference .....	20

## Inhaltsverzeichnis

1. Optionales Instrument in Form einer Verordnung .....	20
2. Mögliche Kompetenzgrundlagen .....	22
2.1. Art 81 (2) AEUV (= ex-Art 65 EGV) .....	23
2.2. Art 114 AEUV (= ex-Art 95 EGV) .....	24
2.3. Art 115 AEUV (= ex-Art 94 EGV) .....	26
2.4. Art 352 AEUV (= ex-Art 308 EGV) .....	27
2.5. (K)ein Problem der Kompetenzgrundlage? .....	28
3. Zusammenfassung .....	31
4. Stellungnahme .....	32
4.1. Optionales Instrument .....	32
4.2. Exkurs: Kollisionsrechtliche Fragen .....	34
4.2.1. Rom I-VO .....	34
4.2.2. Rom II-VO .....	35
4.3. Fazit .....	36
III. Entstehungsgeschichte der <i>Negotiorum Gestio</i> .....	38
A. Römisches Recht .....	38
1. Ursprung der <i>negotiorum gestio</i> im römischen Recht .....	38
2. Wesentliche Merkmale der <i>negotiorum gestio</i> .....	40
2.1. Führung eines fremden Geschäftes in Geschäftsführungsabsicht .....	40
2.2. Notwendige oder nützliche Geschäftsführung .....	41
2.3. Ratihabitio .....	43
2.4. Ersatzfähige Aufwendungen .....	43
2.5. Haftung des Geschäftsführers .....	44
2.6. Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers .....	45
B. Gemeinrechtliche Tradition .....	47
C. Vorentwürfe zum ABGB .....	48
1. Codex Theresianus .....	48
2. Entwurf Horten .....	51

## Inhaltsverzeichnis

3.	Entwurf Martini (Urentwurf) .....	52
4.	Geschäftsführung ohne Auftrag nach Franz von Zeiller .....	54
D.	Schlussfolgerungen .....	57
IV.	Benevolent Intervention in Another's Affairs.....	59
A.	Aufbau des Gemeinsamen Referenzrahmens.....	59
1.	Comments.....	59
2.	Notes.....	60
B.	Anwendungsbereich (Kapitel 1).....	61
1.	Handeln in Begünstigungsabsicht (Art V.-1:101).....	61
1.1.	Handlungsformen .....	61
1.2.	Begünstigungsabsicht.....	63
1.3.	Ein vernünftiger Grund .....	65
1.4.	Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn.....	66
1.5.	Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftsherrn.....	69
1.6.	Identität des Geschäftsherrn .....	71
1.7.	Mehrere Geschäftsführer.....	72
1.8.	Geschäfts- und Deliktsfähigkeit.....	72
1.9.	Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	74
1.9.1.	Anwendungsbereich.....	74
1.9.2.	Fremdgeschäft.....	76
1.9.3.	Fremdgeschäftsführungswillen .....	77
1.9.4.	Handlungsformen.....	79
1.9.5.	Berücksichtigung des wahren Willen des Geschäftsherrn .....	79
1.9.6.	Nachträgliche Genehmigung .....	81
1.10.	Vergleich mit dem Anwendungsbereich der GoA in Deutschland .....	82
1.11.	Stellungnahme .....	84
1.11.1.	Überwiegende Begünstigungsabsicht.....	84
1.11.2.	Vernünftiger Grund .....	87

## Inhaltsverzeichnis

2. Erfüllung der Pflicht eines anderen (Art V. – 1:102).....	91
2.1. Intervention aufgrund übergeordnetem öffentlichen Interesse .....	92
2.2. Fälligkeit der Verpflichtung .....	94
2.3. Anwendungsbereich des § 679 BGB .....	94
2.4. Pendant im österreichischen Recht der GoA? .....	95
3. Ausnahmen (Art V. – 1:103).....	98
3.1. Vertragliche oder andere privatrechtliche Pflicht .....	98
3.2. Befugnis auf Basis einer anderen Rechtsgrundlage .....	99
3.3. Erfüllung einer Pflicht gegenüber einer anderen Partei .....	100
3.4. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	100
3.5. Stellungnahme .....	101
C. Pflichten des Geschäftsführers (Kapitel 2).....	104
1. Allgemeines.....	104
2. Pflichten während der Geschäftsführung (Art V. – 2:101) .....	106
1.1. Angemessene Sorgfalt.....	106
1.2. Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn .....	107
1.3. Informationspflicht.....	107
1.4. Fortsetzungspflicht .....	108
1.5. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	110
1.5.1. Fortsetzungspflicht und angemessene Sorgfalt.....	110
1.5.2. Informationspflicht .....	113
1.5.3. Wille des Geschäftsherrn .....	113
2. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung (Art V. – 2:102) .....	115
2.1. Allgemeines.....	115
2.2. Schaden ( <i>Legally relevant damage</i> ) .....	117
2.3. Zurechnung ( <i>Accountability</i> ).....	117
2.4. Kausalität ( <i>Causation</i> ).....	118
2.5. Haftungsumfang .....	119

## Inhaltsverzeichnis

2.6. Beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer .....	119
2.7. Rechtslage in Österreich.....	120
2.7.1. GoA im Notfall (§ 1036 ABGB) .....	120
2.7.2. Nützliche GoA (§ 1037 ABGB) .....	122
2.7.3. Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn (§ 1040 ABGB)....	
.....	122
2.8. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	123
2.8.1. Schaden.....	123
2.8.2. Haftungsbeschränkung im ABGB?.....	124
2.9. Braucht das Recht der GoA eine eigene Schadenersatzregelung? .....	126
3. Pflichten nach Abschluss der Geschäftsführung (Art V. – 2:103) .....	128
3.1. Berichts- und Rechnungslegungspflicht.....	128
3.2. Vorteilsherausgabe .....	129
3.3. Klage auf Nichterfüllung.....	129
3.4. Schutz beschränkt geschäftsfähiger Geschäftsführer .....	130
3.5. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	130
3.5.1. Berichts- und Rechnungslegungspflicht .....	131
3.5.2. Herausgabepflicht .....	132
3.5.3. Beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer .....	133
D. Ansprüche und Befugnis des Geschäftsführers (Kapitel 3) .....	134
1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).....	134
1.1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz.....	134
1.2. Grundsätzliche Voraussetzungen für beide Ansprüche .....	135
1.2.1. Aufwand.....	135
1.3. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	136
2. Anspruch auf Vergütung (Art V. – 3:102) .....	139
2.1. Umfang der Vergütung.....	140
2.2. Rechtslage in Österreich.....	141

## Inhaltsverzeichnis

2.3. Stellungnahme .....	144
3. Anspruch auf Schadenersatz (Art V.-3:103) .....	148
3.1. Anspruchsvoraussetzungen .....	149
3.1.1. Schaden ( <i>Legally relevant damage</i> ) .....	149
3.1.2. Kausalität und Risiko ( <i>Accountability</i> ) .....	150
3.1.3. Kein Verschulden .....	150
3.2. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	150
3.2.1. Risikozurechnung und Haftung .....	151
3.2.1.1. Rechtsprechung .....	152
3.2.1.2. Lehre .....	153
4. Minderung oder Ausschluss der Ansprüche des Geschäftsführers (Art V.-3:104) .....	156
4.1. Handeln mit <i>animus donandi</i> und damit verbundene Fälle .....	156
4.2. Reduktion der Haftung aus Billigkeit .....	157
4.3. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	158
4.3.1. Schenkungsabsicht .....	158
4.3.2. Billigkeit .....	159
4.3.3. Regress des Sozialversicherungsträgers .....	160
4.4. Kritische Auseinandersetzung .....	162
4.4.1. Schenkungsabsicht .....	162
4.4.2. Billigkeitshaftung .....	163
5. Freistellungs- oder Ausgleichspflicht eines Dritten (Art V. – 3:105) .....	165
5.1. Freistellungs- oder Ausgleichspflicht einer dritten Person .....	165
5.2. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich .....	166
6. Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Namen des Geschäftsherrn zu handeln (Art V. – 3:106) .....	168
6.1. Vertretungsmacht des Geschäftsführers .....	168
6.2. Einseitige Rechtsgeschäfte .....	169
6.3. Rechtslage in Österreich .....	171

## Inhaltsverzeichnis

6.4. Vertretungsmacht als sinnvolle Weiterentwicklung der GoA? .....	171
E. Fazit .....	174
V. Besonderheiten und Stärken des ABGB – .....	177
Was hat das ABGB, was der DCFR nicht hat? .....	177
A. Einleitung .....	177
B. Anwendungsbereich .....	177
1. Die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn .....	177
2. Nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag .....	179
2.1. Vorhaltekosten .....	179
2.1.1. Österreichische Rechtslage .....	179
2.1.2. Ersatz von Vorhaltekosten nach dem V. Buch des DCFR? .....	180
2.2. Prozesskosten .....	183
2.2.1. Österreichische Rechtslage .....	183
2.2.1.1. Kritik an der geltenden österreichischen Rechtslage .....	185
2.2.2. Prozessführung als <i>benevolent intervention in another's affairs?</i> .....	187
3. Tatbestandsmerkmal Fremdgeschäft .....	188
C. Aufwandersatz .....	190
1. Aufwandersatz bei notwendiger Geschäftsführung .....	190
2. Aufwandersatz bei nützlicher Geschäftsführung .....	191
3. Zinsen .....	193
D. Fazit .....	194
VI. Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Instituts der GoA im ABGB nach Vorbild des DCFR .....	196
A. Einleitung .....	196
B. Aufwandersatz und Vergütung .....	196
C. Risikohaftung .....	197
1. Anspruch auf Ersatz von Begleitschäden gegenüber dem Geschäftsherrn .....	197
2. Ausschluss des Regresses der Sozialversicherung .....	199

## Inhaltsverzeichnis

D. Vertretungsmacht des Geschäftsführers .....	200
E. Fazit .....	202
VII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....	204
A. Benevolent Intervention in Another's Affairs.....	204
1. Anwendungsbereich .....	204
2. Pflichten des Geschäftsführers .....	205
3. Ansprüche und Befugnisse des Geschäftsführers .....	207
B. Besonderheiten und Stärken der Geschäftsführung ohne Auftrag im ABGB.....	209
C. Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Instituts der GoA im ABGB nach Vorbild des DCFR .....	209
Literaturverzeichnis .....	211
Judikaturverzeichnis .....	225
Anhang .....	235
I. Kurzbeschreibung der Arbeit .....	235
II. Abstract .....	236
III. Lebenslauf .....	237

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AbI	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Acquis Principles
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHC-SLC	<i>Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française und die Société de législation comparée</i>
ALR	Allgemeines Landrecht
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BB	Betriebsberater
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
Bsp	Bespiel
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
CFR	Common Frame of Reference
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CoPECL	Common Principles of European Contract Law (Principles des DCFR)
d	deutsch (vor einer anderen Abkürzung)
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dh	das heißt
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EIoP	European Integration online Papers
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ERA	Europäische Rechtsakademie
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz

## Inhaltsverzeichnis

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f	und der/die Folgende
ff	und die Folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
FG	Festgabe
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRR	Gemeinsamer Referenzrahmen
HalbS	Halbsatz
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung von
IHR	Internationales Handelsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iVm	in Verbindung mit
iZw	im Zweifel
JBl	Juristische Blätter
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KMU	kleinere und mittlere Unternehmen
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LG	Landesgericht
lit	litera
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Österreichische Notariatszeitung
öä	oder Ähnliches
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PECL	Principles of European Contract Law
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PEL ben int	Principles of European Law on benevolent intervention in another's affairs

## Abkürzungsverzeichnis

PEL	Principles of European Law
PELBI	Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs
PICC	UNIDROIT-Principles
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SE	Societas Europaea
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UN-K	UN-Kaufrecht
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



### I. EINLEITUNG

Im Bereich des Europäischen Privatrechts findet derzeit unter dem Stichwort „28. Rechtsordnung für Europa“ bzw „2. Vertragsrecht“ eine Diskussion über ein Reformvorhaben statt,<sup>1</sup> die bisher in einen Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gemündet hat.<sup>2</sup> Dieser wurde auf Basis des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) entwickelt. Neben den im Zuge dieses Prozesses viel beachteten Bestimmungen zum Allgemeinen Teil und zum Schuldrecht beinhaltet der DCFR auch Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag (V. Buch: *Benevolent intervention in another's affairs*). Diesem in der wissenschaftlichen Aufarbeitung des DCFR wenig beachteten Teilgebiet<sup>3</sup> soll nun diese Arbeit gewidmet sein und ein Vergleich mit der Geschäftsführung ohne Auftrag im österreichischen Recht gezogen werden.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ist ein Rechtsgebiet mit einem relativ kleinen Anwendungsbereich, der immer im Zusammenhang mit angrenzenden Rechtsgebieten, wie dem Bereicherungs-, Schadenersatz- und Auftragsrecht, zu sehen ist. Die Abgrenzung zu diesen Rechtsgebieten wird in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterschiedlich vorgenommen. Dies stellt für die Konzeption eines Entwurfs für eine europäische Form der *negotiorum gestio* eine schwierige Ausgangslage dar.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag in Österreich ist dem Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse zugeordnet. Systematisch ist sie im 22. Hauptstück des ABGB „von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung“ im Anschluss an die Regelungen zum Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag) in den §§ 1035-1040 ABGB und vor dem sogenannten Verwendungsanspruch des § 1041 ABGB zu finden. § 1042 ABGB

---

<sup>1</sup> *Stabentheiner*, Zak 2011/464, 246; *Reich*, ZfRV 2011/26, 196; *Rösler*, EuZW 2011, 1; *Herresthal*, EuZW 2011, 7; *Reding*, ZEuP 2011, 1; *Heiss* in FS Roth 237; *Mittwoch*, JuS 2010, 767; *Tamm*, GPR 2010, 281; *Leible*, BB 2008, 1469; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZEuP 2011, 455; Grünbuch der Kommission – Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer, KOM(2010) 348 endg; Beschluss der Kommission v 26.4.2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen (2010/233/EU), ABI L 105/109; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Das 28. Regime – eine Alternative für weniger Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene“, ABI 2011/C 21/05.

<sup>2</sup> KOM(2011) 365 endg. Vorentwurf dazu auf Basis des Draft Common Frame of Reference war die sog *Feasibility Study* abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf); *Schulze*, EuZW 2011, 569; *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 105.

<sup>3</sup> Zuletzt *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1727; zu den PELBI bisher umfangreich *Jansen*, ZEuP 2007, 958; weiters *Sprau*, ERA-Forum 2006, 220; *Rademacher*, JURA 2007, 87.

## Einleitung

nimmt eine Sonderstellung ein, wobei strittig ist, ob es sich dabei um einen Unterfall des Verwendungsanspruchs<sup>4</sup> oder doch um einen der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt.<sup>5</sup>

Die Geschäftsführung ohne Auftrag hat ihre Wurzeln im römischen Recht (*negotiorum gestio*) und findet sich in weiterentwickelter Form kodifiziert in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und in Schottland wieder. Dem englischen und irischen *common law* ist dieses Rechtsinstitut hingegen fremd. Es finden sich nur verstreut einzelne ähnliche Bestimmungen.<sup>6</sup>

Gerade zwischen den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und dem englischen und irischen *common law* bestehen systemimmanent entgegengesetzte Ansätze. Dies ist besonders im Bereich der Ersatzfähigkeit der Kosten, die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag erwachsen, auffällig. Im kontinentaleuropäischen Rechtskreis wird davon ausgegangen, dass die Kosten, die während der freiwilligen Besorgung der Angelegenheiten für einen anderen entstanden sind, grundsätzlich ersatzfähig sind, weshalb diesem Anspruch in weiterer Folge Grenzen zu setzen sind.<sup>7</sup> Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch der DCFR in Art V.-3:101 ff. Das *common law* wählt einen anderen Ausgangspunkt, nach dem derjenige, der ohne Verpflichtung für einen anderen Angelegenheiten besorgt, keinen Anspruch auf Ersatz der dabei entstandenen Kosten hat. In einem weiteren Schritt werden Ausnahmetatbestände geschaffen, die einen Ersatz unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen.<sup>8</sup> Dies wird in der Rechtstradition des *common law* sehr restriktiv gehandhabt. Allerdings sind auch die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen trotz gemeinsamen Ursprungs recht unterschiedlich. Das BGB gewährt zB im Vergleich zum französischen Recht sehr weitreichende Ansprüche, zB auch auf Vergütung.<sup>9</sup> Das österreichische ABGB, genauso wie das englische *common law*, geht grundsätzlich von der Annahme aus, dass die Führung fremder Geschäfte unzulässig ist, und daher nur in Ausnahmefällen Aufwandersatz geleistet wird.

Eine weitere Unterteilung in zwei Gruppen innerhalb der europäischen Zivilrechtskodifikationen kann hinsichtlich des Umfangs des Anwendungsbereiches der

<sup>4</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 923f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 290; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1042 Rz 1.

<sup>5</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 1, demzufolge bei Zahlung einer fremden Schuld in Geschäftsführungsabsicht für den Schuldner die Regelungen der GoA neben § 1042 ABGB anwendbar seien; Meissel, GoA 49ff, demzufolge der (reine) Bereicherungsanspruch des § 1042 subsidiär zu den Regelungen der GoA sei. Nach Rummel handelt es sich entgegen der hM bei § 1042 ABGB weder um einen Verwendungsanspruch noch um eine Leistungskondiktion, vgl Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 1; derselbe, JBl 2008, 433.

<sup>6</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, A, 8.

<sup>7</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, J, 58.

<sup>8</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, J, 58.

<sup>9</sup> Jansen, ZEuP 2007, 960.

## Einleitung

Geschäftsführung ohne Auftrag getroffen werden. Zum einen gibt es jene, die die *negotiorum gestio* auf die rechtmäßige Führung fremder Geschäfte einschränken, während die anderen einen weiteren Anwendungsbereich vorsehen, von dem auch eine ungerechtfertigte Geschäftsführung erfasst ist. Folgt man ersterem Ansatz, so fällt die unrechtmäßige *negotiorum gestio* automatisch in den Bereich des Schadenersatz- oder Bereicherungsrechtes.<sup>10</sup> Zu dieser Gruppe kann man zB Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Malta, die Niederlanden und Spanien zählen.<sup>11</sup> Das ABGB gehört nach dieser Unterscheidung in die zweite Gruppe, da es im Abschnitt über die Geschäftsführung ohne Auftrag in § 1040 ABGB eine Regelung für Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherren bereit hält.

Des Weiteren gibt es bei der Ausgestaltung von Regelungen für dieses Rechtsinstitut grundsätzlich zwei unterschiedliche Konstruktionsansätze. Die Geschäftsführung ohne Auftrag kann in einer Art Quasikontrakt einem Auftragsvertrag angenähert werden oder in einem gegensätzlichen Ansatz können dem Geschäftsführer nur bei tatsächlicher Bereicherung des Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht zustehen. Die meisten Rechtsordnungen wählen einen Mittelweg, indem die eine oder andere Komponente stärker ausgestaltet ist.<sup>12</sup>

Neben diesen aus rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Gründen unterschiedlichen Konzeptionen der GoA, die für eine Rechtsvereinheitlichung eine schwierige Ausgangslage darstellen, kann auch der grundsätzliche Bedarf an einem einheitlichen Konzept der Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage gestellt werden.<sup>13</sup> Ist das Institut der *negotiorum gestio* noch zeitgemäß oder überhaupt notwendig?<sup>14</sup> All dies gestaltete die Ausarbeitung europäischer Regelungen zu diesem Thema schwierig, denn die Ausgangslage war für kaum ein anderes Rechtsinstitut des Schuldrechts so unterschiedlich zwischen den Rechtsordnungen Europas.<sup>15</sup> Trotz aller Differenzen hat sich die *Study Group* für die Verfassung von Modellregelungen zur *benevolent intervention in another's affairs* entschieden.

Gerade aufgrund der großen Unterschiede in der Ausgestaltung der Regelungen zur GoA in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Tatsache, dass die Regelung der

---

<sup>10</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, C, 26.

<sup>11</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, C, 26.

<sup>12</sup> Meissel, GoA 10.

<sup>13</sup> Jansen/Zimmermann, NJW 2009, 3403, 3406; Jansen, ZEuP 2007, 960.

<sup>14</sup> Sprau, ERA-Forum 2006, 220; Jansen, ZEuP 2007, 962; Rademacher, JURA 2008, 94.

<sup>15</sup> Jansen, ZEuP 2007, 960.

GoA im ABGB eine der ältesten noch in Kraft stehenden in Europa ist, erscheint ein Vergleich der Regelungen des DCRF über eine *benevolent intervention in another's affairs* mit der österreichischen GoA interessant. Darüber hinaus ist bei einer rechtsvergleichenden Untersuchung der GoA immer auch das Spannungsfeld zwischen GoA und Schadenersatz- und Bereicherungsrecht zu beachten. Da die *negotiorum gestio* eine Auffangfunktion einnimmt, sind die jeweiligen Konstruktionen und Wertungen dieser Bereiche zu berücksichtigen.

### **A. Gang der Untersuchung**

Zu Beginn soll die Entstehungsgeschichte des *Draft Common Frame of Reference* näher beleuchtet werden. Hier soll zuerst auf die akademischen Vorarbeiten und danach auf die Rolle der europäischen Institutionen im Werdegang des DCFR eingegangen werden. Es folgt die Frage nach einer möglichen Rechtsform für eine Umsetzung *Common Frame of Reference*, wobei auch die Kompetenzgrundlage der Europäischen Union für eine Umsetzung im ersten Teil näher beleuchtet werden soll.

Im Anschluss daran wird auf die Ursprünge der *negotiorum gestio* im römischen Recht eingegangen und die Entwicklung dieses Rechtsinstitut bis zu ihrer heutigen Ausgestaltung im ABGB dargestellt.

Im dritten Teil werden die Bestimmungen des V. Buches des DCFR über die *benevolent intervention in another's affairs* näher erläutert und ein Vergleich zur Rechtslage in Österreich gezogen. Es sollen Vor- und Nachteile der jeweiligen Regelungen herausgearbeitet werden und Unterschiede zur geltenden Rechtsslage aufgezeigt werden.

Nach Erläuterung des V. Buches des DCFR werden diese Bestimmungen aus der Perspektive des ABGB betrachtet und es soll der Frage nachgegangen werden, ob bei Geltung des DCFR auf Besonderheiten und Stärken des ABGB verzichtet werden müsste.

Zum Abschluss wird im Hinblick auf eine mögliche Revision des ABGB erörtert, ob es nach dem Vorbild des V. Buches zu einer Weiterentwicklung der Regelungen der GoA im ABGB kommen könnte und welche Bestimmungen sich dafür eignen würden.

## II. DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

### A. Allgemeines

Unter dem Titel „*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*“ wurde der *Draft Common Frame of Reference*, auch Gemeinsamer Referenzrahmen (GRR) genannt, in seiner *full outline edition* im Jänner 2009 von der *Study Group on a European Civil Code* und der *Research Group on EC Private Law* veröffentlicht.<sup>16</sup> Es handelt sich dabei um einen akademischen und keinesfalls politisch legitimierten Entwurf mit Modellregelung im Bereich des Europäischen Zivilrechts.<sup>17</sup> Die Bezeichnung des Entwurfs als „*Principles, Definitions and Model Rules*“ täuscht etwas, da es sich eigentlich um ein kodifikationsartiges Regelwerk, gleichsam einem Europäischen Zivilgesetzbuch, handelt.<sup>18</sup>

Seinen Anfang nahm die Entwicklung des GRR in einer Entschließung des Europäischen Parlaments. Dieses sprach sich erstmals 1989<sup>19</sup> für ein einheitliches europäisches Privatrecht aus und schließlich forderte auch der Rat 1999 die Prüfung der Notwendigkeit eines Europäischen Zivilgesetzbuches.<sup>20</sup> Da dies politisch, aber auch kompetenzrechtlich sehr umstritten ist, vertrat die Kommission die Ansicht, dass aus dem GRR eine Art „*toolbox*“, also ein Werkzeugkasten zur besseren Gesetzgebung werden soll.<sup>21</sup> Bereits aus dem veröffentlichten Grünbuch der Kommission zur Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer<sup>22</sup> konnte allerdings abgeleitet werden, dass die Kommission die Einführung eines optionalen Vertragsrechts anstrebt. Dies

---

<sup>16</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*.

<sup>17</sup> Als akademischer Entwurf ist der DCFR kein politisch legitimiertes Werk. An derartigen akademischen Projekten kritisiert Riedl, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa 249ff, dass diese dennoch politische Entscheidungen treffen, indem sie „Recht nicht nur *darstellen*, sondern auch *herstellen*“. Es würden auf diese Weise hinsichtlich jeder Modellregelung politische Entscheidungen treffen werden, weil diese immer auf Wertungen aufbauen, bspw wie weit Informationspflichten reichen oder welche Regelungen mit zwingendem Charakter ausgestattet werden sollen. Diese akademischen Entwürfe sollten nach Riedl, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa 257 gesetzgeberischen Entscheidungen nicht vorgreifen, sondern nur eine Ergänzung der Privatrechtsvereinheitlichung auf legislatorischem Weg darstellen.

<sup>18</sup> Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 533.

<sup>19</sup> Tilmann, Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedsstaaten vom 26.5.1989, ZEuP 1993, 613.

<sup>20</sup> Europäischer Rat von Tampere, 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SI (1999) 800, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm).

<sup>21</sup> Konsolidierte Fassung der Schlussfolgerungen des Rates vom 27.1.2009, Dok 5784/09 JUSTCIV 27 CONSOM 11.

<sup>22</sup> KOM(2010) 348 endg.

## Einleitung

wurde durch die Veröffentlichung der sog *Feasibility Study*<sup>23</sup>, die einen Vorentwurf für ein optionales Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer enthält, und des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,<sup>24</sup> bestätigt.

Der Begriff des *Common Frame of Reference* oder Gemeinsamer Referenzrahmen kam das erste Mal in einer Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament im Jahre 2003 vor.<sup>25</sup> Daraufhin wurde das Joint Network of Exzellenz ins Leben gerufen, an dem ua die *Study Group on a European Civil Code* beteiligt ist, und mit der Erstellung eines Gemeinsamen Referenzrahmens betraut. Eine weitere von der Kommission eingesetzte Expertengruppe erarbeitete auf Basis des DCFR einen Entwurf für ein optionales Vertragsrecht für Konsumenten und Unternehmer, die sog *Feasibility Study*,<sup>26</sup> die wiederum dem Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>27</sup> als Grundlage diente, welches gleichsam als „2. Vertragsrecht“ neben den mitgliedstaatlichen Zivilgesetzen bestehen und von den Vertragsparteien gewählt werden könnte.<sup>28</sup>

Der Gemeinsame Referenzrahmen basiert zum Teil auf den *Principles of European Contract Law (PECL)*. Sie wurden mit ausdrücklicher Genehmigung der *Commission on European Contract Law*, deren Nachfolger die *Study Group* ist, übernommen und zum Teil dem weiteren Anwendungsbereich des DCFR angepasst. Die *Study Group* hat ihre Arbeit 1998 aufgenommen und ihre Ergebnisse in einer eigenen Serie veröffentlicht, den „*Principles of European Law*“.<sup>29</sup> Ein Band davon, die „*PEL Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben.Int.)*“<sup>30</sup>, ist der Geschäftsführung ohne Auftrag gewidmet. Der DCFR enthält im seinem V. Buch Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, welche sich fast gänzlich mit den in den PEL Ben.Int. veröffentlichten Bestimmungen decken.

Im Folgenden soll die Entstehungsgeschichte des DCFR, ausgehend von den PECL als akademische Vorarbeit und den an der Entwicklung des GRR beteiligten Gruppierungen,

---

<sup>23</sup> Abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>24</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>25</sup> KOM(2003) 68 endg.

<sup>26</sup> Abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>27</sup> KOM(2011), 635 endg.

<sup>28</sup> KOM(2011) 636 endg, 8f;

<sup>29</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, Introduction, 53f.

<sup>30</sup> PEL/von Bar, Ben Int.

## Draft Common Frame of Reference

eingehend beleuchtet werden und die Rolle der Europäischen Institutionen in dieser Zeit näher betrachtet werden.

### B. Entstehung des Draft Common Frame of Reference

#### 1. Principles of European Contract Law (PECL)

Die *Principles of European Contract Law* wurden von der *Commission on European Contract Law* (nach ihrem Vorsitzenden *Ole Lando* auch Lando-Kommission genannt) entworfen und in drei Teilen publiziert. Die Teile I und II wurden 1995<sup>31</sup> in Englischer Sprache veröffentlicht. Der erste Teil enthält Regelungen über die ordnungsgemäße Erfüllung und Rechtsbehelfe im Falle der Nichterfüllung von Verträgen. Der zweite Teil behandelt Grundregeln für das Zustandekommen von Verträgen, die Vollmacht von Vertretern, die Gültigkeit von Verträgen, Auslegung, Inhalt und Wirkung derselben. Eine *revised version* dieser beiden Teile wurde im Jahr 2000 publiziert.<sup>32</sup> Der letzte Band wurde 2003 veröffentlicht und darin widmen sich die Autoren Fragen der Mehrheit von Gläubigern und Schuldern, der Forderungsabtretung, der Schuld- und Vertragsübernahme, der Aufrechnung, der Verjährung, der Wirkung bei Gesetz- und Sittenwidrigkeit, der Beendigung von Rechtsverhältnissen und des Zinsenrechts.<sup>33</sup>

Die *Commission on European Contract Law* wurde 1980 als nichtstaatliche Organisation, bestehend aus Juristen der Mitgliedstaaten, ein Großteil davon Wissenschaftler, gegründet, um gemeinsame Prinzipien des Vertragsrechts für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu entwickeln.<sup>34</sup> Diese sollten einen ersten Schritt zu einem Europäischen Vertragsrechtskodex darstellen.<sup>35</sup> Dabei wurden die bestehenden gesetzlichen Regelungen miteinander verglichen, um auf diese Art gemeinsame Grundsätze herauszuarbeiten. Ebenso wurde das UN-Kaufrecht (*CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) bei der Erarbeitung der PECL berücksichtigt. In den PECL wurde auch eine Angleichung zwischen den Rechtstraditionen Kontinentaleuropas und des *common law* versucht.<sup>36</sup> Als Vorbild diente ua das *American Restatement on Contract*. Die *Restatements of the Law of the United States* sind das Ergebnis der Suche nach gemeinsamen Rechtsregeln in den verschiedenen Rechten der Bundesstaaten des Landes. Sie wurden 1923 vom *American Law Institute* ausgearbeitet und enthalten eine systematische Sammlung gemeinamerikanischer Rechtsregeln, ergänzt um relevante

<sup>31</sup> *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II (1995).

<sup>32</sup> *Lande/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised; deutsche Fassung abgedruckt in ZEuP 2000, 675ff.

<sup>33</sup> *Lando/Clive/Prium/Zimmermann*, Principles of European Contract Law, Part III (2003); deutsche Fassung abgedruckt in ZEuP 2003, 895.

<sup>34</sup> *Lando*, RabelsZ 56 (1992), 265.

<sup>35</sup> *Lando*, RabelsZ 56 (1992), 265.

<sup>36</sup> *v. Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, XXIIIIf.

Gerichtsentscheidungen aus den einzelnen Bundesstaaten und kommentarartigen Erläuterungen.<sup>37</sup> Sie haben wesentlich zur Rechtsvereinheitlichung in den Vereinigten Staaten beigetragen und darüber hinaus die wirtschaftliche und politische Integration wie auch den inneramerikanischen Handel gestärkt. Vor allem Stil und Struktur der PECL wurden von den *Restatements* geprägt.<sup>38</sup>

Die PECL sind kein gesetzliches Instrument, sie sind eigentlich auch keine „*Restatements*“ im amerikanischen Sinne, sondern ein auf die Zukunft ausgerichtetes Modell an Vertragsregelungen, das gleichsam für Vertragsparteien wie auch für künftige Gesetzgebungsvorhaben interessant sein könnte.<sup>39</sup>

Im Zuge der Erarbeitung des DCFR dienten die PECL vor allem als Grundlage für die Bücher II (Verträge und andere Rechtsgeschäfte) und III (Schuldverhältnisse und daraus resultierende Rechte) des DCFR und wurden mit ausdrücklicher Genehmigung der *Commission on European Contract Law* übernommen, nachdem sie an die Struktur und die Zielvorgaben des DCFR angepasst wurden.<sup>40</sup> So ergaben sich einige Änderungen aus der Einarbeitung des Verbraucherrechts, das zum Entstehungszeitpunkt der PECL noch nicht annähernd im heutigen Ausmaß vorhanden war, und aus Beiträgen *stakeholders* in verschiedenen Workshops.<sup>41</sup> Die PECL stellen die älteste in den DCFR aufgenommene Textmasse dar.

## 2. CoPECL Network of Excellence

Die Ausarbeitung eines konkreten Entwurfs für einen GRR wurde im Rahmen des 6. Forschungsrahmenprogramms als Projekt ausgeschrieben und der Auftrag an das „*Joint Network on European Private Law*“ (CoPECL) vergeben.<sup>42</sup> Das „*CoPECL Network of Excellence*“ wurde 2005 gegründet und umfasst verschiedene Universitäten, Institute und andere Organisationen, sowie mehr als 150 Wissenschaftler.<sup>43</sup> Darin sind die folgenden sieben Gruppen eingebunden: *Study Group on a European Civil Code*, *Research Group on the Existing EC Private Law* oder „*Acquis Group*“, *Projekt Group on a Restatement of*

---

<sup>37</sup> Handig, ÖJZ 2004/8, 131.

<sup>38</sup> Zimmermann in Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law 562.

<sup>39</sup> v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, XI.

<sup>40</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 49.

<sup>41</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 49, 52.

<sup>42</sup> Prisching, ZfRV 2007/3, 14; McGuire, ecolex 2008, 494.

<sup>43</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 55. CoPECL = Common Principles of European Contract Law.

*European Insurance Contract Law* oder “*Insurance Group*”, die *Association Henri Capitant* gemeinsam mit der *Société de Législation Comparée* und dem *Conseil Supérieur du Notariat*, die *Common Core Group*, die *Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules* oder “*Economic Impact Group*”, die *Database Group* und die Europäische Rechtsakademie (ERA).<sup>44</sup>

Dieses “Exzellenznetzwerk” erfüllt im Rahmen des 6. EU-Forschungsrahmenprogramms zwei Zwecke. Es soll dadurch einerseits die Entstehung eines Europäischen Forschungsraums für Europäisches Vertragsrecht gefördert werden und andererseits die Entwürfe für einen Gemeinsamen Referenzrahmen vorbereitet und evaluiert werden.<sup>45</sup> Es stellt die finanziellen Rahmenbedingungen für die Erarbeitung eines qualitativ hochwertigen GRR in Form eines Dreijahres-Forschungsvorhabens im Bereich Forschung und technologische Entwicklung zur Verfügung.

### 2.1. Study Group on a European Civil Code

Die *Study Group on a European Civil Code* wurde 1998 auf die Initiative von *Christian von Bar* gegründet und setzt sich aus unabhängigen Wissenschaftlern der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Schweiz und Norwegen zusammen.<sup>46</sup> Ihre Resultate wurden in einer eigenen Serie, den *Principles of European Law* (PEL), veröffentlicht. Es wurden 14 Bände zu den Themen *sales* (Kaufvertrag), *lease of goods* (Mobilienleasing), *service contracts* (Dienstleistungsverträge), *commercial agency, franchise and distribution* (Handelsvertreter, Franchise- und Vertriebsverträge), *personal security* (Personalsicherheiten), *benevolent intervention in another's affairs* (Geschäftsführung ohne Auftrag), *non-contractual liability arising out of damage caused to another* (Deliktsrecht), *unjustified enrichment* (Bereicherungsrecht), *trusts* (Trusts), *donation* (Schenkung), *mandate contracts* (Auftrag), *acquisition and loss of ownership of goods* (Erwerb und Verlust von Eigentum an beweglichen Sachen), *loan contracts* (Mietvertrag) und *proprietary security in moveable assets* (dingliche Sicherungsrechte an beweglichen Sachen) publiziert. Die einzelnen Bände enthalten Übersetzungen der PEL in andere Sprachen der Mitgliedstaaten, sowie rechtsvergleichendes Material und Erläuterungen zu den Bestimmungen, ähnlich der *Comments and Notes* des DCFR.

---

<sup>44</sup> <http://wwwCOPECL.org/>; *v. Bar/Schulte-Nölke*, ZRP 2005, 165.

<sup>45</sup> *Schulte-Nölke* in Schmid-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 10.

<sup>46</sup> Eine Auflistung der Mitglieder der *Study Group* findet sich in *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Introduction, 48ff.

Die in diesen Publikationen enthaltenen Regelwerke bilden die Grundlage für die jeweils einschlägigen Bücher des DCFR. Da sich die Regelungen der PEL *benevolent intervention in another's affairs* weitgehend mit den Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag im V. Buch des DCFR decken, kann auf dessen rechtsvergleichende Kommentierung zurückgegriffen werden. Der DCFR ist allerdings im Ganzen etwas kürzer als die PEL, da aufgrund einer einheitlichen Ausgabe mit einem allgemeinen Teil in Buch II und III auf Wiederholungen verzichtetet werden konnte. Darüber hinaus hat das *Compilation and Redaction Team* an einigen Stellen Verbesserungen vorgenommen und auch Input von *stakeholdern* berücksichtigt.<sup>47</sup> Die *Study Group* ist wohl innerhalb des CFR-Exzellenznetzwerkes jene Gruppe, die den maßgeblichsten Einfluss auf den DCFR hatte.

## 2.2. Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Gruppe)

Die *Research Group on the Existing EC Private Law*<sup>48</sup>, auch Acquis-Gruppe genannt, wurde 2002 ins Leben gerufen und hat ihre Ergebnisse ebenfalls in einer eigenen Serie, den *Principles of the Existing EC Private Law*, kurz *Acquis Principles* (ACQP) genannt, veröffentlicht.<sup>49</sup> Ihr Forschungsziel bestand und besteht im Gegensatz zu jenem der Lando-Kommission und *Study Group* darin, ein Regelwerk auf Grundlage des bereits bestehenden *acquis communautaire* zu erarbeiten. Konzeptionell bilden die ACQP damit ein Gegenmodell zu den PECL, in denen der *acquis* unberücksichtigt geblieben ist.<sup>50</sup> Die Aufarbeitung des *acquis communautaire* stellt einen neuen, unionsrechtlich ausgerichteten Ansatz neben der bisher vorherrschenden rechtsvergleichenden Sichtweise auf das europäische Vertragsrecht dar.<sup>51</sup> Die ACQP beinhalten damit ein auf dem Verbraucher-*acquis* basierendes allgemeines Vertragsrecht.<sup>52</sup>

Im Entstehungsprozess des DCFR haben die *Acquis Principles* den Zweck sicherzustellen, dass das bestehende Gemeinschaftsprivatrecht integriert wird. Sie sind daher auch für das *Compilation and Redaction Team* eine wichtige Arbeitsgrundlage, denn ein europäisches Vertragsrecht kann nicht durch Rechtsvergleichung „neu“ erschaffen werden,

<sup>47</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Introduction, 55f.

<sup>48</sup> Eine Auflistung der Mitglieder findet sich in v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Introduction, 52f.

<sup>49</sup> *Research Group on the Existing EC Private Law*, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I – Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (2007); *dies*, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II - General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services (2009).

<sup>50</sup> Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 533; Schulze, ZEuP 2007, 137.

<sup>51</sup> Schulze, ZEuP 2007, 732; Schulze, ERPL 2005, 8.

<sup>52</sup> Jansen/Zimmermann, JZ 2007, 1115.

## Einleitung

ohne die bisherigen Errungenschaften der Europäischen Union auf diesem Gebiet zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Mit der Zusammenführung des in einer langen, europäischen Tradition gewachsenen *acquis commun* und des (vor allem verbraucherrechtlichen) *acquis communautaire*, haben die Verfasser des DCFR eine Jahrhundertaufgabe angepackt. Andererseits hätte eine derartige, nicht bloß äußerliche, Zusammenführung jedoch eine Rekonzeptualisierung des Verbraucherschutzrechtes vorausgesetzt, die jedenfalls die *Acquis Group* nicht geleistet hat.<sup>54</sup> Diese Aufgabe oblag damit dem *Compilation and Redaction Team*, das freilich erst Anfang 2006 etabliert wurde und damit kaum die Zeit zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Problem gehabt haben dürfte.<sup>55</sup>

### 2.3. Compilation and Redaction Team

Anfang 2006 wurde ein *Compilation and Redaction Team* (CRT)<sup>56</sup> unter dem Vorsitz von *Christian von Bar* und *Eric Clive* für die Koordination der Arbeiten der *Study Group* und der *Acquis Group*, der Integration der PECL sowie für die Überarbeitung und Anpassung der Entwürfe der verschiedenen Gruppierungen zum DCFR ins Leben gerufen. Die Überarbeitungen hatten neben einigen terminologischen Klarstellungen den Zweck einige Artikel aus den ACQP in den DCFR aufzunehmen und die Anpassung der PECL vorzunehmen, sodass zB die Artikel zu den Rechtsfolgen der Nichterfüllung so umgeschrieben wurden, dass sie für vertragliche wie für außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbar sind. Auch die vorliegenden Bände der PEL wurden vor ihrer Aufnahme in den DCFR überarbeitet. Die PEICL<sup>57</sup> haben bisher noch nicht in den GRR Eingang gefunden.<sup>58</sup>

### 2.4. Association Henri Capitant

Die *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* und die *Société de législation comparée* (AHC-SLC) ist eine Gruppe aus französischen Wissenschaftlern, die an allen drei Bestandteilen (Definitionen, Modellregelungen und Prinzipien) des DCFR gearbeitet hat. Sie haben ihre Ergebnisse in französischer Sprache in zwei getrennten Bänden veröffentlicht.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction*, 57.

<sup>54</sup> *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 534.

<sup>55</sup> *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 534.

<sup>56</sup> Auflistung der Mitglieder des *Compilation and Redaction Teams* in *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction*, 54.

<sup>57</sup> Siehe 2.5. Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group).

<sup>58</sup> *Schulte-Nölke* in Schmid-Kessel, *Der Gemeinsame Referenzrahmen* 13.

<sup>59</sup> *Association H. Capitant et Société de législation comparée* (Hrsg), *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Collection Droit privé européen et comparé, vol 6 (2008) ; *Association 12*

Ihre Arbeit zu den Definitionen wurde in den DCFR aufgenommen.<sup>60</sup> Ein weiterer Teil behandelt die *principes directeurs*, Freiheit, Sicherheit und Loyalität mit ihren jeweiligen Subprinzipien. Sie wurden in elf Artikeln festgeschrieben. Diese Grundprinzipien haben die Verfasser des DCFR für ihre Arbeit inspiriert; Sie wurden allerdings nicht direkt übernommen, da aufgrund des nun weiteren Anwendungsbereichs des DCFR die *principes directeurs* als zu eingeschränkt angesehen wurden.<sup>61</sup>

## 2.5. Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)

Die *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)* hatte die Aufgabe *Principles of European Insurance Law* zu entwickeln.<sup>62</sup> Ein Allgemeiner Teil wurde unter dem Titel „*Principles of European Insurance Contract Law*“ (PEICL) 2009 veröffentlicht.<sup>63</sup> Weitere Teile zu den besonderen Versicherungszweigen sind in Vorbereitung. In den DCFR wurden die PEICL bisher noch nicht aufgenommen, auch wenn die Kommission immer wieder die Bedeutung eines einheitlichen europäischen Versicherungsrechts für die Vollendung des Binnenmarktes im Bereich der Versicherungsverträge betont hat.<sup>64</sup>

## 2.6. Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group)

Die *Economic Impact Group* analysierte verschiedene Regelungen des DCFR aus einem wirtschaftlichen Blickwinkel und stellte ihre Ergebnisse den Verfassern des DCFR zur Verfügung.<sup>65</sup> Dies umfasste eine ausführliche Prüfung der möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen der Modellregelungen, wobei die Bedürfnisse der Teilnehmer am Binnenmarkt zu berücksichtigen waren.<sup>66</sup>

---

*H.Capitant et Société de législation comparée* (Hrsg), *Projet de cadre commun de référence. Principe contractuels communs*, Collection Droit privé européen et comparé, vol. 7 (2008); <http://www.legiscompare.com>.

<sup>60</sup> *Fauvarque-Cosson/Mazeaud*, ZEuP 2009, 676; *Fauvarque-Cosson/Mazeaud*, ZEuP 2008, 648f.

<sup>61</sup> *Fauvarque-Cosson/Mazeaud*, ZEuP 2009, 676; *Beale* in Schmidt-Kessel, *Der Gemeinsame Referenzrahmen* 47.

<sup>62</sup> v. *Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Introduction, 58.

<sup>63</sup> *Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law"*, *Principles of European Insurance Contract Law* (2009).

<sup>64</sup> KOM(2003) 68 endg, 16.

<sup>65</sup> v. *Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Introduction, 2.

<sup>66</sup> <http://www.copecl.org/>.

### 2.7. Common Core Group

Die *Common Core Group* wurde an der Universität von Trient gegründet. Sie besteht aus Wissenschaftlern der USA und Europa. Durch Methoden der rechtsvergleichenden *common core* Forschung und Analyse versucht diese Arbeitsgruppe „tiefere“ Übereinstimmungen zwischen den Rechtsordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten zu entdecken und versteckte formale Unterschiede zu überwinden. Es sollen gemeinsame Regelungen und Problemlösungswege in den Rechtordnungen der Mitgliedstaaten aufgezeigt werden, ohne selbst Modellreglungen zu entwerfen. Das erste Unterprojekt wurde zum Thema „*Good Faith in European Contract Law*“ fertiggestellt und veröffentlicht.<sup>67</sup>

Im CoPECL Exzellenznetzwerk hat die *Common Core Group* die Aufgabe die Ergebnisse der *Principle Drafting Groups* auf ihre Anwendbarkeit und Praktikabilität an Hand des bestehenden *case law* zu überprüfen.<sup>68</sup>

### 2.8. Database Group

Diese Gruppe hat die Aufgabe eine Datenbank über das *case law* im Bereich des Europäischen Vertragsrechts zu erstellen. Die gesammelten Informationen sollen zuerst den einzelnen Arbeitsgruppen, in einem nächsten Schritt allen Forschern und zuletzt auch der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden. Die *Database Group* soll so die Infrastruktur im CoPECL Netzwerk verbessern und alle relevante Dokumente das rechtsvergleichende nationale *case law* betreffend sammeln, anbieten und während des Projekts online präsentieren.<sup>69</sup>

### 2.9. Europäische Rechtsakademie (ERA)

1990 empfahl das Europäische Parlament, dass die Kommission sich für ein Fortbildungszentrum für Juristen einsetzen solle, um die Umsetzung des europäischen Rechts zu verbessern. In Folge dessen nahm die Europäische Rechtsakademie (ERA) ihre Tätigkeit in Trier im März 1992 auf. Seit 1999 dient sie als Europäisches Dokumentationszentrum mit einem aktuellen Archiv aller offiziellen EU-Publikationen auf Deutsch, Englisch und Französisch.<sup>70</sup> Mit ihren Publikationen, Seminaren und Forumsdebatten dient die Europäische

---

<sup>67</sup> Zimmermann in Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law 557; Zimmermann/Whittaker, Good Faith in European Contract Law (2000).

<sup>68</sup> <http://www.copecl.org/>; Lurger, Grundfragen 16f.

<sup>69</sup> <http://www.copecl.org/>.

<sup>70</sup> [http://www.era.int/cgi-bin/cms?\\_SID=1866b110dc91d60c7550f58132c144da37466b0a00051635348432&\\_sprache=de&\\_bereich=artik14](http://www.era.int/cgi-bin/cms?_SID=1866b110dc91d60c7550f58132c144da37466b0a00051635348432&_sprache=de&_bereich=artik14)

Rechtsakademie als Schnittstelle zwischen den juristischen Praktikern und den Institutionen in Brüssel, Luxemburg und Straßburg. Als Mitglied des CoPECL Exzellenznetzwerkes hatte die ERA die Aufgabe Praktiker, wie Rechtsanwälte, Notare und Richter, in den Entstehungsprozess des DCFR zu integrieren. Dazu veranstaltete die ERA Seminare und Konferenzen zu den unterschiedlichen Themenbereichen des DCFR um einen Austausch und eine Diskussion über die neuesten Ergebnisse im Entwicklungsprozess der Modellregelungen zu ermöglichen. Auf diesem Wege kam es zu einem regen Austausch mit *stakeholdern*.<sup>71</sup>

### 3. Vorgehen der Europäischen Institutionen im Werdegang des DCFR

#### 3.1. Das Europäische Parlament

Den ersten Vorstoß zur Verfassung eines einheitlichen Europäischen Privatrechts machte das Europäische Parlament in einer Entschließung im Jahre 1989<sup>72</sup>, in der die Mitgliedstaaten aufgefordert wurden, die erforderlichen Vorbereitungsarbeiten für ein einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch zu setzen, nachdem diese sich für eine Beteiligung an einer Vereinheitlichung ausgesprochen hatten. Im Jahre 1994 wiederholte das Europäische Parlament in einer neuerlichen Entschließung<sup>73</sup> die Notwendigkeit einer Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts für den Binnenmarkt und forderte die Kommission erneut auf, mit den Vorbereitungsarbeiten für ein einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch zu beginnen. Diese Überzeugung wiederholte das Parlament in weiteren Entschließungen.<sup>74</sup>

Schließlich legte das Europäische Parlament den ehrgeizigen Plan vor, dass ab 2010 ein Regelwerk zum Vertragsrecht der Europäischen Union ausgearbeitet und verabschiedet werden sollte.<sup>75</sup> In weiteren Entschließungen tritt das Parlament wiederholt dafür ein, den gemeinsamen Referenzrahmen als optionales Instrument umzusetzen.<sup>76</sup>

---

el&\_aktion=detail&\_persistant\_variant=%DCber%20ERA/Die%20Stiftung/Geschichte&\_template\_variant3=Geschichte&idartikel=100499.

<sup>71</sup> <http://www.copecl.org/>.

<sup>72</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 26.5.1989, ABl EG 1989 C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 (1992), 320.

<sup>73</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 6.5.1994, abgedruckt in ZEuP 1995, 669.

<sup>74</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 15.11.2001, ABl C 140 E/538, A5-0384/2001; Europäisches Parlament, Entschließung v 2.9.2003, ABl 2004/C 76 E/95, P5\_TA(2003)0355; Europäisches Parlament, Entschließung v 23.3.2006, ABl C 292 E/109, P6\_TA(2006)0109; Europäisches Parlament, Entschließung v 7.9.2006, ABl 2006/C 305 E/247, P6\_TA(2006)0352.

<sup>75</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 15.11.2001, ABl C 140 E/538, A5-0384/2001.

<sup>76</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 2.9.2003, ABl 2004/C 76 E/95, P5\_TA(2003)0355; Entschließung v 12.12.2007; P6\_TA(2007)0615; Entschließung v 3.9.2008, P6\_TA(2008)0397, ABl 2009/C 295 E/09; zuletzt Entschließung des Europäischen Parlaments v 8.6.2011, 2011/2013 (INI).

### 3.2. Die Europäische Kommission

Am 11.07.2001 erging die erste Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht<sup>77</sup>, um eine Diskussion zu diesem Thema anzuregen. Die Kommission stellte darin verschiedene Optionen als Lösungsvorschläge für den Bereich des Europäischen Privatrechts vor, die von einer sog. „sanften Harmonisierung“ getrieben aus marktwirtschaftlichen Gründen, zur Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze für das Vertragsrecht und der Verbesserung der Qualität der bestehenden Rechtsvorschriften bis hin zu einer umfassenden Kodifikation auf EU-Ebene, zB als optionales Instrument, reichen.<sup>78</sup>

Nach Kritik<sup>79</sup> des Europäischen Parlaments, welches diese Mitteilung der Kommission schon 2001 als nicht ausreichend ansah und die Beschränkung auf das Vertragsrecht bemängelte, da auch Vereinheitlichungen im Schuld- und Sachenrecht notwendig seien, erließ die Kommission am 12.2.2003 eine weitere Mitteilung<sup>80</sup>. Dieser sog Aktionsplan für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht<sup>81</sup> stellt den Abschluss der ersten Konsultationsrunde dar. In dieser Mitteilung verwendet die Kommission das erste Mal den Begriff des *Gemeinsamen Referenzrahmens* und schlug auch den voraussichtlichen Inhalt eines Gemeinsamen Referenzrahmens vor.<sup>82</sup> Dieser solle sich auf das Gebiet des europäischen Vertragsrechts beschränken.

Diese Zielsetzung, die Verbesserung des geltenden und künftigen Unionsrechts, wiederholte die Kommission in der darauffolgenden Mitteilung über das „weiteres Vorgehen“<sup>83</sup>. Darin betont die Kommission, dass der GRR ein unverbindliches Instrument sein solle, und dass es nicht vorgesehen sei, ein „Europäisches Zivilgesetzbuch“ zu schaffen.<sup>84</sup> Die Kommission sieht das Hauptziel darin, durch ein gemeinsames hohes Verbraucherschutzniveau und den Abbau von Binnenmarktschranken sowie durch eine

---

<sup>77</sup> KOM(2001) 398 endg; Überblick über die Kommissionsmitteilungen ua in *Flessner*, ZEuP 2007, 112ff; *Prisching*, ZfRV 2007, 15.

<sup>78</sup> KOM(2001) 398 endg, 14ff.

<sup>79</sup> Europäisches Parlament, Entschließung vom 15.11.2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, ABl C 140 E/538.

<sup>80</sup> KOM(2003) 68 endg; Reflexion über den Gebrauch einer kohärenteren und klareren europäischen Rechtssprache: *Heutger*, A more coherent European wide legal language, EIoP Vol. 8 (52004) N°2.

<sup>81</sup> KOM(2003) 68 endg.

<sup>82</sup> KOM(2003) 68 endg, 19.

<sup>83</sup> KOM(2004) 651 endg, 2.

<sup>84</sup> KOM(2004) 651 endg, 6, 9.

Vereinfachung der Rechtsvorschriften das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken.<sup>85</sup>

Im Haager Programm<sup>86</sup> wird in Punkt 9 des Aktionsplans erneut festgehalten, dass 2009 ein Gemeinsamer Referenzrahmen für den Bereich des materiellen Vertragsrechts verabschiedet werden soll, der der Verbesserung des Kohärenz und Qualität des Unionsrechts dienen soll. In diesem Sinne findet sich auch in der Mitteilung der Kommission „Europa 2020“ ein Bekenntnis dazu, dass für eine Weiterentwicklung des Binnenmarktes harmonisierte Regelungen für Verbraucherverträge, EU-weite Modellvertragsklauseln und Vorarbeiten für ein einheitliches europäisches Vertragsrecht notwendig sind.<sup>87</sup> In weiterer Folge veröffentlichte die Kommission ein Grünbuch über die Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, in dem die Entwicklung eines optionalen Instruments auf Basis des DCFR durch eine eingesetzte Zivilrechtsexpertengruppe vorangetrieben wird.<sup>88</sup> Diese Expertengruppe hat am 03.05.2011 eine sog. *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* veröffentlicht.<sup>89</sup> Vor allem die zuständige Justizkommissarin *Viviane Reding* verfolgte mit Nachdruck eine möglichst rasche Entwicklung eines optionalen Europäischen Vertragsrechts,<sup>90</sup> sodass nun im Oktober 2011 ein Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>91</sup> publiziert wurde.

### 3.3. Der Rat der Europäischen Union

Der Europäische Rat hielt im Oktober 1999 eine Sondertagung im finnischen Tampere über die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Europäischen Union ab und trat dabei für eine größere Konvergenz im Bereich des Zivilrechts ein. Es wurde geplant eine Studie in Auftrag zu geben, die untersuchen soll, ob es zur Beseitigung von Hindernissen am Binnenmarkt und für das reibungslose Funktionieren von

---

<sup>85</sup> KOM(2002) 208 endg, ABl 2002/C 137/02; KOM(2004) 651 endg, 3.

<sup>86</sup> KOM(2005) 184 endg, 6.

<sup>87</sup> KOM(2010) 2020 endg.

<sup>88</sup> KOM(2010) 348 endg; Beschluss der Kommission zur Einsetzung einer Expertengruppe für den gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts (2010/233/EU), ABl L 105/109; vgl zu ersten Ergebnissen der eingesetzten Expertengruppe die Mitteilung der KOM v 14.9.2010, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr\\_report\\_10\\_09\\_01\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_09_01_02_en.pdf); vgl auch die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (2011/C 21/05), ABl C 21/26; siehe auch KOM(2010) 171 endg, wo im Anhang bei den Maßnahmen zur Unterstützung der Wirtschaft ein Legislativvorschlag für einen gemeinsamen Referenzrahmen erarbeitet werden soll.

<sup>89</sup> [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>90</sup> Vgl Rede der Justizkommissarin und Vizepräsidentin der Europäischen Kommission *Viviane Reding* v 3.6.2011, SPEECH/11/411.

<sup>91</sup> KOM(2011) 635 endg.

zivilrechtlichen Verfahren, einer Vereinheitlichung der privatrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten bedarf.<sup>92</sup>

Im Anschluss an den Aktionsplan der Kommission hat der Rat eine Entschließung zum Thema ein „kohärentes Europäisches Vertragsrecht“ angenommen, in der festgelegt wird, dass die geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsprivatrechts verbessert, konsolidiert und kodifiziert werden sollten, um mehr Kohärenz, Transparenz und Vereinfachungen zu schaffen.<sup>93</sup> Dies wurde im Rahmen des Haager Programms weiterhin unterstützt.<sup>94</sup>

Der Rat hat sich im Jahre 2007<sup>95</sup> und 2008<sup>96</sup> in eigenen Sitzungen mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen näher auseinander gesetzt. Schlussendlich legte er folgende grundlegende Standpunkte zum Gemeinsamen Referenzrahmen fest: Der Zweck des GRR ist es, als Instrument zur besseren Rechtssetzung für die Gemeinschaftsorgane zu dienen. Inhaltlich sollen Definitionen, allgemeine Grundsätze und Mustervorschriften aus dem Bereich des Vertragsrechts enthalten sein. Der Anwendungsbereich soll das allgemeine Vertragsrecht, inklusive dem Verbraucherrecht umfassen. Der GRR soll von unverbindlicher Rechtsnatur sein und so von den Rechtssetzungsorganen der Gemeinschaft freiwillig als Inspirationsquelle gewählt werden können oder als Referenz im Rahmen der Rechtssetzung genutzt werden können.<sup>97</sup>

### 4. Zusammenfassung

Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts werden in der Literatur unter dem Begriff „*Europeanisation of Private Law*“ zusammengefasst.<sup>98</sup> Durch die Angleichung oder Annäherung bestimmter Regelungsbereiche auf EU-Ebene im Rahmen von Richtlinien und Verordnungen hat dieser Prozess seinen Anfang genommen. Je mehr Zivilrechtsbereiche betroffen sind und je umfangreicher die Angleichungsmaßnahmen

---

<sup>92</sup> Europäischen Rats von Tampere, 15./16. 10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SI (1999) 800, Punkt 39, [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm).

<sup>93</sup> Entschließung des Rates zum Thema „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht“, ABl 2003/C 246/1.

<sup>94</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes von der Tagung des Europäischen Rates (Brüssel) v 4./5. 11.2004, Dok 14292/04, Haager Programm im Anhang I.

<sup>95</sup> Schlussfolgerungen des Rates nach dessen Tagung v 17.4.2007, Dok 8548/07 JUSTCIV 90.

<sup>96</sup> Schlussfolgerung des Rates nach dessen Tagung v 18.4.2008, Dok 8286/08 JUSTCIV 68 CONSUM 39; Schlussfolgerungen des Rates nach dessen Tagung v 27./28.11.2008, Dok 15306/08 JUSTCIV 236 CONSUM 167.

<sup>97</sup> Schlussfolgerung des Europäischen Rates v 11.4.2008, Dok 8286/08 JUSTCIV 68 CONSUM 39; 2683. Tagung des Rates der Europäischen Union – Justiz und Inneres am 18.4.2008, Mitteilung an die Presse 8397/08 (Presse 96), abgedruckt in ZEuP 2008, 880; Konsolidierte Fassung der Schlussfolgerungen des Rates v 27.1.2009, Dok 5784/09 JUSTCIV 27 CONSUM 11; ebenso im Programm der tschechischen Präsidentschaft vom 5.2.2009, Dok 6155/09, JAI 64 COMIX 111.

<sup>98</sup> Zimmermann in Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law 539; Hübner in FS Großfeld 471.

werden, desto weiter schreitet die „Europäisierung“ des Privatrechts voran.<sup>99</sup> Im Zuge dessen wird immer wieder der Gedanke nach einem Europäischen Zivilgesetzbuch laut.

Den ersten Vorstoß zur Verfassung eines einheitlichen Europäischen Privatrechts machte das Europäische Parlament in einer Entschließung im Jahre 1989.<sup>100</sup> Die Kommission folgte diesen Bestrebungen etwas zögerlich und erließ im Jahre 2001 ihre erste Mitteilung<sup>101</sup> zum Europäischen Vertragsrecht, um eine erste Diskussion über die Möglichkeiten der Verbesserung des bisherigen gemeinschaftlichen Besitzstandes anzuregen.

Schließlich wurde im Rahmen des 6. Rahmenforschungsprogramms das „CoPECL-Exzellenznetzwerk“, bestehend aus mehreren wissenschaftlichen Gruppierungen, mit der Ausarbeitung eines Gemeinsamen Referenzrahmens zum Europäischen Privatrecht beauftragt. Maßgeblich an der Ausarbeitung dieses GRR war die *Study Group on a European Civil Code* beteiligt, die basierend auf den *Principles of European Contract Law* (PECL) Modellregelungen zum Europäischen Privatrecht ausarbeitete. Die ebenfalls im Netzwerk integrierte *Research Group on the Existing EC Private Law* (Acquis-Gruppe) sollte sicherstellen, dass das bestehende Gemeinschaftsprivatrecht in den Bestimmungen ausreichend Berücksichtigung fand. Schlussendlich wurde der Gemeinsame Referenzrahmen in seiner *full outline edition* im Jänner 2009 von der *Study Group on a European Civil Code* und der *Research Group on EC Private Law* veröffentlicht.

Mit der Publikation eines Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>102</sup> wird deutlich, dass die Kommission ein optionales Instrument für Verbraucher und Unternehmer schaffen möchte, das von den Vertragsparteien gewählt werden kann und zumindest dann anwendbar sein soll, wenn eine Partei Verbraucher und die andere Unternehmer, oder zwischen Unternehmern, von denen mindestens eine Partei ein KMU ist.<sup>103</sup>

In weitere Folge soll nun untersucht werden, in welcher Form und auf Basis welcher Kompetenzgrundlage der *Draft Common Frame of Reference* umgesetzt werden könnte, wobei das Hauptaugenmerkt nach Veröffentlichung des Kommissionsvorschlags für ein optionales Instrument hierauf gelegt werden wird.

---

<sup>99</sup> Schurig in FS Großfeld 1090.

<sup>100</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 26.5.1989, ABl EG 1989 C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 (1992), 320.

<sup>101</sup> KOM(2001) 398 endg.

<sup>102</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>103</sup> KOM(2011) 635 endg, 8f; KOM(2011) 636 endg, 11.

### C. Mögliche Rechtsnatur des Draft Common Frame of Reference

Kommission hat am 7.1.2011 ein Grünbuch<sup>104</sup> über die Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen veröffentlicht. Darin stellte die Kommission folgende sieben Optionen für die Umsetzung vor: eine Veröffentlichung der Ergebnisse der Expertengruppe auf der Website der Kommission,<sup>105</sup> eine offizielle „Toolbox“ für die Rechtsetzungsorgane auf europäischer und nationaler Ebene,<sup>106</sup> eine Kommissionsempfehlung zum Europäischen Vertragsrecht,<sup>107</sup> eine Verordnung zur Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechtsinstruments,<sup>108</sup> eine Richtlinie über ein Europäisches Vertragsrecht,<sup>109</sup> eine Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vertragsrechts<sup>110</sup> und schließlich als umfassendste Option eine Verordnung zur Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, welches neben vertraglichen Bestimmungen, auch noch Regelungen zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen enthalten würde, wovon auch die Geschäftsführung ohne Aufrag umfasst wäre.<sup>111</sup>

Mit Veröffentlichung der *Feasibility Study for a future instrument in European Contract Law*<sup>112</sup> und dem darauf aufbauenden Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>113</sup> ist nun der Weg zu einem optionalen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer vorgezeichnet. Es soll daher im Folgenden auf die Umsetzung eines optionalen Vertragsrechts, und im Anschluss daran auf die dafür zur Verfügung stehenden Kompetenzgrundlagen im AEUV näher eingegangen.

#### 1. Optionales Instrument in Form einer Verordnung

Als vierte Variante schlug die Kommission in ihrem Grünbuch die Einführung eines fakultativen Instruments in der Rechtsform einer Verordnung vor, welches somit als alternativ wählbares Vertragsrecht neben dem der Mitgliedstaaten bestehen würde.<sup>114</sup> Dieses könnte in Form eines opt-in oder opt-out Modells umgesetzt werden. Mit Veröffentlichung des

---

<sup>104</sup> KOM(2010) 348 endg.

<sup>105</sup> KOM(2010) 348 endg, 8.

<sup>106</sup> KOM(2010) 348 endg, 8.

<sup>107</sup> KOM(2010) 348 endg, 9.

<sup>108</sup> KOM(2010) 348 endg, 9f.

<sup>109</sup> KOM(2010) 348 endg, 11.

<sup>110</sup> KOM(2010) 348 endg, 11.

<sup>111</sup> KOM(2010) 348 endg, 12; Vgl auch Basedow, AcP 200 (2000) 475, der für eine Ergänzung des Vertragsrechts um Regelungen zu den außervertraglichen Schuldverhältnissen eintritt.

<sup>112</sup> [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>113</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>114</sup> KOM(2010) 348 endg, 9.

Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>115</sup> hat sich die Kommission für die Umsetzung in Form eines opt-in Modells entschieden, welches gemäß Art 1 des Verordnungsentwurfs bei grenzüberschreitenden Geschäften, die den Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte und die Erbringung verbundener Dienstleistungen bestreifen, zur Anwendung gelangen soll, wenn die Parteien dies vereinbaren. Diese Verordnung soll auf Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher und zwischen Unternehmer, von denen mindestens eines ein KMU ist, anwendbar sein, wobei es den Mitgliedstaaten frei steht, den Anwendungsbereich auf reine Inlandsverträge oder auf Verträge zwischen Unternehmern, von denen keiner ein KMU ist, zu erweitern.<sup>116</sup> Da das Gemeinsame Kaufrecht auch auf Verbraucherverträge anwendbar sein soll, enthält der Verordnungsentwurf umfassende Verbraucherschutzvorschriften, die mit der sog Richtlinie über die Rechte der Verbraucher übereinstimmen soll, um ein einheitliches Verbraucherschutzniveau zu etablieren.<sup>117</sup> Durch die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus soll das Vertrauen der Konsumenten in den Binnenmarkt gestärkt und diese zum Einkaufen im Ausland ermutigt werden (Art 1 des Verordnungsentwurfs).

Zu beachten ist dabei allerdings, dass der Anwendungsbereich eines optionalen Instruments mit dem des CISG abgestimmt werden müsste.<sup>118</sup> Der Vorteil des gewählten opt-in Modells liegt allerdings darin, dass sich die Vertragsparteien bereits mit der Wahl des optionalen Instruments bewusst gegen das CISG entscheiden, das somit abgewählt worden wäre.

Das Europäische Parlament<sup>119</sup> und der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss<sup>120</sup> befürworten ebenfalls die Einführung eines optionalen Instruments. Der große Vorteil eines fakultativen Instruments ist vor allem, dass damit das Ziel der Förderung des Binnenmarktes erreicht werden kann, ohne weiter in nationale Rechtsordnungen einzugreifen oder gar mitgliedstaatliches Zivilrecht zu verdrängen.

---

<sup>115</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>116</sup> KOM(2011) 636 endg, 9.

<sup>117</sup> Reich, ZfRV 2011/26, 201, mit der Konsequenz, dass Änderungen im Verbraucherrecht immer doppelgleisig in der Verbraucherrechtsrichtlinie und im optionalen Instrument umgesetzt werden müssten.

<sup>118</sup> Staudenmayer, ZEuP 2003, 835.

<sup>119</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 2.9.2003, P5\_TA(2003)0355, ABI 2004/C 76 E/95; Entschließung v 12.12.2007, P6\_TA(2007)0615; Entschließung v 3.9.2008, ABI 2009/ C 295 E/09. Das Europäische Parlament stimmte auch im Hinblick auf das Grünbuch der Kommission für ein fakultatives EU-weit geltendes Vertragsrecht, das grenzüberschreitende Geschäfte erleichtern würde: Entschließung v 8.6.2011, 2011/2013 (INI).

<sup>120</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABI 2011/C 21/05.

## Einleitung

Dieses Modell hat auch bei den Regierungen und den meisten anderen Teilnehmern der Anhörungen, unter der Voraussetzung, dass es ein hohes Verbraucherschutzniveau garantieren und klare, benutzerfreundliche Formulierungen enthalten würde, die bisher größte Zustimmung erfahren.<sup>121</sup>

*Leible*<sup>122</sup> vergleicht dies mit dem zusätzlichen Angebot von Unionsrecht im Bereich des Gesellschaftsrechts oder des Rechts des geistigen Eigentums. Auf diesen Gebieten hat die Gemeinschaft mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), der Societas Europaea (SE), der Europäischen Genossenschaft (SCE), und auch mit Gemeinschaftsmuster, Gemeinschaftsmarke, neue Gesellschaftstypen bzw gemeinschaftseigene Kennzeichenrechte angeboten, ohne nationales Recht zu verdrängen. Das Angebot ist größer geworden, das System bereichert. Ähnlich wäre dies bei der Ausgestaltung des GRR in Form eines optionalen Modells, das nationale Recht würde nicht verdrängt werden, sondern neben dem europäischen Modell parallel weiter bestehen.

## 2. Mögliche Kompetenzgrundlagen

Durch die Annahme des Vertrags von Lissabon (VvL), der am 1.12.2009 in Kraft getreten ist, haben sich die Gesetzgebungsverfahren in der EU verändert. Grundlage der EU sind nunmehr der geänderte EU-Vertrag (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV). Letzterer besteht aus dem geänderten EG-Vertrag (EGV).<sup>123</sup> Art 1 Abs 3 EUV sieht vor, dass diese beiden Verträge gleichrangig sind. Das Parlament ist seit dem Vertrag von Lissabon bei der Erlassung von Rechtsakten stärker miteinzubeziehen und besitzt mehr Entscheidungskraft.

Die Europäischen Verträge beinhalten keine eigene umfassende Kompetenzgrundlage für die Schaffung von Unionsrecht im Bereich des Privatrechts.<sup>124</sup> Eng mit der Wahl der Kompetenzgrundlage hängen die Funktion und die angestrebte Rechtsnatur des CFR zusammen, denn je nach Ausgestaltungsform können unterschiedliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung kommen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass das Tätigwerden der Europäischen Union auf dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung beruht (Art 3b EUV = ex-Art 5 Abs 1 EGV).<sup>125</sup> Darüber hinaus ist der Subsidiaritätsgrundsatz

---

<sup>121</sup> KOM(2011) 635 endg, 8.

<sup>122</sup> *Leible*, NJW 2008, 2561.

<sup>123</sup> *Obwexer*, ÖJZ 2010/13, 102.

<sup>124</sup> *Reich*, ZEuP 2007, 170; *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa 103f.

<sup>125</sup> EuGH 5.10.2000, C-376/98, *BRD/Europäisches Parlament und Rat*, Slg 2000, I-08419; *Roth*, EWS 2008, 402.

zu beachten, wonach die EU nur gesetzgeberisch tätig werden darf, wenn eine Lösung auf Ebene der Mitgliedstaaten für ein bestimmtes Problem nicht ausreicht und das Ziel auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden kann.<sup>126</sup> Diesem Prinzip folgend, ist das Bestehen von Handelshemmissen, die durch ein einheitliches Vertragsrecht beseitigt werden könnten, eine notwendige Voraussetzung für die Kompetenz der Europäischen Union zur Rechtssetzung im Bereich des europäischen Vertragsrechts.<sup>127</sup>

Nach Ansicht der Kommission stellt Art 114 AEUV die passende Rechtsgrundlage für die Erlassung einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht dar.<sup>128</sup> Da dies durchaus kritisch hinterfragt werden kann,<sup>129</sup> werden nun im Folgenden mögliche potentielle Kompetenzgrundlagen näher beleuchtet und auf ihre Tauglichkeit für die Umsetzung eines optionalen Instruments überprüft.

### 2.1. Art 81 (2) AEUV (= ex-Art 65 EGV)

Art 81 AEUV ersetzt den ehemaligen Art 65 EGV. Diese Bestimmung regelt die Entwicklung der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht. Diese Zusammenarbeit kann den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen. Basierend auf dieser Kompetenzgrundlage kann das Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat, *insbesondere* wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist, nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen beschließen. In der Fassung nach ex-Art 65 EGV, hieß es noch „soweit“ dies für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist. Der Binnenmarktbezug einer Maßnahme wird damit von der Voraussetzung zum Regelbeispiel herabgestuft.<sup>130</sup> Ein Beschluss bedarf der qualifizierten Mehrheit. Als Maßnahmen kommen in erster Linie Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse in Frage.

---

<sup>126</sup> Schweizer/Hummer/Obwexer, Europarecht Rz 639; Lachmayer/Bauer, Praxiswörterbuch Europarecht 843.

<sup>127</sup> Um dies festzustellen, wurde von einer unabhängigen Agentur eine Umfrage unter europäischen Unternehmen durchgeführt (Vogenauer/Weatherill, JZ 2005, 870). Im Zuge dieser Umfrage wurden 175 Unternehmen mit Sitz in acht Mitgliedstaaten befragt. Davon äußerten sich 83% der befragten Firmen im Jahr 2005 positiv zu einem harmonisierten europäischen Vertragsrecht, denn zwei Drittel dieser Firmen sehen sich bei Vertragsabschluss mit Partnern aus anderen Ländern mit kostspieligen Hindernissen konfrontiert (Vogenauer/Weatherill, JZ 2005, 876). Ob diese wirtschaftlichen Erwägungen tatsächlich ausreichend sind, um ein Einschreiten des Gemeinschaftsgesetzgebers zu rechtfertigen, ist letztendlich wohl eine Glaubensfrage (Jansen, JZ 2006, 540).

<sup>128</sup> KOM(2011) 635 endg, 9.

<sup>129</sup> Vgl Reich, ZfRV 2011/26, 199f.

<sup>130</sup> Dutta, EuZW 2010, 531; Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2010, 25.

## Einleitung

Grundsätzlich räumt diese Bestimmung der Union eine Kompetenz zum Erlass von internationalen Privat- und Verfahrensrechtsvorschriften ein und nicht eine zur Schaffung materiellen Zivilrechts, und ist daher für Vorschriften zur Angleichung des materiellen Privatrechts ungeeignet.<sup>131</sup> Diese können wohl kaum als Harmonisierungsinstrument verstanden werden, welches konkrete Rechtskonflikte beseitigt.<sup>132</sup>

### 2.2. Art 114 AEUV (= ex-Art 95 EGV)

Nach dieser Bestimmung erlässt das Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat im Rahmen eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Geeignete Maßnahmen sind nach dem Vertrag von Lissabon für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren Richtlinien, Verordnungen und Beschlüsse (Art 289 AEUV). Zusätzlich kann die Kommission weiterhin zum Erlass von Durchführungsverordnungen ermächtigt werden.<sup>133</sup> Gemäß Absatz 3 dieser Bestimmung hat die Kommission bei ihrem Vorschlag auf ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau zu achten. Dies würde dem Zweck eines DCFR, der gerade auch dem Verbraucher-acquis gerecht werden soll, und den Vorgaben der Kommission an die Expertgroup bei Erstellung der *Feasibility Study*,<sup>134</sup> entsprechen. Da das Gemeinsame Europäische Kaufrecht verbindliche Regelungen enthält, die das im bestehenden EU-Verbraucherrecht verankerte Schutzniveau beibehalten oder verbessern, steht der Verordnungsvorschlag im Einklang mit Art 114 Abs 3 AEUV.<sup>135</sup>

Auch wenn für die Rechtssetzung nach Art 114 AEUV an die den Binnenmarkt beeinträchtigende Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten angeknüpft wird, so müssen diese Unterschiede tatsächlich dazu geeignet sein, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich so unmittelbar auf das Funktionieren des Marktes auswirken. Eine abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung der Grundrechte reicht ebensowenig aus, wie die bloße Feststellung der Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen.<sup>136</sup> Darüber hinaus soll diese Kompetenzbestimmung grundsätzlich nicht auf eine vollständige Vereinheitlichung

---

<sup>131</sup> *Graßhof* in Schwarze, EU-Kommentar<sup>2</sup> Art 65 Rz 1.

<sup>132</sup> *Hesselink/Rutgers/de Booy*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04, 7; ebenso *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 364 Fn 38.

<sup>133</sup> *Herrnfeld* in Schwarze, EU-Kommentar<sup>2</sup> Art 95 Rz 78.

<sup>134</sup> [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf), 6.

<sup>135</sup> KOM(2011) 635 endg, 10.

<sup>136</sup> *Herrnfeld* in Schwarze, EU-Kommentar<sup>2</sup> Art 95 Rz 7.

der Rechtslage in den Mitgliedstaaten in einem bestimmten Sachgebiet zielen, sofern dies nicht ausdrücklich erforderlich ist.<sup>137</sup> *Lurger*<sup>138</sup> sieht das Kriterium der Erforderlichkeit dadurch erfüllt, dass die Markakteure durch die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen verunsichert sind, aus den divergierenden nationalen Rechtsordnungen höhere Transaktionskosten für die Parteien resultieren und dies den Binnenmarkt behindere. Eine Alternative zu einer Rechtsharmonisierung sieht sie nicht.

Seit der Rechtssache *Keck*<sup>139</sup> steht allerdings fest, dass der freie Warenverkehr nur noch durch Maßnahmen beeinträchtigt wird, die Markteintrittshindernisse darstellen. Somit fällt nicht mehr jede regulatorische Maßnahme sofort unter den Anwendungsbereich des Art 114 AEUV. Es scheint damit für *Rutgers*<sup>140</sup> auch schwer vorstellbar, einen Europäischen Zivilrechtskodex oder auch allgemein den CFR in welcher Form auch immer, auf Basis des Art 114 AEUV zu erlassen, da dies über den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit hinausgehen dürfte.

Wenn eine auf Art 114 AEUV gestützte Verordnung keine das Recht der Mitgliedstaaten (zumindest für grenzüberschreitende Sachverhalte) verdrängende, sondern lediglich ergänzende Wirkung hat, wie dies bei einem optionalen Instrument der Fall wäre, so wird der Bereich der Rechtsangleichung verlassen. Es gibt nämlich keine rechtsangleichende Wirkung, sondern das nationale Recht wird nur ergänzt durch eine zusätzliche Rechtsform. Ein Beispiel dafür sind die Europäischen Gesellschaftsformen (SE, EWIV, SCE), die neben den nationalen Gesellschaftsformen bestehen. Ähnlich ist dies im Falle eines optionalen Instruments in der Ausformung als opt-in Modell, wie es dem Kommissionsvorschlag entspricht. Entscheidend dürfte demnach sein, ob die „Optionalität“ des Gemeinsamen Kaufrechts ausreicht, um das Funktionieren des Binnenmarktes gemäß Art 26 AEUV zu gewährleisten.<sup>141</sup>

Aus den eben genannten Gründen ergibt sich auch aus dem Gutachten, dass das Europäische Parlament in Auftrag gegeben hat, dass Art 114 AEUV<sup>142</sup> für die Erlassung eines

---

<sup>137</sup> *Herrnfeld* in Schwarze, EU-Kommentar<sup>2</sup> Art 95 Rz 23.

<sup>138</sup> Grundrechte 111.

<sup>139</sup> EuGH 24.11. 1993, C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg 1993, I-6097.

<sup>140</sup> Working paper series, VU University Amsterdam, 26.1.2010, 10.

<sup>141</sup> *Reich*, ZfRV 2011/26, 199.

<sup>142</sup> Das Gutachten erging noch zu Art 95 EGV.

optionalen Instruments keine geeignete Rechtsgrundlage bereit stellt, nicht einmal dann, wenn das optionale Instrument ein opt-out Modell wäre.<sup>143</sup>

Anderer Ansicht ist die Kommission, die Art 114 AEUV als geeignete Rechtsgrundlage für die Erlassung einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht erachtet.<sup>144</sup> Dies wird mit der Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch die Verordnung in Einklang mit Art 114 Abs 3 AEUV gerechtfertigt.<sup>145</sup> Darüber hinaus werde mit dem Vorschlag dem Subsidiaritätsprinzip des Art 5 EUV Rechnung getragen, da damit ein Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes geleistet werden, der eine grenzüberschreitende Dimension hat, die auf Unionsebene besser als auf mitgliedstaatlicher verwirklicht werden könne.<sup>146</sup> Des Weiteren werde auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß Art 5 EUV gewahrt, da sich der Vorschlag auf Aspekte beschränke, die grenzüberschreitende Geschäfte erheblich behindern und der Vorschlag einen fakultativen, freiwilligen Charakter habe. Somit gehe diese Maßnahme nicht über das hinaus, was nötig sei, um Unternehmern und Verbraucher im Binnenmarkt weitere Möglichkeiten zu eröffnen.<sup>147</sup>

Eine Verordnung über ein optionales Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wird damit aller Voraussicht nach, trotz Kritik, ob die Kompetenzgrundlage dafür ausreichend ist,<sup>148</sup> auf Basis des Art 114 AEUV beschlossen werden.

### 2.3. Art 115 AEUV (= ex-Art 94 EGV)

Auf Grundlage des Art 115 AEUV hat der Rat die Möglichkeit, unbeschadet des Art 114 AEUV (ex-Art 95 EGV), nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien für die Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu beschließen, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken. Das besondere Verfahren drückt sich darin aus, dass der Rat einstimmig und erst nach Anhörung des Europäischen Parlamentes und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Beschlüsse fassen kann.

---

<sup>143</sup> *Hesselink/Rutgers/de Booys*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04, 54; ebenso *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 365ff.

<sup>144</sup> KOM(2011) 635 endg, 9.

<sup>145</sup> KOM(2011) 635 endg, 10.

<sup>146</sup> KOM(2011) 635 endg, 10.

<sup>147</sup> KOM(2011) 635 endg, 10f.

<sup>148</sup> Vgl *Reich*, ZfRV 2011, 199f.

Das sich diese Bestimmung nur für den Erlass von Richtlinien eignet, stellt sie für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht keine passende Rechtsgrundlage dar.<sup>149</sup>

#### 2.4. Art 352 AEUV (= ex-Art 308 EGV)

Ex-Art 308 EGV enthielt die so genannte ergänzende Rechtssetzungsbefugnis, die nun mehr nach dem Vertrag von Lissabon durch eine völlig neugefasste Flexibilitätsklausel ersetzt wurde.<sup>150</sup> In der neuen Fassung dieser Bestimmung hat der Rat die Befugnis einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments geeignete Vorschriften zu erlassen, für den Fall, dass ein Tätigwerden der Europäischen Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und in den Verträgen die dafür erforderliche Befugnis nicht vorgesehen ist. Diese Vorschriften können im Rahmen eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens erlassen werden. Auch in diesem Fall beschließt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.

Art 352 Abs 1 AEUV entspricht im Großen Ganzen ex-Art 308 EGV, allerdings wird in der Fassung des Reformvertrages von Lissabon festgelegt, dass als besonderes Gesetzgebungsverfahren das Zustimmungsverfahren zur Anwendung kommt. Das Europäische Parlament gewinnt somit auch in diesem Verfahren an Bedeutung, da es bisher nur Anhörungsrechte hatte.<sup>151</sup> *Fischer* ist der Meinung, dass aufgrund des neu formulierten Kompetenzbereiches und der Rechtsgrundlage im AEUV der nunmehrige Art 352 AEUV in geringerem Ausmaß als bisher als Kompetenzgrundlage für den Erlass von Vorschriften herangezogen werden könne.<sup>152</sup> Im Übrigen betont die Erklärung Nr 42 zu Art 352 AEUV, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH Art 352 AEUV keine Grundlage dafür bieten kann, den Bereich der Unionsbefugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus zu überschreiten. Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und Art 352 AEUV ist ein Bestandteil davon. Daher kann dieser Artikel keinesfalls dafür herangezogen werden Vorschriften zu erlassen, die aufgrund ihres Inhalts oder ihrer Rechtsfolgen dazu führen, dass eine Änderung der Verträge ohne Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens stattfände.

---

<sup>149</sup> *Hesselink/Rutgers/de Booy*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04, 59; Da auch der Anwendungsbereich des Art 115 AEUV sachlich enger gefasst ist, sieht auch *Grigoleit* in dieser Bestimmung keine passende Rechtsgrundlage für eine Umsetzung. *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 364 Fn 40.

<sup>150</sup> *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon 448.

<sup>151</sup> *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon 448.

<sup>152</sup> *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon 448.

Ist man der Ansicht, dass Art 114 AEUV keine ausreichende Rechtsgrundlage für den Erlass eines optionalen Instruments darstellt, stellt sich die Frage, ob Art 352 AEUV als alternative Kompetenzgrundlage geeignet wäre. Gegen eine Anwendbarkeit könnte auch hier eingewendet werden, dass dies dem Subsidiaritätsprinzip des Art 5 EUV widersprechen würde, der auch gem Art 352 Abs 2 AEUV zu berücksichtigen ist. Die Kommission sieht aber durch die Zielsetzung des Verordnungsvorschlages diesen Grundsatz gewährt.<sup>153</sup>

Im Gutachten, das das Europäische Parlament in Auftrag gegeben hat, welches noch zum ex-Art 308 EGV ergangen ist, wurde festgestellt, dass sich diese Kompetenzgrundlage zur Verabschiedung eines optionalen Instruments eignen würde, wenn ein solches nicht alle Bereiche des jetzigen DCFR umfassen würde, da nur jene Bereiche von dieser Rechtsgrundlage erfasst wären, die dazu beitragen, die in den Verträgen festgelegten Ziele (Art 2 und 3 EGV) zu erreichen.<sup>154</sup> Dies wäre in Hinblick auf den eingeschränkten Anwendungsbereich des Kommissionsvorschlags<sup>155</sup> verwirklicht.

Art 352 AEUV könnte damit als alternative Rechtsgrundlage für den Erlass eines optionalen Instruments im Umfang des Kommissionsvorschlags in Betracht gezogen werden, da dieses nur vertragsrechtliche Bestimmungen enthält und damit potentiell geeignet ist zur Förderung des Binnenmarktes beizutragen.

### 2.5. (K)ein Problem der Kompetenzgrundlage?

Soll nun wirklich ein einheitliches europäisches Vertragsrecht in Form eines optionalen Instruments erlassen werden, darf die Frage der ausreichenden Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union nicht vernachlässigt oder unterschätzt werden. Den obigen Ausführungen folgend, kann dies nämlich aus gutem Grund bezweifelt werden.<sup>156</sup> Letztlich kann die Problematik der Kompetenzgrundlage, wie auch schon *Vogenauer/Weatherill*<sup>157</sup> zutreffend erkannt haben, wie folgt zusammengefasst werden:

---

<sup>153</sup> KOM(2011) 635 endg, 10. S 2.2. Art 114 AEUV (= ex-Art 95 EGV).

<sup>154</sup> *Hesselink/Rutgers/de Booys*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04, 65; ebenso *Roth*, EWS 2008, 415; *Herresthal*, EuZW 2011, 9; *Leible*, BB 2008, 1474f; aA *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 365 Fn 40, nach welchem eine umfangreiche Privatrechtsvereinheitlichung auf Basis dieser Bestimmung am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung scheitert. Ähnlich *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa 109, nach der eine umfassende Vereinheitlichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten eine solche verfassungsrechtliche Reichweite einnehme, dass der Rahmen des ex-Art 308 EGV überschritten werde. Ebenso *Ernst*, AcP 208 (2008), 259, ein Rechtstext wie der CFR, der so tief in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingreife, verbiete auf einer gewagten Zuständigkeitskonstruktion nach Art 308 EGV erlassen zu werden. Dafür bräuchte es eine eigene Kompetenzgrundlage.

<sup>155</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>156</sup> Siehe 2. Mögliche Kompetenzgrundlagen.

<sup>157</sup> JZ 2005, 873.

Herrschen solche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten das Vertragsrecht betreffend, dass dies zu Hindernissen für den Waren- und Dienstleistungsverkehr führt?<sup>158</sup> Das wäre etwa der Fall, wenn die Unterschiede in den Rechtsordnungen in einer Erhöhung der Transaktionskosten resultieren. Kann diese Frage eindeutig bejaht werden, so muss als nächstes gefragt werden, ob der eher fragmentarische gesetzgeberische Ansatz der EU bei der Rechtssetzung im Privatrecht ausreichend für die Beseitigung von Hindernissen am Binnenmarkt ist, oder ob als Folge sogar neue Schwierigkeiten entstehen, weil durch den Ansatz der Mindestharmonisierung weiterhin unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten existieren (Grundsatz der Subsidiarität).<sup>159</sup> Kommt man hier zum Ergebnis, dass der fragmentarische Rechtssetzungsansatz der EU nicht ausreichend ist Beschränkungen des Binnenmarktes zu beseitigen, so stellt sich als nächstes die Frage, welche Möglichkeiten dem europäischen Gesetzgeber zustehen, die besser geeignet sind diese Handelshemmisse zu beseitigen.<sup>160</sup> Als logische Konsequenz müsste hier wohl ein Weg von der Mindest- zur Vollharmonisierung beschritten werden. Im Zuge dieser Diskussion wird immer die Gefahr gesehen, dass es zu einem „race to the bottom“ kommen könnte, dh dass sich Schutzstandards wie Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutz auf einem möglichst niedrigen Niveau einpendeln würden.<sup>161</sup>

Trotz der von *Vogenauer/Weatherill*<sup>162</sup> im Rahmen einer Studie nachgewiesenen Rechtsprobleme der Unternehmer bei der Anwendung von ausländischem Recht, rechtfertigt und begründet diese Tatsache alleine noch nicht eine Rechtssetzungskompetenz der EU auf dem Gebiet des Vertragsrechts. Informationskosten und Skepsis gegenüber unbekanntem Recht sind nämlich gerade zwingend mit der Tatsache der dezentralen Regelungskompetenz auf der Ebene der Mitgliedstaaten und den damit daraus resultierenden Unterschieden verbunden. Dies allein kann daher keine Rechtssetzungskompetenz begründen.<sup>163</sup>

Wenn privatrechtliche Vorschriften zur Förderung des Binnenmarktes beitragen und Handelshemmisse beseitigen können, dann trifft dies am ehesten noch auf Vorschriften des Vertragsrechts zu. Hier steht nationales zwingendes Recht einer einheitlichen Kautelarpraxis

---

<sup>158</sup> *Vogenauer/Weatherill*, JZ 2005, 873.

<sup>159</sup> *Vogenauer/Weatherill*, JZ 2005, 873.

<sup>160</sup> *Vogenauer/Weatherill*, JZ 2005, 873.

<sup>161</sup> *Lurger*, Grundfragen 138f.

<sup>162</sup> JZ 2005, 870.

<sup>163</sup> *Roth*, EWS 2008, 412.

## Einleitung

in Europa entgegen.<sup>164</sup> Nach *Basedow*<sup>165</sup> bestehe daher vorrangig ein Bedarf zur Harmonisierung im Bereich der Verbraucherrichtlinien, des Kreditsicherheitenrechts und im Versicherungsvertragsrecht. Auch die Bücher I-III des DCFR (Allgemeines Vertrags- und Schuldrecht) wären von Bedeutung, da diese mit der Definition von Begriffen und den Prinzipien eine Hilfe für die Auslegung und Lückenfüllung darstellen.<sup>166</sup> So könnten vor allem die Regelungen für bestimmte Vertragstypen oder das allgemeine Vertragsrecht des DCFR als relevant für den Binnenmarkt angesehen werden. Dies entspricht auch dem Vorhaben der Kommission ein optionales Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in Form einer Verordnung zu erlassen.<sup>167</sup>

Folgt man der Entscheidung des EuGH im Falle *Tobacco*<sup>168</sup>, so zeigt sich, dass die Kompetenz der EU nicht grenzenlos ist und bloße Rechtsunterschiede nicht automatisch zu einer Rechtsetzungskompetenz der EU führen. Es muss immer noch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bedacht werden,<sup>169</sup> welches die Kommission durch den eingeschränkten Anwendungsbereich als gewahrt betrachtet.<sup>170</sup>

Selbst wenn nun ausreichend nachgewiesen werden könnte, dass es für die Förderung des Binnenmarktes notwendig ist, das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren, so ist immer noch nicht bestätigt, dass ein optionales Instrument, insbesondere in einer opt-in Variante, welches nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung kommt, zur Angleichung der Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten führen wird, was allerdings eine Voraussetzung für den Erlass von Maßnahmen seitens der EU ist.<sup>171</sup>

Nachdem die Frage, ob der AEUV eine ausreichende Kompetenzgrundlage für die Umsetzung des DCFR in welcher Form auch immer bereit hält, bisher nicht eindeutig bejaht werden konnte, wird in der Literatur als zusätzliche Möglichkeit die Schaffung einer neuen Kompetenznorm oder ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten vorgeschlagen.<sup>172</sup> Die Schaffung einer neuen Kompetenznorm, wird wohl, wenn man die lange und leidvolle Entwicklungsgeschichte des Reformvertrages von Lissabon betrachtet,

---

<sup>164</sup> *Basedow*, ZEuP 2008, 676.

<sup>165</sup> ZEuP 2008, 676.

<sup>166</sup> *Basedow*, ZEuP 2008, 676.

<sup>167</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>168</sup> EuGH 5.10.2000, C-376/98, *BRD gg Europäisches Parlament/Rat*, Slg 2000, I-08419.

<sup>169</sup> *Reich*, ZEuP 2010, 37.

<sup>170</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>171</sup> *Hesselink/Rutgers/de Booy*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04, 59.

<sup>172</sup> *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 168.

politisch nicht so schnell möglich sein.<sup>173</sup> Bleibt ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten, hierzu müssten alle Mitgliedstaaten zustimmen und diesen dann in nationales Recht umsetzen, damit würde die beschlossene Maßnahme die oft geforderte demokratische Legitimation erhalten.<sup>174</sup>

### 3. Zusammenfassung

Fraglich ist, ob ein optionales Instrument zur Förderung der Vollendung des Binnenmarktes der Europäischen Union notwendig ist. ME kann dem durchaus zugestimmt werden. Nichtsdestotrotz hat sich seit der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten<sup>175</sup> eine Entwicklung in Gang gesetzt, die in der Veröffentlichung des *Draft Common Frame of Reference* gemündet hat.

Auf Basis des DCFR wurde von einer Expertengruppe ein Vorentwurf<sup>176</sup> für ein Europäisches Vertragsrecht für Unternehmer und Verbraucher geschaffen, der nun in der Veröffentlichung eines Verordnungsvorschlages für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gemündet hat,<sup>177</sup> welches als optionales Instrument für grenzüberschreitende Verbraucherverträge und solche zwischen Unternehmern, von denen einer ein KMU betreibt, zur Anwendung gelangen soll, sofern die Parteien dies vereinbaren.

Fraglich ist allerdings auf Basis welcher Kompetenzgrundlage ein solches Europäisches Vertragsrecht erlassen werden könnte. Es galt die Eignung von Art 81 Abs 2, 114, 115 und 352 AEUV zu überprüfen. Die Kommission tritt für Art 114 AEUV als geeignete Rechtsgrundlage ein.<sup>178</sup> Alternativ dazu, könnte ein optionales Kaufrecht auch auf Basis des Art 352 AEUV beschlossen werden.

Somit zeichnet sich 30 Jahre nachdem das Europäische Parlament<sup>179</sup> erstmals die Entwicklung eines Europäischen Zivilgesetzbuches angeregt hat, die Entwicklung hin zu einem optionalen Vertragsrechtsinstrument für Unternehmer und Verbraucher ab, wofür mit dem *Draft Common Frame of Reference* ein erster Grundstein gelegt wurde.

---

<sup>173</sup> aA *Brödermann*, ZEuP, 2007, 312, demzufolge der Kompetenzrahmen im nötigen Maß erweitert wird, wenn der politische Wille dazu groß genug ist, wovon der Verfasser überzeugt ist; ebenso *Wagner*, ZEuP 2007, 183 und *Lurger*, ERCL 2005, 444, die daneben auch eine weite Interpretation des Art 95 EGV für möglich hält.

<sup>174</sup> *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 169.

<sup>175</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 26.5.1989, ABI EG 1989 C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 (1992), 320.

<sup>176</sup> [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>177</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>178</sup> KOM(2011) 635 endg, 9.

<sup>179</sup> Europäisches Parlament, Entschließung v 26.5.1989, ABI EG 1989 C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 (1992), 320.

### 4. Stellungnahme

Der *Draft Common Frame of Reference* ist sehr umfangreich und hält für viele Bereiche des Zivilrechts Regelungen bereit, sodass daraus ein Europäischer Zivilrechtskodex entwickelt werden könnte. Um dem „Schreckgespenst“ eines Europäischen Zivilgesetzbuches zu begegnen, schwächen Rat, Kommission und auch das Europäische Parlament das Potential des Referenzrahmens ab und erklären immer wieder mit Nachdruck, dass daraus auf gar keinen Fall ein Europäischer Privatrechtskodex entstehen werde, sondern der DCFR ist einer „28. Rechtsordnung“ als fakultatives Vertragsrechtsinstrument zur Verfügung stehen soll, ohne in das bestehende nationale Recht einzugreifen. Dem entspricht auch der publizierte Verordnungsvorschlag der Kommission.<sup>180</sup>

#### 4.1. Optionales Instrument

Wird ein politischer *Common Frame of Reference* in Form eines **opt-in Modells** umgesetzt, so sieht *Hähnchen* die Gefahr, dass dieser aufgrund der mit neuem Recht allgemein verbundenen Rechtsunsicherheit nur relativ geringe Bedeutung erlangen wird. Gerade für KMUs könnten die Kosten für die notwendige Rechtsberatung zu groß sein oder die Verhandlungsstärke nicht ausreichen, um das Recht des CFR zu wählen.<sup>181</sup> Dies würde aber gerade dem von der Kommission angestrebten Zweck eines Europäischen Vertragsrechts zu wider laufen.<sup>182</sup>

Der große Vorteil des optionalen Instruments, wie es von der Kommission vorgeschlagen wurde, liegt darin, dass die darin enthaltenen zwingenden Verbraucherschutzvorschriften, nationales Recht verdrängen. Dies hat für Unternehmer den Vorteil, dass sie sich mit zwingenden nationalen Vorschriften im Anwendungsbereich der Verordnung nicht mehr auseinandersetzen müssen.<sup>183</sup> Es ermöglicht auch die Gestaltung von einheitlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in allen Mitgliedstaaten anwendbar und gültig wären.<sup>184</sup> Das Gemeinsame Kaufrecht ist allerdings auch so ausgestaltet, dass es für Verbraucher ein hohes Schutzniveau garantiert, das in allen Mitgliedstaaten gleich ist und somit als „Gütesiegel“ verstanden werden soll, das das Vertrauen der Konsumenten bei Abschluss von Geschäften im Binnenmarkt stärken könnte.<sup>185</sup>

---

<sup>180</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>181</sup> *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 153; *Beale*, ERCL 2007, 270.

<sup>182</sup> KOM(2010) 348 endg; KOM(2011) 636 endg, 2f.

<sup>183</sup> KOM(2011) 636 endg, 10f; *Leible*, EuZW 2011, 810.

<sup>184</sup> *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 154; *Ernst*, AcP 208 (2008), 266.

<sup>185</sup> KOM(2011) 636 endg, 11; *Leible*, EuZW 2011, 810.

Im Zusammenhang mit einem optionalen Instrument wird in der Literatur der sogenannte „*blue button*“ angeführt.<sup>186</sup> Mit dem „*blue button*“ ist ein optionales Instrument im Bereich des Warenkaufes gemeint. Bei Fernabsatzgeschäften würde so eine Rechtswahl für den CFR durch Anklicken einer EU-Flagge ermöglicht werden.<sup>187</sup> Damit würde der Fernabsatz auch für KMUs wesentlich interessanter werden, da ein einheitliches Recht für alle ihre Fernabsatzgeschäfte zur Anwendung kommen würde und sich auch ein Konsument so problemlos für die Anwendung eines optionalen Instruments entscheiden könnte.<sup>188</sup> Dies ist allerdings nur unter der Prämisse möglich, dass mit der Wahl des CFR jegliches, zwingendes nationales Recht der Mitgliedstaaten, verdrängt würde.<sup>189</sup>

Ein optionales Instrument würde zwangsläufig in Konkurrenz zu nationalen Rechtsordnungen stehen. Damit es derselben Qualität entspricht und Rechtsicherheit schaffen kann, sollte es nach *Grundmann*<sup>190</sup> ein letztinstanzliches Gericht geben, das für eine einheitliche Anwendung sorgt, wie zum Beispiel eine eigene Kammer beim EuGH für Privat- und Wirtschaftsrecht. Damit genügend Fallmaterial zur Verfügung steht, sollte dieses Instrument auch für rein nationale Sachverhalte zur Verfügung stehen und alle Verträge inklusive Verbraucherverträge umfassen. *Grundmann*<sup>191</sup> ist der Meinung, dass dies dem CFR zu mehr Durchbruch und Bedeutung verhelfen könnte als dem CISG.

Meines Erachtens ist die Schaffung eines optionalen Vertragsrechts für Unternehmer und Verbraucher in Form eines opt-in Modells zu begrüßen. Möglicherweise könnten aber in einem weiteren Schritt auch Teile des außervertraglichen Schuldrechts des DCFR umgesetzt werden. Dies würde eine Weiterentwicklung im Vergleich zu den bisherigen nichtstaatlichen Instrumenten, wie den PECL oder den UNIDROIT-Principles darstellen. Immerhin wurde mit der Rom II-VO<sup>192</sup> ein Bedarf für kollisionsrechtliche Regelungen für den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse erkannt. Ein weiterer Schritt wäre nun die Schaffung eines zu den nationalen Rechtsordnungen alternativen Regelungskomplexes, der im Rahmen der Rom II-VO gewählt werden könnte. Ein opt-in Modell hat den großen Vorteil, dass sich die Parteien freiwillig für dessen Anwendbarkeit entscheiden können, wobei zu bedenken ist, dass dieses dadurch für den Bereich der außervertraglichen Schuldrecht, zB bei der GoA wohl

---

<sup>186</sup> *Schulte-Nölke*, ZEuP 2011, 749; ders, ERCL 2007, 348f; *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 154; *Beale*, ERCL 2007, 271.

<sup>187</sup> *Schulte-Nölke*, ERCL 2007, 349; *W. Doralt*, AcP 211 (2011), 13.

<sup>188</sup> *Schulte-Nölke*, ERCL 2007, 349.

<sup>189</sup> *Martens*, GPR 2010, 217.

<sup>190</sup> JZ 2005, 868.

<sup>191</sup> JZ 2005, 868; ebenso *Lando*, RIW 2005, 2.

<sup>192</sup> Siehe 4.2.2. Rom II-VO.

## Einleitung

kaum Bedeutung erlangen wird. Auch wenn dies zu einer langsameren Verbreitung des CFR führen wird, lässt sich damit wohl in den Mitgliedstaaten eher Zustimmung finden, als wenn es automatisch zur Anwendung kommen würde und damit Vorrang vor nationalem Recht hätte.

### 4.2. Exkurs: Kollisionsrechtliche Fragen

Kann der DCFR bereits jetzt kollisionsrechtlich wirksam gewählt werden? In welcher Umsetzungsvariante ist der politische CFR für eine Rechtswahl tauglich? Diese Fragen stellen sich für den DCFR verstärkt, da auch wenn die Modellregelungen, aufgrund ihrer Ausgestaltung auch auf reine Inlandsachverhalte angewendet werden könnten, die Verwendbarkeit für grenzüberschreitende Vertragsabschlüsse im Vordergrund steht.

Im Rahmen des internationalen Privatrechts ist zwischen vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnissen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung richtet sich nach Art 1 der Rom I-VO für vertragliche und nach Art 1 der Rom II-VO für außervertragliche Schuldverhältnisse.

#### 4.2.1. Rom I-VO

Die Rom I-VO ist auf alle vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen und nach dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden, anzuwenden. Sie gilt in allen Mitgliedstaaten der EU, mit Ausnahme Dänemarks. Art 3 Rom I-VO erlaubt den Parteien eine freie Rechtswahl. Allerdings ist dort die Möglichkeit auch nichtstaatliches Recht, wie eben den DCFR, die PECL oder die UNIDROIT-Principles zu wählen, nicht ausdrücklich erwähnt. Der Wortlaut der Verordnung schließt dies zwar auch nicht explizit aus, allerdings ist aufgrund der Entstehungsgeschichte der Verordnung die Wahl nichtstaatlichen Rechts von Art 3 Rom I wohl nicht erfasst.<sup>193</sup> Die Parteien haben nur die Möglichkeit einer materiell-rechtlichen Rechtswahl bei nichtstaatlichem Recht, dh sie können diese Regelungen gleichsam wie AGB in den Vertrag selbst aufnehmen. IdS hindert die Verordnung die Parteien nicht daran, in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen (Erwägungsgrund 13 der Rom I-VO). Erwägungsgrund 14 der Rom I-VO lässt weiterhin die Option offen, dass die EU ein einheitliches europäisches Vertragsrecht

---

<sup>193</sup> *Magnus*, IPRax 2010, 33; *Wagner*, IPRax 2008, 379; *Martiny*, ZEuP 2007, 217; *Mankowski* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 393f. Der Kommissionsvorschlag enthielt noch die Möglichkeit „auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts“ im Rahmen der Rechtswahl zu verweisen und diese für anwendbar zu erklären (Art 3 Abs 2 Vorschlag Rom I-VO; KOM(2005) 650 endg.).

verabschiedet, wie eben einen politischen CFR, und darin die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl eröffnet.<sup>194</sup>

Bei der Schaffung eines derzeit von der Kommission favorisierten optionalen Europäischen Vertragsrechts in Form einer Verordnung wäre dieses Instrument als Unionsrechtsakt gleichzeitig auch staatliches Recht, da eine Verordnung ja unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar wäre. Damit ist die Frage, ob nichtstaatliches Recht nach Art 3 Rom I-VO gewählt werden kann, überflüssig.<sup>195</sup> Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts erfolgt damit auf Grundlage nationalen Rechts, das entsprechend dem Internationalen Privatrecht anwendbar ist.<sup>196</sup> Der Verordnungsvorschlag weist nur insofern eine internationale Dimension auf, als es ausreichend ist, wenn eine Vertragspartei in einem Mitgliedstaat ansässig ist, um das optionale Instrument vereinbaren zu können.<sup>197</sup>

#### 4.2.2. Rom II-VO

Die EG-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht schafft EU-weite (mit Ausnahme von Dänemark) einheitliche Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, also für solche aus einer unerlaubten Handlung, einer ungerechtfertigten Bereicherung, einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder bei *culpa in contrahendo* (Art 1 Abs 1 Rom II-VO). Sie trat am 11.1.2009 in Kraft (Art 32 Rom II-VO) und kommt zur Anwendung, wenn ein solches außervertragliches Schuldverhältnis eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist, wobei es sich nicht ausschließlich um Mitgliedstaaten handeln muss.

In ihrem Anwendungsbereich verdrängt sie entgegenstehendes nationales Kollisionsrecht. Interessant ist auch hier wieder die Frage der Rechtswahl. Art 14 Rom II-VO sieht eine Rechtswahl für das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vor. Auch wenn der Wortlaut durch den Begriff „schadenbegründendes Ereignis“ die Rechtswahl auf Schadenersatzfälle zu beschränken scheint, ist eine Rechtswahl auch für alle Ansprüche, die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag resultieren, möglich.<sup>198</sup> Die Parteien haben einerseits die Möglichkeit nach Eintritt des schadenbegründenden Ereignisses, bzw des aufwendersatzbegründenden Ereignisses bei der GoA, ein bestimmtes Recht zu wählen. Andererseits können Parteien, die eine kommerzielle Tätigkeit ausüben, bereits vor Eintritt

---

<sup>194</sup> Wagner, ZEuP 2008, 678.

<sup>195</sup> Mankowski in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 412.

<sup>196</sup> KOM(2011) 635 endg, 9.

<sup>197</sup> KOM(2001) 636 endg, 10.

<sup>198</sup> Wagner, IPRax 2008, 14.

des schadenbegründenden Ereignisses eine frei ausgehandelte Vereinbarung zur Rechtswahl treffen. Durch den Wortlaut „frei ausgehandelt“, ist die Möglichkeit der Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen.<sup>199</sup>

Fraglich ist nun, wie es nach den Regelungen der Rom II-VO zu einer Anwendbarkeit des DCFR kommen kann. Grundsätzlich schließt auch der Wortlaut des Art 14 Rom II-VO die Wahl von nichtstaatlichem Recht nicht ausdrücklich aus. Es muss jedoch mit einem *argumentum a maiore ad minus* angenommen werden, dass wo das internationale Schuldvertragsrecht keine Rechtswahl zulässt, das internationale Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse dies umso weniger zulassen würde, da die Rechtswahl ein Instrument ist, das im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse schon viel länger und stärker etabliert ist, als dies für den Bereich der außervertraglichen der Fall ist.<sup>200</sup> Als weiteres Argument kann angeführt werden, dass – auch wenn die Rom II-VO zeitlich vor der Rom I-VO beschlossen worden ist – die Interpretation der Art 3 Rom I-VO und Art 14 Rom II-VO wohl kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen führen dürfte. Man könnte dem Europäischen Gesetzgeber wohl kaum unterstellen, hier unterschiedliche Möglichkeiten der Rechtswahl eröffnen zu wollen. Damit könnte das V. Buch des DCFR über *benevolent intervention in another's affairs* derzeit nur im Rahmen eines materiell-rechtlichen Verweises für anwendbar erklärt werden.

Weiterhin möglich ist es natürlich den DCFR in Verbindung mit einer Schiedsklausel zu wählen.<sup>201</sup> Vor Schiedsgerichten ist eine solche Rechtswahl möglich. Es besteht aber darüber hinaus die Möglichkeit, dass der europäische Gesetzgeber bei der Umsetzung des politischen CFR in Form einer Verordnung, die über den derzeitigen Kommissionsvorschlag hinausgeht, das optionale Instrument für kollisionsrechtlich wählbar erklärt und damit eine neue Möglichkeit für eine Rechtswahl schafft.

### 4.3. Fazit

Trotz aller Beteuerungen von Seiten der Europäischen Union, dass aus dem DCFR kein Europäisches Zivilgesetzbuch werden soll, sind noch nicht alle kritischen Stimmen verstummt. Ein erster weiterer Schritt im Bezug auf die „Europäisierung“ des Privatrechts ist

---

<sup>199</sup> Heiss/Loacker, JBl 2007, 623.

<sup>200</sup> Mankowski in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 427f.

<sup>201</sup> Brödermann, NJW 2010, 811.

durch die Veröffentlichung des Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>202</sup> getan.

Allerdings hätte die EU nach dem Vertrag von Lissabon kaum eine ausreichende Kompetenz um den DCFR in seinem derzeitigen Umfang auch nur als optionales Instrument in einer für die Mitgliedstaaten verbindlichen Form zu erlassen. Damit ist wohl die „Panik“ vor einem ganzen Zivilgesetzbuch etwas verfrüht. Langfristig wäre es wohl möglich, der Europäischen Union mehr Kompetenz im Bereich des Zivilrechts zu übertragen. Dazu müssten sich allerdings die Mitgliedstaaten auf eine neuerliche Vertragsänderung einigen, was wohl schwierig werden dürfte. Dennoch wäre es zu empfehlen, ein solch großes Unterfangen mit der Zustimmung möglichst aller Beteiligten umzusetzen und daher notfalls langsamer und Schritt für Schritt vorzugehen. Eine zu früh quasi von „oben herab“ verordnete Rechtsangleichung von der Gemeinschaft würde wohl kaum als eine Bereicherung empfunden werden, sondern eher zu einer Ablehnung führen.<sup>203</sup> Unterstützt wird dies durch die Argumentation, dass gerade die Privatrechtsordnungen durch die Tradition und Kultur der Mitgliedstaaten geprägt ist und daher jede „Vergemeinschaftung“ einen Eingriff in diese Besitzstände darstellt, dessen Notwendigkeit es zu überlegen gilt.<sup>204</sup> Noch dazu würden die Staaten des *common law*, wie das Vereinigte Königreich und möglicherweise auch Irland, von vornherein dem Projekt keine Chance mehr geben und es im Keim ersticken, wenn nicht ein ausreichender Dialog mit allen *stakeholdern* und den Mitgliedstaaten geführt wird.<sup>205</sup> Es gilt daher vor lauter Eifer und Begeisterung für die Rechtsangleichung, nicht über alle kritischen Stimmen hinweg zu entscheiden, sondern möglichst viele in den Entscheidungsprozess miteinzugliedern.

---

<sup>202</sup> KOM(2011) 635 endg.

<sup>203</sup> Schurig in FS Großfeld 1098.

<sup>204</sup> Reich, ZEuP 2010, 36.

<sup>205</sup> Brödermann, ZEuP 2007, 315.

### III. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER NEGOTIORUM GESTIO

#### A. Römisches Recht

Die Geschäftsführung ohne Auftrag, wie sie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen geregelt ist, hat ihren Ursprung im römischen Recht.<sup>206</sup> Diese ursprünglich gemeinsame Tradition und die Bezeichnung für dieses Rechtsinstitut verbinden diese Rechtsordnungen bis heute.<sup>207</sup> Aus diesen Gründen wird auf die *negotiorum gestio* des römischen Rechts und ihre Weiterentwicklung bis zur Aufnahme in das ABGB näher eingegangen. Dieser historische Rückblick ist hilfreich um die Problemstellungen rund um die Geschäftsführung ohne Auftrag besser erfassen zu können, denn dieses Rechtsinstitut hat sich im Laufe der Jahrhunderte stark gewandelt und dient heute oft nur noch dazu Lücken im Bereicherungs- und Vertragsrecht zu schließen.<sup>208</sup>

##### 1. Ursprung der *negotiorum gestio* im römischen Recht

Das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag entstammt einem praetorischen Edikt, welches eine Klage gewährte, wenn jemand ohne dazu beauftragt zu sein, die Interessen eines Abwesenden vor Gericht wahrgenommen oder einen Prozess eines Verstorbenen weitergeführt hat.<sup>209</sup> Dieses Edikt „*de negotiis gestis*“ ist von Ulpian<sup>210</sup> überliefert und darin lautet es: „*Ait Praetor: „Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: judicium eo nomine dabo.“*<sup>211</sup>

Der Praetor gewährte auf diesem Wege *in factum* die *actio negotiorum gestorum*, mit der der Geschäftsherr die Herausgabe des Erlangten und der Geschäftsführer Ersatz der Aufwendungen verlangen konnte.<sup>212</sup> Dies sollte die Römer ermutigen, sich der Angelegenheiten eines abwesenden Mitbürgers hilfsbereit anzunehmen. Der Tatsache, dass jemand dem Geschäftsherrn eine Geschäftsführung aufdrängen könnte, wurde wenig

<sup>206</sup> Coing, Europäisches Privatrecht II 510.

<sup>207</sup> Jansen, ZEuP 2007, 962.

<sup>208</sup> Jansen, ZEuP 2007, 969f.

<sup>209</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 260; Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Jiraschek, GoA 2; Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen 444; Morelli, Geschäftsführung im römischen Recht 47; Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio 13ff, 24ff.

<sup>210</sup> D 3, 5, 1.

<sup>211</sup> Übersetzung von Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio 27: „Wenn jemand wissentlich die Geschäfte eines anderen oder einer hereditas jacens geführt hat, werde ich ein Judicium gewähren.“

<sup>212</sup> Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I 4ff.

Bedeutung zugemessen.<sup>213</sup> Für die Römer stand die altruistische Freundeshilfe im Mittelpunkt dieser Handlungen, da die römische Gesellschaft, vor allem die Oberschicht, stark vom Gebot der *fides* geprägt war. Es gab zahlreiche Rechtsverhältnisse, die auf diesem Treueverhältnis zwischen Freunden (*amicitia*) beruhten, wie zB der Rat unter Freunden (*consilium*).<sup>214</sup>

Zusätzlich gab es schon am Ende der Zeit der Republik eine weitere Klagemöglichkeit, nämlich eine zivile *actio negotiorum gestorum* mit einer *bona fides* Klausel.<sup>215</sup> Die daraus resultierenden Klagen werden zu den *bonae fidei iudicia* gezählt. Der Geschäftsherr kann demnach mit der *actio negotiorum gestorum directa* vom Geschäftsführer die Herausgabe des Erlangten und allenfalls Schadenersatz verlangen. Der Geschäftsführer kann im Gegenzug mit der *actio negotiorum gestorum contraria* Ersatz bestimmter Aufwendungen und Schäden verlangen, die ihm im Rahmen der Geschäftsführung entstanden sind.<sup>216</sup>

Die Klassiker haben die Geschäftsführung ohne Auftrag als Quasikontrakt bezeichnet, da die *summa divisio* in Vertrag und Delikt nicht erschöpfend war.<sup>217</sup> Die Rechte und Pflichten zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer beruhen demnach nicht auf Vertrag, aber auf einem vertragsähnlichen Tatbestand.<sup>218</sup> Im justinianischen Recht gab es daher einen eigenen Abschnitt über die *negotiorum gestio* an der Spitze der Gruppe der Quasikontrakte mit dem Titel *de obligationibus quasi ex contractu*.<sup>219</sup> Zu den Quasikontrakten zählte man ebenso die ungerechtfertigte Bereicherung, die Vormundschaft (*tutela*), das Damnationslegat und die Teilungsansprüche.<sup>220</sup>

Da es sich bei der *negotiorum gestio* um eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung für einen anderen handelt, deckt sie sich in diesem Punkt auch mit dem Mandat, welches allerdings im Gegensatz zur Geschäftsführung ohne Auftrag auf einer vertraglichen

---

<sup>213</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 3.

<sup>214</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 2; Wittmann, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag 5.

<sup>215</sup> Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio 3.

<sup>216</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 260; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 350; Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen 445; Bertzel, Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn<sup>2</sup>, 60.

<sup>217</sup> Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 259.

<sup>218</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 261.

<sup>219</sup> 27. Titel des dritten Buches der Institutionen Justinians; Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 320; Jiraschek, GoA 3.

<sup>220</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 259.

Vereinbarung beruht.<sup>221</sup> Eine *actio negotiorum gestorum* wurde daher immer nur subsidiär gewährt, wenn kein Mandat oder ein anderer Klagsgrund vorlag.<sup>222</sup>

## 2. Wesentliche Merkmale der negotiorum gestio<sup>223</sup>

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem römischen Recht führt jemand (Geschäftsführer, *negotiorum gestor*) bewusst ein fremdes Geschäft für einen anderen (Geschäftsherr, *dominus negotii*), ohne hiezu durch Mandat oder einen anderen Vertrag verpflichtet oder ermächtigt zu sein.<sup>224</sup> Niemand ist verpflichtet sich der Geschäfte eines anderen anzunehmen, wenn sich jemand aber dafür entscheidet, muss er die Interessen des Geschäftsherrn auch wahren. Es entstehen daher Rechte und Pflichten, die denen des Auftrags ähnlich sind.<sup>225</sup>

Die altruistische Führung eines fremden Geschäftes, das für den Geschäftsherrn zumindest nützlich, wenn nicht sogar notwendig war, ist das zentrale Kriterium der *negotiorum gestio*, auf das nun im Folgenden näher eingegangen wird. Daraus resultierende Ansprüche, wie etwa der Ersatz nützlicher Aufwendungen, ev Schadenersatzansprüche und die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn sollen ebenso näher beleuchtet werden.

### 2.1. Führung eines fremden Geschäftes in Geschäftsführungsabsicht

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nur dann vor, wenn der Geschäftsführer ein **fremdes Geschäft** führt, dh ein Geschäft, das zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn gehört oder das unmittelbar dessen Geschäftssphäre zugutekommt.<sup>226</sup> Dieses Geschäft konnte jede erlaubte rechtliche oder faktische Handlung sein.<sup>227</sup>

Eine weitere Voraussetzung war das Führen eines fremden Geschäftes in **Geschäftsführungsabsicht** (*animus rem alteri gerendi*). Allerdings reichte ein gemischtes Interesse aus. Auch der Geschäftsführer, der ein eigenes Geschäft führt, das darüber hinaus aber eine eigenständige „Fremdkomponente“ aufweist, dient insoweit auch fremden

<sup>221</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 261; Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio 63.

<sup>222</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 114; Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I 20, 25, 28.

<sup>223</sup> Der Aufbau dieses Kapitels richtet sich nach Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht 10ff und Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 260ff.

<sup>224</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 260.

<sup>225</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 348f.

<sup>226</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 261; Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I 36.

<sup>227</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Eine Auflistung an Gruppen von Tätigkeiten, die nach dem römischen Recht eine fremde Tätigkeit darstellen, findet sich bei Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 11f.

Interessen und ist diesbezüglich ein *negotiorum gestor*.<sup>228</sup> Das Element der Geschäftsführungsabsicht war umso bedeutender, je weniger das Geschäft schon rein objektiv als fremdes qualifiziert werden konnte.<sup>229</sup> Nur in atypischen Fällen wurde die *actio negotiorum gestorum* auch gewährt, wenn dieser Fremdgeschäftsführungswille fehlte.<sup>230</sup>

Keine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn der Geschäftsführer nicht aus *officium* oder *amicitia* gehandelt hat, sondern eine Leistung aufgrund von familienrechtlichen Beziehungen erbracht hat, weil er bspw zur Unterhaltsleistung verpflichtet war oder dies aus sittlich gebotem familiären Pflichtgefühl (*pietas*) tat.<sup>231</sup> Daraus folgt, dass der Geschäftsführer mangels Vorliegen eines fremden Geschäfts keinen Anspruch auf Aufwandersatz hat. Die *actio negotiorum gestorum contraria* kann daher nur ein Geschäftsführer geltend machen, der weder aus einer Rechtspflicht noch aus Pflichtgefühl oder in Schenkungsabsicht gehandelt hat, sondern in der Erwartung die Aufwendungen ersetzt zu bekommen (*animus recipiendi*).<sup>232</sup>

### 2.2. Notwendige oder nützliche Geschäftsführung

Eine zentrale Frage der *negotiorum gestio* ist, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsherr einen Eingriff in seine Angelegenheiten durch den Geschäftsführer hinnehmen muss. Schließlich darf es nicht in der Macht des Geschäftsführers liegen durch sein Handeln einen Fremden zu verpflichten. Allerdings darf es auch nicht allein dem Belieben des Geschäftsherrn überlassen werden, ob er Aufwendungen des Geschäftsherrn ersetzt oder nicht. Dafür ist es erforderlich, dass der *gestor* ein nützliches Geschäft führt (*negotium utiliter gestum*).<sup>233</sup> Die Frage, ob eine nützliche Geschäftsführung vorliegt, ist daher vor allem für die Haftung und den Aufwandersatz des Geschäftsführers bedeutend.<sup>234</sup>

---

<sup>228</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 261; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 350; ausführlich Rabel, Negotium alienum und aniums, in gesammelte Aufsätze IV (1971) 441 = Studio in onore di P. Bonfante, Vol 4 (1930) 270.

<sup>229</sup> Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 19; Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I 37, demnach es den Klassikern auf einen *animus negotii gerendi* als allgemein geltendes Erfordernis für die *negotiorum gestio* nicht ankam.

<sup>230</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 349; Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I 36; siehe 2.6. Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers.

<sup>231</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 262; Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 42.

<sup>232</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 262; Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 42; Jiraschek, GoA 4.

<sup>233</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 350; Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 51.

<sup>234</sup> Honsell, Römisches Recht<sup>7</sup>, 157f; Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 320.

In diesem Zusammenhang ist der konkrete Begriff der *utilitas* (Nützlichkeit oder Notwendigkeit) näher zu untersuchen. Eine notwendige Geschäftsführung dient zur Abwehr eines unmittelbar drohenden Schadens, während eine nützliche zu einer Wertsteigerung im Vermögen des Geschäftsherrn führt.<sup>235</sup> Die Nützlichkeit kann unter zwei verschiedenen Aspekten betrachtet werden kann. Es wird zwischen **Nützlichkeit im objektiven** und **im subjektiven Sinn** unterschieden.<sup>236</sup> Ist eine Handlung des Geschäftsführers nach dem allgemeinen Verständnis nützlich, so spricht man von Nützlichkeit im objektiven Sinn. Im Gegensatz dazu, kommt es bei der Nützlichkeit im subjektiven Sinn darauf an, ob die Geschäftsführung den subjektiven Bedürfnissen und individuellen Interessen des Geschäftsherrn entspricht.<sup>237</sup>

Im römischen Recht ist vor allem die Nützlichkeit im subjektiven Sinn entscheidend. Es wird in erster Linie darauf abgestellt, wie der Geschäftsherr in dieser Situation selbst gehandelt hätte.<sup>238</sup> In diesem Sinne wird eine Geschäftsführung, die unmittelbar drohende Schäden für den Geschäftsherrn abwendet (Notgeschäftsführung), den Interessen des Geschäftsherrn entsprechen. Zu den Fällen der notwendigen Geschäftsführung, die durch ihre Dringlichkeit gekennzeichnet sind, zählen zB die gerichtliche Verteidigung im Prozess, die Bezahlung von Schulden des Geschäftsherrn, die Pflege kranker Sklaven oder die Erbringung von Unterhaltsleistungen an Kinder.<sup>239</sup> Es kann aber auch der Fall gegeben sein, dass der Geschäftsherr bewusst bestimmte Aufwendungen unterlassen hat, wie bspw die Reparatur eines einsturzgefährdeten Hauses. Wenn dennoch ein *gestor* Aufwendungen zur Rettung des Hauses tätigt, so kann keine *actio negotiorum gestorum* gewährt werden, weil die Geschäftsführung nicht den subjektiven Interessen des Geschäftsherrn entsprochen hat.<sup>240</sup> Eine Geschäftsführung ist auch dann nicht mehr notwendig oder nützlich, wenn ein überflüssiger Aufwand betrieben wird (Luxusaufwendungen).<sup>241</sup>

Die Beurteilung der **Nützlichkeit** kann *ex ante* oder *ex post* erfolgen. Für die Römer war hier eine *ex ante* vorliegende Nützlichkeit einer Geschäftsführungsmaßnahme

---

<sup>235</sup> *Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 114.

<sup>236</sup> *Benke/Meissel*, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 263; *Hausmaninger*, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 320.

<sup>237</sup> *Benke/Meissel*, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 263.

<sup>238</sup> *Benke/Meissel*, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 263; aA *Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 60, für den der Wille des Geschäftsherrn kein entscheidendes Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens einer *negotiorum gestio* darstellt, ausgenommen von Fällen einer Geschäftsführung gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn. Überblick auch in *Meissel*, GoA 6ff.

<sup>239</sup> *Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 52.

<sup>240</sup> *Benke/Meissel*, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 263; Ulpian D 3, 5, 9 (10), 1 abgedruckt in *Hausmaninger*, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 325 (Fall 219).

<sup>241</sup> *Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 57f.

entscheidend. Es war ausreichend, wenn die Geschäftsführung nützlich begonnen wurde (*utiliter coeptum*), unabhängig davon, ob der Erfolg im Nachhinein auch tatsächlich eingetreten ist.<sup>242</sup> Dies gilt jedoch nur für den Fall einer Notgeschäftsführung. War die Geschäftsführung nur allgemein nützlich, wie zB der Kauf und Verkauf von Sache, so werden bei sonstigen wirtschaftlich zweckmäßigen Geschäftsführungsmaßnahmen, Aufwendungen nur ersetzt, wenn tatsächlich ein Erfolg eingetreten ist.<sup>243</sup>

### 2.3. Ratihabitio

War die Geschäftsführung nicht notwendig oder nützlich, so hat der Geschäftsherr die Möglichkeit durch Erteilung einer Genehmigung (*ratihabitio*) dessen Rechtsfolgen auf sich zu nehmen.<sup>244</sup> Genehmigt er eine Geschäftsführung, so entstehen zwischen *gestor* und *dominus negotii* Rechte und Pflichten aus *negotiorum gestio*. Dies betraf vor allem Fälle, in denen der Geschäftsführer ohne dazu ermächtigt zu sein, Forderungen des Geschäftsherrn einzog. Mit der *ratihabitio* war die Leistung des Schuldners an den *gestor* schuldbefreiend und der Geschäftsherr konnte mit der *actio negotiorum gestorum* diese vom Geschäftsführer herausverlangen. Darüber hinaus kann durch eine solche Genehmigung der Haftungsumfang des Geschäftsführers geschmälert werden, wenn aus einer mangelhaften Geschäftsführung ein Schaden entstanden ist.<sup>245</sup> Mit dieser nachträglichen Genehmigung sollte aber kein Auftragsverhältnis fingiert werden.<sup>246</sup>

### 2.4. Ersatzfähige Aufwendungen

Aufwendungen werden im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag nur ersetzt, sofern sie notwendig waren (*impensae necessaria*) oder wenn sie im Rahmen einer nützlichen Geschäftsführung zu einer Wertsteigerung geführt haben. Bei letzterem ist daher die Nützlichkeit der Geschäftsführung und damit der Anspruch auf Aufwandsatz vom Erfolg der Maßnahme ex post abhängig. Notwendige Aufwendungen sind solche, die zur Abwehr eines unmittelbar drohenden Schadens dienen.<sup>247</sup> Luxusaufwendungen werden nicht ersetzt.<sup>248</sup>

<sup>242</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 263; Ulpian D 3, 5, 9 (10), 1, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 325 (Fall 219); Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 56; Jiraschek, GoA 7.

<sup>243</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 57.

<sup>244</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 61.

<sup>245</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 71.

<sup>246</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 114.

<sup>247</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 264.

<sup>248</sup> Vgl Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 58; Modestin D 3, 5, 26 (27) pr, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 329 (Fall 221).

## 2.5. Haftung des Geschäftsführers

Für die Beurteilung der Haftung des Geschäftsführers im Rahmen der *negotiorum gestio* sind die unterschiedlichen Ausprägungen dieses Rechtsinstituts zu berücksichtigen. Einerseits stellt die Geschäftsführung ohne Auftrag eine altruistische Leistung des Geschäftsführers dar, der aus Freundschaft oder Nächstenliebe sich unentgeltlich der Angelegenheiten eines Abwesenden annimmt. Einem solchen Geschäftsführer würde man keine allzu strenge Haftung auferlegen wollen.<sup>249</sup> Andererseits kann eine Geschäftsführungsmaßnahme auch eine unerwünschte Einmischung in die Angelegenheiten des Geschäftsherrn darstellen, für die natürlich im Falle eines Schadens umso strenger gehaftet werden sollte.<sup>250</sup> Ebenso fällt auch die Vermögensverwaltung für einen Hilflosen oder Minderjährigen unter die *negotiorum gestio*. Der Geschäftsführer kann somit rechtlich wirksam über das Vermögen eines anderen disponieren, wordurch ihm eine einem Treuhänder ähnliche Position einräumt wird. Der Haftungsmaßstab sollte daher zumindest auf durchschnittlichem Niveau gehalten werden und nicht gesenkt werden.<sup>251</sup> Da auch den römischen Juristen die unterschiedlichen Ausbildungen dieses Rechtsinstituts bewusst waren, entwickelten diese ein flexibles Haftungsrecht, bei dem die konkreten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt wurden.<sup>252</sup>

Grundsätzlich haftet der Geschäftsführer für jegliches Verschulden (*omnis culpa*) und damit für vorsätzlich (*dolus*) und fahrlässig (*culpa*) herbeigeführte Schäden.<sup>253</sup> Denn da die *actio negotiorum gestorum* ein *bonae fidae iudicium* darstellt, schuldet der Geschäftsführer auch eine sorgfältige Ausführung des Geschäftes. War diese mangelhaft, konnte der Geschäftsherr mit der *actio negotiorum gestorum directa* auch Schadenersatz verlangen.<sup>254</sup> Die Juristen konkretisierten im Einzelfall die *fides*-Pflicht des Geschäftsführers und beurteilten an Hand dieses Maßstabs, ob dagegen verstoßen wurde oder nicht. Diese

---

<sup>249</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 265; Seiler in FS Kaser 197.

<sup>250</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 265.

<sup>251</sup> Seiler in FS Kaser 197.

<sup>252</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 265; Seiler in FS Kaser 197.

<sup>253</sup> Pomponius D 3, 5, 10 (11), abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 323 (Fall 217); Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 350; Jiraschek, GoA 5; Seiler in FS Kaser 195, betont, dass dies durchaus umstritten ist und manche Bearbeiter für die Zeit der Klassik lediglich eine Haftung für Arglist bejahen würden.

<sup>254</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht<sup>4</sup>, 350; Jiraschek, GoA 5.

Beurteilung erfolgte nach unterschiedlichen Kriterien und Gesichtspunkten und musste nicht unbedingt Kategorien wie *dolus* oder *culpa* zugeordnet werden.<sup>255</sup>

Von dem Grundsatz, dass der Geschäftsführer für jegliches Verschulden einzustehen habe, wird in beide Richtungen durch eine Interessenabwägung im Einzelfall abgewichen. Je nachdem, ob es sich um eine Notgeschäftsführung oder um lediglich eine nützliche Geschäftsführung handelt, variiert der Haftungsmaßstab.<sup>256</sup> Der *gestor* haftet im Falle einer Notgeschäftsführung nur für vorsätzlich herbeigeführte Schäden.<sup>257</sup> Wird vom Geschäftsführer allerdings ein Geschäft für den *dominus negotii* geführt, welches für diesen eher ungewöhnlich ist, so haftet er sogar für Schäden, die nur zufällig eingetreten sind. Ob das Geschäft gewöhnlich oder ungewöhnlich ist, orientiert sich alleine an der bisherigen Geschäftspraxis des Geschäftsherrn.<sup>258</sup>

### 2.6. Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers

Auch wenn das Vorliegen eines *animus rem alteri gerendi* für das Erfüllen der Voraussetzungen der *negotiorum gestio* umstritten ist, so widmen sich die Quellen diesem Thema vor allem dann, wenn die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn widerspricht. Hier kommt auch ein Grundprinzip des römischen Rechts, nämlich die Freiheit der Persönlichkeit, stark zum Ausdruck. Allerdings ist es möglich, dass der Geschäftsherr, von der Geschäftsführung, auch wenn diese gegen seinen Willen war, eindeutig bereichert wurde, wie zB durch die Tilgung einer Schuld des Geschäftsherrn. Diese Fälle werden von den römischen Juristen kontrovers behandelt.<sup>259</sup> So wird von manchen das Vorliegen einer *negotiorum gestio* bejaht und eine *actio negotiorum gestorum* oder eine dazu analog gebildete *actio utilis* gewährt.<sup>260</sup> Andere wiederum lehnen jegliche Klagemöglichkeit ab, da derjenige der bewusst ein Geschäft gegen den Willen des Geschäftsherrn führt, auch nicht schutzwürdig ist.<sup>261</sup>

---

<sup>255</sup> Seiler in FS Kaser 196.

<sup>256</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 265.

<sup>257</sup> Ulpian (Labeo) D 3, 5, 3, 9, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 324 (Fall 218); Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 266; Seiler in FS Kaser 202.

<sup>258</sup> Pomponius (Proculus) D 3, 5, 10 (11), abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 323 (Fall 217); Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 266; Seiler in FS Kaser 202.

<sup>259</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 60; Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 267.

<sup>260</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 60, 86; Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 267; vgl Justinian C 2, 18(19), 24, 1, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 331 (Fall 223/2) und Paulus D 17, 1, 40, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 331 (Fall 223/1).

<sup>261</sup> Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 87; Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup>, 267; vgl Justinian C 2, 18(19), 24, 1, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 331 (Fall 223/2) und Paulus D 17, 1, 40, abgedruckt in Hausmaninger, Casebook Vertragsrecht<sup>6</sup>, 331 (Fall 223/1).

## Entstehungsgeschichte der Negotiorum Gestio

## B. Gemeinrechtliche Tradition

Bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts galt in Europa das römisch-rechtliche gemeinsame Recht (*Jus Commune*). Durch die Wiederentdeckung des *Corpus Juris Justinianus* wurde dieses zur Grundlage der Rechtswissenschaft und mit Methoden der mittelalterlichen Wissenschaft behandelt. Das gemeinsame Recht beruhte damit in erster Linie auf dem *Corpus Juris* und seiner über Jahrhunderte in Europa einheitlich entwickelten Auslegung.<sup>262</sup> So hatte Europa grundsätzlich bis zum Einsetzen der Aufklärung, die die Rechtswissenschaft im 17. und 18. Jahrhundert beeinflusste, eine einheitliche Juristenausbildung und ein einheitliches europäisches Recht.<sup>263</sup> Das naturrechtliche Denken der Aufklärung hatte das Ideal einer umfassenden Kodifikation, die alle Rechtsregelungen zusammenfasst. Da die Staaten Europas aber im 19. Jahrhundert stark vom Gedanken der Einheit der Nationalstaaten gezeichnet waren, entstanden zahlreiche nationale Kodifikationen, die das *Jus Commune* als Ausgangspunkt hatten, sich aber im Detail jeweils unterschiedlich entwickelten. Europa verlor im Zuge dieser Entwicklung sein einheitliches Recht. Dennoch gab es natürlich weiterhin eine teilweise Parallelentwicklung der Rechtsordnungen der einzelnen Staaten, da diese von gleichen Ideen, zB des Liberalismus, beeinflusst wurden und mit ähnlichen sozialen Problemen zu kämpfen hatten, wie Bevölkerungswachstum und Industrialisierung.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Coing, Europäisches Privatrecht II 40; Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte<sup>4</sup>, 287; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 13.

<sup>263</sup> Coing, Europäisches Privatrecht II 1.

<sup>264</sup> Coing, Europäisches Privatrecht II 2f; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 15.

## C. Vorentwürfe zum ABGB<sup>265</sup>

Den ersten Anstoß zur Ausarbeitung eines umfassenden Kodex hat Kaiserin Maria Theresia gegeben, nachdem sie durch eine Gedenkschrift eines unbekannten Verfassers auf die Wichtigkeit der Ausarbeitung eines solchen Zivilrechtsgesetzbuches für die Gesamtheit der deutschen Erbländer aufmerksam gemacht worden sei.<sup>266</sup> Dies geschah zu einer Zeit, in der auch Preußen mit dem ALR einen ersten Kodifikationsversuch startete. Diese beiden Staaten waren Vorreiter und entwickelten die ersten modernen Gesetzbücher in der Mitte des 18. Jahrhunderts zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus.<sup>267</sup>

Die Gedanken der Aufklärung haben auch die Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag beeinflusst, wonach geprägt durch den Individualismus die Einmischung in fremde Angelegenheiten grundsätzlich unerwünscht war.<sup>268</sup> Diese Tendenz zeigte sich schon zu Zeiten des gemeinen Rechts und hat sich letztlich auch in der Kodifikation des § 1035 ABGB niedergeschlagen, wonach eine Fremdgeschäftsführung ohne Rechtsgrund grundsätzlich nicht erlaubt ist.<sup>269</sup> Eine entsprechende Bestimmung enthielt auch das preußische ALR.<sup>270</sup>

Des Weiteren trat im Laufe der Entwicklung im gemeinen Recht das Willensmoment bei der Geschäftsführung immer weiter in den Vordergrund.<sup>271</sup> Dies als logische Konsequenz der damaligen von dem Individualismus der Aufklärung geprägten Zeit. In diesem Sinne äußerte sich auch *Zeiller* „Ein Zustand, worin jedermann in fremde Geschäfte eindringen dürfte, wäre ein alle Freyheit und Geselligkeit vernichtender, höchst widerrechtlicher Zustand.“<sup>272</sup> Diese Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Codex Theresianus bis zum ABGB soll nun im Folgenden näher beleuchtet werden.

### 1. Codex Theresianus

Nachdem Kaiserin Maria Theresia den ersten Anstoß zur Ausarbeitung eines umfassenden Kodex für die Gesamtheit der deutschen Erbländer gegeben hat, fand die erste

---

<sup>265</sup> Der Aufbau des folgenden Kapitels richtet sich nach *Meissel*, GoA 16ff und entspricht dem historischen Verlauf.

<sup>266</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I 2; der Unbekannte Verfasser hatte nur mit „von mir H. de an. 1753“ seine Denkschrift unterzeichnet.

<sup>267</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 13; *Coing*, Europäisches Privatrecht II 12.

<sup>268</sup> *Coing*, Europäisches Privatrecht II 510; *Schey* in FS Zitelmann 10; *Bertzel*, Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn 62.

<sup>269</sup> *v. Schey* in FS Zitelmann 10.

<sup>270</sup> *Coing*, Europäisches Privatrecht II 510.

<sup>271</sup> *Bertzel*, Notgeschäftsführer 65ff; Ausführlich *Jiraschek*, GoA 8ff.

<sup>272</sup> *Zeiller*, Commentar ABGB III/1, 317.

Beratung über die Kodifikationsarbeiten am 3. Mai 1753 statt.<sup>273</sup> In seiner endgültigen Form war der Codex Theresianus im Jahre 1766 fertiggestellt und Kaiserin Maria Theresia vorgelegt worden.<sup>274</sup>

In diesem Gesetzbuch finden sich die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag in Caput XIX „Von denen Handlungen, welche denen Contracten gleichkommen“ in dessen § I über „Von der Natur und Wesenheit deren denen Contracten gleichkommenden Handlungen und insonderheit von Verwaltung fremder Geschäfte“.<sup>275</sup> In den Anmerkungen zu diesem Hauptstück findet sich eine deutliche Ablehnung gegenüber den römisch-rechtlichen Quasikontrakten, bei denen zur Begründung einer Verpflichtung, die sich nicht auf die Einwilligung der Parteien stützt, der Bestand eines Vertrages fingiert wird. Es wird betont, dass „nach dem Natur- und Völkerrecht [...] es keiner dergleichen Vermuthung oder Dichtung vonnöthen [hat], sondern es ist an deme genug, dass selbst die Eigenschaft der Handlung oder des Geschäfts die Verbindung enthalte.“ Dennoch kommt das Gesetz nicht gänzlich ohne die Fiktion einer Einwilligung aus, wenn es eine Verbindlichkeit aus Billigkeitsgründen aufgrund einer vermuteten Einwilligung schafft (Nr 1).

In Nr 5 dieses Paragraphen wird die Geschäftsführung ohne Auftrag definiert „als eine dem Befehlscontract gleichkommende Handlung, wodurch Jemand die Besorgnuß fremder Geschäfte ohne Befehl und Vollmacht aus Freundschaft und guten Willen auf sich nimmt in der Absicht sich den Anderen, dessen Geschäften er verwaltet, zu seiner Schadloshaltung zu verbinden.“ Einem solchen Befehlscontract entsprechend gebührt dem Geschäftsführer aus Billigkeitsgründen, wenn er ohne Auftrag zum Nutzen des Geschäftsherrn tätig wird, eine angemessene Entschädigung (Nr 6).

Für eine rechtswirksame Geschäftsführung ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer selbst geschäftsfähig ist (Nr 9). Ist er es allerdings, so ist es für die Gültigkeit seiner Handlung erforderlich, dass der Geschäftsherr nicht anwesend ist oder von dem zu führenden Geschäft nichts weiß (Nr 10).

Als weitere Voraussetzung wird angeführt, dass ein fremdes Geschäft geführt werden muss, welches in Nr 12 näher definiert wird. Die Zughörigkeit zur Rechtssphäre des

<sup>273</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I 2.

<sup>274</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I 8.

<sup>275</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen III 322ff. In diesem Caput befinden sich weitere Abschnitte über die Verwaltung der Vormundschaft (§ 2), von Zahlung und Irrthum (§ 3), von Gemeinschaft eines Gutes (§ 4), von Gemeinschaft der Erbschaft (§ 5), von der Grenzscheidung (§ 6), von Antretung der Erbschaft (§ 7), von Aufladung auf ein Schiff oder Wagen oder Abladung in einen Gasthof (§ 8) und von Befestigung des Kriegs (Prozessbegründung) (§ 9)

Geschäftsherrn kann sich aus vier verschiedenen Aspekten ergeben, aus einer Pflichtenstellung des Geschäftsherrn (1), wenn Aufwendungen auf eine Sache des Geschäftsherrn getätigten werden (2), wenn der Geschäftsherr das Geschäft nachträglich genehmigt (3) und zuletzt aus der Verwaltung fremder Sachen (4). Führt der Geschäftsherr allerdings ein Geschäft eines anderen als sein eigenes, in seinem Namen und zu seinem Nutzen, wird zwar der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, letzterer ist ihm aber nur dann verpflichtet, wenn der Geschäftsführer gutgläubig gehandelt hat oder soweit der Geschäftsherr bereichert wurde (Nr 14). Darüber hinaus, darf der Geschäftsführer nur aus Freundschaft und gutem Willen gehandelt haben. Gab es für seine Maßnahmen einen anderen Verpflichtungsgrund, so gelten für dieses Rechtsverhältnis andere Regelungen aus dem entsprechenden Vertrag oder Schuldverhältnis (Nr 18). Die Maßnahme muss auch in der Absicht durchgeführt worden sein, „sich den Anderen verbinden zu wollen“, dh das Geschäft muss so beschaffen sein, dass die Einwilligung des Geschäftsherrn vermutet werden kann (Nr 19). Handelt der Geschäftsführer gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn, so kann er keine Forderungen gegen diesen stellen, auch wenn „er gleich noch so vieles aus dem Seinigen darauf verwendet hätte“ (Nr 21). Davon gibt es aber eine Ausnahme, nämlich dann, wenn durch diese Handlung die Ausführung eines verbotenen Geschäftes hintangehalten werden konnte (Nr 22).

Das Gesetz betont auch, dass die Geschäftsführung gs freiwillig sei, wenn diese aber erstmals begonnen wurde, so entstehen daraus einem „Befehlscontract“ entsprechende Rechte und Pflichten. Demnach hat der Geschäftsführer das einmal begonnene Geschäft sorgfältig zu führen, das Erlangte herauszugeben und Rechnung zu legen. Der Geschäftsherr hat im Gegenzug den Geschäftsführer schadlos zu halten und ihm alles zu ersetzen, was für die Maßnahme notwendig und zum Nutzen des Geschäftsherrn war (Nr 23, 30).

Die Haftung des Geschäftsführers für die Übernahme eines fremden Geschäftes ist sehr detailliert geregelt. Dieser hat ein Geschäft mit demjenigen Fleiß zu führen, welchen die Natur und Beschaffenheit des Geschäfts verlangt. Grundsätzlich haftet dieser daher für Arglist, „leichte und große Schuld“ (Nr 24). Für „leichteste Schuld“ hat er nur dann einzustehen, wenn ein Geschäft „ausbündigsten Fleiß“ erfordert oder wenn er einen fleißigeren Geschäftsführer von seiner Handlung abgehalten hat um das Geschäft selbst zu besorgen (Nr 25). Für zufällig eingetretene Schäden haftet der Geschäftsführer nur dann, wenn er ein gefährliches Geschäft übernommen hat, das für den Eigentümer (Geschäftsherrn) untypisch ist oder bei wissentlicher Geschäftsanmaßung (Nr 26). Im Fall einer

Notgeschäftsführung haftet der Geschäftsführer allerdings nur für „die Gefährde und große Schuld“ (Nr 27).

## 2. Entwurf Horten

Am Codex Theresianus wurde kritisiert, dass dieser zu ausführlich sei, Kenntnisse des römischen Rechts nicht entbehrlich mache und darüber hinaus noch den Charakter eines Lehrbuches mit Gesetzeskraft hätte.<sup>276</sup> *Horten* hatte die Aufgabe den ersten Teil des Codex Theresianus einer Detailprüfung zu unterziehen und bezog in seine Überarbeitung auch die genannten Kritikpunkte mit ein. Diese Arbeiten schloss er 1772 ab.<sup>277</sup>

Die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden sich nun im 3. Teil im 20. Kapitel „Von solchen Handlungen, die den Contracten in ihrer Wirkung gleichkommen“.<sup>278</sup> Der Kritik am Codex Theresianus entsprechend sind die Regelungen etwas kürzer und weniger detailliert.

Zu Beginn wird in § 1 festgestellt, dass es Handlungen gibt, bei denen uU keine der Parteien zugestimmt hat und dennoch aus Gründen der Billigkeit „die Sache so anzusehen [ist], als ob eine wahre Einwilligung von beiden hinzugetreten wäre“. Im Anschluss daran wird die Geschäftsführung ohne Auftrag in § 2 definiert, „Unter derlei Handlungen gehörte erstens, wenn Jemand im Namen eines Abwesenden, oder auch im Namen eines Anwesenden, der jedoch von dem, was in seinem Namen vorgenommen wird, nichts weiß, die Besorgung dessen Geschäfte aus freiem Willen auf sich nimmt, und anbei die Absicht vermutet werden kann, dass er andurch Denjenigen, dessen Geschäfte er auf sich genommen hat, zu seiner Schadloshaltung habe verhindern wollen. In diesem Falle soll von diesen Beiden Einer dem Anderen so verbunden werden, als wenn der Auftrag diese Geschäfte zu besorgen, von dem Einen ausdrücklich gemacht, und von dem Anderen angenommen worden wäre.“ Dies gilt auch für den Fall, dass der Geschäftsherr geschäftsunfähig ist (§ 3). Auffallend an dieser Regelung ist, dass eine Einwilligung vermutet und damit gegenseitige Rechte und Pflichten entstehen, ohne, dass es hier auf die Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Geschäftsführung ankommt.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I 9f; *Coing*, Europäisches Privatrecht II 7.

<sup>277</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I 11.

<sup>278</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV 487ff.

<sup>279</sup> Vgl auch *Meissel*, GoA 20. § 4 enthält eine eigene Regelung dafür, dass auch die Handlung eines Dritten, der ein Geschäft, welches ein Bevollmächtigter hätte führen sollen, unter die GoA fällt. § 5 stellt klar, dass das

In § 7 ist der Fall geregelt, dass jemand gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn handelt. Der Geschäftsführer kann dabei seine Aufwendungen nicht ersetzt verlangen, es sei denn, dass das „Geschäft von der Beschaffenheit wäre, dass aus dessen unterlassener Vollziehung ein gemeinschädlicher Nachtheil entstehen könnte“. Hat der Geschäftsführer in Schenkungsabsicht gehandelt, so kann er ebenfalls keinen Aufwandsatz verlangen (§ 6).

Hat jemand einmal ein fremdes Geschäft begonnen, so entsteht ein einem Auftrag entsprechendes Rechtsverhältnis mit ähnlichen Rechten und Pflichten. Der Geschäftsführer ist dazu verbunden, den der Natur und der Beschaffenheit des Geschäfts entsprechenden Fleiß und ebensolche Sorgfalt aufzuwenden. Er haftet nach einem strengerem Sorgfaltmaßstab, wenn er einen „fleißigeren“ Geschäftsführer von dessen Geschäftsbesorgung abhält um dieses selbst zu besorgen. Im Fall einer Notgeschäftsführung hat er nur jene Sorgfalt aufzuwenden, die er auch in eigenen Sachen anwendet (§ 8). Des Weiteren haftet der Geschäftsführer grundsätzlich nicht für zufällig eingetretene Schäden, es sei denn, er hat sich wissentlich ein fremdes Geschäft angemaßt oder er führt ein gefährliches, für den Geschäftsherrn untypisches, Geschäft (§ 9). Ein Geschäftsführer haftet auch nicht, wenn er nur eines von mehreren Geschäften übernommen hat, außer diese Geschäfte sind so sehr miteinander verknüpft, dass aus der Nichtbesorgung der anderen Geschäfte ein Schaden entstanden ist (§ 10).

Unter Verweisung auf die Rechte und Pflichten eines Auftrags, ist der Geschäftsherr dem Geschäftsführer zur „gänzlichen Schadloshaltung verbunden“. Ebenso zur Geschäftsführung ohne Auftrag werden die Bezahlung fremder Begräbniskosten (§ 12) und die Verwaltung einer Vormundschaft (§ 13) gezählt, weshalb der Geschäftsführer Ansprüche auf Kostenersatz geltend machen kann.

### 3. Entwurf Martini (Urentwurf)

Die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden sich im Entwurf Martini, dem sog Urentwurf, im 12. Hauptstück „Von den vermuteten Verträgen“.<sup>280</sup> Bereits die Überschrift lässt erkennen, dass die *negotiorum gestio* wiederrum als Quasikontrakt

---

Geschäft, unabhängig vom wahren Willen des Geschäftsherrn, immer für den geführt wird, zu dessen Rechtssphäre es gehört.

<sup>280</sup> *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V 206ff; *Ofner*, Urentwurf I CXCV ff – nach dieser Ausgabe richtet sich in weiterer Folge die Zitierweise. Dieser Entwurf ist 1797 in Westgalizien als Westgalizisches Gesetzbuch in Kraft getreten und wurde auch im selben Jahr in Ostgalizien kundgemacht.

eingestuft wird. Sie wird in § 380 als „erlaubte Handlungen, welche zugleich auf die Rechte eines Anderen Einfluss haben, und aus Mangel einer wirtschaftlichen Verabredung nicht zu den wahren Contracten gehören, denen aber das Gesetz in Rücksicht auf die vermutete Einwilligung der dabei interessierten Parteien die Kraft eines Contractes beilegt“, definiert. Diese rechtliche Vermutung gründet sich dem Gesetz nach auf drei Voraussetzungen: „Erstens, dass derjenige, der ein Geschäft unternimmt, mit den damit gewöhnlich verbundenen Folgen einverstanden sey. Zweitens, dass Jedermann, selbst ein Unmündiger und Wahnsinniger sein Bestes befördern lassen wolle. Drittens, dass Niemand mit dem Schaden eines Dritten zu gewinnen denke.“ Bei *Martini* erreichte die Kategorie der Vermutungsverträge mit diesen insgesamt drei rechtlichen Vermutungen ihren vorläufigen Höhepunkt. Diese Vermutungen werden als „unstreitig“ bezeichnet, lassen also einen Gegenbeweis nicht zu. Allerdings sind diese als allgemeine Wahrheit kaum haltbar und zeugen, wie *Swoboda*<sup>281</sup> dies treffend formulierte „in ihrer Gesamtheit [...] von einer geradezu rührenden Unkenntnis der Wirklichkeit.“

In diesem Hauptstück von den vermuteten Verträgen finden sich neben der Geschäftsführung ohne Auftrag, Regelungen zur Führung einer Vormundschaft oder Kuratel, zur Erbschaftsantretung, zur Verwaltung eines gemeinschaftlichen Gutes, zur irrtümlichen Zahlung einer Nichtschuld und die Lex Rhodia de iactu. Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird, vor allem im Vergleich mit den Vorentwürfen des Codex Theresianus und dem Entwurf Horten, sehr knapp geregelt. In § 382 Urentwurf heißt es: „Wir sind überhaupt verpflichtet dasjenige, was ein anderer, ohne es schenken zu wollen, zu unserem Nutzen verwendet hat, demselben zu vergüten. Dieser hat also das Recht das zu unserem Nutzen verwendete Gut wieder von uns zurück zu fordern. Nur was Eheleute, oder Eltern, oder Kinder für einander verwenden, wird im Zweifel für geschenkt angesehen.“ In weiterer Folge wird die freiwillige Geschäftsbesorgung für einen anderen, sofern es der Geschäftsherr (im Gesetzestext „Eigenthümer“) nicht ausdrücklich untersagt hat, einem Vollmachtsvertrag gleichgestellt. Dies gilt für jegliche Geschäftsführung, sofern sie immerhin teilweise zum Nutzen eines anderen war. Dieser Nutzen wird vom Gesetz nicht weiter definiert. So wird bei jeder nützlichen Geschäftsführung die Einwilligung des Geschäftsherrn vermutet, weil ja nach der Vorstellung des Gesetzgebers in § 381 Urentwurf jeder sein Bestes fördern lassen möchte, und in Folge dessen auf das Rechtsverhältnis die Regelungen des Vollmachtsvertrages

---

<sup>281</sup> Bevollmächtigungsvertrag 48; *derselbe*, ZBl 1931, 824.

angewendet, es sei denn, der Geschäftsherr untersagt die Geschäftsführungsmaßnahme ausdrücklich.

#### 4. Geschäftsführung ohne Auftrag nach Franz von Zeiller

*Zeiller* war Referent in der für die Überarbeitung des Urentwurfs eingesetzten Hofkommission. Die Beratungen über die Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag fanden in lediglich zwei Sitzungen (106. und 107.) der Hofkommission statt.<sup>282</sup> In der ersten Sitzung kritisierte *Zeiller* an den Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag, dass die Kategorie der Quasikontrakte, der vermuteten Verträge, nur aus einem Missverständnis des römischen Rechts entstanden sei.<sup>283</sup> Die Konstruktion einer vermuteten Einwilligung in eine Geschäftsführung um so einen Quasikontrakt zu schaffen, sei unrichtig, denn wie können zB die Einwilligung jemandes vermutet werden, der gar nicht ausreichend geschäftsfähig sei und daher nicht einwilligen könne. Dies sei unrichtig, sofern nicht ein anderer natürlicher Rechtsgrund gegeben sei. Daher sei die Kategorie der Quasikontrakte nicht tauglich. Wollte man wirklich die Handlungen, die im 12. Hauptstück unter dem Titel „von den vermuteten Verträgen“ zusammengefasst sind, „unter einer der Hauptquellen der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten anführen, so wäre es natürlicher, sie unter das Recht der Entschädigung zu bringen.“<sup>284</sup>

Um dieses Problem zu lösen, empfiehlt *Zeiller* der Hofkommission, die im 12. Hauptstück des Urentwurfs über die vermuteten Verträge zusammengefassten Rechtsgeschäfte auf andere Hauptstücke aufzuteilen, „wo der Grund der Verbindlichkeit aus dem Zusammenhange mit den dort behandelten Rechten und Verbindlichkeiten von selbst einleuchten wird.“<sup>285</sup> Die freiwillige Geschäftsführung für einen Abwesenden soll demnach dem Kapitel über die Bevollmächtigungsverträge zugeordnet werden und den erweiterten Titel „von der Bevollmächtigung und freiwilligen Geschäftsführung“ tragen. „Ein solcher nützlicher Geschäftsführer [sei] als ein von dem Gesetze Bevollmächtigter zu betrachten“.<sup>286</sup> Die Vorstellung *Zeillers* von den gesetzlichen Schuldverhältnissen wird hier schon angedeutet. Ein Rechtsverhältnis soll nicht aufgrund einer vermuteten Einwilligung entstehen, sondern unmittelbar aufgrund des Gesetzes.<sup>287</sup> Es war daher wohl *Zeillers* Verdienst, dass

---

<sup>282</sup> Vgl *Ofner*, Urentwurf II 171ff. Die 106. Sitzung fand am 5. Mai 1806 und 107. am 12. Mai 1806 statt.

<sup>283</sup> *Ofner*, Urentwurf II 170.

<sup>284</sup> *Ofner*, Urentwurf II 170.

<sup>285</sup> *Ofner*, Urentwurf II 170.

<sup>286</sup> *Ofner*, Urentwurf II 170.

<sup>287</sup> *Meissel*, GoA 23.

sich der Entstehungsgrund von Obligationen nach dem ABGB, nicht nur aus Vertrag oder Verschulden ergeben kann, sondern eben auch aus dem Gesetz (nunmehr § 859 ABGB).<sup>288</sup>

In derselben Sitzung zum 12. Hauptstück legte *Zeiller* überdies seine Entwürfe zur Geschäftsführung ohne Auftrag vor, die die Grundzüge der heutigen Regelungen in den §§ 1035 ff ABGB bereits erkennen lassen.<sup>289</sup> Sein Vorschlag fand grundsätzlich Zustimmung bei der Kommission. Ausführlicher beraten wurde über die Aufwandsvergütung und einen möglichen Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers, ob diese nur bei notwendiger oder auch bei nützlicher Geschäftsführung berechtigt seien.<sup>290</sup> Als man sich auf einen Aufwandersatz auch bei vorteilhafter bzw für den Geschäftsherrn nützlicher Geschäftsführung einigte, wurde noch über die konkrete Definition, was für den Geschäftsherrn nützlich sei, diskutiert. In diesem Punkt fand die Hofkommission mit den Worten „verschaffter“ Nutzen eine Lösung, da niemand aus der Mühe und den Aufwendungen des Geschäftsführers bereichert werden solle.<sup>291</sup> Nach Einarbeitung der Ergebnisse der Beratungen wurde der endgültige Wortlaut der Bestimmung zur Geschäftsführung ohne Auftrag in der darauffolgenden 107. Sitzung der Hofkommission beschlossen.

Damit ist durch *Zeiller* die bis im Westgalizischen Gesetzbuch vorhandene Kategorie der Quasikontrakte, zu denen die Geschäftsführung ohne Auftrag seit ihrem Ursprung im römischen Recht zählte, aus dem ABGB entfernt und durch die Konstruktion der sog gesetzlichen Schuldverhältnisse ersetzt worden.<sup>292</sup> Ähnlich war diese Entwicklung zuvor auch schon im ALR, das die Geschäftsführung ohne Auftrag sehr ähnlich dem ABGB regelte, allerdings mit detaillierteren Bestimmungen.<sup>293</sup> Aufgrund dieser Tatsache wird davon ausgegangen, dass die Bestimmungen zur GoA im ABGB wesentlich von denen des ALR beeinflusst wurden. Es war allerdings der Verdienst *Zeillers*, dass die Konzeption im ABGB im Vergleich zu diesem abstrakter und kürzer ausgefallen ist.<sup>294</sup> *Zeiller* unterlag auch dem Einfluss der Rechtslehre *Kants* und dessen strenger Auffassung von der Freiheit des Menschen. Mit dieser war die rechtliche Vermutung zur Einwilligung in die Geschäftsführung nicht mehr haltbar. Dies würde der Freiheit des Willen eines Menschen widersprechen und

---

<sup>288</sup> *Ofner*, Urentwurf II 3; *Mayer-Maly*, ÖJZ 1965, 65.

<sup>289</sup> *Ofner*, Urentwurf II 172f.

<sup>290</sup> *Ofner*, Urentwurf II 173f.

<sup>291</sup> *Ofner*, Urentwurf II 174.

<sup>292</sup> *Meissel*, GoA 26; *Mayer-Maly* in FS Wilburg 133f.

<sup>293</sup> *Mayer-Maly* in FS Wilburg 133.

<sup>294</sup> *Meissel*, GoA 26; *Jiraschek*, GoA 17ff; *Swoboda*, Bereicherung 55; vgl auch v. *Schey* in FS Zitelmann 10.

damit das „Recht der Persönlichkeit“ (§ 16 ABGB) verletzen.<sup>295</sup> Dieser Schutz des Rechts der Persönlichkeit ist das grundlegende Prinzip bei der Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag, auf dem auch die prinzipielle Ablehnung der Führung fremder Geschäfte (§ 1035 ABGB) beruht.<sup>296</sup> Diesem Prinzip entsprechend wird auch die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers besonders streng geregelt, denn der Geschäftsführer hat nicht nur den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen, sondern er verliert auch noch den auf die Sache gemachten Aufwand, sofern er nicht in Natura zurückgenommen werden kann (§ 1040 ABGB). Nur ausnahmsweise im Notfall ergibt sich „aus dem ursprünglichen Recht der Hilfeleistung“ das Recht, allerdings nicht die Pflicht, ein Geschäft für einen anderen ohne Auftrag zu führen und die dabei entstandenen Kosten ersetzt zu bekommen (§ 1036 ABGB).<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> *Swoboda*, Bereicherung 52; *Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag 49; *Jiraschek*, GoA 19; *v. Schey* in FS Zitelmann 10f; Zum Einfluss Kants auf *Zeiller* siehe *Gilardeau*, ZfRV 2004/21.

<sup>296</sup> *Swoboda*, ZBl 1931, 825.

<sup>297</sup> *Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag 62; vgl auch *v. Schey* in FS Zitelmann 23f; *Zeiller*, Commentar ABGB III/1, 318f.

## D. Schlussfolgerungen

Die Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag ist von verschiedenen Konstruktionsprinzipien geprägt. Das zentrale Problem dabei ist, inwieweit man das Eingreifen in eine fremde Rechtssphäre und zu welchem Zweck zulassen und wo Schranken gesetzt werden sollen. Ihre jeweilige Ausbildung ist dabei abhängig von sozialen, rechtssystematischen und rechtstatsächlichen Gegebenheiten ihrer Zeit.<sup>298</sup>

Ihren Ursprung hat die Geschäftsführung ohne Auftrag im römischen Recht. Den Anlassfall bildete die freiwillige Hilfeleistung für einen Abwesenden, primär im Rahmen einer Vertretung vor Gericht. Diese entwickelte sich weiter als im Rahmen der Freundeshilfe in der römischen Gesellschaft jede erlaubte rechtliche und faktische Tätigkeit einer Geschäftsführung darstellen konnte, die in einem Notfall für einen anderen geführt wurde oder die für den anderen in irgendeiner Form nützlich war. Es gab zwei verschiedene Klageformeln, die ursprüngliche aus dem praetorischen Edikt „*de negotiis gestis*“ resultierende *in factum* konzipierte *actio negotiorum gestio* und eine zivile Klage als *bonae fidei judicium*. Der Tatbestand der klassischen *negotiorum gestio* war dabei weit gefasst, es musste jemand ein fremdes Geschäft bewusst für jemanden anderen führen, ohne dazu aus einem Auftrag oder einem anderen rechtlichen Grund dazu verpflichtet gewesen zu sein. Der Geschäftsherr konnte dann mit der *actio negotiorum directa* vom Geschäftsführer die Herausgabe des Erlangten und allenfalls Schadenersatz verlangen, während der Geschäftsführer im Gegenzug mit der *actio negotiorum gestorum contraria* Ersatz bestimmter Aufwendungen und gegebenenfalls Schadenersatz lukrieren konnte.<sup>299</sup>

Bereits im römischen Recht wurde die Geschäftsführung ohne Auftrag der Kategorie der Quasikontrakte zugeordnet; Eine Einteilung, die sich über das *jus commune* bis in das Westgalizische Gesetzbuch erhalten hat. Erst *Zeiller* ersetzte dieses Institut durch die Gruppe der gesetzlichen Schuldverhältnisse, zu der er auch die Geschäftsführung ohne Auftrag zählte. Die Ablehnung der Quasikontrakte, mit der eine Einwilligung in die fremde Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn vermutet wurde, beruhte auf dem Einfluss der *Kant'schen* Rechtslehre und dem Naturrechtsdenken der damaligen Zeit, die eine vermutete Einwilligung als Eingriff in die persönliche Freiheit des Einzelnen wertete und aus diesem Grund ablehnte. In diesem Sinne wird grundsätzlich die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag für einen anderen

<sup>298</sup> v. *Schey* in FS *Zitelmann* 5; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 4; *Jansen*, ZEuP 2007, 970.

<sup>299</sup> *Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht 314ff.

abgelehnt (vgl. § 1035 ABGB), ganz im Gegensatz zum römischen Recht, welches der Geschäftsbesorgung für einen Abwesenden positiv gegenüberstand.

Dennoch wirken Elemente der römisch-rechtlichen Konstruktion der *negotiorum gestio* bis heute fort. Eine Geschäftsführung muss dem Grunde nach nützlich begonnen worden sein (*negotium utiliter coeptum*). Auch wenn im Falle einer Notgeschäftsführung dieser Nutzen nicht eingetreten ist, gebührt dem Geschäftsführer dennoch Aufwandsatz. Ebenso war grundsätzlich bereits im römischen Recht das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens als Voraussetzung für die *negotiorum gestio* im Ansatz vorhanden; Einer Voraussetzung, der im Laufe der Entwicklung immer größere Bedeutung zugemessen wurde. Eine Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn wurde aber schon im römischen Recht abgelehnt, für die die klassischen Juristen einen strengeren Haftungsmaßstab entwickelten. Dieses Prinzip hat sich ebenfalls bis heute erhalten (vgl. § 1040 ABGB).<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Seiler in FS Kaser 207f.

## IV. BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S AFFAIRS

### A. Aufbau des Gemeinsamen Referenzrahmens

Der revidierte und endgültige akademische Entwurf besteht aus Prinzipien, Modellregelungen und Definitionen im Anhang. In seiner *full edition*<sup>301</sup> enthält der DCFR darüber hinaus noch *Comments* und *Notes*.

Die vier dem DCFR vorangestellten Grundprinzipien lauten Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit und Effizienz, welche allerdings nicht gleichwertig nebeneinander stehen. Das Prinzip der Effizienz ist weniger fundamental und fördert den Gedanken der Praktikabilität der Regelungen, während das Prinzip der Freiheit va im Schuldrecht dominierend ist.<sup>302</sup>

Den Hauptteil des DCFR nehmen Modellregelungen ein, einen Begriff, den die Verfasser gewählt haben, um auszudrücken, dass es sich bei diesen Bestimmungen keinesfalls um ein verbindliches Regelwerk mit normativer Kraft, sondern um *soft law* handelt.<sup>303</sup> Diese gliedern sich in zehn Bücher. Jedes dieser Bücher ist in Kapitel unterteilt, diese wiederum in Sektionen und teilweise in Unterabschnitte, und in Artikeln. Zusätzlich ist das Buch IV über die Verträge in einzelne Teile, die mit Großbuchstaben gekennzeichnet sind, gegliedert, sodass jeder Teil einen anderen Vertragstypus behandelt. Die Artikelnummerierung erfolgt durch Angabe des Buches – in römischen Zahlen-, sodann durch einen Bindestrich getrennt, von nun an in arabischen Ziffern: Kapiteln und, getrennt durch einen „Doppelpunkt“ die Sektion; sodann werden die Artikel jeweils neu hochgezählt, beginnend bei 01, 02 usw. So findet sich zB Art V.-3:101 im V. Buch, Kapitel 3 (*rights and authority of intervener*), Abschnitt 1, Artikel 01 *right to indemnification or reimbursement*.

#### 1. Comments

Die in der *full edition* des DCFR enthaltenen *Comments* (Kommentierungen) erläutern lehrbuchartig die einzelnen Bestimmungen des DCFR und illustrieren diese mit Beispielen, wobei auch das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen zueinander erörtert wird.

---

<sup>301</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition (2009).

<sup>302</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Principles, 1.

<sup>303</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 24.

## 2. Notes

Die *Notes* (Anmerkungen) enthalten rechtsvergleichende Hintergrundinformation über die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und legen offen, welche Quellen bei der Erarbeitung einer bestimmten Modellregel herangezogen wurden bzw welche Bestimmung als Vorbild dafür gedient hat. Neben dem status quo der rechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten enthalten sie auch Anmerkungen zum *acquis communautaire*. Für einen Überblick über die Rechtslage in den Mitgliedsstaaten bieten die *Notes* einen ersten Anhaltspunkt und können nicht nur dem Praktiker hilfreich sein, sondern auch dem nationalen und europäischen Gesetzgeber ein besseres Verständnis über die einzelnen Bestimmungen des DCFR vermitteln und eine Hilfestellung bei einer möglichen Umsetzung in nationales Recht oder der Entwicklung eines optionalen Vertragsrechts bieten. Leider finden sich in den *Notes*, wenn überhaupt, nur kurze Begründungen dafür, warum sich die Verfasser des DCFR für eine bestimmte Form einer Modellregelung entschieden haben, welche Alternativen zur Auswahl standen und warum gerade diese Ausgestaltung für die beste Lösung gehalten wurde. Diese Informationen wären für ein vertiefteres Verständnis und eine mögliche Weiterentwicklung oder bei der Überarbeitung des DCFR durch die von der Kommission eingesetzte Expertengruppe durchaus hilfreich.

## B. Anwendungsbereich (Kapitel 1)

### 1. Handeln in Begünstigungsabsicht (Art V.-1:101)

*V. – 1:101: Intervention to benefit another*

*(1) This Book applies where a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, and:*

*(a) the intervener has a reasonable ground for acting; or*

*(b) the principal approves the act without such undue delay as would adversely affect the intervener.*

*(2) The intervener does not have a reasonable ground for acting if the intervener:*

*(a) has a reasonable opportunity to discover the principal's wishes but does not do so; or*

*(b) knows or can reasonably be expected to know that the intervention is against the principal's wishes.*

Das V. Buch des DCFR widmet sich der Geschäftsführung ohne Auftrag. Gemäß Art V.-1:101 iVm Art V.-1:103 gelangt es zur Anwendung, wenn der Geschäftsführer (*intervener*) (1) mit der überwiegenden Absicht handelt den Geschäftsherrn (*principal*) zu begünstigen und (2) ein vernünftiger Grund für das Handeln oder eine Genehmigung derselben durch den Geschäftsherrn gegeben ist. Darüber hinaus darf dieser weder zu einer solchen Handlung (3) verpflichtet gewesen sein, noch (4) aus einem anderen Rechtsgrund dazu ermächtigt und auch nicht (5) aufgrund eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten zu dieser Handlung verpflichtet gewesen sein. Eine Tätigkeit unterliegt nur dann dem Regime der *benevolent intervention in another's affairs*, wenn der Geschäftsführer aus vernünftigem Grund gehandelt hat. Es soll ein aufdringliches Einmischen in fremde Angelegenheiten vermieden werden.<sup>304</sup> Diese Wertung liegt auch den §§ 1035 ff ABGB zu Grunde, wonach der Geschäftsführer grundsätzlich nicht ohne Ermächtigung fremde Geschäfte führen soll. Im Folgenden soll näher auf die einzelnen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regelungen des V. Buches eingegangen werden.

#### 1.1. Handlungsformen

Die Geschäftsbesorgung umfasst alle rechtsgeschäftlichen und faktischen Tätigkeiten, theoretisch sogar in Form einer Unterlassung, sowohl einmalige Handlungen als auch länger

---

<sup>304</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, 2878.

andauernde Prozesse.<sup>305</sup> Vertretungsfeindliche höchstpersönliche Rechtsgeschäfte sind von der Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen.<sup>306</sup>

Anders als in vielen anderen Rechtsordnungen Europas können auch Handlungen, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößen, von den Regelungen der *benevolent intervention in another's affairs* ausnahmsweise erfasst sein. Dies gilt allerdings nur in Notfallsituationen, in denen eine solche *ordre public* widrige Handlung ausnahmsweise notwendig und vernünftig ist, obwohl diese unter normalen Umständen verboten wäre.<sup>307</sup> Damit soll bezweckt werden, dass diese Handlungen nicht *per se* aus dem Anwendungsbereich der GoA ausscheiden. In Illustration 8<sup>308</sup> zu dieser Bestimmung findet sich in den *Comments* für eine solche Notsituation folgendes Beispiel: Ein Geschäftsführer zahlt Bestechungsgelder, um seinen Reisebegleiter (Geschäftsherr) aus der Haft eines korrupten Staates zu befreien. Auch wenn es in den Herkunftsstaaten von Geschäftsführer und -herrn verboten ist, Bestechungsgelder zu zahlen, ist es in dieser Situationen ausnahmsweise vernünftig so zu handeln, weil es keine andere Möglichkeit gibt, den Geschäftsherrn aus dieser Situation zu befreien, weshalb der Geschäftsführer diesen Betrag im Rahmen des Aufwandersatzes nach Art V.-3:101 vom Geschäftsherrn ersetzt verlangen kann. Anders gelagert ist der Fall nach Illustration 9<sup>309</sup> allerdings, wenn sich eine ähnliche Situation in einem Mitgliedstaat ereignet, der es gesetzlich verbietet, Entführern Lösegeld zu zahlen. Zahlt dennoch der Sohn eines entführten Vaters den Entführern das geforderte Lösegeld um seinen Vater zu befreien, so hat er keinen Anspruch auf Aufwandersatz (Erstattung der Lösegeldsumme) aus GoA gegenüber seinem Vater, da in diesem Fall kein vernünftiger Grund zu handeln vorliegt. Hier liegt keine solche Notfallsituation vor, die es erfordert gesetzwidrige Handlungen zu begehen, da man sich in den Mitgliedstaaten üblicherweise auf die öffentlichen Sicherheitskräfte verlassen kann. Daher ist, anders als wenn jemand in einem korrupten Staat in Sicherheitsverwahrung genommen wird, kein vernünftiger Grund zu handeln gegeben.

---

<sup>305</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2880.

<sup>306</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2882; vgl dazu auch den Ausschluss höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte von der Vertretungsmacht des Geschäftsherrn in Art V.-3:106.

<sup>307</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2881.

<sup>308</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, Illustration 8, 2281.

<sup>309</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, Illustration 9, 2882.

Üblicherweise liegt aber bei gesetzwidrigen Handlungen regelmäßig kein vernünftiger Grund zu handeln vor, womit die Voraussetzungen für eine GoA nicht verwirklicht sind. In solchen Fällen kann das VII. Buch anwendbar sein. Nach Art VII.-2:101 kann es abhängig vom Verbotszweck der verletzten Norm zu einer Rückforderung kommen.

Anders gelagert sind Fällen, in denen jemand aufgrund eines richtigen Vertrags tätig wird. Hier gelangen die Regelungen zur GoA mangels Begünstigungsabsicht nicht zur Anwendung, da der „Geschäftsführer“ tätig wird um eine vermeintlich eigene Verpflichtung zu erfüllen.<sup>310</sup>

Vorbild für die Aufnahme rechts- und sittenwidriger Handlungen in den Anwendungsbereich der GoA war die Rechtslage in Deutschland. Der BGH hat die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA auch in Fällen bejaht, in denen ein erteilter Auftrag aufgrund Rechts- oder Sittenwidrigkeit nichtig war.<sup>311</sup> Es gilt im Einzelfall zu prüfen, ob die Geschäftsbesorgung, trotz Gesetz- oder Sittenwidrigkeit, die übrigen Voraussetzungen der GoA nach dem V. Buch erfüllt und daher die Regelungen über den Aufwandersatz zur Anwendung gelangen.<sup>312</sup> Dabei ist sehr restriktiv vorzugehen, da den Erläuterungen und Beispielen aus den *Comments* zu entnehmen ist, dass wirklich nur im äußersten Notfall eine gesetz- oder sittenwidrige Handlung dem Regime der GoA unterliegt.<sup>313</sup>

## 1.2. Begünstigungsabsicht

Die Geschäftsbesorgung unterliegt nur dann den Regelungen des V. Buches, wenn sie in der überwiegenden Absicht geführt wurde, jemand anderen zu begünstigen und es einen vernünftigen Grund zu handeln gab, wobei der Begriff der Begünstigung im weiteren Sinne

---

<sup>310</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2886.

<sup>311</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, E, 42; Vgl BGHZ 37, 258; BGH NJW 1997, 47; Auch wenn eine gesetz- oder sittenwidrige Handlung von den Regelungen der GoA erfasst ist, erfolgt nicht automatisch auch ein Aufwandersatz. Die Handlung muss immer noch notwendig gewesen sein, um einen Aufwandersatz zu rechtfertigen. Dafür verweist § 683 BGB auch auf die Regelungen zum Aufwandersatz im Auftragsrecht (§§ 667ff BGB). Siehe auch Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 329ff; Dahinter steht der Gedanke, dass die Anwendung der §§ 677ff BGB auf nichtige Geschäftsbesorgungsverträge und Aufträge eine angemessene Risikoverteilung erlaubt. Bei der Anwendung der §§ 677ff BGB auf nichtige Verträge bleibt es im Grundsatz selbst dann, wenn die Nichtigkeit des Vertrags auf einem Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot oder auf einem Formmangel beruht. In Österreich ist im Vergleich nur erlaubtes Handeln von der GoA erfasst, vgl Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 890; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 2; Swoboda, ZBl 1931, 826f. Siehe 1.9. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich.

Obwohl die dt Rechtslage Vorbild dafür war, dass auch rechts-oder sittenwidrige Handlungen in den Anwendungsbereich der GoA fallen können, wird der Hauptanwendungsfall des dt Rechts, nämlich die Rückabwicklung rechts- oder sittenwidriger Verträge mangels Vorliegen einer Begünstigungsabsicht auf Seiten des Geschäftsführers vom Anwendungsbereich des V. Buches des DCFR ausgeschlossen.

<sup>312</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2881.

<sup>313</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2881.

zu verstehen ist. Es muss daraus nicht zwangsläufig eine Bereicherung des Geschäftsherrn resultieren.<sup>314</sup>

Für das Erfüllen des Kriteriums der Begünstigungsabsicht ist es nicht erforderlich, dass die Handlung auch tatsächlich in einem vorteilhaften Ergebnis für den Geschäftsherrn endet. Der gute Wille alleine ist auch ohne tatsächlich eingetretenen Erfolg ausreichend.<sup>315</sup> Allerdings ist dieser Wille entscheidend. Wenn der Geschäftsführer grundsätzlich mit einer Handlung seine eigenen Interessen verfolgt, unbewusst damit auch den Geschäftsherrn begünstigt, stellt dies keine GoA dar.<sup>316</sup> Der Geschäftsherr muss nicht in der Absicht handeln, alleinig den Geschäftsherrn zu begünstigen, ein untergeordnetes Eigeninteresse schadet nicht.<sup>317</sup> Im Ergebnis würde der Geschäftsführer in einem solchen Fall seine Aufwendungen nur anteilig, unter Berücksichtigung dessen, was für ihn selbst auch vorteilhaft war, ersetzt bekommen.<sup>318</sup> Hier wird es ebenso wie nach österreichischem Recht darauf ankommen, dass der Anteil, der in überwiegender Begünstigungsabsicht vorgenommen worden ist und die dafür getätigten Aufwendungen, von der eigenen Sphäre des Geschäftsführers abgrenzbar sind, anderenfalls liegt keine GoA vor.<sup>319</sup>

Mangels Begünstigungsabsicht fällt auch die Erfüllung eines Vertrages, der aufgrund eines Formmangels, Rechts- oder Sittenwidrigkeit nichtig ist, nicht in den Anwendungsbereich des V. Buches, da der Geschäftsführer bei der Geschäftstätigkeit eine vermeintlich eigene Pflicht erfüllt, daher nicht in der überwiegenden Absicht tätig geworden ist, einen andern zu begünstigen.<sup>320</sup> In diesen Fällen kann es zu einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach dem VII. Buch kommen.

Der Mangel der Begünstigungsabsicht kann auch nicht durch eine Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn (Art V.-1:101 (1) (b)) ersetzt werden. Dies ist nur bei Fehlen eines vernünftigen Grundes möglich. Tritt jemand ohne überwiegende Begünstigungsabsicht für einen anderen und in dessen Namen auf, so könnte es im Einzelfall zur Anwendung der Regelungen über die Stellvertretung (Art II.-6:111 (1) und (2)), anstelle jener des V. Buches, kommen.<sup>321</sup>

---

<sup>314</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2883.

<sup>315</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2883.

<sup>316</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2883.

<sup>317</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2884.

<sup>318</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2886.

<sup>319</sup> Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 5.

<sup>320</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2886.

<sup>321</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2284.

Das Kriterium der Begünstigungsabsicht wird in Österreich durch eine Kombination aus Führung eines fremden Geschäfts und einem entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen ersetzt, worauf unter 1.9.2. und 1.9.3. näher eingegangen wird.

### 1.3. Ein vernünftiger Grund

Handelt jemand mit überwiegender Begünstigungsabsicht, so hat zusätzlich noch ein vernünftiger Grund für das Einschreiten vorzuliegen, damit die Regelungen der GoA zur Anwendung gelangen. Dieser vernünftige Grund ist als objektives Element der Geschäftsführung ohne Auftrag ausgestaltet. Für den Begriff „vernünftig“ (*reasonable*) hält der DCFR in Art I-1:104 (*Reasonableness*) eine eigene Definition bereit. Demnach ist vernünftig, was unter Berücksichtigung von Natur und Zweck einer Handlung, der Umstände des konkreten Sachverhalts und aller relevanten Gewohnheiten und Übungen objektiv bestimmt werden kann. Somit ist das Vorliegen eines vernünftigen Grundes *ex-ante* objektiv aus der Sicht einer Maßfigur eines vernünftigen Geschäftsführers zu beurteilen.<sup>322</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der angenommene Grund den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, solange ein vernünftiger Geschäftsführer in einer solchen Situation ebenso dessen Vorliegen angenommen hätte.<sup>323</sup> Das Risiko der Fehleinschätzung trägt demnach der Geschäftsherr. Solange der Geschäftsführer objektiv *ex-ante* vom Vorliegen eines vernünftigen Grundes ausgehen durfte, gelangen die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung, mit der Konsequenz, dass der Geschäftsherr auch Aufwandersatz nach Art V.-3:101 zu leisten hat, denn dafür ist nur erforderlich, dass *ex-ante* ein vernünftiger Grund für das Einschreiten und die Aufwendungen gegeben war.<sup>324</sup> Allenfalls kann es nach Art V.-3:104 (2) zu einer Reduktion des Aufwandersatzes aus Gründen der Billigkeit kommen, wenn den Geschäftsherrn die Verpflichtung zum Kostenersatz im Vergleich zum Geschäftsführer aufgrund seiner geringen finanziellen Mittel ausordentlich hart treffen würde.

Liegt kein vernünftiger Grund für eine Geschäftsführung vor, kann dieser durch eine nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn geheilt werden.

Für die Beurteilung, wann ein vernünftiger Grund zu handeln vorliegt, enthält der DCFR in den *Comments* einige Richtlinien. Demnach liegt im Falle einer

---

<sup>322</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2891.

<sup>323</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2891.

<sup>324</sup> Vgl 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).

Notgeschäftsführung immer ein vernünftiger Grund zu handeln vor.<sup>325</sup> So ist es gerechtfertigt einzuschreiten, wenn eine Gefahr für den Geschäftsherrn selbst, sein Eigentum oder seine Interessen besteht. Des Weiteren darf ein solcher Handlungsgrund dann angenommen werden, wenn der Geschäftsführer erfährt, dass der Geschäftsherr aufgrund eines übergeordneten öffentlichen Interesses zu handeln verpflichtet wäre, dies aber nicht tut (Art V.-1:102).<sup>326</sup>

Gemäß Art V.-1:101 (2) ist ein vernünftiger Grund nicht gegeben, wenn der Wille des Geschäftsherrn nicht berücksichtigt wurde, sei es weil der Geschäftsführer trotz Gelegenheit dazu den wahren Willen des Geschäftsherrn nicht in Erfahrung gebracht hat oder weil er weiß oder wissen müsste, dass die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn widerspricht.<sup>327</sup> Unterlässt es der Geschäftsführer trotz zumutbarer Möglichkeit den Geschäftsherrn vor der Geschäftsführung davon zu unterrichten und so dessen Willen in Erfahrung zu bringen, so sind die Regelungen des V. Buches nur anwendbar, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich genehmigt. In allen anderen Fällen stehen dem vermeintlichen Geschäftsführer trotz einer für den Geschäftsherrn nützlichen Geschäftsbesorgung lediglich Ansprüche nach dem Schadenersatz- oder Bereicherungsrecht zu.<sup>328</sup>

*Rudolf*<sup>329</sup> kritisiert an der Formulierung des Art V.-1:101 (2), dass dieser das Tatbestandsmerkmal des vernünftigen Grundes negativ umschreibt, dennoch könne daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass in jedem anderen Fall ein vernünftiger Grund zu handeln vorliegt. Nach *Rudolf* würde eine demonstrative positive Aufzählung die Intention der *Study Group* besser zum Ausdruck bringen.<sup>330</sup>

#### 1.4. Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn

Mit einer nachträglichen Genehmigung kann der Geschäftsherr den Mangel des Nichtvorliegens eines vernünftigen Grundes heilen. Eine fehlende Begünstigungsabsicht kann dadurch nicht ersetzt werden. Der Geschäftsherr hat dabei dem Geschäftsführer gegenüber zu erkennen zugeben, dass er dessen Handeln genehmigt und an die Rechtsfolgen daraus

---

<sup>325</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2893. Dies steht auch in Einklang mit Art V.-3:103, wonach dem Geschäftsführer ein Schadenersatzanspruch für Schäden, die im Rahmen einer Notgeschäftsführung entstanden sind, zusteht.

<sup>326</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2893.

<sup>327</sup> Siehe dazu näher unter 1.5. Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftsherrn.

<sup>328</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2894. Siehe näher 1.5. Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftsherrn.

<sup>329</sup> in FS 200 Jahre ABGB 1736.

<sup>330</sup> *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1736.

gebunden sein möchte.<sup>331</sup> Die Genehmigung des Geschäftsherrn stellt eine Willenserklärung dar, für die die Regelungen des II. Buches gelten.<sup>332</sup>

Nach den *Comments* liegt der Hauptanwendungsfall der nachträglichen Genehmigung bei Sachverhalten, in denen der Geschäftsführer in Übereinstimmung mit dem wahren Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat, allerdings - obwohl dies möglich und zumutbar gewesen wäre - nicht die Zustimmung des Geschäftsherrn einholte.<sup>333</sup>

An die Form der Genehmigung werden nach dem V. Buch keine Anforderungen gestellt, sodass diese ausdrücklich oder konkludent erteilt werden kann.<sup>334</sup> Die Genehmigung hat zu erfolgen, wenn der Geschäftsherr mit der Arbeit des Geschäftsführers zufrieden ist und solange die Genehmigung noch zum Vorteil des Geschäftsführers ist. Ist dies nicht mehr der Fall, so hat der Geschäftsherr die Möglichkeit einer Genehmigung verwirkt.<sup>335</sup> Die Genehmigung ist daher möglichst bald zu erteilen, sodass dem Geschäftsführer aus der Verspätung kein Nachteil erwächst. Der Geschäftsführer soll nicht mit unnötiger Rechtsunsicherheit konfrontiert sein.<sup>336</sup> Dies dient zwar dem Schutz des Geschäftsführers, doch weist *Sprau*<sup>337</sup> zutreffend darauf hin, dass es für den Geschäftsführer tatsächlich, nachdem er ja bereits in Begünstigungsabsicht für den Geschäftsherrn tätig geworden ist, wohl keinen Unterschied macht, ob die Genehmigung früher oder später erteilt wird. Da die Rechtsfolgen für den Geschäftsführer im Allgemeinen günstiger sind, wenn der Geschäftsherr die Handlung ratifiziert, gibt es keinen Grund dem Geschäftsführer diese positiven Wirkungen vorzuenthalten, nur weil der Geschäftsherr sich erst später zu einer Genehmigung entschließt. *Sprau*<sup>338</sup> schlägt daher vor, dass es dem Schutz des Geschäftsführers dienlicher wäre, wenn er das Recht hätte, den Geschäftsherrn nach der Ratifikation innerhalb einer bestimmten Frist zu fragen. Erklärt sich der Geschäftsherr nicht fristgerecht, könne dies als Ablehnung der Genehmigung gewertet werden.

Die Genehmigung durch den Geschäftsherrn führt nicht automatisch zu einem Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer.<sup>339</sup> Die Begünstigungsabsicht des Geschäftsführers kann nämlich nicht mit der Absicht eine vertragliche Beziehung mit dem

---

<sup>331</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Notes, 76.

<sup>332</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2898.

<sup>333</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2898.

<sup>334</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2898.

<sup>335</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2899.

<sup>336</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2898.

<sup>337</sup> ERA-Forum 2006, 228.

<sup>338</sup> ERA-Forum 2006, 228; *zust Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1739.

<sup>339</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2899.

Geschäftsherrn eingehen zu wollen, gleichgesetzt werden. In einem solchen Fall hätte sich der Geschäftsführer um einen Vertragsabschluss mit dem Geschäftsherrn bemüht.<sup>340</sup> Es ist natürlich im Einzelfall möglich in der Besorgung fremder Angelegenheiten ein Angebot zu sehen und in der Genehmigung seine Annahme. Kommt es im Einzelfall zu einem Vertragsabschluss, so gelten ab diesem Zeitpunkt die Regelungen der GoA nur noch in dem Bereich, der vom Vertrag nicht erfasst ist.<sup>341</sup>

Auch wenn aus den *Comments* nicht hervorgeht, ob die Genehmigung durch den Geschäftsherrn auf den Zeitpunkt des Einschreitens des Geschäftsführers zurückwirkt oder erst ab Erteilung gilt, so kann mE jedoch aus dem Satz, dass die Genehmigung eine ursprünglich unvernünftige (und daher ungerechtfertigte) Geschäftsführung in eine vernünftige, gerechtfertigte verwandle,<sup>342</sup> geschlossen werden, dass diese auf den Zeitpunkt des ersten Einschreitens zurückwirkt. Dies würde auch dem Zweck der Bestimmung entsprechen, dass die gesamte Geschäftsbesorgung nach der Genehmigung durch den Geschäftsherrn in den Anwendungsbereich des V. Buches fällt und somit auf den Geschäftsführer die für ihn vorteilhafteren Regelungen der GoA Geltung erlangen. Schließlich ist es auch sinnvoll, wenn alle Rechte und Pflichten nach dem V. Buch, die aus dem Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn resultieren, von Beginn an greifen.<sup>343</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass die Genehmigung der Geschäftsführung seitens des Geschäftsherrn Auswirkungen auf sein Verhältnis gegenüber Dritten haben könnte. In Art V.-3:106 wird dem Geschäftsführer im Anwendungsbereich der Regelungen des V. Buches Vertretungsmacht eingeräumt.<sup>344</sup> Wird nun die Geschäftsführung seitens des Geschäftsherrn genehmigt und hat der Geschäftsführer im Zuge dessen im Namen des Geschäftsherrn einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen, der auch für die Geschäftsführung vernünftig war, so kommt der Vertrag nun rückwirkend zwischen dem

---

<sup>340</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2899.

<sup>341</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2899.

<sup>342</sup> „[...] has the effect that an approval by the principal transforms an originally unreasonable (and therefore unjustified) intervention into a justified benevolent intervention in another's affairs.“ v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, F, 2898.

<sup>343</sup> Sprau, ERA-Forum 2006, 228.

<sup>344</sup> Siehe dazu 6. Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Namen des Geschäftsherrn zu handeln (Art V. – 3:106).

Geschäftsherrn und dem Dritten zustande, da die Genehmigung mE auf den Zeitpunkt des Einschreitens zurückwirkt.<sup>345</sup>

### 1.5. Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftsherrn

Die Besorgung fremder Angelegenheiten darf dem Willen des Geschäftsherrn grundsätzlich nicht widersprechen. Um dies klarzustellen, hält Art V.-1:101 (2) fest, dass ein vernünftiger Grund zum Einschreiten dann nicht vorliegt, wenn der Geschäftsführer die Möglichkeit gehabt hätte, den wahren Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen, dies aber nicht getan hat, weiß oder wissen hätte müssen, dass das Vorgehen nicht dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Fügt der Geschäftsführer dadurch dem Geschäftsherrn einen rechtlich relevanten Schaden zu, so kann letzterer nach den Regelungen des VI. Buches Ersatz verlangen.<sup>346</sup>

In bestimmten Fällen kann es vorkommen, dass der geäußerte Wille des Geschäftsherrn nicht berücksichtigt werden muss und daher entgegen seinem ausdrücklichen Willen ein vernünftiger Grund zur Geschäftsführung angenommen werden kann.<sup>347</sup> Die *Study Group* hatte hier Aussagen von selbstmordgefährdeten, geisteskranken oder -schwachen Personen oder Personen unter starkem Drogen- und Alkoholeinfluss vor Augen, die nicht fähig sind ihren Willen auf eine Art auszudrücken, die Einfluss auf die Geschäftsbesorgung eines vernünftigen Geschäftsführers haben kann.<sup>348</sup> Kann jemand aufgrund (auch bloß vorübergehender) mangelnder Geschäftsfähigkeit keinen rechtlich relevanten Willen bilden, so ist dieser auch nicht für den Geschäftsführer entscheidend, wenn dies zum Nachteil des Geschäftsherrn gereichen würde. Ob jemand ausreichend geschäfts- und deliktsfähig ist, ergibt sich aus dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats, da der DCFR dafür keine eigenen Regelungen bereit hält.<sup>349</sup>

Ein gegenteiliger Wille steht auch einer gerechtfertigten GoA nicht im Wege, wenn der Geschäftsherr aus öffentlichem Interesse zu einer Handlung verpflichtet gewesen wäre,

---

<sup>345</sup> Ist der Geschäftsführer allerdings als *falsus procurator* tätig geworden und hat er nicht in überwiegender Begünstigungsabsicht gehandelt, so kann der Geschäftsherr den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag immer noch nach Art II.-6:111 genehmigen. v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2884.

<sup>346</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2893.

<sup>347</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2893.

<sup>348</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2893.

<sup>349</sup> v. *Bar/Clive/Schulte-Nölke* ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 38.

diese nicht unternimmt und der Geschäftsführer gegen dessen Willen für ihn einschreitet (Art V.-1:102).<sup>350</sup>

Der Wille des Geschäftsherrn gilt vorrangig gegenüber gutgemeinten Handlungen seitens des Geschäftsführers. Hätte dieser die Möglichkeit gehabt, die Meinung des Geschäftsherrn vor seinem Handeln einzuholen, hat er diese aber nicht genutzt, so kann dieser Mangel nur durch eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftsherrn beseitigt werden.<sup>351</sup> Ist dies nicht der Fall, so finden auf den vermeintlichen Geschäftsführer nicht die Regelungen des V. Buches, sondern die des Bereicherungsrechts (VII. Buch) Anwendung.<sup>352</sup> Selbst wenn die Geschäftsführung objektiv nützlich für den Geschäftsherrn war, ist das V. Buch nicht anwendbar, wenn die Geschäftsbesorgung nicht dem Willen des Geschäftsherrn entsprach.

Der Geschäftsführer hat aktiv den Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen. Hierbei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, die eventuell einen Rückschluss auf den Willen des Geschäftsführers zulassen. Der Sorgfaltsmaßstab ist hier ein objektivierter.<sup>353</sup> Insbesondere ist zwischen der Bedeutung des Eingriffs und der Dringlichkeit der Maßnahme auf der einen Seite, sowie Zeit und Kosten des Kontaktierens des Geschäftsherrn auf der anderen Seite abzuwegen.<sup>354</sup> Es muss zwischen den beiden Extremfällen, dass das Einschreiten so dringend ist, dass keine Zeit für die Kontaktaufnahme verschwendet werden darf und dem Fall, dass eine Maßnahme zwar notwendig ist, aber bis zur Einholung einer Genehmigung gewartet werden kann, und allen Abstufungen dazwischen zu unterscheiden werden.<sup>355</sup> Allerdings wird auch in einer solchen Situation angenommen werden können, dass der Geschäftsführer Tatsachen, die zum allgemeinen Wissensstand zählen, nicht ignorieren kann.<sup>356</sup> In manchen Fällen stellt schon die Kontaktaufnahme mit dem Geschäftsherrn und das Ersuchen um eine Entscheidung selbst eine Geschäftsführungsmaßnahme dar.<sup>357</sup>

Auch wenn kein Kontakt zum Geschäftsherrn hergestellt werden kann, hat der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn zu beachten, soweit er ihm bekannt ist. Dies

---

<sup>350</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2894; Siehe 2. Erfüllung der Pflicht eines anderen (Art V. – 1:102).

<sup>351</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2894.

<sup>352</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2894.

<sup>353</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2897.

<sup>354</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2895, 2897.

<sup>355</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2895; Vgl dazu auch 2. Pflichten während der Geschäftsführung (Art V. – 2:101), insb 1.3. Informationspflicht.

<sup>356</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2897.

<sup>357</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2895.

gilt unabhängig davon, ob der Geschäftsführer dies für sinnvoll und vernünftig hält. Jeder hat das Recht mit seinem Eigentum nach eigener Überzeugung umzugehen.<sup>358</sup>

Durch die Kontaktaufnahme alleine entsteht aber noch keine vertragliche Beziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Ein expliziter Vertragsabschluss ist für die Anwendung der vertraglichen Bestimmungen des DCFR auf dieses Rechtsverhältnis notwendig. Dies kann etwa in Anschluss an eine GoA der Fall sein oder wenn der Geschäftsherr dem Geschäftsführer nach der Kontaktaufnahme einen Auftrag erteilt. Dann wäre nur auf die Zeit vor Vertragsabschluss das V. Buch anwendbar.

Ob ein vernünftiger Grund zu handeln vorlag und ob der Wille des Geschäftsherrn beachtet worden ist, ist immer ex-ante zu betrachten. Für den Fall, dass der Geschäftsherr nicht kontaktiert werden konnte oder eine Kontaktaufnahme in einer Notfallsituation dem Geschäftsherrn nicht zumutbar war, aus den Umständen des Einzelfalls auch nichts Gegenteiliges geschlossen werden kann und ein vernünftiger Grund zu handeln vorliegt, so fällt die Besorgung der fremden Angelegenheit dennoch in den Anwendungsbereich des V. Buches, auch wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Handlung nicht mit dem wahren Willen des Geschäftsherrn übereinstimmt.<sup>359</sup> Entscheidend ist hier eine ex-ante Betrachtung, denn sonst könnte jeder Geschäftsherr nach erfolgreicher Geschäftsbesorgung behaupten, dass diese nicht seinem Interesse entsprach und damit dem Geschäftsführer den Kostenersatz verweigern.<sup>360</sup>

### 1.6. Identität des Geschäftsherrn

Es ist nicht notwendig, dass der Geschäftsführer die Person des Geschäftsherrn schon während seines Einschreitens kennt, weshalb es auch irrelevant ist, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass er über dessen Identität geirrt hat. Wichtig ist nur, dass der Geschäftsführer für eine konkrete Person oder Personengruppe gehandelt hat.<sup>361</sup> Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen der Geschäftsführer in der Absicht handelt, eine bestimmte Person zu begünstigen und dabei eine dritte Partei unbewusst ebenfalls begünstigt wird. Bezuglich des Dritten ist er mangels Begünstigungsabsicht kein Geschäftsführer.<sup>362</sup>

---

<sup>358</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2896.

<sup>359</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2898.

<sup>360</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, E, 2898.

<sup>361</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2888f; Das Kennen der Identität des Geschäftsherrn kommt zum Zeitpunkt des Einschreitens ist auch nach ABGB nicht entscheidend, siehe *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6.

<sup>362</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2890.

### 1.7. Mehrere Geschäftsführer

Allgemein stellt sich auch die Frage wie mit Personenmehrheiten, die als Geschäftsführer auftreten, umzugehen ist. Diese sind idR als Solidarschuldner zu behandeln, wenn sie dieselbe Aufgabe ausgeführt haben (Art III.-4:102 (1)). Ist dies nicht der Fall, so ist das Verhältnis jedes Einschreiters zum Geschäftsherrn gesondert zu beurteilen.<sup>363</sup>

### 1.8. Geschäfts- und Deliktsfähigkeit

Der DCFR enthält bewusst keine Regelungen zur Rechts- und Geschäftsfähigkeit.<sup>364</sup> Diese folgt daher dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats. Dennoch ist wohl durch Auslegung der Bestimmungen des V. Buches zu beurteilen, ob im konkreten Fall erforderlich ist, dass der Geschäftsherr oder der Geschäftsführer geschäftsfähig sind. Für diese Beurteilung kann es hilfreich sein, zuerst einen Blick ins nationale österreichische Recht zu werfen, ob danach in vergleichbaren Situationen die Geschäftsfähigkeit der beteiligten Personen erforderlich ist oder nicht.

Nach österreichischem Recht ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr voll geschäftsfähig ist, auch nicht, um ihn zum Aufwendersatz verpflichten zu können.<sup>365</sup> Aufgrund der gesetzlichen Voraussetzungen der Aufwandersatzpflicht ist das Interesse des Geschäftsherrn unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit ausreichend geschützt.<sup>366</sup> Sie ist nur ausnahmsweise dort erforderlich, wo es auf eine Willenserklärung des Geschäftsherrn ankommt, nämlich wenn er die Geschäftsführung genehmigt oder untersagt.<sup>367</sup> Dies gilt mE ebenso für die GoA nach dem V. Buch, sodass nur ein ausreichend geschäftsfähiger Geschäftsherr eine nachträgliche Genehmigung nach Art V.-1:101 (1) (b) erteilen kann.

Beim Geschäftsführer ist die Wirkung beschränkter Geschäftsfähigkeit strittig. Verrichtet er nur tatsächliche Tätigkeiten, so muss er dafür nicht geschäftsfähig sein. Für den Abschluss von Rechtsgeschäften bedarf es der dafür erforderlichen Geschäftsfähigkeit.<sup>368</sup> Dies gilt ebenso im DCFR. Eine Fortsetzungspflicht besteht für einen minderjährigen Geschäftsführer nach hA im ABGB nicht.<sup>369</sup> Er hat allerdings einen Anspruch auf

---

<sup>363</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2887.

<sup>364</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke ua, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Introduction, 38.

<sup>365</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 890; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 7.

<sup>366</sup> v. Schey in FS Zitelmann 27.

<sup>367</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 7; v. Schey in FS Zitelmann 27.

<sup>368</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393.

<sup>369</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 7; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; aA Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup>, 720, der eine Pflicht des Geschäftsunfähigen zur Fortsetzung und zur Rechnungslegung bejaht.

Aufwandersatz,<sup>370</sup> woraus *Rummel*<sup>371</sup> ableitet, dass er auch zur Rechnungslegung und zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist.<sup>372</sup> Unstrittig ist, dass auch dem minderjährigen Geschäftsführer Ansprüche nach den §§ 1041 und 1431 ABGB zustehen.<sup>373</sup>

Den Grundsätzen der Geschäftsfähigkeit entsprechend würde ich einen Aufwandersatzanspruch nach Art V.-3:101 auch bei minderjährigen Geschäftsführern bejahen. Für die Fortsetzungspflicht enthält der DCFR anders als bei der Pflicht zur Herausgabe der erlangten Vorteile (Art V.-2:103 (2)) keine Einschränkung für beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer. Dennoch wird den Geschäftsunfähigen keine Fortsetzungspflicht treffen, da dieser mangels Deliktsfähigkeit auch nicht für Schäden bei Verletzung dieser Pflicht zur Haftung herangezogen werden könnte.

Fraglich ist Weiters, ob ein nicht voll Geschäftsfähiger berichts- und rechnungslegungspflichtig nach dem V. Buch ist, denn von der Ausnahme in Art V.-2:103 (2) ist die Pflicht zur Herausgabe erlangter Vorteile eingeschränkt auf die noch vorhandene Bereicherung (Art VII.-6:101). Die Rechnungslegungs- und Informationspflicht wird dabei nicht erwähnt. Aus dem Zweck der Bestimmung, die alleine dem Schutz der nicht voll geschäftsfähigen Personen vor der Herausgabe eines Vorteils, der sich nicht mehr in ihrem Vermögen befindet, und der Intention der Verfasser des DCFR<sup>374</sup> kann daher *e contrario* angenommen werden, dass es eine Pflicht zur Rechnungslegung und Information gibt, wie dies auch für das österreichische Recht vertreten wird.<sup>375</sup>

Verursacht der minderjährige Geschäftsführer im Rahmen der Geschäftsführung einen Schaden, so hat er dafür grundsätzlich erst dann einzustehen, wenn er nach den allgemeinen Regelungen deliktsfähig ist, also ab dem vollendeten 14. Lebensjahr.<sup>376</sup> Gegen einen unmündigen Minderjährigen können daher nur im Rahmen des § 1310 ABGB Schadenersatzansprüche bestehen.<sup>377</sup> Im Bezug auf die Deliktsfähigkeit verweist Art V.-2:102 (3) bei Schadensfällen aufgrund von Pflichtverletzung auf die Regelungen des VI. Buchs über das Schadenersatzrecht, welche eine eigene Bestimmung für Personen enthält, die das 18.

---

<sup>370</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 893; *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 720.

<sup>371</sup> in *Rummel*<sup>3</sup> § 1035 Rz 7.

<sup>372</sup> aA *Gschnitzer*, Schuldrecht BT<sup>2</sup>, 283, wonach dem nicht voll geschäftsfähigen Geschäftsführer keine Pflichten obliegen.

<sup>373</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1035 Rz 7.

<sup>374</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, A, 3020.

<sup>375</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1035 Rz 7; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 9; *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1746.

<sup>376</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1035 Rz 7; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1035 Rz 4.

<sup>377</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 893; v. *Schey* in FS Zitelmann 29.

Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wonach sich auch die Ersatzpflicht des V. Buches richtet. Demnach sind Personen, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, vollkommen deliktsunfähig (Art VI.-3:103 (2)). Minderjährige zwischen dem vollendeten siebten und achtzehnten Lebensjahr sind bereits deliktsfähig, allerdings ist ein besonderer Verschuldensmaßstab anzulegen, der sich nach den Kenntnissen und Fähigkeiten eines durchschnittlichen Menschen in dem jeweiligen Alter des Schädigers richtet (Art VI.-3:103 (1)). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Geschädigte den Schaden nicht von einem Dritten ersetzt verlangen kann, und eine Haftung unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse der Parteien und den übrigen Umständen des Einzelfalls aus Gründen der Billigkeit angemessen ist.

### 1.9. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Nach Erläuterung des Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* im V. Buch des DCFR soll nun näher auf die Geschäftsführung ohne Auftrag in den §§ 1035 ff ABGB eingegangen werden und diese mit den Regelungen des DCFR verglichen werden.

#### 1.9.1. Anwendungsbereich

Das ABGB hält im Unterschied zum DCFR keine eigenständige Definition der *negotiorum gestio* bereit. Nach hA ist die Geschäftsführung ohne Auftrag die eigenmächtige Besorgung fremder Angelegenheiten in der Absicht, die Interessen eines anderen zu fördern. Der Geschäftsführer darf jedoch weder ausdrücklich noch stillschweigend durch Vertrag, noch vom Gericht, noch aus dem Gesetz eine Befugnis zur Geschäftsführung haben.<sup>378</sup> Damit gelangt die GoA wie im DCFR nur subsidiär zur Anwendung. Eine weitere Übereinstimmung gibt es grundsätzlich im Erfordernis, dass der Geschäftsführer im Interesse eines anderen tätig wird und mit einer Handlung nicht primär eigene Interessen verfolgt.<sup>379</sup> Allerdings ist das Kriterium des Fremdgeschäftsführungswillens in Österreich nicht so stark ausgeprägt, wie die Begünstigungsabsicht im DCFR, der das Willensmoment beim Geschäftsführer stärker betont.<sup>380</sup>

Der Anwendungsbereich des V. Buches unterscheidet sich auch im Umfang von dem der §§ 1035 ff ABGB. Während der DCFR nur für die Fälle der gerechtfertigten GoA das V.

<sup>378</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 890; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 1; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 392; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>, 368; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 1.

<sup>379</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 392; *Meissel*, GoA 59ff; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 6.

<sup>380</sup> Siehe 1.2. Begünstigungsabsicht.

Buch für anwendbar erklärt, sind von der GoA nach österreichischem Recht sowohl die gerechtfertigte als auch die unerlaubte Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1040 ABGB) erfasst. Der DCFR hingegen begegnet einer ungerechtfertigten Geschäftsbesorgung mit den Mitteln des Schadenersatz- und Bereicherungsrechts (VI. und VII. Buch).<sup>381</sup> Aus diesem Grund ist nach Art VI.-5:202 (2) die gerechtfertigte Geschäftsführung ohne Auftrag vom Anwendungsbereich des Deliktsrechts ausgenommen, sodass der Geschäftsführer, solange er seine Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn nicht verletzt, einen Rechtfertigungsgrund für den Fall hat, dass er dem Geschäftsherrn zB im Rahmen einer Notgeschäftsführung einen Schaden zufügt.<sup>382</sup>

Es ist ein bestechend einfaches Konzept den Anwendungsbereich der GoA im DCFR auf die berechtigte Geschäftsführung in überwiegender Begünstigungsabsicht einzuschränken und für alle übrigen Fälle auf das Schadenersatz- und Bereicherungsrecht zu verweisen. Dies bringt allerdings Rechtsschutzlücken mit sich, da die Pflichten des Geschäftsführers zur Information, Rechnungslegung und Fortsetzung auch nur bei gerechtfertigter Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung gelangen, da diese sich im V. Buch finden und es keine entsprechenden Bestimmungen im Bereicherungs- oder Schadenersatzrecht gibt. Lediglich die Pflicht zur Herausgabe der im Rahmen der Geschäftsführung erlangten Vorteile findet in Art VI.-6:101 (4) eine entsprechende Regelung. Den widerrechtlich handelnden Geschäftsführer trifft daher keine Pflicht zur Information und Rechnungslegung. Diesen Pflichten unterliegt nur der in überwiegender Begünstigungsabsicht für einen anderen tätige Geschäftsführer. So treffen den rechtmäßig Handelnden strengere Pflichten als einen unberechtigten Geschäftsführer.<sup>383</sup> Dies ist auch nachteilig für den Geschäftsherrn, der in einem solchen Fall nicht einmal Information und Rechnungslegung von jemandem verlangen kann, der sich widerrechtlich seiner Angelegenheiten angenommen hat.

---

<sup>381</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, 2879.

<sup>382</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, Illustration 2, 2878. Es wird das Beispiel angeführt, dass der Geschäftsführer, der um eine verletzte und bewusstlose Person nach einem Autounfall aus dem Auto zu befreien, das Fenster des Autos einschlägt, den Schaden am Auto nicht zu ersetzen hat. Da die GoA im Notfall nach § 1036 ABGB rechtmäßig ist, haftet der Geschäftsführer auch nicht für die Einmischung in die fremde Sphäre. Er haftet lediglich, wenn er andere von der Rettung abgehalten hat oder sorglos die Güter des Geschäftsherrn beschädigt hat (Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 7). Anders ist die Rechtslage bei der nützlichen Geschäftsführung nach § 1037 ABGB. Da diese ohne Einwilligung des Geschäftsherrn nicht rechtmäßig ist, haftet der Geschäftsführer für schulhaft verursachte Schäden (Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 1).

<sup>383</sup> Jansen, ZEuP 2007, 987; So empfiehlt zwar auch Beuthien in FS Söllner 136, auch wenn er kein Mitglied der Study Group ist, die Regelung der GoA in den §§ 677-683 BGB für ein Europäisches Privatrecht, wobei er allerdings zu Recht, wie sich im Bezug auf die Berichts- und Rechnungslegungspflicht zeigt, von einem Anwendungsbereich ausgeht, der sowohl die unberechtigte als auch die unerlaubte GoA mit denselben Rechtsfolgen umfasst.

Anders als im DCFR wird nach ABGB für die Anwendbarkeit der Regelungen zur GoA nicht primär auf das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht abgestellt. Zwar ist auch nach ABGB das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungsabsichts bedeutsam, allerdings ist nach den §§ 1035 ff ABGB auch das Führen eines fremden Geschäftes entscheidend. Auf die beiden Tatbestandsmerkmale Fremdgeschäft und Fremdgeschäftsführungsabsicht soll nun im Folgenden näher eingegangen werden.

### 1.9.2. Fremdgeschäft

Keine Rechtsordnung der Europäischen Union sieht für den Anwendungsbereich der GoA vor, dass der Geschäftsführer in der ausschließlich Absicht handeln muss einen anderen zu begünstigen.<sup>384</sup> Ebenso wenig das ABGB, welches in den §§ 1035 ff vordergründig auf die Führung eines fremden Geschäftes abstellt. Für die Beurteilung, ob ein fremdes Geschäft vorliegt, werden objektive und subjektive Kriterien miteinander kombiniert. Rein objektiv gilt es zu beurteilen, ob das zu führende Geschäft in den Interessensbereich des Geschäftsherrn fällt.<sup>385</sup> Das Geschäft muss einer fremden Wirtschaftssphäre zugeordnet werden können.<sup>386</sup> Die Abgrenzung erfolgt danach, ob ein Geschäft aus ökonomischen Gesichtspunkten eher dem Geschäftsherrn als dem Geschäftsführer zuzuordnen ist. Teilweise wird auch angeführt, dass das Geschäft einer fremden Rechtssphäre angehören muss, es also eine rechtliche Zuordnung zum Geschäftsherrn gibt. Doch ist dieser Begriff wohl zu eng gewählt, wenn man Fälle betrachtet, in denen der Geschäftsführer Verträge mit Dritten zur Geschäftsbesorgung abschließt.<sup>387</sup>

Wenn jemand ein Geschäft für einen anderen führen möchte und er dabei nicht in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn eingreift, so kann sich ausnahmsweise die Fremdheit des Geschäfts bereits alleine aus der Absicht des Geschäftsführers ergeben.<sup>388</sup> Dies ist dann der Fall, wenn das Geschäft kein objektiv fremdes ist, sondern eine neutrale. Ein klassisches Lehrbuchbeispiel dazu ist, dass ein Geschäftsführer zB ein Bild eines Künstlers für einen Freund kauft, von dem er weiß, dass es in dessen Sammlung noch fehlt und er es schon seit langem sucht. Das Geschäft ist objektiv betrachtet ein neutrales, jedoch in Verbindung mit der Fremdgeschäftsführungsabsicht des Geschäftsführers zeigt sich dessen Fremdheit. So wird auch von der von *Rabel* entwickelten gemäßigt objektiven Theorie das Kriterium des

---

<sup>384</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Notes, 38.

<sup>385</sup> Meissel, GoA 59.

<sup>386</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 890; aA wohl Meissel, GoA 60.

<sup>387</sup> Meissel, GoA 59.

<sup>388</sup> Meissel, GoA 65.

Fremdgeschäftsführungswillens nicht als selbstständige Voraussetzung neben dem Erfordernis des Fremdgeschäfts gesehen, sondern wird „nur gegebenenfalls zur Qualifizierung des Geschäfts als eines eigenen oder fremden herangezogen.“<sup>389</sup> Ob allein der Fremdgeschäftsführungswille für die Qualifizierung als fremdes Geschäft ausreichend sein kann, ist umstritten, da dies aus dem Gesetz nicht hervorgeht, aber durch die Rechtsprechung auch schon bejaht wurde.<sup>390</sup>

Bei Zusammentreffen von Eigen- und Fremdinteressen, ist es entscheidend, ob die Verfolgung fremder Interessen und der dafür gemachte Aufwand von der eigenen Sphäre des Geschäftsführers abtrennbar sind. Die ganze Leistung darf nicht aufgrund eines eigenen Geschäfts und in Geschäftsführungsabsicht für einen anderen erbracht werden.<sup>391</sup> Erst wenn dies nicht möglich ist, scheidet die Anwendung der Regelungen der GoA aus.<sup>392</sup> Dies wird auch von der Rsp bejaht.<sup>393</sup>

Auch nach den Regelungen der GoA nach dem V. Buch des DCFR ist es möglich, dass der Geschäftsführer mit der Geschäftsbesorgung zumindest untergeordnet auch eigene Interessen verfolgt, da eben nur eine überwiegende Begünstigungsabsicht vorliegen muss. Allerdings ist anders als nach österreichischem Recht diese überwiegende Begünstigungsabsicht erforderlich, sodass wohl zumindest mehr als 50% des Geschäfts für den Geschäftsherrn geführt werden muss, damit dieses Kriterium erfüllt ist.

#### 1.9.3. Fremdgeschäftsführungswillen

Das Erfordernis des Fremdgeschäftsführungswillens kommt in § 1037 ABGB mit den Worten „wer fremde Geschäfte [...] übernehmen will“ zum Ausdruck. Doch auch im Rahmen der Notgeschäftsführung des § 1036 ABGB wird dieser Wille als selbstverständlich vorausgesetzt, wenn ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens geführt wird.<sup>394</sup>

---

<sup>389</sup> *Rabel*, negotium alienum und animus in: gesammelte Aufsätze IV 449 = Studi Bonifante 288; *Meissel*, GoA 65.

<sup>390</sup> GIU 3705; aA *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 892; v. *Schey* in FS Zitelmann 7f.

<sup>391</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 891.

<sup>392</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; OGH 3 Ob 53/02v.

<sup>393</sup> GIUNF 6597; OGH 6 Ob 710/84 JBl 1985, 421; S näher zur Problematik der Reservekosten 2.1. Vorhaltekosten.

<sup>394</sup> *Meissel*, GoA 79.

Obwohl der Fremdgeschäftsführungswille eine notwendige Voraussetzung für die GoA darstellt,<sup>395</sup> ist es nicht notwendig rein altruistisch zu handeln. Die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer einen Kostenersatz für seine Aufwendungen erwartet, schadet nicht. Der Geschäftsführer muss auch nicht in Schenkungsabsicht handeln.<sup>396</sup> Führt jemand allerdings wissentlich ein fremdes Geschäft in der Absicht, sich selbst einen Nutzen zu erwirtschaften (sog unechte GoA), so haftet er dem Verkürzten nach Bereicherungsrecht.<sup>397</sup>

Ebenso fällt eine irrtümliche Führung eines fremden Geschäftes in der Absicht eine eigene Verpflichtung zu erfüllen nicht in den Anwendungsbereich der GoA mangels Fremdgeschäftsführungswillen, sodass der Geschäftsführer seine Aufwendungen nach §§ 1431 ff ABGB kondizieren kann.<sup>398</sup> Bei Tätigkeit aufgrund eines vermeintlichen Auftrags fehlt die Geschäftsführungsabsicht ebenfalls.<sup>399</sup> Eine gesetzliche Verpflichtung zur Hilfeleistung, wie § 94 StGB, schließt die Anwendbarkeit der Regelungen der allerdings GoA nicht generell aus.<sup>400</sup> Das Ergebnis ist in beiden Fällen aufgrund der einmal fehlenden und andererseits vorhandenen Begünstigungsabsicht auch nach DCFR dasselbe. Auf den ersten Fall ist das Bereicherungsrecht anwendbar, im zweiten Fall gelten die Regelung des V. Buches.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass nach ABGB für die Anwendbarkeit der Regelungen über die GoA nicht wie im DCFR primär auf das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht abgestellt wird, sodass es ausreichend ist, wenn zu einem gewissen Teil ein Fremdgeschäftsführungswille gegeben ist.<sup>401</sup> Die in Österreich viel diskutierten Fälle einer unechten Geschäftsführung, bei denen jemand ein fremdes

---

<sup>395</sup> Vgl aber die Rsp (OGH 2 Ob 195/72 SZ 45/137; 8 Ob 71/86 SZ 60/65; 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125; 2 Ob 272/01s) zu den Vorhaltekosten, wo im Zeitpunkt des Einschreitens kein Geschäftsführungswille seitens des Geschäftsherrn vorliegt und dennoch die Regelungen zur GoA angewendet werden. IdZ kritisch im Bezug auf Fremdgeschäft und Fremdgeschäftsführungswillen beim Ersatz von Vorhaltekosten nach den Regelungen der GoA *Flötschl*, ZVR 2003, 233ff. S näher 2.1. Vorhaltekosten.

<sup>396</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 392.

<sup>397</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; aA *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 8, der es in diesem Fall für richtiger hält, den Herausgabeanspruch auf § 1041 ABGB zu stützen und in Analogie zu § 1039 ABGB einen Anspruch auf Vollendung und Rechnungslegung gewährt. Nach *Reischauer*, ÖJZ 1987, 266 ergibt sich der Herausgabeanspruch direkt aus der unechten GoA, sodass ein Anspruch nach § 1041 nicht mehr notwendig sei. Für das Vorliegen einer unechten GoA ist es ausreichend, dass fahrlässig ein fremdes Geschäft geführt wurde, *Reischauer*, ÖJZ 1987, 264f; OGH 3 Ob 369/75 SZ 49/63.

<sup>398</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 392.

<sup>399</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6.

<sup>400</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 4.

<sup>401</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 8; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6. Ausgenommen davon sind natürlich Fälle der angewandten Geschäftsführung, bei denen nur auf die Regelungen der GoA verwiesen wird und daher kein Fremdgeschäftsführungswille vorliegen muss.

Geschäft führt, um sich selbst den Nutzen zuzuwenden,<sup>402</sup> sind vom Anwendungsbereich des V. Buches ausgenommen.

#### 1.9.4. Handlungsformen

Ebenso wie nach Art V.-1:101 ist jedes eigenmächtige, tatsächliche<sup>403</sup> oder rechtsgeschäftliche<sup>404</sup> Handeln vom Anwendungsbereich der GoA erfasst. Allerdings nach ABGB nur, solange das Geschäft ein erlaubtes ist.<sup>405</sup> In diesem Punkt besteht ein Unterschied zum Anwendungsbereich des V. Buch des DCFR, wonach ausnahmsweise auch die Führung eines unerlaubten Geschäftes eine *benevolent intervention in another's affairs* darstellen kann, solange eine überwiegende Begünstigungsabsicht vorliegt und es einen vernünftigen Grund zu handeln gab.<sup>406</sup>

In dem in den *Comments* angedeuteten sehr eingeschränkten Anwendungsbereich, in dem es ausnahmsweise erlaubt sein soll, dass gesetz- oder sittenwidrige Handlungen zur Anwendung der Regelungen der GoA führen können, erscheint eine durchaus sinnvolle Erweiterung des Anwendungsbereichs der GoA zu sein, sofern es bei einer restriktiven Handhabung dieser Ausnahmefälle bleibt, in denen die unerlaubte Handlung wirklich die *ultima ratio* darstellt, um den Geschäftsherrn aus einer Gefahrensituation für Leib und Leben zu befreien.<sup>407</sup>

#### 1.9.5. Berücksichtigung des wahren Willen des Geschäftsherrn

Der Geschäftsführer hat auch nach ABGB in Übereinstimmung mit den Interessen des Geschäftsherrn zu handeln und dessen Willen zu berücksichtigen, soweit ihm dieser bekannt

---

<sup>402</sup> Vgl *Reischauer*, ÖJZ 1987, 257; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 8; OGH 3 ObA 3/93 wbl 1993, 260.

<sup>403</sup> Vgl OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142; 2 Ob 197,180/71 JBl 1972, 324.

<sup>404</sup> Vgl OGH 8 Ob 30/63 EvBl 1963/309; *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 353.

<sup>405</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 890; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 2; *Swoboda*, ZBl 1931, 826f.

<sup>406</sup> Siehe 1.1. Handlungsformen.

<sup>407</sup> Würde im vorher geschilderten Fall, bei dem Bestechungsgelder vom Geschäftsführer geleistet wurden, um den Reiseleiter (Geschäftsherrn) aus der Haft eines korrupten Staates zu befreien (v. *Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law*, V.-1:101, Comments, B, Illustration 8, 2881) österreichisches Recht zur Anwendung gelangen, so hätte der „Geschäftsführer“ keine Möglichkeit diesen Betrag aufgrund der Regelungen der GoA vom „Geschäftsherrn“ als Aufwandsatz erstattet zu bekommen. Dies wäre nur dann denkbar, wenn man die Zahlung der Bestechungsgelder als notwendig ansieht und es damit ebenso wie der DCFR zulassen würde, dass auch sittenwidrige Handlungen einen Aufwandsatzanspruch begründen könnten.

Andernfalls besteht lediglich die Möglichkeit die geleisteten Bestechungsgelder von den Entführern aufgrund der sittenwidrigen Vereinbarung nach § 877 ABGB zurückzufordern. Weiters kann es zu einer Abschöpfung der Bereicherung bei den Tätern kommen (§ 20 StGB).

Im Fall der Rückabwicklung von sittenwidrigen Verträgen unterscheidet sich die Rechtslage in Österreich auch von der in Deutschland, wo es trotz Nichtigkeit des Vertrages zu einer Rückabwicklung nach den Regelungen der §§ 677ff BGB kommen kann. Vgl BGH NJW 1997, 47.

ist, oder angenommen werden kann, dass dies seinem Interesse entspricht.<sup>408</sup> Deutlich kommt dies in § 1037 ABGB zum Ausdruck, sodass sich der Geschäftsführer vor der Führung eines nützlichen Geschäfts um die Einwilligung des Geschäftsherrn zu bemühen hat. Wird dies trotz Tunlichkeit unterlassen oder die Zustimmung verweigert, so ist die Geschäftsführung unrechtmäßig.<sup>409</sup>

Anders ist die Rechtslage lediglich in einer Notfallsituation, in der ein Schaden so unmittelbar droht, dass zu dessen Vermeidung ein unmittelbares Eingreifen erforderlich ist, sodass keine Genehmigung eingeholt werden kann. Die Rechtmäßigkeit des Einschreitens ist aus Sicht eines redlichen, objektiven Beobachters ex-ante zu prüfen, sodass auch ein vermeintlicher Notfall ausreichen kann.<sup>410</sup> Ist allerdings ausreichend Zeit sich um die Zustimmung des Geschäftsherrn zu bemühen, so handelt es sich nicht um einen Notfall und die Anwendbarkeit des § 1036 ABGB ist ausgeschlossen.<sup>411</sup> Davon ausgenommen sind Fälle, in denen der Geschäftsherr im Notfall gesetz- und sittenwidrige Erklärungen abgibt. Diese sind nicht zu befolgen und haben keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit des § 1036 ABGB.<sup>412</sup> In solchen Fällen ist der Wille des Geschäftsherrn nicht entscheidend, weil er gegen § 879 ABGB verstößt. So dürfen bspw notwendige Instandsetzungsarbeiten nicht verweigert werden<sup>413</sup>, ebenso ist das Verbot einer unbedingt notwendigen Erhaltungsarbeit, in der E 8 Ob 291/63 die Behebung von durch einen Hausschwamm hervorgerufenen Schäden, sittenwidrig<sup>414</sup>, oder bei notwendigen Aufwendungen, die dem Bestangeber obliegen, die der Bestandnehmer auch gegen dessen ausdrückliches Verbot auf dessen Rechnung vornehmen kann.<sup>415</sup>

Ähnlich ist die Rechtslage nach dem V. Buch des DCFR, wonach der Geschäftsführer dem Willen des Geschäftsherrn entsprechend zu handeln hat. Dieser hat nach Art V.-1:101 (2) den wahren Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen, soweit dies im Einzelfall möglich und zumutbar ist, anderenfalls er keinen vernünftigen Grund zu handeln hat und die

---

<sup>408</sup> OGH 1 Ob 584/82 JBI 1984, 256; 8 Ob 103/63 MietSlg 15.033; 1 Ob 38/83 MietSlg 36.098, sodass bei verbotener Geschäftsführung auch ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB oder ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen ist.

<sup>409</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup> § 1037 Rz 2.

<sup>410</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; *Apathy in Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036 – 1040 Rz 1.

<sup>411</sup> *Apathy in Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036 – 1040 Rz 1; *Stanzl in Klang* IV/1<sup>2</sup>, 897; OGH 6 Ob 710/84 SZ 57/167.

<sup>412</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 2; *Apathy in Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036 – 1040 Rz 5; *Gschitzer, SchRBT*<sup>2</sup>, 279; *Stanzl in Klang* IV/1<sup>2</sup>, 898; *Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON* 1.00 § 1036 Rz 3; OGH 7 Ob 166/70 EvBl 1971/208.

<sup>413</sup> OGH 3 Ob 117, 118/89 MietSlg 42.046 (Miteigentum); 8 Ob 291/63 EvBl 1964/292;

<sup>414</sup> OGH 8 Ob 291/63 EvBl 1964/292.

<sup>415</sup> OGH 5 Ob 144/61 EvBl 1961/295.

für den Geschäftsführer grundsätzlich vorteilhafteren Regelungen der GoA nicht zur Anwendung gelangen.

Handelt der Geschäftsführer gegen den gültig erklärten Willen des Geschäftsherrn, so verliert der Geschäftsführer alle gemachten Aufwendungen, sofern sie nicht in natura zurückgenommen werden können. Darüber hinaus hat er Schadenersatz einschließlich entgangenen Gewinns zu leisten (§ 1040 ABGB). Der Geschäftsherr muss dabei seinen Willen nicht ausdrücklich erklären, es ist ausreichend, wenn dieses Verbot aus einer schlüssigen Erklärung oder einem sonstigen schlüssigen Verhalten erkennbar war.<sup>416</sup> Die Fälle des § 1040 ABGB fallen allerdings mangels vernünftigen Grundes zu handeln nicht mehr in den Anwendungsbereich des V. Buches. Daher kann der Geschäftsherr allenfalls seine Aufwendungen nach dem VII. Buch zurückverlangen und eventuelle Schäden nach dem VI. Buch ersetzt verlangen, sofern die dafür notwendigen Anspruchsvoraussetzungen, wie Schaden (*legally relevant damage*), Zurechenbarkeit (*accountability*) und Kausalität (*causation*) sind erfüllt.

#### 1.9.6. Nachträgliche Genehmigung

Die nachträgliche Genehmigung (Ratifikation) der Geschäftsführung nach ABGB verfolgt im Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn einen ähnlichen Zweck wie im DCFR, sodass aus einer unerlaubten GoA trotz Unterlassen des Ersuchens um Einwilligung eine erlaubte werden kann.<sup>417</sup> Ebenso kann nach Art V.-1:101 (1) (b) die Genehmigung des Geschäftsherrn eine ungerechtfertigte Geschäftsführung in eine gerechtfertigte verwandeln, da diese den Mangel des Vorliegens eines vernünftigen Grundes für die Geschäftsführung heilen kann, wenn der Geschäftsführer zwar dem Willen des Geschäftsherrn entsprechend gehandelt hat, es aber, obwohl ihm dies möglich und zumutbar war, unterlassen hat, die Zustimmung des Geschäftsherrn einzuholen.<sup>418</sup>

Das ABGB stellt ebenso wie der DCFR nicht auf eine bestimmte Form der Genehmigung ab, sodass diese explizit oder konkludent erfolgen kann, ebenso durch Vorteilszuwendung.<sup>419</sup> Auch für den Zeitpunkt der Genehmigung gibt es keine speziellen Regelungen. Um die Rechtslage zu klären, sollte sie sobald wie möglich ausgesprochen

---

<sup>416</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 907.

<sup>417</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 2.

<sup>418</sup> Siehe 1.4. Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn.

<sup>419</sup> Apahty in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 3.

werden. Der Geschäftsführer hat auf den Vorgang der Genehmigung keinen Einfluss und ist an dessen Rechtsfolgen auch gegen seinen Willen gebunden.<sup>420</sup>

Der genaue Inhalt der Genehmigung ist durch Auslegung zu ermitteln, vor allem um festzustellen, ob es zu einem Vertragsabschluss zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn gekommen ist, ob im Rahmen der Genehmigung auf eventuelle Schadenersatzansprüche verzichtet wurde, oder ob die Voraussetzungen notwendiger oder nützlicher Geschäftsführung zugestanden wurden.<sup>421</sup> Es kann nur die gesamte Geschäftsführung genehmigt werden, sodass auf das gesamte Rechtsverhältnis das Recht der GoA zur Anwendung gelangt.<sup>422</sup>

Da das österreichische Recht zur GoA dem Geschäftsführer, anders als nach Art V.-3:106,<sup>423</sup> keine rechtliche Vertretungsmacht einräumt, besteht die Möglichkeit die Genehmigung mit einer nach § 1016 ABGB zu verbinden, um so den Mangel der Vertretungsmacht zu heilen. Die Geschäftsführung unterfällt damit nicht automatisch rückwirkend dem Auftragsrecht, sondern nur bei entsprechender Vereinbarung.<sup>424</sup>

#### 1.10. Vergleich mit dem Anwendungsbereich der GoA in Deutschland

Dem DCFR in dieser Hinsicht ähnlich stellt die deutsche Regelung zur GoA in den §§ 677 ff BGB<sup>425</sup> alleine auf die Führung eines Geschäftes für einen anderen ab und betont damit ebenfalls den Fremdgeschäftsführungswillen unabhängig vom Vorliegen eines Fremdgeschäfts. Aus diesem Grund soll kurz auf die Rechtslage und wissenschaftliche Diskussion in Deutschland eingegangen werden, um aus diesem Blickwinkel die Regelung im DCFR besser verstehen zu können.

In Deutschland hat sich im Bezug auf den Geschäftsführungsbumpriff der §§ 677 ff BGB ein Theorienstreit darüber entwickelt, ob nicht, auch wenn der Gesetzeswortlaut auf die Geschäftsführungsabsicht abstellt, das objektive Kriterium des Fremdgeschäfts eine Rolle spielt. Maßgeblichen Einfluss hatte *Wollschläger*<sup>426</sup>, der in der von ihm entwickelten „Zuständigkeitstheorie des fremden Geschäfts“ das Kriterium des objektiv fremden Geschäftes betonte. Er hält das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens nicht für

<sup>420</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 895.

<sup>421</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 3.

<sup>422</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 3; OGH 2 Ob 404/67 JBl 1969, 272.

<sup>423</sup> Siehe 6. Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Namen des Geschäftsherrn zu handeln (Art V. – 3:106).

<sup>424</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 3; aA *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 895, wonach eine Genehmigung die Handlung in einen Auftrag verwandelt und Auftragsrecht zur Anwendung gelangt.

<sup>425</sup> § 677 BGB: „Wer ein **Geschäft für einen anderen** besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.“

<sup>426</sup> Die Geschäftsführung ohne Auftrag 52ff.

konstitutiv und lässt die Führung eines objektiv fremden Geschäfts für die Qualifikation einer Handlung als GoA ausreichen.<sup>427</sup> Eine echte GoA liegt demnach vor, wenn das geführte Geschäft einer fremden Rechtssphäre zugeordnet werden kann, weshalb dem Geschäftsherrn der Ersatz der Kosten auferlegt und die Nutzung zuerkannt werden kann.<sup>428</sup>

Im Gegensatz dazu betonen die Vertreter der subjektiven Theorie das Element des Fremdgeschäftsführungswillens als maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines GoA.<sup>429</sup> Diese Richtung wurde vor allem von *Wittmann*<sup>430</sup> geprägt, dessen Ansicht sich auch mit dem Gesetzeswortlaut des § 677 BGB deckt. So vertritt *Wittmann* die Meinung, dass eine Voraussetzung der Geschäftsführungsabsicht das Geschäftsführungsbewusstsein ist, in welchem das Bewusstsein ein fremdes Geschäft zu führen begriffsnotwendig enthalten ist, weshalb es für den Gesetzgeber nicht notwendig war, den Begriff des Fremdgeschäfts in den Wortlaut des § 677 aufzunehmen.<sup>431</sup> In dieselbe Richtung geht auch die Theorie der Menschenhilfe, wonach das Institut der GoA vor allem der Menschenhilfe diene und daher die uneigennützige Hilfeleistung im Vordergrund steht.<sup>432</sup>

Selbst wenn die hL<sup>433</sup> auf die Geschäftsführungsabsicht als zentrales Kriterium der GoA abstellt, erblickt sie darin kein subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern ein objektives, normatives Kriterium, welches Wertungen bedarf und diesen auch zugänglich ist. So ist die Handlung des Geschäftsführers nach ihrem sozialen Zweck zu beurteilen, ob sie eine fremdnützige Interessenwahrung für einen anderen darstellt, oder nicht.<sup>434</sup>

Zur Konkretisierung des Fremdgeschäftsführungswillens vertritt die dRsp<sup>435</sup> einen Mittelweg, weil die subjektive Motivation des Geschäftsherrn in der Praxis schwer eines Beweises zugänglich ist. Man behilft sich in diesem Fall mit einer Art „objektiv-subjektiven Mischtheorie“. Diese sieht vor, dass wenn aus allen Umständen des Falles erkennbar, unabhängig vom Willen des Geschäftsführers, ein fremdes Geschäft (objektiv fremd) geführt

---

<sup>427</sup> *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag 52ff, 72ff; *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 19; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 23ff.

<sup>428</sup> *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag 60ff.

<sup>429</sup> *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 22ff; *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 19; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 31.

<sup>430</sup> Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag (1981).

<sup>431</sup> *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 23.

<sup>432</sup> *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 17.

<sup>433</sup> *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 31; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 26ff.

<sup>434</sup> *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 31; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 26.

<sup>435</sup> BGHZ 143, 9, 14f; BGHZ 140, 102, 109; BGHZ 98, 235, 240; vgl *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 24; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 131.

wird, soll aufgrund dieser Tatsache auf den Fremdgeschäftsführungswillen geschlossen werden können, sodass dieser in einem solchen Fall widerleglich vermutet wird.<sup>436</sup> Im umgekehrten Fall soll bei Führung eines Geschäfts mit Fremdgeschäftsführungswillen (subjektiv fremd), auch bei einem objektiv neutralen Geschäft oder einem objektiven Eigengeschäft ein Fremdgeschäft vermutet werden können.<sup>437</sup> Nach stRsp des BGH<sup>438</sup> kann der für die GoA erforderliche Fremdgeschäftsführungswillen selbst dann noch vorliegen, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig ein eigenes Geschäft führt (sog „Auch-Gestion“, „Auch-fremde“ Geschäfte).<sup>439</sup>

## 1.11. Stellungnahme

### 1.11.1. Überwiegende Begünstigungsabsicht

Vor dem Hintergrund der deutschen Diskussion im Bereich der GoA ist es naheliegend, dass *von Bar*, der wohl der Gruppe der Subjektivisten zugordnet werden kann,<sup>440</sup> darum bemüht war, den Anwendungsbereich des V. Buches des DCFR nach seinen Vorstellungen so zu gestalten, damit diesem Institut möglichst klare Konturen verliehen werden. Er stellt sodann nach deutschen Vorbild auf das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillen als subjektives Merkmal ab und versucht mit weiteren Voraussetzungen, wie dem Erfordernis des vernünftigen Grundes als objektivem Kriterium und der Einschränkung auf die gerechtfertigte GoA, ein Ausufern des Anwendungsbereiches zu verhindern, da auch die Ausweitung des Instituts der GoA auf sog „Auch-fremde“ Geschäfte in der dLehre als problematisch empfunden wird.<sup>441</sup> Die Einschränkung auf die gerechtfertigte GoA und die Betonung der überwiegenden Begünstigungsabsicht stellen die uneigennützige Hilfeleistung in das Zentrum des Instituts der GoA. Allerdings trifft diese idealtypische Vorstellung der GoA nur in verhältnismäßig wenig Fällen zu.<sup>442</sup> In der Praxis relevanter sind Fälle der Erfüllung eigener Pflichten und das Handeln aufgrund eigener Interessen, aus dem sich Regressfragen ergeben können, bei denen mit Hilfe der GoA eine Lösung gesucht wird, wie zB der Regress von Prozesskosten oder Ersatz von

<sup>436</sup> *Schwarz*, JuS 1984, 324; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 26; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 35; BGHZ 40, 28 (31).

<sup>437</sup> *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 26ff; *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 6; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag 35; *Schwarz*, JuS 1984, 324; BGHZ 38, 270.

<sup>438</sup> BGHZ 40, 28; BGHZ 65, 354; BGHZ 54, 157; BGHZ 38, 270.

<sup>439</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 20f; *Schwarz*, JuS 1984, 325.

<sup>440</sup> PEL/v. *Bar*, Ben Int, Introduction, L, 99.

<sup>441</sup> IdS auch *Seiler*, der vorschlägt in den Fällen der sog Auch-fremden Geschäfte die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäftsführungswillen zu verschärfen, *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 20; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 27ff.

<sup>442</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 982f.

Reservehaltungskosten,<sup>443</sup> die dem Modell, das den Verfassern des DCFR offenbar vorschwebte, kaum entsprechen.

Darüber hinaus ist das Vorliegen einer altruistischen Motivation nur schwer eines Beweises zugänglich. Selbst die Judikatur in Deutschland greift zur Feststellung der Geschäftsführungsabsicht auf objektive Kriterien, wie das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts zurück, um diese zu konkretisieren.<sup>444</sup> Damit kann bezweifelt werden, dass mit dem Abstellen auf die überwiegende Begünstigungsabsicht ein für den europäischen Raum praktikables Kriterium gefunden wurde. Auch wenn die dt Lehre in dem Tatbestandsmerkmal der Geschäftsführungsabsicht ein objektiv, normatives Kriterium erblickt, ist eine Anknüpfung daran im Gesetzeswortlaut des Anwendungsbereichs der GoA wohl missverständlich, wie sich an Hand der zahlreichen um den Tatbestand des § 677 BGB rankenden Theorien zeigen lässt.<sup>445</sup> In diesem Zusammenhang interessant ist der Hinweis von *Jansen*<sup>446</sup>, der, geprägt durch die Rsp des BGH, in den *Comments* zu Art V.-1:101 eine derartige „Vermutungslösung“, wie sie der BGH für das Vorliegen der Geschäftsführungsabsicht praktiziert, angedacht sieht. Die altruistische Motivation könnte idS als normatives Tatbestandsmerkmal re-interpretiert werden, womit sie bei bestimmten Fallkonstellationen von Rechts wegen angenommen werden könnte.<sup>447</sup> Dieser Einschätzung kann in Anbetracht der deutschen Rechtslage einiges abgewonnen werden. Das Kriterium der Begünstigungsabsicht wird damit jedoch nicht entlastet.

Angesicht der praktischen Probleme, die sich bereits in Deutschland aus dem Tatbestandsmerkmal der Geschäftsführungsabsicht ergeben haben, wäre es vorteilhafter gewesen, den Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag auf klarer abgrenzbaren Kriterien aufzubauen und das in vielen Rechtsordnungen, wie eben auch in den §§ 1035 ff ABGB, bekannte und historisch seit dem römischen Recht verwendete Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäfts in Art V.-1:101 aufzunehmen. Angesichts der Rsp des BGH ist anzunehmen, dass die Gerichtshöfe in den Mitgliedstaaten zur Konkretisierung

---

<sup>443</sup> Ein empirischer Nachweis dazu für die deutsche höchstgerichtliche Judikatur bis 1976 *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag 28ff. S auch 2.1. Vorhaltekosten und 2.2. Prozesskosten.

<sup>444</sup> S 1.10. Vergleich mit dem Anwendungsbereich der GoA in Deutschland.

<sup>445</sup> Vgl *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 9-41.

<sup>446</sup> ZEuP 2007, 984.

<sup>447</sup> Vgl v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, Illustration 13-16, 2885; wobei *Jansen*, ZEuP 2007, 985 zuzustimmen ist, dass die Erläuterungen den Eindruck hinterlassen, dass je nachdem, ob eine Handlung sozial erwünscht ist oder nicht, eine altruistische Motivation angenommen wird, unabhängig von deren tatsächlichem Vorliegen; dies zeigt sich va am Bsp des Erbensuchers (Illustration 13), dessen Handeln mangels einer überwiegenden Begünstigungsabsicht nicht in den Anwendungsbereich der GoA nach dem V. Buch fällt.

der Begünstigungsabsicht erst recht auf das Vorliegen eines Fremdgeschäfts abstellen oder dieses zumindest in der Beweisführung prüfen würden. In diesem Sinne hätte die *Study Group* Zweifelsfragen und Theorienstreitigkeiten zum Anwendungsbereich der GoA im V. Buch vorwegnehmen oder zumindest entschärfen können. Eine exakte tatbestandliche Einschränkung des Fremdgeschäfts und damit des Anwendungsbereichs der GoA ist nach dem Vorbild der altruistischen Menschenhilfe vor allem wegen ihrer Unbestimmtheit nachwievor schwer möglich.<sup>448</sup> Da an Hand des Kriteriums der Begünstigungsabsicht kaum eine ausreichende Abgrenzung zum Bereicherungs-, Schadenersatz- und Vertragsrecht gefunden werden kann, tritt auch *Jansen*<sup>449</sup> dafür ein, dass der Tatbestand der GoA anders konzipiert werden sollte, indem bspw ein objektives Merkmal wie das Fremdgeschäft eingeführt wird.<sup>450</sup> Andernfalls Regressfragen gänzlich aus dem Anwendungsbereich dieses Instituts ausscheiden sollten.

Auch *Sprau*<sup>451</sup> weist darauf hin, dass ein rein subjektives Erfordernis wie die Begünstigungsabsicht zu praktischen Problemen aufgrund der schwierigen Nachweisbarkeit vor Gericht führen wird, da alleine der Geschäftsführer selbst, als Partei im Prozess, von seinen Motiven weiß, und daher vom Richter wohl auf objektiv beweisbare Tatsachen zurückgegriffen werden muss, von welchen auf den Willen des Geschäftsführers geschlossen werden kann. Es wäre daher für eine Kodifikation auf europäischer Ebene zu empfehlen, dass die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen auch deutlicher in der Bestimmung selbst zum Ausdruck kommen. *Sprau*<sup>452</sup> schlägt daher eine andere Formulierung des Tatbestands der GoA vor, wonach die Regelungen der GoA zur Anwendung gelangen sollen, wenn der Geschäftsführer in die Sphäre des Geschäftsherrn mit der Intention dessen Interessen zu fördern eingreift. Das Interesse des Geschäftsherrn und der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre seien einem Beweis vor Gericht leichter zugänglich als die Motivation des

---

<sup>448</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 17; kritisch zur Theorie der Menschenhilfe auch *Bergmann* in *Staudinger*, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 15ff.

<sup>449</sup> ZEuP 2007, 986; Auch *Sprau*, ERA-Forum 2006, 225 tritt für ein objektives Kriterium ein, sodass eine GoA nur dann vorliegen soll, wenn der Geschäftsführer in die Sphäre des Geschäftsherrn eingreift.

<sup>450</sup> AA *PEL/von Bar*, Ben Int, Introduction, L, 99, der das Kriterium des Fremdgeschäfts ablehnt, da es in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die dieses Tatbestandsmerkmal kennen, zu vielen Diskussionen und Abgrenzungsproblemen gekommen ist und sich diese vermeiden ließen, wenn man dieses Kriterium nicht in den Anwendungsbereich der GoA aufnimmt. Schließlich sei die Tatsache, dass in eine fremde Wirtschaftssphäre eingegriffen worden sei, nichts anderes als ein Indikator für das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht. Dies ist allerdings kein überzeugendes Argument dafür, das Vorliegen eines fremden Geschäfts nicht in den Tatbestand aufzunehmen, va da am Bsp der Rsp des BGH zu sehen ist, dass es zur Konkretisierung der Fremdgeschäftsführungsabsicht notwendig ist, weshalb es sinnvoll ist, dies gleich gesetzlich festzuhalten.

<sup>451</sup> ERA-Forum 2006, 225; zust *Rademacher*, JURA 2008, 93; *Jansen*, ZEuP 2007, 984.

<sup>452</sup> ERA-Forum 2006, 227; zust *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1734f.

Geschäftsführers. Die hinter dem Anwendungsbereich der GoA stehenden Wertungen würden sich damit im Regelungstext widerspiegeln.<sup>453</sup>

Da das Kriterium der Begünstigungsabsicht als subjektives Merkmal schwer eines Beweises zugänglich ist, stellt sich zusätzlich die Frage, ob es nicht ausreichend für die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA sein sollte, wenn zu einem gewissen Teil ein Geschäft mit der Absicht geführt wurde, einen anderen zu begünstigen, da es wohl ungleich schwerer ist nachzuweisen, dass dieser auch überwogen hat.<sup>454</sup> Es scheint nicht ersichtlich, warum ein Überwiegen dieser Begünstigungsabsicht erforderlich sein soll. ME sollte es ausreichend sein, wie nach österreichischer Rechtslage, dass solange bei einer Handlung festgestellt werden kann, zu welchem Anteil eine Leistung für den Geschäftsherrn erbracht worden ist, für diesen Teil der Geschäftsführung die Regelungen über die GoA, vor allem im Bezug auf den Aufwandersatz, anzuwenden sind.<sup>455</sup>

#### 1.11.2. Vernünftiger Grund

Wie bereits näher ausgeführt, ist das Konzept für die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA alleine auf die überwiegende Begünstigungsabsicht abzustellen, in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht herrschend. Um den Tatbestand der GoA mit dem schwer greifbaren, subjektiven Kriterium der überwiegenden Begünstigungsabsicht zu konkretisieren, wurde das Merkmal des vernünftigen Grundes als objektives Kriterium in den Anwendungsbereich des V. Buches aufgenommen. Damit sollen Probleme mit der Handhabung des subjektiven Kriteriums ausgeglichen und Ausuferungen vermieden werden.

Das Konzept des vernünftigen Grundes wurde aus dem niederländischen Recht übernommen.<sup>456</sup> Auch wenn dieses Kriterium unpräzise und weitläufig scheint, sei nach Jansen<sup>457</sup> auch das Kriterium der *utilitas* im römischen Recht kaum präziser gewesen, sodass gegen die Wahl dieses Erfordernisses grundsätzlich nichts einzuwenden sei. Dieser vernünftige Grund kann mit dem Vorliegen eines Notfalls iSd § 1036 ABGB verglichen werden, wonach die Einmischung in fremde Angelegenheiten ausnahmsweise erlaubt ist, um

<sup>453</sup> Sprau, ERA-Forum 2006, 226f; Rudolf in FS 200 Jahre ABGB 1735.

<sup>454</sup> Vgl zur deutschen Rechtslage und dem Fremdgeschäftsführungswillen Rademacher, JURA 2008, 93.

<sup>455</sup> Demnach ist mE auch der Satz in den *Notes*, wo es heißt „*The terms of V.-1:101 seems to be in line with the current state of Austrian law*“ nicht zur Gänze zutreffend, da eben im Bezug auf den Fremdgeschäftsführungswillen sehr wohl ein Unterschied besteht (v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V:1:101, Notes, 42).

<sup>456</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Notes, 72; Art 6:198 Burgerlijke Wetboek: „*Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen.*“

<sup>457</sup> ZEuP 2007, 987.

einen drohenden Schaden vom Geschäftsherrn abzuwenden. Hier ist ebenso wie nach dem DCFR von einer ex-ante Beurteilung der Notwendigkeit vor dem Einschreiten auszugehen, auch wenn sich der Nutzen nachher nicht einstellt. Abgesehen von den gesetzlichen Verpflichtungen zur Hilfeleistung (§ 95 StGB, § 21 Tierärztesgesetz), die die Anwendbarkeit der GoA nicht ausschließen, besteht keine Pflicht zum Einschreiten für den Geschäftsführer. Wurde aber einmal mit der Geschäftsführung begonnen, so kann Aufwandsatz gebühren.<sup>458</sup> Dies entspricht weitgehend dem Konzept des DCFR, sodass Fälle der Notgeschäftsführung iSd § 1036 ABGB auch nach dem DCFR in den Anwendungsbereich der GoA fallen würden.<sup>459</sup>

Die Einschränkung, dass ein vernünftiger Grund für das Einschreiten nur im Notfall vorliegt, kommt allerdings im Text des Art V.-1:101 nicht zum Ausdruck. Es wird nur in Art V.-1:101 (2) eingeschränkt, dass ein vernünftiger Grund dann nicht gegeben ist, wenn die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn widerspricht. Fraglich ist somit, ob auch Fälle einer nützlichen Geschäftsführung nach § 1037 ABGB in den Anwendungsbereich des V. Buches fallen. Dafür ist es notwendig, dass ein vernünftiger Grund iSd Art V.-1:101 vorliegt, wobei dies objektiv ex-ante aus der Sicht einer Maßfigur eines vernünftigen Geschäftsführers zu beurteilen ist.<sup>460</sup> Den *Comments* ist zu entnehmen, dass ein solcher in Notfallsituationen gegeben ist, wobei diese nicht näher definiert werden.<sup>461</sup> Art V.-1:101 (2) (a) sieht vor, dass der Geschäftsführer dann keinen vernünftigen Grund zu handeln hat, wenn er die Möglichkeit gehabt hätte, den Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen, dies aber nicht getan hat. Daraus lässt sich ableiten, dass Fälle, in denen der Geschäftsführer Zeit hatte, die Einwilligung des Geschäftsherrn einzuholen oder anderweitig dessen Willen in Erfahrung zu bringen, in den Anwendungsbereich des V. Buches fallen. Damit muss mE der Begriff des Notfalls nach dem V. Buch des DCFR weiter zu verstehen sein, als jener nach § 1036 ABGB, nach welchem ein Notfall nur dann vorliegt, wenn ein Schaden droht, den der Geschäftsführer verhindern möchte und es ihm nicht möglich ist, dafür rechtzeitig die Einwilligung des Geschäftsherrn einzuholen.<sup>462</sup> Damit können auch Geschäftsbesorgungen, soweit ein Notfall im Rahmen des weiteren Verständnisses des DCFR vorgelegen ist, und die aufgrund ihrer ex-post betrachteten Nützlichkeit für den Geschäftsherrn in den

<sup>458</sup> Zeiller, Commentar ABGB III/1, 318; OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (Größer/Oberhofer) = ÖZW 1997, 14 (Fitz).

<sup>459</sup> Rudolf in FS 200 Jahre ABGB 1738.

<sup>460</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2891.

<sup>461</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2893.

<sup>462</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 897; Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 2; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; OGH 6 Ob 710/84 SZ 57/167.

Anwendungsbereich des § 1037 ABGB fallen würden, eine GoA nach Art V.-1:101 darstellen.<sup>463</sup> Dabei gilt es sich vor Augen zu halten, dass bei der *benevolent intervention in another's affairs* des DCFR nicht zwischen Fällen einer notwendigen und nützlichen Geschäftsführung unterschieden wird, da ein ex-post feststellbarer Erfolg für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen nicht ausschlaggebend ist, wie dies auch schon in den Erläuterungen zu den PELBI betont wird.<sup>464</sup>

An der Aufnahme des Kriteriums des vernünftigen Grundes in den Anwendungsbereich des Art V.-1:101 kritisiert Jansen<sup>465</sup>, dass damit mit der Tradition der *negotiorum gestio* gebrochen wurde, für die es wesentlich war, dass der Geschäftsführer dem wahren Willen und Interesse des Geschäftsherrn getreu gehandelt hat und nicht primär darauf abgestellt wurde, ob ein vernünftiger Geschäftsführer ex-ante objektiv davon ausgehen durfte, dass ein vernünftiger Grund zum Einschreiten vorliegt. Eine solche Objektivierung gibt es traditioneller Weise nur bei der Hilfe in einer Notlage<sup>466</sup>. In allen anderen Fällen ist das tatsächliche Interesse des Geschäftsherrn entscheidend für den Aufwandersatz<sup>467</sup>. Da ein vernünftiger Grund nach Art V.-1:101 auch in Fällen vorliegt, die nicht Hilfleistungen in absoluten Notfällen betreffen, wie § 1036 ABGB, kommt es zu einer Ausweitung dieses objektivierten Sorgfaltsmaßstabs. Dies stelle eine deliktsrechtliche Wertung dar, worauf Jansen<sup>468</sup> zutreffend hinweist, und ist im Institut der *negotiorum gestio* befremdlich. Die *Study Group* nimmt damit allerdings eine geschäftsführerfreundliche Position ein, worin zum Ausdruck kommt, dass zu einer Geschäftsführung in Begünstigungsabsicht motiviert werden soll. Sie steht der Einmischung in fremde Angelegenheiten daher weit positiver gegenüber als das ABGB, welches diese grundsätzlich in § 1035 ABGB ablehnt.

Dies ist allerdings bedenklich, wenn man an die Konsequenzen für den Geschäftsherrn denkt, welcher dann, obwohl er zB sein Haus als Eigentümer zu Recht verfallen lassen möchte, möglicherweise, weil objektiv ein vernünftiger Grund für eine Notreparatur vorgelegen ist, zu einem Aufwandersatz verpflichtet sein könnte. Die Regelung führt damit zu unbilligen Ergebnissen, denn nur weil ein Geschäftsführer schuldlos Aufwendungen tätigt,

<sup>463</sup> IdS wohl auch v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Notes, 76.

<sup>464</sup> PEL/*von Bar*, Ben Int, Introduction, L, 95.

<sup>465</sup> ZEuP 2007, 988.

<sup>466</sup> Vgl § 1036 ABGB; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; *Meissel*, GoA 103ff, der allerdings für die Kostentragung bei einem vermeintlichen Notfall dem Geschäftsherrn zurechenbare Indizien für einen Notfall verlangt; ebenso dem Grunde nach *Stoll* in FG Weitnauer 424, der allerdings für das deutsche Recht eine Lösung im Rahmen der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB vorschlägt.

<sup>467</sup> Vgl § 1037 ABGB; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 2.

<sup>468</sup> ZEuP 2007, 988.

kann darin noch nicht ein Grund gesehen werden, den Geschäftsherrn, der für die konkrete Geschäftsbesorgung keinen Anlass gegeben hat, mit den Kosten zu belasten.<sup>469</sup> Wobei nicht vergessen werden darf, dass es in diesen Fällen vielfach die Möglichkeit geben wird, mit dem Eigentümer Rücksprache zu halten und dies für das Vorliegen eines vernünftigen Grundes nach Art V.-1:101 (2) (a) sogar notwendig ist. Damit verbleibt das Risiko Aufwandersatz leisten zu müssen, obwohl ex-post betrachtet die Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn nicht nützlich war, auf echte Notsituationen beschränkt, bei denen vom Aufwandersatz auch nur provisorische Sicherungsmaßnahmen erfasst sind.<sup>470</sup> Dennoch gelangt man mE mit einer Regelung wie in § 1037 ABGB zu einer gerechteren Lastenverteilung, denn nur dann, wenn eine Geschäftsbesorgung wirklich dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat und er somit durch diese einen konkreten Vorteil erlangt hat, erscheint es gerechtfertigt, ihn auch mit den Kosten der Geschäftsführung zu belasten.

Es kann daher nur für die Haftung des Geschäftsführers darauf ankommen, ob dieser objektiv ex-ante einen vernünftigen Grund zu handeln annehmen durfte, allerdings nicht für den Anspruch auf Aufwandersatz gegenüber dem Geschäftsherrn.<sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> Jansen, ZEuP 2007, 989.

<sup>470</sup> S zum Aufwandersatz näher 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).

<sup>471</sup> Jansen, ZEuP 2007, 990.

## 2. Erfüllung der Pflicht eines anderen (Art V. – 1:102)

*V. – 1:102: Intervention to perform another's duty*

*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.*

Diese Regelung hält einen Sondertatbestand bereit, der das V. Buch für anwendbar erklärt, wenn jemand einschreitet um die Pflicht (*duty*) eines anderen auszuführen, deren Erfüllung auch gegen den Willen des Geschäftsherrn in übergeordnetem öffentlichen Interesse liegt. Für den Handelnden sollen in diesem Fall die für ihn günstigeren Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung gelangen und nicht die des Bereicherungsrechtes.<sup>472</sup> Handelt der Geschäftsführer nun in der Absicht den Geschäftsherrn zu begünstigen, indem er dessen Pflichten erfüllt, kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen das V. Buch schon gem Art V.-1:101 zur Anwendung kommen. Dies ist allerdings dann nicht der Fall, wenn der Geschäftsführer primär mit der Absicht handelt, demjenigen zu helfen, der eigentlich Empfänger der Leistung des Geschäftsherrn sein sollte. In diesem Fall ist die Voraussetzung der überwiegenden Begünstigungsabsicht gegenüber dem Geschäftsherrn nicht erfüllt, da diese gegenüber dem Dritten besteht, sodass keine *benevolent intervention in another's affairs* vorliegen würde. Um dies zu vermeiden, wurde in Art V.-1:102 dieser zusätzliche Tatbestand eingeführt.<sup>473</sup> In dieser Bestimmung wird klargestellt, dass derjenige, dessen Pflicht erfüllt wird, als Geschäftsherr gilt, sodass im Verhältnis zum Geschäftsführer das gesamte V. Buch zur Anwendung gelangt.<sup>474</sup>

Allerdings muss dennoch das Kriterium der Begünstigungsabsicht erfüllt sein, auch wenn nicht unmittelbar in Bezug auf den Geschäftsherrn. Schreitet der Geschäftsführer ein um eigene Interessen zu verwirklichen oder eigene Verpflichtungen zu erfüllen, so stellt diese Handlung auch nach Art V.-1:102 keine GoA dar.<sup>475</sup>

Da es ein Tatbestandsmerkmal des Art V.-1:102 ist, dass der Geschäftsführer aufgrund eines übergeordneten öffentlichen Interesses auch gegen den Willen des Geschäftsherrn

---

<sup>472</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, A, 2950.

<sup>473</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, A, 2950.

<sup>474</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, A, 2950.

<sup>475</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, C, 2953.

handeln darf, muss konsequenterweise der Wille des Geschäftsherrn in diesem Fall nicht im vollen Umfang berücksichtigt werden (Art V.-2:101 (1) (b) und (c)). Damit wird klargestellt, dass der Geschäftsführer rechtmäßig gehandelt hat und es keinen Ersatz nach den Regelungen des Deliktsrechts im VI. Buch geben kann, auch wenn der Geschäftsherr einen entgegenstehenden Willen hatte.<sup>476</sup>

Für diese Bestimmung diente § 679 BGB<sup>477</sup> als Vorlage, sodass im Folgenden für eine bessere Auseinandersetzung mit Art V.-1:102 auch die dt Kommentarliteratur zu dieser Regelung berücksichtigt wird.<sup>478</sup>

## 2.1. Intervention aufgrund übergeordnetem öffentlichen Interesse

Damit eine Handlung unter den Tatbestand des Art V.-1:102 fällt, muss eine Pflicht des Geschäftsherrn erfüllt werden, die in übergeordnetem öffentlichen Interesse liegt. Unter den Begriff *duty* fallen sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Pflichten.<sup>479</sup> *Duty* kann in diesem Fall an den Begriff der Rechtspflicht des § 679 BGB angelehnt werden, wonach diese sowohl öffentlich- als auch privatrechtlicher Natur sein kann. Es kann sich um eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung handeln. Eine rein sittliche Pflicht ist nicht ausreichend.<sup>480</sup>

Welche Handlungen konkret erfasst sind, muss im Einzelfall beurteilt werden und kann nach den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein. Als Grundvoraussetzung für das übergeordnete öffentliche Interesse gilt jedoch, dass die Erfüllung der Pflicht nicht im alleinigen Interesse einer einzelnen Person liegt.<sup>481</sup> Daher wird ein übergeordnetes öffentliches Interesse eher dann anzunehmen sein, wenn es um die Sicherheit anderer geht und weniger in Fällen der reinen Vertragserfüllung.<sup>482</sup> Angelehnt an die Rechtslage in Deutschland muss es sich dabei um ein nach den Umständen besonders starkes und dringendes Interesse handeln, sodass aus deren Nichteerfüllung eine Gefahr für Leib und Leben, die Gesundheit oder auch wichtiger Sachgüter Dritter resultieren könnte. Wobei nach deutschem Recht auch in Fällen, in denen die Geschäftsführung allein zu

<sup>476</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, A., 2950f.

<sup>477</sup> § 679 BGB: „Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.“

<sup>478</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Notes, I, 1.

<sup>479</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, A, 2950.

<sup>480</sup> Seiler in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 3.

<sup>481</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951; vgl auch Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 16.

<sup>482</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951.

Gunsten einer Person das Vorliegen eines öffentlichen Interesses bejaht worden ist, wenn die materielle oder gesundheitliche Existenz eines Menschen gefährdet war, zB bei Krankentransporten.<sup>483</sup> Häufig wird es sich aber grundsätzlich um öffentlich-rechtliche Pflichten handeln, va um solche zur Gefahrenabwehr, deren Erfüllung im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegen.<sup>484</sup>

In den *Comments*<sup>485</sup> wird erläutert, dass die Erfüllung von „*maintenance obligations*“ eines anderen in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt. In den Definitionen im Anhang des DCFR findet sich dieser Begriff nicht. Übersetzt man diesen Begriff ins Deutsche, würde man darunter die Erfüllung von Unterhalts-, Pflegschafts- oder Fürsorgeverpflichtungen verstehen. Als klassisches Beispiel dafür wird von der *Study Group* die Ausrichtung eines Begräbnisses an Stelle der dafür zuständigen Person angeführt.<sup>486</sup> Die Bestreitung der Beerdigungskosten für einen anderen fällt auch nach deutschem Recht unter die Erfüllung von Pflichten eines anderen, die im öffentlichen Interesse liegen.<sup>487</sup> Fraglich ist allerdings, ob auch die Erfüllung von gesetzlichen Unterhaltpflichten eines anderen in den Anwendungsbereich des Art V.-1:102 fällt, denn im Unterschied zu § 679 BGB ist dies nicht extra in den Wortlaut der Bestimmung aufgenommen worden. In Anbetracht der Entstehungsgeschichte des Art V.-1:102, wofür wahrscheinlich ua § 679 BGB als Vorbild gedient hat,<sup>488</sup> könnte aus der Nichterwähnung der gesetzlichen Unterhaltpflichten in Art V.-1:102 geschlossen werden, dass diese von der Bestimmung nicht erfasst sind. Des Weiteren findet sich in den Illustrationen in den *Comments* zu Art V.-1:102 kein Beispiel für die Erfüllung von gesetzlichen Unterhaltpflichten.<sup>489</sup> Dies könnte ebenfalls ein Indiz dafür sein, dass diese nicht erfasst sein sollen. Vom Wortlaut des Art V.-1-102 wäre die Erfüllung von gesetzlichen Unterhaltpflichten allerdings gedeckt und auch in den *Notes*<sup>490</sup> zu dieser Bestimmung findet sich ein Verweis auf eine E des OGH<sup>491</sup>, die das Unterhaltsrecht betrifft, sodass mE auch ohne ausdrückliche Erwähnung der gesetzlichen Unterhaltpflichten in Art V.-1:102 diese vom Anwendungsbereich erfasst sind. Auch *Rudolf*<sup>492</sup> ist der Ansicht, dass

---

<sup>483</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 8.

<sup>484</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 5.

<sup>485</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951.

<sup>486</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951.

<sup>487</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 7.

<sup>488</sup> Vgl v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Notes, 1.

<sup>489</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2952f, vgl Illustration 1-5.

<sup>490</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Notes, II, 12; OGH 6 Ob 544/87 SZ 61/143.

<sup>491</sup> OGH 6 Ob 544/87 SZ 61/143.

<sup>492</sup> in FS 200 Jahre ABGB 1742.

die Erfüllung von fremden Unterhaltspflichten in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt. Dennoch wäre in diesem Punkt eine Klarstellung seitens der *Study Group* wünschenswert.

## 2.2. Fälligkeit der Verpflichtung

Die zu erfüllende Verpflichtung muss fällig sein. Dafür ist nicht ausreichend, dass sie bald fällig werden wird und absehbar ist, dass der Verantwortliche diese nicht erfüllen wird. Für noch nicht fällige Pflichten besteht kein übergeordnetes öffentliches Interesse.<sup>493</sup> Erfüllt der Geschäftsherr eine ihm obliegende Pflicht bei deren Fälligkeit nicht, so darf der Geschäftsführer einschreiten, wenn durch die verspätete oder gar nicht erfolgte Handlung des Verpflichteten das öffentliche Interesse gefährdet wird und durch das Einschreiten des Geschäftsführers diese Gefahr vermieden wird.<sup>494</sup> Das Handeln muss daher auch dringend notwendig sein. Dabei muss eine Situation vorliegen, in der unmittelbares Handeln erforderlich ist, welches grundsätzlich in provisorischen Maßnahmen zur Sicherung bestehen wird.<sup>495</sup> In allen übrigen Fällen darf nicht gegen den Willen des Geschäftsherrn gehandelt werden.

## 2.3. Anwendungsbereich des § 679 BGB

Da § 679 iVm § 683 BGB als Vorbild für die vorliegende Modellregel gedient hat, soll im Folgenden näher auf diese Bestimmungen eingegangen werden, um Art V.-1:102 besser erfassen zu können.

Der Modellfall für den Gesetzgeber bei § 679 BGB war die Bestreitung der dem Geschäftsherrn obliegenden Beerdigungskosten, welcher auch den Verfassern des DCFR primär vorschwebte.<sup>496</sup> Weitere Anwendungsfälle zu § 679 BGB, die auch in den Anwendungsbereich des Art V.-1:102 DCFR fallen, sind, wenn der Geschäftsführer zB anstelle des privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich Verpflichteten eingreift, um den Straßenverkehr vor einstürzenden Häusern, Schneefall oder unbeleuchteten oder unfallgeschädigten Fahrzeugen zu schützen. Ebenso die Bekämpfung von Bränden oder das Niederreißen einer einsturzgefährdeten Giebelmauer.<sup>497</sup> Es können aber auch Maßnahmen zugunsten Einzelter Personen vom Anwendungsbereich erfasst sein. So liegt ein öffentliches

<sup>493</sup> *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951f.

<sup>494</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 6; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 17ff.

<sup>495</sup> *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2952.

<sup>496</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 7; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 1; *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Notes, II, 12.

<sup>497</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 7; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 22; BGHZ 16, 12.

Interesse im Bezug auf eine einzelne Person dann vor, wenn deren materielle oder gesundheitliche Existenz gefährdet ist, also bspw bei Krankentransporten oder Unterhaltszahlungen für Sozialhilfeempfänger anstelle der dafür zuständige Stelle oder der Jugendwohlfahrt, sowie Fälle, in denen die Abwehr von Gefahren, die bei der Benutzung benachbarter Grundstücke im Zuge von Straßenbauarbeiten entstehen.<sup>498</sup>

In § 679 BGB wird zusätzlich im Gesetzestext die Erfüllung von Unterhaltpflichten angeführt, welche auch ohne ausdrückliche Erwähnung vom Anwendungsbereich des DCFR erfasst sein sollen, da die Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltpflichten auch im übergeordneten öffentlichen Interesse liegt. Dies kann aus den in den *Notes* angeführten Verweisen auf Judikatur zum Unterhaltsrecht geschlossen werden.<sup>499</sup>

Liegt die Erfüllung einer fremden Schuld im öffentlichen Interesse, so kann der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen nach § 683 BGB verlangen, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn war. Der Geschäftsführer hat in diesem Sinne einen privilegierten Rückgriffsanspruch gegen den tatsächlich Verpflichteten, der damit endgültig die Kosten aus der Geschäftsführung zu tragen hat.<sup>500</sup> Diese spezielle Regelung für den Aufwandersatz ist notwendig, um dem Geschäftsführer einen Aufwandersatzanspruch gegenüber demjenigen zu gewähren, dessen ursprüngliche Verpflichtung er erfüllt hat, da der Wille des Geschäftsführers in erster Linie darauf gerichtet ist, den Unterhaltsberechtigen zu begünstigen und nicht den Verpflichteten zu entlasten.<sup>501</sup>

#### 2.4. Pendant im österreichischen Recht der GoA?

In den §§ 1035 ff ABGB zur Geschäftsführung ohne Auftrag findet sich keine Art V.-1:102 weitgehend entsprechende Regelung, denn grundsätzlich ist die GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn verboten (§ 1040 ABGB). Am ehesten kann diese Regelung mit § 1042 ABGB verglichen werden. Danach steht jemandem, der für einen anderen einen Aufwand betrieben hat, den letzterer nach dem Gesetz selbst hätte tätigen müssen, ein Aufwandersatzanspruch zu. Nach hA zählt § 1042 ABGB allerdings nicht zum Recht der

<sup>498</sup> Seiler in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 679 Rz 8; Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 23; BGHZ 33, 251, 256.

<sup>499</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Notes, II, 12; OGH 6 Ob 544/87 SZ 61/143.

<sup>500</sup> Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, § 679 Rz 6.

<sup>501</sup> Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 186.

GoA, sondern zum Bereicherungsrecht, wobei es sich um einen Unterfall des Verwendungsanspruchs handelt.<sup>502</sup>

Ebenso wie nach Art V.-1:102 und § 679 BGB kann es sich beim Anspruch nach § 1042 ABGB um die Erfüllung einer privat- oder öffentlich-rechtlichen Pflicht handeln.<sup>503</sup> Nach hA genügt jede vom Gesetz anerkannte Verpflichtung, wovon auch vertragliche Pflichten erfasst sind.<sup>504</sup> Allerdings ist es nach § 1042 ABGB nicht erforderlich, dass die Erfüllung der Pflicht eines anderen im übergeordneten öffentlichen Interesse liegt. Dies ergibt sich schon aus der Natur des Bereicherungsanspruchs, der alleine auf die Tatsache der Vermögensverschiebung abstellt, unabhängig davon, ob der Eingriff gerechtfertigt war.

Ein Anspruch nach § 1042 ABGB kann dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Einschreiter mit Schenkungsabsicht gehandelt hat, die Vermögensverschiebung aus anderen Gründen gerechtfertigt war oder im Gesetz gesondert geregelt ist, sodass § 1042 ABGB nur subsidiär zur Anwendung kommt.<sup>505</sup> Gleiches gilt bezüglich Art V.-1:102.

Damit haben § 1042 ABGB und Art V.-1:102 grundsätzlich unterschiedliche Tatbestandsmerkmale. Die Anwendungsbereiche können sich aber ausnahmsweise überschneiden, wenn es sich zB um die Erfüllung gesetzlicher Unterhaltpflichten handelt. Auch das Paradebeispiel des Art V.-1:102, der Ersatz der Begräbniskosten,<sup>506</sup> fällt in den Anwendungsbereich des § 1042 ABGB, sodass demjenigen, der anstelle der Erben das Begräbnis bestreitet, einen Ersatz gegen letztere zusteht (§ 1042 iVm § 549 ABGB).<sup>507</sup>

Da § 1042 ABGB nach hM zum Bereicherungsrecht zählt, stellt sich die Frage wie sich diese Bestimmung zum Recht der GoA verhält. Grundsätzlich ist § 1042 ABGB subsidiär zur GoA. Da es aber unterschiedliche Rechtsfolgenvoraussetzungen für beide Bestimmungen gibt, kann es in Einzelfällen zu Abgrenzungsproblemen kommen. So sind die §§ 1035 ff ABGB nur bei Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillen anwendbar, während dieser für § 1042 ABGB keine Voraussetzung darstellt, da hier auf die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht eines anderen abgestellt wird. Aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche vertritt *Rummel* die Ansicht, dass zB bei Zahlung fremder Schulden in Geschäftsführungsabsicht § 1042 ABGB neben der GoA anwendbar ist, da eine Abgrenzung

<sup>502</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 923f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 290; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1042 Rz 1; *Meissel*, GoA 49ff; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1042 Rz 1; aA *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 1.

<sup>503</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 928; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1042 Rz 6.

<sup>504</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 4f.

<sup>505</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1042 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 6; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1042 Rz 4.

<sup>506</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951.

<sup>507</sup> *Welser* in Rummel<sup>3</sup> § 549 Rz 5.

bei Zahlung fremder Schulden ohne Schenkungsabsicht oft unmöglich sein dürfte.<sup>508</sup> Bei der Zahlung fremder Schulden stellt sich dieses Abgrenzungsproblem zum Bereicherungsrecht im DCFR wohl nicht, da die Erfüllung vertraglicher Pflichten nur in seltenen Fällen in übergeordnetem öffentlichen Interesse liegt und somit Art V.-1:102 nicht anwendbar ist.<sup>509</sup>

---

<sup>508</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1042 Rz 1; aA Meissel, GoA 52f.

<sup>509</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, 2951.

### 3. Ausnahmen (Art V. – 1:103)

*V. – 1:103: Exclusions*

*This Book does not apply where the intervener:*

- (a) *is authorised to act under a contractual or other obligation to the principal;*
- (b) *is authorised, other than under this Book, to act independently of the principal's consent;*  
*or*
- (c) *is under an obligation to a third party to act.*

Trotz Erfüllung der Voraussetzungen der Art V.-1:101 oder V.-1:102 kommt das V. Buch dennoch nicht zur Anwendung, wenn (a) der Geschäftsführer aufgrund einer vertraglichen oder einer anderen Pflicht dem Geschäftsherrn gegenüber zu handeln berechtigt ist, (b) er aufgrund einer Befugnis außerhalb des V. Buches berechtigt ist, unabhängig von der Zustimmung des Geschäftsherrn zu handeln, oder (c) wenn er einem Dritten gegenüber zu handeln verpflichtet ist. Die GoA gelangt daher nur subsidiär auf jene außervertraglichen Schuldverhältnisse zur Anwendung, für die es keine spezielleren Regelungen gibt.<sup>510</sup>

#### 3.1. Vertragliche oder andere privatrechtliche Pflicht

Die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag kommen dann nicht zur Anwendung, wenn der „Geschäftsführer“ aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder einer anderen privatrechtlichen Pflicht gegenüber dem „Geschäftsherrn“ zur Handlung berechtigt oder verpflichtet ist.<sup>511</sup> Rein moralische Verpflichtungen sind von dieser Ausnahme nicht erfasst.<sup>512</sup> Besteht ein vertragliches Verhältnis zwischen zwei Parteien können die Regelungen der *benovolent intervention in another's affairs* erst dort greifen, wo die vertraglichen Pflichten enden.<sup>513</sup> Vor allem in jenen Fällen, in denen der Geschäftsführer den Geschäftsherrn vor Ausführung der Geschäftsbesorgung kontaktiert und der Geschäftsherr mit diesem einen Vertrag abschließt, ist genau zu prüfen, wann genau dieser Vertrag zustande gekommen ist, da ab diesem Zeitpunkt die Regelungen über den spezifischen Vertrag anwendbar und allenfalls für den Zeitraum vor Vertragsabschluss die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag relevant sind.<sup>514</sup>

---

<sup>510</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, B, 2963.

<sup>511</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, A, 2963.

<sup>512</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, B, 2966.

<sup>513</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, B, 2964.

<sup>514</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, B, 2964f.

Da es nach Ansicht der Verfasser des DCFR für die Ausnahme nach Art V.-1:101 (a) nur entscheidend ist, ob der Geschäftsführer aus privatrechtlichen Gründen zu einer Handlung verpflichtet war,<sup>515</sup> schließt die öffentlich-rechtliche Pflicht Erste Hilfe (vgl § 95 StGB) zu leisten, die in vielen europäischen Rechtsordnungen als strafrechtliches Unterlassungsdelikt konzipiert ist und neben der für bestimmte Berufsgruppen wie Ärzte geltenden berufsrechtlichen Pflicht erste Hilfe zu leisten besteht, die Anwendbarkeit der Regelungen des V. Buches nicht aus. Spiegelbildlich gelangen die Regelungen zur GoA allerdings auch dann nicht zur Anwendung, wenn jemand aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung (bspw Feuerwehr, Polizei) zum Handeln ermächtigt ist. In diesen Fällen richten sich auch die Fragen eines möglichen Kostenersatzes nicht nach dem V. Buch oder anderen Bestimmungen des DCFR, da dieser alleine im Bereich des Privatrechts anwendbar ist, sondern nach den einschlägigen Bestimmungen der Mitgliedstaaten.<sup>516</sup>

### 3.2. Befugnis auf Basis einer anderen Rechtsgrundlage

Art V.-1:103 (b) schließt die Anwendbarkeit der Regelungen des V. Buches für Fälle aus, in denen der Geschäftsführer aus einem anderen Rechtsgrund, als einem nach dem V. Buch (Art V.-1:102), zum Handeln auch gegen den Willen des Geschäftsherrn ermächtigt ist. Entscheidend ist, ob jemand zur Besorgung dieser Angelegenheit gegenüber einer anderen Person aus irgendeinem Rechtsgrund auch gegen dessen Willen ermächtigt ist oder dessen rechtlichen Willen überhaupt erst bildet. Diese Tatsache schließt die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen den betroffenen Parteien aus.<sup>517</sup>

Diese Ausnahme betrifft vor allem Fälle des Sachwalterschaftsrechts und der familiären Obsorge. Natürlich können diese Fälle auch schon von Art V.-1:103 (a) erfasst sein, sind sie es allerdings nicht, so greift Art V.-1:103 (b).<sup>518</sup> Auch nach österreichischem Recht kommt die GoA nicht zur Anwendung, wenn jemand aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung, zB elterliche Obsorgepflichten, oder aufgrund einer Gerichtsentscheidung, wie dies bei einer Sachwalterbestellung der Fall ist, handelt. Diese Fälle würden daher ebenfalls nach Art V.-1:103 (b) vom Anwendungsbereich des V. Buches ausgenommen sein, da die Eltern oder ein bestellter Sachwalter für die Kinder bzw die unter Sachwalterschaft stehende

<sup>515</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, B, 2967; vgl auch v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:102, Comments, B, Illustration 3, 2952; v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, D, Illustration 13, 2971.

<sup>516</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, C, 2968; PEL/v. Bar, Ben Int, Introduction, L, 86.

<sup>517</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, C, 2967.

<sup>518</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, C, 2967f.

Person auch gegen ihren Willen handeln können, da sie deren rechtlichen Willen erst stellvertretend bilden. Bei einer Ermächtigung oder Verpflichtung nach Art V.-1:103 (a) darf nicht gegen den Willen der betroffenen Person gehandelt werden.

In diesem Zusammenhang gilt wiederrum, dass diese Ausnahme nur privatrechtliche Bestimmungen, betrifft. Sachverhalte, in denen Polizei, Feuerwehr oder andere öffentliche Kräfte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einschreiten, fallen nicht in den Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs*, da dies öffentlich-rechtlich Verpflichtungen sind.<sup>519</sup>

### 3.3. Erfüllung einer Pflicht gegenüber einer anderen Partei

In den meisten Fällen, in denen jemand aufgrund eines Vertrages mit einem Dritten oder aus einem anderen Verpflichtungsgrund gegenüber diesem für den „Geschäftsherrn“ tätig wird, geschieht dies mit der Absicht die Verpflichtung dem Dritten gegenüber zu erfüllen. Hier fehlt es an der Absicht überwiegend den „Geschäftsherrn“ zu begünstigen und daher liegt keine Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen dem „Geschäftsführer“ und dem „Geschäftsherrn“ vor. Allerdings sind Situationen denkbar, in denen zwar eine vertragliche Pflicht zum Handeln gegenüber dem Geschäftsherrn aufgrund eines Vertrages mit einem Dritten besteht, der Geschäftsführer aber dennoch in der überwiegenden Absicht handelt den Geschäftsherrn mit seinem Einschreiten zu begünstigen. Daher stellt Art V.-1:103 (c) klar, dass auch trotz Begünstigungsabsicht bei einer vertraglichen oder anderen Verpflichtung gegenüber einem Dritten keine *benevolent intervention in another's affairs* vorliegt.<sup>520</sup> Nicht erfasst sind wiederrum Pflichten, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben.<sup>521</sup>

### 3.4. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Art V.-1:103 entspricht auch der Rechtslage in Österreich, wonach die Regelungen zur GoA gemäß § 1035 ABGB subsidiär anwendbar sind, wenn jemand „weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch vom Gerichte, noch aus dem Gesetze die Befugnis erhalten hat“, sich in die Geschäfte eines anderen einzumengen.

Auch aus § 1035 ABGB ergibt sich bereits, dass jemand, der aufgrund irgendeiner vertraglichen oder andern Verpflichtung eine Handlung ausführt, keine fremdes Geschäft führt, sondern im Interesse eine eigene Verpflichtung zu erfüllen tätig wird. Ein und dieselbe

<sup>519</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, C, 2968.

<sup>520</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, D, 2969.

<sup>521</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:103, Comments, D, 2971.

Leistung kann nicht gleichzeitig im Auftrag einer und als Geschäftsführung ohne Auftrag für eine andere Person erbracht werden.<sup>522</sup>

Darüber hinaus sind bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der GoA trotz gesetzlicher Pflicht zur Hilfeleistung die Regelungen der GoA ebenso anwendbar wie nach dem V. Buch des DCFR.<sup>523</sup>

Auch nach österreichischem Recht sind Fälle, in denen Organe der Polizei, Feuerwehr oder andere öffentliche Kräfte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einschreiten, öffentlich-rechtlicher Natur, sodass in Fällen, in denen es einen spezifischen verwaltungsrechtlichen Anspruch gibt und Verwaltungsorgane innerhalb ihres Aufgabenbereichs tätig werden, die Regelungen der GoA nicht anwendbar sind.<sup>524</sup> Zu beachten ist allerdings, dass es in bestimmten Fällen abhängig vom Normzweck der Verpflichtung des Geschäftsführers zu einer analogen Anwendung der Regelungen der §§ 1035 ff ABGB kommen kann, so bspw nach den Landes-FeuerwehrG.<sup>525</sup>

### 3.5. Stellungnahme

Diese Bestimmung rundet den Anwendungsbereich der GoA nach dem V. Buch ab, indem festgehalten wird, dass diese Regelungen nur subsidiär zur Anwendung gelangen, wenn es für das Handeln einer Person, die in die Angelegenheiten eines anderen eingreift, keinen anderen Rechtsgrund, sei es aus Vertrag oder einer anderen privatrechtlichen Bestimmung, gibt. ME ist allerdings dieser Ausnahmetatbestand etwas umständlich formuliert. Die Verfasser des DCFR hätten sich für diese Modellregelung auch an § 1035 ABGB orientieren können. Etwas umformuliert hätte man zu demselben Ergebnis gelangen können, nämlich dass die Regelungen der GoA erst dann zur Anwendung gelangen, wenn jemand weder „ausdrücklich oder stillschweigend durch Vertrag, noch vom Gerichte, noch

---

<sup>522</sup> Meissel, GoA 75; OGH 3 Ob 649 EvBl 1955/134; RIS-Justiz RS0019765.

<sup>523</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113 = JBI 1998, 114; So schließen § 95 StGB und § 21 Tierärztesgesetz die Anwendbarkeit der Regelungen zur GoA nicht aus. Vgl OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (Grömer/Oberhofer) = ÖZW 1997, 14 (Fitz); Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 7; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; für eine direkte Anwendbarkeit Meissel, GoA 74; Fitz, Risikozurechnung 40, 119.

<sup>524</sup> Vgl OGH 3 Ob 776/52 SZ 26/35. Der Magistrat hat Sprengungen nach der WrBauO durchgeführt. Die daraus resultierenden Kosten können nicht nach § 1042 ABGB ersetzt verlangt werden, selbst dann nicht, wenn der öffentlich-rechtliche Kostenersatz im konkreten Fall verneint wird, da dies an der öffentlich-rechtlichen Natur des Anspruchs nichts ändert.

<sup>525</sup> LGZ Wien 17.11.1985, 45 R 574/85 MietSlg 37.096; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 7; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; für eine direkte Anwendbarkeit Meissel, GoA 74; Fitz, Risikozurechnung 40, 119; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4.

aus dem Gesetze die Befugnis erhalten hat“, sich in die Geschäfte eines anderen einzumengen.

Darüber hinaus ist mE die Unterscheidung zwischen den Ausnahmetatbeständen Art V.-1:103 (a) und (b) nicht notwendig, da es ausreichend ist festzuhalten, dass die Regelung des V. Buches dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn jemand aufgrund eines Vertrages oder einer anderen privatrechtlichen Regelung ermächtigt oder verpflichtet ist zu handeln. Eine zusätzliche Unterscheidung, dass jene Regelungen, die es jemanden erlauben auch gegen den Willen eines anderen tätig zu werden, auch vom Anwendungsbereich ausgenommen sind, ist mE mehr verwirrend als nützlich, da diese auch problemlos unter den Terminus der privatrechtlichen Verpflichtungen oder Ermächtigungen des Art V.-1:103 (a) subsumiert werden könnten.

Ebenso wäre es möglich in Art V.-1:103 (a) auf jegliche vertragliche Verpflichtung abzustellen und nicht nur auf jene, die gegenüber dem „Geschäftsherrn“ bestehen. Damit wäre die Ausnahme des Art V.-1:103 (c) ebenfalls erfasst.

Auch *Sprau*<sup>526</sup> sieht die Formulierung des Ausnahmetatbestandes kritisch, vor allem Art V.-1:103 (b), da sie die Worte „*is authorised, other than under this book*“ für missverständlich hält und es vorziehen würde, den Anwendungsbereich der GoA mit positiven anstelle von negativen Kriterien zur formulieren. ME dienen die Worte „*is authorised, other than under this book*“ lediglich dazu, klarzustellen, dass nur jene Bestimmungen, die jemanden ermächtigen auch gegen den Willen eines anderen zu handeln und sich nicht im V. Buch finden, vom Anwendungsbereich ausgenommen sind, da es mit Art V.-1:102 im Recht der GoA selbst eine Bestimmung gibt, die das V. Buch für anwendbar erklärt, selbst dann, wenn der Geschäftsführer gegen den Willen des Geschäftsherrn eine in übergeordnetem öffentlichen Interesse liegende Pflicht des Geschäftsherrn erfüllt. Darüber hinaus führt auch die Negativformulierung des Anwendungsbereichs zu keinen Ergebnissen, die sich nicht auch mit einer positiven Formulierung erreichen ließen. Gerade auch im österreichischen Recht, welches mit einer solchen Gesetzesteknik im Bereich des § 1035 ABGB arbeitet, haben sich aufgrund dessen noch keine Abgrenzungsprobleme abgezeichnet.

Ohne diese Bestimmung inhaltlich zu verändern, könnte ein gekürzter und übersichtlicherer Tatbestand folgendermaßen lauten: „*V.-1:103 Exclusions: This Book does*

---

<sup>526</sup> ERA-Forum 2006, 226.

## Benevolent Intervention in Another's Affairs

*not apply where the intervener is authorised or obliged to act under a contractual obligation or other private law obligation.“*

## C. Pflichten des Geschäftsführers (Kapitel 2)

### 1. Allgemeines

Das 2. Kapitel der *benevolent intervention in another's affairs* regelt die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn. Im diesem Zusammenhang ist zwischen der Phase während der Geschäftsführung (Art V.-2:101 (*Duties during intervention*), V.-2:102 (*Reparation for damage caused by breach of duty*)) und jener danach (Art V.-2:103 *Obligations after intervention*) zu unterscheiden. Auffallend ist bereits an den Überschriften dieser Bestimmungen, dass in der englischsprachigen Originalfassung zwischen *duty* und *obligation* unterschieden wird, woraus unterschiedliche Rechtsfolgen und Rechtsmittel im Falle der Pflichtverletzung resultieren.

Im Anhang des DCFR finden sich Definitionen, die sowohl den Begriff *duty*<sup>527</sup> als auch *obligation*<sup>528</sup> näher erläutern. *Duty* ist von beiden der umfassendere Begriff. Dabei handelt es sich um Verpflichtungen, zu deren Erfüllung jemand verbunden ist oder deren Erfüllung aufgrund von anerkannten Verkehrs- oder Verhaltenspflichten zu erwarten ist. Es muss sich aber nicht um eine Verpflichtung gegenüber einem bestimmten Gläubiger handeln. Diese muss auch nicht zwingend Teil eines Rechtsverhältnisses sein. Darüber hinaus wird nicht die Verletzung jeder *duty* sanktioniert, sondern nur dann, wenn eine eigene Regelung dies vorsieht. Im Unterschied dazu ist eine *obligation* eine Verpflichtung gegenüber einer bestimmten Person aus einem Rechtsverhältnis. Dabei kann es sich sowohl um vertragliche als auch um gesetzliche Pflichten handeln, wobei die Verletzung einer *obligation* immer Sanktionen nach sich zieht (Art III.-3:101 ff *remedies for non-performance*). Somit ist jede *obligation* eine *duty*, aber nicht jede *duty* eine *obligation*.

Wird eine Verpflichtung (*duty*) während der Geschäftsführung verletzt, so steht dem Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer erst im Falle eines daraus resultierenden Schadens ein Rechtsbehelf zu. Verletzt der Geschäftsführer allerdings nach abgeschlossener Geschäftsführung eine seiner Pflichten (*obligation*), so hat der Geschäftsherr ein Rechtsmittel gegen die Nichterfüllung (*remedy for non-performance of an obligation*), womit er die Ausführung einer speziellen Handlung durchsetzen kann.<sup>529</sup> Auf diesem Weg kann er

<sup>527</sup> *Duty: A person has a “duty” to do something if the person is bound to do it or expected to do it according to an applicable normative standard of conduct. A duty may or may not be owed to a specific creditor. A duty is not necessarily an aspect of a legal relationship. There is not necessarily a sanction for breach of duty. All obligations are duties, but not all duties are obligations.*

<sup>528</sup> *Obligation: An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor (III.-1:101 (1)).*

<sup>529</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, A, 2987. 104

gegenüber dem Geschäftsführer zB Rechnungslegung und die Herausgabe der erlangten Vorteile begehen. Wobei natürlich das Rechtsmittel gegen die Nichterfüllung an die begünstigende Natur der GoA angepasst ist.<sup>530</sup>

---

<sup>530</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, A, 2987; Wie diese Anpassungen genau ausgestaltet sind, lässt sich aus dem Regelungstext nicht erkennen. Selbst in den *Comments* zu Art V.-2:103 finden sich keine näheren Erklärungen. Es ist aber wohl beim Umfang der Ersatzpflicht die Motivation des Geschäftsführers zu berücksichtigen. Vgl 3. Pflichten nach Abschluss der Geschäftsführung (Art V. – 2:103).

## 2. Pflichten während der Geschäftsführung (Art V. – 2:101)

*V. – 2:101: Duties during intervention*

*(1) During the intervention, the intervener must:*

- (a) act with reasonable care;*
- (b) except in relation to a principal within V. – 1:102 (Intervention to perform another's duty), act in a manner which the intervener knows or can reasonably be expected to assume accords with the principal's wishes; and*
- (c) so far as possible and reasonable, inform the principal about the intervention and seek the principal's consent to further acts.*

*(2) The intervention may not be discontinued without good reason.*

Art V.-2:101 regelt die Pflichten des Geschäftsführers während der Geschäftsführung. Er hat dabei mit angemessener Sorgfalt und, abgesehen von einer Geschäftsführung nach Art V.-1:102, in Übereinstimmung mit dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn zu handeln. Darüber hinaus ist der Geschäftsherr über die Geschäftsführung zu informieren und sofern dies möglich ist, seine Zustimmung zu weiterführenden Maßnahmen einzuholen. Des Weiteren darf die Geschäftsführung nicht ohne guten Grund abgebrochen werden, sodass den Geschäftsführer eine Fortsetzungspflicht trifft (Art V.-2:101 (2)).

### 1.1. Angemessene Sorgfalt

Der Geschäftsführer hat bei der Geschäftsbesorgung mit angemessener Sorgfalt vorzugehen. Ob diese Pflicht erfüllt wurde, ist anhand der konkreten Situation und den persönlichen Fähigkeiten des Geschäftsführers zu beurteilen, sodass einen Geschäftsführer, für den die Tätigkeit in den beruflichen Aufgabenbereich fällt, eine höhere Sorgfaltspflicht trifft, als Personen, für die das nicht der Fall ist. Als Ausgleich dafür hat ersterer das Recht auf eine Entlohnung (Art V.-3:102).<sup>531</sup>

In den *Comments* wird zur Konkretisierung dieses Sorgfaltmaßstabs auf die Fahrlässigkeitsdefinition des Deliktsrechts verwiesen (Art VI.-3:102).<sup>532</sup> Damit fließen deliktsrechtliche Wertungen in das Recht der GoA ein. Dies ist an dieser Stelle durchaus sinnvoll, denn folgt aus der Nichteinhaltung der Sorgfaltspflichten ein Schaden, so

<sup>531</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, B, 2989.

<sup>532</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, B, 2989.

hat der Geschäftsführer diesen nur zu ersetzen, wenn ihm die Verursachung desselben auch subjektiv vorgeworfen werden kann. Insofern müssen die Wertungen des V. und des VI. Buches in diesem Punkt parallel verlaufen.

### 1.2. Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn

Zur Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs dient der Wille des Geschäftsherrn. Auch wenn die Verfasser des DCFR den Geschäftsführer grundsätzlich zum Einschreiten ermutigen wollen, muss der Geschäftsherr vor übereilten Eingriffen in seine Rechtssphäre geschützt werden, weshalb der Einschreiter sorgfältig in Übereinstimmung mit dem wahren Willen des Geschäftsherrn zu handeln hat. Dieser muss bei der *benevolent intervention in another's affairs* im Vordergrund stehen, anderenfalls die Geschäftsführung ungewollte, negative Rechtsfolgen für den Geschäftsherrn hat, die sehr weitreichend sein können, wenn man die Regelungen zu Aufwandsatz und Vergütung betrachtet.

Nur wenn dieser Wille nicht bekannt ist und auch nicht rechtzeitig in Erfahrung gebracht werden kann, darf der Geschäftsführer sich daran orientieren, was objektiv betrachtet, dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen würde.<sup>533</sup> Sollte der Geschäftsführer spezielle Informationen über die Vorstellungen und Wünsche des Geschäftsherrn haben, so hat er dieses Wissen selbstverständlich beim Einschreiten zu berücksichtigen.<sup>534</sup>

Dies gilt allerdings nur für die Fälle des Art V.-1:101, denn auf Basis des Art V.-1:102 ist eine Geschäftsführung ausnahmsweise auch gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn möglich und erlaubt, wenn diese aus übergeordnetem öffentlichen Interesse erforderlich ist. Auf andere Verpflichtungen des Geschäftsführers hat dies keinen Einfluss.<sup>535</sup>

### 1.3. Informationspflicht

Der Geschäftsführer hat schon vor Beginn der Geschäftsführung die Pflicht, den Geschäftsherrn zu kontaktieren, um sein Einverständnis zu einer Maßnahme einzuholen soweit dies möglich ist. Allerdings besteht diese Pflicht nicht nur zu Beginn der Geschäftsführung, sondern auch währenddessen und danach.<sup>536</sup> Vor allem dann, wenn es dem Geschäftsführer nicht möglich war, den Geschäftsherrn vor der Geschäftsführung zu

---

<sup>533</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, C, 2990.

<sup>534</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, C, 2990.

<sup>535</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, C, 2990.

<sup>536</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, D, 2990f.

erreichen, geht die Informationspflicht über den Anfangszeitraum hinaus. Sofern sich die Umstände ändern, kann eine neuerliche Kontaktaufnahme notwendig werden.<sup>537</sup>

Der genaue Inhalt und Umfang der Information hängt vom Einzelfall ab. Grundsätzlich ist der Geschäftsherr über die konkrete Situation und die daraus resultierende Gefahr, sowie über die getätigten oder zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen aufzuklären. Darüber hinaus muss dem Geschäftsherrn die Möglichkeit eingeräumt werden, dem Geschäftsführer eine weitere Geschäftsbesorgung zu untersagen.<sup>538</sup>

Die Information des Geschäftsherrn kann für sich alleine schon eine GoA darstellen, wenn alle weiteren Maßnahmen in der Folge vom Geschäftsherrn selbst erledigt werden können. Sind in einem solchen Fall Kosten durch die Kontaktaufnahme entstanden, so kann für diese Aufwandsatz begehrt werden.<sup>539</sup>

#### 1.4. Fortsetzungspflicht

Gemäß Art V.-2:101 (2) darf die Geschäftsführung nicht ohne guten Grund abgebrochen werden. Dies dient dazu, dass der Geschäftsführer, wenn er mit der Geschäftsführung begonnen hat, diese nicht beliebig beenden kann, da dies dem Geschäftsherrn zum Nachteil gereichen könnte. Darüber hinaus soll der Geschäftsherr vor ungestümen Eingriffen in seine Sphäre geschützt werden.<sup>540</sup> Die Pflicht zur Fortführung reicht aber nicht soweit, als dass der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn ähnlich wie aus einer vertraglichen Verpflichtung zum Management fremder Angelegenheiten verpflichtet ist, und der Geschäftsherr dies sogar mit Klage durchsetzen könnte, da es sich eben um eine *duty* und keine *obligation not to discontinue* handelt.

Der Geschäftsführer ist nicht verpflichtet weitere Maßnahmen vorzunehmen, die über das Notwendigste, wie zB eine provisorische Absicherung einer gefährlichen Stelle, hinausgehen. Der Geschäftsherr hat aus diesem Buch keinen Anspruch gegen den Geschäftsführer auf darüberhinausgehende fortführende Handlungen. Möglich ist natürlich eine Vereinbarung zur Weiterführung auf vertraglicher Basis. Auf dieses Rechtsverhältnis wären die Regelungen des V. Buches dann jedoch nicht mehr anwendbar.<sup>541</sup>

---

<sup>537</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, D, 2991.

<sup>538</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, D, 2991.

<sup>539</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, D, 2991.

<sup>540</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992.

<sup>541</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, D, 2991.

Liegt ein guter Grund zur Beendigung der Geschäftsführungsmaßnahme vor, so ist der Geschäftsführer zur Beendigung berechtigt.<sup>542</sup> Art V.-2:101 (2) enthält keine exemplarische Auflistung an Beendigungsgründen. Grundsätzlich können aber den *Comments*<sup>543</sup> folgende Gründe entnommen werden:

Der Geschäftsführer hat einen guten Grund die Geschäftsführung zu beenden, wenn er vernünftigerweise annehmen darf, dass der Geschäftsherr selbstständig die notwendigen Maßnahmen weiterführen wird, vor allem dann, wenn er darüber informiert wurde.<sup>544</sup> Hat der Geschäftsherr sich ausdrücklich gegen eine weitere Geschäftsführung ausgesprochen, so stellt dies selbstverständlich einen guten Grund für die Beendigung der Geschäftsführung dar. Ebenso, wenn angenommen werden kann, dass eine Weiterführung der Maßnahme dem Willen des Geschäftsführers nicht entsprechen würde<sup>545</sup> oder das Ziel der Geschäftsbesorgung erreicht ist.<sup>546</sup>

Ein weiterer Grund die Geschäftsführung zu beenden, liegt vor, wenn sich herausstellt, dass eine Weiterführung der Maßnahmen unvernünftig und nicht angemessen wäre.<sup>547</sup> Hier ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Geschäftsherrn (zB das Ausmaß der Gefahr für den Geschäftsherrn, wenn die Maßnahme nicht fortgesetzt wird) und jenen des Geschäftsführers (zB die Geschäftsführung aufgrund der daraus resultierenden Gefahren, anderer Verpflichtungen, oder der bereits dafür aufgewendeten Zeit zu beenden) vorzunehmen. Es ist danach zu fragen, ob ein vernünftiger Geschäftsführer in derselben Situation noch mehr unternommen hätte oder nicht.<sup>548</sup> Im Zuge dieser Interessenabwägung ist eine mögliche Eigengefährdung des Geschäftsherrn besonders stark zu berücksichtigen, sodass in einem solchen Fall ein vernünftiger Grund für einen Abbruch der Geschäftsführung gegeben ist. Bei professionellen Rettungskräften, wie Feuerwehr, Polizei oder Bergrettung, wird wohl die Grenze für eine unzumutbare Eigengefährdung höher liegen als bei einem Laien als Geschäftsführer in einer Notsituation.

Natürlich ist die Geschäftsführung auch dann abzubrechen, wenn sich nach den ersten Versuchen herausstellt, dass die getroffenen Maßnahmen nutzlos sind und nicht zur

---

<sup>542</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992.

<sup>543</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992f.

<sup>544</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992.

<sup>545</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992.

<sup>546</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992.

<sup>547</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2993.

<sup>548</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2993.

Beseitigung der Gefahr beitragen.<sup>549</sup> In einer solchen Situation kann es allerdings verlangt sein, Dritte für die Lösung des Problems oder zur Sicherung einer Gefahrenstelle zu beauftragen.<sup>550</sup>

### 1.5. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

#### 1.5.1. Fortsetzungspflicht und angemessene Sorgfalt

§ 1039 ABGB sieht vor, dass jemand, der ein fremdes Geschäft auf sich genommen hat, dieses bis zur Vollendung fortsetzen muss und gleich einem Bevollmächtigten genaue Rechnung darüber abzulegen hat. Nach der hL gilt diese Fortsetzungspflicht allerdings nur für die nützliche Geschäftsführung nach § 1037 ABGB, für unnütze oder verbotene Geschäfte kommt diese Pflicht nicht zur Anwendung.<sup>551</sup>

Für die Notgeschäftsführung kann es bereits aufgrund des § 1312 ABGB keine solche Verpflichtung des Geschäftsführers geben, da jemand, der im Notfall einschreitet, nicht schadenersatzpflichtig für Schäden ist, die er nicht verhindern konnte. Dies gilt abgesehen von dem Fall, dass er einen anderen schuldhaft von einer erfolgversprechenderen Geschäftsbesorgung abgehalten hat.<sup>552</sup> In einer Notsituation kann sich eine Fortsetzungspflicht ausnahmsweise aber aus einem Schutzgesetz wie § 95 StGB ergeben, wonach eine unterlassene Hilfeleistung strafbar ist.<sup>553</sup>

Im Bezug auf die Pflicht mit angemessener Sorgfalt zu handeln, kann aus dem Wortlaut des § 1036 ABGB „wenngleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist“ abgeleitet werden, dass der Geschäftsführer auch im Falle einer Notgeschäftsführung mit einer für diese Situation angemessenen Sorgfalt vorzugehen hat, anderenfalls er für einen schuldhaft verursachten Schaden haftet. Damit trifft auch den Notgeschäftsführer eine Art V.-2:101 (1) (a) entsprechende Sorgfaltspflicht.

Fraglich ist, welchen genauen Inhalt die Fortsetzungspflicht nach § 1039 ABGB hat. Zwei Varianten wären dabei denkbar. Einerseits kann damit eine Sorgfaltspflicht idS gemeint sein, dass, wenn aus deren Nichtbeachtung dem Geschäftsherr Schäden resultieren, der Geschäftsführer bei schuldhafter Verletzung seiner Pflicht schadenersatzpflichtig wird.

<sup>549</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2993.

<sup>550</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2993.

<sup>551</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 5; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 16; Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1039 Rz 1, Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 2; Meissel, GoA 154; aA Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 905; v. Schey in FS Zitelmann 16.

<sup>552</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 2; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 16; Meissel, GoA 154; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 395; aA v. Schey in FS Zitelmann 16; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 905.

<sup>553</sup> Meissel, GoA 155.

Andererseits kann aus dem Wortlaut der Bestimmung auch eine positive Leistungspflicht abgeleitet werden, die es dem Geschäftsherrn sogar erlauben würde, ähnlich wie bei einem Vertragsverhältnis, den Geschäftsführer auf Erfüllung zu klagen.<sup>554</sup> Wie allerdings *Meissel*<sup>555</sup> zutreffend festgestellt hat, ist letztere Ansicht durchaus problematisch, da eine solche Rechtsfolge in der Regel nur aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung vorgesehen ist und ein solches Rechtsgeschäft bei der GoA eben nicht vorliegt. Darüber hinaus trägt der Geschäftsführer im Falle des § 1037 ABGB ja bereits das Erfolgsrisiko, weil er seine Aufwendungen nur ersetzt verlangen kann, soweit diese zum überwiegenden Vorteil für den Geschäftsherrn waren. So stellt *Meissel*<sup>556</sup> provokant die Frage, „derjenige, der das ungewisse Erfolgsrisiko trägt, soll rechtlich gezwungen sein, den von ihm – noch dazu idR rechtswidrig – eingeschlagenen Weg bis zum möglicherweise bitteren Ende fortzusetzen?“ Diese im Ende auf eine Schadensmaximierungspflicht herauslaufende Ansicht könne dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden. Daher sei die Fortsetzungspflicht des § 1039 ABGB als eine Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers zu verstehen, sodass der Geschäftsführer, wenn er schon unzulässiger Weise in die Geschäfte eines anderen eingreift, durch eine Unterbrechung seiner Tätigkeit den Schaden nicht noch vergrößern darf.<sup>557</sup> Mit dem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre trifft den Geschäftsführer damit eine Sorgfartsverbindlichkeit gegenüber den Rechtsgütern des Geschäftsherrn.<sup>558</sup> Resultieren aus deren schuldhafter Verletzung Schäden beim Geschäftsherrn, so kann er diese im Falle des § 1037 ABGB nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1293 ff ABGB ersetzt verlangen.

Im Ergebnis ist die Rechtslage nach Art V.-2:101 gleich.<sup>559</sup> Den Geschäftsführer trifft ebenfalls, diesmal explizit, die Pflicht, mit angemessener Sorgfalt bei der Geschäftsbesorgung vorzugehen und er hat die Geschäftsführung nicht ohne einen guten Grund abzubrechen. Ebenso ist wohl auch § 1039 ABGB zu verstehen, denn wenn aus dem Abbruch der Geschäftsführung ein Schaden für den Geschäftsherrn resultiert, so ist die Geschäftsführung fortzusetzen, womit kein guter Grund für eine Beendigung der Tätigkeit gegeben ist. Auch wenn man eine solche Verpflichtung aus der allgemeinen Sorgfartsverbindlichkeit des Geschäftsherrn nach Art V.-2:101 (1) (a) ableiten könnte, ist es doch sinnvoll, an dieser Stelle (Art V.-2:101 (2)) dies auch ausdrücklich vorzuschreiben. Betrachtet man die in den

---

<sup>554</sup> So v. *Schey* in FS Zitelmann 17.

<sup>555</sup> GoA 157.

<sup>556</sup> GoA 162.

<sup>557</sup> *Meissel*, GoA 162; zust *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 2; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 395.

<sup>558</sup> *Meissel*, GoA 163.

<sup>559</sup> Ebenso *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1743.

*Comments*<sup>560</sup> angeführten Beendigungsgründe, so dürfte die Fortsetzungspflicht auch inhaltlich nicht über das hinausgehen, was nach § 1039 ABGB vom Geschäftsführer verlangt wird.

Die Fortsetzungspflicht ist auch nach dem DCFR nicht als positive Leistungspflicht, ausgestaltet, wie bei einer vertraglichen Pflicht, sondern der Geschäftsherr hat, da diese nach der englischsprachigen Originalfassung eine sog *duty* darstellt, bei deren Nichtbeachtung gegen den Geschäftsführer nur dann einen Schadenersatzanspruch, wenn aus der Verletzung von Art V.-2:101 (2) ein Schaden resultiert. Nichterfüllungsschäden können daher nicht eingefordert werden. Ebenso verhält es sich bei der Pflicht mit angemessener Sorgfalt vorzugehen. Selbst wenn der Geschäftsführer nicht mit angemessener Sorgfalt vorgeht, dem Geschäftsherrn daraus aber kein Schaden resultiert, hat er gegenüber dem Geschäftsführer keinen vertraglichen Pflichten entsprechenden Anspruch darauf, dass der Geschäftsführer die Maßnahme neuerlich, diesmal entsprechend seinen Wünschen ausführt.<sup>561</sup> Diese Norm dient daher dazu, den Umfang der Pflichten (*duties*) des Geschäftsführers während der Geschäftsführung zu konkretisieren, um aufbauend darauf dem Geschäftsherrn einen Schadenersatzanspruch (Art V.-2:102) zu gewähren, wenn ihm der Geschäftsführer aufgrund einer subjektiv vorwerfbaren Verletzung einer *duty* einen Schaden zugefügt hat. Der Geschäftsherr ist damit nur solange zur Fortsetzung verpflichtet, solange es keinen guten Grund für die Beendigung der Geschäftsführung gibt.<sup>562</sup> Dafür ist es nicht ausreichend, dass der Geschäftsführer das Interesse an der Geschäftsführung verloren hat.<sup>563</sup>

Nach ABGB trifft die Fortsetzungspflicht nur vollgeschäftsfähige Geschäftsführer.<sup>564</sup> Im DCFR findet sich diese Einschränkung nicht. Dennoch wird den Geschäftsunfähigen keine Fortsetzungspflicht treffen, da dieser mangels Deliktsfähigkeit auch nicht für Schäden bei Verletzung dieser Pflicht zur Haftung herangezogen werden könnte.

*Sprau*<sup>565</sup> kritisiert die Konzeption der Fortsetzungspflicht des Art V.-2:101 (2), da sie aus der derzeitigen Formulierung der Modellregelung ableitet, dass den Geschäftsführer die Beweispflicht im Bezug darauf trifft, ob es einen guten Grund zur Beendigung der Geschäftsführung gab, und es bevorzugen würde, wenn der Geschäftsherr zu beweisen hätte, dass ein solcher nicht vorlag. Fraglich ist, ob eine Umformulierung dieser Regelung zu einer

<sup>560</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992f.

<sup>561</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, A, 2987.

<sup>562</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2992f.

<sup>563</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:101, Comments, E, 2994

<sup>564</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4.

<sup>565</sup> ERA-Forum 2006, 229.

interessengerechteren Lösung führen würde. Wenn sich aber der Geschäftsführer freiwillig dazu entschieden hat in die Rechtssphäre eines anderen einzutreten, so soll er zumindest nur dann mit dieser Tätigkeit aufhören, wenn der Abbruch nicht noch in einem Schaden für den Geschäftsherrn resultiert. Daher kann man an der Formulierung dieser Bestimmung festgehalten werden, da dies zu keinen unbilligen Ergebnissen führt.

### 1.5.2. Informationspflicht

Nach den §§ 1035 ff ABGB herrscht der Grundsatz, dass sich jemand, der sich der Angelegenheiten eines anderen annehmen möchte, um die Einwilligung dieser Person zu bemühen hat. Daraus wird abgeleitet, dass der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn eine Pflicht hat, diesen von der Geschäftsbesorgung zu benachrichtigen. Verletzt der Geschäftsführer diese Pflicht und resultiert daraus dem Geschäftsherrn ein Schaden, so kann er nach den §§ 1293 ff ABGB zum Ersatz verpflichtet sein.<sup>566</sup> Damit herrscht in diesem Punkt ein Gleichlauf zwischen Art V.-2:101 (1) (c) und §§ 1035 ff ABGB.

### 1.5.3. Wille des Geschäftsherrn

Nach Art V.-2:101 (1) (b) hat der Geschäftsführer in Übereinstimmung mit dem wahren Willen des Geschäftsherrn zu handeln. Dies entspricht der Rechtslage nach ABGB, wonach der Geschäftsführer ebenfalls verpflichtet ist, in Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn zu handeln. Dies ergibt sich einerseits aus dem Grundsatz, dass die GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn verboten ist (§ 1035 ABGB), und kann andererseits daraus geschlossen werden, dass der Geschäftsführer sich nach § 1037 ABGB im Falle einer nützlichen Geschäftsführung primär um das Einverständnis des Geschäftsherrn zu bemühen hat, bevor er mit dieser beginnt. Auch im Falle einer Notgeschäftsführung nach § 1036 ABGB hat der Geschäftsführer diesen Grundsatz zu beachten und das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert.<sup>567</sup> Zu beachten ist, dass für den Fall der Notgeschäftsführung, wenn keine Möglichkeit besteht, den Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen, der Geschäftsführer nach den objektiven Gegebenheiten des Einzelfalls aufgrund des mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn handeln kann. In einer solchen Situation gelangt § 1036 ABGB selbst dann zur Anwendung, wenn der tatsächliche Wille davon abweicht.

---

<sup>566</sup> *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 5; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 395; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 5; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 905.

<sup>567</sup> OGH 1 Ob 584/82 JBI 1984, 256; *Meissel*, GoA 118f; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 11.

Dieser objektivierte Maßstab sollte allerdings nur ausnahmsweise in Notfallsituationen zum Tragen kommen. In allen anderen Fällen ist der wahre Wille des Geschäftsherrn entscheidend.

Da der DCFR im Anwendungsbereich der GoA nicht zwischen notwendiger und nützlicher GoA differenziert, ist diese Unterscheidung bezüglich eines objektivierten Maßstabes nur bei Notgeschäftsführung Art V.-2:101 (1) (b) unbekannt. Im Ergebnis dürfte dies allerdings mE keinen Unterschied machen, da dem Geschäftsführer die Pflicht obliegt, den wahren Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen und danach zu handeln. Nach dem mutmaßlichen Willen darf der Geschäftsführer daher auch im DCFR nur dann handeln, wenn die Maßnahme so dringend notwendig ist, dass nicht auf die Einwilligung des Geschäftsherrn gewartet werden kann. Dies entspricht wiederum § 1036 ABGB.

## 2. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung (Art V. – 2:102)

*V. – 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty*

- (1) *The intervener is liable to make reparation to the principal for damage caused by breach of a duty set out in this Chapter if the damage resulted from a risk which the intervener created, increased or intentionally perpetuated.*
- (2) *The intervener's liability is reduced or excluded in so far as this is fair and reasonable, having regard to, among other things, the intervener's reasons for acting.*
- (3) *An intervener who at the time of intervening lacks full legal capacity is liable to make reparation only in so far as that intervener is also liable to make reparation under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).*

Nach Art V.-2:102 hat der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn für Schäden zu haften, die er durch eine Verletzung seiner Pflichten nach dem 2. Kapitel verursacht hat, wenn der Schaden aus einem Risiko resultiert, dass der Geschäftsführer geschaffen oder vergrößert hat. Ebenso wenn er seiner Fortführungspflicht verletzt hat. Dieser Schadenersatzanspruch kann aus Gründen der Billigkeit gemäßigt werden, wobei va die altruistische Motivation des Geschäftsführers zu berücksichtigen ist. Des Weiteren kann natürlich nur ein nach dem VI. Buch auch deliktfähiger Geschäftsführer schadenersatzpflichtig werden.

### 2.1. Allgemeines

Im VI. Buch über deliktischen Schadenersatz findet sich eine Grundregel, die besagt, dass jemand, der vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen einen rechtlich relevanten Schaden zufügt, diesen zu ersetzen hat (Art VI.-1:101). Wird dieser Schaden allerdings im Rahmen einer rechtmäßigen GoA ohne Verletzung der Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers zugefügt, so hält Art VI.-5:202 (2) für diesen Fall einen Rechtfertigungsgrund bereit. Liegt von vornherein keine rechtmäßige Geschäftsführung vor, so haftet der Geschäftsführer für Schäden nach dem VI. Buch.

Verletzt der Geschäftsführer allerdings vorsätzlich oder fahrlässig im Rahmen einer rechtmäßigen Geschäftsführung seine Pflichten und fügt er dem Geschäftsherrn dadurch einen

rechtlich relevanten Schaden zu, so führt dies nicht zu einer Haftung nach dem VI. Buch, sondern es gelangt Art V.-2:102 als GoA-spezifische Anspruchsgrundlage zur Anwendung.<sup>568</sup>

Den *Comments* zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass es sich hierbei weder um einen vertraglichen, noch um einen deliktischen Schadenersatzanspruch handelt, sondern um einen Anspruch eigener Art nach dem Recht der GoA.<sup>569</sup> Dies lässt sich aus dem Regelungstext selbst schwer ableiten. Im VI. Buch, das den deliktischen Schadenersatz regelt, sucht man vergeblich nach einer einschlägigen Bestimmung, die jegliche Schäden, die im Rahmen einer rechtmäßigen GoA entstanden sind, von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Es findet sich lediglich ein Rechtfertigungsgrund für den Fall, dass im Rahmen einer rechtmäßigen GoA ohne Sorgfaltswiderruf dennoch ein Schaden entstanden ist (Art VI.-5:202 (2)). Es stellt sich die Frage, warum im VI. Buch über den Schadenersatz in Art VI.-5:202 (2) ein eigener Rechtfertigungsgrund geschaffen wurde. Aus der Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes könnte man schließen, dass das VI. Buch grundsätzlich auf sonstige Fälle der GoA anwendbar ist, bei denen dem Geschäftsherrn während einer rechtmäßigen GoA durch eine Sorgfaltswiderruf ein Schaden zugefügt wurde und Art V.-2:102 lediglich dazu dient den Haftungsumfang zu beschränken und die besonderen Umstände der GoA bei der Bemessung des Anspruchs zu berücksichtigen. Dies wird in den *Comments*<sup>570</sup> allerdings explizit verneint, sodass Art V-2:102 eine GoA-spezifische schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlage darstellt, die in Fällen der rechtmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung gelangt. Dennoch wäre an dieser Stelle eine Klarstellung durch die Verfasser des DCFR in den Modellregelungen wünschenswert gewesen.

Auch wenn es sich bei Art V.-2:102 um einen GoA-spezifischen Schadenersatzanspruch handelt, ist die grundsätzliche Systematik des außervertraglichen Schadenersatzrechtes des VI. Buches, welches nach österreichischer Terminologie als deliktischer Schadenersatz bezeichnet werden würde,<sup>571</sup> zu beachten um systematische und wertungsmäßige Widersprüche zu vermeiden. Darüber hinaus wird auch in den *Comments* zu

---

<sup>568</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, A, 3006. Für den entsprechenden Anspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn auf Ersatz von Schäden, die im Zuge der Geschäftsführung entstanden sind, siehe 3. Anspruch auf Schadenersatz (Art V.-3:103).

<sup>569</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, A, 3006.

<sup>570</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, A, 3006.

<sup>571</sup> Die *Study Group* vermeidet diesen Ausdruck bewusst. Sie bevorzugt einen beschreibenden Ausdruck wie *non-contractual liability arising out of damage*, da die Begriffe „*tort*“ und „*Delikt*“ von den nationalen Rechtsordnungen sehr geprägt seien, um in diesem Zusammenhang ein ausreichendes Äquivalent anzubieten. v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, VI.-1:101, Comments, A, 3083f.

dieser Bestimmung immer wieder auf das VI. Buch verwiesen.<sup>572</sup> Grundsätzlich bedient sich der DCFR zur Bestimmung eines solchen Anspruchs eines anderen Systems, als es in der österreichischen Rechtsordnung nach den §§ 1293 ff ABGB entwickelt wurde. Nach Art VI.-1:101, der Basisnorm für jeglichen außervertraglichen Schadenersatzanspruch, ist zuerst zu fragen, ob ein rechtlich relevanter Schaden (*legally relevant damage*) vorliegt. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Verursachung des Schadens jemandem zugerechnet werden kann, der sich auf irgendeine Art schuldhaft verhalten hat, oder dem aufgrund eines Gefährdungshaftungstatbestandes, der Schaden zugerechnet werden kann (*ground of accountability*). Zuletzt ist zu prüfen, ob eine Handlung oder Unterlassung kausal für den Schaden war (*causation*).

Für einen Schadenersatzanspruch nach Art V.-2:102 ist es notwendig, dass der Geschäftsführer im Zuge der Geschäftsführung durch die schuldhafte Verletzung einer Sorgfaltspflicht dem Geschäftsherrn einen rechtlich relevanten Schaden zugefügt hat. Im Folgenden sollen daher die Voraussetzungen für diesen Anspruch näher betrachtet werden und in die allgemeine Schadenersatzsystematik integriert werden.

### 2.2. Schaden (*Legally relevant damage*)

Der Begriff des Schadens umfasst sowohl materielle als auch immaterielle Schäden. Dies steht sowohl mit dem Schadensbegriff des VI. Buches<sup>573</sup> als auch mit dem des vertraglichen Schadenersatzes<sup>574</sup> im Einklang.<sup>575</sup> Der Schaden muss allerdings immer im Zuge einer an sich rechtmäßigen Geschäftsführung iSd Art V.-1:101 oder Art V.-1:102 entstanden sein.

### 2.3. Zurechnung (*Accountability*)

Für eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn ist es entscheidend, dass dieser im Rahmen einer rechtmäßigen GoA eine Sorgfaltspflicht des Art V.-2:101 verletzt hat, weshalb der Geschäftsherr einen Schaden erlitten hat. Die objektive Sorgfaltsvorlesung muss dem Geschäftsführer auch noch subjektiv vorwerfbar sein. Er muss im Falle der Schaffung oder Vergrößerung eines Gefahrenrisikos zumindest fahrlässig gehandelt haben. Für den dritten Tatbestand des Abbruchs der Geschäftsführung zur Unzeit

<sup>572</sup> Vgl zB v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3008; E, 3009.

<sup>573</sup> Vgl Art VI.-2:101 Abs 1 (*Meaning of legally relevant damage*): “*Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if [...].*”

<sup>574</sup> Vgl Art III.-3:701 Abs 3 (*Right to damages*): “*Loss includes economic and non-economic loss.*”

<sup>575</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, A, 3006.

ist dies allerdings nicht ausreichend. Hier muss die Geschäftsführung zumindest mit bedingtem Vorsatz abgebrochen worden sein. Dies folgt aus der Formulierung „*intentionally perpetuated*“. An dieser Stelle kann auf die Definition des Begriffs „*Intention*“ in Art VI.-3:101 zurückgegriffen werden,<sup>576</sup> wonach zumindest bedingter Vorsatz vorliegen muss.

#### 2.4. Kausalität (*Causation*)

Die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers setzt voraus, dass seine Handlung bzw sein Unterlassen eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht (Art V.-2:101) darstellt, die kausal für den entstandenen Schaden war. Der Geschäftsführer muss daher eine bereits bestehende Gefahr vergrößert, eine neue geschaffen oder vorsätzlich ein Risiko aufrechterhalten haben („*intentionally perpetuated*“).<sup>577</sup>

Die ersten beiden Tatbestände sind selbsterklärend, lediglich der dritte ist erläuterungsbedürftig. Den *Comments* zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass davon Fälle erfasst sein sollen, in denen der Geschäftsführer die Geschäftsführung zur Unzeit beendet hat, wenn also die Fortführungspflicht des Art V.-2:101 (2) verletzt wurde und damit das Schadensrisiko aufrecht erhalten wurde.<sup>578</sup> Nach der Absicht der *Study Group* sollte von der Formulierung „*intentionally perpetuated*“ nur der Fall der Verletzung der Fortsetzungspflicht erfasst werden.<sup>579</sup> Warum dies nicht gleich in den Wortlaut der Bestimmung geflossen ist, bleibt offen. Es wäre für ein besseres Verständnis der Bestimmung förderlich gewesen.

Der Geschäftsführer haftet daher nach dieser Bestimmung nur für die Verwirklichung von Risiken, die er selbst geschaffen oder erhöht hat. Wenn er eine schon in Gang gesetzte Kausalkette nicht unterbricht, obwohl dies vielleicht ein vernünftiger Geschäftsführer an seiner Stelle getan hätte, führt dies nicht zu seiner Haftung.<sup>580</sup> Der Geschäftsführer haftet nicht für ein Risiko, aus dem ohne seine Pflichtverletzung ebenso ein Schaden für den Geschäftsherrn entstanden wäre, sondern nur dann, wenn er das Risiko, das zum

---

<sup>576</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3008.

<sup>577</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3006.

<sup>578</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3007.

<sup>579</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3007.

<sup>580</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3007; vgl. § 1312 ABGB.

Schadenseintritt führte, beeinflusst hat und sich dieses spezielle Risiko auch verwirklicht hat.<sup>581</sup>

## 2.5. Haftungsumfang

Art V.-2:102 (2) enthält eine Regelung zur Beschränkung bis hin zum gänzlichen Entfall der Haftung des Geschäftsführers unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dieser freiwillig und in Begünstigungsabsicht gehandelt hat. Dies soll im Rahmen eines flexiblen „Fairness-Tests“ berücksichtigt werden, für den keine normativen Kriterien vorgegeben wurden.<sup>582</sup> Es bleibt somit dem Richter überlassen über die konkrete Ersatzpflicht zu entscheiden. Dies ermöglicht die von den Verfassern angestrebte größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit,<sup>583</sup> führt auf der anderen Seite aber auch zu Rechtsunsicherheiten.

Aus den *Comments* ist aber immerhin ableitbar, dass die Minderung oder der gänzliche Entfall einer Haftung des Geschäftsführers für Fälle der Notgeschäftsführung geschaffen wurde, da der Geschäftsführer dabei aus besonders hehren Absichten tätig geworden ist und die Angst vor einer Haftung den Ersthelfer nicht vom Einschreiten abhalten soll.<sup>584</sup>

## 2.6. Beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer

Fügt eine beschränkt geschäftsfähige Person im Rahmen ihrer Geschäftsführung dem Geschäftsherrn einen Schaden zu, so regelt Art V.-2:102 (3), dass ein solcher Geschäftsführer nur dann ersatzpflichtig ist, wenn er dies auch nach den allgemeinen Regelungen des VI. Buches wäre. In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des Art VI.-3:103 (*Persons under eighteen*) einschlägig.<sup>585</sup> Da es sich bei dem Schadenersatzanspruch nach Art V.-2:102 um einen eigenen GoA-spezifischen handelt, war es notwendig im Bezug auf die Deliktsfähigkeit extra auf das VI. Buch zu verweisen, da sonst unklar geblieben wäre, ob die Einschränkungen in Hinsicht auf die mangelnde Deliktsfähigkeit von Personen, die sich eben im VI. Buch befinden, auch im Bereich der GoA analog anzuwenden wären.

---

<sup>581</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, B, 3007.

<sup>582</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, D, 3009.

<sup>583</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, D, 3009.

<sup>584</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, D, 3009.

<sup>585</sup> Siehe 1.8. Geschäfts- und Deliktsfähigkeit: v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Comments, E, 3009.

## 2.7. Rechtslage in Österreich

In den §§ 1035 ff ABGB findet sich keine eigene Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer, der ersterem im Rahmen der Geschäftsbesorgung aufgrund der Verletzung von Sorgfaltspflichten einen Schaden zufügt. Dieser richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB. Da im Rahmen der Verschuldenshaftung ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers vorliegen muss, das für den entstandenen Schaden kausal war, ist für die weitere Untersuchung an dieser Stelle zwischen der GoA im Notfall, einer nützlichen GoA und jener gegen den Willen des Geschäftsherrn zu unterscheiden.

### 2.7.1. GoA im Notfall (§ 1036 ABGB)

Nach hA stellt die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall einen erlaubten Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar, sodass die Tatsache des Eingriffs an sich, solange die Handlungen des Geschäftsführers zur Schadensabwehr notwendig und zweckmäßig sind, nicht rechtswidrig ist.<sup>586</sup> Dies ergibt sich trotz der Anordnung des § 1035 ABGB, dass jegliche „Anmaßung“ eines fremden Geschäfts unzulässig ist, va aus §§ 1311 und 1312 ABGB. Gemäß § 1311 Satz 2 Fall 3 ABGB haftet jemand, der „sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt“ hat, „für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre“. Daraus kann *e contrario* geschlossen werden, dass der Geschäftsführer, der im Notfall einschreitet um eine drohende Gefahr vom Geschäftsherrn oder einem seiner Güter abzuwenden, nicht für einen zufällig verursachten Schaden haftet.<sup>587</sup> Der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre im Notfall ist daher an sich nicht rechtswidrig, verursacht der Geschäftsführer allerdings aufgrund eines Sorgfaltsvorstoßes im Zuge der Geschäftsbesorgung einen Schaden, der bei ordnungsgemäßem Verhalten nicht entstanden wäre, so haftet er dafür.<sup>588</sup> § 1311 ABGB schließt daher eine Haftung des Geschäftsführers für schuldhaft verursachte Schäden gegenüber dem Geschäftsherrn nicht aus. Allerdings kommt im Falle einer Notgeschäftsführung der strengere Sorgfaltsmäßigstab des § 1299 ABGB nicht zur Anwendung, wenn der nichtsachverständige Geschäftsführer eine Tätigkeit ausübt, die besondere Kenntnisse verlangt.<sup>589</sup>

<sup>586</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 18; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 2; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 7; *derselbe* in Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/96; *Meissel*, GoA 112ff; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 898; *v. Schey* in FS Zitelmann 21; OGH 3 Ob 549/81 EvBl 1982/83.

<sup>587</sup> *Meissel*, GoA 113.

<sup>588</sup> *Meissel*, GoA 114; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 896, 898.

<sup>589</sup> *Meissel*, GoA 139f.

Darüber hinaus haftet der Notgeschäftsführer nicht für einen nicht verhüteten Schaden, es sei denn, er hat einen anderen, der zur Schadensabwehr besser geeignet wäre, von der Geschäftsführung schuldhaft abgehalten (§ 1312 ABGB). Aus diesem Grund trifft ihn auch keine Fortsetzungspflicht nach § 1039 ABGB.<sup>590</sup> In diesem Fall kommt es allerdings zu einer Vorteilsanrechnung, sodass der Geschäftsführer den sicher verschafften Nutzen gegenüber dem Schaden in Rechnung bringen kann (§ 1312 ABGB).<sup>591</sup>

Ist der Geschäftsführer allerdings in dem Glauben tätig geworden, dass es sich um einen Notfall handelt und ist ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen, so trifft ihn keine Haftung nach den §§ 1035, 1038, 1311 ABGB, wobei dies nach *Meissel*<sup>592</sup> nur dann gilt, wenn der Geschäftsherr zumindest den Anschein eines Notfalls in zurechenbarer Weise verursacht hat.<sup>593</sup>

Ob im Falle einer Notgeschäftsführung die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zur Anwendung gelangt, ist strittig. Nach *Reischauer* greift die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB mangels Erfolgsverbindlichkeit nicht.<sup>594</sup> *Meissel* ist wohl anderer Ansicht, da er aufgrund von bestehenden Schutz- und Sorgfaltspflichten zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer von einer der culpa in contrahendo ähnlichen Sonderrechtsbeziehung ausgeht und in weiterer Folge bei einer Sonderrechtsbeziehung die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB bejaht.<sup>595</sup> Der OGH äußerte sich zuletzt zur Frage, ob es im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu einer Beweislastumkehr kommt, negativ, doch handelte es sich im konkreten Fall nicht um eine GoA nach § 1036 ABGB.<sup>596</sup> Allerdings hat er in einer davor ergangenen Entscheidung ausgesprochen, dass § 1298 ABGB bei der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung kommt.<sup>597</sup>

Auch der DCFR sieht keine expliziten Regelungen zur Beweislast in diesem Fall vor, sodass nach allgemeinen Grundsätzen der Geschäftsherr alle für den Anspruch notwendigen

---

<sup>590</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 8 und § 1039 Rz 1.

<sup>591</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 18.

<sup>592</sup> GoA 101f.

<sup>593</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 19; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1.

<sup>594</sup> *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1298 Rz 13; ebenso *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 3, der allerdings bei GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn eine Anwendung des § 1298 ABGB befürwortet; vgl. *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1040 Rz 4; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 18.

<sup>595</sup> *Meissel*, GoA 147ff, 151; von einer Sonderbeziehung spricht auch *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1040 Rz 4, der daher die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB befürwortet.

<sup>596</sup> OGH 6 Ob 299/62 SZ 35/130.

<sup>597</sup> OGH 2 Ob273/51; vgl. *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 896.

Voraussetzungen zu beweisen hat. Dies gilt wohl auch nach überwiegender Ansicht in Österreich.<sup>598</sup>

### 2.7.2. Nützliche GoA (§ 1037 ABGB)

Gemäß § 1035 iVm § 1311 ABGB hat sich der Geschäftsführer, abgesehen von einem Notfall nach § 1036 ABGB, um die Einwilligung des Geschäftsherrn zu bemühen, bevor er sich in fremde Geschäfte einmischt. Greift er dennoch in eine fremde Rechtssphäre ein, so handelt er nach hA<sup>599</sup> auch dann rechtswidrig, wenn die Geschäftsbesorgung ex-post zum überwiegenden Vorteil für den Geschäftsherrn war.

Wie *Meissel* aufgezeigt hat, sind aber auch Konstellationen bei einer nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag denkbar, in denen der Geschäftsführer nicht rechtswidrig handelt, da bereits aus der Art der Handlung erkennbar ist, dass diese für den Geschäftsherrn keine negativen Folgen haben kann, wie bspw die Annahme einer Schenkung im Namen des Geschäftsherrn oder die Zahlung einer Schuld des Geschäftsherrn ohne seine Zustimmung aber mit jener des Gläubigers.<sup>600</sup> Für *Meissel* ergibt sich daher die Rechtswidrigkeit nicht aus dem „Handeln in Geschäftsführungsabsicht“ an sich, sondern aus einer Handlung, die eine fremde Rechtssphäre beeinträchtigt. Damit bleibt als Basis für die Rechtswidrigkeit der unbefugte Eingriff in eine fremde Rechtssphäre.<sup>601</sup> Fügt der Geschäftsführer damit dem Geschäftsherrn im Zuge dieses rechtswidrigen Eingriffs schulhaft einen Schaden zu, so haftet er dafür im Rahmen der §§ 1293 ff ABGB.

### 2.7.3. Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn (§ 1040 ABGB)

Die Rechtswidrigkeit einer Geschäftsführung gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn ergibt sich aus einem Größenschluss zu § 1038 ABGB. Da bereits eine Geschäftsführung ohne Zustimmung des Geschäftsherrn, abgesehen von § 1036 ABGB, als rechtswidrig gilt, muss dies für eine gegen den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn umso mehr gelten.<sup>602</sup> Das entspricht auch der hL<sup>603</sup> und gilt natürlich nur insoweit, als der

<sup>598</sup> *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1298 Rz 13; ebenso *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 18; OGH 6 Ob 299/62 SZ 35/130.

<sup>599</sup> *Meissel*, GoA 134ff; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 19; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1037 Rz 1; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 1; *derselbe*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/97; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 2; aA v. *Schey* in FS Zitelmann 10ff; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 903; *Fitz*, Risikozurechnung 99.

<sup>600</sup> *Meissel*, GoA 133.

<sup>601</sup> *Meissel*, GoA 135; zust *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/95.

<sup>602</sup> *Meissel*, GoA 136; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 907f.

<sup>603</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1040 Rz 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/98; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 19.

erklärte Wille des Geschäftsherrn nicht aufgrund Gesetz- oder Sittenwidrigkeit ungültig ist.<sup>604</sup> Der Geschäftsführer haftet daher ebenso für Schäden, die er im Zuge seines rechtswidrigen Tätigwerdens schulhaft verursacht hat, nach den §§ 1293 ff ABGB.

## 2.8. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Nach diesem Überblick über die Haftung des Geschäftsführers in Österreich, sollen im Folgenden wesentliche Unterschiede zu Art V.-2:102 aufgezeigt werden.

### 2.8.1. Schaden

Vergleicht man den Schadensbegriff des DCFR mit dem des ABGB, so fällt auf, dass nach ABGB primär Vermögensschäden ersetzt werden und ideelle Schäden nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden.

Mit § 1038 ABGB gibt es lediglich eine einschlägige Bestimmung zum Umfang der Ersatzpflicht, wonach ein Geschäftsführer, der bei einer vermeintlichen Geschäftsführung zum Nutzen eines anderen dem Geschäftsherrn einen Schaden zufügt, volle Genugtuung zu leisten hat, also den positiven Schaden einschließlich entgangenem Gewinn zu ersetzen hat. Die volle Genugtuung verlangt nach § 1323 ABGB auch den Ersatz der „verursachten Beleidigung“. Nach hM<sup>605</sup> ist dies allerdings keine Anordnung eines generellen Ersatzes von immateriellen Schäden. Ganz im Gegenteil, ideelle Schäden werden nur dort ersetzt, wo es eine spezielle gesetzliche Anordnung gibt, also bspw Schmerzengeld (§ 1325 ABGB), Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe (§ 1331 ABGB) oder entgangene Urlaubsfreude (§ 31e Abs 3 KSchG).<sup>606</sup> Im Falle der GoA bedarf es daher einer gesonderten Prüfung, ob einer der Tatbestände für einen ideellen Schadenersatz erfüllt ist, anderenfalls nur materielle Schäden zu ersetzen sind. Selbst bei verbotener Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers sind allerdings die Voraussetzungen für den Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe in der Regel nicht gegeben, da die GoA selbst gegen den Willen des Geschäftsherrn kein strafrechtliches Delikt darstellt und sie im Normalfall auch nicht aus Mutwillen und Schadenfreude übernommen wird.<sup>607</sup>

Der Ansatz des DCFR, sowohl materielle als auch immaterielle Schäden für ersatzfähig zu erklären, würde die Zersplitterung in unterschiedliche Anspruchsgrundlagen

<sup>604</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1040 Rz 1; *derselbe*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/98; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 907.

<sup>605</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 325; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/104; GIUNF 3981; GIUNF 4185; aA *F. Bydlinksi*, JBl 1965, 173 und 237; *Wolff* in Klang VI<sup>2</sup>, 122.

<sup>606</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 325f.

<sup>607</sup> *Meissel*, GoA 144; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 19.

beenden und damit auch einem Trend in Europa folgen, wonach der Ersatz von ideellen Schäden immer mehr in den Vordergrund rückt.<sup>608</sup> Dieser ist daher zu begrüßen.

Selbstverständlich ist ebenso wie nach Art V.-2:102 davon auszugehen, dass der Geschäftsführer nur für Schäden haftet, die aus einem Risiko resultieren, das er selbst geschaffen oder vergrößert hat. Da der Geschäftsführer nach ABGB nicht zum Einschreiten verpflichtet ist, kann er nicht für jene Schäden zur Haftung herangezogen werden, die der Geschäftsherr ohne sein Tätigwerden ebenso erlitten hätte.

### 2.8.2. Haftungsbeschränkung im ABGB?

Anders als in einigen anderen Rechtsordnungen Europas,<sup>609</sup> findet sich im ABGB keine Regelung, die die Haftung des Geschäftsführers im Notfall einschränkt. Dieser haftet nach allgemeinen Grundsätzen selbst für leicht fahrlässig verursachte Schäden. Im Gegensatz dazu ist bspw in Deutschland nach § 680 BGB die Haftung des Geschäftsführers im Notfall auf vorsätzlich und grob fahrlässig verursachte Schäden beschränkt. Diese Privilegierung soll zur Motivation des Geschäftsherrn dienen, da sein Haftungsrisiko damit herabgesenkt wird.<sup>610</sup> Dies gilt natürlich nicht für professionelle Rettungskräfte, an die ein strengerer Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist, als an Laien.<sup>611</sup>

Grundsätzlich ist für das österreichische Recht auch im Bezug auf den Umfang des zu ersetzenen Schadens zwischen einer grundsätzlich rechtmäßigen Geschäftsführung im Notfall nach § 1036 ABGB und jeglicher anderer Geschäftsführung zu unterscheiden.

Hat der Geschäftsführer im Notfall dem Geschäftsherrn rechtswidrig und schulhaft einen Schaden zugefügt, so haftet er nach den allgemeinen Regeln der §§ 1323 ff ABGB, wonach es für den Umfang des Schadenersatz darauf ankommt, ob er leicht fahrlässig (§ 1332 ABGB) oder sogar grob fahrlässig bzw vorsätzlich den Schaden verursacht hat (§ 1331 ABGB).

Lag keine Notgeschäftsführung vor und war die Geschäftsführung ex-post nicht zum Nutzen für den Geschäftsherrn, kann dieser nach § 1038 ABGB verlangen, dass der Geschäftsführer auf eigene Kosten alles wieder in den vorigen Stand zurückversetzt, oder wenn dies nicht mehr möglich ist, ihm volle Genugtuung leistet, dh den positiven Schaden

<sup>608</sup> Vgl *Karner/Koziol*, Ersatz des ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1; *Steininger*, ÖJZ 2004/12, 179.

<sup>609</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:102, Notes, 20ff.

<sup>610</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 680 Rz 1.

<sup>611</sup> *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 680 Rz 6.

und den entgangenen Gewinn ersetzt. Dies gilt abweichend von § 1324 ABGB auch für leicht fahrlässig verursachte Schäden;<sup>612</sup> Ebenso bei der Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn nach § 1040 ABGB, die sich in diesem Punkt nicht von der unnützen GoA unterscheidet.<sup>613</sup>

Eine allgemeine Art V.-2:102 (2) entsprechende Bestimmung, die altruistische Motivation des Geschäftsführers als haftungsmilderndes Kriterium in einem allgemeinen „*Fair and Reasonable*“-Test zu berücksichtigen, ist dem ABGB unbekannt. Grundsätzlich ist die Berücksichtigung von Billigkeitserwägungen auch dem ABGB nicht fremd. So begründet § 1306a ABGB eine Haftung des Schädigers, der in einer Notstandssituation einem anderen einen Schaden zugefügt hat, um eine unmittelbar drohende Gefahr von sich oder anderen abzuwenden. Das Gericht hat im Zuge dieser Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, ob der Beschädigte eine Abwehr unterlassen hat, das Verhältnis zwischen dem eingetretenen Schaden und der drohenden Gefahr sowie die Vermögenslage von Schädiger und Geschädigtem.<sup>614</sup> Hat der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn im Zuge einer Geschäftsführung im Notfall aufgrund einer Pflichtverletzung einen Schaden zugefügt, so erscheint es überlegenswert, auch in diesem Fall die Wertungen des § 1306a ABGB zu berücksichtigen. Die spiegelbildliche Risikohaftung des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer für im Notfall erlittene Schäden wurde schließlich von der Rsp<sup>615</sup> als Billigkeitshaftung in Analogie zu den §§ 1306a und 1310 ausgestaltet.<sup>616</sup> So erscheint es interessengerecht auch im Fall des Schadenersatzes des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn für im Zuge einer GoA im Notfall entstandene Schäden die Rechtsfolgen des § 1306a ABGB analog anzuwenden, um den Haftungsumfang des Geschäftsführers zu reduzieren. Bei der Interessenabwägung könnten ebenso wie nach Art V.-2:102 (2) die hehren Absichten des Geschäftsführers für sein Einschreiten als milderndes, das Ersatzausmaß einschränkendes Kriterium Berücksichtigung finden.

Da der Geschäftsherr dem Geschäftsführer nach Art V.-3:103 im Falle einer Notgeschäftsführung den im Zuge seiner Tätigkeit nach einer Güterabwägung entstandenen Schaden zu ersetzen hat, ist es spiegelbildlich gerechtfertigt, diese Interessenabwägung auch für den umgekehrten Fall des Schadenersatzanspruchs des Geschäftsherrn gegenüber dem

<sup>612</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 903; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 20.

<sup>613</sup> *Meissel*, GoA 146.

<sup>614</sup> *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1306a Rz 13.

<sup>615</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömmel/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*) = *anonym*, Geschäftsführung im Notfall: Zufallsschaden zu ersetzen, RdW 1995, 461; OGH 2 Ob 2325/96f; RIS-Justiz RS0054792.

<sup>616</sup> S 3.2.1.1. Rechtsprechung.

Geschäftsführer zu berücksichtigen. De lege ferenda vertritt auch *Fitz*<sup>617</sup> für die österreichische Rechtslage ein ähnliches Modell, indem er die Risikohaftung des Geschäftsherrn befürwortet, im Gegenzug aber auch die Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn bei der GoA auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung einschränken möchte.<sup>618</sup> Dies erscheint interessengerecht. Allerdings weist *Meissel*<sup>619</sup> darauf hin, dass bei der Prüfung, ob ein fahrlässiges Verhalten vorliegt, die Umstände der Notsituation zu berücksichtigen sind, sodass ein entsprechendes, der Notlage angemessenes Ergebnis auch de lege lata erzielt werden kann, ohne dass die Haftung für leichte Fahrlässigkeit von vornherein ausgeschlossen wird.

Im System der *benevolent intervention in another's affairs* wird grundsätzlich eine Haftung des Geschäftsführers nach Art V.-2:102 für Schäden, die im Zuge einer Pflichtverletzung entstanden sind, bejaht. In einem weiteren Schritt kann es zu einer Reduzierung des Haftungsumfangs aus Gründen der Billigkeit nach Art V.-2:102 (2) kommen. Für das österreichische Recht könnte eine vergleichbare Lösung erreicht werden, indem die Rechtsfolgen des § 1306a ABGB im Falle einer Notgeschäftsführung analog angewendet werden, um so den Haftungsumfang aus Billigkeitswägungen zu mindern. Dem Notgeschäftsführer könnte allerdings auch Erleichterung verschafft werden, indem bei der Beurteilung seines Verhaltens der Sorgfaltsmassstab reduziert wird und dieser an die Notfallsituation angepasst wird, sodass es nicht so leicht zu einer Haftung für im Notfall verursachte Schäden kommen kann. Diesem von *Meissel*<sup>620</sup> entwickeltem Ansatz ist mE der Vorzug zu geben, da es dafür nicht der analogen Anwendung einer Bestimmung bedarf und besser in das Schadenersatzsystem des ABGB passt, welches primär von einer Verschuldenshaftung ausgeht und Billigkeitsgründe nur punktuell einfließen lässt.

## 2.9. Braucht das Recht der GoA eine eigene Schadenersatzregelung?

Fraglich ist, ob es wirklich notwendig ist, im Recht der GoA im V. Buch einen eigenen Schadenersatzanspruch zu schaffen, der weder vertraglicher noch außervertraglicher Natur ist. Da es ein eigenes Buch über *non-contractual liability arising out of damage caused to another* gibt, ist man als Jurist, geprägt durch die Unterscheidung im österreichischen Schadenersatzrecht zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, dazu verleitet, eine

<sup>617</sup> Risikozurechnung 101ff, 176.

<sup>618</sup> Wobei *Fitz*, Risikozurechnung 101 einräumt, dass dasselbe Ergebnis wohl auch erreicht werden kann, wenn man den Sorgfaltsmassstab an die Verhältnisse der Notsituation anpasst. In diesem Sinne wohl auch *Meissel*, GoA 140.

<sup>619</sup> GoA 140; ebenso für die Rechtslage in Deutschland *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 680 Rz 9.

<sup>620</sup> GoA 140.

Ersatzanspruch des Geschäftsherrn im Recht des VI. Buches zu suchen und diesen dort begründet zu finden.

Es muss freilich nicht zwangsläufig die gewohnte Lösung die sachlich Beste sein, allerdings kommt auch die Anspruchsgrundlage des Art V.-2:102 nicht ohne Verweise auf allgemeine Bestimmungen des VI. Buches aus, sodass sich die Frage stellt, ob es nicht besser gewesen wäre, den Anspruch des Geschäftsherrn gegen den schädigenden Geschäftsführer dem Anwendungsbereich des VI. Buches zu unterstellen. Eine Haftungseinschränkung für Fälle der rechtmäßigen GoA im Vergleich zur allgemeinen Haftung nach dem VI. Buch wäre dennoch möglich. Der Inhalt des Art V.-2:102 oder ein Verweis darauf könnten in das VI. Buch aufgenommen werden, sodass eine Einschränkung der Haftung des rechtmäßigen Geschäftsführers dennoch möglich ist. Ein Verweis auf oder eine analoge Anwendung mancher Bestimmungen des VI. Buches wäre dann nicht mehr notwendig.

### 3. Pflichten nach Abschluss der Geschäftsführung (Art V. – 2:103)

*V. – 2:103: Obligations after intervention<sup>621</sup>*

- (1) *After intervening the intervener must without undue delay report and account to the principal and hand over anything obtained as a result of the intervention.*
- (2) *If at the time of intervening the intervener lacks full legal capacity, the obligation to hand over is subject to the defence which would be available under VII. – 6:101 (Disenrichment).*
- (3) *The remedies for non-performance in Book III, Chapter 3 apply but with the modification that any liability to pay damages or interest is subject to the qualifications in paragraphs (2) and (3) of the preceding Article.*

Art V.-2:103 (1) legt die Pflichten des Geschäftsführers nach der Geschäftsführung fest. Er hat über die Geschäftsbesorgung Bericht zu erstatten, Rechnung zu legen und alle aus der Geschäftsführung erlangten Vorteile herauszugeben. Diese Pflichten sind ohne unnötige Verzögerung zu erfüllen.<sup>622</sup>

Der Geschäftsherr kann die Erfüllung dieser Pflichten unabhängig von der Erfüllung seiner eigenen Pflichten gegenüber dem Geschäftsführer verlangen, wozu ihm die unter dem DCFR möglichen Rechtsmittel auf Erfüllung zur Verfügung stehen (Art V.-2:103 (3) mit Verweis auf das III. Buch, Kapitel 3).<sup>623</sup>

#### 3.1. Berichts- und Rechnungslegungspflicht

Der Geschäftsführer hat die Pflicht den Geschäftsherrn zu kontaktieren und ihm Bericht zu erstatten. Dies gilt sowohl während als auch nach der Geschäftsführung. Die Informationspflicht besteht unabhängig davon, ob der Geschäftsführer zur Herausgabe eines erlangten Vorteils verpflichtet ist oder nicht.<sup>624</sup>

Diese Bestimmung hat den Zweck dem Geschäftsherrn den Erhalt aller Informationen zuzusichern, um mögliche Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend zu machen.<sup>625</sup> Die Informationspflicht dient aber auch dazu, den Geschäftsherrn über alle vorgenommenen Maßnahmen zu informieren, ihn über die gefährliche Situation in Kenntnis zu setzen und um

---

<sup>621</sup> Im Vergleich zu den PEL ben.int hat sich die Nummerierung dieses Artikels geändert. Die Bestimmungen über die Schadenersatzpflicht bei Pflichtverletzung und über die Pflichten nach der Geschäftsführung haben Plätze getauscht. Der Inhalt der Bestimmung blieb unverändert.

<sup>622</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, A, 3020.

<sup>623</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, A, 3020.

<sup>624</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, B, 3020.

<sup>625</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, A, 3020.

weitere Schäden, die aus dem mangelnden Wissen des Geschäftsherrn resultieren könnten, hintanzuhalten.

Davon umfasst ist auch eine Pflicht zur ordentlichen und verständlichen Auflistung von Ausgaben und Einnahmen. Der Umfang hängt vom Einzelfall ab, wobei der Geschäftsführer nach Treu und Glauben zu handeln hat (*good faith and fair dealing* (Art III.-1:103)).<sup>626</sup>

### 3.2. Vorteilsherausgabe

Da die Geschäftsführung in Begünstigungsabsicht für den Geschäftsherrn vorgenommen wird, sollen dem Geschäftsherrn auch alle daraus erlangten Vorteile zukommen. Es sind sowohl Sachgüter als auch Geld herauszugeben.<sup>627</sup> Grundsätzlich ist Geld inklusive der erlangten Zinsen herauszugeben, wenn es vom Geschäftsführer für den Geschäftsherrn zinsenbringend veranlagt wurde. Die erlangten Zinsen sind in einem solchen Fall als Vorteil im Zuge der Geschäftsführung angefallen. Anders verhält es sich allerdings, wenn der Geschäftsführer das Geld für den Geschäftsherrn nicht veranlagt hat und diese Tatsache keine Verletzung seiner Pflichten aus der Geschäftsführung darstellt. Dann hat der Geschäftsführer keine Zinsen lukriert und der Geschäftsherr hat keinen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen.<sup>628</sup>

Der Pflicht zur Herausgabe der erlangten Vorteile steht das Recht des Geschäftsführers auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V.-3:101) gegenüber, da niemand durch die Geschäftsführung be- oder entrichert sein soll.<sup>629</sup>

Darüber hinaus hat der Geschäftsführer die Möglichkeit mit seinem Anspruch auf Schadenersatz (Art V.-3:103) gegenzurechnen oder die Herausgabe der erlangten Vorteile so lange zurückzuhalten, bis der Geschäftsherr seine monetären Verpflichtungen gegenüber dem Geschäftsherrn eingehalten hat.<sup>630</sup>

### 3.3. Klage auf Nichterfüllung

Erfüllt der Geschäftsführer die Pflichten des Art V.-2:103 nicht oder nicht ordnungsgemäß, so kann der Geschäftsherr ihn auf Erfüllung klagen. Dazu stehen ihm die Rechtsmittel des 3. Kapitels des III. Buches zur Verfügung, die sowohl bei vertraglichen als

---

<sup>626</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, B, 3021.

<sup>627</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, C, 3022.

<sup>628</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, C, 3022.

<sup>629</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, C, 3021.

<sup>630</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, C, 3022.

auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen zur Anwendung gelangen. Ebenso wie beim Schadenersatzanspruch des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer nach Art V.-2:102 sollen dieselben Haftungsbeschränkungen des Art V.-2:102 (2) und (3)<sup>631</sup> auch hier zur Anwendung gelangen. Daher ist beim Umfang der Ersatzleistungen besonders die Motivation des Geschäftsführers zu berücksichtigen, der ja in Begünstigungsabsicht für den Geschäftsherrn tätig geworden ist.<sup>632</sup>

*Jansen*<sup>633</sup> kritisiert in diesem Zusammenhang zu Recht, dass es im Bezug auf die *actio directa* des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer nicht darauf ankommen kann, ob dieser gerechtfertigt in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen hat und ob er dies mit überwiegender Begünstigungsabsicht getan hat. Dies sind Kriterien, die nur für die *actio contraria* des Geschäftsführers auf Aufwandersatz entscheidend sind. Ein Gleichklang bei den Anspruchsvoraussetzungen erscheint hier nicht sinnvoll und es gab bereits seit dem römischen Recht unterschiedliche Kriterien für diese beiden Klagen.<sup>634</sup> So gibt es auch im österreichischen Recht unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen für den Aufwendungsersatz einerseits und die Pflicht zur Rechnungslegung und Herausgabe der im Rahmen der Geschäftsführung erlangten Vorteile andererseits.

### 3.4. Schutz beschränkt geschäftsfähiger Geschäftsführer

Sind beschränkt geschäftsfähige Personen als Geschäftsführer tätig, so sollen ihnen zwar alle Vorteile des V. Buches zu Teil werden, ihre Pflichten und die Haftung wegen Verletzung einer solchen sollen allerdings beschränkt sein. Daher sind sie nur soweit zur Herausgabe der erlangten Vorteile verpflichtet, als sie am Ende der Geschäftsführung immer noch dadurch bereichert sind. Aufgrund des Verweises in Art V.-2:103 (2) auf Art VII.-6:101 kommt der Rechtfertigungsgrund der Entreicherung (*Disenrichment*) zur Anwendung, sodass der minderjährige Geschäftsführer der Klage auf Herausgabe der Bereicherung den Einwand der Entreicherung entgegenhalten kann.<sup>635</sup>

### 3.5. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Im Folgenden soll auf die Rechtslage in Österreich näher eingegangen und ein Vergleich mit Art V.-2:103 gezogen werden.

---

<sup>631</sup> Siehe 2.5. Haftungsumfang.

<sup>632</sup> Siehe 1.8. Geschäfts- und Deliktsfähigkeit.

<sup>633</sup> ZEuP 2007, 971.

<sup>634</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 971.

<sup>635</sup> *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, D, 3023.

### 3.5.1. Berichts- und Rechnungslegungspflicht

Auch das österreichische Recht sieht eine Rechnungslegungspflicht des Geschäftsführers für jegliche Art der Geschäftsführung ohne Auftrag vor (§ 1039 ABGB), die der Kontrolle des Geschäfts und der gemachten Aufwendungen dienen.<sup>636</sup> Der Umfang der Rechnungslegung richtet sich nach § 1012 ABGB. Dabei ist der Zweck der Rechnungslegung zu berücksichtigen, sodass eine ordnungsgemäße Auflistung von Einnahmen und Ausgaben verlangt werden kann, inklusive der vorhandenen Belege.<sup>637</sup> Im Einzelfall kann in Anbetracht des Geschäfts unter „Rechnungslegungspflicht“ auch eine bloße Informationspflicht zu verstehen sein, da das ABGB nicht explizit wie Art V.-2:103 (1) zwischen Information und Rechnungslegung unterscheidet.<sup>638</sup> So leitet auch die hL eine Benachrichtigungspflicht aus § 1039 ABGB ab, deren Verletzung Ersatzansprüche nach sich ziehen kann.<sup>639</sup>

Die Rechnungslegungspflicht des § 1039 ABGB hat vor allem bei unechter Geschäftsführung große Bedeutung. Hier wird § 1039 ABGB analog angewandt um vom unechten Geschäftsführer Rechnungslegung verlangen zu können, da es diese Pflicht im Rahmen des Bereicherungsrechts nicht gibt.<sup>640</sup> Die Lehre begründet dies damit, dass der Geschäftsführer nicht die mangelnde Geschäftsführungsabsicht einwenden kann, da sich niemand auf seine eigene Unredlichkeit berufen darf. Er muss daher eine Einstufung als redlicher Geschäftsführer gegen sich gelten lassen, womit ihn auch eine Pflicht zur Rechnungslegung nach § 1039 ABGB trifft.<sup>641</sup>

Im Bereich der gerechtfertigten GoA entspricht der Umfang der Rechnungslegungs- und Berichtspflichten des ABGB jenen des Art V.-2:103 (1). Problematisch ist allerdings, dass auf jene Fälle, die mangels Begünstigungsabsicht nicht in den Anwendungsbereich des V. Buch fallen, Art V.-2:103 nicht zur Anwendung gelangt. Fraglich ist, ob nicht dennoch die Bestimmungen zur Rechnungslegung analog auf die Fälle einer ungerechtfertigten Geschäftsführung ohne Auftrag angewendet werden können. Diese Möglichkeit scheitert jedoch mangels Vorliegen einer planwidrigen Lücke, da die *Study Group* die unechte GoA

<sup>636</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 3; Apahty in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 17; Meissel, GoA 164.

<sup>637</sup> Strasser in Rummel<sup>3</sup> § 1012 Rz 17.

<sup>638</sup> RIS-Justiz RS0014759.

<sup>639</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 5; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 906; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 395; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 5.

<sup>640</sup> Meissel, GoA 166; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 7; *derselbe*, JBl 1971, 392; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 6; Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup>, 716; RIS-Justiz RS0019851; RS0010260; RS0110732; OGH 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 = JBl 1977, 423; 4 Ob 276/86 RdW 1987, 51; 4 Ob 78/94 SZ 67/207.

<sup>641</sup> Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup>, 716; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 894; Reischauer, ÖJZ 1987, 264ff; F. Bydlinski, JBl 1969, 256f, bejaht die Anwendung der Rechtsfolgen aus GoA auf die unechte GoA nur für die Ansprüche, für die es im Bereicherungsrecht keine Entsprechung gibt, wie zB bei der Rechnungslegung.

bewusst aus dem Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* ausgenommen hat<sup>642</sup> und die Rechnungslegungspflicht des Geschäftsführers nur im V. Buch Geltung erlangen soll. Die übrigen Fälle wurden bewusst auf das Bereicherungs- und Schadenersatzrecht ausgelagert, denen eine solche Verpflichtung gegenüber dem Entreicherter/Geschädigten unbekannt ist. Damit ist der unredliche Geschäftsführer im Bezug auf die Rechnungslegungspflicht besser gestellt als der redliche.<sup>643</sup> In den zahlreichen Entscheidungen des OGH<sup>644</sup> im Bezug auf eine analoge Anwendbarkeit des § 1039 ABGB auf die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zeigt sich aber, dass es in der Praxis durchaus ein Bedürfnis ist, Rechnungslegung von demjenigen verlangen zu können, der sich bewusst in die Rechtssphäre eines anderen eingemengt hat, da letzterer anderenfalls auch erhebliche Schwierigkeiten hat, mit ausreichender Sicherheit einen erlittenen Schaden oder eine Bereicherung des unechten Geschäftsführers als Folge der Verwendung des fremden Gutes zu beweisen. Abgesehen von einer Besserstellung des unredlichen Geschäftsführers führt dies auch zu Rechtsschutzlücken, die das Bereicherungs- und Schadenersatzrecht nicht auszugleichen vermögen.

### 3.5.2. Herausgabepflicht

Die Pflicht zur Herausgabe der erlangten Vorteile ist nicht explizit im ABGB geregelt, ergibt sich aber aus der Fremdnützlichkeit des Geschäfts und einer Analogie zu § 1009 ABGB, wonach der gesamte aus der GoA erlangte Nutzen dem Geschäftsherrn zu übergeben ist.<sup>645</sup> Ebenso wie nach Art V.-2:103 umfasst die Herausgabepflicht auch tatsächlich erlangte Zinsen.<sup>646</sup> Auch bei unechter GoA sind die erlangten Vorteile dem Geschäftsherrn zu überlassen, wobei hier die Pflicht zur Gewinnherausgabe nicht über das nach §§ 335 und 1041 ABGB Geschuldete hinausgeht, sodass der Bereicherungsgläubiger dann keinen Anspruch mehr hat, wenn der Vorteil des Bereicherungsschuldners nur zu einem geringen Teil aus der Verwendung des fremden Gutes und zu einem erheblichen Teil aus seiner eigenen Leistung resultiert.<sup>647</sup>

Auch im Bezug auf die Herausgabepflicht gibt es aufgrund des eingeschränkteren Anwendungsbereiches des V. Buches des DCFR im Vergleich zu den §§ 1035 ff ABGB einen

<sup>642</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, 2878.

<sup>643</sup> Jansen, ZEuP 2007, 987; Rudolf in FS 200 Jahre ABGB 1754.

<sup>644</sup> Bspw OGH 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 = JBl 1977, 423; 4 Ob 276/86 RdW 1987, 51; 4 Ob 78/94 SZ 67/207.

<sup>645</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 906; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 4; Meissel, GoA 168; Apathy in Schwimann<sup>3</sup>

<sup>646</sup> §§ 1036-1040 Rz 7; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 4; Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1039 Rz 3.

<sup>647</sup> Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1009 Rz 17; Strasser in Rummel<sup>3</sup> § 1009 Rz 23.

<sup>647</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 7; F. Bydlinski, JBl 1969, 252ff aus Anlass der E OGH 4 Ob 404/67 JBl 1969, 272; Reischauer, ÖJZ 1987, 257; OGH 9 ObA 3/93 wbl 1993, 260.

Unterschied, da sich die Herausgabepflicht des V.-2:103 nur auf die gerechtfertigte GoA bezieht. Im Bezug auf die Vorteilsherausgabe findet sich für den unredlich Bereicherteren, anders als bei der Rechnungslegungs- und Berichtspflicht, mit Art VI.-6:101 (4) eine entsprechende Regelung, sodass es in diesem Punkt nicht zu unterschiedlichen Rechtsfolgen kommt.

### 3.5.3. Beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer

Bei einem beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer ist die Rechtslage nach DCFR und ABGB ähnlich. Dieser ist zur Herausgabe der im Zuge der Geschäftsführung erlangten Vorteile nur insoweit verpflichtet, als sich diese noch tatsächlich in seinem Vermögen befinden oder zu seinem Nutzen verwendet wurden (§ 1424 ABGB analog).<sup>648</sup> Grundsätzlich hat er die erlangten Vorteile in natura zurückzugeben oder aber Wertersatz zu leisten, wobei dieser mit dem tatsächlichen Nutzen des Minderjährigen beschränkt ist.

Da Art V.-2:103 (3) explizit für beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer die Pflicht zur Herausgabe der erlangten Vorteile beschränkt, ist e contrario anzunehmen, dass diese sehr wohl zur Rechnungslegung und Information gegenüber dem Geschäftsherrn verpflichtet sind. Anders ist wohl die hA<sup>649</sup> in Österreich, die eine Rechnungslegungspflicht des minderjährigen Geschäftsführers verneint, sofern der gesetzliche Vertreter die Geschäftsführung nicht genehmigt. Nur dann würden alle Pflichten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag uneingeschränkt zur Anwendung gelangen.

---

<sup>648</sup> AA *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 7, der im Gegensatz zur hL einen Herausgabe und Rechnungslegungsanspruch gegen den minderjährigen Geschäftsführer bejaht, wenn man ihm mit der hL auch Aufwandersatzansprüche zugestehst; ebenso *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 9; *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1746.

<sup>649</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 7; *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 720.

## D. Ansprüche und Befugnis des Geschäftsführers (Kapitel 3)

### 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101)

*V. – 3:101: Right to indemnification or reimbursement*

*The intervener has a right against the principal for indemnification or, as the case may be, reimbursement in respect of an obligation or expenditure (whether of money or other assets) in so far as reasonably incurred for the purposes of the intervention.*

Kapitel 3 regelt die Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn und dessen Recht im Namen des Geschäftsherrn zu handeln. Der wichtigste Anspruch ist in der Praxis jener auf Aufwandersatz und Freistellung. Daher ist dieser im ersten Artikel dieses Kapitels geregelt. Um seinen Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz zu sichern, hat der Geschäftsführer das Recht, solange die Herausgabe der im Rahmen der Geschäftsbesorgung erlangten Vorteile zu verweigern, bis der Geschäftsherr seine Pflichten erfüllt hat (Art III.-3:401).<sup>650</sup>

#### 1.1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz

Der Geschäftsführer hat ein Recht von allen Verpflichtungen befreit zu werden, die er vernünftigerweise zum Zweck der Geschäftsführung eingegangen ist. Demnach hat der Geschäftsherr, soweit als möglich direkt die Ansprüche Dritter, die der Geschäftsführer mit Maßnahmen betraut hat, zu befriedigen. Ist dies nicht möglich oder tunlich, hat er dem Geschäftsführer vorerst die ausstehenden Kosten zu begleichen.<sup>651</sup> Der Geschäftsführer hat, sofern dies möglich und tunlich ist, den Geschäftsherrn vom Bestehen dieser Verbindlichkeiten zu informieren, bevor er diese selbst erfüllt.<sup>652</sup> Musste der Geschäftsführer die ausstehenden Verbindlichkeiten begleichen, bevor der Geschäftsherr die Möglichkeit dazu hatte, so hat der Geschäftsführer Anspruch auf Ersatz der Ausgaben.<sup>653</sup> Diesen Anspruch könnte der Geschäftsführer sogar dann durchsetzen, wenn er die Schuld beglichen hat, obwohl er dazu keinen zwingenden Grund hatte. Erleidet der Geschäftsherr dadurch einen Nachteil, so hat Letzterer gegen den Einschreiter einen Anspruch auf Ersatz des damit verbundenen Schadens.<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, A, 3033.

<sup>651</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, A, 3033.

<sup>652</sup> Beachte dazu auch die Informationspflicht nach Art V.-2:101 (1) (c) und die Berichtspflicht nach Art V.-2:103 (1).

<sup>653</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, B, 3034.

<sup>654</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, B, 3034.

Der Anspruch auf Aufwandersatz kann sowohl durch geldwerte Leistungen als durch andere Vermögenswerte (*assets*) befriedigt werden.<sup>655</sup>

### 1.2. Grundsätzliche Voraussetzungen für beide Ansprüche

Da die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht voraussetzen, dass die Geschäftsführung erfolgreich war oder zu einer Bereicherung des Geschäftsherrn geführt hat, ist dies auch keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Freistellung oder Aufwandersatz.<sup>656</sup> Es ist ausreichend, dass ex-ante ein vernünftiger Grund zu handeln vorlag.<sup>657</sup> Es wird dabei auch nicht zwischen der Geschäftsführung im Notfall oder anderen Geschäftsführungsfällen unterschieden. Sobald die Voraussetzungen für die *benevolent intervention in another's affairs* vorliegen, hat der Geschäftsführer nach Art V.-3:101 Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Freistellung. Natürlich wird im Rahmen dieses Anspruches nur ersetzt, was im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände als Geschäftsführungsmaßnahme auch angemessen war.<sup>658</sup>

#### 1.2.1. Aufwand

Der Begriff der ersatzfähigen Aufwendungen ist sehr weit, darunter fallen nicht nur monetäre Aufwendungen, sondern auch eigene Güter, die für die Geschäftsbesorgung eingesetzt wurden.<sup>659</sup> In den *Comments* wird dies an Hand des Einsatzes eines Autos näher illustriert.<sup>660</sup> Der Geschäftsführer verwendet sein eigenes Auto im Rahmen der Geschäftsbesorgung. Er kann Ersatz für das aufgewendete Benzin, aber auch für den Zeitraum, in dem er das Auto verwendet hat, einen Ersatz verlangen, weil er das Auto in dieser Zeit nicht anderweitig einsetzen konnte. Zinsen sind nur zu leisten, sofern diese auch der Geschäftsführer tatsächlich zu zahlen hatte.<sup>661</sup> Ist der Anspruch auf Aufwandersatz einmal fällig geworden und zahlt der Geschäftsherr nicht rechtzeitig, so fallen ab diesen Zeitpunkt Zinsen nach den allgemeinen Regelungen an (Art III.-3:708).<sup>662</sup>

---

<sup>655</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, C, 3034.

<sup>656</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3034.

<sup>657</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3034.

<sup>658</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3034.

<sup>659</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3036.

<sup>660</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments D, Illustration 5, 3036.

<sup>661</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3035.

<sup>662</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, Illustration 4, 3036.

Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Rahmen der Geschäftsführung zählt nicht als ersatzfähiger Aufwand nach Art V.-3:101.<sup>663</sup> Ein Anspruch auf Entlohnung steht nur einem Geschäftsführer zu, der im Rahmen seines Berufes tätig geworden ist (Art V.-3:102). Hat der Einsatz der eigenen Arbeitskraft allerdings eine Bereicherung des Geschäftsherrn zur Folge, so kann der Geschäftsführer nach den Regelungen des Bereicherungsrechts des VII. Buches diesen „Aufwand“ ersetzt verlangen.<sup>664</sup>

Auch ein Einkommensverlust, der in der Zeit der Geschäftsführung aufgrund der Geschäftsbesorgung entstanden ist, wird nach dieser Bestimmung nicht ersetzt, weil dies für den Geschäftsführer einen Schaden darstellt und keinen Aufwand, iSv angefallenen Kosten oder sonstigen Beiträgen zur Geschäftsbesorgung.<sup>665</sup> Der Zeitaufwand und ein daraus resultierender möglicher Verdienstentgang stellen auch keinen ersatzfähigen Schaden nach Art V.-3:103 dar, da dieser Schaden ein bloßer Vermögensschaden ist, der nach den Regeln des V. Buches nicht ersetzt wird.<sup>666</sup> Darüber hinaus trifft den Geschäftsherrn in der Regel auch kein Verschulden am erlittenen Verdienstentgang des Geschäftsführers, sodass ein Schadenersatzanspruch am mangelnden Verschulden scheitern würde.

### 1.3. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Die Ansprüche des Geschäftsführers auf Freistellung und Aufwandersatz nach Art V.-3:101 entsprechen weitgehend der Rechtslage nach ABGB, wobei das Gesetz in den §§ 1036 f nur einen Anspruch auf Aufwandersatz kennt, soweit der Geschäftsführer nicht in Schenkungsabsicht gehandelt hat. Der Begriff des Aufwandersatzes ist allerdings weiter zu verstehen als jener des Art V.-3:101.

Da das ABGB in den §§ 1035 ff, anders als der DCFR im V. Buch, zwischen den verschiedenen Arten der Geschäftsführung unterscheidet, ist auch für den Umfang und die Anspruchsvoraussetzungen für den Aufwandersatz zwischen notwendiger und nützlicher Geschäftsführung ohne Auftrag zu differenzieren. Im Rahmen einer notwendigen Geschäftsführung werden nach § 1036 ABGB alle Aufwendungen ersetzt, die für die Abwendung des Schadens notwendig und zweckmäßig waren. Diese hat der Geschäftsherr selbst bei erfolgloser GoA zu ersetzen.<sup>667</sup> Die Beurteilung der Nützlichkeit der

<sup>663</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3036.

<sup>664</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3036.

<sup>665</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3036.

<sup>666</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3053.

<sup>667</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 11; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5.

Aufwendungen erfolgt ex-ante, wie dies auch schon der römisch-rechtlichen Tradition entsprach.<sup>668</sup> Dabei bekommt der Geschäftsführer nicht nur die unmittelbar zur Schadensabwehr notwendigen, sondern auch zweckmäßige Aufwendungen ersetzt. Dieser Anspruch reicht allerdings nicht soweit, als davon Provisionen oder Bevorschussungen erfasst wären.<sup>669</sup>

Es gibt keinen eigenen Anspruch auf Freistellung, weil auch das Eingehen einer Verbindlichkeit im Zuge der Geschäftsführung einen Aufwand darstellt, der ersatzfähig ist, sofern er notwendig oder zweckmäßig war.<sup>670</sup> Dies ist „aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Lage des Geschäftsführers“ zu beurteilen.<sup>671</sup> Er besteht im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn.

Anders verhält es sich bei der Geschäftsführung nach § 1037 ABGB. Hier entsteht ein Aufwandersatzanspruch erst dann, wenn diese zum überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn war. Der Zweck dieser Bestimmung folgt bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, wonach sich der Geschäftsherr, wenn die Geschäftsführung zu seinem klaren und überwiegenden Vorteil war, nicht auf Kosten des Geschäftsführers bereichern soll.<sup>672</sup> Daher hat der Geschäftsherr dem Geschäftsführer seine tatsächlichen Aufwendungen zu ersetzen, allerdings nur soweit sie für ihn vorteilhaft waren.<sup>673</sup> Für Barauslagen gebühren dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt der Aufwendung Zinsen.<sup>674</sup> Die Bewertung der Nützlichkeit erfolgt in diesem Fall daher ex-post und „der Geschäftsführer [trägt] das Risiko des Erfolgs der Geschäftsführung.“<sup>675</sup> Ob eine Aufwendung für den Geschäftsherrn nützlich ist, richtet sich nach dessen Verhältnissen, wobei aber grundsätzlich von einer vernünftigen Beurteilung nach allgemeiner Verkehrsauffassung auszugehen ist und nicht „dessen Gutdücken oder Launen“ maßgeblich sind.<sup>676</sup> Hat eine Sache des Geschäftsherrn durch die Geschäftsführung objektiv an Wert gewonnen, so stellt diese Tatsache nach stRsp lediglich ein Indiz für eine Bereicherung des Geschäftsherrn dar.<sup>677</sup> Im Zweifel ist allerdings der Standpunkt des Geschäftsherrn ausschlaggebend, denn es dürfen niemandem Vorteile

---

<sup>668</sup> *Meissel*, GoA 171. Vgl 2.2. Notwendige oder nützliche Geschäftsführung.

<sup>669</sup> *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10.

<sup>670</sup> *Stanzl* in *Klang* IV/1<sup>2</sup>, 898.

<sup>671</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; OGH 1 Ob 584/82 JBl 1984, 256.

<sup>672</sup> *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12.

<sup>673</sup> *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; *Koziol* in *KBB*<sup>3</sup> § 1037 Rz 4; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1037 Rz 3.

<sup>674</sup> *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 4.

<sup>675</sup> *Meissel*, GoA 173; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12.

<sup>676</sup> *Stanzl* in *Klang* IV/1<sup>2</sup>, 902.

<sup>677</sup> *Meissel*, GoA 173; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 3; OGH 1 Ob 597, 598/78 MietSlg 30.149; 1 Ob 718/89 MietSlg 42.105.

aufgedrängt werden, die jemand aus persönlicher Sicht, auch wenn dies nicht der Verkehrsauffassung entspricht, als Nachteil empfindet.<sup>678</sup> Die Beweislast für die Nützlichkeit obliegt dem Geschäftsführer.<sup>679</sup>

Die Zeitaufwand und der Einsatz der eigenen Arbeitskraft können ebenfalls einen ersatzfähigen Aufwand darstellen, worauf sogleich näher eingegangen werden soll.<sup>680</sup>

Im Detail ergeben sich daher Unterschiede zwischen der Rechtslage nach ABGB und DCFR. Da der Anwendungsbereich des V. Buches nicht zwischen notwendiger und nützlicher Geschäftsführung unterscheidet, sondern lediglich die gerechtfertigte von der ungerechtfertigten, die wiederum vom Anwendungsbereich ausgenommen ist, entfällt bei der Beurteilung des Aufwendersatzes die Überprüfung, ob die Geschäftsbesorgung im Falle des § 1037 ABGB ex-post nützlich war. Nach Art V.-3:101 kommt es immer nur darauf an, ob es für den im Zuge der Geschäftsführung gesetzten Aufwand ex-ante einen vernünftigen Grund gegeben hat. Die Erfolgsunabhängigkeit des Anspruchs des Geschäftsführers auf Aufwendersatz ist für den Bereich der Geschäftsbesorgung im Notfall bereits seit dem römischen Recht traditioneller Weise ein wesentliches Merkmal. Da allerdings die GoA nach dem V. Buch nicht nur die notwendige Geschäftsführung iSd § 1036 ABGB umfasst, kommt es in diesem Punkt zu einer Ausweitung des erfolgsunabhängigen Kostenersatzes.<sup>681</sup> Dies widerspricht grundsätzlichen bereicherungsrechtlichen Wertungen, da der Geschäftsherr nun auch Aufwendungen zu ersetzen hat, die für ihn möglicherweise weder nützlich waren noch in einer Bereicherung resultiert haben. Dies mag für die Geschäftsführung im Notfall einen berechtigten Grund haben, für alle darüber hinausgehenden Fälle ist diese geschäftsführerfreundliche Haltung kritisch zu hinterfragen.<sup>682</sup>

Darüber hinaus gewährt das ABGB dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt der Aufwendung Zinsen für Barauslagen,<sup>683</sup> während der Geschäftsherr nach Art V.-3:101 Zinsen nur dann zur ersetzen hat, wenn der Geschäftsführer tatsächlich solche im Zuge der Geschäftsbesorgung entrichten musste.

---

<sup>678</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 902; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 4.  
<sup>679</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 903; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> Rz 4.

<sup>680</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 4, § 1037 Rz 3; zum Vergütungsanspruch siehe 2. Anspruch auf Vergütung (Art V. – 3:102).

<sup>681</sup> *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1747f.

<sup>682</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 972ff; *Koziol* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 107.

<sup>683</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4.

## 2. Anspruch auf Vergütung (Art V. – 3:102)

*V. – 3:102: Right to remuneration*

*(1) The intervener has a right to remuneration in so far as the intervention is reasonable and undertaken in the course of the intervener's profession or trade.*

*(2) The remuneration due is the amount, so far as reasonable, which is ordinarily paid at the time and place of intervention in order to obtain a performance of the kind undertaken. If there is no such amount a reasonable remuneration is due.*

Es stellt sich die Frage, ob dem Geschäftsführer neben einem Ersatz für getätigte Aufwendungen auch ein Anspruch auf Vergütung seiner Leistung zukommen soll. Hier beschränkt sich der DCFR mit Art V.-3:102 auf die Entlohnung von Geschäftsführern, für die die konkrete Tätigkeit in den Kreis der Angelegenheiten fällt, die zu ihrem Beruf oder Gewerbe gehören, soweit die Geschäftsbesorgung angemessen war. Diesen steht eine angemessene Vergütung zu.

Als Argument gegen einen Vergütungsanspruch könnte vorgebracht werden, dass der Geschäftsführer ja freiwillig tätig wird um jemand anderen zu begünstigen. Würde es dieser Begünstigungsabsicht nicht widersprechen, wenn der Geschäftsführer für seine Dienste entlohnt wird?<sup>684</sup> Würde eine alleinige Entlohnung von Fachmännern nicht dem Gleichbehandlungsgesetz widersprechen, wenn Laien keine Vergütung erhalten können?<sup>685</sup>

Die unterschiedliche Behandlung von Laien und Professionisten wird damit begründet, dass letzterem ein höherer Sorgfaltmaßstab obliegt. Er hat die Sorgfalt eines durchschnittlichen Fachmannes seiner Berufsgruppe aufzubringen, woraus ein erhöhter Haftungsmaßstab resultiert. Darüber hinaus gibt es bei professioneller Tätigkeit eine gewisse „Erfolgsgewähr“.<sup>686</sup> Zusätzlich sollen nach Ansicht der *Study Group* Fachleute zur Geschäftsführung motiviert werden, wozu Anreize, wie eine finanzielle Vergütung, gesetzt werden.<sup>687</sup> Auch wenn die Aussicht auf eine Remuneration nicht die Hauptmotivation des Geschäftsführers darstellen darf, so soll sie dennoch einen zusätzlichen Ansporn zum Einschreiten für Professionisten begründen. Wird der Geschäftsführer im Zeitpunkt des

---

<sup>684</sup> *Koziol* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 107; *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1748.

<sup>685</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3044; für *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1748 ist die Ungleichbehandlung, wenn sowohl der Laie als auch der Professionalist in überwiegender Begünstigungsabsicht handeln, nicht sachgerecht.

<sup>686</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3044f; vgl. *P. Huber*, Wegfall der Bereicherung 207.

<sup>687</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

Einschreitens nicht nur von der überwiegenden Motivation geleitet, einen anderen zu begünstigen, sondern von der Aussicht auf eine Vergütung, so liegt allerdings mangels überwiegender Begünstigungsabsicht keine *benevolent intervention in another's affairs* vor.<sup>688</sup>

Als weiteres Argument für den Vergütungsanspruch des Fachmanns wird in den *Comments* vorgebracht, dass ein Laie, der zur Geschäftsbesorgungsmaßnahme nicht fähig ist, als seinen Teil der GoA einen Fachmann mit der Ausführung betrauen würde, der dann seine Dienste in Rechnung stellen dürfte. Wenn nun gleich ein Fachmann als Geschäftsführer einschreitet, soll dieser ebenso einen Anspruch auf Entlohnung für seine Dienste haben.<sup>689</sup>

Von dieser Regelung sind nur Personen erfasst, die noch aktiv ihren Beruf ausüben und noch nicht im Ruhestand sind.<sup>690</sup> Eine Vergütung steht auch non-profit Organisationen, die professionelle Hilfe leisten, zu.<sup>691</sup>

## 2.1. Umfang der Vergütung

Der Anspruch auf Entlohnung umfasst nur jene Leistungen, die im Bezug auf ihre Art und ihren Umfang in einem vernünftigen Verhältnis zu den Maßnahmen stehen, die für die Geschäftsführung im Einzelfall notwendig waren.<sup>692</sup> So wie auch nach Art V.-3:101 nur für Aufwendungen Ersatz begehrt werden kann, die im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände als Geschäftsführungsmaßnahmen auch angemessen waren.<sup>693</sup> Die Leistungen, die von einem professionellen Geschäftsführer erbracht werden, dürfen damit das Notwendigste nicht überschreiten, sodass im Regelfall nur für Provisorialmaßnahmen eine Vergütung gebührt.<sup>694</sup> Für alle dieses Ausmaß überschreitende Leistungen kann allenfalls bei Vorliegen

---

<sup>688</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3044. Dies wird in Illustration 1 zu V.-3:102 an Hand eines Erbensuchers erläutert, der nach den Regelungen des V. Buches keinen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten hat, wenn der künftige Erbe nicht bereit ist mit ihm einen Vertrag abzuschließen, sondern, nach Preisgabe einiger Information durch den Erbensucher, selbst den Erblasser ausfindig macht und ihn beerbt. Der Erbensucher wird hier nicht in überwiegender Begünstigungsabsicht dem Geschäftsführer gegenüber tätig, sondern in der Absicht mit diesem eine entgeltliche vertragliche Verbindung einzugehen, für die er Vorbereitungsarbeiten leistet, indem er den Erben ausfindig macht; somit überwiegend eigene Interessen verfolgt. Damit versagt der Vergütungsanspruch nach Art V.-3:102. Diese Illustration ist angelehnt an die E BGH 23.9.1999, NJW 2000, 72, wonach dem Erbensucher auch nach deutschem Recht weder ein Anspruch aus GoA noch nach Bereicherungsrecht zusteht. Das Ergebnis wäre nach österreichischem Recht ein anderes. Der OGH anerkennt den gewerblichen Erbensucher als nützlichen Geschäftsführer nach § 1037 ABGB, dem auch ein Vergütungsanspruch zusteht (OGH 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w). Ausführlich dazu Meissel in FS Koziol 283; Fötschl, ERPL 2002, 550.

<sup>689</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

<sup>690</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

<sup>691</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

<sup>692</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

<sup>693</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3034.

<sup>694</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, A, 3045.

einer Bereicherung nach den Regelungen des VII. Buches Ersatz erlangt werden.<sup>695</sup> Ebenfalls nach dem VII. Buch kann jener Geschäftsführer Ersatz für seinen Arbeitsleistung erlangen, der als Laie tätig war und dessen Arbeitseinsatz zu einer Bereicherung des Geschäftsherrn geführt hat.

Die Leistung ist mit einer für die Branche üblichen Summe zu vergüten. Sollten für diese Art der Tätigkeit keine üblichen Preise oder Preislisten bestehen, so ist ein angemessenes Entgelt zu entrichten.<sup>696</sup> Bei der Bemessung sind immer auch die konkreten Bedingungen des Einzelfalls zu berücksichtigen (*general test of reasonableness*).<sup>697</sup>

## 2.2. Rechtslage in Österreich

Anders als im DCFR gibt es im ABGB keine eigene Bestimmung, die eine Entlohnung des Geschäftsführers vorsieht. Von Rsp<sup>698</sup> und Lehre<sup>699</sup> wird der Begriff der Aufwendungen, die im Rahmen der GoA zu ersetzen sind, so weit interpretiert, dass darunter unter Umständen auch eine Vergütung verstanden wird. § 1036 ABGB sieht einen Ersatzanspruch des Geschäftsführers für notwendige und zweckmäßige Aufwendungen im Rahmen einer Notgeschäftsführung vor. Liegt eine nützliche Geschäftsführung gem § 1037 ABGB vor, so werden ihm die Kosten ersetzt, die er zum überwiegenden Vorteil für den Geschäftsherrn eingesetzt hat. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob daher im Rahmen der GoA nur ein Anspruch auf Ersatz der tatsächlichen Auslagen besteht, oder ob auch eine Entlohnung gebührt. Nach stRsp<sup>700</sup> und hL<sup>701</sup> steht dem Geschäftsführer nur dann eine Vergeltung seiner Mühewaltung zu, wenn die verrichteten Arbeiten von ihm berufs- oder gewerbsmäßig ausgeübt werden.

§ 1036 ABGB selbst verweist für den Fall der Rettung einer fremden beweglichen Sache auf § 403 ABGB, wonach dem Geschäftsführer bei erfolgreicher Rettung zusätzlich

---

<sup>695</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, B, 3046.

<sup>696</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, B, 3046. Die Bestimmung über ein angemessenes Entgelt ist im Vergleich zu den PELBI in Absatz 2 hinzugekommen.

<sup>697</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:102, Comments, B, 3046.

<sup>698</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940

<sup>699</sup> v. Schey in FS Zitelmann 31ff; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 898f; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393.

<sup>700</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940; anders noch die ältere Judikatur, die die Mühewaltung nicht als ersatzfähigen Aufwand iSd § 1036 ABGB anerkannte und daher keinen Anspruch auf Vergütung gewährte; vgl dazu GIU 15.731; GIUNF 2950.

<sup>701</sup> v. Schey in FS Zitelmann 31ff; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 898f; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393.

zum Aufwandersatz ein Anspruch auf eine Belohnung, welche maximal 10% des Wertes der Sache ausmachen darf, gebührt.<sup>702</sup> Der historische Gesetzgeber verstand unter Aufwand wohl nur Aufwendungen i.e.S., also tatsächlich angefallene Kosten, weshalb der Einsatz der Arbeitskraft bei der Bergung einer fremden Sache zusätzlich entlohnt werden sollte.<sup>703</sup> Auch wenn die Rsp eine Analogie zu § 403 ABGB selbst bei der Rettung einer unbeweglichen Sache ablehnt,<sup>704</sup> so kommt, wie *Meissel* ausführt, in dieser Bestimmung eine gewisse Grundwertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, nämlich dass der Aufwandersatz den Ersatz der tatsächlich angefallenen Kosten betrifft, das Gesetz aber darüber hinaus einen Anspruch auf eine Belohnung, also eine Vergütung der Arbeitskraft kennt.<sup>705</sup> Wie kann nun abgesehen von dem Sonderfall des Bergelohnes ein Vergütungsanspruch des Geschäftsführers, der im Rahmen seines Berufes tätig geworden ist, begründet werden?

*Schey*<sup>706</sup> machte dafür die Wertungen des § 1004 ABGB nutzbar, dass „Dienstleistungen, die nach dem Berufe des Geschäftsführers zu seinem Gewerbe und Erwerbe gehören, nur gegen Entgelt angeboten und bestellt zu werden pflegen, daß daher in solchem Falle eine entsprechende Belohnung als ‚stillschweigend bedungen‘ gilt.“ Demnach sei auch einem Geschäftsführer ohne Auftrag, der eine berufsmäßige persönliche Leistung erbringt, ein entsprechendes Entgelt zu zahlen. *Stanzl*<sup>707</sup> führt diesen Gedanken weiter und folgert, dass daher nur dann eine Vergütung der Arbeitsleistung zusteht, „wenn die Geschäfte nur gerade durch diesen Geschäftsführer oder nur durch einen solchen berufsmäßigen Parteienvertreter, z.B. nur durch einen Rechtsanwalt, geführt werden konnten.“ Eine analoge Anwendung des § 1004 ABGB auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach *Meissel*<sup>708</sup> wohl nicht möglich, da dieser Bestimmung die Wertung zugrunde liegt, dass es eine Vereinbarung über die Geschäftsführung gibt und diese im Zweifel entgeltlich ist. Gänzlich anders ist die Lage bei der GoA, wo der Geschäftsherr vom Tätigwerden des Geschäftsführers nichts weiß und es daher auch kein schützenswertes Vertrauen des Vertragspartners in die Vergütung seiner Dienste geben kann.

Da wie bereits erwähnt, das Recht der GoA im ABGB keinen eigenen Anspruch auf Vergütung kennt, muss dieser dogmatisch entweder einen Aufwand darstellen oder geleistet

<sup>702</sup> Vgl OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259.

<sup>703</sup> *Meissel* in FS Koziol 310.

<sup>704</sup> OGH 1 Ob 835/54 SZ 27/279; aA *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 5 mit Verweis auf *Wilburg*, AcP 163, 364; krit *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1749.

<sup>705</sup> *Meissel* in FS Koziol 311.

<sup>706</sup> in FS Zitelmann 31ff; aA *Meissel*, GoA 194.

<sup>707</sup> in Klang IV/1<sup>2</sup>, 899.

<sup>708</sup> GoA 194f.

werden, weil dem Geschäftsführer durch die Geschäftsbesorgung ein Verdienst entgangen ist und der Einkommensverlust einen Schaden darstellt, der vom Geschäftsherrn ersetzt werden soll. Folgt man diesem schadenersatzrechtlichen Gedanken, so fragt sich, warum nur der professionelle Geschäftsführer einen Anspruch auf Entlohnung iSd Ersatzes des Einkommensverlustes hat. Diesen kann der als Laie tätige Geschäftsführer ebenso erleiden, weil er aufgrund der Geschäftsführung eigenen beruflichen Verpflichtungen oder Erwerbschancen nicht nachkommen konnte und ihm auf diese Weise ein Schaden entstanden ist.<sup>709</sup> *Meissel* illustriert dies an Hand des Beispiels eines Rechtsanwalts der Erste Hilfe leistet und der dafür zwei Stunden seiner Arbeitszeit aufgewendet und keinen Lohn für den Einsatz seiner Arbeitskraft bzw für den erlittenen Verdienstentgang bekommen soll, im Gegensatz zu einem Erste Hilfe leistenden Arzt in der gleichen Situation. Er tritt daher für eine Unabhängigkeit des Ersatzes des Verdienstentgangs von der Professionalität der Geschäftsführung ein.<sup>710</sup> Andererseits betont *Meissel* auch, dass Fachmänner unabhängig von einem konkret nachweisbaren Verdienstentgang eine Entlohnung erhalten sollten, allerdings nicht aufgrund des Schadenersatzrechtes, sondern als Abgeltung ihres Aufwandes. Die darin zugrunde liegende Wertung ist, dass nicht nur aufgewendete Güter und Geldleistungen einen Aufwand darstellen, sondern auch der Einsatz einer vermögenswerten Arbeitsleistung.<sup>711</sup> Die Professionalität des Geschäftsführers kann daher nur Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit und die Höhe des Einkommensverlustes haben.<sup>712</sup>

Für die hL und Rsp stellt daher auch ein Zeitaufwand einen ersatzfähigen Aufwand nach § 1036 ABGB dar, der ersetzt werden muss, soweit in dieser Zeit Erwerbsentgang eingetreten ist.<sup>713</sup> Ist die erbrachte Leistung eine berufsmäßig persönliche Leistung, so ist dafür auch Aufwandersatz geschuldet, wobei hier die Vermutung für einen anderweitigen Erwerbsentgang spricht, sodass letztendlich häufig Entlohnung geschuldet ist.<sup>714</sup> Ein solcher Verdienstentgang kann einen Vermögensschaden darstellen, weil der Geschäftsführer Zeit

---

<sup>709</sup> *Meissel* in FS Koziol 308.

<sup>710</sup> *Meissel* in FS Koziol 308; *derselbe*, GoA 196f; Für die Unabhängigkeit der Ersatzfähigkeit der Arbeitsleistung vom „Zufall“ der Berufsbezogenheit schon *Dorn*, JZ 1964, 94; *Ch. Huber*, Schadensberechnung 208f; Vergleichsweise kann in Deutschland Verdienstausfall geltend gemacht werden unabhängig davon, ob die geschäftsführende Tätigkeit selbst der unterbrochenen beruflichen Tätigkeit gleichartig ist oder nicht vgl. *Bergmann* in *Staudinger*, Neubearb. 2006, § 683 Rz 55.

<sup>711</sup> *Meissel* in FS Koziol 309; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5.

<sup>712</sup> *Meissel* in FS Koziol 308.

<sup>713</sup> Für einen generellen Ersatz des Zeitaufwandes, sofern Verdienstentgang eingetreten ist wohl auch *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Koziol* in *KBB*<sup>3</sup> § 1036 Rz 4.

<sup>714</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10; OGH 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940.

aufwenden muss, wodurch ihm eine Erwerbschance entgangen ist oder er bewusst darauf zum Wohle des Geschäftsherrn verzichtet hat.

In stRsp<sup>715</sup> hat sich daher faktisch ein Entlohnungsanspruch des Geschäftsführers, der in Ausübung seines Berufes oder Gewerbes tätig wird, sowohl bei notwendiger als auch bei nützlicher Geschäftsführung, entwickelt.

Wie *Meissel*<sup>716</sup> anführt, geht es dabei nicht um eine Kommerzialisierung der GoA. Oftmals werden va Laien bei kleineren, alltäglichen Handlungen gar nicht in der Absicht tätig, dafür eine Gegenleistung zu erhalten (*animus donandi*). Wird mit *animus recipiendi* gehandelt, so soll es aber die Möglichkeit geben, für seine Arbeitskraft eine entsprechende Vergütung zu erlangen. Es geht vor allem darum den Einsatz der eigenen Arbeitskraft ebenso als ersatzfähigen Aufwand zu verstehen wie den Einsatz anderer Vermögensgüter.<sup>717</sup> Ist man bei der Gewährung des Ersatzes der Mühewaltung großzügiger, so ist zu überlegen, in welchem Umfang dieser zu gewähren ist. Grundsätzlich ist der tatsächlich erlittene Verdienstentgang zu ersetzen. Nach *Meissel* ist bei der nützlichen Geschäftsführung für die Bemessung der Vergütung der Wert der eingesetzten Arbeit maßgeblich und nicht der dabei erzielte Nutzen.<sup>718</sup>

### 2.3. Stellungnahme

Vergleicht man die Regelung des Art V.-3:102 mit der Rechtslage in Österreich zum Anspruch auf Vergütung des Geschäftsführers, so ist dabei ein grundsätzlicher systematischer Unterschied zu beachten. Im DCFR gibt es eine eigene Regelung für den Ersatz des konkret getätigten Aufwandes des Geschäftsführers, worunter nur der Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen, sei es Geldleistung oder sonstiger Gütereinsatz, fällt, und eine eigene Bestimmung, die zusätzlich einen Anspruch auf eine Vergütung für professionell tätige

<sup>715</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940; anders noch die ältere Judikatur, die die Mühewaltung nicht als ersatzfähigen Aufwand iSd § 1036 ABGB anerkannt und daher keinen Anspruch auf Vergütung gewährte; vgl dazu GIU 15.731; GIUNF 2950; krit *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 394, wonach die Zulässigkeit einer Vergütung bei nützlicher Geschäftsführung noch fragwürdiger sei als bei jener nach § 1036 ABGB.

<sup>716</sup> GoA 197.

<sup>717</sup> *Meissel*, GoA 197.

<sup>718</sup> *Meissel* in FS *Koziol* 310 zum Bsp des Erbenschülers; vgl auch *Kodek*, ÖJZ 2009, 202: Würde der Genealoge im Verlassenschaftsverfahren vom Gerichtskommissär beigezogen, so hätte er als Sachverständiger einen Gebührenanspruch nach § 34 GebAG. Demnach hat der Genealoge einen erfolgsunabhängigen Anspruch auf eine angemessene Entlohnung. Allerdings richtet sich diese nicht nach einer prozentmäßigen Beteiligung am Wert der Verlassenschaft. *Kodek* empfiehlt eine Entlohnung nach Stundensätzen. Dies würde dem Vorschlag *Meissels* entsprechen, den Erbenschüler nach seinen tatsächlichen Aufwendungen zu entlohnen (*Meissel* in FS *Koziol* 310); krit auch *Wilhelm*, ecolex 2009, 457.

Geschäftsführer vorsieht. Nur dieser hat daher einen Anspruch auf „Aufwandersatz“ für seine persönliche Arbeitsleistung.

Das ABGB allerdings kennt in §§ 1036 f nur den Ersatz des Aufwandes, wobei unter Aufwand im engeren Sinn nur die angefallenen Kosten der Geschäftsführung zu verstehen sind. Nun haben Rsp und Lehre den Begriff der Aufwendungen weit interpretiert und demnach ist auch ein Zeitaufwand, sofern in dieser Zeit ein Verdienstentgang entstanden ist - das wird bei professioneller Tätigkeit vermutet -, zu ersetzen. Wie bereits erwähnt, kann daran kritisiert werden, dass auch ein Geschäftsführer, für den die Geschäftsbesorgung keine berufliche Tätigkeit darstellt, auch einen Verdienstentgang erleiden kann und es stellt sich die Frage, warum dieser nicht ersetzt werden soll. Andererseits kann der Entlohnungsanspruch des in Ausübung seines Berufes handelnden Geschäftsführers auch damit begründet werden, dass er seine vermögenswerte Arbeitskraft einsetzt, die als Aufwand zu ersetzen ist und ihm aus diesem Grund eine Entlohnung dafür gebührt.

Somit ist der Begriff des Aufwands nach ABGB ein anderer und viel weiterer als nach Art V.-3:101, da der DCFR einen eigenen Vergütungsanspruch des Geschäftsführers auf Basis des Art.-3:102 kennt und daher die eigene Arbeitskraft und die aufgewendete Zeit nicht unter den Begriff des Aufwands iSd DCFR fallen. Dies macht auch im Bezug auf den Umfang der dem Geschäftsführer zustehenden Leistungen einen Unterschied, da dem Geschäftsführer nach ABGB der Zeitaufwand ersetzt wird, soweit er einen Verdienstentgang erlitten hat. Dieser steht ihm unabhängig von einem zusätzlichen Entlohnungsanspruch eines professionellen Geschäftsführers zu. Der Geschäftsführer hat hingegen nach den Regelungen des V. Buches keinen Anspruch auf Ersatz des bloßen Zeitaufwands, selbst wenn er einen Einkommensverlust erlitten hat, weil dies als bloßer Vermögensschaden gesehen wird, der nicht ersatzfähig ist. Gehört die Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn daher zur Ausübung seines Berufes, mag de facto zwischen DCFR und ABGB kein Unterschied bestehen, für einen Laien kann der „Aufwandersatz“ aber erheblich differenzieren. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch der Laie für seine Arbeitsleistung nach dem VII. Buch Ersatz verlangen kann, wenn dadurch beim Geschäftsherrn eine Bereicherung eingetreten ist.<sup>719</sup> Hat der Geschäftsführer aber lediglich einen Verdienstentgang erlitten, so stellt dies einen nach dem V. Buch nicht ersatzfähigen bloßen Vermögensschaden dar,<sup>720</sup>

---

<sup>719</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3036.

<sup>720</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3053.

welcher nach dem VI. Buch idR mangels Verschulden seitens des Geschäftsherrn zu keinem Ersatz führt.

Darüber hinaus kritisiert *Jansen*<sup>721</sup> zu Recht an der Konzeption des Vergütungsanspruchs in Art V.-3:102, dass dieser erfolgsunabhängig gewährt wird, solange die Arbeitsleistung in vernünftiger Weise erbracht wird und das Notwendigste nicht überschreitet. An dieser Stelle sei es sinnvoll einen Vergleich zum Vertragsrecht zu ziehen, ob dort ein Entgelt erfolgsabhängig oder –unabhängig gebührt. *Jansen* erläutert dies an Hand eines Bsp, indem er die Tätigkeit eines Arztes bei einer Notoperation mit der eines Dachdeckermeisters vergleicht. Nur im ersten Fall gebührt unabhängig von einem erfolgreichen Ausgang der Operation ein Entgelt, da der Geschäftsherr in jedem Fall durch die Operation bereichert wäre. Führt hingegen ein Dachdeckermeister eine Notreparatur an einem Dach im Zuge einer GoA durch, so ist der Geschäftsherr nur dann bereichert und hat einen Vorteil aus der Geschäftsbesorgung, wenn diese auch erfolgreich war. Damit ließen sich auch Wertungsdifferenzen zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Bereicherungsrecht vermeiden. *Jansen* geht in diesen Punkt sogar einen Schritt weiter, da er im Bezug auf den Aufwandersatz dann die GoA neben einem modernen Bereicherungsrecht für entbehrlich hielte.<sup>722</sup> Des Weiteren schlägt er für die Vergütung eine vertragsrechtliche Lösung vor, sodass es in diesem Bereich einen Gleichklang mit dem Vertragsrecht geben sollte. Konsequenterweise stünden dem Geschäftsherrn dann auch Ansprüche aus Gewährleistung und sonstigen Leistungsstörungen zu, soweit der Geschäftsführer für seine Tätigkeit ein Entgelt erhält.<sup>723</sup> Eine vertragsrechtliche Lösung erinnert stark an das alte Modell eines Quasikontraktes bei der GoA, bei dem ein Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen fingiert wurde.<sup>724</sup> Soweit dies auch im Bezug auf die Vertragsfreiheit und Parteienautonomie problematisch sein mag, so lassen sich durch diesen Ansatz im Bezug auf die Erfolgsabhängigkeit bzw. –unabhängigkeit Wertungswidersprüche zum Bereicherungsrecht vermeiden, da ein genereller erfolgsunabhängiger Entlohnungsanspruch für den professionellen Geschäftsführer zu unbilligen Ergebnissen im Vergleich zum Vertragsrecht führen kann. Diese Komponente sollte daher bei der Gewährung einer Vergütung berücksichtigt werden.

---

<sup>721</sup> ZEuP 2007, 973.

<sup>722</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 974.

<sup>723</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 976ff.

<sup>724</sup> Vgl C. Vorentwürfe zum ABGB.

Ein klarer Vorteil des DCFR ist es allerdings, dass es eine eindeutige Regelung bezüglich des Umfangs der Vergütung gibt, auch wenn *Rudolf* Art V.-3:102 dahingehend kritisiert, dass nur dem professionellen Geschäftsführer ein Anspruch auf Entlohnung gewährt wird.<sup>725</sup> Ebenso sinnvoll ist die grundsätzliche Unterteilung der Ansprüche des Geschäftsführers in jene auf Freistellung, Aufwandersatz und Vergütung, da diese im Vergleich zum ABGB klarer und übersichtlicher ist und die Rechtsanwendung erleichtert.

---

<sup>725</sup> *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1749.

### 3. Anspruch auf Schadenersatz (Art V.-3:103)

#### *V. – 3:103: Right to reparation*

*An intervener who acts to protect the principal, or the principal's property or interests, against danger has a right against the principal for reparation for loss caused as a result of personal injury or property damage suffered in acting, if:*

- (a) the intervention created or significantly increased the risk of such injury or damage; and*
- (b) that risk, so far as foreseeable, was in reasonable proportion to the risk to the principal.*

Diese Bestimmung dient dem Schutz des Geschäftsführers, da derjenige, der mit überwiegender Absicht eingreift um einen anderen zu begünstigen und dabei selbst einen Schaden erleidet, daraus keinen Nachteil tragen soll. Laut den Verfassern des DCFR war für den Ersatz der aus der Geschäftsbesorgung resultierenden Schäden eine eigene Bestimmung erforderlich, weil von Art V.-3:101 nur der Ersatz von Schäden an Gütern des Geschäftsführers erfasst ist, die für die Geschäftsführung notwendig waren und die dieser freiwillig dafür eingesetzt hat. In Art V.-3:103 hingegen wird der Ersatz von Schäden an Gütern geregelt, die unfreiwillig durch die Geschäftsbesorgung beeinträchtigt wurden, sog Begleit- oder Nothilfeschäden, und die daher vom Anwendungsbereich des Art V.-3:101 nicht umfasst sind.<sup>726</sup>

Da im Rahmen dieses Schadenersatzanspruches auch die Interessen des Geschäftsherrn zu berücksichtigen sind, sind nur Schäden ersatzfähig, die sich aus der Verwirklichung eines typischen Risikos ergeben, welches mit der konkreten Geschäftsführung verbunden ist. Realisieren sich andere generelle Lebensrisiken, so sind diese Schäden nach dieser Bestimmung nicht ersatzfähig.<sup>727</sup> Darüber hinaus sind nur jene Schäden vom Ersatz nach Art V.-3:103 erfasst, die der Geschäftsführer dadurch erlitten hat, dass er den Geschäftsherrn, dessen Eigentum oder seine Interessen vor einer Gefahr im Notfall bewahrt hat.<sup>728</sup> Die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn kann durch die folgenden Art V.-3:104 und V.-3:105 gemindert werden oder sogar gänzlich entfallen.<sup>729</sup> Sollten Versicherungen oder staatliche Versicherungssysteme aufgrund einer gesetzlichen

---

<sup>726</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052.

<sup>727</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052.

<sup>728</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3054.

<sup>729</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052.

Bestimmung für den Schaden des Geschäftsführers aufkommen müssen, so kann dies uU zur Reduktion der Ersatzpflicht des Geschäftsherrn nach Art V.-3:104 führen.<sup>730</sup>

Sollte der Geschäftsführer auch nach den allgemeinen Regelungen des VI. Buches Anspruch auf Schadenersatz haben, so kann sich dieser des für ihn vorteilhafteren Rechtsbehelfes bedienen.<sup>731</sup> Im Gegensatz zu Art V.-2:102, der für den Fall des Schadenersatzes bei Pflichtverletzung durch den Geschäftsführer einen GoA-spezifischen Schadenersatzanspruch als *lex specialis* zu den Ansprüchen nach dem VI. Buch gewährt, stehen dem Geschäftsführer hier alternativ Art V.-3:103 und ein Anspruch nach dem VI. Buch zur Verfügung.<sup>732</sup> Zu beachten ist allerdings, dass der Schadenersatzanspruch nach dem VI. Buch im Gegensatz zu der vorliegenden Regelung ein Verschulden des Geschäftsherrn an den zu ersetzenen Schäden erfordert.

### 3.1. Anspruchsvoraussetzungen

#### 3.1.1. Schaden (*Legally relevant damage*)

Ersatzfähig nach Art V.-3:103 sind körperliche Schäden, Eigentumsschäden und daraus resultierende Folgeschäden. Bloße Vermögensschäden werden nicht ersetzt. Auch der bloße Zeitaufwand wird grundsätzlich nicht ausgeglichen, auch wenn der Geschäftsführer in dieser Zeit einen Verdienstentgang erlitten hat.<sup>733</sup>

Personenschäden und daraus resultierende Schäden sind in Art VI.-2:201 definiert. Davon erfasst sind Heilungskosten, inkl Kosten, die aus einer angemessenen Pflege der verletzten Person einem Dritten entstanden sind. Darüber hinaus sind immaterielle Schäden wegen einer psychischen Beeinträchtigung nur zu ersetzen, wenn diese einen Krankheitswert aufweisen. Schäden an beweglichen oder unbeweglichen Gütern, die im Eigentum des Geschäftsführers stehen, werden ebenso ersetzt. Definiert wird der Umfang der ersatzfähigen Güter in Art VI.-2:206, demnach sind Schäden an Gütern zu ersetzen, wenn der Eigentümer im Gebrauch derselben eingeschränkt oder desselben beraubt wurde, sowie jeder nachteilige Eingriff in das Eigentumsrecht. Der Geschäftsherr haftet auch den Erben des Geschäftsführers im Umfang des Art VI.-2:202, wenn dieser im Rahmen der Geschäftsbesorgung verstirbt.<sup>734</sup>

<sup>730</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052. S zur österreichischen Rechtslage 4.3.3. Regress des Sozialversicherungsträgers.

<sup>731</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052.

<sup>732</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, A, 3052.

<sup>733</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3053

<sup>734</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3053.

Diese Bestimmungen werden für einen Schadenersatzanspruch nach Art V.-3:103 analog angewendet.

### 3.1.2. Kausalität und Risiko (*Accountability*)

Es muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem erlittenen Schaden und der Geschäftsbesorgungshandlung als Voraussetzung für einen möglichen Schadenersatzanspruch vorliegen.<sup>735</sup> Darüber hinaus muss das Risiko, dass ein solcher Schaden eintritt, durch die Geschäftsführungsmaßnahme geschaffen oder gesteigert worden sein und darf daher nicht die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellen (Art V.-3:103 (a)). Das Risiko muss auch, soweit vorhersehbar, in einem angemessenen Verhältnis zu der für den Geschäftsherrn vorhandenen Gefahr stehen. Der Einsatz und die Aufopferung eines höherwertigen Rechtsgutes zur Rettung eines geringwertigeren sind daher nicht ersatzfähig.<sup>736</sup> Das Risiko, dass der Geschäftsführer zwar eine vernünftige, aber in der konkreten Situation unrichtige, Einschätzung der Situation vornimmt, trägt der Geschäftsherr.<sup>737</sup> Eine Mitschuld des Geschäftsführers am Schaden ist zu berücksichtigen.<sup>738</sup>

### 3.1.3. Kein Verschulden

Im Gegensatz zum allgemeinen Schadenersatzrecht nach dem VI. Buch enthält Art V.-3:103 einen vom Verschulden des Geschäftsherrn unabhängigen Schadenersatzanspruch.<sup>739</sup> Dieser ist nur dann gegeben, wenn der Schaden im Rahmen einer Geschäftsführung im Notfall entstanden ist, dh der Schaden muss aus einer Situation resultieren, in der der Geschäftsführer gehandelt hat, um die Person, das Eigentum oder andere Interessen des Geschäftsherrn vor einer Gefahr zu schützen. Eine Gefahr besteht dann, wenn eine Situation aller Wahrscheinlichkeit nach ohne Einschreiten eines anderen einen negativen Ausgang nehmen würde.<sup>740</sup>

## 3.2. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Der Geschäftsführer kann Schadenersatz für während der Geschäftsführung erlittene Schäden ebenso wie nach dem VI. Buch des DCFR im Rahmen der Verschuldenshaftung

<sup>735</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3054.

<sup>736</sup> Fitz, Risikozurechnung 100 schildert dazu einen Fall, dass jemand sich in den Kampf zweier Hunde einmischt um den, den es an den Kragen zu gehen droht, zu retten. Anders wäre der Fall gelagert, wenn es darum ginge ein Kleinkind vor einem Hund zu retten.

<sup>737</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3055.

<sup>738</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3055.

<sup>739</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3056. Nach Art VI.-2:202 sind ua die Begräbniskosten zu tragen, sowie Unterhaltsleistungen zu ersetzen, wenn der Geschäftsführer unterhaltspflichtig war.

<sup>740</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3054.

nach §§ 1293 ff ABGB geltend machen.<sup>741</sup> Eine Art V.-3:103 entsprechende Regelung für einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch kennt das ABGB hingegen nicht, weshalb der Ersatz von Nothilfeschäden in Österreich umstritten ist.<sup>742</sup> Literatur und Rsp schlagen hierfür unterschiedliche Wege vor. Eine zusätzliche Streitfrage ist, ob dieser Schadenersatzanspruch nur im Falle einer Notgeschäftsführung zusteht oder, ob auch bei nützlicher Geschäftsführung nach § 1037 ABGB ein Ersatz gebührt. Ähnlich wie auch im DCFR stellt sich dabei die grundsätzliche Frage, welche Art von Schäden im Falle einer notwendigen oder nützlichen GoA ersetzt werden sollen.

Der Aufwandersatz und die Entlohnung wurden bereits in vorangegangenen Kapiteln behandelt, weshalb nun auf zufällige, während der Geschäftsführung erlittene, also tätigkeitsspezifische Schäden, einzugehen ist.

### 3.2.1. Risikozurechnung und Haftung

Nach der Lehre von der Risikohaftung ist zu fragen, ob durch die Tätigkeit im fremden Interesse und zu fremden Nutzen ein Risiko geschaffen oder vergrößert wurde und ob dies einen Grund für eine Schadensüberwälzung auf den Geschäftsherrn darstellen kann. Schäden, die zwar im Rahmen der Geschäftsführung entstanden sind, aber eigentlich eine Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellen, sind ebenso wenig wie nach Art V.-3:103 ersatzfähig. Demnach hätte ein herzkranker Geschäftsführer keinen Anspruch gegenüber dem Geschäftsherrn, wenn er bei der Geschäftsführung einen Herzinfarkt erleidet, da das Infarktrisiko für einen schwer herzkranken Menschen ein allgemeines Lebensrisiko darstellt, das unabhängig von der konkreten Geschäftsführungsmaßnahme besteht.<sup>743</sup>

Das grundsätzliche Problem bei der Haftung des Geschäftsherrn bei der GoA ist, dass der Geschäftsherr den Geschäftsführer anders als bei einem Auftrag nicht willentlich der auftragstypischen Gefahr aussetzt. Dieses Argument kann aber damit entkräftet werden, dass die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn liegen muss und darüber hinaus auch seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen muss, anderenfalls die Regelungen der GoA gar nicht zur Anwendung gelangen und somit auch keine Haftung des Geschäftsherrn entstehen kann. Eine Zurechnung zum Willen des Geschäftsherrn ist demnach möglich.<sup>744</sup> Zu beachten ist allerdings, dass im Unterschied zum Auftrag die potenziellen

<sup>741</sup> OGH 2 Ob 15/05b; 4 Ob 17/00d.

<sup>742</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; Apa<sup>th</sup> in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 13; Riedler, ZR IV SchRBT GesSch<sup>3</sup> Rz 15/5; Fitz, Risikozurechnung 23ff.

<sup>743</sup> Meissel, GoA 188f; Fitz, Risikozurechnung 88f; Canaris, RdA 1966, 43.

<sup>744</sup> Fitz, Risikozurechnung 98; Canaris, RdA 1966, 43.

Schäden bei der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn nicht vorhersehbar sind, weshalb er keine Möglichkeit hat, sich gegen den drohenden Schaden zu versichern oder andere Vorkehrungen zu treffen. Dies stellt zwar keinen Grund dafür dar, dem Geschäftsführer jeglichen Schadenersatzanspruch zu versagen, kann jedoch allenfalls bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen sein, wie dies bspw in der Rechtsprechung im Rahmen einer Billigkeitshaftung geschieht.<sup>745</sup>

### 3.2.1.1. Rechtsprechung

Der OGH<sup>746</sup> gewährt im Falle einer Notgeschäftsführung nach § 1036 ABGB dem Geschäftsführer eine angemessene Entschädigungsleistung nach Billigkeit analog zu §§ 1306a und 1310 ABGB, wobei hervorgehoben wird, dass eine gesetzliche Pflicht zur Hilfeleistung (zB § 95 StGB oder § 21 Abs 3 TierärzteG) bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA nicht ausschließt. Der OGH bejaht zwar ebenso wie die Lehre das Vorliegen einer planwidrigen Lücke, denn alleine aus dem Umstand, dass § 1036 ABGB im Vergleich zu §§ 1014 ff ABGB keinen Schadenersatzanspruch vorsieht, sei nicht der Umkehrschluss zu ziehen, dass dem Geschäftsführer keine zufälligen Schäden zu ersetzen seien. Es sei vielmehr „in wertender Betrachtung die Gesetzeslücke im Wege der Analogie zu schließen.“<sup>747</sup> Entgegen der hL<sup>748</sup> lehnt der OGH allerdings eine analoge Anwendung des § 1014 ABGB auf Nothilfeschäden ab, mit der Begründung, dass der Geschäftsführer bei der GoA ja vom Geschäftsherrn nicht willentlich der geschäftstypischen Gefahr ausgesetzt wurde und der Geschäftsherr daher keinen Einfluss darauf hat, ob und wie der Geschäftsführer seine Maßnahmen zur Beseitigung der Notlage setzt. Nach der Rsp<sup>749</sup> sei in Anlehnung an die Wertungen der §§ 1015, 1043 und 967 ABGB eine angemessene Entschädigung im Rahmen einer Billigkeitshaftung analog zu §§ 1306a und 1310 ABGB zu gewähren. Es ist demzufolge im Einzelfall zu beurteilen, wie hoch der Anspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn auf eine angemessene Entschädigung ist. Dabei ist insbesondere auf „das Verhältnis zwischen der dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr und dem vom Geschäftsführer eingegangenen Risiko, die Art und die Höhe der Schäden des Geschäftsführers, eine Mitwirkung an der Entstehung der Gefahrenlage sowie

<sup>745</sup> *Fitz*, Risikozurechnung 98. S sogleich 3.2.1.1. Rechtsprechung.

<sup>746</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömmmer/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*) = *anonym*, RdW 1995, 461; OGH 2 Ob 2325/96f; RIS-Justiz RS0054792.

<sup>747</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömmmer/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*).

<sup>748</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 394; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 900; *B. A. Oberhofer*, JBI 1995, 218; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 55.

<sup>749</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömmmer/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*).

die wirtschaftliche Tragfähigkeit Bedacht zu nehmen.“<sup>750</sup> Für die Bemessung von Gefahr und Schaden hat eine ex-post Betrachtung statzufinden.<sup>751</sup> Im Rahmen der Billigkeitshaftung ist bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit neben Einkommen und Vermögen beider Parteien auch das Vorhandensein einer Versicherungsdeckung zu berücksichtigen.<sup>752</sup>

Ob und in welchem Umfang dem nützlichen Geschäftsführer nach § 1037 ABGB ein Anspruch auf Schadenersatz zusteht, wurde vom OGH bisher noch nicht entschieden.

### 3.2.1.2. Lehre

Die hL gewährt dem Nothilfe leistenden Geschäftsführers in Analogie zu § 1014 letzter HalbS 2. Fall ABGB einen Schadenersatzanspruch für im Rahmen der Geschäftsführung erlittene Schäden.<sup>753</sup>

Die Lehre spricht sich auch im Zusammenhang mit Schäden, die der Geschäftsführer im Rahmen einer nützlichen Geschäftsführung nach § 1037 ABGB erlitten hat, für einen Ersatzanspruch analog zu § 1014 ABGB aus. Dieser Anspruch ist allerdings begrenzt mit der Höhe der durch die Geschäftsführung erlangten Vorteile des Geschäftsherrn.<sup>754</sup>

§ 1014 ABGB regelt den Ausgleichsanspruch des Beauftragten gegenüber seinem Auftraggeber für alle mit der Auftragsausführung verbundenen Nachteile. Davon sind drei unterschiedliche Ansprüche erfasst, (1) der, uU zu bevorschussende, Anspruch auf Aufwandersatz, (2) jenen, auf verschuldensabhängigen Schadenersatz und zuletzt auch (3) den verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz der tätigkeitsspezifischen Schäden. Letzterer stellt die sog „Risikohaftung“ dar.<sup>755</sup>

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Aufwendungen „als willentlich getätigte Vermögensopfer“ und den Schäden, die der Geschäftsführer als

---

<sup>750</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömer/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*).

<sup>751</sup> *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1306a Rz 12.

<sup>752</sup> *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1310 Rz 9.

<sup>753</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 394; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 900; *B. A. Oberhofer*, JBl 1995, 218; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 55; diff *Maurer*, Die Haftung für Schäden von Rettungskräften 39f; dagegen *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 718.; *Meissel*, GoA 190f schlägt eine Einzelanalogie zu § 967 Satz 2 ABGB vor.

<sup>754</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 5; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 56; *Fitz*, Risikozurechnung 99; *B. A. Oberhofer*, JBl 1995, 220. Allerdings nicht aus dem Gedanken der Risikohaftung, sondern aus allgemeinen schadenersatz- bzw bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Der Geschäftsherr soll nicht nur die Vorteile aus einem Geschäft einstreifen und sondern auch die damit verbundenen Nachteile auf Seiten des Geschäftsführers tragen.

<sup>755</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1014 Rz 1; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 2.

unfreiwillige Nachteile bei der GoA erlitten hat,<sup>756</sup> denn nur letztere sind vom Anwendungsbereich des Art V.-3:103 erfasst und ihr Ersatz soll nun im Rahmen der Risikohaftung näher betrachtet werden.

Die nach § 1014 ABGB ersatzfähigen Schäden decken sich mit dem Schadensbegriff der §§ 1293 ff ABGB. Es sind daher positive Schäden zu ersetzen, weshalb bei Beschädigung oder Zerstörung einer Sache nicht nur die Wertminderung, sondern auch alle Aufwendungen zur Schadensbeseitigung zu ersetzen sind. Ebenso kann dem Geschäftsführer ein Schmerzengeld gebühren.<sup>757</sup> Nach der hA ist der entgangene Gewinn nicht zu ersetzen.<sup>758</sup>

Nach der Risikohaftung hat der Geschäftsherr dem Geschäftsführer gemäß § 1014 letzter HalbS 2. Fall nur tätigkeitsspezifische Schäden zu ersetzen, also jene Schäden, die durch die Geschäftsführung adäquat verursacht wurden und bei denen sich jenes Risiko verwirklicht hat, das für die konkrete Maßnahme typisch ist.<sup>759</sup>

Ein Ersatz der Begleitschäden in Anlehnung an die Lehre in Österreich würde demnach dem Modell des Art V.-3:103 weitgehend entsprechen. Es wäre daher auch für das österreichische Recht vorteilhaft eine solche Regelung in den Bestand des GoA-Rechts aufzunehmen um Unsicherheiten im Hinblick auf den Ausgleich von Nothilfeschäden zu beseitigen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass nach Art V.-3:103 nur Schäden ersetzt werden, die in einer Notfallssituation entstanden sind,<sup>760</sup> wobei es zu bedenken gilt, dass im Unterschied zum ABGB ein Notfall nicht nur dann vorliegt, wenn die Einwilligung des Geschäftsherrn vor der Geschäftsführung nicht mehr eingeholt werden kann.<sup>761</sup> Es würde demnach nicht in allen Anwendungsfällen des § 1037 ABGB zu einem Ersatz der Schäden des Geschäftsführers kommen, die dieser zufällig dabei erlitten hat. Die Lehre<sup>762</sup> vertritt in diesem Zusammenhang eine analoge Anwendung des § 1014 ABGB, allerdings ist der Ersatzanspruch begrenzt mit dem tatsächlich erlangten Vorteil aus der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn. In diesem Punkt wäre der nützliche Geschäftsführer im Vergleich zu der von der Lehre vertretenen Ansicht fallweise schlechter gestellt als bisher nach ABGB.

---

<sup>756</sup> Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 2; vgl zur Unterscheidung Aufwand und Schaden Canaris, RdA 1966, 42; F. Bydlinski, Risikohaftung 8; Faber, Risikohaftung 83ff.

<sup>757</sup> Fitz, Risikozurechnung 93ff.

<sup>758</sup> Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 27; F. Bydlinski, Risikohaftung 92f; Faber, Risikozurechnung 195ff.

<sup>759</sup> Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 21.

<sup>760</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:103, Comments, B, 3054.

<sup>761</sup> S näher 1.11.2. Vernünftiger Grund.

<sup>762</sup> Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 3; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 5.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich, abgesehen von der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit von Nothilfeschäden, weitere Parallelen zur Risikohaftung nach österreichischem Recht und Art V.-3:103 aufzeigen lassen. Allgemein abgelehnt wird der Ersatz von Schäden, die eine Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellen. Des Weiteren sollen nur Schäden ersetzt werden, die der Geschäftsführer erlitten hat, weil sich ein konkretes, typisches Risiko der Geschäftsführung verwirklicht hat. Da die Risikohaftung nach ABGB und auch der Anspruch nach Art V.-3:103 als Billigkeitshaftungen ausgestaltet sind, soll im Folgenden näher auf eine mögliche Minderung oder einen Ausschluss der Haftung aus Gründen der Billigkeit eingegangen werden.

#### 4. Minderung oder Ausschluss der Ansprüche des Geschäftsführers (Art V.-3:104)

*V. – 3:104: Reduction or exclusion of intervener's rights*

*(1) The intervener's rights are reduced or excluded in so far as the intervener at the time of acting did not want to demand indemnification, reimbursement, remuneration or reparation, as the case may be.*

*(2) These rights are also reduced or excluded in so far as this is fair and reasonable, having regard among other things to whether the intervener acted to protect the principal in a situation of joint danger, whether the liability of the principal would be excessive and whether the intervener could reasonably be expected to obtain appropriate redress from another.*

Im Anschluss an die Ansprüche des Geschäftsführers nach Art V.-3:101-Art V.-3:103 regelt Art V.-3:104 eine mögliche Minderung oder einen Ausschluss dieser Ansprüche, wenn der Geschäftsführer mit *animus donandi* tätig geworden ist oder wenn eine Reduktion der Haftung der Billigkeit entsprechen würde.

##### 4.1. Handeln mit *animus donandi* und damit verbundene Fälle

Diese Bestimmung existiert in dieser oder ähnlicher Art in verschiedenen Rechtsordnungen Europas und wurde aus Gründen der Rechtssicherheit eingeführt.<sup>763</sup> Handelt jemand in Schenkungsabsicht (*animus donandi*), so hat er keinen Anspruch auf Aufwandersatz. Sollte sich dieser Wille nur auf bestimmte Gegenleistungen beziehen, so ist zu überprüfen, ob der Geschäftsherr dem Geschäftsführer einen Teil der Auslagen zu ersetzen hat.<sup>764</sup> Ebenso ist es möglich, dass sich die Schenkungsabsicht des Geschäftsführers nur auf den Aufwandersatz, nicht jedoch auf andere Ansprüche, wie zB Schadenersatz bezieht. In diesen Fällen ist durch die Auslegung (Art II.-8:101 und Art II.-8:102) zu ermitteln, mit welcher Absicht der Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Einschreitens tätig geworden ist.<sup>765</sup>

Art V.-3:104 (1) stellt keinen Anspruchsverzicht des Geschäftsherrn dar, da dieser von Beginn seiner Tätigkeit an mit der Absicht handelt, für bestimmte oder sämtliche erbrachten Leistungen keine Gegenleistung zu verlangen. Damit entsteht erst gar kein Anspruch auf eine Gegenleistung, auf den verzichtet werden kann.<sup>766</sup>

---

<sup>763</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, A, 3060.

<sup>764</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, A, 3060.

<sup>765</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, A, 3060.

<sup>766</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, A, 3060.

Abgesehen von den Ansprüchen des Geschäftsführers auf Aufwandersatz, Vergütung oder Schadenersatz, finden die übrigen Bestimmungen des V. Buches, insbesondere jene, die die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn regeln (Art V.-2:101 - V.-2:103) uneingeschränkte Anwendung.<sup>767</sup>

#### 4.2. Reduktion der Haftung aus Billigkeit

Art V.-3:104 (2) hält ein richterliches Mäßigungsrecht aus Gründen der Billigkeit für die Ansprüche des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn bereit. Diese Bestimmung betrifft primär den Schadenersatz, es können aber auch Vergütung, Aufwandersatz und der Umfang der Freistellung vor Gericht reduziert werden.<sup>768</sup> In Absatz 2 werden demonstrativ Mäßigungsgründe angeführt, die bei der Interessenabwägung im Rahmen der Billigkeitshaftung zu berücksichtigen sind, wie bspw ob eine gemeinsame Gefahrenlage vorlag, in der der Geschäftsführer zum Schutz des Geschäftsherrn einschreitet. In einer solchen Situation wäre eine Schadensteilung denkbar.<sup>769</sup>

Die finanzielle Lage des Geschäftsherrn ist ebenfalls zu berücksichtigen. Eine Geschäftsbesorgungsmaßnahme kann leicht hohe Kosten verursachen, die über die finanziellen Verhältnisse des Geschäftsherrn hinausgehen, vor allem, wenn der Geschäftsherr ein Kind ist, oder der Geschäftsführer schwere Körperverletzungen erleidet, infolge derer er arbeitsunfähig wird oder verstirbt.<sup>770</sup>

Als letztes Kriterium wird angeführt, ob der Geschäftsführer die Möglichkeit hat, von einem Dritten, der den Schaden verursacht hat, Ersatz zu verlangen. Damit kommt eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, nämlich, dass der Geschäftsführer primär von demjenigen Schadenersatz verlangen kann, der den Schaden auch verursacht hat. Ist dies nicht möglich, so kann er subsidiär auch auf den Geschäftsherrn greifen.<sup>771</sup>

In den *Comments*<sup>772</sup> zu dieser Bestimmung wird ein weiterer Mäßigungsgrund angeführt, nämlich, dass der Geschäftsherr den Schaden des Geschäftsführers dann nicht zu ersetzen hat, wenn dafür kollektive Kassen aufkommen. Dies ist bspw in Deutschland der Fall, wo im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich der Sozialversicherungsträger für sog Rettungsschäden endgültig aufkommt, und keinen Regressanspruch gegen den geretteten

<sup>767</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, A, 3061.

<sup>768</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3061.

<sup>769</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3062.

<sup>770</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3062.

<sup>771</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3062.

<sup>772</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3063.

Geschäftsherrn hat.<sup>773</sup> Anders ist die Rechtslage allerdings in Österreich, wo die Unfallversicherung zwar auch gegenüber dem nichtversicherten Retter zur Leistung verpflichtet ist, allerdings aufgrund einer Legalzession aller Ansprüche des Geschäftsführers, ihre Leistungen vom Geschäftsherrn zurückverlangen kann, da es abweichend vom Dienstgeberhaftungsprivileg nach § 333 ASVG keinen Ausschluss dieses Regressanspruches, der auf die Fälle der Nothilfe nicht analog angewendet werden kann, gibt, worauf im Folgenden näher eingegangen werden soll.<sup>774</sup> Dies wird damit begründet, dass die Unfallversicherung rein durch Dienstgeberbeiträge finanziert wird. Aus diesem Grund kommt auch alleine jenen das Haftungsprivileg zu Gute. In den *Comments*<sup>775</sup> wird der Ausschluss der Haftung des Geschäftsherrn bei Leistung durch eine soziale Unfallversicherung nur dann als billig angesehen, wenn diese Kasse von der Allgemeinheit durch Steuerleistungen finanziert wird.

#### 4.3. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

##### 4.3.1. Schenkungsabsicht

Im Bezug auf die Schenkungsabsicht gleicht die Rechtslage in Österreich Art V.-3:104 (1) weitgehend. Auch wenn es im ABGB keine eigene Bestimmung in den §§ 1035 ff ABGB gibt, die einen Aufwandersatzanspruch des Geschäftsführers ausschließt, wenn in Schenkungsabsicht gehandelt wurde, so ergibt sich das aus den allgemeinen Grundsätzen des ABGB. Führt jemand mit Schenkungsabsicht ein Geschäft für einen anderen, so kann sich die Schenkung bloß auf die unentgeltliche Zuwendung des getätigten Aufwands beziehen. Nimmt der Geschäftsherr die Schenkung an, kann der Geschäftsführer demnach keinen Aufwandersatz fordern.<sup>776</sup> Lehnt der Geschäftsherr das Schenkungsangebot des Geschäftsführers ab, so kann er seine Leistungen zurück oder seine Aufwendungen nach §§ 1036 f ABGB ersetzt verlangen.<sup>777</sup> Dies gilt auch, wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag bei der Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn einen Schaden zufügt. Er kann hinsichtlich seiner Haftung nach § 1038 iVm § 1311 ABGB nicht besser gestellt sein, wenn er vorgibt mit

<sup>773</sup> BGHZ 92, 270, 272; *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 683 Rz 21; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, § 683 Rz 72.

<sup>774</sup> 4.3.3. Regress des Sozialversicherungsträgers.

<sup>775</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3063.

<sup>776</sup> *Meissel*, GoA 82.

<sup>777</sup> *Stanzl* in Klang IV/I<sup>2</sup>, 893.

*animus donandi* gehandelt zu haben.<sup>778</sup> Konsequenterweise hat der Geschäftsführer in diesem Fall auch keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nach § 1042 ABGB.<sup>779</sup>

#### 4.3.2. Billigkeit

Art V.-3:104 (2) führt als erstes Kriterium, das im Rahmen einer Billigkeitshaftung berücksichtigt werden könnte, demonstrativ die gemeinsame Gefahrenlage an. Das ABGB hält für diesen Fall mit § 1043 ABGB eine eigene einschlägige Bestimmung bereit, die ebenfalls zu einer verhältnismäßigen Schadenstragung führt. § 1043 ABGB regelt einen, ursprünglich aus dem Schifffahrtsrecht kommenden (Haverei), Sonderfall der GoA und den damit verbunden Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers. Hat jemand in einem Notfall, um einen größeren Schaden von sich und anderen abzuwenden, sein Eigentum aufgeopfert, so hat jener gegenüber allen, die aus dieser Handlung einen Vorteil erlangt haben, einen Anspruch auf verhältnismäßige Entschädigung.

Unabhängig von § 1043 ABGB wurde von der Rechtsprechung die Risikohaftung des Geschäftsherrn in Form einer Billigkeitshaftung ausgestaltet. Seit der E OGH SZ 68/142<sup>780</sup> wendet die Rechtsprechung die §§ 1306a und 1310 ABGB analog auf den Fall des Nothilfe leistenden Geschäftsführers an. In dieser Entscheidung führt der OGH auch an, welche Kriterien in Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen sind. So ist auf das Verhältnis zwischen der dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr und dem vom Geschäftsführer eingegangenen Risiko, die Art und die Höhe der Schäden des Geschäftsführers, eine Mitwirkung an der Entstehung der Gefahrenlage sowie die wirtschaftliche Tragfähigkeit Bedacht zu nehmen.<sup>781</sup> Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit ist neben Vermögen und Einkommen, auch eine Versicherungsdeckung zu berücksichtigen.<sup>782</sup> Für die Beurteilung sind Gefahr und Schaden ex-post in Relation zu setzen.<sup>783</sup> Eine angemessene Entschädigung ist in Anlehnung an die Grundwerte der §§ 1015, 1043 und 967 ABGB festzusetzen.

Da die *Comments*<sup>784</sup> zu Art V.-3:104 (2) im Rahmen der Billigkeit auch eine mögliche Tragung der Kosten durch eine öffentliche Unfallversicherung in Erwägung ziehen, soll nun näher auf den gesetzlichen Schutz der Sozialversicherung für den Geschäftsführer im Notfall

---

<sup>778</sup> *Meissel*, GoA 81.

<sup>779</sup> *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1042 Rz 4; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1042 Rz 6.

<sup>780</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142; 3 Ob 507/96 SZ 70/113. S 3.2.1. Risikozurechnung und Haftung.

<sup>781</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142; 3 Ob 507/96 SZ 70/113; *Fitz*, Risikozurechnung 100ff.

<sup>782</sup> *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1310 Rz 9; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1310 Rz 28ff; OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142; 3 Ob 507/96 SZ 70/113.

<sup>783</sup> *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1306a Rz 12.

<sup>784</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, *Comments*, B, 3063.

und einen möglichen Regress der Versicherung gegenüber dem Geschäftsherr eingegangen werden.

#### 4.3.3. Regress des Sozialversicherungsträgers

§ 176 Abs 1 Z 2 ASVG sieht einen Versicherungsschutz aus der Unfallversicherung für Personen vor, die bei der Rettung eines Menschen aus tatsächlicher oder vermuteter Lebensgefahr oder dem Versuch einer solchen Rettung, bei der Herbeiholung eines Arztes oder eines Sanitäters oder anderen Hilfeleistungen in sonstigen Unglücksfällen tätig werden, und zwar unabhängig davon, ob sie selbst versichert sind oder nicht. Ein solcher Unfall wird gemäß § 176 Abs 1 ASVG einem Arbeitsunfall gleichgestellt und der Nothelfer hat gegenüber der Unfallversicherung Ansprüche auf Heilbehandlung und sonstige Leistungen, die im Falle eines Unfalls nach ASVG zustehen. Dies gilt ebenso für Hinterbliebene eines Nothelfers, wenn dieser im Zuge der Rettungsmaßnahme verstirbt. Somit ist das Problem in diesem Zusammenhang nicht primär der Ersatz der Schäden des Nothelfers selbst, sofern es sich um gesundheitliche Schäden handelt, da diese in erster Linie von der Unfallversicherung getragen werden, sondern der Regress der Sozialversicherung gegenüber dem Geretteten.

Aufgrund der Legalzession nach § 332 Abs 1 ASVG geht der Anspruch des Nothelfers direkt auf die Sozialversicherung über, soweit diese Leistungen zu erbringen hat. Fraglich ist nun, nach welcher Rechtsgrundlage sich dieser Rückgriff bemisst und ob es in analoger Anwendung des Dienstgeberprivilegs des § 333 ASVG zu einem Ausschluss des Rückgriffs auf den Geschäftsherr kommen könnte. Der Geschäftsherr könnte dann nur mehr in Fällen vorsätzlicher Schadensverursachung, sowie für Sach- und von der Unfallversicherung nicht gedeckte sonstige Schäden zur Haftung herangezogen werden.

Der OGH hat dazu ausgesprochen, dass „mit der Einbeziehung des Nothelfers in die gesetzliche Unfallversicherung nicht beabsichtigt war, das Rettungsrisiko endgültig auf die Allgemeinheit zu verlagern,“ weshalb „Ansprüche des Nothelfers auf angemessene Entschädigung gemäß § 332 Abs 1 ASVG auf die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt über[gehen],“ und das Haftungsprivileg des Dienstgebers dem Geschäftsherrn nicht zugutekommt.<sup>785</sup> Begründet wurde dies damit, dass die Geschäftsführerin in diesem Fall nicht einmal vorübergehend aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses tätig werde, und dass der Geschäftsherr naturgemäß keine Beiträge zur Unfallversicherung bezahle. Des Weiteren könne auch das viel kritisierte Argument des „Betriebsfriedens“ hier nicht

<sup>785</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142; ausführlich *Fitz*, Risikozurechnung 105ff; *Neumayr* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 333 ASVG Rz 10.

greifen.<sup>786</sup> Der Schadenersatzanspruch, der aus Billigkeitserwägungen dem Geschäftsführer analog zu §§ 1306a und 1310 ABGB gewährt wird, geht daher in diesem Ausmaß auch auf den Sozialversicherungsträger über.

Auch wenn eine analoge Anwendung des Dienstgeberhaftungsprivilegs in diesem Zusammenhang wohl zutreffend verneint wird,<sup>787</sup> erscheint es unbillig, jemandem der unfreiwillig und unverschuldet in eine Notlage gelangt und auch keinen Einfluss auf die Maßnahmen des „Retters“ in dieser Situation hat, dem vollen Rückgriff des Sozialversicherungsträgers ausgeliefert zu lassen. Aus diesem Grund schlägt zB *Maurer*<sup>788</sup> vor, den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers zur Gänze abzuschaffen oder zumindest eine Haftungshöchstgrenze für diesen Rückgriffsanspruch einzuführen, um zu verhindern, dass jemand von einer „körperlichen Notsituation in eine finanzielle“ gerät. Dies würde auch die Einbeziehung dieses Risikos in die Haushaltsversicherung erleichtern.<sup>789</sup> Aus ähnlichen Überlegungen treten auch *Grömmmer/Oberhofer*<sup>790</sup> für die Anwendbarkeit des § 333 ASVG auf die GoA ein, da die Verneinung der Anwendbarkeit auch zu einem gesellschaftspolitisch fragwürdigen Ergebnis führt. Würde nämlich anstelle des Geschäftsführers der Staat mit seinen Rettungskräften zur Nothilfe einschreiten, kann es mangels Risikohaftungsanspruch auch keinen Ersatzanspruch des Sozialversicherungsträgers geben. Wird aber eine Privatperson als „Retter“ tätig, weil zB öffentliche Rettungskräfte nicht verfügbar sind, so hat der Staat für diesen Einsatz nicht aufzukommen und die Sozialversicherung hat einen Regressanspruch gegen den Geschäftsherrn für die an den Geschäftsführer erbrachten Leistungen.<sup>791</sup>

Darüber hinaus kritisieren *Grömmmer/Oberhofer*<sup>792</sup>, dass der OGH seine Entscheidung das Dienstgeberhaftungsprivileg nicht auch auf den Geschäftsherrn bei GoA anzuwenden, zu wenig begründet hätte, denn angesichts der Judikatur zu „gleichgestellten Unfällen“ wäre es notwendig gewesen hier näher auszuführen, inwiefern sich dieser Sachverhalt aus OGH SZ 68/141 - eine Frau als Geschäftsführerin verletzt sich bei einer Rettungsaktion in der Küche - von gleichgelagerten Fällen etwa in einer Hotelküche unterscheidet, in denen § 333

<sup>786</sup> *Grömmmer/Oberhofer*, DRDA 1996/27, 314.

<sup>787</sup> *Fitz*, Risikozurechnung 112.

<sup>788</sup> Die Haftung für Schäden von Rettungskräften 40.

<sup>789</sup> Wobei *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 6/26 anmerkt, dass Haftungshöchstgrenzen für die Versicherbarkeit des Risikos nicht erforderlich sind, da sich bereits in anderen Bereichen gezeigt hat, dass verschuldensunabhängige Haftungen ohne Höchstgrenzen versicherbar sind.

<sup>790</sup> DRDA 1996/27, 315; zust *Krejci/Böhler* in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 3.2.3.1.

<sup>791</sup> *Grömmmer/Oberhofer*, DRDA 1996/27, 315; *Fitz*, Risikozurechnung 113ff.

<sup>792</sup> DRDA 1996/27, 314.

ASVG unstrittig angewendet wird.<sup>793</sup> *Grömmmer/Oberhofer* halten es in Anbetracht der ergangenen Judikatur zu gleichgestellten Unfällen daher nur für konsequent, wenn auch bei der GoA das Dienstnehmerhaftungsprivileg zur Anwendung gelangt, mit der Konsequenz, dass nur der Geschäftsherr bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Herbeiführung der Gefahrenlage dem Anspruch des Sozialversicherungsträgers nach § 334 ASVG ausgesetzt wäre.<sup>794</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, dass mit der Anwendung des § 333 ASVG alle zivilrechtlichen Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus der Risikohaftung ausgeschlossen wären.<sup>795</sup> Für den Geschäftsführer entsteht durch seinen Anspruch gegen die Sozialversicherung iVm § 333 Abs 1 ASVG die paradoxe Situation, dass er uU schlechter gestellt ist, als wenn er als Nichtversicherter bürgerlich-rechtliche Schadenersatzansprüche geltend machen könnte, weil die von der Unfallversicherung zu erbringenden Leistungen kein Schmerzengeld umfassen (abgesehen vom Sonderfall der Integritätsabgeltung nach § 213a ABGB), welches nach den §§ 1293 ff ABGB zustehen könnte.<sup>796</sup>

#### 4.4. Kritische Auseinandersetzung

##### 4.4.1. Schenkungsabsicht

*Sprau*<sup>797</sup> kritisiert aus dem Blickwinkel der Praxis Art V.-3:104 (1). Es sei oft schwer nachzuweisen, ob jemand, der in der Absicht einschreitet, einen anderen mit seiner Handlung begünstigen zu wollen, diese Leistungen in Erwartung einer Gegenleistung erbringt oder ob er diese aus „Nächstenliebe“ erbringt und sich dafür von Beginn an keinen Aufwandsatz oder Vergütung erwartet. Nach *Sprau* könnte dies zu Beweisproblemen führen, sodass im Zweifel jemand, der als sehr großzügig bekannt ist, eher keinen Ersatz für seine Leistungen bekommen könnte, weil angenommen wird, dass er diese in „Schenkungsabsicht“ erbracht hat, während jemand, der als knausig bekannt ist, dann wohl immer erfolgreich einen Ersatzanspruch geltend machen könnte, weil dann niemand vermuten würde, er sei mit *animus donandi* tätig geworden. Allein die Probleme bei der Beweisbarkeit vor Gericht können hier nicht gegen die grundsätzliche Berechtigung dieser Regelung eingewendet

<sup>793</sup> *Grömmmer/Oberhofer*, DRDA 1996/27, 314; *Holzer*, JBl 1982, 351ff; krit zur bisher ergangenen Rsp auch *Neumayr*, RZ 2010, 176, vor allem im Bezug auf die E OGH 3 Ob 172/97h, wonach einem Tierarzt als Quasidienstgeber gegenüber einem helfenden Landwirt, der als Quasi-Dienstnehmer qualifiziert wurde, das Dienstgeber-Haftungsprivileg zu Gute kam. Eine sachlich gerechtfertigte Abgrenzung zur GoA ist nicht mehr ersichtlich.

<sup>794</sup> *Grömmmer/Oberhofer*, DRDA 1996/27, 315.

<sup>795</sup> *Neumayr* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 333 ASVG Rz 6.

<sup>796</sup> *Neumayr* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 333 ASVG Rz 4; *Holzer*, DRDA 2001, 72.

<sup>797</sup> ERA-Forum 2006, 232; ebenso *Koziol* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 107.

werden, schließlich entspricht es wohl einem allgemeinen Grundsatz des Zivilrechts bei einer Schenkung keine Gegenleistung zu erwarten.

#### 4.4.2. Billigkeitshaftung

Ähnlich wie in Österreich hat sich auch in anderen kontinentaleuropäischen Ländern die GoA zu einem wichtigen Instrument für außervertragliche Haftungsansprüche entwickelt, woraus sich eine strikte Haftung für Rettungsrisiken ergibt, wie sie auch in Art V.-3:103 angelegt ist.<sup>798</sup> Gemindert könnte diese aus Gründen der Billigkeit nach Art V.-3:104 werden, wobei die *Comments*<sup>799</sup> zu dieser Bestimmung darauf hinweisen, dass es in vielen Rechtsordnungen aufgrund der gesetzlichen Sozialversicherungen nicht zu einer massiven Haftung des Geschäftsherrn kommen würde. So ist die Rechtslage bspw in Deutschland, da der BGH seit der E BGHZ 92, 270<sup>800</sup> den Regressanspruch der Sozialversicherung gegenüber dem Geretteten, soweit dieser nicht schuldhaft seine Notlage bzw die Rettungshandlung verantwortet hat, verneint.

Die *Study Group* hat das Problem des Regresses der Sozialversicherung und damit der unterschiedlichen Haftungsgefahr für den Geschäftsherrn zwar grundsätzlich erkannt,<sup>801</sup> aufgrund der unterschiedlichen Rechtslagen in den Mitgliedstaaten aber nicht gelöst. In Anbetracht dieser unterschiedlichen Ausgangslage ist eine einheitliche Normierung einer Risikohaftung des Geschäftsherrn allerdings problematisch, da es eben zB in Österreich keine Ausnahme vom Regress der Sozialversicherung gibt, wodurch es zu einer Haftung des Geretteten kommen kann. Verschärft wird die Lage für den Geschäftsherrn dadurch, dass er selbst bei einem vermeintlichen Notfall zur Haftung herangezogen werden kann, da es nach Art V.-1:101 nicht auf eine tatsächliche Notlage ankommt um die Regelungen des V. Buches für anwendbar zu erklären.<sup>802</sup> Dies soll dazu dienen, andere zur Hilfeleistung zu motivieren. Allerdings kann das für das vermeintliche Opfer, den Geschäftsherrn, der sich weder in einer Notlage befand noch den Schein einer Notlage deliktisch verantworten muss, dennoch zu einer Haftung für Nothilfeschäden des Geschäftsführers führen. Aus diesem Grund schlägt

---

<sup>798</sup> Jansen, ZEuP 2007, 974.

<sup>799</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3063.

<sup>800</sup> Erstmals in Abweichung von der bisherigen Rsp RGZ 167, 85; Seiler in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 683 Rz 21; Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, § 683 Rz 72. Somit haftet der Geschäftsherr nur mehr für von der Sozialversicherung nicht gedeckte „Schadenspitzen“.

<sup>801</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:104, Comments, B, 3063.

<sup>802</sup> Jansen, ZEuP 2007, 976.

*Meissel*<sup>803</sup> im Bezug auf die Rechtslage in Österreich vor, dass der Geschäftsherr zumindest den Anschein einer Notlage in zurechenbarer, verkehrswidriger Weise veranlasst haben muss, um seine Haftung zu begründen.

In diesem Sinn betont auch *Jansen*<sup>804</sup>, dass der Wille des Geschäftsführers alleine noch nicht für eine Überwälzung des Rettungsrisikos ausreichen kann, vielmehr muss eine Notwendigkeit entsprechend der römisch-rechtlichen *utilitas* vorliegen.<sup>805</sup> Eine § 1043 ABGB entsprechende Regelung würde *Jansen*<sup>806</sup> der Schadenersatzregelungen des V. Buches vorziehen, da dieser nur bei einer erfolgreichen Rettung greift und nur zu einer Schadensteilung führt.

Zusammenfassend ist, wie *Jansen*<sup>807</sup> daher zutreffend formuliert, darauf hinzuweisen, dass „die Kosten eines solchen kollektiven Interesses an einer Motivation altruistischen Verhaltens [...] eine[r] Gemeinschaft nicht auf ein zufällig betroffenes Mitglied [abgewälzt werden dürfen], zumal die damit verbundenen Kosten die öffentlichen bzw. Sozialkassen nicht spürbar belasten würden.“ Es stellt auch eine Verkürzung der Schadenersatzproblematik dar, in einem solchen Fall lediglich auf das Verhältnis zwischen Geschäftsherr und Geschäftsführer abzustellen,<sup>808</sup> da sich die Gerichte der Mitgliedstaaten in ihren Entscheidungen hauptsächlich mit Regressforderungen der Sozialversicherungen auseinanderzusetzen haben. Dies sollte in einer solchen Regelung berücksichtigt werden. Bei einer Umsetzung des V. Buches des DCFR in seiner jetzigen Form in ein in den Mitgliedstaaten geltendes oder wählbares Instrument würde dieser Unterschied de facto zu großen Unterschieden im Bezug auf die Haftung des Geschäftsherrn für selbst bei einer vermeintlichen Notsituation erlittene Schäden des Geschäftsführers führen.

---

<sup>803</sup> GoA 101ff, 109 unter Bezugnahme auf *Stoll* in FG Weitnauer 424, der die Billigkeitshaftung des scheinbar Gefährdeten in Deutschland verneint, wenn dieser nicht in zurechenbarer Weise zum Anschein einer Gefährdung beigetragen hat.

<sup>804</sup> ZEuP 2007, 974ff.

<sup>805</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 975.

<sup>806</sup> ZEuP 2007, 975.

<sup>807</sup> ZEuP 2007, 976.

<sup>808</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 976.

## 5. Freistellungs- oder Ausgleichspflicht eines Dritten (Art V. – 3:105)

*V. – 3:105: Obligation of third person to indemnify or reimburse the principal*

*If the intervener acts to protect the principal from damage, a person who would be accountable under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another) for the causation of such damage to the principal is obliged to indemnify or, as the case may be, reimburse the principal's liability to the intervener.*

### 5.1. Freistellungs- oder Ausgleichspflicht einer dritten Person

Diese Bestimmung kommt in Fällen zur Anwendung, in denen jemand einen Schaden verhindert, den ein anderer, wäre er eingetreten, zu tragen gehabt hätte, und bei dieser Handlung selbst einen Schaden erleidet. In diesen Fällen hätte der Geschäftsführer einen Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn und dieser könnte sich wiederrum am Dritten, der eigentlich den Schaden zu tragen hätte, nach den Bestimmungen des VI. Buches schadlos halten. Diese Bestimmung hat den Vorteil, dass der Geschäftsherr nicht wie unter dem VI. Buch alle Schadenersatzvoraussetzungen zu beweisen hat.<sup>809</sup> Diese Regelung stellt insofern eine Beweiserleichterung für den Geschäftsherrn dar, als die Leistungen, die er gegenüber dem Geschäftsführer nach den Regelungen des V. Buches zu erbringen hatte, einen rechtlich relevanten Schaden iSd VI. Buches im Verhältnis zum Schädiger darstellen, und dass im Bezug auf diesen Schaden die Voraussetzungen wie Kausalität und Zurechenbarkeit (*accountability*) erfüllt sind und vom Geschäftsherrn im Verfahren nicht mehr bewiesen werden müssen. Es hat für ihn den Vorteil, dass auf diese Weise regelmäßig auch bloße Vermögensschäden ersetzt werden.<sup>810</sup>

Diese Bestimmung setzt voraus, dass der Geschäftsführer einen direkten Anspruch gegen den Geschäftsherrn hat, der im Gegenzug die Last und das Risiko der Identifikation des haftenden Dritten trägt. Diese Bestimmung dient dem Schutz des in Begünstigungsabsicht handelnden Geschäftsführers, da die Study Group dem Geschäftsherrn das Bonitätsrisiko des Dritten auferlegen wollte.<sup>811</sup>

---

<sup>809</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:105, Comments, 3069.

<sup>810</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:105, Comments, 3069.

<sup>811</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:105, Comments, 3070.

## 5.2. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich

Den *Notes*<sup>812</sup> zufolge herrschte bei der Entwicklung des DCFR im Bezug auf diese Bestimmung weitgehende Einigkeit unter den Mitgliedern der *Study Group*, da es eine Regelung in dieser Art in allen Rechtsordnungen Europas gibt. Fraglich war eher, ob der Geschäftsführer in diesem Fall auch einen direkten Anspruch gegen den Schädiger hat. In Österreich wird dies meist zu bejahen sein, da die Hilfsmaßnahmen des Geschäftsführers in Fällen der Notgeschäftsführung der Vermeidung weiterer Schäden dienen und damit die dabei entstandenen Schäden dem Täter zuzurechnen sind und regelmäßig im Schutzbereich der verletzten Norm liegen. Darüber hinaus bedarf es in vielen Fällen gar nicht der Berufung auf den Schutzzweck der verletzten Norm, die das zu rettende Gut schützen will, wenn das Verhalten des Schädigers selbst gegenüber dem Geschäftsführer, der als Retter eingegriffen hat, rechtswidrig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung von Dritten, die zur Rettung des Opfers oder seiner geschützten Rechtsgüter eingreifen, objektiv vorhersehbar war.<sup>813</sup> Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Geschäftsführer freiwillig zur Rettung des Geschäftsherrn eingeschritten ist, denn wenn der Versuch der Rettung höher zu bewerten ist als die Selbstgefährdung des Retters, so handelt der Geschäftsführer in einer von der Rechtsordnung gebilligten Weise.<sup>814</sup>

Auch die Frage, ob der Geschäftsherr einen Regressanspruch gegenüber dem Schädiger für die gegenüber dem Geschäftsführer erbrachten Leistungen hat, ist im Rahmen der Verschuldenshaftung zu untersuchen und ist nicht getrennt vom allgemeinen Schadenersatzrecht des ABGB im Recht der GoA geregelt. Dabei stellen Aufwendungen und das Eingehen von Verbindlichkeiten zur Schadensbeseitigung einen positiven Vermögensschaden des Geschäftsherrn dar.<sup>815</sup> Eine objektive Schadensberechnung scheidet allerdings aus, wenn der Schaden im Entstehen einer Verbindlichkeit liegt, „da der Schaden nicht durch Vernichtung eines geschützten Rechtsgutes, das in einem Schadenersatzanspruch fortwirken könnte, hervorgerufen wird.“<sup>816</sup> Ebenso, wenn der Geschäftsherr zur weiteren

---

<sup>812</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:105, Notes, 1.

<sup>813</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 8/43; *Welser*, ÖJZ 1975, 6; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1295 Rz 30; *Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1295 Rz 21; OGH 2 Ob 176/67 ZVR 1968/87.

<sup>814</sup> *Welser*, ÖJZ 1975, 6.

<sup>815</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/36.

<sup>816</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/66.

Schadensvermeidung oder zur Beseitigung des entstandenen Schadens monetäre Aufwendungen tätigt.<sup>817</sup>

Im Ergebnis ist daher die Rechtslage im Bezug auf das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Schädiger nach Art V.-3:105 weitgehend ident zur jener in Österreich. In beiden Fällen ist es möglich, vom Schädiger Ersatz der Aufwendungen zu verlangen, die der Geschäftsherr dem Geschäftsführer zur Schadensbeseitigung im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen hat. Anders als nach Art V.-3:105 gibt es allerdings im ABGB keine Bestimmung, die den gegenüber dem Geschäftsführer zu leistenden Aufwandersatz explizit zu einem rechtlichen relevanten Schaden erklärt, der im Zuge des außervertraglichen Schadenersatzrechtes ersatzfähig ist. Dies ist auch nicht notwendig, da aufgrund des Vermögensschadensbegriffes in Österreich Aufwendungen zur Schadensbeseitigung einen positiven Schaden darstellen, auch wenn Sie ein Dritter tätig ist, der Geschädigte sie aber letzten Endes zu tragen hat.

---

<sup>817</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/66; *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 93ff; *Ch. Huber*, Schadensberechnung 194ff, 200f.

## 6. Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Namen des Geschäftsherrn zu handeln (Art V. – 3:106)

*V. – 3:106: Authority of intervener to act as representative of the principal*

*(1) The intervener may conclude legal transactions or perform other juridical acts as a representative of the principal in so far as this may reasonably be expected to benefit the principal.*

*(2) However, a unilateral juridical act by the intervener as a representative of the principal has no effect if the person to whom it is addressed rejects the act without undue delay.*

Diese Bestimmung gelangt zur Anwendung, wenn der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn, allerdings ohne dazu bevollmächtigt zu sein, einen Vertrag mit einem Dritten abschließt, der zum Vorteil des Geschäftsherrn ist. Für diese Fälle „heilt“ Art V.-3:106 (1) den Mangel des Vorliegens einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung, da es dem Geschäftsführer eine gesetzliche Vollmacht erteilt. Der Vertrag kommt dann zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten gültig zustande. Davon zu unterscheiden sind Situationen, in denen der Geschäftsführer in eigenem Namen einen Vertrag mit einem Dritten im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag abschließt, wenn er zB die Hilfe eines Fachmannes benötigt. Dann kommt der Vertrag zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten zustande und der Geschäftsführer kann Freistellung oder Ersatz seiner Aufwendungen nach Art V.-3:101 verlangen.

### 6.1. Vertretungsmacht des Geschäftsführers

Das Thema der Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist in Europa umstritten.<sup>818</sup> Der DCFR steht dieser positiv gegenüber, da die *Study Group* davon ausgeht, dass die Vertretungsmacht dem Geschäftsherrn keine übermäßige Last auferlege, aber gleichzeitig auf angemessene Weise den Interessen des Geschäftsführers und des Dritten gerecht werde.<sup>819</sup> Der Geschäftsherr erleidet dadurch auch keinen wirtschaftlichen Nachteil, denn würde der Geschäftsführer den Vertrag mit dem Dritten in eigenem Namen abschließen, so hätte er das Recht auf Freistellung gegenüber dem Geschäftsherrn und dieser hätte auch die Aufwendungen des Geschäftsführers zu ersetzen, dh der Geschäftsherr hat in jedem Fall die Kosten für das Tätigwerden des Dritten zu tragen. Ist der Geschäftsführer jedoch mit

<sup>818</sup> Vgl v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3073, wonach nur Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, und die Niederlanden dem Geschäftsführer Vertretungsmacht einräumen und die restlichen Mitgliedstaaten dies ablehnen.

<sup>819</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3073.

Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn ausgestattet, so birgt dies für den Dritten den Vorteil, dass er von vornherein den Geschäftsherrn kennt und sich in Kenntnis dieser Tatsache für oder gegen einen Vertragsabschluss entscheiden kann. Somit hat der Dritte auch das Insolvenzrisiko des Geschäftsherrn zu tragen.<sup>820</sup>

Auf den Geschäftsführer sind die Regelungen der Stellvertretung nach dem II. Buch anwendbar.<sup>821</sup> Diese erfassen nicht nur rechtsgeschäftliche Bevollmächtigungen, sondern auch Fälle der gesetzlichen Stellvertretung (Art II.-6:103 (1)). Art V.-3:106 ist ein solcher Fall der gesetzlichen Stellvertretung. Nach den anwendbaren Regelungen über die Stellvertretung im II. Buch hat der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn zu handeln, anderenfalls er ein Eigengeschäft abschließt (Art II.-6:106). Handelt der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn, überschreitet er aber die von Art V.-3:106 eingeräumte Vertretungsmacht, so ist er als *falsus procurator* zu qualifizieren (Art II.-6:107). In diesen Fällen besteht die Möglichkeit der Ratifikation durch den Geschäftsherrn nach Art II.-6:111.

Von der Vertretungsmacht nach Art V.-3:106 sind alle Typen des rechtsgeschäftlichen Handelns umfasst, auch einseitige Willenserklärungen, mit Ausnahme der höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte, die naturgemäß vertretungsfeindlich sind.<sup>822</sup>

Dem Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend dürfen nur solche Verträge im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen werden, bei denen angenommen werden kann, dass sie zum Vorteil des Geschäftsherrn sind. Darüber hinaus müssen sie im Rahmen der *benevolent intervention in another's affairs* angemessen sein, dh es werden nur Rechtsgeschäfte über vorläufige Sicherungsmaßnahmen gedeckt sein.<sup>823</sup>

## 6.2. Einseitige Rechtsgeschäfte

Für einseitige Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn vornimmt, ist eine zusätzliche Bestimmung zum Schutz des Dritten notwendig.<sup>824</sup> Durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts greift der Geschäftsführer direkt in das bestehende Rechtsverhältnis ein und ändert es durch seine Erklärung, ohne dass dazu die Zustimmung des Vertragspartners erforderlich ist. Für diesen Fall steht dem Dritten ein Widerspruchsrecht zu, da dieser nicht das Risiko dafür tragen soll, dass binnen kurzer Zeit nicht endgültig geklärt

---

<sup>820</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3074.

<sup>821</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3074.

<sup>822</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3074.

<sup>823</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, B, 3074.

<sup>824</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, C, 3075.

werden kann, ob die Voraussetzungen für eine GoA vorliegen und damit die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegeben ist oder nicht.<sup>825</sup>

Wie Jansen<sup>826</sup> zutreffend kritisiert, stellt das Widerspruchsrecht ein großes Problem dar und kann die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer Geschäftsführung konterkarieren. Die GoA setze ja voraus, dass der Geschäftsherr gerade nicht in der Lage ist eine Handlung vorzunehmen, die aber dringend durchgeführt werden muss, weshalb der Geschäftsführer in seinem Namen tätig wird. Eine solche einseitige Rechtshandlung, die dringend notwendig ist, könne für den Vertragspartner, wenn es sich bspw um eine Kündigung oder eine Mahnung handelt, unangenehm sein. Könne sich dieser nun gegen die Erklärung des Geschäftsführers mit seinem Widerspruchsrecht zur Wehr setzen, so ist der Zweck der Geschäftsführungsmaßnahme im Notfall verfehlt. Der intendierte Schutz des Dritten geht hier zu Lasten des Geschäftsherrn zu weit, da dadurch die Geschäftsführung keinen Nutzen entfalten kann, obwohl ein vernünftiger Grund für diese vorliegt.

Leider finden sich in den *Comments* zu dieser Bestimmung keine näheren Erläuterungen oder Illustrationen zum Widerspruchsrecht, sodass auch fraglich ist, ob die einseitige Willenserklärung des Geschäftsführers das Vertragsverhältnis zB bei einer Kündigung vorläufig beendet, wenn das Widerspruchsrecht aber fristgerecht ausgeübt wird, die Kündigung quasi *ex tunc* wegfällt, oder, ob das Vertragsverhältnis zwischen Kündigungserklärung und tatsächlicher Auflösung bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist aufrecht bleibt. Das Vertragsverhältnis würde dann erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist, beendet sein. ME kann aber aus dem Wortlaut der Bestimmung „*a unilateral juridical act by the intervener [...] has no effect if the person to whom it is addressed rejects the act without undue delay*“, abgeleitet werden, dass mit Ausübung des Widerspruchsrechts die Kündigung *ex tunc* wegfällt, da sie eben nur dann wirklich gar keine Wirkung auf das Vertragsverhältnis hatte und beide Vertragsparteien so gestellt sind, wie wenn der Geschäftsführer keine Erklärung abgegeben hätte. Andernfalls die Bestimmung so lauten müsste, dass die einseitige Willenserklärung des Geschäftsführers erst dann ihre Wirksamkeit entfaltet, wenn die Widerspruchsfrist abgelaufen ist. Es wäre dennoch wünschenswert gewesen dieses Widerspruchsrecht genauer in den *Comments* zu dieser Bestimmung erläutert zu finden.

---

<sup>825</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:106, Comments, C, 3075.

<sup>826</sup> ZEuP 2007, 979 Fn 141.

### 6.3. Rechtslage in Österreich

Das ABGB räumt dem Geschäftsführer ohne Auftrag keine Vertretungsmacht ein um den Geschäftsherrn rechtsgeschäftlich verpflichten zu können. Auch die Judikatur lehnt dies ab.<sup>827</sup> Die Bestimmungen zur GoA im ABGB regeln das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. Aus diesem Grund kann daraus keine Vertretungsmacht im Außenverhältnis abgeleitet werden.<sup>828</sup> Der Geschäftsherr kann aber im Rahmen des Aufwendersatzes Freistellung von der eingegangenen Verpflichtung verlangen, allerdings den Geschäftsherrn nie direkt gegenüber dem Vertragspartner verpflichten. Handelt er im Namen des Geschäftsherrn, so wird er als *falsus procurator* tätig, sodass nur bei Genehmigung durch den Geschäftsherrn oder bei bewusster Vorteilszuwendung ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten zustande kommen kann (§ 1016 ABGB).

### 6.4. Vertretungsmacht als sinnvolle Weiterentwicklung der GoA?

*Jansen*<sup>829</sup> begrüßt die Einräumung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers. Da der Geschäftsführer im Rahmen der GoA rechtsgeschäftlich tätig werden darf, sei es nur sinnvoll, wenn er mit seiner Handlung in fremdem Namen den Geschäftsherrn direkt berechtigen, verpflichten und einseitige Rechtsgeschäfte für ihn abschließen kann. Für *Jansen*<sup>830</sup> gibt es keinen Grund die Regelungen der GoA nicht auf das Verhältnis gegenüber Dritten auszuweiten, zumal damit Abwicklungen im Dreiecksverhältnis vermieden werden können. Sind die Voraussetzungen für eine *benevolent intervention in another's affairs* erfüllt, so sei es durchaus sinnvoll dem Geschäftsführer für die notwendigen rechtsgeschäftlichen Handlungen Vertretungsmacht einzuräumen.

*Sprau*<sup>831</sup> hingegen sieht keine Notwendigkeit für die Einführung einer gesetzlichen Stellvertretungsmacht des Geschäftsführers, da der Geschäftsführer ohnehin im Rahmen des Aufwendersatzes einen Anspruch auf Freistellung und Kostenersatz hat. Darüber hinaus besteht weiterhin die Möglichkeit im Rahmen der allgemeinen Stellvertretungsregelungen durch Ratifikation den Mangel der Vollmacht bei Vertragsabschluss zu heilen. Dies sind keine stichhaltigen Argumente gegen eine gesetzliche Vollmacht des Geschäftsführers, denn nur weil das Ergebnis auch auf einem anderen Weg, nämlich über eine aufwendigere

---

<sup>827</sup> OGH 3 Ob 123/50 SZ 23/159.

<sup>828</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1035 Rz 2; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Meissel*, GoA 73.

<sup>829</sup> ZEuP 2007, 979.

<sup>830</sup> ZEuP 2007, 979.

<sup>831</sup> ERA-Forum 2006, 230ff.

Rückabwicklung im Dreiecksverhältnis oder einen zusätzlichen Genehmigungsakt des Geschäftsherrn ebenso erreicht werden kann, überzeugt nicht.

Als weiteres Argument führt *Sprau*<sup>832</sup> an, dass es für den außenstehenden Vertragspartner risikoreich sei, ein Geschäft mit dem Geschäftsführer abzuschließen, da es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unsicher sein kann, ob die Regelungen der GoA, und damit Art V.-3:106, zur Anwendung gelangen. Ebenso aus Gründen der Verkehrssicherheit stehen *Koziol*<sup>833</sup> und *Rudolf*<sup>834</sup> der Einräumung einer Vertretungsmacht ablehnend gegenüber, weil ihr Bestehen von dem vagen Tatbestandsmerkmal des vernünftigen Grundes im Zeitpunkt des Einschreitens abhängt.

Wenn die Regelungen des V. Buches in einem solchen Fall nicht zur Anwendung gelangen, stellt sich die Frage, welche Ansprüche dem dritten Vertragspartner zustehen. Letzterer wollte einen Vertrag mit dem Geschäftsherrn abschließen, da der Geschäftsführer als sein Stellvertreter aufgetreten ist. Hatte dieser keine Vertretungsmacht nach Art V.-3:106 und lag auch keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung vor, so kommt kein Vertrag mit dem Geschäftsherrn zustande, solange die Handlung nicht von ihm genehmigt wird (Art II.-6:111). Es kommt allerdings auch nicht zu einem Vertragsabschluss mit dem Geschäftsführer, da die Willenserklärungen beider Parteien darauf gerichtet waren, den Geschäftsherrn zu berechtigen und zu verpflichten (Art II.-6:107 (1)). Dem Dritten würde in einem solchen Fall lediglich ein möglicher Anspruch aufgrund einer beim Geschäftsherrn eingetretenen Bereicherung nach dem VII. Buch zustehen. Gegenüber dem Geschäftsführer könnte der Dritte Schadenersatzansprüche nach Art II.-6:107 (2) geltend machen, wonach er so zu stellen ist, wie wenn der Geschäftsführer mit Vertretungsmacht ausgestattet gewesen wäre. Daraus ist abzuleiten, dass der Geschäftsführer das Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat, allerdings nur dann, wenn der Geschäftsherr leistungs- oder zahlungsfähig gewesen wäre. Ist der Geschäftsherr bspw insolvent, hätte der Dritte auch nicht den vollen Schaden ersetzt bekommen. In einem solchen Fall soll er nicht von der Bonität des Geschäftsführers profitieren.<sup>835</sup>

Damit unterscheiden sich die Rechtsfolgen für den Vertreter ohne Vertretungsmacht von jenen in Österreich. Handelt jemand ohne Vertretungsmacht oder überschreitet er diese, so haftet er dem Dritten für den Vertrauensschaden, der mit dem Erfüllungsinteresse begrenzt

---

<sup>832</sup> ERA-Forum 2006, 230ff.

<sup>833</sup> in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 107.

<sup>834</sup> in FS 200 Jahre ABGB 1753.

<sup>835</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, II.-6:107, Comments, C, 3075.

ist (§ 1019 ABGB). Nach den Bestimmungen des DCFR würde sich hingegen das Risiko, dass zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten kein gültiger Vertrag zustande kommt, auf den Geschäftsführer verlagern, da dieser den Dritten so zu stellen hat, wie wenn aufgrund ausreichender Vertretungsmacht ein Vertrag zustande gekommen wäre. Unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsführer selbst über die ausreichenden finanziellen Mittel verfügt, dem Dritten das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, stellt es für den Dritten kein Risiko dar, einem Angebot zum Vertragsabschluss mit dem Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer als Stellvertreter zuzustimmen. Selbst wenn in diesem Moment noch nicht feststeht, ob die Regelungen des V. Buches anwendbar sind oder nicht, könnte er das Erfüllungsinteresse vom Geschäftsführer verlangen. Damit ist wohl häufig kein Grund auf Seiten des Dritten gegeben, vom Vertragsabschluss Abstand zu nehmen.

In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob der Geschäftsführer nicht vom Handeln im Namen des Geschäftsherrn durch die Gefahr selbst für das Erfüllungsinteresse einstehen zu müssen, abgehalten werden könnte. Das Problem stellt sich aber in gleicher Weise, wenn der Geschäftsführer einen Vertrag in eigenem Namen zur Geschäftsbesorgung abschließt. Auch dann kann er nur Aufwandersatz und Freistellung verlangen, wenn die Handlung in den Anwendungsbereich der GoA fällt. Dies ist somit kein spezifisch stellvertretungsrechtliches Problem, das aber dadurch abgeschwächt wird, dass auch vermeintliche Notfälle in den Anwendungsbereich des V. Buches fallen. Letzten Endes hat dieses Risiko der Geschäftsherr zu tragen.

Somit ist im Ergebnis die Einführung einer Regelung über die Vertretungsmacht des Geschäftsführers zu begrüßen. Wie *Jansen* bereits zutreffend ausgeführt hat, gibt es keine überzeugenden Argumente dafür, dass die Regelungen der GoA auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer beschränkt bleiben sollen, da dies nur zu umständlichen Rückabwicklungen über den Geschäftsführer führt und die Möglichkeit einseitige Rechtsgeschäfte abzuwickeln, gar nicht bestünde.<sup>836</sup>

---

<sup>836</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 979.

## E. Fazit

In der nun vorliegenden *full edition* des Draft Common Frame of Reference hat die *Study Group* eine umfangreiche Kodifikation der *benevolent intervention in another's affairs* im V. Buch vorgenommen. Im Vergleich zur Rechtslage in Österreich floss sowohl Altbewährtes, wie zB die Regelung zum Aufwandersatz oder die Möglichkeit der Ratifikation, als auch Neues, wie zB eine explizite Bestimmung zur Risikohaftung oder die Vertretungsmacht des Geschäftsführers, in die Modellregelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag ein.

Der Ansatz der *Study Group*, die für die Anwendbarkeit der Regelungen der *benevolent intervention in another's affairs* primär auf das Überwiegen einer altruistischen Motivation des Geschäftsführers abstellt, entspricht in dieser Form keiner Regelung in den Mitgliedstaaten.<sup>837</sup> So ist auch die Konzeption des Anwendungsbereiches der GoA nach österreichischem Recht eine andere, da in den §§ 1035 ff ABGB auf das Führen eines fremden Geschäftes in Fremdgeschäftsführungsabsicht abgestellt wird und das subjektive Kriterium der Begünstigungsabsicht nicht derart im Vordergrund steht. Dennoch meint die *Study Group* einen fast einheitlichen Ansatz aus dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis zu übernehmen, auch wenn die GoA in den Mitgliedstaaten der EU bis auf den römisch-rechtlichen Ursprung und die Bezeichnung im Detail nicht mehr viele Gemeinsamkeiten aufweisen.<sup>838</sup> IdS vermitteln die *Notes* ein viel zu harmonisches Bild von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Überzeugen kann auch nicht die Argumentation der *Study Group*, dass ein kontinentaleuropäischer Ansatz gewählt wurde, weil sich der des *common law* schon deshalb nicht eignen würde, weil er auf einer Reihe von Konzepten beruht, die spezifisch für diesen Rechtskreis sind und die sich aus diesem Grund nicht „europäisieren“ lassen.<sup>839</sup> Ist alleine die Tatsache, dass es sich nun angeblich um einen kontinentaleuropäischen Weg handelt, an sich schon qualitativ überzeugender? Von einer gesamteuropäischen Forschungsgruppe würde man sich eine weniger oberflächliche und differenziertere Argumentation erwarten, als

---

<sup>837</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, B, 14. Am ehesten ist noch ein Übereinstimmung zum niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch in Art 6:198 Burgerlijke Wetboek zu finden, der lautet: „Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen.“

<sup>838</sup> Jansen, ZEuP 2007, 962. Dies zeigt auch Smits, The Good Samaritan in European Private Law, an Hand des Bsp des guten Samariters im Rechtsvergleich mit den Regelungen einiger Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch unter Einbeziehung des *common law*.

<sup>839</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, L, 81.

einfach die Herangehensweise des *common law* zu diesem Rechtsbereich, gerade weil sie auf ihre Art typisch für diesen Rechtskreis ist, abzulehnen.<sup>840</sup>

Der *Study Group* muss aber zu Gute gehalten werden, dass es bei der Schaffung eines solchen Regelwerks notwendig ist, ein durchgängiges Konzept mit eigenen Grundwertungen zu verfolgen, sodass es weder notwendig noch möglich ist, auf viele Details in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zur Geschäftsführung ohne Auftrag einzugehen. Daher wurde von der *Study Group* versucht die Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausfindig zu machen und in einen transnationalen Text zu gießen. Im Bezug auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ist es allerdings problematisch nur die Gesetzestexte der Zivilgesetzbücher zu vergleichen, da gerade dieses Institut wesentlich durch die Judikatur geprägt wurde und vieles dem Gesetz daher nicht entnommen werden kann. So kann ein falscher Eindruck von einer Regelung erweckt werden.<sup>841</sup> Darüber hinaus wird im Zuge einer solchen Vorgehensweise nicht die bestmögliche Ausbildung für eine Modellregelung herangezogen, sondern wohl eher eine, für die es die meiste Zustimmung gibt, weil sie ähnlich in mehreren Rechtsordnungen existiert.<sup>842</sup> In diesem Zusammenhang betont ua *Smits*, dass die Diversität der Rechtsordnungen in Europa auch positiv ist und es nicht notwendig ist, das Recht der GoA zu vereinheitlichen, da es dafür keinen wirtschaftlichen Grund gibt. Unterschiedliche Regelungen der *negotiorum gestio* stellen seiner Meinung nach sicherlich kein Hindernis für den Binnenmarkt dar.<sup>843</sup>

Trotz aller Kritik, dass die *Principles* zur *benevolent intervention in another's affairs* realitätsfern seien,<sup>844</sup> zu wenig an die tatsächlichen Bedürfnisse im grenzüberschreitenden Verkehr angepasst<sup>845</sup> oder überhaupt das Institut in einer modernen Zivilrechtsgesetzbuch nicht mehr notwendig sei,<sup>846</sup> ist mit der Vorlage der Modellregelungen zur *benevolent intervention in another's affairs* aber immerhin ein erster Schritt auf dem Weg zur Entwicklung eines einheitlichen Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag getan. Die konkrete Konzeption weist nach genauerer Begutachtung zwar noch einige Schwachstellen auf. Verbesserungen könnten aber etwa von einer Expertengruppe, wie jener die von der Kommission zur Überarbeitung des Vertragsrechts eingesetzt worden ist, oder auch vom

---

<sup>840</sup> PEL/von Bar, Ben Int, Introduction, L, 81.

<sup>841</sup> Jansen, ZEuP 2007, 980.

<sup>842</sup> Smits, The Good Samaritan in European Private Law 22. "It is not the *best possible rule* that prevails, but the rule on which consensus can be reached, indeed leaving out the flesh and blood of national legal systems."

<sup>843</sup> Smits, The Good Samaritan in European Private Law 39ff.

<sup>844</sup> Jansen, ZEuP 2007, 982.

<sup>845</sup> Basedow, ZEuP 2008, 673; Schulze/Wilhelmsson, ERCL 2008, 159.

<sup>846</sup> Jansen, ZEuP 2007, 970.

heuer neu gegründeten *European Law Institute* (ELI)<sup>847</sup>, dessen Bildung bereits von Seiten der Wissenschaft angeregt wurde,<sup>848</sup> vorgenommen werden.

---

<sup>847</sup> <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/index.php>.

<sup>848</sup> Erstmals *Ebke* in FS Großfeld 189; *Basedow*, EuZW 2011, 41; *v. Bar* in FS Jayme 1231; *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa 252. Auf internationaler Ebene wird in diesem Zusammenhang auch die Schaffung einer „Internationalen Organisation für Privatrecht“ angeregt, vgl *Meyer*, BB 2004, 1292; *Kornke*, JZ 2001, 1156.

## V. BESONDERHEITEN UND STÄRKEN DES ABGB – WAS HAT DAS ABGB, WAS DER DCFR NICHT HAT?

### A. Einleitung

Im vorigen Abschnitt wurden die Bestimmungen über die *benevolent intervention in another's affairs* näher erläutert und mit der Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 1035 ff ABGB verglichen. Nun stellt sich im Anschluss daran die Frage, welche Auswirkungen es hätte, wenn der DCFR in Österreich Geltung erlangen würde. Würden daraus im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage Nachteile für den Geschäftsherrn oder den Geschäftsführer resultieren? Bereits der Anwendungsbereich des V. Buches unterscheidet sich von jenem der GoA nach ABGB. Aus diesem Grund, soll im Folgenden auf die Unterschiede im Anwendungsbereich und die daraus resultierenden Konsequenzen für den Aufwendersatzanspruch und die Berichts- und Rechungslegungspflicht des Geschäftsführers eingegangen werden.

### B. Anwendungsbereich

#### 1. Die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn

Im 1. Kapitel des V. Buches ist der Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* definiert.<sup>849</sup> Dieser erfasst nur die rechtmäßige Geschäftsführung ohne Auftrag, während das ABGB auch die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn (§ 1040 ABGB) in das Regime der GoA miteinbezieht.<sup>850</sup> Bei unrechtmäßiger GoA gründen sich daher wechselseitige Ansprüche von Geschäftsführer und Geschäftsherrn auf das Schadenersatz- oder Bereicherungsrecht nach dem VI. oder VII. Buch.<sup>851</sup> Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsherr gegen einen unrechtmäßigen Geschäftsführer keinen Anspruch auf Bericht und Rechungslegung hat, weil diese nur im V. Buch (Art V.-2:103) geregelt sind und sich weder aus dem Schadenersatz- noch dem Bereicherungsrecht ein Anspruch darauf ableiten lässt.<sup>852</sup>

In Österreich kann hingegen gemäß § 1039 ABGB Bericht und Rechungslegung auch von demjenigen verlangt werden, der sich gegen den Willen des Geschäftsherrn in dessen

<sup>849</sup> S näher 1. Handeln in Begünstigungsabsicht (Art V.-1:101).

<sup>850</sup> S 1.9.1. Anwendungsbereich.

<sup>851</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, 2879.

<sup>852</sup> S 1.9.1. Anwendungsbereich.

Angelegenheiten eingemengt hat. Dies gilt ebenso bei unechter Geschäftsführung, da in diesen Fällen § 1039 ABGB analog zur Anwendung gelangt.<sup>853</sup> In der Praxis stellt dies ein dringendes Bedürfnis dar,<sup>854</sup> weil aus dem Bereicherungsrecht eine solche Pflicht nicht abgeleitet werden kann und schließlich auch ein redlicher Geschäftsführer in diesem Punkt nicht schlecht gestellt sein soll, als ein unredlicher. Darüber hinaus ist es auch für den Geschäftsherrn als Kläger ohne Bericht und Rechnungslegung seitens des Geschäftsführers sehr schwierig im Prozess mit ausreichender Sicherheit einen erlittenen Schaden oder eine beim Geschäftsführer eingetretene Bereicherung, die aus der Verwendung eines fremden Gutes gefolgt ist, nachzuweisen.

Auf diese Problematik hat bereits *Jansen*<sup>855</sup> aufmerksam gemacht und hingewiesen, dass es für die *actio directa* des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer nicht darauf ankommen kann, ob der Geschäftsführer in überwiegender Begünstigungsabsicht tätig geworden und nach Art V.-1:101 zum Einschreiten berechtigt gewesen ist, weil der Geschäftsherr gerade gegenüber dem nichtberechtigen, eigennützig motivierten Geschäftsführer auf rechtlichen Schutz angewiesen sei. Dennoch kann mE Art V.-2:103 (1) nicht analog auf die Fälle der unechten Geschäftsführung und jener gegen den Willen des Geschäftsherrn angewendet werden, da es am Vorliegen einer planwidrigen Lücke mangelt. Die *Study Group* hat den Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag bewusst nur auf die gerechtfertigte Geschäftsführung eingeschränkt, und alle anderen Fälle in das Bereicherungs- und Schadenersatzrecht ausgelagert.<sup>856</sup> In einem weiteren Schritt hat sie die Berichts- und Rechnungslegungspflicht nur im V. Buch geregelt, sodass aus historischer Sicht davon auszugehen ist, dass diese auch nur in diesem eingeschränkten Bereich zur Anwendung gelangen soll.

In diesem Punkt würden sich für die Praxis nicht unerhebliche Rechtsschutzlücken im Vergleich zur Rechtslage nach ABGB ergeben.<sup>857</sup>

---

<sup>853</sup> *Meissel*, GoA 166; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1039 Rz 7; *ders*, JBl 1971, 392; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 6; *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 716; RIS-Justiz RS0019851; RS0010260; RS0110732; OGH 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 = JBl 1977, 423; 4 Ob 276/86 RdW 1987, 51; 4 Ob 78/94 SZ 67/207.

<sup>854</sup> Dies belegen zahlreiche E des OGH. Vgl OGH 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 = JBl 1977, 423; 4 Ob 276/86 RdW 1987, 51; 4 Ob 78/94 SZ 67/207.

<sup>855</sup> *ZEuP* 2007, 971.

<sup>856</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, A, 2878.

<sup>857</sup> *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1754.

## 2. Nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag

Anders als das V. Buch des DCFR unterscheidet das ABGB zwischen der notwendigen (§ 1036 ABGB) und der nützlichen Geschäftsführung (§ 1037 ABGB). Letztere gelangt dann zur Anwendung, wenn die Geschäftsführung ex-post betrachtet für den Geschäftsherrn zum klaren und überwiegenden Vorteil war, anderenfalls er seine Kosten nicht nach § 1037 ABGB ersetzt verlangen kann. Da Art V.-1:101 für die Anwendbarkeit des V. Buches darauf abstellt, ob der Geschäftsführer zum Zeitpunkt seines Einschreitens mit überwiegender Begünstigungsabsicht tätig geworden ist und dafür ex-ante betrachtet ein vernünftiger Grund vorgelegen hat, ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine nützliche Geschäftsführung nach § 1037 ABGB auch vom Anwendungsbereich des V. Buches erfasst ist.

Da die nützliche Geschäftsführung nach § 1037 ABGB häufig als Instrument in Ausgleichs- und Regressfällen zum Einsatz gelangt, in denen mit den Mitteln des Vertrags-, Schadenersatz- oder Bereicherungsrecht nicht das Auslangen gefunden werden kann, sollen an dieser Stelle zwei Anwendungsfälle, der Ersatz von Vorhaltekosten und jener von Prozesskosten, herausgegriffen und dahingehend überprüft werden, ob diese auch in den Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* des V. Buches fallen würden. Andernfalls sich die Frage stellt, ob nach DCFR auf anderem Wege ein gleichwertiger Ersatz erfolgen könnte.

### 2.1. Vorhaltekosten

#### 2.1.1. Österreichische Rechtslage

Zur Verdeutlichung und Erläuterung der Problematik sei folgendes Beispiel angeführt: A ist Betreiber eines Autobusunternehmens. Da es in einem Jahr durchschnittlich bei fremdverschuldeten Unfällen zu einem gewissen Ausfall seiner Fahrzeuge kommt, hält A für diese Fälle einen Autobus in Reserve, weil die Reparatur meist einige Zeit in Anspruch nimmt, die Anmietung eines Ersatz'autobusses teurer und möglicherweise nicht so rasch wie notwendig durchführbar ist. Für A ist es daher wirtschaftlich sinnvoll ein Reservefahrzeug zu halten. Fügt nun B rechtswidrig und schuldhaft einem Autobus des A einen Schaden zu, so stellt sich die Frage, welche Kosten A von B nun ersetzt verlangen kann. Feststeht, dass A Anspruch auf Ersatz von Mietwagenkosten hätte, wenn er einen Ersatz'autobus anmieten würde.<sup>858</sup> Da er aber nun ein eigenes Reservefahrzeug zur Verfügung hat, hat er dieses

---

<sup>858</sup> Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/52.

einzusetzen. Schließlich würde es seiner Schadensminderungsobliegenheit widersprechen, wenn er das Reservefahrzeug nicht einsetzen und stattdessen einen teureren Ersatzautobus anmieten würde.<sup>859</sup> Die Rsp<sup>860</sup> gewährt in diesen Fällen einen Ersatz der fiktiven Mietkosten, dies allerdings bei deliktischer Schädigung nur bis zur Grenze der für den Geldersatz maßgeblichen objektiven Wertminderung.

Fraglich ist aber, ob und aus welchem Rechtsgrund A die Kosten für die Vorhaltung des Reserveautobusses verlangen kann. A hat in diesem Fall Ausgaben bereits vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses getätigt. Da das Verhalten des konkreten Schädigers B für diese Kosten nicht kausal war, scheitert ein möglicher Schadenersatzanspruch nach den §§ 1293 ff ABGB an der Kausalität.<sup>861</sup> Nun erscheint es unbillig, dem Geschädigten einen anteiligen Kostenersatzanspruch zu verwehren, weshalb in stRsp<sup>862</sup> dem Geschädigten ein Aufwandersatzanspruch nach den Regelungen der GoA für die Zeit des Einsatzes des Ersatzautobusses gewährt wird. Die Kalkulation erfolgt nach Tagesfixkosten des Fahrzeugs. Hierbei werden die Kosten von Kapitaleinsatz, Wartung, Unterbringung und laufenden Aufwendungen für Steuern und Versicherungen sowie die Verzinsung des eingesetzten Kapitals pro Jahr anteilmäßig berechnet auf die effektiven Einsatztage berücksichtigt.<sup>863</sup> Für diesen Kostenersatz wird eine Obergrenze bei den Kosten für die Anmietung eines Fahrzeuges gezogen.<sup>864</sup>

Diese Lösung ist in der Lehre nicht unumstritten. So wird bspw von *Reischauer*<sup>865</sup> ein Ersatz nach § 1042 ABGB befürwortet, *Ch. Huber*<sup>866</sup> tritt für einen schadenersatzrechtlichen Aufwandersatz ein und *Flötschl*<sup>867</sup> möchte die Kosten dem Geschädigten als ersatzfähigen Gebrauchsentgang zusprechen. Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob ein Kostenersatz nach den Regelungen des DCFR in den Anwendungsbereich des V. Buches fallen würde.

### 2.1.2. Ersatz von Vorhaltekosten nach dem V. Buch des DCFR?

Dafür ist nach Art V.-1:101 erforderlich, dass der Geschäftsführer, in diesem Fall der Betreiber des Autobusunternehmens, in überwiegender Begünstigungsabsicht für den

<sup>859</sup> Vgl *Flötschl*, ZVR 2003, 224.

<sup>860</sup> OGH 7 Ob 23/87 VR 1987/360; 2 Ob 40/87 JBl 1988, 249.

<sup>861</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 3/20, 9/12.

<sup>862</sup> OGH 2 Ob 195/72 SZ 45/137; 8 Ob 71/86 SZ 60/65; 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125; 2 Ob 272/01s.

<sup>863</sup> OGH 8 Ob 71/86 SZ 60/65; 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95 RdW 1995, 178; *Apatty* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 15; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1037 Rz 4.

<sup>864</sup> OGH 8 Ob 48/83 ZVR 1984/235; 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125, 2 Ob 54/95 = *ecolex* 1997, 81 (*Ch. Huber* 77); 2 Ob 272/01s.

<sup>865</sup> in *Rummel*<sup>3</sup> § 1323 Rz 11a.

<sup>866</sup> Schadensberechnung 392ff; *ders*, *ecolex* 1997, 77.

<sup>867</sup> ZVR 2003, 231ff.

Schädiger tätig geworden ist und ein vernünftiger Grund für sein Einschreiten vorlag, wobei das Tatbestandsmerkmal des vernünftigen Grundes durch eine Genehmigung seitens des Geschäftsherrn ersetzt werden kann.

Problematisch ist auf den ersten Blick bereits das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht. Der Betreiber des Autobusunternehmens erwirbt das Reservefahrzeug und kommt für dessen laufende Kosten auf, bevor noch feststeht, ob und wann dieses jemals zum Einsatz kommt.<sup>868</sup> Diese Aufwendungen werden getätigt, um den laufenden Betrieb seines Unternehmens bei fremd- oder eigenverschuldeten Unfällen<sup>869</sup> möglichst problemlos aufrecht erhalten zu können, da sich aus unternehmerischen Erfahrungswerten ableiten lässt, dass ein Autobus für eine gewisse Zeit im Jahr aufgrund von Unfällen ausfällt. Die Anmietung eines Ersatzfahrzeuges würde im Vergleich teurer kommen. Damit wird der „Geschäftsführer“ vordergründig im eigenen Interesse tätig, womit eine Begünstigungsabsicht auf den ersten Blick nicht erkennbar ist. Diese zeigt sich im österreichischen Recht erst, wenn man beachtet, dass der Schädiger im Zuge der Naturalrestitution<sup>870</sup> verpflichtet ist, dem Geschädigten ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung zu stellen. Würde der Geschädigte selbst ein Ersatzfahrzeug anmieten, so wäre der Schädiger zum Ersatz dieser Kosten verpflichtet. Benutzt der Geschädigte nun sein eigenes Ersatzfahrzeug, kann argumentiert werden, dass er damit ein Geschäft des Schädigers führt, da die Zurverfügungstellung eines Ersatzfahrzeuges eigentliche dessen Aufgabe gewesen wäre.

Da der DCFR aber nicht auf das Vorliegen eines fremden Geschäfts, sondern auf Handeln in überwiegender Begünstigungsabsicht abstellt, ist fraglich, ob dieses Kriterium im vorliegenden Fall erfüllt ist. In den *Comments* zu Art V.-1:101 wird in den Illustrationen 13-16<sup>871</sup> zu verdeutlichen versucht, in welchen Konstellationen der Geschäftsführer in überwiegender Begünstigungsabsicht tätig wird. Bei Durchsicht dieser Beispiele zeigt sich, dass kein klassischer Fall einer überwiegenden Begünstigungsabsicht vorliegt. Selbst ein

---

<sup>868</sup> Wobei nach österreichischer Rsp nicht entscheidend ist, ob das Fahrzeug gesondert in Bestand genommen wird (vgl OGH 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125).

<sup>869</sup> Vgl OGH 2 Ob 10/95 RdW 1995, 178, wonach die Regelungen der GoA des ABGB auch dann zur Anwendung gelangen, wenn das Reservefahrzeug sowohl für fremd- als auch für eigenverschuldeten Unfälle angeschafft wurde, da der Geschädigte in einem solchen Fall Mittel für (auch) fremde Interessen einsetzt.

<sup>870</sup> Hier ist im Unterschied zum ABGB zu beachten, dass es im DCFR keinen Vorrang der Naturalrestitution gibt. Gemäß Art VI.-6:101 (2) kann Schadenersatz in Geld oder auf andere Weise geleistet werden. Art VI-6:101 (2): „*Reparation may be in money (compensation) or otherwise, as is most appropriate, having regard to the kind and extent of damage suffered and all the other circumstances of the case.*“

<sup>871</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, *Comments*, C, 2885, Illustration 13-16.

Erbensucher, bei dem die österreichische Rsp<sup>872</sup> das Vorliegen einer GoA bejaht, wird nach Ansicht der *Study Group* nicht in überwiegender Begünstigungsabsicht tätig, da dieser mit dem Willen künftig einen Vertrag mit den ausgeforschten Erben abzuschließen einschreitet.<sup>873</sup> Da auch in den Fällen der Reservehaltung der Geschäftsführer in der Absicht tätig wird, überwiegend eigene Interessen zu verfolgen, nämlich den Betrieb seines Unternehmens ohne größere Ausfälle möglichst kostengünstig zu gewährleisten, liegt keine überwiegende Begünstigungsabsicht vor. Selbst wenn man das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht bejaht, würde die Anwendbarkeit des V. Buches daran scheitern, dass für das Einschreiten *ex-ante* kein vernünftiger Grund gegeben war. Die Geschäftsführung stellt sich im Verhältnis zum konkreten Schädiger als Geschäftsherrn erst ab dem Schädigungszeitpunkt als nützlich dar. Diese, sich aus einer *ex-post* Perspektive zeigende, Nützlichkeit ist aber im Unterschied zu § 1037 ABGB nach Art V.-1:101 nicht entscheidend.

Darüber hinaus ist problematisch, dass zum Zeitpunkt des Einschreitens der Geschäftsherr nicht bekannt ist. Grundsätzlich ist zwar auch nach dem DCFR das Kennen der Identität des Geschäftsherrn im Zeitpunkt der Geschäftsführung nicht entscheidend für das Vorliegen einer *benevolent intervention in another's affairs*, der Geschäftsführer muss aber in überwiegender Begünstigungsabsicht für eine gewisse Person oder Personengruppe tätig werden.<sup>874</sup> Fraglich ist, ob eine abstrakte Gruppe an potentiellen Schädigern dafür ausreichend ist. Zusätzlich hat der Geschäftsführer aktiv den Willen des Geschäftsherrn vor seinem Tätigwerden in Erfahrung zu bringen oder zumindest Versuche zu unternehmen, diesen zu kontaktieren.<sup>875</sup> Dies ist den Fällen der Reservehaltung ebenfalls nicht möglich.

ME kann daher in den Fällen der Reservehaltung, im Unterschied zum ABGB, kein Kostenersatz nach den Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden. Der „Geschäftsführer“ hätte bei Geltung des DCFR allenfalls die Möglichkeit, über das VI. Buch einen Ausgleich der Kosten zu erlagen. Hierbei könnte es dem Geschädigten zu Gute kommen, dass im Vergleich zum österreichischen Schadenersatzrecht immaterielle Schäden weitgehend ersatzfähig sind und nach Art VI.-2:206 (2) auch der Gebrauchsentgang einen

---

<sup>872</sup> OGH 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w.

<sup>873</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2885, Illustration 13.

<sup>874</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, C, 2888f; Das Kennen der Identität des Geschäftsherrn kommt zum Zeitpunkt des Einschreitens ist auch nach ABGB nicht entscheidend, siehe *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; S näher 1.6. Identität des Geschäftsherrn.

<sup>875</sup> S 1.5. Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftsherrn und 1.3. Informationspflicht.

ersatzfähigen Schaden darstellt.<sup>876</sup> Der Geschädigte wäre damit im Ergebnis wohl nicht schlechter gestellt als nach österreichischem Recht.

## 2.2. Prozesskosten

### 2.2.1. Österreichische Rechtslage

Wird ein Solidarschuldner oder sonstiger Regressberechtigter vom Gläubiger geklagt und lässt er sich auf den sog Vorprozess ein, so hat er die Möglichkeit dem weiteren Solidarschuldner oder Regressverpflichteten den Streit zu verkünden.<sup>877</sup> Dieser kann nun dem Vorprozess als Nebenintervent beitreten oder aber dem Vorprozess fernbleiben. Dringt der Gläubiger mit seinem Begehr durch, so hat der Regressberechtigte dem obsiegenden Kläger ua dessen Prozesskosten und Zinsen zu ersetzen und auch seine eigenen Prozesskosten zu tragen. Diese möchte er neben dem über seine Quote hinausgehenden Kapitalanteil vom Regressverpflichteten ersetzt verlangen. § 896 ABGB umfasst den Ersatz dieser Prozesskosten mangels einer gemeinschaftlichen Verpflichtung nicht.<sup>878</sup> Ein solcher könnte, abgesehen von einer vertraglichen Vereinbarung, sowohl auf Schadenersatz als auch auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 1037 ABGB gestützt werden.<sup>879</sup>

Da der Schwerpunkt der Arbeit auf der GoA liegt, wird auf die schadenersatzrechtliche Dimension dieses Problems nach österreichischer Rechtslage hier

---

<sup>876</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, VI.-2:206, Comments, F, 3323; vgl auch v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, VI.-2:206, Comments, F, 3323, Illustration 15.

<sup>877</sup> Bei einem Aktivprozess des Regressberechtigten scheidet ein Vorprozesskostenersatz auf Basis der GoA schon deshalb aus, weil der Kläger und Regressberechtigte immer einen eigenen Anspruch gegenüber einem Dritten geltend macht und daher kein fremdes Geschäft führt, weshalb im Folgenden immer von einem Passivprozess des Regressberechtigten auszugehen ist. Vgl OGH 4 Ob 568/95; *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 367; vgl *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1035 Rz 4.

<sup>878</sup> *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 896 Rz 17; *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1358 Rz 74ff; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 896 Rz 5; *Gamerith* in *Rummel*<sup>3</sup> § 896 Rz 10; *ders* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1358 Rz 6; *Perner*, RdW 2008, 49; RIS-Justiz RS0017364; RS0017438.

<sup>879</sup> OGH 3 Ob 53/02v; 3 Ob 313/01b; 8 Ob 92/08z; *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 535ff. Alternativ tritt *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 14/30 für einen Kostenersatz analog zu § 1043 ABGB ein, *Ch. Huber*, ZVR 1986, 46ff für eine Analogie zu § 3 Abs 1 und 2 bzw § 4 Abs 1 und 2 DHG, *Perner*, RdW 2008, 51ff für eine Anwendbarkeit von § 837 Satz 3 ABGB, während *Flötschl*, ÖJZ 2004, 789 im ABGB keinen Anspruch auf Ersatz sieht und daher die Ansicht vertritt, dass die Entscheidung des Gesetzgebers zu akzeptieren sei, wonach jeder Solidarschuldner das mit seiner Stellung als Schuldner verbundene Risiko der Inanspruchnahme selbst zu tragen habe. Eine Analogie zum DHG wurde von der Rsp explizit abgelehnt (RIS-Justiz RS0038181; OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60 = JBl 1997, 368). Eine Analogie zu § 1043 ABGB wurde vom OGH in der E 7 Ob 277/98f in Betracht gezogen.

nicht näher eingegangen. Es sei nur darauf verwiesen, dass die Rsp<sup>880</sup> auch den Schadenersatz als taugliche Rechtsgrundlage für einen Ersatz von Vorprozesskosten erachtet.<sup>881</sup>

Für einen Kostenersatz auf Basis des § 1037 ABGB ist erforderlich, dass die Prozessführung zum klaren und überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn war.<sup>882</sup> Dabei ist es ausreichend, wenn der Geschäftsführer ein auch-fremdes Geschäft führt. Entscheidend ist, dass der geklagte Regressberechtigte dem Regresspflichtigen den Streit verkündet, denn erst in der Streitverkündung zeigt sich nach der Rsp<sup>883</sup> die Absicht ein fremdes Geschäft führen zu wollen, womit das subjektive Element der GoA erfüllt sei. Die ab dem Zeitpunkt der Streitverkündung angefallen Kosten können daher grds vom Regresspflichtigen als typische Folge unterlassener Streithilfe ersetzt verlangt werden,<sup>884</sup> wenn dieser sich nicht als Nebenintervent beteiligt, da diese insoweit von der Interventionswirkung der Streitverkündung erfasst sind.<sup>885</sup> Zur Bindungswirkung des Vorprozesses für den Regresspflichtigen sprach der OGH in der E<sup>886</sup> eines verstärkten Senates aus: „Die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils erstrecken sich soweit auf den einfachen Nebeninterventen und denjenigen, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligte, als diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses in Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind sie daher an die ihre Rechtsposition belastenden Tatsachenfeststellungen im Urteil des Vorprozesses gebunden, sofern ihnen in jenem Verfahren soweit unbeschränktes rechtliches Gehör zustand. Das gilt jedoch nicht auch für denjenigen, der sich am Vorprozess nicht beteiligte, dem aber auch gar nicht der Streit verkündet worden war.“ Nach stRsp<sup>887</sup> gilt dies nicht nur für den Regress unter

---

<sup>880</sup> OGH 3 Ob 313/01b; 3 Ob 53/02v; 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78.

<sup>881</sup> Hierfür spielt ebenso wie bei der nützlichen GoA die Streitverkündung eine entscheidende Rolle (*Apahy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 896 Rz 5). In diesem Zusammenhang weist der OGH (8 Ob 92/08z ecolex 2009/78) darauf hin, dass „die Schlechterfüllung eines Vertrages für sich alleine noch nicht eine schadenersatzrechtliche Haftung auch für die Prozesskosten begründet, sondern nur dann, wenn der Regresspflichtige über die Schlechterfüllung der Hauptleistung hinaus weitere Vertragspflichten verletzt und diese Pflichtverletzung für den Gewährleistungsprozess [allg Vorprozess] kausal waren“.

<sup>882</sup> *Koziol* in *KBB*<sup>3</sup> § 1037 Rz 2; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1037 Rz 2; *Gamerith* in *Rummel*<sup>3</sup> § 896 Rz 10.

<sup>883</sup> OGH 4 Ob 313/00h SZ 74/6 = EvBl 2001/111; *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 365.

<sup>884</sup> Da von der Rsp die Bindungswirkung als das entscheidende Element für die Anwendbarkeit der GoA betrachtet wird, kann auf Grundlage der GoA kein Ersatz jener Kosten erlangt werden, die vor Zugang der Streitverkündung entstanden sind. *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 367.

<sup>885</sup> OGH 1 Ob 242/97p SZ 70/200; 6 Ob 324/97h SZ 70/241; 4 Ob 313/00h SZ 74/6 = EvBl 2001/111; 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78; *Apahy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 896 Rz 5.

<sup>886</sup> OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60 = JBl 1997, 368; RIS-Justiz RS0107338.

<sup>887</sup> OGH 1 Ob 242/97p SZ 70/200; 7 Ob 43/02b; 7 Ob 159/07v JBl 2008, 458; 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78.

Solidarschuldnern, sondern auch für sonstige „materiell-rechtliche Alternativverhältnisse“ (die einander gegenseitig ausschließen) und für Sonderrechtsbeziehungen.

Es wird daher von der Rsp<sup>888</sup> angenommen, dass der Regresspflichtige ab dem Zeitpunkt der Streitverkündung, wenn er dem Vorprozess nicht als Nebenintervent beitritt, die Prozessführung durch den Regressberechtigten als auch seinem Interesse dienend erachtet. Folglich hat er ab diesem Zeitpunkt dem Regressberechtigten sowohl die eigenen als auch jene Kosten des Vorprozesses zu ersetzen, die dieser dem obsiegenden Kläger zu ersetzen hatte.<sup>889</sup> Grundsätzlich sind die Kosten anteilig, im Zweifel zu gleichen Teilen zu tragen.<sup>890</sup>

#### 2.2.1.1. Kritik an der geltenden österreichischen Rechtslage

Gegen einen Ersatz von Vorprozesskosten auf Basis des § 1037 ABGB können einige Argumente<sup>891</sup> ins Treffen geführt werden. So kann kritisch hinterfragt werden, ob die Bindungswirkung des Vorprozesses für den Regresspflichtigen als Geschäftsherrn wirklich von Vorteil ist. Unterlässt es der Regresspflichtige seine Einwände im Vorprozess nach Streitverkündung einzubringen, so wird er dieser im Folgeprozess verlustig. Dies ist eigentlich nur für den Regressberechtigten und Geschäftsführer von Vorteil. Damit ist die Verkündung des Streits gegenüber dem Regresspflichtigen eine Handlung, die dem Geschäftsherrn mehr zum Nachteil als zum Vorteil gereicht, folglich dem ursprünglichen Konzept der GoA nach § 1037 ABGB widerspricht.<sup>892</sup>

Für einen Aufwandersatz nach § 1037 ABGB würde es allerdings bereits ausreichen, wenn der Geschäftsführer ein auch-fremdes Geschäft führt. Da der Geschäftsführer aber auf eigenes Risiko seine eigene Rechtsverteidigung im Vorprozess gegenüber dem klagenden Gläubiger wahrnimmt, führt der Beklagte ausschließlich ein eigenes Geschäft.<sup>893</sup> Daran ändere nach *Flötschl*<sup>894</sup> auch die faktische Tatsache nichts, dass der Vorprozess für den Regresspflichtigen ebenfalls von Vorteil gewesen sein könnte, weil der Gläubiger nun nicht mehr auf ihn greifen wird und auch im Vorprozess Sachverhalte geklärt, Gutachten in Auftrag gegeben wurden und Beweismaterial gesammelt wurde, auf das in einem Folgeprozess zurückgegriffen werden kann. Ebenso verneint der BGH die Erstattung von Prozesskosten

---

<sup>888</sup> Zuletzt OGH 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78.

<sup>889</sup> OGH 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78; *Gamerith* in Rummel<sup>3</sup> § 896 Rz 10.

<sup>890</sup> *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 896 Rz 18; *Apathy/Riedler* in Schwimann<sup>3</sup> § 896 Rz 5; OGH 7 Ob 277/98f ecolex 2000, 102 (*Chr. Thaler*); 1 Ob 232/99w JBl 2000, 36.

<sup>891</sup> Ausführlich *Flötschl*, ÖJZ 2004/48, 781ff.

<sup>892</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 793

<sup>893</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 781.

<sup>894</sup> ÖJZ 2004, 783f.

nach den Regelungen der GoA, da der Beklagte nur eine eigene Angelegenheit erledigt und daher keine Fremdgeschäftsführung vorliegt.<sup>895</sup>

Darüber hinaus besteht für den Regresspflichtigen trotz Vorprozess immer noch die Gefahr vom Gläubiger selbst geklagt zu werden, auch wenn die Wahrscheinlichkeit aufgrund der im Vorprozess gewonnenen Erkenntnisse praktisch nicht sehr hoch sein wird.<sup>896</sup>

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal der GoA ist der Fremdgeschäftsführungswille. Dieser zeigt sich in der Streitverkündung gegenüber dem Regresspflichtigen.<sup>897</sup> Nach *Flötschl*<sup>898</sup> drückt diese jedoch aus, dass der Beklagte Streithilfe im Vorprozess erwarte und sei damit ein Hilferuf und nicht Ausdruck dessen, dass man in Zukunft zum Vorteil und auf Rechnung eines anderen tätig sein möchte.

Des Weiteren könnte in der Streitverkündung die Anfrage um die Einwilligung des Geschäftsherrn zum Einschreiten gesehen werden.<sup>899</sup> Daraus ergibt sich aber für den Regresspflichtigen als Geschäftsherr nicht die Möglichkeit sich selbst am Prozess zu beteiligen, um so den Aufwand möglichst gering zu halten. Verweigert er den Beitritt als Nebeninterventient müsste dies, wenn man das Institut der GoA konsequent weiterverfolgt, als Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn gewertet werden, sodass der Regressberechtigte nach § 1040 ABGB des Aufwandersatzes verlustig wird.<sup>900</sup> Darüber hinaus kann der Regresspflichtige auch keine bindenden Weisungen erteilen, denn seine Prozesshandlungen sind nur insoweit für die Hauptpartei, den Regressberechtigten, rechtlich wirksam, als sie nicht mit deren eigenen Prozesshandlungen im Widerspruch stehen (§ 19 ZPO).<sup>901</sup>

Die Geschäftsführung hat § 1037 ABGB entsprechend für den Geschäftsherrn zu dessen klarem und überwiegenden Vorteil zu sein und ist ausgeschlossen, wenn „der für die Verfolgung fremder Interessen gemachte Aufwand von der eigenen Sphäre des Geschäftsführers nicht abtrennbar ist. Es geht nicht an, den klaren und überwiegenden Vorteil in der prozessrechtlichen Bindungswirkung der Streitverkündigung zu sehen, wirkt sich doch diese gerade gegen den Regresspflichtigen aus.“<sup>902</sup> So hat der OGH selbst ausgesprochen,

<sup>895</sup> BGH 18.10.1957, VersR 1957, 800.

<sup>896</sup> *Flötsch*, ÖJZ 2004, 783f; *Perner*, RdW 2008, 51.

<sup>897</sup> OGH 4 Ob 313/00h SZ 74/6 EvBl 2001/111; *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 368.

<sup>898</sup> ÖJZ 2004, 784.

<sup>899</sup> OGH 4 Ob 313/00h SZ 74/6 EvBl 2001/111.

<sup>900</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 784f.

<sup>901</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 785.

<sup>902</sup> OGH 3 Ob 53/02v; RIS-Justiz RS0109200.

dass der klare und überwiegende Vorteil nicht allein in der Streitverkündung zu sehen ist.<sup>903</sup> Dieser kann sich aber, wie in der E 3 Ob 53/02v, daraus ergeben, dass es im Vorprozess zu einer teilweisen Abweisung des Klagebegehrens gekommen war. Vermindert sich dadurch die Rückersatzverpflichtung des Regresspflichtigen, wäre dies zu seinem Vorteil.<sup>904</sup> Damit wäre ex-post betrachtet eine Nützlichkeit für den Geschäftsherrn eingetreten. Das Risiko dafür trägt gemäß § 1037 ABGB der Regressberechtigte als Geschäftsführer.<sup>905</sup> Konsequenterweise könnte Aufwandersatz dann maximal im Betrag der Teilabweisung begehrt werden, weil nur in diesem Ausmaß eine Bereicherung beim Geschäftsherrn eingetreten ist.<sup>906</sup>

### 2.2.2. Prozessführung als *benevolent intervention in another's affairs*?

In den *Comments* zu Art V.-1:101 wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Prozessführung für einen anderen eine Geschäftsführung ohne Auftrag darstellen kann.<sup>907</sup> Dies könnte bspw dann der Fall sein, wenn der Geschäftsführer im Notfall Güter des Geschäftsherrn verkauft hat und es im Sinne der Fortsetzungspflicht erforderlich ist, den Kaufpreis vom Erwerber im Interesse des Geschäftsherrn gerichtlich einzufordern. Der Geschäftsführer tritt dabei im eigenen Namen, aber im Interesse des Geschäftsherrn auf, sodass die Regelungen des V. Buches zur Anwendung gelangen.<sup>908</sup>

In diesem einfachen Bsp, das in den *Comments* angeführt wurde,<sup>909</sup> ist die Interessenlage klar erkennbar. Es stellt sich nun die Frage, ob auch die Prozessführung eines vom Gläubiger geklagten Solidarschuldners gegenüber einem weiteren Solidarschuldner und Regresspflichtigen als *benevolent intervention in another's affairs* iSd Art V.-1:101 betrachtet werden kann. Dafür ist jedoch bereits das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Begünstigungsabsicht nicht erfüllt, da der Geschäftsführer primär zur eigenen Rechtsverteidigung einschreitet und im Rahmen der Streitverkündung allenfalls eine Hilfestellung seitens des „Geschäftsherrn“ erwartet.

Des Weiteren muss ex-ante betrachtet ein vernünftiger Grund für das Handeln des Geschäftsherrn gegeben sein. Dies kann nicht dadurch ausgeglichen werden, dass die Geschäftsführung ex-post betrachtet für den Geschäftsherrn nützlich war. Dieser Mangel heilt lediglich dadurch, dass der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich genehmigt. In

---

<sup>903</sup> OGH 3 Ob 53/02v.

<sup>904</sup> OGH 3 Ob 53/02v; *Flötschl*, ÖJZ 2004, 785.

<sup>905</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 785; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1036 Rz 4.

<sup>906</sup> *Flötschl*, ÖJZ 2004, 785; Näher zum Umfang des Ersatzes *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 369ff.

<sup>907</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2882.

<sup>908</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2882.

<sup>909</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, B, 2882.

den Fällen des Ersatzes von Vorprozesskosten ist aber gerade das nicht der Fall, da der Regresspflichtige als Geschäftsherr trotz Streitverkündung seitens des Geschäftsführers nicht als Nebenintervent dem Vorprozess beitritt. Daraus kann unter keinen Umständen eine Ratifikation der Geschäftsführung abgeleitet werden. Somit scheidet die Anwendbarkeit der Regelungen des V. Buches für die Erstattung der Kosten des Vorprozesses aus. Da sich der Anwendungsbereich des V. Buches des DCFR wesentlich am BGB orientiert,<sup>910</sup> kann als zusätzliches Argument noch die E des BGH<sup>911</sup> angeführt werden, in der ebenfalls die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA (§§ 677, 683, 670 BGB) in diesen Fällen verneint wird, da kein Geschäft für einen anderen geführt wird.

Nachdem ein Aufwandersatz für die Kosten eines Vorprozesses nach den Regelungen des V. Buches nicht möglich ist, könnte der Regressberechtigte, abgesehen von einem Ersatz auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung, Schadenersatz geltend machen. Hierfür ist nach dem DCFR zwischen vertraglichem Schadenersatz nach Art III.-3:701 ff und deliktischem nach dem VI. Buch zu unterscheiden. Allenfalls könnte auch ein Ersatz auf Basis des Bereicherungsrechts nach dem VII. Buch in Betracht kommen.

### 3. Tatbestandsmerkmal Fremdgeschäft

Für die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA nach §§ 1035 ff ABGB wird darauf abgestellt, ob ein fremdes Geschäft in Fremdgeschäftsführungsabsicht geführt wird. Im Gegensatz dazu ist nach Art V.-1:101 entscheidend, ob jemand mit überwiegender Begünstigungsabsicht für jemanden anderen tätig geworden ist und ob dafür ein vernünftiger Grund vorlegen hat.

Das Vorliegen einer überwiegenden Begünstigungsabsicht ist vor Gericht schwer eines Beweises zugänglich, weshalb es für die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA problematisch ist, primär auf eine altruistische Motivation des Geschäftsführers abzustellen.<sup>912</sup> Dies zeigte sich bereits in der deutschen Rechtsprechung<sup>913</sup> zur GoA. § 677 BGB stellt für die Anwendbarkeit der GoA ebenfalls auf das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens ab. Dies führte in der Judikatur dazu, dass zur Feststellung der Geschäftsführungsabsicht auf objektive Kriterien, wie das Vorliegen eines objektiv

---

<sup>910</sup> Vgl 1.10. Vergleich mit dem Anwendungsbereich der GoA in Deutschland.

<sup>911</sup> BGH 18.10.1957, VersR 1957, 800.

<sup>912</sup> Sprau, ERA-Forum 2006, 225; Rudolf in FS 200 Jahre ABGB 1733f.

<sup>913</sup> BGHZ 143, 9, 14f; BGHZ 140, 102, 109; BGHZ 98, 235, 240; vgl Seiler in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 24; Bergmann in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 131.

fremden Geschäfts, zurückgegriffen wurde, um diese zu konkretisieren.<sup>914</sup> Angesichts der praktischen Probleme, die sich bereits in Deutschland aus dem Tatbestandsmerkmal der Geschäftsführungsabsicht ergeben haben, ist der Anwendungsbereich der GoA nach österreichischem Recht durch das Kriterium des Fremdgeschäfts besser abgegrenzt und dieses Tatbestandsmerkmal leichter vor Gericht beweisbar. Betrachtet man allerdings die Rsp<sup>915</sup> zum Ersatz von Ersatz von Vorhalte- und Prozesskosten, zeigt sich, dass auch dieses nicht immer klar erkennbar ist, woraus *Flötschl* im Bezug auf den Ersatz von Vorprozesskosten ableitet, „dass das Konzept vom eigenen und fremden Geschäft ein rein theoretisches bleibt. Es ist durch Erfahrung und Kontrolle letztendlich nicht feststellbar, was ein eigenes und was ein fremdes Geschäft ist.“<sup>916</sup>

Dennoch erscheint es sinnvoll für die Konzeption der GoA dem historischen Vorbild des römischen Rechts entsprechend auf das objektive Tatbestandsmerkmal eines fremden Geschäfts abzustellen, weil dieses leichter als eine überwiegende Begünstigungsabsicht vor Gericht beweisbar ist. Dafür tritt auch *Jansen*<sup>917</sup> ein, denn an Hand der Begünstigungsabsicht könne kaum eine ausreichende Abgrenzung zum Bereicherungs-, Schadenersatz- und Vertragsrecht getroffen werden.

Da das Kriterium der Begünstigungsabsicht als subjektives Merkmal schwer eines Beweises zugänglich ist, stellt sich zusätzlich die Frage, ob es nicht ausreichend für die Anwendbarkeit der Regelungen der GoA sein sollte, wenn zu einem gewissen Teil ein Geschäft mit der Absicht geführt wurde, einen anderen zu begünstigen, da es wohl ungleich schwerer nachzuweisen ist, dass diese auch überwogen hat. Es scheint nicht ersichtlich, warum ein Überwiegen dieser Begünstigungsabsicht erforderlich sein soll. Es stellt daher mE eine Stärke der GoA nach österreichischem Recht dar, dass es ausreichend ist, wenn feststellbar ist, dass eine Geschäftsführung zu einem gewissen Teil für den Geschäftsherrn erbracht worden ist, sodass anteilig Aufwandsatz begehrt werden kann, solange der zur Verfolgung fremder Interessen gemachte Aufwand von der eigenen Sphäre abtrennbar ist.<sup>918</sup>

---

<sup>914</sup> BGHZ 143, 9, 14f; BGHZ 140, 102, 109; BGHZ 98, 235, 240; vgl *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 677 Rz 24; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, Vorbem zu §§ 677ff Rz 131; S 1.10. Vergleich mit dem Anwendungsbereich der GoA in Deutschland.

<sup>915</sup> S 2.1. Vorhaltekosten und 2.2. Prozesskosten.

<sup>916</sup> *Flötschl* in ÖJZ 2004, 783 Fn 28.

<sup>917</sup> ZEuP 2007, 986.

<sup>918</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; *Meissel*, Geschäftsführung 87ff; *Stanzl* in *Klang* IV/1<sup>2</sup>, 891f; *Apathy* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1035 Rz 5; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1035 Rz 5.

## C. Aufwandersatz

Im ABGB wird im Bezug auf den Aufwandersatz zwischen notwendiger und nützlicher Geschäftsführung unterschieden.<sup>919</sup> Im Rahmen einer notwendigen Geschäftsführung werden nach § 1036 ABGB alle Aufwendungen ersetzt, die für die Abwendung des Schadens notwendig und zweckmäßig waren. Diese hat der Geschäftsherr selbst bei erfolgloser GoA zu ersetzen.<sup>920</sup> Die Beurteilung der Nützlichkeit der Aufwendungen erfolgt ex-ante, wie dies auch schon der römisch-rechtlichen Tradition entsprach.<sup>921</sup> Nach § 1037 ABGB kann der Geschäftsführer jene Kosten ersetzt verlangen, die er zum klaren und überwiegenden Vorteil für den Geschäftsherrn eingesetzt hat. Der Zweck dieser Bestimmung folgt bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, wonach sich der Geschäftsherr, wenn die Geschäftsführung zu seinem klaren und überwiegenden Vorteil war, nicht auf Kosten des Geschäftsführers bereichern soll.<sup>922</sup> Daher hat der Geschäftsherr dem Geschäftsführer seine tatsächlichen Aufwendungen zu ersetzen, allerdings nur soweit sie für ihn ex-post betrachtet vorteilhaft waren.<sup>923</sup>

Im Unterschied zum DCFR ist aus terminologischer Sicht zu beachten, dass das ABGB von einem weiten Begriff des Aufwands ausgeht und nicht wie der DCFR zwischen Aufwand (Art V.-3:101), Freistellung (Art V.-3:101)<sup>924</sup> und Vergütung (Art V.-3:102)<sup>925</sup> unterscheidet. Allein daraus müssen sich noch keine tatsächlichen Unterschiede im Umfang des Ersatzes für den Geschäftsführer ergeben. Würde ein Geschäftsführer bei Geltung des DCFR im Vergleich zum ABGB einen Nachteil im Bezug auf seinen Kostenersatz erleiden oder könnte ihm dies sogar zu seinem Vorteil gereichen? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

### 1. Aufwandersatz bei notwendiger Geschäftsführung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des V. Buch und damit auch für die Ansprüche des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn ist es, dass der Geschäftsführer in überwiegender Begünstigungsabsicht tätig geworden ist und für sein Einschreiten ex-ante ein vernünftiger Grund vorgelegen hat.

<sup>919</sup> S näher 1.3. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich.

<sup>920</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 11; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5.

<sup>921</sup> *Meissel*, GoA 171. Vgl 2.2. Notwendige oder nützliche Geschäftsführung.

<sup>922</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12.

<sup>923</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 4; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1037 Rz 3.

<sup>924</sup> S 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).

<sup>925</sup> S 2. Anspruch auf Vergütung (Art V. – 3:102).

Damit ist es ähnlich wie bei der GoA nach § 1036 ABGB, bei der das Vorliegen einer Notfallsituation und die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Aufwendungen ex-ante zu beurteilen sind,<sup>926</sup> eine ex-ante Betrachtung, nun im Bezug auf den vernünftigen Grund für die Geschäftsführung, entscheidend für den Aufwandersatz.<sup>927</sup> Das Risiko der Fehleinschätzung trägt damit ebenso wie bei einer vermeintlichen Notsituation der Geschäftsherr, mit der Konsequenz, dass der Geschäftsherr auch Aufwandersatz nach Art V.-3:101 zu leisten hat. Ebenso ist nach § 1036 ABGB dem Geschäftsführer der notwendig und zweckmäßig gemachte Aufwand zu ersetzen, selbst wenn seine Bemühungen fruchtlos geblieben sind.<sup>928</sup> Da die Fälle der Notgeschäftsführer vom Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* umfasst sind, gibt es bezüglich des Anspruchs auf Aufwandersatz keinen Unterschied zum ABGB, abgesehen von der unterschiedlichen Behandlung der Zinsen, worauf noch unten eingegangen werden soll.<sup>929</sup>

Da nach § 1036 ABGB ein Notfall nur dann vorliegt, wenn das Einschreiten so dringend notwendig ist, dass die Einwilligung des Geschäftsherrn nicht mehr eingeholt werden kann,<sup>930</sup> ist es denkbar, dass die Regelungen des V. Buches auch dann zur Anwendung gelangen, wenn lediglich eine nützliche Geschäftsführung iSd § 1037 ABGB vorliegt,<sup>931</sup> da Art V.-1:101 davon ausgeht, dass die Einwilligung des Geschäftsherrn vor der Geschäftsführung nicht nur möglich ist, sondern diese sogar vorausgesetzt wird. Auf den Aufwandersatz bei nützlicher Geschäftsführung soll daher nun im Folgenden eingegangen werden.

## 2. Aufwandersatz bei nützlicher Geschäftsführung

Im Unterschied zum Aufwandersatz nach Art V.-3:101 erfolgt nach § 1037 ABGB keine ex-ante Betrachtung der Nützlichkeit, womit der Geschäftsführer das Risiko des Erfolgs der Geschäftsführung trägt.<sup>932</sup> Es kommt daher im Vergleich zum ABGB zu einer Ausweitung des erfolgsunabhängigen Kostenersatzes.<sup>933</sup> Dies widerspricht grundsätzlich bereicherungsrechtlichen Wertungen, da der Geschäftsherr nun auch Aufwendungen zu

<sup>926</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 1.

<sup>927</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-1:101, Comments, D, 2891.

<sup>928</sup> *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 11; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5.

<sup>929</sup> S 3. Zinsen.

<sup>930</sup> *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 897; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 2; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; OGH 6 Ob 710/84 SZ 57/167.

<sup>931</sup> S 1.11.2. Vernünftiger Grund.

<sup>932</sup> *Meissel*, GoA 173; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12.

<sup>933</sup> *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1747f.

ersetzen hat, die für ihn möglicherweise weder nützlich waren, noch in einer Bereicherung resultiert haben. Dies hat für die Geschäftsführung im Notfall durchaus seine Berechtigung, für alle darüber hinausgehenden Fälle ist diese geschäftsführerfreundliche Haltung kritisch zu hinterfragen.<sup>934</sup> Denn die Aufnahme des vernünftigen Grundes als Tatbestandsmerkmal der GoA hat zur Folge, dass, wie *Jansen*<sup>935</sup> kritisiert, mit der Tradition der *negotiorum gestio* gebrochen wird, für die es wesentlich war, dass der Geschäftsführer dem wahren Willen und Interesse des Geschäftsherrn getreu gehandelt hat und nicht primär darauf abgestellt wurde, ob ein vernünftiger Geschäftsführer ex-ante objektiv davon ausgehen durfte, dass ein vernünftiger Grund zum Einschreiten vorliegt. Eine solche Objektivierung gibt es eben traditioneller Weise nur bei der Hilfe in einer Notlage.<sup>936</sup> In allen anderen Fällen ist das tatsächliche Interesse des Geschäftsherrn und damit der für ihn eingetretene Nutzen entscheidend für den Aufwandersatz.<sup>937</sup>

Die Beurteilung des Vorliegens eines vernünftigen Grundes objektiv ex-ante aus der Sicht einer Maßfigur, stellt eine deliktsrechtliche Wertung dar, worauf *Jansen*<sup>938</sup> zutreffend hinweist, welche im Institut der *negotiorum gestio* befremdlich ist. Die *Study Group* nimmt damit in diesem Punkt eine geschäftsführerfreundliche Position ein.

Dies ist allerdings im Bezug auf die Konsequenzen bezüglich des Aufwandersatzes bedenklich, denn nur weil ein Geschäftsführer schuldlos Aufwendungen tätigt, kann darin noch nicht ein Grund gesehen werden, den Geschäftsherrn, der für die konkrete Geschäftsbesorgung keinen Anlass gegeben hat, mit den Kosten zu belasten.<sup>939</sup> Zur Einschränkung des Aufwandersatzersatzanspruches muss aber berücksichtigt werden, dass es für das Vorliegen eines vernünftigen Grundes nach Art V.-1:101 (2) (a) notwendig ist, mit dem Geschäftsherrn Rücksprache zu halten, soweit dies möglich ist. Damit bleibt das Risiko, Aufwandersatz leisten zu müssen, obwohl ex-post betrachtet die Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn nicht nützlich war, auf echte Notsituationen beschränkt, bei denen vom Aufwandersatz auch nur provisorische Sicherungsmaßnahmen erfasst sind.<sup>940</sup> Ebenso natürlich bei Ratifikation durch den Geschäftsherrn.

---

<sup>934</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 972ff; *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB 1746ff.

<sup>935</sup> ZEuP 2007, 988.

<sup>936</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 1; *Meissel*, GoA 103ff.

<sup>937</sup> Vgl § 1037 ABGB; *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 2.

<sup>938</sup> ZEuP 2007, 988.

<sup>939</sup> *Jansen*, ZEuP 2007, 989.

<sup>940</sup> S zum Aufwandersatz näher 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).

Daher ist mE einer Regelung des Aufwandersatzes iSd § 1037 ABGB der Vorzug zu geben, da es auf diesem Weg zu einer sachgerechteren Lösung kommt. Nur dann, wenn eine Geschäftsbesorgung wirklich dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat und er dadurch einen konkreten Vorteil erlangt hat, erscheint es gerechtfertigt, ihm auch die Kosten der Geschäftsführung aufzuerlegen. Einzig für die Haftung des Geschäftsführers kann es darauf ankommen, ob dieser objektiv ex-ante einen vernünftigen Grund zu handeln annehmen durfte oder nicht.<sup>941</sup>

### 3. Zinsen

Auf der einen Seite gebühren dem Geschäftsführer nach ABGB für Barauslagen ab dem Zeitpunkt der Aufwendung Zinsen.<sup>942</sup> Auf der anderen Seite hat der Geschäftsführer im Zuge der Geschäftsführung erlangte Vorteile, in Analogie zu § 1009 ABGB,<sup>943</sup> inklusive den tatsächlich erlangten Zinsen herauszugeben.<sup>944</sup>

Im Unterschied dazu hat der Geschäftsführer nach Art V.-3:101 nur Anspruch auf Zinsen, soweit er diese selbst zu zahlen hatte,<sup>945</sup> also etwa, wenn er für die Geschäftsbesorgung einen Kredit aufnehmen musste, für den er der Bank Zinsen zu leisten hat.

Spiegelbildlich sind nach Art V.-2:103 die im Zuge der Geschäftsführung erlangten Vorteile, wenn sie in Geld bestehen, auch nur dann inklusive Zinsen herauszugeben, wenn diese vom Geschäftsführer für den Geschäftsherrn zinsenbringend veranlagt wurden. Die erlangten Zinsen sind in einem solchen Fall als Vorteil im Zuge der Geschäftsführung angefallen. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Geschäftsführer das Geld für den Geschäftsherrn nicht veranlagt hat und dies keine Verletzung seiner Pflichten aus der Geschäftsführung darstellt. In diesem Fall hat der Geschäftsführer selbst keine Zinsen lukriert und der Geschäftsherr hat keinen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen.<sup>946</sup>

Somit herrschen im Bezug auf die Vorteilsherausgabe bei der Behandlung der erlangten Zinsen keine Unterschiede zwischen ABGB und DCFR. Im Rahmen des Aufwandersatzes für Barauslagen ist der Geschäftsführer nach österreichischer Rechtslage

---

<sup>941</sup> Jansen, ZEuP 2007, 990.

<sup>942</sup> Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 12; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4.

<sup>943</sup> Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 906; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1039 Rz 4; Meissel, GoA 168; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 7; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1039 Rz 4; Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1039 Rz 3.

<sup>944</sup> Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1009 Rz 17; Strasser in Rummel<sup>3</sup> § 1009 Rz 23.

<sup>945</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3035.

<sup>946</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-2:103, Comments, C, 3022.

allerdings besser gestellt, als bei Geltung des DCFR, da er dafür Zinsen ab dem Zeitpunkt der Aufwendung ersetzt verlangen kann.

## D. Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Regelung der GoA im ABGB trotz ihres Alters im Vergleich zur neuen Kodifikation der *benevolent intervention in another's affairs* im V. Buch des DCFR einige Besonderheiten und Stärken enthält. Durch die unterschiedliche Konzeption des Anwendungsbereichs der GoA in Art V.-1:101 und dem damit erfolgten Ausschluss der GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn aus dem Regime der *negotiorum gestio* ergeben sich weit reichende Rechtsfolgen. Dies betrifft vor allem den Anspruch des Geschäftsherrn auf Bericht und Rechnungslegung bei unerlaubter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, der dem Geschäftsherrn im DCFR verwehrt ist, woraus sich erhebliche Rechtsschutzlücken im Vergleich zum ABGB ergeben.

Des Weiteren erscheint das Abstellen auf das Vorliegen eines Fremdgeschäfts für die Anwendbarkeit der GoA praktikabler im Bezug auf die Beweisbarkeit vor Gericht im Vergleich zur überwiegenden Begünstigungsabsicht zu sein.

Als weitere Konsequenz des unterschiedlich gestalteten Anwendungsbereichs ist es für den Aufwandersatz des Geschäftsführers nach Art V.-3:101 ausschlaggebend, ob ex-ante ein vernünftiger Grund für das Einschreiten und die Aufwendungen gegeben war, womit das Risiko der Fehleinschätzung zu Lasten des Geschäftsherrn geht. Dies ist abgesehen von der Notgeschäftsführung nicht sachgerecht, sodass einer Regelung des Aufwandersatzes nach den Wertungen des § 1037 ABGB in allen anderen Fällen der Vorzug zu geben ist.

Darüber hinaus erscheint es auch interessengerecht dem Geschäftsführer bei Barauslagen ab dem Zeitpunkt der Aufwendung die Zinsen dafür zu ersetzen, wie dies nach der österreichischen Rechtsprechung erfolgt.<sup>947</sup> Schließlich hat der Geschäftsführer nun nicht die Möglichkeit das Geld anderswo zinsbringend zu veranlagen.

Somit zeigt sich, dass die Regelungen des Instituts der *negotiorum gestio* im ABGB, trotz ihres mittlerweile 200-jährigen Bestehens, alles andere als veraltet sind und wesentliche Stärken im Vergleich zum V. Buch des DCFR aufweisen, weil sie auch, wenn man nur das Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäfts oder die Möglichkeit Rechnungslegung vom

---

<sup>947</sup> OGH 8 Ob 30/63 EvBl 1963/309.

## Besonderheiten und Stärken des ABGB

unechten oder unerlaubten Geschäftsführer zu verlangen betrachtet, leichter einem Beweis zugänglich sind bzw den Bedürfnissen der Praxis besser Rechnung tragen.

## VI. MÖGLICHKEITEN DER WEITERENTWICKLUNG DES INSTITUTS DER GOA IM ABGB NACH VORBILD DES DCFR

### A. Einleitung

Die Konzeption der *benevolent intervention in another's affairs* stellt den neuesten und gleichzeitig, abgesehen von den PELBI als ihrer Vorversion, ersten europäischen Kodifikationsentwurf des traditionellen Instituts der *negotiorum gestio* dar. Damit kann berechtigter Weise die Frage aufgeworfen werden, ob im V. Buch Elemente enthalten sind, die sinnvollerweise bei einer Revision des ABGB berücksichtigt werden sollten und sich für eine Weiterentwicklung der GoA eignen würden. ME sind in diesem Zusammenhang vor allem die im 3. Kapitel des V. Buches geregelten Ansprüche und Befugnisse des Geschäftsführers hervorzuheben und einer genaueren Untersuchung auf ihre Tauglichkeit für eine Übernahme in das ABGB zu unterziehen. Im Folgenden soll daher der Gliederung des 3. Kapitels des V. Buches entsprechend zuerst auf Aufwandersatz (Art V.-3:101) und Vergütung (Art V.-3:102), die Risikohaftung des Geschäftsherrn (Art V.-3:103) und zuletzt auf die Vertretungsmacht des Geschäftsführers (Art V.-3:106) eingegangen werden.

### B. Aufwandersatz und Vergütung

Nach Art V.-3:101 hat der Geschäftsführer einen Anspruch auf Aufwandersatz und Freistellung.<sup>948</sup> Zusätzlich hat ein Geschäftsführer, bei dem die konkrete Geschäftsführungsmaßnahme in seinen beruflichen Aufgabenkreis fällt, einen Anspruch auf Vergütung nach Art V.-3:102.<sup>949</sup> Abgesehen davon, dass im Unterschied zum ABGB nach Art V.-3:101 für Barauslagen nur dann Zinsen gebühren,<sup>950</sup> wenn diese auch der Geschäftsführer zu zahlen hatte, entspricht der Umfang des Aufwandersatzes und der Vergütung jenem nach den §§ 1036 f ABGB. Die Regelungen in Art V.-3:101 ff haben allerdings den Vorteil für sich, dass sie die einzelnen Ansprüche auf Aufwandersatz, Freistellung und Vergütung deutlich aufgliedern und diese nicht wie im ABGB aus dem Begriff des Aufwandes abgeleitet werden müssen. So ist bspw der Anspruch des professionellen Geschäftsführers auf eine Vergütung einzig Ergebnis der Entwicklung der

---

<sup>948</sup> S 1. Anspruch auf Freistellung und Aufwandersatz (Art V. – 3:101).

<sup>949</sup> S 2. Anspruch auf Vergütung (Art V. – 3:102).

<sup>950</sup> v. Bar/Clive, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, V.-3:101, Comments, D, 3035.

österreichischen Rsp.<sup>951</sup> Da dies mittlerweile der hL<sup>952</sup> und stRsp<sup>953</sup> entspricht, könnte dieser auch gesetzlich verankert werden. In diesem Sinne wäre es bei einer Revision des ABGB aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll, den Anspruch des Geschäftsführers auf Belohnung gesetzlich zu verankern. Dies könnte nach dem Vorbild des Art V.-3:102 erfolgen. Gegen eine Art V. 3:102 entsprechende Regelung bringt *Rudolf*<sup>954</sup> vor, dass dies zu keiner sachgerechten Lösung führen würde, da bei Privatpersonen ein Verdienstausfall nicht ersatzfähig ist, dennoch entspricht dies der derzeitigen Rsp und hL.

Die Ansprüche auf Freistellung, Aufwandersatz und Vergütung können nach Art V.-3:104 (2) aus Billigkeitsgründen gemäßigt oder zur Gänze ausgeschlossen werden.<sup>955</sup> Somit gilt es zu bedenken, dass auch im DCFR trotz deutlicher Regelung die Ansprüche des Geschäftsführers nicht so einfach zu bestimmen sind, wie es auf den ersten Blick scheint, weil der DCFR, und damit auch das V. Buch, viel stärker vom Gedanken der Billigkeit geprägt ist, als das ABGB, dem eine Reduktion des Aufwandersatzes aus Billigkeitsüberlegungen fremd ist. Auf Kosten der Rechtssicherheit ermöglicht der DCFR in diesen Fällen größtmögliche Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit. Die Einführung einer Art V.-3:104 (2) entsprechenden „Billigkeitsklausel“ im ABGB wäre daher systemfremd und würde im Vergleich zu anderen Ansprüchen, bei denen es prinzipiell nicht zu einer Mäßigung oder einem Ausschluss aus Billigkeit kommt, zu Wertungswidersprüchen führen. So wird bspw im Schadenersatz- oder Bereicherungsrecht auch nicht jeder Anspruch auf seine Billigkeit hin überprüft. Die Einführung einer Art V.-3:104 entsprechenden Bestimmung in das ABGB kann daher nicht empfohlen werden.

### C. Risikohaftung

#### 1. Anspruch auf Ersatz von Begleitschäden gegenüber dem Geschäftsherrn

Art V.-3:103 regelt einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn für den Ersatz von Nothilfeschäden. Dieser

<sup>951</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940; anders noch die ältere Judikatur, die die Mühewaltung nicht als ersatzfähigen Aufwand iSd § 1036 ABGB anerkannte und daher keinen Anspruch auf Vergütung gewährte; vgl dazu GIU 15.731; GIUNF 2950.

<sup>952</sup> v. *Schey* in FS Zitelmann 31ff; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 898f; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5; *Koziol/Weser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393.

<sup>953</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940.

<sup>954</sup> in FS 200 Jahre ABGB 1749.

<sup>955</sup> S 4. Minderung oder Ausschluss der Ansprüche des Geschäftsführers (Art V.-3:104).

kann aus Gründen der Billigkeit gemäß Art V.-3:104 gemäßigt werden.<sup>956</sup> Im Unterschied dazu enthält das ABGB keine Art V.-3:103 f vergleichbare Bestimmung, weshalb der Ersatz von Nothilfeschäden in Österreich umstritten ist.<sup>957</sup>

In stRsp gewährt der OGH<sup>958</sup> in Fällen der Notgeschäftsführung nach § 1036 ABGB dem Geschäftsführer in Anlehnung an die Wertungen der §§ 1015, 1043 und 967 ABGB eine angemessene Entschädigung im Rahmen einer Billigkeitshaftung analog zu §§ 1306a und 1310 ABGB. Es ist demzufolge im Einzelfall zu beurteilen, wie hoch der Anspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn auf eine angemessene Entschädigung ist. Dabei ist insbesondere auf „das Verhältnis zwischen der dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr und dem vom Geschäftsführer eingegangenen Risiko, die Art und die Höhe der Schäden des Geschäftsführers, eine Mitwirkung an der Entstehung der Gefahrenlage sowie die wirtschaftliche Tragfähigkeit Bedacht zu nehmen.“<sup>959</sup> Für die Bemessung von Gefahr und Schaden hat eine ex-post Betrachtung stattzufinden.<sup>960</sup> Im Rahmen der Billigkeitshaftung ist bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit neben Einkommen und Vermögen beider Parteien auch das Vorhandensein einer Versicherungsdeckung zu berücksichtigen.<sup>961</sup>

Die hL<sup>962</sup> tritt ebenfalls für einen Ersatz von tätigkeitsspezifischen Nothilfeschäden, allerdings in Analogie zu § 1014 ABGB ein. Dieser sollte nicht auf Fälle des § 1036 ABGB beschränkt sein, sondern auch im Rahmen einer nützlichen Geschäftsführung nach § 1037 ABGB gelten, wobei der Ersatzanspruch mit der Höhe der durch die Geschäftsführung erlangten Vorteile des Geschäftsherrn begrenzt sein sollte.<sup>963</sup>

Ein Ersatz der Begleitschäden in Anlehnung an die Lehre in Österreich würde demnach dem Modell des Art V.-3:103 entsprechen.<sup>964</sup> Es wäre daher auch für das

<sup>956</sup> S näher 3. Anspruch auf Schadenersatz (Art V.-3:103) und 4. Minderung oder Ausschluss der Ansprüche des Geschäftsführers (Art V.-3:104).

<sup>957</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 13; Riedler, ZR IV SchRBT GesSch<sup>3</sup> Rz 15/5; Fitz, Risikozurechnung 23ff; S näher 3.2. Vergleich mit der Rechtslage in Österreich.

<sup>958</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (Grömmmer/Oberhofer) = ÖZW 1997, 14 (Fitz) = anonym, Geschäftsführung im Notfall: Zufallsschaden zu ersetzen, RdW 1995, 461; OGH 2 Ob 2325/96f; RIS-Justiz RS0054792; S 3.2.1.1. Rechtsprechung.

<sup>959</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (Grömmmer/Oberhofer) = ÖZW 1997, 14 (Fitz).

<sup>960</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1306a Rz 12.

<sup>961</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1310 Rz 9.

<sup>962</sup> Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 6; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 394; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 900; B. A. Oberhofer, JBl 1995, 218; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 55; diff Maurer, Die Haftung für Schäden von Rettungskräften 39f; dagegen Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup>, 718; Meissel, GoA 190f schlägt eine Einzelanalogie zu § 967 Satz 2 ABGB vor; S 3.2.1.2. Lehre.

<sup>963</sup> Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 3; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 5; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 56; Fitz, Risikozurechnung 99; B. A. Oberhofer, JBl 1995, 220.

<sup>964</sup> S 3.2.1.2. Lehre.

österreichische Recht vorteilhaft eine Billigkeitshaftung nach dem Vorbild der Art V.-3:103 f in den Bestand der GoA aufzunehmen, um Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf den Ausgleich von Nothilfeschäden zu beseitigen. Eine solche Regelung sollte sowohl für die notwendige als auch für die nützliche Geschäftsführung nach §§ 1036 f ABGB gelten, wobei es bei der nützlichen Geschäftsführung eine der Lehre entsprechende Einschränkung geben sollte, wonach der Ersatz von Nothilfeschäden mit der durch die Geschäftsführung erlangten Vorteile des Geschäftsherrn begrenzt ist.<sup>965</sup> Bei der Konzeption einer solchen Norm sollte berücksichtigt werden, dass es nur dann zu einer Haftung des Geschäftsherrn kommt, wenn dieser zumindest den Anschein einer Notlage in zurechenbarer, verkehrswidriger Weise veranlasst hat.<sup>966</sup>

## 2. Ausschluss des Regresses der Sozialversicherung

Mit der Aufnahme einer Billigkeitshaftung für Begleitschäden in das Recht der GoA wäre es sinnvoll eine Änderung der derzeitigen Rechtslage im Bezug auf den Regress der Sozialversicherung gegenüber dem Geschäftsherrn zu überlegen, da das primäre Problem nicht darin liegt, dass der Geschäftsführer seine Schäden nicht ersetzt erhält.<sup>967</sup> Dieser hat als Nothelfer einen Anspruch auf Leistungen der Unfallversicherung, unabhängig davon, ob er selbst versichert war oder nicht (§ 176 Abs 1 Z 2 ASVG). In weiterer Folge gehen allerdings aufgrund der Legalzession nach § 332 Abs 1 ASVG die Ansprüche des Nothelfers direkt auf die Sozialversicherung über, soweit diese Leistungen zu erbringen hatte. Da das Dienstgeberhaftungsprivileg nach § 333 ASVG dem Geschäftsherrn nicht zu Gute kommt,<sup>968</sup> ist der Geschäftsherr dem vollen Rückgriff der Sozialversicherung ausgeliefert. Dies erscheint unbillig, wenn der Geschäftsherr unverschuldet in eine Notlage gerät. Darüber hinaus besteht für den Geschäftsherrn die Gefahr, durch die Rückgriffsansprüche der Sozialversicherung in eine finanzielle Notlage zu geraten, wenn die Leistungen an den Geschäftsführer oder im Falle seines Todes, an dessen Hinterbliebene, sehr hoch waren.

Es sollte daher, ähnlich dem Dienstgeberhaftungsprivileg, zu einem Ausschluss des Regresses der Sozialversicherung in jenen Fällen kommen, in denen der Geschäftsherr den Anschein einer Notfallsituation nicht in zurechenbarer, verkehrswidriger Weise veranlasst hat.

<sup>965</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1037 Rz 3; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1037 Rz 5; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 56; *Fitz*, Risikozurechnung 99; *B. A. Oberhofer*, JBl 1995, 220.

<sup>966</sup> *Meissel*, GoA 101ff, 109 unter Bezugnahme auf *Stoll* in FG Weitnauer 424, der die Billigkeitshaftung des scheinbar Gefährdeten in Deutschland verneint, wenn dieser nicht in zurechenbarer Weise zum Anschein einer Gefährdung beigetragen hat.

<sup>967</sup> S 4.3.3. Regress des Sozialversicherungsträgers und 4.4.2. Billigkeitshaftung.

<sup>968</sup> OGH 2 Ob 46/95 SZ 86/142; *Fitz*, Risikozurechnung 105ff; *Neumayr* in Schwimann<sup>3</sup> § 333 ASVG Rz 10.

Dies entspricht bspw auch der Rechtslage in Deutschland.<sup>969</sup> Der Geschäftsherr würde dem Geschäftsführer dann nur noch für jene Schadensspitzen und immerielle Schäden haften, die von den Leistungen der Sozialversicherung nicht gedeckt sind.

Gegen einen Ausschluss des Regresses der Sozialversicherung nach dem Vorbild des § 333 ASVG kann das Argument vorgebracht werden, dass die Unfallversicherung nur aus Arbeitgeberbeiträgen gespeist wird und nicht wie in anderen Ländern von der Allgemeinheit durch Steuerleistungen. Dies allein rechtfertigt es mE allerdings nicht, den derzeit unbefriedigenden Zustand aufrecht zu erhalten und den Geschäftsherrn weiter zum vollen Ersatz gegenüber der Sozialversicherung zu verpflichten, denn wie *Jansen*<sup>970</sup> zutreffend formuliert, „die Kosten eines solchen kollektiven Interesses an einer Motivation altruistischen Verhaltens darf eine Gemeinschaft nicht auf ein zufällig betroffenes einzelnes Mitglied abwälzen, zumal die damit verbundenen Kosten die öffentlichen bzw Sozialkassen nicht spürbar belasten würden.“

## D. Vertretungsmacht des Geschäftsführers

Art V.-3:106 räumt dem Geschäftsführer ohne Auftrag eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ein, sodass er ohne dazu vom Geschäftsherrn bevollmächtigt zu sein, mit einem Dritten im Namen des Geschäftsherrn einen Vertrag abschließen oder einseitige Willenserklärungen für diesen abgeben kann, wenn dies zu dessen Vorteil ist.<sup>971</sup> Fraglich ist, ob die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für den Geschäftsführer im ABGB sinnvoll wäre, da vom Anwendungsbereich der GoA nach §§ 1035 ff nicht nur tatsächliches, sondern auch rechtsgeschäftliches Handeln umfasst ist.<sup>972</sup> Gerade für letzteres, wenn der Geschäftsführer bspw einen Vertrag für den Geschäftsherrn abschließen möchte, stellt die mangelnde Vertretungsmacht ein Problem dar.

De lege lata regeln die Bestimmungen zur GoA im ABGB nur das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, weshalb sich aus diesen keine Vertretungsmacht im Außenverhältnis ableiten lässt.<sup>973</sup> Der Geschäftsherr kann lediglich im

---

<sup>969</sup> BGHZ 92, 270; *Seiler* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> § 683 Rz 21; *Bergmann* in Staudinger, Neubearb. 2006, § 683 Rz 72. Somit haftet der Geschäftsherr nur mehr für von der Sozialversicherung nicht gedeckte „Schadensspitzen“.

<sup>970</sup> ZEuP 2007, 976.

<sup>971</sup> S 6. Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Namen des Geschäftsherrn zu handeln (Art V. – 3:106).

<sup>972</sup> 1.9.4. Handlungsformen.

<sup>973</sup> *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1035 Rz 2; *Apathy* in Schwimann<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; *Meissel*, GoA 73.

Rahmen des Aufwandsatzes Freistellung von der eingegangenen Verpflichtung verlangen, den Geschäftsherrn aber nie direkt gegenüber dem Vertragspartner verpflichten.

Handelt der Geschäftsführer dennoch im Namen des Geschäftsherrn, so wird er als *falsus procurator* tätig, sodass nur bei Genehmigung durch den Geschäftsherrn oder bei bewusster Vorteilszuwendung ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten zustande kommen kann (§ 1016 ABGB), andernfalls der Geschäftsführer dem Dritten den Vertrauensschaden, begrenzt mit dem Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat (§ 1019 ABGB).

Für die Beurteilung, ob sich Art V.-3:106 für eine Übernahme in das ABGB eignen würde, ist es wesentlich, sich die divergierenden Tatbestandsmerkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art V.-1:101 und den §§ 1035 ff ABGB vor Augen zu halten. Denn ist die Gewährung einer gesetzlichen Vollmacht an den Geschäftsführer für *Koziol*<sup>974</sup> und *Rudolf*<sup>975</sup> schon nach dem V. Buch des DCFR aus Gründen der Verkehrssicherheit problematisch, weil zum Zeitpunkt des Einschreitens des Geschäftsführers oft nicht zweifelsfrei beurteilt werden kann, ob ein vernünftiger Grund für sein Handeln gegeben ist, gilt dies im Bezug auf das ABGB umso mehr. So kann in Fällen der nützlichen Geschäftsführung nach § 1037 ABGB überhaupt erst ex-post, wenn die Geschäftsführung zum klaren und überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn ihren Ausgang gefunden hat, festgestellt werden, ob die Regelungen über die GoA zur Anwendungen gelangen oder nicht.

Dies stellt für den Dritten ein beträchtliches Risiko dar, da er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht weiß, ob das Geschäft wirklich gültig mit dem Geschäftsherrn zustande gekommen ist, oder ob er auf dessen nachträgliche Genehmigung angewiesen ist. Dies ist für ihn im Unterschied zur GoA nach dem V. Buch insofern problematisch, als er nach § 1019 ABGB vom Geschäftsführer als *falsus procurator* nur den Vertrauensschaden, begrenzt durch das Erfüllungsinteresse, ersetzt verlangen kann. Nach dem Stellvertretungsrecht des II. Buches des DCFR hat der Dritte allerdings gegenüber dem *falsus procurator* nach Art II.-6:107 (2) einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Geschäftsführer mit Vertretungsmacht ausgestattet gewesen wäre, also Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Das Risiko, dass mangels Vertretungsmacht kein Vertrag zustande kommt, würde nach DCFR damit der Geschäftsführer tragen und nicht der Dritte.<sup>976</sup>

---

<sup>974</sup> in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen 107.

<sup>975</sup> in FS 200 Jahre ABGB 1753.

<sup>976</sup> S näher 6.1. Vertretungsmacht des Geschäftsführers.

Im engen Anwendungsbereich der Notgeschäftsführung erscheint dies weniger problematisch, da der Geschäftsführer in diesen Fällen ohnehin unabhängig von einem erfolgreichen Ausgang seiner Geschäftsführung Aufwandersatz geltend machen kann, insofern er im Notfall auch rechtsgeschäftlich für den Geschäftsherrn tätig werden könnte, da er auch Anspruch auf Freistellung hätte. Nach § 1036 ABGB ist ebenso wie bei Art V.-1:101 aus einer ex-ante Perspektive zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für die GoA vorliegen oder nicht. Dadurch ist das Risiko, dass der Geschäftsführer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit einem Dritten nicht vertretungsbefugt war, geringer.

Dennoch ist aufgrund der Unterschiede im Anwendungsbereich der GoA und im Stellvertretungsrecht, va im Bezug auf den Schadenersatz, die Einführung einer Art V.-3:106 entsprechenden Norm, die den Geschäftsführer mit Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn ausstattet, im Recht der GoA ohne weitere Anpassung des Stellvertretungsrechts nicht zu empfehlen.

### E. Fazit

Das ABGB hat heuer sein 200-jähriges Bestehen gefeiert. Insofern stellt sich die Frage, ob im Zuge einer möglichen Revision des Gesetzbuches im Bereich der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht Vorbild am jüngsten Kodifikationsentwurf zu diesem Institut, dem V. Buch des DCFR über die *benevolent intervention in another's affairs*, genommen werden kann. Der DCFR regelt die Geschäftsführung ohne Auftrag im Vergleich zum ABGB sehr detailliert, obwohl sein Anwendungsbereich eingeschränkter ist, da die Bestimmungen nur bei einer rechtmäßigen Geschäftsführung zur Anwendung gelangen.

Die Ansprüche und Befugnisse des Geschäftsführers werden im 3. Kapitel des V. Buches sehr ausführlich geregelt. So regelt Art V.-3:102, neben einer eigenen Regelung über Aufwandersatz und Freistellung in Art V.-3:101, den Anspruch des professionellen Geschäftsführers auf eine Vergütung, welcher der österreichischen Rsp<sup>977</sup> und hL<sup>978</sup> zum Entgeltsanspruch des Geschäftsführers entspricht. Die Schaffung einer gesetzlichen Norm nach Vorbild des Art V.-3:102 zum Vergütungsanspruch ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen.

---

<sup>977</sup> OGH 2 Ob 239/54 SZ 27/259; 3 Ob 168/74 SZ 49/98; 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7; 7 Ob 658/81 SZ 54/176; 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290; 7 Ob 155/00w; RIS-Justiz RS0019940.

<sup>978</sup> v. Schey in FS Zitelmann 31ff; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup>, 898f; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 1036 Rz 4; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1036-1040 Rz 10; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1036 Rz 5; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 393.

Des Weiteren hat der Geschäftsführer nach Art V.-3:103 einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz von tätigkeitsspezifischen Schäden, der nach Art V.-3:104 aus Billigkeitsgründen reduziert werden kann. In Österreich ist der Ersatz von Nothilfeschäden umstritten, jedoch bejaht die Rsp<sup>979</sup> einen Ersatzanspruch in Analogie zu §§ 1306a und 1310 ABGB und die Lehre<sup>980</sup> in Analogie zu § 1014 ABGB. Eine gesetzliche Regelung nach Vorbild von Art V.-3:103 und Art V.-3:104 wäre daher sinnvoll. Allerdings sollte berücksichtigt werden, dass es nur dann zu einer Haftung des Geschäftsherrn kommt, wenn dieser zumindest den Anschein einer Notlage in zurechenbarer, verkehrswidriger Weise veranlasst hat.<sup>981</sup>

Da der Geschäftsführer als Nothelfer Ansprüche auf Leistungen der Unfallversicherung hat (§ 176 Abs 1 Z 2 ASVG), ist der Geschäftsherr in solchen Fällen häufig mit Regressforderungen der Sozialversicherung konfrontiert, auf die die Ansprüche des Geschäftsführers aufgrund der Legalzession nach § 332 Abs 1 ASVG übergegangen sind. Dieser Regress der Sozialversicherung sollte in Anlehnung an das Dienstgeberhaftungsprivileg (§ 333 ASVG) beim Ersatz von Risikoschäden ausgeschlossen werden.

Als gänzliche Neuerung im Vergleich zum ABGB räumt der DCFR in Art V.-3:106 dem Geschäftsführer eine gesetzliche Vollmacht ein, für den Geschäftsherrn Verträge abzuschließen oder einseitige Willenserklärungen abzugeben. In Anbetracht der unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale des Anwendungsbereiches der GoA nach ABGB und DCFR und der Unterschiede im Stellvertretungsrecht ist eine Übernahme dieser Bestimmung ohne Anpassungen im Bereich der Bevollmächtigung und den Rechtsfolgen vollmachtlosen Handelns, nicht zu empfehlen.

---

<sup>979</sup> OGH 3 Ob 507/96 SZ 70/113; 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996/27 (*Grömmер/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*) = *anonym*, Geschäftsführung im Notfall: Zufallsschaden zu ersetzen, RdW 1995, 461; OGH 2 Ob 2325/96f; RIS-Justiz RS0054792.

<sup>980</sup> *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1036 Rz 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 394; *Stanzl* in Klang IV/1<sup>2</sup>, 900; *B. A. Oberhofer*, JBI 1995, 218; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1014 Rz 55; *diff Maurer*, Die Haftung für Schäden von Rettungskräften 39f; dagegen *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 718.

<sup>981</sup> *Meissel*, GoA 101ff, 109.

## VII. ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE

### A. Benevolent Intervention in Another's Affairs

#### 1. Anwendungsbereich

Nach Art V.-1:101 kommen die Regelungen zur *benevolent intervention in another's affairs* zur Anwendung, wenn jemand, der Geschäftsführer (*intervener*), mit der überwiegenden Absicht handelt den Geschäftsherrn (*principal*) zu begünstigen und ein vernünftiger Grund für das Handeln oder eine Genehmigung durch den Geschäftsherrn gegeben ist. Der Geschäftsführer darf zu dieser Handlung weder gegenüber dem Geschäftsherrn, noch aufgrund des Gesetzes noch aufgrund einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten verpflichtet gewesen sein (Art V.-1:103).

- a) Im Unterschied zur Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 1035 ff ABGB sind nicht nur alle rechtsgeschäftlichen und faktischen Handlungen oder Unterlassungen vom Anwendungsbereich erfasst, sondern es können in Notsituationen auch gesetz- und sittenwidrige Tätigkeiten ausnahmsweise notwendig und vernünftig sein und daher in den Anwendungsbereich des V. Buches fallen.
- b) Ungewöhnlich und neu im Vergleich zum ABGB ist das Abstellen auf die überwiegende Begünstigungsabsicht des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn, das als subjektives Kriterium wohl in der Praxis zu Schwierigkeiten führen könnte. Liegt diese nicht vor, so kann eine Geschäftsführung auch nicht durch eine nachträgliche Genehmigung zu einer rechtmäßigen nach dem V. Buch werden.
- c) Das Kriterium der überwiegenden Begünstigungsabsicht entspricht im ABGB einer Kombination der Tatbestandsmerkmale Fremdgeschäft und Fremdgeschäftsführungswille. Die Aufnahme des objektiven Merkmals Fremdgeschäft in den Regelungstext des Art V.-1:101 würde das Kriterium der überwiegenden Begünstigungsabsicht entlasten.
- d) Zur Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals der subjektiven Begünstigungsabsicht hat die *Study Group* vorgesehen, dass ein vernünftiger Grund für eine Geschäftsführung gegeben sein muss. Dies stellt das objektive Kriterium im Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Dieser muss objektiv ex-ante aus der Sicht der Maßfigur eines vernünftigen Geschäftsführers vorliegen, sodass ein vermeintlicher

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Notfall ausreichen kann. Liegt kein vernünftiger Grund vor, so kann der Geschäftsherr die Geschäftsführung durch seine Genehmigung in eine rechtmäßige verwandeln. Der Begriff des vernünftigen Grundes ist allerdings ein weiterer als der des Notfalls nach § 1036 ABGB. Dies birgt die Gefahr, dass der Geschäftsherr in einem größeren Umfang als bisher mit Kosten aus einer vermeintlich vernünftigen Geschäftsführung belastet werden könnte.

- e) Die Besorgung fremder Angelegenheiten darf dem Willen des Geschäftsherrn nicht widersprechen.
- f) In den Anwendungsbereich der *benevolent intervention in another's affairs* fällt nur eine rechtmäßige Geschäftsführung. Die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn ist vom V. Buch nicht erfasst. Der „Geschäftsführer“ wird mit seinen Ansprüchen auf das Schadenersatz- und Bereicherungsrecht (VI. und VII. Buch) verwiesen.
- g) Im Anwendungsbereich des V. Buches wird auch nicht zwischen notwendiger und nützlicher Geschäftsführung wie in § 1036 und § 1037 ABGB unterschieden.
- h) Aufgrund der Regelung des Art V.-1:102 kann auch die Erfüllung der Pflicht eines anderen, wenn sie aus übergeordnetem öffentlichen Interesse erforderlich ist, ausnahmsweise auch gegen den Willen des Geschäftsführers, eine Geschäftsführung ohne Auftrag darstellen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung deckt sich teilweise mit dem des § 1042 ABGB, welcher daher als Vergleichsnorm herangezogen werden kann.
- i) Der Ausnahmetatbestand des Art V.-1:103 entspricht weitgehend § 1035 ABGB, könnte allerdings in Anlehnung an diese Bestimmung komprimierter formuliert werden: „*V.-1:103 Exclusions: This Book does not apply where the intervener is authorised or obliged to act under a contractual obligation or other private law obligation.*“

## 2. Pflichten des Geschäftsführers

Das 2. Kapitel des V. Buches regelt die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn und einen Schadenersatzanspruch des Geschäftsherrn für den Fall einer Pflichtverletzung.

- a) Der Geschäftsführer hat während der Geschäftsführung mit angemessener Sorgfalt zu handeln (Art V.-2:101 (1) (a)). Eine höhere Sorgfaltspflicht trifft Geschäftsführer, für die

die konkrete Maßnahme in den Kreis ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeiten gehört. Im Gegenzug können diese auch eine Entlohnung dafür verlangen.

- b) Der Geschäftsführer hat den Willen des Geschäftsherrn in Erfahrung zu bringen (Art V.-2:101 (1) (b)) und danach zu handeln. Im Zuge dessen trifft ihn auch eine Informationspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn (Art V.-2:101 (1) (c)).
- c) Der Geschäftsführer darf die einmal rechtmäßige Geschäftsführung nicht ohne wichtigen Grund abbrechen, sondern hat diese fortzusetzen, sodass der Geschäftsherr aus der vorzeitigen Beendigung keinen Nachteil erfährt (Art V.-2:101 (2)).
- d) Die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn nach Art V.-2:101 entsprechen denen nach österreichischem Recht zur GoA.
- e) Mit Art V.-2:102 enthält das V. Buch einen Schadenersatzanspruch, der eine *lex specialis* zum allgemeinen außervertraglichen Schadenersatzrecht des VI. Buches darstellt. Im Rahmen einer grundsätzlich rechtmäßigen GoA haftet der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn für aufgrund einer Pflichtverletzung zugefügte Schäden. Der Geschäftsführer muss dabei zumindest fahrlässig das Gefahrenrisiko erhöht oder geschaffen haben oder mit bedingtem Vorsatz die Geschäftsführung ohne wichtigen Grund abgebrochen haben. Dieser Anspruch kann aber aus Gründen der Billigkeit gemäßigt werden, wobei hier vor allem eine altruistische Motivation des Geschäftsführers zu berücksichtigen ist. Es wäre ausreichend und sinnvoll gewesen den Schadenersatzanspruch in das Regime des VI. Buches einzugliedern, anstatt eine eigene GoA-spezifische Anspruchsgrundlage zu schaffen. Auch nach österreichischem Recht richtet sich ein Anspruch nach den allgemeinen Regelungen der Verschuldenshaftung nach §§ 1293 ff ABGB.
- f) Die Beschränkung des Haftungsumfangs des Geschäftsführers nach Art V.-2:102 ist zu befürworten, da auch spiegelbildlich die Haftung des Geschäftsherrn bei der Risikohaftung (Art V.-3:103) aus Gründen der Billigkeit reduziert werden kann.
- g) Nach Abschluss der Geschäftsführung trifft den Geschäftsführer die Pflicht über die dieselbige zu berichten und Rechnung zu legen. Im Zuge dessen erlangte Vorteile sind herauszugeben (Art V.-2:103). Grundsätzlich sind diese Pflichten in Übereinstimmung mit jenen nach ABGB. Die Regelung des DCFR hat allerdings den Nachteil gegenüber der Rechtslage in Österreich, dass diese Pflichten nur den rechtmäßigen Geschäftsführer

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

treffen, der in überwiegender Begünstigungsabsicht, in Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn und aus einem vernünftigen Grund tätig wird. Ein unrechtmäßiger Geschäftsführer, der gegen den Willen des Geschäftsherrn tätig wird, ist im Bezug auf die Rechnungslegungspflicht besser gestellt, als ein rechtmäßiger, da es im Schadenersatz- und Bereicherungsrecht des VI. und VII. Buches keine äquivalente Bestimmung dazu gibt. Dies ist va im Vergleich zu § 1039 ABGB ein Nachteil, da es in der Praxis ein Bedürfnis ist auch von diesen „Geschäftsführern“ Rechnungslegung verlangen zu können.

### 3. Ansprüche und Befugnisse des Geschäftsführers

Im 3. Kapitel des V. Buches sind die Ansprüche des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn und seine gesetzliche Vertretungsmacht geregelt.

- a) Nach Art V.-3:101 hat der Geschäftsführer einen Anspruch auf Freistellung von allen Verbindlichkeiten, die er im Zuge der Geschäftsbesorgung aus vernünftigen Gründen eingegangen ist, sowie auf Aufwandersatz. Der Anspruch auf Aufwandersatz umfasst alle tatsächlichen Auslagen, sowie Zinsen, soweit diese der Geschäftsführer selbst zu leisten hat. Einkommensverluste und der Einsatz der eigenen Arbeitskraft fallen nicht unter den Begriff der ersatzfähigen Aufwendungen nach Art V.-3:101.
- b) Fällt die Geschäftsbesorgung in den Kreis der beruflichen oder gewerblichen Aufgaben des Geschäftsführers, so hat er einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung nach Art V.-3:102. Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft wird bei einem Laien in keiner Weise, weder im Rahmen des Aufwandersatzes noch nach Art V.-3:102 entlohnt. Dies stellt einen Unterschied zur Rechtslage in Österreich dar, wonach für diesen Zeitraum Aufwandersatz zustehen kann, soweit ein Verdienstentgang eingetreten ist.
- c) Auch nach österreichischem Recht hat der Geschäftsführer einen Anspruch auf Aufwandersatz, wobei dieser Begriff im weiteren Sinne zu verstehen ist, sodass darunter der Ersatz der tatsächlichen Auslagen, bei Geldleistungen inkl Zinsen, die Freistellung und die Entlohnung fällt. Die Aufteilung dieser Ansprüche nach dem 3. Kapitel des V. Buches ist aus Transparenzgründen zu begrüßen.
- d) Der Geschäftsführer hat gegenüber dem Geschäftsherrn nach Art V.-3:103 einen Anspruch auf Schadenersatz für alle im Zuge der Geschäftsbesorgung erlittenen, tätigkeitspezifischen Schäden. Die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos zählt

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

nicht dazu. Darüber hinaus muss das Risiko, dass sich verwirklicht hat, in einem angemessenen Verhältnis zu der für den Geschäftsherrn vorhandenen Gefahr stehen, sodass Schäden bei der Aufopferung höherwertiger Rechtsgüter zur Rettung eines geringerwertigeren nicht ersatzfähig sind.

- e) Da die Risikohaftung des Geschäftsherrn in Österreich, die ebenfalls wie im DCFR als Billigkeitshaftung ausgestaltet ist, in ihrer genauen Ausgestaltung nicht unumstritten ist und im Gesetz nicht eindeutig geregelt wird, wäre die Schaffung einer Art V.-3:103 entsprechenden Regelung grundsätzlich zu empfehlen.
- f) Ein Schadenersatzanspruch nach Art V.-3:103 scheidet dann aus, wenn der Geschäftsführer in Schenkungsabsicht gehandelt hat. Dies entspricht der Rechtslage in Österreich.
- g) Nach Art V.-3:104 kann die Haftung des Geschäftsherrn aus Gründen der Billigkeit gemäßigt werden. Im Zuge dessen ist eine mögliche Deckung der Schäden durch die Sozialversicherung zu berücksichtigen. Problematisch dabei ist, dass die Unfallversicherung in Österreich gänzlich durch Arbeitgeberbeiträge finanziert wird. Die Sozialversicherung ist zwar auch zur Erbringung von Leistungen an einen Nothilfe leistenden Nichtversicherten verpflichtet, im Zuge dessen geht aber der Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn auf diese über, sodass sie sich beim Geschäftsherrn regressieren kann. Da im Normalfall auf den Geschäftsherrn das Dienstgeberhaftungsprivileg nach § 333 ASVG nicht zur Anwendung gelangt, ist der Geschäftsherr dem vollen Rückgriff der Sozialversicherung ausgesetzt. Diese Problematik sollte im Zuge der Schaffung einer Risikohaftung berücksichtigt werden.
- h) Der Geschäftsherr hat nach Art V.-3:105 einen Anspruch auf Freistellung oder Ausgleich der Kosten, die er gegenüber dem Geschäftsführer zu leisten hatte, wenn der Geschäftsführer eingeschritten ist um den Geschäftsherrn vor einem Schaden zu bewahren, den ein Dritter nach dem VI. Buch zurechenbar verursacht hat.
- i) Neu im Vergleich zur Regelung der GoA im ABGB ist die Schaffung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für den Geschäftsführer im Rahmen einer rechtmäßigen *benevolent intervention in another's affairs*. Der Geschäftsführer kann so nach Art V.-3:106 im Namen des Geschäftsherrn Verträge mit Dritten abschließen, aber auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie Kündigungen, tätigen. Beim Abschluss einseitiger Rechtsgeschäfte

besteht allerdings das Problem, dass der Dritte ein Widerspruchsrecht binnen angemessener Frist ausüben kann, sodass dann das Rechtsverhältnis unverändert mit dem Geschäftsherrn weiter besteht. Dieses Widerspruchsrecht konterkariert den Zweck der Bestimmung dem Geschäftsführer die Möglichkeit zu geben auch einseitige Rechtsgeschäfte abzuschließen. Im System des DCFR ist die Schaffung einer gesetzlichen Stellvertretungsregelung für den Geschäftsführer ohne Auftrag zu begrüßen.

## **B. Besonderheiten und Stärken der Geschäftsführung ohne Auftrag im ABGB**

Trotz seines hohen Alters weisen die Regelungen zur GoA im ABGB Besonderheiten und Stärken im Vergleich zum DCFR auf, die großteils aus den Unterschieden in den Anwendungsbereichen zwischen Art V.-1:101 und §§ 1035 ff ABGB resultieren, von denen es Folgende hervorzuheben gilt:

- a) Das ABGB gewährt dem Geschäftsherrn im Unterschied zum DCFR einen Anspruch auf Bericht und Rechnungslegung gegenüber dem unerlaubten und unechten Geschäftsführer (§ 1039 ABGB (analog)).
- b) Das Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäfts ist wesentlich leichter eines Beweises zugänglich als jenes der überwiegenden Begünstigungsabsicht.
- c) Nach Art V.-3:101 ist es für den Aufwandersatzanspruch des Geschäftsführers ausschlaggebend, ob ex-ante ein vernünftiger Grund für das Einschreiten und die Aufwendungen gegeben war, womit das Risiko der Fehleinschätzung zu Lasten des Geschäftsherrn geht. Dies erscheint abgesehen von der Notgeschäftsführung nicht sachgerecht, sodass einer Regelung des Aufwandersatzes nach den Wertungen des § 1037 ABGB in allen anderen Fällen der Vorzug zu geben ist.
- d) Der Geschäftsführer hat nach österreichischer Rechtslage im Unterschied zum DCFR bei Barauslagen ab dem Zeitpunkt ihrer Aufwendung einen Anspruch auf Zinsen, unabhängig davon, ob er selbst welche zu leisten hatte.

## **C. Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Instituts der GoA im ABGB nach Vorbild des DCFR**

Bei der Entwicklung der Bestimmungen zur *benevolent intervention in another's affairs* wurden die Regelungen aller Mitgliedstaaten zum Institut der *negotiorum gestio* betrachtet und daraus die nach Ansicht der *Study Group* besten Konzepte übernommen. Von diesen empfehlen sich folgende Regelungen für eine Übernahme ins ABGB:

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- a) Nach dem Vorbild des Art V.-3:102 ist die Schaffung einer gesetzlichen Regelung zum Vergütungsanspruch sinnvoll.
- b) Art V.-3:103 regelt einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz von tätigkeitsspezifischen Schäden, der nach Art V.-3:104 aus Billigkeitsgründen reduziert werden kann. Die Aufnahme einer Art V.-3:103 f entsprechenden Bestimmung in das ABGB ist zu empfehlen, allerdings mit der Einschränkung, dass es nur dann zu einer Haftung des Geschäftsherrn kommen sollte, wenn dieser zumindest den Anschein einer Notlage in zurechenbarer, verkehrswidriger Weise veranlasst hat.  
Der Regress der Sozialversicherung, wenn sie an den Nothilfe leistenden Geschäftsführer Leistungen erbracht hat, sollte in Anlehnung an das Dienstgeberhaftungsprivileg (§ 333 ASVG) beim Ersatz von Risikoschäden ausgeschlossen werden.
- c) Die Überführung einer Art V.-3:106 entsprechenden Bestimmung in das ABGB, die dem Geschäftsführer eine gesetzliche Vertretungsmacht, im Namen des Geschäftsführers zu handeln, einräumt, kann ohne weitere Anpassungen im Stellvertretungsrecht des ABGB nicht empfohlen werden.

## LITERATURVERZEICHNIS

*Anonym*, Geschäftsführung im Notfall: Zufallsschaden zu ersetzen, RdW 1995, 461

*Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979)

*Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 445

*Basedow*, Ein optionales europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, ZEuP 2004, 1

*Basedow*, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 673

*Basedow*, Wer braucht ein European Law Institute?, EuZW 2011, 41

*Beale*, The Drafting of the Academic Common Frame of Reference in Schmidt-Kessel (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 35; wird zitiert *Beale* in Schmid-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen [Seite]

*Beale*, The European Commission's Common Frame of Reference Project: a progress report, ERCL 2006, 303

*Beale*, The Future of the Common Frame of Reference, ERCL 2007, 257

*Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Schuldrecht, 7. Auflage (2006)

*Bertzel*, Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn, 2. Auflage (2000)

*Beuthien*, Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag im bürgerlichrechtlichen Anspruchssystem, in FS Söllner (2000) 125; wird zitiert *Beuthien* in FS Söllner [Seite]

*Brödermann*, Betrachtung zur Arbeit am Common Frame of Reference aus der Sicht eines Stakeholders: Der weite Weg zu einem europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2007, 304

*Brödermann*, Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht, NJW 2010, 807

*Bydlinski F.*, Der Ersatz des ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173 und 237

## Literaturverzeichnis

*Bydlinski F.*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986); wird zitiert *F. Bydlinski, Risikohaftung* [Seite]

*Bydlinski F.*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252

*Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, 41

*Chirico*, The Function of European Contract Law – An Economic Analysis, ERCL 2009, 399

*Coing*, Europäisches Privatrecht II (1989)

*Cornides*, Braucht der Binnenmarkt ein einheitliches Vertragsrecht?, wbl 2001, 407

*Doralt W.*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, AcP 211 (2011) 1

*Dorn*, Arbeitsleistung und Aufwendungsersatz, JZ 1964, 93

*Dutta*, Europäische Integration und nationales Privatrecht nach dem Vertrag von Lissabon: die Rolle des Internationalen Privatrechts, EuZW 2010, 530

*Ebke*, Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?, in FS Großfeld (1999) 189; wird zitiert *Ebke* in FS Großfeld [Seite]

*Ehrenzweig*, System des österreichischen Privatrechts II/1, 2. Auflage (1928); wird zitiert

*Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, [Seite]

*Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 533

*Ernst*, Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008), 248

*Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht (2001); wird zitiert *Faber, Risikohaftung* [Seite]

*Fauvarque-Cosson/Mazeaud*, A Way Forward for the Common Frame of Reference: Views of France, ZEuP 2009, 675

*Fauvarque-Cosson/Mazeaud*, Common Frame of Reference: The work of the Group of the Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and of the Société de législation comparée (AHC-SLC), ZEuP 2008, 648

*Fischer*, Der Vertrag von Lissabon (2008)

## Literaturverzeichnis

*Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage (2002)

*Fitz*, Anmerkung zu 2 Ob 46/95 SZ 68/142, ÖZW 1997, 14

*Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse (1985); wird zitiert *Fitz*, Risikozurechnung [Seite]

*Flessner*, Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken, ZEuP 2007, 112

*Flötschl*, Reservehaltungskosten und Geschäftsführung ohne Auftrag, ZVR 2003/62, 220

*Flötschl*, Zur Ausgleichsfähigkeit von Kosten eines Vorprozesses, ÖJZ 2004/48, 781

*Fötschl*, Austrian case note, Der Erbensucher-Fall des OGH, ERPL 2002, 550

*Frick*, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, RIW 2001, 416

*Frizberg*, Der „politische“ gemeinsame Referenzrahmen: Eine Bestandaufnahme, ÖJZ 2009/88, 801

*Gilardeau*, Der Einfluss des Gedankengutes Kants auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch durch Franz von Zeiller, ZfRV 2004/21

*Grigoleit*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 210 (2010), 354

*Grömmmer/Oberhofer*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 46/95 SZ 68/142, DRDA 1996/27

*Grundmann*, Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis?, JZ 2005, 860

*Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatzrecht, 2. Auflage (1988); wird zitiert *Gschnitzer*, Schuldrecht BT<sup>2</sup> [Seite]

*Hähnchen*, Die Rechtsform des CFR und die Frage nach der Kompetenz in Schmidt-Kessel (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 147; wird zitiert *Hähnchen* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen [Seite]

*Handig*, Europäisches Vertragsrecht – ein ernst zu nehmender Ansatz oder „viel Lärm um Nichts“?, ÖJZ 2004/8, 130

*Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I (1883)

## Literaturverzeichnis

*Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen III (1884)

*Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV (1886)

*Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V (1886)

*Hartkamp*, Principles of European Contract Law, in Hartkamp (Hrsg), Towards a European Civil Code, 3. Auflage (2004) 125; wird zitiert *Hartkamp* in Hartkamp, Towards a European Civil Code [Seite]

*Hartkamp/Hesselink ua* (Hrsg), Towards a European Civil Code, 3. Auflage (2004)

*Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage (2004)

*Hausmaninger*, Casebook zum römischen Vertragsrecht, 6. Auflage (2002)

*Heiss*, Optionales europäisches Vertragsrecht als „2. Regime“, in FS Roth (2011) 237; wird zitiert *Heiss* in FS Roth [Seite]

*Heiss/Downes*, Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective, ERPL 2005, 693

*Heiss/Loacker*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613

*Herresthal*, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, EuZW 2011, 7

*Hesselink*, Common Frame of Reference and Social Justice, ERCL 2008, 248

*Hesselink/Rutgers/de Booy*s, The legal basis for an optional instrument on European contract law, Short Study for the European Parliament on the different options for a future instrument on a Common Frame of Reference (CFR) in EU contract law, in particular the legal form and legal basis for any future optional instrument (31.10.2007), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04; abrufbar unter

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1091119](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091119) (zuletzt 31.03.2010); wird zitiert

*Hesselink/Rutgers/de Booy*s, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04 [Seite]

*Heutger*, A more coherent European wide legal language, EIOP Vol. 8 (52004) N°2; abrufbar unter <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002.htm> (zuletzt 01.04.2010)

## Literaturverzeichnis

*Holzer*, Dienstgeberhaftungsprivileg (§ 333 ASVG) und den Arbeitsunfällen gleichgestellte Unfälle (§ 176 ASVG), JBl 1982, 348

*Holzer*, Eine Lebensrettung, DRdA 2001, 67

*Honsell*, Römisches Recht, 7. Auflage (2010)

*Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Auflage (1987)

*Huber Ch.*, Betriebsreservekosten – Einordnung in das Schadenersatzrecht = Anm zu OGH 2 Ob 54/95, RdW ecolex 1997, 77

*Huber Ch.*, Der Ersatzanspruch des Regressgläubigers für im Vorprozess getätigte Aufwendungen unter besondere Berücksichtigung des kranken Deckungsverhältnisses in der Kfz-Haftpflichtversicherung, ZVR 1986, 33

*Huber Ch.*, Fragen der Schadensberechnung (1993); wird zitiert *Ch. Huber*, Schadensberechnung [Seite]

*Hübner*, Europäisierung des Privatrechts, in FS Großfeld (1999) 471; wird zitiert *Hübner* in FS Großfeld [Seite]

*Jansen*, *Negotiorum gestio* und *Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?*, ZEuP 2007, 960

*Jansen*, Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht, JZ 2006, 536

*Jansen/Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113

*Jansen/Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401

*Jiraschek*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (1941)

*Karner/Koziol*, Ersatz des ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1 (2003)

*Kerschner*, „Naturale“ Bereicherungsansprüche im öffentlichen Recht?, JBl 1986, 702

*Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 1. Halbband, 2. Auflage (1968); wird zitiert *Bearbeiter* in Klang IV/1<sup>2</sup> [Seite]

## Literaturverzeichnis

*Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2010); wird zitiert *Bearbeiter* in  
Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 [§] [Rz]

*Kodek*, Die Suche nach unbekannten Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 197

*Koziol*, Die Schadensminderungspflicht, JBl 1972, 225

*Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I, 3. Auflage (1997); wird zitiert *Koziol*,  
Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> [Rz]

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB, 3. Auflage (2010); wird zitiert  
*Bearbeiter* in KBB<sup>3</sup> [§] [Rz]

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 13. Auflage (2007)

*Kronke*, Ziele - Methoden, Kosten – Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung  
nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, 1149

*Lachmayer/Bauer* (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht (2008)

*Lando*, Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht, RIW 2005, 1

*Lando*, Principles of European Contract Law, RabelsZ 56 (1992), 261

*Lando*, The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR),  
ERCL 2007, 245

*Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II (1995)

*Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised  
(2000)

*Lando/Clive/Prüm/Zimmermann*, Principles of European Contract Law, Part III (2003)

*Legrand*, A diabolical idea, in Hartkamp (Hrsg), Towards a European Civil Code, 3. Auflage  
(2004) 245; wird zitiert *Legrand* in Hartkamp, Towards a European Civil Code [Seite]

*Lehne*, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2007, 1

*Leible*, 18 für den CFR, EuZW 2010, 481

*Leible*, Der Gemeinsame Referenzrahmen zum Greifen nah?, EuZW 2010, 401

## Literaturverzeichnis

*Leible*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558

*Leible*, Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren – Das optionale Instrument ante portas, EuZW 2011, 809

*Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469

*Leible/Lehmann*, Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), RIW 2007, 721

*Leutheusser-Schnarrenberger*, Europäisches Zivilrecht- die nächsten Etappen, ZEuP 2011, 451

*Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002); wird zitiert *Lurger*, Grundfragen [Seite]

*Lurger*, The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality, ERCL 2005, 442

*Magnus*, Die Rom I-Verordnung, IPRax 2010, 27

*Mance*, The Common Frame of Reference, ZEuP 2010, 457

*Manhart*, Braucht Europa ein Einheitsprivatrecht?, AnwBl 2003, 588

*Mankowski*, CFR und Rechtswahl in Schmidt-Kessel (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389; wird zitiert *Mankowski* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen [Seite]

*Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2009: Hoffnungen nach dem Vertrag von Lissabon, IPRax 2010, 1

*Martens*, Ein Knopf für den Binnenmarkt? Oder: Vollharmonisierung durch den „Blue Button“?, GPR 2010, 215

*Martiny*, Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht, ZEuP 2007, 212

*Maurer*, Die Haftung für Schäden von Rettungskräften (2001)

## Literaturverzeichnis

*Mayer-Maly*, Studien zum Vertrag II: Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleichkommen, in FS Wilburg (1965) 129; wird zitiert *Mayer-Maly* in FS Wilburg [Seite]

*Mayer-Maly*, Über den Sinngehalt des § 859 ABGB, ÖJZ 1965, 64

*McGuire*, Der Gemeinsame Referenzrahmen: ein erster akademischer Entwurf, ecolex 2008, 493

*Meissel*, Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag, in FS Koziol (2010) 283, wird zitiert *Meissel* in FS Koziol [Seite]

*Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993); wird zitiert *Meissel*, GoA [Seite]

*Meyer*, BB-Europareport: Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, BB 2004, 1285

*Mittwoch*, Die Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa – auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch?, JuS 2010, 767

*Morelli*, Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht (1935)

*Najork/Schmidt-Kessel*, Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht, GPR 2003/04, 5

*Neumayr*, Rechtsfragen an der Schnittstelle von Sozialversicherungs- und Schadenersatzrecht, RZ 2010, 161

*Obwexer*, Die Rechtsstellung des Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010/13, 101

*Partsch*, Studien zur Negotiorum Gestio I (1913)

*Perner*, Ersatz der Kosten eines Vorprozesses beim Solidarschuldnerregress, RdW 2008/9, 49

*Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht, 2. Auflage (2008)

*Pochmarski/Strauss*, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBl 2002, 353

*Posch*, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 40

## Literaturverzeichnis

*Prantl*, Europäische Integration durch den Gemeinsamen Referenzrahmen, ZfRV 2010/11

*Prisching*, Der Gemeinsame Referenzrahmen (GRR) – ein Begriff in aller Munde, ZfRV 2007/3

*Rabel*, Negotium alienum und aniums, in gesammelte Aufsätze IV (1971) 441 = Studio in onore di P. Bonfante, Vol 4 (1930) 279

*Rademacher*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen Privatrecht, JURA 2008, 87

*Reding*, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP 2011, 1

*Reich*, Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischen Vertragsrecht“, ZEuP 2007, 161

*Reich*, EU-Verbraucherkaufrecht in neuen Dokumenten und in einem Optionalen Instrument, ZfRV 2011/26, 196

*Reich*, Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“ – Ein europäisches Rechtsdrama in fünf Akten, ZEuP 2010, 7

*Reimann/Zimmermann* (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Law (2008)

*Reischauer*, Doppelzession, Bereicherung und unechte (angewandte) Geschäftsführung ohne Auftrag, ÖJZ 1987, 257

*Research Group on the Existing EC Private Law*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I – Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (2007)

*Research Group on the Existing EC Private Law*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II - General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services (2009)

*Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa (2004)

*Riedler* (Hrsg), Zivilrecht IV Schuldrecht Besonderer Teil - Gesetzliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage (2010); wird zitiert *Riedler*, ZR IV SchRBT GesSch<sup>3</sup> [Rz]

## Literaturverzeichnis

*Riesenhuber*, Systembildung durch den CFR in Schmidt-Kessel (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 173; wird zitiert *Riesenhuber* in Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen [Seite]

*Rösler*, Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU, EuZW 2011, 1

*Roth*, Rechtsetzungskompetenz für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401

*Rudolf*, Die negotiorum gestio im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR) im Vergleich zum ABGB, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1727; wird zitiert: *Rudolf* in FS 200 Jahre ABGB [Seite]

*Rummel*, Altes und Neues zu § 1042 ABGB, JBl 2008, 432

*Rummel*, Kommentar zum ABGB, 3. Auflage (2000); wird zitiert *Bearbeiter* in Rummel<sup>3</sup> [§] [Rz]

*Rummel*, Zur Verbesserung des schadenersatzrechtlichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, JBl 1971, 385

*Rutgers*, European competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument, Working paper series, VU University Amsterdam, 26.01.2010, abrufbar unter [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1542533](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542533) (zuletzt 31.03.2010)

*Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 5. Auflage (2009), wird zitiert *Bearbeiter* in MünchKomm BGB<sup>5</sup> [§] [Rz]

*Schmidt-Kessel* (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009)

*Schmidt-Kessel*, Ein Gespenst geht um in Europa – das Optionale Instrument, GPR 2011, 105

*Schulte-Nölke*, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161

*Schulte-Nölke*, Der Blue-Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt, ZEuP 2011, 749

*Schulte-Nölke*, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’, ERCL 2007, 332  
220

## Literaturverzeichnis

*Schulte-Nölke*, Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR in Schmid-Kessel (Hrsg), *Der Gemeinsame Referenzrahmen* (2009) 9; wird zitiert *Schulte-Nölke* in Schmidt-Kessel, *Der Gemeinsame Referenzrahmen* [Seite]

*Schulze*, Die „Acquis-Grundregeln“ und der Gemeinsame Referenzrahmen, *ZEuP* 2007, 731

*Schulze*, Europäisches Vertragsrecht – die Zeit ist reif für die Gesetzgebung, *EuZW* 2011, 569

*Schulze*, European Private Law and Existing EC Law, *ERPL* 2005, 3

*Schulze*, Gemeinsamer Referenzrahmen und *acquis communautaire*, *ZEuP* 2007, 130

*Schulze/Wilhelmsson*, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, *ERCL* 2008, 154

*Schulze-Lauda*, Europäisches Vertragsrecht – das zweitgrößte Gesetzgebungsvorhaben in der Geschichte der EU, *EuZW* 2007, 366

*Schurig*, Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einheit?, in *FS Großfeld* (1999) 1089; wird zitiert *Schurig* in *FS Großfeld* [Seite]

*Schwark*, Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, *JuS* 1984, 321

*Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar, 2. Auflage (2009); wird zitiert *Bearbeiter* in *Schwarze*, EU-Kommentar<sup>2</sup> [Art] [Rz]

*Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht* (2007)

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar, Band VI, 3. Auflage (2006); wird zitiert *Bearbeiter* in *Schwimann*<sup>3</sup> [§] [Rz]

*Seiler*, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht (1968)

*Seiler*, Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers im römischen Recht, in *FS Kaser* (1973) 195; wird zitiert *Seiler* in *FS Kaser* [Seite]

*Smits*, European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order, *Maastricht Working Papers*, Faculty of Law, 2006/03, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=897478> (zuletzt 31.3.2010)

## Literaturverzeichnis

*Smits*, The Good Samaritan in European Private Law; on the Perils of Principles without a Programm and a Programm for the Future (2000), abrufbar unter [http://works.bepress.com/jan\\_smits/8/](http://works.bepress.com/jan_smits/8/) (zuletzt 9.2.2011); wird zitiert: *Smits*, The Good Samaritan in European Private Law [Seite]

*Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen. Geschichte und System des römischen Rechts (1949)

*Sprau*, Benevolent Intervention in Another's Affairs: Some Remarks on the Draft Report Presented by the Study Group on European Civil Code, ERA-Forum 2006, 220

*Stabentheiner*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht?, Zak 2011/464, 246

*Staudenmayer*, Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?, ZEuP 2003, 828

*Staudenmayer*, Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2005, 103

*Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704, 14. Auflage (2006); wird zitiert *Bearbeiter* in Staudinger, Neubearb 2006 [§] [Rz]

*Steininger*, 15. Österreichischer Juristentag in Innsbruck, ÖJZ 2004/12

*Stoll*, Rechtsfragen bei Hilfeleistungen in vermeintlicher Not, in FG Weitnauer (1980) 411; wird zitiert *Stoll* in FG Weitnauer [Seite]

*Swoboda*, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem nach österreichischem Recht mit Ausblicken in das deutsche Recht (1919); wird zitiert: *Swoboda*, Bereicherung [Seite]

*Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem (1932); wird zitiert: *Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag [Seite]

*Swoboda*, Der Bevollmächtigungsvertrag und andere verwandte Erscheinungen, ZBl 1931, 817

*Tamm*, Obligationenrecht (einschließlich ziviles Verbraucherschutzrecht), Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C-Vertragsrechts, GPR 2010, 281

## Literaturverzeichnis

*Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Loseblattsammlung (Stand Juli 2010); wird zitiert *Bearbeiter* in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts [Kapitel]

*Trstenjak*, Die Auslegung privatrechtlicher Richtlinien durch den EuGH: Ein Rechtssprechungsbericht unter Berücksichtigung des Common Frame of Reference, ZEuP 2007, 145

*Vogenauer/Weatherill*, Eine empirische Untersuchung zur Angleichung des Vertragsrechts in der EG, JZ 2005, 870

*von Bar*, Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, FS Jayme (2004) 1217; wird zitiert *v. Bar* in FS Jayme [Seite]

*von Bar*, Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben. Int.) (2006); wird zitiert PEL/*von Bar*, Ben Int, [Abschnitt]

*von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition (2009); wird zitiert *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, [Art], [Comments, Notes], [Abschnitt]

*von Bar/Clive/Schulte-Nölke ua*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition (2009)

*von Bar/Clive/Schulte-Nölke ua*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition (2008)

*von Bar/Schulte-Nölke*, Gemeinsamer Referenzrahmen für ein europäisches Schuld- und Sachenrecht, ZRP 2005, 165

*von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II (2002)

*von Schey*, Die rechtliche Natur der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem österreichischen ABGB, in FS Zitelmann (1913); wird zitiert *v. Schey* in FS Zitelmann [Seite]

*Wagner*, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung), IPRax 2008, 377

*Wagner*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1

*Wagner*, Die soziale Frage und der gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007, 180

## Literaturverzeichnis

*Wagner*, Vom akademischen zum politischen Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 677

*Weatherill*, The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice, ERCL 2006, 136

*Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1

*Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952)

*Wiesner*, Ist das Europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?, DB 2005, 871

*Wilburg*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau der Schuldrechts, AcP 163, 346

*Wilhelm*, Bei Erbensuchern Vollbeschäftigung, ecolex 2009, 457

*Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag (1981)

*Wlassak*, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio (1879)

*Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag – Theorie und Rechtsprechung (1976)

*Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie III/1 (1812); wird zitiert: *Zeiller*, Commentar ABGB III/1 [Seite]

*Zimmermann*, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in Reimann/Zimmermann (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Law (2008) 539; wird zitiert *Zimmermann* in Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law [Seite]

*Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen: ZEuP-Symposium in Graz, ZEuP 2007, 109

*Zimmermann*, European Contract Law: General Report, EuZW 2007, 455

## JUDIKATURVERZEICHNIS

### Österreich:

k.k. Oberster Gerichtshof 9.2.1870, GIU 3705

k.k. Oberster Gerichtshof 19.11.1907, GIUNF 3981

k.k. Oberster Gerichtshof 1.4.1908, GIUNF 4185

k.k. Oberster Gerichtshof 8.10.1913, GIUNF 6597

OGH 17.5.1950, 3 Ob 123/50 SZ 23/159

OGH 4.7.1951, 2 Ob 273/51

OGH 11.2.1953, 3 Ob 776/52 SZ 26/35

OGH 14.10.1954, 2 Ob 239/54 SZ 27/259

OGH 3.11.1954, 1 Ob 835/54 SZ 27/279

OGH 15.12.1954, 3 Ob 649/54 EvBl 1955/134

OGH 26.4.1961, 5 Ob 144/61 EvBl 1961/295.

OGH 12.12.1962, 6 Ob 299/62 SZ 35/130

OGH 5.3.1963, 8 Ob 30/63 EvBl 1963/309

OGH 23.4.1963, 8 Ob 103/63 MietSlg 15.033

OGH 26.11.1963, 8 Ob 291/63 EvBl 1964/292.

OGH 23.6.1967, 2 Ob 176/67 ZVR 1968/87

OGH 4.12.1968, 2 Ob 404/67 JBl 1969, 272

OGH 21.10.1970, 7 Ob 166/70 EvBl 1971/208

OGH 9.12.1971, 2 Ob 197, 180/71 JBl 1972, 324

OGH 7.12.1972, 2 Ob 195/72 SZ 45/137 = JBl 1973, 476 (*Koziol*)

## Literaturverzeichnis

OGH 17.9.1974, 3 Ob 168/74 SZ 49/98

OGH 11.5.1976, 3 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 = JBl 1977, 423

OGH 25.1.1978, 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7

OGH 22.5.1978, 1 Ob 597, 598/78 MietSlg 30.149

OGH 26.11.1981, 7 Ob 658/81 SZ 54/176

OGH 21.4.1982, 1 Ob 584/82 JBl 1984, 256

OGH 9.6.1983, 8 Ob 6/83 ZVR 1984/235

OGH 11.1.1984, 1 Ob 38/83 MietSlg 36.098

OGH 8.11.1984, 6 Ob 710/84 SZ 57/167 = JBl 1985, 421

OGH 14.10.1986, 4 Ob 276/86 RdW 1987, 51

OGH 26.3.1987, 7 Ob 23/87 VR 1987, 360

OGH 9.4.1987, 8 Ob 71/86 SZ 60/65

OGH 28.10.1987, 2 Ob 40/87 JBl 1988, 249

OGH 12.4.1988, 2 Ob 57/87 ZVR 1988/125

OGH 9.6.1988, 6 Ob 544/87 SZ 61/143

OGH 21.5.1989, 1 Ob 718/89 MietSlg 42.105

OGH 19.9.1990, 3 Ob 117, 118/89 MietSlg 42.046

OGH 10.2.1993, 9 ObA 3/93 wbl 1993, 260

OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94 SZ 67/207

OGH 23.2.1995, 2 Ob 10/95 RdW 1995, 178

OGH 24.8.1995, 2 Ob 46/95 SZ 68/142 = DRdA 1996, 311 (*Grömmer/Oberhofer*) = ÖZW 1997, 14 (*Fitz*)

OGH 21.11.1995, 4 Ob 568/95

## Literaturverzeichnis

OGH 27.6.1996, 2 Ob 54/95 ecolex 1997, 81 (*Ch. Huber* 77)

OGH 3.10.1996, 1 Ob 2168/96x RdW 1997, 275 = NZ 1997, 290

OGH 17.10.1996, 2 Ob 2325/96f

OGH 8.4.1997, 1 Ob 2123/96d SZ 70/60 = JBl 1997, 368

OGH 18.6.1997, 3 Ob 507/96 SZ 70/113

OGH 14.10.1997, 1 Ob 242/97p SZ 70/200

OGH 12.11.1997, 3 Ob 172/97h

OGH 24.11.1997, 6 Ob 324/97h SZ 70/241

OGH 28.5.1999, 7 Ob 277/98f ecolex 2000, 102 (*Chr. Thaler*)

OGH 27. 8. 1999, 1 Ob 232/99w JBl 2000, 36

OGH 23.5.2000, 4 Ob 17/00d

OGH 12.7.2000, 7 Ob 155/00w

OGH 16.1.2001, 4 Ob 313/00h SZ 74/6 = EvBl 2001/111

OGH 6.12.2001, 2 Ob 272/01s

OGH 13.3.2002, 7 Ob 43/02b

OGH 18.7.2002, 3 Ob 53/02v

OGH 29.1.2003, 313/01b

OGH 17.3.2005, 2 Ob 15/05b

OGH 12.7.2005, OGH 136/05m RdW 2006/77

OGH 28. 11. 2007, 7 Ob 159/07v JBl 2008, 458

OGH 14.10.2008, 8 Ob 92/08z ecolex 2009/78

## Literaturverzeichnis

RIS-Justiz RS0014759

RIS-Justiz RS0017364

RIS-Justiz RS0017438

RIS-Justiz RS0019765

RIS-Justiz RS0019806

RIS-Justiz RS0019851

RIS-Justiz RS0019940

RIS-Justiz RS0019940

RIS-Justiz RS0038181

RIS-Justiz RS0054792

RIS-Justiz RS0110732

RIS-Justiz RS0114088

RIS-Justiz RS0109200

RIS-Justiz RS0107338

VfGH 19.6.1958, A 3/58 VfSlg 3354

VfGH 24.6.1986, A 16/85 VfSlg 10.933 = ÖJZ 1987, 58

VfGH 28.11.1977, A 2/75 VfSlg 8178

### **Deutschland:**

BGH 15.12.1954, BGHZ 16, 12

BGH 18.10.1957, VersR 1957, 800

BGH 7.11.1960, BGHZ 33, 251

BGH 25.6.1962, BGHZ 37, 258

BGH 27.11.1962, BGHZ 38, 270

BGH 20.6.1963, BGHZ 40, 28

BGH 22.5.1970, BGHZ 54, 157

BGH 4.12.1975, BGHZ 65, 354

BGH 10.10.1984, BGHZ 92, 270

BGH 18.9.1986, BGHZ 98, 235

BGH 10.10.1996, NJW 1997, 47

BGH 26.11.1998, BGHZ 140, 102

BGH 23.9.1999, NJW 2000, 72

BGH 21.10.1999, BGHZ 143, 9

**EuGH:**

EuGH 13.12.1989, C-322/88, *Grimaldi*, Slg 1989, I-04407

EuGH 24.11.1993, C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg 1993, I-6097

EuGH 5.10.2000, C-376/98, *BRD/Europäisches Parlament und Rat*, Slg 2000, I-08419

EuGH 12.3.2002, C-168/00, *Simone Leitner/TUI*, Slg 2002, I-2631

EuGH 2.5.2006, C-436/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, Slg 2006, I-3733

**Europäische Kommission:**

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Zum Europäischen Vertragsrecht, 11.7.2001, KOM(2001) 398 endgültig

## Literaturverzeichnis

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006, 8.6.2002, KOM(2002) 208 endgültig, ABl 2002/C 137/02

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht- ein Aktionsplan, 12.2.2003, KOM(2003) 68 endgültig, abgedruckt in ZEuP 2003, 656

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands- weiteres Vorgehen, 11.10.2004, KOM(2004) 651 endgültig, abgedruckt in ZEuP 2005, 462

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre – eine Partnerschaft für die Erneuerung Europas, KOM(2005) 184 endgültig

Bericht der Kommission: Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, 23.9.2005, KOM(2005) 456 endgültig

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), 15.12.2005, KOM(2005) 650 endgültig

Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, 8.2.2007, KOM(2006) 744 endgültig

Bericht der Kommission: Zweiter jährlicher Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, 25.7.2007, KOM(2007) 447 endgültig

Mitteilung der Kommission: Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endgültig

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas – Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms, 20.4.2010, KOM(2010) 171 endgültig

## Literaturverzeichnis

Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer, 1.7.2010, KOM(2010) 348 endgültig; abgedruckt in ZEuP 2010, 956

Mitteilung der Kommission, Europäische Kommission will ein verbraucher- und unternehmerfreundliches Vertragsrecht für den Binnenmarkt, v 1.7.2010, IP/10/872

Mitteilung der Kommission: Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, 14.9.2010, abrufbar unter  
[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr\\_report\\_10\\_09\\_01\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_09_01_02_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 1.3.2011)

Beschluss der Kommission vom 26.4.2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts (2010/233/EU), ABl vom 27.4.2010 L 105/109, abgedruckt in ZEuP 2010, 951

Rede der Justizkommissarin und Vizepräsidentin der Europäischen Kommission *Viviane Reding* v 3.6.2011, The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, SPEECH/11/411

Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, 11.10.2011, KOM(2011) 365 endgültig, 2011/0284 (COD)

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzüberschreitender Geschäfte im Binnenmarkt, 11.10.2011, KOM(2011) 636 endgültig

### **Europäisches Parlament:**

Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.5.1989, ABl EG 1989 C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 (1992), 320f

Entschließung des Europäischen Parlaments zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 6.5.1994, A3-0329/94, ABl C 205/518, abgedruckt in ZEuP 1995, 669

## Literaturverzeichnis

Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten vom 15.11.2001, A5-0384/2001, ABl C 140 E/538

Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über ein kohärenteres Vertragsrecht: ein Aktionsplan vom 2.9.2003, P5\_TA(2003)0355, ABl 2004/C 76 E/95

Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiters Vorgehen vom 23.3.2006, P6\_TA(2006)0109, ABl 2006/C 292 E/109, abgedruckt in ZEuP 2006, 908

Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 7.9.2006, P6\_TA(2006)0352, ABl 2006/C 305 E/247

Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 12.12.2007, P6\_TA(2007)0615

Entschließung des Europäischen Parlaments zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht vom 3.9.2008, P6\_TA(2008)0397, ABl 2009/C 295 E/09, abgedruckt in ZEuP 2009, 421

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8.6.2011 zu Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, 2011/2013 (INI), abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0262+0+DOC+XML+V0//DE> (zuletzt 11.11.2011)

### **Rat der Europäischen Union:**

Europäischer Rat von Tampere, 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SI (1999) 800, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm) (zuletzt 31.03.2010)

Entschließung des Rates zum Thema „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht“, ABl 2003/C 246/01

Schlussfolgerungen des niederländischen Vorsitzes von der Tagung des Europäischen Rates (Brüssel) vom 4./5. 11.2004, Dok 14292/04 CONCL 3

Schlussfolgerungen des Rates nach dessen Tagung am 17.4.2007, Dok 8548/07 JUSTCIV 90

## Literaturverzeichnis

Schlussfolgerung des Rates nach dessen Tagung vom 18.4.2008, Dok 8286/08 JUSTCIV 68  
CONSON 39

Schlussfolgerungen des Rates nach dessen Tagung vom 27./28.11.2008, Dok 15306/08  
JUSTCIV 236 CONSON 167, abgedruckt in ZEuP 2009, 648

Konsolidierte Fassung der Schlussfolgerungen des Rates vom 27.1.2009, Dok 5784/09  
JUSTCIV 27 CONSON 11

2683. Tagung des Rates der Europäischen Union – Justiz und Inneres, Luxemburg 18.4.2008,  
Mitteilung an die Presse 8397/08 (Presse 96), abgedruckt in ZEuP 2008, 880

Programm of the Czech Presidency in the Council of the European Union in the Area of  
Justice and Home Affairs, 1 January 2009 – 30 June 2009, Dok 6155/09, JAI 64 COMIX 111

### **Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Kommission:**

Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“, ABl 2003/C 321/01 v. 31.12.2003

### **Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss:**

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Das 28.  
Regime – eine Alternative für weniger Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene“  
(Initiativstellungnahme) vom 21.1.2011, ABl 2011/C 21/05

### **Internet:**

Joint Network on European Private Law: <http://wwwCOPECL.org/> (zuletzt abgerufen am  
31.3.2010)

Société de la législation comparée : <http://www.legiscompare.com> (zuletzt abgerufen am  
31.3.2010)

Geschichte der Europäischen Rechtsakademie: [http://www.era.int/cgi-bin/cms?\\_SID=1866b110dc91d60c7550f58132c144da37466b0a00051635348432&\\_sprache=de&\\_bereich=artikel&\\_aktion=detail&\\_persistant\\_variant=%DCber%20ERA/Die%20Stiftung/Geschichte&\\_template\\_variant3=Geschichte&idartikel=100499](http://www.era.int/cgi-bin/cms?_SID=1866b110dc91d60c7550f58132c144da37466b0a00051635348432&_sprache=de&_bereich=artikel&_aktion=detail&_persistant_variant=%DCber%20ERA/Die%20Stiftung/Geschichte&_template_variant3=Geschichte&idartikel=100499) (zuletzt abgerufen am  
31.3.2010)

## Literaturverzeichnis

Auflistung der Politikverfahren, die ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren nach dem Vertrag von Lissabon verlangen: <http://www.robert-schuman.eu/doc/divers/lisbonne/en/annexe4.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.3.2010)

A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European Contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback:

[http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.08.2011)

European Law Institute: <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/index.php> (zuletzt abgerufen am 18.11.2011)

## ANHANG

### I. Kurzbeschreibung der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den im V. Buch des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) enthaltenen Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag (*benevolent intervention in another's affairs*), die im Auftrag der Europäischen Kommission erstellt wurden. Ziel der Untersuchung ist es, im Rahmen einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur österreichischen Rechtslage aufzuzeigen.

Zu Beginn wird die Entstehungsgeschichte des DCFR näher beleuchtet und auf seine teilweise Umsetzung als optionales Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für Verbraucher und Unternehmer in Form einer Verordnung eingegangen. Im Speziellen wird auch die Frage nach einer dafür geeigneten Kompetenzgrundlage untersucht und werden sich in diesem Zusammenhang ergebende kollisionsrechtliche Probleme erörtert. Ausgehend von einer historischen Betrachtung der Entwicklung des Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag von ihren römisch-rechtlichen Wurzeln bis hin zum ABGB, werden im dritten Teil der Arbeit die Bestimmungen des V. Buches des DCFR zur *benevolent intervention in another's affairs* dargestellt, kommentiert und mit den entsprechenden Normen des ABGB verglichen.

Im Zuge dieser rechtsvergleichenden Untersuchung konnte nachgewiesen werden, dass das ABGB im Vergleich zum DCFR Besonderheiten und Stärken aufweist, wodurch bei Geltung des DCFR im Unterschied zur derzeitigen Rechtslage wesentliche Rechtsschutzlücken resultieren würden. So kann bspw nach ABGB bei unechter und unerlaubter Geschäftsführung Bericht und Rechnungslegung vom Geschäftsführer verlangt werden kann. Im Gegensatz dazu gewährt der DCFR dem Geschäftsherrn keine entsprechenden Ansprüche. Auf der anderen Seite ist hervorzuheben, dass der DCFR Regelungen enthält, die sich für eine mögliche Revision des Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag im ABGB empfehlen, wie die Übernahme einer Art V.-3:102 entsprechenden Bestimmung über den Vergütungsanspruch des Geschäftsführers und die Einführung einer Regelung über die Risikohaftung des Geschäftsherrn in Form einer Billigkeitshaftung in Anlehnung an jene der Art V.-3:103 f.

## II. Abstract

This paper reports on the V<sup>th</sup> book of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) regarding benevolent intervention in another's affairs, which has been published on behalf of the European Commission. The aim of this thesis is to identify in a comparative law analysis similarities and differences to the Austrian legal system.

The first part deals with the genesis of the DCFR and the prospect of its partial implementation in a regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law. Moreover, an evaluation of the potential legal basis in the TFEU for such a regulation and corresponding conflicts of law shall be given. Based on the historic roman origins of the institute of benevolent intervention in another's affairs and the development to its today's embodiment in the ABGB, the third part of this paper discusses each model rule of book V of the DCFR about benevolent intervention in another's affairs and compares them with equivalent provisions in the ABGB, especially considering Austrian doctrine and case law which have played an important role in the advancement of this institute and its current application.

This comparative law analysis demonstrates that the ABGB in comparison to the DCFR contains rules that are of great importance and their absence would lead to loopholes in legal protection as for instance a principal would not be able to seek reporting and accounting from an intervener in case of unauthorised or false intervention, because the DCFR does not entitle the principal to such rights. However, the results also show that the DCFR offers provisions, which qualify for a future revision of benevolent intervention in another's affairs in the ABGB. In particular, Art V.-3:102 about the intervener's right to remuneration is suitable for a transfer into the ABGB. Furthermore, it can be recommended to implement a rule like Art V.-3:103 and Art V.-3:104 about the intervener's right to reparation which can be reduced or excluded on grounds of equity.

### III. Lebenslauf

---

**Persönliche Daten:**

Name: Isabella Ladstätter  
Geboren am: 21.01.1986 in Wien

---

**Ausbildung:**

Seit 10/08: Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien  
10/04-09/08: Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien  
02/08-06/08: Erasmusaufenthalt an der Universität Utrecht, Niederlanden  
10/05-02/08: Erste Diplomprüfung der Wirtschaftswissenschaften an der WU Wien

---

**Berufserfahrung:**

07/11-12/11: Gerichtspraxis am Bezirksgericht Hernals und Handelsgericht Wien  
Seit 02/09: Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht WU Wien  
11/08-01/09: Gerichtspraxis am Landesgericht Korneuburg (Strafsachen)

---

**Publikation:**

*Ladstätter*, Absicherung außerhalb der Pisten, Zak 2009/692, 429

*Ladstätter*, Kausalität und Anscheinsbeweis bei der Prospekthaftung nach dem InvFG 2011  
(in Druck)