

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Band: 64 (1945)

Artikel: Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) : insbesondere bei Annahme einer für einen Andern bestimmten Leistung

Autor: Friedrich, Hans-Peter

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896283>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 29.10.2024

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR)

insbesondere bei Annahme einer für einen Andern
bestimmten Leistung.

Von Dr. Hans-Peter Friedrich, Advokat, Basel

| ÜBERSICHT | | Seite |
|-----------|---|-------|
| I. | Einleitung | 10 |
| II. | Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag | |
| | 1. Im allgemeinen | 11 |
| | 2. Das gesetzgebungspolitische Problem (gültige und un- gültige Geschäftsführung ohne Auftrag) | 12 |
| | 3. Objektiv und subjektiv fremde Geschäfte | 14 |
| III. | Die sogenannte unechte Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen | 15 |
| | 1. Der Begriff und die Abgrenzung von der echten Ge- schäftsführung ohne Auftrag | 15 |
| | 2. Geschichtliche Entwicklung | 16 |
| | 3. Die Bedeutung des Geschäftsführungswillens | 18 |
| | 4. Die Regelung im schweizerischen Recht | 20 |
| | 5. Die Terminologie | 23 |
| | 6. Die Bedeutung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag | 24 |
| IV. | Die Voraussetzungen der „unechten Geschäfts- führung ohne Auftrag“ . | |
| | 1. Die Besorgung eines Geschäftes | 25 |
| | 2. Das fremde Geschäft | 29 |
| | 3. Ein auftragsloses Geschäft | 35 |
| | a) der Begriff des „Auftrages“ | 35 |
| | b) das Verhältnis zum Dritten | 36 |
| | 4. Die Geschäftsführung im eigenen Interesse | 38 |
| | 5. Der Geschäftsführungswille (gut- und bösgläu- bige Geschäftsführung) | 39 |
| | a) Problemstellung | 39 |
| | b) ausländische Rechtsordnungen | 40 |
| | c) das schweizerische Recht | 42 |
| | d) Hinweis auf das englisch-amerikanische Recht | 48 |
| | 6. Die Rechtsfolgen der „unechten Geschäftsführung ohne Auftrag“ | 51 |
| V. | Schlussfolgerungen | 53 |

I. Einleitung.

Dem schweizerischen Bundesgericht (I. Zivilabteilung) lag am 20. Januar 1942 folgender, in tatsächlicher Beziehung nicht mehr bestrittener Tatbestand zur letztinstanzlichen Entscheidung vor¹⁾:

Der Landwirtschaftliche Verein Graubünden pflegte vor einigen Jahren Verkäufe von Vieh nach Italien zu vermitteln und die Zahlungen der Käufer für Rechnung der Verkäufer entgegenzunehmen. Eines Tages teilte der Verein den schweizerischen Landwirten, die seine Dienste in Anspruch nahmen, mit, er werde fortan Verkäufe mit einem bestimmten Händler F. nicht mehr vermitteln, weil dieser mit seinen Zahlungen, die im Clearingverkehr erfolgen mussten, stark im Rückstand blieb.

Ein Landwirt W. lieferte in der Folge von sich aus am 11. und am 14. November 1937 direkt einige Stücke Vieh an F. Schon am 23. November 1937 beglich dieser die Kaufpreisforderungen von 11 198 Fr. und 7 996 Fr. durch Zahlung in Lire an die italienische Verrechnungsstelle. Auf dem Einzahlungsdoppel, welches später der Landwirtschaftliche Verein erhielt, war nicht der Verkäufer W. sondern dieser Verein als Empfänger genannt, weil F. der irrtümlichen Meinung war, es handle sich ebenfalls um Lieferungen auf dessen Rechnung. Hingegen waren als „merce importata“ die genauen Stückzahlen und die beiden Lieferungsdaten genannt.

Die Schweizerische Verrechnungsstelle in Zürich, welche in der Folge die Beträge erhielt, zahlte diese, ohne dass eine Forderungsanmeldung durch den Landwirtschaftlichen Verein erfolgt war, an diesen aus. Der italienische Käufer geriet kurz darauf in Konkurs, wobei der Landwirtschaftliche Verein noch eine grössere ungedeckte Forderung anmelden musste. Der Verkäufer verlangt vor Ge-

¹⁾ Vgl. BGE 68 II, S. 29 ff.; Praxis, Bd. 31, Nr. 10; Journal des Tribunaux 1942, I, S. 308; Repertorio di Giurisprudenza patria, 1942, S. 345.

richt vom Landwirtschaftlichen Verein den Betrag heraus, der für ihn bestimmt, aber versehentlich an diesen bezahlt worden war.

Das Gericht ging bei seinem Entscheid mit Recht davon aus, dass der Anspruch des Klägers ernstlich nur aus einer allfälligen Geschäftsführung ohne Auftrag abgeleitet werden konnte.

Ein Vertrag oder ein Stellvertretungsverhältnis lag nach den gegebenen Umständen zweifellos nicht vor, nachdem der Beklagte wiederholt erklärt hatte, für den Kläger nicht mehr tätig sein zu können und ihn ausdrücklich auf die Möglichkeit verwies, weitere Viehlieferungen auf eigene Rechnung und Gefahr vorzunehmen. Ebensowenig war der Beklagte auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert; die hiezu erforderliche Vermögensverschiebung war nicht aus dem Vermögen des Klägers, sondern aus demjenigen F.s erfolgt.

Es ist deshalb im folgenden zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sind. Dabei soll so vorgegangen werden, dass die einzelnen Voraussetzungen jeweils zuerst im allgemeinen besprochen werden und anschliessend untersucht wird, ob sie im vorliegenden Falle zutreffen.

II. Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Im allgemeinen.

Wer für einen Anderen in dessen Interesse ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, handelt als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne von Artikel 419 OR.

Mit diesen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag möchte die Rechtsordnung demjenigen Schutz angedeihen lassen, der im Interesse eines anderen zum Zwecke der Abwendung von Schaden, der Erhaltung bedrohter Rechtsgüter oder der Erlangung eines besonderen Vorteils in irgendeiner Weise tätig wird. Wer für einen anderen Aufwendungen gemacht hat, soll hiefür unter gewissen Voraussetzungen schadlos gehalten werden.

2. Das gesetzgebungspolitische Problem (gültige und ungültige Geschäftsführung ohne Auftrag)

Die Frage, wann ein derartiger Anspruch des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn gegeben sein soll, ist eine rechtspolitisch äusserst schwer zu entscheidende. Es gilt, das Interesse des Geschäftsherrn an der Nichteinmischung in seine private Angelegenheiten gegen dasjenige des andern, altruistisch Handelnden auf Ersatz der ihm aus seinem Tätigwerden erwachsenen Auslagen abzuwägen. Der Entscheid wird zuletzt davon abhängen, welche Stellung die Rechts- und Gesellschaftsordnung dem einzelnen im Verhältnis zur Gesellschaft und zum Mitmenschen einräumt. Wo die Freiheit des Individuums besonders betont ist, wird ein Eingriff in die persönliche Rechtssphäre, selbst wenn er objektiv im Interesse des Betroffenen erfolgte, verpönt sein und der Geschäftsführer keinerlei Ansprüche geltend machen können. Es überrascht deshalb nicht, dass im englisch-amerikanischen Rechtskreis eine Geschäftsführung ohne Auftrag, Fälle der Agency from necessity vorbehalten, als eine „action of trespass“ aufgefasst wird und demzufolge Ansprüche gegenüber dem Geschäftsherrn nicht hergeleitet werden können²⁾.

Auf einem entgegengesetzten Standpunkt steht der Code Civile Français und dessen Tochterrechte. Er ist im allgemeinen der Geschäftsführung und insbesondere dem Geschäftsführer recht wohlwollend gesinnt, indem die „gestion d'affaires“ in erster Linie als „acte de bienfaisance“ aufgefasst wird. Dementsprechend werden dem Geschäftsführer weitgehende Rechte eingeräumt, sobald nur sein Handeln eine uneigennützig, wohltätige Gesinnung erkennen lässt.

In Deutschland betonen neuere Tendenzen, im Unterschied zum bisherigen Recht, dass das Eintreten des einen für den anderen nicht nur für den einzelnen von Wert ist,

²⁾ Vgl. Schirrmeister-Prochownik, Das Bürgerliche Recht Englands, 1906/29, Band I, S. 627 ff.

sondern auch für die Gemeinschaft, welche aus dem freiwilligen Einspringen ebenfalls Nutzen ziehen kann. Aus dieser Überlegung folgt eine Interessenverteilung, die nicht allein auf den Willen und das Interesse des Geschäftsherrn Rücksicht nimmt³⁾.

Das schweizerische Recht ist, wie nach dem Vorangegangenen zu erwarten war, wegen seiner vorzugsweise individualistischen Anschauungen bei der Zubilligung von Ansprüchen an den Geschäftsführer recht zurückhaltend. Niemand braucht sich fremde Einmischungen, auch wenn sie gut und nützlich sind, gefallen zu lassen⁴⁾; zu etwas anderem als der Herausgabe einer allfälligen Bereicherung kann derjenige, dessen Geschäfte durch einen Dritten geführt wurden, im allgemeinen nicht verhalten werden. Nur dann, wenn die Geschäftsbesorgung im Interesse des Geschäftsherrn geboten war, hat der Geschäftsführer gemäss Art. 422 OR Anspruch auf Befreiung von allen ihm hierdurch entstandenen Lasten.

Dieser Unterscheidung folgend, spricht man von einer ungültigen Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn der Geschäftsführer wohl im Interesse des Geschäftsherrn handelte, dieses Tätigwerden aber nicht geradezu geboten war. Die Rechtsfolgen eines solchen Handelns regelt Art. 423 OR trotzdem das Marginale von „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers“ spricht⁵⁾. Der Geschäftsführer hat unter diesen Umständen nur Anspruch auf Herausgabe einer allfälligen Bereicherung. Der Geschäftsherr andererseits hat, was als selbstverständlich kaum betont zu werden braucht und bei der gültigen Geschäftsführung ohne Auftrag im Gesetz auch nicht erwähnt ist, Anspruch auf Überlassung der Vorteile der in seinem Interesse geführten Geschäfte.

³⁾ Vgl. Lent, Wille und Interesse bei der Geschäftsführung, Schriften der Akademie für deutsches Recht, 1938, S. 12.

⁴⁾ Fick, Kommentar zum Schweiz. OR, 2. Auflage 1896, N. 5 vor Art. 419.

⁵⁾ Oser-Schönenberger, Kommentar, 2. Auflage 1936, N. 1 zu Art. 423 und dortige weitere Literaturangaben.

3. Objektiv und subjektiv fremde Geschäfte.

Die Doktrin, welche sich in sehr eingehender Weise mit der Geschäftsführung ohne Auftrag befasst hat, legt auf eine andere Unterscheidung ganz besonderen Wert, welche nicht die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers, sondern die Art der „fremden Geschäfte“ betrifft⁶⁾.

Zum Wesen der *Negotiorum gestio* gehört, dass die Angelegenheit eines Anderen (*l'affaire d'autrui*) geführt wird. Das Geschäft ist nun entweder deshalb ein fremdes, weil sein Inhalt oder Gegenstand dem Interessenkreis des Geschäftsherrn angehört (*negotium re ipsa alienum*, objektiv fremd). Dies trifft z. B. dann zu, wenn jemand an einem fremden Haus eine unumgänglich nötige Reparatur vornehmen lässt oder eine fremde Schuld bezahlt.

Das Geschäft kann aber auch erst durch die Willensrichtung des Handelnden in Beziehung zum Geschäftsherrn gebracht werden (*negotium contemplatione gestoris alienum*). Ein derartiges „subjektiv fremdes Geschäft“ liegt z. B. vor, wenn der Geschäftsführer einen Gegenstand für einen Dritten kauft.

Wenn man sich fragt, welche rechtliche Konsequenzen sich an diese Unterscheidung knüpfen, so muss man feststellen, dass beide Fälle gleich zu behandeln sind⁷⁾. Eine praktische Bedeutung kommt ihr nicht zu. Vor allem das gemeine Recht legte grosses Gewicht auf die beiden Begriffe, konnte aber damit insbesondere der wichtigeren und weit schwierigeren Frage, wann ein (objektiv oder subjektiv) fremdes Geschäft vorliegt, nicht näher kommen⁸⁾; ein typisches Beispiel dafür, wie sehr an überlieferten Begriffen und Einteilungen festgehalten wird, die heute keinerlei Bedeutung mehr haben. Wenn auf die Unterscheidung näher

⁶⁾ Vgl. Oser-Schönenberger, N. 8 zu Art. 419.

⁷⁾ Suter, Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweiz. Obligationenrecht, Diss. Bern 1933, S. 14.

⁸⁾ Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten, Bd. II, S. 333 f., und die Ausführungen bei Janssen, Die unechte Geschäftsführung, § 687 BGB, Diss. Göttingen 1930, S. 15 ff.

eingegangen wurde, so geschah es zur Hauptsache im Hinblick darauf, dass das Urteil des Bundesgerichtes, welches den Ausgangspunkt dieser Ausführungen bildete, die beiden Begriffe verwendet und sie geradezu in das Zentrum der Erörterungen stellt. Es wird weiter unten von der unrichtigen Anwendung der genannten Ausdrücke zu reden sein.

III. Die sogenannte unechte Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen.

1. Der Begriff und die Abgrenzung von der echten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Meist im Zusammenhang mit der echten Geschäftsführung ohne Auftrag wird ein weiteres Rechtsinstitut geregelt und besprochen, welches auf den ersten Blick nichts anderes als eine Modifikation der eigentlichen *Negotiorum gestio* darstellt, bei näherem Zusehen dem Wesen nach jedoch etwas völlig anderes ist.

Von unechter Geschäftsführung ohne Auftrag spricht man dann, wenn jemand eine fremde Angelegenheit nicht im Interesse des Anderen, sondern zu eigenem Nutzen führt. Gemeinsam mit der eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag ist lediglich, dass ein fremdes Geschäft besorgt wird, anders ausgedrückt, dass in eine fremde Interessensphäre eingebrochen wird. Dass in beiden Fällen eine Rechtsbeziehung, welche diesen Eingriff gestattet, fehlt, liegt in den beiden Tatbeständen selbst begründet.

Von diesem mehr oder weniger äusserlichen Tatbestandsmerkmal abgesehen, unterscheidet sich nun aber die echte Geschäftsführung ohne Auftrag diametral von der eigennützigen Geschäftsbesorgung: Hier erfolgt der Eingriff in die Rechtssphäre des „Geschäftsherrn“ nicht in dessen objektivem oder zumindest vermeintlichem Interesse; er dient vielmehr dem Geschäftsführer selbst, dessen eigene Belange statt denen des Geschäftsherrn durch das Geschäft gefördert werden. Muss dort die Rechtsordnung das Interesse des Geschäftsführers auf Schadloshaltung für seine

uneigennütigen Bemühungen gegenüber demjenigen des Geschäftsherrn auf Integrität seiner Privatsphäre abwägen, so steht hier in erster Linie die Frage zur Entscheidung, wie weit der Geschäftsherr sich die Vorteile, welche der Geschäftsführer bei der Führung des fremden Geschäftes gewonnen hat, aneignen kann. Entspricht dort die Interessenlage genau derjenigen beim Auftrag, so ist hier ein Konflikt zu entscheiden, der demjenigen zwischen Entreichertem und Bereichertem oder zwischen Verletztem und Verletzer verwandt ist.

2. Geschichtliche Entwicklung.

Wie kommt es, dass derartige gegensätzliche Tatbestände⁹⁾ stets zusammen behandelt und — als Folge davon — gleich benannt werden? Dafür sind ausschliesslich geschichtliche Gründe verantwortlich. Es ist hier der Ort, kurz auf die Herkunft der Rechtssätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag hinzuweisen.

Diese ist, wie sich bereits aus deren systematischen Stellung in den meisten geltenden Kodifikationen schliessen lässt, römischen Ursprungs. Ihre Anfänge liegen im Edikt des Prätors, welcher für den Fall der Übernahme einer Prozessführung für einen Abwesenden oder Verstorbenen auch das Innenverhältnis, d. h. zwischen dem „Vertretenen“ und dem „Vertreter“, ordnete: „si quis negotia alterius gesserit, iudicium eo nomine dabo“. (D. 3, 5, 3 pr.). Später soll sich jedoch der Anwendungsbereich des Ediktes auf alle Fälle, wo objektiv die Geschäfte eines anderen geführt wurden, erstreckt haben. Nachdem dann aber für die speziellen Geschäftsführungstatbestände des Mandates und der Tutela besondere Klage gegeben wurde, beschränkte sich der Bereich der *Negotiorum gestio* auf die auftragslose Geschäftsführung ohne Auftrag. Vom eigentlichen Mandat

⁹⁾ Das Bestehen eines solchen Gegensatzes leugnet neuerdings Moser, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennütigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1940, insbesondere S. 103, N. 39.

unterschied sich die Geschäftsführung ohne Auftrag nur insoweit, als an Stelle der Willenserklärung des Mandanten die unbeauftragte Besorgung der Geschäfte im Interesse des *Dominus negotii* durch den Gestor selbst trat. Da im übrigen Rechte und Pflichten des *Negotiorum gestor* denjenigen des Mandataren entsprachen, insbesondere auch dessen Willensrichtung dieselbe war, lag es nahe, die *Negotiorum gestio* als mandatsähnlichen Quasikontrakt aufzufassen, wobei die Erteilung des Auftrages fingiert wurde. Dem *Dominus* stand die *Actio negotiorum gestorum directa* zur Verfügung, währenddem der *Negotiorum gestor* unter bestimmten Umständen mit der *Actio negotiorum gestorum contraria* auf Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen klagen konnte (Inst. 3, 27, 1)¹⁰⁾.

Das römische Recht ist aber hiebei nicht stehengeblieben; der Geschäftsherr soll nicht nur gegenüber dem Geschäftsführer, der in fremdem Interesse tätig war, einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten haben, „*sed et si quis negotia mea gesserit... sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse, sed nihilo minus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione*“ (D. 3, 5, 5, 5). Betraf jener Tatbestand eine bösgläubige Geschäftsführung, so gab Africanus in D. 3, 5, (48) 49 auch dem gutgläubigen Geschäftsführer, wenigstens bis zur Höhe der Bereicherung¹¹⁾, die *Actio negotiorum gestorum*: Der Käufer eines Sklaven hat eine ihm von diesem zugebrachte Sache weiter veräußert in der Meinung, es sei dessen *Peculium*. Später stellte sich heraus, dass der Gegenstand vom Sklaven vor Vertragsschluss seinem früheren Herrn gestohlen worden

¹⁰⁾ So die einleuchtende Darstellung von Wlassak, Zur Geschichte der *Negotiorum gestio*. Vgl. ferner zur Geschichte und für abweichende Auffassungen Moser, S. 79 (mit weiteren Literaturangaben), Hagenbüchli, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag, Diss. Zürich 1926, S. 15 f., Sohm, Inst. des röm. Rechts, 17. Auflage, S. 444.

¹¹⁾ Vgl. Janssen, S. 51.

war. Dieser kann gegenüber dem jetzigen Herrn auf Herausgabe des Verkaufserlöses klagen, wenn die Sache selbst untergegangen ist. Damit wird im Anschluss an den vertragsähnlichen Tatbestand der eigentlichen *Negotiorum gestio* — obschon im klassischen römischen Recht oder erst mittels Interpolation durch Justinian, ist umstritten¹²⁾ — ein von Billigkeitserwägungen verlangter Rechtssatz aufgestellt; es soll derjenige, der eigennützig in eine fremde Angelegenheit eingreift, nicht besser gestellt sein als der andere, welcher die Geschäftsführung mit dem guten Willen unternimmt, dem Geschäftsherrn nützlich zu sein. Die durch die eigennützige Handlung erlangten Vorteile sollen hier noch viel mehr an den Geschäftsherrn fallen, dem sie eigentlich gehören.

Der Umstand, dass auch für diesen Fall im römischen Recht dem Geschäftsherrn eine *Actio negotiorum gestorum* gegeben wurde, hatte zur Folge, dass bis heute die besondere Bedeutung der Haftung aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nicht richtig erkannt worden ist.

3. Die Bedeutung des Geschäftsführungswillens.

Ungemein umstritten, sowohl im römischen und gemeinen wie im modernen Rechte, ist jedoch, obwohl von einem Falle abgesehen, nicht von grosser Tragweite, die Frage, ob zum Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag eine bestimmte Willensrichtung des Geschäftsführers hinzutreten müsse. Das gemeine Recht bezeichnete dieses Erfordernis als den *Animus negotia aliena gerendi*.

¹²⁾ Im letzteren Sinne vgl. insbesondere Riccobono, *La gestione degli affari e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Bd. 15, 1917, I. Teil, S. 369 ff.; Moser, S. 82 ff., erachtet schon für das klassische Recht den *Animus negotia aliena gerendi* nicht als notwendig. Gegen diese sogenannte objektive Theorie neuerdings Scaduto-Cascio, *Nuovo Digesto Italiano*, Bd. 6, S. 237, Art. „gestione d'affare altrui“, die mit Recht darauf hinweisen, dass die Weitergeltung des römischen als gemeines Recht nicht dazu beigetragen hat, das klassische Recht unvoreingenommen zu erforschen.

Nun besteht aber, was offenbar nicht immer bemerkt worden ist, schon darüber keine Übereinstimmung, was als Geschäftsführungswille zu betrachten ist. Soll damit der Wille des Geschäftsführers gemeint sein, eine fremde Sache zu führen, oder muss die Absicht hinzutreten, die fremde Angelegenheit in fremdem Interesse zu besorgen?

Wenn man den Geschäftsführungswillen im Sinne der erstern, weitem Auslegung als zum wesentlichen Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag gehörend betrachtet, so wird man nur eine sogenannte gutgläubige Geschäftsanmassung (wo der Geschäftsführer vermeint, eine eigene Angelegenheit zu besorgen) vom Begriffe der Geschäftsführung ohne Auftrag ausschliessen¹³⁾. Verlangt man jedoch den Willen des Geschäftsführers, eine fremde Sache in fremdem Interesse zu führen, so fällt die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nicht mehr unter die *Negotiorum gestio*¹⁴⁾.

Sieht man das Wesentliche der Geschäftsführung ohne Auftrag nur in dem objektiven Umstand, dass ein fremdes Geschäft geführt wird, wie dies neuerdings Moser¹⁵⁾ in längern theoretischen Ausführungen darzutun versucht, so fallen alle vorgenannten Tatbestände unter diesen Begriff. Diese letztere Auffassung tut aber wohl den Verhältnissen Zwang an und entspricht weder der geschichtlichen Entwicklung noch dem Inhalt der Normen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Mit dieser mehr terminologischen Auseinandersetzung wird vermischte die praktisch wichtigere Frage, wie weit es eines — irgendwie gearteten — Geschäftsführungswillens bedarf. Dies kann nicht a priori aus dem Begriffe selbst

¹³⁾ So beispielsweise Komm. Staudinger, 9. Auflage, N. 1 zu § 687; Planck, Komm., 4. Auflage zu § 687; Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 356.

¹⁴⁾ So Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, 1903, S. 47, für das BGB unter Berufung auf § 677, der von der Geschäftsführung „für einen andern“ spricht.

¹⁵⁾ S. 90 ff.

abgeleitet werden, sondern ist auf Grund der betreffenden positiven Rechtsordnung zu ermitteln.

Für das schweizerische Recht wird, wohl mit Recht, verlangt, dass bei der eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag die Absicht oder doch mindestens das Bewusstsein¹⁶⁾, eine fremde Angelegenheit zu führen, hinzutreten muss¹⁷⁾. Der dem Geschäftsführer durch das Gesetz auferlegten Pflicht, sich nach dem Vorteil und dem mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn zu richten (OR Art. 419), kann der Geschäftsführer nur dann nachkommen, wenn er sich bewusst ist, dass seine Tätigkeit fremde Angelegenheiten berührt. Nach einer anderen Auffassung¹⁸⁾ (die als gemässigte objektive Theorie bezeichnet wird) soll sich eine derartige subjektive Voraussetzung nur für die *Actio contraria*, nicht aber für den Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn rechtfertigen.

4. Die Regelung im schweizerischen Recht.

a) Die vorstehenden Ausführungen geben auch die Erklärung dafür, weshalb im schweizerischen OR die Geschäftsführung ohne Auftrag im Anschluss an die Regelung des Auftragsrechtes geordnet wird. Es muss vor allem auffallen, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer, welche nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz beruhen, im besonderen Teil des Obligationenrechtes, welches sonst die einzelnen typischen Vertragsverhältnisse ordnet, behandelt werden. Ihrer rechtlichen Natur nach müssten die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen Teil parallel den Abschnitten über unerlaubte Handlung und ungerichtfertigte Bereicherung zu finden sein. Diese richtige Konsequenz zieht, im Anschluss an den Entwurf zu einem

¹⁶⁾ Über den Unterschied vgl. Suter, S. 27 ff.

¹⁷⁾ Oser-Schönenberger, N. 8 zu Art. 419; Suter, S. 26/7; a.A. Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich, 1896, S. 39.

¹⁸⁾ Moser, S. 108.

einheitlichen französisch-italienischen Obligationenrecht (Art. 61—65)¹⁹⁾, der neue Codice civile italiano, der hintereinander die Geschäftsführung ohne Auftrag, dann die ungerechtfertigte Bereicherung und endlich die unerlaubten Handlungen ordnet (vgl. Art. 2028—2032). Durch diese Reihenfolge wird zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag den Obligationen aus Vertrag noch relativ am nächsten steht.

In der französischen Doktrin, wo die theoretische Natur der Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der im Code Civil niedergelegten, zwar überholten Auffassung eines Quasikontraktes besondere Schwierigkeiten machte, wird heute²⁰⁾ in richtiger Erkenntnis der Rechtsnatur das Institut unter dem Oberbegriff der „sources extracontractuelles diverses“ zusammen mit der „responsabilité civile“ behandelt.

Mag diese systematische Ordnung von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus richtig und unanfechtbar sein, so kann man sich fragen, ob nicht unter einem praktischen Gesichtspunkt und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Folgen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag die Ordnung im Anschluss an die Auftragsregeln vorzuziehen ist. Abgesehen von der gleichen Interessenlage, kann doch darauf hingewiesen werden, dass Rechte und Pflichten des Geschäftsführers weitgehend denen eines Mandataren entsprechen und dass bei nachträglicher Genehmigung des Geschäftes durch den Dominus geradezu die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung kommen (vgl. Art. 424)²¹⁾.

Diese Erwägungen können jedoch nur für die echte Geschäftsführung ohne Auftrag gelten. Die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers ist ihrem Wesen

¹⁹⁾ Vgl. Siegwart, *Gestione di affari senza mandato...* nel Progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni, in „Annuario di diritto comparato e di studi legislativi“, 1930, Bd. IV/V, Teil 1, S. 225.

²⁰⁾ Z. B. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire*, Bd. II, 1943.

²¹⁾ Siegwart, S. 223.

nach etwas anderes; die Gleichstellung ist, wie oben gezeigt, ausschliesslich auf historische Gründe zurückzuführen. Der Anspruch auf Herausgabe der Vorteile bei unerlaubter Geschäftsführung beruht auf einem selbständigen Rechtssatze und weist mit einem Vertrage keinerlei Ähnlichkeit auf.

b) Wenn man sich vorerst fragt, ob das positive schweizerische Recht einen derartigen Anspruch überhaupt kennt, so ist dies unter Hinweis auf Art. 423 OR zu bejahen. Diese Bestimmung umfasst aber, wie heute allgemein anerkannt ist, nicht nur die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern auch die echte, sofern sie wohl im Interesse des Geschäftsherrn lag, aber nicht geradezu geboten war²²⁾. Das Marginale „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers“ sowie der Wortlaut der Bestimmung weisen jedoch darauf hin, dass in erster Linie an die eigennützige Geschäftsführung gedacht ist: „Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde“, treten gewisse Rechtswirkungen auf. Der Widerspruch zwischen dem Marginalen von Art. 423 und dem Text von Art. 419, der von Geschäftsbesorgung für einen andern spricht, löst sich ohne weiteres durch einen Hinweis auf den französischen Wortlaut von Art. 419, wo der neutrale Ausdruck „affaires d'autrui“ zu finden ist²³⁾.

Das deutsche Recht ist in dieser Beziehung bedeutend klarer. In § 687 Abs. 2 BGB wird nämlich bestimmt: „Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als ein eigenes, obwohl er weiss, dass er dazu nicht berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die Ansprüche, die sich aus §§ . . . (über die echte Geschäftsführung ohne Auftrag) ergeben, geltend machen“.

Wiederum ist es nur geschichtlich zu erklären, dass im Obligationenrecht dieselbe Bestimmung zwei durchaus ver-

²²⁾ Vgl. oben S. 13.

²³⁾ Aeby, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1928, S. 31.

schiedene Rechtssätze enthält, welche miteinander nicht viel mehr als Aeusserlichkeiten gemeinsam haben. Wenn die fundamentale Bedeutung von Art. 423 Abs. 1, welcher den Grundsatz der Vorteilsherausgabe bei Führung fremder Geschäfte enthält, bis heute nicht richtig erkannt und in der Praxis kaum bekannt oder angewandt wurde, so ist dies nicht zuletzt auf die falsche systematische Stellung innerhalb des Gesetzes zurückzuführen²⁴⁾.

5. Die Terminologie.

Ohne zu dem Streit der Doktrin Stellung zu nehmen, ob die Führung der Geschäfte eines Anderen, jedoch im eigenen Interesse noch als Geschäftsführung im technischen Sinne zu betrachten sei, ist in bezug auf die Bezeichnung des Tatbestandes zu sagen, dass mit dem Ausdruck „unechte Geschäftsführung ohne Auftrag“ nicht nur nichts gewonnen, sondern lediglich Unklarheit geschaffen wird. Mit dem Ausdruck „Geschäftsführung“ verbindet sich doch die Vorstellung einer Besorgung fremder Angelegenheiten in uneigennützigem oder doch zum mindesten nicht im eigennützigem Interesse. Worin die „Unechtheit“ besteht, ergibt sich nicht ohne weiteres. Es ist deshalb der von Reichel²⁵⁾ vorgeschlagene Ausdruck „Geschäftsanmassung“ weit treffender, weil er einmal das Moment der Usurpation und zum andern den wesentlichen Gegensatz zur eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ausdruck bringt. Moser verwendet die Bezeichnung „eigennützige Geschäftsführung“²⁶⁾; hiebei kommt nicht zur Geltung, dass es sich um eine Führung fremder Geschäfte handelt.

²⁴⁾ So auch Wolf, Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten, ZSR, neue Folge, Bd. 46, S. 315, Anm. 29. von Tuhr-Siegwart, Allgem. Teil des schweiz. Obligationenrechtes, 2. Auflage, S. 435.

²⁵⁾ Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht, SJZ 1929/30, Bd. 26, S. 199.

²⁶⁾ Unter Ablehnung der Bezeichnung „Geschäftsanmassung“, S. 103.

6. Die Bedeutung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die rechtspolitische Bedeutung der vom Gesetze vorgesehenen Folgen einer Geschäftsanmassung liegen auf der Hand.

Ausgehend von dem schon im römischen Recht massgebenden Gedanken, dass derjenige, welcher eine fremde Angelegenheit in eigennütziger Weise führte, nicht besser gestellt sein soll als derjenige, welcher im Interesse des Andern handelte, soll durch die Anerkennung eines Herausgabeanspruches des Geschäftsherrn vermieden werden, dass der Geschäftsführer aus der widerrechtlichen Geschäftsbesorgung einen Vorteil behalten kann. Mit andern dem Geschäftsherrn zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen kann dieser Erfolg nicht immer erreicht werden. Die Schadenersatzklage setzt, abgesehen von der ungünstigen Beweislastverteilung, einmal ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, welches bei gutgläubiger Geschäftsführung regelmässig fehlt; wichtiger noch aber ist, dass dem Vorteil des Geschäftsführers oft gar kein Schaden des Geschäftsherrn entspricht. Ein Bereicherungsanspruch wird in allen Fällen, wo eine Vermögensverschiebung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in dasjenige des Geschäftsführers nicht erfolgt ist, nicht entstehen. Hier tritt nun der Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe der erlangten Vorteile in die Lücke und beseitigt dadurch das für das Rechtsempfinden stossende Ergebnis, dass der Geschäftsführer den durch die „widerrechtliche“ Handlung erlangten Vorteil nicht herauszugeben hat.

Von praktischer Bedeutung ist der Gewinnherausgabeanspruch vor allem bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten, wobei sich häufig ergab, dass der Täter durch sein widerrechtliches Handeln einen sehr hohen Gewinn erzielte, den der Verletzte selbst vielleicht nicht hätte erzielen können, weil ihm die erforderlichen Mittel und industriellen Anlagen fehlten. Wie weit allerdings dieser Ge-

winnherausgabeanspruch bei Verletzung einzelner Rechtsgüter auf Art. 423 begründet werden kann, ist nicht abgeklärt. Unklar ist vor allem auch das Verhältnis zu den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und dem Urheber- und Wettbewerbsrecht. Ob insbesondere nach ausdrücklicher Ablehnung eines Gewinnherausgabeanspruches im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943²⁷⁾ aus Art. 423 ein solcher hergeleitet werden kann, ist fraglich²⁸⁾.

Da das Thema der vorliegenden Arbeit auf die Frage beschränkt ist, ob in der Entgegennahme einer für einen Anderen bestimmten Leistung eine Geschäftsanmassung gesehen werden kann, ist auf das Problem des Gewinnherausgabeanspruches, welches zweifellos von grosser praktischer Tragweite ist, nicht weiter einzutreten.

IV. Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag im einzelnen.

Nachdem im Vorstehenden auf den Begriff, die systematische Stellung und die Bedeutung der Geschäftsanmassung hingewiesen worden ist, sollen nunmehr deren einzelne Elemente, immer unter Hinblick auf den vom Bundesgericht entschiedenen Fall, untersucht werden.

1. Die Besorgung eines „Geschäftes“.

a) Wie über die Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen, so ist auch über die Bedeutung des Wortes „Geschäft“ viel und weitläufig geschrieben worden²⁹⁾. Einmütigkeit besteht heute sowohl in der schweizerischen wie in der ausländischen Literatur³⁰⁾ immerhin darüber,

²⁷⁾ BBl. 1943, S. 881; im Unterschied zu Art. 3 des Entwurfes des BR (BBl. 1942, S. 718). Vgl. Sten. Bull. StR 1943, S. 55 ff., NR 1943, S. 140 ff.

²⁸⁾ Vgl. hierzu Moser, S. 267 ff.

²⁹⁾ Vgl. in jüngster Zeit Moser, S. 119 ff., mit umfangreichen weiteren Literaturangaben.

³⁰⁾ In Frankreich bereitete dies gewisse Schwierigkeiten, weil eine „représentation“, mit welcher auch die Gestion d'affaire in

dass hierunter nicht ein Rechtsgeschäft im technischen Sinne oder die Vornahme einer Rechtshandlung zu verstehen ist. Dies würde nicht nur dem Sprachgebrauch, sondern (für das schweizerische Recht) auch dem französischen und italienischen Text des Gesetzes widersprechen, die nur die Besorgung von „affaires“, „affari“ erwähnen³¹⁾. Sachlich liesse sich eine derartig einschränkende Auslegung auch deshalb nicht rechtfertigen, weil das Geschäftsführungsrecht nur das Innenverhältnis, nicht aber das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und dem Dritten zum Gegenstand hat.

Ferner nehmen Literatur und Rechtsprechung³²⁾, wie ich sehe, stillschweigend an, dass der Begriff für die echte und die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag derselbe sei.

Für die Auslegung des Begriffes gibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Das Bundesgericht hat, der vorherrschenden Meinung in der Doktrin folgend, anlässlich der Beurteilung eines Falles von Geschäftsanmassung erklärt³³⁾, dass der Begriff „gestione“ weit auszulegen sei. Darunter können also auch Geschäfte rein tatsächlicher, rechtlich indifferenter Natur fallen. Ebenso ist unerheblich, ob die Tätigkeit vermögensrechtliche Belange beschlägt. Es wird auch etwa betont, dass jede Tätigkeit, welche Gegenstand eines Auftrages sein kann, auch den Inhalt einer Geschäftsführung ohne Auftrag bilden kann³⁴⁾. Hiegegen bringt Moser³⁵⁾ insoweit einen berechtigten Vorbehalt an, dass Handlungen, welche einer ausdrücklichen Ermächtigung bedürfen (z. B. Prozesshandlungen), von der Geschäfts-

Beziehung gebracht wurde, nur für „actes juridiques“ möglich ist (vgl. Maruitte, La notion juridique de gestion d'affaires, Diss. Caen, 1930, S. 85 ff.).

³¹⁾ Vgl. BGE 68 II, S. 34.

³²⁾ So auch Oser-Schönenberger, N. 3 zu Art. 419, und eingehend Moser, S. 120 ff., Suter, S. 7 ff.

³³⁾ BGE 51 II, 583.

³⁴⁾ Fick, N. 1 zu Art. 419; Martin, Code des Obligations, S. 286.

³⁵⁾ S. 120.

führung ohne Auftrag ausgeschlossen sind. Auf der anderen Seite kann, anders als beim Auftrag, wo Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR anzunehmen wäre, das Geschäft unter Umständen auch in einer widerrechtlichen Handlung bestehen³⁶); dies zumindest bei der Geschäftsanmassung, da hier das Gesetz dem Geschäftsherrn die Mittel in die Hand geben will, sich die Vorteile anzueignen, die der Geschäftsführer durch seine Einmischung erlangt hat³⁷). Moser³⁸) präzisiert dies dahin, dass eine rechtswirksame Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen werden könne, wenn sich die Rechtswidrigkeit ausschliesslich auf die subjektive Rechtssphäre des Geschäftsherrn bezieht. Ausgeschlossen ist sie also dann, wenn die Handlung, durch den Geschäftsherrn vorgenommen, ebenfalls rechtswidrig wäre.

Als Beispiele einer Geschäftsanmassung sind aus der Gerichtspraxis etwa zu nennen, die rechtswidrige Benützung eines Patentes (BGE 49 II. 519), die vertragswidrige Veräusserung von Pfändern durch den Pfandgläubiger (BGE 51 II. 582).

b) Bei dieser Sachlage kann wohl auch in der Entgegennahme einer Leistung, die für einen Dritten bestimmt ist, eine Geschäftsbesorgung gesehen werden. Immerhin erscheint die Frage doch nicht als „unzweifelhaft“, wie das vom Bundesgericht (S. 34) in unserem Urteil behauptet wird³⁹).

Es liegt im Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag, dass die Geschäftsbesorgung niemals in einer blossen Unterlassung bestehen kann; denn eine solche kann nicht in die

³⁶) A. A.: Oser-Schönenberger N. 6 zu Art. 419; Brückmann, S. 18; für das franz. Recht vgl. Maruitte, S. 90.

³⁷) Suter, S. 13.

³⁸) S. 135.

³⁹) Fälle ähnlich demjenigen, der hier zur Entscheidung stand, werden allerdings nicht häufig sein. Meist muss dem Empfänger bekannt sein, dass die Leistung für einen anderen bestimmt ist. Er kann sich hierüber nur im Irrtum befinden, wenn er (z. B. wegen besonderer Lagerung der Umstände) annehmen darf, die Zahlung werde an ihn und nicht an den Dritten geleistet.

Interessensphäre eines Dritten eingreifen. Die Entgegennahme einer Leistung braucht nun zwar nicht in jedem Falle in einem eigentlichen Handeln zu bestehen. Gerade beim Erbringen einer Geldleistung mittels Anweisung (z. B. durch Einzahlung auf das Bank- oder Postcheckkonto des Gläubigers) könnten sich Zweifel ergeben, ob eine Geschäftsbesorgung überhaupt vorliegt. Bei Barzahlung oder, allgemeiner, in denjenigen Fällen, wo die Erfüllung durch Tradition zu erfolgen hat, ist nicht zweifelhaft, dass das Erfordernis eines positiven Tuns des Leistungsempfängers erfüllt ist.

Zwischen diesen beiden genannten Zahlungsarten einen Unterschied zu machen, scheint nun aber nicht gerechtfertigt. Schliesslich kann, wenn man streng an einem Tätigwerden des Geschäftsführers festhalten will, dieses auch in der Eröffnung eines Postcheckkontos gesehen werden, worin nach unserer Verkehrsauffassung eine generelle Zustimmung des Gläubigers zur Erfüllung mittels Einzahlung oder Ueberweisung auf Postcheckkonto zu erblicken ist⁴⁰⁾. Auf keinen Fall kann die Entscheidung davon abhängen, ob man in der Erfüllung einen Vertrag, ein Rechtsgeschäft oder einen blossen Realakt erblicken will⁴¹⁾.

Niemand wird übrigens bezweifeln, dass derjenige als echter Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, der, ohne hiezu beauftragt oder intern ermächtigt zu sein, für einen abwesenden Dritten z. B. für eine Leistung quittiert oder eine Zahlung für jenen entgegennimmt. Die Eigenart dieses Tatbestandes liegt lediglich darin, dass hier nicht der Anspruch des Geschäftsführers auf Ersatz seiner — meist unbedeutenden — Aufwendungen, sondern das Recht des Geschäftsherrn, die in Empfang genommenen Leistungen herauszuverlangen, im Vordergrund steht.

Die Erörterungen mögen zeigen, dass an das Erfordernis einer Geschäftsbesorgung keine allzu strengen An-

⁴⁰⁾ von Tuhr-Siegwart, S. 439.

⁴¹⁾ Vgl. zu dieser bestrittenen Frage Oser-Schönenberger, N. 8, Vorbemerkung zu Art. 68—96; von Tuhr-Siegwart, S. 440.

forderungen gestellt werden dürfen. Betrachtet man übrigens den Tatbestand unter dem Gesichtspunkt, dass Gegenstand einer Geschäftsführung ohne Auftrag jede Besorgung sein kann, welche Inhalt eines Auftrages ist, so ergeben sich überhaupt keine Bedenken. Endlich kann man sagen, dass es auch unbillig wäre, wenn der Geschäftsführer die Zahlung nur deshalb auf seine Forderung anrechnen dürfte, weil wegen eines Irrtums die Leistung an ihn gegangen ist.

Der Umstand, dass im vorliegenden Falle die Leistung des Schuldners durch Einzahlung im Clearingverkehr erfolgte, ist auf die hier zu entscheidende, rein privatrechtliche Frage ohne Einfluss. Wohl erhält der Zahlungsempfänger mit der Einzahlung durch den Schuldner bei der Verrechnungsstelle seines Landes einen selbständigen öffentlich-rechtlichen Auszahlungsanspruch⁴²⁾. Dieser ist aber mit demselben innern Mangel behaftet wie das vom Schuldner vorgenommene Erfüllungsgeschäft. Es kann deshalb in der vorliegenden Untersuchung die Sache so angesehen werden, wie wenn der Schuldner direkt durch Anweisung an den Gläubiger geleistet hätte.

2. Das fremde Geschäft.

a) Noch grössere Schwierigkeiten als die Abgrenzung des Begriffs „Geschäft“ macht der Doktrin die Umschreibung des fremden Geschäftes⁴³⁾. Obwohl auch für die echte Geschäftsführung ohne Auftrag von Bedeutung (dann nämlich, wenn der Geschäftsführer sich seiner Haf-

⁴²⁾ BGE 63 II, 310.

⁴³⁾ Vgl. die ausführliche Darstellung der Theorien und Lösungsversuche bei Moser, S. 137 ff.; Kreis, OR 423: Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers, Diss. Basel 1928 (S. 36), hält sogar dafür, dass der Begriff als ein schwankender, noch unabgeklärter sich überhaupt nicht endgültig umschreiben lasse. Hagenbüchli (S. 38) möchte die Entscheidung der richterlichen Würdigung der Umstände im Einzelfalle überlassen. Damit ist jedoch nichts gewonnen, denn auch der Richter muss seine Entscheidung nach einem allgemeinen Prinzip fällen können.

tung zu entziehen trachtet, ohne seinen Ersatzanspruch geltend zu machen), bildet die Bestimmung der Fremdheit des Geschäftes das zentrale Problem der Geschäftsanmassung. Nur wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft besorgt, ist er zur Herausgabe des hiebei erzielten Vorteils verpflichtet.

Auf der andern Seite fällt bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag sowohl das schwierige Problem, wann aus dem Tätigwerden des Geschäftsführers diesem ein Anspruch auf Auslagenersatz zustehen soll, wie auch die Entscheidung der gemäss Artikel 422 OR notwendigen Fragen, ob das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn geboten war, hinweg. Der Geschäftsherr wird, wenn er seinen Anspruch auf Herausgabe der Vorteile geltend macht, selbst entscheiden können, ob die Handlung des Geschäftsführers für ihn einen Vorteil brachte. Vorausgeschickt sei ferner noch, dass die Umschreibung der Fremdheit hier wohl nicht genau die nämliche sein kann wie bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag, weil die Interessenverteilung anders gelagert ist.

Sachlich ergibt sich zum vorneherein eine wesentliche Einschränkung: Nur die sogenannt objektiv fremden Geschäfte können Gegenstand einer Geschäftsanmassung sein. Dies versteht sich von selbst, wenn man bedenkt, dass bei den subjektiv fremden Geschäften erst der Wille des Handelnden (*contemplatio*) die Angelegenheit zu einer fremden macht. Wenn der Geschäftsführer jedoch im eigenen Interesse tätig zu werden beabsichtigt, so besteht für ihn auch niemals der Wille, ein noch gar nicht in den Rechtskreis des Geschäftsherrn fallendes Geschäft dahin einzureihen. Nur in einer Zuordnung, die sich aus objektiven, vom Willen des Geschäftsführers unabhängigen Momenten oder Beziehungen ergibt, kann die Fremdheit der Sache bestehen⁴⁴).

Festzuhalten ist ferner noch, dass nur solche Geschäfte unter die *Negotiorum gestio* fallen können, welche auch vom

⁴⁴) Moser, S. 139; Suter, S. 118; Leonhard, Bes. Schuldrecht des BGB, 1931, S. 430; Janssen, S. 29.

Geschäftsherrn selbst oder einem von diesem bestellten Vertreter ausgeführt werden könnten⁴⁵⁾. Auch die unerlaubte Einwirkung auf das Eigentum eines Nachbarn (Art. 684 ZGB) ist z. B. ein Eingriff in eine fremde Interessensphäre. Niemand wird aber hier von einer Geschäftsführung ohne Auftrag reden; denn es fehlt die obenerwähnte typische Voraussetzung.

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden die Zuordnung des Geschäftes zum Geschäftsherrn dann als gegeben erachtet, wenn der Handelnde Geschäfte im eigenen Interesse abschliesst, die er ohne Verletzung der Rechte eines Anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch deren Abschluss in fremde Rechte und fremdes Vermögen eingegriffen hat (so z. B. beinahe gleichlautend BGE 47 II 197; 51 II 583; 68 II 36). In BGE 45 II 207 wird das Wesen der Fremdheit des Geschäftes, noch etwas weitergehend, darin gesehen, dass die Handlung eine Einmischung in fremden Interessenkreis darstelle⁴⁶⁾.

In Übereinstimmung mit dem obersten Gericht spricht Oser-Schönenberger, Note 8 zu Art. 419, von „Zugehörigkeit zum Interessenkreis“, Guhl (S. 305) von „Einmischung in die Rechtssphäre eines Andern“⁴⁷⁾. Demgegenüber legt Moser (S. 152) mehr Gewicht auf den Umstand, dass der Geschäftsherr selbst ausschliesslich in der Lage sein müsste, die Handlung des Geschäftsführers vorzunehmen. Demzufolge liege eine Anmassung eines fremden Geschäftes dann vor, wenn der Geschäftsherr sich kraft eines absoluten oder relativen Rechtes gegenüber dem Verletzer als der subjektiv besser Berechtigte zur Vornahme des betreffenden Geschäftes erweise. Diese letztere Auffassung kann wohl für die Geschäftsanmassung, nicht aber auch

⁴⁵⁾ Bermann, S. 13.

⁴⁶⁾ Aehnlich auch das Reichsgericht (RGE 97, 65): „Geschäftsbesorgung ist eine selbständige Tätigkeit, die im Interesse eines anderen, die innerhalb einer fremden wirtschaftlichen Interessensphäre vorgenommen wird.“

⁴⁷⁾ Aehnlich auch Wolf, S. 315.

für eine uneigennützigte Geschäftsführung ohne Auftrag richtig sein; hier ist es sehr wohl möglich, dass der Geschäftsführer durch seine Handlung nicht in ein Recht des Geschäftsherrn eingreift.

Es fällt auf, dass die von Literatur und Gerichten gebrauchte Umschreibung „Rechts- und Interessensphäre“ der juristischen Bestimmtheit ermangelt. Es wird denn auch versucht, das Erfordernis dahingehend zu präzisieren, dass unbeauftragte Besorgung eines fremden Geschäftes nur vorliege, wenn „eigenmächtig — an und für sich rechtswidrig — in die Rechte eines Dritten“ eingegriffen werde⁴⁸⁾. Es ergibt sich jedoch, dass eine eindeutige, durch juristische Kriterien bestimmte Abgrenzung des „fremden Geschäftes“ wegen der grossen Mannigfaltigkeit der Tatbestände nicht möglich ist. Wenn z. B. jemand für einen Andern eine Handlung vornimmt, um den Ablauf einer rechtserheblichen Frist zu hemmen, so ist nicht einzusehen, worin die Rechtswidrigkeit liegen soll. Heck⁴⁹⁾ kommt deshalb zum Schluss, dass als unechte Geschäftsführung Tatbestände zu bezeichnen sind, bei denen auf die Interessen eines Dritten objektiv eingewirkt wird, aber die Absicht fehlt, sie zu fördern.

Wenn man die vom Bundesgericht zu beurteilenden Fälle durchgeht und sie auf das obengenannte Kriterium der Fremdheit untersucht, so wird man bei BGE 47 II 198 feststellen müssen, dass es an dieser Fremdheit gebrach: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Verpächter, indem er einen neuen Pachtvertrag mit höherem Pachtzins abschloss, die Rechte des frühern Pächters verletzt haben soll, nachdem das zwischen diesen bestehende Pachtverhältnis als aufgehoben betrachtet wurde und sogar ein Schiedsgericht dem Pächter Ersatz für den ihm aus der Vertragsaufhebung entstandenen unmittelbaren Schaden zugesprochen hatte. Es wurde hier versucht, über den Umweg der Konstruktion einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag die ungenügende Schadensausgleichung an den Pächter

⁴⁸⁾ Aebi, S. 41; Wolf, S. 314, N. 31.

⁴⁹⁾ S. 356.

nachzuholen. Das Urteil des Bundesgerichtes bedeutete im Ergebnis eine Durchbrechung des Prinzipes der materiellen Rechtskraft des Schiedsgerichtsurteils, eine Versuchung, die ebensowohl bei Anwendung der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung wie bei derjenigen über die Geschäftsführung ohne Auftrag besteht⁵⁰⁾.

Ob dagegen das Bundesgericht die Anwendung der Geschäftsführungsgrundsätze bei unerlaubter Untermiete mit Recht abgelehnt hat (BGE 39 II 707), ist fraglich. Wohl kann man sagen, dass der Vermieter während der Mietdauer über die Sache nicht verfügen kann, der Untermieter also mit der Weitervermietung kein fremdes Geschäft führe. Da aber diese eine nachteilige Veränderung der Mietsache mit sich brachte, war dadurch zweifelsohne die Interessensphäre des Vermieters beeinträchtigt. Es erschiene deshalb als billig, wenn der Vermieter die durch den Mieter aus der unberechtigten Untermiete erzielten Vorteile herausverlangen könnte.

b) Erfüllt die Annahme einer für einen Dritten bestimmten Leistung das soeben umschriebene Erfordernis des Eingriffs in eine fremde Interessen- oder Rechtssphäre?

Leistet der Schuldner an jemanden, der sich für den Gläubiger ausgibt oder den er für den Gläubiger hält, so ist die Leistung grundsätzlich unwirksam; es liegt keine Erfüllung vor. Sofern nicht eine Spezies-Schuld zu erfüllen ist, muss trotz der Leistung an den Unberechtigten die Leistung an den Gläubiger wiederholt werden⁵¹⁾. Wenn deshalb ein Dritter unbefugterweise, d. h. ohne Ermächtigung des Gläubigers, die Leistung in Empfang genommen hat, so ist die Forderung nicht untergegangen; es liegt demzufolge darin kein Eingriff in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn. Wohl aber kann hierdurch eine Beeinträchtigung der Interessen des Geschäftsherrn eintreten, wenn die Leistung ihrer Natur nach nur einmal erbracht werden kann oder wenn die Leistungsfähigkeit des Schuldners

⁵⁰⁾ So auch Wolf, S. 315, N. 31; Kreis, S. 40.

⁵¹⁾ von Tuhr-Siegwart, S. 458.

durch die einmalige Zahlung an den unrichtigen „Gläubiger“ erschöpft ist oder dieser nach der ersten Leistung zahlungsunfähig wird. Es liegt auf der Hand, dass hierbei zwar nicht ein subjektives Recht des Geschäftsherrn, wohl aber eine „Anwartschaft“ von erheblichem wirtschaftlichem Wert beeinträchtigt wird. Unbedenklich kann deshalb die Entgegennahme einer für einen Dritten bestimmten Leistung, auch wenn dadurch keine Erfüllung bewirkt wird, als fremdes Geschäft behandelt werden.

Der vorliegende Tatbestand entspricht nun genau dieser Annahme: Die Zahlung ist unbestrittenermassen irrtümlich an den Beklagten geleistet worden; sie sollte, wie sich aus objektiven Umständen ergibt, nicht zur Befriedigung des Landwirtschaftlichen Vereins (Beklagter) dienen, sondern die Kaufpreisschuld gegenüber dem Verkäufer W. tilgen. Die Verpflichtung des Schuldners ist deshalb durch die Zahlung nicht untergegangen; gleichwohl liegt in der Entgegennahme der Zahlung durch den Beklagten eine Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers (Klägers), da der Schuldner in der Zwischenzeit in Konkurs gefallen ist.

Das Bundesgericht stellte demgegenüber fest, es liege kein objektiv fremdes Geschäft vor. Zur Begründung wird ausgeführt, der Empfänger der Leistung, der Landwirtschaftliche Verein, habe zum mindesten im Zeitpunkt, wo er die an ihn adressierte Ueberweisung entgegennahm (was näher ausgeführt wird), nicht ersehen können, dass es sich hierbei im Grunde um eine für den Verkäufer W. bestimmte Zahlung handelte. Das oberste Gericht übersieht aber bei seinen Erörterungen darüber, ob ein fremdes Geschäft vorliege, vollständig, dass es in Wirklichkeit nicht diese Frage untersucht, sondern die andere, ob der Empfänger der Überzeugung von dem Vorliegen eines fremden Geschäftes Kenntnis gehabt hat. Für das hier zu entscheidende Problem, ob es sich objektiv um eine Führung fremder Geschäfte in eigenem Interesse handelte, ist der bezügliche Willensinhalt des Geschäftsführers völlig unerheblich. Es liegt in jedem Falle ein *Negotium re ipsa alienum* vor.

Ganz verfehlt ist deshalb die weitere Fragestellung des Bundesgerichtes, ob vielleicht ein subjektiv fremdes Geschäft anzunehmen sei. Wenn man sich bewusst geworden wäre, dass überhaupt nur eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage kam — aus dem Urteil ergibt sich nirgends, ob das ernstlich der Fall gewesen ist —, hätte man die Unmöglichkeit dieser Annahme ohne weiteres einsehen müssen. Nicht die Frage, ob ein subjektiv fremdes Geschäft vorliegt, wurde in dieser Urteilerwägung angeschnitten, sondern die hievon gänzlich verschiedene, ob unter Umständen eine echte Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen sei. Das Gericht bemerkt hiezu mit Recht, es sei nicht dargetan, ja sogar unwahrscheinlich, dass der Landwirtschaftliche Verein die an ihn adressierte Zahlung im Zeitpunkt ihrer Entgegennahme irgendwie mit dem Verkäufer W. in Beziehung gebracht hätte. Diese Feststellung bedeutet, dass eine echte Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen war, denn bei dieser ist der Willensmoment unzweifelhaft zu beachten.

Als bisheriges Ergebnis ist deshalb, entgegen den Ausführungen in der Urteilsbegründung, festzuhalten, dass der Beklagte ein objektiv fremdes Geschäft geführt hat.

3. Ein auftragsloses Geschäft⁵²⁾.

a) Weiteres begriffsnotwendiges Merkmal der Geschäftsführung ohne Auftrag ist das Fehlen eines die Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn ordnenden Rechtsverhältnisses. Dies trifft sowohl für die echte wie für die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zu. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, das sich hier an die im Volksmund übliche Verwendung des Wortes „Auftrag“ hält, schliesst nicht nur eine vertragliche Verpflichtung des Geschäftsführers, sondern jedes irgendwie gear- tete Rechtsverhältnis, aus dem sich eine Berechtigung zum

⁵²⁾ Vgl. Moser, S. 170 ff.; Suter, S. 18 ff.

Handeln ableiten lässt, eine Geschäftsführung „ohne Auftrag“ aus⁵³⁾.

Was insbesondere die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag anbetrifft, so ist eine solche immer dann anzunehmen, wenn keine (interne) Berechtigung zur Besorgung bestand. Fraglich kann sein, ob diese Berechtigung aus dem innern Zusammenhang mit einem noch bestehenden oder dahingefallenen Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann. Dies hängt, wie Oser-Schönenberger⁵⁴⁾ richtig bemerkt, davon ab, ob nach Sinn und Zweck dieses Rechtsverhältnisses an eine Überschreitung gedacht werden konnte. Davon wird, insbesondere bei der Geschäftsanmassung, keine Rede sein können⁵⁵⁾. Wenn z. B. der Geschäftsführer entgegen einer vertraglichen Abmachung von den ihm zur Verfügung gestellten Mustern und Zeichnungen in eigenem Interesse Gebrauch macht (BGE 45 II 207), also eine typische Vertragsverletzung begeht, schliesst dies die Annahme einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag keineswegs aus.

b) Von diesem für die Geschäftsführung allein massgebenden Innenverhältnis ist, ebenso wie im Auftragsrecht die Vollmacht vom Auftrag, streng zu scheiden das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und dem Dritten⁵⁶⁾. Nach aussen kann der Geschäftsführer ohne Auftrag in eigenem Namen⁵⁷⁾ wie auch als Vertreter des Geschäftsherrn auftreten⁵⁸⁾. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Geschäftsführer zur Vertretung ermächtigt ist, das Innenverhältnis

⁵³⁾ Vgl. Oser-Schönenberger, N. 16 zu Art. 419 und dortige Zitate.

⁵⁴⁾ N. 21 zu Art. 419.

⁵⁵⁾ Vgl. Moser, S. 171.

⁵⁶⁾ Vgl. Reichel, S. 198, in Erwiderung auf einen Aufsatz von Bader in SJZ 26, S. 167, über das Verhältnis von Negotiorum gestor zum Falsus procurator.

⁵⁷⁾ Vgl. die abweichenden Ansichten bei Oser-Schönenberger, N. 8 zu Art. 419.

⁵⁸⁾ Über die Verhältnisse bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag vgl. Bermann, S. 106 ff.

jedoch erloschen ist oder wenn der Geschäftsführer entgegen einer internen Beschränkung der Vertretungsbefugnis handelt.

Handelt der Geschäftsführer nach aussen als Stellvertreter ohne Vollmacht, so ist andererseits nicht in allen Fällen eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen. Es ist auch möglich, dass der ohne Vertretungsmacht handelnde „Vertreter“ in Ausführung eines (keine Vollmacht enthaltenden) Auftrages kontrahiert⁵⁹⁾. Besorgt jedoch der Geschäftsführer (als *Falsus procurator* oder als indirekter Stellvertreter) das fremde Geschäft in eigenem Interesse, so wird es immer an der eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausschliessenden Grundbeziehung gebrechen. Als Beispiel hierfür sei auf BGE 26 II 39 verwiesen, wo ein Verkaufskommissionär nach unzulässiger Ausübung des Selbsteintrittsrechtes die zum Verkaufe erhaltenen Wertpapiere mit Gewinn weiterveräusserte. Da ein gültiger Eigentumserwerb durch den Kommissionär nicht habe stattfinden können, habe dieser eine fremde Sache verkauft und sei deshalb zur Herausgabe des hierbei erzielten Gewinnes an den Kommittenten verpflichtet.

Wenn der Geschäftsführer eine Angelegenheit in der Meinung besorgt, es sei seine eigene, während es in Wirklichkeit diejenige eines Dritten ist, kann der Natur der Sache nach von einem Stellvertretungsverhältnis nicht die Rede sein.

Ob der Schuldner durch die Entgegennahme der Leistung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag befreit wird, ist nicht eine Frage des Geschäftsführungsrechtes, sondern beurteilt sich nach den Regeln über die Stellvertretung. Sofern nicht der Geschäftsführer durch Vollmacht zur Entgegennahme der Leistung legitimiert ist oder sich die Befugnis, an einen Dritten zu leisten, aus dem Schuld-

⁵⁹⁾ So richtig von Tuhr-Siegwart, S. 342, während Guhl, Das schweiz. Obligationenrecht, 3. Auflage 1944, S. 118, in allen Fällen vollmachtloser Stellvertretung unechte Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen scheint. (So auch Suter, S. 24.)

verhältnis ergibt, liegt keine gültige Erfüllung vor. Der Schuldner handelt, wenn er gleichwohl an den Dritten leistet, auf eigene Gefahr. Besteht jedoch nicht eine höchstpersönliche Leistungspflicht, so ist die Erfüllung eingetreten, wenn der Geschäftsführer die in Empfang genommene Leistung an den Geschäftsherrn weitergeleitet hat oder der Gläubiger nachträglich die Leistung genehmigt.

In einem besonderen Falle wird der Schuldner auch durch Leistung an den Unrichtigen befreit; nämlich dann, wenn er, bevor ihm die Abtretung einer Forderung angezeigt ist, in gutem Glauben an den Zedenten leistet (Art. 167 OR). Hier kann man die Entgegennahme der Zahlung durch den Zedenten, der nicht mehr Gläubiger ist, als Geschäftsführung ohne Auftrag auffassen. Der Anspruch des Zessionars auf Herausgabe der Leistung lässt sich allerdings, wenn nicht die Haftung für den Bestand der Forderung ausgeschlossen worden ist, auch aus der Gewährleistungspflicht des Zedenten gemäss Art. 171 OR herleiten, nicht aber der Anspruch des Zedenten auf Ersatz allfälliger bei Entgegennahme der Leistung notwendig gewordener Aufwendungen.

Im Tatbestand, von dem unsere Untersuchung ausgeht, besteht kein Zweifel, dass der Beklagte ohne Auftrag und ohne Ermächtigung die Zahlung entgegengenommen hat. Noch viel weniger hatte er, nachdem er ein weiteres Tätigwerden für den Kläger abgelehnt hatte, eine Pflicht hiezu. Was das Verhältnis des Beklagten zum Schuldner anbetrifft, konnte jener in eigenem Namen handeln, da er durch die irrtümliche Gläubigerbezeichnung auf dem Einzahlungsdoppel legitimiert erschien.

4. Geschäftsführung in eigenem Interesse.

Dadurch, dass der Geschäftsführer die fremde Angelegenheit in eigenem Interesse führt, unterscheidet sich die Geschäftsanmassung von der echten Geschäftsführung ohne Auftrag. An Stelle des Willens, ein als fremdes erkanntes Geschäft auch als fremdes zu führen, tritt ein neues Merk-

mal, die Wahrung des eigenen Interesses. Wann das Geschäft zum eigenen Vorteil besorgt wird, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Dies wird immer dann zutreffen, wenn durch das Handeln des Geschäftsführers dessen Vermögensverhältnisse eine irgendwie geartete Verbesserung erfahren.

In casu ist auch diese Voraussetzung erfüllt: Die Forderung des Beklagten hat sich um den Betrag der erhaltenen Leistung verringert; dass hierin im Vergleich zum Weiterbestehen der Forderung gegenüber dem italienischen Käufer eine Besserstellung liegt, gibt der Beklagte selbst zu, indem er die Herausgabe der Summe an den Kläger von seiner vollständigen Befriedigung durch den Schuldner F. abhängig machte. Nachdem nachher der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist, liegt dies auch klar zutage.

5. Der Geschäftsführungswille.

a) Es stellt sich endlich noch die Frage, ob der Geschäftsführer nur zur Herausgabe der Vorteile verhalten werden kann, wenn er wissentlich ein fremdes Geschäft geführt hat, wenn er also erkannte, dass seine Tätigkeit einen fremden Rechtskreis berühre. In diesem Falle kann man von einer böswilligen Geschäftsbesorgung⁶⁰⁾ oder einer Geschäftsanmassung im engern Sinne sprechen. Führte der Geschäftsführer dagegen unbewusst ein objektiv fremdes Geschäft, so wird dies wohl am richtigsten als unwissentliche Geschäftsanmassung bezeichnet.

Ob in dem zur Diskussion stehenden Urteil des Bundesgerichtes eine gut- oder bösgläubige Geschäftsführung vorliegt, ist nach der von den Vorinstanzen und vom Bundesgericht vorgenommenen Würdigung der tatsächlichen Umstände, deren Richtigkeit hier vorausgesetzt werden muss, nicht schwer zu erkennen. Nachdem festgestellt ist, dass der Beklagte aus dem Einzahlungsdoppel trotz der dort genannten für ihn unverständlichen Lieferungsdaten und

⁶⁰⁾ So Heck, S. 359.

der eigentümlich ungeraden Zahlungsbeträgen nicht erkennen konnte, dass es sich um Zahlungen an den Kläger handelte, kommt nur eine gutgläubige Geschäftsführung in Frage.

Der Ausgang des Prozesses muss deshalb davon abhängen, ob der Geschäftsherr auch dann Anspruch auf Herausgabe der Vorteile hat, wenn der Geschäftsführer glaubte, eine eigene Angelegenheit zu besorgen. Wenn dies bejaht wird, würde grundsätzlich nichts darauf ankommen, ob der Geschäftsführer sich in einem fahrlässigen Irrtum über den Leistungsempfänger befunden oder den Irrtum gar gekannt hat.

b) Das römische Recht scheint, nach der obenangeführten Stelle von Africanus (D. 3, 5, 48 [49]) zu schliessen, welche allerdings in neuerer Zeit als interpolationsverdächtig bezeichnet wurde⁶¹⁾, das Bewusstsein, eine fremde Angelegenheit zu besorgen, nicht verlangt, eine gutgläubige Geschäftsführung also anerkannt zu haben.

Das deutsche BGB hat, im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (§ 1342), welches noch eine gutgläubige Geschäftsführung anerkannte, durch eine ausdrückliche Bestimmung festgelegt, dass die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung finden, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, es sei ein eigenes (§ 687 Abs. 1). Von dieser positiven Norm ausgehend, steht heute die deutsche Doktrin und Praxis auf dem Standpunkt, der unwissentliche Eingriff in fremde Rechtssphären sei überhaupt keine Geschäftsbesorgung im Sinne des Gesetzes und der Begriffsbestimmung⁶²⁾; die Vorschrift von § 687 Abs. 1 sei eine selbstverständliche Konsequenz aus dem

⁶¹⁾ Vgl. die Angaben bei Moser, S. 84. Insbesondere Riccobono, S. 371, vertritt die Theorie, dass erst Justinian den gutgläubigen Geschäftsführer zur Herausgabe des Vorteils verpflichtet habe.

⁶²⁾ Z. B. Heck, S. 359.

Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag⁶³). Es kämen nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und wegen unerlaubter Handlung in Frage. Diese einhellige Stellungnahme der deutschen Doktrin ist ein sprechendes Beispiel dafür, wie sehr allgemeine Begriffe nicht aus dem Wesen der Sache abgeleitet, sondern auf Grund der geltenden positiven Rechtsordnung aufgestellt und umschrieben werden. Über die materielle Berechtigung von § 687 Abs. 1 wird kaum mehr ein Wort verloren.

In Frankreich konnte die Auffassung von Donellus („non ex consensu aut animo gerentis hic actio nascitur, sed ex negotio gesto“⁶⁴) nicht durchdringen. Der Code Civil (§ 1372—1375) betrachtet die Gestion d'affaire als „quasi-mandat“. Die Doktrin ist natürlich durch diese dem Gesetze zugrunde liegende Konstruktion, welche ein Willensmoment voraussetzt, ziemlich eingeengt. Allgemein wird denn auch der Wille, in fremden Vermögensbereich einzugreifen, als wesentliche Voraussetzung angesehen und dementsprechend gefolgert: „Si le gérant croit gérer sa propre affaire alors qu'il fait celle d'autrui il ne peut plus y avoir gestion d'affaires, parce que l'intention de gérer fait défaut“⁶⁵). Auch hier verfiel man dem Fehler, dass auf Grund der positiven Ordnung im Gesetz eine gegen- teilige Auffassung geradezu als unmöglich bezeichnet wurde, obwohl z. B. schon Donellus⁶⁶) richtig bemerkte: „negotiorum enim gestorum actio acquiritur omnibus qui negotium alienum re ipsa gesserunt, etiam si se gerere ignoraverint“. „On en a douté depuis longtemps, mais la question a été tranchée par la jurisprudence ainsi qu'elle

⁶³) Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, S. 706; Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des BGB, 11. Auflage, Bd. II, S. 547; Komm. Planck, 4. Auflage., N. 1 zu § 687.

⁶⁴) Zitiert bei Moser, S. 105.

⁶⁵) Planiol-Ripert, Traité élémentaire, 1943, Bd. II, Nr. 1214.

⁶⁶) Zitiert bei Moser, S. 106.

devait être“, schreibt Josserand⁶⁷⁾. Die Praxis scheint allerdings bestrebt zu sein, eine Angleichung an das römische Recht im Sinne vermehrter Billigkeit für den Geschäftsherrn zu erzielen⁶⁸⁾.

Bei dieser Sachlage muss es interessant sein, festzustellen, wie sich neuere Gesetzgeber zu dem Problem stellen. Im Entwurf zu einem einheitlichen französisch-italienischen Obligationenrecht kommt nicht klar zum Ausdruck, ob es des subjektiven Momentes, eines Geschäftsführungswillens, bedarf⁶⁹⁾. Fraglich ist auch, ob der neue Codice Civile Italiano in Abweichung vom bisherigen italienischen Recht⁷⁰⁾ einen Geschäftsführungswillen verlangt. Aus Art. 2032, der besagt: „la ratifica dell'interessato produce gli effetti che sarebbero derivati da un mandato, anche se la gestione è stata compiuta da persona che credeva di gerire un affare proprio“, lässt sich sowohl die eine wie die andere Auffassung herleiten.

c) Es bleibt nun als Wichtigstes, die Stellungnahme des schweizerischen Rechtes zu betrachten.

Dem Gesetz selbst ist keine Lösung zu entnehmen. Aus der Wendung in Art. 419 „wer für einen andern ein Geschäft besorgt“, kann nicht auf das Erfordernis eines Geschäftsführungswillens geschlossen werden, wie sich aus den obenerwähnten⁷¹⁾ französischen und italienischen Texten ergibt, die einfach von „affaire d'autrui“, „affare altrui“ sprechen. Art. 423 gibt überhaupt keine Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage, weil dort die Voraussetzung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag nur negativ dahingehend umschrieben ist, dass die Geschäftsführung „nicht mit Rücksicht auf das Interesse des

⁶⁷⁾ Cours de droit civil français, 1933, Bd. II, Nr. 1441.

⁶⁸⁾ Vgl. Moser, S. 97 ff., und Suter, S. 133.

⁶⁹⁾ Vgl. Siegwart, S. 226.

⁷⁰⁾ Vgl. Stolfi, Diritto civile, Bd. III, S. 213; Pacifici-Mazzoni, Diritto civile italiano, 5. Auflage, Bd. IV, S. 200; Riccobono, S. 408.

⁷¹⁾ Vgl. S. 22.

Geschäftsherrn unternommen wurde“. Es muss deshalb gemäss der Anweisung von Art. 1 ZGB das Recht gefunden werden.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 423, der wörtlich mit Art. 473 des alten OR übereinstimmt, gibt einen ersten wichtigen Hinweis. Im Entwurf von 1875 war, wohl im Anschluss an Art. 818 des (Dresdener) Entwurfs eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, bestimmt:

„Hat ein Geschäftsführer ohne Auftrag fremde Geschäfte übernommen, ohne dass dies durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, oder hat er die fremden Geschäfte in der irrigen Meinung oder in der rechtswidrigen Absicht, lediglich in seinem eigenen Interesse zu handeln, besorgt, so ist der Geschäftsherr berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.“

Es soll also nicht nur der bösgläubige, sondern auch der gutgläubige Geschäftsführer den Vorteil herauszugeben haben.

Der spätere Entwurf behielt diese Fassung im wesentlichen bei, wogegen der Entwurf des Justiz- und Polizeidepartementes von 1879 in Art. 482 den Wortlaut des heutigen Art. 423 brachte. Da die Botschaft hiezu sich über die veränderte Fassung nicht ausspricht, kann angenommen werden, dass eine materielle Änderung damit nicht beabsichtigt war.

Die schweizerische Doktrin und Praxis haben beinahe einstimmig auch dem heutigen Art. 423 diese in den Entwürfen klar zum Ausdruck gekommene Bedeutung beigelegt. Oser-Schönenberger⁷²⁾ führt, ohne eine weitere Begründung zu geben, aus, der Fall einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ergebe sich auch dort, wo der Besorger eines an sich fremden Geschäftes dieses für sein

⁷²⁾ N. 12 zu Art. 419, ferner N. 3 zu Art. 423 (gleich auch schon die erste Auflage N. 2b zu Art. 419).

eigenes hält und annimmt, die Sache gehe ihn selbst an⁷³). Fick allein ist der Auffassung, dass, wenn jemand glaubt, er führe sein eigenes Geschäft, während er in Wirklichkeit dasjenige eines Anderen führt, keine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege; der Geschäftsführer müsse das Bewusstsein haben, ein fremdes Geschäft für einen Andern zu führen⁷⁴).

Endlich scheint in einer Kritik an dem dieser Studie zugrunde liegenden Urteil⁷⁵) im Anschluss an Suter (Seite 31) die Meinung vertreten zu werden, dass der Geschäftsführer zwar das Bewusstsein von der Fremdheit des Geschäftes haben müsse, dass aber der Geschäftsherr noch keineswegs individualisiert zu sein brauche.

Die in der Schweiz herrschende Lehre, die den Geschäftsführer bedeutend besser behandelt als die meisten ausländischen Rechtsordnungen, bedeutet keine Ungerechtigkeit, „*ma è invece una disciplina di rapporti del tutto conforme alla natura delle cose*“⁷⁶). Das Fehlen einer objektiven Ermächtigung bildet genügend Grundlage zur Verpflichtung des Geschäftsführers, die Vorteile aus einer derartigen Handlung herauszugeben; der Eingriff in die Sphäre eines Andern ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn er ohne Wissen, also irrtümlich geschah. Es kann nicht der Irrtum des Geschäftsführers das objektiv fremde Geschäft zu einem eigenen machen⁷⁷).

Wenn man mit Moser⁷⁸) die Auffassung vertritt, dass es bei der Geschäftsführung ohne Auftrag keines Bewusstseins der Fremdheit des Geschäftes bedürfe, so ist diese

⁷³) Im gleichen Sinne ohne nähere Begründung von Tuhr-Siegwart, 2. Auflage, S. 435; Guhl, 3. Auflage, S. 308; Reichel, S. 198; Siegwart, S. 225; Kreis, S. 44; Becker, Kommentar N. 1 zu Art. 423 (scheinbar entgegengesetzt jedoch N. 7 zu Art. 419).

⁷⁴) Vorbem. 17 zu Art. 419 ff.

⁷⁵) Ferruccio Bolla, Repertorio di Giurisprudenza patria, 1942, S. 345 ff.

⁷⁶) Siegwart, S. 226.

⁷⁷) Suter, S. 131.

⁷⁸) S. 216 ff.

Lösung auch begrifflich — in ausdrücklichem Gegensatz zur französischen und deutschen Doktrin und Praxis — als einzig richtige anzuerkennen.

Die schweizerische Rechtsprechung hat nicht gezögert, Fälle der fahrlässigen Unkenntnis wie der Gutgläubigkeit über die Fremdheit des Geschäftes als unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zu betrachten. So führt z. B. der Bernische Appellationshof⁷⁹⁾ aus: „Zur Bejahung des Vorliegens der auftragslosen Geschäftsführung, allerdings bloss einer unächten..., genügt es, dass damals das Objekt, mit dem sich der Kläger (Geschäftsführer) befasste, unzweifelhaft noch dasjenige eines Dritten, das Geschäft mit hin objektiv ein fremdes war. Die Willensrichtung des Geschäftsführers, d. h. die Auffassung, ein eigenes Geschäft zu führen, ist nur insofern von Bedeutung, als der Geschäftsherr gemäss Art. 423 zur Ersatzleistung und zu dessen Entlastung nur insoweit verpflichtet ist, als eine Bereicherung in seiner Person vorliegt“⁸⁰⁾.

Auch das Bundesgericht hat in zwei von ihm zu entscheidenden Fällen, ohne dies allerdings ausdrücklich zu betonen, das Bewusstsein des Geschäftsführers, ein fremdes Geschäft zu führen, nicht als erforderlich erachtet:

In BGE 26 II 40 glaubte der Geschäftsführer, eigene Aktien zu veräussern. Nachher stellte sich heraus, dass diese wegen unerlaubten Selbsteintrittes des Verkaufskommissionärs nicht in sein Eigentum übergegangen waren. Gleichwohl wurde er zur Herausgabe des ganzen Gewinnes verpflichtet. Die Beklagte, wird dort gesagt, hat ein objektiv fremdes Geschäft in eigenem Namen geführt; der Kläger kann sich mit Recht das Resultat dieser Geschäftsführung aneignen.

In BGE 47 II 198, einem Fall, wo, wie obenerwähnt, die Geschäftsführungsgrundsätze zwar zu Unrecht angewandt wurden, erachtete das Gericht die Geschäftsführung sogar als gegeben, wenngleich die Beklagte im Glauben,

⁷⁹⁾ ZbJV 58, S. 333.

⁸⁰⁾ Vgl. weitere Beispiele ZbJV 44, S. 442; 61, S. 43.

eigene Angelegenheiten zu führen, und wider ihre Absicht in die Rechte des Klägers eingegriffen hatte.

Es kann somit gesagt werden, dass nach schweizerischem Recht der Geschäftsführer auch dann zur Herausgabe des aus der Führung eines fremden Geschäftes erlangten Vorteiles verpflichtet ist, wenn er glaubte, ein eigenes Geschäft zu führen, oder, im vorliegenden Falle, vermeinte, die Zahlung sei an ihn selbst gerichtet⁸¹⁾.

Dieses Ergebnis verstösst nicht etwa gegen das Vertrauensprinzip, welchem zu Recht von der schweizerischen Rechtswissenschaft eine beherrschende Stellung in der Vertragslehre eingeräumt wird⁸²⁾. Dieser Grundsatz besagt, dass eine Willenserklärung derart wirke, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen musste. Hier beruht aber die Fremdheit des vom Gestor in eigenem Interesse geführten Geschäftes, welche die Pflicht auf Herausgabe der erhaltenen Leistung begründet, nicht auf einer Willenseinigung zwischen dem Gestor und dem Dritten (dem Schuldner der Leistung), welche allein einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip fähig wäre. Das Verhalten des Dritten kann deshalb beim Geschäftsführer nicht eine nach dem Vertrauensprinzip berechnete Erwartung begründen, dass das Geschäft ein eigenes sei und nicht ein für fremdes Interesse bestimmtes⁸³⁾. Es liegt, anders gesprochen, keine Veranlassung vor, die irrtümliche Meinung des Gestors, dass er ein eigenes Geschäft führe, rechtlich zu beachten; denn dieser hat, anders als bei Willenserklärungen, welche ihm gegenüber abgegeben worden sind, nicht sein eigenes Verhalten danach gerichtet.

⁸¹⁾ Dass dieses Resultat, entgegen demjenigen wie es § 687¹ BGB schafft, der Billigkeit entspricht, ergibt sich auch aus dem Bemühen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, bei gutgläubigen Patentverletzungen den gesamten durch den Verletzer erlangten Vorteil dem Verletzten zukommen zu lassen.

⁸²⁾ Vgl. Simonius, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzipes in der Vertragslehre, in „Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweiz. Juristentag 1942“, S. 235 ff.

⁸³⁾ Simonius, S. 247.

Endlich ist noch das Verhältnis des Grundsatzes, dass auch ein bei gutgläubiger Geschäftsführung erzielter Vorteil herauszugeben ist, zu einem besonderen Falle der Geschäftsanmassung kurz zu überprüfen. Der gut- und bösgläubige Besitzer einer fremden Sache ist begrifflich ebenfalls ein *Negotiorum gestor*. Für dessen Verantwortlichkeit hat jedoch das Sachenrecht (ZGB Art. 939 ff.) besondere Normen aufgestellt, welche als *Lex specialis* derjenigen von Art. 423 OR vorgehen. Für den bösgläubigen Besitzer stimmen die Lösungen beider Gesetzesbestimmungen überein: der „Geschäftsführer“ haftet gemäss Art. 940 ZGB ausser für allen durch die Vorenthaltung entstandenen Schaden auch für die bezogenen oder versäumten Früchte⁸⁴⁾. Wolf⁸⁵⁾ möchte den gutgläubigen Geschäftsführer insoweit dem gutgläubigen Besitzer ebenfalls gleichstellen, als dieser in gleicher Weise die Sache Dritten zur Nutzung übergeben und allfällige Ersatzforderungen verfallen lassen kann. Meines Erachtens ergibt sich dies bereits aus Art. 423, denn ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe besteht nur für tatsächlich erlangte Vorteile. Wo nicht die Grundsätze des Sachenrechtes über die Haftung des bösgläubigen Besitzers Platz greifen, kann der Geschäftsführer für nicht erzielte Vorteile nur nach den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen Ersatz verlangen. Unzutreffend erscheint mir endlich auch die Auffassung Wolfs, dass allfällige gegenüber Dritten bestehende Schadenersatzansprüche als Vorteile aus der Geschäftsanmassung *eo ipso* auf den Geschäftsherrn übergehen sollen. Hiezu bedarf es einer Abtretung derartiger Ansprüche.

Einzelne Autoren⁸⁶⁾ wollen dem Unterschied zwischen der Stellung des gut- und derjenigen des bösgläubigen Geschäftsführers, in freier Rechtsfindung *intra legem*, insoweit doch Rechnung tragen, als bei gutgläubiger Geschäfts-

⁸⁴⁾ Wolf, S. 322 ff.; Oser-Schönenberger, N. 3 zu Art. 423.

⁸⁵⁾ S. 325.

⁸⁶⁾ Moser, S. 218; Kreis, S. 41; vgl. auch Wolf, Interessenschutz und allg. Rechtssätze, ZSR 51, S. 80.

anmassung der Vorteilsherausgabeanspruch auf die beim Geschäftsführer vorhandene Bereicherung begrenzt sein soll. Das rechtspolitische Motiv des Bereicherungsrechtes, das Vermögen des gutgläubig Bereicherten unangetastet zu lassen, gelte wegen der Gleichartigkeit der Interessenlage auch hier. Unzutreffend ist es jedoch⁸⁷⁾, in diesem Falle den herauszugebenden Vorteil als ungerechtfertigte Bereicherung aufzufassen. Es fehlt, wie bereits früher betont, an der hierzu erforderlichen Vermögensverschiebung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in dasjenige des Geschäftsführers. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Dritte, welchem die vom Schuldner erbrachte Leistung zugedacht war, an Stelle der geschuldeten Leistung weiterhin lediglich eine Forderung besitzt, welche wegen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nunmehr wertlos ist.

Währenddem die Beschränkung des Vorteilsherausgabeanspruches auf die beim Geschäftsführer verbliebene Bereicherung sachlich durchaus gerechtfertigt ist, kann einem weiteren Vorschlag von Wolf⁸⁸⁾ nicht beigespflichtet werden. Darnach soll bei objektiv unrechtmässiger Benützung eines Immaterialgüterrechtes der hiebei erzielte Gewinn unter billiger Berücksichtigung beider Interessen verteilt werden. Hiegegen wird mit Recht eingewendet, es fehle hiefür jeglicher gesetzliche Anhaltspunkt; zudem lasse sich ein Teilungsprinzip nicht finden⁸⁹⁾. Im übrigen ist nicht einzusehen, weshalb nicht der ganze Vorteil dem wirklich Berechtigten zukommen soll. Zuzugeben ist allerdings, dass es dort, wo der Gewinn auf einem Zusammenwirken von Gewinnfaktoren des Verletzten und Verletzers beruht, eine angemessene Verteilung äusserst schwierig ist.

d) Ein kurzer Hinweis auf das englisch-amerikanische Recht wird die Richtigkeit des soeben Ausgeführten in ansprechender Weise bestätigen.

⁸⁷⁾ Wie es Bolla, a. a. O. S. 350, zu tun scheint.

⁸⁸⁾ S. 325; in gleichem Sinne auch Kreis, S. 44.

⁸⁹⁾ Moser S. 219; Oser-Schönenberger, N. 3 zu Art. 423.

Es wurde bereits zu Anfang erwähnt, dass der Gedanke einer Geschäftsführung für einen andern dem angelsächsischen Rechte fremd ist. Nur ganz ausnahmsweise hat der Geschäftsführer einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. Wie sehr sich aber die echte *Negotiorum gestio* von der unechten (gut- oder bösgläubigen) Geschäftsführung ohne Auftrag unterscheidet, beweist gerade das englische Recht.

Auch nach englischem Recht entstehen vertragliche Verpflichtungen nur durch übereinstimmende dahingehende Willensäußerungen der Parteien. Daneben gibt es aber Fälle, wo ihrer Natur nach vertragliche Ansprüche nicht aus dem Willen der Parteien, sondern auf Grund des Gesetzes entstehen. Diese werden anschaulich als „*contracts implied by operations of law*“ oder als „*constructive contracts*“ bezeichnet und entsprechen den sogenannten Quasi-Kontrakten des römischen Rechtes⁹⁰⁾.

Wann eine derartige „*quasi-contractual liability*“ entsteht, ist nicht allgemein festgelegt. Zu den typischen, in den festen Bestand der Klagen übergegangenen, gehört jedoch die sogenannte „*action for money had and received by the defendant for the plaintiff's use*“. In der *Leading case* „*Royal Bank of Canada v. Rex*“ wird diese wie folgt umschrieben:

„It is a well-established principle of the English common law that, when money has been received by one person which in justice and equity belongs to another, under circumstances which render the receipt of it a receipt by the defendant to the use of the plaintiff, the latter may recover as for money had and received to his use“⁹¹⁾.

Dieser Grundsatz gelte ganz allgemein und sei immer anzuwenden, wenn jemand Geld besitze, das richtigerweise einem andern gehöre⁹²⁾.

⁹⁰⁾ Vgl. *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, 19. Auflage, Bd. III, *The Law of contracts*, S. 226.

⁹¹⁾ Vgl. *Stephen*, a. a. O. S. 228.

⁹²⁾ *Stephen*, a. a. O. S. 229.

Als Beispiel wird der Tatbestand angeführt, wo A seinen Schuldner C anweist, an B zu bezahlen. Leistet C nachher gleichwohl an A, so soll B von A denselben Betrag herausverlangen können⁹³).

Wenn auch die Voraussetzungen, unter denen dieser Anspruch besteht — auch hier fällt, wie beim Tatbestand der *Negotiorum gestio*, die unbestimmte, einem weiten Ermessen Spielraum gewährende Formulierung auf —, von hier aus im einzelnen nicht abgeklärt werden können (insbesondere ist nicht ersichtlich, wieweit das subjektive Moment von Bedeutung ist), so ergibt sich doch daraus, dass das englische Recht, welches dank seiner *Case-law* weit besser in der Lage ist, die den einzelnen Tatbeständen angemessenen Entscheidungen zu treffen, es als der *Equity* entsprechend erachtet, wenn eine an den Unrichtigen geleistete Zahlung vom Empfänger herausverlangt werden kann. In der Stellungnahme der englischen Rechtsprechung, die im Unterschied zu den zahlreichen Autoren, die sich eingehend mit der *Negotiorum gestio* befasst haben, die praktische Bedeutung des hier zu untersuchenden Problems erkannt hat, sehe ich einen weiteren Beweis dafür, dass es durchaus richtig ist, wenn auch die gutgläubige Entgegennahme einer für einen andern bestimmten Leistung zu einer Herausgabe derselben verpflichtet.

Endlich stimmt das englisch-amerikanische Recht auch noch auf einem ganz andern Rechtsgebiet mit der in der Schweiz herrschenden, von den meisten kontinentalen Rechten abweichenden Auffassung überein. Ausgehend von dem Grundsatz, den ein amerikanisches Gericht aussprach⁹⁴) „*This court never allows a man to make a profit by a wrong*“, wird der Anspruch auf Herausgabe des bei einer widerrechtlichen Handlung erzielten Gewinns schon lange in weitem Umfange anerkannt; und zwar nicht nur

⁹³) Chitty's Treatise on Contracts, 18. Auflage, S. 58.

⁹⁴) Zit. bei Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, S. 75; weitere Urteile bei Kohler, Warenzeichenrecht, S. 191.

bei wissentlichem, sondern auch bei fahrlässigem oder irrtümlichem Eingriff in einen fremden Rechtskreis, sofern, im letztern Falle, dies den Umständen angemessen ist⁹⁵).

6. Die Rechtsfolgen der Geschäftsanmassung⁹⁶).

Wie bereits eingangs betont, liegt bei der Geschäftsanmassung im Unterschied zur uneigennütigen Geschäftsführung ohne Auftrag das Hauptgewicht der gesetzlichen Vorschriften auf dem Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe der dem Geschäftsführer erwachsenen Vorteile. Ob ein solcher Vorteil überhaupt vorliegt, hat der Geschäftsherr zu entscheiden; dieser hat nur ein Recht, nicht auch die Pflicht, sich die vom Geschäftsführer erreichten Vorteile anzueignen, auch dann, wenn bei objektiver Betrachtungsweise die Aneignung als im dringenden Interesse des Geschäftsherrn liegend erscheinen könnte; diesem muss die Entschlussfreiheit über die Aneignung gewahrt werden⁹⁷). Notwendige Ergänzung zum Herausgabeanspruch ist noch die Rechenschaftspflicht des Geschäftsführers, denn erst dadurch ist es dem Geschäftsherrn möglich, vom Bestehen eines Vorteils Kenntnis zu erlangen⁹⁸).

Der Geschäftsherr kann sich alle Vorteile aus der Geschäftsführung aneignen, vorbehalten bleibt lediglich die Beschränkung auf noch vorhandene Bereicherung bei gutgläubiger Geschäftsanmassung. Zum Klagfundament gehört demnach nur der Beweis, dass in die Interessen des Geschäftsherrn eingegriffen worden sei und dass hiebei auf Grund dieser Eingriffshandlung ein Gewinn erzielt wurde.

Die Unterschiede gegenüber Delikts- und Bereicherungsansprüchen liegen klar zutage: Weder bedarf es,

⁹⁵) Vgl. Kreis, S. 62 ff., und die Hinweise bei Germann, Vorarbeiten zur Eidg. Gewerbegesetzgebung, S. 138; ferner Michaelis, Handbuch des amerikanischen Patentrechtes, 2. Auflage, S. 287 f.

⁹⁶) Vgl. darüber im einzelnen Suter, S. 135ff.; Moser, S. 235ff.

⁹⁷) ZbJV 67, S. 546.

⁹⁸) Vgl. Kreis, S. 54.

wie beim Anspruch aus Delikt, eines Schadens beim Geschäftsherrn und a fortiori des Nachweises eines solchen, noch ist ein Verschulden des Geschäftsführers nötig oder nachzuweisen.

Eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, als Voraussetzung eines Bereicherungsanspruches aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in dasjenige des Geschäftsführers, liegt vielfach gar nicht vor. Es ist deshalb unzutreffend, wenn das Bundesgericht sagt „si tratta, in sostanza, di una forma speciale dell'azione di arricchimento indebito“⁹⁹⁾.

Als minder wichtiger Vorzug des Anspruchs aus Art. 423 ist ferner noch die längere Verjährungsfrist (10 Jahre), sofern nicht die Sonderbestimmungen des Immaterialgüterrechtes zutreffen, zu erwähnen. Moser¹⁰⁰⁾ macht zwar den — nicht unmotivierten — Vorschlag, die Verjährungsbestimmungen des Art. 60 OR anzuwenden; denn es sei angemessen, die Rechtsfolgen der Geschäftsanmassung dem Deliktsrecht nachzubilden, da es im höchsten Grade unbillig wäre, den gutgläubigen Verletzer auf Grund von Art. 423 noch zur Herausgabe des Gewinnes zu verhalten, wenn die Ansprüche aus Delikt längst verjährt sind. Auch in dieser, an und für sich nebensächlichen Frage zeigt sich, dass die Regelung des Rechts der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag in Anlehnung an das Vertragsrecht verfehlt ist; nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich ist sie derjenigen über die andern Entstehungsgründe von Obligationen anzugliedern.

Liegt im Eingriff in den Vermögenskreis des Geschäftsherrn keine unerlaubte Handlung, so bildet die Überlassung der Vorteile aus dem Geschäft die einzige Verpflichtung des Geschäftsführers. Selbstverständlich kann dieser, wenn er gutgläubig ist, nicht etwa dazu verhalten werden, ein angefangenes Geschäft fortzuführen; er kann

⁹⁹⁾ BGE 51 II, 583.

¹⁰⁰⁾ S. 228 f.

auch nicht wegen mangelnder Sorgfalt verantwortlich gemacht werden¹⁰¹⁾).

Art. 423 Abs. 2 verweist für die dem eigennützigen Geschäftsführer zustehenden Rechte auf jene Ansprüche, die ihm aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zustehen könnten. Eigentliche Geschäftsführerrechte erwirbt er keine. Aufwendungen, die zusammen mit dem Eingriff in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn diesem einen Vorteil eingetragen haben, kann der Geschäftsführer bei der Herausgabe der Vorteile in Abzug bringen, denn insoweit ist der Geschäftsherr sicher bereichert.

V. Schlussfolgerungen.

Kennt nach dem im Vorstehenden Ausgeführten das schweizerische Recht einen Anspruch des Geschäftsherrn aus Geschäftsanmassung auch dann, wenn der Geschäftsführer nicht wusste, dass er eine fremde Angelegenheit besorge, so hat bei dem zu Beginn erwähnten Tatbestand der Kläger eine Forderung gegenüber dem Beklagten auf Herausgabe der irrtümlicherweise an den letztern bezahlten Kaufpreissumme.

Wenn man, der von einem Teil der Doktrin vertretenen Meinung folgend, den Anspruch des Geschäftsherrn in diesem Falle auf die beim Beklagten verbliebene Bereicherung begrenzen möchte, so vermag das auf Grund der im Urteil publizierten Tatsachen an der Entscheidung wohl nichts zu ändern. Es kann ohne weiteres angenommen werden, dass der beklagte Landwirtschaftliche Verein im Augenblick der Klageeinreichung noch um die ihm zugegangene Zahlung bereichert war. Abgesehen davon, müsste man, wenn man dieser gemässigten Ansicht folgen wollte, dem Beklagten eine gewisse Fahrlässigkeit zur Last legen.

Zuzugeben ist, dass kein in den vorstehenden Ausführungen zitierter Autor noch ein Gerichtsurteil bei den

¹⁰¹⁾ Becker, N. 3 zu Art. 423.

Erörterungen darüber, ob auch der gutgläubige Geschäftsführer den erlangten Vorteil herauszugeben habe, den Fall der Annahme einer für einen Dritten bestimmten Leistung zu berücksichtigen scheint. Insbesondere wird das Problem der Vorteilsherausgabe zur Hauptsache bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten untersucht. Auffallenderweise ist auch, von einer einzigen Ausnahme abgesehen¹⁰²⁾, nirgends dieser Tatbestand, der nicht nur von theoretischem Interesse ist, als Beispiel angeführt.

Bei der grundsätzlichen Entscheidung über den zu beurteilenden Sachverhalt darf der Umstand, dass der Landwirtschaftliche Verein zufälligerweise ebenfalls eine Forderung gegenüber dem Schuldner besass, keine Rolle spielen. Wenn von diesem Umstand einmal abgesehen wird, so erscheint die hier als richtig erachtete Lösung fraglos auch als der Billigkeit entsprechend. Wohl hätte unter dieser Annahme der Schuldner einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem Geschäftsführer. Im Verhältnis zwischen dem wirklichen Gläubiger und dem Empfänger der Leistung liegt jedoch gleichwohl eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Aber auch wenn der Beklagte durch die Entgegennahme der nicht für ihn bestimmten Leistung nicht bereichert ist, weil er gegenüber dem Schuldner ebenfalls forderungsberechtigt war, befriedigte das Urteil der 1. Instanz, welches den Anspruch des Klägers gutgeheissen hatte, das Rechtsgefühl wesentlich besser¹⁰³⁾. Es erscheint als billiger, dass nicht derjenige, welcher entgegen dem eindeutigen Willen des Schuldners die Zahlung erhalten hat, sondern der wirklich aus dieser Leistung Berechtigte schlussendlich diese erhält¹⁰⁴⁾. Die entgegengesetzte Lösung bedeutet, dass der mehr oder weniger zufällige Adressat der

¹⁰²⁾ Heck, S. 359.

¹⁰³⁾ So auch Guhl, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1942, ZbJV 79, S. 372.

¹⁰⁴⁾ Im gleichen Sinne Simonius, a. a. O. S. 247.

Leistung aus dieser endgültig begünstigt ist, obwohl dies nicht in der Absicht des Schuldners gelegen hat.

Wesentlicher als diese mehr gefühlsmässigen Überlegungen ist jedoch, dass das Urteil des Bundesgerichtes in rechtlicher Beziehung, worauf zusammenfassend nochmals hingewiesen sei, in mehrfacher Richtung unzutreffend ist. Richtig ist zwar die Feststellung, wenn sie auch nicht selbstverständlich ist und im Urteil eingehenderer Begründung bedurft hätte, dass die Entgegennahme der Zahlung eine Geschäftsbesorgung darstellt. Entgegen den Ausführungen im Urteil liegt jedoch die Führung eines objektiv fremden Geschäftes vor. Die Erörterungen des Bundesgerichtes betreffen deshalb nicht diese Frage, sondern die andere, ob der Geschäftsführer gut- oder bösgläubig die fremde Zahlung in Empfang genommen hat.

Vorerst wäre jedoch die Rechtsfrage abzuklären gewesen, ob der Herausgabeanspruch von Art. 423 das Bewusstsein des Geschäftsführers, eine fremde Angelegenheit zu besorgen, voraussetze. Darauf hätte auf Grund der Interessenlage, der Auffassung der schweizerischen Doktrin sowie der bisherigen Rechtsprechung unserer Gerichte die Antwort nur verneinend lauten können. Ob der Geschäftsführer die fremde Zahlung gut- oder bösgläubig in Empfang genommen hat, hätte deshalb gar nicht entschieden zu werden brauchen. Denn auch wenn man bei gutem Glauben des Geschäftsführers die Vorteilsherausgabe auf die Bereicherung beschränken wollte, hätte die Klage in vollem Umfange gutgeheissen werden müssen, weil der Beklagte offensichtlich noch um den erhaltenen Betrag bereichert war.

Übrigens müssten selbst dann, wenn man der Meinung ist, dass nur bei Bewusstsein der Fremdheit des Geschäfts ein Herausgabeanspruch bestehe, erhebliche Zweifel gegen die Richtigkeit des Entscheides geäussert werden¹⁰⁵). Dass der Beklagte bei Inempfangnahme der Zahlung den Irrtum

¹⁰⁵) Vgl. Bolla, a. a. O. S. 350.

des Leistenden nicht kannte oder hätte kennen sollen, ist nach den ganzen Verumständungen äusserst fraglich. Will man dem Beklagten den guten Glauben zubilligen, so muss dieser angenommen haben, dem Schuldner F. seien bei der Vornahme der Überweisung nicht weniger als drei Fehler unterlaufen.
