

I. Einleitung

Grundgedanken, Funktion und Systematik der GoA sind umstritten.¹ Dieser Befund trifft zwar für so manchen Bereich der Rechtswissenschaft zu. Kaum ein anderes Rechtsinstitut des BGB ist jedoch in seinem Anwendungsbereich in vergleichbarer Weise von dogmatischer Unschärfe geprägt,² dient aber dessen ungeachtet den Gerichten derart häufig entweder zur primären Begründung eines im Einzelfall für stimmig befundenen Ergebnisses oder wird, eine beliebte Variante, so oft zur alternativen Absicherung des Urteils angeführt wie die GoA.³ Eine allseits akzeptierte und ganzheitliche Theorie der „negotiorum gestio“⁴ ist trotz oder wegen der Jahrzehnte, ja sogar Jahrhunderte andauernden Kontroversen nicht in Sicht. Die Erkenntnis, dass ein wenigstens ansatzweise konturierter, der Subsumtion ausreichend zugänglicher Tatbestand auch nach intensiven wissenschaftlichen Bemühungen nicht verfügbar ist, zieht üblicherweise entweder das Handeln des Gesetzgebers oder aber die von der Wissenschaft getragene Entwicklung einer Typenbildung nach sich. Mangels gesetzgeberischen Tätigwerdens will die vorliegende Arbeit für den arztrechtlichen Anwendungsbereich der GoA einen Beitrag zur dogmatischen Notwendigkeit der typisierenden Betrachtungsweise leisten. Die zu Beginn dieser Arbeit erfolgende allgemeine Erörterung des Meinungsspektrums zu den §§ 677 ff. BGB stellt eine Einführung in die äußerst umstrittenen Grundstrukturen der Geschäftsführung ohne Auftrag dar, ohne die sich die darauf folgende Untersuchung der speziellen „Ärzte-GoA“ dem Leser nicht erschließen kann. Sodann werden die unter dem Gesichtspunkt des auch- fremden Geschäfts bedeutsamen Handlungspflichten des Arztes einer eingehenden Betrachtung unterzogen. In der Folge werden einerseits die Anwendungsfälle und Problempunkte der GoA im Zweipersonenverhältnis zwischen Arzt und Patient untersucht, ande-

¹ Helm, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 341: „Die GoA in ihrer heute vor allem durch die Rechtsprechung geprägten Ausgestaltung steht seit Jahren unter Kritik wegen ihrer Ausuferung, Konturlosigkeit, Überdehnung, Denaturierung.“

² Vgl. nur die Einschätzung des Tatbestandes durch Schubert AcP 178 (1978), 425: „Einfallstor für Rechtsunsicherheit“. Köndgen spricht vom „Rätsel GoA“ (Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 371).

³ Typisch etwa LG Dortmund NJW-RR 2007, 269: „Vergibt ein behandelnder Arzt eine Laboruntersuchung an einen externen Laborarzt, kommt entweder direkt ein Vertragsverhältnis zwischen dem Laborarzt und dem Patienten zu Stande oder der Patient haftet dem Laborarzt aus den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag“ (zu dieser Entscheidung Klöhn VersR 2007, 1054 ff.). Schon prozessrechtlich gesehen ist eine derartige alternative Hilfsbegründung fragwürdig, ganz zu schweigen davon, dass in materiellrechtlicher Hinsicht womöglich Wertungen des Stellvertretungsrechts und des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung umgangen werden. Näher zu dieser Entscheidung unten, IV B 2.

⁴ Zur Terminologie Bergmann in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 3, 5: Vor Erlass des BGB waren verschiedene Begrifflichkeiten gängig („Geschäftsbesorgung“, „Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten“), die dem römischen Recht entstammende Bezeichnung als „negotiorum gestio“ ist dabei bis heute üblich. Der Geschäftsführer wird dementsprechend auch als „Gestor“ bezeichnet, der Geschäftsherr als „Dominus“.

2 I. Einleitung

rerseits die Dogmatik der Ärzte- GoA im Mehrpersonenverhältnis zwischen Arzt, Patient und Drittpersonen. Zum Abschluss wird zu erörtern sein, inwiefern die GoA als Legitimationsgrundlage für das ärztliche Handeln dienen kann.

II. Allgemeine Dogmatik der GoA

A. Grundgedanken der GoA

In der Diskussion des Anwendungsbereichs der GoA wird nicht immer sauber unterschieden zwischen den der gesetzlichen Regelung (vermeintlich) zugrunde liegenden Kerngedanken einerseits und den auf die konkrete Systematik und die einzelnen Tatbestandsmerkmale bezogenen Theorien und Handhabungsmodellen andererseits. Die Meinungslage gilt insgesamt als recht unübersichtlich,¹ was aber nicht davon entbindet, eine Systematisierung derselben zu versuchen. Vorab sollen diejenigen Theorien oder Maximen erörtert werden, die nicht den Anspruch erheben können, den Grad einer ganzheitlichen und systematischen Erfassung der GoA zu erreichen.

1. Theorie der Menschenhilfe

Als in der Rechtslehre dominierend wurde und wird bisweilen die „Theorie der Menschenhilfe“ bezeichnet.² Die Wahrnehmung dieser Theorie durch die Literatur ist allerdings uneinheitlich, sowohl was ihre vermeintlichen Aussagen angeht als auch im Hinblick auf die ihr zugerechneten Vertreter.³ Überwiegend werden ihr aber folgende Wertungen beigemessen: Die GoA sei altruistisch angelegt, ihr Anwendungsbereich sei etwa auf mitleidiges und aufopferndes Handeln, mithin auf

¹ *Oppermann* AcP 193 (1993), 499, 503.

² So *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 13; vgl. auch *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 25 („herrschende Lehre“) m.w.N. Vgl. auch die schon recht betagte aber immer noch nicht zutreffende Feststellung von *Frotz* JZ 1964, 665, 669: „Die Begrenzung der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Fälle der altruistischen Fürsorge „der allgemeinen „Menschenhilfe“ scheint sich auch endlich durchzusetzen.“ Ganz anders *Köndgen* (Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 372), wonach man sich heute kaum noch trauen würde, den Gedanken der Menschenhilfe zur Erklärung der GoA zu bemühen. Die Gesetzesmaterialien schweigen zu diesem Punkt weitestgehend, was einige Autoren nicht daran hindert, ihnen eindeutige Aussagen im Hinblick auf die Menschenhilfetheorie zu entnehmen: So sieht etwa *Hamacher* (GoA als Ausschlussgrund der Rechtswidrigkeit, S. 18) in ihnen die Theorie der Menschenhilfe „eindeutig“ bestätigt. *Beuthien* (in Soergel § 677 Rdn. 5) meint hingegen, der Gesetzgeber habe sich „eindeutig“ dagegen ausgesprochen.

³ Bezeichnend ist, dass einzelne Autoren nicht einmal für sich selbst entscheiden können, ob sie der „Theorie der Menschenhilfe“ beipflichten wollen oder nicht, vgl. *Schubert* AcP 178 (1978), 425 ff.: „...Hieraus folgt, dass die Theorie der Menschenhilfe nur die Funktion eines Leitbildes haben kann, nicht aber ein Mittel zur präziseren Erfassung des Tatbestandes darstellt. Freilich sollte man die Leitbildfunktion dieser Theorie nicht zu gering veranschlagen, wenn man den Anwendungsbereich der GoA überhaupt wenigstens in Umrissen festlegen will“. Im Widerspruch dazu seine zusammenfassende Feststellung auf S. 454: „Abzulehnen ist aber das reichlich utopische Ideal von der Uneigennützigkeit und Menschenfreundlichkeit des Geschäftsführers.“

Fälle der freiwilligen, uneigennütigen und nicht aufdringlichen Hilfeleistung zu beschränken.⁴ Bei den meisten Autoren bleibt jedoch unklar, ob die „Menschenhilfe“ nun als eigentlicher Kerngedanke der GoA anzusehen ist, aus dem sich gegebenenfalls auch konkrete tatbestandsrelevante Schlussfolgerungen ziehen lassen, oder ob sie als bloßes Leitbild fungieren soll, das nur einer groben Eingrenzung des Anwendungsbereiches dient, dem Rechtsanwender aber keinerlei verbindliche Vorgaben für den Einzelfall macht. Mehrheitlich schenkte die Literatur dieser Frage lange kaum noch Beachtung.⁵ Offensichtlich ist jedenfalls, dass ein „altruistisches“ Verständnis der GoA mit der von den Gerichten geübten Rechtspraxis in keiner Weise im Einklang steht.⁶ Die großzügige Handhabung, welche

⁴ Vgl. die Übersicht bei *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 13 ff. m.w.N.; *Seiler* in MüKo Vor § 677 Rdn. 1: „Doch ist damit nur ein Teilbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag beschrieben, der... in der gerichtlichen Praxis eine sehr geringe Rolle spielt“.

⁵ *Schubert* (AcP 178 (1978), 426, 429 ff.) weist zutreffend darauf hin, dass *Wollschläger* (Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S 24 ff.) der vermeintlich h.L. vorhält, diese auf Freiwilligkeit, Uneigennützigkeit und Hilfsbedürftigkeit abstellende Theorie der Menschenhilfe zu vertreten, doch, so *Schubert*, „sollte man dabei nicht vergessen, dass die meisten Autoren den genannten Begriffen keineswegs immer die Funktion eines Tatbestandsmerkmals zuweisen.“ Ähnlich *Seiler* in MüKo Vor § 677 Rdn. 17: „...in ihrer Unbestimmtheit nicht geeignet, eine exakte tatbestandliche Einschränkung des Fremdgeschäfts zu geben.“ Symptomatisch für das unentschiedene Verständnis vieler Autoren die bereits unreflektiert formelhafte Behandlung bei *Laufs* NJW 1967, 2294, 2295: „...die Geschäftsführung -regelmäßig eine spontane altruistische Nächstenhilfe-...“ und *Rödder* JuS 1983, 930: „Häufig handelt es sich dabei um den altruistischen Einsatz für den Mitmenschen“. Ähnlich *Gehrlein* in Bamberger/Roth § 677 Rdn. 1 und *Sprau* in Palandt Einf. v. § 677 Rdn. 2. Dezidiert für die Theorie der Menschenhilfe *Wolf* AcP 166 (1966), 188, 217 („...ist es erforderlich, den Anwendungsbereich der echten Geschäftsführung ohne Auftrag einzugrenzen. Einen Ansatzpunkt hierfür bietet die Beschränkung der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Fälle altruistischer Fürsorge.“) und *Canaris* JZ 1963, 655, 659 („da der Gesetzgeber damit gerade die... Problematik der freiwilligen Menschenhilfe lösen wollte.“) sowie *Eberhardt* AcP 171 (1971), 289, 312 („...die grundsätzlich auf rein altruistisches Handeln zugeschnittene Rechtsfigur der GoA...“) und *Schlechtriem* NJW 1966, 1795. Bei der Diskussion der Theorie der Menschenhilfe ist noch gar nicht die streitige Frage berücksichtigt, ob es sich bei der GoA um eine per definitionem vergütungsfreie Tätigkeit handelt oder nicht. Zu letzterem Punkt ausführlich *Seiler*, FS für Hübner, S. 239 ff.

⁶ *Wollschläger* (Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 28, 31) zufolge lassen sich in den von ihm untersuchten über 1100 Entscheidungen an sich nur zwei Fälle finden, die wirklich dem altruistischen GoA-Verständnis der Menschenhilfe entsprechen, selbst bei Annahme eines weniger strengen Maßstabs wären es aber allenfalls 10 % der Fälle. *Wollschlägers* Vorgehen ist insofern zweifelhaft, als er für die Bewertung als altruistisch oder nichtaltruistisch offenbar auf die Parteien des Rechtsstreits abstellt und nicht auf den Charakter der jeweiligen Handlung: „Dieses erstaunliche Ergebnis rechtstatsächlicher Kontrolle der Dogmatik ist hauptsächlich dadurch bedingt, dass aus Anlass von Not- und Unglücksfällen andere Personen als der Retter, nämlich dessen Versicherungsträger, Arbeitgeber oder Dienstherr klagen oder dass andere als der Gerettete- Eltern und Arbeitgeber- verklagt werden. Dadurch verschiebt sich die Ausgleichsproblematik wesentlich, weil die Schadensabnahme nicht mehr vom Gedanken der Anerkennung des Retters und die Haftung nicht mehr vom Empfang der Hilfe getragen werden“. Diese Bewertung überzeugt nicht: Ob eine Handlung als altruistisch anzusehen ist oder nicht, kann schwerlich davon abhängen, wer

die GoA durch die Rechtsprechung erfährt, muss vom Standpunkt der „Menschenhilfe“ aus als „Denaturierung“ dieses Rechtsinstituts gelten.⁷ Die häufige Anwendung der §§ 677 ff. BGB auf Fälle, in denen der Handelnde aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht tätig wird, wäre nach dieser Theorie womöglich auszuschließen.⁸ Gegen die Menschenhilfetheorie wird vorgebracht, die Vorstellung von der GoA als einem auf uneigennützigem Hilfeleistung zu beschränkenden Rechtsinstitut habe weder den Willen des Gesetzgebers noch die vor und nach Erlass des BGB ergangene Rechtsprechung bestimmt.⁹ Die eingehende Untersuchung der GoA-Judikatur zeige eine Fülle von Ausgleichsproblemen vermögensrechtlicher Natur, die mit Hilfe der negotiorum gestio entschieden wurden, sich mit dem Bild von der altruistischen Menschenhilfe aber nicht vereinbaren lassen: „Rückgriffsfragen im Schuldrecht, Haftpflichtrecht, Unterhaltsrecht, Privat- und Sozialversicherungsrecht sowie im öffentlichen Recht der Gefahrenabwehr und der Leistungsgewährung; Probleme des Eingriffserwerbs, der Prozesskostenerstattung.“¹⁰ Die Gesetzesmaterialien würden zudem „zweifelsfrei“ ergeben, dass eine Beschränkung auf uneigennütziges Handeln nicht gewollt gewesen sei.¹¹ Fer-

letztlich die daraus resultierenden (ggf. regressrechtlichen) Ansprüche im Prozess geltend macht.

⁷ *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 15 m.w.N. zur Kritik: „In der Rechtsprechung dominiert seit jeher die Geschäftsführung ohne Auftrag als Regressformel. Statt um selbstlose Menschenhilfe geht es um die Kostenzurechnung.“

⁸ *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 16; *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 31.

⁹ *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 16 ff., 34 ff. (zu den Gesetzesmaterialien): „Die Theorie der Menschenhilfe hielt indessen historisch-empirischer Überprüfung... nicht stand. ...Die Behauptung, der Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag sei ursprünglich auf altruistisches Verhalten beschränkt gewesen...erwies sich als falsch. Sie ließe sich vielleicht halten, wenn man die Ausformung der negotiorum gestio in der römischen Republik, wo wechselseitige Solidarität unter Bürgern erwartet und geübt wurde, zu einem noch für unsere Zeit verbindlichen Modell erklären wollte“. Offenbar hatte er selbst die Theorie der Menschenhilfe „bei der ersten Durcharbeitung des Fallmaterials“ durchaus noch als „Arbeitshypothese“ zugrunde gelegt. Dass er der von ihm gesichteten, mit diesem Bild aber nicht übereinstimmenden Rechtsprechung (auch derjenigen vor Geltung des BGB) nun so viel dogmatisches Gewicht beimisst, ist das Überraschende an seiner Arbeit. Er will „dem Richterrecht den Vorrang vor rein dogmatisch-deduktiver Gesetzesinterpretation“ einräumen, und misst, für einen Zivilrechtswissenschaftler beachtlich, der Dogmatik eine nur „dienende Aufgabe“ zu.

¹⁰ *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 19. Diese Aufzählung darf auch heute noch Geltung beanspruchen, wie ein Blick in die Kommentarliteratur belegt. *Wollschläger* stellt ferner fest, dass insgesamt der Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers aus § 683 BGB die Praxis bestimme, was eine erhebliche Funktionsverschiebung gegenüber der von ihm vermuteten römischen Rechtspraxis bedeute, die sich mindestens gleich häufig mit der gegen den Geschäftsführer gerichteten Herausgabeklage (actio directa, heute § 681 BGB) befasst habe.

¹¹ *Beuthien* JuS 1987, 841, 843; *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 34 ff. mit näherer Erläuterung; zustimmend *Seiler* in MüKo Vor § 677 Rdn. 2, 17. Ähnlich *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 17: „Insgesamt aber war den Vätern des BGB, was eine rechtsethische Absicherung des Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag an-

ner wird gegen die Praktikabilität dieser Theorie vorgebracht, dass die altruistische Motivation als Willensinternum nicht dem Beweis zugänglich sei.¹² Einigkeit besteht letztlich nur darüber, dass die in der Rechtswirklichkeit vorkommenden Fälle eindeutig altruistischen Verhaltens jedenfalls unbedenklich dem Recht der GoA unterstellt werden können¹³ und dass der Gedanke der Förderung von Hilfsbereitschaft und Gemeinsinn zumindest einen Nebenaspekt der gesetzgeberischen Motive darstellt.¹⁴

Festzuhalten bleibt: Die Theorie der „Menschenhilfe“ ist für das Verständnis der GoA durchaus brauchbar. Ihre Herleitung ist aber sicherlich unbefriedigend, da oft nicht einmal der historische Gesetzgeber sondern meist *Kohlers* Schrift „Die Menschenhülfe im Privatrecht“¹⁵ in Bezug genommen wird, zumal sich der dort erörterte, bereits sehr weite Anwendungsbereich der GoA mit der um eine Eingrenzung der GoA bemühten „Theorie der Menschenhilfe“, wie sie heute meistens verstanden wird, nicht unbedingt in Einklang bringen lässt.¹⁶ Die der Menschenhilfetheorie bisweilen beigeordnete (bloße) Leitbildfunktion ist in ihrer rechtsgeschichtlichen Herleitung ebenfalls nicht gesichert, vor allem aber in ihren dogmatischen Auswirkungen recht radikal bei der Lösung des Einzelfalls, da die allermeisten Entscheidungen zur GoA gerade keine altruistischen, rein selbstlosen Handlungen zum Gegenstand haben. Wenn die „Menschenhilfe“ schließlich (in freilich nur schwer nachzuvollziehender Weise) in die Nähe nationalsozialistischen Gedankenguts gerückt wird,¹⁷ scheint derjenige Bereich der Diskussion ver-

geht, eine Fokussierung auf den selbstlosen Menschenfreund fremd“. A.A. *Erman* NJW 1965, 421.

¹² *Jansen* ZEuP 2007, 958, 985.

¹³ *Emmerich*, Schuldrecht BT, § 13 Rdn. 9; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 87 Rdn. 1259.

¹⁴ *Berg* JuS 1975, 684; *Emmerich*, Schuldrecht BT, § 13 Rdn. 9; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 87 Rdn. 1259; *Ehmann* in *Erman* Vor § 677 Rdn. 1; *Mansel* in *Jauernig* Vor § 677 Rdn. 2; *Sprau* in *Palandt* Einf. v. § 677 Rdn. 3. Schon die gesetzliche Regelung drückt dies mit der Haftungsprivilegierung des § 680 BGB aus, dazu *Dietrich* JZ 1974, 535 ff.

¹⁵ *Kohler* JherJb 25 (1887), 1 ff.

¹⁶ Im Kern nicht ganz zu Unrecht bemerkt daher *Bergmann* (in *Staudinger* Vor §§ 677 ff. Rdn. 16, 17) dass *Kohler* nur „...der vermeintliche Schöpfer der Lehre von der Menschenhilfe“ sei: „Der Ansatz *Kohlers* ist vom heutigen Leitbild der Menschenhilfe weit entfernt.“ Der nicht unbedingt glücklich gewählte Titel von *Kohlers* Abhandlung scheint ebenso zur verkürzenden Wiedergabe verleitet zu haben wie die darin zu findenden, durchweg ambivalenten Aussagen zur Motivationslage des Geschäftsführers. Nichtsdestotrotz spielt das altruistische Element der negotiorum gestio in seiner Abhandlung unbestreitbar eine wichtige Rolle. Zuletzt weist noch *Rademacher* Jura 2008, 87, 93 darauf hin, dass *Kohler* auch nach Inkrafttreten des BGB darum bemüht war, die §§ 677 ff. BGB im Sinne der Menschenhilfe zu erklären.

¹⁷ *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 39, 319: „Zu einem Durchbruch gelangte sie erst im Zeichen der nationalsozialistischen Rechtserneuerung“. Vgl. hierzu die in Bezug genommene, 1938 erschienene Schrift über „Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung“ von *Lent*, S. 12: „Gerade die nationalsozialistische Auffassung, die ja das Schwergewicht auf die Gesinnung des Menschen und Volksgenossen legt, wird diese

lassen zu sein, auf den der an praktischen Lösungen interessierte Dogmatiker sein Augenmerk zu richten hat. Festzuhalten bleibt aber: Nach dem bislang Gesagten wird man diejenigen Lebenssachverhalte, die sich unschwer auf den Gedanken der Menschenhilfe zurückführen lassen, noch am ehesten dem GoA-Recht unterstellen können.¹⁸ Für den Arztberuf wird man auch ohne eine blauäugige Idealisierung und unter voller Berücksichtigung des mitunter sehr nüchtern zu beurteilenden Alltags in ambulanter Praxis und Krankenhaus eine vergleichsweise recht hohe ethische Motivation im Sinne der „Menschenhilfe“ pauschal unterstellen dürfen, woran auch die Normenflut im überregulierten Gesundheitssystem und die Einbindung des Arztes in ein umfangreiches Programm vertraglicher und gesetzlicher Pflichten im Grunde nichts ändern können. Der Arztberuf wird nicht umsonst von den Berufsordnungen der Ärztekammern im Anschluss an § 1 I S. 2, 3 der Musterberufsordnung für deutsche Ärztinnen und Ärzte als seiner Natur nach freier Beruf postuliert. Die Freiberuflichkeit bedingt aber eine ganz eigene und grundsätzlich altruistische „Kollektivitätsorientierung“, die auch und gerade für den Arzt eine „besonders ausgeprägt statuierte Rollenerwartung“ mit sich bringt.¹⁹ Kernthese dieser Arbeit ist daher, dass die ärztliche Tätigkeit zu denjenigen Anwendungs-

freiwillige Hilfe als Ausdruck von Kameradschaftlichkeit und Gemeinschaftsgeist nicht missen wollen und von der Rechtsprechung verlangen, dass sie durch ihre Regeln solches Handeln nicht erschwert, sondern fördert. Auch im Recht muss es heißen: Hoch klingt das Lied vom braven Mann“. *Bergmann* (in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 13) meint, in der Theorie der Menschenhilfe einen mit dem „faden Beigeschmack“ der Rezeption durch die nationalsozialistische Rechtsanschauung versehenen, gleichzeitig aber vom Zivilgesetzbuch der DDR aufgegriffenen und letztendlich sozialistischen Gemeinschaftsgedanken auszumachen, der aber daneben „Anleihen bei der römischen *amicitia*“ nimmt und dessen „christlich-jüdische Verwurzelung“ unverkennbar sei. Gekrönt wird dieser bei der Einordnung der „Menschenhilfe“ betriebene Synkretismus dadurch, dass *Kohler*, (JherJb 25 (1887), 1) und andere Autoren nicht vergessen, im Zusammenhang mit der GoA das 5. Buch Mose (Deuteronomium), 22. Kapitel zu zitieren: „Wenn du deines Bruders Rind oder Schaf irregehen siehst, so sollst du dich ihrer annehmen und sie wieder zu deinem Bruder führen. Wenn aber dein Bruder nicht nahe bei dir wohnt und du kennst ihn nicht, so sollst du sie in dein Haus nehmen, dass sie bei dir bleiben, bis sie dein Bruder sucht, und sollst sie ihm dann wiedergeben. So sollst du tun mit seinem Esel, mit seinem Kleid und mit allem Verlorenen, das dein Bruder verliert und du findest; du darfst dich dem nicht entziehen.“ Wer bei dieser Bibelstelle eher an den Fund i.S.d. § 965 BGB als an die GoA denken mag, liegt richtig und falsch zugleich, da der Fund als lediglich spezielle Ausformung der GoA gilt, vgl. *Kohler* JherJhb 25 (1887), 57.

¹⁸ *Helm* (Geschäftsführung ohne Auftrag S. 346) zählt etwa die Rettungshandlungen zur Gefahrenabwehr für Personen zu den „Kernbereichen der GoA“ und hält fest: „Insgesamt erscheint es daher zutreffend, die Ermutigung zur Leistung von Hilfe für andere nach wie vor als die wichtigste Funktion der GoA zu betrachten.“ (S. 362).

¹⁹ So *Taupitz* (Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 62), der den Kritikern dieses besonderen Berufsethos entgegenhält: „Die kritische Reaktion auf die Altruismusthese schießt dort über das Ziel hinaus, wo sie etwa bei Ärzten und Anwälten den Willen zu helfen als Triebfeder des täglichen Handelns völlig negieren will“. Auch *Sodan* (Freie Berufe als Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 70) betont die besondere Erwartung altruistischer Berufseinstellung, die den freien Berufen entgegengebracht werde.

fallgruppen der GoA zählt, die ihre Berechtigung auch gegenüber einer um Eingrenzung des Anwendungsbereichs der §§ 677 ff. BGB bemühten Dogmatik behaupten können. Dieser Gedanke wird für die spätere detaillierte Erörterung der Ärzte-GoA noch relevant sein. Ferner ist zu bemerken, dass der in jüngster Zeit von der Study Group on a European Civil Code vorgelegte Referenzentwurf zur GoA auf eine „überwiegende Fremdbegünstigungsabsicht“ als charakteristisches Merkmal abstellt, so dass man „nach knapp 120 Jahren einem auf „Menschenhilfe“ gegründeten Konzept der auftragslosen Fremdgeschäftsführung so nahe wie nie zuvor“ ist.²⁰ Hierauf wird auch bei der Erörterung der subjektiv-normativen Lehre noch zurückzukommen sein.

2. Quasivertragstheorie/Quasikontraktstheorie

Zu nennen ist ferner das Verständnis der GoA als „Quasikontrakt“:²¹ Dieses Erklärungsmodell betont die Nähe der GoA zum Vertragsrecht.²² Maßgeblicher dogmatischer Anknüpfungspunkt ist insoweit ein fiktiver Konsens zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr, der Geschäftsführungswille des Handelnden wird hier zum wesentlichen Element des Tatbestandes erklärt.²³ Die bis heute für die GoA gebräuchliche Terminologie vom „quasivertraglichen Schuldverhältnis“ reicht bis zur dementsprechenden, eine eigenständige Kategorie bildenden Einordnung in den Institutionen Justinians zurück, die aber von der gemeinrechtlichen Literatur als unbefriedigend empfunden wurde, so dass man versuchte, sie durch das Abstellen auf eine fiktive Willensübereinstimmung der Beteiligten aufzulösen und der Vertragsrechtsdogmatik zu unterstellen.²⁴ Die von der Quasikontraktstheorie

²⁰ So *Rademacher* (Jura 2008, 87, 93), der aber kritisch meint: „Immerhin begibt man sich damit auf einen in Europa einmaligen Sonderweg: Keine europäische Rechtsordnung macht die Anwendbarkeit ihrer Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag von der überwiegend altruistischen Gesinnung des Geschäftsführers abhängig.“

²¹ Aus neuerer Zeit *Gursky* AcP 185 (1985), 13, 27; vgl. ferner die Nachweise bei *Bergmann* in *Staudinger* Vor §§ 677 ff. Rdn. 19.

²² Näher hierzu *Bergmann* in *Staudinger* Vor §§ 677 ff. Rdn. 18 ff.; *Wollschläger* Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 41 ff.; ablehnend *Seiler* in *MüKo* Vor § 677 Rdn. 2.

²³ Vgl. *Bergmann* in *Staudinger* Vor §§ 677 ff. Rdn. 19 m.w.N.: Die starke Betonung subjektiver Elemente im deutschen Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (tatsächlicher bzw. mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn maßgeblich, Fremdbegünstigungsabsicht des Geschäftsführers erforderlich) könne als Fortwirkung dieser Konzeption der pandektistischen Quasikontraktstheorie verstanden werden. Aus diesem Grunde stelle sie gewissermaßen den individualistischen Gegensatz zur kollektivistischen Theorie der Menschenhilfe dar. Zur Quasikontraktstheorie auch *Oppermann* AcP 193 (1993), 503; Der von *Schubert* gegen die objektivierende Lehre erhobene Vorwurf, sie habe seit Inkrafttreten des BGB kaum Fortschritte gemacht (bei der Bewältigung der Frage, wann ein fremdes Geschäft vorliegt), könne gleichermaßen gegen die gegenläufige Quasikontraktstheorie vorgebracht werden.

²⁴ Dies spiegelt sich nicht zuletzt in der vom BGB-Gesetzgeber vorgenommenen Normierung im Anschluss an das Auftragsrecht wider, auf welches die GoA-Regelungen mehrfach verweisen, vgl. *Bergmann* in *Staudinger* Vor §§ 677 ff. Rdn. 8, 18, 19: „Vor allem während des 19. Jahrhunderts stand eine um Systematik bemühte Rechtslehre einer besonderen zu-

betonte subjektive Seite der GoA (Erforderlichkeit des Geschäftsführungswillens des Gestors, sein Aufwendungsersatzanspruch ist gemäß § 683 BGB wiederum an eine Übereinstimmung mit dem wirklichen Willens des Geschäftsherrn geknüpft) hat das BGB unbestreitbar deutlich beeinflusst.²⁵ Trotz vielfacher Ablehnung finden ihre Grundaussagen bis heute immer wieder Zuspruch.²⁶ Von den hier erörterten möglichen Grundgedanken der GoA kommt die Quasikontraktstheorie einem Tatbestandsmodell noch am nächsten, worüber bei der Erörterung der „subjektiven Lehre“ noch zu sprechen sein wird.

3. Schutz vor dem unerwünschten Eingriff anderer in eigene Angelegenheiten

In der Abwägung der Interessen der an der GoA Beteiligten wird zu Gunsten des Geschäftsherrn noch der Schutz vor Einmischung von Fremden in eigene Angelegenheiten berücksichtigt.²⁷ Dieser stellt also das Gegenprinzip zum für den Geschäftsführer streitenden Gedanken der Förderung allgemeiner Hilfsbereitschaft dar. Damit ist allerdings auch nur ein vages Leitbild für die Handhabung des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 683 BGB vorgegeben, mit welchem der Geschäftsherr eben nur belastet werden soll, wenn die konkrete Geschäftsführung mit seinem Interesse und (vorrangig) seinem Willen in Einklang steht. Konkrete, allgemein gültige dogmatische Konsequenzen lassen sich aus diesem Teilaspekt einer in jedem Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung ebenso wenig ge-

sätzlichen Kategorie der Quasikontrakte, die in sich diffus war und der ein gemeinsames Abgrenzungsmerkmal zu den Verträgen und Delikten abging, teilweise ablehnend gegenüber. Man war bestrebt, die einzelnen Quasikontrakte denjenigen (echten) Vertragstypen zuzuordnen, zu denen sie die größte Affinität aufwiesen...“. Umfangreiche Nachweise zu den Vertretern der Quasikontraktstheorie im 19. Jahrhundert bei *Bergmann* a.a.O.

²⁵ *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 21; *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 45.

²⁶ *Gursky* AcP 185 (1985), 13, 27; vgl. ferner die Nachweise bei *Bergmann* (in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 19 ff.), der die Quasikontraktstheorie allerdings „von einem dogmatischen Standpunkt sicherlich als verfehlt“ ansehen will, da sie versuche, das fehlende rechtsgeschäftliche Element in die GoA hinein zu interpretieren, obwohl die Verfasser der BGB dieses Konzept, trotz gewisser Anleihen daran, letztlich nicht geteilt hätten. Das Verständnis der GoA als ein auf der Rechtsfolgenseite dem Vertrag stark angenähertes oder gar gleichgestelltes Rechtsinstitut spielt jedenfalls auch und gerade für das Beziehungsgeflecht von Arzt, Patient, Krankenkasse und Kassenärztlicher Vereinigung eine wichtige Rolle, vgl. *Eberhardt* AcP 171 (1971), 289, 301 ff. Zum Vergleich von GoA und hypothetischem Vertrag aus rechtsökonomischer Sicht *Kötz*, FS für Großfeld, S. 583 ff.

²⁷ *Dietrich* JZ 1974, 535, 536; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 87 Rdn. 1259; *Gehrlein* in Bamberger/Roth § 677 Rdn. 1; *Gursky* JuS 1972, 637: „Der Gesetzgeber stand vor der schwierigen Aufgabe, einerseits spontane fürsorgliche Akte der Menschenhilfe zu fördern, andererseits aber einer aufdringlichen und unerwünschten, wenn auch vielleicht wohlgemeinten Einmischung in fremde Angelegenheiten entgegenzuwirken“; *Helm*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 362; *Henssler* JuS 1991, 924, 925; *Mansel* in Jauernig Vor § 677 Rdn. 2; *Martinek/Theobald* JuS 1997, 612, 614; *Oppermann* AcP 193 (1993), 501; *Seiler* in MüKo Vor § 677 Rdn. 3; *Sprau* in Palandt Einf. v. § 677 Rdn. 3.

winnen wie aus dem anderen Teilaspekt, der Förderung der Hilfsbereitschaft. Anders wäre dies nur, wenn man einem der Teilaspekte den grundsätzlichen Vorrang vor dem anderen einräumen würde. Dies wurde, wie gesehen, in der Vergangenheit für die Förderung allgemeiner Hilfsbereitschaft (Menschenhilfe) breit diskutiert. Der Schutz vor Einmischung von Fremden in eigene Angelegenheiten mag in anderen Rechts- und Wirtschaftsordnungen im Vordergrund stehen,²⁸ für die deutsche GoA-Dogmatik kann die ausdrückliche Betonung dieses Gedankens jedoch (noch) nicht als herrschend bezeichnet werden.²⁹ Die zahlreichen Vorschläge der Literatur zu einer restriktiven Handhabung der GoA und die neuerdings tendenziell zurückhaltende GoA-Rechtsprechung (dazu später) dürfen aber als Beleg dafür gewertet werden, dass sich das Meinungsspektrum in diese Richtung entwickelt.

4. Fazit

Die Suche nach einem Grundgedanken der GoA wird mittlerweile vielfach als gescheitert angesehen.³⁰ Große Teile der Literatur befassen sich hiermit gar nicht

²⁸ Dazu *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 74 ff, insbesondere zum angloamerikanischen Recht, dem die GoA als selbständiges Schuldverhältnis dem Grundsatz nach fremd sei: „Die Besorgung fremder Angelegenheiten wird zuvorderst als eine weitgehende Beschneidung fremder Autonomie betrachtet und der auftraglose Geschäftsführer oft abfällig als „officious meddler“ bezeichnet. Hier spiegelt sich der traditionelle angelsächsische Individualismus wider“(richtig muss es heißen „officious intermeddler“); *Ehmann* in *Ermann* Vor § 677 Rdn. 2. Vgl. auch v. *Bar/Swann*, FS für Lorenz, S. 41; *Wittmann*, Begriff und Funktionen der GoA, S. 8. Relativierend *Rademacher* Jura 2008, 87, 91, 92 zu den mittlerweile etablierten Ausnahmen, wie etwa der „agency of necessity“. *Köndgen* (Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 375) meint denn auch, dass die gängige Behauptung von der GoA-Feindlichkeit des angelsächsischen Rechts so nicht mehr berechtigt sei.

²⁹ Der Gesetzgeber wahrt jedenfalls im Hinblick auf die beiden konträren Leitgedanken der GoA-Dogmatik Neutralität, was sich auch in der Gestaltung des Kollisionsrechts zeigt, worauf *Junker* (in MüKo EGBGB Art. 39 Rdn. 2) hinweist: Die Regelanknüpfung des Art. 39 I EGBGB stellt auf das Recht des Staates ab, in dessen Hoheitsgebiet das Geschäft vorgenommen wurde und enthält sich damit einer Stellungnahme dazu, ob die GoA eher als Einmischung in fremde Angelegenheiten zu verstehen ist (dann wäre kollisionsrechtlich der Geschäftsherr zu bevorzugen) oder eher als willkommene Hilfeleistung anzusehen ist (dann wäre der Geschäftsführer zu privilegieren).

³⁰ Vgl. die Darstellung von *Bergmann* in Staudinger Vor §§ 677 ff. Rdn. 9; *Oppermann* AcP 193 (1993), 499, 503 mit dem resignativen Fazit: „Wenn es Rechtsprinzipien über ihren propädeutischen Vorzug hinaus offenbar nicht ermöglichen, die Praxis der Fremdgeschäftsführung abzubilden, bleibt als letzter Ausweg die Synopse des Fallmaterials.“ Trefend *Seiler* JuS 1987, 368: „Dieser geschichtliche Befund ist deshalb bemerkenswert, weil er zeigt, dass das rechtsethische oder auch rechtspolitische Fundament, auf dem die Geschäftsführung ohne Auftrag ruht, bei weitem nicht so gesichert ist wie es etwa bei den Delikten oder Konditionen der Fall ist...Damit wird auch erklärlich, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts...Phantasie und Produktivität zahlreicher Juristen ungewöhnlich stark angeregt hat und dass sie dadurch zum Gegenstand einer Flut von Publikationen geworden ist...Vor diesem Hintergrund wird der Wunsch ver-

mehr.³¹ Schon die Gestalt, die die GoA im römischen Recht (*negotiorum gestio*) gehabt haben mag, ist umstritten, da die „weniger abstrakt begrifflich als vom Fallrecht bestimmten Quellen“ keine gesicherte Systematik oder Grundgedanken erkennen lassen.³² Die GoA hat denn auch in der Rechtswirklichkeit den Charakter eines beinahe grundsatzlosen „Sammeltatbestandes“³³ erlangt, was sicher eine der Ursachen dafür ist, dass die nun zu erörternde eigentliche Dogmatik der GoA so umstritten ist.

B. Eigentliche Tatbestandsmodelle

1. Überblick

Die bis hierhin erörterten Deutungsansätze beschränken sich mehr oder weniger darauf, die (vermeintlichen) Grundgedanken der GoA zu beschreiben. Eine nähere dogmatische Erläuterung des Tatbestandes der §§ 677 ff. BGB leisten diese Ansätze jedoch grundsätzlich nicht, wodurch sie sich von den nun zu erörternden Theorien unterscheiden. Ein allgemeiner Konsens besteht lediglich darüber, dass die GoA ein gesetzliches Schuldverhältnis darstellt, wobei der Begriff der „Geschäftsbesorgung“ nach allen Ansichten denkbar weit zu verstehen ist und grundsätzlich Handlungen aller Art, insbesondere also solche rein tatsächlicher Natur erfassen kann und nicht etwa auf Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu be-

ständig, einen möglichst aussagekräftigen Grundgedanken für die §§ 677 ff. kennen zu lernen, der als eine Art Leitfaden die Orientierung in diesem offensichtlich nicht unproblematischen Bereich erleichtert. Der Wunsch kann leider nicht erfüllt werden“. Zuletzt in diesem Sinne *Rademacher* Jura 2008, 87, 90 (mit Darstellung der Arbeit der SGECC).

³¹ Bemerkenswerterweise verzichtet etwa *Helm* (Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 342) auf eine eigene rechtshistorische Untersuchung mit dem Argument, dass zum einen die entsprechenden Arbeiten von *Wittmann* und *Wollschläger* „erhebliche Meinungsunterschiede“ in der Bewertung der historischen GoA hervorgebracht hätten (!), zum anderen aber auch die heutigen Problemstellungen in den Lebenssachverhalten des 19. Jahrhunderts und des römischen Rechts keine Entsprechung finden würden. Ähnlich *Köndgen*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 372: „Auch in rechtshistorischer Sicht bleibt die GoA ein Rätsel.“

³² *Ehmann* in *Erman* Vor § 677 Rdn. 3 mit dem Hinweis, dass es schon der Pandektenwissenschaft nicht gelungen war, eine Systematik zu erarbeiten, was sich in der Gesetzgebung zum BGB fortsetzte: „Ein tragfähiger Grundkonsens konnte aber angesichts der Schwankungen im Gesetzgebungsverfahren nicht erreicht werden, mit der Folge, dass bis heute kein den Begriff und die Ausgestaltung der GoA bestimmendes Leitbild den Vorschriften der §§ 677 ff. BGB entnehmbar ist“; ebenso *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rdn. 839.

³³ *Henssler* JuS 1991, 924; *Seiler* JuS 1987, 368; *Sprau* in *Palandt* Einf. v. § 677 Rdn. 2: „Die GoA ist ein Auffangtatbestand, dessen Regeln für Geschäftsführung und ähnliche Tatbestände gelten, die nicht anderweitig im Gesetz geregelt sind.“; vgl. auch *Jansen* ZEuP 2007, 958, 969 („chamäleonartiges Rechtsinstitut“); *Helm*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 341 („Auffanginstitution“); *Schwerdtner* Jura 1982, 593 („Superregressnorm“).



<http://www.springer.com/978-3-642-10758-0>

Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag

Brennecke, P.

2010, XII, 264 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-10758-0