

Systematik des Rechts der (entgeltlichen) Geschäftsbesorgung

Von MARTIN ILLMER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	837
II. Systematik des römischen Rechts und des <i>ius commune</i>	838
III. Systematik des deutschen, österreichischen und schweizerischen Geschäftsbesorgungsrechts	839
1. Deutsches Recht	839
a) Historische Entwicklung	839
(1) Entwurf der 1. Kommission	839
(2) Entwurf der 2. Kommission	840
b) Systematik und Reichweite der Geschäftsbesorgung <i>de lege lata</i>	841
(1) Grundstruktur	841
(2) Einheits- versus Trennungstheorie	842
c) Reformüberlegungen nach Erlass des BGB	844
2. Österreichisches Recht	845
a) Historische Entwicklung und Systematik <i>de lege lata</i>	845
b) Die Brücke des § 1151 II ABGB zum Dienstleistungsrecht	846
c) Ansätze für ein allgemeineres Verständnis des Geschäfts- besorgungsrechts	847
3. Schweizerisches Recht	848
a) Historische Entwicklung	848
b) Systematik und Reichweite der Geschäftsbesorgung <i>de lege lata</i>	850

* Abgekürzt werden zitiert: Berner Kommentar (-Fellmann), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht VI/4 (1992); Walter Erman (-Ehmann), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar¹² I (2008); Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil¹⁸ (2006); Hans-Joachim Musielak, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, in: Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II (1981) 1209–1316; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference – Full Edition, hrsg. von Christian von Bar/Eric Clive III (2009) (zitiert: DCFR, Full Edition); Peter Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) (zitiert: Rummel [-Bearb.]); Julius von Staudinger (-Martinek), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2006), Geschäftsbesorgung (2006); Christiane Wendehorst, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht: AcP 206 (2006) 205–299.

c) Ansätze für ein allgemeineres Verständnis des Auftragsrechts	853
IV. Systematik des Draft Common Frame of Reference	853
1. Grundstruktur der service und mandate contracts	854
2. Systematisches Zusammenspiel der Vorschriften über service und mandate contracts	855
a) Grundregel und Spezialregelung für gemischte Verträge	855
b) Konsequenzen der Spezialregelung für gemischte Verträge	856
c) Kritik	857
3. Ursachen und Abhilfe	860
V. Ergebnis	861
Summary: The Law of Management of Another's Affairs in Comparative Perspective	862

I. Einleitung

Die Systematik des Geschäftsbesorgungsrechts weist im europäischen Vergleich große Unterschiede auf. Sie betreffen die Struktur und Stellung der Geschäftsbesorgung als Vertragstyp im Recht der Schuldverhältnisse, insbesondere das Verhältnis zum Dienst- und Werkvertrag sowie zum Auftrag und zur Bevollmächtigung. Sowohl im Hinblick auf die Fortentwicklung nationalen Rechts als auch im Hinblick auf ein europäisches Privatrecht gilt es, in diesem noch wenig erforschten Bereich historisch-rechtsvergleichende Grundlagen zu schaffen, welche die Stärken und Schwächen verschiedener systematischer Ansätze offenlegen. Mit diesem Ziel sollen zunächst vor dem Hintergrund des römischen Rechts und des *ius commune* (II.) die historische Entwicklung der Systematik des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechts analysiert und auf dieser Grundlage die heutige Systematik erörtert und gegenübergestellt werden (III.). Die drei Rechtsordnungen haben sich in ihrer Entwicklung immer wieder wechselseitig befruchtet, verfolgen heute in ihrer Systematik jedoch sehr unterschiedliche Regelungsmodelle. Der im nationalen Vergleich disparaten Systematik wird anschließend die Systematik des »Draft Common Frame of Reference« (DCFR)¹ gegenübergestellt und einer kritischen Analyse unterzogen (IV.), bevor in einem abschließenden Teil rechtsordnungsübergreifende Gedanken zu der Systematik des Geschäftsbesorgungsrechts und einer möglichen Neuordnung angestellt werden (V.).

¹ Andere europäische und internationale Vereinheitlichungsprojekte wie etwa die *Principles of European Contract Law* oder die *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* erfassen nur das allgemeine Schuldrecht, so dass Geschäftsbesorgungsverträge von vornherein außerhalb der geregelten Materie liegen.

II. Systematik des römischen Rechts und des *ius commune*

In der Zeit des klassischen römischen Rechts wurden höhere Dienste, die *operae liberales* (hierzu zählten etwa die ärztliche Behandlung oder die rechtliche Beratung), entsprechend dem Standesbewusstsein und der Werteordnung der diese höheren Dienste erbringenden Oberschicht zumindest formal unentgeltlich erbracht. Sie unterfielen damit dem durch die Unentgeltlichkeit geprägten Vertragstyp des Auftrags (*mandatum*). Trotz des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandels in der nachklassischen Zeit, der zu einer faktischen Entgeltlichkeit auch der höheren Dienste führte,² wurden diese weiterhin dem Vertragstyp des unentgeltlichen Auftrags zugeordnet. Ein vereinbartes *honorarium* oder *salarium* konnte nicht im Wege der *actio mandati* nach *ius civile*, jedoch im Wege einer *actio extraordinaria* im Zuge einer *cognitio extra ordinem* eingeklagt werden. Als konsequente Folge der faktischen Aufgabe der Unentgeltlichkeit wurden in der nachklassischen Zeit auch die jederzeitige Kündbarkeit sowie das Erlöschen mit dem Tode einer Partei, insbesondere des Auftraggebers, aufgegeben.³ Das *Corpus Iuris Civilis* stellte jedoch den klassischen Zustand zumindest formal wieder her: Der Auftrag war wieder unentgeltlich, jederzeit kündbar und erlosch mit dem Tode einer der Parteien.⁴ Vor der faktischen Entgeltlichkeit verschloss jedoch auch das *Corpus Iuris* nicht die Augen: Ein *honorarium* war nunmehr sogar im ordentlichen Verfahren einklagbar.⁵ Niedere Dienste, die regelmäßig entgeltlich erbracht wurden, unterfielen hingegen seit jeher der *locatio conductio operarum* (Dienstmiete) bzw. *operis* (Werkverdingung).

Im *ius commune* war die Einklagbarkeit des Honorars auch für höhere Dienste im Einklang mit dem nachklassischen römischen Recht und dem *Corpus Iuris* anerkannt.⁶ Zwar hielt man teilweise noch den Schein der Un-

² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* (paperback ed. 1996) (zitiert: *Obligations*) 418.

³ Toshio Hironaka, *Das Recht des *mandatum* und sein gegenwärtiger Einfluß auf das Recht verschiedener Länder, in: *Mandatum und Verwandtes*, hrsg. von Dieter Nörr/Shigeo Nishimura (1993) 3–13 (7f.)*, der diese Entwicklung sehr positiv sieht: »Unter der sog. Vulgarisierung im allgemeinen sollte man jedoch ausnahmsweise die oben erwähnte Veränderung des Mandatsrechts als eine Verbesserung des klassischen Mandatsrechts oder mindestens als eine auch verbessernde Rechtsfortbildung betrachten, während das klassische Mandatsrecht wegen des eigenartigen ständischen Lebensgefühls bei den damals herrschenden Schichten und der daraus folgenden Arbeitsanschauung verzerrt war, nämlich das tatsächlich entgeltliche *mandatum* mit der als Honorar bezeichneten Gegenleistung in den Rahmen des unentgeltlichen *mandatum* eingesperrt und daher das Einklagen des Honorars im damals ordentlichen Prozeß verneint wurde.«

⁴ Inst. 3,26,13; D. 17,1,23–25.

⁵ Max Kaser, *Das römische Privatrecht*² II (1975) § 268 I.2.

⁶ Vgl. die Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung in den Beratungen des BGB, in: *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse Teil 2: Besonderer Teil*, hrsg. von

entgeltlichkeit aufrecht, indem das Honorar nicht als Gegenleistung, sondern lediglich als Anerkennung angesehen wurde.⁷ In der Sache machte dies jedoch keinen Unterschied. Faktisch war der Auftrag ein potentiell entgeltlicher Vertrag. Für die dadurch erforderlich gewordene Abgrenzung von der *locatio conductio* wurden verschiedene Ansätze verfolgt,⁸ etwa *honorarium versus salarium*, Dienste höherer Art *versus* Dienste niederer Art und rechtsgeschäftliche *versus* tatsächliche Tätigkeiten. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts gab die Unentgeltlichkeit schließlich auch formal als notwendiges Begriffsmerkmal des Auftrags auf.⁹ Diese Befreiung von dem zunehmend als lebensfremd erscheinenden Diktat des klassischen römischen Rechts fand Eingang in zahlreiche frühe Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe.¹⁰

III. Systematik des deutschen, österreichischen und schweizerischen Geschäftsbesorgungsrechts

1. Deutsches Recht

a) Historische Entwicklung

(1) *Entwurf der 1. Kommission.* – Basierend auf der sich im 19. Jahrhundert herausbildenden Konzeption des *ius commune* sah der Entwurf der 1. Kommission zur Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Anschluss an den Dresdener Entwurf¹¹ die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung nicht als typologisches Merkmal des Auftrags vor.¹² Der Auftrag erfasste die unentgeltliche wie auch die entgeltliche Geschäftsbesorgung. Weitergehend war sogar die heute in § 612 I und § 632 I BGB enthaltene Regelung vorgesehen, nach der eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die

Werner Schubert (Nachdruck 1980) 805 ff.; siehe dazu aber auch Reinhard Zimmermann, Der Auftrag im römisch-holländischen Recht, in: *Mélanges Felix Wubbe* (1993) 587–611 (590 ff.).

⁷ Siehe dazu etwa die Nachweise bei Peter Amann, Abgrenzung und Anwendungsbereich von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1987) 47f.

⁸ Siehe dazu näher Zimmermann, *Obligations* (oben N. 2) 419f. mit Nachweisen.

⁹ Vgl. erneut die Nachweise bei Zimmermann, *Obligations* (oben N. 2) 420.

¹⁰ So etwa Art. 1896 Code civil; § 1004 ABGB; § 1179 Zürcher Gesetzbuch; § 1299 sächsisches Gesetzbuch; Art. 688 bayerischer Entwurf; Art. 274 hessischer Entwurf; § 689 Dresdener Entwurf; siehe insofern die Nachweise in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, *Recht der Schuldverhältnisse* (oben N. 6) 803 ff.

¹¹ Siehe § 687 des Dresdener Entwurfs.

¹² Vgl. § 585 E I: »Durch die Annahme des Auftrages wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen zu besorgen.«

Dienstleistung bzw. Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.¹³ Die Entgeltlichkeit wurde damit als Regelfall angesehen. Ein Kriterium zur Abgrenzung von dem Dienst-, aber auch Werkvertrag enthielt der 1. Entwurf nicht. Vielmehr stellten die Verfasser ausdrücklich fest: »Eine und dieselbe Handlung kann vielmehr bald Gegenstand eines Mandatsvertrages, bald eines Dienstvertrages sein.«¹⁴ Die Abgrenzung anhand der zugrunde liegenden Begriffe »Dienst«, »Werk« und »Geschäft« sollte der Rechtswissenschaft überlassen bleiben;¹⁵ eine Abgrenzung entlang der Linie *operae liberales* – *illiberales* oder tatsächliche Tätigkeiten – rechtsgeschäftliche Tätigkeiten lehnte die 1. Kommission ab.¹⁶

(2) *Entwurf der 2. Kommission.* – Da sich die 1. Kommission geweigert hatte, ein Kriterium zur Abgrenzung des Dienst- und Werkvertrags von dem Auftrag aufzustellen, reaktivierte die 2. Kommission im Rückgriff auf das klassische römische Recht die Entgeltlichkeit als zentrales Abgrenzungskriterium. Es scheint sich auf den ersten Blick um ein begrifflich klares, leicht handhabbares Abgrenzungskriterium zu handeln. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die Strukturmerkmale des Auftrags und die entsprechenden Vorschriften des Auftragsrechts nicht in der Unentgeltlichkeit des Vertrages begründet sind, sondern gleichermaßen die entgeltliche Geschäftsbesorgung charakterisieren.¹⁷ Die Unentgeltlichkeit des Auftrags im klassischen römischen Recht beruhte allein auf der Werteordnung eines bestimmten Gesellschaftsmodells. Die Schwäche des Abgrenzungskriteriums hat die 2. Kommission selbst durch den Verweis auf die Auftragsvorschriften (bis auf die Unübertragbarkeit sowie das freie Widerrufs- und Kündigungsrecht) für entgeltliche Dienst- und Werkverträge mit Geschäfts-

¹³ Siehe § 586 E I: »Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrages dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.«

¹⁴ Mot. II 527.

¹⁵ Vgl. Mot. II 526 f.; ausdrücklich zustimmend *Paul Laband*, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: AcP 74 (1889) 299–336 (325 f.).

¹⁶ Mot. II 455 f., 473, 526 f.; vgl. ausführlicher zu den Erwägungen der 1. Kommission zur Abgrenzung: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, hrsg. von *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (1983) 31 f.; vgl. zu ähnlichen Erwägungen in den Verhandlungen des Dresdener Entwurfs: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse (oben N. 6) 801–810 mit zahlreichen Nachweisen aus anderen Gesetzbüchern und Entwürfen der Zeit sowie aus Doktrin und Praxis.

¹⁷ So bereits *Max Hachenburg*, Dienstvertrag und Werkvertrag (1898) 17, der ausführt, dass die von § 675 BGB in Bezug genommenen Vorschriften des Auftragsrechts sämtlich nicht mit der Unentgeltlichkeit zusammenhängen.

besorgungscharakter im heutigen § 675 I BGB anerkannt.¹⁸ Das Abgrenzungskriterium der Entgeltlichkeit wurde dadurch freilich konterkariert¹⁹ und das Abgrenzungsproblem nicht gelöst, sondern lediglich verlagert.²⁰ Die Abgrenzung zwischen einfachen Dienst- und Werkleistungen und solchen mit Geschäftsbesorgungscharakter ersetzte die Abgrenzung des Dienst- bzw. Werkvertrags von dem Auftrag.²¹ Dass die 2. Kommission gleichwohl an dem Abgrenzungskriterium der Entgeltlichkeit festhielt, beruhte wahrscheinlich weniger darauf, dass sie von ihm restlos überzeugt war. Vielmehr hielt sie das Erfordernis der Unentgeltlichkeit wohl für das kleinere Übel als eine Öffnung des Auftrags auch für entgeltliche Geschäftsbesorgungen, weil dies Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Dienst- und Werkvertrags vom Auftrag nach sich gezogen hätte. Die im gemeinen Recht gescheiterte Abgrenzung schien umgangen und durch ein bereits im klassischen römischen Recht verwendetes Abgrenzungskriterium ersetzt.²²

b) Systematik und Reichweite der Geschäftsbesorgung *de lege lata*

(1) *Grundstruktur.* – Die Systematik des deutschen Geschäftsbesorgungsrechts gründet sich auf die aus dem klassischen römischen Recht übernommene, im europäischen Vergleich jedoch nahezu einmalige²³ Unentgeltlich-

¹⁸ Die Begründung der 2. Kommission fällt recht knapp aus – siehe Prot. II 352 und 377: »... die ... Vorschriften passen, ohne daß es auf das besondere zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ankomme, wegen ihres allgemeinen Inhalts überall da, wo es sich um eine Geschäftsbesorgung für den Dienstberechtigten oder den Besteller handele« (ebd. 377); dem widerspricht freilich die Begründung der Unentgeltlichkeit als Strukturmerkmal des Auftrags: »... daß im Gegensatz zum Entw. [Anm. des Verfassers: gemeint ist der Entwurf der 1. Kommission] den Gegenstand des Auftrags die unentgeltliche Geschäftsbesorgung bilden sollte, nachdem die entgeltliche Uebertragung der Besorgung fremder Geschäfte in den zum Dienst- und Werkvertrage gefaßten Beschlüssen ihre erschöpfende Regelung gefunden habe« (ebd. 352).

¹⁹ So auch *Staudinger (-Martinek)* Vor §§ 662ff. Rz. 7; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁵ (-*Seiler*) IV (2009) § 662 Rz. 10 (zitiert: Münch. Komm. BGB [-*Be-erb.*]); siehe sehr kritisch bereits *Otto Lenel*, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge: *JherJb.* 44 (1902) 31–42 (31: »Halbheit« bzw. »Scheinentscheidung«).

²⁰ *Staudinger (-Martinek)* Vor §§ 662ff. Rz. 8; so bereits *Staudinger (-Nipperdey)*, Kommentar zum BGB¹¹ II/3 (1958) § 675 Rz. 15; nach *Musielak* 1220 hat sich die Abgrenzungsfrage formal verändert, wurde jedoch materiell nicht gelöst.

²¹ *Lenel* (oben N. 19) 32; kritisch zur Systematik des Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrechts im Gesamtsystem der Dienstleistungsverträge auch *Wendehorst* 238 (»Das Ergebnis ist eine hybride Konstruktion, die weder historisch korrekt ist noch funktionell zu überzeugen vermag.«).

²² Ähnlich *Hans Hermann Seiler*, Über die Vergütung von Dienstleistungen des Geschäftsführers ohne Auftrag, in: FS Heinz Hübner (1984) 239–252 (249ff.), der die Gründe für diese Kehrtwende weniger in einer »romanistische[n] Restauration« als vielmehr in einem Bedürfnis nach »begrifflich systematischer Symmetrie« und einer zumindest oberflächlich begriffsscharfen Abgrenzung des Dienst- und Werkvertrags von dem Auftrag sieht.

²³ Zwingend unentgeltlich ausgestaltet ist der Auftrag etwa auch im griechischen Recht (siehe § 713 ZGB).

keit des Auftrags und das korrespondierende Korrektiv des § 675 I BGB. Aufgrund der Trennung und Abstraktheit der Vollmacht (Außenverhältnis) von dem ihr zugrunde liegenden Vertragsverhältnis (Innenverhältnis) bedeuten weder der unentgeltliche Auftrag noch die entgeltliche Geschäftsbesorgung mit dem Inhalt, für einen anderen rechtsgeschäftlich zu handeln, zugleich eine Bevollmächtigung des Auftragnehmers bzw. Geschäftsbesorgers zu den entsprechenden rechtsgeschäftlichen Handlungen.²⁴ Diese Trennung von Vollmacht und Auftrag führt insbesondere dazu, dass das Auftragsrecht über § 675 I BGB neben rechtsgeschäftlichen auch tatsächliche Tätigkeiten als Gegenstand der Geschäftsbesorgung erfasst. Darüber hinaus ist die Anwendung der Auftragsvorschriften über § 675 I BGB im Falle rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten nicht auf Konstellationen der unmittelbaren Stellvertretung beschränkt, sondern umfasst auch solche der mittelbaren Stellvertretung.

(2) *Einheits- versus Trennungstheorie.* – Zur Lösung der zentralen Problematik des Geschäftsbesorgungsrechts, der durch § 675 I BGB provozierten Abgrenzung zwischen einfachen Dienst- und Werkleistungen (Geschäftsbesorgung im weiteren Sinne) und solchen mit Geschäftsbesorgungscharakter im Sinne des § 675 I BGB (Geschäftsbesorgung im engeren Sinne), werden seit jeher zwei Ansätze verfolgt.²⁵

Die Vertreter der Einheitstheorie sehen in jedem Dienst- bzw. Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung, so dass § 675 I BGB nur deklaratorische Bedeutung zukommt.²⁶ Es ist daher für jeden Dienst- bzw. Werkvertrag (nach mancher Ansicht für jeden Vertrag schlechthin²⁷) im Einzelfall zu prüfen, ob die Rechtsfolgen einzelner auftragsrechtlicher Vorschriften sachgerecht erscheinen.²⁸ Ehmann stellt dazu im Anschluss an Isele ein bewegliches System mit vier Grundtypen der Geschäftsbesorgung auf, für welche die auftragsrechtlichen Rechtsfolgen mehr oder weniger passend erscheinen.²⁹ Diese

²⁴ Vgl. Mot. II 525; zu beachten ist freilich, dass Grundgeschäft und Innenvollmacht tatsächlich (aber eben nicht rechtlich) häufig in einem Rechtsgeschäft zusammenfallen; eine Einheit von Innen- (Grundgeschäft) und Außenverhältnis (Vollmacht) sehen hingegen das englische (*law of agency*), französische und belgische Recht vor; das österreichische Recht geht entgegen der Konzeption der §§ 1002ff. ABGB heute ebenso wie das schweizerische Recht von einer Trennung der Vollmacht von dem zugrunde liegenden Grundgeschäft aus.

²⁵ Siehe zum Streitstand etwa *Staudinger (-Martinek)* Vor §§ 662ff. Rz. 9ff.; *Musielak* 1220ff.

²⁶ *Staudinger (-Nipperdey)* (oben N. 20) § 675 Rz. 15; bereits *Emil Hochstädter*, *Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag* (1905) 11ff. m. w. N. zu den damals vertretenen Ansichten.

²⁷ *Erman (-Ehmann)* Vor § 662 Rz. 17.

²⁸ Münch. Komm. BGB (-Seiler) (oben N. 19) § 662 Rz. 13f.; *Erman (-Ehmann)* Vor § 662 Rz. 15ff.; in diese Richtung auch *Wendehorst* 237f.

²⁹ *Erman (-Ehmann)* Vor § 662 Rz. 24ff. im Anschluss an *Hellmut Georg Isele*, *Geschäftsbesorgung – Umriss eines Systems* (1935) 7ff.

flexible Anwendung des Auftragsrechts, ausgehend von den Rechtsfolgen, verfolgt systematisch einen anderen als den von der 1. und 2. Kommission verfolgten Ansatz einer begrifflichen bzw. tatbestandlichen Abgrenzung.³⁰

Die Vertreter der Trennungstheorie greifen systematisch den Ansatz des Gesetzgebers auf, indem sie die Anwendung der Auftragsvorschriften auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung nicht von den Rechtsfolgen, sondern vom Begriff bzw. Tatbestand her bestimmen. Dazu grenzen sie die Geschäftsbesorgung im Sinne des Dienst- und Werkvertragsrechts von der Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 I BGB ab, unterscheiden also zwischen »einfachen« Dienst- und Werkleistungen (Geschäftsbesorgung im weiteren Sinne) und solchen mit Geschäftsbesorgungscharakter (Geschäftsbesorgung im engeren Sinne des § 675 I BGB).³¹ Während »einfache« Dienst- und Werkleistungen ausschließlich dem Dienst- und Werkvertragsrecht unterfallen, gelten für solche mit Geschäftsbesorgungscharakter zusätzlich die in § 675 I BGB in Bezug genommenen Vorschriften des Auftragsrechts. Unentgeltliche Dienstleistungen unterfallen hingegen stets dem Auftragsrecht. Eine Geschäftsbesorgung im engeren Sinne des § 675 I BGB erfordert eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.³² Hinter den einzelnen Merkmalen dieser Begriffsbestimmung verbirgt sich ein weites Feld normativ-typologischer Erscheinungsformen und Ausdifferenzierungen.³³

Die beiden Ansätze bestimmen den Anwendungsbereich der auftragsrechtlichen Vorschriften für entgeltliche Geschäftsbesorgungen in unterschiedlicher Weise. Die Einheitstheorie hält das Tor des § 675 I BGB für alle Dienst- bzw. Werkverträge geöffnet, um im Einzelfall orientiert an einer bestimmten Typologie zu prüfen, ob, und wenn ja, welche der auftragsrechtlichen Rechtsfolgen für den konkreten Vertrag sachgerecht erscheinen. Die Trennungstheorie hingegen öffnet das Tor des § 675 I BGB nur solchen Dienst- bzw. Werkverträgen, die den von ihr formulierten offenen und typologisch-normativ geprägten Begriff³⁴ der Geschäftsbesorgung im engeren Sinne erfüllen. Dadurch, dass beide Ansätze, wenn auch von unterschiedlichen Ausgangspunkten kommend, zur Eröffnung des Anwendungsbe-

³⁰ Die Tatsache, dass beide Kommissionen die Abgrenzung nicht selbst vornahmen, sondern Wissenschaft und Praxis überließen, ändert nichts daran, dass sie ihren systematischen Konzepten eine solche Abgrenzung zugrunde legten.

³¹ Siehe statt vieler *Staudinger (-Martinek)* Vor §§ 662ff. Rz. 15ff. m. w. N. in Rz. 16.

³² *Staudinger (-Martinek)* § 675 Rz. A9ff.

³³ Vgl. dazu im Einzelnen erneut *Staudinger (-Martinek)* Vor § 675 Rz. A9ff.

³⁴ So *Staudinger (-Martinek)* Vor §§ 662ff. Rz. 20, 32ff.; *Musielak* 1308f.; ähnlich *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/1(1986) § 56 V N. 35, der zwar die für die Einheitstheorie sprechende Schwierigkeit einer begrifflichen Erfassung sieht, darauf aber erwidert, es sei »doch nicht überflüssig, wenigstens annäherungsweise zu verdeutlichen, um was für ein Rechtsverhältnis es sich dabei handelt«, was ihn dazu führt, anstelle einer begrifflichen Erfassung eine typologische zu wählen.

reichs der Auftragsvorschriften eine Typologie vorsehen, sind die systematischen Unterschiede bei näherem Hinsehen geringer, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Angesichts dessen ist es kaum überraschend, dass beide Ansätze in den meisten Fällen zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen.³⁵

c) Reformüberlegungen nach Erlass des BGB

Der Gesetzgeber hat die Vorschrift des § 675 I BGB – wie die gesamte Systematik des Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsrechts des BGB – bis heute unangetastet gelassen. Es wurde lediglich ein teils der Umsetzung europäischer Richtlinien dienender »Untertitel 3« über »Zahlungsdienste« als eine besondere Ausprägung vertraglicher Geschäftsbesorgung angefügt (§§ 675c bis 676c BGB).

In den von dem Bundesminister der Justiz in Auftrag gegebenen Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts³⁶ fand Musielak 1980/81 für die entgeltliche Geschäftsbesorgung zwar »keine gravierenden Mißstände und bedeutsamen Regelungslücken«,³⁷ doch äußerte er Kritik an der Systematik des Geschäftsbesorgungsrechts des BGB und schlug in dieser Hinsicht Änderungen vor.³⁸ Sein Vorschlag ging dahin, einen selbständigen Regelungskomplex für den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zu schaffen.³⁹ Dieser sollte unmittelbar nur in bestimmten Fällen Anwendung finden (von Musielak zwecks Loslösung von der alten Terminologie und den damit verbundenen Konzepten als »Sachwaltervertrag« bezeichnet), jedoch in analoger Anwendung (gegebenenfalls nur einzelner Vorschriften) auch anderen Verträgen (insbesondere »gewöhnlichen« Dienst- und Werkverträgen) offenstehen.⁴⁰ Inhaltlich baut der Regelungskomplex auf den Auftragsvorschriften auf, ist jedoch um zahlreiche Regelungen ergänzt, die im Ver-

³⁵ Ebenso Münch. Komm. BGB (-Seiler) § 662 Rz. 11; Münch. Komm. BGB (-Heermann) § 675 Rz. 11 (beide oben N. 19); Wendehorst 237.

³⁶ Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I–III (1981–1983).

³⁷ Musielak 1290f.

³⁸ Musielak 1291; unterstützend und vertiefend Michael Martinek, Das allgemeine Geschäftsbesorgungsrecht und die analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB, Anregungen aus und zu Musielaks Gutachten zur Schuldrechtsreform, in: FS Hans-Joachim Musielak (2004) 355–382, der den Bedarf nach einer »umfassenden konzeptionellen Neuregelung des Geschäftsbesorgungsrechts« in der Zwischenzeit als gestiegen ansieht (357).

³⁹ Musielak 1310ff. (mit einem konkreten Gesetzgebungsvorschlag); in diese Richtung auch Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht⁸ II/1 (1998), 309 (»... die Geschäftsbesorgungsverhältnisse mit einem eigenen dispositiven Satz von Normen in den Griff zu nehmen, die gerade die Geschäftsbesorgungsbeziehung regeln und in Verbindung mit den Dienst- und Werkverträgen oder auch mit ganz anderen Vertragsmodellen – je nach »Lebenstyp« wirtschaftlicher Beziehungen – heranzuziehen wären«).

⁴⁰ Musielak 1309.

gleich zu dem unentgeltlichen Auftrag von größerer Bedeutung sind bzw. sich als Lücken im Auftragsrecht erwiesen haben. Hierzu zählen eine differenziertere Regelung der Weisungsgebundenheit und der Aufwendungsersatzpflicht einschließlich der Haftung für im Zuge der Geschäftsbesorgung entstandene Schäden, eine Verschwiegenheitspflicht sowie eine Fiktion der Rechtsinhaberschaft des Geschäftsherrn bezogen auf Gegenstände, die der Geschäftsbesorger im Zuge der Geschäftsbesorgung auf Rechnung des Geschäftsherrn erworben hat.⁴¹ Als Grundlage für die inhaltlichen Änderungsvorschläge dienten Musielak zum einen das außerhalb des BGB geregelte besondere Geschäftsbesorgungsrecht (etwa des Architekten- und Baubetreuungsvertrages, des Handelsvertreter- und des Kommissionsvertrages). Dessen verallgemeinerungsfähige Regelungen sollten in den zu schaffenden Regelungskomplex des Sachwaltervertrages aufgenommen werden, der dadurch zu einem im BGB verorteten allgemeinen Teil des besonderen Geschäftsbesorgungsrechts werden sollte.⁴² Zum anderen ließ sich Musielak durch Regelungen anderer europäischer Rechtsordnungen inspirieren.⁴³ Umgesetzt wurden die Vorschläge Musielaks nie. Im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1992⁴⁴ tauchten sie nicht mehr auf. Bei der durch die Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie⁴⁵ angestoßenen Schuldrechtsreform des Jahres 2002⁴⁶ wurde die Systematik des Geschäftsbesorgungsrechts weder diskutiert noch angetastet.

2. Österreichisches Recht

a) Historische Entwicklung und Systematik *de lege lata*

Im Gegensatz zu dem deutschen Auftragsrecht erfasst das Auftragsrecht der §§ 1002ff. ABGB auch entgeltliche Geschäftsbesorgungen. Aufgrund der von dem ABGB ursprünglich ebenso wie von dem französischen Code civil verfolgten Einheit von Auftrag und Vollmacht war Gegenstand des Auftragsrechts jedoch allein der auf ein rechtsgeschäftliches Handeln in fremdem Namen gerichtete Bevollmächtigungsvertrag. Während die moderne Stellvertretungsdogmatik das Einheitsprinzip überwunden hat und heute zwischen Auftrag und Vollmacht trennt und abstrahiert, indem sie die

⁴¹ Siehe dazu die Erläuterungen von Musielak 1290ff.

⁴² Musielak 1267.

⁴³ Musielak 1268ff.

⁴⁴ *Bundesminister der Justiz*, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992).

⁴⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

⁴⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001, BGBl. I 3138.

Vorschriften der §§ 1002 ff. ABGB differenziert dem Innen- (Auftrag) oder Außenverhältnis (Vollmacht) zuordnet,⁴⁷ wirkt die gegenständliche Beschränkung des Auftragsrechts der §§ 1002 ff. ABGB in der Systematik des Geschäftsbesorgungsrechts fort. Tauglicher Gegenstand einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 1002 ff. ABGB ist allein eine rechtsgeschäftliche, regelmäßig eine (unmittelbare oder mittelbare) Stellvertretung umfassende Tätigkeit. Tatsächliche Tätigkeiten scheiden hingegen als Vertragsgegenstand einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 1002 ff. ABGB aus.⁴⁸ Sie unterfallen dem Dienst- bzw. Werkvertragsrecht der §§ 1151 ff. ABGB. Unentgeltliche Geschäftsbesorgungen beurteilen sich hingegen stets allein nach den §§ 1002 ff. ABGB, da Dienst- und Werkverträge typischerweise entgeltlich ausgestaltet sind.⁴⁹ Die Abgrenzung des Auftragsrechts von dem Dienst- bzw. Werkvertragsrecht im Hinblick auf eine Geschäftsbesorgung, die das deutsche Recht in die unscharfe Abgrenzung von Geschäftsbesorgung im engeren *versus* Geschäftsbesorgung im weiteren Sinne verlagert hat, erfolgt damit entlang der Trennlinie rechtsgeschäftlicher *versus* tatsächlicher Tätigkeiten.

b) Die Brücke des § 1151 II ABGB zum Dienstleistungsrecht

Ähnlich wie im deutschen Recht § 675 I BGB die Beschränkung der Auftragsvorschriften auf unentgeltliche Verträge durchbricht, wird im österreichischen Recht die Beschränkung der Auftragsvorschriften auf rechtsgeschäftliche Tätigkeiten durch § 1151 II ABGB durchbrochen. Danach sind auf Dienst- und Werkverträge, die mit einer Geschäftsbesorgung verbunden sind, auch die Auftragsvorschriften der §§ 1002 ff. ABGB anzuwenden. Bei einer Verbindung rechtsgeschäftlicher mit tatsächlichen Tätigkeiten kommt es somit zu einer Kombination auftragsrechtlicher mit dienstleistungsvertragsrechtlichen Vorschriften. Während eine ergänzende Anwendung in beide Richtungen⁵⁰ regelmäßig unproblematisch sein dürfte, wird das ange-

⁴⁷ So finden etwa die das Innenverhältnis regelnden Vorschriften der §§ 1002 ff. ABGB auf die mittelbare Stellvertretung (vollmachtlose Aufträge) und die das Außenverhältnis regelnden Vorschriften der §§ 1002 ff. ABGB auf auftraglose Vollmachten (etwa bloße Ermächtigungen) Anwendung; vgl. *Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (-P. Bydlinski)*, Kurzkommentar zum ABGB³ (2010) § 1002 Rz. 3 ff. (zitiert: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger [-Bearb.]*); ausführlicher *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 7 ff. und 40 a. E.; *Franz Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988) 58. A. III. 4–8.

⁴⁸ *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 40: »Übernahme der Verpflichtung zum Abschluß von Rechtsgeschäften [u]nd zur Vornahme von sonstigen Rechtshandlungen aller Art für den Geschäftsherrn ist Geschäftsbesorgung, nicht jedoch die Verpflichtung zur Vornahme rein tatsächlicher Verrichtungen«; ebenso *Rummel (-Krejci)* § 1151 Rz. 120 und bereits *Klang (-Adler)*, Kommentar zum ABGB (1932) § 1151 X. (136).

⁴⁹ Siehe *Rudolf Welsch*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ II (2007) 209 N. 1; *Gschnitzer* (oben N. 47) 58. A. II. 1.

⁵⁰ So *Gschnitzer* (oben N. 47) 58. A. II. 2. a und c.

ordnete Zusammenspiel dort problematisch, wo Auftrags- und insbesondere Dienstvertragsrecht im Widerspruch zueinander stehen (wie etwa bei der persönlichen Dienstpflicht, Schadens- und Aufwendungsersatzansprüchen). In dieser Hinsicht gilt es zu beachten, dass Dienstvertrag im Sinne der §§ 1151 ff. ABGB nur der »echte« Dienstvertrag, nach heute üblicher Terminologie also der Arbeitsvertrag ist, auch wenn für diesen die Vorschriften des ABGB mittlerweile weitgehend durch spezielle Arbeitsrechtsgesetzgebung ergänzt oder sogar ersetzt werden. Auf den davon abzugrenzenden freien Dienstvertrag sind nur diejenigen Vorschriften der §§ 1151 ff. ABGB anzuwenden, die nicht auf persönlicher Abhängigkeit beruhen, und auch dies nur analog.⁵¹ Handelt es sich um einen Arbeitsvertrag, der mit einer Geschäftsbesorgung verbunden ist, so ist im Konfliktfall aufgrund des zwingenden Charakters und der Schutzfunktion arbeitsvertraglicher Regelungen regelmäßig den Vorschriften der §§ 1151 ff. ABGB bzw. spezialgesetzlichen, arbeitsrechtlichen Vorschriften der Vorrang einzuräumen.⁵² Jenseits der Arbeitsverträge beurteilt sich das Zusammenspiel differenzierter. Als allgemeine Leitlinie gilt, dass sich der Vertrag primär nach Auftragsrecht richtet, wenn die Geschäftsbesorgung den Vertrag als Ganzen prägt.⁵³ Dies ist regelmäßig bei solchen freien Dienst- oder Werkverträgen der Fall, die sich im Wesentlichen in einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit erschöpfen.⁵⁴ Steht hingegen eine tatsächliche Tätigkeit wie die Errichtung eines Hauses im Vordergrund und erscheint die Geschäftsbesorgung dazu lediglich als untergeordneter, mit dem anderen Vertragsgegenstand einhergehender Teil des Vertrages, soll es sich um einen gemischten Vertrag handeln.⁵⁵ Dieser ist als ein dem anderen Vertragsgegenstand entsprechender Vertragstyp zu charakterisieren, auf den primär das Recht dieses Vertragstyps, also etwa freies Dienst- oder Werkvertragsrecht, anzuwenden ist. Auftragsrecht findet nur ergänzend auf das Geschäftsbesorgungselement, also die Bevollmächtigung bzw. Beauftragung, Anwendung.

c) Ansätze für ein allgemeineres Verständnis des Geschäftsbesorgungsrechts

Einige Stimmen in der Literatur entnehmen § 1151 II ABGB einen allgemeinen Rechtsgedanken. Danach sollen die §§ 1002 ff. ABGB neben einem bestimmten Vertragstyp als eine »Art allgemeine schuldrecht[liche] Rege-

⁵¹ Vgl. *Koziol/Bydlinski/Bollenberger (-Spenling)* (oben N. 47) § 1151 Rz. 12; *Rummel (-Krejci)* § 1151 Rz. 83.

⁵² *Rummel (-Krejci)* § 1151 Rz. 121; *Gschmitzer* (oben N. 47) 58. A. II. 2. b; *Klang (-Adler)* (oben N. 48) § 1151 X. (136f.).

⁵³ *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 40.

⁵⁴ In diese Richtung *Rummel (-Krejci)* § 1151 Rz. 122.

⁵⁵ *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 40.

lung« aufzufassen sein.⁵⁶ Die Konsequenzen einer solchen Verallgemeinerung des § 1151 II ABGB sind noch nicht abschließend geklärt. Strasser weist darauf, dass es durch die Verallgemeinerung möglich sei, zumindest einzelne Vorschriften der §§ 1002 ff. ABGB auch auf andere Vertragstypen als Dienst- oder Werkverträge anzuwenden, soweit es im Regelungsregime des betroffenen Vertragstyps und in dem individuellen Vertrag an entsprechenden Regelungen fehle,⁵⁷ deren Anwendung jedoch sachgerecht erscheine.⁵⁸ Auszugehen sei dann von einem gemischten Vertrag. Auf dessen Geschäftsbesorgungselemente, die Strasser nach wie vor auf rechtsgeschäftliche Tätigkeiten beschränkt, sollten die §§ 1002 ff. ABGB angewendet werden. Hiervon ist jedoch der Weg zu einer ergänzenden Anwendung der §§ 1002 ff. ABGB auf tatsächliche Tätigkeiten nicht mehr weit, sofern dies denn im konkreten Fall sachgerecht erscheint.⁵⁹ Die Trennlinie zwischen Auftragsrecht einerseits und Dienst- bzw. Werkvertragsrecht andererseits verschwimmt dadurch freilich zunehmend zugunsten einer flexiblen und dann notwendig an anderen, erst noch zu entwickelnden Kriterien ausgerichteten Anwendung der §§ 1002 ff. ABGB.

3. Schweizerisches Recht

a) Historische Entwicklung

Der von Walther Munzinger im Auftrag des schweizerischen Bundesrates erarbeitete erste Entwurf eines Obligationenrechts (OR) von 1871 basierte in weiten Teilen auf dem Dresdener Entwurf zum deutschen BGB, der die Grundlage für den Entwurf des deutschen BGB der 1. Kommission darstellte.⁶⁰ Dies gilt gerade auch für die Grundentscheidung, den Auftrag nicht auf

⁵⁶ *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 39 f.

⁵⁷ *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 39.

⁵⁸ Diese Voraussetzung wird nicht genannt, scheint aber implizit zu sein.

⁵⁹ In diese Richtung *Norbert Schoibl*, Zum Anspruch des Stellenbewerbers auf Ersatz von Vorstellungskosten: *ÖRWirt.* 1985, 247–251 (249), anknüpfend an die von dem Obersten Gerichtshof (OGH) seit der Entscheidung vom 31. 5. 1983, *JBl.* 1984, 391 in ständiger Rechtsprechung vorgenommene analoge Anwendung der Aufwendungsersatzpflicht des § 1014 ABGB auf Arbeitsverträge unabhängig davon, ob die Tätigkeit rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur ist; *Rummel (-Strasser)* § 1002 Rz. 40 a. E. lehnt eine generelle Erweiterung auf tatsächliche Tätigkeiten jedoch auch vor dem Hintergrund der OGH-Rechtsprechung ab, da diese Rechtsprechung allein arbeitsrechtlich begründet und gerechtfertigt und daher nicht verallgemeinerungsfähig sei.

⁶⁰ *Hans-Peter Benöhr*, Der Dresdner Entwurf von 1866 und das Schweizerische Obligationenrecht von 1881, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. von *Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Terrier* (1982) 57–89 (57 f.); *Berner Kommentar (-Fellmann)* Vor Artt. 394–406 Rz. 26 und 46; *Lukas Gschwend*, Artikel »Obligationenrecht«, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* IX (2010).

die unentgeltliche Geschäftsbesorgung zu beschränken,⁶¹ die im weiteren Gesetzgebungsverfahren zum OR von 1881 und der Revision im Jahre 1911 ungeachtet der Beschränkung auf unentgeltliche Vertragsverhältnisse im 2. Entwurf des BGB von 1895 beibehalten wurde. Nach Münzingers Entwurf war der Auftrag – anders als im heutigen schweizerischen Recht – auf die Besorgung fremder Geschäfte beschränkt, während die Verpflichtung zur Leistung von Diensten dem Dienstvertrag unterfallen sollte. Entsprechend dieser aus dem Dresdener Entwurf für das deutsche BGB übernommenen Systematik waren Auftrag/Geschäftsbesorgungsvertrag und Dienstvertrag anhand des Vertragsgegenstandes »Geschäft« und »Dienst« voneinander abzugrenzen – wie dies auch die 1. Kommission in der Begründung zu ihrem Entwurf für das BGB vorgesehen hatte. Weder der Dresdener bzw. der Entwurf der 1. Kommission noch Münzingers Entwurf enthielten nähere Ausführungen zu einer Abgrenzung. In beiden Entwürfen schwingt jedoch unterschwellig noch immer die an sich bereits überwundene Einheit oder zumindest Verknüpfung von Auftrag und Vollmacht und damit verbunden die Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen (Auftrag) und tatsächlichen (Dienstvertrag) Tätigkeiten mit,⁶² auch wenn die 1. Kommission eine solche für das BGB ausdrücklich ablehnte.

Nachdem die Trennung von Auftrag und Vollmacht in den Folgejahren verinnerlicht worden war, stand der Erfassung auch tatsächlicher Dienstleistungen durch das Auftragsrecht nichts mehr im Wege. Um gemischte Verträge bei der häufig anzutreffenden Kombination von rechtsgeschäftlichen mit tatsächlichen Dienstleistungen als Gegenstand einer Geschäftsbesorgung im weiteren Sinne zu vermeiden, wurden tatsächliche Dienstleistungen in den Jahren nach Erlass des OR 1881 als tauglicher Gegenstand eines Auftrags anerkannt.⁶³ Der Auftrag sollte nach den Vorarbeiten zu der Revision des OR 1911 jedoch nicht alle Dienstleistungen erfassen. Vielmehr wurde danach differenziert, ob der Vertrag ein Zeitelement enthielt:⁶⁴ War die Besorgung einzelner oder mehrerer (konkreter) Geschäfte oder Dienste geschuldet, lag ein Auftrag vor. Kennzeichnete hingegen ein Zeitelement die Dienstleistung (Verpflichtung auf bestimmte, aber auch unbestimmte Zeit), lag ein Dienstvertrag vor.

⁶¹ Berner Kommentar (-*Fellmann*) Art. 394 Rz. 365.

⁶² So jedenfalls für das schweizerische Recht *Heinrich Hafner*, Das Schweizerische Obligationenrecht¹ (1883) Art. 392 Rz. 1; Berner Kommentar (-*Fellmann*) Vor Artt. 394–406 Rz. 45.

⁶³ Berner Kommentar (-*Fellmann*) Vor Artt. 394–406 Rz. 91 f.

⁶⁴ Siehe dazu insbesondere *Philipp Lotmar*, Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht: ZSR 43/N.F. 21 = 43 (1902) 507–556 (532f.); Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, 1908/1909, 26. Sitzung vom 9. 3. 1909, S. 8.

Im revidierten OR 1911 fand die Erfassung der Dienstleistungen durch das Auftragsrecht schließlich ihren Abschluss: Der Begriff des Auftrags wurde um die Besorgung von Diensten neben Geschäften ergänzt, ohne dass das Zeitelement als Differenzierungskriterium zum Dienstvertrag übernommen wurde. Gleichzeitig wurde das Dienstvertragsrecht von 12 überwiegend dispositiv ausgestalteten auf 44 teilweise zwingende Vorschriften ausgedehnt. Diese bildeten den Nukleus eines sich herausbildenden Arbeitsrechts als Sonderrechtsmaterie, die sich im 20. Jahrhundert durch zahlreiche Sondergesetze außerhalb des OR weiter verselbständigte. Das Dienstvertragsrecht war damit zwischen Arbeits- (unselbständige Dienstleistungen) und Auftragsrecht (selbständige Dienstleistungen) aufgeteilt worden. Das Auftragsrecht entwickelte sich zu einem allgemeinen Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungsrecht, während sich das umgestaltete und erweiterte Dienstvertragsrecht auf Arbeitsverträge beschränkte. Ein Vergleich zwischen dem Dienstvertragsrecht des OR 1881 und dem Auftragsrecht des OR 1911 ergibt, dass das Auftragsrecht des OR 1911 nicht nur die Regelungen des Dienstvertragsrechts des OR 1881 zu freien Dienstverträgen abbildet, sondern sogar noch darüber hinausgeht.⁶⁵

b) Systematik und Reichweite der Geschäftsbesorgung *de lege lata*

Nach geltendem Recht hat der einfache Auftrag (Artt. 394–406 OR) den denkbar weitesten Anwendungsbereich. Gemäß Art. 394 I OR erfasst der Auftrag die Besorgung sämtlicher Geschäfte oder Dienste im Interesse des Auftraggebers. Aus Art. 394 II OR wird deutlich, dass der Auftrag die (subsidiäre) Grundform aller Verträge über Arbeitsleistungen, d. h. Dienstleistungen in einem weit verstandenen Sinne, darstellt, die sich mangels Subordinationsverhältnisses nicht als Arbeitsvertrag im Sinne der Artt. 319 ff. OR⁶⁶ und mangels eines geschuldeten Erfolgs (anstelle einer Tätigkeit) nicht als Werkvertrag im Sinne der Artt. 363 ff. OR⁶⁷ darstellen.⁶⁸ Kontrovers diskutiert werden seit Erlass des revidierten OR 1911 der zwingende Charakter des freien Widerrufs- und Kündigungsrechts im heutigen Art. 404 OR und in Abhängigkeit davon die Existenz von Innominatverträgen über Arbeitsleistungen im Lichte des Art. 394 II OR. Mit einem Teil der Litera-

⁶⁵ Ausführlich dazu Berner Kommentar (*-Fellmann*) Vor Artt. 394–406 Rz. 104 ff.

⁶⁶ Von dem Abgrenzungskriterium des Subordinationsverhältnisses (Arbeitsvertrag, wenn der die Arbeitsleistung Erbringende in den Betrieb und die Organisation einer anderen Person eingegliedert ist und damit korrespondierend einer verschärften Weisungsgebundenheit unterliegt) geht jedenfalls die heute überwiegende Auffassung aus; vgl. ausführlich Berner Kommentar (*-Fellmann*) Art. 394 Rz. 301 ff.; *Honsell* § 23 II. 2.

⁶⁷ Vgl. dazu erneut *Honsell* § 23 II. 1.

⁶⁸ Zu beachten ist, dass sich unentgeltliche Verträge über Geschäfte, Dienst- oder Werkleistungen stets nach (einfachem) Auftragsrecht beurteilen.

tur sieht vor allem das Bundesgericht (BG) Art. 404 OR aufgrund des einem jeden Auftrag immanenten Vertrauens als zwingende Norm an.⁶⁹ Um einer Flucht aus dem Auftrag in Innominat- bzw. gemischte Verträge mit Auftragsselement vorzubeugen, geht das Bundesgericht auch für diese davon aus, dass sich der Widerruf und die Kündigung des Vertrages in seiner Gesamtheit jedenfalls dann über Art. 394 II OR nach Art. 404 OR richten, wenn das Vertrauselement als Rechtfertigung des freien Widerrufs- und Kündigungsrechts im Gesamtvertrag ein solches Gewicht hat, dass die Anwendung des Art. 404 OR sachgerecht erscheint.⁷⁰ Dies dürfte in der Mehrzahl der heute typisierten Innominatverträge über Dienstleistungen der Fall sein, da es sich um gemischte Verträge mit Auftragsselement handelt,⁷¹ in denen das Vertrauselement regelmäßig eine gewisse Bedeutung hat. Explizit bejaht hat das Bundesgericht die Anwendung des Art. 404 OR bisher für gemischte Verträge mit Auftrags- und Werkvertragsselementen,⁷² verneint für Charterverträge.⁷³ Gewichtige Stimmen in der Literatur lehnen es hingegen ab, das freie Widerrufs- und Kündigungsrecht als eine für alle Arten des Auftrags zwingend geltende Regel anzusehen.⁷⁴ Die Ablehnung bezieht sich insbesondere auf entgeltliche Auftragsverhältnisse sowie gemischte Verträge und entspricht insofern der deutschen Lösung in § 675 I BGB, die das freie Widerrufs- und Kündigungsrecht des § 671 BGB von dem Verweis und damit der Anwendung auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge ausnimmt.⁷⁵ Anderenfalls drohe eine Flucht aus dem Auftrag in Innominatver-

⁶⁹ Vgl. insbesondere *Georg Gautschi*, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz (1953) 173; heute insbesondere vertreten von *Josef Hofstetter*, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag (2000) 58 ff.; *Andreas Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil³ (1988) 228; vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere BG 3. 10. 1972, BGE 98 II 305; 19. 12. 1989, BGE 115 II 464 (466 f.); 24. 9. 1991, BGE 117 II 466 (478).

⁷⁰ BG 13. 12. 1983, BGE 109 II 464 (466 f.); 12. 6. 1984, BGE 110 II 380 (382); 14. 6. 2001, BGE 127 III 543 (545); 23. 10. 2006, 4C.259/2006 E.2 (jeweils gemischter Vertrag mit Elementen des Werkvertrags und des Auftrags).

⁷¹ Vgl. dazu die tabellarische Aufstellung bei *Rolf H. Weber*, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten (1990) 36 f.; zudem verschwimmen die Grenzen zwischen einem Innominatvertrag (also einem Vertrag *sui generis*) und einem gemischten Vertrag gerade im Auftragsrecht zusehends (vgl. nur Berner Kommentar [-*Fellmann*] Art. 394 Rz. 296 einerseits [»gemischte Arbeitsleistungsverträge bzw. Arbeitsleistungsverträge *sui generis*«] und Art. 394 Rz. 351 andererseits).

⁷² Siehe die Entscheidungen oben in N. 70; abweichend allerdings BG 4. 2. 1986, BGE 112 II 41 (46).

⁷³ BG 19. 4. 1989, BGE 115 II 108 (111).

⁷⁴ Siehe etwa *Honsell* § 23 VI. 1.; *Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (1972) 140 ff.; Berner Kommentar (-*Fellmann*) Vor Artt. 394–406 Rz. 143 ff. m. w. N. in Rz. 132.

⁷⁵ Eine – allerdings abweichend von Art. 404 OR – dispositive fristlose Kündigungsmöglichkeit beider Parteien kann sich jedoch aus § 627 BGB im Falle einer besonderen Vertrau-

träge,⁷⁶ die freilich auch das Bundesgericht sieht und zu verhindern versucht, da sie den Charakter des Auftragsrechts als umfassendes Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsrecht in Frage stelle.⁷⁷

Ungeachtet dieser Kontroverse innerhalb des Auftragsrechts stellt das schweizerische Recht im Hinblick auf die Systematik des Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsrechts den Gegenpol zum deutschen und auch zum österreichischen Recht dar. Durch die Brille der deutschen, aber auch der abweichenden österreichischen Systematik betrachtet, umfasst der einfache Auftrag schweizerischen Rechts die Vertragstypen des (freien) Dienstvertrags, des Auftrags und der Geschäftsbesorgung in einem. Dabei ergänzt eine wachsende Anzahl besonders geregelter Geschäftsbesorgungsverträge – von der Partnerschaftsvermittlung über den Kreditauftrag bis hin zur Kommission⁷⁸ – das Recht des einfachen Auftrags als Auffangtatbestand⁷⁹ und zugleich allgemeinen Teil eines umfassenderen Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsrechts.⁸⁰ Als allgemeines Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsrecht enthält das Recht des einfachen Auftrags des OR über das deutsche Auftragsrecht hinausgehende Vorschriften, die sich auch im deutschen Dienst- und Werkvertragsrecht nicht finden. Dies gilt etwa für die vermutete Vollmacht zu Rechtshandlungen zur Ausführung des Auftrags (Art. 396 II OR), für die vereinfachte Übertragung der von dem Beauftragten geschuldeten Tätigkeit auf einen Dritten (Art. 398 III OR), für den Übergang der Ansprüche gegen einen Dritten bei Übertragung der Geschäftsbesorgung auf einen Dritten (Art. 399 III OR) und für den Übergang erworbener Rechte bei mittelbarer Stellvertretung (Art. 401 OR).

Die sowohl im deutschen als auch im österreichischen Recht schwierige Abgrenzungsfrage zwischen Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsrecht auf der einen Seite und Dienstvertragsrecht auf der anderen Seite stellt sich im schweizerischen Recht heute nicht mehr. Die in Artt. 394 ff. OR statuierten Rechte und Pflichten gelten vielmehr für jede Geschäftsbesorgung, ob sie nun aus deutscher Sicht eine Geschäftsbesorgung im engeren oder weiteren Sinne bzw. aus österreichischer Sicht eine rechtsgeschäftliche oder eine tatsächliche Tätigkeit zum Gegenstand hat. Demgegenüber stellt die fehlende Verzahnung von Geschäftsbesorgung und Werkvertrag im schweizerischen OR, wie sie § 675 I BGB und Art. 1151 II ABGB vorsehen, eine systemati-

ensstellung ergeben; sie ist allerdings bei unzeitiger Kündigung des Geschäftsbesorgers schadensatzbewehrt.

⁷⁶ Vgl. Jürg Peyer, Der Widerruf im Auftragsrecht (1974) 166 und 175 ff.; Honsell § 23 VI. 1.; Berner Kommentar (-Fellmann) Vor Artt. 394–406 Rz. 145.

⁷⁷ So etwa Berner Kommentar (-Fellmann) Vor Artt. 394–406 Rz. 144; Bucher (oben N. 69) 325 f.

⁷⁸ Siehe Artt. 406a ff. OR.

⁷⁹ Honsell § 23 I. 2. (Sammelbecken) und III. (eine Art Auffangtatbestand).

⁸⁰ von Büren (oben N. 74) 126; Berner Kommentar (-Fellmann) Vor Artt. 394–406 Rz. 159.

sche Schwäche der schweizerischen Lösung dar.⁸¹ Sie ist durch die Reichweite des einfachen Auftrags als umfassendem Dienstleistungsvertrag, der Geschäftsbesorgungen mit einschließt, vorgezeichnet und entspricht insofern der auch im deutschen und österreichischen Recht getroffenen Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag. Die Praxis behilft sich entweder mit der Annahme eines gemischten Vertrags, auf den eine Kombination aus Werkvertrags- und Auftragsrecht anzuwenden ist, oder mit Innominatverträgen, in deren vom Richter gesetztes Vertragstypenrecht sowohl Elemente des Auftrags als auch des Werkvertrags einfließen.⁸²

c) Ansätze für ein allgemeineres Verständnis des Auftragsrechts

Auch im schweizerischen Recht gibt es Tendenzen zu einem allgemeineren Verständnis des Auftragsrechts. Sie gehen dahin, das Auftragsrecht systematisch noch deutlicher als den allgemeinen Teil des Geschäftsbesorgungsrechts zu verorten.⁸³ Eine Verallgemeinerung ist freilich im schweizerischen Recht im Vergleich zum deutschen und österreichischen Recht bereits insofern angelegt, als der Auftrag mit seinem weiten sachlichen Anwendungsbereich sämtliche Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsverträge umfasst und auch für die Regelung besonderer gesetzlicher Geschäftsbesorgungstypen als gesetzliches Leitbild dient.⁸⁴ Berücksichtigt man, wie viele der typisierten Innominatverträge ein Auftragsmoment enthalten,⁸⁵ erscheint es sogar erwägenswert, das Auftragsrecht *de lege ferenda* noch weitergehend und modifizierter im allgemeinen Obligationenrecht zu verorten.

IV. Systematik des Draft Common Frame of Reference

Der Draft Common Frame of Reference⁸⁶ kennt keinen Vertragstyp der Geschäftsbesorgung als solchen. Vielmehr kommen zur Erfassung der Geschäftsbesorgung im weiteren Sinne nur die Vertragstypen der *service contracts* in Buch IV.C. und der *mandate contracts* in Buch IV.D. in Betracht.⁸⁷

⁸¹ In dieser Hinsicht ebenfalls kritisch *Musielak* 1277 f. und 1292.

⁸² In diese Richtung auch Berner Kommentar (-*Fellmann*) Art. 394 Rz. 356 ff.

⁸³ Vgl. etwa Berner Kommentar (-*Fellmann*) Vor Artt. 394–406 Rz. 152 ff.

⁸⁴ So auch *Wendehorst* 223.

⁸⁵ Siehe erneut die tabellarische Aufstellung bei *Weber* (oben N. 71) 36 f.

⁸⁶ Siehe Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference – Outline Edition, hrsg. von *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke* (2009) Book IV, Part C.

⁸⁷ In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die auf dem DCFR beruhende *Feasibility Study* der *Expert Group* der Europäischen Kommission für ein europäisches Vertragsrecht

1. Grundstruktur der *service* und *mandate contracts*

Service contracts sind eine sehr weit gefasste Kategorie, die nach Art. IV. C.-1:101(1) sämtliche (entgeltliche) Verträge zur Erbringung einer Dienstleistung an eine andere Person und damit potentiell auch jede Form der Geschäftsbesorgung erfasst (»supply a service to the other party«). *Mandate contracts* erfassen nach Art. IV. D.-1:101(1) das typische Grundgeschäft (das Innenverhältnis) rechtsgeschäftlichen Handelns für einen anderen, sowohl in Form unmittelbarer als auch mittelbarer Stellvertretung, sowie Tätigkeiten zur Vermittlung von Rechtsgeschäften, etwa Makler- und Brokertätigkeiten. Sie sind nicht auf unentgeltliche Ausgestaltungen beschränkt, sondern erfassen nach Art. IV. D.-1:101(3) als Regelfall entgeltliches Handeln. Die Regelung der *mandate contracts* ist dementsprechend recht ausführlich. So werden neben Weisungsgebundenheit (Artt. IV. D.-4:101 ff.), Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht (Artt. IV. D.-3:401 ff.) sowie Aufwendungsersatzanspruch (Art. IV. D.-2:103) etwa auch Interessenkonflikte (Artt. IV. D.-5:101 f.), Änderungen des Auftrags (Art. IV. D.-4:201), Unwiderruflichkeit (Art. IV. D.-1:105), die Rechtsfolgen des Handelns jenseits der Grenzen der aufgetragenen Geschäftsbesorgung (Artt. IV. D.-3:201 f.) und die Vertragsbeendigung (Artt. IV. D.-6:101 ff.) behandelt. Durch die Begrenzung auf das Grundgeschäft einer Stellvertretung und die ein Rechtsgeschäft vermittelnden Tätigkeiten ist der sachliche Anwendungsbereich für sich betrachtet eng gezogen.⁸⁸ Die entgeltliche Besorgung rein tatsächlicher Tätigkeiten ist abgesehen von den ein Rechtsgeschäft vermittelnden Tätigkeiten entgegen der Rechtslage in Deutschland und der Schweiz, allerdings im Einklang etwa mit dem österreichischen und französischen Recht, nicht erfasst. Damit gehen die *service contracts* in ihrem sachlichen Anwendungsbereich über die Geschäftsbesorgung hinaus, während die *mandate contracts* mit der sachlichen Begrenzung auf den Bevollmächtigungsvertrag bei weitgehender Ausklammerung tatsächlicher Tätigkeiten dahinter zurückbleiben.⁸⁹

vom April 2011 weder die Regelungskomplexe zu *service* noch zu *mandate contracts* übernommen hat.

⁸⁸ Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: JZ 2008, 529–550 (542) bezeichnen den *mandate contract* des DCFR dementsprechend als »Bevollmächtigungsvertrag«; zur vorrangigen Anwendung auf gemischte Verträge sogleich unter IV.2.

⁸⁹ Zur faktischen Umkehr dieser Bedeutung insbesondere für Geschäftsbesorgungsverträge siehe unten IV. 2. b).

2. Systematisches Zusammenspiel der Vorschriften über *service* und *mandate contracts*

Im Hinblick auf das systematische Zusammenspiel der Regelungen über *service* und *mandate contracts* enthalten der DCFR und die *Comments* der *Full Edition* verschiedene Regelungen und Aussagen.⁹⁰

a) Grundregel und Spezialregelung für gemischte Verträge

Im Recht der *service contracts* legt Art. IV. C.-1:103 zunächst die Grundregel fest, dass im Konfliktfall die Regelungen über *mandate contracts* in Buch IV. D. Vorrang vor den Regeln über *service contracts* in Buch IV. C. haben sollen. Damit scheint Art. IV. D.-1:101(5) im Recht der *mandate contracts* zu korrespondieren. Danach ist auf Verträge, auf die sowohl Buch IV. C. als auch Buch IV. D. Anwendung finden, vorrangig Buch IV. D., also der Regelungskomplex über *mandate contracts*, anzuwenden.

Diese vermeintliche Grundregel wird durch die allgemeinen *Comments* zu Art. IV. D.-1:101 unter A. gestützt. Darin wird ausgeführt, es sei in der *Study Group* diskutiert worden, ob *mandate contracts* als ein Kapitel im Recht der *service contracts* zu regeln seien oder ob es gerechtfertigt und sachgerecht sei, sie separat in einem eigenen *Part* zu regeln. Man entschied sich mit der Schaffung des Buches IV. D. für die zweite Variante, betonte jedoch in den *Comments* unter A., dass ein *mandate contract* durch den besonderen Gegenstand der geschuldeten Dienstleistung nicht seinen Charakter als *service contract* verliere. Aus diesem Grunde sollen Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen an anderen Stellen im DCFR (also nicht nur in Buch IV. C. über *service contracts*, sondern insbesondere auch allgemeine vorvertragliche Informationspflichten nach Buch II.3) auch auf *mandate contracts* Anwendung finden, sofern ihre Anwendung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist (»unless otherwise stated«).⁹¹ Die Formulierung »unless otherwise stated« ist in diesem Zusammenhang allerdings etwas missverständlich. Die Vorschriften über *service contracts* sind in keiner der Vorschriften im Recht der *mandate contracts* ausdrücklich ausgeschlossen.⁹² Sie wären also stets in ihrer Gesamtheit anwendbar. Gemeint ist wohl ein Subsidiaritätsverhältnis dergestalt, dass die Regelungen über *service contracts* als *leges generales* zu den *leges speciales* der Regelungen über *mandate contracts* nur, aber eben auch im-

⁹⁰ Einer der wenigen bisher erschienenen Beiträge zu den Regelungen über *mandate contracts* von Carlos Gómez Ligüerre, *Mandate*, in: *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, hrsg. von Luisa Antonioli/Francesca Fiorentini (2011) 163–177, geht auf das Verhältnis zu den Regelungen über *service contracts* gar nicht ein.

⁹¹ DCFR, *Full Edition*, *Comments* IV. D.-1:101 A. (am Ende).

⁹² Auch umgekehrt findet sich in den Vorschriften über *service contracts* kein Ausschluss der Anwendbarkeit auf *mandate contracts*.

mer dann zur Anwendung kommen, wenn letztere keine Regelung der in Rede stehenden Problematik enthalten. Dies entspricht der Konfliktregelung des Art. IV. C.-1:103, nach der im Konfliktfall die Regelungen betreffend *mandate contracts* Vorrang gegenüber jenen betreffend *service contracts* haben.

Aus den *Comments* zu Art. IV. D.-1:101 unter G., die spezifisch Art. IV. D.-1:101(5) betreffen, wird allerdings deutlich, dass diese Vorschrift nicht die dem Art. IV. C.-1:103 korrespondierende Grundregel im Recht der *mandate contracts* darstellt. Vielmehr ist sie eine Spezialregelung, die allein gemischte Verträge betrifft. Für diese bringt sie die zweite Alternative des Art. II.-1:107 zur Behandlung gemischter Verträge, Art. II.-1:107(3) lit. a und (4), zur Anwendung.⁹³ Im Wortlaut des Art. IV. D.-1:101(5) kommt dies allerdings nicht zum Ausdruck (sondern eher das Gegenteil⁹⁴). Ein schlichter Verweis auf Art. II.-1:107(3) lit. a und (4) wäre deutlich klarer.

Aus den dargestellten Regelungen und Erläuterungen ergibt sich im Überblick folgende Systematik des Zusammenspiels der Vorschriften über *service* und *mandate contracts*: Der *mandate contract* ist ein gesondert geregelter Fall des *service contract*. Auf ihn finden daher primär die speziellen Vorschriften über *mandate contracts*, subsidiär jedoch sämtliche Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen im DCFR einschließlich der allgemeinen Vorschriften über *service contracts* in Buch IV. C. Kapitel 1 und 2 Anwendung. Auf einen gemischten Vertrag, der eine Bevollmächtigung und weitere Dienstleistungen zum Gegenstand hat, sind nach Art. IV. D.-1:101(5) in Verbindung mit Art. II.-1:107(3) lit. a und (4) vorrangig die Vorschriften über *mandate contracts* anzuwenden.

b) Konsequenzen der Spezialregelung für gemischte Verträge

Die Konsequenzen der Spezialregelung für gemischte Verträge mit einem Bevollmächtigungselement in Art. IV. D.-1:101(5) sind weitreichender, als dies auf den ersten Blick scheinen mag. Der DCFR unterscheidet nicht zwischen einer Bevollmächtigung im Rahmen eines *service contract* und derjenigen als Gegenstand eines *mandate contract*. Daher liegt ein gemischter Vertrag vor, sobald ein Dienstleistungsvertrag eine Bevollmächtigung enthält, was stets der Fall ist, wenn er zumindest auch eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit zum Gegenstand hat. Da ein nicht unerheblicher Teil gerade entgeltlicher Geschäftsbesorgungsverträge eine Bevollmächtigung zum rechtsgeschäft-

⁹³ DCFR, Full Edition, Comments IV. D.-1:101 G.

⁹⁴ Siehe insofern *Hannes Unberath*, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens: ZEuP 16 (2008) 745–774 (761), der vor Erscheinen der *Comments* im Jahr 2009 allein anhand des Normtextes (damals noch Art. IV. D.-1:101(4) der Interim Outline Edition) noch davon ausgeht, dass die Regelungen der *service contracts* auf *mandate contracts* grundsätzlich keine Anwendung finden.

lichen Handeln enthält, jedoch nicht auf diese beschränkt ist, sondern daneben weitere Dienstleistungen umfasst, sind Geschäftsbesorgungsverträge nach der Systematik des DCFR regelmäßig gemischte Verträge.⁹⁵ Dies führt dazu, dass die Vorschriften über *service contracts* für Geschäftsbesorgungsverträge einen Großteil ihrer praktischen Bedeutung einbüßen, während die Regeln über *mandate contracts* eine ihnen kaum angemessene Bedeutung erlangen. Nach Art. IV.D.-1:101(5) in Verbindung mit Art. II.-1:107(3) lit. a und (4) sind nämlich auf den gemischten Vertrag als Ganzen (!), also auch auf die übrigen Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselemente jenseits der Bevollmächtigung, primär die Regelungen über *mandate contracts* anzuwenden. Die Vorschriften über *service contracts* hingegen sind auf die Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselemente ausweislich Art. II.-1:107(4) nur entsprechend anzuwenden und auch dies nur insoweit, als sie nicht im Widerspruch zu den Regelungen über *mandate contracts* stehen. Da sich sowohl im Recht der *service* als auch der *mandate contracts* voneinander abweichende Regelungen etwa der Vergütung, der Kooperationspflichten, des Sorgfaltsmaßstabs, der Vertragsänderung und der Vertragsbeendigung finden, erfasst die Vorrangregelung zugunsten der *mandate*-Vorschriften im Stile der Absorptionsmethode⁹⁶ zentrale Bereiche des jeweils in Rede stehenden Vertrages.

c) Kritik

Die in der Praxis zur Regel werdende Anwendung von Art. II.-1:107(3) lit. a und (4) über Art. IV.D.-1:101(5) insbesondere auf Geschäftsbesorgungs-, aber auch andere Dienstleistungsverträge überzeugt nicht. Die *ratio legis* des Art. II.-1:107(3) verdeutlichen Art. II.-1:107(3) lit. b und die *Comments* zu Art. II.-1:107: Es geht um gemischte Verträge, die sich nicht als zwei separate Verträge auffassen lassen, für die Art. II.-1:107(2) gilt, sondern bei denen eines der Elemente des gemischten Vertrages so dominant ist, dass es dem gesamten Vertrag sein charakteristisches Gepräge gibt. Dies rechtfertigt es, nach Art. II.-1:107(4) primär die Vorschriften des diesem Element entsprechenden Vertragstyps auf den gesamten Vertrag anzuwenden. Während Art. II.-1:107(3) lit. b dies generell als Gegenpol zu Art. II.-1:107(2) zum Ausdruck bringt, dient Art. II.-1:107(3) lit. a als Verweisziel für gemischte Vertragstypen, bei denen stets das einem Vertragstyp zuzuordnende Element prägend ist, während die einem oder mehreren anderen Vertragstypen zuzuordnenden Elemente »purely incidental to the other«⁹⁷ sind. Dies

⁹⁵ Ebenso Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (oben N. 88) 542.

⁹⁶ Näher zu den verschiedenen Methoden der Behandlung gemischter Verträge im deutschen Recht etwa Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 (1994) § 63 I. 3.

⁹⁷ DCFR, Full Edition, Comments II.-1:107.

ist bei umfassenden Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungsverträgen, die eine Bevollmächtigung enthalten, gerade nicht der Fall. Es handelt sich bei diesen Verträgen nicht typischerweise um einen Bevollmächtigungsvertrag, der »only incidentally of another type« ist.⁹⁸ Die Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselemente sind hier *regelmäßig* nicht nur untergeordneter Annex. Die Bevollmächtigung ist daher nicht prägend, so dass die Rechtsfolgen des Art. II.-1:107(4) zugunsten des Rechts der *mandate contracts* nicht gerechtfertigt sind. Die *ratio legis* des Art. II.-1:107(3) lit. a passt somit nicht auf gemischte Verträge aus einer Bevollmächtigung und weiteren Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselementen. Vielmehr ist im Einzelfall nach der Struktur der Mischung der Elemente der *service* und *mandate contracts* zu entscheiden, ob sich der gemischte Vertrag sachgerechter von Art. II.-1:107(2), der in der Sache die Kombinationsmethode vorsieht, oder von Art. II.-1:107(3) lit. b, der eine am Einzelfall orientierte Absorptionsmethode vorsieht, erfassen lässt. Stehen die Bevollmächtigung und die übrigen Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselemente gleichwertig und selbständig nebeneinander, spricht dies dafür, den gemischten Vertrag nach Art. II.-1:107(2) zu erfassen: Auf die Elemente des Vertrages finden dann (gegebenenfalls mit geringfügigen Anpassungen) jeweils die Vorschriften des diesem Element entsprechenden Vertragstyps Anwendung. Sind hingegen die Bevollmächtigung oder aber die übrigen Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungselemente im Einzelfall so prägend, dass es sachgerechter erscheint, die Regelungen dieses Vertragstyps primär auf den gesamten Vertrag anzuwenden, spricht dies für eine Schwerpunkt Betrachtung nach Art. II.-1:107(3) lit. b. Ob im Verhältnis einer Bevollmächtigung zu weiteren Geschäftsbesorgungs- bzw. Dienstleistungselementen die Absorptionsmethode des Art. II.-1:107(3) – gleichgültig, in welche Richtung – jemals sachgerecht ist, muss allerdings bezweifelt werden. Typischerweise wird es sich bei dem Vertragsgegenstand derart gemischter *service/mandate*-Verträge um nebeneinander bestehende Dienste rechtsgeschäftlicher und tatsächlicher Natur als Gegenstand eines umfassenden Dienstleistungsvertrages handeln. Auf diese sind ohne größere Probleme nach der auch in dem DCFR in Art. II.-1:107(2) als Regelfall vorgesehenen Kombinationsmethode auf die jeweiligen Vertragselemente die entsprechenden Regelungskomplexe mit Anpassungen im Einzelfall⁹⁹ anzuwenden. Die Absorptionsmethode erscheint in allen Einzelfragen des Vertrages allein bei einer echten

⁹⁸ So die Charakterisierung in DCFR, Full Edition, Comments II.-1:107: »For a contract under paragraph (3), which either in law or in fact is primarily of a certain type and only incidentally of another type, paragraph (4) provides that the dominant rules prevail.«

⁹⁹ So können bestimmte Rechtsfragen, etwa eine Vertragsänderung oder die Vertragsbeendigung, hinsichtlich eines Vertrages nur einheitlich gelöst werden, während andere Rechtsfragen, etwa Kooperationspflichten oder der Sorgfaltsmaßstab hinsichtlich verschiedener Vertragselemente, unterschiedlich ausfallen können.

Typenverschmelzung sachgerecht.¹⁰⁰ Eine solche liegt jedoch bei gemischten *service/mandate*-Verträgen regelmäßig nicht vor. Bezeichnenderweise betrifft auch keines der in den *Comments* zu Art. II.-1:107(3) genannten Beispiele einen gemischten Vertrag mit Bevollmächtigungselement.

Auch wenn eine alternative Anwendung entweder des Art. II.-1:107(2) oder des Art. II.-1:107(3) lit. b sachgerechter erscheint als der von Art. II.-1:107(3) lit. a vorgesehene generelle Vorrang der Regelungen über *mandate contracts* in gemischten Verträgen, überzeugt auch sie im Ergebnis nicht. Artikel II.-1:107(2) setzt – systemintern konsequent – hinsichtlich gemischter Verträge die in dem DCFR generell vorgesehene, sachlich jedoch nicht zu rechtfertigende, unterschiedliche Behandlung rechtsgeschäftlicher gegenüber tatsächlichen Geschäftsbesorgungen bzw. Diensten¹⁰¹ als Vertragsgegenstand fort. Es leuchtet jedoch nicht ein, warum etwa für Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, Weisungen, Vertragsänderungen, Interessenkonflikte oder die Vertragsbeendigung unterschiedliche Regelungen eingreifen sollen, je nachdem, ob die geschuldete Dienstleistung im Erwerb eines Gemäldes (rechtsgeschäftliche Tätigkeit) oder aber in der Planungsleistung eines Architekten (tatsächliche Tätigkeit) besteht. Dies ist bei gemischten Verträgen, die umfassende Geschäftsbesorgungen bzw. Dienstleistungen einschließlich von Bevollmächtigungen zum Gegenstand haben, noch augenscheinlicher als bei separaten Verträgen.¹⁰² Obwohl Art. II.-1:107(3) lit. b im Vergleich zu Art. II.-1:107(2) gerade umgekehrte Rechtsfolgen anordnet – Anwendung primär eines Regelungskomplexes auf den gesamten gemischten Vertrag –, führt auch dies zu sachlich nicht tragfähigen Ergebnissen. Je nach Schwerpunkt der Geschäftsbesorgungen bzw. Dienstleistungen im rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Bereich bzw. je nachdem, ob der Vertrag eine Bevollmächtigung enthält und ob diese den Vertrag als Ganzen prägt, gelten für den gemischten Vertrag als Ganzen vorrangig entweder der Regelungskomplex der *mandate* oder der *service contracts*. Dahinterstehende Wertungsunterschiede, die es rechtfertigen könnten, warum je nach Schwerpunkt stark voneinander abweichende Regelungen eingreifen sollen, sind nicht ersichtlich.¹⁰³ Die Verfasser des DCFR führen solche auch in den *Comments* nicht an. Im Gegenteil soll der *mandate contract* nach den *Comments* zu Art. IV. D.-1:101 unter A. durch den Vertragsgegenstand gerade nicht seinen

¹⁰⁰ Ebenso *Larenz/Canaris* (oben N. 96) § 63 I. 3. c); *Palandt (-Grüneberg)*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷¹ (2012) Überbl Vor § 311 Rz. 25 f.

¹⁰¹ Dies gilt abgesehen von der Ausnahme tatsächlicher Tätigkeiten zur Vermittlung eines Rechtsgeschäfts nach Art. IV. D.-1:101(1) lit. c.

¹⁰² Obgleich es bei der Behandlung gemischter Verträge nach Art. II.-1:107(2) möglich erscheint, hinsichtlich bestimmter Rechtsfragen (etwa der Vertragsbeendigung) die Regelung eines Vertragstyps auf den gesamten Vertrag anzuwenden.

¹⁰³ Für eine Gleichbehandlung tatsächlicher und rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten auch *Wendehorst* 232.

Charakter als *service contract* verlieren. Warum auf ihn gleichwohl stark voneinander abweichende Regelungen anzuwenden sein sollen, erschließt sich nicht; warum auf ihn nach der Konzeption des DCFR sogar über Art. II.-1:107(3) lit. a stets vorrangig die Regelungen über *mandate contracts* anzuwenden sein sollen, erschließt sich noch weniger.

3. Ursachen und Abhilfe

Die Hauptursache für die verfehlte Struktur des DCFR im Hinblick insbesondere auf Geschäftsbesorgungs-, darüber hinaus aber auch Dienstleistungsverträge im Allgemeinen, liegt in der Entscheidung, *mandate contracts* aus dem an sich umfassend konzipierten Recht der *service contracts* auszuklammern und stark divergierenden Regelungen zu unterwerfen. Insbesondere bei Geschäftsbesorgungsverträgen werden dadurch gemischte Verträge regelmäßig unterschiedlichen Regelungskomplexen für einzelne Vertragselemente unterworfen. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass der DCFR *service* und *mandate contracts* entlang der Demarkationslinie tatsächlicher *versus* rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten abgrenzt und nach Art. IV.D.-1:101(5) in Verbindung mit Art. II.-1:107(3) lit. a und (4) jede Bevollmächtigung im Rahmen eines Geschäftsbesorgungs- bzw. Dienstleistungsvertrags automatisch zum Vorrang der Regelungen über *mandate contracts* für den gesamten Vertrag führt.

Eine Abhilfe könnte in der Weise erfolgen, dass *mandate contracts* als eigenständiger Vertragstyp aufgegeben werden und stattdessen im Recht der *service contracts* aufgehen. Im Zuge dieser Verschmelzung der *service* mit den *mandate contracts* wäre für jede Vorschrift des Rechts der *mandate contracts* zu prüfen, ob, und wenn ja, welche Entsprechung sie im Recht der *service contracts*, insbesondere in dessen Allgemeinem Teil der Kapitel 1 und 2 des Buchs IV.C. hat. Hat die Vorschrift eine Entsprechung, die jedoch inhaltlich abweicht, sollte erwogen werden, sich hinsichtlich aller *service contracts* für eine der beiden Alternativen zu entscheiden. Hat die Vorschrift keine Entsprechung, da das Recht der *mandate contracts* ausführlicher als das allgemeine Recht der *service contracts* ausgestaltet ist, sollte erwogen werden, ob die Vorschrift nicht im Hinblick auf alle oder zumindest mehr als nur einen der sechs besonderen Dienstleistungsvertragstypen sachgerecht und daher in den Allgemeinen Teil der *service contracts* aufzunehmen ist. Im Sinne der oben beschriebenen Tendenzen in den erörterten nationalen Rechtsordnungen zu einem allgemeineren Verständnis des Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsrechts sollte auch im DCFR das Ziel verfolgt werden, möglichst viele der Vorschriften über *mandate contracts* in das allgemeine Dienstleistungsvertragsrecht aufzunehmen. Vorschriften des bestehenden Rechts der *mandate contracts*, die nicht in das allgemeine Dienstleistungsvertragsrecht

passen, sind zu streichen. Sie sollten nicht in ein Auffangbecken geworfen werden, das dann einen siebten besonderen Dienstleistungsvertragstyp bildet. Zum einen wäre dies alter Wein in neuen Schläuchen, wenn auch deutlich entschlackt um Vorschriften, die in dem allgemeinen Dienstleistungsvertragsrecht aufgegangen wären. Zum anderen ist das Tätigwerden im Auftrag eines anderen in dessen Interessenkreis – wie oben bereits angedeutet – eher ein Strukturmerkmal als ein den sechs besonderen Dienstleistungsvertragstypen vergleichbarer besonderer Vertragstyp, der durch einen bestimmten Gegenstand der Dienstleistung charakterisiert ist. Schließlich verbliebe auch kein Substrat, das diesen besonderen Dienstleistungsvertragstyp charakterisieren würde, wenn man es mit der Verschmelzung des Rechts der *mandate contracts* mit dem Recht der *service contracts* ernst meinte. Eine solche Verschmelzung führte zwangsläufig dazu, tatsächliche und rechtsgeschäftliche Dienstleistungen als Vertragsgegenstand gleichzubehandeln. Für ein Sonderrecht rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten verbliebe kein Raum.

V. Ergebnis

Die Systematik des kodifizierten Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsrechts in Deutschland, Österreich und der Schweiz folgt eher historischen Reminiszenzen und Zufälligkeiten als der – auch damaligen – Realität des tertiären Wirtschaftssektors, in der sich Tätigkeiten, für die das Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsrecht sachgerecht erscheint, weder auf unentgeltliche noch auf rechtsgeschäftliche Tätigkeiten beschränken. Auch wenn ein Verständnis dieser Realität in den damaligen Auseinandersetzungen um die Systematik und Reichweite des Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsrechts bereits anklingt, wird ihr die tatsächlich gewählte Systematik nicht gerecht. Die strukturellen Defizite des Geschäftsbesorgungs- und Auftragsrechts und auch des eng damit verbundenen Dienstleistungsrechts führen häufig zu wenig sachgerechten Ergebnissen. Diese müssen durch systematisch unbefriedigende und umständliche Konstruktionen wie Verweisungen, Analogien und die Annahme von Nebenpflichten vermieden werden. Allein der Schweiz ist es gelungen, in dieser Hinsicht bestehende Schwächen des OR 1881 im OR 1911 weitgehend zu beseitigen. Die Systematik des schweizerischen Rechts vermag daher, abgesehen von dem verfehlten zwingenden Charakter des Art. 404 OR (freies Widerrufs- und Kündigungsrecht) und der fehlenden Verzahnung von Auftrags- und Werkvertragsrecht, im Großen und Ganzen zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die Einbettung des Geschäftsbesorgungsrechts in ein umfassendes Recht der Dienstleistungsverträge, die weder im österreichischen und deutschen Recht noch im DCFR erfolgt ist.

Der DCFR stellt kein taugliches Modell für eine nationale oder gar europäische Neuordnung des Geschäftsbesorgungs- oder Dienstleistungsvertragsrechts dar. Hier fehlt der Vertragstyp der Geschäftsbesorgung. Das Zusammenspiel der Vorschriften über *service* und *mandate contracts* weist deshalb erhebliche systematische und inhaltliche Mängel auf und führt nicht nur im Hinblick auf Geschäftsbesorgungsverträge, sondern auch generell im Hinblick auf Dienstleistungsverträge mit rechtsgeschäftlichen Elementen zu wenig sachgerechten Ergebnissen.

Alternativ zu der im schweizerischen Recht am weitesten gediehenen Verschmelzung von Dienst- und Werkvertrag mit dem Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsrecht ließe sich erwägen, die Geschäftsbesorgung als ein vertragstypenoffenes Strukturelement anzusehen und dementsprechend im allgemeinen Schuldrecht zu regeln. Besondere Geschäftsbesorgungstypen im besonderen Schuldrecht würde das nicht ausschließen. Vorsichtige Tendenzen in diese Richtung lassen sich in allen drei erörterten Rechtsordnungen ausmachen.¹⁰⁴ Ein solches allgemeines Geschäftsbesorgungsrecht wäre nicht nur auf Dienst- und Werkverträge nach deutschem und österreichischem Recht bzw. Dienstverträge in Gestalt des einfachen Auftrags nach schweizerischem Recht, sondern auch auf andere Vertragstypen anwendbar.

Die wünschenswerte Neustrukturierung des Rechts der entgeltlichen Geschäftsbesorgung als Teil eines umfassenderen Rechts der Dienstleistungsverträge sollte zum Anlass genommen werden, auch bestehende inhaltliche Defizite zu beheben. Ziel muss ein modernes, der Bedeutung des tertiären Wirtschaftssektors angemessenes Regime des Dienstleistungsvertragsrechts einschließlich des Geschäftsbesorgungsrechts sein, das nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich einen Fortschritt gegenüber den bestehenden Regelungen darstellt.

Summary

THE LAW OF MANAGEMENT OF ANOTHER'S AFFAIRS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

The law of *Geschäftsbesorgung* on the continent, which can only roughly be translated by the English term "management of another's affairs", is characterised by diverging systematic concepts and classifications among the national legal systems. This article compares the historical development and

¹⁰⁴ In diese Richtung bereits vor Erlass des BGB für das deutsche Recht *Laband* (oben N. 15) 324f. und später ansatzweise auch *Erman (-Ehmann)* Vor § 662 Rz. 12 und *Esser/Weyers* (oben N. 39) 309; vgl. für das österreichische und schweizerische Recht oben III. 2. c) und 3. c).

status quo of the German, Austrian and Swiss systems. While the three systems have continuously influenced each other, they today present three very different concepts and demonstrate the diversity among the European legal systems. Against this heterogeneous background, the approach of the Draft Common Frame of Reference to *Geschäftsbesorgung* is analysed and critically scrutinised, before concluding with some thoughts on the structural deficits of the *status quo* and possible ways forward.

