

Altruismus und Rationalität: Zur „Ökonomie“ der negotiorum gestio*

FRANZ-STEFAN MEISSEL

I.	Prolog: De gustibus est disputandum.....	255
II.	Einleitung.....	257
III.	Die Debatten um die GoA und die Rolle des Altruismus	258
IV.	Altruismus und Rationalität bei der negotiorum gestio.....	264
1.	Altruismus und der Tatbestand der GoA.....	264
1.1	Fremdgeschäftsführungswille und Altruismus	264
1.2	Negotiorum gestio necessitate urgente und necessitatis suspicione – GoA bei bestehender Verpflichtung.....	272
2.	Altruismus und die Rechtsfolgen der negotiorum gestio	275
2.1	Ökonomische Interessen des Geschäftsherrn: Variationen zum Thema der utilitas	275
2.2	Ökonomische Interessen des Geschäftsführers: Variationen zum Thema der Unentgeltlichkeit	281
V.	Schlussbemerkungen	283

I. Prolog: De gustibus est disputandum

De gustibus est disputandum. Das bedauert M. Tullius Cicero in seinem Brief an M. Fabius Gallus Anfang des Jahres 46 v. Chr.¹ und er zeigt sich ziemlich ungehalten: Obwohl er schon einen Freigelassenen beauftragt hatte, zur Ausstattung seiner Villa in Tusculum Bilder zu besorgen,² war ihm sein *familiarissimus* Gallus zuvorgekommen und hatte für ihn ohne Auftrag Statuen und andere Artefakte beim Kunsthändler Avianus gekauft. Cicero scheint darüber alles andere als erfreut. Er macht sich Sorgen, ob es schicklich wäre, vom Verkäufer einen längeren Zahlungsaufschub zu erlangen³ und fügt hinzu: Alles wäre einfacher, wenn der liebe Gallus auch tatsächlich das gekauft

* Text des Vortrages beim 40. Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen (8. September 2014), den ich mit besonderer Freude meinem langjährigen Mentor und Freund Alfons Bürge widme.

¹ Cic. fam. 7,23,1–3.

² Cic. fam. 7,23,3.

³ Cic. fam. 7,23,1.

hätte, was Cicero gefällt, und zu jenem Preis, den er zu zahlen bereit gewesen wäre... Keiner dieser Käufe entspreche nämlich seinem Geschmack: Für die vier oder fünf Statuen habe Gallus einen Preis vereinbart, den in Ciceros Augen nicht alle Statuen der Welt aufwiegen könnten. Auf die Anpreisung des Gallus, die erworbenen Bacchantinnenstatuen seien so schön wie die Musen des Metellus, repliziert Cicero, dass er froh gewesen wäre, wenn es sich wenigstens um Musen gehandelt hätte, die hätten sich in der Bibliothek doch gut gemacht. Aber Bacchantinnen! Wo soll er denn Bacchantinnen hinstellen? Und dann auch noch der Kriegsgott Mars, wo er, Cicero, doch ein *auctor pacis*⁴ sei.

Ciceros Klagen setzen sich noch fort, aber das, was wie das Lehrbuchbeispiel der unerwünschten Einmischung und aufgedrängten Bereicherung erscheint, nimmt eine unerwartete Wendung: Angesichts des Eifers des lieben Freundes und angesichts seiner Zuneigung will Cicero die Erwerbungen nicht nur genehmigen, sondern sie sollen ihm auch willkommen sein,⁵ es schmeichle ihm ja, dass Gallus, den er immer für *elegantissimus* gehalten habe, ihn dieser Kunstwerke würdig gefunden habe. Allerdings hoffe er doch sehr, fügt Cicero hinzu, dass Damasippus sein Wort halte.⁶ Offenbar hatte dieser im Kunst- und Realitätengeschäft umtriebige Damasippus⁷ Cicero angeboten, die Werke zu übernehmen – und so sinnt Cicero darauf, durch einen Weiterverkauf seinen Verlust gering zu halten.

Ciceros Brief an Gallus belehrt uns nicht nur über seinen Kunstgeschmack (Sujet war eindeutiger wichtiger als Ausführung, ein besonderer Liebhaber von Statuen scheint er nicht gewesen zu sein), er wirft auch ein Schlaglicht auf die Praxis der *negotiorum gestio* und die komplizierten sozialen und ökonomischen Verstrickungen eines Rechtsinstituts, für das die *amicitia* eine besondere Bedeutung hat. Die Freundschaft verbietet es Cicero, die Erwerbungen einfach abzulehnen, das hätte den sozialen Code der beiden Männer verletzt, zur *amicitia* gehört es auch, ein *beneficium* anzunehmen, das man nicht als solches empfindet, denn auf dem Spiel steht nicht nur der Ankauf von Kunst, sondern der Erhalt der intakten Beziehung. Die Ökonomie der Freundschaftsverhältnisse⁸ in der römischen Antike kann damit, so viel sei schon hier festgehalten, wohl kaum über das Modell des *homo oeconomicus* der neoklassischen Ökonomie verstanden werden, sondern erfordert einen eigenen, anderen Begriff von Rationalität.⁹ Cicero

⁴ Cic. fam. 7,23,2.

⁵ Cic. fam. 7,23,1: *...non solum rata mihi erunt, sed etiam grata.*

⁶ Cic.fam. 7,23,2: *sed velim maneat Damasippum in sententia...*; Cic. fam. 7,23,3: *...si enim Damasippus in sententia non manebit, aliquem Pseudodamasippum vel eum iactura reperiemus.*

⁷ Zu ihm siehe VERBOVEN, in: Deroux, 195 ff.

⁸ Dazu etwa VERBOVEN; ROLLINGER, in: Günther, 111 ff.; ROLLINGER.

⁹ Eine Rationalität, die MAX WEBER als „substantielle Rationalität“, bei der die subjektive Bewertung im Lichte der verschiedenen möglichen Ziele – seien sie politischer, ethischer, hedonistischer Natur – im Vordergrund steht, der formalen Rationalität der rein quantitativen numerischen

genehmigt das aus seiner Sicht unvorteilhafte Geschäft, er nimmt einen Nachteil in Kauf, zugleich aber macht er dies dem Freund auch unmissverständlich klar: Diesem soll bewusst werden, dass es die Wertschätzung seiner Person ist, deretwegen Cicero so handelt und nicht, weil er die Statuen wirklich mag. Cicero sucht damit die Bilanz zu seinen eigenen Gunsten zu verschieben. Gallus zu brüskieren ist ausgeschlossen, ihm dagegen vor Augen zu halten, dass es nur die Anerkennung seines Eifers und seiner Zuneigung ist, die Cicero zur *ratihabitio* motiviert, sucht sich Cicero als Beweis seiner *benevolentia* gutschreiben zu lassen. Es ist damit nicht die Dankbarkeit gegenüber dem *gestor*, sondern die eigene *magnanimitas*, die Cicero betont.

II. Einleitung

Damit verlassen wir aber auch schon wieder die Antike und wenden uns kurz der eigentlichen Einleitung zu: Die amerikanische *Sub-prime Crisis*, die für die gegenwärtige Staatsschuldenkrise in Europa (*Sovereign Debt Crisis*) als Trigger gewirkt hat, wurde nach dem populär gewordenen Narrativ der Ökonomen durch eine menschliche Eigenschaft ausgelöst, der wir instinktiv mit moralischer Abscheu gegenüberstehen: *Greed*, nackte Gier. Egoismus als Triebfeder des Kapitalismus rückte damit in den Fokus vieler Debatten, welche umgekehrt auch dem Gegen-Begriff des Altruismus und dem Konzept der menschlichen Solidarität¹⁰ neuen Auftrieb gaben. Daher soll im Folgenden mit der GoA jenes Rechtsgebiet im Mittelpunkt stehen, welches dem durch Eigennutz bestimmten Wirtschaften aufs erste ganz entgegengesetzt zu sein scheint, und Altruismus und ökonomischer Rationalität bei der römischen *negotiorum gestio* nachgegangen werden.

Der Begriff des Altruismus bezieht dabei gleich zwei Spannungsfelder mit ein, die beim Rechtshistorikertag in Tübingen im Mittelpunkt standen: das Verhältnis von Recht und Ökonomie einerseits und die Relevanz der Religion für das Recht andererseits. Beide Großthemen können hier nicht erschöpfend behandelt werden, vielmehr geht es um den Versuch, gewissen beharrlichen Assoziationen im Zusammenhang mit der *negotiorum gestio* nachzuspüren und sie anhand der römischen Quellen zu überprüfen.

Bewertung von Gütern gegenübergestellt hat; vgl WEBER, 145 ff.; VERBOVEN, 18 ff.; POLANYI, in: Polanyi/Arensberg/Pearson, 243 ff., unterscheidet im Anschluss an Weber zwischen „*formal economies*“ und „*substantive economies*“.

¹⁰ Zur Bedeutung von Kooperation in der modernen ökonomischen Theorie siehe etwa die Beiträge in GINTIS/BOWLES/BOYD/FEHR.

III. Die Debatten um die GoA und die Rolle des Altruismus

Die in der republikanischen Jurisprudenz als „kühne und originelle“ Innovation¹¹ geschaffene *negotiorum gestio*, die in den Kodifikationen Kontinentaleuropas zum fixen Bestandteil des Obligationenrechts zählt, ist ein heftig umstrittenes Institut. Es gibt Rechtsordnungen, die sich anders behelfen, vor allem aus dem Common Law ist bekannt, dass der *officious intermeddler* keineswegs mit Sympathie gesehen wird und schon Grotius sah den Ursprung der *negotiorum gestio* (wie durch das *Corpus iuris* ja auch nahegelegt wird) nicht im *ius naturale*, sondern im *ius civile*. Für ein zukünftiges europäisches Privatrecht können sich manche auch einen völligen Abschied von der GoA (und eine Erfassung der disparaten Anwendungsfälle im Vertrags-, Delikts- und Bereicherungsrecht) vorstellen.¹²

In die Debatte um die GoA spielt die Frage des Altruismus unter verschiedenen Facetten hinein. Für viele stellt dieser das ethische Fundament der *negotiorum gestio* dar, bisweilen aber wird die altruistische Komponente auch als Argument gegen die Anerkennung von Ansprüchen angeführt. So meinen etwa Landes/Posner, dass der unbeauftragte Helfer keine Belohnung benötige, wenn er ohnedies aus Altruismus handle.¹³ Dies sei der Fall bei einem bestehenden Naheverhältnis oder aber, wenn der Helfer seine Opportunitätskosten als niedrig im Verhältnis zu seiner (eigenen!) Bewertung der abzuwendenden Gefahr einschätze. Die eher zurückhaltende Begeisterung der *economic analysis of law* gegenüber der *negotiorum gestio* steht allerdings wohl auch im kulturellen Kontext des anglo-amerikanischen Rechts. Dieses sieht das Tätigwerden eines *unsolicited intervenor* grundsätzlich als problematische Einmischung in fremde Angelegenheiten und steht der *altruistic interference* skeptisch gegenüber. Gute Samariter werden als nicht ganz rational handelnde Wesen eher misstrauisch beäugt. Die amerikanischen Gerichte brachten dies schon im 19. Jahrhundert auf den Punkt: In *Glenn vs Savage* warnt der Oregon Supreme Court 1886 eindringlich vor den Gefahren, Ansprüche bei unbeauftragter Rettung fremden Vermögens anzuerkennen: es bestehe das Risiko, dass man die Kontrolle über die eigenen Geschäfte verliere und niemand sei sicher vor der „*interference of strangers, perhaps idlers, drunkards, and perhaps enemies*“.¹⁴

Ganz entgegengesetzt dazu hat der Gesichtspunkt des Altruismus jüngst aber Hanoch Dagan dazu animiert, ein leidenschaftliches Plädoyer für die stärkere Anerkennung von Ansprüchen bei *beneficial interventions* im Common Law zu halten.¹⁵ (Ausdrücklich

¹¹ Vgl. SCHULZ, 624: „...a happy invention, quite in the bold and original style of the republican jurisprudence.“

¹² Vgl. jüngst etwa JANSEN, HKK §§ 677–687 Rz 128 f.

¹³ LANDES/POSNER, *The Journal of Legal Studies* 1978, 95 f.

¹⁴ *Glenn v. Savage*, 13 P. 442 (Or 1887) (quoting *Force v. Haines*, 17 N.J.L. 385, 387 (1840)).

¹⁵ DAGAN, 86 ff.

bezieht er sich auch auf die Anregungen verschiedener Strömungen des Kommunitarismus,¹⁶ deren Anliegen es ist, den Menschen in seiner Bezogenheit auf andere und zur Gemeinschaft zu sehen.)

Auch Dagan spricht dabei aber ein grundlegendes Dilemma an: In moralphilosophischer Sicht erfordert Altruismus als Tugend, dass die fremdnützige Handlung „self-initiated and proactive“ sei, er erfordere also nicht nur einen Vorteil eines anderen, sondern auch „*excellence of the agent's character*“.¹⁷ Bei einer Verrechtlichung drohe hingegen diese Freiheit von der Beeinflussung externer Faktoren (wie rechtliche Pflichten oder *incentives* durch Belohnungen) verloren zu gehen und der fremdnützige Akt seinen intrinsischen ethischen Wert¹⁸ zu verlieren.

Tatsächlich wurde dieses Argument im Common Law immer wieder vorgebracht, unter anderem in der bereits zitierten Entscheidung *Glenn v. Savage*: Das Recht dürfe nicht löbliche und großzügige Handlungen im nachhinein in eine Geldforderung verwandeln, das sei nichts anderes als „*violence to some of the kindest and best effusions of the heart to suffer them afterwards to be perverted by sordid avarice*“.¹⁹

In den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, in denen *negotiorum gestio* als Rechtsinstitut anerkannt ist, wird das Altruismusargument dagegen regelmäßig vor allem dazu verwendet, die angeblich grenzenlos gewordene Anwendung der GoA-Regeln zu beklagen, welche den ursprünglich durch Altruismus gekennzeichneten Bereich überschreite. Bevor wir uns der Frage zuwenden wollen, in welchem Ausmaß Altruismus im Recht der römischen *negotiorum gestio* bedeutsam war, gilt es aber dem Begriff selbst nachzugehen, der sich bei näherem Hinsehen als extrem schillernd und problematisch erweist.

Die neulateinische Prägung „Altruismus“ (als Gegenteil von Egoismus) wird gemeinhin mit dem Vater des wissenschaftlichen Positivismus, Auguste Comte verbunden. Er verwendet Altruismus als Schlüsselbegriff in seinem *Catéchisme positiviste*²⁰ von 1852. Wir befinden uns da in Comtes später Lebensphase, als er eine eigene Humani-

¹⁶ NAGEL; SANDEL; MANSBRIDGE.

¹⁷ DAGAN, 103.

¹⁸ Zu sozialpsychologischen Studien wie TITMUS, denenzufolge eine intrinsisch motivierte Fremdhilfe durch externe Belohnung sogar gefährdet werden kann, siehe KORTMANN, 92 f. Fn. 9–12, der aber (ebenda S. 94) zu recht darauf hinweist, dass dies nicht insgesamt als Argument gegen ökonomische Anreize zur Fremdhilfe verwendet werden kann. Im allgemeinen gilt hingegen, dass die Hilfsbereitschaft umso größer ist, je höher die zu erwartende Belohnung ist; vgl etwa DOVIDIO/PILIAVIN/GAERTNER/SCHROEDER/CLARK, in: Clark, 86 ff.

¹⁹ *Glenn v. Savage*, 13 P. 442 (Or 1887) (quoting *Force v. Haines*, 17 N.J.L. 385, 387 (1840)). Zu den Nachteilen einer Substitution von Altruismus durch externe Anreize aus rechtsökonomischer Sicht LANDES/POSNER, *Journal of Legal Studies* 1978, 95 ff.

²⁰ COMTE.

tätsreligion propagiert. In einem fiktiven Dialog zwischen einem *Prêtre de l'Humanité* und einer Frau, für die seine kurz zuvor an Tuberkulose verstorbene junge Geliebte und „Schülerin“ Clotilde de Vaux als Inspiration dient, entwickelt er sein Programm einer „*religion universelle de l'humanité*“, in der das „*vivre pour autrui*“ anstelle des eigen-nützigen Handels (Egoismus) als höchste aller Tugenden gilt. Comtes Devise: „Den anderen mehr zu lieben als sich selbst, und sich selbst auch nur um des anderen willen!“²¹ Altruismus steht bei Comte also in einem moralisch-religiösen Kontext, der utopisch anmutet (auch wenn Comte selbst ihn für empirisch erfassbar hielt).

*„Outre que notre harmonie morale repose exclusivement sur l'altruisme, il peut seul nous procurer aussi la plus grande intensité de vie. Ces êtres dégradés, qui n'aspirent aujourd'hui qu'à vivre, seraient tentés de renoncer à leur brutal égoïsme s'ils avaient une fois goûté suffisamment ce que vous appelez si bien les plaisirs du dévouement. Ils comprendraient alors que vivre pour autrui fournit le seul moyen de développer librement toute l'existence humaine; en l'étendant simultanément au présent le plus vaste, au plus antique passé, et même au plus lointain avenir. Les instincts sympathiques comportent seuls un essor inaltérable, parce que chaque individu s'y trouve secondé par tous les autres, qui compriment, au contraire, ses tendances personnelles. Voilà comment le bonheur coïncidera nécessairement avec le devoir.“*²²

Wie aber kommt der Altruismus dann zum Recht der GoA? Dass *negotiorum gestio* etwas mit Humanität und Menschenhilfe zu tun hat, ist bereits ein Topos des 18. Jahrhunderts,²³ der unschwer mit der *philiá-amicitia* der antiken Quellen in Beziehung zu setzen ist. Den Terminus Altruismus aber hat Josef Kohler²⁴ dreißig Jahre nach Comtes *Catéchisme positiviste* und unter offenbarem Einfluss der damaligen nationalökonomischen Diskussionen über Egoismus²⁵ in die deutschsprachige Diskussion wirkmächtig eingeführt. Mit seinem Namen ist das Paradigma der GoA als Institut des „sozialen Altruismus“ verbunden und auf Kohler beruft man sich bis heute, wenn man die GoA als „Verrechtlichung des biblischen guten Samariters“ und als „juristische Positivierung des Grundsatzes der Menschenhilfe“ als „tradiertem rechtsethischen Fundament“ apostrophiert.²⁶

²¹ COMTE, 37: „*Amem te plus quam me, nec me nisi propter te.*“

²² COMTE, 238.

²³ Vgl nur die Nachweise bei JANSEN, HKK §§ 677–687, Fn. 40.

²⁴ KOHLER, JherJb 1886, 3.

²⁵ Kohler selbst verweist auf DARGUN; für DARGUN ist, wie KOHLER, 129 Fn. 2 hervorhebt, Altruismus und wirtschaftliche Entgeltlichkeit vereinbar und KOHLER bemerkt hiezu, dass seines Erachtens „wirtschaftliche Entgeltung gerade ein Hauptstimulant altruistischer Tätigkeit“ sei, „egoistisch ist hier der Belohnungserfolg, die Tätigkeit bleibt altruistisch“.

²⁶ So zB KÖNDGEN, in: Zimmermann, 372 unter Berufung auf KOHLER.

Nach Lektüre von Kohlers 141-seitigem Aufsatz drängt sich allerdings der Eindruck auf, dass dieser öfter zitiert wird, als wirklich studiert.²⁷ Tatsächlich behandelt Kohler zunächst die Frage der Rechtspflicht zur Menschenhilfe und nimmt dabei einen liberalen Standpunkt ein: Diese dürfe nicht überspannt werden und könne „nur in beschränktem Kreise, nur unter den nächsten Angehörigen statuiert werden“.²⁸ Im übrigen aber müsse die „Menschenhilfe zunächst der Sittlichkeit überlassen werden, und hier feiert sie ihre schönsten Triumphe. Die Fülle der Liebe entfaltet sich da am schönsten, wo sie nicht in das Treibhaus der Rechtspflicht gesetzt ist, wo sie in freier, sittlicher Natur ihre Wurzeln schlägt. Hier entfaltet sich ... das innere Gefühl wahrer Menschenliebe, wahrer Aufopferung für Dritte, und dieses Gefühl ist ein Fonds edler Menschlichkeit.“²⁹ Ein Ausgleich finde hier nicht über das Recht, sondern die „Werthschätzung“ durch die anderen statt.

Von diesem Aufopferungsgedanken ist dann aber im Abschnitt zur *negotiorum gestio* gar nicht mehr die Rede. Zwar betont Kohler plakativ, dass die *negotiorum gestio* „zu den wesentlichsten Elementen des sozialen Altruismus“ gehöre, die Deutung als „förderungswerte Menschenhilfe“ hat hier aber erkennbar vor allem die Funktion, als Argument gegen die quasikontraktuellen Theorien der *negotiorum gestio* zu dienen, welche er als doktrinäre Hirngeburt (wörtlich spricht er abschätzig von „Theorematisieren“) ablehnt. Wenn er in der Folge den Geschäftsführer als Altruisten bezeichnet, so meint er damit lediglich, dass dieser die „undankbare Mühe“ auf sich nehme, „sich fremder Interessen anzunehmen“.³⁰ Um als Altruist zu gelten, muss dieser aber weder eine besonders wertvolle sittliche Motivation mitbringen, noch muss er einen ökonomischen Nachteil in Kauf nehmen. Kohler wörtlich: „Die That des Altruismus soll nicht zum Nachtheil des altruistischen Thäters ausschlagen“.³¹

In seiner Erörterung der *negotiorum gestio* zeigt sich Kohler ganz pragmatisch und geht extrem weit in seiner Bereitschaft, das objektive Verfolgen eines zu einer fremden Rechtssphäre gehörigen Geschäftes als allein ausreichend für die Subsumtion unter die GoA zu sehen: Es genügt, objektiv fremden Interessen dienlich zu sein. Die irrtümliche Annahme, durch Vertrag zu diesem Verhalten verpflichtet zu sein, schließt bei ihm

²⁷ Siehe aber schon die fundierte Kritik bei WOLLSCHLÄGER, 26 f.; zur Übernahme der Kohlerschen Thesen in der nationalsozialistischen Zivilrechtstheorie WOLLSCHLÄGER, 38 ff.; differenziert auch BERGMANN, 22 f.; vgl aber auch JANSEN, HKK §§ 677–687 Rz 33.

²⁸ KOHLER, JherJb 1886, 3.

²⁹ KOHLER, JherJb 1886, 3.

³⁰ KOHLER, JherJb 1886, 47.

³¹ KOHLER, JherJb 1886, 47. Als eigentliche Begründung sieht KOHLER aber die ökonomische Rationalität der *magna utilitas absentium*; es hätte eine höchst schädliche Wirkung auf die Helfermoral, wenn ein einzelner Helfer einen Verlust erlitt; dann würden viele nützliche Hilfestellungen unterbleiben und der Gemeinnutzen wäre verringert.

selbst dann GoA nicht aus, wenn es sich bei dem irrtümlich angenommenen Vertrag um einen entgeltlichen handelt!³²

In der sozialwissenschaftlichen Literatur wird Altruismus in unterschiedlichen Nuancen gebraucht: einerseits in einem weiten Sinn als jedes Handeln, das einem anderen zugute kommt (helfendes Verhalten, „prosoziales Verhalten“), andererseits in einem engen Sinn als „ein Verhalten, das anderen nützt und nicht in Erwartung einer externen Belohnung erfolgt“.³³ Dieser engere Begriff wirft aber sogleich Fragen auf: Was bedeutet „Erwartung einer externen Belohnung“? Ein rechtlich durchsetzbarer Aufwandsersatz, Entlohnungsanspruch oder Profit?

Oder ist eine externe Belohnung vielleicht schon die bloße Aussicht auf Kooperation in der Zukunft („reziproker Altruismus“), der Gewinn sozialer Reputation (Achtung, Prestige, guter Ruf), das soziale Kapital, als karitativ tätiger Mensch zu gelten?

Wollte man solche Motive von vornherein als „eigensüchtig“ qualifizieren,³⁴ dann wäre Altruismus nur als Praxis denkbar, die anonym und ohne sozialen Kontext erfolgt.³⁵ Für die juristische Analyse ist ein solcher an Comte erinnernder, gleichsam „religiöser“ Zugang zum Altruismusthema unergiebig; ob in diesem Sinne Altruismus überhaupt existiert, führt weit jenseits der Bereiche der Rechtswissenschaft.

Wie wir gesehen haben, ist aber auch bei den Juristen der Altruismusbegriff nicht klar besetzt. Am ehesten lässt er sich als fremdnütziger Einsatz von Vermögen verstehen, dem keine rechtlich durchsetzbare Gegenleistung gegenübersteht.³⁶

Fraglich ist dann, ob der Ersatz der Aufwendungen bereits eine „Abgeltung“ darstellt und damit bereits Altruismus ausschließt. Johannes Köndgen unterscheidet folgerichtig zwischen einem perfekten Altruisten, der gar nichts erhält, und einem „imperfekten

³² KOHLER, JherJb 1886, 75 ff., bes 80. Der Romanist ERNST RABEL sah dies dagegen quellenkonform – in einem KOHLER gewidmeten Beitrag (RABEL, Rhein. Zs. 1919, 94) – viel enger. RABEL hält das Fehlen einer eigennützigen Intention für erforderlich; bei irrtümlicher Annahme eines (unentgeltlichen) Mandats sei dies noch gegeben, nicht aber bei irrtümlicher Annahme einer *locatio conductio* oder eines anderen entgeltlichen Vertrags. Altruismus bedeutet für RABEL also Vermehrung fremden Nutzens ohne Absicht daraus potentiell Profit zu ziehen, dh strikte Unentgeltlichkeit.

³³ So zB die Definition der US-amerikanischen Psychologen MACAULY/BERKOWITZ, 3.

³⁴ Wie dies etwa zT vom Wissenschaftsjournalisten HUNT, 16, geschieht, der nur „innere Befriedigung und Freude über die gute Tat selbst“ als altruistische Motivation gelten lässt.

³⁵ Wie das – von HUNT gebrachte – Beispiel eines bei einem Flugzeugabsturz in einen Fluss Verunglückten, der sich weigert, sich retten zu lassen, um allen anderen Verunglückten eine prioritäre Rettung zu ermöglichen und dann tatsächlich in den Fluten ertrinkt.

³⁶ In ähnlicher Weise definiert die ökonomische Analyse (LANDES/POSNER, The Journal of Legal Studies 1978) Altruismus als „any transfer that is not compensated“.

Altruisten“, dem als Geschäftsführer zumindest Aufwendungsersatz gebührt. Wenn also überhaupt im juristischen Diskurs Altruismus mit der GoA in Beziehung gesetzt wird, so handelt es sich idR um einen begrenzten,³⁷ imperfekten und ethisch zumindest nicht vollwertigen Altruismus, für den die Kriterien der fremdnützigen Interessenverfolgung einerseits und das Nichtbestehen einer rechtlich durchsetzbaren Gegenleistung als wesentlich angesehen werden.

Wir sehen dabei ein erstes Paradoxon: Um Altruismus überhaupt mit den Regeln der *negotiorum gestio* in Verbindung zu bringen, muss der Altruismusbegriff auf die Regeln der GoA hin „zugeschnitten“ und aus seinem moralisch-ethischen Kontext weitgehend gelöst werden. Dies hindert dann aber nicht, einen ethisch doch wieder aufgeladenen Altruismusbegriff für eine Reihe dogmatischer Fragen heranzuziehen, um bestimmte Lösungen zu rechtfertigen oder zu kritisieren.

Das Argument des Altruismus begegnet dabei vor allem in drei Zusammenhängen. Zunächst einmal taucht es regelmäßig im Kontext der Frage auf, ob für den Tatbestand der GoA ein Fremdgeschäftsführungswille erforderlich ist. Wird der altruistische Charakter der *negotiorum gestio* betont, so wird daraus häufig abgeleitet, dass der *gestor* nicht nur die Fremdheit des Geschäftes kennen muss, sondern auch eine bewusste Wahrnehmung fremder Interessen erforderlich sei. Dieses volitive Element kann dann theoretisch – ähnlich wie der Altruismusbegriff selbst – unterschiedliche Färbungen annehmen, bis hin zum Willen, unter Hintansetzung eigener Interessen helfend für den anderen vorzugehen.

Mit dem Fremdgeschäftsführungswillen als Tatbestandsvoraussetzung verknüpft (aber als eigener Komplex isolierbar) ist die Frage, ob die Verfolgung eigener Interessen oder das Bestehen eigener Verpflichtungen das Vorliegen von GoA ausschließt bzw in welchem Ausmaß Eigeninteressen bei der GoA mitverfolgt werden dürfen. In dem Bemühen, der angeblich uferlosen Anwendung der GoA entgegenzutreten, wird hier das Altruismusargument dazu bemüht, eine mehr oder weniger strikte Interesselosigkeit des Geschäftsführers zu verlangen. Gerade in den Lehrbuchfällen ist so der *negotiorum gestor* ja der gute Nachbar, dessen Sorge durch keinerlei Eigennutz, sondern nur die Sorge um den Mitmenschen motiviert ist.

Aber auch auf der Rechtsfolgenseite ist Raum für eine Akzentuierung unter dem Gesichtspunkt des Altruismus: Ob und in welchem Ausmaß der Geschäftsführer entschädigt wird, reflektiert das Ausmaß von Fremdnützigkeit, das seinem Tun inhärent ist oder aber diesem zugeschrieben wird. Insbesondere für die Frage einer allfälligen Entlohnung dient dabei das Altruismusargument dazu, die Unentgeltlichkeit der GoA hochzuhalten und einen Profit des Geschäftsführers strikt abzulehnen. Umgekehrt wird

³⁷ In ähnlicher Weise plädiert DAGAN, 101 ff., für „*restitution*“ in Form eines „*institutionalized limited altruism*“.

der Aufwendersatz bei letztlich misslungenem Geschäft zT mit der Förderungswürdigkeit altruistischen Verhaltens begründet.

Inwiefern aber sind diese Nuancen dessen, was man das Paradigma der Uneigennützigkeit nennen könnte, in den Quellen zum römischen Recht aufzufinden, aus dem die ethische Fundierung der altruistischen GoA stammen soll? Dies wollen wir im kommenden Abschnitt – unter Zugrundlegung des heutigen Standes der romanistischen Forschung – untersuchen und damit zu einer Einschätzung gelangen, ob und wie stark eine altruistische Komponente nachweisbar ist.

IV. Altruismus und Rationalität bei der *negotiorum gestio*

1. Altruismus und der Tatbestand der GoA

1.1 *Fremdgeschäftsführungswille und Altruismus*

Die Bedeutung des Fremdgeschäftsführungswillens für den Tatbestand der *negotiorum gestio* stellt die Wissenschaft des römischen Rechts seit dem Mittelalter vor erhebliche Deutungsschwierigkeiten. Zwar ist in einer Reihe von Entscheidungen zur *negotiorum gestio* (aber auch im Umkreis der *actio funeraria*) ein subjektives Tatbestandselement angesprochen, insgesamt ist die Quellenlage aber alles andere als homogen. Schon die Glossatoren³⁸ versuchten der Heterogenität des Materials durch die Bildung von Fallgruppen gerecht zu werden, bei denen zum Teil ein Fremdgeschäftsführungswille als notwendig, zum Teil aber als irrelevant angesehen wurde.

Auch bei Fehlen des Fremdgeschäftsführungswillens wird darüber hinaus von Martinus Gosia³⁹ und anderen zumindest eine *actio negotiorum gestorum utilis* gewährt, sodass vereinfachend gesagt werden kann, dass die *negotiorum gestio* in der Regel Fremdgeschäftsführungswille voraussetzt, dass aber bei Fehlen des Fremdgeschäftsführungswillens und einer manifesten Nützlichkeit für den Geschäftsherrn zumindest eine *actio (negotiorum gestorum) utilis* unter Billigkeitsgesichtspunkten („*de aequitate*“) bejaht

³⁸ Vgl. AARONS, 17 ff.; FINAZZI II/1, 7–11. Accursius unterscheidet in Anlehnung an Johannes Bassianus vier Anwendungsfälle der GoA, bei denen zT der Fremdgeschäftsführungswille erforderlich ist, zT aber nicht. Ein *gestor*, der für einen *tutor*, *curator* oder *procurator* eines anderen mit einer entsprechenden *contemplatio domini* fungiert, fällt etwa in die Gruppe „*cura et solitudine*“; der Wille, für den anderen tätig zu werden ist hier vorausgesetzt. Auch bei einer Aufwendung auf eine Sache eines anderen („*re ipsa*“) und einer im Interesse eines anderen erfolgten Geschäftsführung, die von diesem genehmigt wurde („*ratihabitione*“) soll ein *animus aliena negotia gerendi* erforderlich sein; daneben gibt es aber auch die Geschäftsführung „*ipso gestu*“, zB die Zahlung fremder Schulden oder Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit, bei der es auf dieses subjektive Element nicht ankommen soll.

³⁹ Dazu ausführlicher LOHSSE, 102 ff.

wird; ein Gedanke, dem sich in der Folge viele anschließen werden, ohne dass wir hier diese Kontinuitätslinien im Detail nachzeichnen können.

Neue Deutungsmöglichkeiten eröffneten die historisierenden Strömungen der Romanistik des 19. Jahrhunderts. So arbeitete Moriz Wlassak nicht nur heraus, dass es neben einer *in ius* konzipierten auch eine *in factum* konzipierte *actio negotiorum gestorum* gegeben habe, die speziell auf die Geschäftsführung für Abwesende zugeschnitten war, sondern er stellte auch die entwicklungsgeschichtliche Hypothese auf, dass man ursprünglich nur bei Fremdgeschäftsführungswillen *negotiorum gestio* angenommen, später aber auch objektive Fremdheit genügt habe.⁴⁰ Mittels Interpolationsannahmen kam Josef Partsch zur kühnen These, dass sämtliche auf den *animus aliena negotia gerendi* bezogenen Stellen justinianisch seien (die klassischen Juristen dagegen eine objektive Konzeption vertreten hätten).⁴¹ Von Salvatore Riccobono stammt dazu umgekehrt die spiegelbildliche These, derzufolge es gerade im klassischen Recht auf das subjektive Tatbestandselement des Fremdgeschäftsführungswillens angekommen sei (die Belege zur rein objektiven *negotiorum gestio* dagegen nachklassischen Ursprungs seien).⁴²

Parallel zu diesen radikalen Vorschlägen konnte sich aber auch eine gemäßigt objektive Deutung, wie sie vor allem von Ernst Rabel⁴³ vorgetragen wurde, herausbilden, die heute (nicht zuletzt aufgrund der methodischen Infragestellung und Diskreditierung allzu extremer Textskepsis) als herrschend anzusehen ist. Der Fremdgeschäftsführungswille, so kann man es bei vielen⁴⁴ lesen, sei typisches, aber nicht notwendiges Tatbestandselement der GoA im klassischen römischen Recht. Ausgehend vom Formelwortlaut der *actio negotiorum gestorum*, die nur auf das Führen von *negotia aliena* abstellt, dürfte für die römischen Juristen das Führen fremder Geschäfte den Zentralbegriff des Tatbestandes dargestellt haben, der Fremdgeschäftsführungswille dagegen nur in bestimmten Konstellationen wesentlich gewesen sein.

Für die Qualifikation des fremden Geschäftes kommt dem *animus aliena negotia gerendi* nur in bestimmten Zusammenhängen (zB bei der Führung eines Geschäfts, für das potentiell mehrere Personen als Geschäftsherrn in Frage kommen) eine entscheidende Bedeutung zu, bei anderen Konstellationen (zB jenen, die die mittelalterlichen Juristen als Geschäftsführung *re ipsa* bzw *ipso gestu* bezeichneten), dürfte die Qualifikation als Fremdgeschäft dagegen nicht von der *contemplatio domini* oder einem *animus alienum negotium gerendi* abgehangen sein. In manchen Konstellationen ergibt

⁴⁰ Wlassak.

⁴¹ Partsch, 37; Partsch, in: Nachgel. Schr., 88 ff.

⁴² Riccobono, AUPA 1917, 244 ff. = Riccobono, in: Scritti di diritto romano II, 73 ff.; Riccobono, Rivista di diritto commerciale 1917, 369 ff.

⁴³ Rabel, in: St. Bonfante IV, 282 ff.

⁴⁴ Statt vieler Seiler, 21 ff., 324 ff.; Zimmermann, 440 f.; Harke, 20 ff., 34 f.; jüngst auch Depenkemper I, 332.

sich die Zuordnung eines Geschäftes erst durch die nachträgliche Genehmigung (*ratihabitio*) des Geschäftsherrn, für den der *gestor* tätig werden wollte. Bestand zB die vom Schuldner an den Scheinvertreter beglichene Forderung gar nicht, so bewirkt die *ratihabitio* durch den Geschäftsherrn, dass dieser (und nicht der *falsus procurator*, der für ihn die Zahlung angenommen hat) dem Rückzahlungsanspruch (*condictio*) des Zahlenden ausgesetzt ist; erst durch die *ratihabitio* wird dabei das Geschäft zu einem solchen des Geschäftsherrn.⁴⁵ Wird hingegen eine fremde Sache ausgebessert, so besteht Geschäftsführung für den Eigentümer und nicht für denjenigen, der sich irrtümlich für diesen gehalten und daher das Geschäft genehmigt hat.⁴⁶

Die „Hardcore-Romanistik“ gibt sich damit aber nicht ganz zufrieden: Schon Theo Mayer-Maly⁴⁷ und Mario Talamanca⁴⁸ haben auf die Möglichkeit unterschiedlicher Juristenmeinungen hingewiesen und Giovanni Finazzi⁴⁹ hat diesen, *ius controversum* annehmenden Ansatz jüngst akribisch durchexerziert: Der uneinheitlich wirkende Textbestand des *Corpus iuris civilis* wird damit in eine Vielzahl von Einzelpositionen einzelner Juristen zerlegt, in der Zusammenschau letztlich aber das von Rabel entworfene Bild weitgehend bestätigt – wenn auch unter Hervorhebung divergenter Einzelsichten.

Bei unserer Suche nach einer altruistischen Komponente des Fremdgeschäftsführungswillens⁵⁰ erweisen sich die Quellen, auch dort, wo sie ein subjektives Tatbestands-Element voraussetzen scheinen, als wenig ergiebig.

Schon bei der bloßen Kenntnis der Fremdheit ist der Maßstab der Klassiker nicht allzu streng: Ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn schadet nicht, vielmehr wird dann regelmäßig Geschäftsführung zugunsten jener Person angenommen, zu deren Rechtssphäre das Geschäft gehört. Führt jemand das Geschäft des Sempronius, in der Meinung, es sei jenes des Titius, dann besteht eine *negotiorum gestio* zwischen *gestor* und wirklichem Geschäftsherrn (Sempronius).⁵¹ Wird jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag für einen bestimmten Geschäftsherrn tätig und fällt ein Teil dieser Geschäfte in

⁴⁵ Pedius in Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.11: *...sed ratihabitio ... fecit tuum negotium*; vgl auch Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.5 und 7; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.12; vgl auch Ant. C. 2.18.9 (a.217).

⁴⁶ Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.13.

⁴⁷ MAYER-MALY, ZRG RA 1969, 426 ff.

⁴⁸ TALAMANCA, Labeo 1971, 217.

⁴⁹ FINAZZI I, II/1, II/2.

⁵⁰ Bekanntlich werden unter dem Kürzel Fremdgeschäftsführungswille mindestens drei zu trennende Aspekte verwoben: das kognitive Element der Kenntnis der Fremdheit des Geschäfts, das volitive Element der bewussten Führung eines fremden Geschäfts, dh einer Geschäftsführung für einen anderen, und schließlich der Wille, vom Geschäftsherrn Ersatz zu erlangen (*animus recipiendi* bzw *animus alienum sibi obligandi*).

⁵¹ Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.1; vgl auch Afr. 8 quaest. D. 12.1.41; Pap. 6 quaest. D. 5.4.10; Ulp 10 ed. D. 3.5.5.10 und 13.

die Zuständigkeit eines Dritten, dann liegt diesbezüglich *negotiorum gestio* für den Dritten vor.⁵² Besondere Bedeutung kommt dem Fremdgeschäftsführungswillen dagegen für die Zuordnung des *negotium* zu, wenn es potentiell mehrere Geschäftsherrn gibt; dann gibt die Willensrichtung des *gestor* den Ausschlag dafür, zwischen welchen Personen eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist. So etwa wenn ein *gestor* eine Bürgschaft eingeht, zu deren Übernahme sich ein anderer gegenüber dem Hauptschuldner durch Auftrag verpflichtet hat: Je nach Absicht des Geschäftsführers liegt *negotiorum gestio* für den Hauptschuldner oder den Beauftragten vor.⁵³

Als Grenze wird von den römischen Juristen idR die irrtümliche Eigengeschäftsführung angenommen.⁵⁴ Aber selbst hier gibt es vereinzelt Grenzüberschreitungen: Hält sich jemand irrtümlich für den Erben und errichtet ein Grabmal, wie es dem Willen des Erblassers entsprach, so wird in diesem speziellen Fall von Papinian eine *negotiorum gestio* (Aufwandersatz des Geschäftsführers) bejaht. Errichtet der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, um eine erblasserische Bedingung zu erfüllen, für den Erblasser ein Grabmal, dann kann er Papinian zufolge, wenn ihm die Erbschaft entzogen wird, seine Aufwendungen gegenüber dem tatsächlichen Erben mittels *actio negotiorum gestorum* durchsetzen.⁵⁵ Hinter dieser Entscheidung steht wohl die Überlegung, dass hier jedenfalls im Sinne der Wünsche des Verstorbenen gehandelt wurde und damit gleichsam ein *negotium defuncti* geführt wurde.

Keinerlei Bewusstheit der Fremdheit liegt schließlich in dem berühmten, besonders umstrittenen⁵⁶ Afrikan-Fragment D. 3.5.48⁵⁷ vor: Verkauft der Käufer eines Sklaven Sachen, die der Sklave dem Verkäufer gestohlen hat, und gehen diese Sachen unter, so

⁵² Pap. 2 resp. D. 3.5.30.1; dazu SEILER, 28 f.

⁵³ Afr. 7 quaest. D. 3.5.45.1, auch im vorhergehenden Fragment (Afr. 7 quaest. D. 3.5.45 pr.) ergibt sich aus der Absicht (*mens*) des Geschäftsführers, zwischen welchen Personen eine *negotiorum gestio* besteht. Auch über die Zuordnung einer Geschäftsführung zu einem *filius familias* oder seinem adjektivisch haftenden Gewalthaber kommt es gem Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.8 auf die *contemplatio* des *gestor* an (dazu SEILER, 33 f.); vgl auch Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.5 und Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.3.

⁵⁴ Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; Paul 32 ed. D. 17.1.22.10 (hier wird aber bei Ausschluss der *negotiorum gestio* eine *actio in factum* gewährt).

⁵⁵ Pap. 6 quaest. D. 3.5.50.1; vgl auch Afr. 8 quaest. D. 3.5.48. Da der *gestor* im Hinblick auf eine bestimmte Funktion (als präsumtiver Erbe) agiert, die sich später als nicht vorhanden herausstellt, ähnelt dieser Fall dem Irrtum über die Person des Geschäftsherrn. Zur Diskussion einer ähnlichen Problematik bei der *actio funeraria* vgl Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.11 (Trebatius und Proculus verneinen mangels Fremdgeschäftsführungswillens die *actio funeraria*, Ulpian bejaht sie); Paul. 27 ed. D. 11.7.32 pr. (für eine *actio funeraria utilis*).

⁵⁶ Zu den Interpretationsschwierigkeiten FINAZZI II/1, 150–192 (der selbst hier eine *actio utilis* vermutet); HARKE, 30–34.

⁵⁷ Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; vgl aber Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr. und Afr. 2 quaest. D. 12.1.23, wo Julian in ähnlichen Konstellationen jeweils eine *condictio* bejaht.

bejaht Afrikan eine *actio negotiorum gestorum* des (Verkäufers des Sklaven und) ehemaligen Eigentümers der untergegangenen Sache auf den Kaufpreis, den der Sklavenkäufer beim Verkauf erlangt hat.

Aufgrund des evidenten Fehlens des Fremdbewusstseins und des *animus negotia aliena gerendi* wurde hier von vielen eine Interpolation angenommen. Entgegen dem Wortlaut wurde auch immer wieder vertreten, dass Afrikan hier keine *actio negotiorum gestorum*, sondern eine *actio utilis* gewährt habe.⁵⁸ Weder die in der Entscheidung verwendete Formulierung *dandam actionem* noch die Überlegung, die Bejahung einer *actio directa* sei im Kontext der Praxis des Formularverfahrens unwahrscheinlich,⁵⁹ erscheinen aber überzeugend, vielmehr reiht sich Afrikans Entscheidung in jene Fälle ein, in denen das Vorliegen eines *animus rem alteri gerendi* als nicht tabestandsrelevant eingestuft wird.⁶⁰

Hingegen kommt es auf die subjektive Ausrichtung des Handelns sehr wohl an, wenn zwar keine rechtliche, wohl aber eine sittliche Pflicht des *gestor* bei seiner Geschäftsführung berührt ist: Wird jemand für einen anderen, aber aus eigenem Pflichtgefühl (*pietas, adfectio*) tätig, so liegt kein *negotium alienum* vor. Dies wird etwa bei Unterhaltsleistungen einer Mutter für ihre Kinder,⁶¹ eines Stiefvaters für Stieftöchter,⁶² eines Onkels für seine Nichte⁶³ oder einer Großmutter für ihre Enkelkinder⁶⁴ angenommen.⁶⁵ Aber auch hier ist jeweils anhand der Umstände im Einzelfall zu entscheiden, ob der Geschäftsführer ein eigenes Geschäft oder ein fremdes (in Erwartung von Aufwandsersatz, dh *animo recipiendi*) vorgenommen hat.

Dass dabei auch die subjektive Willenskomponente eine Rolle gespielt haben dürfte, kann aus Cels. 1 dig. D. 24.1.47 geschlossen werden: Aufwendungen eines Ehemanns für seine *uxor* können nicht als *negotiorum gestio* aufgefasst werden, wenn der Gatte nicht *negotium uxoris gerens* tätig war, sondern *officio mariti ductus*. Ob dies der Fall sei, stellt nach Celsus eine *quaestio facti, non iuris* dar; als entscheidungswesentliche Fakten ist hier einerseits an die Art der Ausgabe zu denken, wohl aber auch daran, ob diese Ausgabe mit der Absicht getätigt wurde, Ersatz von der *domina negotii* zu erhal-

⁵⁸ Zuletzt FINAZZI II/1, 150 ff.

⁵⁹ So FINAZZI II/1 167 f.

⁶⁰ Jüngst in diesem Sinn auch DEPPENKEMPER I, 418 f.

⁶¹ Paul. 1 quaest. D. 3.5.33: *pietate cogente*; Alex. C. 2.18.11 (a.227): *materna pietate*.

⁶² Gord. C. 2.18.15 (a.239): *paterno adfectu*.

⁶³ Mod. 2 resp. D. 3.5.26.1: *pietatis respectu sororis*.

⁶⁴ Paul. 1 quaest. D. 3.5.33: *iure pietatis*; dazu SEILER, 45 f.; HALBWACHS, Fundamina 2014 (= FS Winkel), 371 ff.

⁶⁵ Zur Rolle der *pietas* für die Ersatzfähigkeit von Begräbnisaufwendungen bei der *actio funeraria* vgl Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.7–9.

ten⁶⁶ oder aber als Demonstration ehelicher Großzügigkeit. Auch Paul. 1 quaest. D. 3.5.33 stellt im Fall der Großmutter, die für ihren Enkel die Geschäfte geführt hat und diesem auch Unterhalt geleistet hat für die Frage, ob dieser Aufwand *pietate cogente de suo* getätigt wurde, auf die faktischen Verhältnisse ab (*haec disceptatio in factum consistit*⁶⁷). Ausdrücklich anerkennt Paulus die Möglichkeit, selbst bei der Leistung von Unterhalt dies unter dem ausdrücklichen Vorbehalt⁶⁸ zu tun, vom Sohn oder dessen Tutoren den Ersatz zu verlangen (*si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret*). Paulus verweist dabei auf ein Reskript des Pius Antoninus, der einer Mutter einen Ersatz der Unterhaltsleistung für den Sohn als Geschäftsführerin ohne Auftrag gewährte.⁶⁹

Dass eine familiäre Beziehung allein einen Aufwandersatzanspruch nicht *eo ipso* ausschloss, ergibt sich auch aus dem Reskript des Kaisers Severus Alexander (222–235) an eine gewisse Herennia aus dem Jahr 227: In C. 2.19.11 wird zwischen Aufwendungen, die *exigente materna pietate* getätigt wurden und solchen, die *non materna liberalitate, sed recipiendi animo* erfolgten, unterschieden und damit nicht nur anhand der Art der Aufwendung (*alimenta* einerseits, und Verwendungen, die *in rebus eorum utiliter et probabili more* getätigt wurden), sondern auch je nach Intention des Leistenden (*materna liberalitate* einerseits und *recipiendi animo* andererseits) unterschieden.

In Ulp. 6 disp. D. 3.5.43 schließlich wird das Fehlen der Verpflichtungsabsicht bei einer Geschäftsführung, die durch väterliche Freundschaft erfolgte (*amicitia ductus paterna*), ausgeschlossen: *Is, qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit vel suspectos tutores postulavit, nullam adversus eos habet actionem secundum divi Severi constitutionem* („Wer als väterlicher Freund für Mündel einen Vormund beantragt oder vertrauensunwürdige Vormünder anklagt, hat gemäß einer Konstitution des vergöttlichten Kaisers Septimius Severus keine Klage gegen die Mündel“).

Auch wenn die darin zitierte Konstitution des Kaisers Septimius Severus (193–211) rechtspolitisch wohl im Zusammenhang mit dem Schutz der Unmündigen zu sehen ist,

⁶⁶ Vgl. FINAZZI II/1, 132; FINAZZI vermutet, dass die Willensrichtung relevant gewesen sei und stellt dies in einen Zusammenhang damit, dass nach der prokulianischen Schule die bewusste Fremddinteressenverfolgung Voraussetzung der *negotiorum gestio* gewesen sei (vgl. auch Proculus in Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.11 zur *actio funeraria*).

⁶⁷ Dazu näher HALBWACHS, Fundamina 2014 (= FS Winkel), 376 ff.

⁶⁸ Umgekehrt kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung aber auch das Fehlen des *animus recipiendi* erschließen lassen; vgl. dazu Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1. Aus der eigenen Zuneigung zur (wirtschaftlich) Begünstigten (*Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti*) wird hier auf das Vorliegen eines Eigengeschäfts des *gestor* geschlossen; dazu SEILER, 17 f.

⁶⁹ Die Unterhaltsleistung erfolgte, während der Vater im Ausland war, und wurde von der Mutter zu einem Zeitpunkt geltend gemacht, als der Vater im Ausland verstorben war; möglicherweise wurde hier eine Geschäftsführung für den (primär unterhaltspflichtigen) Vater angenommen, die dann gegen den *pupillus* als Erben durchgesetzt wurde.

erscheint es bemerkenswert, dass *amicitia*, die in vielen anderen Quellen ja als typische Komponente des Handelns des Geschäftsführers ohne Auftrag genannt wird, hier als Synonym für das Bestehen eines *animus donandi* bzw Fehlens eines *animus alium sibi obligandi* gesehen wird. Tatsächlich dürfte sich, wie auch beim Mandat (Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.7: keine Verpflichtung aus Mandat für denjenigen *qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio*⁷⁰), in Einzelfällen aus einer rein freundschaftlichen Intention (*affectio amicalis*) gerade das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer ergeben.

Lässt sich aus der bisher geschilderten Kasuistik entnehmen, dass keineswegs von allen Juristen ein Fremdgeschäftsführungswille für erforderlich gehalten wurde, so bleibt auch der Inhalt dieses Fremdgeschäftsführungswillens eher farblos: Selbst beim Spätclassiker Paulus, der das Erfordernis des *animus alienum negotium gerendi* betont und sich um dessen Konturierung bemüht (indem er neben der Kenntnis der Fremdheit und der bewussten Führung fremder Geschäfte auch einen *animus alium sibi obligandi* verlangt⁷¹), weswegen Ernst Rabel ihn als „Vorläufer der byzantinischen Willenstheorie“⁷² apostrophierte, lässt sich in Einzelfällen ein gelockerter Umgang mit dem subjektiven Tatbestandselement feststellen: So schadet auch bei ihm ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn keineswegs⁷³ (zumindest bei der – im Nahebereich der *actio negotiorum gestorum* stehenden – *actio funeraria* schadet nicht einmal die irrtümliche Annahme eines Eigengeschäfts, wenn der sich für den Erben haltende Geschäftsführer sich um die Bestattung des Toten gekümmert hat⁷⁴); und auch das Mitverfolgen handfester eigener ökonomischer Interessen auf Seiten des Geschäftsführers⁷⁵ verhindert nach Paulus (in D. 7.1.48 pr.) nicht das „Zustandekommen“ einer *negotiorum gestio*.

Im allgemeinen genügt also (selbst wenn wir Afrikans lex 48 und Papinians Entscheidung zur Grabmalerrichtung beiseite lassen), das Bewusstsein der Fremdheit des Geschäfts, eine spezifisch fremdnützige Komponente wird idR aber nicht angesprochen.

Nur aus zwei Stellen scheint mir eine etwas schärfere psychologische Konturierung des Geschäftsführungswillens hervorzugehen: War dem Geschäftsführer bewußt, dass es

⁷⁰ Vgl dazu NÖRR, in: FS Waldstein, 267 ff., bes 281; RUNDEL, 188–193; FINKENAUER, in: Manthe/Nishimura, 10.

⁷¹ Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10; Paul. 2 quaest. D. 10.3.29 pr.

⁷² RABEL, in: St. Bonfante IV, 295.

⁷³ Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

⁷⁴ Paul. 27 ed. D. 11.7.32 pr.; allerdings ist hier unklar, ob Paulus eine *actio funeraria utilis* befürwortet, oder, wie zB jüngst FINAZZI II/1, 237 f., eine reguläre *actio funeraria*.

⁷⁵ Paul. 9 Plaut. D. 7.1.48 pr.: Der Erbe des Eigentümers tätigt Aufwendungen für den abwesenden *fructuarius*, die ihm letztlich selbst zugute kommen werden (*tametsi sibi in futurum heres prospiceret*).

sich um ein fremdes Geschäft handelt, wollte er dieses aber aus Eigennutz für sich führen (*sui lucri causa gestum*), so meint Labeo in Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5, dass eher eine Eigen- als eine Fremdgeschäftsführung vorliege, wohingegen Ulpian sich für die Anwendbarkeit der Geschäftsführungsklagen (und zwar sowohl der *actio directa* des Geschäftsherrn als auch der *actio contraria* des Geschäftsführers, allerdings begrenzt durch die Bereicherung des Geschäftsherrn) ausspricht.⁷⁶

Die jüngst vertretene Auffassung, auch Labeo habe bei der bewusst eigennützigen GoA eine *actio negotiorum gestio* bejaht,⁷⁷ überzeugt mE nicht.⁷⁸ Das Verneinen des *negotium alienum* schließt nach dem Formelwortlaut die Geschäftsführungsklage aus; daran ändert auch nichts, dass Labeo in einem gänzlich anderen Zusammenhang (nämlich beim Irrtum über die Person des Geschäftsherrn) der allgemein akzeptierten Bejahung einer Geschäftsführung zugunsten des tatsächlichen Geschäftsherrn zustimmt.⁷⁹

Was hier besonders interessiert, ist Labeos Begründung: *qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet*. Sofern es sich dabei nicht um eine von einem späteren Bearbeiter stammende Erläuterung handeln sollte, hätten wir hier einen Beleg dafür, dass Labeo die bewusste Verfolgung des Nutzens des Geschäftsherrn als Voraussetzung der *negotiorum gestio* gesehen hat. Selbst dies aber ist im Kontext einer Entscheidung zu sehen, in der das Gegenteil die freundschaftliche Ausnutzung fremder Vermögenspositionen darstellt (*depraedandi causa, suo lucro studens*), sodass die Aussage als allgemeine Basis einer Fremdnützigkeitstheorie mE wenig hergibt.

Vor allem aber ist es eine Meinung, der vom Spätklassiker Ulpian offensichtlich ausdrücklich widersprochen wurde, so dass sie keineswegs als allgemeingültiger Baustein der GoA-Dogmatik der Klassiker anzusehen ist. Der zweite Text, den ich in diesem Zusammenhang anführen möchte, ist Paul. 2 Nerat. D. 3.5.18.2.⁸⁰

Sowohl Labeo als auch Paulus gehören zu jenen Juristen, die eine bewusste Fremdgeschäftsführung voraussetzen, der Text selbst stellt auf eine entsprechende *affectio aliena negotia gerendi* ab. Wie wenig dieser Fremdgeschäftsführungswille aber mit einer spontanen fremdnützigen Hilfe für einen anderen zu tun hat, macht der hier konkret zu beurteilende Anwendungsfall der *negotiorum gestio* klar: Einem Freien, der gutgläubig

⁷⁶ Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5. Ulpian bejaht nicht nur die Haftung des Geschäftsführers, sondern auch eine Konträrklage auf Aufwandsersatz, insoweit es zu einer Bereicherung des *dominus* gekommen ist.

⁷⁷ HARKE, 28 f.; DEPPENKEMPER I, 388 ff.

⁷⁸ So auch die wohl überwiegende Lehre; vgl. FINAZZI I, 142 f., 145 f.; FINAZZI II/1, 123 ff. mwN.

⁷⁹ Labeo in Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.2.

⁸⁰ *Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem.*

als Sklave für einen *dominus* diene, wurde von diesem ein bestimmtes Geschäft aufgetragen; nachdem sich der Freiheitsstatus herausgestellt hat, wird danach gefragt, ob der *dominus* eine *actio mandati* gegen den *homo liber bona fide serviens* anstellen könne. Labeo und Paulus verneinen dies, wobei Labeo als Begründung anführt, der Scheinsklave habe ja nicht *libera voluntate* gehandelt, sondern gleichsam *ex necessitate servili*. Die mangelnde Freiwilligkeit schließt hier zwar die Konsensbildung für das *mandatum* aus, wird aber nicht als Hindernis dafür angesehen, eine *affectio alieni negotii gerendi* (und damit eine *negotiorum gestio*) zu bejahen.

1.2 *Negotiorum gestio necessitate urgente und necessitatis suspicione* – GoA bei bestehender Verpflichtung

Das Stichwort *officium servile* bringt uns auf den nächsten Gesichtspunkt: Welche Rolle spielt für das römische Recht, dass der Geschäftsführer zu seiner Handlung rechtlich oder sittlich-sozial verpflichtet war oder zumindest subjektiv eine solche Verpflichtung angenommen hat?

Dass die Fälle der GoA im klassischen römischen Recht nicht nur auf die Fälle einer spontanen Fremdhilfe, dh den Fall dass der Geschäftsführer *sponte et nulla necessitate cogente* gehandelt hat, beschränkt ist, betont Ulpian an zentraler Stelle in seinem Ediktskommentar (Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.10). Neben der Spontan-Geschäftsführung gäbe es auch die Fälle, wo jemand *aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione* in fremden Geschäften tätig geworden sei.

Ulpian bezieht sich hier auf Fälle einer *negotiorum gestio*, bei denen der Geschäftsführer entweder unter einer eigenen⁸¹ Rechtspflicht stand oder aber im irrtümlichen Glauben an eine solche die Geschäfte des *dominus* geführt hat. Obwohl der Regel nach das Bestehen eines Mandats die Qualifikation einer Geschäftsführung als *negotiorum gestio* ausschließt, wird von den Juristen vereinzelt ein beauftragter Geschäftsführer zugleich als Geschäftsführer ohne Auftrag für einen Dritten qualifiziert.⁸² Auch ein Handeln in der irrigen Annahme, aufgrund eines Mandats dazu verpflichtet zu sein, wird bei Unwirksamkeit des Mandats noch von Ulpian und Papinian als *negotiorum gestio* eingeordnet.⁸³

⁸¹ Zurecht betont FINAZZI I, 56 uö, dass die angesprochene *necessitas* sich auf die Person des Geschäftsführers und nicht des Geschäftsherrn bezieht; aA MAYER-MALY, ZRG RA 1969, 424.

⁸² Trebatius, Ofilius und Labeo in Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10: Das Handeln eines Geschäftsführers kann uU sowohl im Hinblick auf ein Mandat einzelner anwesender Geschäftsherrn als Vertragserfüllung und zugleich GoA für bislang nicht involvierte abwesende Geschäftsherrn gelten.

⁸³ Im Sinne von Ulp. 10 ed. D. 3.5.10 kann man hier von einem Fall der *gestio necessitatis suspicione* sprechen; vgl Ulp. 10 ed. D. 3.5.5 pr.; Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr.

Nimmt man den rechtlich nicht wirklich leicht fassbaren Begriff der *officia* hinzu, dann erscheint das Vorliegen einer Pflichtenbindung im römischen Recht der GoA sogar eher die Regel als die Ausnahme zu sein: Bekanntlich ist ein, wenn nicht gar der historische Ausgangsfall der *in ius* konzipierten Klagen aus *negotiorum gestio* die Tätigkeit des *procurator omnium bonorum*. Bei diesem handelte es sich häufig⁸⁴ um einen Freigelassenen, dessen Loyalitäts- und Pflichtenbindung (*obsequium*) gegenüber dem Patron auch nach der *manumissio* fortbestand. Aus diesem Grunde vermutet man, dass die Juristen bis ins 2. Jahrhundert nach Chr. (Julian) die – im Einvernehmen mit dem Patron erfolgende (man spricht daher auch von einem *procurator praepositus*) – Vermögensverwaltung durch einen solchen *libertus* nicht als Vertragsverhältnis, sondern als GoA qualifizierten. Gegenstand der *negotiorum gestio* ist nicht ein einzelnes Geschäft, sondern das Management des gesamten *patrimonium*, wozu auch die in der Formel anzutreffende Pluralform *negotia aliena* passt.⁸⁵

Auch das Rechtsverhältnis zwischen Kuratoren und Schutzbefohlenen (*furiosi, prodigi, minores*) wird in den Quellen als *negotiorum gestio* qualifiziert, obwohl der Geschäftsführer nicht spontan und unautorisiert handelt, sondern im Rahmen einer durch Gesetz oder Anordnung des Prätors legitimierten Pflichtenstellung.

Spätestens im justinianischen Recht wird das Rechtsverhältnis zwischen *curator* und Schutzbefohlenem allerdings durch eine *actio (negotiorum gestiorum) utilis*⁸⁶ geregelt, also nicht mehr als Anwendungsfall der regulären GoA gesehen. Finazzi bringt dies in seinen rezenten Untersuchungen⁸⁷ damit in Zusammenhang, dass im justinianischen Recht, ausgehend schon von den systematisierenden Erwägungen des Gaius, die freiwillige unautorisierte Hilfe als Modellfall gesehen wird und die Fälle der autorisierten *gestio necessitate urgente* nun als bloß randgelagerte Sonderfälle erscheinen.

Auch eine durch *decretum ordinis* erfolgte Bestellung zum Funktionär eines *municipium* stellt für die römischen Juristen kein Hindernis dar, die Tätigkeit als *negotiorum gestio* zu qualifizieren. So wird das Rechtsverhältnis zwischen zwei Amtsträgern, einem öffentlich für den Weizenmehlkauf bestellten *curator ad emendam siliginem* und

⁸⁴ MICHEL, in: Et. Macqueron, 519 ff.; BURDESE, SDHI 1971, 307 ff., bes 320 f.; KASER, ZRG RA 1974, 146 ff., bes 186 ff.; BÜRGE, ZRG RA 2001, 439. Anders aber BEHREND, ZRG RA 1971, 215 ff., bes 226 ff. der zwischen einem – angeblich durch Gesetz geregelten – *procurator omnium rerum*, den er mit dem bei Cicero Caec. 57 als *legitime* apostrophierten Verwalter des Vermögens eines aus Italien abwesenden Bürgers identifiziert.

⁸⁵ Erst ab dem 2. Jahrhundert nach Chr. wurde nicht nur der *procurator ad litem*, sondern auch der als Vermögensverwalter tätige *procurator omnium bonorum* als Auftragnehmer qualifiziert. Noch bei Julian kommt für das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und *procurator omnium bonorum* sowohl eine *actio negotiorum gestorum* als auch eine *actio mandati* in Betracht.

⁸⁶ Iust. C. 5.37.26.1 (a.531), dazu FINAZZI I, 330 f.; vgl auch die Digestentitel 27.3 (*utilis curationis causa actio*) und 27.4 (*actio utilis*).

⁸⁷ FINAZZI I, 293.

seinem *subcurator* nach einer bei Iul. 3 dig. D. 3.5.29 überlieferten Entscheidung des Valerius Severus über eine *actio negotiorum gestorum* abgewickelt (*respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur*).

Die zweite historische Wurzel der *negotiorum gestio* liegt in der Prozessverteidigung und anderen Handlungen zugunsten eines *absens indefensus*. Bei diesem Fall, der nach Ulpian's Ediktslaudation das Motiv zu Schaffung der *in factum* konzipierten prätorischen Klagen aus *negotiorum gestio* gebildet hat, erscheint zwar das Element der Spontaneität größer – sodass man auch verschiedentlich erwogen hat, dass in der Formel der *actio in factum concepta* nicht nur auf das Fehlen eines Auftrags (*sine mandatu*), sondern auch eigens auf ein *sponte* erfolgtes Handeln abgestellt wird) –, aber auch hier wäre es falsch, die Geschäftsführer unter den völlig uneigennützig handelnden Angehörigen einer fernstehenden Gruppe zu suchen: Befördert wird die *utilitas absentium* durch Personen, die den Abwesenden durch ein *officium amici* verbunden sind und die dieses soziale Band der Freundschaft⁸⁸ gerade durch die Geschäftsführung für den *amicus* etablieren und festigen.

Eine auf einer bestehenden Freundschaft aufbauende Geschäftsführung liegt etwa Labeos Entscheidung bei Ulp. 10 ed D. 3.5.3.9 zugrunde, wo es heisst, dass der *negotiorum gestor* zugunsten des abwesenden Freundes „*affectione coactus ne bona mea distraherentur*“ eingesprungen sei.

Die von Ulpian ausdrücklich als *aequissimum* gelobte Auffassung Labeos, der hier für eine bloße Dolus-Haftung des Geschäftsführers eintritt, wird mit der spontanen Hilfsbereitschaft des Freundes begründet. Dass unter anderen Umständen aber eine weitergehende Haftung des Geschäftsführers möglich war, spricht dafür, dass die im konkreten Fall haftungsmildernd wirkende altruistische Intention nicht unbedingt als Regelfall der *negotiorum gestio* angesehen wird.

Nicht nur hierarchisch strukturierte Gefolgschaftsverhältnisse, sondern auch gleichrangige Freundschaftsbeziehungen spielen neueren Forschungen zufolge auch bei der oben bereits erwähnten Vermögensverwaltung⁸⁹ eine größere Rolle: Unter den Prokuratoren begegnen vor allem in der Republik durchaus auch hochrangige Freunde, die –

⁸⁸ Zur *amicitia* vgl vor allem NÖRR, in: Nörr/Nishimura, 13–38; NÖRR, in: FS Waldstein, 267 ff.; PIZZOLATO; KONSTAN; RUNDEL, 163 ff.; KROPFENBERG, ZRG RA 2009, 284 ff., bes 284 ff., 299 ff.); FINAZZI, in: Corbino/Humbert/Negri, 633 ff.; ROLLINGER; DEPPENKEMPER I, 39 ff.

⁸⁹ Zur Vermögensverwaltung als Teil der *officia amici* vgl KIRSCHENBAUM, 163 ff.; FINAZZI, in: Corbino/Humbert/Negri, 654 f. Wenngleich BERNARDO ALBANESE Vorstellung einer rechtlich institutionalisierten Konzeption der *amicitia* in der römischen Antike (ALBANESE, AUPA 1962, 51 ff.; ALBANESE, Ius 1963, 130 ff.) die Phänomenologie der Freundschaftsbeziehungen allzu formal erfasst (vgl dazu zurecht kritisch etwa FINAZZI, in: Corbino/Humbert/Negri, 648 ff.), ist an der auch nach außen hin in Erscheinung tretenden öffentlichen Dimension der *amicitia*, zu der auch die Führung der *negotia* für Freunde zählt, nicht zu zweifeln.

über das Tagesgeschäft hinaus – dank eigener Fachkenntnis, vor allem aber durch ihren Einfluss und ihre Verbindungen für die Absicherung der Vermögen in der *upper class* behilflich sind.⁹⁰ Epigrafische Belege zeigen dabei, dass der Begriff der *amicitia* zwar zum Teil auch zwischen Rangungleichen (dh nicht im „horizontalen“, sondern im „vertikalen“ Verhältnis⁹¹) Verwendung findet, dass er aber vorrangig und ganz überwiegend im Verhältnis unter Gleichrangigen anzutreffen ist.⁹² Der Konzeption nach war *amicitia* in der Republik jedenfalls eine auf Symmetrie und Parität ausgerichtete Sozialbeziehung.⁹³

Versucht man ein Zwischenresümee, so zeigt sich, dass von einem durchgehenden strukturellen Konnex zwischen GoA und intentionaler fremdnütziger Ausrichtung und Ausschluss relevanter Eigeninteressen bei den klassischen Juristen nicht gesprochen werden kann. *Amicitia* spielt für eine Reihe von Anwendungsfällen zwar eine prominente Rolle, hat aber keine konstitutive Bedeutung. Im Gegenteil: uU spricht gerade eine aus einem Freundschaftsverhältnis resultierende Motivlage dafür, eine *negotiorum gestio* mangels *animus alium sibi obligandi* auszuschließen.

Wie sieht nun aber das Verhältnis von Fremdnützigkeit und ökonomischem Kalkül auf der Seite der Rechtsfolgen der *negotiorum gestio* aus: Welche Bedeutung hat hier der dem *dominus* verschaffte Vorteil und wie sehr wird dieser durch Gegenansprüche des Geschäftsführers geschmälert?

2. Altruismus und die Rechtsfolgen der *negotiorum gestio*

Dass ökonomische Utilitätserwägungen für die Regelung von Aufwendersatz und Haftung bei der *negotiorum gestio* für die römischen Juristen im Vordergrund standen, wird durch die Quellen eindrucksvoll belegt und kann in diesem gelehrten Auditorium als weitgehend bekannt vorausgesetzt werden. Lassen Sie mich deshalb nur pointillistisch einige Aspekte hervorheben, ohne dass wir zu einer erschöpfenden Exegese der einschlägigen Texte schreiten könnten.

2.1 Ökonomische Interessen des Geschäftsherrn:

Variationen zum Thema der utilitas

Die *magna utilitas absentium*, der Nutzen für die abwesenden Geschäftsherrn findet sich zu Beginn von Ulpians Ediktskommentar und wird auch von den Kompilatoren an die Spitze des Digestentitels 3.5 (Ulp. 10 ed. D. 3.5.1) gestellt: *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem*

⁹⁰ SCHÄFER, 90 ff., zusammenfassend 239 f.

⁹¹ FINAZZI, in: Corbino/Humbert/Negri, 642 ff.

⁹² FINAZZI, in: Corbino/Humbert/Negri, 645, 658.

⁹³ Vgl den aktuellen Forschungsstand zusammenfassend ROLLINGER, 414.

aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant. Dieses Edikt ist notwendig, weil für Abwesende ein großes Interesse daran besteht, dass sie nicht, weil gerichtlich nicht verteidigt, die Inbesitznahme ihres Vermögens oder dessen Verkauf oder die Veräußerung eines Pfandes oder die Klage wegen einer verfallenden Vertragsstrafe hinnehmen müssen oder zu Unrecht eine ihnen gehörende Sache verlieren.

Es geht hier aber zunächst nicht um den individuellen Nutzen, den ein individueller Geschäftsherr aus einer konkreten Geschäftsführung zieht, sondern gleichsam um den aggregierten Nutzen, der insgesamt dadurch entsteht, dass jemand sich der Interessen Abwesender annimmt, insbes, um einen *absens indefensus* vor den Folgen der Gesamtvollstreckung auf Initiative eines nicht befriedigten Gläubigers (*missio in possessionem/in bona*) zu bewahren. Verweigerte die Rechtsordnung die Anerkennung von Ansprüchen des als *procurator* einspringenden Geschäftsführers ohne Auftrag, so würde das abschreckend wirken.⁹⁴

Ulpians utilitaristische Argumentation findet sich in der ökonomischen Analyse des Rechts bestätigt, derzufolge ohne einen solchen Anreiz nur unter eingeschränkten Bedingungen fremdnütziges Verhalten generiert würde. Nur dort, wo die Kosten für den Geschäftsherrn minimal sind, sodass die Nichtersetzung seines Aufwandes irrelevant ist, kann mit der vollkommen uneigennützigen Führung eines fremden Geschäftes gerechnet werden. Sind die Transaktionskosten für eine vertragliche Absicherung dagegen hoch, der durch Intervention zu erwartende Erfolg für den Geschäftsherrn ebenfalls hoch (und jedenfalls höher als die Opportunitätskosten für den Geschäftsführer), so führt nur die Zuerkennung eines Ersatzanspruchs an den Geschäftsführer zu effizienten Ergebnissen.⁹⁵

Von minimalen eigenen Kosten des Geschäftsherrn ist bei dem von den Römern angesprochenen Fall einer Prozessvertretung nicht auszugehen, sodass erst die Aussicht auf Aufwendersatz die potentiellen Geschäftsführer dazu motiviert, den Nutzen potentieller Geschäftsherrn zu befördern. Der *procurator* hat ja idR eine *satisfactio iudicatum solvi* zu leisten und riskiert damit durch die Prozessübernahme die eigene Verurteilung aus der Schuld des Vertretenen. Die konkursmäßige Verwertung des Schuldnervermögens bei der *missio in bona* würde auf der anderen Seite regelmäßig desaströse Vermögensverluste des *absens indefensus* bewirken, sodass auch rechtsökonomisch die Innovation, Ansprüche aus *negotiorum gestio* anzuerkennen, gerechtfertigt erscheint.

⁹⁴ KOHLER, JherJb 1886, 47, fasst dieses utilitarische Argument anschaulich zusammen: Ein einziges unglückliches Präjudiz zöge tausend Fälle nach sich, und die Zurückweisung der einen hilfreichen Hand würde hunderte davon abschrecken, in gleicher Weise willfährig zu sein.

⁹⁵ Vgl LANDES/POSNER, The Journal of Legal Studies 1978, 90, 96, 100.

Vielfach wird in der romanistischen Literatur angenommen, dass der Nutzen für den Geschäftsherrn nicht nur das Motiv der Einführung der *actio negotiorum gestorum* (*in factum concepta*) bildete, sondern dass eine effektiv fremdnützige Geschäftsführung, ein *negotium utiliter gestum* sogar allgemeine Tatbestandsvoraussetzung der *negotiorum gestio* bilde. Nur bei einer für den Geschäftsherrn *ex ante* als nützlich beurteilten GoA komme das Rechtsverhältnis zustande.⁹⁶ Tatsächlich wird das Erfordernis des *utiliter gerere* von den römischen Juristen häufig thematisiert,⁹⁷ allerdings geht es dabei um die Frage, ob dem Geschäftsführer Aufwandsersatz zusteht. Überzeugender erscheint es daher, die Nützlichkeit der Geschäftsführung als wesentliches Kriterium für die Gewährung der *actio negotiorum gestorum contraria* zu sehen, aber nicht schlechthin als Element des Tatbestands.⁹⁸ Bestätigt wird diese Deutung durch die Texte, in denen auch bei einem *negotium male gestum* eine *actio directa* des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer bejaht wird.

Was schließlich den Maßstab der Nützlichkeit anbelangt, so haben die wenigen einschlägigen Belege in den Digesten die Fantasie der Gelehrten, insbes des 19. Jahrhunderts, in einem zur Spärlichkeit der Texte umgekehrt proportionalen Ausmaß beflügelt. Tatsächlich erweist sich aber, dass der als *locus classicus* anzusprechende Kontroversenbericht bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1,⁹⁹ auf dessen Verästelungen wir hier aus Zeitgründen nicht eingehen können, stärker ein Indiz für das Ringen der Juristen um eine befriedigende konzeptionelle Erfassung der *utilitas* darstellt, denn als Beleg für in der Sache divergierende Ansichten. Für die im Text angesprochenen Fälle, bei denen es sich jeweils um dringende, keinen Aufschub leidende Varianten einer GoA handelt,¹⁰⁰ wird von den darin zitierten Juristen im Ergebnis ein Ersatz der Aufwendungen des *gestor* bejaht, wenn die *negotiorum gestio*, wie Ulpian schließlich zusammenfasst, aus

⁹⁶ LENEL, 104; SEILER, 51; KASER, 589; ANKUM, OIR 1995, 45; BRUTTI, 528. FINAZZI II/1, 510 ff., zusammenfassend 607, sieht die Utilität der Geschäftsführung zwar als bloß eine von mehreren möglichen Voraussetzungen („*presupposti legittimanti della gestione*“), meint aber, dass bei Fehlen anderer Legitimationsgründe ein *negotium utiliter coeptum* Tatbestandsvoraussetzung gewesen sei. HARKE, 24 ff., betrachtet die Utilität offenbar als Tatbestandselement, will diese bei Handeln mit Fremdgeschäftsführungswillen *ex ante*, ansonsten aber *ex post* beurteilen. Zur Rolle der *ratihabitio* im Zusammenhang mit der Nutzenbewertung siehe unten.

⁹⁷ Labeo, Proculus, Celsus, Julian und Ulpian in Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8; Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.2; Gai. 3 aur. D. 44.7.5 pr.; Ulp. 10 ed. D. 3.5.11.2; Ulp. 4 opin. D. 3.5.44 pr.

⁹⁸ In diesem Sinn zB PACCHIONI, 265; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, 350; ZIMMERMANN, 442; JANSEN, HKK §§ 677–687 Rz 12.

⁹⁹ Vgl auch Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.21.

¹⁰⁰ Die Quellen legen nahe, dass das *utiliter-coeptum*-Kriterium nur bei Fällen der Notgeschäftsführung zur Anwendung kam; vgl Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; Gai. 3 ed. D. 3.5.21; SEILER, 54 ff.; aA ANKUM, OIR 1995, 41 ff., der dies für eine gaianische Sondermeinung hält.

der Warte des Geschäftsherrn *utiliter coeptum* war, auch wenn im Endergebnis für den *dominus* kein konkreter Vermögensvorteil verschafft wurde.

Proculus¹⁰¹ scheint davon auszugehen, dass die Nützlichkeit grundsätzlich nach generellen Gesichtspunkten (objektive *utilitas*) ermittelt wird; sollte aufgrund der individuellen Lage des Geschäftsherrn trotz objektiver Nützlichkeit der Ersatz der Aufwendungen belastend sein, verneint aber auch er den Aufwandersatzanspruch. Celsus will dagegen für die Frage der Nützlichkeit offenbar von vornherein auf die individuelle Lage des Geschäftsherrn abstellen.¹⁰² Zumindest bei Erfüllung dringender Angelegenheiten wie der Abwehr eines drohenden Schadens genügt es, dass die Geschäftsführung *ex ante* als nützlich erscheint (*utiliter coeptum*); der Aufwandersatzanspruch des Geschäftsführers steht hier nach Labeo selbst dann zu, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist (*sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium*¹⁰³). Als unnütz geführt (*non utiliter gestum*) erscheint nach Celsus¹⁰⁴ in diesem Zusammenhang¹⁰⁵ ein Geschäft, das nicht notwendig war (*rem non necessariam*) oder¹⁰⁶ zwar notwendig erschien, aber den Geschäftsherrn belasten würde (*quae oneratura est patrem familias*). Letzteres liegt etwa vor, wenn (abstrakt gesehen) notwendige Aufwendungen auf eine Sache getätigt werden, die der Geschäftsherr bereits derelinquiert hat oder hinsichtlich der er die Absicht hat, sie aufzugeben.¹⁰⁷

Bei manchen Geschäftsführungen wird der für Aufwandersatzanspruch erforderliche Nutzen des Geschäftsherrn dagegen erst *ex post* beurteilt, so etwa wenn er sich nach der verschafften Bereicherung bemisst¹⁰⁸ oder von einer Approbierung¹⁰⁹ abhängt. Das

¹⁰¹ Proculus in Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

¹⁰² Celsus in Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

¹⁰³ Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

¹⁰⁴ Celsus in Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

¹⁰⁵ Das schließt nicht aus, dass im Allgemeinen auch ein nicht notwendiges Geschäft nützlich sein kann, wenn es tatsächlich die Interessen des Geschäftsherrn fördert; vgl. ANKUM, OIR 1995, 33; CHIUSI, in: FS Röss, 1433.

¹⁰⁶ Etwas anders ANKUM, OIR 1995, 28, 33, demzufolge Celsus die Nützlichkeit verneine, wenn eine nicht notwendige Aufwendung getätigt wurde, die darüberhinaus (*vel* im Sinne von „noch dazu“) den Eigentümer belasten würde. Als „etwas wirklich Überflüssiges“ übersetzt *res non necessaria* hingegen MAYER-MALY, ZRG RA 1969, 430.

¹⁰⁷ Die von Proculus in Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1 ins Spiel gebrachten Varianten. Nach prokulianischer Auffassung (Proculus in Paul. 54 ed. D. 41.7.2.1) bleibt der Eigentümer einer *res Mancipi* auch nach Dereliktion zunächst noch *dominus*; dazu ANKUM, ZRG RA 1986, 263 ff., sowie ANKUM, OIR 1995, 30 Fn 38.

¹⁰⁸ So insbes. bei Geschäftsführungen für Unmündige: Iulian in Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.2 und 13; Sev.-Ant. C. 2.18.2 (a.197); Paul. 1 sent. D. 3.5.36 pr.; auch der eigennützig handelnde Geschäftsführer erhält gem Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5 nur Ersatz seiner Aufwendungen im Ausmaß der Bereicherung des Geschäftsherrn (zu Unrecht sieht SCHRAGE, in: FS Krampe, 313, darin eine Klage „nach dem Muster“ der *actio negotiorum gestorum*).

Risiko des Misserfolgs wurde damit geteilt: entsprach die Handlung *ex ante* den konkreten Interessen des Geschäftsherrn, so wurde der Geschäftsführer ähnlich einem Beauftragten behandelt; je besser der *gestor* mit den Gepflogenheiten des *dominus* vertraut war und je strikter er sich an die von diesem selbst getätigten Dispositionen hielt, desto eher konnte er dabei das eigene ökonomische Risiko eingrenzen; tätigte er aber ein *novum negotium, quod non sit solitus absens facere*, so tat er das nach Proculus (Pomp. 21 Qu. Muc. D. 3.5.10) auf eigene Gefahr.

Erscheint die Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer *ex ante* als problematisch (insbes bei fehlendem Bewusstsein der Fremdheit des Geschäfts oder einer bewussten *gestio sui lucri causa*), so kann sich dennoch bei eingetretener Bereicherung des *dominus*, also einer aus seiner Warte letztlich erfolgreichen Geschäftsführung, ein Aufwandersatzanspruch ergeben, wie jüngst Jan Dirk Harke¹¹⁰ auch für die klassische Jurisprudenz (Afrikan¹¹¹, Papinian¹¹², Ulpian¹¹³; anders aber Labeo¹¹⁴ und Paulus¹¹⁵) herausgearbeitet hat.

Instruktiv ist dabei vor allem die bereits oben erwähnte Diskussion der bewusst eigennützig geführten *gestio sui lucri causa*, bei der Ulpian (D. 3.5.5.5) zwar auch eine *actio negotiorum gestorum contraria* des *gestor* bejaht, diese aber auf die Bereicherung des Geschäftsherrn begrenzt. Hier zeigt sich, dass im Extremfall des nur auf den eigenen (unrechtmäßigen) Gewinn bedachten Geschäftsführers die der Fremdnützigkeit geradezu entgegengesetzte Intention bei den Rechtsfolgen sehr wohl Berücksichtigung findet.

Dass in den oben zu D. 3.5.9.1 angeführten Gegenbeispielen, in denen Ulpian auf das *utiliter coeptum* abstellt, eine besonders altruistische Disposition¹¹⁶ verlangt wird, kann daraus aber nicht geschlossen werden, es genügt dort, wenn der Geschäftsführer den Nutzen des Geschäftsherrn bloß im Auge hat.

Für den Aufwandersatz ist es erforderlich, dass die Nützlichkeit nicht nur abstrakt zu bejahen ist (indem zB eine fremde Schuld beglichen oder auf eine fremde Sache eine Aufwendung getätigt wurde), sondern es muss auch die konkrete Geschäftsführung für den Geschäftsherrn nützlich geführt worden sein.¹¹⁷ Ersetzt werden aber nicht nur

¹⁰⁹ Vgl Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8.

¹¹⁰ HARKE, 24 ff.

¹¹¹ Afr. 8 quaest. D. 3.5.48.

¹¹² Pap. 6 quaest. D. 5.3.60.1.

¹¹³ Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5.

¹¹⁴ Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5.

¹¹⁵ Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

¹¹⁶ So aber zB jüngst DEPPENKEMPER II, 133.

¹¹⁷ Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Alex. C. 2.18.10 (a.222).

„notwendige“, sondern auch bloß „zu billigende“¹¹⁸ Aufwendungen; dabei wird die soziale und wirtschaftliche Stellung des Geschäftsherrn berücksichtigt.¹¹⁹ Nicht zu ersetzen sind nach Modestin Luxusaufwendungen (*voluptatis causa factos*), die ohne dringenden Grund (*nulla re urgente*) getätigt wurden.¹²⁰ Im Allgemeinen sind wertsteigernde Aufwendungen als für den Eigentümer nützlich anzusehen, ebenso Ausgaben, die (zB durch Befreiung von einer Schuld) zu einer Vermögenssteigerung beim *dominus negotii* geführt haben.

Bei der Geschäftsführung sind die ökonomischen Interessen des Geschäftsherrn umfassend zu wahren, dies gilt besonders für den Fall der bis ins 2. Jahrhundert nach Chr. als *negotiorum gestio* qualifizierten Tätigkeit eines *procurator omnium bonorum praepositus*. So muss der *gestor* bei der Vermögensverwaltung aus den liquiden Mitteln die Schulden des Geschäftsherrn befriedigen, wenn und insoweit es dessen Interessen am besten entspricht.¹²¹ Für das zugunsten des Geschäftsherrn eingezogene Kapital (nach Abzug notwendiger Aufwendungen¹²²) schuldet der Geschäftsführer die von ihm erwirtschafteten oder zu erwirtschaften verabsäumten Zinsen.¹²³ Ist der als Vermögensverwalter agierende *gestor* bereits Schuldner des Geschäftsherrn, besteht eine Verpflichtung, auch von sich selbst fällige Forderungen einzuziehen (*a semet ipso exigere*¹²⁴) und nach Fälligkeit Zinsen zu bezahlen (selbst wenn seine ursprüngliche Schuld gegenüber dem *dominus* unverzinst war¹²⁵). War der *gestor* Pfandgläubiger des Geschäftsherrn, so hat er, wenn möglich, für die Bezahlung der Schuld und Rückgabe des Besitzpfandes zu sorgen.¹²⁶ Wer als Geschäftsführer eines Abwesenden irrtümlich eine Sache des Geschäftsherrn erwirbt und zu ersitzen beginnt, muss, wenn er davon Kenntnis erlangt, gegen sich selbst eine *rei vindicatio* durch einen Dritten (der als Prozessvertreter des zivilen Eigentümers agiert) veranlassen.¹²⁷

Kein Anspruch gebührt dem Geschäftsführer nach überwiegender Juristenmeinung, wenn der *dominus* die Geschäftsführung verboten hatte; lediglich einzelne (ungenannt bleibende) Juristen scheinen hier einen Anspruch des Geschäftsführers im Hinblick auf

¹¹⁸ Vgl Pap. 2 resp. D. 3.5.30.7: *sumptus necessarios ac probabiles*; Alex. C. 2.18.1 (a.227): *utiliter et probabili more*.

¹¹⁹ FINAZZI II/2, 149 unter Hinweis auf Ulp. 4 op. D. 3.5.44 pr.

¹²⁰ Mod. 2 resp. D. 3.5.26 pr., wobei im konkreten Fall jemand großzügige Bauten (*ampla aedificia*) auf einem Grundstück errichtet, an dem ihm mit seinem minderjährigen Bruder Miteigentum zusteht, sodass die Entscheidung durch den Schutz des *minor* mitmotiviert sein könnte.

¹²¹ Paul. 9 ed. D. 3.5.12; bei *iusta causa seponendi*.

¹²² Pap. 2 resp. D. 3.5.30.3.

¹²³ Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.4.

¹²⁴ Zu den einzelnen Komponenten dieser Verpflichtung ausführlich FINAZZI II/2, 46 ff.

¹²⁵ Tryph. 2 disp. D. 3.5.37; dazu FINAZZI II/2, 49 ff.

¹²⁶ Scaev. 1 quaest. D. 3.5.34.1.

¹²⁷ Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; dazu WACKE, in: FG Lübtow, 269; FINAZZI II/2, 85 ff.

seine Bereicherung (eventuell auch nur über eine *actio utilis*) anerkannt zu haben.¹²⁸ Umgekehrt gebührt auch bei fehlender Nützlichkeit Aufwandersatz, wenn der Geschäftsherr die *gestio* nachträglich genehmigt.¹²⁹

2.2 Ökonomische Interessen des Geschäftsführers: Variationen zum Thema der Unentgeltlichkeit

Wenden wir uns nun noch rasch den ökonomischen Interessen des Geschäftsführers zu. Dieser hat Anspruch auf Refundierung seiner Aufwendungen, wozu auch Nutzungszinsen gehören. Zu ersetzen sind ihm nicht nur die Zinsen, die er selbst zur Aufbringung des für die Geschäftsführung erforderlichen Kapitals allenfalls bezahlen musste, sondern auch die Zinsen, die er aus eigenem eingesetzten Kapital hätte ziehen können.¹³⁰ Diese Verzinsungsregeln ermöglichen dem *gestor* also, aus der Vermögensverwaltung auch selbst Zinsgewinne zu realisieren und damit von der Verwaltung des fremden Vermögens für sich selbst zu profitieren.

Ein durchsetzbarer Entlohnungsanspruch des Geschäftsführers bestand dagegen ebenso wenig wie der Regel nach beim Mandat; ob diese Regel beim Mandat tatsächlich lückenlos galt, wurde von Thomas Finkenauer allerdings jüngst im Zusammenhang mit Mela/Paulus 32 ed. D. 17.1.26.8 in Zweifel gezogen.¹³¹ Allerdings fehlt für die *negotiorum gestio* nicht nur ein entsprechender analoger Beleg, sondern der Gedanke eines diesbezüglichen *pactum adiectum*, den Finkenauer für seine Deutung eines ausnahmsweise kraft Vereinbarung geschuldeten Entgelts heranzieht,¹³² ist auf die *negotiorum gestio* nicht übertragbar. Ob der Geschäftsführer im Konnex mit der Geschäftsführung erlittene Schäden mit der *actio negotiorum gestorum* ersetzt erhalten konnte, ist nicht belegt, könnte aber (ähnlich wie bei den überlieferten Fällen der Risikohaftung des Mandanten¹³³) von den Juristen im Einzelfall im *bonae fidei iudicium* bejaht worden sein.

Ähnlich wie beim Mandat ist aber auch für viele Fälle der *negotiorum gestio* in der Praxis von einer Remuneration des Geschäftsführers auszugehen, auch wenn diese

¹²⁸ Paul. 9 ed. D. 17.1.40; Iust. C. 2.18.24 pr. und 1 (a.530).

¹²⁹ Vgl Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8.

¹³⁰ Paul. 2. Ner. D. 3.5.18.4; nach Ulp. 10 ed. D. 22.1.37 kann der *gestor* die in der Region üblichen Zinsen beanspruchen; zur Zinszahlungspflicht beim *bonae fidei iudicium* siehe auch Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.5 und Alex. C. 4.32.13 (o.A.); Diocl.-Max. C. 2.18.18 (a.293); dazu FINAZZI II/2, 170 ff. (der eine Zinszahlungspflicht bei der prätorischen Klage aber verneint).

¹³¹ FINKENAUER, in: Manthe/Nishimura, 1 ff.; vgl auch LOYAL, 52 f.

¹³² FINKENAUER, in: Manthe/Nishimura, 26 ff.

¹³³ Vgl beim Mandat: Paul. 32 ed. D. 17.1.6.6–7; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1, 3, 5–7; bei der *societas*: Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4; Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1; Ulp. 31 ed. D. 17.2.61; s. dazu GRÖSCHLER, in: Harke, 17 ff.

nicht klageweise durchsetzbar war. Freiwillige (aber sozial gebotene) Zuwendungen des Geschäftsherrn (ein *honorarium remunerandi gratia*¹³⁴) und indirekte Gratifikation über „soziales Kapital“ (Reputationsgewinn) werden so (neben den oben bereits angeführten Möglichkeiten von Zinsgewinnen bei der Vermögensverwaltung) als ökonomische Anreize für das Tätigwerden als *negotiorum gestor* gewirkt haben. Besonders naheliegend erscheint, wie vielfach und – wenn auch unbelegt – unter ökonomischer Perspektive ganz plausibel angenommen wird, dass zumindest die von Freigelassenen ausgefüllte Funktion eines *procurator omnium bonorum* regelmäßig mit einer entsprechenden Entlohnung oder jedenfalls einer substantiellen Bereicherungsmöglichkeit¹³⁵ des – in den Worten Schäfers – „römischen Spitzenmanagements“¹³⁶ verbunden war.¹³⁷

Dass sich in den juristischen Quellen davon keine Spur mehr findet, dürfte mit der Heterogenität der Anwendungsfälle der *negotiorum gestio* zusammenhängen: Für den sozial gleichrangigen *amicus* bestand der ökonomische Gewinn aus seiner Tätigkeit nicht im Entstehen eines, seiner Bemühung entsprechenden, Entlohnungsanspruchs, sondern vollzog sich in einer komplexeren Weise im Rahmen dessen, was Koenraad Verboven so treffend als römische „*economy of friends*“¹³⁸ beschrieben hat. *Amicitia* erscheint dabei, und das bringt uns auf die eingangs angesprochene Episode der vom Freund des Cicero für diesen erworbenen Kunstwerke zurück, nicht nur als eine zentrale soziale Kategorie, sondern auch als ein ökonomisches Konzept der Absicherung des Einzelnen in einer unsicheren Umwelt. Wechselseitige *beneficia* und daraus resultierende Dankbarkeitsverbindungen (*gratia*) kreieren ein Netzwerk und fungieren als Sicherheitsnetz in der Krise. Unentgeltliche Dienste, aber auch Darlehen und Schenkungen stellen dabei Investitionen in eine soziale Beziehung dar, von der man nicht nur immaterielle, sondern durchaus auch materielle Vorteile erhoffte.¹³⁹ Sofern man hier

¹³⁴ Vgl dazu beim Mandat Ulp. 31 ed. D. 17.1.6 pr.

¹³⁵ In welchem Ausmaß eine solche Bereicherungsmöglichkeit rechtlich zulässig oder unzulässig war, steht auf einem anderen Blatt. Vgl dazu etwa Tryph. 2 disp. D. 3.5.37, wo der Geschäftsführer, der unzulässigerweise Geld des Geschäftsherrn für eigene Zwecke verwendet, scheinbar „strafweise“ zur Bezahlung des Höchstzinssatzes verpflichtet ist; dazu FINAZZI II/2, 52. Vgl dazu das Phänomen der „schwarzen Kassen“ der Sklaven mit *peculium* (Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.11), die sich „aus eigenem Geld“ freikaufen konnten; dazu ausführlich HEINEMAYER, 178 ff.

¹³⁶ SCHÄFER, 2; zur Remuneration der Geschäftsführer 76 ff., 163.

¹³⁷ Diese sind insbes bei der *procuratio omnium bonorum* naheliegend; vgl etwa WATSON, 38 f.; CARLSEN, 159; CENDERELLI, IVRA 1999, 248.

¹³⁸ VERBOVEN; zur *negotiorum gestio* bes 227 ff.

¹³⁹ Trotz der Aussicht auf Erwidierung des erbrachten *beneficium* bestehen gegenüber einem entgeltlichen Geschäft im juristischen Sinn erhebliche Unterschiede: Ob, wann und in welchem Ausmaß die Wohltat vergolten wird, ist ungewiss; im optimalen Fall wird die durch *gratia* bewirkte Gegenleistung größer sein, als die eigene Wohltat, dafür besteht aber ein hohes Maß an Unsicherheit; eine rechtliche Durchsetzung ist *a priori* ausgeschlossen, es besteht bloß eine soziale und ethische Verpflichtung.

von Altruismus sprechen möchte, so ist dies eine auf Reziprozität angelegte Fremdnützigkeit, die von Selbstlosigkeit jedenfalls weit entfernt ist.

Im Zusammenhang dieser „Ökonomie der Unentgeltlichkeit“ dürfte bei einem Handeln aus *amicitia* eine ähnliche Spannbreite bestanden haben, wie wir sie schon in den oben kurz referierten Entscheidungen zu Leistungen naher Angehöriger aus verwandtschaftlichem Pflichtgefühl beobachten konnten. Dort haben wir gesehen, dass sich der Geschäftsführer eine Leistung aus *pietas*, *affectio maritalis* oä grundsätzlich als Eigeninteresse zurechnen lassen muss, will er oder sie aber doch Ersatz (dh wird *animo recipiendi* gehandelt), so kann und muss man einen diesbezüglichen Vorbehalt äußern. Handelt man aber aus *pietas*, *affectio amicalis* oä (und erhält keinen Ersatz), so erfüllt man nicht nur eine soziale bzw sittliche Pflicht, sondern erzielt damit möglicherweise einen Reputationsgewinn bzw erhöht die eigene *gratia*; leugnet man hingegen die Intention der unentgeltlichen Zuwendung (Handeln aufgrund von *pietas* bzw *animo donandi*), erhält man Aufwandersatz, kann sich die Ausgabe aber nicht im selben Ausmaß als Erfüllung einer Liebespflicht (*pietas*) oder Akt der aufopfernden Großzügigkeit zuschreiben lassen.¹⁴⁰

Unter Freunden (oder solchen, die es vielleicht erst werden) erlaubt das Reglement der *negotiorum gestio* jedenfalls, das Maß der *liberalitas* differenziert zum Einsatz zu bringen: Während getätigte Aufwendungen zurückgefordert werden können, bleibt daneben ein Raum für ein an sich unentgeltliches Tätigwerden, das als *beneficium* gewertet werden kann. Im Rahmen eines sozialen Kontexts von *well informed participants* funktioniert eine Ökonomie der Wohltaten, bei denen die Unentgeltlichkeit durch mögliche soziale Vorteile aufgewogen wird.

Für die römischen Juristen ist freilich nicht entscheidend, ob dieses ökonomische Kalkül auch aufgeht, sondern sie beschränken sich darauf, die Alternative (Handeln mit oder ohne *animus donandi*; Handeln aus *pietas* oder nicht mehr im Rahmen der *pietas* als Tatfrage) zu normieren; der ökonomische Kontext allein ist nicht entscheidungsbestimmend, wohl aber mag man ihm eine Rolle bei der Festlegung der Handlungsspielräume durch das *ius civile* zugemessen haben.

V. Schlussbemerkungen

Trotz des schillernden Charakters des Altruismusbegriffs, dessen Konturen in der Diskussion häufig verschwimmen, taucht der Fremdnützigkeitstopos in der Debatte um die GoA regelmäßig wie ein Wiedergänger auf. Besser wäre vielleicht, auf ihn gänzlich zu

¹⁴⁰ Vgl dazu Paul. 1 quaest. D. 3.5.33; Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.8; Paul. 7 quaest. D. 26.7.43.1; zu *gratia* als unsachlicher Bevorzugung Ulp. 21 ed. D. 5.1.15.1.

verzichten, aber dies widerspräche wohl seiner scheinbar unwiderstehlichen Attraktivität. Daher wäre schon viel gewonnen, wenn man sich wenigstens der Problematik des Begriffs und seiner Unschärfen bewusst wäre.

Bei der historischen Suche nach der Rolle uneigennütigen Handelns bei der *negotiorum gestio* zeigt sich ein – wie Seiler das treffend genannt hat – „nüchterner Zugang“ der römischen Juristen. Im Sinne einer gemäßigt objektiven Konzeption spielt ein spezifischer Fremdgeschäftsführungswille nur in bestimmten Konstellationen eine entscheidende Rolle. Als wesentypisches Merkmal des Tatbestands erscheint er nicht, wenn auch zT unterschiedliche Nuancierungen einzelner Juristen bestanden haben dürften.

Die Vielfalt der Anwendungsfelder der *negotiorum gestio* lässt jedenfalls den Versuch, einen zentralen Kernbereich und Randbereiche zu unterscheiden, als unhistorischen Zugang erscheinen. Sowohl rechtliche, als auch sozialetische Pflichtenbindungen schließen ein Handeln als Geschäftsführer ohne Auftrag nicht aus. Uneigennützigkeit ist nicht erforderlich, allenfalls führt sie sogar – als Handeln mit *animus donandi* oä gedeutet – zu einem Verneinen des Vorliegens einer *negotiorum gestio*.

Ökonomische Nutzenkalküle unterschiedlicher Art bestimmen die Rechtsfolgende: Der Schutz der Interessen des Geschäftsherrn steht im Vordergrund, ist die Geschäftsführung aber *utiliter gestum*, so besteht für den Geschäftsführer ein Aufwendersatz, der Zinsgewinne und sonstige ökonomische *benefits* beinhalten kann.

Auch dort, wo die Fremdgeschäftsführung Unentgeltlichkeitskomponenten aufweist, schließt dies ökonomische Rationalität des Verhaltens nicht aus. So steht auch das ostentativ uneigennützige Verhalten eines Freundes in einem sozialen Kontext wechselseitiger Abhängigkeiten und reziproker *beneficia*, die auf eine – wenn auch rechtlich nicht durchsetzbare und hinsichtlich Umfang und Verlässlichkeit mit Ungewissheit ausgestattete – Investition in die Zukunft hinauslaufen.

Die Beobachtungen zur Differenziertheit der Rolle der Fremdnützigkeit bei der antiken *negotiorum gestio* lässt auch eine gewisse Zurückhaltung beim Rekurs auf die historischen Wurzeln bei den aktuellen dogmatischen Debatten um die GoA geboten erscheinen: Zum einen gibt es, wie wir gesehen haben, nicht ein antikes Modell, sondern eine bunte Palette an Erscheinungsformen, zum anderen ist der soziale und ökonomische Kontext ein gänzlich anderer. Und das, obwohl soziale Netzwerke und *friends* auch unser heutiges Leben – und nicht nur jenes in den *social media* – in hohem Ausmaß mitprägen.

Literaturverzeichnis

- AARONS BERNHARD, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, Schwerin 1860
- ALBANESE BERNARDO, L'amicizia nel diritto privato romano, Ius 1963, 130 ff.
- ALBANESE BERNARDO, La struttura della manumissio inter amicos, AUPA 1962, 5 ff.
- ANKUM HANS, Pomp. D. 41, 7, 5 pr.: Die occupatio einer res Mancipi derelicta und der Ausdruck in bonis alicuius esse in den klassischen römischen Rechtsquellen, ZRG RA 1986, 248 ff.
- ANKUM HANS, Utiliter gestum, OIR 1995, 19 ff.
- BEHRENDTS OKKO, Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts, ZRG RA 1971, 215 ff.
- BERGMANN ANDREAS, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, Tübingen 2010
- BRUTTI MASSIMO, Il diritto romano nell'antica Roma, 2. A., Turin 2011
- BURDESE ALBERTO, Sul „procurator“, SDHI 1971, 307 ff.
- BÜRGE ALFONS, Rezension zu Schäfer, Spitzenmanagement in Republik und Kaiserzeit, ZRG RA 2001, 439 ff.
- CARLSEN JESPER, Vilici and Roman Estate Managers until A.D. 284, Rom 1995
- CENDERELLI ALDO, Rezension zu Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio I, IVRA 1999, 227 ff.
- CHIUSI TIZIANA J., Der Ersatz von Aufwendungen des Geschäftsführers ohne Auftrag, in: FS Ress, Köln/Berlin/München 2005, 1425 ff.
- COMTE AUGUSTE, Catéchisme positiviste ou sommaire exposition de la religion universelle en onze entretiens systématiques, Paris 1852 (Nachdr. 2012)
- DAGAN HANOCH, Law and Ethics of Restitution, Cambridge 2004
- DARGUN LOTHAR, Egoismus und Altruismus in der Nationalökonomie, Leipzig 1885
- DEPPENKEMPER GUNTER, Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag, 2 Bde., Göttingen 2014
- DOVIDIO JOHN F./PILIAVIN JANE A./GAERTNER SAMUEL L./SCHROEDER DAVID A./CLARK RUSSEL D., The Arousal: Cost-Reward-Model and the Process of Intervention, in: Clark Margaret S. (Hrsg.), Prosocial Behaviour, Thousand Oaks 1991, 86 ff.
- FINAZZI GIOVANNI, Amicitia e doveri giuridici, in: Corbino Alessandro/Humbert Michel/Negri Giovanni (Hrsg.), Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana, Pavia 2010, 633 ff.
- FINAZZI GIOVANNI, Ricerche in tema di negotiorum gestio I, Napoli 1999; II/1, Cassino 2003; II/2, Cassino 2006
- FINKENAUER THOMAS, Das entgeltliche Mandat im römischen Recht, in: Manthe Ulrich/Nishimura Shigeo (Hrsg.), Symposion Fukuoka 25.–27. März 2013, Berlin 2014, 1 ff.
- GINTIS HERBERT/BOWLES SAMUEL/BOYD ROBERT/FEHR ERNST (Hrsg.), Moral Sentiments and Material Interests. The Foundations of Cooperation in Economic Life, Cambridge 2005

- GRÖSCHLER PETER, Schadens- und Aufwendersatz bei Julian, Afrikan und Paulus, in: Harke Jan Dirk (Hrsg.), *Africani quaestiones*, Berlin 2011, 17 ff.
- HALBWACHS VERENA TIZIANA, *Haec disceptatio in factum constitit*, *Fundamina* 2014 (= FS Winkel), 371 ff.
- HARKE JAN DIRK, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin 2007
- HEINEMAYER SUSANNE, *Der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld – Redemptio suis nummis*, Berlin 2013
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB III: Schuldrecht: Besonderer Teil. 2. Teilband: §§ 657–853, Hrsg.: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard, Tübingen 2013 (zit. HKK)
- HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO/SELB WALTER, *Römisches Recht*, Berlin 1987
- HUNT MORTON, *Das Rätsel der Nächstenliebe*, Frankfurt a.M. 1992
- KASER MAX, *Das römische Privatrecht I*, 2. A., München 1972
- KASER MAX, *Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit“*, ZRG RA 1974, 146 ff.
- KIRSCHENBAUM AARON, *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*, Jerusalem 1987
- KOHLER JOSEF, *Die Menschenhilfe im Privatrecht*, JherJb 1886, 1 ff.
- KÖNDGEN JOHANNES, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeiten*, in: Zimmermann Reinhard (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 371 ff.
- KONSTAN DAVID, *Friendship in the Classical World*, Cambridge 1997
- KORTMANN JEROEN, *Altruism in Private Law*, Oxford 2005
- KROPFENBERG INGE, *Amicitia und römisches Delegations- und Auftragsrecht*, ZRG RA 2009, 284 ff.
- LANDES WILLIAM M./POSNER RICHARD A., *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, *The Journal of Legal Studies* 1978, 83 ff.
- LENEL OTTO, *Das edictum perpetuum*, 3. A., Leipzig 1927
- LOHSSE SEBASTIAN, *Aequitas Martiniana* (noch unpubl. Habilitationsschrift Bonn 2011)
- LOYAL FLORIAN, *Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag*, Tübingen 2011
- MACAULY JACQUELIN R./BERKOWITZ LEONARD, *Altruism and Helping Behavior*, New York 1970
- MANSBRIDGE JANE J. (Hrsg.), *Beyond Self-Interest*, Chicago 1990
- MAYER-MALY THEO, *Probleme der negotiorum gestio*, ZRG RA 1969, 416 ff.
- MICHEL JACQUES-HENRI, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in: Et. Macqueron, Aix-en-Provence 1971, 515 ff.
- NAGEL THOMAS, *The Possibility of Altruism*, Oxford 1970
- NÖRR DIETER, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3*, in: FS Waldstein, Stuttgart 1993, 267 ff.
- NÖRR DIETER, *Mandatum, fides, amicitia*, in: Nörr Dieter/Nishimura Shigeo (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin 1993, 13 ff.

- PACCHIONI GIOVANNI, Trattato della gestione degli affari altrui, Lanciano 1893
- PARTSCH JOSEF, Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte, in: Aus nachgelassenen und verstreuten Schriften, Berlin 1931, 3 ff.
- PARTSCH JOSEF, Studien zur negotiorum gestio I, Heidelberg 1913
- PIZZOLATO LUIGI, L'idea di amicizia nel mondo antico e cristiano, Turin 1993
- POLANYI KARL, The Economy as Instituted Process, in: Polanyi Karl/Arensberg Conrad M./Pearson Harry W. (Hrsg.), Trade and Market in the Early Empires, New York/London 1957, 243 ff.
- RABEL ERNST, Ausbau oder Verwischung des Systems? Zwei praktische Fragen, Rhein. Zs. 1919, 89 ff. = Gesammelte Aufsätze I, Tübingen 1965, 309 ff.
- RABEL ERNST, Negotium alienum et animus, in: St. Bonfante IV, Mailand 1930, 279 ff. = Gesammelte Aufsätze IV, Tübingen 1971, 441 ff.
- RICCOBONO SALVATORE, Dal diritto romano classico al diritto moderno, AUPA 1917, 165 ff. = Scritti di diritto romano II, Palermo 1964
- RICCOBONO SALVATORE, La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno, Rivista di diritto commerciale 1917, 369 ff.
- ROLLINGER CHRISTIAN, Amicitia sanctissime colenda. Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten Republik, Heidelberg 2014
- ROLLINGER CHRISTOPH, Moral economy in der römischen Welt? Zur Bedeutung von amicitia und Netzwerken für das Finanzwesen der Späten Republik, in: Günther Sven (Hrsg.), Ordnungsrahmen antiker Ökonomien: Ordnungskonzepte und Steuerungsmechanismen antiker Wirtschaftssysteme im Vergleich, Wiesbaden 2012, 111 ff.
- RUNDEL TOBIAS, Mandatum zwischen utilitas und amicitia, Münster 2005
- SANDEL MICHAEL J., Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982
- SCHÄFER CHRISTOPH, Spitzenmanagement in Republik und Kaiserzeit, St. Katharinen 1998
- SCHRAGE ELTJO, Geschäftsführung ohne Auftrag und der gute Samariter, in: FS Krampe, Berlin 2013, 309 ff.
- SCHULZ FRITZ, Classical Roman Law, Oxford 1951
- SEILER HANS HERMANN, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln/Graz 1968
- TALAMANCA MARIO, La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum, Labeo 1971, 217 ff.
- TITMUSS RICHARD, The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy, London 1970
- VERBOVEN KOEN, Damasippus. The Story of a Businessman?, in: Deroux Carl (Hrsg.), Studies in Latin Literature and Roman History VIII, Brüssel 1997, 196 ff.
- VERBOVEN KOENRAD, The Economy of Friends. Economic Aspects of Amicitia and Patronage in the Late Republic, Brüssel 2002
- WACKE ANDREAS, Paulus Dig. 3,5,18,3: Zur bona fides bei Ersitzung, Geschäftsführung und Eviktionsregreß, in: FG Lübtow, Berlin 1980, 269 ff.

WATSON ALAN, Contract of Mandate, Oxford 1961 (Neudr. Aalen 1984)

WEBER MAX, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922

WLASSAK MORIZ, Zur Geschichte der negotiorum gestio, Jena 1879

WOLLSCHLÄGER CHRISTIAN, Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Theorie und Rechtsprechung,
Berlin 1976

ZIMMERMANN REINHARD, Law of Obligations, Kapstadt 1990

DER BÜRGE EINST UND JETZT

FESTSCHRIFT FÜR ALFONS BÜRGE

ULRIKE BABUSIAUX • PETER NOBEL
JOHANNES PLATSCHEK (HRSG.)

Schulthess § 2017