

I. Einleitungsfälle

A. Vier Frauen und ein Todesfall

Grundsachverhalt: Der kürzlich verstorbene A hinterlässt eine Witwe, eine Tochter und zwei verzweifelte Rechtsberaterinnen, nämlich **Rechtsanwältin B** und die mit den Angelegenheiten des A dauerhaft betraute **Steuerberaterin C**. Beide haben ein ganz ähnliches Problem: B sollte für A eine **Klage** einbringen; C – wie schon in den Vorjahren – eine **Steuererklärung**. Beide fürchten, dies nun, nachdem ihnen der Tod des A zugefallen und in den Vollmachten für diesen Fall nichts vorgesehen ist, nicht mehr zu können. Doch wäre das umgehende Einbringen beider Schriftstücke von großer Wichtigkeit: Das Einbringen der Klage, um die **Verjährung** eines Anspruchs in Millionenhöhe zu unterbrechen; das Einbringen der Steuererklärung, um die knappe verbleibende Frist zu wahren und so – C war nachlässig und hat die Steuererklärung zu lange aufgeschoben¹ – einen **Verspätungszuschlag** (§ 135 BAO) zu vermeiden. Um der Situation Herr (bzw Frau) zu werden, fordern B und C die präsumtiven Erben notgedrungen dazu auf, im Namen der Verlassenschaft von A eine neue Vollmacht auszustellen. B holt sich zu diesem Zweck die Unterschrift der Witwe; C dagegen die Unterschrift der ihr gut bekannten Tochter. Beide Unterschriften erfolgen zwei Tage nach dem Tod des A. Es liegen noch keine Erbantrittserklärungen vor. Ist das Vorgehen der Rechtsberaterinnen notwendig, um das Problem zu lösen? Falls ja: Ist es auch geeignet (die jeweilige Vollmacht also mit Unterschrift rechtswirksam geworden)?²

Variante 1: B hat abgesehen von der Klage auch eine Beschwerde bei einem Landesverwaltungsgericht einzubringen.

Variante 2: A war Unternehmer und erteilte die Vollmachten an B und C im Betrieb seines Unternehmens.

B. Tod überholt Oldtimer

Grundsachverhalt: Frau V bevollmächtigt und beauftragt Herrn B, in ihrem Namen einen bestimmten Oldtimer zu erwerben. Der gemeine Wert eines solchen Oldtimers liegt bei 100.000 €. B muss den Oldtimer unter diesem Wert erwerben. Im Gegenzug verspricht V dem B eine Belohnung in Höhe von 5.000 €.³

Variante 1: V verstirbt, ehe B den Oldtimer erwerben kann. V hat B vor ihrem Tod angerufen und erwähnt, dass sie in vollem Vertrauen auf seine Fähigkeiten den Oldtimer bereits gewinnbringend an einen alten Bekannten weiterveräußert hat. B fragt sich nun, ob er weiterhin dazu verpflichtet ist, den Oldtimer zu be-

1 Das Verschulden des Vertreters trifft den Abgabepflichtigen (VwGH 2008/15/0035 VwSlg 8454 F/2009 ua).

2 Die Lösungen befinden sich auf S 229f.

3 Die Lösungen befinden sich auf S 230f.

schaffen. Diese Frage soll die Nichte von B, die Juristin J, beurteilen. J zieht die gängigen juristischen Lehrbücher zu Rate und stößt schnell auf § 1022. Aus S 1 der Bestimmung geht hervor, dass in der Regel die Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt.⁴ Doch sieht S 2 der Bestimmung sogleich zwei Ausnahmen von dieser Regel vor. Eine dieser Ausnahmen ist, dass sich die Vollmacht selbst auf den Fall des Todes des Vollmachtgebers erstreckt.⁵ Doch haben V und B den Fall, dass einer von ihnen verstirbt, in keinem Wort besprochen. So wandert der Blick der J weiter zur anderen Ausnahme. Diese besagt, dass die Vollmacht fortbesteht, falls sich das „angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachteil für die Erben nicht unterbrechen“ lässt.⁶ Doch erschöpfte sich die Tätigkeit von B bisher darin, im Internet nach Anbietern des Oldtimers gesucht, viel telefoniert und gegen eine Gebühr von 5 € (aus eigener Tasche) ein Ankaufsinserat in einem virtuellen Oldtimer-Marktplatz geschaltet zu haben (alles ohne Erfolg). Hat sich also B bereits mit der ersten Suche im Internet bzw dem ersten Telefonat potenziell eingehandelt, über den Tod der V hinaus zum Besorgen des Oldtimers verpflichtet zu sein?⁷ Die wenigen einschlägigen Literaturmeinungen geben unterschiedliche Antworten auf diese Frage. Wie sieht es mit dem auf Rechnung von V gehenden Aufwand in Höhe von 5 € aus? Könnte B der Pflicht, den Oldtimer zu beschaffen, etwa dadurch entgehen, gegenüber den Erben der V auf Ersatz der 5 € (vgl § 1014) zu verzichten? Die Literatur scheint diese Frage in über 200 Jahren nie aufgegriffen zu haben.⁸ Um in der Problemlösung weiterzukommen, nimmt J an, dass B das ihm auftragene Geschäft bereits angefangen hat. Damit wirft sie die nächste Frage auf: Was ist ein offener Nachteil für die Erben? Sie selbst kann gleich zwei Nachteile nennen, die zumindest ihr „offenbar“ sind: Erstens entgeht den Erben der V ein Vermögensgegenstand im Wert von 100.000 €, falls B den Oldtimer nicht erwirbt. Zweitens spricht die Literatur dem Beauftragten für den Fall des Todes des Auftraggebers (analog § 1020 letzter S) einen den bisherigen Bemühungen angemessenen Teil der vereinbarten (vgl § 1004) Belohnung zu. Das wären – schätzt B – 500 €. Diesen Betrag könnte er demnach von den Erben verlangen, obwohl er diesen im Gegenzug nur seine leeren Hände zu bieten hat. Sind also das Entgehen des Geschäftserlöses sowie die Pflicht, trotzdem 500 € zahlen zu müssen, Nachteile der Erben im Sinne der Ausnahme?⁹ Indessen ist § 1022 nicht die einzige Bestimmung, die J beschäftigt. Denn sie sieht B auch durch § 1025 weiterhin verpflichtet, den Oldtimer zu beschaffen, falls denn dieses Vorhaben „unaufschiebbar“ im Sinne dieser Bestimmung ist. Was ein Geschäft unaufschiebbar macht, ist kaum ergründet; ebenso wenig das Verhältnis zwischen der Unaufschiebbarkeit eines Geschäfts und der offenbaren Nachteiligkeit (§ 1022 S 2 F 1) seines Abbruchs.¹⁰

4 S 43 ff.

5 S 69 ff und S 132 ff.

6 S 69 ff.

7 S 75 ff.

8 S 115 ff.

9 S 92 ff.

10 Jeweils S 143 f und S 144.

Variante 2: B erwähnt, dass er bei Verschlechterung seines Gesundheitszustandes **seinem Sohn S** auftragen möchte, ihn bei der Jagd nach dem Oldtimer zu unterstützen oder diese gänzlich zu übernehmen. Denn S sei auf diesem Gebiet mittlerweile ebenso versiert wie B selbst. V erklärt sich damit einverstanden. Leider **verstirbt B**, ohne den Oldtimer erworben zu haben. Mit seinem letzten Atemzug erzählt er S von dem Auftrag. S verspricht, sich der Sache anzunehmen. Bei der Beerdigung des B lernt S den von Geldsorgen geplagten Sammler P kennen. Ange-reist war dieser ausgerechnet mit einem Exemplar des gesuchten Oldtimers. S gelingt im Zuge des Trauermahles, P zu überreden, den Oldtimer für 90.000 € zu verkaufen. Das Geschäft wird noch an Ort und Stelle abgewickelt. V staunt nicht schlecht als S mit dem ersehnten Oldtimer in ihrer Einfahrt steht und von ihr die Zahlung von 95.000 € (Aufwandersatz + Belohnung) verlangt. Doch nennt V mittlerweile selbst ein Exemplar des Oldtimers ihr Eigen: Einige Tage vor dem Tod des B erhielt sie das Angebot ihres Jugendfreundes J, den Oldtimer um 110.000 € zu kaufen. Als V von einer gemeinsamen Bekanntschaft erfuhr, dass B am Vortag verstorben war, nahm sie das Angebot von J sofort an. Denn das Wunderwerk, einen dieser Oldtimer unter dem gemeinen Wert zu erwerben, traute sie bloß B zu. Auf den ihrerseits akzeptierten Vorschlag des B, erforderlichenfalls den seines Erachtens ebenso fähigen S mit der Jagd nach dem Oldtimer zu betrauen, hatte sie vergessen. Ob sie S die 95.000 € zu zahlen hat, hängt davon ab, ob zwischen ihr und B ein Auftragsvertrag besteht.¹¹

Variante 3: Wie Variante 2. Doch hat B den S schon früher in den Auftrag eingeweiht und sich von S bei der Suche nach dem Oldtimer **unterstützen** lassen.

Variante 4: B erwirbt und übernimmt den Oldtimer im Namen der V und **verstirbt**, ehe er diesen an V herausgeben kann. Der Oldtimer befindet sich in der Garage seines Hauses. In dieser Variante sind V und S **Geschwister** und die **einzigen Erben** von B. V möchte den Oldtimer so schnell wie möglich an sich bringen. Denn S hat Schlüssel zum Haus des B und ist wegen Diebstahls und Hehlerei mehrfach vorbestraft. Auch V wurde bereits Opfer seiner Taten. Zwar befindet sich S derzeit im Ausland, doch hat er angekündigt, in einer Woche an der Beerdigung des B teilzunehmen. Die Zeit drängt also, will denn V einem rätselhaften Verschwinden ihres Oldtimers vorbeugen. Dafür, die Verlassenschaft von B auf Herausgabe des Oldtimers zu klagen, ist die Zeit zu knapp. Stattdessen beantragt V notgedrungen, den Oldtimer vom restlichen Verlassenschaftsvermögen absondern zu lassen (§ 812). Zwar ist anerkannt, dass auch solche Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag lauten, Gegenstand einer Verlassenschaftsseparation sein können, doch ist auch anerkannt, dinglich Berechtigten stehe keine Verlassenschaftsseparation zu. Letzteres wird damit begründet, die Forderung des dinglich Berechtigten sei durch die Möglichkeit, ein dingliches Recht geltend zu machen, bereits ausreichend gesichert, sodass es einer Verlassenschaftsseparation gar nicht bedürfe. V ist dinglich berechtigt. Denn B hat V sowohl bei Abschluss des Kaufvertrages als auch bei Entgegennahme des Oldtimers wirksam vertreten. Soll also V die Verlassenschafts-separation versagt bleiben, obwohl ihr auftragsrechtlicher Herausgabeanspruch

¹¹ Vgl S 152ff.

durch die Möglichkeit, sich gegenüber der Verlassenschaft auf ihr Eigentumsrecht zu berufen, nicht ausreichend gesichert ist?¹²

¹² Zu alldem S 201 ff.

II. Geschäftsbesorgung – Versuch der Grundlegung eines neuen Rechtsinstitutes

A. Das Bindeglied¹³ des 22. Hauptstückes: Der Begriff „Geschäftsführung“

Die **Überschrift des 22. Hauptstückes** des ABGB lautet: „Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung.“ Nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, so existieren mindestens drei Arten von Geschäftsführung; nämlich die rechtsgeschäftliche Vertretung („Bevollmächtigung¹⁴“) und mindestens zwei weitere Arten von Geschäftsführung¹⁵. Unter diese von der rechtsgeschäftlichen Vertretung verschiedenen Arten von Geschäftsführung fallen jedenfalls die gesetzliche Vertretung (§ 1034) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1035 ff).¹⁶ Ob auch das Bewirken eines Verwendungsanspruchs eine Art von Geschäftsführung ist,¹⁷ sei offengelassen. Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Vertretung lassen sich anschaulich mit dem Begriff „befugte Geschäftsführung“ zusammenfassen; was die Geschäftsführung ohne Auftrag zur unbefugten Geschäftsführung macht.¹⁸ Doch was ist überhaupt Geschäftsführung?

-
- 13 Vgl schon: *Faistenberger/Barta/Eccher* in *Gschnitzer*, Schuldrecht – Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988) 259 ff; *Schey*, Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/3 (1907) 447; *Swoboda* in *Klang*, Kommentar zum ABGB II/2 (1934) 766 f; wortgleich *Feil*, ABGB Handkommentar für die Praxis VI (1977) 68.
 - 14 Arg: Wäre die Bevollmächtigung keine Art von Geschäftsführung, so müsste in der Überschrift das Wort „andern“ entfallen (zB: „Von der Bevollmächtigung und der Geschäftsführung“).
 - 15 Arg: Existierte neben der Bevollmächtigung nur eine einzige oder überhaupt keine andere Art von Geschäftsführung, so müsste in der Überschrift der Plural des Wortes „Art“ entfallen (zB: „Von der Bevollmächtigung und der andern Art der Geschäftsführung“). Wäre die Bevollmächtigung überhaupt die einzige Art von Geschäftsführung (wie das zufolge *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II [1889] 171 wohl ursprünglich gedacht war), müsste in der Überschrift entweder das Wort „Bevollmächtigung“ oder das Wort „Geschäftsführung“ entfallen. Denn die Überschrift „Von der Bevollmächtigung und der Geschäftsführung“ wäre bei Identität von Bevollmächtigung und Geschäftsführung ebenso sinnlos wie das 17. Hauptstück mit „Von Verträgen und zweiseitigen Rechtsgeschäften überhaupt“ zu überschreiben.
 - 16 Dieselbe Trias bei *Schey*, Obligationsverhältnisse 447.
 - 17 Dafür wohl *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/1 (1812) § 1002 Anm 1, der das Bewirken von Verwendungsansprüchen der Geschäftsführung ohne Auftrag zuordnet; vgl *Meissel* in *Rummel/Lukas*, Kommentar zum ABGB⁴ §§ 1035–1150 (2017) § 1041 Rz 1 mwN.
 - 18 Dieselbe Zweiteilung bei *Swoboda*, Die theoretische und praktische Bedeutung des Bevollmächtigungsvertrages, JBl 1933, 102; vgl auch *Zeiller*, Commentar III/1 § 1002 Anm 1, der davon spricht, das 22. Hauptstück umfasse zwei „Haupttheile“, nämlich §§ 1002–1034 und §§ 1035–1044.

1. Meinungsstand

Der Meinungsstand zum Begriff „Geschäftsführung“ lässt sich in **drei Auffassungen** untergliedern, jeweils bezeichnet als das weite, enge und moderne Verständnis: Nach weitem Verständnis ist Geschäftsführung die „Besorgung fremder Angelegenheiten¹⁹“; nach engem Verständnis die „wissentliche und willentliche Besorgung fremder Angelegenheiten auf fremde Rechnung²⁰“. Nach modernem Verständnis ist zwischen der befugten und unbefugten Geschäftsführung zu unterscheiden²¹: Erstere ist die Vornahme von Rechtsgeschäften oder – per Analogie²² – anderen Rechtshandlungen²³ (somit jeder Rechtshandlung iwS²⁴); letztere die Vornahme jeder Rechtshandlung (iwS) oder rein tatsächlichen Handlungen.²⁵ Der Handlungsbegriff erfasst Tun wie auch Unterlassen.²⁶ Die These, Geschäftsführung begreife stets Stellvertretung in sich,²⁷ hat sich nicht durchgesetzt.²⁸

Auch der Begriff „**Geschäft**“ findet an vielen Stellen²⁹ des 22. Hauptstücks zwar Erwähnung, aber keine Definition. Die Bemühungen der Lehre, das Geschäft begrifflich von der Geschäftsführung zu trennen, sind überschaubar:

*Kirchstetter/Maitisch*³⁰ definieren das Geschäft als Rechtsgeschäft. Doch dürften sie diese Definition bloß auf die befugte Geschäftsführung bezogen haben. Denn wo-

- 19 *Swoboda* in *Klang* II/2 766; wortgleich *Feil*, Handkommentar VI 68; anders noch: *Swoboda*, Der Bevollmächtigungsvertrag und verwandte Erscheinungen, ZBl 1931, 721 (740 aE); *Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem (1932) 20 aE („Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“).
- 20 *Faistenberger/Barta/Eccher* in *Gschnitzer*, Schuldrecht BT² 259.
- 21 *Baumgartner/U. Torggler* in *Klang*³ § 1002 Rz 67; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 7 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).
- 22 Dies für das Stellvertretungsrecht betonend: *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁶ (2020) § 1002 Rz 19; *P. Bydlinski*, AT⁹ Rz 9/74.
- 23 *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 5 mwN; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB IV/1² (1968) 772; *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 951; grundlegend wohl *Schey*, Obligationsverhältnisse 449 f; idS allerdings schon: *Winiwarter*, Das persönliche Sachenrecht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche² (1844) 210, mit der Ergänzung, die Handlung müsse erlaubt sein (ebenso *Welser/Zöchling-Jud* aaO), was sich angesichts von § 879 allerdings von selbst versteht; *Stubenrauch*, Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II⁸ (1903) 220; weniger abstrakt bei *Schuster von Bonnot*, Grundriss des Obligationenrechts I/4² (1914) 155.
- 24 Anm: Jede Rechtshandlung ist entweder rechtsgeschäftliches oder geschäftsähnliches Verhalten; s *Perner* in *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht² (2022) 498; vgl auch: *Schey*, Obligationsverhältnisse 450 (dort FN 26), demnach der Begriff „Rechtshandlung“ über den des Rechtsgeschäfts „hinausreicht“; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 323 (zweiter Absatz aE).
- 25 *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1035 Rz 4 mwN (Stand 1. 8. 2022, rdb.at); *Kietaibl/Ladler* in *Klang*³ § 1035 Rz 18; *Schey*, Obligationsverhältnisse 447 (dort FN 7).
- 26 Vgl *Welser/Kletečka* I¹⁵ Rz 63.
- 27 *Ogonowski*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Rechte (1877) 104 f.
- 28 *Schey*, Obligationsverhältnisse 453 (FN 1 mwN); *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892) 139 (FN 40).
- 29 §§ 1002–1004, §§ 1006–1016, §§ 1018–1022, § 1025, § 1029, §§ 1035–1037, §§ 1039, 1040.
- 30 Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts³ (1876) 502 (dort FN 3).

anders³¹ erstrecken sie den Geschäftsbegriff für die unbefugte Geschäftsführung auf rein Tatsächliches. Es ist allerdings möglich, dass sie „Geschäft“ und „Geschäftsführung“ – wie Förster³² – durcheinanderbrachten und statt dem ersteren eigentlich die letztere definieren wollten.

*Krasnopolski/Kafka*³³ verstehen unter einem Geschäft ein Rechtsgeschäft oder eine (sonstige³⁴) Rechtshandlung. Diese Definition ist weiter als jene von *Kirchstetter/Maitisch*. Wie diese erstrecken jedoch auch *Krasnopolski/Kafka*³⁵ für die unbefugte Geschäftsführung den Geschäftsbegriff auf rein Tatsächliches, nämlich auf das „bloß tatsächliche[s] Geschäft“.

Implizit lassen auch die Definitionen von „Geschäftsführung“ Rückschlüsse auf den Geschäftsbegriff zu: Nach weitem wie auch engem Verständnis wäre es die zu besorgende fremde Angelegenheit; nach modernem Verständnis die vorzunehmende Handlung ist.

Nach *Koziol/Spitzer*³⁶ werden mit dem Geschäftsbegriff „alle Angelegenheiten erfasst.“ Im Wortlaut erklärt dies, was ein Geschäft erfasst; nicht, was ein Geschäft ist. Beabsichtigten die Autoren, Letzteres zum Ausdruck zu bringen, ist Geschäft jede Angelegenheit. Doch war wohl beabsichtigt, diese Aussage auf die Geschäftsführung ohne Auftrag zu beschränken.

Nach *Welser/Zöchling-Jud*³⁷ ist Geschäft die „Angelegenheit des anderen“. Will man den Ausführungen *Koziol/Spitzers* entnehmen, Geschäfte seien jegliche Angelegenheiten, kann dies mit *Welser/Zöchling-Jud* auf fremde Angelegenheiten eingeschränkt werden.

2. Eigener Ansatz

Dem Meinungsstand fehlt eine **begriffliche Trennung** von Geschäft und Geschäftsführung.³⁸ Diese Trennung zu erarbeiten, ist – abgesehen von der „elegantia

31 Ibid 512.

32 Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts II (1873) 296 ff.

33 Lehrbuch des Österreichischen Privatrechts III – Österreichisches Obligationenrecht (1910) 351: „(...) Besorgung von Geschäften – worunter meines Erachtens nur Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen verstanden werden können (...)“ Prima facie mag unklar sein, ob sich das Wort „worunter“ auf Geschäfte per se oder das Besorgen eben solcher bezieht. Die Grammatik spricht für Ersteres. Denn die „Besorgung von Geschäften“ ist Singular, der Ausdruck „Geschäfte“ Plural. Wollten sich die Autoren auf die Besorgung von Geschäften beziehen, so hätten sie – will man ihnen grammatikalische Fehlritte nicht unterstellen – „kann“ statt „können“ gewählt. Vgl zudem 360 aaO.

34 Ibid FN 5, wo die Autoren auf *Schey*, Obligationsverhältnisse 446 ff verweisen. Dieser vertritt auf Seite 450 (dort FN 26), dass der Begriff „Rechtshandlung“ über den des Rechtsgeschäfts „hinausreicht“.

35 Ibid 360.

36 In KBB⁶ § 1035 Rz 2.

37 Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1777.

38 Besonders unschön bei *Strasser* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB I³ (2000) §§ 1020–1026 Rz 40: Geschäft ist Geschäftsbesorgung.

juris³⁹ – aus zwei Gründen für verdienstvoll: Erstens verwendet das Gesetz beide Begriffe. Sie zu trennen, ermöglicht eine separate Auslegung. Zweitens ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber an manchen Stellen bewusst den einen Begriff dem anderen vorgezogen hat.

Ich fasse den Begriff „Geschäftsführung“ im Folgenden als semantische Kombination von Geschäft und dem Führen eines solchen auf. Im ersten Schritt erarbeite sei die Definition des Geschäfts (die Aussage, ein Geschäft zu führen, ist ohne Definition des Wortes „Geschäft“ bedeutungslos); sodann die Definition des Begriffes „Geschäftsführung“.

a) Geschäft⁴⁰

aa) Stellungnahme

Nach hA⁴¹ umfasst die befugte Geschäftsführung alle rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen; die unbefugte Geschäftsführung darüber hinaus noch alle (erlaubten) tatsächlichen Handlungen. Die Untersuchung weicht hiervon nicht ab. Daher muss der Geschäftsbegriff Rechtsgeschäftliches, Rechtsgeschäftsähnliches und rein Tatsächliches umfassen. Das erweist den Ansatz von *Kirchstetter/Maitisch*⁴² als zu eng. Übrig bleiben vier Ansätze. Diese seien in **zwei Gruppen** unterteilt: **Erstens**, der sowohl dem weiten als auch engen Verständnis des Begriffes „Geschäftsführung“ entnommene Ansatz, Geschäfte seien schlicht als fremde Angelegenheiten zu definieren; **zweitens**, einerseits der Ansatz von *Krasnopolski/Kafka*⁴³, will man denn das Wort „Rechtshandlung⁴⁴“ als rechtsgeschäftsähnliche Handlung begreifen, andererseits aber auch der dem weiten Verständnis des Begriffes „Geschäftsführung“ entnommenen Ansatz, Geschäft sei die vorzunehmende Handlung.

Der **ersten Gruppe** ist zu entgegen: i.) Das Wort „**Angelegenheit**⁴⁵“ ist zu weit. Denn Verträge sind zwar „Angelegenheiten“, aber keine Geschäfte im Sinne des 22. Hauptstückes. Dass Verträge keine Geschäfte im Sinne des 22. Hauptstückes sind, ergibt sich aus § 1008. Denn § 1008 bezeichnet nicht etwa Darlehensvertrag, Vergleich oder Gesellschaftsvertrag als Geschäft, sondern das Abschließen dieser Verträge.⁴⁶ ii.) Den Ausdruck „**fremd**⁴⁷“ in die Definition des Geschäftsbegriffes aufzu-

39 Definiert iSv *O. W. Holmes*, *Science of the Common Law*, *Current Legal Thought* 1943, 387 (388) als logische Abgestimmtheit der einzelnen Teile des Rechts; vgl auch *Schey*, *Obligationsverhältnisse* 453.

40 Auch relevant für S 75 ff.

41 Nachw in FN 23 ff.

42 Commentar³ 502 (FN 3) und 512.

43 Lehrbuch III 351 und 360.

44 Ibid 351.

45 Vgl: *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁶ § 1035 Rz 2; *Swoboda* in *Klang* II/2 766.

46 Arg leg cit: „Folgende Geschäfte: Wenn (...) Darlehen geschlossen (...) Vergleiche getroffen (...) Gesellschaftsverträge errichtet (...) werden sollen; ist eine besondere (...) Vollmacht notwendig.“

47 Vgl *Swoboda* in *Klang* II/2 766.

nehmen, widerspricht der *elegantia juris*, weil dies die zahlreichen Stellen, an denen der Gesetzgeber den Ausdruck „fremdes Geschäft“ gebraucht,⁴⁸ zu Tautologien⁴⁹ werden ließe.

Der **zweiten Gruppe** ist zu entgegen, dass Handlungen dem Führen eines Geschäfts begrifflich näherstehen als dem Geschäft selbst. Das zeigt sich gut daran, dass, wer das Geschäft als eben jene Handlung definiert, die zu seiner Umsetzung erforderlich ist, für die Definition der Geschäftsführung redundante Konstruktionen wie die „Vornahme einer Handlung“⁵⁰ in Kauf zu nehmen hat. Eine sprachlich elegantere Definition würde nicht schaden.

bb) Die notwendigen Bedingungen einer dogmatisch stimmigen Definition des Geschäftsbegriffs

Die **erste** notwendige Bedingung lautet: Geschäft kann nur sein, was zwar Vertragsschluss, aber nicht Vertrag ist. Die **zweite** notwendige Bedingung lautet, den Begriff „Handlung“ in den Wortlaut der Definition nicht aufzunehmen. Denn unschöne Konstruktionen wie die „Vornahme einer Handlung“ sollen vermieden werden. Die **dritte** notwendige Bedingung lautet: Geschäft kann nur sein, was rechtlich relevant ist; wobei rechtlich relevant all das ist, was Rechtsfolgen auslöst.⁵¹ Wer nämlich die rechtliche Relevanz der Handlung nicht für notwendig erachtet, um von Geschäftsführung sprechen zu können, läuft Gefahr, rechtlich Irrelevantes in den Rang eines Gesetzesbegriffes zu heben.

Ob auch die **Erlaubtheit** der Handlung notwendige Bedingung ist,⁵² bedarf einer differenzierteren Sichtweise: Definiert man den Begriff „erlaubt“ als all das, was nicht verboten ist, so ist gesetzliche Erlaubtheit für jede Form von Geschäftsführung notwendig. Das folgt aus § 879 Abs 1, ist aufgrund dieser Bestimmung allerdings zu selbstverständlich, als dass es in der Definition des Geschäftsbegriffes gesonderter Erwähnung bedürfte. Was die privatautonome Erlaubtheit anbelangt, ist erneut zu differenzieren: Für die befugte Geschäftsführung ist sie notwendig. Doch steckt sie bereits im Begriff „befugt“, sodass sie in der Definition des Geschäftsbegriffs keiner gesonderten Erwähnung bedarf. Nicht notwendig ist privatautonome Erlaubtheit für die unbefugte Geschäftsführung. Denn wäre privatautonome Erlaubtheit notwendig für Geschäftsführung, so müsste der Ausdruck „verbotene Geschäftsführung“ ein Widerspruch in sich sein; was er aber nicht ist, weil § 1040 die Möglichkeit verbotener Geschäftsführung anerkennt. Im Ergebnis ist die Erlaubtheit der Handlung zwar in gewissen Fällen für Geschäftsführung notwendig, doch gibt keiner von ihnen dazu Anlass, die Erlaubtheit der Handlung in die Definition des Geschäftsbegriffs aufzunehmen.

48 §§ 1004, 1036, 1037, 1039 und 1040.

49 Arg: fremdes Geschäft als „fremde fremde Angelegenheit“.

50 Oben bei FN 23.

51 Vgl. *Winiwarter*, *Persönliches Sachenrecht*² 210; weiters *P. Bydlinski*, *Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil*⁹ (2021) Rz 4/1 ff.

52 Dafür *Winiwarter*, *Persönliches Sachenrecht*² 210.

cc) Herleiten einer dogmatisch stimmigen Definition des Geschäftsbegriffs

Folgende Formel erfüllt alle drei notwendigen Bedingungen⁵³: Geschäft iSd 22. Hauptstücks ist jedes **rechtlich relevante Vorhaben**.

Vorhaben ist all das, wovon logisch sinnvoll behauptet werden kann, man beabsichtige es. All das, wovon logisch nicht sinnvoll behauptet werden kann, man beabsichtige es, ist kein Vorhaben und damit auch kein Geschäft iSd 22. Hauptstücks. Von Verträgen kann nicht logisch sinnvoll behauptet werden, man beabsichtige sie; davon, sie abzuschließen (abzuändern, aufzuheben oder abzufassen), dagegen schon. Denn der Satz „Ich beabsichtige einen Vertrag zu schließen“ ist logisch sinnvoll, nicht aber der Satz „Ich beabsichtige einen Vertrag“. Es folgt, dass Verträge keine Geschäfte iSd 22. Hauptstücks sind; das Abschließen, Abändern, Aufheben und Abfassen derselben dagegen schon. Damit sind die erste und zweite notwendige Bedingung erfüllt.

Rechtlich relevant ist ein Vorhaben genau dann, wenn mit seiner Umsetzung mindestens eine einzige Rechtsfolge einhergeht. Das erfüllt die dritte notwendige Bedingung.

Beispiele: Die Aussage, man beabsichtige gleich nach Feierabend nachhause zu gehen, um mit seinen Katzen zu spielen, ist logisch (wie auch in jeder anderen Hinsicht) sinnvoll. Mit seinen felines Wegbegleitern zu spielen, ist daher ein Vorhaben. Dennoch ist es kein iSd 22. Hauptstücks. Denn das Umsetzen des Vorhabens löst keine Rechtsfolgen aus. Auch der Kaufvertrag ist kein Geschäft im Sinne des 22. Hauptstückes. Anders als beim Spielen mit dem Stubentiger scheitert es nicht erst am Fehlen von Rechtsfolgen, sondern bereits an einem Vorhaben. Denn der Satz „Ich beabsichtige einen Kaufvertrag“ ist logisch sinnlos. Daher sind Kauverträge – wie alle anderen Verträge – keine Vorhaben. Demgegenüber ist die Aussage, man beabsichtige einen Kaufvertrag zu schließen (etwa: Katzenfutter zu kaufen), ebenso logisch sinnvoll, wie die Aussage, man beabsichtige diesen abzuändern, aufzuheben oder abzufassen. Es handelt sich daher um Vorhaben. Diese Vorhaben umzusetzen (den Kaufvertrag abzuschließen, abzuändern oder aufzuheben), löst Rechtsfolgen aus. Es handelt sich daher um Geschäfte iSd 22. Hauptstückes. Man erkennt: Rechtsgeschäfte sind keine Geschäfte iSd 22. Hauptstückes, können jedoch Gegenstand eben solcher sein.

dd) Gliederung des Geschäftsbegriffs

(1) Geschäfte rechtlicher Natur – Geschäfte tatsächlicher Natur

Nach hA⁵⁴ erfasst die befugte Geschäftsführung alle rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen; die unbefugte Geschäftsführung darüber hinaus noch alle (erlaubten) tatsächlichen Handlungen. Die Untersuchung weicht hiervon nicht ab.⁵⁵ Daher stellt sich die Frage, wie sich der von mir **vorgeschlagene**

53 Zu diesen auf S 9.

54 Nachw in FN 23 ff.

55 Anm: Geschäftsähnliches Verhalten ist als Geschäftsführungsgegenstand nur dann unproblematisch, wenn es um Stellvertretung geht. Sollen die Rechtswirkungen hingegen zunächst im Verhältnis zw dem Geschäftsführer und dem Dritten eintreten (wie das bei vollmachtenlosen Auftragsverträgen oder Ermächtigungen der Fall ist), so ist wenigstens