

Die GoA auf der Schnittstelle von realem und hypothetischem Vertrag

Von Prof. Dr. Tim W. Dornis, Lüneburg*

Die Dogmatik der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ist bis heute nicht befriedigend erklärt. Zahlreiche Theorien werden vertreten.¹ Ein umfassendes und abschließendes Konzept fehlt aber bislang. Es überrascht daher kaum, dass Praxis und Lehre nicht nur vereinzelt von Resignation und Frustration gekennzeichnet sind.² Für das Studium wirft dies nicht unerhebliche Probleme auf.³ Hier gilt es zunächst, Sicherheit im Umgang mit den möglichen Fallgruppen der GoA aufzubauen. Erforderlich ist es zudem, die Abgrenzung der GoA von benachbarten Regelungs- und Ausgleichssystemen im Auge zu behalten. Wichtig ist dabei vor allem das Verhältnis zwischen Vertrag und GoA. Eine regelmäßig wiederkehrende Prüfungskonstellation aus diesem Problembereich sind Honoraransprüche sogenannter Erbensucher. Ein genauerer Blick auf diese Fälle unter Betrachtung der ökonomischen Struktur der GoA hilft bei der Lösung gleich mehrerer bislang ungeklärter Probleme.

I. Problemaufriss und Meinungsstand

Die Erbensuche verläuft meist nach gleichen Mustern. Nachlassgerichte und Nachlasspfleger ermitteln die Berechtigten für scheinbar erbenlose Nachlässe zunächst selbst. Gelingt dies nicht, können sie sogenannte Erbensucher, Erbenermittler oder Genealogen einschalten.⁴ Letztlich veröffentlichen die Nachlassgerichte Aufforderungen zur Anmeldung unbekannter Erbenrechte.⁵ Die Erbensucher werden dabei aber regelmäßig nicht auf Kosten des Nachlasses beauftragt. Sie sind im Hinblick auf Aufwendungsersatz und Entlohnung folglich auf einen Erfolg der Suche angewiesen. Die Erben müssen aber zudem nicht nur gefunden werden, es muss auch ein durchsetzbarer Anspruch gegen sie bestehen. Oft kann sich der Erbensucher mit den gefundenen Erben einigen. Als Honorar erhält er dann je nach Größe des Nachlasses zwischen 10 und 30 % des Nachlasswerts. Gelingt es dem Erbensucher nicht,

eine vertragliche Einigung herbeizuführen, stellt sich die Frage nach einer Anwendung der §§ 677 ff. BGB.

Nachdem Ansprüche des Erbensuchers als auftragsloser Geschäftsführer zunächst weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung in Abrede gestellt wurden,⁶ verneinte der BGH im Jahr 1999 eine Erstattung mit grundlegenden Argumenten. Der III. Zivilsenat begann die Prüfung zwar zunächst mit der Frage nach dem Fremdgeschäftsführungswillen. Die zur Ermittlung der Erbfolge erforderliche Feststellung der Verwandtschaftsverhältnisse sei nicht dem ausschließlichen Rechts- und Interessenkreis der Erben zugewiesen. Es könne sich bei der Erbensuche deshalb durchaus um ein sogenanntes auch-fremdes Geschäft handeln.⁷ Dann brach der Senat die Prüfung jedoch unvermittelt mit der Feststellung ab, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und der dort implementierten Risikoverteilung dürfe die Frage nach einer Vergütung nach GoA-Regeln gar nicht erst gestellt werden. Dies wäre weder sach- noch interessengerecht.⁸ Bei der Tätigkeit des Erbensuchers gehe es nämlich um Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Er verschaffe sich durch seine Ermittlungen lediglich das Material, welches er dem oder den Erben gegen Entgelt überlassen wolle. Komme es nicht zu einem Abschluss, müsse seine Tätigkeit unvergütet bleiben. Nach den Regeln des Privatrechts trage jede Seite das Risiko des Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst. Eine Vergütung nach den §§ 677 ff. BGB würde diese im Gefüge der Privatrechtsordnung angelegte Risikoverteilung unterlaufen.⁹ Diese Ansicht ist mittlerweile auch im Schrifttum herrschend.¹⁰

* Univ.-Prof., Dr. iur., JSM (Stanford), Attorney-at-Law (New York). Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Leuphana Universität Lüneburg.

¹ Für einen Überblick s. z.B. Bergmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn. 9 ff.; Seiler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 677 ff. Rn. 1 ff.; Dornis, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, Vor § 677 Rn. 3 ff.

² S. bereits Helm, Geschäftsführung ohne Auftrag, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, 1983, S. 335 (S. 341); neuerdings z.B. Bergmann (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn. 9; Seiler (Fn. 1), Vorbem. §§ 677 ff. Rn. 12 ff. m.w.N.

³ Anschaulich zur Unsicherheit in der Ausbildung z.B. Martinek/Theobald, JuS 1997, 612.

⁴ S. z.B. Gutbrod, ZEV 1994, 337; Hoppe/Spoerr/Niewerth, StAZ 1998, 65 (66 ff.).

⁵ Vgl. §§ 1965, 2358 Abs. 2 BGB.

⁶ S. z.B. noch OLG Celle ZEV 1999, 449 und Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 38 IV. 4. d), 938 f.

⁷ S. BGH NJW 2000, 72; s. hierzu noch anders BGHR BGB § 677 Erbensucher 1 (= BGHR BGB § 687 Abs. 2 Bereicherung 1). In dem Beschluss v. 26.4.1990 (III ZR 294/88) entschied der III. Zivilsenat, ein Erbensucher handele bis zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem gefundenen Erben nicht mit dem Willen, dessen Geschäft zu besorgen.

⁸ BGH NJW 2000, 72 (73).

⁹ BGH NJW 2000, 72 (73).

¹⁰ S. z.B. Ehmann, LM § 677 BGB Nr. 40; G. Schulze, JZ 2000, 521; Emmerich, JuS 2000, 603; Hau, NJW 2001, 2863 (2864); Falk, JuS 2003, 833 (838); G. Wagner, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 181 (S. 248); Jansen, ZEuP 2007, 958 (977); zuvor bereits Gutbrod, ZEV 1994, 337; zudem Bergmann (Fn. 1), Vor § 677 Rn. 205; Seiler (Fn. 1), § 677 Rn. 12; Ehmann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 677 Rn. 4; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 677 Rn. 7a; s. zudem bestätigend den I. Zivilsenat in BGH NJW 2003, 3046 (3048) (obiter dictum) und nochmals den III. Zivilsenat in BGH NJW-RR 2006, 656; abweichend wohl lediglich Hoppe/Spoerr/Niewerth, StAZ 1998, 65 (69).

Dieses Verständnis der Abgrenzung von Vertrag und GoA ist unzutreffend.¹¹ Der grundlegende Fehlschluss zeigt sich bei einem Vergleich der Erbensucher-Problematik mit zwei Fällen, einen aus der Vertragsrechtsdogmatik, einen aus dem Bereich der GoA. Den ersten Beispielfall bildet die Konstellation der Lieferung oder Sendung unbestellter Sachen. Daneben bietet sich die Rettung eines Bewusstlosen durch einen zufällig anwesenden Arzt zum Vergleich an. Wir werden unsere Analyse mit einem Blick auf den wirtschaftlichen Hintergrund eines privatautonomen Vertragsrechts und den Regeln zur GoA beginnen (nachfolgend II.). Eine Lösung der Beispielfälle schließt sich an (unten III.).

II. Analyse: Das Modell der Transaktionskosten bei Vertrag und GoA

Der Vertrag ist Grundlage unserer privatautonomen Wettbewerbsordnung. Seine Funktion liegt in der Verwirklichung und Ausgestaltung der individuellen Freiheit des einzelnen.¹² Nur wenn die Teilnehmer am privaten Wirtschaftsverkehr unbeeinflusst und frei darüber entscheiden können, wann und mit wem sie kontrahieren, ist eine optimale Verteilung und Verwendung der in einer Marktwirtschaft vorhandenen Ressourcen gesichert.¹³ Zwar muss eine Rechtsordnung, vor allem im Rahmensystem einer sozialen Marktwirtschaft, zahlreiche Ausnahmen zur unbeschränkten Freiheit der Parteien vorsehen. Dies gilt namentlich beim Schutz strukturell unterlegener Akteure (z.B. Jugendliche oder Verbraucher). Es besteht jedoch grundsätzlich kein Zweifel an der Effizienz und dem Nutzen des privatautonomen Handelns der Marktteilnehmer. Der reale Vertragsschluss hat stets höhere Richtigkeitsgewähr als eine lediglich simulierte Einigung.¹⁴ Es ist deshalb angezeigt, di-

rekte Eingriffe der Rechtsordnung in den natürlichen Ablauf privater Transaktionen auf das Notwendige zu beschränken.

1. Grundlage: Tatsächlicher und hypothetischer Vertrag

Hieraus folgt zunächst, dass ein Vertrag grundsätzlich nicht simuliert werden kann, wenn zwischen den Beteiligten die Möglichkeit zu Verhandlungen besteht oder bestand. Haben sich die Beteiligten tatsächlich geeinigt oder ist eine Einigung trotz bestehender Möglichkeit zu Verhandlungen nicht zustande gekommen, so ist dieses Ergebnis verbindlich. Der Grundsatz der Privatautonomie verbietet es, in diesen Fällen den Ablauf des freien Wettbewerbs zu beeinflussen. Eine praktisch und in im Studium häufige Konstellation, in der dieser Zusammenhang offenbar wird, sind Fälle unbestellter übersandter Sachen oder unbestellter erbrachter Leistungen. Versendet z.B. ein Verlag Bücher mit dem Hinweis, diese seien bei nicht rechtzeitiger Rücksendung ohne weiteres zum Erwerb überlassen, kommt allein durch das einseitige Handeln des Verlages noch kein Vertrag zu Stande.¹⁵ Der Verlag hätte die Möglichkeit, über den Verkauf der Bücher zu verhandeln. Dies schließt die Fiktion eines Vertrages über den faktisch erzwungenen Absatz aus.

Ist hingegen umgekehrt eine Einigung zwischen zwei Parteien aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, stellt sich die Frage, ob eine an sich gewünschte Transaktion simuliert werden kann. Die Geschäftsführung ohne Auftrag bietet typische Beispiele hierfür. In einer Notsituation kann die Möglichkeit zu Verhandlungen bereits von Anfang an fehlen oder zwischenzeitlich entfallen. Eine ökonomische Betrachtung greift hier auf das Modell der sogenannten Transaktionskosten zurück. Die Unmöglichkeit von Verhandlungen ist in diesem Modell durch einen Anstieg der Transaktionskosten gekennzeichnet. Diese Kosten umfassen z.B. den Aufwand zur Informationsbeschaffung sowie zum Auffinden von oder Verhandeln mit geeigneten Vertragspartnern. Die Transaktionskosten sind z.B. immer dann prohibitiv hoch, wenn ein hilfsbedürftiger Geschäftsherr aufgrund Bewusstlosigkeit oder räumlicher Abwesenheit nicht in der Lage ist, sich nach einem Vertragspartner umzusehen und diesen wirksam zu verpflichten.¹⁶ Der nothelfende Arzt oder der einen Hausbrand löschende Nachbar sind typische Beispiele. Die Notsituation besteht in einer akuten Gefahr für die Rechtsgüter des Geschäftsherrn. Dieser ist nicht in der Lage, einen Vertrag zur Abwehr der Gefahr zu schließen. Die Ausgleichsregeln der §§ 677 ff. BGB fungieren in diesen Fällen die Einigung zwischen den Beteiligten. Zwar haben diese zu keinem Zeitpunkt vor oder während der Geschäftsbesorgung über einen Ausgleich von Aufwendungen oder die Entlohnung des Geschäftsführers verhandelt. Die §§ 677 ff. BGB schaffen aber ein Ersatzsystem anstelle einer

¹¹ Hierzu allgemein *Dornis*, JZ 2013, 592.

¹² So prägnant *Werner Flume* am Anfang seiner Theorie der Rechtsgeschäfte: „Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen. Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Dieses Prinzip ist nach dem Grundgesetz als ein der Rechtsordnung vorgegebener und in ihr zu verwirklichender Wert durch die Grundrechte anerkannt.“ (*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 1979, Kap. I § 1 I.). S. zudem z.B. BVerfGE 72, 155 (170 f.). Und allgemein: *Fried*, Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation, 1981, S. 16; ökonomisch: *Long*, Yale Law Journal 94 (1984), 415 (420); *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 ff.; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 13 ff.

¹³ *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. 1, 1996, § 1 II.; aus ökonomischer Sicht z.B. *Horn*, AcP 176 (1976), 307 (319); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2013, S. 423 ff.

¹⁴ S. z.B. *Landes/Posner*, The Journal of Legal Studies 7 (1987), 83 (90); *Long*, Yale Law Journal 94 (1984), 415 (421) Rn. 37: „Individuals are assumed to be the best judges of their own preferences [...]“; *Köndgen*, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 371 (S. 380 und 385).

¹⁵ Ausführlich zu Fällen dieser Art (mit Fallbeispielen und Lösungen) *Schöne/Frösche*, Unbestellte Waren und Dienstleistungen, 2001, S. 19 ff.

¹⁶ Allgemein z.B. *Landes/Posner*, The Journal of Legal Studies 7 (1987), 83 (89 f.); *Long*, Yale Law Journal 94 (1984), 415 (420 f.); für das GoA-Recht des BGB *Kötz*, in: Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, 1999, S. 583 (S. 585); *Köndgen* (Fn. 14), S. 371 (S. 383).

vertraglichen Einigung. Die Fiktion einer Einigung zwischen den Beteiligten orientiert sich möglichst genau daran, was im Falle von Verhandlungen als objektiv angemessene und vernünftige Lösung anzusehen gewesen wäre. Der Vertrag zwischen den Beteiligten wird auf diese Art simuliert. Eine entsprechende Transaktion wird erzwungen.

2. Grenzen des hypothetischen Vertrages: Vorrang des Geschäftsherrnwillens

Zum Schutz der individuellen Freiheit als Grundlage einer privatautonomen Rechtsordnung hat der Gesetzgeber für das Ausgleichs- und Haftungssystem der §§ 677 ff. BGB aber zahlreiche Hindernisse auf dem Weg zum hypothetischen Vertrag vorgesehen. Vor allem der Wille des Geschäftsherrn hat Priorität. Dies wirkt in zwei Richtungen.

Bei der sogenannten „unvernünftigen GoA“ ist die Frage der allgemeinen Nützlichkeit der Geschäftsbesorgung für die Berechtigung unbeachtlich, sofern jedenfalls dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen wird. Der Geschäftsführer gilt auch dann als berechtigt, wenn er ein bei objektiver Betrachtung unsinniges Geschäft ausführt. Entscheidend ist, dass die Übernahme der Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht.¹⁷ Umgekehrt reicht allein die objektive Nützlichkeit einer Geschäftsbesorgung nicht aus, um von einer berechtigten Übernahme auszugehen. Stimmt die Übernahme der Geschäftsführung nicht mit dem Willen des Geschäftsherrn überein, ist sie unberechtigt.¹⁸ Der Geschäftsführer trägt hierbei stets das Risiko einer Fehlbeurteilung.¹⁹ Im Ergebnis simulieren die §§ 677 ff. BGB eine Einigung darum nur bei Übereinstimmung der Geschäftsführung mit dem Geschäftsherrnwillen.

¹⁷ *Beuthien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1999, § 683 Rn. 5; *Bergmann* (Fn. 1), § 683 Rn. 30; *Ehmann* (Fn. 10), § 683 Rn. 3; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 1267; zweifelnd aber z.B. *Seiler* (Fn. 1), § 683 Rn. 13; *Larenz*, Schuldrecht II, Bd. 1, 13. Aufl. 1986, § 57 I. a).

¹⁸ BGHZ 138, 281 (287); *Bergmann* (Fn. 1), § 683 Rn. 30; *Seiler* (Fn. 1), § 683 Rn. 13; *Mansel*, in: Jauerning, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011 § 683 Rn. 5; s.a. *Jansen*, ZEuP 2007, 958 (988).

¹⁹ Vgl. die Motive bei Mugdan (Hrsg), Gesammelte Materialien zum BGB, Bd. 2, S. 480 („Vielmehr entzieht [dem Geschäftsführer] auch ein unverschuldeter Verstoß gegen die Intentionen des Geschäftsherrn seine Rechte gegen denselben. Für diese strenge Normierung [...] spricht schon der Umstand, daß es der Geschäftsführer ist, an dessen freiwilliges und vom Geschäftsherrn nicht provoziertes Handeln sich ein Schaden knüpft [...]. Es stände mit den allgemeinen Grundsätzen nicht im Einklange, wollte man solchenfalls dem Geschäftsherrn die Folgen der von ihm nicht veranlaßten Handlungsweise des Geschäftsführers zur Last legen.“); ebenso bereits *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 7. Aufl. 1891, § 430 S. 569; neuerdings z.B. *Bergmann* (Fn. 1), § 683 Rn. 13; *Seiler* (Fn. 1), § 683 Rn. 12; *Larenz* (Fn. 17), § 57 I. a); *Batsch*, AcP 171 (1971), 218 (225 f.).

Außerdem ist eine Anwendung der GoA-Regeln wohl auch dann eingeschränkt, wenn ausreichend Zeit für eine Nachfrage und damit eine reale Verhandlungslösung zur Verfügung steht. Die Transaktionskosten sind dann tatsächlich gering. Für gewerblich tätige Hilfeleister wird dies so ausdrücklich gefordert.²⁰ Aber auch nicht-gewerblich Tätige sollten sich vorab, soweit dies möglich ist, vergewissern, was auf Seiten des Geschäftsherrn gewünscht ist.²¹ Auf diese Art verhindert der Grundsatz der Priorität einer realen Einigung, dass eine Transaktion gegen den Willen eines Geschäftsherrn erzwungen, ihm somit eine Geschäftsführung aufgedrängt wird. Die privatautonome Vertragsrechtsordnung hat Vorrang vor der GoA als lediglich subsidiärem Ausgleichssystem.

3. Problemfall: Die erfolgreiche Erbensuche

Vor diesem Hintergrund unterscheidet sich die Erbensuche von unserem ersten Ausgangsfall grundlegend. Der Versender einer Sache hat vor dem Tätigwerden die Möglichkeit, mit dem Empfänger zu verhandeln. Ökonomisch findet dies darin seinen Ausdruck, dass die Transaktionskosten vergleichsweise gering sind. Beim Erbensucher ist dies anders. Er kann bis zum erfolgreichen Abschluss der Suche nicht verhandeln. Der Erbe muss schließlich erst gefunden werden, bevor mit ihm verhandelt werden kann. Die Transaktionskosten sind darum prohibitiv hoch. Bei Beginn der Suche ist eine Verhandlungslösung aufgrund der Vielzahl potentieller Erben unmöglich.

Dies ändert sich, sobald ein Erbe ermittelt wurde. Insofern scheint sich die Situation auch von der des nothelfenden Arztes zu unterscheiden. Während dieser bis zum Abschluss der Hilfeleistung im Bewusstsein einer ungesicherten Vorleistung tätig wird, erlangt der Erbensucher scheinbar vorzeitig die Möglichkeit mit einem (oder mehreren) Erben zu verhandeln. Er kann dann versuchen, die gefundenen Informationen zum Gegenstand einer vertraglichen Einigung zu machen. Schließlich hat sein Gegenüber in diesem Zeitpunkt noch nicht von der erfolgreichen Suche profitiert. Solange der Erbensucher seine Informationen zurückhält, bleibt der Nachlass für den Erben (jedenfalls in den meisten Fällen) unerreichbar.

So scheint es auch der BGH verstanden zu haben: im Zeitpunkt des erfolgreichen Abschlusses der Suche gehe es darum, das durch die Ermittlungen des Suchers gewonnene Material gegen Entgelt an den Erben zu überlassen. Die vorangegangene Erbensuche als solche falle deshalb in die Kategorie der „Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses“.²² Diese pauschale Betrachtung aller „Investitionen“ im Zeitraum vor

²⁰ Diese erhalten (wäre vor der Übernahme der Geschäftsbesorgung eine Nachfrage beim Geschäftsherrn möglich gewesen) lediglich ihren tatsächlichen Aufwand erstattet, nicht jedoch eine Entlohnung. S. z.B. *Köndgen* (Fn. 14), S. 371 (S. 385).

²¹ Die Frage wird allerdings nicht einheitlich gehandhabt. S. z.B. BGHZ 54, 157 (161); *Helm* (Fn. 2), S. 335 (S. 408); und neuerdings v. *Bar*, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, 2006, Art. 1:101 Rn. 42 ff.

²² BGH NJW 2000, 72 (73).

dem Vertragsschluss überdehnt den Grundsatz der Priorität der tatsächlichen Einigung allerdings unglücklich.²³

Zunächst kann das Vorfeld des Vertragsschlusses - um in der Terminologie des BGH zu bleiben - erst mit dem Auffinden des Erben beginnen. Das System der privatautonomen Risikoverteilung im BGB mag außervertragliche Haftungs- und Ausgleichssysteme überlagern, sobald und solange die Freiheit zur Regelung der eigenen Angelegenheit besteht. Diese Freiheit besteht aber nur, soweit ein Vertrag als künftige Option überhaupt erkennbar ist. Das ist gerade nicht der Fall, wenn noch nicht einmal annähernd klar ist, ob und mit wem überhaupt ein Vertrag geschlossen werden kann. Das Vorfeld des Vertragsschlusses kann nun aber nicht so weit ausgedehnt werden, dass auch Investitionen in einem Zeitraum überhöhter Transaktionskosten erfasst werden. Eine Notwendigkeit unaufgeforderten Tätigwerdens zur Schadensabwendung oder zur Sicherung eines Nutzens kann in diesem Zeitraum ohne Weiteres bestehen; es muss aber nicht feststehen, wer vor Schaden geschützt werden soll oder zu wessen Gunsten sich ein Eingreifen auswirken wird. Die §§ 677 ff. BGB haben den Zweck, gerade für diese Konstellationen Anreize zur sozial erwünschten Nächstenhilfe zu schaffen. Blockiert man die Anwendung der GoA-Regeln hier unter pauschalem Hinweis auf einen Vorrang des Vertrages, überspannt man die Sicherungsmechanismen zu Gunsten der Privatautonomie. Die individuelle Freiheit muss nur dort geschützt werden, wo sie besteht.

Außerdem ergeben sich unter der herrschenden Ansicht zum Teil zweifelhafte Ergebnisse. Dies zeigt z.B. eine geringfügige Abwandlung des Standardfalles eines nothelfenden Arztes. Diesem müsste man einen Anspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB jedenfalls in Bezug auf bereits erbrachte Behandlungsleistungen versagen, sofern der zunächst bewusste Geschäftsherr noch vor Abschluss der zu einer sicheren Rettung erforderlichen Behandlung zu sich kommt und die Fortsetzung verweigert. Auch hier hätte der Arzt im Zeitraum überhöhter Verhandlungskosten eine Leistung erbracht. Er würde aber durch die vor Abschluss der Geschäftsführung entstandene Möglichkeit zu Vertragsverhandlungen und die vom BGH postulierte Vertragsvorfeld-These aber quasi rückwirkend wieder um den zunächst entstandenen Anspruch gebracht.

Dies macht deutlich: anders als in typischen Fällen einer aufgedrängten Sachlieferung oder einer unbestellt erbrachten Leistung, kann der Erbensucher mit seinen potentiellen Vertragspartnern nicht sofort (d.h. bei Beginn der Suche) verhandeln. Wie in Fällen der auftragslosen Geschäftsführung bei Nothilfe sind Verhandlungen auch bei der Erbensuche wegen überhöhter Transaktionskosten unmöglich. Es ist deshalb verfehlt, bei der Erbensuche von Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses zu sprechen. Der durch die GoA simulierte Konsens kann erst ab dem Zeitpunkt, in welchem Verhandlungen tatsächlich möglich sind, von den Prinzipien einer privatautonomen Risikoverteilung überlagert werden. Entgegen der apodiktischen Feststellung des *III. Zivilsenats*,

verbietet die im BGB angelegte Risikoverteilung eine Anwendung der §§ 677 ff. darum gerade nicht.

III. Anwendung: Lösung der Beispielfälle

Auf dieser theoretischen Grundlage sollen unsere drei genannten Beispielfälle nun cursorisch auf die bestehenden Ansprüche der handelnden Beteiligten geprüft werden.

1. Fall 1: Die unbestellte Sachlieferung und Leistungserbringung

Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro (vom 27.6.2000)²⁴ diente unter anderem der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie von 1997.²⁵ Nach Art. 9 der Richtlinie waren die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die „erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, um zu untersagen, dass Verbraucher mit einer Zahlungsaufforderung verbundene Zusendungen unbestellter Waren erhalten oder dass ihnen unbestellte Dienstleistungen erbracht werden. Außerdem sollten die Verbraucher von der Pflicht zur Gegenleistung befreit werden. Das Ausbleiben einer Reaktion auf Seiten des Verbrauchers durfte dabei nicht als „Zustimmung“ gelten. Die vom deutschen Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung in das BGB eingeführte rechtshindernde Einwendung in § 241a BGB²⁶ hat die vertragsrechtliche Risikoverteilung deutlich zu Gunsten der Verbraucher verschoben.²⁷

Für die konkrete Lösung soll zunächst ein Blick auf Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschrift geworfen werden. Dies betrifft Fälle einer unaufgeforderten Sendung oder Leistung *durch* Verbraucher oder *an* Unternehmer.²⁸ Im Anschluss soll der Fall eines Verbrauchergeschäfts („B2C“) im Anwendungsbereich des § 241a BGB betrachtet werden.

a) Ausgangslage: Ansprüche außerhalb des Anwendungsbereichs des § 241a BGB

Bei der Sendung oder Leistung durch einen Verbraucher oder der Sendung oder Leistung an einen Unternehmer ist zunächst an einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2 BGB) sowie an Ansprüche auf Herausgabe der Sache nach §§ 985 und 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB und auf Herausgabe etwaiger gezogener Nutzungen aus §§ 990 Abs. 1 S. 1, 987 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB zu denken.²⁹

²⁴ BGBl. I 2000, S. 897.

²⁵ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz = ABl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 ff.

²⁶ Hierzu z.B. *Tachau*, Jura 2006, 889.

²⁷ Zur Kritik s. allerdings z.B. *Flume*, ZIP 2000, 1427; *Schwarz*, NJW 2001, 1449.

²⁸ Vgl. z.B. *Berger*, JuS 2001, 649 (651); *Saenger*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 241a Rn. 4.

²⁹ S. z.B. ausführlich *Schöne/Fröschle* (Fn. 15), S. 19 ff.

²³ Hierzu und im Folgenden s.a. *Dornis*, JZ 2013, 592.

aa) Ansprüche aus Vertrag

In der Sendung unbestellter Sachen ist regelmäßig ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages zu sehen. Meist wird der Versender dabei schlüssig auf den Zugang einer Annahmeerklärung verzichten.³⁰ Allein durch die Entgegennahme der Sache nimmt der Empfänger das Angebot nicht an. Bloßem Schweigen kommt nicht die Bedeutung einer Willenserklärung zu. Ausnahmen gelten nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, oder wenn sich zwischen den Parteien im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung ein dahingehender Brauch entwickelt hat.³¹ Für den Regelfall der unaufgeforderten Warensendung liegt aber meist keine derartige Ausnahme vor. Anders kann es zu beurteilen sein, sobald der Empfänger die Sache in Gebrauch nimmt oder über diese verfügt (z.B. durch Weiterverkauf). Nach der grundsätzlichen Dogmatik des Vertragsschlusses ist darin die Betätigung eines Annahmewillens des Empfängers zu sehen.³²

bb) Gesetzliche Ansprüche

Bei fehlender Annahme des Angebots ergeben sich Ansprüche auf Herausgabe nach § 985 BGB oder § 812 BGB. Ohne Kaufvertrag besteht kein Recht zum Besitz und kein Rechtsgrund. Ebenso sind Empfänger zur Herausgabe gezogener Nutzungen oder zur Herausgabe des Erlangten bei Weiterveräußerung der überlassenen Sache verpflichtet.³³ Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 241a BGB ist die Haftung für Verlust, Verschlechterung, Verbrauch oder Veräußerung einer unaufgefordert übersandten Sache allerdings eingeschränkt. Nach überwiegender Ansicht soll der Empfänger analog § 300 Abs. 1 BGB oder analog § 690 BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften.³⁴

³⁰ Vgl. § 151 S. 1 Alt. 2 BGB.

³¹ Vgl. z.B. §§ 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2., 177 Abs. 2 S. 2 BGB. Zum Geschäftsbrauch s. z.B. *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 147 Rn. 4; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 147 Rn. 7 ff.; *Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 146 Rn. 12.

³² S. z.B. *Armbrüster* (Fn. 31), § 147 Rn. 4; *Berger*, JuS 2001, 649 (650); *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2318); s. ausführlich *Müller-Helle*, Die Zusendung unbestellter Ware, 2005, S. 58 ff.

³³ Vgl. §§ 990 Abs. 1 S. 1, 987 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1. Alt. und §§ 687 Abs. 2, 681, 667 und § 816 Abs. 1 BGB.

³⁴ Die Anspruchsgrundlage ist umstritten. Im Rahmen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sollte sich die Haftung aus §§ 989, 990 BGB ergeben. Die Gegenansicht verneint ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bis zum Zeitpunkt eines Herausgabeverlangens und sieht die Haftung ausschließlich in § 823 BGB begründet. Zum Teil wird in diesem Rahmen direkt auf § 254 BGB (Mitverschulden des Versenders) abgestellt. S. z.B. *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2318); *Casper*, ZIP 2000, 1602 (1603); *Berger*, JuS 2001, 649 (650); s. ausführlich *Müller-Helle* (Fn. 32), S. 106 ff.

*b) Verbraucherschutz: Ansprüche im Anwendungsbereich des § 241a BGB**aa) Persönlicher Anwendungsbereich*

Die Anwendung des § 241a BGB setzt voraus, dass der Versender beim Versand in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit und damit als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB handelt. Bei den Empfängern muss es sich um Verbraucher i.S.d. § 13 BGB handeln. Zwar ist in den §§ 13, 14 BGB vom „Abschluss“ eines Rechtsgeschäfts die Rede. Um die Vorschrift des § 241a BGB nicht leerlaufen zu lassen, muss es aber genügen, dass das durch den Versand angebahnte Geschäft bei tatsächlichem Abschluss der gewerblichen Tätigkeit des Versenders und dem privaten Bereich des Empfängers zuzuordnen gewesen wäre.³⁵

bb) Sachlicher Anwendungsbereich

Im sachlichen Anwendungsbereich umfasst § 241a BGB sowohl vertragliche als auch gesetzliche Ansprüche (arg. e contrario § 241a Abs. 2 BGB). Unstreitig kommen Ansprüche aus Kaufvertrag allein durch die unbestellte Sachlieferung oder Leistungserbringung nicht zustande. Das ist nicht neu. Im Unterschied zur vorherigen Rechtslage genügen nun zudem aber auch Ingebrauchnahme und Verbrauch durch den Empfänger noch nicht, um einen Vertrag zustande zu bringen.³⁶ Die Voraussetzungen einer wirksamen Annahme erfüllen nunmehr erst die ausdrückliche Erklärung oder Betätigung des Annahmewillens, so z.B. durch Rücksenden einer Bestellkarte oder Anweisung zur Kaufpreiszahlung.³⁷ Was außerhalb des Anwendungsbereichs des § 241a BGB als wirksame Äußerung oder Betätigung eines privatautonomen Vertragswillens angesehen wird, ist dem Vertragsregime nun entzogen. Selbst wenn der Verbraucher im konkreten Fall die für ihn günstige Rechtslage nicht kennen sollte, wird ihm ohne weiteren Anhaltspunkt keine verpflichtende Erklärung oder Willensbetätigung zugerechnet.³⁸

Der Verbraucher soll aber zudem nicht nur von der Zahlungs- und Aufbewahrungslast, sondern auch von jeder weiteren Belästigung (z.B. Abholversuchen des Versenders) geschützt werden.³⁹ Ungeachtet des fortbestehenden Eigentums

³⁵ S. z.B. *Berger*, JuS 2001, 649 (651); *Schöne/Fröschle* (Fn. 15), S. 22.

³⁶ So z.B. *Kramer* (Fn. 31), § 241a Rn. 3 und 13; *Armbrüster* (Fn. 31), § 147 Rn. 4; *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 15-15a; *Schwarz*, NJW 2001, 1449 (1450); ausführlich *Leiß*, Die unbestellte Leistungserbringung, 2005, S. 70 ff.; a.A. *Casper*, ZIP 2000, 1602 (1607); *Berger*, JuS 2001, 649 (654).

³⁷ So z.B. *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2323); *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 15a.

³⁸ Vgl. instruktiv *S. Lorenz*, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, S. 193 (S. 196 ff.).

³⁹ So jedenfalls die herrschende Meinung. S. z.B. *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2319 f.); *Berger*, JuS 2001, 649 (653); *Schöne/Fröschle* (Fn. 15), S. 23; a.A. aber *Casper*, ZIP 2000, 1602 (1606 f.: teleologische Reduktion für Fälle, in denen der Unternehmer die zugesandte Sache wieder selbst beim Verbraucher abholt).

des Unternehmers, kann dieser die Sache darum nicht mehr herausverlangen. Der Verbraucher darf die Sache kostenlos behalten.⁴⁰ Ihm steht das Recht zu, die Sache in Gebrauch zu nehmen, zu verbrauchen oder zu entsorgen.⁴¹ Ebenso scheiden Ansprüche auf Schadensersatz oder auf Herausgabe von Nutzungen aus.⁴²

Ob dem Unternehmer gegen den Verbraucher bei Weiterveräußerung der Sache Ansprüche nach § 816 Abs. 1 BGB oder §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB zustehen, muss bezweifelt werden.⁴³ Gegen die Aufrechterhaltung dieser Ansprüche spricht zunächst die praktische Schwierigkeit einer Abgrenzung der dann unerlaubten „Verfügung“ vom zulässigen „Verbrauch“ oder einer wohl gleichfalls erlaubten „Entsorgung“. Mit Blick auf den Gesetzeszweck stellt sich die Frage, warum ein Unterschied gemacht werden sollte: § 241a BGB weist dem Verbraucher eine weitreichende Befugnis zur wirtschaftlichen Verwertung der überlassenen Sache zu. Dies dient der zivilrechtlichen Sanktionierung eines lauterkeitswidrigen Verhaltens des Versenders.⁴⁴ Jede Umgehung dieser Rechtlosigkeit des Versenders (auch durch Gewährung von Ansprüchen gegen Dritte) liefe dem Zweck der Norm zuwider.⁴⁵ Die Art und Weise des Umgangs mit der Sache durch den Empfänger kann folglich keine Rolle spielen.

2. Fall 2: Der Arzt als Nothelfer

Nach dem herkömmlichen Verständnis der Regeln zur auftragslosen Geschäftsführung kann ein nothelfender Arzt grds. immer sowohl Aufwendungsersatz als auch Entlohnung verlangen.⁴⁶ Auch die Vorschrift des § 241a BGB steht diesem Anspruch nach allgemeiner Ansicht nicht entgegen.

⁴⁰ Vgl. *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2323); im Ergebnis auch *Schwarz*, NJW 2001, 1449 (1450). Zum Streit um die Frage, ob sich daraus ein Recht zum Besitz ergibt s. z.B. *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 26 m.w.N.

⁴¹ *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 18, *Berger*, JuS 2001, 649 (653).

⁴² *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 28 ff.; *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2322); *Riehm*, Jura 2000, 505 (512); a.A. aber (hinsichtlich Nutzungen) *Berger*, JuS 2001, 649 (653).

⁴³ So aber *Sosnitza*, BB 2000, 2317 (2323 f.); *Saenger* (Fn. 28), § 241a Rn. 33; zu Recht a.A. *Riehm*, Jura 2000, 505 (512); *S. Lorenz*, in: Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, S. 193 (S. 211); *Schwarz*, NJW 2001, 1449 (1453).

⁴⁴ Zur ratio s. z.B. BT-Drs. 14/2658, S. 46; *Sosnitza*, BB 2000, 2317 ff. (2321); *Mankowski*, in: Fezer, UWG, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 376 („§ 241a BGB ist die Bewehrung einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise mit einschneidenden, abschreckenden und präventiven bürgerlichrechtlichen Sanktionen.“).

⁴⁵ Ausführlich hierz. *S. Lorenz*, in: Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, (S. 199 und 210 ff.).

⁴⁶ Folgt man der herrschenden Ansicht, so kann der Geschäftsführer neben Aufwendungsersatz auch die tarifmäßige oder sonst übliche Vergütung für seine Geschäftsführung verlangen, wenn diese in den Bereich seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit fällt. S. z.B. BGH NJW-RR 2005, 639

a) Anspruch aus §§ 683 Satz 1, 670 BGB

Im Recht der GoA ist unstreitig, dass ein zufällig am Unfallort anwesender Arzt, der einem bewusstlosen Verletzten zu Hilfe eilt, einen Anspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB hat. Die Behandlung liegt nicht ausschließlich im Rechts- oder Interessenbereich des Geschäftsführers, sondern berührt vielmehr überwiegend bis ausschließlich die Belange des Bewusstlosen. Es handelt sich geradezu um den Standardfall eines fremden Geschäfts.⁴⁷ Am Fremdgeschäftsführungswillen besteht ebenfalls kein Zweifel. Schließlich ist auch von einer Übereinstimmung der Behandlungsübernahme mit dem jedenfalls mutmaßlichen Willen des bewusstlosen Geschäftsherrn und mit dessen objektiv verstandenem Interesse auszugehen.⁴⁸ Der nothelfende Arzt kann darum Aufwendungsersatz für die möglicherweise verabreichten Medikamente und für die von ihm erbrachte Arbeitsleistung fordern.

b) Anwendung des § 241a BGB

Bei einer wörtlichen Anwendung der Vorschrift schließt § 241a BGB bei der Mehrheit der Fälle einer GoA die Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn nach §§ 683 S. 1, 670 BGB aus. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer als Unternehmer und der Geschäftsherr als Verbraucher agieren. Vor allem die Nothelferfälle wären im Bereich des Tätigwerdens professioneller Geschäftsführer wohl immer betroffen. Der nothelfende Arzt ginge damit leer aus. Diese Lösung wird aber allgemein als unangemessen eingeordnet, weshalb das Schrifttum eine Vielzahl verschiedener Ansätze zur teleologischen Reduktion des § 241a BGB vorgeschlagen hat. Bei weitreichender Übereinstimmung im Ergebnis variieren lediglich die Begründungen.

Bereits früh wurde z.B. vorgebracht, diejenigen Fälle seien aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift zu verbannen, bei denen der Geschäftsführer aus altruistischer Motivation handelt.⁴⁹ Dieser Gedanke wurde zudem dahingehend ausgedehnt, dass von der Vorschrift nur Handlungen erfasst sein sollten, die der Geschäftsführer in der Absicht sogenannter Geschäftsanbahnung vornehme.⁵⁰ Nach beiden Auffassungen läge zumindest die Hilfeleistung bei Unfällen oder medizinischen

(641); BGHZ 143, 9 (16); *Steffen*, in: RGRK, Kommentar zum BGB, § 683 Rn. 7; *Mansel* (Fn. 18), § 683 Rn. 6; *Sprau* (Fn. 10), § 683 Rn. 8; zum Streit um die Entlohnung allgemein s. z.B. *Dornis* (Fn. 1), § 683 Rn. 11 ff.

⁴⁷ S. z.B. BGH NJW 2000, 72 (73); *Steffen* (Fn. 46), Vor § 677 Rn. 10; *Mansel* (Fn. 18), § 677 Rn. 3; *Dornis* (Fn. 1), § 677 Rn. 4.

⁴⁸ Zur erforderlichen Übereinstimmung mit Interesse und Willen des Geschäftsherrn s. z.B. *Bergmann* (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn. 17; *Seiler* (Fn. 1), § 683 Rn. 3 ff.; *Dornis* (Fn. 1), § 683 Rn. 3 ff.

⁴⁹ So z.B. *Casper*, ZIP 2000, 1602 (1605 Fn. 26).

⁵⁰ So z.B. *Hau*, NJW 2001, 2863 (2864); *Bergmann* (Fn. 1), Vor § 677 Rn. 207; *Ehmann* (Fn. 10), § 683 Rn. 1a; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag und die Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen mit Geschäftsbesorgungscharakter, 2005, S. 212 f.

Notfällen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 241a BGB. Einzelne Meinungen sehen in den Vorschriften der GoA eine spezielle und abschließende Lösung des Konflikts zwischen Förderung altruistischer Menschenhilfe und unerwünschter Einmischung. Für § 241a BGB verbleibt demnach jedenfalls bei Nothilfe ebenfalls kein Anwendungsbereich.⁵¹ Auf die lauterkeitsrechtliche Zweckrichtung der Vorschrift stellen schließlich diejenigen Stimmen ab, welche ihre Anwendung immer dann ausschließen, wenn der Geschäftsführer nicht unlauter gehandelt habe. Dies sei in Fällen der Nothilfe meist bereits deshalb der Fall, wenn der Geschäftsführer durch die Hilfe einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht entspreche (z.B. § 323c StGB).⁵² Vor diesem Hintergrund ist zumindest an dieser Stelle keine weitere Prüfung erforderlich.⁵³ Es besteht Übereinstimmung, dass § 241a BGB Ansprüche eines Nothelfers aus GoA nicht ausschließt.

3. Fall 3: Die erfolgreiche Erbensuche

Wie wir bereits gesehen haben, sind GoA-Ansprüche des erfolgreichen Erbensuchers, anders als vom BGH und dem herrschenden Schrifttum proklamiert, nicht durch einen Vorrang vertraglicher Regelungen zwischen den Beteiligten ausgeschlossen. Eine konkrete Prüfung der Voraussetzungen eines Anspruchs aus §§ 683 S. 1, 670 BGB muss darum die Tatbestandsmerkmale der berechtigten Geschäftsführung sowie die Frage der Anwendbarkeit des § 241a BGB umfassen.⁵⁴

a) Auch-fremdes Geschäft

Der BGH sah, trotz der im Ergebnis ablehnenden Entscheidung, zunächst grundsätzlich keinen Grund, die Tätigkeit des Erbensuchers nicht als auch-fremdes Geschäft einzuordnen.⁵⁵ Dem ist zuzustimmen. Dies liegt zunächst auf der bisherigen

großzügigen Linie der Rechtsprechung und herrschenden Lehre. Der Erbfall und die Suche nach dem Berechtigten ist in erster Linie ein Geschäft aus dem Rechts- und Interessenbereich des Erben.⁵⁶ Im Schrifttum wird hiergegen eingewandt, die Übernahme des Geschäfts durch den Erbensucher erfolge zunächst ausschließlich im Eigeninteresse. Auch eine spätere Ausrichtung auf den ermittelten Erben könne den nötigen Fremdgeschäftsführungswillen nicht mehr begründen. Hieran scheitere eine GoA.⁵⁷ Diese Betrachtung spiegelt zunächst ein immer wiederkehrendes Problem bei der Suche nach dem Zweck der GoA. Seit jeher wird regelmäßig auf die angebliche Notwendigkeit einer ausschließlich fremdnützigen Motivation abgestellt, wenn es darum geht, Ansprüche von gewerblich tätigen Geschäftsführern abzuwehren. Der Gesichtspunkt der Menschenhilfe war aber zu keinem Zeitpunkt beherrschend bei der Frage, auf welcher Grundlage der auftragslose Geschäftsführer als ausgleichsberechtigt anzusehen sei.⁵⁸ Eine empirische Betrachtung der Rechtsprechung zu den §§ 677 ff. BGB hat zudem gezeigt, dass Fälle einer gemischten Motivation, jedenfalls aber eines nicht unerheblichen Eigeninteresses auf Seiten des Geschäftsherrn, stets die Mehrzahl der gerichtlich verhandelten Konstellationen bildete. Der Annahme einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag stand dies in den seltensten Fällen entgegen.⁵⁹ Es ist darum kein Grund, einen Anspruch zu verneinen, nur weil der Geschäftsführer neben dem Nutzen des Geschäftsherrn auch eigene Interessen fördern wollte.

Zudem übersieht der Verweis auf ein angeblich überraschendes Eigeninteresse des Erbensuchers, dass dessen Tätigkeit zwangsläufig zunächst sogar vorrangig auf den Nutzen des oder der Erben zielen muss. Anders als eine Vielzahl der als unproblematisch anerkannten GoA-Konstellationen kann ein Erbensucher nur dann auf Erstattung hoffen, wenn seine Geschäftsführung auch tatsächlich Erfolg hat. Es ist darum sein primäres Ziel, einen oder mehrere Erben zu finden. Nur wenn dies gelingt und wenn die Erbschaft auch angetreten wird, kann der Erbensucher verlässlich darauf hoffen, Aufwandserstattung und Entlohnung zu erhalten. Das Eigeninteresse mag zwar überwiegen. Insoweit unterscheidet sich der Erbensucher aber kaum von der Mehrzahl anderer Geschäftsführer; so vor allem in den Fällen pflichtgebundener Geschäftsführer oder bei nichtigen Verträgen. Allein die Motivationslage des Erben-

⁵¹ So z.B. Müller-Helle (Fn. 32), S. 171 ff.; Krebs, in: *Anwalt-Kommentar Schuldrecht*, 2005, § 241a Rn. 17 und 30; *Toussaint*, in: *jurisPK-BGB*, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 241a Rn. 16.

⁵² So z.B. Leiß (Fn. 36), S. 202 ff.; *Schöne/Fröschle* (Fn. 15), S. 16 und S. 58; *Dornheim*, Sanktionen und ihre Rechtsfolgen im BGB unter besonderer Berücksichtigung des § 241a BGB, 2005, S. 151 ff.

⁵³ Für die Nicht-Anwendbarkeit des § 241a BGB in Konstellationen der Erbensuche s.u. III. 3. c).

⁵⁴ Die Frage der Höhe der Entlohnung des Erbensuchers soll hier nicht erörtert werden. Während Erbensucher bei vertraglicher Einigung mit den Erben in der Regel je nach Größe des Nachlasses zwischen 10 % und 30 % des Nachlasswerts erhalten, muss im Rahmen der §§ 683 S. 1, 670 BGB ein anderer Maßstab gelten. Im Ergebnis wird eine Entlohnung nach Stundensätzen für den Erbensucher als beruflich und gewerblich tätigen Geschäftsführer ohne Auftrag angemessen sein. S. hierzu *Meissel*, *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 283 (S. 310); ausführlich zudem *Dornis*, *JZ* 2013, 592.

⁵⁵ BGH *NJW* 2000, 72 (73); s.a. *G. Schulze*, *JZ* 2000, 523; *Emmerich*, *JuS* 2000, 603 (604); unklar *Ehmann*, in: *LM BGB*, *LM Nachschlagewerk des BGH*, § 677 Nr. 40.

⁵⁶ S. allgemein *Beuthien* (Fn. 17), § 677 Rn. 3; *Sprau* (Fn. 10), § 677 Rn. 3; *Dornis* (Fn. 1), § 677 Rn. 4 m.w.N.

⁵⁷ So z.B. *G. Schulze*, *JZ* 2000, 523 (524); ähnlich *Ehmann*, (Fn. 55), § 677 Nr. 40; zust. *Loyal*, *Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag*, 2011, S. 283; ebenso OLG Frankfurt a.M. *OLGR* 1998, 375 (376). Dieser Einwand liegt auf der Linie der früheren Rechtsprechung des BGH zu Erbensucherfällen, vgl. BGH, *Beschl. v. 26.4.1990 – III ZR 294/88 = BGHR BGB § 677 Erbensucher 1 (= BGHR BGB § 687 Abs. 2 Bereicherung 1)*.

⁵⁸ Ebenso krit. *Meissel* (Fn. 54), S. 283 (S. 298). Allgemein z.B. *Seiler* (Fn. 1), *Vor § 677 BGB Rn. 2*; s.a. *Prot. II S. 729 ff.*

⁵⁹ S. ausführlich bereits *Wollschläger*, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 1976, S. 32 f., 74.

suchers kann die Anwendung der §§ 677 ff. BGB nicht ausschließen.⁶⁰

b) Wille und Interesse des Geschäftsherrn

Ebenso scheidet der Anspruch des Erbensuchers nicht am Erfordernis der Willens- und Interessengemäßheit. Ein Anspruch nach § 683 BGB kommt zur Entstehung, wenn die Übernahme des Geschäfts dem Willen und Interesse des Geschäftsherrn entspricht. Zu unterscheiden ist zwischen Fällen der Annahme und der Ausschlagung der Erbschaft.

Hat der Erbe die Erbschaft angenommen, ist zu fragen, ob die Tätigkeit des Erbensuchers für diese Annahme ausschließlich ursächlich war. Hat der Erbe etwa bereits auf anderem Weg Kenntnis von der Erbschaft erlangt oder hätte er diese Kenntnis mit Sicherheit noch rechtzeitig zu einem späteren Zeitpunkt erlangt, waren die Suche und Informationsverschaffung durch den Erbensucher weder willens- noch interessengemäß. Auch die Vorschrift des § 684 BGB hilft dem Erbensucher dann nicht. Für den Erben haben die Informationen des Erbensuchers dann keinen zusätzlichen Nutzen. Er hat darum auch nichts „durch die Geschäftsführung erlangt“.⁶¹ Anders liegt der Fall, wenn der Erbe ohne die Suche und Information nie von der Erbschaft erfahren hätte. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erbensuche für den Erben in einem Nettogewinn endet oder ob ein wertloser oder sogar überschuldeter Nachlass angenommen wird.⁶² Nach allgemeiner Ansicht ist der mutmaßliche Wille aus dem objektiv verstandenen Interesse abzuleiten.⁶³ Ein Nettogewinn ist demnach immer willens- und interessengemäß. Doch auch bei negativem Saldo impliziert die Annahme durch den Erben die Willensgemäßheit. Schließlich führt eine Ausschlagung der Erbschaft, entgegen den Ausführungen des BGH, nicht zu einer unangemessenen Verpflichtung gegenüber dem Erbensucher.⁶⁴ Hier beendet der Erbe die Stellung als Erbe und zugleich als Geschäftsherr ex tunc mit der Erklärung der Ausschlagung (vgl. § 1953 BGB).⁶⁵

⁶⁰ Die anfängliche Unbekanntheit der Erben ändert hieran nichts. Ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn nach § 686 BGB unbeachtlich. Die GoA „für den, den es angeht“ war schon immer anerkannt. S. hierzu bereits Mugdan (Fn. 19), S. 478 („Nicht erforderlich ist ferner, daß der Geschäftsführer das an sich fremde Geschäft mit der Voraussetzung eines der Person nach bestimmten Geschäftsherrn besorgt, wenn er es nur für denjenigen, welchen es angeht, besorgt.“); ebenso später z.B. BGHZ 43, 188 (191 f.).

⁶¹ So auch Reitz, *Rechtliche Probleme gewerblicher Erbenmittlung*, 2003, S. 143.

⁶² In der Praxis werden Erbensucher allerdings regelmäßig nicht tätig, wenn eine Überschuldung des Nachlasses droht.

⁶³ Vgl. z.B. Seiler (Fn. 1), § 683 Rn. 10; Steffen (Fn. 46), Vor § 677 Rn. 75; Larenz (Fn. 17), § 57 I. a); mit ökonomischen Argumenten: Kötz (Fn. 16), S. 589. Aus der Rechtsprechung z.B. OLG Hamm MDR 1990, 152 (153); OLG Stuttgart VersR 2003, 341 (342).

⁶⁴ S. jedoch BGH NJW 2000, 72 (73).

⁶⁵ Unklar Lange/Kuchinke (Fn. 6), § 38 IV. 5. b); deutlich aber Reitz (Fn. 61), S. 137.

Darüber hinaus besteht noch ein weiteres Problem in der Argumentation des BGH. Wenn der *III. Zivilsenat* erklärt, die Anwendung der §§ 677 ff. BGB wäre möglicherweise auch deshalb „nicht interessengerecht, weil sich der Erbe bei Bemühungen mehrerer Erbensucher unabhängig voneinander Ansprüchen aller dieser Erbenmittler auf Aufwendungsersatz ausgesetzt sähe“⁶⁶, übersieht dies die Notwendigkeit und den Nutzen einer genauen Prüfung des Merkmals der Interessengemäßheit. Das Problem ist nicht auf Fälle der Erbensuche beschränkt. Auch andere Konstellationen der GoA haben mit möglicherweise parallel und gleichzeitig tätigen Geschäftsführern umzugehen. Ein genauer Blick bringt Klarheit. Entscheidend für die Bestimmung des Geschäftsherrninteresses ist der Zeitpunkt der Geschäftsübernahme, d.h. des Beginns der Geschäftsführung.⁶⁷ Maßstab ist die objektive Interessenslage. Die Vorstellung des Geschäftsführers ist unbeachtlich.⁶⁸ So hat der BGH z.B. in Fällen einer mehrfachen Abmahnung von wettbewerbsrechtlichen Störern die Erstattungsfähigkeit lediglich für Kosten der *ersten* Abmahnung angenommen. Nach der maßgeblichen objektiven Sicht entspreche nur diese dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Abgemahnten.⁶⁹ Dies ist bei der Erbensuche nicht anders zu beurteilen. Meist kann nur bei Übernahme der Erbensuche durch den ersten Geschäftsführer von einer interessengemäßen Tätigkeit ausgegangen werden. Jedenfalls bei professionellen Suchern ist regelmäßig mit einem erfolgreichen Abschluss zu rechnen. Bereits ab dem Zeitpunkt des Tätigwerdens des ersten Erbensuchers besteht dann aber kein Interesse mehr an zusätzlichen Anstrengungen von dritter Seite. Eine Vielfachverpflichtung des Erben droht darum kaum.

c) Anwendung des § 241a BGB

Wenngleich sich die Rechtsprechung zu der Frage noch nicht geäußert hat,⁷⁰ lehnt das Schrifttum Ansprüche der Erbensucher nahezu geschlossen auch und vor allem unter Hinweis auf § 241a BGB ab. Lediglich die Begründungen variieren. Überwiegend wird ausgeführt, der Verbraucher müsse durch § 241a BGB vor Handlungen geschützt werden, die in der Absicht vorgenommen werden, einen Vertrag anzubahnen. Da der Erbensucher typischerweise mit einer derartigen Absicht tätig werde, könne er sich bei Scheitern der Verhandlungen nicht auf die §§ 677 ff. BGB stützen.⁷¹ Die Erbensuche fällt

⁶⁶ BGH NJW 2000, 72 (73). Zust. Ehmann (Fn. 55), § 677 Nr. 40.

⁶⁷ Vgl. zum Zeitpunkt z.B. OLG München NJW-RR 1988, 1013 (1015); Seiler (Fn. 1), § 683 Rn. 4 und 11; Dornis (Fn. 1), § 683 Rn. 3 m.w.N.

⁶⁸ Vgl. z.B. RGZ 149, 205 (207); Bergmann (Fn. 1), § 683 Rn. 35; Seiler (Fn. 1), § 683 Rn. 4.

⁶⁹ BGHZ 149, 371 (375).

⁷⁰ Der BGH ignorierte die Anwendung des § 241a BGB in seiner letzten Entscheidung zu Ansprüchen des Erbensuchers. Vgl. BGH NJW-RR 2006, 656.

⁷¹ So z.B. Hau, NJW 2001, 2863 (2864); Bergmann (Fn. 1), Vor § 677 Rn. 207; Ehmann (Fn. 10), § 683 Rn. 1a; Sippel (Fn. 50), S. 212 f. Nur vereinzelt wird der Anwendungsbe-

allerdings bereits aus viel grundlegenden Erwägungen aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift.

Als bürgerlich-rechtliche Sanktionierung eines lauterkeitsrechtlich missbilligten Verhaltens bildet § 241a BGB die Zwecke des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb ab.⁷² Zwei Gesichtspunkte sind zu unterscheiden. Zum einen beinhaltet der Schutz der Verbraucher vor aufgedrängten Lieferungen einen individual-rechtlichen Aspekt. Es geht darum, Belästigungen des Verbrauchers zu verhindern.⁷³ Daneben ist der zentrale Regelungszweck im Lauterkeitsrecht zu berücksichtigen. Die Entscheidung des Verbrauchers ist von Zwang und sonstiger Manipulation frei zu halten. Dies verlangt auch und vor allem, den Verbraucher vor aufgedrängten Lieferungen oder Leistungen zu schützen. Die rationale Entscheidungsfindung des Verbrauchers ist für das Funktionieren der freien Marktwirtschaft essentiell.⁷⁴ Gerade insoweit birgt die unbestellte Zusendung von Sachen oder die unbestellte Erbringung von Leistungen Gefahren. Die Rücksendung einer aufgedrängten Sache oder die Rückgabe einer Leistung werden meist erheblichen Aufwand verursachen oder sogar unmöglich sein. Ein Verbraucher kann sich dann aus Furcht vor einer juristischen Auseinandersetzung, möglicherweise aber auch aus reiner Bequemlichkeit zur Annahme der Lieferung oder Leistung entschließen. Dieser Entschluss ist dann jedoch nicht mehr frei i.S.d. des Lauterkeitsrechts.⁷⁵

Bei der Erbensuche ist keiner dieser Schutzzwecke betroffen. Bei individueller Betrachtung fehlt es an einer Belästigung des Verbrauchers. Der Sucher will dem Erben seine Informationen nicht „aufdrängen“. Er ist vielmehr daran interessiert, diese möglichst lange zurückzuhalten. Vor allem aber kommt es durch die Kontaktaufnahme des Erbensuchers nicht zur Beeinträchtigung der Verbraucherentscheidung. Eine solche ist überhaupt erst ab dem Zeitpunkt der Kontaktaufnahme durch den Erbensucher möglich. Erst die erfolgreiche Suche schafft die Voraussetzung für Verhandlungen. Auch inhaltlich wird die Entscheidung des Erben nicht manipuliert. Meistens ist der Sucher der einzig vorhandene Anbieter von Informationen über die Erbschaft. Der Erbe wird darum kaum je von alternativen „Konkurrenzangeboten“ einer Information über seine Erbenstellung und den Nachlass abgelenkt. Damit wird die Entscheidung des Erben über den Vertragsschluss per se allein durch die Kontaktaufnahme auch nicht wirklich beeinträchtigt. Die „Freiheit“ der Verbraucherentscheidung entsteht erst mit Kontaktaufnahme. Eine gleichzeitige „Einschränkung“ dieser Freiheit kann darin nicht gesehen werden. § 241a BGB ist folglich unanwendbar.

reich des § 241a BGB enger gesehen. Für eine umfangreiche Übersicht zum Meinungsstand s. *Tachau*, Jura 2006, 889.

⁷² Zur ratio s. die Nachweise in Fn. 45.

⁷³ Zu diesem Zweck bei lauterkeitsrechtlicher Beurteilung s. *Leible*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006, Art. 7 Rn. 251. Aus der Rechtsprechung z.B.: BGH GRUR 1959, 277 (278 – Künstlerpostkarten); BGH GRUR 1977, 157 (158 – Filmzusendung).

⁷⁴ Zum Lauterkeitsrecht allgemein: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl. 2013, § 1 Rn. 16 ff.

⁷⁵ *Mankowski* (Fn. 44), § 7 Rn. 356 ff., 372.

IV. Ergebnisse

Ein genauer Blick auf die „Erbensucher“-Rechtsprechung des BGH und die herrschende Meinung im Schrifttum offenbart ein Fehlverständnis des Zusammenspiels von Vertrag und GoA. Die Grenzlinie zwischen den Gebieten des realen und des hypothetischen Vertrages ist anhand zweier Grundsätze zu bestimmen. Zunächst kommt der tatsächlichen Einigung (oder Nicht-Einigung) unbedingter Vorrang gegenüber einem lediglich simulierten Konsens zu. Dies begründet die Priorität des Vertrages gegenüber der GoA. Einschränkend ist jedoch ein weiterer Grundsatz zu beachten. Dieser wird in der gegenwärtigen Diskussion übersehen. Der Vorrang des Vertragsrechts gilt nur insoweit, als eine vertragliche Einigung zwischen den Beteiligten überhaupt möglich ist. Scheitern Verhandlungen bereits daran, dass die möglichen Vertragspartner sich nicht auffinden können, sind die Transaktionskosten prohibitiv hoch. Die vom BGH geradezu apodiktisch postulierte und weitgehend kritiklos akzeptierte These vom „Vorfeld des Vertragsschlusses“ muss auf den zeitlichen Bereich eingegrenzt werden, in welchem sich die Beteiligten als mögliche Vertragspartner gegenüberstehen und verhandeln können. Im Zeitraum davor greift die Sperrwirkung der realen Einigung nicht. Für den Erbensucher folgt daraus, dass Aufwendungen und der Wert seiner Dienstleistung für den Zeitraum vor dem Auffinden des oder der Erben nach §§ 683 S. 1, 670 BGB zu erstatten sind. Im Hinblick auf die Anwendung des § 241a BGB schlägt sich dieser Gedanke in anderer Form nieder. Entscheidend ist die Entwicklung der „Vertragsfreiheit“ des gesuchten Erben im Hinblick auf den Erwerb der Informationen über seine Erbenstellung und den Nachlass. Auch hier ist zu beachten, dass erst ab dem Zeitpunkt des Auffindens des Erben überhaupt von der Freiheit zum Vertragsschluss gesprochen werden kann. Im Zeitraum davor ist keine Einigung möglich. Insoweit fehlt es an der Möglichkeit zur unbeeinflussten Verbraucherentscheidung. Für Ansprüche des Erbensuchers aus den §§ 677 ff. BGB greift § 241a BGB darum nicht.