

Für Interessierte:
**Aufgaben des Nachlassgerichts,
wenn Erbe unbekannt ist**

I. Sicherung des Nachlasses gem. § 1960 BGB

⇒ bis zur Erbschaftsannahme hat das Nachlassgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen

{Nachlasssache i.S.d. § 342 I Nr. 2 FamFG}

II. Ermittlung des Erben, § 1965 BGB

⇒ öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften

{§ 1965 I S. 1 BGB i.V.m. §§ 342 I Nr. 4, 433 ff. FamFG}

III. Nach Fristablauf

⇒ widerlegbare Vermutung, dass der Fiskus Erbe ist, § 1964 I, II

⇒ vorhandene - unbekannte - Erben verlieren dadurch nicht ihre Rechte

Voraussetzungen der GoA, §§ 677 ff. BGB

1. Führung eines fremden Geschäfts
2. Ohne Auftrag (oder sonstige Berechtigung)
⇒ ohne vertragliche oder zivilgesetzliche Verpflichtung
3. Mit FGW (vgl. Umkehrschluss aus § 687 I bzw. § 677 „für einen anderen“)
⇒ str., ob Vermutung bei „auch-fremdem-Geschäft“

Exkurs: Fehlt der FGW, liegt eine sog. „unechte GoA“ vor

⇒ bei positiver Kenntnis der Fremdheit gibt es zwei wichtige Ansprüche

1. Erlös: §§ 687 II S.1, 681 S.2, 667
2. Schadensersatz: §§ 687 II S.1, 678

4. Wenn Vss'en (+), dann Prüfung, ob berechtigte GoA (§§ 677 ff., 683) oder unberechtigte GoA (§§ 678, 684) vorliegt
 - a) *Wirklicher Wille feststellbar?*
 - wenn (+) ⇒ ist dieser beachtlich?
 - wenn (+) ⇒ Ende der Prüfung (str.)
 - b) *Wenn wirklicher Wille nicht feststellbar ist oder unbeachtlich war*
 - Prüfung des mutmaßlichen Willens anhand des obj. verständigen Interesses

Zurückdrängung der GoA beim „auch-fremden Geschäft“ aus Konkurrenz- und Wertungsgründen

(Tyroller, Life and Law 03/2013, 214 ff.)

1. Vorrang vertraglicher Abreden mit Dritten

Beispiel: Bauherr „beauftragt“ GU; dieser „beauftragt“ SU; GU wird insolvent

⇒ keine GoA des SU gegenüber Bauherr, da Werkvertrag mit GU die Entgeltfrage regelt
[BGH, NJW-RR 2004, 81 ff. und 955 ff.]

2. Vorrang der Privatautonomie

Beispiel: Erbensucherfall

⇒ keine GoA, da Vorrang der Privatautonomie; GoA würde das Risiko, dass Aufwendungen im Vorfeld eines Vertrages nicht vergütet werden, auf den Kopf stellen
[BGH, NJW 2000, 72ff.]

3. Rechtsgrundlose Leistungen

Beispiel: M führt Schönheitsreparaturen aus, obwohl Klausel im MietV unwirksam ist

⇒ keine GoA, da Übernahme der Schönheitsreparaturen die Miete billiger macht und daher letztlich eine Vergütungspflicht darstellt

⇒ die Zahlung eines vermeintlichen Entgelts ist aber kein fremdes Geschäft, sondern ein eigenes
[BGH, Life&LAW 2009, 505 ff. = NJW 2009, 2590 ff.]

4. Vorrang, gesetzlicher Regelungen

Beispiel: V liefert K mangelhafte Sache; K lässt sie ohne Fristsetzung von D reparieren

Keine GoA des K gegenüber V, da Vorrang der Nacherfüllung (Fristsetzungserfordernis gem. §§ 437 Nr. 3, 281 BGB) leerlaufen würde

[Hauptkurs Schuldrecht-BT, Fälle 4a und 5]

Im Mietrecht kein §§ 539 I, 683, 670 BGB, da sonst die vorrangige Regelung in § 536a II BGB leerliefe

[BGH, Life&LAW 2008, 287 ff. = NJW 2008, 1216 ff; geprüft Examen 2010-I, 2. Klausur]

5. GoA durch Verwaltungsträger

Beispiel: Polizei fängt auf einem Dienstesatz eine entlaufene Kuh des Landwirts B ein

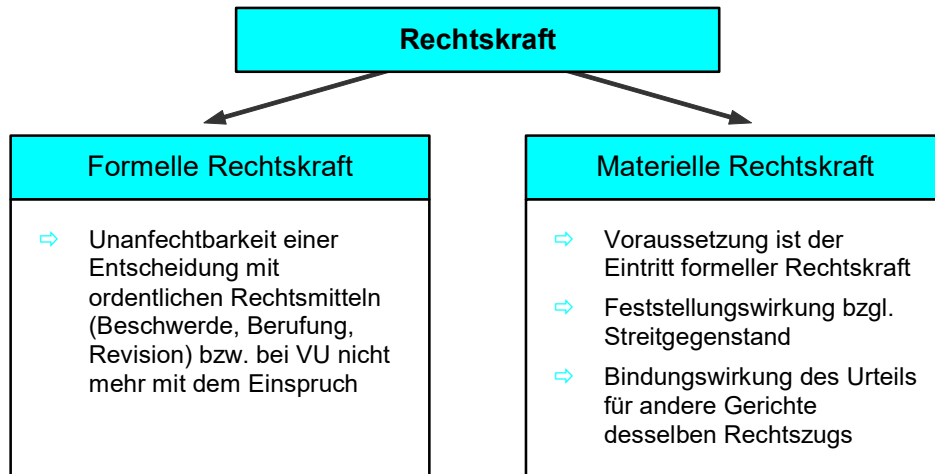
⇒ keine GoA gegenüber B, wenn Polizei hoheitlich tätig wird; die Vorschriften des PAG über die unmittelbare Ausführung und Ersatzvornahme einschließlich der Bestimmungen über die Erhebung von Kosten (Gebühren und Auslagen) enthalten eine abschließende Sonderregelung

[BGH Life&Law 2004, 145 ff. = NJW 2004, 513 ff.!]

Die Rechtskraft von Urteilen

Wenn gegen ein Urteil keine Rechtsmittel statthaft sind bzw. auf diese wirksam verzichtet wurde oder wenn die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, wird das Urteil gem. § 705 ZPO **formell rechtskräftig** (vgl. auch § 19 I EGZPO).

Aus dieser formellen Rechtskraft folgt die **materielle Rechtskraft**. Diese besagt, dass unabänderlich feststeht, was im Hinblick auf den Streitgegenstand entschieden wurde, § 322 I ZPO.



Wirkungen der materiellen Rechtskraft:

1. Unzulässigkeit einer erneuten Klage in derselben Sache („ne bis in idem-Grundsatz“)

Eine erneute Klage ist unzulässig, wenn die Streitgegenstände des früheren und des späteren Verfahrens identisch sind, sog. „ne bis in idem-Grundsatz“.

Anmerkung: Nach dem sog. **zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff** (heute absolut h.M.) wird dieser gebildet

1. aus dem vom Kläger gestellten **Antrag und**
 2. dem der Klage zugrundeliegenden **Lebenssachverhalt** (dem sog. Klagegrund).
- Ändert sich auch nur eines von beiden, so liegt ein neuer Streitgegenstand vor.

Dieser Unzulässigkeitsgrund der entgegenstehenden Rechtskraft ist gesetzlich zwar nicht normiert. Dennoch wird hierfür regelmäßig **§ 322 I ZPO** herangezogen, der diese Rechtsfolge aber nicht ausdrücklich ausspricht. Einleuchtender ist es daher, einer erneuten Klage im Fall der Streitgegenstandsidentität das **Rechtsschutzbedürfnisses** zu versagen.¹

2. Präjudizwirkung (= Feststellungswirkung bzw. Vorgreiflichkeit)

Hat die erneute Klage einen anderen Streitgegenstand ist sie zulässig. Allerdings hat die **Feststellungswirkung** der materiellen Rechtskraft zur Folge, dass im Vorprozess rechtskräftig festgestellte Vorfragen nicht abweichend entschieden werden würden.

Wenn in dem späteren Verfahren über solche **Vorfragen** zu entscheiden ist, die bereits Gegenstand eines früheren Verfahrens waren, so ist die erneute Klage zwar zulässig. Das Gericht ist aber bei der Beurteilung der jeweiligen Vorfrage an die im ersten Verfahren getroffene Entscheidung gebunden.

Auch wenn das Urteil „falsch“ sein sollte, weil es die Rechtslage nicht richtig wiedergibt, gilt das, was im Urteil als Recht „gesprochen“ wurde. Dieses Abweichungsverbot kann sich auf das spätere Verfahren prozesshindernd und prozessvorgeiflich auswirken.

Zu beachten ist dabei aber, dass nur der Tenor des Urteils, also die Entscheidungsformel (§ 313 I Nr. 4 ZPO) in Rechtskraft erwächst, nicht aber die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand und die rechtlichen Feststellungen in den Entscheidungsgründen eines Urteils.

¹ Vgl. Schilken, Zivilprozessrecht, § 30 Rn. 1027.

Das Problem – Zivilrecht

von RA Michael Tyroller

Die Konkurrenzen im Zivilrecht Teil V: Das Verhältnis der GoA beim „auch fremden Geschäft“ zu anderen Anspruchsgrundlagen

Der fünfte Teil der Aufsatzreihe „Die Konkurrenzen im Zivilrecht“ befasst sich mit der Frage des Konkurrenzverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. BGB (GoA) zu anderen Anspruchsgrundlagen.²

Dabei handelt es sich um eine anspruchsvolle Materie. Eine GoA wird nämlich bereits bei einem bloß „auch fremden“ Geschäft bejaht. Durch eine allzu großzügige Bejahung der GoA beim lediglich „auch fremden Geschäft“ besteht aber die Gefahr, dass gesetzgeberische Wertungen der eigentlich für diesen Bereich geregelten Anspruchsgrundlagen leerlaufen.

A) Einleitung

Der Geschäftsführer (im Folgenden GF) muss mit Fremdgeschäftsführungswillen (vgl. Umkehrschluss aus § 687 I BGB) für einen anderen (den Geschäftsherrn: GH) ein sog. fremdes Geschäft besorgen, ohne von dem GH beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein.

I. Voraussetzungen der GoA

1. Unter Geschäft i.S.d. § 677 BGB ist jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Handeln mit wirtschaftlichen Folgen außer bloßem Unterlassen oder Dulden zu verstehen.

2. Gegenüber dem GH darf weder ein Auftragsverhältnis noch ein sonstiges Rechtsverhältnis bestehen, aufgrund dessen der GF zur Führung des Geschäfts berechtigt ist. Als Auftrag i.S.d. § 677 BGB ist dabei jeder Verpflichtungsvertrag zu verstehen. Es muss also nicht notwendig ein Auftrag i.S.d. §§ 662 ff. BGB vorliegen.

Unter „sonstige Berechtigung“ ist jede gesetzliche Befugnis zur Führung eines fremden Geschäfts zu verstehen (z.B. die Befugnis, als Organ einer juristischen Person für diese zu handeln bzw. die Vertretungsbefugnis der Eltern für ihre Kinder gem. §§ 1626, 1629 BGB). Auch wenn der GF zum Tätigwerden verpflichtet war, liegt kein Fall der GoA vor.

3. Eine GoA liegt nur dann vor, wenn der GF Fremdgeschäftsführungswillen (FGW) hat, vgl. § 687 I BGB. Hierunter versteht man das Bewusstsein und den Willen, ein Geschäft für einen anderen zu führen.

hemmer-Methode: Fehlt der FGW, so liegt keine GoA vor. Verwirrenderweise wird in diesem Fall auch von der sog. „unechten GoA“ gesprochen, die §§ 677 ff. BGB finden grundsätzlich keine Anwendung, § 687 I BGB.

Weiß der GF, dass er ein fremdes Geschäft führt und fehlt ihm der FGW, so liegt ein Fall der Geschäftsanmaßung vor, § 687 II BGB.

Die Prüfung des Fremdgeschäftsführungswillens (FGW) hängt davon ab, welche Art von Geschäft vorliegt.

a) Ein neutrales Geschäft (z.B. Kauf eines Gegenstandes) wird nur dann zu einem fremden Geschäft, wenn der FGW des GF positiv festgestellt werden kann (sog. subjektiv fremdes Geschäft). Dafür besteht grundsätzlich keine tatsächliche Vermutung.

² Bislang sind folgende Aufsätze aus der Reihe „Die Konkurrenzen im Zivilrecht“ erschienen:

Teil I: Das Verhältnis von Anfechtung zur c.i.c. bzw. zum Rücktrittsrecht nach § 324 BGB“ (Life & Law 3/2010, 194 ff.)

Teil II: „Das Verhältnis der Mängelrechte zur Anfechtung, c.i.c. und Störung der Geschäftsgrundlage“ (Life & LAW 6/2010, 413 ff.)

Teil III: „Ausschluss des Anfechtungsrechts nach § 119 II BGB“ (Life & Law 10/2010, 703 ff.)

Teil IV: „Konkurrenzen im EBV“ (Life & Law 2/2011, 128 ff. [Teil 1]; Life & Law 6/2011, 434 ff. [Teil 2])

Der Wille, ein solches Geschäft zugleich für einen anderen zu führen, muss vielmehr bei der Geschäftsführung nach außen in Erscheinung treten.

b) Beim objektiv fremden Geschäft (z.B. Hilfeleistung für einen bewusstlosen Verletzten³ oder Tilgung fremder Schulden⁴) wird der FGW widerleglich vermutet.

Es müssen also im Sachverhalt besondere Anhaltspunkte vorhanden sein, damit der FGW verneint werden kann (Bsp.: Der Dieb veräußert eine gestohlene Sache; hier liegt ein Fall des § 687 II BGB vor).

c) Der Problemfall, um den es auch in diesem Aufsatz gehen soll, ist das sog. „**auch fremde**“ **Geschäft**, bei welchem die Geschäftsübernahme zugleich im eigenen und im fremden Interesse liegt (z.B. Abschleppenlassen eines unberechtigt parkenden Pkw zur Räumung der versperrten eigenen Ausfahrt).

Der BGH geht - trotz erheblicher Kritik in der Literatur⁵ - in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch in diesem Fall das Vorliegen des FGW grds. widerleglich vermutet wird.⁶

II. Problemfall: das „auch fremde“ Geschäft

Mit der Vermutung des FGW beim auch fremden Geschäft beginnen nun die Probleme.

Dadurch wird die GoA nämlich als Lückenfüller zu einem „gefährlich weiten Mittel des Lastenausgleichs aus Billigkeitsgründen“⁷.

Beispiele aus der älteren Rechtsprechung belegen dies eindrucksvoll. So wurde vom BGH im berühmten „Schwarzarbeiterfall“ bei einer Tätigkeit aufgrund eines nichtigen Werkvertrages der Tatbestand der GoA bejaht, obwohl die Rückabwicklung nichtiger Verträge eigentlich die Aufgabe des Bereicherungsrechts ist.⁸

Anmerkung: In dieser Entscheidung bringt der BGH das „Kunststück“ fertig, den Tatbestand der berechtigten GoA zu bejahen, um danach noch einen Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB zu bejahen.

Wenn Sie im Examen einen solch kapitalen Fehler machen, dann wird's ungemütlich. Die berechnete GoA stellt nämlich nach allgemeiner Ansicht einen Rechtsgrund im Sinne des § 812 I BGB dar.

Auch in den Fällen, in denen der GF aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen zum Tätigwerden verpflichtet war, hatte der BGH lange Zeit keinerlei Hemmungen, auf den Tatbestand der GoA zurückzugreifen.⁹

III. Neue Tendenz des BGH: Lösung der Problematik auf Konkurrenzebene

Obwohl der BGH an seiner Rechtsprechung zur Vermutung des FGW beim „auch fremden“ Geschäft weiterhin festhält, hat seit über einem Jahrzehnt ein Richtungswechsel beim BGH stattgefunden.

Der BGH drängt den Anwendungsbereich der GoA immer mehr zurück. Dabei erfolgt die Lösung aber nicht auf der Tatbestandsebene, sondern auf der Konkurrenzebene.

B) Konkurrenzverhältnisse zur GoA beim „auch fremden“ Geschäft

Zur Problematik des „auch fremden“ Geschäfts haben sich in der neueren Rechtsprechung einzelne Fallgruppen herausgebildet, in denen der BGH in Abkehr zu seiner früheren Rechtsprechung die GoA nicht mehr als „Allheilmittel“ heranzieht.

Die GoA ist beim auch fremden Geschäft zwar nicht am Ende, befindet sich aber eindeutig auf dem Rückzug.¹⁰

³ BGHZ 33, 251, 254 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁴ BGHZ 47, 370, 371 = [jurisbyhemmer](#).

⁵ Staudinger, Vorb. §§ 677 BGB, Rn. 143; Weishaupt, NJW 2000, 1002, 1003; Falk, JuS 2003, 833, 836 f.

⁶ BGH, NJW 2009, 2590 ff. = [jurisbyhemmer](#); Palandt, § 677 BGB, Rn. 6.

⁷ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 412.

⁸ BGH, NJW 1990, 2542 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁹ BGH, NJW 1963, 1825 ff. = [jurisbyhemmer](#) (Eingreifen der Feuerwehr bei einem Waldbrand, sog. „Funkenflugfall“); BGHZ 65, 354, 357 f. = [jurisbyhemmer](#) (Beseitigung verkehrsgefährdender Straßenverschmutzungen durch die Straßenbaubehörde); BGHZ 110, 313, 314 ff. = [jurisbyhemmer](#) (Beseitigung von Rückständen eingelagerten Milchpulvers durch den Grundstückseigentümer).

¹⁰ Vgl. dazu auch Thole, „Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des „auch fremden“ Geschäfts?“, NJW 2010, 1243, 1244.

1. Kein faktischer Kontrahierungszwang

Durch die Anwendung der GoA beim auch fremden Geschäft besteht die Gefahr, dass der privatautonome Wille, keinen Vertrag schließen zu wollen, ausgehebelt wird.

Beispiel:¹¹ GF wird gewerblich als „Erbensucher“ tätig. Auf die im Bundesanzeiger veröffentlichte Aufforderung des Nachlassgerichts zur Anmeldung von Erbrechten nach dem am 29.06.2012 verstorbenen X ermittelte er den GH als gesetzlichen Erben.

GF teilte dem GH den Erbfall mit und bot diesem nach dem Abschluss einer Honorarvereinbarung über 20 % des ihm zufallenden Nachlasses zuzüglich Mehrwertsteuer an, die Nachlassangelegenheit vollständig offenzulegen. GH lehnt einen Vertragsschluss ab und ermittelte aufgrund der Informationen des GF den Nachlass selbst. Ihm fiel dadurch ein Vermögen von 50.000,- € zu.

GF verlangt nun von GH hiervon 20 % als angemessene Aufwandsentschädigung aus GoA?

Zu Recht?

In Betracht kommen könnte ein Anspruch aus GoA und zwar entweder aus §§ 683 S. 1, 670 BGB, wenn man von einer berechtigten, dem mutmaßlichen Willen des GH entsprechenden Geschäftsführung ausgeht bzw. anderenfalls aus §§ 684 S. 1, 812, 818 II BGB wegen unberechtigter GoA. Bei der Erbensuche des GF handelt es sich um ein auch fremdes Geschäft. Die zur Ermittlung der gesetzlichen Erbfolge erforderliche Feststellung der Verwandtschaftsverhältnisse ist nicht allein dem Rechts- und Interessenkreis der Verwandten des Erblassers zugewiesen. Ein Dritter greift mit eigenen Nachforschungen nicht unberechtigt in deren Persönlichkeitsrechte ein. Damit käme es grds. darauf an, ob die bei auch-fremden Geschäften geltende Vermutung für eine Fremdgeschäftsführung widerlegt ist.

Nach zutreffender Ansicht des BGH kommt es auf diese Frage aber gar nicht entscheidend an. **Die Vorschriften über die GoA sind nämlich nach der Risikoordnung des Privatrechts auf derartige Fallgestaltungen von vornherein unanwendbar.**

Die Zulassung der GoA würde zu Ergebnissen führen, die weder sach- noch interessengerecht

und mit der grundsätzlichen Risikoverteilung des Privatrechts nicht vereinbar wären.

Es geht hier um die Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Der Erbensucher verschafft sich durch seine Ermittlungstätigkeit das Material, das er den Erben gegen Entgelt überlassen will. Eigene Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses bleiben aber, sofern es nicht zu einem Abschluss kommt, nach den Regeln des Privatrechts unvergütet. Jede Seite trägt das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst. Diese im Gefüge der Vertragsrechtsordnung angelegte und letztlich auf die Privatautonomie zurückzuführende Risikoverteilung würde durch Zulassung von Aufwendungsersatzansprüchen aus GoA unterlaufen. Aus den genannten Gründen kennt die Privatrechtsordnung grundsätzlich auch keine Pflicht zur Vergütung ungefragt überlassener, nicht durch Ausschließlichkeitsrechte (z.B. Patentrecht) geschützter Informationen; ein Entgelt dafür ist vielmehr lediglich auf vertraglicher Grundlage zu zahlen. Die Annahme einer (berechtigten) GoA in derartigen Fällen wäre schließlich auch deswegen nicht interessengerecht, weil sich der Erbe bei Bemühungen mehrerer Erbensucher unabhängig voneinander Ansprüchen aller dieser Erbenermittler auf Aufwendungsersatz ausgesetzt sähe, ohne dass er sich ihnen gegenüber aufgrund der ersten Information über sein Erbrecht etwa auf Vorkenntnis berufen könnte.

Ebenso wenig ließe sich ein Interesse des Erben an der Übernahme einer Geschäftsführung durch den ersten, zweiten oder weiteren Erbensucher nur deswegen (ex post) verneinen, weil diese erst später ans Ziel gelangen oder gar erfolglos geblieben sind. Entsprechend kämen bei objektiv werthaltiger Erbschaft Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag selbst dann in Betracht, wenn der zunächst berufene Erbe, in dessen Interesse die Geschäftsführung erfolgt wäre, die Erbschaft ausschlagen würde.¹²

All diese Konsequenzen sind gleichermaßen unannehmbar.

Ergebnis: Die Vertragsfreiheit darf durch die Bejahung der GoA nicht aus den Angeln gehoben werden, da anderenfalls ein mit der Privatautonomie unvereinbarer faktischer Kontrahierungszwang entstünde.

¹¹ BGH, *Life & Law* 2000, 163 ff. = NJW 2000, 72 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹² OLG Frankfurt a.M., OLG-Report 1998, 375, 376 = [jurisbyhemmer](#); Gutbrod, ZEV 1994, 337, 338.

2. Vorrang vertraglicher Abreden mit einem Dritten und Insolvenzrisikoverteilung

Durch die Anwendung der GoA beim auch fremden Geschäft darf auch nicht die Insolvenzrisikoverteilung außer Kraft gesetzt werden. Auch dies folgt letztlich aus der Privatautonomie.

Beispiel:¹³ Der vom Bauherrn (GH) mit der Errichtung eines Bauwerks beauftragte Unternehmer U schließt mit Subunternehmer (GF) einen Werkvertrag über die Durchführung von Bauleistungen. GF führt den Bau aus. Nach Ausführung der Arbeiten wird über das Vermögen des U das Insolvenzverfahren eröffnet. GF verlangt daher die Vergütung von GH.

Zu Recht?

Obwohl auch in diesem Fall ein sog. „auch fremdes“ Geschäft vorliegt, verneint der BGH zu Recht Aufwendungsersatzansprüche aus der GoA nach §§ 683, 670 BGB.

Eine Inanspruchnahme des Bauherrn GH durch den Subunternehmer GF kommt nicht in Betracht, weil die Verpflichtung des GF auf einem mit U wirksam geschlossenen Vertrag beruht, der die Rechte und Pflichten des GF und insbesondere die Entgeltfrage umfassend regelt. Eine solche umfassende Regelung der Entgeltfrage innerhalb der wirksamen Vertragsbeziehung ist hinsichtlich des Ausgleichs für die jeweils erbrachten Leistungen auch im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich abschließend. Den Rückgriff auf Aufwendungsersatzansprüche verwehrt der aus der Parteiautonomie folgende Vorrang der vertraglichen Rechte gegenüber dem Ausgleich der aus der erbrachten Leistung resultierenden Vorteile Dritter, die außerhalb des Vertrags stehen. Mit der vereinbarten Vergütung erhält der Vertragspartner die Bezahlung, die er nach der Privatrechtsordnung erwarten kann. Die spätere Insolvenz des Vertragspartners ändert hieran nichts.

Ergebnis: Die GoA wird verdrängt, wenn besondere Bestimmungen des bürgerlichen Rechts das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn abweichend regeln. Eine vertragliche Regelung der Entgeltfrage ist aufgrund der Parteiautonomie auch im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich abschließend.

¹³ BGH, NJW-RR 2004, 955 ff. = [jurisbyhemmer](#).

hemmer-Methode: Anders soll es sich nach Ansicht des BGH allerdings verhalten, wenn U als vollmachtloser Vertreter des GH gehandelt und den GF im Namen des GH beauftragt hätte. In diesem Fall ergibt sich die Inanspruchnahme des U nicht aus Vertragsrecht, sondern lediglich aus der Regelung des § 179 BGB. Ansprüche aus GoA und Ansprüche aus § 179 BGB können nebeneinander bestehen.¹⁴

Auch aus der Regelung in § 951 BGB kann ein Ausschluss von Aufwendungsersatzansprüchen nicht abgeleitet werden. Diesen gesetzlichen Ansprüchen liegt keine privatautonome Regelung der Entgeltfrage zugrunde.

Diese Differenzierung ist überzeugend, da sich GF ja in diesem Fall letztlich den GH und nicht den U als Vertragspartner ausgesucht hat.

3. Vorrang öffentlich-rechtlicher Vorschriften

Durch die Anwendung der GoA beim auch fremden Geschäft dürfen auch nicht die Kostenregelungen, die beim Tätigwerden von Verwaltungsträgern aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zur Anwendung kommen, außer Kraft gesetzt werden.

Beispiel:¹⁵ GH betreibt bei München einen Viehhandel. Beim Abladen von dem Viehtransporter reißt sich eines der Rinder los und rennt auf die Autobahn. Die über Funk herbeigerufene (bayerische) Polizei (GF) vertreibt das Tier von der Autobahn.

Besteht ein Anspruch auf Ersatz der Kosten nach den Vorschriften über die GoA?

a) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind die §§ 677 ff. BGB grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern und Privatpersonen anwendbar. Die Annahme einer GoA der Verwaltung für den Bürger verbietet sich nicht einmal dann ohne weiteres, wenn die öffentliche Hand bei dem betreffenden Vorgang hauptsächlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten tätig geworden ist.¹⁶

b) Diese Rechtsprechung wird von einem erheblichen Teil des Schrifttums kritisiert: Wenn

¹⁴ [Life & Law 2004](#), 149 ff. = NJW-RR 2004, 81 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 1989, 970 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁵ [Life & Law 2004](#), 145 ff. = NJW 2004, 513 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁶ Zu Nachweisen vgl. Fußnote 9.

eine Behörde eine eigene gesetzlich zugewiesene Aufgabe (Pflicht zum Tätigwerden) nach öffentlichem Recht wahrnehme, bestimme sich ihre Handlungsweise ausschließlich nach diesem Recht, da eine hoheitsrechtliche Tätigkeit nicht zugleich eine private Tätigkeit des Verwaltungsträgers sein kann; entweder handelt der Hoheitsträger in Ausübung seines Dienstes als Staatsorgan oder als Privatmann.¹⁷

Die Anwendung der privatrechtlichen GoA unterlaufe die geltenden Verwaltungsvollstreckungsgesetze und die bestehenden polizeilichen Eingriffs- und Kostenersatznormen als Spezialregelungen.¹⁸

Jedenfalls bei einem Einschreiten der Polizei auf Grund ihrer Eilkompetenz zur Gefahrenabwehr sei diese dem Störer gegenüber zur Geschäftsbesorgung im Sinne des § 677 BGB in sonstiger Weise „berechtigt“ und auch ein Fremdgeschäftsführungswille im Sinne einer Unterordnung unter den Willen des Störers komme nicht in Betracht.

c) Der BGH lässt die Frage, inwieweit der für eine GoA ausschlaggebende Wille, ein fremdes Geschäft zumindest mit zu besorgen, auch beim unmittelbaren Eingreifen der Polizei und anderer Ordnungsbehörden angenommen werden kann, offen.

Denn selbst wenn und soweit es möglich sein sollte, hoheitliches Handeln der Polizei tatbestandlich zugleich als GoA zu begreifen, wären Aufwendungsersatzansprüche aus §§ 683, 670 BGB durch die diesbezüglich im bayerischen Polizei- und Kostenrecht enthaltene Sonderregelung auf Konkurrenzebene ausgeschlossen.

Dienen Maßnahmen der Polizei der Abwehr von Gefahren, die der öffentlichen Sicherheit durch das entlaufene Rind drohten, ist der Eigentümer für diesen Zustand polizeirechtlich verantwortlich (Zustandsstörer¹⁹). Da die Polizei die Gefahr nicht durch Inanspruchnahme des für die Störung Verantwortlichen abwehren konnte, durfte sie die erforderlichen Maßnahmen selbst unmittelbar ausführen.²⁰

Für die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme werden von den verantwortlichen Störern Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Diese Bestimmung entspricht der Regelung für den Fall der polizeilichen Ersatzvornahme, wenn der Polizeipflichtige eine ihm aufgegebene Handlungspflicht nicht erfüllt.²¹

¹⁷ Scherer, NJW 1989, 2724, 2728.

¹⁸ Bamberger, JuS 1998, 706, 709.

¹⁹ In Bayern Art. 8 II S. 1 PAG.

²⁰ In Bayern Art. 9 I PAG.

²¹ In Bayern Art. 55 I S. 2 PAG.

Nach der Polizeikostenverordnung²² werden Gebühren für die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme und für die Ausführung einer Ersatzvornahme erhoben. Auslagen werden dort als durch die aufgeführten Gebühren abgegolten bezeichnet.

Das Kostengesetz erklärt im Übrigen Amtshandlungen, die von der Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommen worden sind, von bestimmten einzelnen Ausnahmen abgesehen, für kostenfrei, „soweit nichts anderes bestimmt ist“.²³

Ergebnis: Wenn die Kostenfolge des Handelns eines Verwaltungsträgers durch öffentlich-rechtliche Vorschriften abschließend geregelt ist, sind Ansprüche aus GoA jedenfalls auf Konkurrenzebene ausgeschlossen.

4. Tätigwerden bei nichtigen Verträgen

Erledigt jemand aufgrund eines nichtigen Vertrages eine Tätigkeit für seinen Vertragspartner, so wird dadurch zumindest auch der Rechtskreis des Vertragspartners berührt.

Die Bejahung einer berechtigten GoA, die nach allgemeiner Meinung einen Rechtsgrund darstellt, würde dazu führen, dass der für die Abwicklung nichtiger Verträge in §§ 812 ff. BGB geregelte Bereicherungsausgleich in diesem Falle leerlaufen würde.

Beispiel:²⁴ *M hat von V eine Wohnung gemietet und im Formularvertrag die Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen übernommen. Da die Klausel einen starren Fristenplan für die Renovierung vorsieht, ist diese gem. § 307 I, II BGB unwirksam. In Unkenntnis der Nichtigkeit der Schönheitsreparaturklausel renoviert M nach Auszug die Wohnung.*

Steht M gegen V aus GoA ein Ersatzanspruch für seine Aufwendungen zu?²⁵

Ein Anspruch könnte sich aus §§ 677, 683, 670 BGB ergeben, wenn M mit der Vornahme der

²² In Bayern auf Grundlage des Art. 76 S. 3 PAG erlassen.

²³ In Bayern Art. 3 I Nr. 10 Kostengesetz.

²⁴ BGH, **Life & Law 2009, 505 ff.** = NJW 2009, 2590 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁵ **Hinweis:** Sollte der Vermieter schuldhaft eine unwirksame Klausel im Mietvertrag verwendet haben, z.B. weil zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages nach der Rechtsprechung des BGH eine solche Vertragsgestaltung bereits für unzulässig erklärt wurde, so bestehen auch Ansprüche auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

Schönheitsreparaturen ein Geschäft des V für diesen hätte führen wollen und dies auch dem Willen des V entsprach.

Grundsätzlich bestimmt § 539 I BGB, dass der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die der Vermieter ihm nicht gem. § 536a II BGB zu ersetzen hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen kann. Bei § 539 I BGB handelt es sich nach h.M. um eine **Rechtsgrundverweisung**, sodass die Voraussetzungen der §§ 677, 683, 670 BGB vorliegen müssen.

M müsste daher mit dem Streichen der Wohnung des V ein fremdes Geschäft mit Fremdgeschäftsführungswillen ausgeführt haben.

a) Der BGH lehnt dies in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung völlig überraschend ab und verneint bereits die Fremdheit des Geschäfts. Der Mieter, der aufgrund vermeintlicher vertraglicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, werde nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig. Der unmittelbare Bezug zum Rechtskreis des Vermieters fehle, auch wenn es natürlich die Wohnung des Vermieters ist, die gestrichen wird, d.h. diesem die Renovierung unmittelbar zugutekommt.

Da die **Übernahme der Schönheitsreparaturen** die Miete billiger macht, **stellt** sie **letztlich eine Vergütungspflicht dar**.

Bei der Zahlung eines vermeintlichen Entgelts wird aber grds. das Vorliegen eines mit Fremdgeschäftsführungswillen geführten fremden Geschäfts verneint. Aus diesem Grund könne auch die Vornahme der Schönheitsreparaturen die Anwendung der Vorschriften über die GoA nicht rechtfertigen.

b) Die Entscheidung des BGH verwirrt an dieser Stelle. Die Trennung zwischen „fremdem Geschäft“ auf der einen Seite und „Fremdgeschäftsführungswillen“ auf der anderen Seite, wird nicht klar herausgestellt.

Man kann sehr wohl sagen, dass es sich um ein „auch fremdes Geschäft“ handelt, wenn auf Basis eines vermeintlichen Vertrages eine fremde Wohnung gestrichen wird, da hierdurch eindeutig der Rechtskreis und die Interessen des Vermieters berührt werden.

Allerdings resultiert die Motivation für dieses Verhalten aus der Ansicht, zur Vornahme der Renovierung verpflichtet zu sein, sodass es überzeugender gewesen wäre, wenn man die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens

als widerlegt angesehen hätte. Dass der Geschäftsführer

„Fremdgeschäftsführungskennntnis“ hat, ist irrelevant. Entscheidend ist der Wille!²⁶

c) Letztlich spielt es aber überhaupt keine Rolle, ob man den Tatbestand der GoA im vorliegenden Fall bejaht. Jedenfalls auf Konkurrenzebene müssen Ansprüche aus GoA ausscheiden.

Durch die Zulassung der GoA würden die Beschränkungen des Bereicherungsrechts (§§ 814, 815, 817 S. 2 BGB) umgangen.²⁷ Auch das Privileg des § 818 III BGB würde durch die Bejahung der GoA verdrängt werden.

„Sedes materiae“²⁸ für die Rückabwicklung nichtiger Verträge ist nach der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers damit das Bereicherungsrecht und nicht die GoA.²⁹

hemmer-Methode: Mit der „Entgeltargumentation“ auf Tatbestandsebene hält sich der BGH weiterhin die Tür offen, seine verfehlte Rechtsprechung zum Tätigwerden aufgrund nichtigen Werkvertrages (Schwarzarbeiterfall) nach wie vor über die GoA zu lösen. Diese Frage bleibt derzeit leider (noch) ungeklärt.

5. Vorrang des Mängelrechts bei der Selbstbeseitigung eines Mangels

Wird dem Käufer vom Verkäufer eine mangelhafte Sache übergeben, so steht dem Käufer zunächst ein Anspruch auf Nacherfüllung zu (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB).

Dies ist bei allen Verträgen, bei denen ein spezielles Mängelrecht vorhanden ist, im Gesetz nahezu identisch geregelt.

²⁶ Thole, „Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des „auch fremden“ Geschäfts?“, NJW 2010, 1243, 1246.

²⁷ vgl. Medicus/Petersen, BR, Rn. 412

²⁸ Wörtlich übersetzt heißt dies „Sitz des Gegenstandes“. Gemeint ist damit die für den Fall relevante Stelle im Gesetzestext. Frei übersetzt bedeutet dieser Lateinische Rechtsgrundsatz also nichts anderes als „anwendbares Recht“.

²⁹ Hierzu auch Gold, JA 1994, 205 ff.

So steht dem Mieter ein Anspruch auf Erhaltung der Mietsache im mangelfreien Zustand zu (§ 535 I S. 2 Alt. 2 BGB), der Besteller kann vom Werkunternehmer Nacherfüllung verlangen (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB) und dem Reisenden steht gegen den Veranstalter ein Anspruch auf Abhilfe zu (§ 651c II BGB).

Wird dieser Mangel nun in Eigenregie ohne Beteiligung des Schuldners beseitigt, so tritt der Erfolg ein, ohne dass dies auf eine Leistungsanstrengung des Schuldners zurückzuführen ist. In diesen Fällen wird dem Schuldner infolge Zweckerreichung die Leistung unmöglich, sodass der Schuldner gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit wird.

Auch hier ist damit der Anwendungsbereich des sog. „auch fremden“ Geschäfts eröffnet.

Beispiel:³⁰ Nach der Übergabe bemerkt K, dass ihm V eine mangelhafte Sache verkauft hat. Erbost lässt K den Mangel durch D beseitigen und verlangt die hierfür aufgewendeten Kosten von V.

Zu Recht?

a) Kein Anspruch gem. § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 280 I, III, 281 bzw. 283 BGB

Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB scheidet an der fehlenden Fristsetzung seitens des K. Ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 283 BGB entfällt, weil V die zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führenden Gründe nicht zu vertreten hat. Verantwortlich hierfür ist alleine K, der es versäumt hat, dem V die Nacherfüllung zu ermöglichen.

b) Anspruch analog §§ 634 Nr. 2, 637 BGB?

Ein Anspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB analog scheidet jedenfalls daran, dass K keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

c) Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. §§ 684 S. 1, 818 BGB

aa) In Betracht kommt aber ein Anspruch aus GoA, da K ein „auch fremdes“ Geschäft geführt hat und der Fremdgeschäftsführungswille bei einer selbst vorgenommenen Nacherfüllung

vermutet wird. Bejaht man die Berechtigung der Fremdgeschäftsführung, so folgt der Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 683 S. 1, 670 BGB.

Entspricht die Selbstvornahme hingegen nicht dem Willen bzw. dem objektiven Interesse des V, so könnte V über §§ 684, 818 BGB zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sein. Diese besteht darin, dass er von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung nach § 275 I BGB befreit worden ist.

bb) Der BGH folgt dieser Argumentation zu Recht nicht. Ohne sich mit dem Tatbestand der GoA genauer auseinander zu setzen, verneint der BGH bereits die Anwendbarkeit der GoA aus Konkurrenzgründen.

Der abschließende Charakter der in den §§ 437 ff. BGB normierten Rechte des Käufers bei Mängeln verbietet die Bejahung eines Aufwendungsersatzes nach den Regeln der GoA.

Die Zulassung von Ansprüchen aus GoA würde außerdem zu Unklarheiten und Schwierigkeiten führen, welche die Mängelgewährleistungsvorschriften gerade ausschließen sollen. Da die Mängel schon beseitigt sind, ist eine zuverlässige Nachprüfung ihres Umfangs und ihrer Schwere sowie der Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten oft nicht mehr möglich. Gerade vor diesen Beweisschwierigkeiten soll der Verkäufer geschützt werden.

Der Ausschluss dieser Ansprüche steht im Einklang mit der bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begründeten Rechtsprechung des BGH zum Werkvertragsrecht. Gem. § 633 III BGB a.F. stand dem Besteller ein Selbstvornahmerecht mit Aufwendungsersatzanspruch zu, wenn der Werkunternehmer mit der Mängelbeseitigung im Verzug war.

Auch hier stellte sich die Frage der Konkurrenz zur GoA insbesondere dann, wenn ein Anspruch des Bestellers auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln nach § 633 III BGB a.F. nicht begründet war.

Nach ständiger Rechtsprechung konnte ein solcher Anspruch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden.³¹

Ergebnis: Aufgrund des abschließenden Sonderregelungscharakters des kaufrechtlichen,

³⁰ Life & Law 2006, 1 ff. = NJW 2005, 3211 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life & Law 2005, 351 ff. = NJW 2005, 1348 ff. = jurisbyhemmer.

³¹ Vgl. BGH, NJW 1968, 43 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 92, 123, 125 = jurisbyhemmer; BGHZ 96, 221, 223 = jurisbyhemmer.

werkvertraglichen, mietvertraglichen und reisevertraglichen Mängelrechts ist ein Rückgriff auf die GoA bereits aus Konkurrenzgründen unzulässig.

hemmer-Methode: Mit derselben Argumentation lehnt der BGH auch einen Anspruch aus §§ 326 IV, 326 I BGB i.V.m. § 326 II S. 2 BGB analog ab.

Ließe man dem Käufer gemäß § 326 II S. 2 BGB die vom Verkäufer ersparten Aufwendungen, die er nach § 439 II BGB zu tragen gehabt hätte, zukommen, so würde dies faktisch im Ergebnis darauf hinauslaufen, dem Käufer ein Recht zur Selbstbeseitigung von Mängeln auf Kosten des Verkäufers einzuräumen. Dies stünde im Widerspruch zum Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung.

Auch Ansprüche aus §§ 812 I S. 1, 818 II BGB kommen in diesem Fall nicht zur Anwendung, da sie vom Mängelrecht verdrängt werden.

Freilich handelt es sich hier um „Wortklauberei“, aber unsere Erfahrungen mit der Korrektur im Examen zeigen, dass bestimmte Formulierungen („kann offen bleiben“) negative Reaktionen bei einigen Korrektoren auslösen.

Daher gilt für die Gutachtenklausur: Nichts darf offengelassen werden. Im Ergebnis muss aber ein Streit nicht entschieden werden, wenn er sich nicht auf die Lösung auswirkt!

C) Zusammenfassender Lernteil

Die Tendenz der Rechtsprechung ist eindeutig. Die GoA befindet sich beim „auch fremden“ Geschäft auf dem Rückzug.

Dieser Trend ist positiv zu bewerten. Allerdings scheint es so, dass sich der BGH nur „häppchenweise“ traut, seine seit Jahren verfehlte Rechtsprechung aufzugeben.

Für die Bearbeitung einer Klausur im Ersten Staatsexamen haben Sie es damit in der Hand, in Ihrem Gutachten letztlich den Tatbestand der GoA im Ergebnis dahinstehen zu lassen, wenn Sie in den beschriebenen Fällen jedenfalls auf der Konkurrenzebene die GoA verneinen.

Anmerkung: Schreiben Sie im Gutachten niemals, dass eine Frage „offen“ bleiben kann. Dies ist im Gutachten eine Todsünde. Diskutieren Sie die Problematik und zeigen Sie dem Korrektor, wie Sie sich im Ernstfall entscheiden würden.

Erst danach vermitteln Sie dem Korrektor, dass eine Entscheidung für Ansicht Nr. 1 oder Ansicht Nr. 2 letztlich im Ergebnis dahinstehen kann, weil man nach beiden Auffassungen zum gleichen Ergebnis gelangt.