

Festschrift für  
Helmut Koziol  
zum 70. Geburtstag

Sonderdruck

herausgegeben von  
*Peter Apathy, Raimund Bollenberger, Peter Bydlinski,  
Gert Iro, Ernst Karner und Martin Karollus*

2010

ISBN 978-3-902638-34-2

 Jan Sramek Verlag



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Verzeichnis der Autorinnen und Autoren</b> .....	XV
PETER RUMMEL	
<b>Helmut Koziol zum 70. Geburtstag</b> .....	XXI
FRIEDRICH SOMMER / OTTO LUCIUS	
<b>Grußworte aus dem Bankensektor</b> .....	XXV
PIERRE WIDMER	
<b>Tortellini te salutant!</b> .....	XXVII

## Allgemeines Privatrecht

GERT BRÜGGEMEIER	
<b>Rätsel um das sogenannte »Right of Publicity«</b> .....	3
PETER BYDLINSKI	
<b>Der Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen</b> .....	21
CLAUS-WILHELM CANARIS	
<b>Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB</b> .....	45
WILMA DEHN	
<b>Zur Nachhaftung des Unternehmensveräußerers bei Dauerschuldverhältnissen und deliktischen Spätfolgen nach § 39 UGB</b> .....	77
SILVIA DULLINGER	
<b>Zur Bedeutung des Zahlungseingangs bei der Geldschuld im Lichte der Zahlungsverzugsrichtlinie</b> .....	97
ATTILA FENYVES	
<b>Leistungsstörung und Inhaltskontrolle bei der Herstellergarantie</b> .....	109
AXEL FLESSNER	
<b>Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa</b> .....	125
GERT IRO	
<b>Zur Wirksamkeit formularmäßiger Änderungsvorbehalte</b> .....	147

PETER JABORNEGG	
<b>Zur Rechtsnatur der Kündigungsentschädigung</b> .....	175
BERNHARD KOCH	
<b>Gedanken zur Neuordnung des Mobiliarsicherheitenrechts</b> .....	197
HEINZ KREJCI	
<b>Optionsausübung und laesio enormis insbesondere bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten</b> .....	215
MEINHARD LUKAS	
<b>Unechter Besitz an verneinenden Rechten?</b> .....	235
ULRICH MAGNUS	
<b>Das Kaufrecht im tschechischen Entwurf eines neuen Zivilgesetzbuchs – ein Vergleich mit internationalen und europäischen Regelungen</b> .....	255
FRANZ-STEFAN MEISSEL	
<b>Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag</b> .....	283
MATTHIAS NEUMAYR	
<b>Der mobile Patient und der immobile Patient</b> .....	313
KOJI NITTA	
<b>Die gestörte Gesamtschuld im japanischen Recht</b> .....	333
CHRISTIAN RABL	
<b>Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt</b> .....	341
ANDREAS RIEDLER	
<b>Regressanspruch des zahlenden Solidarbürgen gegen den Erwerber der hypothekarisch belasteten Liegenschaft des Kreditnehmers – §§ 896, 1359 oder doch 1358 ABGB?</b> .....	361
PETER RUMMEL	
<b>Zur Verjährung von Bereicherungsansprüchen: (noch) ein Appell an den Gesetzgeber</b> .....	377
HANSJÖRG SAILER	
<b>Vom Zuschlag zum Volleigentum</b> .....	385
ANDREAS SCHWARTZE	
<b>Die Bestimmung des auf grenzüberschreitende Gewinnzusagen anwendbaren Rechts nach Rom I und Rom II</b> .....	407
CHRISTIANE WENDEHORST	
<b>Leistungskondiktion und Rückabwicklung von Verträgen</b> .....	425
REINHARD ZIMMERMANN	
<b>Erbunwürdigkeit</b> .....	463

## Haftpflichtrecht

PETER APATHY	
<b>Zur Haftung bei überholender Kausalität</b> .....	<b>515</b>
KARL-HEINZ DANZL	
<b>Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen</b> .....	<b>529</b>
ERWIN DEUTSCH	
<b>Das Rätsel des deutschen Schuldrechts: § 280 Abs 1 BGB</b> .....	<b>553</b>
PETER DORALT / WALTER DORALT	
<b>Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung</b> .....	<b>565</b>
BILL W. DUFWA	
<b>Complexity of Tort Law</b> .....	<b>591</b>
BERNHARD ECCHER	
<b>Erziehungshaftung der Eltern in Italien</b> .....	<b>609</b>
ISRAEL GILEAD	
<b>The »Continuum« of Tort Liability and Israeli Law</b> .....	<b>623</b>
MICHAEL D. GREEN	
<b>Language Matters</b> .....	<b>631</b>
IRMGARD GRISS	
<b>Unerwünschte Geburt – Ein Fall für die Gerichte?</b> .....	<b>639</b>
WALTHER HADDING	
<b>Keine Nutzungsausfallentschädigung bei fiktiver Kraftfahrzeug-Schadensberechnung?</b> .....	<b>649</b>
MONIKA HINTEREGGER	
<b>Atomhaftung in Europa – Bestand und Perspektiven</b> .....	<b>667</b>
CHRISTIAN HOLZNER	
<b>Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang</b> .....	<b>681</b>
ERNST KARNER	
<b>Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt</b> .....	<b>695</b>
BERNHARD A. KOCH	
<b>Die österreichische Schadenersatzreform im europäischen Kontext</b> .....	<b>721</b>
ERNST A. KRAMER	
<b>Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?</b> .....	<b>743</b>

RAIMUND MADL	
<b>Beginn der langen Verjährung nach § 1489 Satz 2 ABGB unabhängig vom Eintritt eines Schadens? .....</b>	<b>759</b>
JOHANN NEETHLING	
<b>The Right to Privacy under South African Law .....</b>	<b>781</b>
KEN OLIPHANT	
<b>Alternative Causation: A Comparative Analysis of Austrian and English Law .....</b>	<b>795</b>
EDUARD PICKER	
<b>Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störung der Energieversorgung? .....</b>	<b>813</b>
WILLIBALD POSCH	
<b>Zur Bestimmung des Deliktsortes bei außervertraglichen Schuldverhältnissen mit Auslandsberührung .....</b>	<b>835</b>
BERND SCHILCHER	
<b>Der Regelfall als Verbindung von Tatbestandsmodell und Beweglichem System .....</b>	<b>853</b>
HANS STOLL	
<b>Selbstbestimmung und haftungsrechtliche Verantwortung des Suizidenten .....</b>	<b>887</b>
LUBOŠ TICHÝ	
<b>Prävention im Haftungsrecht: Ansatz zu einer Revision .....</b>	<b>905</b>
GERHARD WAGNER	
<b>Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht .....</b>	<b>925</b>
PIERRE WIDMER	
<b>O tempora, o mores! .....</b>	<b>943</b>
BÉNÉDICT WINIGER	
<b>Skizze zu den Grundlagen des Haftungsrechts .....</b>	<b>965</b>

## **Bankrecht**

RAIMUND BOLLENBERGER	
<b>Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer – eine Skizze .....</b>	<b>977</b>
MICHAEL GRUBER	
<b>Finanzanalysen im WAG 2007 .....</b>	<b>991</b>

SUSANNE KALSS	
<b>Toleranzgrenzen für den Vermögensausgleich in Investmentfonds</b> .....	<b>1001</b>
MARTIN KAROLLUS	
<b>Drittzuschwirkung der bankrechtlichen Geldwäschevorschriften?</b> .....	<b>1023</b>
PETER MADER	
<b>Zur Rückabwicklung bei der Bankgarantie</b> .....	<b>1041</b>
PETER O. MÜLBERT	
<b>Vom Ende allen sachenrechtlichen Denkens im österreichischen und deutschen Depotrecht durch UNIDROIT und die EU</b> .....	<b>1055</b>
MARTIN OPPITZ	
<b>Fondssuspendierung und gesetzliche Kreditgrenze</b> .....	<b>1077</b>
GÜNTER H. ROTH	
<b>Europäische Niederlassungsfreiheit und nationaler Risikoschutz: Bankrecht und Gesellschaftsrecht</b> .....	<b>1095</b>
THOMAS SCHOBEL	
<b>Anlagestimmung und Kausalitätsbeweis</b> .....	<b>1111</b>
WOLFGANG WIEGAND	
<b>Die Bucheffekte – Ein neues Vermögensrecht?</b> .....	<b>1125</b>

## **Materielles Insolvenzrecht und Zivilverfahrensrecht**

MICHAEL BYDLINSKI	
<b>Materiellrechtliches und Prozessuales zum Schadenersatz nach § 408 ZPO</b> .....	<b>1141</b>
GEORG KATHREIN	
<b>Zweites Gewaltschutzgesetz – Die wichtigsten Neuerungen bei den einstweiligen Verfügungen</b> .....	<b>1157</b>
GEORG E. KODEK	
<b>Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs nach § 394 EO – ein Beitrag zum Rechtsschutzsystem des Provisorialverfahrens</b> .....	<b>1179</b>
ANDREAS KONECNY	
<b>Forderungsveränderungen nach Forderungsfeststellung im Konkurs</b> .....	<b>1201</b>
BERNHARD KÖNIG	
<b>Anfechtung einer kongruenten Deckung außerhalb des Konkurses (§ 2 AnFO) und Partizipation des Anfechtungsgegners am Anfechtungserfolg</b> .....	<b>1221</b>

GABRIELE KOZIOL	
<b>Dienstbarkeiten im Konkurs</b> .....	1229
PAUL OBERHAMMER	
<b>Europäisches Insolvenzrecht: EuGH Seagon/Deko Marty Belgium und die Folgen</b> .....	1239
ANDREAS REINER	
<b>Schiedsrichterhaftung im österreichischen Recht</b> .....	1273
KARSTEN SCHMIDT	
<b>Konkursverschleppungshaftung, oder: Hat das Deliktsrecht versagt?</b> .....	1301
HUBERTUS SCHUMACHER	
<b>»Einverleibungsfähige Pfandurkunde« und Anfechtung der Hypothek</b> .....	1323

## Methodenlehre und andere Rechtsgebiete

WILLEM H. VAN BOOM	
<b>The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used</b> .....	1339
FRANZ BYDLINSKI	
<b>Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht</b> .....	1355
MICHAEL FAURE	
<b>The Harmonization of Consumer Contractual Rights: An Economic Perspective</b> .....	1385
GEORG GRAF	
<b>Vom angemessenen Umgang mit vergangenem (Un-)Recht</b> .....	1401
KATJA LANGENBUCHER	
<b>Prospektive Rechtsprechungsänderungen im französischen Recht</b> .....	1411
SIR BASIL MARKESINIS	
<b>Weltliteratur und »Weltrecht«</b> .....	1423
OLIVIER MORÉTEAU	
<b>A Summary Reflection on the Future of Civil Codes in Europe</b> .....	1449
ROBERT REBHAHN	
<b>Zu den Rahmenbedingungen von Rechtsdogmatik</b> .....	1461
JAAP SPIER	
<b>The Need for Judicial Activism in a Wicked World</b> .....	1481
JOCHEN TAUPITZ	
<b>Nicht-kommerzielle Arzneimittelstudien finanziell entlasten – aber wie?</b> .....	1495



GUNTER WESENER

**Leopold Pfaff (1837 bis 1914) – Zivilrechtler, Pandektist, Rechtshistoriker ..... 1511**

**Wissenschaftlicher Lebenslauf von Helmut Koziol ..... 1531**

**Schriftenverzeichnis von Helmut Koziol..... 1533**



## Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag

### A. Einleitung

»Anderen Menschen zum materiellen Glück zu verhelfen – und davon selbst profitieren.« So könnte man das Metier der Erbensucher (»heir locators«, »chercheurs d'héritiers«) beschreiben, welche bei scheinbar erbenlosen oder unklaren Nachlassfällen erbberechtigte Personen ausforschen, um von diesen dann bezahlt zu werden. Der Überbringer der freudigen Nachricht vom unverhofften Erbe lässt sich dann in der Regel mit einem Prozentsatz des Wertes der Erbschaft recht fürstlich entlohnen: Eine deutsche Privatbank, welche Erbenermittlung zu ihrem Hauptgeschäftsfeld zählt, nennt dazu im Internet die Größenordnung und die üblichen Konditionen: »Mit den von uns ermittelten Erben einigen wir uns über ein Honorar, das, je nach Schwierigkeit der Ermittlungen, meist bei etwa 20% bis 25% der jeweiligen Nettoerbschaft (zzgl MwSt) in deutschen Nachlassfällen und bei ca 33% in ausländischen Nachlassfällen liegt. Alle anfallenden Kosten werden von uns in Vorleistung gebracht. Es fallen also keinerlei Kostenvorschüsse an. Verlaufen unsere Ermittlungen letztlich negativ, so tragen wir alle Kosten selbst.«<sup>1</sup>

Die eigentliche Crux dieses Geschäftsmodells besteht für die Erbensucher darin, die genannte Einigung mit dem ausgeforschten Erben auch tatsächlich zustande zu bringen. Was etwa, wenn dieser gar keine Bereitschaft aufbringt, das Pauschalhonorar zu bezahlen oder kein Einsehen hat, bis zu einem Drittel des Erbes an die Genealogen abzugeben? Die Erbschaft fällt ihm ja ausschließlich aufgrund seines Erbrechts zu – und ein Mandat hat er den Erbensuchern nicht erteilt. Können in einem solchen Fall die gewieften Genealogen als Geschäftsführer ohne Auftrag Ansprüche geltend machen? Und wenn ja, in welchem Ausmaß?

Diese Fragestellung als kleine Gabe *Helmut Koziol* herzlichst zu widmen, liegt mir aus mehreren Gründen nahe. Zunächst besteht ein Motiv darin, dass der zu Ehrende

1 [http://www.hoernerbank.de/index/deutsch/de\\_erbenermittlung.html](http://www.hoernerbank.de/index/deutsch/de_erbenermittlung.html) (28. 5. 2009).

am Beginn meiner wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Zivilrecht meine Arbeit zur Geschäftsführung ohne Auftrag im österreichischen Recht<sup>2</sup> als »Doktorvater« in jeder Hinsicht fördernd betreut hat. *Koziol* selbst hat zu dogmatischen Fragen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) im österreichischen Recht immer wieder Stellung bezogen, zuletzt etwa in seiner prägnanten Kommentierung der einschlägigen Bestimmungen in dem von ihm mitbegründeten Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup>. Schließlich aber ermöglicht das Thema des Erbensuchens als Geschäftsführung ohne Auftrag nicht nur eine auf das österreichische Recht bezogene dogmatische Analyse, sondern eröffnet auch eine rechtsvergleichende Perspektive<sup>4</sup>, mittels derer dem eindrucksvollen komparatistischen Oeuvre und rechtsharmonisierenden Engagement unseres Jubilars Reverenz erwiesen werden kann.

Der besondere Reiz der Beschäftigung mit der GoA liegt in ihrer sphinxartigen Existenz am Schnittpunkt von Vertrag, Delikt und Bereicherungsrecht. Die Funktionen, die der *negotiorum gestio* und den von ihr inspirierten Regelungen der modernen Privatrechte zukommen, sind vielfältig und durchaus widersprüchlich. Die Regelung der erwünschten – und auch von der ökonomischen Theorie positiv gewürdigten<sup>5</sup> – Hilfeleistung in Notfällen gehört ebenso dazu wie der Schutz vor unerwünschter Einmischung und aufgedrängter Bereicherung sowie allgemein der Ausgleich von Vermögensnachteilen, die zur Förderung fremder Interessen, aber ohne Legitimation durch den Begünstigten eingegangen wurden. Selbst zur – in diesem Fall eher zweifelhaften<sup>6</sup> – Ehre der Positivierung als *Principles of European Law*<sup>7</sup> hat es die *Benevolent Intervention in Another's Affairs* jüngst gebracht. Immer wieder wird dabei versucht, die schillernde und insofern »wilde« Natur der GoA durch ein engmaschigeres dogmatisches Korsett zu bändigen, etwa indem man sie auf ausschließlich oder überwiegend fremdnützige (»altruistische«) Geschäftsführung reduzieren möchte. Die volle Bandbreite aber der Einsatzmöglichkeit dieses Instituts zeigt sich in der Rechtsprechung, welche immer wieder die Eignung der GoA zur Lösung schwieriger Grenzfälle in Graubereichen des Schuldrechts zu schätzen weiß. Wer Zivilrechts-

2 Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwischen Quasikontrakt und aufgedrängter Bereicherung (1993).

3 Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 1. Aufl 2005, 2. Aufl 2007.

4 Siehe etwa die rechtsvergleichende Diskussion des Erbensucherurteils des BGH: BGH, Urteil vom 23 September 1999 – Zum Vergütungsanspruch eines »Erbensuchers« gegen den ermittelten unbekanntem Erben, Notes by Fötschl, de Medeiros Nóbrega, de la Riva, and Swann, ERPL 2002, 547–595.

5 Landes/Posner, Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, Journal of Legal Studies 7 (1978) 83; Kötz, Geschäftsführung ohne Auftrag aus rechtsökonomischer Sicht, in FS Großfeld (1999) 583; Köndgen, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeiten, in Zimmermann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeiten, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999) 371.

6 Siehe die vernichtende Besprechung von Jansen, Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law? ZEuP 2007, 958, der insbesondere das a-priorische Altruismusmodell (S 982: »quasinaturrechtliches Vorverständnis«) der Principles fundamental kritisiert; der Kritik zustimmend MünchKomm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> (2009) Vor § 677 Rz 34 (ohne aber den von Jansen verkündeten »Abschied von der negotiorum gestio« zu teilen); kritisch auch Rademacher, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen Privatrecht, JURA 2008, 87.

7 Principles of European Law/von Bar (Hrsg), Benevolent Intervention in Another's Affairs (2006).

dogmatik in einer möglichst interessengerechten, abgewogenen und differenzierten Weise betreiben will und einem starren Entweder-Oder ablehnend gegenübersteht, der wird die Aequitas-affine Stellung dieses Rechtsinstituts<sup>8</sup> aber nicht als Bedrohung, sondern als Chance sehen. Freilich auch als dogmatische Gratwanderung, die mit Bedacht ausgeübt werden muss. Eine besonders schwierige, aber gerade deshalb hoffentlich reizvolle Fragestellung betrifft die Anwendung der GoA auf die »Erbensucherfälle«.

Die österreichische Rechtsprechung hat in Fällen, in denen ein bei der Erbensuche erfolgreiches genealogisches Institut vom Erben keine vertragliche Honorierung erhalten hat, Ansprüche aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag bejaht. Diese relativ rezente Judikatur des OGH soll im Folgenden kurz referiert und der Rechtsprechung in ausgewählten anderen europäischen Rechtsordnungen, die das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag kennen, wie auch der von vornherein gegenüber einer *benevolent intervention in another's affairs* sehr reservierten Haltung des Common Law gegenübergestellt werden. Dabei geht es zum einen darum, dogmatische Grundfragen zu den Tatbestandselementen »fremdes Geschäft« und »Fremdgeschäftsführungswille« bei der Geschäftsführung ohne Auftrag zu erörtern, zum anderen sind diese Erbensucherfälle aber auch geeignet, als Ausgangspunkt von Betrachtungen zum Phänomen »gewerblicher« Geschäftsführer ohne Auftrag und deren allfälliger Entlohnung zu dienen.

## B. Die österreichischen Erbensucher-Entscheidungen

(1) In dem 1996 entschiedenen ersten österreichischen Fall<sup>9</sup> (Erbensucher I) forschte ein gewerblicher Erbensucher hinsichtlich eines zunächst kaduken Nachlasses einen gesetzlichen Erben aus, der von der Erbschaft keine Kenntnis hatte, und schloss mit diesem eine Honorarvereinbarung ab, der zufolge der Erbe 20% der zu erlangenden Erbschaft dem Erbensucher zu bezahlen hatte. Der Erbe hatte allerdings einen Bruder, der ebenfalls gesetzlicher Erbe war und dem daher die andere Hälfte der Erbschaft zufiel. Der Name dieses Bruders, von dessen Existenz der Erbensucher bis dahin nichts gewusst hatte, wurde vom ersten Erben dem Erbensucher mitgeteilt, der sich daraufhin an diesen ebenfalls mit einer Honorarforderung wandte. Der zweite Erbe verweigerte einen Vertragsschluss, trat die Erbschaft aber an und erlangte dabei einen erheblichen Betrag (umgerechnet über 150.000 Euro). Der Erbensucher klagte nun den zweiten Erben auf ein Honorar in Höhe von 20% des von

8 Treffend dazu MünchKomm/Seiler, BGBIV<sup>5</sup> § 677 Rz 15, gegen den häufig unreflektierten Vorwurf einer (pejorativ verstandenen) »Billigkeitslösung«, die nur dann abzulehnen ist, wenn die Lösung unreflektiert oder beliebig erfolgt, nicht aber allein deshalb, weil ihr das Bestreben nach Einzelfallgerechtigkeit zugrunde liegt.

9 OGH 1 Ob 2168/96x in NZ 1997, 290 = RdW 1997, 275 = EFSlg 81.427.

diesem aufgrund der Erbschaft erlangten Betrages »aus jedem erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere aus Bereicherung«.

Die erste Instanz bejahte das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei der Erbensucher als nützlicher Geschäftsführer gemäß § 1037 ABGB »zum klaren und überwiegenden Vorteil« des Beklagten tätig geworden sei. Es gebühre ihm daher Aufwandsersatz. Das Gericht forderte den Kläger auf, über die Art seiner Tätigkeit und die Zahl der dafür eingesetzten Stunden Rechenschaft zu geben. Als dieser das verweigerte, wies das Erstgericht die Klage ab, weil die Kostenersatzansprüche des Klägers nicht nachzuvollziehen seien. Das OLG Wien als Berufungsgericht bestätigte die Abweisung: Zwar stehe einem »beruflichen« Geschäftsführer ohne Auftrag auch ein Anspruch auf Entlohnung zu, für einen solchen Anspruch werde aber eine »genaue Kalkulationsgrundlage für Auslagen und Mühewaltung« gefordert. Im Übrigen sei der Honoraranspruch schon deshalb nicht berechtigt, weil der Name des Beklagten ohne darauf gerichtete Nachforschungstätigkeit des Klägers bloß gesprächsweise von dessen Bruder mitgeteilt worden sei.

Vor dem Höchstgericht hatte der Erbensucher allerdings mehr Glück. Der OGH bejahte nicht nur das Vorliegen einer GoA, sondern sprach dem Geschäftsführer auch, da er im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit gehandelt hatte, das für einen Genealogen branchenübliche Entgelt zu. Eine Aufschlüsselung nach geleisteten Arbeitsstunden sei dann nicht notwendig, wenn Genealogen üblicherweise in einem Prozentsatz des Wertes, der den ausforschten Erben zufällt, entlohnt würden. Ob eine solche Verkehrsübung bestehe, sei vom Erstgericht durch Vernehmung eines Sachverständigen zu klären.

(2) In der zweiten österreichischen Erbensucherentscheidung<sup>10</sup> (Erbensucher II) aus 2000 hatte das klagende genealogische Büro durch Einsicht in diverse Geburtsmatrikel, Meldedaten sowie durch Einschaltung eines Prager Korrespondenzbüros und Erstellung eines Stammbaumes einen Erben ausfindig gemacht und diesen zu einer Besprechung bei einem Notar geladen. Dort schlossen die Parteien eine Vereinbarung, der zufolge sich der beklagte Erbe, dem der Erblasser völlig unbekannt gewesen war, verpflichtete, dem Erbensucher ein Entgelt im Ausmaß von 20 % des Werts des von ihm zu erlangenden Vermögens zu bezahlen. Der Erbensucher werde die zur Geltendmachung des Erbes noch nötigen Dokumente ohne Mehrkosten beschaffen. Nach Rücksprache mit seinem Rechtsvertreter trat der Beklagte jedoch gemäß § 3 KSchG vom Vertrag zurück und besorgte sich mit Hilfe seines Rechtsvertreters die noch fehlenden Dokumente selbst. Eine auf die Vereinbarung gestützte Honorarklage des genealogischen Büros blieb aufgrund des rechtswirksamen Vertragsrücktritts erfolglos. Daraufhin nahmen die Kläger den Erben aus dem Titel der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1037 ABGB) in Anspruch.

Von allen drei Instanzen wurde das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auf-

<sup>10</sup> OGH 7 Ob 155/00w in RS0019782.

trag bejaht; fraglich war nur, nach welchen Kriterien der Honoraranspruch des Geschäftsführers festzulegen sei. Das Erstgericht ging von dem als Erfolgshonorar in Höhe von 20% geforderten Betrag aus, minderte diesen aber angesichts der Tatsache, dass dem Beklagten ja noch eigene Kosten für die Komplettierung erwachsen waren und berief sich bei Bemessung des festgelegten Betrags auf § 273 ZPO. Das OLG Wien als Berufungsinstanz bestätigte diese Entscheidung, meinte aber, dass die übliche Höhe von vertraglich geschlossenen Honorarforderungen von Erbenermittlern nur als Indiz für die Angemessenheit der Entlohnung im Fall der auftraglosen Erbenermittlung herangezogen werden könne. Da nicht geklärt sei, nach welchen Kriterien die Entlohnung des auftraglos tätig gewordenen Erbenermittlers zu erfolgen habe, erklärte es die Revision für zulässig.

Der OGH wies die Revision allerdings zurück, da aufgrund der oben referierten Entscheidung Erbensucher I, welche »auf keinerlei Kritik im Schrifttum gestoßen«<sup>11</sup> sei, bereits »gesicherte oberstgerichtliche Rechtsprechung« zu dieser Frage vorliege. Bei nützlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, die im Rahmen eines Gewerbes ausgeübt werde, spreche die Vermutung für anderweitigen Erwerbseingang, weshalb eine Entlohnung in dem Ausmaß gebühre, wie sie der Geschäftsführer sonst auf Grund der Ausübung seines Gewerbes erhalte. Bestehe aber wie hier eine Verkehrsübung, derzufolge die Entlohnung nach bestimmten Prozentsätzen des Wertes, der dem Begünstigten durch die Tätigkeit zukommt, bemessen werde, so sei eine Aufschlüsselung nach geleisteten Arbeitsstunden nicht nötig.

Nach der österreichischen Rechtsprechung gebührt folglich dem Erbensucher, wenn der ausgeforschte Erbe den vorgeschlagenen Vertrag nicht abschließt (oder von diesem wirksam zurücktritt) eine Entlohnung als Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß § 1037 ABGB, da er »zum klaren und überwiegenden Vorteil« des Erben gehandelt habe. Die Vergütung des Erbensuchers bemisst sich nach Meinung des OGH aufgrund der Verkehrsüblichkeit mit einem Prozentsatz der erlangten Erbschaft – also in derselben Höhe, wie sie vertraglich üblicherweise verlangt wird.

Bevor wir diese Lösung vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtslage einer näheren Überprüfung unterziehen, lohnt sich ein kleiner rechtsvergleichender Blick in andere europäische Rechtsordnungen. Wie so oft erweist sich das dabei gewonnene Bild als durchaus uneinheitlich.

11 Dazu ist anzumerken, dass aus dem bloßen Schweigen der Fachliteratur zu einem OGH-Erkenntnis wohl nicht bereits auf eine tatsächliche Zustimmung geschlossen werden kann. Die Entscheidung aus 1996 etwa war zwar in mehreren Fachzeitschriften publiziert, aber von niemandem kommentiert worden, bis heute hat sie in den gängigen GoA-Kommentierungen in Österreich keine Rezeption gefunden. Eine ausführliche kritische Analyse der Entscheidung (mit durchaus abweichenden Ergebnissen!) von *Fötschl* wurde erst 2002 in der für den österreichischen Juristen nicht so leicht zugänglichen ERPL publiziert (*Fötschl*, ERPL 2002, 550); vgl sonst nur *Meissel* in Reidinger/Ofner/Rudolf/Meissel, Bürgerliches Recht Teil II<sup>7</sup> (2003) 345 f.

### C. Rechtsvergleichender Tour d'Horizon

(1) Erbensuchen ist offensichtlich ein Universalphänomen. So beschäftigte die Konstellation, dass ein fündig gewordener Erbensucher beim Erben vorstellig wird, sich ein Honorar ausbedingen möchte, der Erbe hingegen, ausgehend von dieser Information, selbst Nachforschungen tätigt und die Erbschaft erlangt, mehrfach französische Gerichte. Ein solcher Fall wurde etwa im Jahr 1929 von der Cour de Dijon entschieden, welche einen Vergütungsanspruch des Genealogen aus *gestion d'affaires* bejahte.<sup>12</sup> In zwei jüngeren Entscheidungen der Cour de cassation wurde hinsichtlich der Vergütung danach differenziert, ob ein Hobbygenealoge tätig war oder ein gewerblicher Erbensucher. Bei ersterem wurde ein ausschließlich eigenes Interesse des Genealogen angenommen und ein Anspruch verneint<sup>13</sup>, bei zweiterem hingegen ein Anspruch aus GoA bejaht.<sup>14</sup>

Dabei ist freilich zu beachten, dass der Code civil ausdrücklich nur Ansprüche aus *gestion d'affaires* und *paiement de l'indu* als Quasikontrakte regelt und damit die Nutzbarmachung der GoA auch für Fälle, die eigentlich bereicherungsrechtlicher Natur sind, provoziert. Diese Fälle werden von der Doktrin als *gestion d'affaires anormale* bezeichnet, womit ausgedrückt wird, dass hier der Fremdgeschäftsführungswille gar nicht oder nur schwach vorhanden ist, und als tragender Grund der Entscheidung der dem Erben durch die Tätigkeit des Genealogen verschaffte Vorteil erscheint.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die einschlägige französische Rechtsprechung zu den Erbensuchern der österreichischen stark ähnelt. Beide Male wird dem gewerblich tätigen Genealogen eine Entlohnung als Geschäftsführer ohne Auftrag zuerkannt, wobei der dem ausgeforschten Erben verschaffte Nutzen maßgeblich sein dürfte.

Allerdings ist anzumerken, dass seit einer Entscheidung aus 1992 die Cour de cassation bei der *gestion d'affaires* einem Vergütungsanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag hinsichtlich seiner Tätigkeit ablehnend gegenüber steht, sodass die oben geschilderte Judikatur möglicherweise überholt ist. In diesem Fall hatte eine Gesellschaft eine »Entschädigung« (*dédommagement*) für Werbemaßnahmen eingeklagt, die sie (nach Beendigung eines bis dahin existierenden Vertragsverhältnisses) als Geschäftsführerin ohne Auftrag zugunsten anderer getätigt habe. Die Cour de cassation stimmte mit dem Berufungsgericht darin überein, dass aus Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein Ausgabenersatz (*remboursement des dépenses*) geschuldet sei, nicht aber die Bezahlung einer Vergütung.<sup>15</sup> Mit anderen Worten: Der Geschäftsführer ohne Auftrag soll keinen Schaden erleiden, aber auch keinen Gewinn aus sei-

12 Cour de Dijon 09. 07. 1929, Gaz Pal 1929 II 620; so auch schon Cour de Poitiers D 1908.2.332 f; zitiert nach *Fötschl*, ERPL 2002, 555.

13 Cass Civ 28. 05. 1991, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière civile (Bull Civ) 1991 I Nr 167 S 110; zitiert nach *Fötschl*, ERPL 2002, 555.

14 Cass Civ 31. 01. 1995, Bull Civ 1995 I Nr 59; zitiert nach *Fötschl*, ERPL 2002, 555.

15 Cour de cassation, chambre commerciale, 15. 12. 1992, Bull Civ 1992 IV, Nr 415 = RJDA 1993 Nr 300, S 262.



ner Tätigkeit ziehen. Was dies in der Zukunft für Erbensucherfälle bedeutet, ist nicht ganz klar; wahrscheinlich dürften diese – im Fall des Nichtzustandekommens einer vertraglichen Einigung – zwar weiter als *gestion d'affaires* qualifiziert werden, der Aufwandsatz aber in einem engeren Sinn verstanden werden, sodass eine »Gewinnkomponente« für den *gérant* möglichst ausgeschlossen wäre. Sofern der Geschäftsführer einen nachweisbaren Verdienstentgang als Schaden erlitten hat, wäre aber nach wie vor wohl ein Ersatz denkbar. Ausgeschlossen wurde jeglicher Anspruch aber dann, wenn gar kein Fremdgeschäftsführungswille vorlag, weil der Handelnde ausschließlich im eigenen Interesse (und nicht einmal mit bedingtem Fremdgeschäftsführungswillen) handelte und dabei – gleichsam als ungewolltes Ergebnis – einen Nutzen für einen Dritten verursachte.<sup>16</sup>

Im Schuldrechtsmodernisierungsprojekt des Rapport Català<sup>17</sup> wird nun eine Remuneration des Geschäftsführers ohne Auftrag ausdrücklich abgelehnt.<sup>18</sup> Die neuere französische Linie scheint also stärker in Richtung Einschränkung der GoA auf den Fall des »altruistischen Helfers« zu gehen, weshalb nun das Gesetz (wieder) den unentgeltlichen Charakter der *gestion sans titre de l'affaire d'autrui* (wie die *gestion d'affaires* neuerdings genannt wird) betont.<sup>19</sup> Diese restriktive Haltung dürfte auch damit zusammenhängen, dass die Reform des Code civil einen Ausbau (rein) bereicherungsrechtlicher Ansprüche vorsieht, weshalb hier die traditionelle Aushilfsfunktion der *gestion d'affaires* an Bedeutung verlieren könnte. So wird nun eigens geregelt, dass derjenige, der fremde Geschäfte führt, ohne die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag i.e.S. zu erfüllen, immerhin bereicherungsrechtliche Ansprüche haben kann.<sup>20</sup>

- 16 Cass Civ 28. 5. 1991, Bull Civ I, Nr 167: In diesem Fall hat ein Genealoge, der seine eigenen Mietrechte an einem zum Nachlasse gehörenden Objekt klären wollte, die Erben ausfindig gemacht; die Erben hatten von der Erbschaft zuvor keine Kenntnis gehabt. Entscheidend war hier offenbar, dass die Suche vom Eigeninteresse der Klärung der Mietfrage und nicht von der Hoffnung auf Remuneration getragen war. Dem Genealogen wurde hier sowohl ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag als auch *de in rem verso* versagt.
- 17 Online verfügbar unter: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf> (15. 6. 2009); für eine deutsche Fassung des Català-Entwurfes siehe die Übersetzung von Sonnenberger, ZEuP 2007, 633.
- 18 Projet Català Art. 1328-3: «*Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites et, à l'exclusion de toute rémunération, lui tenir compte des pertes qu'il a subies.*»
- 19 Projet Català Art. 1328: «*Celui qui, spontanément, se charge à titre bénévole de l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, se soumet, dans l'accomplissement des actes juridiques ou matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandat exprès qu'il en aurait reçu.*» In der Anmerkung dazu wird insbesondere auf die Unentgeltlichkeit des Mandats im Code civil hingewiesen, welches ja für die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten auch bei der *gestion d'affaires* sinngemäß Anwendung findet: «*Le caractère gratuit du mandat résulte suffisamment du fait que la rémunération du gérant ne figure pas au nombre des obligations du maître de l'affaire.*»
- 20 Projet Català Art. 1329-1: «*Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais tourne néanmoins au profit du maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement sans cause.*»

(2) Für zwei weitere romanisch geprägte Rechtsordnungen wurde die Erbensucherkonstellation zwar bislang nicht von den Gerichten, wohl aber literarisch untersucht. Nach diesen rezenten Untersuchungen kann aufgrund der Rechtslage nach portugiesischem und spanischem Recht ebenfalls mit einem Entlohnungsanspruch des Erbensuchers gerechnet werden. Nach portugiesischem Recht wäre ein Anspruch des Erbensuchers aus GoA zumindest nicht auszuschließen<sup>21</sup>, zumal dort sogar gesetzlich Vergütungen für berufliche Tätigkeiten von Geschäftsführern ohne Auftrag vorgesehen sind. Demzufolge ist die Höhe der Vergütung der gewerblichen Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß Art 1158 Abs 2 Código civil auf Grund der Tarife für die jeweiligen Berufsgruppen, bei deren Fehlen nach den (Verkehrs-) Sitten und sofern auch solche nicht existieren, aufgrund von Billigkeit festzulegen.<sup>22</sup> Nach spanischem Recht ist nicht ganz klar, ob der Erbensucher einen Anspruch aus GoA geltend machen kann; die ältere Judikatur stand zwar auf dem Standpunkt, dass Gewinnabsicht das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens ausschließt, die neuere Judikatur scheint davon aber unter dem Einfluss der Lehre abzugehen. Jedenfalls dürfte aber ein Anspruch des Erbensuchers nach der in der spanischen Judikatur entwickelten allgemeinen Bereicherungsklage gegeben sein.<sup>23</sup>

(3) Gänzlich anders als die genealogienfreundliche Linie des österreichischen Höchstgerichts stellt sich jene des deutschen Bundesgerichtshofs dar, der in den 1990er Jahren ebenfalls zwei Mal Erbensucher-Fälle zu entscheiden hatte. Der BGH verneinte sowohl Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag als auch aus ungerichtfertiger Bereicherung.

In der ersten Entscheidung aus 1990 stimmte der BGH dem Berufungsgericht darin zu, dass der Erbensucher mangels Fremdgeschäftsführungswillens keinen Anspruch als Geschäftsführer ohne Auftrag geltend machen könne.<sup>24</sup> Zwar sei bei einem Geschäft, welches sowohl als eigenes als auch als fremdes geführt werde (»Auch-fremdes-Geschäft«), der Wille, ein fremdes Geschäft mitzubesorgen, nach der ständigen Rechtsprechung zu vermuten<sup>25</sup>, im konkreten Fall sei jedoch vom Fehlen des Fremdgeschäftsführungswillens auszugehen.

Das Berufungsgericht hatte den Fremdgeschäftsführungswillen mit der Begründung verneint, dass die Erbensucher »keine Verpflichtungen gegenüber dem noch nicht gefundenen Erben übernehmen wollen, insbesondere keine Sorgfaltspflicht und ersichtlich auch nicht die Verpflichtung, den Erben ohne Rücksicht auf das Zustandekommen einer Honorarvereinbarung Auskunft zu erteilen (§ 681 Satz 2 iVm § 666 BGB), und dass sie andererseits sich nicht mit dem Ersatz nachgewiesener Aufwendungen zufriedengeben«. Auch ein auf unechte Geschäftsführung ohne

21 *De Medeiros Nobrega*, ERPL 2002, 579.

22 *De Medeiros Nobrega*, ERPL 2002, 584.

23 *De la Riva*, ERPL 2002, 584.

24 BGH III ZR 294/88 in BGHR Zivilsachen BGB § 677 Erbensucher 1.

25 BGH in BGHZ 65, 354, 357; BGHZ 70, 389, 396; BGHZ 98, 235, 240.

Auftrag (§ 687 Abs 2 BGB) sowie ein unmittelbar auf § 812 BGB gestützter Anspruch liege nicht vor.<sup>26</sup>

Ausführlicher ging der BGH im Jahre 1999 auf die Erbensucherproblematik ein.<sup>27</sup> Wiederum wird sowohl ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag als auch aus Bereicherung abgelehnt. In seiner Begründung hebt der BGH zunächst hervor, dass ein vertraglicher Vergütungsanspruch jedenfalls auszuschließen sei, da die entsprechende Offerte des Klägers vom Beklagten, der sich weigerte den vorgelegten Vertragsentwurf zu unterzeichnen, nicht angenommen wurde. Eine Honorarvereinbarung sei folglich nicht zustande gekommen, woran auch der Umstand nichts ändere, dass der Beklagte die vom Kläger erlangten Informationen gleichwohl anschließend verwertet hat. Eine Treuwidrigkeit des Erben gegenüber dem Erbensucher sei hierin nicht gelegen, da »die vom Kläger gewählte Art der Kontaktaufnahme keinen Vertrauensstatbestand zwischen den Parteien geschaffen hat.«

Das Berufungsgericht war nun daran gegangen, die Voraussetzungen eines Anspruchs aus GoA zu prüfen. Das Vorliegen eines fremden Geschäfts und die Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Interesse des Beklagten wurde bejaht, der für die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag erforderliche Fremdgeschäftsführungswille hingegen *in casu* abgelehnt: Nach den eigenen Angaben »verkaufe« der Kläger seine erlangten Kenntnisse. Seine Tätigkeit sei somit eine auf den Abschluss eines Vertrags zielende Tätigkeit und bliebe »jedenfalls unvergütet«.

Der BGH billigte das Ergebnis der Vorinstanzen – Ablehnung des Vergütungsanspruchs –, meinte aber apodiktisch, dass die Vorschriften über eine GoA »nach der Risikozuordnung des Privatrechts auf derartige Fallgestaltungen von vornherein unanwendbar« seien. Soweit der Senat im 1990 ergangenen Erbensucher-1-Beschluss noch eine andere Auffassung vertreten habe, halte er daran nicht fest. Zwar liege im konkreten Fall ein »Auch-fremdes-Geschäft« vor, sodass auch der Fremdgeschäftsführungswille (widerleglich) zu vermuten wäre. Jedoch führe ein solcher Ansatz bei der denkbaren Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens zu Ergebnissen, die weder sach- noch interessengerecht seien. Vielmehr gehe es im konkreten Fall um die Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsverhandlungen und dabei gelte, dass »eigene Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses, sofern es nicht zum Abschluss kommt, nach den Regeln des Privatrechts unvergütet« blieben. Jede Seite trage das Risiko des 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.«

26 Nichtannahmebeschluss des BGH BGHR BGB § 677 Erbensucher 1 sowie BGB § 687 II Bereicherung 1.

27 BGH III ZR 322/98 in NJW 2000, 72 = NJW-RR 2000, 809 = WM 1999, 2411 = JZ 2000, 521 G. Schulze = DB 2000, 1560 = FamRZ 2000, 217 = MDR 2000, 77 = StAZ 2000, 170 = ZEV 2000, 33 = LM § 677 BGB Nr 40 Ehmann.

Die Privatrechtsordnung kenne grundsätzlich auch keine Pflicht zur Vergütung ungefragt überlassener, nicht durch Ausschließlichkeitsrechte (zB Patentrecht) geschützter Informationen; unter Hinweis auf die Judikatur zur Maklerprovision<sup>28</sup> wird ausgeführt, dass eben nur auf vertraglicher Grundlage Entgelt zu zahlen sei.

Neben diesem grundsätzlichen Argument werden vom BGH auch noch zwei *argumenta ad absurdum* ins Treffen geführt. Bejahte man den Anspruch eines Erbensuchers aus GoA, so müsste der Erbe im Falle von mehreren, unabhängig voneinander agierenden Geschäftsführern auch all diesen Erbensuchern Aufwendungsersatz leisten, da es bei der GoA auf den Erfolg nicht ankäme. Des Weiteren sei auch dann Aufwendungsersatz zu leisten, wenn der ausgeforschte Berechtigte das Erbe gar nicht annehme.

Die Verneinung von Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag für den Erbensucher wurde in der deutschen Lehre vom Ergebnis her weitgehend positiv kommentiert.<sup>29</sup> Insbesondere jene, die für ein möglichst enges und rein altruistisch ausgerichtetes Verständnis der »berechtigten GoA« eintreten<sup>30</sup>, begrüßten die in der Entscheidung zutage tretende Tendenz der Einschränkung des Anwendungsbereichs der GoA in dem als diffus empfundenen Bereich des »Auch-fremden-Geschäfts«.<sup>31</sup> Etwas differenzierter äußerte sich *Ehmann*, der in seiner (im Ergebnis zustimmenden) Anmerkung einräumt, dass die BGH-Lösung auf den ersten Blick als unbillig erscheinen möge und überdies dogmatisch unrichtig konstruiert sei.<sup>32</sup> Eine eigene Position nimmt *Jansen* ein, der zwar die Ablehnung der GoA im konkreten Fall »plausibel« findet<sup>33</sup>, eine Entlohnung des Erbensuchers aber über einen vertragsrechtlichen Ansatz (zumindest *de principiis ferendis*) für argumentierbar hält.<sup>34</sup>

28 BGH in BGHZ 95, 393 = NJW 1986, 177 = LM § 653 BGB Nr 9.

29 *Emmerich*, JuS 2000, 604; *Hau*, NJW 2001, 2863; *Falk*, Von Titelhändlern und Erbensuchern – Die GoA-Rechtsprechung am Scheideweg, JuS 2003, 833; *Staudinger/Bergmann*, BGB (2006) Vor §§ 677 ff Rz 205; zustimmend auch *MünchKomm/Seiler*, BGB IV<sup>5</sup> § 677 Rz 12, der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass es sich hier um eine »auf Wertungen außerhalb der §§ 677 ff gestützte Einschränkung der Fremdgeschäftsführung« handelt; eine Entlohnung über sinngemäße Anwendung des Finderlohns erwägend *G. Schulze*, JZ 2000, 523 f.

30 Repräsentativ für diese Richtung in Deutschland jüngst *Schmidt*, Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (2008), eine rein abstrakt konzipierte Untersuchung ohne detailliertere Diskussion der Rechtsprechung und auch ohne konkrete Erörterung der Erbensucher-Problematik.

31 So va *Falk*, JuS 2003, 835.

32 *Ehmann*, LM § 677 Nr 40 Bl 3.

33 *Jansen*, *Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?* ZEuP 2007, 958, 977.

34 Vgl *Jansen*, ZEuP 2007, 978: »In Ergänzung zu Art 2:101 I der Principles of European Contract Law (PECL) wäre dort eine Regel aufzustellen, wonach ein Vertrag auch ohne Einigung zustande kommt, wenn für einen anderen gehandelt wird, eine Einigung nach den Umständen, insbesondere aufgrund übermäßiger Transaktionskosten, unmöglich ist und der Handelnde annehmen darf, dass sein Handeln dem Willen des Leistungsempfängers entspricht. Umgekehrt wäre der Leistungsempfänger dann durch ein weitgehendes Anfechtungsrecht zu schützen, soweit das vertragliche Handeln nicht seinem Willen entsprach, wobei dieses Anfechtungsrecht wiederum durch eine Haftung auf den Vertrauensschaden abzufedern wäre, wie das im deutschen Recht § 122 BGB anordnet.« Hier scheint *Jansen*, der in seiner – zurecht äußerst kritischen – Besprechung der von der Study Group vorgelegten Principles of European Law zur Benevolent Intervention in Another's Affairs überhaupt einen »Abschied von der GoA« propagiert, die

(4) Das *Common Law* kennt bekanntlich kein eigenes mit der Geschäftsführung ohne Auftrag vergleichbares Institut; nur vereinzelt gibt es funktionale Äquivalente, etwa die im Seerecht entwickelte *agency of necessity*.<sup>35</sup> Die Judikatur sieht es traditionell als ihre Aufgabe an, vor aufgedrängter Bereicherung zu schützen. So ist selbst das Bezahlen fremder Schulden alles andere als ein selbstverständlicher Grund für die Gewährung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs des Zahlers gegen den Begünstigten.<sup>36</sup> Dementsprechend erscheint es äußerst unwahrscheinlich, dass ein englisches Gericht dem Erbensucher einen Anspruch zusprechen würde. Man würde ihm wohl eher das berühmte Diktum eines Richters aus der Mitte des 19. Jahrhunderts entgegenhalten: »One cleans another's shoes. What can the other do, but put them on.«<sup>37</sup>

Allerdings darf nicht verkannt werden, dass sich das Bereicherungsrecht im angloamerikanischen Rechtskreis als eigenes Rechtsgebiet erst zu etablieren beginnt, sodass eine langsame Abkehr von den eher rigiden, ganz auf die Selbstverantwortung des Geschäftsführers und den Schutz des Geschäftsherrn vor Einmischung abstellenden Vorstellungen und eine Konvergenz Richtung kontinentaleuropäischer Tradition zumindest nicht mehr unmöglich erscheint.

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass das Konzept des Vertrags *agency* im *Common Law* viel weiter ist, und – so zumindest *Stoljar*<sup>38</sup> – möglicherweise ein *contractual claim* gewährt werden könnte. Im englischen und irischen Recht dagegen scheint gerade bei Verträgen von Erbensuchern die Gefahr zu bestehen, dass deren Dienstleistung, sofern sie auch in Hilfestellung bei der gerichtlichen Geltendmachung besteht, als *champerty*, dh als Beteiligung an einem (böswillig geführten) Prozess gegen Beteiligung am Erlös, qualifiziert wird, was den Vertrag sittenwidrig erscheinen lässt (und auch bereicherungsrechtliche Ansprüche ausschließen würde).<sup>39</sup> Unklar ist, ob bei den Erbensucherefällen außervertraglich ein *quantum meruit*-Anspruch, dh ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf angemessene Vergütung des Wertes der Leistung, gewährt werden könnte.<sup>40</sup> Immerhin wird in der

>> alte Konstruktion des »Vermutungsvertrags« wiederzubeleben. Zur Nutzbarmachung des Gedankens des hypothetischen Vertrags zur Korrektur von Marktversagen siehe auch *Long*, *A Theory of Hypothetical Contract*, *Yale Law Journal* 94 (1984) 415; *Köndgen* in Zimmermann, *Rechtsgeschichte* 382 ff.

35 Siehe rechtsvergleichend *Lorenz*, *Der Schutz vor aufgedrängter Bereicherung. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des englischen Rechts*, in *FS Medicus* (1999) 367; *von Bar*, *Die Äquivalente des Common Law für das kontinentaleuropäische Konzept der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag*, in *FS Lorenz* (2001) 441.

36 Siehe etwa den 1976 vom Court of Appeal entschiedenen Fall *Owen vs Tate* (1976) QB 402, 411–412 per Scarman, LJ.

37 *Taylor vs Laird* (1856), 25 LJ Ex329, 332 per Pollock, CB.

38 *Stoljar*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume X, Chapter 17 (*Negotiorum gestio*) 241 unter Hinweis auf *Suter vs Farmers' Fertilizer Co*, 100 Ohio St 403, 126 NE 304 (1919).

39 *Swann*, *English and Irish case note*, *ERPL* 2002, 589.

40 Vgl das Verhalten der Beklagten in *Fraser vs Buckle* [1994] 1 IR 1 (*Costello J*), bejaht [1996] *ILRM* 34 (*Supreme Court*), die anstelle des von den Klägern auf vertraglicher Grundlage geforderten Drittels der Erbschaft (763.758 Dollar) immerhin 60.000 Dollar als *quantum-meruit*-Entschädigung anboten; zitiert nach *Swann*, *ERPL* 2002, 594. Kritisch zu *Fraser vs Buckle* aber *Capper*, *A modern doctrine of champerty?* – A

Literatur eingeräumt, dass ein Erbensucher, der seine Tätigkeit auf die Mitteilung von Informationen über die Erbschaft beschränkt und lediglich dafür eine angemessene Entlohnung (und nicht einen größeren Anteil des Werts der Erbschaft) in Anspruch nehmen will, »aller Wahrscheinlichkeit nach auf einen gültigen Vertrag hoffen«<sup>41</sup> darf.

(5) Als Zwischenresümee lässt sich festhalten, dass die Anwendbarkeit der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Erbensucherfälle selbst in jenen Rechtsordnungen, die in der *Civilian Tradition* stehen und demgemäß von der *negotiorum gestio* inspirierte Rechtsinstitute aufweisen, nicht einheitlich gesehen wird. Umgekehrt scheinen aber auch im Bereich des *Common Law*, welches Fällen aufgedrängter Bereicherung weitaus reservierter gegenübersteht, Ansprüche nicht völlig ausgeschlossen. Abgesehen von der Frage der Einordnung als Geschäftsführung ohne Auftrag erscheint jedenfalls die Frage der Bemessung der Ansprüche des Erbensuchers als zentrales Problem.

Im Folgenden soll nun für das österreichische Recht – freilich unter Einbeziehung auch der Argumente, die in der internationalen Diskussion anzutreffen sind – die tatbestandmäßige Einordnung der Erbensucherfälle als Geschäftsführung zum Nutzen des Geschäftsherrn (§ 1037 ABGB) diskutiert und anschließend die Frage der Vergütung der Arbeit des Geschäftsführers ohne Auftrag erörtert werden.

#### D. Zu den einzelnen Voraussetzungen der GoA im Erbensucherfall

(1) Zunächst ist vorzuschicken, dass die dogmatische Frage der Einordnung der Erbensucherfälle unter die GoA an sich für jede Rechtsordnung eigens gestellt werden muss. Selbst jene Systeme, die in der Tradition der römischrechtlichen *negotiorum gestio* stehen, weisen erhebliche Differenzen in ihrer Ausgestaltung auf. In gewisser Weise kann man sagen, dass diese Unterschiedlichkeit gerade ein Charakteristikum der romanistischen Tradition darstellt, weil schon im klassischen römischen Recht die *negotiorum gestio* vielfältige Anwendungen erfahren hat. Neben der Geschäftsführung für den *absens indefensus*, für den das Edikt des Prätors eine *in factum* konzipierte Klage vorsah, bot die vermutlich etwas später entstandene *in ius* konzipierte *actio negotiorum gestorum*<sup>42</sup> aufgrund ihres Abstellens auf ein *oportere ex fide bona* einen flexiblen Anwendungsbereich, der über die Notgeschäftsführung weit hinausreichte.<sup>43</sup> Dies ermöglichte zumindest einzelnen Klassikern auch Nutzbarmachungen der *actio negotiorum gestorum* als Ausgleichsklage mit mehr

Postscript, LQR 113 (1997) 49.

41 Swann, English and Irish Case Note, ERPL 2002, 594.

42 Lenel, Das Edictum perpetuum<sup>3</sup> (1927) 101 ff; ausführlich zum Verhältnis von prätorischer und ziviler Klage nun Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio I (1999); eine umgekehrte Reihenfolge der Klagen behauptet hingegen Cenderelli, La negotiorum gestio (1997) 49 ff.

43 Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht (1969) 10 ff.



oder weniger bereicherungsrechtlichem Hintergrund.<sup>44</sup> Dogmengeschichtlich hat dies dazu geführt, dass die *actio negotiorum gestorum utilis* im gemeinen Recht zum Anknüpfungspunkt eines allgemeinen bereicherungsrechtlichen Anspruchs werden konnte.<sup>45</sup> Über das *ius commune* haben solche Vorstellungen auch Eingang in die Kodifikationen des frühen 19. Jahrhunderts gefunden, sodass etwa in Österreich bis heute neben der »Geschäftsführung im Notfall« (die tendenziell dem Bild des altruistischen Helfers entspricht und erfolgsunabhängige Aufwendungsansprüche generiert) die »Geschäftsführung zum Nutzen« des § 1037 ABGB steht, welche als Regelung aufgedrängter Bereicherung verstanden und nutzbar gemacht werden kann.<sup>46</sup>

Die Rechtsfolgen einer Geschäftsführung ohne Auftrag sind folglich nach österreichischem Recht etwas differenzierter als nach BGB zu sehen, was auch für die Lösung des Erbensucherfalls relevant ist. So unterscheidet das österreichische Recht mehrere Typen der GoA.<sup>47</sup> Die GoA im Notfall (§ 1036 ABGB) betrifft eine aktuelle Bedrohung vorhandener Rechtsgüter in einer Notsituation und scheidet im Erbensucherfall (aufgrund der spezifischen normativen Bedeutung von Notfall<sup>48</sup>) wohl idR aus.<sup>49</sup> Da ein im Vorhinein wirksam geäußelter gegenteiliger Wille des Geschäftsherrn nicht vorhanden ist, liegt auch keine GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn iSd § 1040 ABGB vor. Für den Erbensucherfall kommt hingegen grundsätzlich ein Anspruch gemäß § 1037 ABGB aus GoA zum Nutzen in Betracht. Bei dieser gebührt dem Geschäftsführer Aufwendersatz, soweit die GoA zum »klaren und überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn« geführt hat.

Dennoch stellen sich zunächst, was die Klärung der Grundvoraussetzungen der GoA anbelangt, die zentralen Fragen für Österreich nicht viel anders als für Deutschland, weshalb im Folgenden Argumente aus der Diskussion in beiden Ländern parallel erörtert werden. Dabei sollen auch die in Deutschland von Judikatur und Lehre ins Treffen geführten Bedenken gegen die Anwendung der GoA in diesem Fall kritisch hinterfragt werden.

(2) Das Tatbestandselement der Geschäftsbesorgung stellt im Erbensucherfall kein Problem dar, da diese Voraussetzung nach der mittlerweile hA weit zu verstehen ist, und darunter nicht nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Dienstleistungen und sonstige Handlungen fallen, worunter auch Nachforschungen zur Erbenermittlung zu subsumieren wären.<sup>50</sup> Auch das Fehlen einer

44 Mayer-Maly, Probleme der negotiorum gestio, ZRG-RA 86 (1969) 416, 426 ff; Zimmermann, Law of Obligations (1990) 875 ff; Staudinger/Bergmann, BGB Vor §§ 677 ff Rz 46 ff; Jansen, ZEuP 2007, 965 mwN.

45 Schrage, Qui in fundo alieno aedificavit. Die actio negotiorum gestorum als Vorstufe einer allgemeinen Bereicherungsklage, Revue internationale des droits de l'antiquité<sup>3</sup> 36 (1989) 401, 405 ff; Hallebeek in Schrage, Developments in Medieval Roman Law, Unjust enrichment<sup>2</sup> (1999) 59.

46 Meissel, GoA 206 ff.

47 Dazu Meissel, GoA 29 ff.

48 Zum Begriff des Notfalls ausführlich Meissel, GoA 30 ff.

49 AA Fötschl, ERPL 2002, 572 f, für bestimmte Ausnahmesituationen; die Zuerkennung eines erfolgsunabhängigen Aufwendersatzes, wie er gemäß § 1036 ABGB gebührt, erscheint mir hier auch von den Rechtsfolgen her unpassend zu sein.

50 Früher verlangte man zT das Vorliegen einer »selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit«.

Beauftragung oder einer anderen Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn war im konkreten Fall gegeben.

Die zentrale Frage im Erbensucherfall ist dagegen, ob der Genealoge ein fremdes Geschäft bzw in den Worten des BGB »ein Geschäft für einen anderen« geführt hat. Wie die Redaktionsgeschichte des BGB zeigt, wurde zwar unter Einfluß *Windscheids* die sog objektive Theorie, derzufolge es für das Vorliegen einer GoA bloß auf die objektive Führung eines fremden Geschäftes ankommt, abgelehnt und ein Fremdgeschäftsführungswille für erforderlich gehalten. Zugleich wurde aber die insbesondere von *Kohler* propagierte Theorie der Menschenhilfe<sup>51</sup>, die den Geschäftsführer auf den altruistischen Helfer reduzieren wollte, ebenfalls nicht rezipiert.<sup>52</sup> Im Ergebnis ist damit nach der überwiegenden Meinung sowohl im deutschen als auch im österreichischen Recht auf eine Kombination von objektiven und subjektiven Kriterien abzustellen, was idR so formuliert wird, dass ein Geschäft des Geschäftsherrn (also aus der Warte des Geschäftsführers ein »fremdes« Geschäft) geführt werden und der Geschäftsführer mit Geschäftsführungswillen (im Sinne eines Fremdgeschäftsführungsbewusstseins) handeln muss.

Unter einem fremden Geschäft versteht man ein solches, das einem fremden Rechts- oder Interessenkreis zugehört. Typische Beispiele für den Eingriff in einen fremden Rechtskreis wären Hilfe für einen (bewußtlosen) Verletzten, Verwendungen auf fremde Sachen, das Bezahlen fremder Schulden oder die Veräußerung einer fremden Sache. Der Erbensucher hat – darüber herrscht Einigkeit – kein ausschließlich einem fremden Rechtskreis zugeordnetes Geschäft geführt. Das Ermitteln einer Erbberechtigung ist keine Angelegenheit, die nur von den Erben selbst durchgeführt werden dürfte; zwar ist der Zugang zu den Personenstandsdaten nicht allgemein möglich, aber zumindest das Eruiieren von Erben auf anderem Wege ist durchaus zulässig.<sup>53</sup> Wohl aber läßt sich sagen, dass das Geschäft primär dem Interessenkreis des Erben zuzuordnen ist. Die Information, dass er Erbe ist, stellt für ihn einen Vermögenswert dar; sie ermöglicht ihm, die Erbschaft anzutreten und den Heimfall an den Fiskus zu verhindern. Auf der anderen Seite ist nicht zu leugnen, dass der Erbensucher mit seiner Aktivität auch eigene Interessen fördern will, wenn er hofft, im Fall des Erfolgs seiner Suche, eine Remuneration zu erhalten. Der Erbensucher führt folglich ein sog »Auch-fremdes-Geschäft«, dh ein Geschäft, welches sowohl Interes-

51 *Kohler*, Die Menschenhilfe im Privatrecht, JherJb 25 (1887) 1.

52 MünchKomm/Seiler, BGB IV<sup>3</sup> Vor § 677 Rz 2; *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1976) 34 ff; mit etwas anderer Akzentuierung aber *Schubert*, Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, AcP 178 (1978) 425, 429 f, sowie *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag (1981).

53 Deshalb wurden vom BGH auch keine Ansprüche aus unechter GoA bejaht, da ein Eingriff in einen geschützten fremden Rechtsbereich, den § 687 II als tatbestandliches Element voraussetzt, fehlt; BGH III ZR 322/98 aE: »Im übrigen müssten Ansprüche des Klägers nach §§ 687 II Satz 2, 684 Satz 1, 812 BGB auch deswegen ausscheiden, weil er nicht (unberechtigt) ein dem Beklagten vorbehaltenes ausschließlich fremdes Geschäft geführt hätte, sondern allenfalls neben dem eigenen zugleich objektiv auch ein Geschäft für diesen. Derart auch-fremde Geschäfte können aber grundsätzlich nicht, wie § 687 II es voraussetzt, angemäht sein; auf sie ist diese Vorschrift daher nicht anwendbar.«



sen des Geschäftsherrn als auch jene des Geschäftsführers betrifft. Schon im klassischen römischen Recht hatte ein *et meum et suum negotium* das Vorliegen einer *negotiorum gestio* nicht ausgeschlossen.<sup>54</sup> Im geltenden österreichischen und deutschen Recht anerkennen Lehre und Judikatur im Grundsätzlichen diese Kategorie.

(3) Der Erbensucher wird nicht ausschließlich im Fremdinteresse tätig, sondern verfolgt durch die erhoffte Partizipation an der Erbschaft zugleich auch ein Eigeninteresse.<sup>55</sup> Fraglich ist, ob dieses Eigeninteresse dem Erbensucher schadet, indem es den Fremdgeschäftsführungswillen ausschließt. Diese Problematik findet sich freilich nicht nur bei den Erbensucherfällen, sondern im Grunde bei allen »Auch-fremden-Geschäften«. Ganz herrschend wird vertreten, dass ein Eigeninteresse das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens idR nicht ausschliesse. Von der BGH-Judikatur wird darüber hinaus das Vorhandensein eines Fremdgeschäftsführungswillens nicht nur bei (ausschließlich) fremdem Geschäft widerleglich vermutet, sondern eine entsprechende Vermutung sogar für das »Auch-fremde-Geschäft« angenommen. Das bloße Mitverfolgen von Eigeninteressen wäre also kein zwingender Grund, dem Erbensucher den Fremdgeschäftsführungswillen abzusprechen.

Könnte es sein, dass aufgrund der spezifischen Umstände im Erbensucherfall ein besonders gestaltetes »Auch-fremdes-Geschäft« vorliegt, bei dem das Eigeninteresse aufgrund der Absicht, vertraglich entlohnt zu werden<sup>56</sup>, den Fremdgeschäftsführungswillen ausschließt? *Ehmann* nimmt dies in seiner Entscheidungsbesprechung an und führt dazu aus, dass eine GoA bei einem »Auch-fremden-Geschäft« dann nicht ausgeschlossen sei, wenn der Geschäftsführer kraft gesetzlicher Verpflichtung handelt oder er sich aus Gründen der Moral verpflichtet fühlt oder er zugleich ein eigenes Rechtsgut retten will. Bestünde dagegen »das Eigeninteresse darin, einen vertraglichen Vergütungsanspruch zu erwerben, so vernichtet diese Art Eigeninteresse den Fremdgeschäftsführungswillen.«<sup>57</sup> Allerdings räumt *Ehmann* ein, dass sehr wohl eine GoA vorliegen könne, wenn der Erbensucher nicht in erster Linie wegen eines Honorars, sondern als »Menschenfreund« gehandelt habe. Etwa wenn der Erbensucher den Erblasser, der ausgewandert war, in seiner Jugend gut gekannt habe und deshalb uneigennützig gehandelt habe. Dann müsste der gefundene Erbe (so *Ehmann*) sehr wohl Aufwandersatz leisten; sollte der Erbensucher seinerseits einen gewerbmäßigen Erbensucher eingeschaltet haben und diesem honorarpflichtig sein, wäre auch dieses Honorar geschuldet.<sup>58</sup>

54 Vgl *Ulpian (Labeo)* D 3.5.5,6; *Seiler*, *Negotiorum gestio* 17 f.

55 *Hoppe/Spoerr/Niewerth*, *StAZ* 1998, 70; *Ehmann* LM § 677 Nr 40 Bl. 4. Das Berufungsgericht hatte die Führung eines fremden Geschäftes bejaht, wobei unklar ist, ob es an ein objektiv fremdes oder ein »Auch-fremdes-Geschäft« dachte.

56 Daher meinte ich selbst, hier einen »Fremdgeschäftsführungswillen im engeren Sinn« verneinen zu müssen (*Meissel*, *GoA* 14), um lediglich einen Bereicherungsanspruch zu bejahen. Heute erscheint mir eine Subsumtion zumindest unter bereicherungsrechtlich orientierte GoA-Regelungen wie § 1037 ABGB unbedenklich.

57 *Ehmann*, LM § 677 Nr 40 Bl 4.

58 *Ehmann*, LM § 677 Nr 40 Bl 4.

An dieser Sichtweise erscheint problematisch, dass vom Leitbild der GoA als reiner Menschenhilfe ausgegangen wird, ein Leitbild, das den Anwendungsbereich der *negotiorum gestio* in der romanistischen Tradition des europäischen Privatrechts letztlich unzureichend erfasst.<sup>59</sup> Das Paradigma des Geschäftsführers als altruistischem Helfer mag im römischen Recht bei der Herausbildung der (nach hA vermutlich älteren) *actio negotiorum gestorum in factum concepta* Pate gestanden haben, aber schon die klassischen römischen Juristen sind verschiedentlich darüber hinausgegangen, wozu insbesondere das Abstellen auf die *bona fides* in der Formel der jüngeren *actio negotiorum gestorum in ius concepta* beigetragen haben dürfte. Auch die Regelungen im geltenden deutschen und österreichischen Recht sind nicht auf diesen engen Kernbereich der GoA zu reduzieren, wenngleich dies von Stimmen in der Lehre immer wieder – aus Angst vor einer sonst angeblich drohenden »Ausufahrung« oder »Denaturierung« des Institutes der GoA – gefordert wird. Nicht zuletzt die bereits erwähnte Judikatur zum »Auch-fremden-Geschäft« zeigt, dass es darauf ankommt, im konkreten Einzelfall zu bestimmen, ob der vom Geschäftsführer getätigte Aufwand privatrechtlich dem Geschäftsführer oder aber dem Geschäftsherrn zuzuordnen ist. Die idealisierende Überhöhung der GoA iSd selbstlosen »Menschenhilfe« ist hingegen nicht angebracht.<sup>60</sup> Auch ein vollkommen uneigennütziger Geschäftsführer erhält nach deutschem Recht nichts, wenn seine Geschäftsführung nicht dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entspricht bzw nach österreichischem Recht, wenn die Geschäftsführung gemäß § 1037 ABGB nicht zu einem klaren und überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn geführt hat. Umgekehrt erhält zu Recht auch ein solcher Geschäftsführer Aufwandsersatz, der eine Verpflichtung des Geschäftsherrn erfüllt hat, zugleich aber (etwa aufgrund der strafrechtlichen Hilfeleistungspflicht) dabei auch eigenen Pflichten nachgekommen ist.<sup>61</sup>

Die entscheidende Frage scheint mir deshalb zu sein, ob das Anstreben eines Vertrags durch den Erbensucher den Fremdgeschäftsführungswillen zwingend ausschließt. Anders ausgedrückt: Will ein Geschäftsführer, der einen Vertragsabschluss erhofft, dann, wenn dieser nicht zustande kommt, nicht einmal als Geschäftsführer ohne Auftrag Aufwandsersatz verlangen? Oder, um es an einem Beispiel zu illustrieren: Ein Arzt findet auf der Straße einen bewußtlosen berühmten Schauspieler. Er leistet ihm erste Hilfe und hofft dabei, dass ihm der Prominente in der Folge als Pri-

59 Ebenfalls kritisch zur Beschränkung der GoA auf Fälle des Altruismus etwa *Wollschläger*, GoA 34 ff; Münch-Komm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> Vor § 677 Rz 1; *Suderow*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Frankreich und den Niederlanden (2005) 36 ff; *Jansen*, ZEuP 2007, 983; *Staudinger/Bergmann*, BGB Vor §§ 677 ff Rz 16.

60 Bloß für Fremdgeschäftsführungsbewusstsein und gegen das Leitbild der Menschenhilfe auch Münch-Komm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> Vor § 677 BGB Rz 2; § 677 BGB Rz 6, 17. Für *Staudinger/Bergmann*, BGB Vor §§ 677 ff Rz 31 ff, genügt eine normativ verstandene Geschäftsführungsabsicht, aus der sich ergibt, dass der Geschäftsführer »realgeschäftlich« Interessen des Geschäftsherrn wahrgenommen hat. Entscheidend ist demgemäß bloß, ob »sich das Tun des Geschäftsführers seinem sozialen Sinn nach als fremdnützig Interessenwahrung für einen anderen« darstellt.

61 So schon *Meissel*, GoA 76 ff.

vatpatient verbunden bleibt. Trotz erfolgreicher Behandlung nimmt der Verarztete dann dieses Vertragsangebot nicht an. Kann der Arzt jetzt nicht einmal als Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz verlangen? Eine ähnliche Problematik ergibt sich regelmäßig bei den kostspieligen Rettungstransporten im alpinen Bereich.<sup>62</sup> Auch dort versuchen die Rettungsorganisationen idR vertragliche Vergütungen zu erhalten. Ein Ausschluß der GoA auch dann, wenn der Vertrag nicht zustande kommt, erscheint mir in diesen Fällen nicht sachgerecht zu sein.<sup>63</sup>

Zunächst ergibt sich aus der Tatsache, dass der Erbensucher einen Vertrag angestrebt hat, welcher dann aber nicht zustande gekommen ist, nur, dass ihm kein vertraglicher Anspruch zusteht. Keineswegs zwingend ist es hingegen, aus dem Fehlen des Vertrages einen Anspruch aus GoA, die gerade keinen Vertrag voraussetzt, auszuschließen.

Dass Aufwendungen im Vorfeld eines Vertrages nie zu ersetzen seien, wenn der Vertrag dann nicht zustande kommt, wie der BGH meint, gilt im Übrigen nicht lückenlos. So ist nicht nur an die Konstellationen des grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen zu erinnern, bei denen Ansprüche aus *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs 2 Alt 2 BGB) gegeben sein können, sondern auch an die Ausnahmefälle im Bauvertragsbereich, in denen Vergütungsansprüche unter Umständen auch dann bejaht werden, wenn der erhoffte Vertrag nicht zustande kommt. So etwa bei besonders kostspieligen Vorarbeiten, bei denen der Vertragspartner »bei Würdigung der hieraus für den Besteller entstehenden Vorteile nicht erwarten konnte«, dass sie allein wegen der vagen Hoffnung auf Beauftragung ohne Vergütung erfolgen.<sup>64</sup> Der Gesichtspunkt des Risikos eines Kontraktswilligen, dass der erstrebte Vertrag nicht zustande kommt, ist somit zwar in vielen Fällen durchschlagend, dies erspart aber nicht, eine Interessenbewertung im Einzelfall vorzunehmen.

Hinzuweisen ist auch auf den nicht ganz unerheblichen Unterschied des Erbensuchers zum Maklerfall. In diesem hatte der BGH einen Anspruch des Maklers, der ein bestimmtes Objekt benannt hatte und bei dem der Interessent dann ohne Einschaltung des Maklers den Vertrag mit dem Verkäufer geschlossen hatte, Ansprüche des Maklers verneint.<sup>65</sup> Der Makler hätte aber bei seiner Vorgangsweise im Gegensatz zum Erbensucher differenzierter vorgehen können und hätte das Objekt nicht nennen müssen. Darüber hinaus hat er nicht nur einen potentiellen Vertragspartner, sondern viele. Der Erbensucher entfaltet eine Tätigkeit, die nur dem konkreten Erbberechtigten zugute kommt. Und in dem Moment, in dem er diesem andeutet, er sei Erbe, hat er unter Umständen seinen entscheidenden Trumpf auch schon verspielt...

62 Vgl *Schrammel/Welser*, Die Kostentragung von Flugrettungseinsätzen (2007).

63 *Schrammel/Welser*, Kostentragung 67, lassen hier für die Ansprüche der Flugretter aus GoA einen »bedingten Geschäftsführungswillen« ausreichen.

64 *MünchKomm/Soergel*, BGB<sup>3</sup> § 632 Rz 5, 7; restriktiver nun *MünchKomm/Busche*, BGB IV<sup>5</sup> § 632 Rz 10 ff, der aber eine Honorierung kraft »konkludenter Vergütungsvereinbarung« für denkbar hält, wenn im Zuge der Vorarbeiten Leistungen erbracht wurden, die in den Aufgabenbereich des Auftraggebers fallen und der darüber hinaus bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht ausschließt, wenn die Vorarbeiten »anderweitig zum Vorteil des Auftraggebers verwendet worden sind« (*MünchKomm/Busche*, BGB IV<sup>5</sup> § 632 Rz 14).

65 In BGHZ 95, 393.

Vielmehr ist gerade umgekehrt zu fragen, ob es besondere Gründe gibt, die eingetretene Entreicherung des Erbensuchers und die Bereicherung des Erben zu akzeptieren. Schenkung oder wissentliche Leistung einer Nichtschuld scheiden hier wohl aus. Zu denken geben sollte auch der Wertungswiderspruch zum Fall des unerkannt nichtigen Vertrags, bei dem nach der deutschen Judikatur sehr wohl Ansprüche aus GoA möglich sein sollen.<sup>66</sup> Schließt aber nicht einmal die (falsche) Annahme einer bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtung den Fremdgeschäftsführungswillen aus, so müsste dies erst recht gelten, wenn der Geschäftsführer einen Vertrag erst anstrebt und weiß, dass ein solcher (noch) nicht besteht.<sup>67</sup> Hier ist grundsätzlich eine der *condictio causa data causa non secuta* vergleichbare Situation gegeben, bei der das bloße Erwarten einer Gegenleistung, einer bestimmten Zweckerreichung oder einer bestimmten zukünftigen Entwicklung ja auch nicht mögliche Rückforderungsansprüche verhindert.<sup>68</sup>

Als Zwischenergebnis können wir festhalten, daß die bloße Hoffnung auf einen Vertragsschluß allein nicht ausreichendes Gewicht haben sollte, einen *animus negotia aliena gerendi* (zumindest *eventualiter*) auszuschließen. Wenn man an den Fremdgeschäftsführungswillen nicht die strenge Voraussetzung der Absicht ausschließlicher Fremdnützigkeit stellt, die zurecht weder vom Gesetz noch von der Judikatur gefordert werden, so erscheint die Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens im Erbensucherfall zumindest nicht ausgeschlossen.

(4) Relativ unproblematisch dürfte im Erbensucherfall die Voraussetzung der Übereinstimmung der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag mit »dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen« (§ 683 BGB) bzw das Vorliegen einer Geschäftsführung, welche einen »klaren überwiegenden Vorteil« des Geschäftsherrn (§ 1037 ABGB) bewirkt hat, zu bejahen sein. Nach dem deutschen Recht kommt das »praktisch größte Gewicht« dem Merkmal der Interessekonformität zu, da »der wirkliche Wille des Geschäftsherrn vielfach nicht feststellbar ist und der mutmaßliche Wille nach allgemeiner Meinung mit dem Interesse identisch ist.«<sup>69</sup> Dabei kommt es darauf an, dass die Geschäftsführung objektiv nützlich und für den Geschäftsherrn sachlich vorteilhaft ist. Der vermögensrechtliche Vorteil durch den Antritt der Erbschaft (sofern diese nicht überschuldet ist) spricht grundsätzlich für

66 Nicht näher soll hier auf das Problem des Verhältnisses von §§ 677 ff und §§ 812 ff BGB eingegangen werden. Selbst wenn man mit der herrschenden deutschen Lehre für die Rückabwicklung nichtiger Verträge Spezialität der §§ 812 ff BGB, annimmt, könnte dennoch (ansonsten) GoA vorliegen. Zu Recht weist MünchKomm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> § 677 Rz 48, darauf hin, dass im Fall unerkannt nichtiger Verträge die Nichtanwendung der GoA nicht mit dem Fehlen von Fremdgeschäftsführungswillen, sondern mit der Spezialität der Regelungen der Leistungskonditionen zu begründen sei.

67 So Schulze, JZ 2000, 524, der freilich sowohl für die Fälle des unerkannt nichtigen Vertrages als auch für den Erbensucherfall den Fremdgeschäftsführungswillen ablehnt.

68 Vgl den österreichischen Maklerfall (JBl 1956, 473), in dem der OGH einen Anspruch des Maklers auf die *condictio causa data causa non secuta* gestützt hat; zustimmend Koziol, JBl 1978, 256; siehe auch Koziol, Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBl 1978, 239.

69 MünchKomm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> § 683 Rz 3.

das Vorhandensein der Interessekonformität. Ebenso wird für das österreichische Recht ein »klarer überwiegender Vorteil« iSd § 1037 ABGB vorliegen.

Zu verneinen wäre dies freilich dann, wenn der Erbe auch ohne Information durch den Erbensucher die Erbberechtigung rechtzeitig selbst festgestellt hätte. In diesem Zusammenhang ist kurz auf die Besonderheit des österreichischen Erbensucherfalles aus 1996 einzugehen, in dem der Genealoge ja bloß den Bruder des Beklagten ausgeforscht hat und erst von diesem von der Existenz eines weiteren Erbberechtigten erfahren hat. *Fötschl* hat hier die Verschaffung eines klaren überwiegenden Vorteils verneint.<sup>70</sup> Zur Untermauerung dieser Auffassung könnte man argumentieren, der tatsächlich getätigte Aufwand sei zur Ermittlung bloß des einen (tatsächlich ausgeforschten) Erben angefallen, Zusatzaufwand (außer dem Schreiben eines Briefs) habe die Kontaktierung des zweiten Erben gar nicht erfordert und außerdem hätte dieser auch ohne die Kontaktnahme durch den Erbensucher ohnedies von seinem Bruder von der Erbschaft erfahren. Der OGH hat demgegenüber in durchaus plausibler Weise die Erbensuche nach dem bzw den (definitionsgemäß zunächst immer unbekanntem) Erben als einheitliche Geschäftsführung behandelt, die dann in der Folge zum einen Teil vertraglich und zum anderen Teil eben außervertraglich über die GoA abzugelten war. Dafür spricht, dass ohne die Tätigkeit des Genealogen auch der zweite Erbe nie von der Erbschaft erfahren hätte und damit die Erbensuche kausal für den Erwerb der Erbschaft auch des zweiten Erben war, sodass hinsichtlich des zweiten Erben die Nützlichkeit der Geschäftsführung bejaht werden konnte.

(5) Selbst wenn man der oben ausgeführten Argumentation nicht folgt und den Fremdgeschäftsführungswillen verneint, wäre noch zu prüfen, ob Bereicherungsansprüche denkbar sind. Der innere Grund für die Zuerkennung eines Anspruchs an den Erbensucher liegt meines Erachtens in der auf Kosten des Geschäftsführers erzielten Bereicherung des Geschäftsherrn. Diese Bereicherung ist nun keineswegs zur Gänze herauszugeben, rechtfertigt aber wohl, Aufwandsersatz zu gewähren. Dies legt es nahe zu prüfen, ob das erzielte Ergebnis nicht (auch) auf das Bereicherungsrecht selbst gestützt werden könnte, was dann praktisch bedeutsam wäre, wenn die hier vertretene Lösung über die GoA abgelehnt wird.

Eine *condictio indebiti* scheidet aus, da der Geschäftsführer nicht in der irrthümlichen Annahme einer Rechtspflicht eine Leistung erbracht hat. Ebensowenig kommt eine *condictio ob causam finitam* in Betracht. Schon eher zu erwägen wäre eine Kondiktion wegen Zweckverfehlung (*condictio causa data causa non secuta = condictio ob rem*; § 812 Abs 2 Alt 2 BGB; § 1435 ABGB analog). Diese setzt die Erbringung einer Vorleistung (hier: Zurverfügungstellung der Erstinformation über den Erbfall)<sup>71</sup> in der erkennbaren Erwartung einer bestimmten Gegenleistung (Zustandekommen der

70 *Fötschl*, ERPL 2002, 575.

71 Die Frage, ob man hier überhaupt von einer als solcher vom Empfänger angenommenen Leistung sprechen kann (skeptisch *Fötschl*, ERPL 2002, 561), soll hier nicht näher vertieft werden.

Honorarvereinbarung und daraus resultierende Bezahlung der Vergütung im Ausmaß von 20% der Erbschaft) voraus. Erforderlich für eine *condictio causa data causa non secuta* ist freilich gemäß § 812 Abs 2 Fall 2 BGB, dass der »mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt.« *G. Schulze* lehnt in seiner Entscheidungsanmerkung zum BGH-Erbensucherfall eine Kondiktion wegen Zweckverfehlung ab, da »eine Zweckvereinbarung nicht zustande gekommen« sei und somit die erforderliche Rechtsgrundabrede fehle. Tatsächlich ist in den Fällen der *condictio causa data causa non secuta* die Grenzziehung zwischen einer Leistung, bei der die Verfolgung des Zwecks von Seiten des Leistenden dem anderen bloß erkennbar war und einer Leistung, bei der der Zweck der Leistung im Sinne der »tatsächlichen Willensübereinstimmung der Beteiligten über den verfolgten Zweck«<sup>72</sup> akkordiert war, schwierig. Hätte der Erbensucher etwa im Vorhinein gesagt, er habe eine Information für den anderen, erwarte sich aber bei Nutzung der Information ein Honorar und hätte er erst nach Zustimmung des Erben die nächste Information »herausgerückt«, so käme – trotz dann erfolgter Weigerung des Erben, das geforderte Honorar zu zahlen – ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus Kondiktion wegen Zweckverfehlung in Betracht.<sup>73</sup> Da aber häufig die Erstinformation als Vorleistung erbracht worden sein dürfte und dabei noch gar keine Einigung über die Zweckabrede dieser Leistung zustande gekommen ist und der Erbe auch »keine ihm zurechenbare berechnete Erwartung«<sup>74</sup> erzeugt hat, wäre eine *condictio ob rem* im konkreten Fall streng genommen wohl zu verneinen.

Kommt ein Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB) bzw eine Bereicherung in sonstiger Weise (§ 812 I 2. Alt BGB) in Betracht? Die Information, dass der Ausgeforschte Erbe ist, wird vom Erbensucher an den Erben mehr oder weniger bewusst weitergegeben; sieht man darin bereits eine Leistung, so scheidet ein Verwendungsanspruch bzw eine Nichtleistungskondiktion *a priori* aus. Andererseits könnte man argumentieren, dass der Erbensucher zunächst gar keine Leistung erbringen, sondern nur in Kontakt treten wollte, um dann, wenn ein Vertrag zustande kommt, seine Leistung zu erbringen. Aus der Warte des Erbensuchers soll seine Leistung (dh die Bekanntgabe der näheren Details, Hilfe bei der praktischen Durchsetzung des Erbanspruchs usw) ja in der Regel erst in der Folge gegen Honorar erfolgen.

Zu dem Zeitpunkt, in dem der Erbensucher seine Nachforschungen tätigte und dabei Arbeitszeit und sonstige Kosten (für Mitarbeiter, Telefon etc) aufwendete, lag jedenfalls keine Leistungsbeziehung zwischen Erben und Erbensucher vor. Dabei erlangt der Erbensucher als Produkt seiner Bemühungen jene Information, die in der Folge dem Erben die Kenntnis von der Erbschaft verschafft. Unternimmt später der Erbe aufgrund der Vorinformation des Erbensuchers selbständig Recherchen, so

72 So die oft zitierte Formulierung des BGH in NJW 1973, 612, 613; NJW 1984, 233.

73 Vgl *Koziol*, JBl 1978, 257; *Wilhelm*, Bereicherungsansprüche wegen Ausnützen fremder Schöpfungen und Kenntnisse, ÖBl 1995, 147, 148 f.

74 *Fötschl*, ERPL 2002, 560.



profitiert er jedenfalls davon, dass der Erbensucher bereits eruiert hat, dass ihm in einem konkreten Fall eine Erbschaft zusteht.<sup>75</sup>

Eine Bejahung der Eingriffskondiktion steht freilich vor dem Problem, dass die vom Erben ausgenützte Information kein exklusives Rechtsgut des Erbensuchers ist, der Erbe also nicht »ein dem Gläubiger vorbehaltenes Rechtsgut« in Anspruch genommen hat.<sup>76</sup> ME wäre dann aber an eine Aufwendungskondiktion<sup>77</sup> zu denken, da der Erbensucher Aufwendungen getätigt bzw Arbeitsleistungen erbracht hat, die dem Erben zugute gekommen sind, ohne dass ein rechtfertigendes Rechtsverhältnis vorliegt. Folgt man dem von *Willoweit* seinerzeit entwickelten Ansatz, so käme in einem solchen Fall aufgedrängter Bereicherung eine zumindest an den Wertungen des § 683 BGB orientierte Berechnung des Anspruchs zur Anwendung, die im Ergebnis einen – vom konkreten Nutzen des Erben getragenen – Ersatz des Arbeitsaufwandes bedeuten würde.<sup>78</sup>

Für das österreichische Recht ergäbe sich aus einer Bejahung eines Verwendungsanspruchs letztlich dieselbe Lösung wie über die direkte Anwendung des § 1037 ABGB. Da es sich hier um einen Fall der aufgedrängten Bereicherung handelt, wäre § 1037 ABGB zumindest sinngemäß für die Bemessung des Anspruchs heranzuziehen. Für unsere Zwecke genügt es hier festzuhalten, dass die Einordnung des Erbensucherfalles in die anerkannten Tatbestände des Bereicherungsrechts keineswegs gesichert erscheint, dass aber – zumindest für das österreichische Recht – die Rechtsfolgen ohnedies dieselben wären, wie sie sich aus einer Bejahung der GoA zum Nutzen iSd § 1037 ergeben. Bevor nun diese Rechtsfolgen abschließend diskutiert werden, ist noch auf denkbare andere Einwände einzugehen, die zur Ablehnung von außervertraglichen Ansprüchen des Erbensuchers vorgetragen wurden.

## E. Zur Anwendbarkeit der Fernabsatzrichtlinie auf den Erbensucherfall

Auch wenn man bejaht, dass dem Erbensucher ein außervertraglicher Anspruch zustehen könnte, bleibt noch zu prüfen, ob ein solcher Anspruch nicht durch Normen ausgeschlossen ist, welche in Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie zwecks Sanktionierung des Zusendens unbestellter Waren und Dienstleistungen erlassen wurden.<sup>79</sup> Der in Umsetzung des Art 9 der Fernabsatz-Richtlinie der EG (Richtlinie 97/7/

75 So wurde im Bauinitiatorenfall des OLG Nürnberg in NJW 1987, 405, eine Eingriffskondiktion des ursprünglichen Bauinitiators gegen jene Firma erwogen, die dann den Generalauftrag erhielt und dabei auch die – vom ursprünglichen Initiator gesetzte – Vorarbeit ersetzt erhielt.

76 Vgl zu dieser Problematik *Koziol*, JBl 1978, 239; *Wilhelm*, ÖBl 1995, 149.

77 BGH in NJW 1999, 1626, 1630; vgl allgemein dazu *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999) 295 ff.

78 *Willoweit*, Voraussetzungen der Aufwendungskondiktion, in FS Wahl (1973) 285.

79 RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz idF der RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007.

EG)<sup>80</sup> geschaffene § 864 Abs 2 ABGB (in Deutschland: § 241a Abs 1 BGB) normiert, dass bei Lieferung unbestellter Waren oder Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher kein Anspruch gegen den Verbraucher entsteht. Nach zutreffender (richtlinienkonformer) Auslegung, der zufolge der Verbraucher »von jedweder Gegenleistung« zu befreien ist, wird dabei nicht nur ein vertraglicher, sondern auch ein gesetzlicher Anspruch (wie jener aus GoA und Bereicherungsrecht) ausgeschlossen. Sofern der Erbensucher dem ausgeforschten Erben eine unbestellte Dienstleistung im Wege des Fernabsatzes andient, könnte der Erbe als Verbraucher demgemäß »von jeder Gegenleistung« befreit sein.<sup>81</sup>

Da das Gesetz auch die unbestellte Erbringung von Dienstleistungen umfasst, stellt sich die Frage, wie sich denn § 864 Abs 2 ABGB oder § 241a Abs 1 BGB zu den Normen der GoA verhalten. Anders ausgedrückt: Bleibt denn für GoA überhaupt noch ein Anwendungsbereich, wenn es sich beim Geschäftsführer um einen Unternehmer und beim Geschäftsherrn um einen Verbraucher handelt, wenn der Kontakt im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen und dabei eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet wurden?<sup>82</sup> *Hau* hat im Zusammenhang mit der deutschen Erbensucher-Entscheidung aus 1999 dieses Problem behandelt und mE vom Grundsätzlichen her überzeugend vorgeschlagen, dass § 241a BGB nur Leistungen erfassen sollte, die von einem Unternehmer zur Anbahnung eines Vertrages getätigt wurden.<sup>83</sup> Auch letzteres trifft im Erbensucherfall aber zu.

Allerdings ist zu bedenken, dass die Fernabsatzrichtlinie nicht hinsichtlich jeglicher Aufwendungen eines Unternehmers im Vorfeld eines Vertrages den Ausschluss von Ansprüchen gegen den Verbraucher vorsieht, sondern dass damit das Ziel verfolgt wurde, einen bestimmten verpönten Vertriebsweg zu bekämpfen, indem spezifische privatrechtliche Sanktionen (Ausschluss von Ansprüchen gegen den Verbraucher) angeordnet werden. Es handelt sich hier also im Kern um eine wettbewerbsrechtliche Regelung<sup>84</sup>, die eine bestimmte Art des Vertriebs durch andere wettbewerbskonformere Absatztechniken ersetzen will. Im Vordergrund steht nicht der Schutz vor jeglicher aufgedrängter Bereicherung, sondern die Erzielung eines wettbewerbs-

80 Art 9 RL 1997/7/EG lautet in der aktuellen Fassung: »Angesichts des in der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern festgelegten Verbots von Praktiken bezüglich unbestellter Waren oder Dienstleistungen treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um den Verbraucher von jedweder Gegenleistung für den Fall zu befreien, dass unbestellte Waren geliefert oder unbestellte Dienstleistungen erbracht wurden, wobei das Ausbleiben einer Reaktion nicht als Zustimmung gilt.«

81 *Fötschl*, ERPL 2002, 578, kommt denn auch zum Ergebnis, dass im Erbensucherfall ein Anspruch aus § 1037 ABGB aufgrund § 864 Abs 2 ABGB ausgeschlossen sei.

82 Art 2 RL 97/7/EG.

83 *Hau*, Geschäftsführung ohne Verbraucherauftrag, NJW 2001, 2863, 2864f; *Staudinger/Bergmann*, BGB Vor §§ 677 ff Rz 207.

84 Freilich hebt etwa *Krebs* in Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis (2001) § 241a BGB Rz 4, hervor, dass uU auch ein Verhalten sanktioniert wird, das nicht wettbewerbswidrig ist (wenn etwa der Unternehmer nicht wissentlich unbestellte Waren liefert).



konformen Verhaltens von Marktteilnehmern.<sup>85</sup> Insbesondere spielt auch der Aspekt eine Rolle, dass zumindest bei einem juristisch ungeschulten Verbraucher, der unbestellte Waren samt Zahlungsaufforderung erhält, der Eindruck erweckt wird, er müsse die Rechnung jedenfalls bezahlen und ihm allein durch die Mühe, die ein Zurücksenden bedeuten würde, ein an sich ungewollter Vertragsschluss nahegelegt wird. Solche Überlegungen sind nicht zuletzt aus der Regelung des § 241a Abs 3 BGB ersichtlich, wenn der Unternehmer statt tatsächlich bestellter unbestellte Leistungen erbringt, dabei aber darauf hinweist, dass es sich hierbei nicht um die bestellten Leistungen, sondern andere handelt. In diesem Fall greift die Sanktion des Anspruchsverlusts nicht ein.

Sind § 864 Abs 2 ABGB oder § 241a Abs 1 BGB folglich auf den Erbensucherfall wirklich anwendbar? Unter Zugrundelegung der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Teleologie der Bestimmung der Fernabsatzrichtlinie ist dies meines Erachtens nicht der Fall.<sup>86</sup> Der Erbensucher hat gar keine alternative Vertriebsmöglichkeit und auch der Aspekt der Überrumpelung eines Verbrauchers, der ein bestimmtes Produkt aufgrund des Aufdrängens vom offensiven Anbieter X anstelle eines alternativen Anbieters Y kauft, ist nicht gegeben. In Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie ergangene Bestimmungen wie § 864 Abs 2 ABGB oder § 241a Abs 1 BGB können folglich nicht als Argument für einen Ausschluss von Ansprüchen eines Erbensuchers herangezogen werden.

## F. Zur Frage der Vergütung des gewerblichen Geschäftsführers ohne Auftrag

(1) Die bisherige Analyse hat gezeigt, dass die Subsumtion des Erbensucherfalls unter die Tatbestandsvoraussetzungen der GoA durchaus möglich ist und dass dies selbst in der letztlich abweisenden Entscheidung des BGH grundsätzlich nicht verneint wird. Interessanterweise wird vom BGH die Ablehnung der Ansprüche des Erbensuchers mit vertragsrechtlichen Argumenten begründet und damit letztlich mit »Wertungen außerhalb der §§ 677 BGB«. <sup>87</sup> Offenbar bestand die Angst, die vertragsrechtliche Risikoverteilung für Aufwendungen vor Vertragsabschluss durch die Gewährung von Ansprüchen aus GoA zu konterkarieren. Verständlich erscheint diese Sorge vor allem dann, wenn man sich umgekehrt die Konsequenzen der OGH-Judikatur vor Augen führt, die den Erbensucher als gewerblichen Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt: Obwohl der ausgeforschte Erbe die ihm angebotene Vereinbarung inklusive Zusicherung eines Pauschalhonorars ausdrücklich abgelehnt hat,

85 Vgl nur MünchKomm/Kramer, BGB II<sup>5</sup> (2007) § 241a Rz 3, der von den »privatrechtlichen Konsequenzen aus einem wettbewerbsrechtlich verpönten Vertriebskonzept« spricht. Zu wettbewerbsrechtlichen Aspekten vgl etwa Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht<sup>24</sup> (2006) § 7 UWG Rz 135.

86 Für Subsumtion unter Art 9 Fernabsatz-RL (für das insoweit gleiche österreichische Recht) hingegen Fötschl, ERPL 2002, 578.

87 MünchKomm/Seiler, BGB IV<sup>5</sup> § 677 Rz 12.

wird ihm diese *qua* Geschäftsführung ohne Auftrag aufoktroiert. Die Judikatur verpflichtet ihn zu einer Pauschalhonorierung, weil diese als verkehrsblich festgestellt ist und eine Entlohnung des Geschäftsführers ohne Auftrag in ständiger Rechtsprechung zugesprochen wird, wenn dieser gewerbsmäßig tätig geworden ist. Tatsächlich mutet dieses Ergebnis im Lichte der negativen Vertragsfreiheit, derzufolge (mit Ausnahme bestimmter Fälle des Kontrahierungszwangs) niemand zum Vertragsabschluss verpflichtet ist, wenig überzeugend an. Aber ergibt sich diese Rechtsfolge der Honorierung und insbesondere die Zuerkennung eines Pauschalhonorars überhaupt aus den Regeln der GoA? Hierzu sind noch einige klärende Überlegungen zur Frage eines Entgelts für den Geschäftsführer und die spezifische Situation gewerblicher Geschäftsführung angebracht.

(2) Im römischen Recht war das Rechtsverhältnis der *negotiorum gestio* in seinen Rechtsfolgen bekanntlich dem Mandat angenähert; da dieses unentgeltlich war, kam auch für jene eine Remuneration des *gestor* grundsätzlich nicht in Betracht. Allerdings ist die Unentgeltlichkeit vor dem speziellen sozialen Hintergrund der späten Republik und des frühen Prinzipats zu sehen. Die Verpflichtung eines Freien zur Arbeit für einen anderen entsprach damals nicht dem sozialen Code der Oberschicht. Sowohl *mandatum* als auch *negotiorum gestio* finden sich in einem speziellen Umfeld von persönlicher Nahebeziehung und Pflichtenbindung (*amicitia*, *officium*) angesiedelt oder aber stehen im Zusammenhang mit der Nachwirkung ehemaliger Gewaltabhängigkeit (Patronat) und einem daraus resultierenden Klientelverhältnis.<sup>88</sup> Das ökonomische Kalkül der Akteure ist damit komplexer und erschöpft sich nicht einfach in der schematischen Gegenüberstellung von entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsverhältnissen. So besteht zunächst zwar kein rechtlich durchsetzbarer Entgeltanspruch, das schließt aber freiwillige Zuwendungen nicht aus, die durchaus auch erwartet werden konnten. Damit wird auch in solchen Schuldverhältnissen die Leistung eines *salarium* durchaus üblich und unter bestimmten Voraussetzungen später sogar mittels *extraordinaria cognitio* durchsetzbar.<sup>89</sup>

Im geltenden deutschen Recht ergibt sich die Unentgeltlichkeit der GoA aus der Textierung des § 683 BGB, der auf das Recht der Beauftragung verweist. Eine Honorierung eines Geschäftsführers ohne Auftrag erscheint damit von vornherein ausgeschlossen, da dem Beauftragten nach der Definition des Auftrags in § 662 BGB kein Entgelt zusteht.<sup>90</sup> Allerdings liegt dieser Regelung bekanntermaßen ein Redaktionsversehen zugrunde. In der Ersten Kommission war eine Vergütung der Dienste des Geschäftsführers grundsätzlich bejaht worden, wobei dies mit dem Verweis auf das Auftragsrecht (das zu diesem Zeitpunkt nicht zwingend unentgeltlich ausgestaltet war) bewerkstelligt werden sollte. Daher wird von einem Teil der Lehre eine korrigierende Auslegung

88 So nimmt man an, dass die Tätigkeit eines Freigelassenen, der als *procurator omnium bonorum* fungiert, in der älteren Zeit als *negotiorum gestio* qualifiziert wurde; Kaser, *Das Römische Privatrecht* II<sup>2</sup> (1975) 100.

89 Zimmermann, *Law of Obligations* 416 f; Bürge, *Salarium* und ähnliche Leistungsentgelte beim *mandatum*, in Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes* (1993) 319.

90 Gegen eine Vergütung des Geschäftsführers nun auch das *Projet Català* (oben Fn 18).

vorgeschlagen und eine angemessene Vergütung der Dienste des Geschäftsführers unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen.<sup>91</sup> Die deutsche Judikatur anerkennt eine Vergütung insbesondere bei gewerbsmäßigen Geschäftsführern.<sup>92</sup>

Die diesbezügliche Sonderstellung des gewerblichen Geschäftsführers ohne Auftrag findet sich auch in der Rechtsprechung anderer Länder, wie etwa Frankreich<sup>93</sup> und Österreich<sup>94</sup>. Ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist sie in Artikel 200 Abs 2 des niederländischen *Nieuw Burgerlijk Wetboek*: »Hat der Geschäftsführer ohne Auftrag in der Ausübung eines Berufes oder Gewerbes gehandelt, so hat er, soweit dies redlich ist, außerdem Anspruch auf eine Vergütung für seine Verrichtungen, unter Berücksichtigung des Entgelts, das dafür zur Zeit seiner Wahrnehmung gewöhnlich berechnet wurde.«<sup>95</sup> Auch bei der Erstellung der *Principles of European Law on Benevolent Intervention* traf man die Entscheidung, unter ähnlichen Voraussetzungen in Art 3:102 eine Vergütung des Geschäftsführers vorzusehen:

»(1) *The intervener has a right to remuneration in so far as the intervention is reasonable and undertaken in the course of the intervener's profession or trade. (2) The remuneration due is the amount, so far as reasonable, which is ordinarily paid at the time and place of intervention in order to obtain a performance of the kind undertaken.*«<sup>96</sup>

Auffallend ist, dass hier immer wieder für die Vergütung des auftraglosen Geschäftsführers darauf abgestellt wird, dass seine Tätigkeit innerhalb seines Gewerbes oder Berufs erfolgt ist. Dies wird auch dort von der Rechtsprechung als Kriterium herangezogen, wo die gesetzliche Regelung selbst eine derartige Einschränkung gar nicht vorsieht, sondern nur ganz allgemein einen Aufwandersatzanspruch anerkennt.

Im Folgenden soll zunächst versucht werden – gleichsam im Wege der spekulativen Motivforschung – den Gründen für diese Einschränkung nachzugehen und ihre Überzeugungskraft zu überprüfen. In der Folge werde ich dann für das österreichische Recht einerseits für eine Ausweitung des Vergütungsanspruchs plädieren, andererseits aber im Hinblick auf den gewerblichen Geschäftsführer ohne Auftrag im Erbensucherfall eine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs des zuzuerkennenden Aufwandersatzes vorschlagen.

(3) Zunächst ist für viele kontinentaleuropäische Rechtsordnungen angesichts der oben bereits angesprochenen Tradition der *negotiorum gestio* als Pendant zum – in der Regel unentgeltlichen – Mandat eine gewisse Zurückhaltung bei der Zuerkennung einer Entlohnung des Geschäftsführers verständlich. Dass dies bei Tätigkeiten

91 *Wollschläger*, Geschäftsführung 311 ff; *Seiler*, Über die Vergütung von Dienstleistungen des Geschäftsführers ohne Auftrag, FS Hübner 1984, 259; MünchKomm/*Seiler*, BGB IV<sup>3</sup> § 683 Rz 25; dagegen hingegen zB *Wittmann*, GoA 28 Fn 30a. Auf den mutmaßlichen Parteiwillen will *Köhler*, Arbeitsleistungen als »Aufwendungen«? JZ 1985, 359 (362) abstellen.

92 Vgl etwa BGH in BGHZ 55, 128; BGHZ 65, 384; BGHZ 69, 34; BGHZ 143, 9; NJW-RR 2005, 639; NJW-RR 2005, 1426.

93 Siehe oben Fn 14; vgl allgemein *Suderow*, GoA 134 f.

94 Ständige Rspr, vgl nur OGH 7 Ob 658/81 in SZ 54/176; OGH 7 Ob 155/00w in RIS-Justiz RS0019940.

95 Übersetzung nach *Suderow*, GoA 268.

96 Vgl PEL/*von Bar*, *Benevolent Intervention* 268 ff.

in Ausübung eines Gewerbes oder Berufs dagegen anders gesehen werden soll, wird häufig mit dem Verweis auf einen tatsächlichen oder zu vermutenden Verdienstentgang begründet. Ein solcher Verdienstentgang kann als Schaden qualifiziert werden (etwa wenn der spontan Hilfe Leistende einen Zeitverlust erleidet und später feststellen muss, dass ihm dadurch ein Verdienst entgangen ist), er kann aber auch als bewusster Einsatz des Vermögenswertes der eigenen professionellen Verdienstmöglichkeit erscheinen, etwa wenn der Geschäftsführer durch die Übernahme der Geschäftsführung bewusst auf eine andere Einnahmemöglichkeit verzichtet. In beiden Varianten aber kann der Verdienstentgang nicht nur dann eintreten, wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag bei der Geschäftsführung im Rahmen seines Berufs oder Gewerbes tätig wird; seine Professionalität ist vielmehr in der Regel bloß im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Höhe des Verdienstentfalles relevant.

Dogmatisch ist damit die entscheidende Frage, ob der Einsatz der eigenen Arbeitszeit bzw Arbeitstätigkeit als Aufwand qualifiziert werden kann, oder ob der Geschäftsführer einen durch die Übernahme der GoA erlittenen Schaden beim Geschäftsherrn liquidieren kann. Der Ersatz von Nothilfeschäden des Geschäftsführers durch den Geschäftsherrn war nach österreichischem Recht lange Zeit strittig, dürfte aber mittlerweile im Sinne eines Anspruchs auf angemessene Entschädigung herrschend sein.<sup>97</sup> Als Schadenersatz wäre ein (konkret nachweisbarer) Verdienstentgang des Geschäftsführers ohne Auftrag aber – insofern über die einschränkende Linie der Judikatur hinausgehend – auch dann zu gewähren, wenn der Verdienstentgang durch eine GoA ausgelöst wurde, bei der der Geschäftsführer nicht im Rahmen seines Berufes oder Gewerbes tätig wurde. So erleidet ein Rechtsanwalt, der einem Verunglückten auf der Strasse hilft und dadurch zwei Stunden Arbeitszeit verliert, einen Verdienstentgang, der sich nach den entgangenen »billable hours« bemessen mag, unabhängig davon, dass die Nothilfe nicht zu seinem professionellen Tätigkeitsfeld gehört. Ein professioneller Verdienstentgang ist folglich nicht zwingend dann gegeben, wenn man auch bei der Nothilfe im Rahmen seines Berufes tätig geworden ist. Für einen solchen (freilich nachzuweisenden!) Verdienstentgang sollte der Geschäftsführer ohne Auftrag entschädigt werden (sofern auch die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind), ohne dass es auf die Professionalität der Geschäftsführung ankommt.<sup>98</sup>

Andererseits ist der Rechtsprechung meines Erachtens aber durchaus darin zuzustimmen, dass professionell agierende Geschäftsführer ohne Auftrag (sofern auch die weiteren Voraussetzungen, in Österreich § 1036 oder § 1037 ABGB, gegeben sind) eine Vergütung erhalten sollen, ohne dass es darauf ankommt, ob sie tatsächlich

97 Vgl Meissel, GoA 185 ff, bes 190f; OGH 2 Ob 46/95 in SZ 68/142 = EvBl 1996/39 = DRdA 1996/311 Grömmmer/Oberhofer = ÖZW 1997, 14 Fitz; OGH 3 Ob 507/96 in JBl 1998, 114; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 394 mwN.

98 Für die Unabhängigkeit der Ersatzfähigkeit der Arbeitsleistung vom »Zufall« der Berufsbezogenheit schon Dorn, Arbeitsleistung und Aufwendungsersatz, JZ 1964, 93, 95; Huber, Fragen der Schadensberechnung (1993) 208 f; Meissel, GoA 193, 195; Staudinger/Bergmann, BGB § 683 ff Rz 55.

eine konkrete andere Erwerbsmöglichkeit durch die GoA versäumt haben. Die dogmatische Grundlage dafür ist nicht der Gedanke des Schadensersatzes, sondern die Abgeltung des Aufwandes. Maßgeblich erscheint dabei, dass es nicht darauf ankommen soll, ob das vom Geschäftsführer bewusst gesetzte Vermögensopfer (Aufwand) in Geld bzw Sachmitteln besteht oder aber im Einsatz seiner vermögenswerten Arbeitskraft. Auch der Einsatz der eigenen Arbeitskraft sollte (so wie er ja auch im Bereicherungsrecht als Vermögenswert anerkannt ist<sup>99</sup>) als Aufwendung qualifiziert werden, die im Rahmen einer GoA ersatzfähig ist.<sup>100</sup> Nach dieser Auffassung wären nicht nur einschlägige gewerbliche oder berufliche Tätigkeiten zu entlohnen, sondern unter Umständen auch Tätigkeiten sonstiger Geschäftsführer, sofern sie nicht unentgeltlich erbracht wurden. Dabei ist freilich in vielen Fällen denkbar, dass der Geschäftsführer zwar seine Auslagen ersetzt erhalten möchte, die Arbeit selbst aber »gefälligkeitshalber« erbringt, sodass diesbezüglich ein *animus donandi* anzunehmen ist.<sup>101</sup>

Der Schutz des Geschäftsherrn erfolgt hier – wie auch sonst beim Aufwandersatz – über Kriterien wie die Interesse- und Willenkonformität (§ 683 BGB) bzw über den verschafften Nutzen (§ 1037 ABGB). Die vom Gesetz dabei vorgegebene subjektivierende Betrachtung gewährleistet, dass die schutzwürdigen Interessen des Geschäftsherrn adäquat berücksichtigt werden.<sup>102</sup>

(4) Problematisch wird eine solche großzügige Handhabung des Aufwandbegriffes dort, wo die Honorierung des Geschäftsführers nicht mehr an seiner tatsächlich aufgewendeten Zeit, der Schwierigkeit oder Gefährlichkeit seiner Tätigkeit und ähnlichen Kriterien orientiert ist, wie sie üblicherweise für die Ermittlung einer angemessenen Entlohnung herangezogen werden, sondern rein erfolgsorientiert an der Höhe des verschafften Nutzens. Gerade das aber wird von der österreichischen Rechtsprechung im Erbensucherfall praktiziert. Im Ergebnis wird damit der Erbensucher über den Aufwandersatzanspruch, für dessen »übliche Höhe« auf die sonst gebräuchlichen Erfolgshonorare rekurriert wird, als Geschäftsführer ohne Auftrag in dem Umfang belohnt, wie er es zunächst – vergeblich – im Vertragswege zu erreichen versuchte. Hier drängt sich der Eindruck auf, das Vertragsrecht und der Respekt der Privatautonomie würden hier über die Anwendung der GoA regelrecht »ausgehebelt«. Allerdings ist die Lösung des OGH gar nicht zwingend, ja man mag sogar behaupten, das Höchstgericht sei durch die Besonderheiten des »Erbensuchergewerbes« auf eine schiefe Ebene gebracht worden.

99 Grundlegend *Wilburg*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963) 349, 375; *F. Bydliński*, Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen, in FS *Wilburg* (1965) 45.

100 Vgl bereits *Meissel*, GoA 192 ff.

101 *Köhler*, Arbeitsleistungen als »Aufwendungen«, JZ 1985, 365; *Meissel*, GoA 197. Das von *Köhler* für die Frage der Entlohnung des Geschäftsführers als maßgeblich angesehene Rekurrieren auf den mutmaßlichen Parteienwillen kann mE aber nur ein Gesichtspunkt (unter mehreren denkbaren) sein; vgl dazu bereits die Bedenken bei *Huber*, Schadensberechnung 208 f, und *Meissel*, GoA 194 f.

102 Dazu näher *Meissel*, GoA 195 f.

Für die Bemessung des Aufwandsatzes ist grundsätzlich der Wert der eingesetzten Arbeitsleistung maßgeblich – und nicht der dabei erzielte Nutzeneffekt für den Geschäftsherrn. Auch wenn ich durch meine Geschäftsführung ohne Auftrag, die *in concreto* gar keinen Aufwand verursacht, jemand anderem einen immensen Vorteil verschaffe, kann kein Zweifel bestehen, dass ich mangels Aufwand keinen Aufwandsatz begehren kann. So etwa wenn ich, um ein vom Jubilar in anderen, schadenersatzrechtlichen Zusammenhängen gerne verwendetes Beispiel zu nennen, einen Blinden, der auf eine Baugrube zugeht, rechtzeitig auf die Gefahr aufmerksam mache. Auch für die Tätigkeit eines Genealogen kann folglich der von ihm getätigte *Aufwand* nicht einfach als Prozentsatz des durch seine Tätigkeit verschafften Erbes angesetzt werden, sondern bemisst sich nach der von ihm aufgewendeten Mühe bei der Ermittlung. Damit wird grundsätzlich eine Honorierung nach Stundensätzen gebühren, so wie dies nach österreichischem Recht auch bei der Bezahlung von Genealogen der Fall ist, wenn diese vom Gerichtskommissär als Sachverständige für die Ermittlung unbekannter Erben beigezogen werden.<sup>103</sup>

Freilich ist es denkbar, dass das Gesetz darüber hinaus auch eine Belohnung eines Geschäftsführers vorsehen kann. Tatsächlich findet sich im österreichischen Recht eine Regelung bei der Zuerkennung des Bergelohnes in § 403 ABGB, welche nach Meinung *Koziols*<sup>104</sup> als Argument für die Entlohnung eines Geschäftsführers ohne Auftrag herangezogen werden kann und durchaus ein remuneratorisches Moment enthält.<sup>105</sup> § 403 ABGB gewährt demjenigen, der die fremde bewegliche Sache vor dem unvermeidlichen Untergang gerettet hat, den Ersatz des Aufwandes und eine »verhältnismäßige Belohnung«.<sup>106</sup> Der historische Gesetzgeber dachte bei Aufwand wohl an Aufwendungen im engeren Sinn dh angefallene Kosten. Der Einsatz der Arbeitskraft sollte dagegen durch die Belohnung abgegolten werden. Da der Bergende bei Kenntnis der Fremdheit der Sache und dem Willen, diese für den Eigentümer zu retten, als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen ist, belegt § 403 ABGB, dass nach der Vorstellung des österreichischen Gesetzgebers eine Entlohnung des auftraglosen Geschäftsführers durchaus geboten sein kann. Die Verhältnismäßigkeit des Lohnes bezieht sich dabei wohl nicht nur auf den Wert des geretteten Gutes (sonst hätte man ja nicht normieren müssen, dass diese »höchstens zehn von Hundert« betragen soll), sondern auf die Umstände des konkreten Falles. In diese Abwägung werden eingegangene Risiken des Retters, die Schwierigkeit der Rettung, das Ausmaß seiner Mühe etc einzufließen haben. Als Ergebnis lässt sich hier also ein Anspruch auf ange-

103 Überzeugend *Kodek*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 197, 202, der darauf hinweist, dass eine prozentmäßige Beteiligung am Wert der Erbschaft mit dem Gebührenanspruchsgesetz (GebAG) nicht im Einklang stünde.

104 *Koziol* in KBB<sup>2</sup> § 1034 Rz 5.

105 Weniger passend ist die Regelung des Finderlohns, da dieser ja auch als »Ehrlichkeitsprämie« gesehen wird, ein Aspekt, der beim Erbensucherfall in aller Regel wegfällt (es sei denn der bis dahin als Erbe Geldtende forscht den wirklich Erbberechtigten aus).

106 Für Zuerkennung einer Rettungsbelohnung »nach den Umständen des Einzelfalles« (für das deutsche Recht) jüngst *Finkenaue*, Lohn für die Rettungstat? in FS Krause (2006) 589, 608 f.



messene Belohnung in einem Fall erfolgreicher Geschäftsführung ohne Auftrag lokalisieren, der aber beim Bergelohn an die Obergrenze von 10% gebunden ist.<sup>107</sup> In Analogie zu § 403 ABGB könnte somit für das österreichische Recht eine über die bloßen Selbstkosten hinausgehende,<sup>108</sup> die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende »angemessene« Abgeltung der Arbeitsleistung des Geschäftsführers argumentiert werden. Allerdings hat die österreichische Rechtsprechung bei der Rettung unbeweglicher Sachen eine analoge Anwendung des § 403 ABGB abgelehnt<sup>109</sup>, sodass auch im Hinblick auf eine Erbschaft, die ja bloß für den unbekanntenen Erben, nicht aber insgesamt »unwiederbringlich« verloren wäre, die Analogie zum Fall des § 403 ABGB durchaus fraglich sein könnte.

## G. Schluss

Aus dem Grundsatz der (negativen) Vertragsfreiheit ergibt sich, dass kein Erbe verpflichtet ist, mit einem Erbensucher zu kontrahieren und das von diesem verlangte vertragliche Entgelt in Höhe eines Anteils am Wert der Erbschaft zu bezahlen. Zieht der Erbe aber aus der Information des Erbensuchers einen Nutzen, so erscheint eine Vergütung des Aufwandes des Erbensuchers im Weg außervertraglicher Ansprüche sachgerecht. Eine solche Vergütung lässt sich – bei entsprechend weiter Handhabung des Kriteriums des Fremdgegeschäftsführungswillens – auf Geschäftsführung ohne Auftrag stützen. Bei der Bemessung des Aufwandsatzes sind durch die subjektivierende, auf die spezifische Situation des Geschäftsherrn abstellende Betrachtung (gemäß §§ 1037 ABGB und 683 BGB) die Interessen des Geschäftsherrn ausreichend zu berücksichtigen.

Der vom BGH in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt des Risikos für Aufwendungen im Vorfeld von Verträgen trägt im konkreten Erbensucherfall nicht die gänzliche Ablehnung von Ansprüchen, da dem Erbensucher (anders als dem Makler) nur ein potentieller Vertragspartner gegenübersteht und er damit seinen Aufwand zwangsläufig zugunsten eben dieser Person tätigt. Erlangt diese Person aus der Tätigkeit des Erbensuchers einen nachweisbaren Vorteil, so erscheint die Verweigerung des Ersatzes des Vermögensverlustes bloß deshalb, weil der Erbensucher nicht realisierte weitergehende Gewinnerwartungen hegte, als nicht gerechtfertigt.

Zugegebenermaßen ist der durch die Bejahung der GoA in solchen Fällen resultierende Anspruch seiner Natur nach nicht auf den Gedanken der Förderung altru-

107 Sofern ein darüber hinaus gehender Sachaufwand getätigt oder nachweisbarer Verdienstentgang erlitten wurde, kommt dessen Ersatz wohl nach den allgemeinen Aufwandsatzregeln der GoA unbeschadet § 403 ABGB in Betracht (vgl OGH 2 Ob 239/54 in SZ 27/259).

108 Für prinzipielle Beschränkung des Ersatzes des beruflichen oder gewerblichen Geschäftsführers ohne Auftrag auf die Selbstkosten *Huber*, Schadensberechnung 210 f; diese Position erscheint im Hinblick auf die Zuerkennung eines reinen Aufwandsatzes durchaus konsequent.

109 OGH 1 Ob 835/54 in SZ 27/279.

istischer Fremdhilfe, sondern auf Bereicherungsüberlegungen gestützt. Immerhin zeigt aber die Anerkennung der GoA in den Fällen der »Auch-fremden-Geschäftsführung« sowie im österreichischen Recht die eigene Kategorie der GoA »zum Nutzen des anderen« (§ 1037 ABGB), dass die GoA sehr wohl bereicherungsrechtliche Funktion haben kann. Angesichts der Tatsache, dass die Einordnung des Anspruchs des Erbensuchers unter die allgemein anerkannten Tatbestände des Bereicherungsrechts ieS nicht ohne Schwierigkeiten möglich ist, erweist sich die weite Handhabung der GoA im konkreten Fall jedenfalls als sachgerechter als die gänzliche Versagung des Anspruchs.<sup>110</sup>

Abzulehnen ist allerdings die Bemessung der Entlohnung des Erbensuchers in Form eines Erfolgshonorars in derselben Höhe, die bei vertraglichen Honoraren in diesem Bereich üblich sind. Aus der Geschäftsführung ohne Auftrag gebührt lediglich Aufwandersatz. Aufwandersatz ist schon begrifflich auf die tatsächlich eingesetzten Vermögenswerte des Geschäftsführers beschränkt. Dazu zählt nach der hier vertretenen Auffassung durchaus auch die Betätigung der eigenen Arbeitskraft. Der Ersatz von Aufwendungen ist aber grundsätzlich am Wert des eingesetzten eigenen Vermögensgutes des Geschäftsführers zu orientieren und nicht am Vermögenszugewinn des Geschäftsherrn, wie hier dem Wert der erhaltenen Erbschaft. Letztere ist zwar Voraussetzung dafür, dass ein Anspruch des Erbensuchers aus Geschäftsführung »zum Nutzen des anderen« (iSd § 1037 ABGB) überhaupt vorliegt, aber als solche dem Geschäftsherrn und nicht – auch nicht anteilmäßig! – dem Geschäftsführer ohne Auftrag zugewiesen.

<sup>110</sup> Dem vom BGH in den Vordergrund gestellten und zum ausschließlichen Kriterium gemachten Risiko eines Vertragswilligen für die Aufwendungen im Vorfeld eines Vertrages steht die Nutzung der durch diese Aufwendungen erhaltenen Information durch den Erben gegenüber, der darüber hinaus nicht nur – wie sonst bei synallagmatischen Verträgen – ein Äquivalent der eigenen Leistung als Gegenleistung erhält, sondern einen den allenfalls zu bezahlenden Aufwand deutlich übersteigenden Vermögensvorteil.