

Das Problem des „doppelten Anspruchs“ – Neues zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Stud. iur. Lasse Scherer*

Das gesetzlich nicht geregelte Institut des auch-fremden Geschäfts ist Zentrum der meisten aktuellen Diskussionen, die sich auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) beziehen. Die diskutierten Fragen drehen sich dabei inzwischen weniger um die Anerkennung des Instituts als vielmehr um die Frage, ob die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens auch in solchen Fällen greift. Dieser Beitrag möchte den Blickwinkel auf ein von dieser Hauptdiskussion unabhängiges, bisher nicht diskutiertes dogmatisches Problem des auch-fremden Geschäfts lenken – der „doppelte Anspruch“ – und erste Lösungsmöglichkeiten herausarbeiten. Dazu sollen kurz die Grundzüge der GoA aufgezeigt (I.), als Schwerpunkt des Beitrags das Problem dargestellt, (II.) anschließend Lösungsansätze betrachtet (III.) und abschließend die Ergebnisse zusammengefasst werden (IV.).

I. Einführung	3
II. Problemdarstellung	4
1. Der bestehende Diskurs	4
2. Das Problem – Der „doppelte Anspruch“	5
III. Lösungsansätze	8
1. Gesetzgeberischer Wille	8
2. Teilungsmechanismus auf Rechtsfolgenreite	8
IV. Fazit.....	9

I. Einführung

Die GoA ist, neben dem Bereicherungsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen, eines der drei zentralen gesetzlichen Schuldverhältnisse des BGB. Genauso wie bei den beiden anderen Instituten soll eine Regelung für Bereiche gefunden werden, in denen das Zustandekommen eines Vertrags nicht zu erwarten ist und die Notwendigkeit für einen Ausgleich von Interessen besteht.¹ Während die Regelungsziele der §§ 812 ff. BGB (Abschöpfung eines ungerechtfertigten „Zuviel“) und §§ 823 ff. BGB (Ausgleich eines „Zuwenig“)² intuitiv einleuchten, ist der zugrundeliegende Rechtsgedanke der GoA unklar. Teilweise werden altruistische Grundgedanken benannt,³ teilweise wird die Möglichkeit, einen eindeutigen Grundgedanken zu benennen, abgelehnt und vertreten, dass in den

* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaften und Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht (Prof. Dr. Jörg Gundel) an der Universität Bayreuth.

¹ Vgl. Medicus, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 1.

² Ausführlicher zur Abgrenzung: Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 9 Rn. 3.

³ Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einf. v. § 677 Rn. 2 f.; sowie grundlegend, allerdings vor Inkrafttreten des BGB: Kohler, JherJb 25 (1887), 1 (42 ff.).

§§ 677 ff. BGB vielmehr besondere Ausgleichsfunktionen geregelt werden.⁴ Am besten verdeutlichen kann man das Erfordernis der GoA daher mit einem Beispiel, bei dem die präzise, wörtliche Bestimmung des zugrundeliegenden Rechtsgedankens umgangen wird:

Beispiel 1: A hilft B, indem er während Bs Abwesenheit sein, in dieser Zeit, zerstörtes Hausdach deckt, um einen Schutz vor kurzfristig bevorstehender Witterung zu gewährleisten. In diesem Fall erscheint es sachgerecht, dass A seine dadurch entstehenden Aufwendungen (Nägel, Holz usw.) ersetzt bekommt.

Unterschieden werden in den §§ 677 ff. BGB vier Formen der GoA. Die echte, berechtigte GoA, die echte, unberechtigte GoA, die irrtümliche GoA sowie die angemaßte Eigengeschäftsführung. Die beiden Formen der echten GoA unterscheiden sich dabei nach h.M.⁵ nach der Willensrichtung, d.h. danach, ob der Geschäftsführer (der das Geschäft Ausführende) mit oder im Widerspruch zu dem Willen des Geschäftsherrn handelt. Die unechte grenzt sich dadurch zur echten GoA ab, dass sie mit Eigengeschäftsführungswillen vorgenommen wird. Innerhalb dieser Kategorie der unechten GoA wird erneut danach differenziert, ob der Geschäftsführer wusste, dass er das Geschäft eines anderen führte, vgl. die §§ 687 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Allen Kategorien gemeinsam ist, dass ein Geschäft besorgt wird (1.), das für den Geschäftsführer fremd ist (2.)⁶ und dass dazu keine rechtsgeschäftliche oder sonstige Berechtigung vorliegt (3.).⁷ Je nach Rechtsfolge kommen noch andere Voraussetzungen hinzu. Für den zentralen Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 S. 1 BGB sind dies noch die beiden obigen Differenzierungskriterien, also der Fremdgeschäftsführungswille (Abgrenzung zur unechten GoA) und die willensgemäße Ausübung (Abgrenzung zur echten, unberechtigten GoA). Die weiteren möglichen Ansprüche und damit zusammenhängenden Tatbestandsmerkmale erschließen sich zum einen gut durch den Gesetzestext und sind zum anderen nicht zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, sollen hier also nicht vertieft werden. Eingegangen werden soll im Folgenden lediglich auf die Fremdheit des Geschäftes und den Fremdgeschäftsführungswillen.⁸

II. Problemdarstellung

1. Der bestehende Diskurs

Fremd ist das Geschäft dann, wenn es in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fällt.⁹ Der einfache Fall ist dabei das objektiv-fremde Geschäft, also ein solches, das nur die Interessen eines anderen betrifft. So wie in *Beispiel 1*: Das offene Dach berührt weder den Rechtskreis des A noch dessen (rechtlich bedeutsame) Interessen. Ein Spezialfall hingegen ist das sog. auch-fremde Geschäft. Bei diesem gibt es eine Interessenüberschneidung. Es werden sowohl eigene als auch fremde Inte-

⁴ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 2 Rn. 4; a. A. wohl Bergmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 9 ff.

⁵ Vgl. Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 677 Rn. 4.

⁶ Dieses Merkmal ergibt sich zwar nicht wörtlich aus § 677 BGB, jedoch aus dem Zusammenhang und der Notwendigkeit, zwischen Geschäftsherr und Geschäftsführer zu differenzieren, vgl. Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 3.

⁷ Zu den drei Grundvoraussetzungen: Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 1.

⁸ Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Geschäftsbesorgung jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln umfasst und sehr weit auszulegen ist, vgl. nur BGHZ 43, 188 = NJW 1965, 1271, in dem bereits das Anhalten und Hinweisen auf fehlende Beleuchtung als Geschäftsbesorgung angesehen wurde.

⁹ Siehe Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 4 Rn. 5.

ressen mit der Geschäftsführung verfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH genügt das bereits für die Anwendung der §§ 677 ff. BGB. Auch in der Literatur besteht kaum Kritik an der Bejahung der Fremdheit des Geschäfts in diesen Fällen.¹⁰ Die eigentlichen Diskussionen erstrecken sich vielmehr auf den Fremdgeschäftsführungswillen.¹¹ Dieser ist subjektiv und daher seiner Natur nach schwer beweisbar.¹² Deswegen behilft sich die Rechtsprechung mit Vermutungsregeln. Diese führen in bestimmten Fallgruppen zu einer Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens. Beim objektiv-fremden Geschäft wird dabei einheitlich von einer Vermutungsregel ausgegangen.¹³ Beim auch-fremden Geschäft vermuten „nur noch“ der BGH und ein großer Teil des Schrifttums den Fremdgeschäftsführungswillen.¹⁴ Gestützt wird das weiterhin auf die Fremdheit des Geschäfts. Dagegen wird angeführt, dass derjenige, der rechtlich verpflichtet oder interessengebunden ist, grundsätzlich allein den Zweck verfolgt, seinen eigenen Pflichten nachzukommen. Der Anwendungsbereich der GoA müsse vielmehr verengt werden und die dafür tatsächlich zuständigen Institute, etwa des Bereicherungsrechts, herangezogen werden.¹⁵ Soweit der die GoA beherrschende Diskurs. Eine Stellungnahme dazu soll hier nicht erfolgen und ist auch nicht nötig. Unabhängig von der Vermutungsregel können nämlich auch andere Indizien zu einer Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens führen.¹⁶

2. Das Problem – Der „doppelte Anspruch“

Unbeachtet bleibt nämlich ein gänzlich anderes Problem. Das auch-fremde Geschäft ist davon geprägt, dass sich zwei Interessenlagen überschneiden. Zwei sich überschneidende Interessenlagen bedeuten aber auch zwei mögliche Anspruchsteller.

*Beispiel 2:*¹⁷ Der Mieter M entdeckt, dass das Haus seines Vermieters V, in dem er (M) wohnt und in dem sich seine Wertsachen befinden, brennt. M erstickt den Brand mit seinem Anzug (dem einzig möglichen Mittel), um seine Wertsachen und zugleich das Haus des V zu retten. Dabei wird der teure Anzug zerstört. M verlangt Aufwendungsersatz.

Auf den ersten Blick ein klassisches Lehrbuchbeispiel. Denkbar ist der Fall jedoch genauso gut umgekehrt.

¹⁰ Umfassender Überblick über Rechtsprechung und Literatur bei: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 139; wohl als einziger gänzlich abweichend möchte *Schubert*, AcP 178 (1978), 425 (435 ff.) unabhängig von der sogleich aufgeworfenen Frage des Fremdgeschäftsführungswillens in Fällen eigener Pflichten die Anwendung der GoA-Regeln gänzlich ausschließen, um Wertungen nach reinen Billigkeitsgesichtspunkten zu verhindern.

¹¹ Auch dazu umfassend: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 140 f.

¹² Vgl. *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 5.

¹³ Vgl. nur BGHZ 181, 188 (195, Tz 18) = NJW 2009, 2590 (2591 Rn. 18) und *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 8.

¹⁴ Dafür BGHZ 138, 281 (286) = VIZ 1998, 401 (403); *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 10; a.A. *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 8.

¹⁵ *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 7 ff. m.w.N.

¹⁶ Was auch die der Vermutungsregel gegenüber ablehnende Rspr. fordert, um einen solchen Willen zu bejahen, vgl. etwa OLG Hamm MDR 1999, 1230; OLG Saarbrücken NJW 1998, 828.

¹⁷ Nach *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 4 Rn. 13.

Beispiel 3: Wie *Beispiel 2*, nur diesmal entdeckt V den Brand. Er handelt, um die Wertsachen des M und zugleich sein eigenes Haus zu retten. Dabei wird der teure Anzug des V zerstört. V verlangt Aufwendungsersatz.

Das Problem der dadurch möglicherweise unbilligen Ergebnisse ist nicht gänzlich neu. Bereits *Medicus* sieht es in einem Fall der Straßenverschmutzung:

*Beispiel 4:*¹⁸ S beutet eine gepachtete Bimsgrube aus. Nach starken Regenfällen werden Bims und Abraum auf eine anliegende Bundesstraße geschwemmt, die dadurch verschmutzt und rutschig wird. Das zuständige Bundesland lässt die Straße säubern und will die dafür anfallenden Kosten von S ersetzt bekommen.

Nach einer kurzen Diskussion des Fremdgeschäftsführungswillens kommt er zu dem Problem, dass theoretisch beide Ersatz ihrer Kosten verlangen können. Da er das Ergebnis für „unsinnig“ hält, sucht er einen Fehler.¹⁹ Den Fehler meint er darin zu sehen, dass hier ein Fall der Überlagerung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorliegt.²⁰ Bei der Lösungssuche verlagert er die Diskussion dann auch weg von der GoA zu einer Suche nach vorrangigen gesetzlichen Regelungen im öffentlichen Recht. Der Gesetzgeber müsse entscheiden, ob ein Dienst unentgeltlich ist oder ob er durch Gebühren abgegolten werden soll.²¹ Wer also die Kosten tragen soll, hängt von der Entscheidung des öffentlichen Rechtes ab und soll nicht durch Anwendung der GoA umgangen werden.²²

Unbeachtet bleibt, dass das Problem, dass theoretisch beide einen Anspruch stellen können, sich jedoch nicht nur in den Fällen einer Interessenüberschneidung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften stellt. Nachfolgend soll deswegen der Bereich bestimmt werden, in dem dieses Problem überhaupt auftritt, bevor dann eine Lösung gesucht werden soll. Ausgenommen sind all jene Fallgruppen, in denen eigene Regeln vorliegen oder das Fehlen solcher Regeln abschließende Bedeutung hat. Zu dieser Gruppe gehören vor allem die Fälle mit öffentlich-rechtlichen Regelungsmechanismen: Entweder ist für die Leistung eine Gebühr zu entrichten oder sie ist unentgeltlich und die Anwendung der GoA würde die bestehenden Regelungen unterlaufen. Daneben müssen auch die Fallgruppen ausgeklammert werden, in denen zwar ein auch-fremdes Geschäft vorliegt, die Interessen aber nicht deckungsgleich sind. Dies betrifft z. B. die Fälle, in denen Aufwendungen im Vertrauen auf einen künftigen Vertragsschluss getätigt werden. Insbesondere also die Fälle gewerblicher Erbensucher. Bei diesen ist wegen der negativen Vertragsfreiheit bereits umstritten, ob die GoA überhaupt zur Anwendung kommt.²³ Doch auch bei Bejahung²⁴ ist in diesem Fall trotz überschneidender Interessenlage keine Gleichheit der Interessen festzustellen. Denn der Erbensucher hat selbst nichts geerbt, d.h. sein Interesse ist ein gänzlich anderes als das des Erben. Die beiden Positionen sind daher nicht einfach austauschbar so wie in den *Beispielen 2* und *3* oder theoretisch auch in *Beispiel 4*. Gleiches trifft

¹⁸ Nach *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 175 f., welcher es BGHZ 65, 354 = NJW 1976, 619 nachbildet.

¹⁹ *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176.

²⁰ *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176 f.

²¹ *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 177.

²² *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 177.

²³ BGH NJW-RR 2006, 656; BGH NJW 2003, 3046 (3048).

²⁴ Etwa unter Hinweis darauf, dass die Aufwendungen vor der Möglichkeit zur Ablehnung eines Vertrages bereits angefallen sind und deswegen für eine Ablehnung kein Raum mehr ist, vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 12.

auf die Fälle einer sog. eigenen Verpflichtung gegenüber Dritten zu. Bei diesen erfüllt der Geschäftsführer mit seinem Handeln im Interessenkreis des Geschäftsherrn zugleich eine einem Dritten gegenüber bestehende Verpflichtung.

*Beispiel 5:*²⁵ Eigentümer E beauftragt die G-GmbH mit der Gebäudeerrichtung. Teile der Arbeiten führt B für G aus. G wird insolvent und B verlangt Aufwendungsersatz von E für die bereits geleisteten Arbeiten. E meint, dies ist durch das Verhältnis G zu B bereits vollumfänglich geregelt.

Auch hier sind die Interessen nicht gleich und die Parteien nicht austauschbar. Es kann nicht einfach E sein eigenes Haus bauen und dann die Aufwendungen von G ersetzt verlangen.²⁶ Auch hier kann sich obiges Problem nicht stellen. Ebenso sind die Fälle einer sog. Selbstaufopferung im Straßenverkehr nicht erfasst.

*Beispiel 6:*²⁷ Ein 9-jähriger²⁸ Fahrradfahrer F gerät auf die Fahrbahn eines Autofahrers A, woraufhin A in einem Ausweichmanöver sich selbst verletzt und das eigene Fahrzeug sowie fremde Sachen beschädigt. Die Schäden möchte er über die GoA von F ersetzt verlangen.

Die h.M. verlangt nun für eine Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens, dass der Anspruchsteller nicht haftbar ist, denn sonst sei davon auszugehen, dass das Handeln allein im eigenen (Haftungsvermeidungs-)Interesse erfolgt ist.²⁹ Dies wirft natürlich Halterhaftungsfragen auf und führt ins ausdifferenzierte System der §§ 7 Abs. 1, Abs. 2, 17 Abs. 3 StVG. Ganz unabhängig davon, dass dies den Diskurs lediglich ins Praktische verschiebt – denn unabhängig von der Vermutungsregel kann es ja noch andere Indizien geben, die zu einer Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens führen –,³⁰ sind die Parteien nicht austauschbar. Relevant sind deswegen eher folgende Konstellationen:

Beispiel 7: Die Radfahrer A und B biegen in entgegengesetzter Richtung um eine Kurve im Wald und sehen nun plötzlich den jeweils anderen. Um eine Kollision zu verhindern, lenkt A sein Fahrrad vom Waldweg. Das Fahrrad wird vollständig zerstört. A möchte Ersatz über die GoA.

Dieser Fall ist genauso spiegelbildlich möglich. Seine Aufwendungen vollständig ersetzt bekommen würde also der sich jeweils Opfernde. Der Frage nach der Richtigkeit dieses Ergebnisses und welche Lösungsmöglichkeiten dafür ggf. bestehen, soll nachfolgend nachgegangen werden.

²⁵ Nach BGH NJW-RR 2004, 956.

²⁶ Vgl. dazu §§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 275 BGB.

²⁷ Angelehnt an BGHZ 38, 270 = NJW 1963, 390.

²⁸ Vgl. § 828 Abs. 2 BGB.

²⁹ BGHZ 38, 270 (273) = NJW 1963, 390 (391 f.); Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 68; Emmerich, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 9.

³⁰ Dazu schon Fn. 16.

III. Lösungsansätze

1. Gesetzgeberischer Wille

Denkbar ist es, dieses Ergebnis als gesetzgeberisch gewollt zu verstehen. Besonders dann, wenn die GoA unter dem Leitbild des Altruismus³¹ betrachtet wird, erscheint dies durchaus richtig. Dann würde man annehmen, dass die Mühen und das Risiko von M bzw. V im *Beispiel 2* bzw. *3* mit einem vollen Aufwendungsersatz belohnt werden. Das gleiche gilt für das Ausweichmanöver in *Beispiel 7*. Die Parteien können dann allerdings nicht nur ihr Eigentum retten bzw. eine eigene Haftung vermeiden, sondern erhalten auch noch die dafür notwendigen Aufwendungen ersetzt. Verschärft wird der Konflikt noch dadurch, dass die Parteien mit unterschiedlichen Aufwendungen arbeiten können. Der arme Mieter etwa ruiniert bei der Rettung seinen 100 €-Anzug, während der reiche Vermieter seinen 10.000 €-Anzug „opfert“ und dann vollständig ersetzt bekommt. Die Aufwendungen würden zwar theoretisch beide ersetzt bekommen, das Ergebnis wäre jedoch ungleich.³² Dieses Ergebnis, dass theoretisch beide ihren Anspruch stellen könnten und dafür vollen Ersatz verlangen können, ist auch das, was *Medicus* intuitiv als „unsinnig“ abgetan hat und ihn zu der Überlegung führte, einen Ausgleich anderswo zu suchen.³³ Die Lösung, die Aufgabe auf den Gesetzgeber zu übertragen, besteht aber in diesen Konstellationen nicht. Es ist daher statt von einem gesetzgeberischen Willen schlicht von einer gesetzgeberischen Regelungslücke auszugehen. Eine andere Lösung ist notwendig.

2. Teilungsmechanismus auf Rechtsfolgenseite

Ein Teilungsmechanismus hätte in Fällen einer prinzipiellen Austauschbarkeit der Parteien eine gerechte Aufteilung zur Folge. Zudem passt dieser Ansatz auch gut zum Gedanken, dass in den §§ 677 ff. BGB nicht etwa eine Privilegierung altruistischen Handelns kodifiziert ist, sondern dass es um die Regelung von Ausgleichsmechanismen geht,³⁴ der Sinn und Zweck also die richtige Zuweisung von Gütern, Lasten und Schadensrisiken ist.³⁵ Bei kursorischem, rechtsvergleichendem Überblick ist die Lösung zudem derjenigen des Code civil im französischen Recht vergleichbar. Nach Art. 1301-4 Abs. 2 Cc gilt: „Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune.“ Das bedeutet so viel wie: „In einem Fall des persönlichen Interesses des Geschäftsführers (vgl. Art. 1301-4 Abs. 1 Cc) wird die Last [...] im Verhältnis zu den Interessen jedes Einzelnen an der gemeinsamen Sache verteilt.“³⁶

Es verbleibt die Frage, über welchen Mechanismus im deutschen Recht diese Lösung herbeigeführt werden kann. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt. Die Rechtsfolge der §§ 683 S. 1, 670 BGB ermöglicht lediglich, über das Merkmal der „Erforderlichkeit“ Wertungen einzubringen. Allerdings ist diese in den vorliegenden Konstellationen unproblematisch zu bejahen. Eine bereits heraus-

³¹ Vgl. Fn. 3.

³² Hinter dieser Kritik steht ein Grundproblem der GoA, nämlich, dass mit seiner Akzeptanz Aufwendungen ungewollt aufgedrängt werden können: Vgl. etwa *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 2 Rn. 5.

³³ *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176.

³⁴ *Auer*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. S 99.

³⁵ Grundlegend: *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Theorie und Rechtsprechung, 1976, S. 52 ff., 60 ff., 319; vgl. auch: *Auer*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. S 99.

³⁶ Übersetzung durch *Verf.*; zur GoA im französischen Recht: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 Rn. 77; sowie ausführlicher aber ohne die Reformen von 2016: *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, 1986, 2 K 301 ff.

gearbeitete Alternative ist es, über § 254 Abs. 1 BGB³⁷ bzw. den dahinter liegenden Rechtsgedanken³⁸ (dann natürlich analog) einen Ausgleich zu schaffen. Dieser bietet aber nur in Fällen eines Mitverschuldens eine Aufteilungsmöglichkeit. Liegt ein solches nicht vor, hilft diese Regelung auch nicht weiter. Eine direkte Anwendung von § 426 Abs. 1 BGB scheidet mangels Gesamtschuldnerschaft i.S.v. § 421 S. 1 BGB aus. Es verbleibt aber die Möglichkeit, §§ 426 Abs. 1,³⁹ 421 S. 1 BGB analog heranzuziehen. Die für eine analoge Anwendung notwendige fehlende gesetzgeberische Regelungslücke liegt nach obigen Ausführungen vor (vgl. unter III. 1.). Die Interessenlagen sind auch vergleichbar, denn in beiden Fällen besteht ein Bedürfnis, eine Ausgleichspflicht zu regeln, d.h. ein Bedürfnis danach, die Schuld unter den (Gesamt-)Schuldnern sachgerecht aufzuteilen.⁴⁰

Ein ähnliches Bedürfnis danach, die Schuld unter den (Gesamt-)Schuldnern sachgerecht aufzuteilen, gibt es beim sog. „Wettlauf der Sicherungsgeber“: Gibt es mehrere Sicherungsgeber, so kommt es im Falle einer Befriedigung des Gläubigers zu dem kraft Gesetzes stattfindenden Forderungsübergang, vgl. §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1225 S. 1 und 1143 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Forderung des Gläubigers geht danach auf den befriedigenden Schuldner über. Der Übergang erfolgt allerdings nicht unbegrenzt, sondern im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Haftung der Sicherungsgeber, §§ 774 Abs. 2, 1125 S. 2 BGB. Im Fall der Hypothek und für nicht gleichartige Sicherungsgeber fehlt ein solcher Verweis. Dies würde bedeuten, dass der zuerst Zahlende einen vollen Anspruch bekommen würde. Er könnte seine Sicherungssumme demnach komplett ersetzt bekommen, während der Langsamere die vollständige Haftung tragen müsste. Daraus würde allerdings folgen, dass das Rückgriffsrisiko von einem „Wettlauf“ abhängen würde.⁴¹ Die Ergebnisse wären demnach zufallsabhängig und willkürlich, ohne dass ein gewichtiger Unterschied zum Ausgleich zwischen Mitbürgen und Mobiliarpfandrechtsgebern bestünde.⁴² Daher nimmt die h.M. auch in diesen Fällen eine analoge Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB an.⁴³

Zusammenfassend ist also Folgendes festzuhalten: Ist im Rahmen eines Anspruchs der GoA festgestellt worden, dass es sich um ein auch-fremdes Geschäft handelt, so ist auf Rechtsfolgenseite zu überprüfen, ob ein Teilungsmechanismus nach dem Gedanken des § 426 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Dies ist der Fall, wenn (1.) im Rahmen des auch-fremden Geschäfts zwar die Interessen der Parteien sich auf das „gleiche wollen“ beziehen (so wie im *Beispiel 7* oder in den *Beispielen 2* und *3*), es sich aber (2.) um kein Rechtsgebiet mit eigenen Regeln handelt (so wie in den *Beispielen 4, 5* und *Beispiel 6*) und (3.) kein anderer Ausgleichsmechanismus einschlägig ist.

IV. Fazit

Wird das auch-fremde Geschäft als Institut der GoA akzeptiert, so ergibt sich damit das Problem, dass in bestimmten Fällen einer gleichen Interessenüberschneidung theoretisch zwei Anspruchssteller vorhanden sind. Die sich daraus ergebenden Ergebnisse sind bei reiner Normanwendung ähnlich wie beim Wettlauf der Sicherungsgeber willkürlich und drängen zumindest zu einer Auseinandersetzung

³⁷ Der BGH diskutiert in NJW-RR 2005, 1426 (1429) etwa ein Mitverschulden wegen verletzter Anzeigepflicht aus § 681 S. 1 BGB, siehe auch *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 31.

³⁸ *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 5 Rn. 46 ff.

³⁹ Zu einer analogen Anwendung würde wohl auch *Bergmann* kommen, vgl. *ders.*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 37.

⁴⁰ *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 1.

⁴¹ Dazu *Wellenhofer*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 16 Rn. 34.

⁴² BGHZ 108, 179 (181, 183 ff.) = NJW 1989, 2530 (2531); *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 774 Rn. 16.

⁴³ Siehe Fn. 20.

mit dem Problem des „doppelten Anspruchs“. Die Entscheidung darüber wird zur „Gretchenfrage“ über den Regelungszweck der GoA. Betont man den Gedanken des Altruismus, so muss man das Ergebnis als gewollt ansehen, wird der Gedanke der Lastenverteilungsfunktion betont, so ist eine Lösung für das Problem notwendig. Die besten Ergebnisse können in diesem Fall mit einer an bestimmte Voraussetzungen geknüpften analogen Anwendung des § 426 BGB erreicht werden.