

ERIK RÖDER

# Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht

*Jus Privatum*

---

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 248





Erik Röder

# Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht

Mohr Siebeck

*Erik Röder*, geboren 1980; 2000–2006 Studium der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth und Bordeaux; 2004 Maîtrise en droit (Université Montesquieu – Bordeaux IV); 2006 Erste Juristische Staatsprüfung; 2006–2008 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bayreuth; 2008–2010 Referendariat am OLG München und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht; 2009 Promotion (Bayreuth); 2010 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2018 Habilitation (LMU); seit 2011 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen.  
orcid.org/0000-0003-3595-8553

ISBN 978-3-16-157695-9 / eISBN 978-3-16-157696-6

DOI 10.1628/978-3-16-157696-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist seit 04/2022 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Für Anna*



## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist der Frage gewidmet, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes verpflichtet sein sollte, die aus der Nutzung des Gutes gezogenen Vorteile auszugleichen. Zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Regelungsproblem des Nutzungsausgleichs motivierte mich der dreifache Befund, dass es erstens im BGB nicht angemessen adressiert wird, dass es zweitens der Praxis nicht gelungen ist, die Schwächen der *lex lata* zu kompensieren und dass es drittens bislang an einer systematischen wissenschaftlichen Durchdringung der Thematik fehlte. Die Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2018/19 als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur bis Mai 2020 berücksichtigt.

Meine Habilitationsschrift verdankt ihre Entstehung meiner für mich in vielerlei Hinsicht prägenden Begegnung mit meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, dem Direktor der Abteilung für Unternehmens- und Steuerrecht am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München. Wolfgang Schön ermutigte mich, eine akademische Karriere einzuschlagen und bot mir hierfür mit einer Stelle als wissenschaftlicher Referent an seinem Institut ein ideales Umfeld. Von ihm stammte auch die Anregung, meine Habilitationsschrift einer grundlegenden privatrechtlichen Fragestellung zu widmen. Zu ihrem erfolgreichen Abschluss hat er durch sein stets offenes Ohr, durch zahllose gute Ratschläge und anregende Diskussionen maßgeblich beigetragen. Vor allem aber war mir Wolfgang Schön in fachlicher und persönlicher Hinsicht stets ein Vorbild. Hierfür bin ich ihm zutiefst dankbar.

Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Professor Ansgar Ohly und Herrn Professor Klaus-Dieter Drüen, die mich als weitere Mitglieder meines Fachmentors in vielfältiger Weise unterstützt haben. Herrn Professor Ohly danke ich zudem herzlich für die zeitnahe Erstellung seines Zweitgutachtens, dem man in jeder Zeile die intensive und konstruktive Auseinandersetzung mit meiner Arbeit anmerkt. Danken möchte ich ferner der gesamten Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München dafür, dass sie mich als externen Habilitanden überaus freundlich aufgenommen hat. Die Veröffentlichung der Arbeit wurde vom Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert, wofür ich sehr dankbar bin.



Während meiner gesamten Habilitationsphase habe ich die freundschaftliche Atmosphäre am Institut und den inspirierenden geistigen Austausch mit meinen Kolleginnen und Kollegen sehr genossen. Besonders für die schöne gemeinsame Zeit und für vielfältige Unterstützung bedanke ich mich bei Birke Häcker, Caroline Heber, Christine Osterloh-Konrad, Johanna Stark, Andreas Fleckner und Alexander Hellgardt. Besonders danke ich ferner Gabriele Auer, die mich in allen organisatorischen Belangen stets in herausragender und überobligatorischer Weise unterstützt hat, sowie Petra Golombek, die durch ihr großes Engagement in der Betreuung der Bibliothek einen entscheidenden Beitrag zu den vorzüglichen Forschungsbedingungen am Institut leistet. Eine große Hilfe bei der Erstellung der Arbeit waren mir ferner die studentischen Hilfskräfte am Institut. Mein Dank hierfür gilt insbesondere Vera Gentner, Antonia Haaks, Andreas Drees, Markus Heigl, Jan Rausch, Moritz Rehm und Florian Striefler. Meinem Schwiegervater Edmund Gumpert danke ich herzlich für sein scharfes Auge beim Korrekturlesen der Arbeit.

Abschließend möchte ich mich bei der Person bedanken, der ich nie genug danken kann: meiner Frau Anna Gumpert. Da sie selbst Wissenschaftlerin ist, kennt sie die Höhen und Tiefen, die dieser Weg mit sich bringt. Sie war immer für mich da, wenn ich mich in den Untiefen zu verlaufen drohte. Nur mit ihr konnte ich die Höhepunkte wirklich genießen. Dafür, dass sie stets an meiner Seite steht, danke ich ihr von ganzem Herzen. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Juni 2020

Erik Röder

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXXI
<i>Einleitung</i> . . . . .	1
1. Teil: Grundlegung . . . . .	9
<i>A. Terminologie der Untersuchung</i> . . . . .	10
<i>B. Überblick über die für den Nutzungsausgleich relevanten Vorschriften</i> . . . . .	15
<i>C. Charakteristika des Nutzungsausgleichs</i> . . . . .	103
<i>D. Grundfragen für die Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes</i> . . . . .	123
2. Teil: Kritische Analyse des <i>status quo</i> des Nutzungsausgleichs . . . . .	135
<i>A. Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB</i> . . . . .	136
<i>B. Bestimmung des Wertes der Güternutzung</i> . . . . .	260
<i>C. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes</i> . . . . .	372
3. Teil: Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs . . . . .	429
<i>A. Konkretisierung der Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime</i> . . . . .	430
<i>B. Neubestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs</i> . . . . .	434
<i>C. Neuregelung der Bestimmung des Wertes der Güternutzung</i> . . . . .	518
<i>D. Verbesserung der Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes</i> . . . . .	605
<i>E. Umsetzungsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda</i> . . . . .	634

<i>Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse</i> . . . . .	647
<i>Schluss</i> . . . . .	657
<i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	659
<i>Sach-, Personen- und Vorschriftenverzeichnis</i> . . . . .	679

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXXI
<i>Einleitung</i> . . . . .	1
<b>1. Teil: Grundlegung</b> . . . . .	9
<i>A. Terminologie der Untersuchung</i> . . . . .	10
I. Nutzungsausgleich . . . . .	10
II. Gut . . . . .	12
III. Innehaben eines Gutes . . . . .	12
IV. Berechtigter/Nichtberechtigter . . . . .	14
<i>B. Überblick über die für den Nutzungsausgleich relevanten Vorschriften</i> . . . . .	15
I. Nutzungsbegriff des § 100 BGB . . . . .	15
1. Fruchtbegriff des § 99 BGB . . . . .	15
a) § 99 BGB als Oberbegriff für unterschiedliche Ertragsarten . . . . .	16
b) Verzicht auf eine Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitskriterien . . . . .	17
c) Verzicht auf eine Differenzierung nach dem Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung nach dem Vorbild der gemeinrechtlichen Kategorie der fructus industriales . . . . .	21
aa) Verzicht auf eine Übernahme der Kategorie der fructus industriales in den Fruchtbegriff des BGB . . . . .	22
bb) Historische Bedeutung der Kategorie der fructus industriales für die Durchführung des Nutzungsausgleichs . . . . .	23
cc) Fortdauernde Relevanz des Einflusses des Nutzenden auf den Nutzungserfolg für die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs . . . . .	26
2. Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB . . . . .	28
3. Proprium des Nutzungsbegriffs? . . . . .	29
a) Gesetzestechnische Zweckmäßigkeit als Grund für die Schaffung des § 100 BGB . . . . .	29
b) Fortbestand des genutzten Gutes als Proprium des Nutzungsbegriffs? . . . . .	31

II. Auf Nutzungsausgleich gerichtete Anspruchsgrundlagen . . . . .	33
1. Nutzungsausgleich außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge . . . . .	33
a) Nutzungsausgleich im Bereicherungsrecht . . . . .	34
b) Nutzungsausgleich im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis . . . . .	35
c) Nutzungsausgleich im Verhältnis von Erbe und Erbschaftsbesitzer . . . . .	38
d) Nutzungsausgleich im Verhältnis von Vermächtnisnehmer und Beschwertem . . . . .	39
e) Nutzungsausgleich nach Rechtshängigkeit eines Herausgabeanspruchs . . . . .	40
2. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge . . . . .	41
a) Nutzungsausgleich nach Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	42
aa) Rechtslage bis zur Schuldrechtsmodernisierung . . . . .	42
(1) Veräußerungsverträge . . . . .	42
(2) Nutzungsüberlassungsverträge . . . . .	44
bb) Rechtslage seit der Schuldrechtsmodernisierung . . . . .	46
(1) Veräußerungsverträge . . . . .	46
(2) Nutzungsüberlassungsverträge . . . . .	49
cc) Sonderregelung für Teilzahlungsgeschäfte . . . . .	50
dd) Verweisungen auf das Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	52
(1) Widerruf von Verbraucherverträgen vor Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie . . . . .	52
(2) Wandlung . . . . .	55
(3) Nachlieferung bzw. Neuherstellung . . . . .	55
(4) Schadensersatz statt der ganzen Leistung . . . . .	57
(5) Minderung . . . . .	58
b) Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung widerrufener Verbraucherverträge . . . . .	58
c) Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge . . . . .	61
aa) Unwirksame gegenseitige Veräußerungsverträge . . . . .	61
(1) Saldotheorie und Nutzungsausgleich . . . . .	62
(a) Grundaussage der Saldotheorie . . . . .	62
(b) Auswirkungen der Saldotheorie auf den Nutzungsausgleich . . . . .	63
(2) Verhältnis von Saldotheorie und Vindikation . . . . .	64
bb) Unwirksame gegenseitige Nutzungsüberlassungsverträge . . . . .	66
3. Nutzungsausgleich durch gesetzliche Verzinsungspflichten . . . . .	68
a) Gesetzliche Verzinsungspflichten als Bestandteil des Nutzungsausgleichs . . . . .	69
b) Klassifizierung gesetzlicher Zinstatbestände . . . . .	71
aa) Verzinsung empfangenen Geldes nach § 347 S. 3 BGB a.F. . . . .	71
bb) Verzugszinsen, § 288 BGB . . . . .	72

cc) Verzinsung des Wertersatzes wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache, § 849 BGB . . . . .	76
dd) Prozesszinsen, § 291 BGB . . . . .	77
ee) Nutzungszinsen gemäß § 452 BGB a.F. und § 641 Abs. 4 BGB	78
ff) Exkurs: Fälligkeitszinsen gemäß § 353 HGB . . . . .	82
III. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands . . . . .	83
1. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands nach allgemeinen Grundsätzen . . . . .	84
a) Berücksichtigung von Fruchtgewinnungskosten gemäß § 102 BGB	84
b) Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands bei der Bewertung von Gebrauchsvorteilen . . . . .	87
c) Nutzungsbedingter Aufwand bei hypothetischen Nutzungen . .	88
2. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands als Verwendungen	89
3. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands gemäß § 347 Abs. 2 S. 2 BGB . . . . .	93
4. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands gemäß § 818 Abs. 3 BGB . . . . .	93
5. Nutzungsbedingte Wertminderung des genutzten Gutes als nutzungsbedingter Aufwand . . . . .	96
a) Nutzungsbedingte Wertminderung bei Gütern mit beschränkter Nutzungsdauer . . . . .	96
b) Zerstörung oder Beschädigung des genutzten Gutes als nutzungsbedingter Aufwand . . . . .	98
IV. Periodisierung des Nutzungsausgleichs . . . . .	99
1. Zeitliche Zuordnung von Nutzungen . . . . .	99
2. Zeitliche Zuordnung nutzungsbedingten Aufwands . . . . .	101
C. <i>Charakteristika des Nutzungsausgleichs</i> . . . . .	103
I. Nutzungsausgleich orientiert sich am Vorteil des Nichtberechtigten .	103
1. Abgrenzung des Nutzungsausgleichs vom Schadensersatz . . . . .	104
2. Dogmatische Sonderstellung der Haftung für nicht gezogene Nutzungen . . . . .	107
II. Nutzungsausgleich bemisst sich ausschließlich anhand des Wertes der Güternutzung . . . . .	110
1. Abgrenzung zur umfassenden Vorteilsabschöpfung gemäß § 667 Alt. 2 BGB . . . . .	111
2. Abgrenzung zur präventiven Gewinnhaftung . . . . .	112
III. Nutzungsausgleich tritt als Sekundäranspruch zu einem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes hinzu . . .	115
1. Abgrenzung zur unberechtigten Nutzung eines Gutes bei fehlender Inhaberschaft des Nutzenden . . . . .	116
2. Abgrenzung zur unberechtigten Nutzung eines Gutes durch den berechtigten Inhaber . . . . .	118

IV. Nutzungsausgleich verleiht dem Primäranspruch auf Übertragung des Gutes zeitliche Rückwirkung . . . . .	119
<i>D. Grundfragen für die Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes</i>	123
I. Unter welchen Voraussetzungen sollen Nutzungen ausgeglichen werden? . . . . .	123
II. Wie ist der Wert der Güternutzung zu bestimmen? . . . . .	125
1. Notwendigkeit einer Regelung zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung . . . . .	126
2. Notwendigkeit einer Regelung der Zuordnung des bei produktiver Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums . . . . .	128
a) Auskehrung des Residuums an den Berechtigten . . . . .	129
b) Verbleib des Residuums beim Nichtberechtigten . . . . .	130
c) Aufteilung des Residuums . . . . .	131
III. Wie ist der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes abzustimmen? . . . . .	132
1. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung . . . . .	132
2. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut . . . . .	133
3. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes . . . . .	134
2. Teil: Kritische Analyse des <i>status quo</i> des Nutzungsausgleichs	135
<i>A. Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB</i> . . . . .	136
I. Nutzungsausgleichstatbestände ohne spezifischen Bezug zur Rückabwicklung von Verträgen . . . . .	138
1. Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes . . . . .	138
a) Genese des Wertungswiderspruchs zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 BGB . . . . .	139
aa) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes in den Vorlagen <i>von Kübels, Johows</i> und <i>von Schmitts</i> . . . . .	139
(1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers in <i>Johows</i> Teilentwurf zum Sachenrecht . . . . .	140
(2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners in <i>von Kübels</i> Vorlage zur ungerechtfertigten Bereicherung . . . . .	145
(3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers bzw. Vermächtnisbeschwerter in <i>von Schmitts</i> Teilentwurf zum Erbrecht . . . . .	149
bb) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes im E I . . . . .	151

(1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners im E I . . . . .	151
(2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers im E I . . . . .	152
(3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers und Vermächtnisbeschwerten im E I . . . . .	156
cc) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes im E II . . . . .	158
(1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners im E II . . . . .	158
(2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers im E II . . . . .	160
(3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers und Vermächtnisbeschwerten im E II . . . . .	163
b) Umgang mit dem Wertungswiderspruch zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 BGB bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge . . . . .	165
aa) Unsicherheit im Umgang mit dem Wertungswiderspruch in den ersten vier Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB . . . . .	165
(1) Frühe Grundsatzentscheidung für Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB . . . . .	166
(2) Problematische Relativierung der Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB . . . . .	166
(3) Rückkehr zur Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB . . . . .	168
(4) Erneute Relativierung der Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB . . . . .	169
bb) Entscheidung zugunsten des bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichsmodells . . . . .	170
(1) Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ in § 988 BGB durch die Rechtsprechung . . . . .	170
(2) Präferenz der Literatur für Zulassung einer Leistungskondition des Eigentümers . . . . .	172
cc) Mindermeinung für Verallgemeinerung des Nutzungsausgleichsmodells des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses . . . . .	173
c) Umgang mit der Privilegierung des Besitzers außerhalb unwirksamer gegenseitiger Verträge . . . . .	175
aa) Anwendungsbereich der Privilegierung des Besitzers außerhalb der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge . . . . .	176
bb) Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ außerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse nicht überzeugend . . . . .	177
(1) Maßgeblichkeit des Verhältnisses des Besitzers zum Eigentümer . . . . .	177
(2) Maßgeblichkeit des Verhältnisses des Besitzers zum nichtberechtigten Dritten . . . . .	178



cc) Privilegierung des Besitzers zur Ermöglichung einer Minimalform des gutgläubigen Erwerbs nicht überzeugend . . . . .	178
2. Nutzungsausgleichspflicht des verklagten oder unredlichen Inhabers eines Gutes . . . . .	182
a) Nutzungsausgleichspflicht des verklagten Inhabers eines Gutes . . . . .	182
aa) Steigerung der Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	182
bb) Ziel der angemessenen Berücksichtigung der Interessen beider Prozessparteien . . . . .	183
cc) Im Hinblick auf das Regelungsziel teilweise inkonsistente Rechtsfolgen . . . . .	187
b) Nutzungsausgleichspflicht des unredlichen Inhabers eines Gutes . . . . .	188
II. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge . . . . .	190
1. Inkonsistente Begründung für Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	191
a) Nutzungsausgleich dient der Rückversetzung der Parteien in den <i>status quo ante contractum</i> . . . . .	191
aa) Wiederherstellung des <i>status quo ante contractum</i> als Leitbild der Rückabwicklung von Verträgen im gemeinen Recht und den Partikularrechten . . . . .	192
(1) <i>Actio redhibitoria</i> . . . . .	192
(2) Resolutivbedingung . . . . .	194
(3) Unwirksame Verträge . . . . .	198
bb) Explizite Übernahme des Leitbilds bei der Ausgestaltung des Rücktrittsfolgenrechts . . . . .	199
(1) Ausgestaltung des Rücktrittsfolgenrechts nach dem Vorbild der <i>actio redhibitoria</i> . . . . .	199
(2) <i>Status quo ante contractum</i> als Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts . . . . .	202
(3) Ungebrochene Strahlkraft des Leitbildes des <i>status quo ante contractum</i> . . . . .	203
cc) Implizite Geltung des Leitbilds auch für die Rückabwicklung von Verträgen nach Bereicherungsrecht . . . . .	206
dd) Nutzungsausgleich als Instrument zur Herstellung des <i>status quo ante contractum</i> . . . . .	206
b) Rückversetzung in den <i>status quo ante contractum</i> erfordert Orientierung am negativen Interesse . . . . .	208
c) Nutzungsausgleich steht mit Gewährung des negativen Interesses nicht in Einklang . . . . .	212
aa) Nutzungsausgleich gewährt negatives Interesse nur bei Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden . . . . .	212

bb) Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs mit der Prämisse der Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden unvereinbar . . . . .	215
cc) Ungebrochene Beliebtheit der Prämisse der Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden . . . . .	217
2. Unzureichende Abstimmung der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	219
a) Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	220
b) Bereicherungsrecht . . . . .	223
aa) Auswirkungen der Saldotheorie auf die Zuweisung des Nutzungsrisikos . . . . .	223
bb) Konkurrierende Lösungsvorschläge im Schrifttum . . . . .	226
3. Unzureichend reflektierte Anordnung neuer Nutzungsausgleichspflichten im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung . . . . .	230
a) Nachlieferung einer mangelhaften Kaufsache bzw. Neuherstellung eines mangelhaften Werkes . . . . .	230
b) Schadensersatz statt der ganzen Leistung . . . . .	233
4. Inkonsistente und lückenhafte Regelung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs bei gescheiterten gegenseitigen Nutzungsüberlassungsverträgen . . . . .	237
a) Einseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nach Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	237
b) Unsicherheit über den Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs bei unwirksamen gegenseitigen Nutzungsüberlassungsverträgen . . . . .	239
III. Fehlende Nutzungsausgleichspflicht bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen . . . . .	243
1. Fehlende Begründung für Verzicht auf Nutzungsausgleich bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen . . . . .	244
2. Unbefriedigende Versuche zur Lückenschließung mittels § 285 BGB . . . . .	251
a) Nutzungsabschöpfung mittels extensiver Anwendung des § 285 Abs. 1 BGB? . . . . .	252
b) Sperrwirkung des § 446 S. 2 BGB? . . . . .	254
IV. Fazit zur Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB . . . . .	257
<i>B. Bestimmung des Wertes der Güternutzung . . . . .</i>	260
I. Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung . . . . .	260
1. Begriff der Gebrauchsvorteile als konturloser dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung . . . . .	261
a) Eignung des Begriffs der Gebrauchsvorteile als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung . . . . .	261
b) Anforderungen an einen „Gebrauch“ i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB . . . . .	264

aa) Mindestintensität der Nutzung? . . . . .	264
bb) Höchstintensität der Nutzung? . . . . .	266
c) Für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB maßgeblicher Wertbegriff . . . . .	269
aa) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Bereicherungsrecht . . . . .	270
bb) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	271
cc) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses . . . . .	272
2. Unbefriedigende Praxis zur Bestimmung des Wertes von Gebrauchsvorteilen . . . . .	273
a) Fiktives Nutzungsentgelt und zeitanteilige lineare Wertminderung als dominante Bewertungsmaßstäbe . . . . .	273
aa) Fiktives Nutzungsentgelt . . . . .	273
bb) Zeitanteilige lineare Wertminderung . . . . .	275
(1) Notwendigkeit eines alternativen Bewertungsmaßstabs für die Gebrauchsvorteile von Pkw als Ausgangspunkt . . .	275
(2) Anerkennung des Bewertungsmaßstabs durch den BGH .	278
(3) Konkrete Berechnung der zeitanteiligen linearen Wertminderung . . . . .	280
b) Unübersichtliche Kasuistik zur Bestimmung des Bewertungsmaßstabs . . . . .	282
aa) Differenzierung zwischen „nicht verschärfter“ und „verschärfter“ Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	282
bb) Differenzierung zwischen der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen und Nutzungsüberlassungsverträgen	283
cc) Differenzierung zwischen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge und sonstiger Nutzungsausgleichskonstellationen .	285
dd) Differenzierung zwischen Gütern mit begrenzter und unbegrenzter bzw. nicht bestimmbarer Nutzungsdauer . . .	286
ee) Sonderdogmatik für den Gebrauch von Geld . . . . .	290
c) Schwächen der praktizierten Bewertungsmaßstäbe . . . . .	293
aa) Schwächen des Bewertungsmaßstabs „fiktives Nutzungsentgelt“	293
(1) Fehlen eines Marktes für die zeitlich begrenzte Überlassung des Gutes zur Nutzung . . . . .	294
(2) Fiktion eines Nutzungsüberlassungsvertrags . . . . .	295
bb) Schwächen des Bewertungsmaßstabs der „zeitanteiligen linearen Wertminderung“ . . . . .	298
(1) Unklarheit über die Natur der Typisierung (zwingend oder optional) . . . . .	299
(2) Unterkompensation des Berechtigten durch fehlende Berücksichtigung von Kapitalkosten . . . . .	301

cc) Schwächen des Bewertungsmaßstabs „ersparte Sollzinsen“ für rechtsgrundlos erlangtes Geld . . . . .	305
II. Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums . . . . .	306
1. Konkretisierung der Residuumsproblematik . . . . .	306
2. Inadäquanz der gesetzlichen Regelungen zur Zuordnung des Residuums . . . . .	310
a) Unangemessene Verknüpfung der Zuordnung des Residuums mit dem Fruchtbegriff des § 99 BGB . . . . .	310
aa) Zuordnung des Residuums ohne Rücksicht auf den Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg nicht sachgerecht . .	310
bb) Strukturelle Überforderung des Fruchtbegriffs des § 99 BGB	313
(1) Funktionen des Fruchtbegriffs . . . . .	313
(a) Dingliche Zuordnung getrennter Früchte . . . . .	314
(b) Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts bei berechtigter produktiver Nutzung . . . . .	316
(2) Unvereinbarkeit der an den Fruchtbegriff gestellten Anforderungen . . . . .	317
(a) Unvereinbarkeit der dinglichen Zuordnungsfunktion mit der Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts bei berechtigter produktiver Nutzung . . . . .	317
(b) Unvereinbarkeit der Bestimmung der Ausgleichsleistung bei unberechtigter produktiver Nutzung mit den übrigen Funktionen des Fruchtbegriffs . . . . .	320
cc) Alternative Konzepte zur Bewältigung der Residuumsproblematik . . . . .	322
(1) Überblick über die im Schrifttum vertretenen Konzepte .	323
(2) Beschränkte Nützlichkeit der Alternativkonzepte zur Bewältigung der Residuumsproblematik . . . . .	327
b) Fehlen konsistenter Regelungen für die Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands . . . . .	329
aa) Unangemessenheit der Beschränkung der Fruchtgewinnungskosten auf den Wert der zu restituierenden Früchte gemäß § 102 BGB . . . . .	329
bb) Umfassende Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands nur bei Nutzungsausgleichspflicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen . . . . .	332
3. Unbefriedigende Praxis zum Umgang mit der Residuumsproblematik	334
a) Unternehmerische Nutzung fremder Güter . . . . .	334
aa) Nutzung eines fremden Unternehmens . . . . .	334
(1) Kleine, inhabergeführte Unternehmen als Hauptanwendungsfall einer unternehmensbezogenen Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	334

(2) Dogmatische Überforderung der <i>lex lata</i> . . . . .	336
(a) „Unternehmen“ als Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	337
(b) Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff . . . . .	339
(c) Relevanz von Gewinnentnahmen bzw. Gewinnausschüttungen für den Nutzungsbegriff . . . . .	340
(3) Kontroverse um die Zuordnung des Residuums bei der Nutzung eines fremden Unternehmens . . . . .	343
(a) Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Auskehrung des erwirtschafteten Gewinns . . . . .	343
(b) Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Zahlung eines fiktiven Pachtzinses . . . . .	347
(c) Aufteilung des Residuums zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem . . . . .	350
bb) Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen . . . . .	352
(1) Bemessung des Nutzungsausgleichs anhand des vom Nichtberechtigten ersparten Aufwands . . . . .	352
(2) Unterscheidung zwischen der Nutzung eines Unternehmens und der Nutzung von Gütern in einem Unternehmen . . . . .	355
b) Ertragsbringende Nutzung von „Geld“ . . . . .	357
aa) Sonderdogmatik für die Durchführung des Nutzungs- ausgleichs bei der ertragsbringenden Nutzung von Geld . . . . .	358
(1) Nutzungsausgleich trotz Veräußerung des ursprünglich erlangten Geldes . . . . .	358
(2) Einordnung von Kapitalerträgen in den Nutzungsbegriff . . . . .	360
bb) Zuordnung des bei Nutzung von Geld erzielten Residuums ohne Rücksicht auf den Erfolgsbeitrag des Nichtberechtigten durch die Rechtsprechung . . . . .	361
(1) Nutzungsausgleich bei der verzinslichen Anlage von Geld . . . . .	361
(2) Nutzungsausgleich bei der Nutzung von Geld in einem Unternehmen . . . . .	362
(3) Nutzungsausgleich bei gescheiterten Darlehensverträgen . . . . .	364
cc) Fehlen überzeugender Alternativkonzepte im Schrifttum . . . . .	366
c) Vermietung fremder Immobilien . . . . .	368
III. Fazit zur Bestimmung des Wertes der Güternutzung . . . . .	370
C. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem <i>Schicksal des genutzten Gutes</i> . . . . .	372
I. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung . . . . .	372
1. Verknüpfung von Zufallsgefahr und Berechtigung an den Nutzungen als allgemeines Prinzip . . . . .	373
2. Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich . . . . .	375

a) Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . .	376
b) Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	377
aa) Gefahrtragung bei der Rückabwicklung nach Rücktrittsfolgenrecht . . . . .	378
(1) Gefahrtragung und Nutzungsausgleich im Rücktrittsfolgenrecht vor der Schuldrechtsmodernisierung	378
(2) Gefahrtragung und Nutzungsausgleich im Rücktrittsfolgenrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung	380
bb) Gefahrtragung bei der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht . . . . .	384
II. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut . . . . .	386
1. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> . . . . .	387
a) Bedürfnis für eine Abstimmung von Nutzungsausgleich und Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> . . . . .	387
b) Überblick über den Meinungsstand bezüglich der Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> . . . . .	390
aa) Diskussion zu § 285 Abs. 1 BGB . . . . .	390
bb) Diskussion im Bereicherungsrecht . . . . .	392
(1) Hinnahme einer Diskrepanz zwischen § 818 Abs. 1 bis 3 BGB und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	392
(2) Vermeidung einer Diskrepanz durch Erstreckung des § 818 Abs. 1 BGB auf das <i>commodum ex negotiatione</i> bzw. mittels eines subjektiven Wertbegriffs im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB . . . . .	394
(3) Vermeidung einer Diskrepanz durch Herausnahme des <i>commodum ex negotiatione</i> aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB . . .	395
c) Anpassung des Nutzungsausgleichs bzw. der Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> zur Herstellung eines wertungsmäßigen Gleichlaufs . . . . .	395
aa) Fehlende Koordinierung als Normalfall . . . . .	396
bb) Mindermeinung zur Korrektur des Nutzungsausgleichs zum Zwecke der Abstimmung mit der Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> . . . . .	399
2. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit dem Anspruch auf Wertersatz für das genutzte Gut . . . . .	401
a) Abstimmungsbedarf zwischen Nutzungsausgleich und Wertersatz für das genutzte Gut . . . . .	401
aa) Bewertungsmaßstab . . . . .	401
bb) Bewertungszeitpunkt . . . . .	402

b) Unzureichende Koordinierung von Nutzungsausgleich und Ermittlung des Wertersatzes im Hinblick auf den Bewertungszeitpunkt . . . . .	403
aa) Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Übertragung des Gutes . . . . .	405
bb) Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs . . . . .	406
cc) Zeitpunkte nach der Entstehung des Wertersatzanspruchs (Erfüllung des Wertersatzanspruchs, Klageerhebung, letzte mündliche Verhandlung) . . . . .	408
III. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes . . . . .	410
1. Verzicht auf Nutzungsausgleich nach Verwertung des Gutes . . . . .	411
a) Grundsätzliches Fehlen einer Nutzungsausgleichspflicht im Falle einer Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Wertersatz . . . . .	411
aa) Keine allgemeine Verpflichtung zu pauschalem Nutzungsausgleich in Gestalt einer Verzinsung der Wertersatzpflicht . . . . .	412
bb) Nur ausnahmsweise Kombination von Wertersatzpflicht mit konkretem Nutzungsausgleich . . . . .	414
b) Unangemessene Begünstigung des Nichtberechtigten durch fehlende Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	419
2. Verzinsung des Wertersatzanspruchs . . . . .	421
3. Ausgleichspflicht für aus dem Surrogat gezogene Nutzungen . . . . .	422
a) Grundsätzliche Erstreckung einer bestehenden Nutzungsausgleichspflicht auf die aus dem Surrogat gezogenen Nutzungen . . . . .	422
b) Problematik der Nachverfolgung . . . . .	424
c) Verknüpfung des Schicksals eines Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit Fortsetzung des Primäranspruchs an einem Surrogat nicht überzeugend . . . . .	427
IV. Fazit zur Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleichs mit dem Schicksal des genutzten Gutes . . . . .	428
3. Teil: Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs . . . . .	429
A. Konkretisierung der Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime . . . . .	430
B. Neubestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs . . . . .	434
I. Nutzungsausgleich außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen? . . . . .	435
1. Nutzungsausgleich als notwendiger Bestandteil des Bereicherungsausgleichs . . . . .	435
a) Nutzung eines Gutes durch einen Nichtberechtigten als ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	435

b) Notwendigkeit eines Nutzungsausgleichs zur Wahrung der inneren Konsistenz des Bereicherungsausgleichs . . . . .	438
2. Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers nicht gerechtfertigt . . . . .	440
a) Anhaltende Verbreitung der Privilegierung in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen . . . . .	440
b) Argumente für Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers nicht überzeugend . . . . .	444
aa) Keine Rechtfertigung der Privilegierung mit der Vermeidung einer wirtschaftlichen Überforderung des Besitzers . . . . .	444
bb) Keine Rechtfertigung der Privilegierung als pauschaler Ausgleich des nutzungsbedingten Aufwandes des Besitzers . . . . .	446
cc) Keine Rechtfertigung der Privilegierung als Kompensation für ein fehlendes Lösungsrecht . . . . .	449
3. Notwendigkeit einer Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich unter Anreizgesichtspunkten . . . . .	454
a) Keine Gefahr von Fehlanreizen bei Glauben an bestehende Nutzungsberechtigung . . . . .	454
b) Fehlanreiz zu unwirtschaftlich intensiver Güternutzung bei fehlender Nutzungsausgleichspflicht . . . . .	455
II. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung von Verträgen? . . . . .	457
1. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge? . . . . .	458
a) Konzeptionelle Grundlagen einer Nutzungsausgleichspflicht bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	458
aa) Prämisse: Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge möglich . . . . .	459
bb) Wirkung: Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung . . . . .	460
cc) Potentielle Funktion: Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen . . . . .	461
b) Regelungsalternativen für die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge: Wechselseitiger Verzicht auf versus wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich . . . . .	462
aa) Wechselseitiger Verzicht auf Nutzungsausgleich . . . . .	462
(1) Rechtshistorische Vorbilder für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich . . . . .	463
(2) Rechtsvergleichende Vorbilder für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich . . . . .	465
(3) Forderungen nach einem wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich im deutschen Schrifttum . . . . .	471
bb) Wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich . . . . .	472



c)	Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge grundsätzlich vorzugswürdig . . . . .	475
aa)	Unangemessenheit des Kompensationsmodells in Vorleistungsfällen . . . . .	477
bb)	Unangemessenheit des Kompensationsmodells bei Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer . . . . .	478
cc)	Potentieller Nutzen wiegt Nachteile des Kompensationsmodells nicht auf . . . . .	480
2.	Nutzungsausgleich bei der (Rück-)Abwicklung gegenseitiger Nutzungsüberlassungsverträge? . . . . .	481
a)	Charakteristika von Nutzungsüberlassungsverträgen . . . . .	481
aa)	Nutzungsüberlassungsverträge und Veräußerungsverträge . . . . .	482
bb)	Nutzungsüberlassungsverträge und sonstige „Überlassungsverträge“ . . . . .	482
cc)	Nutzungsüberlassungsverträge und Dienstleistungsverträge . . . . .	484
dd)	Nutzungsüberlassungsverträge und Dauerschuldverhältnisse . . . . .	484
b)	Nutzungsausgleich im Rahmen der (Rück-)Abwicklung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags? . . . . .	486
aa)	Anforderungen an die Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung . . . . .	486
(1)	Rückgängigmachung der Nutzungsüberlassung mit zeitlicher Rückwirkung? . . . . .	487
(2)	Rückgängigmachung der Zahlung des Nutzungsentgelts mit zeitlicher Rückwirkung . . . . .	488
bb)	Nur eingeschränkte Möglichkeit für eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs <i>de lege lata</i> . . . . .	489
(1)	Vertragsbeendigung <i>ex nunc</i> beim Scheitern von Nutzungsüberlassungsverträgen im Stadium der Vertragsdurchführung . . . . .	490
(2)	<i>Ex-tunc</i> -Unwirksamkeit von Nutzungsüberlassungsverträgen bei Störungen im Stadium der Vertragsbegründung keine Selbstverständlichkeit . . . . .	492
(3)	Verzicht auf Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung bei Nutzungsüberlassungsverträgen . . . . .	494
cc)	Vollständiger Verzicht auf Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen vorzugswürdig . . . . .	495
(1)	Erforderlichkeit eines grundsätzlichen Abstellens auf die eingeräumte Nutzungsmöglichkeit . . . . .	496
(2)	Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzung nur auf der Ebene von § 818 Abs. 3 BGB . . . . .	500
c)	Nutzungsausgleich nach Beendigung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags? . . . . .	505

III. Nutzungsausgleich bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen? . . . . .	507
1. Keine generelle Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache und Nutzungsmöglichkeit . . . . .	507
2. Keine Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen der Kauf- sache und Nutzungsmöglichkeit bei gestörter Vertragsabwicklung .	511
a) Vorbilder für allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich . . . . .	511
b) Fehlendes Bedürfnis für allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich . . . . .	512
aa) Durch Leistungsstörungs- und Sachmängelgewährleistungs- recht gesetzte Anreize grundsätzlich ausreichend . . . . .	513
bb) Fehlende Eignung eines Anspruchs auf Nutzungsausgleich zur Ermöglichung oder Verhinderung eines „effizienten Vertragsbruchs“ . . . . .	514
cc) Fehlendes Bedürfnis für einen allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich zum Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung . . . . .	516
c) Festhalten am <i>status quo</i> angemessen . . . . .	516
C. <i>Neuregelung der Bestimmung des Wertes der Güternutzung</i> . . . . .	518
I. Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung	518
1. Kosten des Vollrechtsinhabers als konzeptioneller Ausgangspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung . . . . .	519
a) Fehlende wirtschaftliche Vergleichbarkeit zwischen dem Erwerb des Vollrechts und dem Erwerb der Nutzungsberechtigung auf Zeit . . . . .	519
b) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab im gesamten Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs . . . . .	521
aa) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab bei der Rückabwicklung von Verträgen . . . . .	522
bb) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab außerhalb der Rückabwicklung von Verträgen . . . . .	526
2. Kapitalkosten . . . . .	527
a) Grundsätzliche Notwendigkeit einer Verzinsung des in dem genutzten Gut gebundenen Kapitals . . . . .	528
b) Verzinsungsbasis . . . . .	530
c) Zinssatz . . . . .	531
aa) Typisierung der Kapitalkosten in Höhe der Rendite einer risikofreien Kapitalanlage . . . . .	531
(1) Fiktiver Aufwand für die berechtigte Nutzung von Geld als Maßstab für die Typisierung der Kapitalkosten . . . . .	531

(2) Opportunitätskosten in Gestalt der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage als fiktiver Aufwand für eine berechnete Nutzung von Geld im Allgemeinen . . . . .	533
(3) Rendite einer risikolosen Kapitalanlage als fiktiver Aufwand für die berechnete Nutzung von Kapital durch Kreditinstitute . . . . .	536
bb) Typisierung durch einen neuen gesetzlichen Zinssatz . . . . .	537
(1) Dynamisierung des Zinssatzes . . . . .	537
(2) Durchschnittliche Rendite kurzfristiger festverzinslicher Einlagen als Bezugsgröße . . . . .	539
(3) Erfordernis einer Zinskapitalisierung . . . . .	542
d) Zinslauf . . . . .	545
aa) Nutzbarkeit als Voraussetzung für den Zinslauf . . . . .	545
bb) Irrelevanz der tatsächlichen Nutzung für den Zinslauf . . . . .	548
cc) Keine Nutzungsausgleichspflicht während Verwahrung des Gutes durch den Nichtberechtigten . . . . .	550
3. Nutzungsbedingte Wertminderung . . . . .	552
a) Lineare Abschreibung als beste Methode zur typisierenden Erfassung des nutzungsbedingten Verlusts des in einem Gut mit beschränkter Nutzungsdauer gebundenen Kapitals . . . . .	553
aa) Technische, wirtschaftliche und rechtliche Ursachen für die zeitliche Beschränkung der wirtschaftlichen Nutzungsdauer eines Gutes . . . . .	553
bb) Ungeeignetheit eines Wertvergleichs zur Ermittlung des Wertverlusts aufgrund der zeitlichen Beschränkung der Nutzungsdauer des Gutes . . . . .	554
cc) Vorzugswürdigkeit einer linearen Abschreibung gegenüber einer periodengerechten Erfassung des nutzungsbedingten Wertverlusts . . . . .	556
b) Durchführung der linearen Abschreibung . . . . .	558
4. Keine Berücksichtigung sonstigen nutzungsbedingten Aufwands . . . . .	562
5. Einschränkung der Ausgleichspflicht durch § 818 Abs. 3 BGB . . . . .	563
6. Illustration von Funktionsweise und Auswirkungen der Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung anhand von Beispielfällen . . . . .	566
a) Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen . . . . .	566
b) Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen . . . . .	569
II. Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums . . . . .	572
1. Konzeptionelle Grundlagen zur Bewältigung der Zuordnungsproblematik . . . . .	572

a) Symmetrische Zuordnung von Gewinnen und Verlusten . . . . .	572
b) Risikobeeinflussung als zentraler Wertungsgesichtspunkt für die intersubjektive Zuordnung des Residuums . . . . .	575
c) Kriterien für die Beurteilung der Risikobeeinflussung im Einzelfall . . . . .	577
aa) Fortwirkende Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber des Gutes . . . . .	578
bb) Übernahme der Risikosteuerung durch den Nichtberechtigten	579
(1) Art der Aktivitäten des Nichtberechtigten . . . . .	579
(2) Dauer der Aktivitäten des Nichtberechtigten . . . . .	580
(3) Intensität der Aktivitäten des Nichtberechtigten . . . . .	581
d) Kein Bedürfnis für eine Aufteilung des Residuums . . . . .	581
2. Zuordnung des Residuums zum Nichtberechtigten . . . . .	582
a) Zuordnung des Bruttoertrags zum Nichtberechtigten . . . . .	582
b) Zuordnung des nutzungsbedingten Aufwands zum Nichtberechtigten . . . . .	584
aa) Ausgleichspflicht in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung . . . . .	584
bb) Verhinderung einer Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten . . . . .	586
(1) Keine Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten mittels eines Anspruchs auf Verwendungsersatz . . . . .	586
(2) Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten mittels § 818 Abs. 3 BGB nur bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Nichtberechtigten . . . . .	588
3. Zuordnung des Residuums zum Berechtigten . . . . .	591
a) Zuordnung des Bruttoertrags zum Berechtigten . . . . .	592
b) Zuordnung des nutzungsbedingten Aufwands zum Berechtigten	593
aa) Anspruch des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten auf Erstattung des nutzungsbedingten Aufwands . . . . .	593
bb) Keine Beschränkung des Anspruchs auf den Bruttoertrag . .	595
c) Mindesthaftung bei Verstoß gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft . . . . .	596
4. Illustration von Funktionsweise und Auswirkungen der Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung anhand von Beispielfällen . . . . .	598
a) Unternehmerische Nutzung fremder Güter . . . . .	598
aa) Nutzung eines fremden Unternehmens . . . . .	598
bb) Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten . . . . .	600
b) Ertragsbringende Nutzung von „Geld“ . . . . .	602
c) Vermietung fremder Immobilien . . . . .	603

<i>D. Verbesserung der Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes</i> . . . . .	605
I. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung . . . . .	605
1. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	605
a) Abstimmung von Gefahrtragung und Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs . . . . .	605
b) Abstimmung von Gefahrtragung und inhaltlicher Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich bei nutzungsbedingter Risikoerhöhung . . . . .	607
aa) Keine Veränderung des Wertes der Güternutzung durch Gefahrtragung bzw. Gefahrrealisierung . . . . .	608
bb) Berücksichtigung einer nutzungsspezifischen Risikoerhöhung bei der Gefahrtragung . . . . .	610
(1) Keine Berücksichtigung einer nutzungsbedingten Risikoerhöhung bei einem redlichen unverklagten Nichtberechtigten . . . . .	611
(2) Berücksichtigung einer nutzungsbedingten Risikoerhöhung bei einem unredlichen bzw. verklagten Nichtberechtigten . . . . .	612
2. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge . . . . .	616
a) Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen zum Zweck der Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung . . . . .	616
b) Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit der Ausgleichspflicht für das genutzte Gut bei Gefahrrealisierung . . . . .	617
II. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut . . . . .	619
1. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Zuordnung des <i>commodum ex negotiatione</i> . . . . .	620
2. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit dem Anspruch auf Wertersatz für das genutzte Gut . . . . .	624
a) Verwertungsformübergreifende Abstimmung des Bewertungsmaßstabs . . . . .	625
b) Verwertungsformübergreifende Abstimmung des Bewertungszeitpunkts . . . . .	625
3. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Schicksal des Gutes bei Korrelation zwischen Wertentwicklung und Nutzungserfolg . . . . .	627
III. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes . . . . .	630
1. Verzinsung des Wertersatzanspruchs . . . . .	630
2. Umstellung der Nutzungsausgleichspflicht auf Surrogate . . . . .	632

<i>E. Umsetzungsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda</i> . . . . .	634
I. Umsetzungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i> . . . . .	634
II. Anpassungsbedarf <i>de lege ferenda</i> . . . . .	636
1. Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs . . . . .	637
2. Bestimmung des Wertes der Güternutzung . . . . .	639
3. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes . . . . .	640
III. Formulierungsvorschlag . . . . .	641
 <i>Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse</i> . . . . .	 647
<i>Schluss</i> . . . . .	657
 <i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	 659
 <i>Sach-, Personen- und Vorschriftenverzeichnis</i> . . . . .	 679



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
a. M.	am Main
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Amtsgericht
AGR	Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E Bayern	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern
BGB-E Hessen	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen, nebst Motiven
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium der Finanzen
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt



BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)
bzw.	beziehungsweise
CISG	The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (Baierisches Landrecht) von 1756
CR	Computer und Recht
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
dies.	dieselbe(n)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Dresdner Entwurf	Entwurf eines allgemeine deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. 1888 (1. Entwurf)
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Zweite Lesung. 1894, 1895; sogenannter 2. Entwurf
ECLI	European Case Law Identifier
EONIA	Euro OverNight Index Average
€STR	Euro Short-Term Rate
etc.	et cetera
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
Fn.	Fußnote(n)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HWiG	Haustürwiderrufsgesetz
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ibid.	ibidem
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts

JBl.	Juristische Blätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JORF	Journal officiel de la République française
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KfZ	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Lkw	Lastkraftwagen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiterem Nachweis
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n°	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No	numero
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGR	OLG-Report
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
OT	Obertribunal
p. a.	per annum
para(s)	paragraph(s)
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Principles of International Commercial Contracts
Pkw	Personenkraftwagen
PucheltsZ	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Recht	Das Recht – Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite(n)/Satz
Sächsisches BGB	Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863

SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SZ	Sammlung Zivilsachen (OGH, Österreich)
TE-ErbR	Teilentwurf zum Erbrecht
TE-SachR	Teilentwurf zum Sachenrecht
TzWrG	Teilzeit-Wohnrechtegesetz
u. a.	unter anderem
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
USA	United States of America
v.	versus/vom/von
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
WarnRspr	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist
WM	Wertpapier-Mitteilungen
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZAkdr	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (2002–2008)/Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (2009–2011)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch (Deutsche Demokratische Republik)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
ZüricherGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1856

## Einleitung

„Das Ding, die Sache besitzt Werthaftigkeit, indem es (sie) Nutzungen zu gewähren vermag. Der Gutscharakter des Dinges beruht auf seiner Nutzbarkeit, auf der Fähigkeit, menschliche Bedürfnisse zu befriedigen. Der jeweilige Nutzen, den ein Ding gewährt, ist nicht dieses selber. Es besteht hier ein Zeitgegensatz. Die Substanz des Gutes verzeitet sich in seinen Nutzungen. Anders ausgedrückt: das Wertsein der Sache wird aktualisiert, indem sie genutzt wird.“

*Husserl, Der Rechtsgegenstand, 1933, S. 23.*

### *Gegenstand und Zielsetzung der Untersuchung*

Der Besitzer einer Sache, die im Eigentum eines anderen steht, hat kein Recht zum Besitz: Die Vindikationslage ist der Archetyp einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung. Wenn sich ein Gut in der Verfügungsgewalt eines nichtberechtigten Inhabers befindet, gewährt die Rechtsordnung dem Berechtigten als primären Rechtsbehelf einen Anspruch auf Übertragung des Gutes. Der Eigentümer kann vom Besitzer gemäß § 985 BGB die Herausgabe der Sache verlangen.

Abgesehen von Fällen, in denen der Nichtberechtigte das Gut unmittelbar nach seiner Erlangung auf den Berechtigten überträgt, genügt dieser primäre Anspruch jedoch nicht, um die von der Rechtsordnung nicht anerkannte Güterzuordnung vollständig zu korrigieren. Denn – wie es *Gerhart Husserl* 1933 formulierte – die Substanz eines Gutes „verzeitet sich in seinen Nutzungen“. Das Innehaben eines Gutes im Zeitablauf hat einen Vermögenswert. Dieser Wert steht dem berechtigten Inhaber des Gutes zu. Gemäß § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer einer Sache mit ihr „nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Dem Eigentümer ist damit insbesondere das Recht zugewiesen, die Sache zu besitzen und zu nutzen. Er ist der „erste ‚Nutzungsberechtigte‘ seiner Sache.“<sup>1</sup> Nut-

---

<sup>1</sup> *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 1. In der ersten Kommission war beantragt worden, die Befugnis des Eigentümers zum Besitz und zur Ziehung von Nutzungen ausdrücklich festzuschreiben. Die Mehrheit der Kommission hielt dies jedoch für überflüssig und beschloss daher, dass „das Recht des Eigentümers, die Sache zu besitzen und die Nutzungen derselben zu ziehen, nicht besonders erwähnt

zungsberechtigt ist auch derjenige, dem der Eigentümer die Sache entgeltlich oder unentgeltlich zur Nutzung überlässt.<sup>2</sup>

Besonders deutlich und intuitiv nachvollziehbar ist die „Verzeitung“ des Wertes eines Gutes im Fall einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung. Der vom Eigentümer einer Sache erzielte Mietzins ist der Preis für die Nutzung der Sache für einen bestimmten Zeitraum. Aber auch der Käufer erwirbt eine Sache nicht um ihrer selbst willen, sondern um sie zukünftig zur Befriedigung seiner Bedürfnisse nutzen zu können. Aus der Perspektive eines Käufers besteht der Wert<sup>3</sup> eines Gutes im Zeitpunkt des Kaufes im abgezinsten Wert aller ihm durch das Gut eröffneten Nutzungsmöglichkeiten.<sup>4</sup> Ein Kaufvertrag kommt nur zustande, wenn sich die Parteien auf einen Preis verständigen können, der diesen Wert nicht übersteigt.<sup>5</sup> Anders ausgedrückt entspricht der Kaufpreis eines Gutes der Untergrenze des durch Abzinsung auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses zusammengesetzten Nutzungswerts, den das Gut für den Käufer hat.<sup>6</sup>

Der Umstand, dass der nichtberechtigte Inhaber das Gut anstelle des Berechtigten nutzen kann, solange es sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, führt zu einer Komplikation: Das „Wertsein“ des Gutes „aktualisiert sich“ – um erneut mit *Husserl* zu sprechen – in den Händen des Nichtberechtigten, solange eine korrekturbedürftige Güterzuordnung andauert. Mittels eines Anspruchs auf Übertragung des Gutes kann sich der Berechtigte zwar *pro futuro* wieder Zugriff auf die mit dem Gut verbundenen Nutzungsmöglichkeiten verschaffen. An dem Vorteil, den der Nichtberechtigte in der Vergangenheit bereits aus der Nutzung des Gutes gezogen hat, ändert sich hierdurch jedoch nichts. Wenn etwa der nichtberechtigte Besitzer eines Pkw damit in sechs Monaten 10.000 km zurücklegt, so wird der Wert dieser Nutzung durch die Herausgabe des Pkw an den Eigentümer nicht geschmälert. Um dem Nichtberechtigten auch den Vorteil zu entziehen, den er durch die Nutzung des Gutes in der Vergangenheit erlangt hat, muss der primäre Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Gutes um einen entsprechenden Ausgleichsanspruch ergänzt werden.

---

werden [soll].“ Siehe *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 442.

<sup>2</sup> Auf obligatorischer Grundlage bspw. aufgrund eines Miet-, Pacht- oder Leihvertrages. Der Eigentümer kann einem Dritten zudem durch die Bestellung eines Nießbrauchs ein umfassendes dingliches Nutzungsrecht einräumen.

<sup>3</sup> Der Begriff des „Wertes“ hat eine lange ideengeschichtliche Tradition. Für einen Überblick siehe *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht, 2008, S. 6ff.

<sup>4</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 351.

<sup>5</sup> *Ibid.*, S. 350; *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 8. Aufl. 2013, S. 318f. Der Betrag, um den der Nutzen der Kaufsache für den Käufer den Kaufpreis übersteigt, bildet die sogenannte Konsumentenrente (consumer surplus), *ibid.*, S. 132. Aus der Perspektive des Verkäufers stellt sich der Sachverhalt spiegelbildlich dar, *ibid.*, S. 298.

<sup>6</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 350. Aus diesem Grund wäre ein potentieller Käufer bspw. nicht bereit, für ein Grundstück, das mit einem Nießbrauch mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren belastet ist, den gleichen Preis zu bezahlen wie für das Grundstück in unbelastetem Zustand: Der Nießbrauch verringert den Barwert des Grundstücks.

Damit ist die Brücke zu dem Regelungsproblem geschlagen, das den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet: Unter welchen Voraussetzungen sollte der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes verpflichtet sein, Ausgleich für aus der Nutzung des Gutes gezogene Vorteile zu leisten, und wie sollte eine solche Nutzungsausgleichspflicht gegebenenfalls ausgestaltet sein? Das Ziel der Untersuchung besteht darin, die bestehenden Regelungen zum Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht einer kritischen Analyse zu unterziehen und auf dieser Grundlage Vorschläge für ihre Weiterentwicklung *de lege lata* und *de lege ferenda* zu unterbreiten.

### *Anlass der Untersuchung und methodischer Ansatz*

Anlass und Motivation zu diesem Unterfangen ergeben sich aus dem dreifachen Befund, dass erstens das Regelungsproblem des Nutzungsausgleichs im BGB bislang nicht angemessen adressiert wird, dass es zweitens der Praxis nicht gelungen ist, die Schwächen der *lex lata* zu kompensieren, und dass es drittens an einer systematischen wissenschaftlichen Durchdringung der Nutzungsausgleichsproblematik fehlt.

Wenn *de lege lata* dem Inhaber eines Gutes der Vorteil entzogen werden soll, dass er das Gut in der Vergangenheit nutzen konnte, so wird er zusätzlich zur Übertragung des Gutes dazu verpflichtet, an den Berechtigten die aus dem Gut gezogenen Nutzungen i.S.v. § 100 BGB – also Früchte i.S.v. § 99 BGB und Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB – herauszugeben bzw. ihren Wert zu ersetzen. Diese Rechtsfolge sieht das BGB insbesondere im Rücktrittsfolgenrecht, im Bereicherungsrecht, im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und im Verhältnis des Erbschaftsbesitzers zum wahren Erben vor.<sup>7</sup>

Wie im Laufe der Untersuchung gezeigt wird, ist der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs, der sich aus diesen Tatbeständen ergibt, inkonsistent.<sup>8</sup> Die Verfasser des BGB haben sich insofern im Wesentlichen auf die Übernahme von Regelungen beschränkt, die sie in den im Reich geltenden Rechtsordnungen vorfanden. Dabei versäumten sie es, einen Schritt zurückzutreten und zu hinterfragen, *warum* in einer bestimmten Konstellation ein Anspruch auf Nutzungsausgleich bestehen sollte – oder auch nicht. So wurde etwa die tradierte Privilegierung des redlichen Besitzers bezüglich gezogener Früchte schlicht als gegeben hingenommen und in den §§ 987 ff. BGB kodifiziert.<sup>9</sup> Ein weiteres Beispiel für das problematische Vorgehen der Verfasser des BGB bei der Bestimmung des Anwen-

<sup>7</sup> §§ 346 Abs. 1, 2, 818 Abs. 1, 2, 987 Abs. 1, 988, 993 Abs. 1 Hs. 1, 2020f. BGB. Der durch ein Stückvermächtnis Beschwerte muss lediglich die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte an den Vermächtnisnehmer herausgeben, § 2184 BGB. Eine ausdrückliche Verpflichtung zum Wertersatz fehlt in § 987 BGB sowie in § 2184 BGB. Siehe dazu *infra* 1. Teil: B.II.1.b), S. 35 ff. sowie 1. Teil: B.II.1.d), S. 39 f. In den §§ 292 Abs. 2 BGB und 2023 Abs. 2 BGB ist statt von Wertersatz von der „Vergütung“ der Nutzungen die Rede.

<sup>8</sup> *Infra* 2. Teil: A, S. 136 ff.

<sup>9</sup> *Infra* 2. Teil: A.I.1, S. 138 ff.

ungsbereichs des Nutzungsausgleichs bietet das Rücktrittsfolgenrecht, das aus einer Verallgemeinerung der Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* hervorging, ohne dass deren konzeptionelle Grundlagen und Eignung für einen so breiten Anwendungsbereich ausreichend hinterfragt worden wären. Dies hat im Ergebnis dazu geführt, dass die sich aus § 346 Abs. 1, 2 BGB ergebende wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich nicht mit dem Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts – der Rückversetzung beider Parteien in den *status quo ante contractum* – übereinstimmt.<sup>10</sup>

Was die inhaltliche Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs anbelangt, so besteht – wie nachfolgend näher erläutert wird<sup>11</sup> – Einigkeit darüber, dass der Nichtberechtigte Ausgleich nur in Höhe des Wertes schuldet, der spezifisch der Nutzung des fremden Gutes zuzumessen ist. Soweit das Nutzungsergebnis hingegen das persönliche Verdienst des Nichtberechtigten ist, soll es ihm grundsätzlich verbleiben. Der Nutzungsbegriff des § 100 BGB ist jedoch nicht geeignet, einen am Wert der Güternutzung ausgerichteten Haftungsumfang zu gewährleisten. Immer dann, wenn der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes Früchte i. S. v. § 99 BGB zieht, muss er den *gesamten* von ihm erzielten Bruttoertrag an den Berechtigten abführen und kann von diesem im Gegenzug gemäß § 102 BGB lediglich die ihm entstandenen Fruchtgewinnungskosten inklusive einer kalkulatorischen Tätigkeitsvergütung verlangen. Dies wäre nur dann sachgerecht, wenn Früchte generell als das primäre wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes anzusehen wären. Das ist jedoch nicht der Fall, da – wie sich zeigen wird<sup>12</sup> – der Einfluss des Nichtberechtigten auf den Nutzungserfolg im Fruchtbegriff des § 99 BGB keinen Niederschlag gefunden hat. Nicht zu überzeugen vermag es vor diesem Hintergrund insbesondere, dass die Rechtsprechung Unternehmensgewinne Früchten gleichstellt und daher im Rahmen des Nutzungsausgleichs standardmäßig dem Berechtigten zuweist. Denn es trifft schlicht nicht zu – wie im Schrifttum vertreten wurde –, dass ein Unternehmen „bestimmungsgemäß“ Gewinne (oder Verluste) hervorbringt, nicht anders als der Apfelbaum Äpfel trägt.“<sup>13</sup> Während der Apfel dem Apfelbaum als Ertrag zumindest zu einem gewissen Grade inhärent ist, ist das konkret erzielte Unternehmensergebnis maßgeblich auf die Steuerung des unternehmerischen Risikos durch die Unternehmensleitung zurückzuführen. Für die Zwecke des Nutzungsausgleichs muss daher danach gefragt werden, ob und inwieweit ein nichtberechtigter Inhaber eines Unternehmens selbst unternehmerisch aktiv geworden ist und sich an der Führung des Unternehmens beteiligt hat.<sup>14</sup>

Auch dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut nicht zur Fruchtziehung nutzt, sondern i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB zu seinem Vorteil gebraucht, ist die Praxis zur Bestimmung des Haftungsumfangs – wie im Laufe der Untersuchung im Einzelnen

<sup>10</sup> Infra 2. Teil:A.II.1, S. 191 ff.

<sup>11</sup> Infra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>12</sup> Infra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>13</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 562.

<sup>14</sup> Siehe dazu näher infra 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff.

erläutert wird<sup>15</sup> – unbefriedigend. § 100 Alt. 2 BGB ist eine inhaltsleere Blankettnorm. Gebrauchsvorteile werden von der Rechtsprechung entweder anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts oder anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung des genutzten Gutes bewertet. Welcher dieser beiden Bewertungsmaßstäbe in einem konkreten Fall zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach einer unübersichtlichen Kasuistik. Durch den Rückgriff auf ein fiktives Nutzungsentgelt wird den Parteien im wirtschaftlichen Ergebnis ein von ihnen nicht gewollter Nutzungsüberlassungsvertrag untergeschoben. Bei einer Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung wird der vom Nichtberechtigten geschuldete Nutzungsausgleich systematisch zu niedrig angesetzt, da die Kosten für das in dem Gut gebundene Kapital nicht berücksichtigt werden.

Auch im Schrifttum wurden bislang keine überzeugenden Ansätze entwickelt, um die beschriebenen Schwächen zu überwinden. Dies dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Problematik des Nutzungsausgleichs durch eine gewisse Zersplitterung gekennzeichnet ist. Im Rahmen monographischer Arbeiten wird der Ausgleich von Nutzungen häufig nur am Rande gestreift. Dies gilt beispielsweise für den beträchtlichen Bestand an Habilitationen und Dissertationen, die sich mit der Rückabwicklung von Verträgen befassen.<sup>16</sup> Hier spielt die Nutzungsproblematik angesichts der vielfältigen sonstigen Probleme – auf der Rechtsfolgenseite insbesondere der Gefahrtragung nach Leistungsaustausch – in der Regel nur eine untergeordnete Rolle.<sup>17</sup> Eine weitere Kategorie von Arbeiten zieht den Untersuchungsgegenstand im Gegenteil so eng, dass nur ein Teilaspekt der Nutzungsausgleichsproblematik abgedeckt wird. Beispiele hierfür sind die Fokussierung auf den Nutzungsausgleich im Rah-

---

<sup>15</sup> *Infra* 2. Teil:B, S. 260 ff.

<sup>16</sup> Siehe bspw. *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968; *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975; *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989; *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000; *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001; *Coen*, Vertragsscheitern und Rückabwicklung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law, 2003; *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 575; *Fest*, Der Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006; *Komossa*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechts – Zur Übertragbarkeit des Regelungsgedankens des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2007; *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011.

<sup>17</sup> *Hellwege* verzichtet sogar vollständig auf eine Behandlung des Nutzungsausgleichs, siehe *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 575. Umgekehrt untersucht *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, den Nutzungsausgleich speziell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge.



men eines bestimmten Rechtsinstituts<sup>18</sup> oder bezüglich einer bestimmten Güterart.<sup>19</sup> Obwohl es somit nicht an einschlägigen Publikationen mangelt, ist es bislang nicht gelungen, die Problematik des Nutzungsausgleichs in ihrer Eigenart vollständig zu erfassen. Die Brennweite der bisherigen rechtswissenschaftlichen Forschung war hierzu entweder zu weit oder zu eng eingestellt.

Die daraus resultierende Lücke wird durch die Untersuchung geschlossen, indem sie erstmals den Fokus auf das Phänomen des Nutzungsausgleichs als solches richtet. Für dieses Unterfangen ist ein auf die Eigenart des Untersuchungsgegenstandes abgestimmter methodischer Ansatz erforderlich. Es ist kein Zufall, dass sich die bisherige wissenschaftliche Literatur in der Regel auf Einzelaspekte konzentrierte. Die für den Nutzungsausgleich relevanten Vorschriften sind über vier Bücher des BGB verstreut und auf der Rechtsfolgenseite in Rechtsinstitute mit ausgeprägter eigenständiger Dogmatik eingebettet. Trotz der Vielgestaltigkeit der Konstellationen, in denen der Ausgleich von Nutzungen relevant werden kann, ist die Problematik jedoch rechtsgebietsübergreifend gleichgelagert.<sup>20</sup> Gemeinsamer Ausgangspunkt ist stets die Zuordnung eines Gutes zu einem Nichtberechtigten. Die fehlende Berechtigung kann darauf beruhen, dass rechtliche und tatsächliche Zuordnung eines Gutes auseinanderfallen, wie beispielsweise im Fall des nichtberechtigten Besitzes. In gleicher Weise wird der Ausgleich von Nutzungen jedoch auch dann relevant, wenn die Rechtsordnung eine rechtlich wirksame Güter-

<sup>18</sup> Siehe bspw. *Batsch*, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe – in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen (Eine Kritik der Lehre von der ‚Eingriffskondiktion‘), 1968; *Ostendorf*, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, 1972; *Kaiser*, Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht, 1987; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007; *Tillkorn*, Der Nutzungersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013.

<sup>19</sup> Siehe bspw. *Keil*, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998; *Rupietta*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Unternehmenskaufverträge, 2001; *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001; *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004. Teilweise erfolgt zusätzlich eine Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsinstitut. Siehe bspw. *Lenzen*, Analoge Anwendung von §§ 987 ff. BGB auf Nutzungen aus Immaterialgütern und Gewerbebetrieben, 1978; *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992; *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002. Ein Literaturstrang überwiegend älteren Datums befasst sich zudem schwerpunktmäßig speziell mit Inhalt und Reichweite des Fruchtbegriffs, bspw. *Affolter*, Das Fruchtrecht, 1911; *Schlüter*, Der Fruchtbegriff bei Sachgesamtheiten, Vermögen und Erwerbsgeschäften, 1920; *Mösl*, Der Fruchtbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Zur Begriffsbildung des BGB, 1953. Siehe aber auch noch aktuell *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012.

<sup>20</sup> Siehe bspw. *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 13; *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Revision des Verbraucheracquis, 2011, 167 (187) (speziell für die Rückabwicklung von Verträgen). In diesem Sinne auch *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 50.

zuordnung nicht anerkennt und mit zeitlicher Rückwirkung korrigieren will, wie im Fall einer zwar wirksamen, aber rechtsgrundlosen Übereignung. Im Rahmen der Untersuchung wird die Problematik des Nutzungsausgleichs daher unter teilweiser Loslösung von der etablierten Dogmatik als ein einheitliches Phänomen analysiert. Dies ermöglicht es, die zentralen Problemfelder des Nutzungsausgleichs zu identifizieren und rechtsgebietsübergreifend zu systematisieren.

Insbesondere für die Entwicklung von Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs bedient sich die Untersuchung zudem des Rechtsvergleichs. Angesichts der Breite und Vielgestaltigkeit des Untersuchungsgegenstandes, der Berührungspunkte unter anderem zu diversen Aspekten des Bereicherungsrechts und zur Rückabwicklung von Verträgen aufweist, kann dies nicht im Wege von Länderberichten erfolgen. Vielmehr werden aus dem Rechtsvergleich gewonnene Erkenntnisse jeweils bei den einzelnen Problemkreisen eingebunden, für die sie relevant sind. Dieser flexible Ansatz ermöglicht es, den Kreis der berücksichtigten Rechtsordnungen weit zu ziehen. Aufgrund der gemeinsamen Rechtstradition bestehen in der Frage des Nutzungsausgleichs Anknüpfungspunkte insbesondere zum französischen, österreichischen und schweizerischen Recht. Zu einzelnen Punkten können darüber hinaus auch das englische Recht sowie die diversen Projekte zur europäischen und internationalen Rechtsangleichung einbezogen werden.

### *Gang der Untersuchung*

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Im grundlegenden ersten Teil wird nach einer kurzen Erläuterung der Terminologie der Untersuchung zunächst ein systematisierender Überblick über die in der Frage des Nutzungsausgleichs äußert disparate *lex lata* gegeben. Hierauf aufbauend werden sodann die zentralen Strukturmerkmale des Nutzungsausgleichs herausgearbeitet sowie die bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes zu beantwortenden Grundfragen konkretisiert. Neben der Festlegung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs und der Bestimmung des Haftungsumfangs ist es insofern erforderlich, den Anspruch auf Nutzungsausgleich wertungsmäßig mit dem Schicksal des genutzten Gutes abzustimmen.

Im zweiten Teil der Untersuchung wird der *status quo* des Nutzungsausgleichs einer kritischen Analyse unterzogen. Zu diesem Zweck wird jeweils dargelegt, wie die Grundfragen des Nutzungsausgleichs von der Rechtspraxis auf der Grundlage der *lex lata* beantwortet werden. Wie bereits erwähnt wurde, fällt das Ergebnis dieser Beurteilung im Hinblick auf Anwendungsbereich und Haftungsumfang negativ aus. Auch die Praxis zur Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit dem Schicksal des genutzten Gutes ist unbefriedigend.

Aus diesem Grund werden im dritten Teil der Untersuchung Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs angestellt. Zu diesem Zweck werden zunächst die Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime konkretisiert. Anschließend werden die Grundfragen des Nutzungsausgleichs neu ge-

stellt und unter Beachtung dieser Anforderungen beantwortet. Da die hierdurch gewonnenen Grundstrukturen eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes nicht unerheblich von der existierenden Praxis des Nutzungsausgleichs abweichen, wird sodann erläutert, inwieweit sie sich bereits auf der Grundlage der *lex lata* implementieren lassen, und inwieweit Umsetzungsmaßnahmen *de lege ferenda* erforderlich sind. Den Abschluss der Untersuchung bildet ein Formulierungsvorschlag zur Umsetzung der zentralen Ergebnisse *de lege ferenda*.

## 1. Teil

# Grundlegung

Nachfolgend werden zunächst kurz die im Rahmen der Untersuchung verwendete Terminologie erläutert (A.) sowie die für den Nutzungsausgleich *de lege lata* relevanten Vorschriften vorgestellt (B.). Anschließend werden die zentralen Charakteristika des Anspruchs auf Nutzungsausgleich herausgearbeitet, wodurch dieser zugleich von anderen Rechtsinstituten abgegrenzt werden kann (C.). Auf dieser Grundlage ist es abschließend möglich, die zentralen Grundfragen zu formulieren, die bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes beantwortet werden müssen (D.).

## A. Terminologie der Untersuchung

Im Rahmen dieser Untersuchung wird die Leistung, die der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes dafür erbringen muss, dass er ein fremdes Gut genutzt hat, als Nutzungsausgleich bezeichnet. Dieser Begriff ist bislang wenig gebräuchlich und soll daher kurz erläutert werden (I.). Im Übrigen ergibt sich das Bedürfnis für eine teilweise eigenständige Terminologie aus dem methodischen Ansatz der Untersuchung, die Frage des Nutzungsausgleichs rechtsgebietsübergreifend als einheitliches Regelungsproblem zu behandeln. Um dem auch sprachlich Rechnung zu tragen, wird der Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht nachfolgend einheitlich als „Gut“ bezeichnet (II.). Für die Zuordnung eines Gutes zu einem Rechtssubjekt wird der Begriff des „Innehabens“ verwendet (III.). Die durch einen Anspruch auf Übertragung eines Gutes verbundenen Rechtssubjekte werden als Berechtigter bzw. Nichtberechtigter bezeichnet (IV.).

### I. Nutzungsausgleich

Wenn das BGB einem Nichtberechtigten die Vorteile aus der Nutzung eines zu Unrecht in seinem Vermögen befindlichen Gutes entziehen will, ordnet es an, dass zusätzlich zur (Rück-)Übertragung des Gutes die daraus gezogenen Nutzungen im Sinne von § 100 BGB *herauszugeben* sind. Diese Rechtsfolge sieht das BGB insbesondere im Rücktrittsfolgenrecht, im Bereicherungsrecht, im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und im Verhältnis des Erbschaftsbesitzers zum wahren Erben vor.<sup>1</sup> Für den Fall, dass er die Nutzungen nicht bzw. nicht mehr physisch herausgeben kann, wird der Nichtberechtigte in den einschlägigen Vorschriften subsidiär dazu verpflichtet, den Wert der gezogenen Nutzungen zu ersetzen<sup>2</sup> bzw. zu vergüten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> §§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1, 987 Abs. 1, 988, 993 Abs. 1 Hs. 1, 2020 BGB. Zudem ordnet § 2184 S. 1 BGB an, dass der durch ein Vermächtnis Beschwerte an den Vermächtnisnehmer die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte herauszugeben hat.

<sup>2</sup> §§ 346 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB. Zur Problematik des Fehlens einer ausdrücklichen Verpflichtung zum Wertersatz in den §§ 987, 2184 BGB siehe infra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff. sowie 1. Teil:B.II.1.d), S. 39 f.

<sup>3</sup> § 2023 Abs. 2 BGB. Der Ausdruck „Vergütung von Nutzungen“ wird auch in § 292 Abs. 2 BGB gebraucht.

Unter bestimmten Umständen muss der Nichtberechtigte zudem Ersatz für nicht gezogene Nutzungen leisten.<sup>4</sup>

Angesichts dieser Regelungstechnik kann ein Oberbegriff für die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Herausgabe bzw. des wertmäßigen Ausgleichs von Nutzungen nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes abgeleitet werden. Das Schrifttum behilft sich überwiegend, indem es entweder *Nutzungs herausgabe* oder *Nutzungsersatz* als Oberbegriff verwendet.<sup>5</sup> Beide Termini sind für diese Funktion nicht nur deshalb ungeeignet, weil sie jeweils nur eine Teilmenge des Pflichtenkatalogs des Nichtberechtigten erfassen.<sup>6</sup> Hinzu kommt noch, dass der Terminus „Nutzungs herausgabe“ eine komplette Kategorie von Nutzungen ausschließt, da Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB aufgrund ihrer immateriellen Natur niemals physisch oder zumindest gegenständlich „herausgegeben“ werden können.<sup>7</sup> Bei der Verwendung des Begriffs „Nutzungsersatz“ bleibt unklar, ob der Nichtberechtigte den Wert von ihm tatsächlich gezogener Nutzungen schuldet oder für nicht gezogene Nutzungen einstehen muss.

Um diese Ungenauigkeiten zu vermeiden, wird im Rahmen der Untersuchung der neutrale, nicht im Gesetz vorgeprägte Begriff „Nutzungsausgleich“ als Oberbegriff für die Abschöpfung von Vorteilen verwendet, die ein nichtberechtigter Inhaber aus der Nutzung eines fremden Gutes zieht<sup>8</sup> bzw. nach der Wertung der Rechtsordnung hätte ziehen müssen.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Siehe § 347 Abs. 1 BGB und §§ 987 Abs. 2, 990 BGB, auch in Verbindung mit §§ 818 Abs. 4, 819, 292 BGB sowie § 2023 BGB.

<sup>5</sup> Siehe bspw. die Titel der folgenden Monographien: *Kaiser*, Die Nutzungs herausgabe im Bereicherungsrecht, 1987; *Hagmann*, Gewinn herausgabe im Rahmen des Nutzungs herausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007; *Tillkorn*, Der Nutzungsersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013.

<sup>6</sup> Zumindest auf der Grundlage der bestehenden Terminologie des BGB. Auch der alternativ denkbare Ausdruck „Nutzungsvergütung“ wäre als Oberbegriff ungeeignet, da er noch eindeutiger als „Nutzungsersatz“ begrifflich nur eine wertmäßige Kompensation, nicht jedoch eine physische Herausgabe von Nutzungen abdeckt.

<sup>7</sup> *Planck*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 100 BGB Nr. 2; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 108; *Hagmann*, Gewinn herausgabe im Rahmen des Nutzungs herausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 117; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 114.

<sup>8</sup> Ebenfalls in diesem Sinne verwenden den Begriff „Nutzungsausgleich“ bspw. *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 555; *dies.*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 283; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 17. Ähnlich auch bereits *Kobler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 459.

<sup>9</sup> Speziell zur Haftung für nicht gezogene Nutzungen siehe infra 1. Teil:C.I.2, S. 107 f.

## II. Gut

Unter einem „Gut“ wird im Rahmen dieser Untersuchung – entsprechend der Verwendung des Begriffs in den Wirtschaftswissenschaften – alles verstanden, was einer Person durch die Befriedigung ihrer Bedürfnisse Nutzen stiften kann.<sup>10</sup> Der so verstandene Begriff des Gutes deckt sich im Regelfall mit dem im BGB zwar gebrauchten, aber nicht definierten Begriff des Gegenstandes.<sup>11</sup> Er ist jedoch zur Verdeutlichung der wirtschaftlichen Aspekte der Nutzungsausgleichsproblematik besser geeignet als die abstraktere Bezeichnung „Gegenstand“. Die Verwendung des wirtschaftswissenschaftlich vorgeprägten Terminus „Gut“ anstelle des im BGB verwendeten Begriffs „Gegenstand“ fällt umso leichter, als es bisher nicht gelungen ist, in allgemein anerkannter Form zu definieren, was unter einem „Gegenstand“ zu verstehen ist.<sup>12</sup>

Archetyp eines Gutes ist eine Sache im Sinne von § 90 BGB. Daneben fallen unter den Begriff des Gutes auch immaterielle Güter wie insbesondere Erfindungen, Marken und Werke, soweit sie rechtlich exklusiv – im Sinne eines absoluten Rechts – einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet sind. So wird etwa eine Erfindung durch ein an ihr bestehendes Patent dem Patentinhaber in einer andere ausschließenden Weise zugeordnet.<sup>13</sup> Güter sind zudem auch Gesamtheiten von Sachen und/oder immateriellen Gütern, sofern sie nach der Verkehrsanschauung eine Einheit bilden, wie beispielsweise Unternehmen.<sup>14</sup>

## III. Innehaben eines Gutes

Die Problematik des Nutzungsausgleichs wird relevant, wenn ein Gut einem Nichtberechtigten zugeordnet ist. Daraus ergibt sich als Vorfrage die Notwendigkeit, Güter bestimmten Rechtssubjekten zuzuordnen. Für Sachen erfolgt die Zuordnung über den Besitz i. S. der §§ 854 ff. BGB. Um jedoch auch anderen Gütern außer Sachen sprachlich gerecht zu werden, wird die Zuordnung eines Gutes zu einem Rechtssubjekt im Rahmen dieser Untersuchung einheitlich als „Innehaben“ bezeichnet. Ein Rechtssubjekt, das ein Gut innehat, ist dessen Inhaber. Um bestimmen zu können, welchem Rechtssubjekt ein Gut zugeordnet ist, bedarf es eines Zuordnungskriteriums.

<sup>10</sup> Siehe bspw. *Gravelle/Rees*, Microeconomics, 2. Aufl. 1992, S. 1; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 69.

<sup>11</sup> Zum Begriff des Gegenstandes siehe BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 10 ff. (1.5.2017).

<sup>12</sup> BeckOGK/Mössner, § 90 BGB Rn. 12 (1.5.2017). In diesem Sinne auch *Obly*, Festschrift Canaris, 2017, 987 (1017): „Neben Sachen und Rechten bleibt der Begriff des ‚Gegenstands‘, unter den auch Immaterialgüter fallen, seltsam blass.“

<sup>13</sup> *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23.

<sup>14</sup> Speziell zur Problematik von „Unternehmen“ als Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht siehe infra 2. Teil: B.II.3.a)aa)(2)(a), S. 337 f.

Im Rahmen dieser Untersuchung gilt als Inhaber eines Gutes, wer dessen Nutzung faktisch bestimmen und andere Rechtssubjekte von der Nutzung ausschließen kann. Diese Definition, die sich bewusst an die Befugnisse des Eigentümers gemäß § 903 S. 1 BGB anlehnt, beschreibt die tatsächliche Beziehung zu einem Gut, die es einem Rechtssubjekt erlaubt, das Gut auch bei Fehlen einer Berechtigung in vergleichbarer Weise wie ein Berechtigter zu nutzen – also beispielsweise wie der Eigentümer einer Sache.

Inhaber von Sachen ist dementsprechend zunächst der unmittelbare Besitzer. Als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft kann auch der unberechtigte unmittelbare Besitzer die Nutzung der Sache bestimmen: Er kann die Sache entweder selbst nutzen oder einem anderen Rechtssubjekt zur Nutzung überlassen. Bei beweglichen Sachen ist es dem unmittelbaren Besitzer im Rahmen der §§ 932 ff. BGB sogar möglich, wirksam über die Sache zu verfügen. Mittels des possessorischen Besitzschutzes gemäß §§ 859, 861 f. BGB kann er zudem andere Rechtssubjekte inklusive des Eigentümers von der Einwirkung auf die Sache ausschließen.<sup>15</sup>

Wenn der unmittelbare Besitzer die Sache auf der Grundlage eines Nutzungsüberlassungsvertrags<sup>16</sup> einem Dritten zum Gebrauch überlässt, verliert er im Innenverhältnis seine Stellung als Inhaber des Gutes in dem Maße, in dem er seinem Vertragspartner die Nutzungsbefugnis an dem Gut einräumt. Daher wäre beispielsweise der Verpächter dem Pächter gegenüber zum Nutzungsausgleich verpflichtet, wenn er ihm das gepachtete Gut entgegen dem Pachtvertrag entzieht und es selbst nutzt.<sup>17</sup> Im Außenverhältnis verliert der Inhaber eines Gutes, der es vertraglich einem anderen zur Nutzung überlässt, seine Inhaberstellung dagegen nicht. Vielmehr hat er die Sache dann als mittelbarer Besitzer inne. Gegenüber Außenstehenden hat das Gut dann zwei Inhaber.<sup>18</sup>

Die Zuordnung absoluter Rechte an immateriellen Gütern zu einem Rechtssubjekt beruht auf der Anerkennung der Inhaberschaft durch den Rechtsverkehr – beispielsweise aufgrund einer falschen Eintragung in einem öffentlichen Register.<sup>19</sup> So kann etwa ein vermeintlicher Erbe ein zum Nachlass gehörendes Patent – anders als eine Sache – nicht physisch in seine Gewalt bringen. Er wird vielmehr dann zu dessen Inhaber, wenn er im Rechtsverkehr als wahrer Erbe – und damit zugleich als Rechtsnachfolger des Erblassers bezüglich des zum Nachlass gehören-

<sup>15</sup> Soweit die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB reicht, kann er sich insofern auch auf § 1004 BGB stützen.

<sup>16</sup> Zum Begriff des Nutzungsüberlassungsvertrags siehe infra 1. Teil: B. II. 2. a) aa) (2), S. 45 sowie 3. Teil: B. II. 2. a), S. 481 ff.

<sup>17</sup> Ein entsprechender Anspruch würde sich jedenfalls aus den §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1, 2 BGB ergeben. Vgl. auch *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 55.

<sup>18</sup> Keine Rolle für die Problematik des Nutzungsausgleichs im Allgemeinen und für die Frage der Inhaberschaft an einem Gut im Besonderen spielt es demgegenüber, wie der Wert der Güternutzung im Innenverhältnis zwischen den Parteien verteilt wird. Hiefür ist das rechtliche Verhältnis maßgebend, auf dessen Grundlage die Nutzungsüberlassung erfolgte. Bspw. kann der unmittelbare Besitzer eine entlehene Sache unentgeltlich nutzen.

<sup>19</sup> Bspw. im Patentregister gemäß § 30 PatG.



den Patents – anerkannt wird. Dies kann der vermeintliche Erbe insbesondere dadurch erreichen, dass er eine Umschreibung der Inhaberschaft im Patentregister erwirkt.<sup>20</sup>

#### IV. Berechtigter/Nichtberechtigter

Ausgangspunkt der Nutzungsausgleichsproblematik ist eine korrekturbedürftige Güterzuordnung. Wenn sich eine Sache im Besitz des Eigentümers befindet und kein anderes Rechtssubjekt Ansprüche auf die Sache anmelden kann, dann muss der Eigentümer niemandem für die Nutzung seiner Sache Ausgleich leisten.

Eine korrekturbedürftige Güterzuordnung liegt dann vor, wenn der Inhaber eines Gutes nicht berechtigt ist, das Gut innezuhaben. Diese Voraussetzung ist immer dann erfüllt, wenn der Inhaber verpflichtet ist, das Gut aufgrund eines fälligen petitorischen Anspruchs auf ein anderes Rechtssubjekt zu übertragen. Unter der Übertragung wird im Rahmen dieser Untersuchung jede Form der Herausgabe, Rückgabe, Übergabe oder Abtretung verstanden, die zu einer Veränderung der Inhaberschaft an einem Gut führt. Die Parteien eines solchen auf das Gut bezogenen Übertragungsanspruchs werden für die Zwecke der Untersuchung als „Berechtigter“ bzw. „Nichtberechtigter“ bezeichnet. Das Erfordernis eines petitorischen Anspruchs ergibt sich daraus, dass nur ein solcher Anspruch eine Wertung der Rechtsordnung über die Berechtigung zum Innehaben eines Gutes zum Ausdruck bringt. Demgegenüber bezweckt der possessorische Besitzschutz „nicht die Realisierung eines subjektiven Rechts“<sup>21</sup>. Der aus § 861 BGB folgende materielle Anspruch des früheren Besitzers auf Herausgabe einer ihm durch verbotene Eigenmacht entzogenen Sache dient vielmehr allein der Absicherung des Selbsthilferechts des Besitzers und soll zudem verhindern, dass durch verbotene Eigenmacht die Parteirollen in einem petitorischen Prozess um die Sache verschoben werden können.<sup>22</sup>

Ob sich der Herausgabeanspruch aus einem absoluten Recht oder aus einem relativen Rechtsverhältnis ergibt, ist irrelevant. Daher kann beispielsweise der Eigentümer einer Sache sowohl Berechtigter als auch Nichtberechtigter sein. Berechtigter für die Zwecke des Nutzungsausgleichs ist der Eigentümer, wenn ihm ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB gegen den unrechtmäßigen Besitzer zusteht. Dagegen ist der Eigentümer Nichtberechtigter, wenn er seinerseits<sup>23</sup> gemäß § 812 Abs. 1 BGB zur Übertragung, konkret zur Übergabe und Übereignung, der Sache auf den Bereicherungsgläubiger (Berechtigten) verpflichtet ist.

<sup>20</sup> Gemäß § 30 Abs. 3 PatG.

<sup>21</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 60. Siehe auch *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (140).

<sup>22</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 60.

<sup>23</sup> Bspw. aufgrund einer wirksamen, aber rechtsgrundlosen Übereignung.

## B. Überblick über die für den Nutzungsausgleich relevanten Vorschriften

Nachfolgend soll zunächst ein knapper Überblick über die für den Nutzungsausgleich relevanten Vorschriften gegeben werden. Dabei wird im Wesentlichen nur die herrschende Meinung berücksichtigt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit abweichenden Literaturauffassungen erfolgt – soweit erforderlich – im zweiten Teil der Untersuchung. Entsprechend seiner systematischen Stellung im BGB wird zunächst der vor die Klammer gezogene Nutzungsbegriff des § 100 BGB erläutert (I.). Anschließend werden die Anspruchsgrundlagen vorgestellt, aus denen sich ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ergeben kann (II.). Für die Durchführung des Nutzungsausgleichs sind ferner solche Vorschriften relevant, die es dem Nichtberechtigten erlauben, nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen (III.). Abschließend wird erläutert, wie nutzungsbedingte Erträge und nutzungsbedingter Aufwand *de lege lata* dem Zeitraum zugeordnet werden, für den der Nichtberechtigte zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist (IV.).

### I. Nutzungsbegriff des § 100 BGB

§ 100 BGB definiert Nutzungen als die „Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.“<sup>1</sup> Während der Fruchtbegriff in § 99 detailliert geregelt ist (1.), verzichtet das BGB auf eine Präzisierung des Begriffs der Gebrauchsvorteile (2.). Ob ein beide Elemente verbindendes Proprium des Nutzungsbegriffs existiert, ist umstritten (3.).

#### 1. Fruchtbegriff des § 99 BGB

Das BGB fasst in Anlehnung an das gemeine Recht in § 99 BGB mehrere teils höchst unterschiedliche Arten von Erträgen, die von einem Gut oder mittels eines Gutes gewonnen werden können, unter dem einheitlichen Oberbegriff der Frucht

---

<sup>1</sup> Die Vorschrift orientiert sich stark am Wortlaut von § 72 Sächsisches BGB: „Unter Nutzungen werden die Früchte und der Gebrauch einer Sache begriffen.“ Sie war im Teilentwurf Sachenrecht von *Reinhold Jobow* noch nicht enthalten. Die Motive verweisen insofern auf die Definition von Nutzungen im ALR, im Code civil und im Sächsischen BGB, vgl. *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38.

zusammen (a). Von wesentlich größerem Interesse für die Zwecke dieser Untersuchung ist allerdings der Umstand, dass zwei Aspekte des gemeinrechtlichen Fruchtbegriffs von den Verfassern des BGB *nicht* übernommen wurden: § 99 BGB stellt zum einen nicht auf die Wirtschaftlichkeit der Fruchtziehung ab (b) und differenziert zum anderen nicht nach den Erfolgsbeiträgen für die Fruchtentstehung (c).

a) § 99 BGB als Oberbegriff für unterschiedliche Ertragsarten

§ 99 BGB enthält eine feinziselierte Definition des Fruchtbegriffs, die über drei Absätze in zwei Dimensionen matrixartig entfaltet wird. Unterschieden wird zum einen zwischen Sach- und Rechtsfrüchten und zum anderen zwischen unmittelbaren und mittelbaren Früchten.

Unmittelbare Sachfrüchte sind gemäß § 99 Abs. 1 BGB die Erzeugnisse einer Sache sowie die sonstige Ausbeute, die aus einer Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Erzeugnisse sind die organischen Produkte einer Sache.<sup>2</sup> Typische Beispiele sind der an einem Apfelbaum wachsende Apfel oder das von der Muttersau geworfene Ferkel. Ausbeute einer Sache sind demgegenüber Dinge, die nicht organisch aus der Sache selbst entstehen, die „aber doch von der Sache gewonnen werden [müssen], wenn anders dieselbe die Vortheile gewähren soll, welche ihrer Bestimmung entsprechen.“<sup>3</sup> Damit sind insbesondere mineralische oder fossile Bodenbestandteile gemeint, die aus einem Grundstück gewonnen werden können.<sup>4</sup> Die auf den ersten Blick nicht unbedingt naheliegende Zusammenfassung organischer und anorganischer Produkte geht auf das gemeine Recht zurück, das die sonstige Ausbeute einer Sache i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu den *fructus naturales* zählte.<sup>5</sup>

§ 99 Abs. 2 BGB erweitert den Begriff der unmittelbaren Früchte auf die Erträge eines Rechts, die es seiner Bestimmung gemäß gewährt. Ein solches Recht gewährt beispielsweise der Pachtvertrag dem Pächter und der Nießbrauch dem Nießbraucher.<sup>6</sup> Wird also ein Grundstück mit einer Apfelplantage vom Eigentümer verpachtet, so wandeln sich die Äpfel<sup>7</sup> von unmittelbaren Sachfrüchten zu unmittelbaren Rechtsfrüchten.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Vgl. *ibid.*, S. 38. Ausschließlich in diesem Sinne wird der Fruchtbegriff in § 810 ZPO verwendet, vgl. MüKo/Gruber, § 810 ZPO Rn. 3; Staudinger/Stieper, § 99 BGB Rn. 5 (August 2016).

<sup>3</sup> Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38.

<sup>4</sup> Vgl. Johow, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 206.

<sup>5</sup> Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 16.

<sup>6</sup> BeckOGK/Mössner, § 99 BGB Rn. 11.2f. (15.2.2018).

<sup>7</sup> Es wird vertreten, dass es sich bei unmittelbaren Rechtsfrüchten genau genommen nicht um Sachen, sondern nur um Eigentumsrechte an Sachen handeln könne, vgl. Reichel, JherJb 42 (1901), 205 (291 f.); BeckOGK/Mössner, § 99 BGB Rn. 11 (15.2.2018).

<sup>8</sup> Zu den unmittelbaren Rechtsfrüchten zählen ferner bspw. Gewinnausschüttungen auf Ak-

Eine weitere Dimension wird dem Fruchtbegriff durch § 99 Abs. 3 BGB hinzugefügt, der an die gemeinrechtliche Kategorie der *fructus civiles* anknüpft.<sup>9</sup> Nach dieser Vorschrift gehören zu den Früchten auch solche Erträge, welche eine Sache oder ein Recht mittelbar vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Mittelbare Sach- bzw. Rechtsfrüchte sind also beispielsweise die Miet- oder Pachtzinsen, die der Eigentümer bzw. Nießbraucher eines Grundstücks dafür vereinnahmt, dass er das Grundstück einer anderen Person zur Nutzung überlässt. Ihre Einbeziehung in den Fruchtbegriff wird in den Motiven damit begründet, dass, „wenn die Sache verpachtet bz. vermietet wird, der Pacht- oder der Miethzins sich als Ersatz für die natürlichen Früchte und den Gebrauch der Sache darstellt.“<sup>10</sup> Der Eigentümer, der seine Apfelplantage verpachtet, erzielt also statt unmittelbarer Sachfrüchte in Gestalt von Äpfeln nunmehr den Pachtzins als mittelbare Sachfrucht.

### b) Verzicht auf eine Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitskriterien

Der Fruchtbegriff war in der Pandektistik äußerst umstritten. Unter den vertretenen Auffassungen lassen sich drei Hauptströmungen unterscheiden.<sup>11</sup> Ein Teil des Schrifttums sprach sich dafür aus, unter Früchten nur die organischen Erzeugnisse einer körperlichen Sache zu verstehen und die sogenannten *fructus civiles* aus dem Fruchtbegriff auszuschneiden.<sup>12</sup> Dem diametral entgegengesetzt war die Vorstellung, dass es sich „beim Fruchtbegriff um etwas Wirtschaftliches [handelt],

---

tien oder Geschäftsanteile an einer GmbH, vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, S. 115; BeckOGK/Mössner, § 99 BGB Rn. 13.4 (15.2.2018).

<sup>9</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, 1807, S. 258; *Rudhart*, AGR 4 (1814), 314 (316 ff.); *Janke*, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, 1862, S. 5 ff.; *Buchka*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 16; *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 37. Alternativ wurde auch von „natürlichen“ und „juristischen“ Früchten gesprochen, siehe *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 433. Kritisch bezüglich dieser Unterscheidung *Petrzyski*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 262 („Welchen Zweck und Sinn hat diese Classification? Sie ist wissenschaftlich völlig werthlos.“). Nicht durch das gemeine Recht vorgezeichnet war hingegen die Etablierung der Rechtsfrüchte als allgemeine, eigenständige Fruchtkategorie in § 99 Abs. 2 BGB, siehe *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 44 ff.

<sup>10</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38 f. Für eine zeitgenössische Kritik an der so begründeten Einbeziehung mittelbarer Früchte in den Fruchtbegriff siehe *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (229).

<sup>11</sup> So bspw. auch *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 40 f.; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 28 ff. Demgegenüber nimmt *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (244) lediglich eine Zweiteilung vor („Erzeugnistheorie“ versus „Erträgnistheorie“).

<sup>12</sup> *Heimbach*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, 1843, S. 20 sowie S. 29 ff.; *Göppert*, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, 1869, S. 11 ff. sowie S. 46 ff.

nicht um einen naturwissenschaftlichen Tatbestand.<sup>13</sup> Für die Anhänger eines wirtschaftlichen Verständnisses des Fruchtbegriffs waren Früchte der regelmäßige Ertrag einer Sache bzw. – abstrakter formuliert – das periodische „Einkommen“ eines „Kapitals“.<sup>14</sup> Die überkommene Unterscheidung zwischen *fructus civiles* und *naturales* wurde von ihnen für obsolet erklärt und sollte einer neuen Differenzierung zwischen Bruttoeinkommen und Netto- bzw. Reineinkommen weichen.<sup>15</sup> Vorherrschend war eine vermittelnde Auffassung, nach der es sich bei Früchten um den bestimmungsgemäßen Ertrag einer Sache handeln sollte, den die Sache entweder unmittelbar in Gestalt von natürlichen Früchten (*fructus naturales*) oder vermittelt über ein Rechtsverhältnis (*fructus civiles*) gewährt.<sup>16</sup>

Ungeachtet ihrer unterschiedlichen konzeptionellen Ausgangspunkte stimmten die Vertreter der verschiedenen Fruchtbegriffe in einem Punkt überein: Ob ein von einer Sache gewonnener Ertrag als deren „Frucht“ angesehen werden kann, sollte nicht nur vom Ergebnis, sondern *auch* von der Art und Weise der Nutzung abhängen. Für Vertreter des vorherrschenden Fruchtverständnisses wie *Bernhard Windscheid* beinhaltete der Fruchtbegriff eine Wirtschaftlichkeitsschranke: Frucht konnte nur sein, was im Rahmen einer „ordnungsgemäßen“ Bewirtschaftung der Muttersache von dieser gewonnen wurde. Dementsprechend sind laut *Windscheid* etwa „Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundsätzen einer vernünftigen Wirthschaft zu schlagen bestimmt sind.“<sup>17</sup> Diesen Standpunkt teilten im Ergebnis auch die Apologeten eines wirtschaftlichen Fruchtbegriffs wie insbesondere *Leo von Petrazycki* und *Heinrich Dernburg*, die besonderes Gewicht auf die Periodizität der Fruchtziehung legten. So ist für *Petrazycki* etwa das in einem Nutzwald geschlagene Holz nur insoweit „Einkommen“, als durch seine Entnahme das „Kapital“ in Gestalt des „Forstes“ langfristig nicht verringert wird.<sup>18</sup> Gleichsinnig sollte laut *Dernburg* der gemeinrechtliche Fruchtbegriff nur „das unbeschadet der Nachhaltigkeit des Ertrags schlagbare Holz“ umfassen.<sup>19</sup> Nur die Vertreter eines organischen Frucht-

<sup>13</sup> *Dernburg*, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908, S. 39.

<sup>14</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 12 ff.; *Dernburg*, Pandekten – Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Aufl. 1896, S. 181.

<sup>15</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 51 sowie S. 262 f. In diesem Sinne auch *Dernburg*, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908, S. 39.

<sup>16</sup> *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten, 1863, S. 59; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 432 f.; *Buchka*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 16.

<sup>17</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 432 in Fn. 6.

<sup>18</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 38 f.

<sup>19</sup> *Dernburg*, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908, S. 38. In

verständnis lehnten es ab, den Fruchtbegriff durch die Wirtschaftlichkeit der Fruchtziehung zu beschränken. So sollte es laut *Heinrich Göppert* „auf den Begriff des frui an sich ohne Einfluss“ sein, ob „die Aneignung von Producten [...] durch Masslosigkeit wirtschaftlich nachtheilig wird“, wie etwa das „rücksichtslos[e] (nicht tanquam bonus paterfamilias) Niederschlagen von Holzungen“.<sup>20</sup> Selbst für *Göppert* allerdings war nicht schlechthin jedes organische Erzeugnis zugleich *fructus*. Eine Fruchtziehung (*frui*) sollte zumindest dann nicht mehr vorliegen, wenn „die wesentliche Beschaffenheit, die gegenwärtige ökonomische Bedeutung der Sache selbst verändert werden würde.“<sup>21</sup> Dementsprechend sei beispielsweise das durch das „Weghauen von Lustgehölzen“<sup>22</sup> gewonnene Holz nicht *fructus* des Grundstücks.<sup>23</sup>

Die erste Kommission brach mit der vorherrschenden gemeinrechtlichen Sichtweise, den Fruchtbegriff unter den Vorbehalt einer wirtschaftlich vernünftigen Fruchtziehung zu stellen. § 792 E I,<sup>24</sup> der abgesehen von redaktionellen Änderungen § 99 BGB entspricht,<sup>25</sup> wurde bewusst von Wirtschaftlichkeitskriterien jeglicher Art freigehalten.<sup>26</sup> Ausweislich der Motive sollte mittels der Legaldefinition eine „sichere und feste Grundlage“ „für die zahlreichen Vorschriften [gewonnen werden], welche den Fruchtbegriff zur Voraussetzung haben.“<sup>27</sup> Daraus ergab sich die Notwendigkeit, den Fruchtbegriff so zu fassen, dass er zwei unterschiedlichen Funktionen gerecht werden konnte. Er sollte einerseits für Fälle passen, „in welchen das Recht zur Beziehung der Früchte einem Anderen als demjenigen zusteht, dem der fruchttragende Gegenstand gehört.“<sup>28</sup> Dies trifft insbesondere auf Pacht

---

diesem Sinne auch *ders.*, Pandekten – Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Aufl. 1896, S. 181 mit Fn. 4.

<sup>20</sup> *Göppert*, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, 1869, S. 26 f. mit Fn. 20 sowie S. 35. Zustimmend bspw. *Hölder*, Pandekten, 1891, S. 156 f.

<sup>21</sup> *Göppert*, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, 1869, S. 25 f.

<sup>22</sup> *Ibid.*, S. 26.

<sup>23</sup> *Ibid.*, S. 26 f. mit Fn. 20 sowie S. 35.

<sup>24</sup> § 792 E I: „Im Sinne des Gesetzes sind:

1. Früchte einer Sache die Erzeugnisse der letzteren und diejenige sonstige Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache gehört;

2. Früchte eines Rechts, auch wenn dasselbe zeitlich beschränkt ist, die Erträge, welche das Recht bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewährt, insbesondere, sofern das Gewinnen von Bodenbestandtheilen Gegenstand des Rechts ist, die gewonnenen Bodenbestandtheile;

3. Früchte einer Sache oder eines Rechts auch die Erträge, welche die Sache oder das Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.“

<sup>25</sup> In den Protokollen der zweiten Kommission heißt es zu dem Antrag, der die Vorschrift im Wesentlichen in die heutige Form brachte: „Der Antrag weicht vom Entw. nur in der Fassung ab; sachlich wurde § 792 nicht beanstandet, *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 498.

<sup>26</sup> *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (274); *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 41.

<sup>27</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 37.

<sup>28</sup> *Ibid.*, S. 37.

und Nießbrauch zu. Der gleiche Fruchtbegriff sollte andererseits aber auch „für die Fälle maßgebend [sein], in welchen die Früchte herauszugeben oder zu ersetzen sind.“<sup>29</sup> Der Fruchtbegriff sollte mit anderen Worten also auch für die Bewältigung der Nutzungsausgleichsproblematik eine „sichere und feste Grundlage“ bieten.

Die erste Kommission verzichtete auf „die wirtschaftliche Benutzung der Sache als Voraussetzung des Fruchtbegriffs“,<sup>30</sup> weil dieser Gesichtspunkt nur für eine der beiden Funktionen des Fruchtbegriffs relevant sei, nämlich für den Umfang des einem anderen als dem Eigentümer zustehenden Rechts zum Fruchtbezug. Für organische Erzeugnisse galt Gleiches nach Auffassung der ersten Kommission auch für die Frage, ob die Fruchtziehung im Rahmen der wirtschaftlichen Bestimmung der Muttersache erfolgt. Der Begriff der Erzeugnisse i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB wurde damit nicht einmal unter den Vorbehalt einer bestimmungsgemäßen Nutzung gestellt:

„Wenn dem Pächter und dem Nießbraucher grundsätzlich nur die Erzeugnisse gebühren, deren Gewinnung zur bestimmungsmäßigen bz. wirtschaftlichen Nutzung der Sache gehört, so wird hierdurch nur der Inhalt des Pachtrechtes und des Nießbrauches begrenzt, nicht aber auch der Fruchtbegriff berührt.“<sup>31</sup>

Aus diesem Grund ist ein gefällter Baum auch dann Frucht im Sinne des § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wenn er aus einem vom nichtberechtigten Besitzer abgeholzten Schlosspark stammt. Demgegenüber hielt es die erste Kommission für die sonstige Ausbeute i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 2 BGB sowie für unmittelbare Rechtsfrüchte i.S.v. § 99 Abs. 2 BGB zur „Schonung der Substanz“ für erforderlich, zumindest an der Schranke der bestimmungsmäßigen Nutzung festzuhalten.<sup>32</sup>

Ungeachtet der Herausnahme des Wirtschaftlichkeitskriteriums aus dem Fruchtbegriff blieb die Notwendigkeit bestehen, die Reichweite einer schuldrechtlichen oder dinglichen Berechtigung zur Fruchtziehung zu bestimmen. Diese im gemeinen Recht durch das Wirtschaftlichkeitskriterium bewältigte Aufgabe wurde im BGB bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse adressiert, die eine Berechtigung zur Fruchtziehung gewähren. Dementsprechend ist der Verpächter gemäß § 581 Abs. 1 S. 1 BGB nicht verpflichtet, dem Pächter schlechthin den Genuss sämtlicher Früchte des Pachtgegenstandes während der Pachtzeit zu gewähren. Die Verpflichtung des Verpächters und korrespondierend die Berechtigung des Pächters beschränkt sich vielmehr auf solche Früchte, die „nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind.“ Für den Nießbrauch wird der Interessenausgleich zwischen Eigentümer und Nießbraucher durch § 1039 BGB hergestellt.

---

<sup>29</sup> Ibid., S. 37.

<sup>30</sup> Ibid., S. 38.

<sup>31</sup> Ibid., S. 38.

<sup>32</sup> Ibid., S. 38.

Wie sich den Motiven entnehmen lässt, zog die erste Kommission auch für die Problematik des Nutzungsausgleichs die Möglichkeit in Betracht, dass der weite Fruchtbegriff des § 99 BGB einer Einschränkung bedarf:

„Der Begriff [der Früchte] ist immer der nämliche, selbst wenn das Gesetz das Recht zum Bezuge *oder die Pflicht zum Ersatze* der Früchte *einschränkt* oder auf Gegenstände ausdehnt, welche nicht als Früchte angesehen werden können.“<sup>33</sup>

Eine entsprechende Einschränkung des Fruchtbegriffs für den Fall, dass Früchte herausgegeben oder wertmäßig ersetzt werden müssen, findet sich im BGB allerdings nicht. Eine Verpflichtung zur Herausgabe bzw. zur Vergütung von Früchten erstreckt sich stets auf sämtliche von einem Nichtberechtigten gezogene Früchte i. S. v. § 99 BGB.<sup>34</sup> Umgekehrt wird in § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB lediglich die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers eingeschränkt, um der Weite des Fruchtbegriffs des § 99 BGB Rechnung zu tragen.<sup>35</sup> Der redliche unverklagte Besitzer, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, haftet laut dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB zwar grundsätzlich nicht für gezogene Früchte.<sup>36</sup> Dies soll jedoch nur für solche Früchte gelten, die „nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft“ „als Ertrag der Sache anzusehen sind.“ Konkret soll also beispielsweise der redliche Besitzer eines forstwirtschaftlich genutzten Grundstücks den Erlös aus der Veräußerung von Baumstämmen behalten dürfen, deren Entnahme in Einklang mit einer nachhaltigen Bewirtschaftung des Grundstücks nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen steht. Lässt er jedoch den Wald kahlschlagen, so haftet er.<sup>37</sup>

*c) Verzicht auf eine Differenzierung nach dem Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung nach dem Vorbild der gemeinrechtlichen Kategorie der fructus industriales*

Eine zielgerichtete Einschränkung des weiten Fruchtbegriffs des § 99 BGB für die Zwecke des Nutzungsausgleichs hätte insbesondere für den Fall nahegelegen, dass der Nichtberechtigte einen nennenswerten Beitrag zur Entstehung der Früchte leistet. Denn auch insofern haben die Verfasser des BGB auf die Übernahme einer im gemeinen Recht in Gestalt der Kategorie der *fructus industriales* vorgezeichneten Differenzierung in den Fruchtbegriff des § 99 BGB verzichtet (aa). Hierzu dürfte maßgeblich beigetragen haben, dass zur Zeit der Entstehung des BGB die Qualifikation von Früchten als *fructus industriales* mit keinen bzw. zumindest keinen nennenswerten Rechtsfolgen verbunden war. Dies war jedoch nicht immer so. Mehrere Jahrhunderte lang wurde der Frage, ob Früchte ihre Entstehung der

<sup>33</sup> Ibid., S. 37 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>34</sup> Siehe infra 1. Teil:B.II.1, S. 33 ff. sowie 1. Teil:B.II.2, S. 41 ff.

<sup>35</sup> Reichel, JherJb 42 (1901), 205 (282 f.); Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 1, 1906, S. 720.

<sup>36</sup> Siehe dazu infra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff. sowie ausführlich 2. Teil:A.I.1, S. 138 ff.

<sup>37</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Kahlschlag wirtschaftlich geboten war, etwa aufgrund Schädlingsbefalls, oder wenn der Wald durch Windbruch zerstört wurde.



*industria* des Fruchtziehenden verdanken, im naturrechtlichen und gemeinrechtlichen Schrifttum große Bedeutung für die Bestimmung der Ausgleichspflicht des nichtberechtigten Besitzers einer Sache zugemessen (bb).<sup>38</sup> Auch aus heutiger Sicht ist es für eine sachgerechte Durchführung des Nutzungsausgleichs unverzichtbar, den Einfluss des Nutzenden auf den von ihm mit einem fremden Gut erzielten Nutzungserfolg zu berücksichtigen (cc).

*aa) Verzicht auf eine Übernahme der Kategorie der fructus industriales in den Fruchtbegriff des BGB*

Im gemeinen Recht wurden Früchte nicht nur danach unterschieden, ob sie unmittelbar von der Muttersache gewonnen wurden (*fructus naturales*) oder ob sie das Ergebnis eines zwischengeschalteten Rechtsverhältnisses waren (*fructus civiles*). Natürliche Früchte wurden vielmehr noch einer zusätzlichen Kategorisierung unterzogen. Früchte, die eine Sache aufgrund der ihr innewohnenden Naturkraft ohne menschliches Zutun hervorbringt, wurden als sogenannte „reine Naturfrüchte“ (*fructus mere naturales*) bezeichnet. Setzt die Entstehung der Früchte menschlichen Arbeitseinsatz voraus, sprach man von sogenannten Industrialfrüchten (*fructus industriales*).<sup>39</sup> Als Unterscheidungsmerkmal fungierte somit der Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung. Die sich danach ergebende Trias des gemeinrechtlichen Fruchtbegriffs (*naturales, industriales, civiles*)<sup>40</sup> wurde beispielsweise vom Code civil<sup>41</sup> und vom Sächsischen BGB<sup>42</sup> übernommen.<sup>43</sup> Im Code civil werden Natural- und Industrialfrüchte in Art. 583 sprachlich prägnant wie folgt definiert:

<sup>38</sup> Siehe dazu *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, 1807, S. 282; *Heimbach*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, 1843, S. 40ff., jeweils m. w. N.

<sup>39</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, 1807, S. 258f.; *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts – Erster Band, 2. Aufl. 1805, S. 196; *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (340f.); *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 265. Nach wohl überwiegender Auffassung geht die Unterscheidung zwischen Natural- und Industrialfrüchten nicht auf das klassische römische Recht zurück, sondern bildete sich erst später heraus, vgl. *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts – Band 1, 1886, S. 305; *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 46.

<sup>40</sup> *Ibid.*, Rn. 46.

<sup>41</sup> Art. 582 Code civil: „L’usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l’objet dont il a l’usufruit.“

<sup>42</sup> § 76 Sächsisches BGB: „Wer auf Früchte bis zu einer Zeit berechtigt ist, hat bei natürlichen Früchten, welche blos durch die Natur hervorgebracht werden, Anspruch auf diejenigen, welche während dieser Zeit von der Hauptsache getrennt worden sind. Bei natürlichen Früchten, welche durch Verwendungen auf deren Gewinnung hervorgebracht werden, hat er Anspruch auf diejenigen, bei welchen die Verwendungen in die Zeit seiner Berechtigung fallen, selbst wenn die Trennung von der Hauptsache nach dieser Zeit fällt. [...]“

<sup>43</sup> Auch im ALR klingt die Unterscheidung zwischen Natural- und Industrialfrüchten an. Gemäß ALR I 9 § 220 handelt es sich bei Früchten um „Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen“.

„Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels.

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture.“

Die Verfasser des BGB haben die Kategorie der Industrialfrüchte jedoch nicht in das Gesetzbuch übernommen. Aus ihrer Perspektive bestand hierzu auch keine Veranlassung. In der Pandektistik hatte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass an die Unterscheidung zwischen *fructus (mere) naturales* und *fructus industriales* keine unterschiedlichen Rechtsfolgen zu knüpfen seien.<sup>44</sup> Auch die Einteilung der Früchte in *fruits naturels* und *fruits industriels* im Code civil hat keine praktische Relevanz.<sup>45</sup> Im Sächsischen BGB ergaben sich aus der Qualifikation als Natural- bzw. Industrialfrucht lediglich Konsequenzen für die zeitliche Zuordnung von Früchten im Falle eines Wechsels in der Fruchtziehungsberechtigung.<sup>46</sup> Die Verfasser des BGB hatten somit jeden Grund zu der Annahme, dass es sich bei der Einteilung der natürlichen Früchte in *fructus naturales* und *fructus industriales* um eine obsoletere Kategorienbildung handelt. Wäre es ihnen möglich gewesen, ihre Perspektive historisch zu weiten, so hätte sich ihnen jedoch ein anderes Bild gezeigt: Historisch spielte die Kategorie der *fructus industriales* sowohl im naturrechtlichen als auch im gemeinrechtlichen Diskurs gerade im Hinblick auf den Nutzungsausgleich eine wichtige Rolle.

#### *bb) Historische Bedeutung der Kategorie der fructus industriales für die Durchführung des Nutzungsausgleichs*

Wie *Nils Jansen* eindrucksvoll nachgezeichnet hat, entwickelte die spanische Spätscholastik im 16. Jahrhundert eine durch ein striktes Bereicherungsverbot geprägte Restitutionslehre, die in der Frage der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen Besitzers vom gemeinen Recht abwich.<sup>47</sup> Im gemeinen Recht herrschte im Grundsatz Einigkeit darüber, dass der redliche unverklagte Besitzer nicht für bereits verbrauchte Früchte (*fructus consumpti*) haften muss.<sup>48</sup> Aus naturrechtlicher Perspek-

<sup>44</sup> Siehe bspw. *Heimbach*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, 1843, S. 42; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 597 f. mit Fn. 17; *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 266.

<sup>45</sup> Siehe *Saint-Alary*, Répertoire de droit civil Dalloz, 1952, Fruits, Rn. 69: „[L]a distinction entre fruits naturels et fruits industriels n'a aucun intérêt pratique.“

<sup>46</sup> Gemäß § 76 Sächsisches BGB, supra S. 22 in Fn. 42. Siehe dazu auch *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 158.

<sup>47</sup> *Jansen*, RabelsZ 76 (2012), 921; *ders.*, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, 2013.

<sup>48</sup> Vgl. OG Bayern, 23.11.1878, SeuffA 34, 1879, 405 f.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 124 f.; *Jhering*, Jb 16 (1878), 230 (264); *Petrazycki*, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 87; *Johow*, in: Schubert

tive wurde stattdessen in erster Linie danach gefragt, ob die gezogenen Früchte als das Verdienst der Sache (*fructus rei*) oder als das Verdienst des Besitzers (*fructus industriales*) anzusehen sind. Die Kategorie der *fructus rei* entsprach im Wesentlichen derjenigen der *fructus mere naturales* im gemeinen Recht.<sup>49</sup> Für Sachfrüchte sollte der Besitzer grundsätzlich auch dann Ausgleich schulden, wenn er sie bereits verbraucht hatte.<sup>50</sup> *Fructus industriales* sollten ihm demgegenüber grundsätzlich verbleiben. Diese Lehre wurde 1625 von Hugo Grotius in *De jure belli ac pacis*<sup>51</sup> aufgegriffen und hat den weiteren naturrechtlichen Diskurs nachhaltig geprägt.<sup>52</sup> Die entscheidende Passage lautet in der Übersetzung J. H. v. Kirchmanns wie folgt:

„[D]er redliche Besitzer [ist] auch die [...] Früchte der Sache abzuliefern schuldig; ich sage, die Früchte der Sache, denn die Früchte seines Fleisses sind nicht Früchte der Sache, selbst wenn diese ohne sie nicht erlangt werden konnten.“<sup>53</sup>

In Deutschland erlebte die naturrechtliche Restitutionslehre eine späte Blüte in Gestalt der 1885 veröffentlichten „juristisch-theologischen“ Abhandlung Peter Loenartzs über „Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes“<sup>54</sup>. Loenartz fasste die naturrechtliche Ausdifferenzierung der Haftung des Besitzers für gezo-gene Früchte entsprechend der Verursachungsbeiträge wie folgt zusammen:

„Nach dem Naturrecht gehört die Wirkung der Ursache oder Demjenigen, dem die Ursache selbst gehört. Demgemäß gehören die *fructus rei* dem Eigenthümer der Hauptsache; [...]. Dagegen kommen die *fructus mere industriales* Dem zu, dessen Arbeit und Thätigkeit sie

---

(Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 897; Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 197; Schulz, AcP 105 (1909), 1 (329f.).

<sup>49</sup> Vgl. Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, 2013, S. 45.

<sup>50</sup> Jansen, RabelsZ 76 (2012), 921 (928ff.); ders., Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, 2013, S. 44.

<sup>51</sup> Grotius, Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens, in welchem das Natur- und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden – Aus dem Lateinischen des Urtextes übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung des Verfassers versehen von J. H. v. Kirchmann, 1869, S. 384.

<sup>52</sup> Jansen, RabelsZ 76 (2012), 921 (933).

<sup>53</sup> Grotius, Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens, in welchem das Natur- und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden – Aus dem Lateinischen des Urtextes übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung des Verfassers versehen von J. H. v. Kirchmann, 1869, S. 383f. Die zitierte Passage bezieht sich nur auf noch vorhandene Früchte. Zu den verbrauchten Früchten heißt es bei Grotius weiter: „[D]er redliche Besitzer [hat] neben der Sache auch die verzehrten Früchte zu ersetzen, wenn er nämlich ohne deren Besitz auch so viel verzehrt haben würde, denn insoweit gilt er für bereichert.“

<sup>54</sup> Loenartz, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885. Loenartz war ein katholischer Geistlicher, der nach eigenem Bekunden die Zeit zur Abfassung der Abhandlung nicht zuletzt aufgrund der ihm durch den Kulturkampf „aufgezwungenen traurigen Muße“ fand, siehe *ibid.*, S. XII.

ihr Dasein verdanken. Die gemischten Früchte sind erst nach Abzug des Arbeitslohnes und der sonstigen Auslagen als reine Früchte der Sache anzusehen und zu behandeln.“<sup>55</sup>

Auch im gemeinrechtlichen Schrifttum wurde der Unterscheidung zwischen *fructus naturales* und *fructus industriales* bis weit in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein Bedeutung für die Bestimmung der Ausgleichspflicht des nichtberechtigten Besitzers einer Sache zugemessen.<sup>56</sup> Im gemeinen Recht herrschte zwar Konsens darüber, dass der Besitzer für *fructus consumpti* keinen Ausgleich schuldet. Weit weniger eindeutig war das Meinungsbild jedoch in der Frage, ob und inwieweit der Besitzer noch vorhandene Früchte an den Eigentümer herausgeben musste. Nach einer der in dieser Kontroverse vertretenen Positionen sollte der Besitzer physisch noch vorhandene Früchte (*fructus extantes*) nur dann an den Eigentümer herausgeben müssen, falls es sich um *fructus mere naturales* handelt. *Fructus industriales* sollten dem Besitzer hingegen stets verbleiben.<sup>57</sup> Prominent vertreten wurde dies beispielsweise von *Anton Friedrich Justus Thibaut*.<sup>58</sup> Zur Zeit der Entstehung des BGB hatte sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass der Besitzer sämtliche *fructus extantes* an den Eigentümer herausgeben muss.<sup>59</sup>

Ein wichtiger Kritikpunkt, der gegen eine Einteilung der natürlichen Früchte in *mere naturales* und *industriales* ins Feld geführt wird, ist die mangelnde Praktikabilität der Abgrenzung.<sup>60</sup> Hieran ist zutreffend, dass „reine“ Natural- oder Industrialfrüchte praktisch kaum vorkommen.<sup>61</sup> Selbst „Obst“, das beispielsweise von dem Breslauer Juraprofessor *Domenikus Unterholzner* 1825 zum Paradebeispiel einer reinen Naturfrucht erklärt wurde,<sup>62</sup> ist nicht zwingend das alleinige Verdienst der dem Obstbaum „innewohnenden Naturkraft“. Vielmehr kann der Obstertrag maßgeblich von der Pflege des Baumes durch seinen Besitzer abhängen.<sup>63</sup> Wenn aber die Masse der Früchte weder *mere naturales* noch *mere industriales*, sondern „gemischt“ sind, so ist eine derartige Unterscheidung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs wertlos.

<sup>55</sup> Ibid., S. 159.

<sup>56</sup> Siehe dazu *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, 1807, S. 282; *Heimbach*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, 1843, S. 40ff., jeweils m. w. N.

<sup>57</sup> So bspw. noch *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (336ff.). Siehe auch *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, 1807, S. 282ff. m. w. N.

<sup>58</sup> *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts – Zweyter Band, 2. Aufl. 1805, S. 14f.

<sup>59</sup> Siehe *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 265f.: „Dies ist eine Classification vom geschichtlichen Standpunkt. Die ältere Literatur hat der Eintheilung auch eine praktische Bedeutung zugeschrieben. Man hat nämlich angenommen, dass der bona fide possessor nur die fructus industriales erwirbt. Jetzt ist diese Ansicht allgemein verlassen.“ Siehe zudem *Heimbach*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, 1843, S. 251 ff.

<sup>60</sup> Siehe *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 236.

<sup>61</sup> So auch *Saint-Alary*, Répertoire de droit civil Dalloz, 1952, Fruits, Rn. 69.

<sup>62</sup> *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (339).

<sup>63</sup> In diesem Sinne auch *Saint-Alary*, Répertoire de droit civil Dalloz, 1952, Fruits, Rn. 69.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass der in dieser Kategorienbildung zum Ausdruck kommende Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg für die Bewältigung der Nutzungsausgleichsproblematik von herausragender Bedeutung ist.

*cc) Fortdauernde Relevanz des Einflusses des Nutzenden auf den Nutzungserfolg für die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs*

Der Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg ist für die Problematik des Nutzungsausgleichs aus zwei Gründen von zentraler Bedeutung:

Erstens folgt aus dem Umstand, dass der Nutzende den Nutzungserfolg beeinflussen kann, dass die Früchte, die ein Nichtberechtigter aus einem fremden Gut zieht, sich nicht zwingend mit den Früchten decken, die der Berechtigte aus dem Gut gezogen hätte. Hieraus ergeben sich wiederum Konsequenzen für das Verhältnis von Schadensersatz und Nutzungsausgleich.<sup>64</sup> Soweit der Berechtigte exakt die gleichen Früchte gezogen hätte, die statt seiner der Nichtberechtigte gezogen hat, entsprechen sich Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungsausgleich inhaltlich. Dies kommt insbesondere im Falle von *fructus mere naturales* in Frage. Denn diese entstehen aufgrund der der Muttersache „innewohnenden Naturkraft“ ganz ohne menschliches Zutun.

*Beispiel 1*

*B bringt A dazu, ihm ein Grundstück zu schenken, indem er sich für dessen verschollenen Enkel ausgibt. Das Grundstück wird im Frühjahr übergeben. Auf dem Grundstück stehen einige alte Apfelbäume, um die sich A seit Jahren nicht gekümmert hat und die auch von B nicht eigens gepflegt werden. Im Herbst kommt der Sachverhalt ans Licht. A ficht daraufhin sowohl den Schenkungsvertrag als auch die Auflassung an und verlangt die Herausgabe des Grundstücks sowie der kurz zuvor von B geernteten Äpfel.*

Hätte A das Grundstück nicht an B übergeben, hätte er genau dieselben Äpfel ernten können, die statt seiner B geerntet hat. Er kann daher die Herausgabe der Äpfel als Teil seines Anspruchs auf Schadensersatz wegen der arglistigen Täuschung verlangen, §§ 311 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB. Daneben steht ihm ein inhaltlich identischer Anspruch auf Nutzungsausgleich zu, §§ 990, 987 Abs. 1, 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Wenn allerdings der Nichtberechtigte durch sein Verhalten den tatsächlichen Nutzungserfolg beeinflussen kann bzw. wenn der Berechtigte den hypothetischen Nutzungserfolg hätte beeinflussen können, dann decken sich Nutzungsausgleich und Schadensersatz allenfalls zufällig. Hätte A im Beispiel 1 den Ertrag durch Pflege der Apfelbäume gesteigert, könnte er die Differenz zwischen der tatsächlichen und der hypothetischen Apfelernte nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangen.

Zweitens ist der in der Kategorie der Industrialfrüchte zum Ausdruck kommende Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg von zentraler Bedeutung für die Bemessung des von einem Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleichs.

<sup>64</sup> Siehe dazu näher infra 1. Teil:C.I.1, S. 104 ff.

Wie nachfolgend noch näher erläutert wird,<sup>65</sup> soll der Anspruch auf Nutzungsausgleich grundsätzlich nur und gerade den Wert erfassen, der spezifisch der Nutzung des Gutes zuzumessen ist.<sup>66</sup> Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte ein rechtsgrundlos erlangtes Unternehmen führt, folgt hieraus, dass er nicht das *gesamte* erzielte Unternehmensergebnis an den Bereicherungsgläubiger auskehren muss. Auch dann, wenn der Nichtberechtigte zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, muss ihm vielmehr der Teil des Nutzungsergebnisses belassen werden, der nicht dem genutzten Gut, sondern seiner Leistung zuzurechnen ist.<sup>67</sup> *Josef Kohler* brachte den Grundsatz, dass der Anspruch auf Nutzungsausgleich grundsätzlich am Wertbeitrag des genutzten Gutes ausgerichtet ist, bereits 1906 prägnant auf den Punkt:

„[Die Nutzung] ist das wirtschaftliche Verdienst der Sache (nicht der Person).“<sup>68</sup>

Der Zweck des Nutzungsausgleichs besteht darin, das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes beim Nichtberechtigten abzuschöpfen und dem Berechtigten zuzuweisen.

Die Unterscheidung zwischen *fructus mere naturales* und *fructus industriales* hätte – bei aller berechtigten Kritik hinsichtlich der Praktikabilität der Abgrenzung – zumindest einen konzeptionellen Ansatzpunkt dafür geboten, um den Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg im Rahmen des Nutzungsausgleichs zu berücksichtigen. Dass es hieran aufgrund des Verzichts auf die Übernahme der Kategorie der *fructus industriales* fehlte, sollte sich langfristig als äußerst problematisch erweisen.

Wie die weitere Untersuchung ergeben wird, lassen sich zentrale Schwächen des bestehenden Nutzungsausgleichsregimes auf ein mangelndes Bewusstsein dafür zurückführen, dass Nutzungen nicht stets dem genutzten Gut innewohnen, sondern auch von der Person des Nutzenden abhängig sind. So lassen sich etwa die Überlegungen, von denen sich die Verfasser des BGB bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichsregimes im Rücktrittsfolgenrecht leiten ließen, nur mit einem strikt objektiven Fruchtverständnis in Einklang bringen. Da jedoch der Fruchtbegriff des BGB auch Früchte umfasst, deren Entstehung vom Rückgewährgläubiger beeinflusst werden kann, besteht ein Widerspruch zwischen dem Zweck des Rück-

<sup>65</sup> Infra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>66</sup> Siehe bspw. *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 458; *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 40 („Durch die Definitionen von Früchten und Nutzungen bestimmt das Gesetz, welche Vermögensvorteile als durch das Haben eines bestimmten Gutes verursacht angesehen werden.“); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 77 f. In diesem Sinne auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl. 1906, S. 152.

<sup>67</sup> Heftig umstritten ist im Falle einer unternehmerischen Nutzung fremder Güter, wie genau der Anteil des Nichtberechtigten am Erfolg zu bestimmen ist. Siehe dazu infra 2. Teil:B.II, S. 306 ff.

<sup>68</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 458.

trittsfolgenrechts und den tatsächlich angeordneten Rechtsfolgen.<sup>69</sup> Ein mangelndes Bewusstsein für den Erfolgsbeitrag des Nichtberechtigten ist zudem dafür verantwortlich, dass die herrschende Meinung zu unangemessenen Ergebnissen führt, wenn Nutzungsausgleich für die Nutzung eines Unternehmens geschuldet wird.<sup>70</sup> Der Unternehmensgewinn wird kurzerhand mit einer Frucht i.S.v. § 99 BGB gleichgestellt und daher dem Berechtigten zugewiesen.<sup>71</sup> Dies wäre jedoch nur dann angemessen, wenn das von einem Nichtberechtigten bei der Führung eines fremden Unternehmens erzielte Ergebnis wertungsmäßig typischerweise der gemeinrechtlichen Kategorie der *fructus mere naturales* entspräche. Ganz in diesem Sinne rechtfertigten *Dieter Reuter* und *Michael Martinek* 1983 die Gewinnabschöpfung bei einem Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos ein Unternehmen erlangt hatte, mit folgender Überlegung:

„[D]afür spricht die Eigenart des Unternehmens, das als Organisation, ‚bestimmungsgemäß‘ Gewinne (oder Verluste) hervorbringt, *nicht anders als der Apfelbaum Äpfel trägt*.“<sup>72</sup>

Zu unterstellen, dass ein Unternehmer auf den Unternehmenserfolg genauso viel Einfluss ausübt wie der Besitzer eines Apfelbaums auf die an diesem wachsenden Äpfel, ist jedoch offensichtlich problematisch. In allen Fällen, in denen diese Prämisse nicht zutrifft, führt die herrschende Meinung dazu, dass der Berechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs mehr oder – falls der Nichtberechtigte mit Verlust wirtschaftet – weniger erhält als das „wirtschaftliche Verdienst“ des Unternehmens.

## 2. Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB

Gemäß § 100 BGB zählen zu den Nutzungen neben den Früchten auch „die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“. Über die bloße Erwähnung in § 100 BGB hinaus erfährt der Begriff der Gebrauchsvorteile<sup>73</sup> im BGB keine Konkretisierung. Anders als die in § 99 BGB definierten Früchte verfügt der Begriff der Gebrauchsvorteile auch nicht über einen jahrtausendealten, im römischen Recht wurzelnden ideengeschichtlichen Unterbau.<sup>74</sup> Offensichtlich ist immerhin, dass es sich bei Gebrauchsvorteilen nur um solche Vorteile handeln kann, die nicht bereits unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB fallen.<sup>75</sup> Typische

<sup>69</sup> Siehe dazu infra 2. Teil:A.II.1, S. 191 ff.

<sup>70</sup> Siehe dazu infra 2. Teil:B.II.3.a)aa), S. 334 ff.

<sup>71</sup> 2. Teil:B.II.3.a)aa)(2)(b), S. 339 f.

<sup>72</sup> *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 562 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>73</sup> Ein frühes Beispiel für die Verwendung des Begriffs „Gebrauchsvorteile“ findet sich bei *Zitelmann*, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: System zum Selbststudium und zum Gebrauch bei Vorträgen – I. Allgemeiner Teil, 1900, S. 83. Laut *Gursky*, JR 1998, 7 in Fn. 1 hat *Zitelmann* den Begriff eingeführt.

<sup>74</sup> *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 39.

<sup>75</sup> *MüKo/Stresemann*, § 100 BGB Rn.2; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 67 (bezogen auf den Begriff des Gebrauchs).

Beispiele für die Realisierung von Gebrauchsvorteilen sind die Benutzung eines Pkw zur Fortbewegung oder das Bewohnen eines Hausgrundstücks.<sup>76</sup>

Nach der herrschenden Meinung ist unter Gebrauchsvorteilen im Sinne des § 100 Alt. 2 BGB der Gebrauch selbst zu verstehen, nicht ein Folgevorteil in Gestalt von Erträgen oder Kostenersparnis.<sup>77</sup> Aufgrund ihrer immateriellen Natur können Gebrauchsvorteile nur wertmäßig in Geld ausgeglichen werden.<sup>78</sup> Für die Zwecke des Nutzungsausgleichs ist es daher erforderlich, die von einem Nichtberechtigten realisierten Gebrauchsvorteile in Geld zu bewerten.<sup>79</sup> Insofern werden in der Praxis insbesondere zwei Bewertungsmaßstäbe herangezogen: Gebrauchsvorteile werden – regelungskontextübergreifend – einerseits mit dem fiktiven Entgelt, das am Markt für die zeitweilige Überlassung des Gutes zu zahlen gewesen wäre, und andererseits mit der „zeitanteiligen linearen Wertminderung“<sup>80</sup> des Gutes veranschlagt.<sup>81</sup>

### 3. *Proprium des Nutzungsbegriffs?*

Wenn das hervorstechendste Charakteristikum von Gebrauchsvorteilen darin besteht, nicht unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB zu fallen, so stellt sich die Frage, warum Früchte und Gebrauchsvorteile überhaupt in § 100 BGB unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Nutzungen zusammengefasst wurden. Betrachtet man die Materialien zu § 100 BGB, so erkennt man, dass für die Entstehung der Vorschrift gesetzestechische Zweckmäßigkeitserwägungen ausschlaggebend waren (a). Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur soll daneben der Fortbestand des genutzten Gutes als konzeptionell einigendes Band Früchte und Gebrauchsvorteile verbinden (b).

#### a) *Gesetzestechische Zweckmäßigkeit als Grund für die Schaffung des § 100 BGB*

Der Begriff der Nutzungen als Oberbegriff für Früchte und Gebrauchsvorteile hat keine Entsprechung im gemeinen Recht.<sup>82</sup> Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2

<sup>76</sup> BeckOGK/Mössner, § 100 BGB Rn. 5.1 (15.2.2018).

<sup>77</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271; Hagmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsanspruches gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 117; Baker, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 13; Soergel/Marly, 13. Aufl., § 100 BGB Rn. 3 (2000).

<sup>78</sup> Planck, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 100 BGB Nr. 2; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271; Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 108; Hagmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsanspruches gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 117; Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 114.

<sup>79</sup> MüKo/Stresemann, § 100 BGB Rn. 9.

<sup>80</sup> BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 ff.

<sup>81</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil: B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>82</sup> Reichel, JherJb 42 (1901), 205 (303 f.); Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungs-



BGB wurden schlicht unter den *fructus*-Begriff subsumiert.<sup>83</sup> Die Verfasser des BGB fanden ihn aber in zeitgenössischen Kodifikationen vor. Im ALR ergibt sich die Zusammenfassung von Früchten und Gebrauchsvorteilen unter dem Oberbegriff der Nutzungen aus einer Zusammenschau von ALR I 2 § 110<sup>84</sup> und ALR I 9 § 220<sup>85</sup>. Als unmittelbares Vorbild für § 100 BGB dürfte allerdings § 72 Sächsisches BGB gedient haben:

„Unter Nutzungen werden die Früchte und der Gebrauch einer Sache begriffen.“<sup>86</sup>

Nach der Auffassung des Verfassers des Teilentwurfs Sachenrecht, *Reinhold Johow*, war eine derartige Regelung entbehrlich, da sie nur den Umfang der Befugnisse des Nutzungsberechtigten beträfe, der besser bei den jeweiligen Instituten adressiert werden sollte.<sup>87</sup> Diese Aussage wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass *Johow* auch für den in § 20 TE-SachR<sup>88</sup> definierten Fruchtbegriff nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich vorgesehen hatte. Die Vorschrift sollte nur Anwendung finden, wenn ein Recht zum Bezug von Früchten in Rede stand, wie etwa im Rahmen eines Pachtverhältnisses. Allerdings stellte die erste Kommission bei der Diskussion des Nutzungszinses i. S. v. § 452 BGB a. F. fest, dass es sich empfehle, sich im BGB des Begriffs der Nutzungen zur Bezeichnung „sowohl des Frucht- als auch des Gebrauchsertrags“ zu bedienen.<sup>89</sup> Daraufhin war es *Johow* selbst, der im Zuge der Diskussion des Fruchtbegriffs die Einfügung der Vorschrift

---

möglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 103.

<sup>83</sup> *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (304); *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 44; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 13.

<sup>84</sup> ALR I 2 § 110: „Nutzungen heißen die Vortheile, welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz, gewähren kann.“

<sup>85</sup> ALR I 9 § 220: „Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder ohne hinkommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen, werden Früchte genannt.“

<sup>86</sup> Die Motive verweisen insofern darauf, dass „[d]ie bestehenden Gesetzbücher [...] von Nutzungen zu reden [pflegen], wenn sie außer von Früchten einer Sache oder eines Rechtes auch diejenigen Vortheile bezeichnen wollen, welche der Gebrauch des Gegenstandes gewährt (ALR. I 2 § 110 und I 21 §§ 23, 29, 30 31; franz. GB. 585, 592, sächs. GB. § 72).“, *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38. Von den angeführten Vorschriften weist nur § 72 Sächsisches BGB Ähnlichkeit zu § 100 BGB auf.

<sup>87</sup> *Johow*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 212. Dem entsprechend sprach er sich dafür aus, nur den Fruchtbegriff im BGB zu definieren.

<sup>88</sup> § 20 TE-SachR: „Als Früchte einer Sache gelten für die Beurtheilung des Rechts zum Bezuge derselben: 1. diejenigen Erzeugnisse der Sache und diejenige sonstige Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung nach den Regeln einer guten erhaltenden Wirthschaft zur bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache gehört; 2. die Einkünfte, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses abwirft, z. B. Pacht- und Miethgelder, die Einkünfte aus besonderen Berechtigungen, welche mit dem Eigenthum der Sache verbunden sind ([...]).“

<sup>89</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 455 in Fn. 30; *dies.*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 321.

beantragte,<sup>90</sup> die nach einer Modifikation aufgrund eines Unterantrags *Gottlieb Plancks* als § 793<sup>91</sup> in den E I einging. Laut den Motiven sollte so klargestellt werden, dass in allen Vorschriften des BGB, die den Begriff der Nutzungen verwenden, neben den Früchten auch die Gebrauchsvorteile gemeint seien.<sup>92</sup> Im E II wanderten die Definitionsnormen sowohl zum Frucht- als auch zum Nutzungsbegriff schließlich in den Allgemeinen Teil.<sup>93</sup> Aus § 793 E I ging – mit nur geringen redaktionellen Änderungen – § 100 BGB hervor.

Angesichts einer Reihe von Vorschriften, die Früchte und Gebrauchsvorteile wertungsmäßig auf eine Stufe stellen, ist eine Zusammenfassung unter einem gemeinsamen Oberbegriff aus redaktionellen Gründen nachvollziehbar.<sup>94</sup> § 100 BGB erlaubt eine Straffung des Gesetzes. So genügt es, in § 446 S. 2 BGB festzuhalten, dass dem Käufer ab Übergabe die Nutzungen gebühren. Ohne § 100 BGB müsste in § 446 S. 2 BGB von „Früchte und Gebrauchsvorteilen“ gesprochen werden.<sup>95</sup>

### b) Fortbestand des genutzten Gutes als *Proprium* des Nutzungsbegriffs?

Neben diesen pragmatischen Erwägungen sind Früchte und Gebrauchsvorteile nach der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum auf konzeptioneller Ebene zumindest insofern miteinander verbunden, als Fruchtziehung und Gebrauch jeweils voraussetzen sollen, dass der genutzte Gegenstand den Nutzungsvorgang überdauert.<sup>96</sup>

Das Verhältnis von Früchten und Sachsubstanz wurde in der Pandektistik intensiv diskutiert. Nach traditionellem Verständnis war für den Fruchtbegriff konstitutiv, dass die Frucht neben die ungeschälerte Muttersache tritt.<sup>97</sup> In diesem Sinne formuliert auch ALR I 2 § 110:

„Nutzungen heißen die Vortheile, welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz, gewähren kann.“

<sup>90</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 455 f.

<sup>91</sup> § 793 E I: „Nutzungen einer Sache oder eines Rechts im Sinne des Gesetzes sind die Früchte derselben sowie die Vortheile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.“

<sup>92</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38.

<sup>93</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 492 f.

<sup>94</sup> In diesem Sinne auch *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (304): „Durch ‚Nutzungen‘ faßt das Gesetz zwei im Grunde verschiedenartige, praktisch aber, insbesondere in Hinsicht der Restitution, oft neben einander herlaufende Dinge in eines zusammen.“

<sup>95</sup> Eines der Ergebnisse dieser Untersuchung lautet, dass Früchte und Gebrauchsvorteile nicht unter einem gemeinsamen Oberbegriff zusammengefasst werden sollten. Siehe dazu infra 3. Teil:E.II.2, S. 639 f. sowie 3. Teil:E.III, S. 641 ff.

<sup>96</sup> BeckOGK/*Mössner*, § 99 BGB Rn. 7 (15.2.2018) m. w. N.; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 97.

<sup>97</sup> Siehe bspw. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 432; *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (252 ff.).

Die enge Schranke der vollständigen Substanzerhaltung erwies sich insbesondere im Hinblick auf Bergwerkserzeugnisse als problematisch. Die römischen Juristen behielten sich insofern mit der Vorstellung, dass die Steine in einem Steinbruch nachwüchsen.<sup>98</sup> In der Pandektistik entsprach es der überwiegenden Auffassung, hieran im Ergebnis festzuhalten. Der Fruchtbegriff wurde im Hinblick auf Bergwerkserzeugnisse auf solche Substanzbestandteile erweitert, deren Gewinnung der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks entspricht.<sup>99</sup>

Die erste Kommission schloss sich dieser Sichtweise an. Zwar führe die Gewinnung der sonstigen Ausbeute regelmäßig zu einem teilweisen Verbrauch der Substanz und damit zu einer Verschlechterung des Grundstücks. Die Wahrung der Substanz stelle jedoch keine starre Grenze des Fruchtbegriffs dar. Zur Schonung der Substanz sei es ausreichend, dass die Gewinnung der Ausbeute zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache gehören müsse.<sup>100</sup> Allerdings wollte man damit nicht auch eine solche „Ausbeute“ als Frucht qualifizieren, die unter vollständiger Vernichtung der Muttersache gewonnen wurde. Nachdem *Konrad Cosack* darauf hingewiesen hatte, dass es die in § 792 Nr. 1 E I gewählte Formulierung erlaube, auch das Fleisch eines geschlachteten Mastochsen unter den Fruchtbegriff zu subsumieren,<sup>101</sup> wurde in der zweiten Kommission insofern eine redaktionelle Klarstellung angeregt.<sup>102</sup> Auch wenn es hierzu im Ergebnis nicht gekommen ist, entspricht es bis heute der ganz herrschenden Meinung, dass die sonstige Ausbeute zwar zu einem Substanzverlust führen darf, dass die ausgebeutete Sache aber als solche erhalten bleiben muss.<sup>103</sup>

Wesentlich kontroverser wird diskutiert, ob auch die Realisierung von Gebrauchsvorteilen voraussetzt, dass der genutzte Gegenstand nach Beendigung des Gebrauchsvorgangs fortbesteht. Gewichtige Stimmen in der Literatur verneinen dies insbesondere unter Hinweis auf § 92 Abs. 1 BGB, wonach der bestimmungs-

<sup>98</sup> Siehe dazu *Göppert*, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, 1869, S. 14f.; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 433. Siehe auch *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 29 m. w. N.

<sup>99</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 432f. Siehe auch *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 30ff. m. w. N.

<sup>100</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 38.

<sup>101</sup> *Cosack*, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 3f.

<sup>102</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 498.

<sup>103</sup> So sehr früh bereits *Planck*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 99 BGB Nr. 2: „Die bestimmungsmäßige Ausbeute ist Frucht, auch wenn durch deren Gewinnung allmählich die in dem Grundstück vorhandenen Bestandteile der betreffenden Art vollständig aufgebraucht werden. Immer wird aber vorausgesetzt, daß es sich nur um eine Nutzung der Sache handelt, daß diese selbst also, wenn auch nur in verändertem Umfange, bestehen bleibt.“ Siehe ferner BeckOGK/*Mössner*, § 99 BGB Rn. 9 (15.2.2018) m. w. N. zum aktuellen Schrifttum.

gemäß Gebrauch einer verbrauchbaren Sache in ihrem Verbrauch oder in ihrer Veräußerung besteht. Die Veräußerung oder der Verbrauch einer Sache stelle dementsprechend die intensivste Form des Gebrauchs dar.<sup>104</sup> Demgegenüber geht die vorherrschende Auffassung im Schrifttum auch für Gebrauchsvorteile vom Erfordernis eines Fortbestands des gebrauchten Gegenstands aus.<sup>105</sup>

Wie im Rahmen dieser Untersuchung gezeigt werden wird, ist es zumindest im Hinblick auf die Bestimmung der von einem Nichtberechtigten geschuldeten Ausgleichsleistung wertungsmäßig nicht gerechtfertigt, danach zu differenzieren, ob der Nichtberechtigte das Gut gebraucht oder verbraucht hat.<sup>106</sup> So darf es etwa im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob man das Abbrennen einer fremden Kerze, das sich je nach Art der Kerze über Minuten, Stunden oder Tage hinziehen kann, als Gebrauch oder Verbrauch der Kerze ansieht.

## II. Auf Nutzungsausgleich gerichtete Anspruchsgrundlagen

Das BGB gewährt einen Anspruch auf Nutzungsausgleich, indem es den Nichtberechtigten verpflichtet, Nutzungen i. S. v. § 100 BGB<sup>107</sup> herauszugeben bzw. ihren Wert zu vergüten oder zu ersetzen. Für die Darstellung der entsprechenden Anspruchsgrundlagen wird danach differenziert, ob Nutzungsausgleich außerhalb (1.) oder im Rahmen der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages geschuldet wird (2.). Dies ermöglicht es, den Besonderheiten der vertraglichen Rückabwicklungssituation angemessen Rechnung zu tragen. Ferner wird erläutert, inwieweit gesetzliche Zinspflichten funktional einen Anspruch auf Nutzungsausgleich gewähren (3.).

### 1. Nutzungsausgleich außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge

Klammert man die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge aus, so kann eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im Verhältnis des Bereicherungsschuldners zum Bereicherungsgläubiger (a), des Besitzers zum Eigentümer (b), des Erbschaftsbesitzers zum wahren Erben (c) sowie im Verhältnis des Vermächtnisnehmers zum Beschwerten bestehen (d). Schließlich ist der Schuldner eines Herausgabeanspruchs unabhängig von der Rechtsgrundlage ab Rechtshängigkeit des Anspruchs zum Nutzungsausgleich verpflichtet (e).

<sup>104</sup> Schön, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 95 f.; Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechtere Erfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 355 f. In diesem Sinne auch Planck, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 102 BGB Nr. 2.

<sup>105</sup> BeckOGK/Mössner, § 99 BGB Rn. 7 (15.2.2018) m. w. N.

<sup>106</sup> Siehe dazu infra 1. Teil:D.III.2, S. 133 f.; 2. Teil:C.II.2, S. 401 ff. sowie 3. Teil:D.II.2, S. 624 ff.

<sup>107</sup> Im Fall des § 2184 BGB Früchte i. S. v. § 99 BGB.

a) *Nutzungsausgleich im Bereicherungsrecht*

Im Bereicherungsrecht erstreckt § 818 Abs. 1 BGB die Pflicht des gutgläubigen unverklagten Bereicherungsschuldners auf die Herausgabe der aus dem rechtsgrundlos erlangten Gegenstand gezogenen Nutzungen. Gleiches gilt für Nutzungen, die der Nichtberechtigte aus einem Surrogat zieht, das er „auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt“.<sup>108</sup> Nach der herrschenden Meinung erfasst § 818 Abs. 1 BGB nur ein sogenanntes *commodum ex re*, nicht hingegen ein *commodum ex negotiatione*.<sup>109</sup> Sofern die Nutzungen nicht in Natur herausgegeben werden können, muss der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten. Die Verpflichtung zur Herausgabe bzw. zum Wertersatz entfällt gemäß § 818 Abs. 3 BGB, wenn der Bereicherungsschuldner im Hinblick auf die gezogenen Nutzungen nicht mehr bereichert ist.

Nach Eintritt der Rechtshängigkeit haftet der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 4 BGB nach den allgemeinen Vorschriften. Gleiches gilt gemäß § 819 BGB für den Bereicherungsschuldner, der den Mangel des rechtlichen Grundes bei Empfang des Bereicherungsgegenstandes kennt oder ihn später erfährt oder der durch die Annahme einer Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt.<sup>110</sup> Für die Zwecke des Nutzungsausgleichs bezieht sich der Verweis auf die allgemeinen Vorschriften in erster Linie auf § 292 Abs. 2 BGB. Danach bestimmt sich der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen nach den Vorschriften, die im Verhältnis von Eigentümer und Besitzer ab Eintritt der Rechtshängigkeit maßgeblich sind. Dies hat zur Folge, dass der Nichtberechtigte auch Ersatz für solche Nutzungen schuldet, die er entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogen hat, § 987 Abs. 2 BGB. Das soll beispielsweise zu bejahen sein, wenn der Nichtberechtigte landwirtschaftlich nutzbare Flächen brach liegen lässt oder die vereinbarte Miete für ein vermietetes Grundstück nicht eintreibt.<sup>111</sup> Dagegen soll der Nichtberechtigte durch das Unterlassen einer Nutzung beispielsweise dann nicht schuldhaft gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft verstoßen, wenn die Nutzung mit einem erhöhten Risiko für das genutzte Gut verbunden wäre.<sup>112</sup> Von der sich aus § 987 Abs. 2 BGB<sup>113</sup> ergebenden Nutzungsobliegenheit kann sich der nach den allgemeinen Vorschriften haftende Bereicherungsschuldner gemäß § 302 BGB dadurch befreien, dass er den Berechtigten im Hinblick auf die Übertragung des ge-

<sup>108</sup> MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 45.

<sup>109</sup> Siehe bspw. BGH, 18.11.1982, III ZR 61/81, NJW 1983, 868 (870); BGH, 10.2.2004, X ZR 117/02, BGHZ 158, 63 (68); Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 106. Siehe dazu auch noch näher infra 2. Teil:C.II.1.b)bb), S. 392 ff.

<sup>110</sup> Die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften beginnt im Zeitpunkt des Empfangs oder der Kenntniserlangung.

<sup>111</sup> Staudinger/Gursky, § 987 BGB Rn. 33 (August 2012).

<sup>112</sup> BeckOGK/Spohnheimer, § 987 BGB Rn. 103 (1.4.2018).

<sup>113</sup> I.V.m. §§ 818 Abs. 4, 819, 292 Abs. 2 BGB.

nutzten Gutes in Annahmeverzug setzt. Ab diesem Zeitpunkt beschränkt sich seine Pflicht zum Nutzungsausgleich wiederum auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen. Der Verweis auf die allgemeinen Vorschriften erfasst zudem auch § 291 BGB. Dementsprechend muss der Bereicherungsschuldner rechtsgrundlos empfangenes Geld ab Eintritt der verschärften Haftung mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinsen.<sup>114</sup> Der Eintritt der verschärften Haftung hat zudem nach allgemeiner Auffassung zur Folge, dass sich der Bereicherungsschuldner grundsätzlich nicht mehr auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.<sup>115</sup> Dies gilt auch für gezogene Nutzungen.<sup>116</sup> Speziell für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen wird zumindest in der Literatur die Auffassung vertreten, dass mit dem Eintritt der verschärften Haftung ein Übergang zu einem für den Bereicherungsschuldner strengeren Bewertungsmaßstab verbunden sei.<sup>117</sup>

Schließlich ordnet § 820 BGB eine modifizierte verschärfte Haftung nach den allgemeinen Vorschriften bei ungewissem Erfolgseintritt bzw. bei einem als möglich antizipierten Wegfall des Rechtsgrundes an. Speziell für die Nebenfolge Nutzungsausgleich wird die verschärfte Haftung gemäß § 820 Abs. 1 BGB allerdings in Abs. 2 BGB auf das normale Niveau der bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 818 Abs. 1 bis 3 BGB abgemildert.<sup>118</sup> Der Bereicherungsschuldner haftet nur für tatsächlich gezogene Nutzungen und kann sich insofern auf Entreicherung berufen. Eine Geldschuld ist erst ab dem Zeitpunkt gemäß § 291 BGB zu verzinsen, zu dem der Bereicherungsschuldner erfährt, dass der Erfolg nicht eingetreten oder der Rechtsgrund weggefallen ist.

### *b) Nutzungsausgleich im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis<sup>119</sup>*

Nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB – und insbesondere von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB – muss ein Besitzer, der den Besitz entgeltlich erworben hat und weder hinsichtlich seines Rechts zum Besitz bösgläubig noch auf Herausgabe der Sache ver-

---

<sup>114</sup> Zum Verhältnis von gesetzlichen Verzinsungspflichten zum Nutzungsausgleich siehe *infra* 1. Teil:B.II.3, S. 68 ff.

<sup>115</sup> Palandt/*Sprau*, § 818 BGB Rn. 53. Siehe bspw. BGH, 7.1.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128 (132).

<sup>116</sup> Vgl. BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (58).

<sup>117</sup> Siehe bspw. MüKo/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 315 sowie *infra* 2. Teil:A.I.2, S. 182 ff.

<sup>118</sup> Staudinger/*Lorenz*, § 820 BGB Rn. 9 (Juni 2007).

<sup>119</sup> Die §§ 987 ff. BGB sind kraft Verweisung im BGB auch im Rahmen des petitorischen Besitzschutzes sowie zum Schutz des Nießbrauchers und Pfandgläubigers anwendbar (§§ 1007 Abs. 3 S. 2 BGB, 1065, 1227 BGB). Darüber hinaus finden die §§ 987 ff. BGB auch ohne ausdrückliche Verweisung noch in einer ganzen Reihe weiterer Konstellationen entsprechende Anwendung, wie bspw. zum Schutz einer Eigentumsanwartschaft aus Eigentumsvorbehalt. Siehe dazu näher Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., Vor § 987 BGB Rn. 7 (2007); Staudinger/*Gursky*, Vorbem zu §§ 987–993 BGB Rn. 84 ff. (August 2012). Da sich aus diesen Erweiterungen des Anwendungsbereichs der §§ 987 ff. im Hinblick auf die Problematik des Nutzungsausgleichs keine eigenständigen Fragestellungen ergeben, werden sie im Rahmen der Untersuchung nicht gesondert behandelt.

klagt ist, grundsätzlich keinen Nutzungsausgleich leisten.<sup>120</sup> Er muss gewöhnliche Früchte weder herausgeben noch ihren Wert vergüten. Auch für den Gebrauch der Sache schuldet er keinen Ausgleich. Der Eigentümer kann den redlichen Besitzer noch nicht einmal für eine schuldhaft gebräuchtsbedingte Verschlechterung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

Der redliche unverklagte Besitzer haftet gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB nach bereicherungsrechtlichen Maßstäben lediglich für solche Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind. Nach der herrschenden Meinung sind unter solchen sogenannten Übermaßfrüchten Erzeugnisse bzw. die sonstige Ausbeute einer Sache zu verstehen, die zwar im technischen Sinne unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB fallen, bei wirtschaftlicher Betrachtung aber eine Verwertung der Sachsubstanz darstellen.<sup>121</sup> Als paradigmatisches Beispiel fungiert der Kahlschlag eines forstwirtschaftlich genutzten Waldes.<sup>122</sup> Die Einschränkung der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers durch § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB soll in ihrem Umfang den Schranken entsprechen, welche die §§ 1039 Abs. 1 BGB und 2133 BGB der wirtschaftlichen Berechtigung des Nießbrauchers bzw. Vorerben am Nutzungserfolg ziehen.<sup>123</sup> Dies ist insbesondere für solche Früchte relevant, deren Ziehung nicht entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt, sondern „infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist“, also etwa die Zerstörung eines Forsts durch Windbruch. Obwohl sich diese Formulierung nur in den §§ 1039 Abs. 1 BGB und 2133 BGB, nicht aber in § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB findet, sollen auch solche Übermaßfrüchte dem Eigentümer zustehen.<sup>124</sup> Demgegenüber soll der übermäßige Gebrauch der Sache nach überwiegender Auffassung keine Haftung nach § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB begründen können.<sup>125</sup>

Zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist der Besitzer jedoch ab Eintritt der Rechtshängigkeit, § 987 Abs. 1 BGB. Ab diesem Zeitpunkt muss er zudem Ersatz für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogene Nutzungen leisten, § 987 Abs. 2 BGB.<sup>126</sup> Von der Haftung für nicht gezogene Nutzungen wird der Besitzer gemäß § 302 BGB frei, wenn er den Eigentümer

<sup>120</sup> Siehe dazu *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 678.

<sup>121</sup> Staudinger/*Gursky*, § 993 BGB Rn. 3 (August 2012); MüKo/*Raff*, § 993 BGB Rn. 6; Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., § 993 BGB Rn. 3 (2007).

<sup>122</sup> Staudinger/*Gursky*, § 993 BGB Rn. 4 (August 2012); MüKo/*Raff*, § 993 BGB Rn. 6.

<sup>123</sup> Staudinger/*Gursky*, § 993 BGB Rn. 4 (August 2012); MüKo/*Raff*, § 993 BGB Rn. 7; Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., § 993 BGB Rn. 3 (2007). Siehe dazu auch *infra*, 3. Teil: B.I.3.b), S. 455 f.

<sup>124</sup> Staudinger/*Gursky*, § 993 BGB Rn. 4 (August 2012); MüKo/*Raff*, § 993 BGB Rn. 7; Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., § 993 BGB Rn. 3 (2007).

<sup>125</sup> Staudinger/*Gursky*, § 993 BGB Rn. 7 (August 2012); Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., § 993 BGB Rn. 3 (2007).

<sup>126</sup> Ob es sich hierbei um ein Verschulden im Sinne von § 276 BGB oder ein Verschulden gegen sich selbst handelt, ist strittig, siehe Staudinger/*Gursky*, § 987 BGB Rn. 38 (August 2012); Beck-OGK/*Spohnheimer*, § 987 BGB Rn. 108 (1.4.2018). Siehe auch OLG Hamm, 12.7.1988, 7W 30/88, ZIP 1989, 45 (46 f.); *Büdenbender*, JuS 1998, 325 (326 f.).

im Hinblick auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB in Annahmeverzug setzt. Ab diesem Zeitpunkt beschränkt sich seine Pflicht zum Nutzungsausgleich wiederum auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen.

Nach dem Wortlaut des § 987 BGB Abs. 1 BGB beschränkt sich die Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich auf die „Herausgabe“ gezogener Nutzungen. Es fehlt an einer mit § 818 Abs. 2 BGB vergleichbaren Bestimmung, durch die der Besitzer im Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe verpflichtet würde, den Wert der gezogenen Nutzungen zu ersetzen. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum ist eine solche Wertersatzpflicht jedoch in § 987 Abs. 1 BGB hineinzulesen.<sup>127</sup>

Durch § 990 BGB wird die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich gemäß § 987 BGB erweitert. Der Besitzer muss auch dann Nutzungsausgleich leisten, wenn er entweder beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder später erfährt, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist. Am guten Glauben des Besitzers bei Besitzerwerb fehlt es, wenn ihm zu diesem Zeitpunkt bekannt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist.<sup>128</sup> Insofern ist die Haftung des Besitzers strenger als diejenige des Bereicherungsschuldners, dem gemäß § 819 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt des Empfangs des Bereicherungsgegenstandes nur die positive Kenntnis des fehlenden Rechtsgrunds schadet.<sup>129</sup>

Der redliche unverklagte Besitzer ist nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB nur dann bereits ab Besitzerwerb zum Nutzungsausgleich verpflichtet, wenn er den Besitz unentgeltlich erlangt hat, § 988 BGB. Darin kommt der dem BGB allgemein zugrundeliegende Gedanke zum Ausdruck, dass der unentgeltliche Erwerb nicht in gleichem Maße schutzwürdig ist wie der entgeltliche Erwerb.<sup>130</sup> Die Ausgleichspflicht richtet sich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, was es dem Besitzer insbesondere erlaubt, sich darauf zu berufen, durch die gezogenen Nutzungen nicht mehr bereichert zu sein.<sup>131</sup> Seinem Wortlaut nach gilt § 988 BGB nur für Eigenbesitzer und solche Fremdbesitzer, die sich als Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechts wännen. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich hierbei um ein Redaktionsversehen. § 988 BGB ist daher auch dann anwendbar, wenn der Fremdbesitzer glaubt, auf schuldrechtlicher Grundlage unentgeltlich zur Nutzungsziehung berechtigt zu sein, etwa aufgrund eines Leihvertrages.<sup>132</sup>

Die sich nach dem Regelungsmodell der §§ 987 ff. BGB ergebende Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers steht in einem Spannungsverhältnis zum be-

<sup>127</sup> Siehe nur RG, 16.9.1918, VI 163/18, RGZ 93, 281 (283); BGH, 22.10.1997, XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803 (805); *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (287); *Kohler*, JR 2013, 479 (481); MüKo/Raff, § 987 BGB Rn. 27.

<sup>128</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 673; Staudinger/*Gursky*, § 990 BGB Rn. 10 (August 2012).

<sup>129</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:A.I.2.b), S. 2. Teil:A.I.2.b), S. 188 f.

<sup>130</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 679. Siehe bspw. auch § 816 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>131</sup> MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 17.

<sup>132</sup> RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (353); MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 4.



reicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichsmodell. Im Falle eines nichtigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs einer Sache muss ein redlicher unverklagter Bereicherungsschuldner, der das Eigentum an der geleisteten Sache erlangt hat, gemäß § 818 Abs. 1, 2 BGB auch die gezogenen Nutzungen an den Berechtigten herausgeben bzw. Wertersatz leisten. Erfasst der Unwirksamkeitsgrund hingegen auch das dingliche Rechtsgeschäft, hat der Erwerber also lediglich den Besitz erlangt, so ist er nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB nicht zum Nutzungsausgleich verpflichtet.<sup>133</sup> Der Wertungswiderspruch tritt zwar bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge zu Tage. Er hat jedoch nichts mit der insofern bestehenden besonderen Interessenlage zu tun, sondern ergibt sich schlicht aus der Diskrepanz zwischen § 818 BGB einerseits und den §§ 987 ff. BGB andererseits. Die Rechtsprechung löst den Wertungswiderspruch auf, indem sie den rechtsgrundlosen Erwerb mit einem unentgeltlichen Erwerb im Sinne von § 988 BGB gleichsetzt,<sup>134</sup> während im Schrifttum überwiegend eine Durchbrechung der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zugunsten der Leistungskondition bevorzugt wird.<sup>135</sup>

Da § 285 BGB nach herrschender Meinung auf den Anspruch aus § 985 BGB nicht anwendbar ist,<sup>136</sup> ist Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht gemäß den §§ 987, 988, 990 BGB nur die ursprünglich falsch zugeordnete Sache, nicht hingegen ein Surrogat, das der Besitzer für die Sache erlangt hat.

### c) Nutzungsausgleich im Verhältnis von Erbe und Erbschaftsbesitzer

Nach § 2020 BGB muss der Erbschaftsbesitzer sämtliche aus Erbschaftsgegenständen gezogene Nutzungen an den Erben herausgeben. Ist dies nicht möglich, so haftet der Erbschaftsbesitzer nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, § 2021 BGB. Im Hinblick auf Erbschaftsgegenstände, die der Erbschaftsbesitzer unmittelbar aufgrund seines vermeintlichen Erbrechts erlangt, deckt sich das Nutzungsausgleichsregime der §§ 2021 ff. weitgehend mit demjenigen des § 818 und der §§ 987 ff. BGB. Soweit es sich bei den Erbschaftsgegenständen um Sachen handelt, schuldet der Erbschaftsbesitzer Nutzungsausgleich in der Regel zugleich gemäß § 988 BGB. Anders ist dies nur in Fällen des entgeltlichen Erbschaftserwerbs von einem Erbschaftsbesitzer.<sup>137</sup>

Sofern sich vom Erbschaftsbesitzer gezogene Früchte noch in der Verfügungsgewalt eines redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers befinden, muss er sie an den wahren Erben herausgeben, ohne sich darauf berufen zu können, nicht mehr bereichert zu sein. In diesem Punkt ist seine Haftung strenger als diejenige eines

<sup>133</sup> RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (349f.).

<sup>134</sup> Grundlegend *ibid.*, S. 357.

<sup>135</sup> Siehe dazu ausführlich *infra* 2. Teil:A.I.1.b)bb)(1), S. 170 ff.

<sup>136</sup> Siehe dazu ausführlich *infra* 2. Teil:A.I.1.b)bb)(2), S. 172 ff.

<sup>137</sup> § 2030 BGB. Siehe dazu *Gursky*, Festschrift Lübtow, 1990, 211 (215f.) sowie *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 364, die die strengere Haftung mit dem Risikocharakter des Erbschaftserwerbs begründet.

redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners oder Besitzers. Allerdings wird die Relevanz dieses Unterschieds durch den umfassenden Verwendungsersatzanspruch des Erbschaftsbesitzers gemäß § 2022 BGB stark relativiert.<sup>138</sup>

Ein wichtigerer Unterschied ergibt sich mittelbar aus § 2019 Abs. 1 BGB. Während die bereicherungsrechtliche Pflicht zum Nutzungsausgleich gemäß § 818 Abs. 1 BGB nach herrschender Auffassung Nutzungen des rechtsgeschäftlichen Surrogats nicht mitumfasst,<sup>139</sup> führt die dingliche Surrogation gemäß § 2019 Abs. 1 BGB dazu, dass auch das für einen Erbschaftsgegenstand erlangte *commodum ex negotiatione* zum Erbschaftsgegenstand<sup>140</sup> und damit zum Anknüpfungspunkt der Nutzungsausgleichspflicht gemäß §§ 2020 f. BGB wird. § 2019 bewirkt zudem, dass mittelbare Früchte, etwa die Mietzinsforderung für eine zum Nachlass gehörende Wohnung, dinglich unmittelbar dem Erben zugordnet werden und es daher keiner Abtretung durch den Erbschaftsbesitzer bedarf.<sup>141</sup>

Ab dem Eintritt der Rechtshängigkeit haftet der Erbschaftsbesitzer auch für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogene Nutzungen, §§ 2023 Abs. 2, 987 BGB.<sup>142</sup> Ferner kann sich der Erbschaftsbesitzer ab diesem Zeitpunkt hinsichtlich nicht mehr vorhandener Früchte nicht mehr auf Entreicherung berufen. Im gleichen Umfang haftet der Erbschaftsbesitzer gemäß § 2024 BGB ab Beginn des Erbschaftsbesitzes, wenn er zu diesem Zeitpunkt nicht in gutem Glauben war, wenn er also wusste oder nur aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass er nicht Erbe geworden ist.<sup>143</sup> Zu einem späteren Zeitpunkt wird die verschärfte Haftung nur dadurch ausgelöst, dass der Erbschaftsbesitzer Kenntnis von seiner fehlenden Erbenstellung erlangt. Der Sorgfaltsmaßstab des § 2024 BGB entspricht somit demjenigen des § 990 Abs. 1 BGB und ist strenger als derjenige des § 819 Abs. 1 BGB.

#### d) Nutzungsausgleich im Verhältnis von Vermächtnisnehmer und Beschwertem

Für den Fall eines Stückvermächtnisses bestimmt § 2184 S. 1 BGB, dass dem Vermächtnisnehmer für den Zeitraum zwischen dem Anfall des Vermächtnisses und seiner Erfüllung die Früchte zustehen, die der durch das Vermächtnis Beschwerte aus dem vermachten Gegenstand zieht. Demgegenüber muss der Beschwerte für Gebrauchsvorteile nach dem Wortlaut von § 2184 S. 2 BGB keinen Ausgleich leisten. § 2184 BGB ist die einzige Vorschrift, die den Nutzungsausgleich auf eine der beiden Nutzungskategorien beschränkt.

Strittig ist, inwieweit die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus entsprechend anzuwenden ist. Zum Teil wird eine Verpflichtung zur Herausgabe gezogener

<sup>138</sup> Gursky, Festschrift Lübtow, 1990, 211 (215 f.); Staudinger/ders., § 2020 BGB Rn. 1 (Juni 2015).

<sup>139</sup> Supra 1. Teil: B. II. 1. a), S. 34.

<sup>140</sup> MüKo/Helms, § 2019 Rn. 14; BeckOK/Müller-Christmann, § 2019 BGB Rn. 2 (1.11.2017).

<sup>141</sup> Wendt, Festschrift Lübtow, 1990, 229 (233).

<sup>142</sup> Die Haftung für nicht gezogene Nutzungen entfällt ab dem Zeitpunkt, ab dem sich der wahre Erbe im Gläubigerverzug befindet, § 302 BGB.

<sup>143</sup> MüKo/Helms, § 2024 BGB Rn. 2.

Früchte auch für solche Güter befürwortet, die der Beschwerte zur Erfüllung eines Verschaffungsvermächtnisses i. S. v. § 2170 BGB erwirbt.<sup>144</sup> Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 2184 BGB wird zudem für durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstände vertreten.<sup>145</sup> Im Fall eines Wahlvermächtnisses i. S. v. § 2154 BGB soll der Beschwerte ab der Bestimmung des vermachten Gegenstandes zum „Fruchtausgleich“ verpflichtet sein.<sup>146</sup>

§ 2184 BGB ordnet lediglich die Herausgabe gezogener Früchte an. Eine Wertersatzpflicht für gezogene, aber nicht mehr vorhandene Früchte wird in die Vorschrift – anders als in § 987 Abs. 1 BGB – nach überwiegender Auffassung offenbar nicht hineingelesen.<sup>147</sup> Wenn der Beschwerte gezogene Früchte in Kenntnis des Vermächtnisanfalls für sich verwertet, haftet er vielmehr nach Schadensersatzrechtlichen Grundsätzen.<sup>148</sup> Ein für gezogene Früchte erlangtes Surrogat muss er gemäß § 285 Abs. 1 BGB an den Vermächtnisnehmer auskehren.<sup>149</sup>

Die Pflicht zur Fruchtherausgabe gemäß § 2184 S. 1 BGB steht zur Disposition des Erblassers. Er kann den Beschwerten von ihr im Testament entbinden.<sup>150</sup>

#### e) Nutzungsausgleich nach Rechtshängigkeit eines Herausgabeanspruchs

Sofern das BGB einem Anspruch auf Übertragung eines Gutes nicht bereits spezialgesetzlich im jeweiligen Regelungskontext einen Anspruch auf Nutzungsausgleich zur Seite stellt, stimmt die Zuweisung der Nutzungen im Regelfall mit der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit überein. Der Gläubiger kommt grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt in den Genuss der Nutzungen, zu dem er das Gut vom Schuldner in einer Weise erhält, die es ihm ermöglicht, die Nutzungen selbst zu ziehen. Für den Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB hat dieser Grundsatz im Gesetzestext ausdrücklichen Niederschlag gefunden: Sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, gebühren dem Käufer die Nutzungen gemäß § 446 S. 2 BGB von der Übergabe der Kaufsache an, und somit ab dem Zeitpunkt, zu dem er als Besitzer der Sache die Früchte ziehen und diese gebrauchen kann.<sup>151</sup>

<sup>144</sup> Siehe Staudinger/Otte, § 2184 BGB Rn. 8 (Dezember 2019). Dagegen MüKo/Rudy, § 2184 Rn. 2; BeckOGK/Sachs, § 2184 BGB Rn. 4 (1.6.2017).

<sup>145</sup> MüKo/Rudy, § 2184 Rn. 2. Dagegen Staudinger/Otte, § 2184 BGB Rn. 9 (Dezember 2019); BeckOGK/Sachs, § 2184 BGB Rn. 8 (1.6.2017). Siehe dazu auch Flume, DB 1990, 2390 (2391).

<sup>146</sup> Muscheler, in: ders. (Hrsg.), Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, 2012, 169 (170); MüKo/Rudy, § 2184 Rn. 3. A. A. BeckOGK/Sachs, § 2184 BGB Rn. 5 (1.6.2017).

<sup>147</sup> Siehe Staudinger/Otte, § 2184 BGB Rn. 5 (Dezember 2019); BeckOGK/Sachs, § 2184 BGB Rn. 9ff. (1.6.2017). A. A. offenbar Muscheler, in: ders. (Hrsg.), Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, 2012, 169 (171): „Bei unverschuldetem Eigenverbrauch kommt § 812 BGB in Betracht“.

<sup>148</sup> Staudinger/Otte, § 2184 BGB Rn. 5 (Dezember 2019)

<sup>149</sup> MüKo/Rudy, § 2184 Rn. 5.

<sup>150</sup> Ibid., Rn. 1.

<sup>151</sup> Zur Zweckmäßigkeit der Übergabe als Zeitpunkt für den Übergang der Nutzungen siehe Kniese, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993, S. 37f.

Ein früherer Zeitpunkt ist allerdings generell dann maßgeblich, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf Übertragung des Gutes rechtshängig macht. Durch § 292 Abs. 2 BGB wird derjenige, der die Herausgabe eines bestimmten *Gegenstandes* schuldet, ab Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zum Nutzungsausgleich nach den Grundsätzen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses verpflichtet.<sup>152</sup> Ab diesem Zeitpunkt gebühren dem Gläubiger die Nutzungen eines Gutes in jedem Fall, unabhängig davon, aus welcher Rechtsgrundlage sich der Anspruch auf Übertragung des Gutes ergibt. Dementsprechend muss beispielsweise auch der mit einem Stückvermächtnis Beschwerte ab diesem Zeitpunkt Ausgleich für den Gebrauch des vermachten Gegenstandes leisten. Der Anwendungsbereich des § 292 Abs. 2 BGB ist weit gefasst. Unter den Begriff des Gegenstandes fallen neben Sachen und Rechten auch Immaterialgüter<sup>153</sup> und Sachgesamtheiten sowie Unternehmen als Gesamtheit von Sachen und Rechten.<sup>154</sup> Herausgabe umfasst jede Form der Übertragung eines Gutes, also beispielsweise neben der Einräumung des Besitzes an einer Sache auch ihre Übereignung, die Abtretung von Forderungen etc.<sup>155</sup>

Relevant ist die sich aus § 292 Abs. 2 BGB ergebende Nutzungsausgleichspflicht insbesondere dann, wenn die Übertragung eines Gutes lediglich vertraglich geschuldet wird.<sup>156</sup> Insbesondere kann der Käufer sich die Nutzungen der Kaufsache bereits vor dem in § 446 S. 2 BGB bestimmten Zeitpunkt verschaffen, indem er seinen Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB rechtshängig macht.<sup>157</sup> Ein Herausgabeanspruch im Sinne des § 292 Abs. 2 BGB ist zudem auch der Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache aus § 546 Abs. 1 BGB.<sup>158</sup>

## 2. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge

Der Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung von Verträgen ist im Rücktrittsfolgenrecht (a) und im Widerrufsfolgenrecht (b) spezialgesetzlich geregelt. Für die Rückabwicklung nichtiger Verträge hat sich eine bereicherungsrechtliche Sonderdogmatik entwickelt (c).

<sup>152</sup> Siehe bspw. BGH, 19.5.2000, V ZR 453/99, BGHZ 144, 323 (328).

<sup>153</sup> *Obly*, Festschrift Canaris, 2017, 987 (1017). Die Haftung nach § 292 BGB trifft daher auch Schuldner, die zur Übertragung eines Immaterialgüterrechts wie bspw. eines Patents verpflichtet sind. Siehe MüKo/Ernst, § 292 BGB Rn. 3; BeckOGK/Dornis, § 292 BGB Rn. 11 (1.6.2018).

<sup>154</sup> MüKo/Ernst, § 292 BGB Rn. 3; BeckOGK/Dornis, § 292 BGB Rn. 10ff. (1.6.2018). Siehe bspw. BGH, 3.3.1954, VI ZR 256/52, BeckRS, 31198776 (Apotheke).

<sup>155</sup> MüKo/Ernst, § 292 BGB Rn. 4; BeckOGK/Dornis, § 292 BGB Rn. 14 (1.6.2018).

<sup>156</sup> Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 332.

<sup>157</sup> Siehe bspw. BGH, 19.5.2000, V ZR 453/99, BGHZ 144, 323 (328).

<sup>158</sup> BGH, 12.8.2009, XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 (1523).

### a) Nutzungsausgleich nach Rücktrittsfolgenrecht

Das Rücktrittsfolgenrecht wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>159</sup> tiefgreifend umgestaltet. Daher differenziert die Darstellung zwischen der Rechtslage vor (aa) und nach (bb) der Schuldrechtsreform. Einer gesetzlichen Sonderregelung unterliegt der Nutzungsausgleich nach dem Rücktritt des Verkäufers von einem Teilzahlungsgeschäft (cc). Abschließend werden diejenigen Vorschriften vorgestellt, die im Hinblick auf den Nutzungsausgleich auf das Rücktrittsfolgenrecht verweisen, ohne dass ein Rücktritt vom Vertrag erfolgt (dd).

#### aa) Rechtslage bis zur Schuldrechtsmodernisierung

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung regelte das BGB in den §§ 346 ff. unmittelbar nur die Rückabwicklung von Verträgen aufgrund der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts. Auf das in den §§ 325, 326 BGB a.F. vorgesehene gesetzliche Rücktrittsrecht fanden diese über eine Verweisung in § 327 S. 1 BGB a.F.<sup>160</sup> entsprechende Anwendung. Für die Darstellung der spezifisch auf die Nutzung der ausgetauschten Leistung bezogenen Rechtsfolgen ist zwischen Veräußerungsverträgen (1) und Nutzungsüberlassungsverträgen (2) zu differenzieren.

#### (1) Veräußerungsverträge

Unter einem Veräußerungsvertrag wird im Rahmen dieser Untersuchung ein Vertrag verstanden, der darauf gerichtet ist, ein Gut endgültig auf ein anderes Rechtssubjekt zu übertragen. Prototyp des Veräußerungsvertrags ist der Kaufvertrag, der auf den endgültigen Austausch von Kaufsache und Kaufpreis gerichtet ist. Weitere typische Erscheinungsformen von Veräußerungsverträgen sind der Tauschvertrag sowie der Schenkungsvertrag.<sup>161</sup>

Gemäß § 347 S. 1, 2 BGB a.F.<sup>162</sup> richtete sich die Nutzungsausgleichspflicht des Rückgewährschuldners nach wirksam erklärtem Rücktritt nach § 987 BGB.<sup>163</sup> Er

<sup>159</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I Nr. 61 v. 29.11.2001, 3138.

<sup>160</sup> § 327 S. 1 BGB a.F.: „Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung.“

<sup>161</sup> Siehe bspw. *Eszer*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1971, S. 1. Der Schenkungsvertrag unterscheidet sich von den übrigen genannten Vertragstypen dahingehend, dass er nicht auf einen Leistungsaustausch, sondern auf eine einseitige Güterverschiebung vom Schenker auf den Beschenkten gerichtet ist. Da diese Güterverschiebung grundsätzlich endgültig ist, handelt es sich um einen Veräußerungsvertrag im Sinne der Untersuchung.

<sup>162</sup> § 347 S. 1, 2 BGB a.F.: „Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem bestimmten Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs gelten. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen.“

<sup>163</sup> Zum Zinstatbestand des § 347 S. 3 BGB a.F. siehe *infra* 1. Teil: B.II.3.b)aa), S. 71.

haftete daher *rückwirkend* ab Leistungsempfang wie ein verklagter Besitzer.<sup>164</sup> Dementsprechend musste der Rückgewährschuldner nicht nur sämtliche gezogenen Nutzungen an den Rückgewährgläubiger herausgeben bzw. ihren Wert ersetzen, sondern auch Ersatz für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen leisten.

Für den Fall eines vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts wurde diese scharfe Haftung von der herrschenden Meinung deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil der Rückgewährschuldner mit der Ausübung des Rücktrittsrechts rechnen musste.<sup>165</sup> Demgegenüber wurde im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die verschärfte Haftung *auch* des Rücktrittsberechtigten überwiegend als zu hart empfunden. Nach einer in Rechtsprechung und Literatur prominent vertretenen Auffassung sollte der Rücktrittsberechtigte *vor* Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 327 S. 2 BGB a.F.<sup>166</sup> nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen haften.<sup>167</sup> Unmittelbar galt diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur, wenn der Rücktrittsgegner den Rücktritt nicht zu vertreten hatte. Nach überwiegender Auffassung war es allerdings nicht gerechtfertigt, den Rücktrittsberechtigten insofern schlechter zu stellen.<sup>168</sup> Dies ermöglichte es dem Rückgewährschuldner, sich im Hinblick auf gezogene Nutzungen darauf zu berufen, nicht mehr bereichert zu sein. Zudem haftete er grundsätzlich nur für gezogene Nutzungen. Bevor sich die Auffassung allgemein durchsetzte, dass der Rücktritt den Vertrag nicht mit Wirkung *ex tunc*, sondern lediglich *ex nunc* beendet,<sup>169</sup> erreichte der BGH das gleiche Ergebnis, indem er einen vom Vertrag zurücktretenden Käufer – unabhängig von der Eigentumslage an der Kaufsache – nur gemäß § 988 BGB auf Nutzungsausgleich haften ließ. Dies begründete der BGH damit, dass aufgrund des durch den Rücktritt bewirkten *rückwirkend*

<sup>164</sup> Siehe auch *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechtfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 353.

<sup>165</sup> BGH, 16.5.1984, VIII ZR 18/83, NJW 1984, 2937 (2938); *Büdenbender*, JuS 1998, 38 (42); *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 179 f.

<sup>166</sup> § 327 S. 2 BGB a.F.: „Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.“ Siehe dazu Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 327 BGB Rn. 2 f.

<sup>167</sup> Siehe *Thielmann*, VersR 1970, 1069 (1073 ff.); BT-Drs. 14/6040, 191; Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 8; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 123 f.; *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 78; *Höpfner*, NJW 2010, 127 (128); *Jaeger*, AcP 213 (2013), 507 (516), jeweils m. w. N. Kritisch *Büdenbender*, JuS 1998, 325 (326 f.) Dagegen *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 183.

<sup>168</sup> Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 8. Siehe auch *Thielmann*, VersR 1970, 1069 (1073 ff.).

<sup>169</sup> Siehe dazu *infra* 2. Teil:A.II.1.a)bb)(3), S. 203 f.

fortgefallenen Besitzrechts die von der Rechtsprechung befürwortete Gleichsetzung von „rechtsgrundlos“ und „unentgeltlich“ im Rahmen von § 988 BGB im Verhältnis von Eigentümer und Besitzer auch im Verhältnis von Rückgewährgläubiger und Rückgewährschuldner Geltung beanspruche.<sup>170</sup>

Für den Rücktrittsgegner blieb es nach allgemeiner Meinung bei der strengen Haftung gemäß § 347 BGB a. F., da er den Rücktritt zu vertreten habe.<sup>171</sup> Bezüglich der Einstandspflicht für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogene Nutzungen gemäß § 987 Abs. 2 BGB war der Verschuldensmaßstab umstritten. Bevor der Rücktrittsgegner von den Rücktrittsvoraussetzungen Kenntnis erlangte oder hätte erlangen müssen, konnte ihn regelmäßig kein Verschulden im „technischen“ Sinne des § 276 BGB treffen, da er mit dem empfangenen Gut als Eigentümer nach Belieben verfahren durfte, § 903 BGB.<sup>172</sup> Nach verbreiteter Auffassung war das Verschuldenserfordernis bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Rücktrittsgegner von den Rücktrittsvoraussetzungen wusste oder hätte wissen müssen, als ein Verschulden gegen sich selbst zu verstehen, ab diesem Zeitpunkt hingegen als ein Verschulden im Sinne von § 276 BGB.<sup>173</sup>

Auf den Rückgewähranspruch aus § 346 S. 1 BGB a. F.<sup>174</sup> war § 281 Abs. 1 BGB a. F.<sup>175</sup> anwendbar.<sup>176</sup> Sofern der Rückgewährschuldner für die empfangene Leistung ein Surrogat erlangte, musste er daher auch die aus dem Surrogat gezogenen Nutzungen an den Rückgewährgläubiger auskehren und für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogene Nutzungen Wertersatz leisten, §§ 347 S. 2 BGB a. F., 987 Abs. 1 BGB.<sup>177</sup>

## (2) Nutzungsüberlassungsverträge

Unter einem Nutzungsüberlassungsvertrag wird im Rahmen dieser Untersuchung ein Vertrag verstanden, der auf die vorübergehende Überlassung eines Gutes an

<sup>170</sup> BGH, 28.3.1952, I ZR 111/51, NJW 1952, 778 (779).

<sup>171</sup> Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 7 m. w. N.

<sup>172</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040, 192.

<sup>173</sup> Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 7; *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 189; *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 33.

<sup>174</sup> § 346 S. 1 BGB a. F.: „Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.“

<sup>175</sup> § 281 Abs. 1 BGB a. F.: „Erlangt der Schuldner infolge eines Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.“

<sup>176</sup> BT-Drs. 14/6040, 194.

<sup>177</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 353.

ein anderes Rechtssubjekt zur Nutzung gerichtet ist.<sup>178</sup> Typische Erscheinungsformen von Nutzungsüberlassungsverträgen sind Miet-, Pacht-, Leih-, Darlehens- und Sachdarlehensvertrag.<sup>179</sup>

Für die „Überlassung der Benutzung einer Sache“ war die Ausgleichspflicht nach Rücktritt in § 346 S. 2 BGB a.F.<sup>180</sup> gesondert geregelt. Die Nutzungsausgleichspflicht nach § 347 S. 2 BGB a.F. i. V. m. § 987 BGB wurde insoweit verdrängt.<sup>181</sup> Nach § 346 S. 2 BGB a.F. musste der Rückgewährgläubiger vorrangig ein im Vertrag bestimmtes und in Geldeinheiten ausgedrücktes Nutzungsentgelt entrichten.<sup>182</sup> Fehlte es an einer entsprechenden Vereinbarung, war der Wert der Nutzungsüberlassung zu vergüten. Beim Rücktritt von einem Mietvertrag musste der Mieter daher unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der Mietsache den vereinbarten Mietzins entrichten.<sup>183</sup> § 346 S. 2 BGB a.F. wies somit dem Rückgewährschuldner das Nutzungsrisiko zu.<sup>184</sup> Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift war, dass es sich bei der Nutzungsüberlassung um eine Hauptleistungspflicht des rückabzuwickelnden Vertrages handelte.<sup>185</sup> Anderenfalls blieb es dabei, dass gemäß § 347 S. 2 BGB a.F. i. V. m. § 987 BGB Ersatz nur für tatsächlich gezogene oder entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen geschuldet wurde.

Die praktische Bedeutung des § 346 S. 2 BGB a.F. für die Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen war gering.<sup>186</sup> Nutzungsüberlassungsverträge begründen häufig Dauerschuldverhältnisse.<sup>187</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Rücktritt von einem in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnis nur ausnahmsweise möglich, da eine Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB in der Re-

<sup>178</sup> Im Schrifttum hat sich insofern noch keine einheitliche Terminologie herausgebildet. Teilweise werden Nutzungsüberlassungsverträge im Sinne dieser Untersuchung als „Überlassungsverträge“ bezeichnet. Siehe dazu infra S. 483 in Fn. 263. Zu den Charakteristika von Nutzungsüberlassungsverträgen siehe näher infra 3. Teil:B.II.2.a), S. 481 ff.

<sup>179</sup> In diesem Sinne bspw. auch *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 119; *Sorge*, JA 2017, 801 (802), allerdings mit abweichender Terminologie (jeweils „Überlassungsverträge“) und Vorbehalten bezüglich (Geld-)Darlehensverträgen.

<sup>180</sup> § 346 S. 2 BGB a.F.: „Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten.“

<sup>181</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 115.

<sup>182</sup> *Soergel/Hadding*, 12. Aufl., § 346 BGB Rn. 7 (1990).

<sup>183</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 116. Siehe auch *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (50).

<sup>184</sup> Siehe *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 118.

<sup>185</sup> *Soergel/Hadding*, 12. Aufl., § 346 BGB Rn. 7 (1990).

<sup>186</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 114.

<sup>187</sup> Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses sowie zur Qualifikation von Nutzungsüberlassungsverträgen als Dauerschuldverhältnisse siehe näher infra 3. Teil:B.II.2.a)dd), S. 485.



gel nicht dem Interesse der Parteien entspreche.<sup>188</sup> Stattdessen werden die Parteien auf die – seit der Schuldrechtsmodernisierung ausdrücklich in § 314 BGB geregelte – Möglichkeit verwiesen, Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund fristlos mit Wirkung für die Zukunft zu beenden.<sup>189</sup>

Auch bezüglich § 346 S. 2 BGB a.F. wurde der Rechtsgedanke des § 327 S. 2 BGB a.F. zur Geltung gebracht, wonach bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Rückgewährschuldner, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, nur bereicherungsrechtlich haften sollte.<sup>190</sup>

### *bb) Rechtslage seit der Schuldrechtsmodernisierung*

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde das Rücktrittsfolgenrecht regelungstechnisch neu ausgerichtet. Zum einen gelten die §§ 346 ff. BGB seither unmittelbar sowohl für das vertragliche als auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht. Zum anderen wurde die Verweisung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis durch eine eigenständige Regelung der Rücktrittsfolgen ersetzt.

#### (1) Veräußerungsverträge<sup>191</sup>

Die Pflicht des Rückgewährschuldners zur Herausgabe der aus der empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen ergibt sich seit der Schuldrechtsmodernisierung unmittelbar aus § 346 Abs. 1 BGB. Hierbei handelt es sich – wie die Gesetzesbegründung zu Recht anmerkt – lediglich um eine redaktionelle Änderung.<sup>192</sup> Sofern die Herausgabe der Nutzungen daran scheitert, dass der Rückgewährschuldner gezogene Früchte verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat, ist er gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet.<sup>193</sup> Bei Gebrauchsvorteilen, die aufgrund ihrer Natur von vornherein nicht herausgegeben werden können, ergibt sich die Wertersatzpflicht aus § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB.<sup>194</sup> Auch insofern wurde im Ergebnis lediglich die bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung bestehende Rechtslage in § 346 BGB kodifiziert.

<sup>188</sup> BGH, 10.7.1968, VIII ZR 120/66, BGHZ 50, 312 (315); BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (28 f.) Siehe auch *Zunft*, AcP 152 (1952/53), 289 (301); Soergel/*Hadding*, 12. Aufl., Vor § 346 Rn. 12 (1990); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 114; *Staudinger/Rolfs*, § 542 BGB Rn. 200 (August 2017); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 71 f.; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 83.

<sup>189</sup> BGH, 10.7.1968, VIII ZR 120/66, BGHZ 50, 312 (315).

<sup>190</sup> Siehe dazu *Palandt/Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 327 BGB Rn. 2f. Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 190.

<sup>191</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.

<sup>192</sup> BT-Drs. 14/6040, 193.

<sup>193</sup> *Palandt/Grüneberg*, § 346 BGB Rn. 6.

<sup>194</sup> *Ibid.*, Rn. 6; *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 25.

Eine materielle Änderung *auch* für die Verpflichtung des Rückgewährschuldners zum Nutzungsausgleich ergibt sich jedoch daraus, dass im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung die Haftung des Rücktritts**berechtigten** bewusst verschärft wurde.<sup>195</sup> Die Gesetzesbegründung erteilt der zum alten Recht vertretenen Auffassung, wonach der Rücktrittsberechtigte im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen haften sollte, eine Absage. Dies wurde damit begründet, dass der Rücktrittsberechtigte ausreichend dadurch geschützt sei, dass er gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB keinen Wertersatz schuldet, wenn er zumindest die *diligentia quam in suis* gewahrt hat.<sup>196</sup> Daher haftet nunmehr auch der Rücktrittsberechtigte auf Nutzungsausgleich, ohne sich auf Entreicherung im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB berufen zu können.

Die Haftungsverschärfung wirkt sich zudem auf die Einstandspflicht für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen aus. Gemäß § 347 Abs. 1 S. 1 BGB sind sowohl der Rücktrittsberechtigte als auch der Rücktrittsgegner zum Wertersatz verpflichtet, wenn sie entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft Nutzungen nicht gezogen haben, obwohl ihnen dies möglich gewesen wäre. Ab diesem Zeitpunkt muss der Rückgewährschuldner nur noch für tatsächlich gezogene Nutzungen Ausgleich leisten. Auf ein Verschuldenserfordernis, wie es sich vor der Schuldrechtsmodernisierung aus der Verweisung auf § 987 Abs. 2 BGB ergab, wurde verzichtet. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Absatz 1 Satz 1 erlegt dem Rückgewährschuldner eine Vergütungspflicht für nicht gezogene Nutzungen auf, sofern er diese nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können. Die Regelung entspricht mit gewissen Modifikationen dem geltenden Recht: Das Gesetz sollte den Begriff des Vertretenmüssens grundsätzlich nur im technischen Sinn verwenden. Satz 1 stellt daher darauf ab, ob es dem Schuldner möglich gewesen wäre, die Nutzungen zu ziehen.“<sup>197</sup>

Diesen Ausführungen liegt offensichtlich die Vorstellung zugrunde, dass bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung eine Nutzungsobliegenheit des Rückgewährschuldners bestand. Zumindest für den Rücktritts**gegner** entsprach dies in der Tat der herrschenden Meinung.<sup>198</sup> Dagegen traf den Rücktrittsberechtigten – der gemäß dem Rechtsgedanken des § 327 S. 2 BGB a. F. nur bereicherungsrechtlich haften sollte – nach überwiegender Auffassung weder eine Nutzungsobliegenheit noch eine Pflicht zur Nutzung, die als Anknüpfungspunkt für ein technisches Verschulden im Sinne von § 276 BGB hätte fungieren können.<sup>199</sup> Durch die Neuregelung des § 347 BGB und den ausdrücklichen Verzicht auf das Verschuldenserfordernis wird

<sup>195</sup> Höpfner, NJW 2010, 127 (128); Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 78.

<sup>196</sup> BT-Drs. 14/6040, 194.

<sup>197</sup> BT-Drs. 14/6040, 197. Kritisch Kohler, JZ 2002, 1127 (1130).

<sup>198</sup> Siehe bspw. Kohler, JZ 2001, 325 (335) m. w. N.

<sup>199</sup> Supra 1. Teil: B.II.2.a)aa)(1), S. 42 ff.

nunmehr *beiden* Parteien eine generelle Nutzungsobliegenheit auferlegt.<sup>200</sup> Der Rücktrittsberechtigte wird im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts gemäß § 347 Abs. 1 S. 2 BGB nur im Hinblick auf den Sorgfaltsmaßstab privilegiert: Er genügt seiner Nutzungsobliegenheit bereits dann, wenn er sich eigenüblich sorgfältig verhält. Nach dem Gesetzeswortlaut unterliegt diese Privilegierung keiner zeitlichen Beschränkung. Abweichend davon wird in der Literatur teilweise gefordert, den Rücktrittsberechtigten ab dem Zeitpunkt, zu dem er von seinem Rücktrittsrecht Kenntnis erlangte bzw. hätte erlangen müssen, auch bei Wahrung der eigenüblichen Sorgfalt für nicht gezogene Nutzungen haften zu lassen.<sup>201</sup>

Die Haftung aus § 347 Abs. 1 S. 1 BGB für nicht gezogene Nutzungen entfällt gemäß § 302 BGB, sobald der jeweilige Rückgewährschuldner dem jeweiligen Rückgewährgläubiger die zurückzugewährende Leistung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet. Allerdings soll die durch § 347 Abs. 1 S. 1 BGB begründete Nutzungsobliegenheit nach verbreiteter Auffassung im Regelfall bereits zuvor mit der Ausübung des Rücktrittsrechts enden, weil der Rückgewährschuldner ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Nutzung berechtigt, sondern vielmehr zur Rückgewähr verpflichtet sei.<sup>202</sup> Eine Haftung auch nach erklärtem Rücktritt soll jedoch wiederum ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn der Rückgewährgläubiger ein berechtigtes Interesse an der Weiternutzung hat, etwa weil das genutzte Gut sonst Schaden nehmen würde.<sup>203</sup>

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Schuldrechtsmodernisierung eine Änderung der Rechtslage im Hinblick auf Surrogate der empfangenen Leistung bewirkt hat. Nach der wohl noch überwiegenden Auffassung im Schrifttum findet § 285 BGB auf den Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB Anwendung.<sup>204</sup> Diese Sichtweise wird durch die Gesetzesbegründung gestützt.<sup>205</sup> Nach einer prominent vertretenen Gegenauffassung sollen die §§ 346 ff. BGB hingegen seit der Schuldrechtsmodernisierung eine abschließende Sonderregelung bilden und § 285 BGB verdrängen.<sup>206</sup> Der BGH hat die Anwendbarkeit des § 285 BGB auf das

<sup>200</sup> BeckOGK/Schall, § 347 BGB Rn. 7 (15.7.2018). A. A. Kobler, AcP 208 (2008), 417 (448 f.), der einen Rückgewährpflichtigen auch weiterhin nur bereicherungsrechtlich haften lassen will, wenn er das Entstehen des Rückabwicklungsanlasses nicht zu vertreten hat.

<sup>201</sup> Siehe bspw. Schwab, JuS 2002, 630 (637); MüKo/Gaier, § 347 BGB Rn. 11. Kritisch auch Soergel/Lobinger, 13. Aufl. § 347 BGB Rn. 19 (2010) („gesetzgeberischer Willkürakt“). A. A., also für eine wortlautgetreue Anwendung der Vorschrift, bspw. BeckOGK/Schall, § 347 BGB Rn. 29 und Rn. 36 (15.7.2018).

<sup>202</sup> Siehe bspw. Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 196 f.; Erman/Röthel, § 347 BGB Rn. 3; BeckOGK/Schall, § 347 BGB Rn. Rn. 36 (15.7.2018).

<sup>203</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 196 f.

<sup>204</sup> Siehe bspw. *ibid.*, S. 200; Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 221 (November 2011); Lorenz, NJW 2015, 1725 (1727 f.); MüKo/Gaier, § 346 BGB Rn. 47.

<sup>205</sup> BT-Drs. 14/6040, 194: „Es ist allgemein anerkannt, dass der bisherige § 281 (jetzt § 285) auf Ansprüche aus dem durch den Rücktritt begründeten Rückgewährschuldverhältnis anwendbar ist [...]. Der Entwurf geht davon aus, dass die Neufassung des § 346 hieran nichts ändert.“

<sup>206</sup> Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 320 f.; Staudinger/

Rückgewährschuldverhältnis 2015 ausdrücklich offen gelassen, dabei allerdings die dagegen sprechenden Gründe für „beachtlich“ befunden.<sup>207</sup> Wenn man von einer Anwendbarkeit des § 285 BGB ausgeht, so muss der Rückgewährschuldner zusätzlich zur Herausgabe des Surrogats Ausgleich für die aus dem Surrogat gezogenen Nutzungen leisten, da dieses an die Stelle der ursprünglich empfangenen Leistung tritt und damit auch zum Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht aus § 346 Abs. 1 BGB wird.<sup>208</sup>

## (2) Nutzungsüberlassungsverträge<sup>209</sup>

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde die Sonderregelung des § 346 S. 2 BGB a.F. für Dienstleistungen und die Überlassung der Benutzung von Sachen gestrichen. Stattdessen wurde der Regelungsgehalt der Vorschrift durch § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 Hs. 1 BGB „zu einem allgemeinen Prinzip [erweitert]“. <sup>210</sup> Danach ist der Rückgewährschuldner nunmehr im Ausgangspunkt grundsätzlich zum Wertersatz verpflichtet, wenn die Natur des Erlangten eine Rückgewähr bzw. Herausgabe ausschließt. Für den Fall, dass im Vertrag eine Gegenleistung vereinbart wurde, ist diese bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen.

An der geringen praktischen Relevanz des Rücktrittsfolgenrechts für in Vollzug gesetzte Nutzungsüberlassungsverträge hat sich wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Kündigung vor dem Rücktritt bei Dauerschuldverhältnissen allerdings nichts geändert.<sup>211</sup> Eine Ausnahme bildeten eine Zeit lang Verbraucherdarlehensverträge. Für deren Rückabwicklung nach Widerruf fanden bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>212</sup> die §§ 346 ff. BGB Anwendung. Aus diesem Grund wurde 2002 speziell für Darlehensverträge eine Sonderregelung für die Ermittlung des Wertersatzes eingeführt.<sup>213</sup> Gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB darf der Darlehensnehmer im Falle eines Rücktritts nachweisen, dass der Wert des Ge-

---

*Caspers*, § 285 BGB Rn. 13 (Oktober 2019); BeckOGK/*Dornis*, § 285 BGB Rn. 28 (1.6.2018). Grundsätzlich gegen eine Anwendbarkeit von § 285 BGB bei Gewinnerzielung vor Erklärung des Rücktritts sprechen sich auch aus *Eichel/Fritzsche*, NJW 2018, 3409 (3412 ff.).

<sup>207</sup> BGH, 25.3.2015, VIII ZR 38/14, NJW 2015, 1748 (1749).

<sup>208</sup> *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 204.

<sup>209</sup> Zum Begriff des Nutzungsüberlassungsvertrags siehe supra 1. Teil: B.II.2.a)aa(2), S. 45 sowie 3. Teil: B.II.2.a), S. 481 ff.

<sup>210</sup> BT-Drs. 14/6040, 195 f.

<sup>211</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (28 f.); *Schwab*, JuS 2002, 630 (631); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 71 f.; *Staudinger/Rolfs*, § 542 BGB Rn. 200 (August 2017).

<sup>212</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304 v. 22.11.2011, 64.

<sup>213</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten vom 23. Juli 2002, BGBl. I Nr. 53 v. 31.7.2002, 2850.

brauchsvorteils niedriger war als das vertraglich bestimmte Entgelt – also der vereinbarte Darlehenszins. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Darlehensnehmer das Darlehen anderweitig günstiger hätte beschaffen können.<sup>214</sup> Die Vorschrift war ursprünglich dazu bestimmt, den Darlehensnehmer im Falle des Widerrufs eines Verbraucherdarlehensvertrags zu privilegieren.<sup>215</sup> Mit der eigenständigen Regelung des Widerrufsfolgenrechts<sup>216</sup> ist dieser Regelungszweck nunmehr obsolet und der Anwendungsbereich der Vorschrift minimal.<sup>217</sup>

### cc) Sonderregelung für Teilzahlungsgeschäfte

§ 508 S. 4 BGB enthält eine Sonderregelung zum Nutzungsausgleich nach Rücktrittsfolgenrecht für Teilzahlungsgeschäfte im Sinne von § 506 Abs. 3 BGB. Danach ist für den Fall, dass der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers von einem Teilzahlungsgeschäft zurücktritt, bei der Bemessung der Vergütung für Nutzungen auf die inzwischen eingetretene Wertminderung Rücksicht zu nehmen. Diese Vorschrift ist in ihrer Essenz älter als das BGB. Sie geht zurück auf das Abzahlungsgesetz von 1894.<sup>218</sup> § 2 Abs. S. 2 AbzG lautete:

„Für die Ueberlassung des Gebrauchs oder der Benutzung ist deren Werth zu vergüten, wobei auf die inzwischen eingetretene Werthminderung der Sache Rücksicht zu nehmen ist.“

Das Abzahlungsgesetz wurde 1990 durch das Verbraucherkreditgesetz<sup>219</sup> abgelöst,<sup>220</sup> das dessen materiellen Regelungsgehalt in § 13 übernahm.<sup>221</sup> § 13 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG verwies für den Fall des Rücktritts des Verkäufers auf das Rücktrittsfolgenrecht. § 13 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG war inhaltsgleich zu § 508 S. 4 BGB. Die Regelung wurde im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zunächst in § 503 Abs. 2 S. 3 BGB a. F. kodifiziert und durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie<sup>222</sup> in § 508 BGB verschoben.<sup>223</sup> Die Verbraucherkreditrichtlinie<sup>224</sup>

<sup>214</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 135.

<sup>215</sup> Ibid., S. 135.

<sup>216</sup> Infra 1. Teil:B.II.2.b).

<sup>217</sup> BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 568 (15.7.2018).

<sup>218</sup> Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, RGBl. 1894, 450. Siehe dazu Schmitz, Jura 1987, 182.

<sup>219</sup> Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze vom 17. Dezember 1990, BGBl. I Nr. 71 v. 22.12.1990, 2840.

<sup>220</sup> Das Abzahlungsgesetz wurde durch Artikel 10 VerbrKrG aufgehoben.

<sup>221</sup> Siehe dazu im Einzelnen Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 217 (220f.)

<sup>222</sup> Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009, BGBl. I Nr. 49 v. 3.8.2009, 2355.

<sup>223</sup> Die Regelung war ursprünglich in § 508 Abs. 2 BGB enthalten. Durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013, BGBl. I Nr. 28 v. 27.9.2013, 3642, wurde Absatz 1 gestrichen.

<sup>224</sup> Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008

selbst enthält jedoch für die Ausgestaltung des Rücktrittsrechts des Verkäufers keine Vorgaben.<sup>225</sup>

Mit der Übernahme des Regelungsgehalts des Abzahlungsgesetzes in das Verbraucherkreditgesetz war eine substantielle Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs verbunden. Das Abzahlungsgesetz differenzierte nicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Es nahm in § 8 lediglich im Handelsregister eingetragene Kaufleute als Teilzahlungskäufer von seinem Anwendungsbereich aus.<sup>226</sup> In der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH zum Abzahlungsgesetz tritt als typische Fallkonstellation der kreditfinanzierte Erwerb von Nutzfahrzeugen, insbesondere Lastkraftwagen,<sup>227</sup> durch (nicht kaufmännische) Unternehmer hervor.<sup>228</sup> Seit dem Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes werden nur noch Teilzahlungsgeschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern erfasst.<sup>229</sup>

§ 508 S. 4 BGB bewirkt im Regelfall eine Privilegierung des Unternehmers.<sup>230</sup> Sofern die Wertminderung der zurückzugewährenden Sache den nach allgemeinen Grundsätzen ermittelten Wert der vom Verbraucher realisierten Gebrauchsvorteile<sup>231</sup> übersteigt, ist der vom Verbraucher zu leistende Nutzungsausgleich nach der tatsächlichen Wertminderung zu bemessen.<sup>232</sup> Bei Teilzahlungsgeschäften werden die vom Verbraucher auszugleichenden Gebrauchsvorteile in erster Linie anhand des üblichen Entgelts für eine Anmietung der Kaufsache berechnet.<sup>233</sup> Zu vergleichen sind dann also der auf die Nutzungsdauer entfallende fiktive Mietzins und die Wertminderung der Kaufsache. Umgekehrt ist der Nutzungsausgleich zu reduzieren, sofern die Wertminderung ungewöhnlich niedrig ausfällt. Da jedoch in der Regel bereits die Ingebrauchnahme einer neuen Sache zu einem überproportionalen Wertverlust führt,<sup>234</sup> ist dies nur selten zu erwarten. Die Privilegierung des Unternehmers ist umso größer, je geringer der Anteil der Gesamtnutzungsdauer ist, der im Zeitpunkt der Rückgewähr der Sache bereits verstrichen ist.

---

über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133 v. 22.5.2008, 66.

<sup>225</sup> BeckOGK/*Haertlein*, § 508 BGB Rn. 6 (1.3.2018).

<sup>226</sup> Kritisch zum personalen Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes *Peters*, JZ 1986, 409 (410).

<sup>227</sup> RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 ff.

<sup>228</sup> RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 ff.; RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 ff.; RG, 16.5.1942, GSE 4/42, RGZ 169, 140 ff.; BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 ff.; BGH, 11.4.1973, VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 ff.

<sup>229</sup> In der Gesetzesbegründung zum Verbraucherkreditgesetz wird hierzu ausgeführt, dass der weite persönliche Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes in der Vergangenheit Kritik erfahren habe, BT-Drs. 11/5462, 17.

<sup>230</sup> BeckOGK/*Haertlein*, § 508 BGB Rn. 5 (1.3.2018).

<sup>231</sup> *Infra* 2. Teil:B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>232</sup> BeckOGK/*Haertlein*, § 508 BGB Rn. 38 (1.3.2018).

<sup>233</sup> MüKo/*Schürnbrand/Weber*, § 508 BGB Rn. 25; BeckOGK/*Haertlein*, § 508 BGB Rn. 37 (1.3.2018).

<sup>234</sup> Dies hat den Gesetzgeber zur Sonderregelung des § 346 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 BGB bewogen, vgl. BT-Drs. 14/6040, 193 f.

*dd) Verweisungen auf das Rücktrittsfolgenrecht*

Die Anwendungsbereich der Bestimmungen zum Nutzungsausgleich in den §§ 346 ff. BGB reicht über Rücktrittskonstellationen hinaus. Auch wenn ein Vertrag ganz oder teilweise rückabgewickelt werden muss, ohne dass eine Partei zurückgetreten wäre, wurde bzw. wird in einer Reihe von Fällen auf das Rücktrittsfolgenrecht verwiesen.

(1) Widerruf von Verbraucherverträgen<sup>235</sup> vor Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

Vor der grundlegenden Reform des Widerrufsfolgenrechts im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>236</sup> erfolgte die Rückabwicklung widerrufener Verbraucherverträge nach den §§ 346 ff. BGB.

Bereits vor der Kodifizierung des Verbraucherschutzrechts im BGB im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde im Jahr 2000 das Widerrufsfolgenrecht vereinheitlicht und im BGB in den §§ 361a und 361b BGB a. F. verankert.<sup>237</sup> Bei dieser Gelegenheit wurde für unter Widerrufsvorbehalt stehende Verbraucherverträge das Konzept der „schwebenden Wirksamkeit“ eingeführt.<sup>238</sup> Danach sind Verbraucher und Unternehmer an ihre auf Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher wirksam widerrufen hat.<sup>239</sup> In der ersten Welle verbraucherschützender Spezialgesetze waren die Folgen des Widerrufs jeweils gesondert geregelt worden. Verträge, die unter Widerrufsvorbehalt standen, waren nach der herrschenden Meinung grundsätzlich schwebend unwirksam. Sie wurden erst wirksam, wenn der Widerruf nicht fristgerecht erfolgte.<sup>240</sup> Auch die wechselseitigen Ansprüche der Vertragsparteien war teilweise spezialgesetzlich geregelt. Subsidiär kam Bereicherungsrecht zur Anwendung.<sup>241</sup> Demgegenüber verwies § 361a Abs. 2 S. 1 BGB a. F. – vorbehaltlich abweichender Sonderregelungen – für die Rechtsfolgen des Widerrufs, und damit auch für den Nutzungsausgleich, pauschal auf das Rücktrittsfolgenrecht.

<sup>235</sup> Die Untersuchung beschränkt sich auf verbraucherschützende Widerrufsrechte, die mittlerweile im BGB kodifiziert sind. Sonstige Widerrufsrechte, bspw. nach VVG, KAGB oder FernUSG, werden nicht berücksichtigt.

<sup>236</sup> Richtlinie 2011/83/EU (supra S. 49 in Fn. 212). Siehe dazu sogleich infra 1. Teil: B. II. 2. b), S. 58 ff.

<sup>237</sup> Durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000, BGBl. I Nr. 28 v. 29.6.2000, 897.

<sup>238</sup> BT-Drs. 14/2658, 47. Das Konzept der schwebenden Wirksamkeit war zuvor nur im FernUSG vorgesehen gewesen, das in seinem Anwendungsbereich nicht auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern beschränkt ist, vgl. Staudinger/*Kaiser*, § 355 BGB Rn. 22 f. (November 2011). Teile des Schrifttums lehnen die Rechtsfigur der „schwebenden Wirksamkeit“ ab, siehe bspw. *ibid.*, Rn. 23 m. w. N.

<sup>239</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 361a BGB Rn. 16 (Mai 2001).

<sup>240</sup> Soergel/*Wolf*, 12. Aufl., § 3 HWiG Rn. 2 (1988); Staudinger/*Kaiser*, § 361a BGB Rn. 15 (Mai 2001); Staudinger/*dies.*, § 355 BGB Rn. 22 (November 2011).

<sup>241</sup> Soergel/*Wolf*, 12. Aufl., § 3 HWiG Rn. 2 (1988).

Eine Sonderregelung mit Relevanz für den Nutzungsausgleich enthielt § 361a Abs. 2 S. 6 BGB a.F.<sup>242</sup> Dessen Hs. 1, der wortgleich zu § 3 Abs. 3 Hs. 1 HWiG<sup>243</sup> war, lautete:

„Für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen bis zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts ist deren Wert zu vergüten; [...]“<sup>244</sup>

Soweit die Vorschrift auf die Benutzung einer Sache abstellt, handelte es sich um eine gegenüber dem früheren Rücktrittsfolgenrecht spezielle Regelung des Nutzungsausgleichs für Gebrauchsvorteile.<sup>244</sup> Strittig war, ob der Verbraucher die Sache tatsächlich gebraucht haben musste, oder ob eine Nutzungsvergütung bereits für die bloße Gebrauchsmöglichkeit geschuldet wurde. Die herrschende Meinung neigte Letzterem zu.<sup>245</sup> Ebenfalls umstritten war, auf welcher Grundlage der Unternehmer Nutzungsausgleich für vom Verbraucher empfangene Geldleistungen schuldete. Nach einer Ansicht musste der Unternehmer gemäß § 361a Abs. 2 S. 6 Hs. 1 BGB a.F. die tatsächlich gezogenen Nutzungen an den Verbraucher auskehren, da sich die Nutzung von Geld unter „Benutzung einer Sache“ im Sinne der Vorschrift subsumieren lasse.<sup>246</sup> Nach anderer Ansicht war hingegen § 347 S. 3 BGB a.F.<sup>247</sup> entsprechend anzuwenden, mit der Folge, dass der Unternehmer empfangene Geldleistungen mit dem gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB hätte verzinsen müssen.<sup>248</sup> In § 5 Abs. 5 S. 1 TzWrG a.F. wurde der Anspruch aus § 361a Abs. 2 S. 6 BGB a.F. ausgeschlossen. Der Verbraucher musste in diesen Fällen den Wert der Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung einer Sache bis zur Ausübung des Widerrufsrechts nicht vergüten. Im Gegenzug schuldete der Unternehmer keinen Nutzungsausgleich für empfangene Geldleistungen.<sup>249</sup> § 361a Abs. 2 S. 6 Hs. 1 BGB a.F. galt nur bis zur Ausübung des Widerrufsrechts. Ab diesem Zeitpunkt verwies § 361a Abs. 2 S. 1 BGB a.F. ohne Einschränkungen auf das Rücktrittsfolgenrecht.<sup>250</sup>

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>251</sup> integrierte die verbraucher-schützenden Spezialgesetze in das BGB.<sup>252</sup> Aus diesem Anlass wurden die §§ 361a

<sup>242</sup> Zunächst S. 5.

<sup>243</sup> § 7 Abs. 3 VerbrKrG verwies auf § 3 HWiG. § 5 Abs. 6 TzWrG schloss eine Vergütung für geleistete Dienste oder die Überlassung der Nutzung von Wohngebäuden aus.

<sup>244</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 361a BGB Rn. 81 (Mai 2001).

<sup>245</sup> Vgl. Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 361a BGB Rn. 36; Staudinger/*Kaiser*, § 361a BGB Rn. 86 (Mai 2001), jeweils m. w. N.

<sup>246</sup> *Ibid.*, Rn. 83 (Mai 2001).

<sup>247</sup> Siehe zu dieser Vorschrift *infra* 1. Teil: B.II.3.b)aa), S. 71.

<sup>248</sup> Soergel/*Wolf*, 12. Aufl., § 3 HWiG Rn. 8 (1988).

<sup>249</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 361a BGB Rn. 90 (Mai 2001).

<sup>250</sup> Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 361a BGB Rn. 35. Die Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz für Gebrauchsvorteile ergab sich daher ab diesem Zeitpunkt aus § 347 S. 2 BGB a.F. i. V. m. § 987 BGB. Der Unternehmer musste eine Geldsumme gemäß § 347 S. 3 BGB a.F. von der Zeit des Empfanges an mit dem gesetzlichen Zinssatz verzinsen.

<sup>251</sup> *Supra* S. 42 in Fn. 159.

<sup>252</sup> Siehe dazu BT-Drs. 14/6040, 91.



und 361b BGB a. F. in teilweise modifizierter und ergänzter Form in den §§ 355 ff. BGB neu gefasst.<sup>253</sup> Die Verweisung auf das – ebenfalls neu gefasste – Rücktrittsfolgenrecht fand sich nunmehr in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. § 361a Abs. 2 S. 6 Hs. 1 BGB a. F. entfiel. Der Ausschluss der Pflicht zum Nutzungsausgleich im Fall des Widerrufs eines dem TzWrG unterfallenden Vertrages wurde in § 485 BGB übernommen.<sup>254</sup> Im Übrigen bestimmte sich der Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung widerrufener Verträge nach den §§ 346 ff. BGB. Allerdings interpretierte der BGH die Formulierung in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F., wonach das Rücktrittsfolgenrecht nur entsprechende Anwendung finden sollte, soweit nicht ein anderes bestimmt war, einschränkend dahingehend, „dass eine Anwendung dieser Vorschriften nicht zu Lasten des Verbrauchers und des ihm vom Gesetzgeber zugebilligten Schutzes gehen darf.“<sup>255</sup>

Nach alter Rechtslage waren auch widerrufene Verbraucherdarlehensverträge nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln.<sup>256</sup> Nach der Auffassung des BGH folgte aus der Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht, dass der Darlehensnehmer für die Darlehensgewährung gemäß § 346 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 Hs. 1 BGB grundsätzlich<sup>257</sup> Wertersatz in Höhe des vertraglich vereinbarten Zinssatzes für den ihm jeweils noch überlassenen Teil der Darlehensvaluta schuldet, während der Darlehensgeber gemäß § 346 Abs. 1 BGB Ausgleich für die von ihm tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB zu leisten hatte.<sup>258</sup> Zugleich entlastete der BGH den Verbraucher mittels einer äußerst großzügigen Vermutungsregel von der Verpflichtung, den tatsächlichen Umfang der Nutzungsziehung durch den Darlehensgeber nachweisen zu müssen. Demnach war widerleglich zu vermuten, dass der Darlehensgeber aus den vom Darlehensnehmer erhaltenen Zins- und Tilgungszahlungen Nutzungen in Höhe des nach der Art des Darlehens jeweils maßgeblichen Verzugszinssatzes in Höhe von zweieinhalb bzw. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen habe.<sup>259</sup> Nach einer Gegenauffassung im Schrifttum sollte die Verpflichtung des Darlehensgebers zum Nutzungsausgleich demgegenüber grundsätzlich auf die um Risiko- und Verwaltungskosten bereinigte Zinsmarge zwischen Aktiv- und Passivgeschäft beschränkt sein

<sup>253</sup> BT-Drs. 14/6040, 198.

<sup>254</sup> Ursprünglich § 485 Abs. 5 BGB, siehe BT-Drs. 14/6040, 25.

<sup>255</sup> BGH, 17.5.2017, VIII ZR 29/16, NJW 2017, 2823 (2824f.) unter Berufung auf BGH, 15.4.2010, III ZR 218/09, BGHZ 185, 192 (201 ff.).

<sup>256</sup> Siehe bspw. BGH, 10.3.2009, XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 (131 ff.); BGH, 12.7.2016, XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 (142 ff.).

<sup>257</sup> Dem Darlehensnehmer ist gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB der Nachweis gestattet, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war. Dieser Nachweis wird ihm insbesondere dann gelingen, wenn der marktübliche Zinssatz niedriger lag. Siehe *Krepold*, BKR 2017, 397 (405).

<sup>258</sup> BGH, 10.3.2009, XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 (131 ff.); BGH, 12.1.2016, XI ZR 366/15, ZIP 2014, 642 (643 ff.); BGH, 12.7.2016, XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 (145 f.); BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1063); BGH, 12.3.2019, XI ZR 9/17, NJW-RR 2019, 820 (821 f.).

<sup>259</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 258. Gemäß § 497 Abs. 4 S. 1 BGB beträgt der Verzugszinssatz für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

und sich jedenfalls nicht auf den Tilgungsanteil der vom Darlehensnehmer geleisteten Zahlungen beziehen.<sup>260</sup>

## (2) Wandlung

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung verwies § 467 S. 1 BGB a.F.<sup>261</sup> für die Durchführung der Wandlung eines Kaufvertrags wegen eines Mangels der Kaufsache auf das Rücktrittsfolgenrecht. Damit war auch im Fall der Wandlung über § 347 S. 2 BGB a.F. für den Nutzungsausgleich letztlich § 987 BGB maßgeblich. Gleiches galt über die Verweisung in § 634 Abs. 4 BGB a.F. für die Wandlung eines Werkvertrags. Die Nutzungsausgleichspflicht nach § 987 BGB im Fall der Wandlung wurde im BGB lediglich für den Fall des Viehkaufs modifiziert. Nach § 487 Abs. 4 BGB a.F.<sup>262</sup> musste der Viehkäufer im Falle der Wandlung Nutzungen lediglich insoweit ersetzen, als er sie gezogen hatte.

Wie beim gesetzlichen Rücktrittsrecht<sup>263</sup> ging jedoch auch für die Wandlung die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass für den Wandlungsberechtigten die Haftung nach § 987 BGB zu hart sei. Der Wandlungsberechtigte sollte vielmehr bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er von dem Wandlungsrecht Kenntnis erlangte bzw. hätte erlangen müssen, nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen haften.<sup>264</sup>

Durch die Schuldrechtsmodernisierung hat sich diese Diskussion erledigt. Die Wandlung wurde durch das Recht des Käufers ersetzt, wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurückzutreten, § 437 Nr. 2 BGB. Im Rücktrittsfolgenrecht wiederum lehnte es der Gesetzgeber ausdrücklich ab, den Rücktrittsberechtigten im Hinblick auf seine sich aus den §§ 346 f. BGB ergebende Verpflichtung zum Nutzungsausgleichs mittels eines Rückgriffs auf bereicherungsrechtliche Grundsätze zu privilegieren.<sup>265</sup>

## (3) Nachlieferung bzw. Neuherstellung

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>266</sup> wurde im kauf- und werkvertraglichen Mangelgewährleistungsrecht der neue Rechtsbehelf der Nach-

<sup>260</sup> *Krepold*, BKR 2017, 397 (406). In diesem Sinne bereits zuvor *Hölldampf/Suchowersky*, WM 2015, 999 (1002 ff.); *Pieckenbrock/Rodi*, WM 2015, 1085 (1086 f.).

<sup>261</sup> § 467 S. 1 BGB a.F.: „Auf die Wandlung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandlung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat.“

<sup>262</sup> § 487 Abs. 4 BGB a.F.: „Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat.“

<sup>263</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42 ff.

<sup>264</sup> Siehe *Palandt/Putzo*, 60. Aufl. 2001, § 467 BGB Rn. 13 i. V. m. *Palandt/Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 8; BT-Drs. 14/6040, 191. Kritisch *Kobler*, Die gestörte Rückabwicklung geschleierter Austauschverträge, 1989, S. 513.

<sup>265</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.2.a)bb), S. 46 ff.

<sup>266</sup> *Supra* S. 42 in Fn. 159.

erfüllung geschaffen.<sup>267</sup> Dieser umfasst neben der – zumindest im Werkvertragsrecht bereits bekannten<sup>268</sup> – Möglichkeit der Mangelbeseitigung durch Nachbesserung<sup>269</sup> die Nachlieferung einer mangelfreien Sache bzw. die Neuherstellung eines mangelfreien Werkes.<sup>270</sup> Im Gegenzug kann der Verkäufer vom Käufer die mangelhafte Sache, der Unternehmer vom Besteller das mangelhafte Werk zurückverlangen. Obwohl der Kauf- bzw. Werkvertrag insgesamt aufrechterhalten wird, erfolgt insofern also eine *partielle* Rückabwicklung. Für diese partielle Rückabwicklung verweisen die §§ 439 Abs. 5<sup>271</sup> und 635 Abs. 4 BGB auf das Rücktrittsfolgenrecht. Daraus folgt, dass der Käufer bzw. Besteller die aus der mangelhaften Kaufsache bzw. aus dem mangelhaften Werk gezogenen Nutzungen nach Maßgabe von § 346 Abs. 1 BGB herausgeben bzw. nach § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten muss. Sofern Käufer oder Besteller Nutzungen entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogen haben, müssen sie hierfür gemäß § 347 Abs. 1 BGB einstehen.

Für den Verbrauchsgüterkauf verstieß die Nutzungsausgleichspflicht gegen Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>272</sup>. Absatz 3 dieser Vorschrift gewährt dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache das Recht, eine „unentgeltliche“ Ersatzlieferung zu verlangen. Nach Auffassung des EuGH steht Art. 3 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegen, „die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.“<sup>273</sup> Der Gesetzgeber stellte daraufhin den Käufer im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im Fall der Nachlieferung frei.<sup>274</sup> Sofern kein Verbrauchsgüterkauf in Rede steht, sowie bei Werkverträgen, ist es jedoch bei der Verpflichtung des Käufers bzw. Bestellers zum Nutzungsausgleich geblieben.<sup>275</sup>

<sup>267</sup> §§ 437 Nr. 1, 439, 634 Nr. 1, 635 BGB.

<sup>268</sup> § 633 Abs. 2 BGB a.F.

<sup>269</sup> §§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

<sup>270</sup> §§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

<sup>271</sup> Die ursprünglich in § 439 Abs. 4 BGB enthaltene Regelung wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28. April 2017, BGBl. I Nr. 23 v. 4.5.2017, 969 in § 439 Abs. 5 BGB verschoben.

<sup>272</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 v. 7.7.1999, 12.

<sup>273</sup> EuGH, 17.4.2008, C-404/06, ECLI EU:C:2008:231, Rn. 43. Siehe dazu auch *Osterloh-Konrad*, CR 2008, 545 ff.

<sup>274</sup> Zunächst in § 474 Abs. 5 BGB, der durch das Gesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 10. Dezember 2008, BGBl. I Nr. 57 v. 15.12.2008, 2399 eingeführt wurde. Durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung etc. (Fn. 271) wurde die Regelung in § 475 Abs. 3 BGB verschoben.

<sup>275</sup> Zu den Bemühungen in der Literatur, die sich aus § 439 Abs. 5 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB ergebende Nutzungsausgleichspflicht zu vermeiden, siehe infra 2. Teil:A.II.3.a), S. 230 ff.

#### (4) Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Die Notwendigkeit, einen vertraglichen Leistungsaustausch rückabzuwickeln, kann sich auch dann ergeben, wenn eine Vertragspartei Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. Für diesen Fall bestimmt § 281 Abs. 5 BGB, dass der schadensersatzpflichtige Schuldner berechtigt ist, das von ihm Geleistete nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB zurückzufordern. Beispielsweise ist nach dem Wortlaut der Vorschrift der Verkäufer berechtigt, von dem Käufer, von dem er auf Schadensersatz statt der Leistung in Anspruch genommen wird, die Rückgewähr der Kaufsache *zuzüglich* der vom Käufer gezogenen Nutzungen zu verlangen.

Eine eigenständige Bedeutung erlangt § 281 Abs. 5 BGB nur dann, wenn der Gläubiger sein Schadensersatzverlangen *nicht* mit einem Rücktritt vom Vertrag kombiniert, was ihm gemäß § 325 BGB ausdrücklich freisteht. Denn im Falle eines zusätzlich erklärten Rücktritts vom Vertrag würde sich die Rückgewähr- und Nutzungsausgleichspflicht bereits unmittelbar aus § 346 Abs. 1 BGB ergeben. Der Gläubiger wird insbesondere dann auf einen Rücktritt verzichten, wenn er an einer Abwicklung seines Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage der sogenannten „Surrogationsmethode“ interessiert ist – wenn er also kein Interesse daran hat, die von ihm geschuldete Leistung zu behalten bzw. von seinem Vertragspartner zurückzuerlangen.<sup>276</sup>

Für den Fall, dass der Gläubiger auch die von ihm an den schadensersatzpflichtigen Schuldner erbrachte Leistung zurückfordern möchte, steht es ihm gemäß § 325 BGB frei, vom Vertrag zurückzutreten, ohne seinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu verlieren. Umstritten ist jedoch, ob es zu diesem Zweck eines Rücktritts zwingend bedarf. Nach einer in der Literatur prominent vertretenen Auffassung soll es dem Gläubiger auch ohne Rücktritt möglich sein, im Rahmen seines Verlangens nach Schadensersatz statt der Leistung die von ihm geschuldete Leistung zu verweigern und eine bereits erbrachte Leistung zurückzufordern.<sup>277</sup> Dies entspräche der vor der Schuldrechtsmodernisierung allgemein anerkannten Abrechnung des Schadensersatzes nach der sogenannten „Differenzmethode“.<sup>278</sup>

Im Hinblick auf den Nutzungsausgleich würde sich dadurch aber eine – zumindest im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes<sup>279</sup> – merkwürdige Folge ergeben: Einerseits wäre in § 281 Abs. 5 BGB i. V. m. § 346 Abs. 1 BGB ausdrücklich bestimmt, dass der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs für die Nutzung der von ihm zurückzugewährenden Leistung Ausgleich leisten muss. Andererseits würde es für die vom Schuldner zurückzugewährende Leistung an einer korrespondierenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlen. Dieses Ergebnis vermeidet

<sup>276</sup> BeckOGK/Herresthal, § 325 BGB Rn. 43 (1.1.2018); Soergel/Gsell, 13. Aufl., § 325 BGB Rn. 20 (2005).

<sup>277</sup> BeckOGK/Herresthal, § 325 BGB Rn. 45 (1.1.2018).

<sup>278</sup> BeckOGK/Herresthal, § 325 BGB Rn. 44 (1.1.2018).

<sup>279</sup> Zu den Bemühungen in der Literatur, die sich aus § 281 Abs. 5 BGB i. V. m. § 346 Abs. 1 BGB ergebende Nutzungsausgleichspflicht zu vermeiden, siehe infra 2. Teil: A. II. 3. b), S. 233 ff.

die Gegenauffassung, wonach der Gläubiger seit der Schuldrechtsmodernisierung seine Leistung nur verweigern bzw. zurückfordern darf, wenn er – gegebenenfalls konkludent – den Rücktritt vom Vertrag erklärt.<sup>280</sup>

#### (5) Minderung

Hat der Käufer einer mangelhaften Sache im Fall der Minderung bereits eine Zahlung an den Verkäufer geleistet, die den geminderten Kaufpreis übersteigt, so kann er insoweit Rückzahlung verlangen. Gleiches gilt im Fall der Minderung des Werklohnes. Bis zur Modernisierung des Schuldrechts war die Rechtsgrundlage für diesen Anspruch § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.<sup>281</sup> Dementsprechend schuldete der Verkäufer bzw. Unternehmer für die überzahlte Summe Nutzungsausgleich gemäß § 818 Abs. 1, 2 BGB. Seit der Schuldrechtsmodernisierung gewähren die §§ 441 Abs. 4 S. 1 und 638 Abs. 4 S. 1 BGB dem Käufer bzw. Besteller einen eigenständigen Rückzahlungsanspruch. Über eine Verweisung im zweiten Satz der beiden Vorschriften werden Verkäufer und Unternehmer verpflichtet, für die zurückzuzahlende Summe nach Maßgabe der §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB Nutzungsausgleich zu leisten.<sup>282</sup>

#### b) Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung widerrufenen Verbraucherverträge

Im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>283</sup> im Jahr 2013<sup>284</sup> wurde das Widerrufsfolgenrecht vom Rücktrittsfolgenrecht abgekoppelt und in den §§ 355 ff. BGB eigenständig geregelt. Frühere Richtlinien, die Verbrauchern ein Widerrufsrecht einräumten, enthielten allenfalls punktuelle Regelungen zu den Rechtsfolgen des Widerrufs.<sup>285</sup> Deren Ausgestaltung blieb im Wesentlichen dem nationalen Recht überlassen. Der deutsche Gesetzgeber nutzte diesen Spielraum im Jahr 2000 dazu, das Widerrufsfolgenrecht für verschiedene Widerrufsrechte zu vereinheitlichen und zudem durch einen Verweis auf die §§ 346 ff. BGB einen Gleichlauf zwischen Widerrufsfolgenrecht und Rücktrittsfolgenrecht herzustellen.<sup>286</sup> Allerdings ließ sich dieser Ansatz aufgrund der Eigendynamik des europäischen Verbraucherschutzrechts nicht lange durchhalten.<sup>287</sup>

Speziell im Hinblick auf die Verpflichtung des Verbrauchers zum Nutzungsausgleich wurde die Regelungstechnik des Verweises auf das Rücktrittsfolgenrecht durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-489/07 (*Pia Messner*) er-

<sup>280</sup> MüKo/Ernst, § 325 BGB Rn. 8; Gsell, JZ 2004, 643 (647); Soergel/Gsell, 13. Aufl., § 325 BGB Rn. 20 (2005).

<sup>281</sup> Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 42.

<sup>282</sup> Palandt/Weidenkaff, § 441 BGB Rn. 21.

<sup>283</sup> Richtlinie 2011/83/EU (supra S. 49 in Fn. 212).

<sup>284</sup> Durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (supra S. 50 in Fn. 223).

<sup>285</sup> Siehe dazu Schulze/Zoll, Europäisches Vertragsrecht, 2015, S. 193 m. w. N.

<sup>286</sup> Siehe supra 1. Teil: B.II.2.a)dd(1), S. 52 ff.

<sup>287</sup> Siehe im Einzelnen BeckOGK/Mörsdorf, § 355 BGB Rn. 5 ff. (1.12.2016).

schüttert. Nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie<sup>288</sup> durften dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts nur die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren auferlegt werden. Laut Auffassung des EuGH folgte daraus, dass Verbrauchern durch nationales Recht keine generelle Pflicht zum Wertersatz für die Nutzung von durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Waren auferlegt werden durfte.<sup>289</sup> Zulässig sei es hingegen, den Verbraucher zu Wertersatz zu verpflichten,

„wenn er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat.“<sup>290</sup>

Der deutsche Gesetzgeber reagierte auf diese Entscheidung 2011 mit der Einführung von § 312e Abs. 1 BGB a.F.<sup>291</sup> Danach schuldete der Verbraucher Wertersatz für Nutzungen nach Rücktrittsfolgenrecht nur insoweit, als die Nutzung über die Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise der Ware hinausging. Zudem musste der Verbraucher sowohl über diese Rechtsfolge als auch über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden sein oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt haben. Anderenfalls schuldete er keinerlei Wertersatz für aus der Ware gezogene Nutzungen. Unberührt blieben hingegen die Pflicht des Verbrauchers, noch vorhandene Früchte an den Unternehmer herauszugeben, sowie die Pflicht des Unternehmers, aus empfangenem Geld gezogene Nutzungen bzw. entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen an den Verbraucher auszukehren.<sup>292</sup>

Endgültig konterkariert wurde das Konzept eines einheitlichen Rücktritts- und Widerrufsfolgenrechts durch die Verbraucherrechterichtlinie, die das Verbraucherschutzrecht für außerhalb von Geschäftsräumen sowie im Fernabsatz geschlossene Verträge vollharmonisiert.<sup>293</sup> Folgerichtig nutzte der Gesetzgeber die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie für eine Neuordnung des Widerrufsfolgenrechts. Das insofern relevante Normenmaterial wurde – unter Verzicht auf jegliche Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht<sup>294</sup> – in den §§ 355, 357 ff. BGB konzentriert.<sup>295</sup> § 355 BGB ist die einzige Vorschrift, die im Ausgangspunkt Gül-

---

<sup>288</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144 v. 4.6.1997, 19. Die Fernabsatzrichtlinie wurde durch die Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU, supra S. 42 in Fn. 212) abgelöst.

<sup>289</sup> EuGH, 3.9.2009, C-489/07, ECLI EU:C:2009:502, Rn. 22.

<sup>290</sup> Ibid., Rn. 26.

<sup>291</sup> Durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge vom 27. Juli 2011, BGBl. I Nr. 43 v. 3.8.2011, 1600.

<sup>292</sup> BT-Drs. 17/5097, 13.

<sup>293</sup> BeckOGK/Mörsdorf, § 355 BGB Rn. 5.1 (1.12.2016). Siehe Richtlinie 2011/83/EU (supra S. 42 in Fn. 212), Art. 4.

<sup>294</sup> Siehe dazu die lobende Einschätzung von *Wendehorst*, NJW 2014, 577 (583).

<sup>295</sup> Siehe auch BT-Drs. 17/12637, 33.

tigkeit für alle Verbraucherschützenden Widerrufsrechte entfaltet. Im Einzelnen ist die Rückabwicklung jedoch für jeden Typ von Verbrauchervertrag in den §§ 357 ff. BGB gesondert geregelt.

Im Hinblick auf den Nutzungsausgleich ist bemerkenswert, dass mit der Entkoppelung vom Rücktrittsfolgenrecht zugleich ein Bruch mit der traditionellen Regelungstechnik des BGB erfolgte. In den §§ 357 ff. BGB wird an keiner Stelle eine Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen oder zum Wertersatz für gezogene Nutzungen im Sinne von § 100 BGB angeordnet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei der Rückabwicklung widerrufenen Verbraucherverträge überhaupt kein Nutzungsausgleich mehr stattfinden würde. Im Fall des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen<sup>296</sup> ergibt sich eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Ausgleich für realisierte Gebrauchsvorteile im wirtschaftlichen Ergebnis aus der Wertersatzpflicht nach § 357 Abs. 7 BGB. Der korrekt über sein Widerrufsrecht unterrichtete Verbraucher muss Wertersatz für den Wertverlust der empfangenen Ware leisten, soweit dieser auf einen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war. Danach schuldet der Verbraucher nicht nur Wertersatz für die Wertminderung wegen der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme der Ware oder wegen ihrer Beschädigung aufgrund einer unsachgemäßen Handhabung, sondern auch für die „normale Abnutzung infolge [...] des [...] Gebrauchs der Ware.“<sup>297</sup> Die gebrauchsbedingte Wertminderung des Gutes wird zumindest in typisierter Form auch durch die Ausgleichsleistung abgegolten, die der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs für realisierte Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB schuldet. Besonders deutlich ist dies im Falle der Rückabwicklung eines Kaufvertrags über eine Sache mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer. Nach der mittlerweile herrschenden Meinung ist in diesem Fall der vom Käufer für den Gebrauch der Sache geschuldete Nutzungsausgleich durch eine lineare Abschreibung der Kaufsache über die gewöhnliche Nutzungsdauer zu ermitteln.<sup>298</sup> Der sich dabei ergebende Betrag deckt sich zwar in der Regel nicht mit der tatsächlichen nutzungsbedingten Wertminderung. Allerdings erfasst die lineare Abschreibung jedenfalls auch eine Entwertung des Gutes infolge einer gebrauchsbedingten Abnutzung. Im Ergebnis deckt sich die Wertersatzpflicht des Verbrauchers nach § 357 Abs. 7 BGB somit zumindest teilweise funktional mit einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich für realisierte Gebrauchsvorteile im Sinne von § 100 Alt. 2 BGB.<sup>299</sup> Keinerlei Ausgleich schuldet er lediglich für Gebrauchsvorteile, die zu keiner abnutzungsbedingten Wertminderung geführt haben. § 357 Abs. 7 BGB gilt über Verweisungen in § 357a Abs. 2 S. 2 BGB und § 357c S. 3 BGB auch für be-

<sup>296</sup> Mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen.

<sup>297</sup> BT-Drs. 17/12637, 63.

<sup>298</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil: B. I. 2. a) bb), S. 275 ff.

<sup>299</sup> Insofern ist BeckOGK/Mörsdorf, § 357 BGB Rn. 48 f. (1.12.2016) zumindest im Ergebnis zu widersprechen, der von einem „Entfallen jedweder Pflicht zum Nutzungswertersatz“ ausgeht.

stimmte Teilzahlungsgeschäfte sowie für Ratenlieferungsverträge, die weder im Fernabsatz noch außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden.

Zum Nutzungsausgleich ist zudem der Darlehensnehmer eines widerrufenen Verbraucherdarlehensvertrags verpflichtet. Er hat gemäß § 357a Abs. 3 S. 1 BGB für die Zeit zwischen Empfang und Rückzahlung der Darlehensvaluta grundsätzlich den vereinbarten Sollzins zu entrichten. Bemerkenswert ist, dass der Unternehmer nach dem neuen Widerrufsfolgenrecht keinen Nutzungsausgleich für empfangene Geldleistungen schuldet.<sup>300</sup> Insofern wurde der Verbraucher gegenüber der Rechtslage vor Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie schlechter gestellt, als der Darlehensgeber gemäß § 346 Abs. 1 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet war und der BGH als gezogene Nutzungen widerleglich eine Verzinsung der vom Darlehensgeber empfangenen Zins- und Tilgungsleistungen mit zweieinhalb bzw. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vermutete.<sup>301</sup>

### *c) Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge*

Ist ein gegenseitiger Vertrag unwirksam, erfolgt die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen primär auf bereicherungsrechtlicher Grundlage. Bei Bestehen einer Vindikationslage können zudem die §§ 985 ff. BGB einschlägig sein. Inwieweit Bereicherungsschuldner und Besitzer grundsätzlich zum Nutzungsausgleich verpflichtet sind, wurde bereits dargestellt.<sup>302</sup> An dieser Stelle soll auf die Modifikationen eingegangen werden, die diese allgemeine Nutzungsausgleichspflicht erfährt, um den besonderen Anforderungen der vertraglichen Rückabwicklungssituation gerecht zu werden. Insofern ist zwischen Veräußerungsverträgen (aa) und Nutzungsüberlassungsverträgen (bb) zu differenzieren.

#### *aa) Unwirksame gegenseitige Veräußerungsverträge<sup>303</sup>*

Nach dem gesetzlichen Regelungsmodell der §§ 812 ff. BGB erfolgt die Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach beiderseitiger Leistungserbringung mittels zweier selbständiger, entgegengesetzter Leistungskonditionen. Die sich aus der Selbständigkeit der Bereicherungsansprüche ergebenden Konsequenzen werden insbesondere im Hinblick auf die Risikoverteilung bezüglich der ausgetauschten Leistungen allgemein für unbillig erachtet. Die herrschende Meinung korrigiert daher die sich aus der wortlautgetreuen Anwendung der §§ 812 ff. BGB ergebenden Konsequenzen mittels der Saldotheorie (1). Für den Fall, dass Vertragsgegenstand eine Sache ist, die im Rahmen des Leistungsaustauschs nicht (wirksam) übereignet wurde, wird die Rückabwicklung eines unwirksamen gegenseitigen Veräußerungsvertrags mittels der Saldotheorie durch die §§ 985 ff. BGB überlagert (2).

<sup>300</sup> BT-Drs. 17/12637, 65; MüKo/Fritsche, § 357a BGB Rn. 19; Kreppold, BKR 2017, 397 (404). Siehe auch BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1061 f.).

<sup>301</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)dd)(1), S. 52 ff.

<sup>302</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.a), S. 34 ff. sowie 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff.

<sup>303</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.



## (1) Saldotheorie und Nutzungsausgleich

Paradigmatisches Beispiel für einen gegenseitigen Veräußerungsvertrag ist der Kaufvertrag. Bei der Rückabwicklung des aufgrund eines unwirksamen Kaufvertrages vorgenommenen Leistungsaustauschs nach dem Regelungsmodell der §§ 812 ff. BGB würde das Risiko einer Zerstörung oder Verschlechterung der Kaufsache allein dem Verkäufer zugewiesen. Der Käufer könnte sich bezüglich der Kaufsache auf Entreicherung berufen, § 818 Abs. 3 BGB, und dessen ungeachtet den Kaufpreis beim Verkäufer kondizieren. Um dieses Ergebnis zu korrigieren und stattdessen der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung Rechnung zu tragen, hat die Rechtsprechung die sogenannte Saldotheorie entwickelt.<sup>304</sup>

## (a) Grundaussage der Saldotheorie

Die Quintessenz der Saldotheorie besteht darin, mittels einer im Ausgangspunkt lediglich formalen, abwicklungstechnischen Verknüpfung der selbständigen, entgegengesetzten Leistungskonditionen im Ergebnis eine materielle Modifikation der Risikoverteilung zu erreichen.

In ihrer aktuellen<sup>305</sup> Ausprägung besagt die Saldotheorie Folgendes: Ist ein gegenseitiger Vertrag nichtig, so besteht nach beiderseitigem Leistungsaustausch nur ein einheitlicher Bereicherungsanspruch.<sup>306</sup> Dieser Anspruch steht der Partei zu, zu deren Gunsten sich bei Saldierung aller „durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile“<sup>307</sup> ein positiver Saldo ergibt. Die Saldierung erfolgt *ipso iure*, ohne dass es einer Aufrechnungserklärung bedürfte.<sup>308</sup> Einer Saldierung sind nur gleichartige „Vor- und Nachteile“ zugänglich, insbesondere auf Geldzahlung gerichtete Positionen. Im Fall eines nichtigen Kaufvertrages sind die ausgetauschten Leistungen – Sache und „Geld“ – nicht gleichartig. Wenn allerdings die Sache beim Käufer untergeht oder sich verschlechtert, so würde sich – die Selbständigkeit der Bereicherungsansprüche unterstellt – der Anspruch des Verkäufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB in einen Anspruch auf Wertersatz umwandeln, § 818 Abs. 2 BGB. Letzterer ist auf Geldzahlung gerichtet und daher einer Saldierung mit dem vom Verkäufer zurückzugewährenden Kaufpreis zugänglich.

<sup>304</sup> Grundlegend RG, 14.3.1903, V 458/02, RGZ 54, 137 (141). Der BGH hat die Saldotheorie übernommen und fortentwickelt, siehe BGH, 19.1.1951, I ZR 15/50, BGHZ 1, 75 (81); BGH, 14.10.1971, VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137 (149); BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (54 f.); BGH, 20.3.2001, XI ZR 213/00, BGHZ 147, 152 (157). Zur Rechtsentwicklung siehe *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 106 ff. Siehe ferner *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 635.

<sup>305</sup> Siehe dazu MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 236.

<sup>306</sup> BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (54 f.).

<sup>307</sup> BGH, 20.3.2001, XI ZR 213/00, BGHZ 147, 152 (157).

<sup>308</sup> BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (54 f.).

Die Einbeziehung dieses Wertersatzanspruchs in die Saldierung führt dazu, dass nicht nur in abwicklungstechnischer Hinsicht die Notwendigkeit einer Aufrechnungserklärung entfällt, sondern dass zugleich in materieller Hinsicht die Risikoverteilung geändert wird. Denn nur im Hinblick auf den durch Saldierung ermittelten einheitlichen Bereicherungsanspruch kann sich der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen, nicht mehr bereichert zu sein.<sup>309</sup> Soweit sich der Wert der untergegangenen Kaufsache und der Kaufpreis decken, fehlt es von vornherein an einem Bereicherungsanspruch. Die Möglichkeit, den Wegfall der Bereicherung geltend zu machen, wird so ausgehebelt. Das Risiko des Untergangs bzw. der Verschlechterung der Kaufsache wird vom Verkäufer zum Käufer verschoben. Hierin – und nicht im Verzicht auf die Notwendigkeit für eine Aufrechnungserklärung, wie sie im Rücktrittsfolgenrecht den Parteien ganz selbstverständlich abverlangt wird – liegt der eigentliche Zweck der Saldotheorie.<sup>310</sup>

Dementsprechend könnte man auf ihre Anwendung in Fällen, in denen die ausgetauschten Leistungen nicht gleichartig sind und auch nicht durch Umwandlung in einen Wertersatzanspruch monetarisiert wurden, verzichten. Die Rechtsprechung hält allerdings an ihrem konzeptionellen Ausgangspunkt konsequent fest und wendet die Saldotheorie „sinngemäß“<sup>311</sup> an: Der Bereicherungsgläubiger muss daher bei der Geltendmachung seines Anspruchs von vornherein Zug-um-Zug die Rückgewähr der ungleichartigen Gegenleistung anbieten, ohne dass es der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 Abs. 1 BGB durch den Bereicherungsschuldner bedürfte.<sup>312</sup>

#### (b) Auswirkungen der Saldotheorie auf den Nutzungsausgleich

Im Falle eines unwirksamen Kaufvertrages ist der Käufer gemäß den §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB verpflichtet, die aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen herauszugeben oder ihren Wert zu ersetzen. Den Verkäufer trifft eine korrespondierende Pflicht im Hinblick auf die von ihm aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen. Nach dem Regelungsmodell der §§ 812 ff. BGB wären auch diese wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten als Sekundäransprüche zu den jeweiligen Leistungskonditionen grundsätzlich selbständige Ansprüche – nicht anders als die wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten im Rücktrittsfolgenrecht. Wenn beide Ansprüche auf Geldzahlung gerichtet wären, bedürfte es einer Aufrechnungserklärung, um sie, soweit sie sich decken, zum Erlöschen zu bringen.

Die Saldotheorie setzt sich allerdings auch insofern gegenüber dem Gesetzeswortlaut durch. Die von den Parteien aus der jeweils empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen sind in die Gesamtsaldierung einzubeziehen. Noch gegenständ-

<sup>309</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 41 (Juni 2007).

<sup>310</sup> Honsell, MDR 1970, 717; Caemmerer, Festschrift Larenz, 1971, 635; Bockholdt, AcP 206 (2006), 770; Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 41 (Juni 2007).

<sup>311</sup> BGH, 10.2.1999, VIII ZR 314-97, NJW 1999, 1181.

<sup>312</sup> BGH, 20.3.2001, XI ZR 213/00, BGHZ 147, 152 (157).

lich beim Nichtberechtigten vorhandene Früchte sind entsprechend der „sinngemäßen“ Anwendung der Saldotheorie *ipso iure* nur Zug-um-Zug herauszugeben. Der für nicht mehr vorhandene Früchte sowie für realisierte Gebrauchsvorteile geschuldete Wertersatz geht als monetärer „Vorteil“ im Gesamtsaldo auf.<sup>313</sup> In materieller Hinsicht bewirkt die Einbeziehung der Nutzungsausgleichspflichten in die Saldierung somit, dass das Risiko des Untergangs bzw. der Verschlechterung gezogener körperlicher Früchte vom Verkäufer auf den Käufer verlagert wird. Anders als bei einer Rückabwicklung nach Rücktrittsfolgenrecht trifft den redlichen unverklagten Käufer jedoch grundsätzlich keine Ausgleichspflicht, wenn er Nutzungen entgegen den Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht zieht. Die Saldotheorie hilft insofern nicht weiter, weil bereits kein Bereicherungsanspruch entsteht, bezüglich dessen sich der Käufer auf den Wegfall der Bereicherung berufen müsste.

Für den Fall, dass sich die bereicherungsrechtlichen Primäransprüche im Rahmen der Saldierung gegenseitig aufheben, entfaltet dieser Vorgang für die Zwecke des Nutzungsausgleichs keine zeitliche Rückwirkung.<sup>314</sup> Wenn beispielsweise der Käufer einen Pkw ein Jahr lang fährt, bevor er bei einem Unfall zerstört wird, dann entzieht die Saldierung des Wertes des Pkw und des gezahlten Kaufpreises den wechselseitigen Nutzungsausgleichsansprüchen also nicht etwa rückwirkend die Grundlage. Vielmehr werden die vom Käufer und Verkäufer aus Pkw bzw. Kaufpreis gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB ermittelt und als eigenständige Positionen in die Saldierung eingestellt.

## (2) Verhältnis von Saldotheorie und Vindikation

Wenn die Kaufsache zwar übergeben, aber nicht bzw. nicht wirksam übereignet wurde, so besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Saldotheorie und § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB.<sup>315</sup> Dies betrifft zunächst den Fall, dass die Kaufsache bei einem Käufer, der zugleich deren redlicher und unverklagter Besitzer ist, eine Verschlechterung erfährt oder untergeht. Dann stellt sich die Frage, ob dem Käufer die Kondiktion des Kaufpreises beim Verkäufer versagt werden kann, obwohl er nach den Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses für die Verschlechterung oder den Untergang der Sache nicht einzustehen hat. Diese Konsequenz ergäbe sich, wenn man den Bereicherungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer nach den Grundsätzen der Saldotheorie ermittelt.<sup>316</sup> Problematisch ist ferner beispielsweise

<sup>313</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251); BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (54 f.).

<sup>314</sup> Siehe bspw. BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (236 ff.). In diesem Sinne auch *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 378 in Fn. 181. Insofern besteht ein enger Zusammenhang mit der Frage des Zeitpunktes, auf den für die Ermittlung des Wertersatzanspruchs abzustellen ist. Siehe dazu infra 3. Teil:D.II.2.b), S. 625 ff.

<sup>315</sup> Siehe dazu auch *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (144).

<sup>316</sup> Ablehnend *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 392.

die Konstellation eines Tauschvertrags, bei dem eine der Tauschsachen untergegangen ist. Kann die Partei, die die empfangene Tauschsache nicht mehr zurückgewähren kann, die von ihr geleistete, noch vorhandene Tauschsache wegen der „Stärke der Vindikation“<sup>317</sup> von der anderen Partei herausverlangen? Wie das geschilderte Spannungsverhältnis aufzulösen ist, ist in der Literatur umstritten. Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, dass die Leistungskondition die Vindikation im Rahmen der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Veräußerungsverträge vollständig verdrängt.<sup>318</sup> Nach anderer Auffassung stehen zumindest die Herausgabeansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB und aus § 985 BGB in freier Konkurrenz nebeneinander.<sup>319</sup> Ob dessen ungeachtet eine Einschränkung der Vindikation vorzunehmen ist, wird nicht einheitlich beantwortet.<sup>320</sup>

Speziell im Hinblick auf den Nutzungsausgleich ist die Rechtspraxis eindeutig. Das Bestehen einer beidseitigen Nutzungsausgleichspflicht und deren Einbeziehung in die Saldierung ist unabhängig davon, ob bezüglich der ausgetauschten Leistungen zusätzlich ein Vindikationsanspruch besteht.<sup>321</sup> Die Rechtsprechung hat – wie bereits dargelegt<sup>322</sup> – die im Wortlaut der §§ 987 ff. BGB angelegte Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers weitgehend ausgehebelt, indem sie den rechtsgrundlosen Erwerb einem unentgeltlichen Erwerb im Sinne von § 988 BGB gleichstellt. Der vom Besitzer gemäß den §§ 988, 818 Abs. 2 BGB geschuldete Wertersatz für gezogene Nutzungen ist nach der Rechtsprechung des BGH uneingeschränkt in die Saldierung einzubeziehen.<sup>323</sup> So musste beispielsweise im Falle eines nichtigen Grundstückskaufvertrags der Käufer/Besitzer den Wert der durch die Vermietung des Grundstücks gezogenen mittelbaren Sachfrüchte nicht an den Verkäufer/Eigentümer auskehren, da ein entsprechender Anspruch aufgrund der Saldierung des Wertes der vom Käufer gezogenen Nutzungen mit dem vom Verkäufer empfangenen Kaufpreis nicht bestand.<sup>324</sup> Die Literatur kommt – sofern sie

<sup>317</sup> Diese Formulierung gebraucht bspw. *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (387).

<sup>318</sup> *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 168 ff.; *Michalski*, FS Gitter, 577 (595 f.).

<sup>319</sup> Siehe bspw. *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 108; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 265; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 670 ff.

<sup>320</sup> Gegen die Anwendung der Saldotheorie in diesen Fällen bspw. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 392; *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 171. Für einen Vorrang der Saldotheorie – bzw. alternativer Konzepte zur Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB – vor den Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses dagegen bspw. *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (387); *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 221.

<sup>321</sup> Siehe dazu näher – und einschränkend – *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 389.

<sup>322</sup> Supra 1. Teil: B. II. 1. b), S. 35 ff.

<sup>323</sup> BGH, 11.11.1994, V ZR 116/93, NJW 1995, 454 (455); BGH, 14.7.1995, V ZR 45/94, NJW 1995, 2627 (2628).

<sup>324</sup> BGH, 11.11.1994, V ZR 116/93, NJW 1995, 454 (455).

nicht die Saldotheorie *per se* ablehnt – überwiegend zum gleichen Ergebnis, indem sie eine Leistungskondition des Eigentümers gegen den Besitzer zulässt.<sup>325</sup>

*bb) Unwirksame gegenseitige Nutzungsüberlassungsverträge*<sup>326</sup>

Wenn sich ein in Vollzug gesetzter gegenseitiger Nutzungsüberlassungsvertrag als unwirksam erweist, ist die Problematik des Nutzungsausgleichs anders gelagert als bei einem beidseitig erfüllten gegenseitigen Veräußerungsvertrag.

Anders als Veräußerungsverträge begründen Nutzungsüberlassungsverträge Dauerschuldverhältnisse.<sup>327</sup> Wie bereits erläutert wurde, können *wirksame* Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich nur durch Kündigung mit Wirkung *ex nunc* beendet werden.<sup>328</sup> Der in der Vergangenheit bereits erfolgte Leistungsaustausch wird – anders als im Falle eines Rücktritts – aufrechterhalten. Eine *Rückabwicklung* unterbleibt.<sup>329</sup> In gleicher Weise stellt sich auch bei *unwirksamen* Nutzungsüberlassungsverträgen die Frage, ob der Dauerschuldcharakter bewirkt, dass die Vertragsdurchführung bei Entdeckung der Unwirksamkeit lediglich mit Wirkung für die Zukunft beendet werden kann. Ein auf die Vergangenheit bezogener Nutzungsausgleich käme dann von vornherein nicht in Betracht. Rechtsprechung und Schrifttum haben sich mit dieser Frage insbesondere im Hinblick auf unwirksame Mietverhältnisse auseinandergesetzt. Für den Fall, dass ein Mietvertrag von vornherein nicht wirksam zustande gekommen ist, wird die Notwendigkeit einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum in Frage gestellt.<sup>330</sup> Ein typisches Beispiel wäre ein Mietvertrag, der sich nach Überlassung der Mietsache als nichtig herausstellt, weil eine der Parteien bei Vertragsschluss geschäftsunfähig war, § 105 BGB. Strittig ist jedoch, ob eine Rückabwicklung auch im Falle eines zunächst wirksamen, jedoch anfechtbaren Vertragsschlusses in Betracht kommt. Insbesondere im älteren Schrifttum wurde – bei erheblichen Unterschieden im Detail<sup>331</sup> – prominent die Auffassung vertreten, dass in Vollzug gesetzte Mietverträge nicht durch Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* vernichtet werden können.<sup>332</sup> Teilweise wurde die Mög-

<sup>325</sup> Dazu näher *infra* 2. Teil:A.I.1.b)bb)(2), S. 172 f.

<sup>326</sup> Zum Begriff des Nutzungsüberlassungsvertrags siehe *supra* 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 sowie *infra* 3. Teil:B.II.2.a), S. 481 ff.

<sup>327</sup> Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses sowie zur Qualifikation von Nutzungsüberlassungsverträgen als Dauerschuldverhältnisse siehe näher *infra* 3. Teil:B.II.2.a)dd), S. 485.

<sup>328</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 sowie 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49.

<sup>329</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 1984, S. 285; *Sorge*, JA 2017, 887 (889).

<sup>330</sup> Siehe dazu auch BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (27).

<sup>331</sup> Unterschiedlich beurteilt wurde insbesondere die Frage, für welche Anfechtungsgründe die Möglichkeit einer Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* gemäß § 142 Abs. 1 BGB einzuschränken sei, siehe *Staudinger/Rolfs*, § 542 BGB Rn. 178 (September 2006) m. w. N.

<sup>332</sup> Siehe bspw. *Zunft*, AcP 152 (1952/53), 289 (302); *Roquette*, in: ders. (Hrsg.), Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1966, Vor § 537 bis 542 Rn. 15 ff.; *Staudinger/Rolfs*, § 542 BGB Rn. 178 (September 2006) m. w. N. Für einen Ausschluss der Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Mietsache wurde neben dem Dauerschuldcharakter insbesondere auch der Vorrang der mietvertraglichen Gewährleistungsvorschriften ins Feld

lichkeit einer Anfechtung ab dem Zeitpunkt, zu dem der Mietvertrag in Vollzug gesetzt wurde, ganz generell verneint.<sup>333</sup> Der Anfechtungsberechtigte sollte vielmehr darauf beschränkt sein, das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen und auf diese Weise mit Wirkung für die Zukunft zu beenden. Nach anderer Auffassung sollte eine Anfechtung zwar generell möglich sein, aber entgegen § 142 Abs. 1 BGB nur *ex nunc* wirken.<sup>334</sup> Beiden Positionen hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008<sup>335</sup> für die Geschäftsraummiete eine klare Absage erteilt. Nach der Auffassung des BGH ist eine Einschränkung der *ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung nicht erforderlich, da es sich „bei dem Mietvertrag [...] um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis [handelt], bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.“<sup>336</sup> Folglich sind wirksam angefochtene Mietverträge über Geschäftsräume mit Wirkung für die Vergangenheit rückabzuwickeln.<sup>337</sup> Für die Wohnraummiete wird demgegenüber im Schrifttum nach wie vor die Auffassung vertreten, dass ein Vertragsverhältnis im Falle der Anfechtbarkeit nur mit Wirkung *ex nunc* beendet werden könne.<sup>338</sup>

Soweit in Vollzug gesetzte unwirksame Nutzungsüberlassungsverträge mit Wirkung für die Vergangenheit rückabgewickelt werden können, ist weiterhin strittig, was der Nutzungsberechtigte im bereicherungsrechtlichen Sinne erlangt hat.<sup>339</sup> Nach einer in der Literatur prominent vertretenen Auffassung ist auf die Nutzungsmöglichkeit abzustellen.<sup>340</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass der Konditionsschuldner – nicht anders als bei Wirksamkeit des Nutzungsüberlassungsvertrages – das Nutzungsrisiko tragen muss. Denn auch wenn er das Gut beispielsweise tatsächlich nicht nutzt, ist er um den Wert der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit bereichert und kann sich zudem allein wegen der Nichtnutzung nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.<sup>341</sup> Demgegenüber muss der Bereicherungsschuldner nach der herrschenden Meinung auch im Falle eines nichtigen Nutzungsüberlassungsvertrages grundsätzlich nur die *tatsächlich* gezogenen Nutzungen herausgeben bzw. – falls eine Herausgabe nicht möglich ist – für *tatsächlich* gezogene Nut-

---

geführt, siehe bspw. *Roquette*, in: ders. (Hrsg.), Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1966, Vor § 537 bis 542 Rn. 18.

<sup>333</sup> *Zunft*, AcP 152 (1952/53), 289 (302); *Roquette*, in: ders. (Hrsg.), Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1966, Vor § 537 bis 542 Rn. 15 ff.

<sup>334</sup> Staudinger/*Rolfs*, § 542 BGB Rn. 179 (September 2006) m. w. N.

<sup>335</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 ff.

<sup>336</sup> *Ibid.*, S. 27 f.

<sup>337</sup> *Ibid.*, S. 30 f.

<sup>338</sup> *Weller*, JZ 2012, 888.

<sup>339</sup> Siehe dazu auch näher *infra* 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

<sup>340</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (165 f.); *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1291); *Kobler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 313 f.; *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 812 BGB Rn. 364 ff.; Staudinger/*Lorenz*, § 818 BGB Rn. 13 (Juni 2007); *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3608); *Erman/Buck-Heeb*, § 818 BGB Rn. 10; *BeckOK/Wendeborst*, § 812 BGB Rn. 57 (1.5.2018).

<sup>341</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 144; Staudinger/*Lorenz*, § 818 BGB Rn. 13 (Juni 2007); *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3608). Siehe dazu auch näher *infra* 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

zungen Wertersatz leisten.<sup>342</sup> Dogmatisch lässt sich dieses Ergebnis auf mehreren Wegen begründen. Teilweise werden die vom Nichtberechtigten tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB als primär erlangter Bereicherungsgegenstand i. S. v. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB qualifiziert.<sup>343</sup> Nach anderer Ansicht ist der Anspruch auf Nutzungsherausgabe bzw. Nutzungsersatz auch im Falle eines nichtigen Nutzungsüberlassungsvertrags ein sekundärer Anspruch, der zu dem primären bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Gutes hinzutritt.<sup>344</sup>

Sofern Vertragsgegenstand die Überlassung des Gebrauchs an einer Sache ist, stellt sich stets die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 985 ff. BGB und den §§ 812 ff. BGB. Insofern gilt für Nutzungsüberlassungsverträge im Ausgangspunkt das zu Veräußerungsverträgen Gesagte. Ist ein Mietvertrag oder ein Pachtvertrag über Sachen nichtig und ist der Vermieter bzw. Verpächter zugleich Eigentümer der vermieteten bzw. verpachteten Sachen, kann er nach der überwiegenden Auffassung vom Mieter bzw. Pächter Herausgabe der Sachen sowohl aus § 985 BGB als auch aus § 812 Abs. 1 S. 1. Alt. 1 BGB verlangen.<sup>345</sup> Solange der Besitzer redlich und die Herausgabeklage nicht rechtshängig ist, erfolgt der Nutzungsausgleich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Je nachdem, welche der soeben genannten Auffassungen man für maßgeblich erachtet, muss der Nichtberechtigte daher entweder Ausgleich für die Nutzungsmöglichkeit oder für die tatsächlich gezogenen Nutzungen leisten.

### 3. Nutzungsausgleich durch gesetzliche Verzinsungspflichten

Gesetzliche Verzinsungspflichten können einen pauschalen Nutzungsausgleich bewirken. Nachfolgend wird zunächst erläutert, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist und gesetzliche Verzinsungspflichten somit zum Gegenstand dieser Untersuchung zu zählen sind (a). Anschließend werden die wichtigsten gesetzlichen Zinstatbestände anhand dieser Kriterien als nutzungsausgleichend oder nicht nutzungsausgleichend klassifiziert (b).

<sup>342</sup> Besonders deutlich BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (293 f.) Siehe ferner bspw. BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121); BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (30 f.). Im Schrifttum wird diese Auffassung bspw. geteilt von *Gursky*, JR 1998, 7 (12); *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 106; *Röthel*, Jura 2013, 1110 (1113); *Musielak*, JA 2017, 1 (5 f.); *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 32 ff. Siehe zu der Problematik auch die zwischen Gebrauchsüberlassungsverträgen und Darlehensverträgen differenzierende Darstellung bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 228.

<sup>343</sup> Siehe bspw. BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (293 f.); *Gursky*, JR 1998, 7 (12 f.).

<sup>344</sup> *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 34.

<sup>345</sup> *Staudinger/Rolls*, § 546 BGB Rn. 85 (August 2017); *BeckOGK/Zehelein*, § 546 BGB Rn. 15 (1.7.2018).

## a) Gesetzliche Verzinsungspflichten als Bestandteil des Nutzungsausgleichs

Im deutschen Zivilrecht werden grundsätzlich nur Geldzahlungsansprüche zugunsten des Gläubigers mit gesetzlichen Verzinsungspflichten belegt. Der Wert sonstiger Güter ist in der Regel nicht zu verzinsen.<sup>346</sup> Besonders augenfällig ist die Beschränkung gesetzlicher Verzinsungspflichten auf Ansprüche im Schuldnerverzug, die auf Geldzahlung gerichtet sind: Der Gläubiger eines Anspruchs auf Zahlung von 1.000 € hat ab Eintritt des Schuldnerverzugs einen Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von mindestens fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.<sup>347</sup> Demgegenüber kann der Gläubiger eines Anspruchs auf Übereignung eines Goldbarrens im Wert von 1.000 € lediglich seinen konkreten Verzugsschaden liquidieren. Gesetzliche Verzinsungspflichten – insbesondere im Falle des Schuldnerverzugs – wurden bereits von *Friedrich Carl von Savigny* mit der Eigenart von Geld im Vergleich zu anderen Gütern begründet:<sup>348</sup>

„Bei entwickeltem Verkehr ist die zinsbare Benutzung des baaren Geldes in solchem Grade üblich und verbreitet, daß man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden.“<sup>349</sup>

Im Kern in gleicher Weise wird die Vorzugsbehandlung von Geldgläubigern im Schuldnerverzug auch heute noch begründet.<sup>350</sup> Soweit gesetzliche Zinspflichten auf Ansprüche beschränkt sind, die auf Geldzahlung gerichtet sind, können sie sich mit auf Nutzungsausgleich gerichteten Ansprüchen nur dann überschneiden, wenn das falsch zugeordnete Gut in „Geld“ besteht.

Gesetzliche Verzinsungspflichten sind in ihrer Wirkung janusköpfig: Wenn man auf die Auswirkungen des „Habens“ von Geld im Vermögen des Schuldners abstellt, so erscheint der Zinsanspruch als eine pauschalisierte Form des Bereicherungsausgleichs. Nimmt man hingegen in den Blick, wie sich das „Fehlen“ des Geldes auf die Entwicklung des Vermögens des Gläubigers auswirkt, so wird der Gläubiger durch den Zinsanspruch in pauschalierter Form für den erlittenen Schaden entschädigt. Aufgrund dieser Janusköpfigkeit ist der Versuch, einzelne gesetzliche Zinsstatbestände in eine der beiden Kategorien einzuordnen, letztlich müßig. Dies zeigt sich besonders deutlich daran, dass für das Verhältnis eines gesetzlichen Zinsanspruchs zu einem konkreten Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch völlig irrelevant ist, wie man den Zinsstatbestand qualifiziert.<sup>351</sup> Denn eines steht

<sup>346</sup> In den §§ 290, 849 BGB wird zwar für den Fall eines ursprünglich auf einen bestimmten Gegenstand gerichteten Herausgabeanspruchs, der in einen Anspruch auf Geldzahlung übergegangen ist, die Verzinsungspflicht auf den Zeitraum vor der Umstellung erstreckt. Nichtsdestotrotz setzt die Verzinsung letztendlich einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch voraus.

<sup>347</sup> § 288 BGB i. V. m. § 247 BGB.

<sup>348</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 134f.

<sup>349</sup> *Ibid.*, S. 133.

<sup>350</sup> Siehe bspw. BGH, 26.4.1979, VII ZR 188/78, BGHZ 74, 231 (234f.); BGH, 22.11.1985, V ZR 237/84, NJW 1986, 2037 (2039) (zu § 849 BGB); *Basedow*, ZHR 143 (1979), 317 (326).

<sup>351</sup> *Büttner*, BB 1970, 233 (236).



jedenfalls fest: Der Gläubiger kann weder in konkreter noch in pauschaler Form Schadensersatz dafür verlangen, dass er eine ihm zustehende Geldsumme nicht selbst nutzen konnte, und *zusätzlich* beim Schuldner – egal ob konkret oder pauschal – dessen Bereicherung durch die Nutzung des Geldes abschöpfen.<sup>352</sup> Andernfalls stünde der Gläubiger besser, als er als ungestörter Inhaber des Geldes gestanden hätte.<sup>353</sup> Wie das nachfolgende Beispiel aus der Rechtsprechung illustriert, ist dieser Grundsatz allerdings kein juristischer Allgemeinplatz.

*Beispiel 2*<sup>354</sup>

*B erwarb am 5.2.2009 von A einen Pkw Opel Zafira für 16.000€. Das Fahrzeug wurde B mit einem Kilometerstand von etwa 65.100 km übergeben und der Kaufpreis an diesem Tag vollständig beglichen. Mit Schreiben vom 19.1.2010 erklärte B den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte A unter Fristsetzung bis zum 29.1.2010 auf, den Kaufpreis Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs zu erstatten. Zusätzlich verlangte B von A den Wert der aus dem gezahlten Kaufpreis gezogenen Nutzungen, den B mit 5 % p. a. veranschlagte. Da A die Rückabwicklung verweigerte, machte B zudem Verzugszinsen i. H. v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geltend.*

Das LG Düsseldorf erachtete den Rücktritt für wirksam und verurteilte den Verkäufer, den Kaufpreis ab dem 5.2.2009 mit 5 % p. a. zu verzinsen, um die aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen auszugleichen. *Zusätzlich* verurteilte es den Verkäufer, ab dem 30.1.2010 Verzugszinsen auf den Kaufpreis i. H. v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen.<sup>355</sup> Die sich daraus ergebende Kumulation von Nutzungsausgleich und Verzugszinsen wurde vom OLG Düsseldorf mit folgender Begründung verworfen: „Der Anspruch auf Zahlung von 5% Zinsen kann unter dem Gesichtspunkt gezogener Nutzungen (§§ 346 II 1, 100 BGB) zu beurteilen sein. Hat der Schuldner einer Geldforderung mit dem überlassenen Geld Nutzungen in Gestalt von Zinsen erzielt, ist er dem Gläubiger zur Herausgabe dieser Nutzungen verpflichtet. In dem Umfang dieser Herausgabepflicht besteht dann allerdings kein Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 BGB [...]. Dahinter steht die Erwägung, dass Verzugszinsen die Funktion haben, den Nachteil auszugleichen, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass er infolge nicht rechtzeitiger Zahlung des Schuldners daran gehindert ist, einen ihm zustehenden Geldbetrag zu nutzen. Ein solcher Nachteil entstünde dem Gläubiger indes in dem Umfang nicht (mehr), in welchem der Schuldner ihm Kapitalnutzungsersatz nach Rücktrittsrecht schuldet.“<sup>356</sup>

Gesetzliche Zinsansprüche sind aufgrund ihrer Janusköpfigkeit somit stets auf konkrete Schadensersatz- oder Nutzungsausgleichsansprüche anzurechnen.<sup>357</sup> Wenn die tatsächlich vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen die gesetzliche Verzinsung wertmäßig übersteigen, so bleibt es beim Ausgleich der konkreten Nutzungen. Bleiben die tatsächlich gezogenen Nutzungen hingegen wertmäßig

<sup>352</sup> BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2531); BGH, 12.4.2019, V ZR 341/17, NJW 2019, 2851 (2852); Büttner, BB 1970, 233 (236).

<sup>353</sup> Siehe bspw. BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2531).

<sup>354</sup> Basierend auf LG Düsseldorf, 4.10.2013, 6 O 247/10, BeckRS 2015, 3455 ff. und OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f.

<sup>355</sup> LG Düsseldorf, 4.10.2013, 6 O 247/10, BeckRS 2015, 3455.

<sup>356</sup> OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f.

<sup>357</sup> Vgl. BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2531); OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f.

hinter der gesetzlichen Verzinsung zurück oder will sich der Berechtigte die Mühe ersparen, dem Nichtberechtigten die von diesem gezogenen Nutzungen nachzuweisen, so kann er sich auf die gesetzliche Verzinsungspflicht zurückziehen und erhält in dieser Höhe einen pauschalierten Nutzungsausgleich.

Für die Zwecke dieser Untersuchung sind gesetzliche Zinsansprüche vor diesem Hintergrund immer dann von Interesse, wenn sie zu einem bestehenden Anspruch auf Nutzungsausgleich hinzutreten, ohne dass es auf ihre dogmatische Einordnung ankäme.

### *b) Klassifizierung gesetzlicher Zinstatbestände*

Wie soeben dargestellt, wirkt ein gesetzlicher Zinsanspruch als pauschaler Nutzungsausgleich, wenn der Zinsanspruch in direkter Konkurrenz zu einem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung der vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen im Sinne von § 100 BGB steht. Nachfolgend werden die wichtigsten gesetzlichen Zinstatbestände daraufhin untersucht, ob sie in dieser Weise in Konkurrenz zu einem Nutzungsausgleichsanspruch treten können.

#### *aa) Verzinsung empfangenen Geldes nach § 347 S. 3 BGB a. F.*

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung bestimmte § 347 S. 3 BGB a. F.<sup>358</sup>, dass bei der Rückabwicklung eines Vertrags nach Rücktrittsfolgenrecht eine Geldsumme von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen war. Die Vorschrift wurde gestrichen, da der Schuldner „bei kleineren Beträgen und für kurze Nutzungsdauern [vielfach] nicht in der Lage [sei], eine Verzinsung in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu erzielen.“<sup>359</sup>

§ 347 S. 3 BGB a. F. ist ein Beispiel für eine gesetzliche Verzinsungspflicht, die vollumfänglich als pauschalierter Nutzungsausgleichsanspruch zu qualifizieren ist. Der durch die Vorschrift gewährte Anspruch stand stets in Konkurrenz zum Anspruch des Rückgewährgläubigers aus § 347 S. 2 BGB a. F. i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB auf Herausgabe bzw. Vergütung der vom Rückgewährschuldner tatsächlich aus der empfangenen Geldsumme gezogenen Nutzungen.

Für den Fall, dass der Rücktrittsberechtigte eine Geldsumme empfangen hatte, konnte die Verzinsungspflicht nach § 347 S. 3 BGB a. F. auch in Konkurrenz zu einer bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht treten, die in diesem Fall nach wohl überwiegender Auffassung gemäß dem Rechtsgedanken des § 327 S. 2 BGB a. F. die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus § 347 S. 2 BGB a. F. i. V. m. § 987 BGB verdrängte.<sup>360</sup> An der Verzinsungspflicht aus § 347 S. 3 BGB a. F. änderte sich hierdurch jedoch nichts. Insofern wurde keine Einschränkung zu-

<sup>358</sup> § 347 S. 3 BGB a. F.: „Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.“

<sup>359</sup> BT-Drs. 14/6040, 197. Insofern kritisch *Kohler*, JZ 2001, 325 (335).

<sup>360</sup> *Supra* 1. Teil: B. II. 2. a) aa), S. 42 ff.

gunsten des Rücktrittsberechtigten unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 327 S. 2 BGB a. F. vertreten.<sup>361</sup>

Der Verzinsungsanspruch aus § 347 S. 3 BGB a. F. konnte nicht mit dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung der tatsächlich gezogenen Nutzungen kumuliert werden.<sup>362</sup> Die Verzinsung empfangenen Geldes mit dem gesetzlichen Zinssatz war vielmehr als Mindestnutzungsausgleich konzipiert:<sup>363</sup> Überstieg der Wert der tatsächlich gezogenen Nutzung eine Verzinsung des Kapitals mit 4 % p. a., so blieb es beim tatsächlichen Nutzungsausgleich. Unter die Verzinsung mit dem gesetzlichen Zinssatz konnte der Nutzungsausgleichsanspruch des Geldgläubigers hingegen nicht absinken.

#### *bb) Verzugszinsen, § 288 BGB*

Der Zweck des Anspruchs auf Verzugszinsen gemäß § 288 BGB bestand ursprünglich darin, den Geldgläubiger vom Nachweis eines konkreten Schadens zu entlasten. Den Verfassern des BGB ging es darum, einen Durchschnittsertrag festzustellen, von dem angenommen werden könne, dass ihn der Gläubiger jedenfalls hätte ziehen können.<sup>364</sup>

Ab dem Inkrafttreten des BGB waren Geldschulden im Verzug vom Schuldner für etwas mehr als 100 Jahre mit einem starren Zinssatz in Höhe von 4 % p. a. zu verzinsen. Im Laufe des 20. Jahrhunderts lag das Zinsniveau über weite Strecken deutlich höher. Geldschuldner hatten daher einen Anreiz, darauf zu spekulieren, dass ihren Gläubigern der Nachweis eines höheren Schadens nicht gelingt bzw. sie auf eine Geltendmachung von vornherein verzichten. Falls diese Spekulation erfolgreich verlief, hatten sie sich im wirtschaftlichen Ergebnis einen kostengünstigen Zwangskredit von ihren Gläubigern verschafft.<sup>365</sup>

Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000<sup>366</sup> wurde der Verzugszinssatz dynamisiert und zugleich deutlich angehoben. Der Ver-

<sup>361</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 33 f.; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl. 2001, § 347 BGB Rn. 11.

<sup>362</sup> Büttner, BB 1970, 233 (237).

<sup>363</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 14.

<sup>364</sup> Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 311. Siehe auch Reichel, JherJb 42 (1901), 205 (299) („Verzugszinsen sind ja nichts anderes als Ersatz präsumtiven Schadens, der dadurch entstanden ist, daß der Forderungsberechtigte die Forderungssumme nicht vom Tage der Fälligkeit an hat haben und benutzen können.“). Esser, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 1970, S. 352 („standardisierte[r] gesetzliche[r] Mindestschaden aus Verzug“); Blaeser, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, 2011, S. 101 f.

<sup>365</sup> BT-Drs. 14/1246, 5. Siehe ferner Basedow, ZHR 143 (1979), 317 (325); Canaris, Festschrift Koziol, 2010, 45 (63 f.) Speziell zu der Frage, inwieweit der Fiskus einen solchen Zinsschaden geltend machen konnte, siehe Schön, NJW 1993, 961 ff.

<sup>366</sup> BGBl. I Nr. 14 v. 7.4.2000, 330.

zugszinssatz ergab sich fortan aus einem Zuschlag von fünf Prozentpunkten auf einen zunächst noch außerhalb des BGB geregelten Basiszinssatz.<sup>367</sup> Dieser Basiszinssatz war in seiner Höhe variabel ausgestaltet und vollzog die Veränderungen des als Bezugsgröße dienenden Zinssatzes der EZB für längerfristige Refinanzierungsgeschäfte nach.<sup>368</sup> Laut der Gesetzesbegründung sollte auf diese Weise gewährleistet werden, dass sich der Verzugszinssatz „dauerhaft mit dem tatsächlich entstandenen Verzugszinsschaden deckt.“<sup>369</sup> Bei Inkrafttreten der Regelung am 1. Mai 2000 ergab sich auf der Grundlage der neuen Berechnungsmethode ein Verzugszinssatz von zunächst 8,42 %<sup>370</sup> – eine Erhöhung um 110,5 %. Die im Juni 2000 erlassene erste Zahlungsverzugsrichtlinie<sup>371</sup> schrieb für Entgeltzahlungen im Geschäftsverkehr ebenfalls einen dynamischen (Mindest-)Verzugszinssatz vor. Dieser lag allerdings deutlich höher als der sich nach dem neu gefassten § 288 Abs. 1 BGB ergebende Zinssatz.<sup>372</sup> Darin spiegelt sich das erklärte Ziel der Zahlungsverzugsrichtlinie wider, Geldschuldner von einer Überschreitung der Zahlungsfrist abzuschrecken.<sup>373</sup> Die Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie erfolgte im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung.<sup>374</sup> Seither gilt für Entgeltforderungen aus Rechtsgeschäften, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, ein spezieller, in § 288 Abs. 2 BGB geregelter Verzugszinssatz, der zunächst auf acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz festgesetzt wurde.<sup>375</sup> Gleichzeitig wurde der Basiszinssatz in Gestalt des neuen § 247 in das BGB übernommen und zum Zwecke der Dynamisierung an den Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der EZB gekoppelt.<sup>376</sup> Bei der Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie im Jahr 2011<sup>377</sup> wurde der unionsrechtlich vorgegebene Mindestverzugszinssatz nochmals angehoben. Dem trug der deutsche Gesetzgeber 2014 durch eine Erhöhung des Verzugszinssatzes gemäß § 288 Abs. 2 BGB auf neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz Rechnung.<sup>378</sup>

<sup>367</sup> In § 1 Abs. 1 Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz, eingeführt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz – EuroEG) vom 9. Juni 1998, BGBl. I Nr. 34 v. 15.6.1998, 1242.

<sup>368</sup> Gemäß § 1 der Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung vom 10. Februar 1999, BGBl. I Nr. 6 v. 18.2.1999, 139.

<sup>369</sup> BT-Drs. 14/1246, 5.

<sup>370</sup> Ausgehend von einem Basiszinssatz von 3,42 %, siehe Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, Anhang zu § 288.

<sup>371</sup> Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29. Juni 2000, ABl. L 2000 v. 8.8.2000, 35, später ersetzt durch die Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 16. Februar 2011, ABl. L 48 v. 23.2.2011, 1.

<sup>372</sup> Siehe Richtlinie 2000/35/EG (Fn. 371), Art. 3 Abs. 1 lit. d.

<sup>373</sup> Siehe Richtlinie 2000/35/EG (Fn. 371), Erwägungsgrund 16. Kritisch hierzu *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (68f.).

<sup>374</sup> BT-Drs. 14/6040, 148.

<sup>375</sup> BT-Drs. 14/6040, 149.

<sup>376</sup> BT-Drs. 14/6040, 126.

<sup>377</sup> Durch die Richtlinie 2011/7/EU (Fn. 371).

<sup>378</sup> Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22. Juli 2015, BGBl. I Nr. 35 v. 28.7.2014, 1218.

Während der unionsrechtlich determinierte Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB eindeutig einem Präventionszweck dient,<sup>379</sup> ist im Schrifttum eine gewisse Unsicherheit bezüglich der *ratio legis* des im Jahr 2000 neu gestalteten allgemeinen Verzugszinssatzes gemäß § 288 Abs. 1 BGB zu konstatieren. Vordergründig wird überwiegend an der dogmatischen Einordnung als pauschalierter Mindestschadensersatz festgehalten.<sup>380</sup> Ein Teil des Schrifttums geht demgegenüber von einem Wechsel der *ratio legis* hin zu einer Abschöpfung der Vorteile aus, die dem Schuldner durch die Verzögerung der Zahlung zuwachsen.<sup>381</sup> Laut *Claus-Wilhelm Canaris* spricht hierfür, dass es Gläubigern „gerade ‚flächendeckend‘“ nicht möglich sei, Anlagezinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu erzielen.<sup>382</sup> Bei Annahme eines Abschöpfungszwecks sei der Verzugszinssatz hingegen angemessen, da der Vorteil des Schuldners mit dem Zinssatz für eine nicht gedeckte Kontoüberziehung zu bewerten sei.<sup>383</sup> Oftmals im Zusammenhang mit dem Abschöpfungsgedanken wird § 288 Abs. 1 BGB zudem auch ein Präventionszweck zugeschrieben.<sup>384</sup> Auf der Grundlage der veröffentlichten Gesetzesmaterialien lässt sich die Frage nach der *ratio legis* nicht klar zugunsten *eines* dieser Zwecke entscheiden. Insbesondere die Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen ist ambivalent.<sup>385</sup> Einerseits ist dort vom verlorengegangenen „Drohpotential“ des starren Verzugszinssatzes in Höhe von 4 % p. a. die Rede, der „heute vielfach als eine Einladung [wirke], statt des teuren Bankkredits lieber den billigeren ‚Gläubigerkredit‘ in Anspruch zu nehmen.“<sup>386</sup> Diesem Phänomen solle „durch eine deutliche Anhebung des gesetzlichen Zinssatzes entgegengewirkt werden.“ Andererseits geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass durch den neuen Verzugszinssatz lediglich die schon zuvor bestehende Pflicht des Schuldners zum Ersatz des dem Gläubiger tatsächlich entstandenen Schadens konkretisiert wird:

„Kein Schuldner würde deshalb gezwungen, höhere Zinsen zu zahlen als er nach derzeitiger Rechtslage schuldet. Ziel der Regelung ist vielmehr eine Vereinfachung der Zinsermittlung und eine Verdeutlichung der Verzugsfolgen.“<sup>387</sup>

<sup>379</sup> Siehe BeckOGK/*Dornis*, § 288 BGB Rn. 3 (1.6.2018). Kritisch hierzu *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (68 f.).

<sup>380</sup> *Olshausen*, Festschrift Huber, 2006, 471 (482 f.); *Staudinger/Feldmann*, § 288 BGB Rn. 1 (Oktober 2019); BeckOGK/*Dornis*, § 288 BGB Rn. 2 (1.6.2018); BeckOK/*Lorenz*, § 288 BGB Rn. 1 (1.5.2018). Siehe auch MüKo/*Ernst*, § 288 BGB Rn. 4.

<sup>381</sup> *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (64). In diesem Sinne auch MüKo/*Ernst*, § 288 BGB Rn. 4.

<sup>382</sup> *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (64).

<sup>383</sup> *Ibid.*, S. 65.

<sup>384</sup> *Ibid.*, S. 65; *Staudinger/Feldmann*, § 288 BGB Rn. 5 (Oktober 2019); BeckOGK/*Dornis*, § 288 BGB Rn. 3 (1.6.2018).

<sup>385</sup> Auch in der Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes finden sich hierzu keine erhellenden Aussagen, siehe insbesondere BT-Drs. 14/6040, 148 f.; BR-Drs. 338/01 (Beschluss), 21 f.

<sup>386</sup> BT-Drs. 14/1246, 5.

<sup>387</sup> BT-Drs. 14/1246, 5.

Wäre dies zutreffend, bestünde der Anreiz zur Zahlungsverzögerung in allen Fällen fort, in denen der Vorteil des Schuldners den Schaden des Gläubigers übersteigt. Tatsächlich dürfte der Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB in vielen Fällen präventiv wirken, da ein „Zwangskredit des Gläubigers“ mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz schlicht so teuer ist, dass ein liquider Schuldner in der Regel einen wirtschaftlichen Anreiz zur fristgerechten Zahlung hat.

Unabhängig von Zweck und Wirkung kann ein Anspruch auf Verzugszinsen jedenfalls auch eine nutzungsausgleichende Komponente mitumfassen. Dies ist – wie erläutert – immer dann der Fall, wenn der Verzug eine Geldschuld betrifft, bezüglich derer *auch* eine Verpflichtung zum Ausgleich von Nutzungen besteht. Eine solche Situation kann sich beispielsweise bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach Rücktrittsfolgenrecht oder Bereicherungsrecht ergeben: Gerät der Verkäufer mit seiner Verpflichtung zur Rückgewähr des Kaufpreises in Verzug, so kann der Käufer zum einen gemäß § 346 Abs. 1, 2 BGB bzw. § 818 Abs. 1, 2 BGB die vom Verkäufer tatsächlich aus der Kaufpreiszahlung gezogenen Nutzungen fordern. Zum anderen kann er verlangen, dass der Verkäufer die geschuldete Geldsumme gemäß § 288 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinst.<sup>388</sup> Es ist dem Käufer jedoch nicht möglich, beide Ansprüche zu kumulieren.<sup>389</sup> Der Anspruch auf Auskehrung der tatsächlich gezogenen Nutzungen wird auf die Verzinsungspflicht angerechnet. Insofern bewirkt die Verzugsverzinsung – unabhängig davon, welchen Zweck man ihr im Übrigen beimisst – auch einen Nutzungsausgleich zugunsten des Geldgläubigers.

Eine nutzungsausgleichende Funktion kann auch die Verzinsung des Wertersatzanspruchs gemäß § 290 BGB entfalten. Die Vorschrift setzt voraus, dass der Schuldner zunächst mit einem auf einen bestimmten Gegenstand bezogenen Herausgabeanspruch<sup>390</sup> in Verzug war. Wird die Herausgabe während des Verzugs unmöglich oder mindert sich der Wert des Gegenstandes, so muss der Schuldner einen an die Stelle oder neben den Herausgabeanspruch tretenden Wertersatzanspruch mit dem Verzugszinssatz gemäß § 288 BGB verzinsen. Die Verpflichtung zum Wertersatz ergibt sich aus den §§ 280ff. BGB und ist somit eine dem Gläubiger zu ersetzende Schadensposition. Durch § 290 BGB wird die Verpflichtung zum Wertersatz mit einer von Anfang an bestehenden Geldschuld gleichgestellt.<sup>391</sup> Die Vorschrift bezweckt eine Beweiserleichterung für den Gläubiger: Statt den Schaden nachweisen zu müssen, der ihm dadurch entstanden ist, dass ihm während des Verzugs die Nut-

---

<sup>388</sup> Geldansprüche auf Rückgewähr nach Rücktritt sowie bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche dürften nicht unter den Begriff der Entgeltforderung i. S. v. § 288 Abs. 2 BGB fallen, weshalb eine Verzinsung mit neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nicht in Betracht kommt. Siehe BeckOGK/Dornis, § 288 Rn. 43 i. V. m. § 286 Rn. 202.6f. (1.3.2020).

<sup>389</sup> OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f.

<sup>390</sup> § 290 BGB findet auf alle Arten von Ansprüchen Anwendung, die auf die Heraus-, Über- bzw. Rückgabe eines Gegenstandes gerichtet sind. Auch Übereignungsansprüche sind erfasst. Siehe BeckOGK/Dornis, § 290 BGB Rn. 4 (1.6.2018).

<sup>391</sup> Soergel/Wiedemann, 12. Aufl., § 290 Rn. 2 (1990); BeckOGK/Dornis, § 290 BGB Rn. 2ff. (1.6.2018).

zungen des Gegenstandes nicht zugutekommen, kann er sich auf die Geltendmachung des Zinsanspruchs zurückziehen.<sup>392</sup> Der Zinslauf beginnt in dem Zeitpunkt, der der Bestimmung des Wertes zugrunde zu legen ist. Im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe kann der Gläubiger diesen Zeitpunkt innerhalb des Zeitraums vom Eintritt des Verzugs bezüglich des Herausgabeanspruchs bis zur Unmöglichkeit der Herausgabe frei wählen.<sup>393</sup> Die Verzinsungspflicht nach § 290 BGB bewirkt dann einen pauschalen Nutzungsausgleich, wenn dem Gläubiger neben dem Herausgabeanspruch auch ein Anspruch auf Herausgabe oder Wertersatz für die vom Schuldner aus dem Gegenstand gezogenen Nutzungen zusteht.

*cc) Verzinsung des Wertersatzes wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache, § 849 BGB*

Nach § 849 BGB ist im Falle der Entziehung oder Beschädigung einer Sache der Schadensersatzanspruch von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. Es handelt sich um eine Parallelregelung zu § 290 BGB. Wie im Fall des § 290 BGB soll der Geschädigte davon entlastet werden, den Schaden konkret nachweisen zu müssen, der ihm dadurch entsteht, dass er die Sache nicht nutzen kann.<sup>394</sup> Der Zinslauf beginnt im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses.<sup>395</sup> „Sache“ im Sinne des § 849 BGB ist auch „Geld“.<sup>396</sup> Daher ist § 849 BGB beispielsweise auch auf einen Schadensersatzanspruch anwendbar, der sich daraus ergibt, dass der Geschädigte durch Betrug oder Erpressung dazu gebracht wurde, an den Schädiger Geld zu überweisen.<sup>397</sup> Strittig ist, welcher Zinssatz maßgeblich ist. Die herrschende Meinung stellt auf den gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB ab.<sup>398</sup> Nach anderer Ansicht soll wegen der Parallelität zu § 290 BGB der Verzugszinssatz des § 288 Abs. 1 S. 2 BGB zur Anwendung kommen.<sup>399</sup>

§ 849 BGB wirkt dann wie ein pauschaler Nutzungsausgleich, wenn dem Geschädigten während der Dauer der Sachentziehung gegen den Schädiger zugleich ein Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen der Sache zustand,

<sup>392</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 36.

<sup>393</sup> *Soergel/Wiedemann*, 12. Aufl., § 290 Rn. 4 (1990); *BeckOGK/Dornis*, § 290 BGB Rn. 6 (1.6.2018).

<sup>394</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 413 f.; BGH, 24.2.1983, VI ZR 191/81, BGHZ 87, 38 (40f.); BGH, 26.11.2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 113; *MüKo/Wagner*, § 849 BGB Rn. 2.

<sup>395</sup> *Ibid.*, Rn. 7.

<sup>396</sup> BGH, 26.11.2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084.

<sup>397</sup> BGH, 26.11.2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084. Siehe zu dieser Problematik auch *Riehm*, NJW 2019, 1105 (1109); *Klöhn*, ZIP 2020, 341 (349); *Staudinger*, NJW 2020, 641 (645).

<sup>398</sup> BGH, 26.11.2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084; *BeckOGK/Eichelberger*, § 849 BGB Rn. 19 (1.1.2017).

<sup>399</sup> *MüKo/Wagner*, § 849 BGB Rn. 6.

etwa aus §§ 987, 990, 992 BGB. Im Falle einer bloßen Beschädigung der Sache ist hingegen kein Konkurrenzverhältnis zu einer konkreten Nutzungsausgleichspflicht möglich, da sich die Sache weiterhin im Besitz des Geschädigten befindet und von diesem – soweit dies trotz der Beschädigung möglich ist – genutzt werden kann.

*dd) Prozesszinsen, § 291 BGB*

Gemäß § 291 BGB muss der Schuldner eine Geldschuld ab Eintritt der Rechtshängigkeit<sup>400</sup> auch dann verzinsen, wenn er nicht in Verzug ist. Auch wenn der Anspruch auf Prozesszinsen, anders als der Anspruch auf Verzugszinsen, ein Verschulden des Geldschuldners nicht voraussetzt, teilte er ursprünglich dessen Zweck: Der Gläubiger sollte in pauschalierter Weise für die Nutzungen entschädigt werden, die ihm der Schuldner für die Dauer des Prozesses vorenthält. Die zweite Kommission räumte freimütig ein, dass sie mit der Einführung des § 291 BGB die „Rücksicht auf die Folgerichtigkeit“ zurücktreten lasse gegenüber den „Anforderungen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit“.<sup>401</sup>

Hinsichtlich des Zinssatzes verweist § 291 BGB seit Inkrafttreten des BGB auf § 288 BGB. Somit waren Geldschulden ab Eintritt der Rechtshängigkeit bis zum Jahr 2000 mit 4 % p. a. zu verzinsen. Seither beträgt der maßgebliche Zinssatz fünf bzw. neun (bis 2014 acht) Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.<sup>402</sup> Dass die Verweisung auch nach der empfindlichen Anhebung des Verzugszinssatzes beibehalten wurde, ist keineswegs selbstverständlich. Der verklagte Geldschuldner, der sich nicht im Verzug befindet, hält sich schuldlos für nicht zur Zahlung verpflichtet. Daher wurde noch 2002 in der Literatur die Auffassung vertreten, dass es sich um ein Redaktionsversehen handeln müsse und dass der verklagte Geldschuldner daher Prozesszinsen weiterhin nur in Höhe von 4 % p. a. schulde.<sup>403</sup> Diese Auffassung dürfte als widerlegt anzusehen sein, seit die Verweisung in § 291 BGB auf § 288 BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung aktualisiert und der Gleichlauf von Verzugs- und Prozesszinssatz aus diesem Anlass bekräftigt wurde.<sup>404</sup> In Reaktion hierauf wurde im Schrifttum vorgeschlagen, den Zweck des § 291 BGB neu zu interpretieren. Statt dem Geldgläubiger den konkreten Nachweis des erlittenen Schadens zu ersparen, soll der primäre Zweck des § 291 BGB nunmehr darin bestehen, den Geldschuldner durch einen Risikozuschlag davon abzuhalten, sich vorschnell auf einen Prozess einzulassen.<sup>405</sup>

<sup>400</sup> Bzw. ab Fälligkeit, falls diese erst nach der Rechtshängigkeit eintritt.

<sup>401</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 535.

<sup>402</sup> *Supra* 1. Teil: B. II. 3. b) bb), S. 72 ff.

<sup>403</sup> *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 130. *De lege ferenda Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (388).

<sup>404</sup> BT-Drs. 14/6040, 149.

<sup>405</sup> *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 134.



Für das Verhältnis zum Nutzungsausgleich gilt das zum Verzugszinstatbestand Gesagte entsprechend: Prozesszinsen bewirken einen pauschalen Nutzungsausgleich, soweit der Beklagte bezüglich des rechtshängigen Geldzahlungsanspruchs zum Ausgleich konkret gezogener Nutzungen verpflichtet ist. Auch insofern scheidet eine Kumulation von konkretem und pauschalem Nutzungsausgleich aus.<sup>406</sup>

*ee) Nutzungszinsen gemäß § 452 BGB a. F. und § 641 Abs. 4 BGB*

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung war der Käufer gemäß § 452 BGB a. F.<sup>407</sup> verpflichtet, den noch nicht entrichteten Kaufpreis mit dem gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB zu verzinsen. Der Zinslauf begann, sobald dem Käufer die Nutzungen des gekauften Gegenstandes zustanden, sofern nicht der Verkäufer den Kaufpreis gestundet hatte. Maßgeblich war somit bei beweglichen Sachen regelmäßig der Zeitpunkt der Übergabe, § 446 Abs. 1 S. 2 BGB a. F., bei Grundstücken hingegen der von den Parteien im Kaufvertrag bestimmte Zeitpunkt für den Übergang der Nutzungen und Lasten, § 446 Abs. 2 BGB a. F. Im Werkvertragsrecht verpflichtet § 641 Abs. 4 BGB den Besteller nach wie vor, eine in Geld festgesetzte Vergütung ab dem Zeitpunkt der Abnahme des Werks zu verzinsen, sofern die Vergütung nicht vom Unternehmer gestundet wurde.<sup>408</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung, der sich die überwiegende Auffassung in der Literatur anschloss, verwirklichte § 452 BGB a. F. einen Billigkeitsgrundsatz: Dem Käufer sollten nicht sowohl die Nutzungen des gekauften Gegenstandes als auch des Kaufpreises gleichzeitig zugutekommen.<sup>409</sup> Durch die Pflicht zur Verzinsung des Kaufpreises wurden dem Käufer die Nutzungen einmal in pauschalierter Form wieder entzogen. Dementsprechend wurde der Zinstatbestand als „Nutzungszins“ bezeichnet.<sup>410</sup>

<sup>406</sup> OLG Frankfurt, 12.6.1997, 16 U 120/96, OLGR 1997, 182 (184); OLG Saarbrücken, 7.10.1997, 7 U 694/96–114, ZIP 1997, 1961 (1962); *Büttner*, BB 1970, 233 (236); *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 134. A. A. allerdings OLG Hamm, 15.4.1988, 11 U 129/87, NJW-RR 1988, 1004 (1007).

<sup>407</sup> § 452 BGB a. F.: „Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist.“

<sup>408</sup> Die Vorschrift war ursprünglich in § 641 Abs. 2 BGB enthalten und wurde 2000 durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (supra S. 72 mit Fn. 366) an ihren heutigen Standort verschoben.

<sup>409</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 182f.; *Knütel*, ZRG RA 105 (1988), 514 (540); *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 2; *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, 1996, S. 45; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 114.

<sup>410</sup> Vgl. *Knütel*, ZRG RA 105 (1988), 514; *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, 1996, S. 45; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 114.

§ 452 BGB a.F. geht zurück auf eine Regel des römischen Rechts, wonach der Käufer den noch nicht entrichteten Kaufpreis ab Übergabe der Kaufsache zu verzinsen hatte. In unterschiedlicher Gestalt hatte dieses Regelungsvorbild bis zum Ende des 19. Jahrhunderts Eingang in zahlreiche europäische Zivilrechtskodifikationen gefunden,<sup>411</sup> beispielsweise in ALR I 11 § 227<sup>412</sup>, in Art. 1652 Code civil<sup>413</sup> und in § 1095 Sächsisches BGB<sup>414</sup>. Mit der Übernahme in das BGB tat man sich jedoch sichtlich schwer. Die erste Kommission wies auf die Inkonsequenz hin, die darin lag, aus Billigkeitsgründen allein dem Käufer die gleichzeitige Nutzung von Leistung und Gegenleistung zu versagen – und nicht auch dem Verkäufer oder den Parteien anderer gegenseitiger Verträge.<sup>415</sup> Im ALR war der Grundsatz in I 11 § 109 immerhin für den Kaufvertrag zum allgemeinen Prinzip erhoben worden:

„Keiner der Contrahenten kann, wider des anderen Willen, Sache und Kaufgeld zugleich nutzen.“

Daher musste auch der Verkäufer den Kaufpreis verzinsen, wenn er ihn vor Übergabe der Kaufsache an den Käufer erhalten hatte, ALR I 11 § 110<sup>416</sup>. Die erste Kommission konnte sich nicht zu einer entsprechenden Verallgemeinerung entschließen. Stattdessen nahm man die Inkonsistenz hin und begründete die Aufnahme der Vorschrift in den Entwurf lediglich damit, dass sie „in Deutschland nahezu überall geltendes Recht“ sei und daher ohne zwingende Gründe nicht geändert werden dürfe.<sup>417</sup> Allerdings weitete man – soweit ersichtlich ohne historisches Vorbild<sup>418</sup> – die Verzinsungspflicht auf den Werkvertrag aus. Zur Begründung wurde lediglich knapp auf die „Verwandtschaft des Werkvertrages mit dem Kaufvertrage“ verwiesen.<sup>419</sup>

<sup>411</sup> Siehe dazu die überblicksartigen Darstellungen bei *Haymann*, AcP 130 (1929), 129 (130 ff.); *Knütel*, ZRG RA 105 (1988), 514 (515); *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 5 f.

<sup>412</sup> ALR I 11 § 227: „In allen Fällen, wo der Käufer die bei der Uebergabe bedungene Zahlung ohne rechtlichen Grund nicht leistet, ist er Zögerungszinsen, von dem Tage der Uebergabe an, zu entrichten verbunden.“

<sup>413</sup> Art. 1652 Code civil: „L'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital, dans les trois cas suivan[t]s : [...] Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus; [...]“.

<sup>414</sup> § 1095 Sächsisches BGB: „Der Käufer ist verpflichtet, den rückständigen Kaufpreis von der Zeit an, wo er die Sache übergeben erhalten hat, mit fünf vom Hundert auf das Jahr zu verzinsen, ausgenommen wenn der Kaufpreis gestundet worden oder eine Stundung üblich ist.“

<sup>415</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 182 f. Siehe auch *Knütel*, ZRG RA 105 (1988), 514 (515 f.).

<sup>416</sup> ALR I 11 § 110: „Hat also der Verkäufer das Kaufgeld ganz oder zum Theil empfangen, so muß er, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, das Erhaltene bis zur Übergabe, landüblich verzinsen.“

<sup>417</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 183.

<sup>418</sup> *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 143.

<sup>419</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 275.

Nach Auffassung der zweiten Kommission passte die Pflicht des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises nur im Handelsverkehr, für den durch Art. 289 ADHGB, den Vorläufer des heutigen § 353 HGB, „genügende Fürsorge getroffen“ sei. Im bürgerlichen Verkehr und insbesondere im täglichen Kleinverkehr entspreche die Verzinsungspflicht hingegen nicht der Verkehrsauffassung. Folgerichtig wurde der Zinstatbestand im Kaufvertragsrecht aus dem Entwurf gestrichen.<sup>420</sup> Das gleiche Schicksal traf – reflexhaft – auch die Parallelvorschrift im Werkvertragsrecht.<sup>421</sup> Dass § 452 BGB a.F. und § 641 Abs. 4 BGB dennoch Eingang in das BGB fanden, ist einem äußerst knappen Beschluss des Justizausschusses des Bundesrats geschuldet, gefolgt von einem ebenfalls mit knapper Mehrheit gefassten Beschluss der Reichstagskommission, mit dem ein erneuter Streichungsantrag abgelehnt wurde.<sup>422</sup> Die Rechtsprechung folgte aus dieser komplizierten Gesetzgebungsgeschichte, dass § 452 BGB a.F. als singuläre Sondervorschrift eng auszulegen sei.<sup>423</sup>

Die praktische Bedeutung des § 452 BGB a.F. während seiner mehr als hundertjährigen Geltungsdauer war gering. Die Vorschrift fristete ein Schattendasein, was ein Autor maßgeblich darauf zurückführte, dass der Anspruch trotz der zentralen Stellung des § 452 BGB a.F. im Kaufrecht „weithin schlicht unbekannt geblieben“ sei.<sup>424</sup> Das gleiche Verdikt trifft auch aktuell noch den Verzinsungsanspruch des Werkunternehmers aus § 641 Abs. 4 BGB.<sup>425</sup> Ein Indiz für die mangelnde Bekanntheit des werkvertraglichen Nutzungszinstatbestands mag man darin erblicken, dass die Existenz der Vorschrift bei der Streichung des § 452 BGB a.F. im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung offenbar schlicht übersehen wurde.<sup>426</sup> § 452 BGB a.F. wurde bei dieser Gelegenheit als überflüssig eingestuft und ersatzlos gestrichen: Der Verkäufer sei nicht schutzwürdig, da er es in der Hand habe, den Käufer hinsichtlich der Kaufpreiszahlung in Schuldnerverzug zu setzen und somit einen Anspruch auf Verzugszinsen gemäß § 288 BGB zu erlangen.<sup>427</sup> Vielmehr müsse der Käufer davor geschützt werden, dass sich der Verkäufer mittels § 452 BGB a.F. einen Zinsanspruch dadurch verschaffe, dass er die Übersendung der Rechnung hinauszögere.<sup>428</sup> Warum aus den gleichen Gründen nicht auch der Zinstatbestand in § 641 Abs. 4 BGB gestrichen wurde, der immer nur ein bloßes Anhängsel der kaufvertraglichen Parallelvorschrift war,<sup>429</sup> ist nicht ersichtlich.

<sup>420</sup> Ibid., S. 775.

<sup>421</sup> Ibid., S. 927.

<sup>422</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 107.

<sup>423</sup> BGH, 25.10.1957, I ZR 25/57, NJW 1958, 137.

<sup>424</sup> *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 113.

<sup>425</sup> Vgl. BeckOGK/Kögl, § 641 BGB Rn. 100 (1.2.2017): „[E]ine in der Praxis häufig übersehene Anspruchsgrundlage“.

<sup>426</sup> Kritisch im Hinblick auf diese Inkonsistenz auch *Kobler*, ZGS 2004, 48 (50).

<sup>427</sup> BT-Drs. 14/6040, 203 f.

<sup>428</sup> BT-Drs. 14/6040, 204.

<sup>429</sup> Illustrativ insoweit *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 4, der den Gleichlauf beider Vor-

Auf den ersten Blick weist der Nutzungszinstatbestand des § 452 BGB a.F.<sup>430</sup> einen engen Bezug zur Nutzungsausgleichsproblematik auf: Der Käufer enthält dem Verkäufer den Kaufpreis vor und muss hierfür – in pauschalierter Form – den Nutzungswert an den Verkäufer auskehren. Dennoch hatte der Anspruch auf Nutzungszins keine primär nutzungsausgleichende Funktion im oben definierten Sinne,<sup>431</sup> da er im Regelfall nicht in direkte Konkurrenz mit einem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung der vom Käufer gezogenen Nutzungen i.S.v. § 100 BGB treten konnte. Denn durch § 446 S.2 BGB<sup>432</sup> werden die Nutzungen der Kaufsache im Regelfall ab Übergabe dem Käufer zugewiesen. Auch der Verkäufer hat aus § 433 Abs.2 BGB lediglich einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Auf die vom Käufer aus der ihm geschuldeten Geldsumme gezogenen Nutzungen i.S.v. § 100 BGB gewährt ihm das BGB hingegen keinen Zugriff.

Auch wertungsmäßig spricht bei genauer Betrachtung nichts dafür, den Nutzungszins i.S.v. § 452 BGB a.F. dem Nutzungsausgleich zuzurechnen. Würde man etwa § 452 BGB a.F. dahin interpretieren, dass dem Käufer die Nutzungen des Kaufgegenstandes in pauschalierter Form wieder entzogen werden sollen,<sup>433</sup> liefe dies auf eine teilweise Rückabwicklung des Kaufvertrags im Erfüllungsstadium hinaus – was offensichtlich keinen Sinn ergibt.<sup>434</sup> *Leo von Petrazycki* hatte bereits 1895 zum römischen Recht auf die Ungereimtheit hingewiesen, dass der Käufer den Kaufpreis verzinsen müsse, obwohl der Anspruch auf Kaufpreiszahlung kein Restitutionsanspruch sei.<sup>435</sup> Er erklärte dies damit, dass der Kaufpreisanspruch im Prozess der Entwicklung des römischen Rechts ursprünglich tatsächlich ein Restitutionsanspruch gewesen sei.<sup>436</sup> Aus systematischer Sicht sei es naheliegender, den Nutzungszinstatbestand des § 452 BGB a.F. als pauschalen Schadensersatz für den Verzugsschaden anzusehen, der dem Verkäufer durch die Vorenthaltung des Kaufpreises durch den Käufer entsteht. Die Hauptfunktion bestünde dann darin, den Beginn des Zinslaufs gegenüber dem gemäß § 288 BGB maßgeblichen Zeitpunkt vorzuverlegen.<sup>437</sup>

---

schriften für so groß erachtete, dass er auf eine gesonderte Darstellung des § 641 Abs.2 BGB a.F. verzichtete und stattdessen schlicht auf seine entsprechend geltenden Ausführungen zu § 452 a.F. BGB verwies.

<sup>430</sup> Und der des § 641 Abs. 4 BGB.

<sup>431</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.3.a), S. 69 ff.

<sup>432</sup> Bzw. § 446 Abs. 1 S.2 BGB a.F.

<sup>433</sup> In diesem Sinne bspw. *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 114.

<sup>434</sup> Dementsprechend spricht sich *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 75 f. zutreffend gegen eine Einordnung des § 452 BGB a.F. als pauschalen Bereicherungsausgleich aus.

<sup>435</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 152.

<sup>436</sup> Siehe dazu näher *ibid.*, S. 154.

<sup>437</sup> So – überzeugend – *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 82 ff.

Eine primär nutzungsausgleichende Funktion könnte den §§ 452 BGB a. F., 641 Abs. 4 BGB insofern zugeschrieben werden, als sie im Rahmen der *Rückabwicklung* von Verträgen auf den Anspruch des Käufers bzw. Bestellers auf Rückzahlung des Kaufpreises bzw. Werklohns Anwendung fanden bzw. fänden. Dann würde der Zinsanspruch in direkte Konkurrenz zu einem Anspruch auf Herausgabe bzw. Vergütung der tatsächlich gezogenen Nutzungen aus § 346 Abs. 1, 2 BGB bzw. § 818 Abs. 1, 2 BGB treten. Dies ist allerdings nicht der Fall. Nach herrschender Meinung waren bzw. sind § 452 BGB a. F. und § 641 Abs. 4 BGB als Sondervorschriften nicht analogiefähig.<sup>438</sup> Zudem sollen die spezielleren Regelungen zum Nutzungsausgleich in der Rückabwicklungssituation nicht mittels einer gesetzlichen Verzinsungspflicht unterlaufen werden dürfen.<sup>439</sup>

*ff) Exkurs: Fälligkeitszinsen gemäß § 353 HGB*

Laut § 353 S. 1 HGB sind Kaufleute untereinander berechtigt, für ihre Forderungen aus beidseitigen Handelsgeschäften vom Tag der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Die Vorschrift entspricht – abgesehen von geringen sprachlichen Modifikationen – Art. 289 ADHGB. Art. 289 ADHGB<sup>440</sup> wiederum geht mittelbar – über den Zwischenschritt des Art. 222 Abs. 1 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten von 1857<sup>441</sup> – auf ALR II 8 § 696<sup>442</sup> zurück.<sup>443</sup> Der Zinssatz beträgt 5 % p. a., § 352 Abs. 1 S. 1 HGB. Die *ratio legis* und die dogmatische Einordnung der kaufmännischen Fälligkeitszinsen sind strittig.<sup>444</sup> Nach wohl überwiegender Ansicht soll § 353 HGB auf dem Gedanken beruhen, dass sich Kaufleute untereinander stillschweigend vereinbarte Konventionalzinsen schulden.<sup>445</sup> Teilweise wird der Zinsanspruch aus der Perspektive des Gläubigers als ein pauschalierter Schadensersatzanspruch angesehen, der den Schadensersatzanspruch wegen Verzugs ergänzt. Nach anderer Ansicht soll der Zinsanspruch je-

<sup>438</sup> BGH, 25.10.1957, I ZR 25/57, NJW 1958, 137; *Frömming*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, 1991, S. 143 m. w. N.

<sup>439</sup> *Ibid.*, S. 185 ff.

<sup>440</sup> Art. 289 ADHGB: „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern.“

<sup>441</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Art. 222 Abs. 1: „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage ihres Verfallens Zinsen zu fordern.“

<sup>442</sup> ALR II 8 § 696: „Kaufleute untereinander können in Handlungsgeschäften, auch ohne ausdrückliche Verabredung, die am Orte zwischen Kaufleuten gewöhnlichen Zinsen fordern.“

<sup>443</sup> *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, 1996, S. 24.

<sup>444</sup> Siehe *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (49) m. w. N. Aufgrund der „zweifelhaften, „schwer zu erfassen[den]“ und „aus heutiger Sicht“ „kaum nachzuvollziehen[den]“ *ratio legis* ist die Vorschrift nach der Auffassung des BGH eng auszulegen, BGH, 27.2.2018, VI ZR 121/17, NJW 2018, 2197 (2198 f.).

<sup>445</sup> *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, 1996, S. 39 ff. m. w. N.

doch die beim Schuldner durch die Nutzung des Kapitals eingetretene Vermögensmehrung abschöpfen.<sup>446</sup> Der Anspruch wäre dann als pauschaler Bereicherungsausgleich anzusehen. Angesichts der Janusköpfigkeit gesetzlicher Zinstatbestände ist dieser Streit – wie bereits erläutert – letztlich müßig.<sup>447</sup>

Im Erfüllungsstadium etwa eines Kaufvertrags haben die Parteien bei einem Handelskauf vor Leistungsaustausch ebenso wenig Anspruch auf die Nutzungen der von der anderen Partei geschuldeten Leistung wie bei exklusiver Anwendbarkeit des BGB. Eine nutzungsausgleichende Funktion könnte dem Zinsanspruch aus § 353 S. 1 HGB in Bezug auf einen Handelskauf daher nur dann zugesprochen werden, wenn er in Konkurrenz zu Ansprüchen aus § 346 Abs. 1, 2 BGB oder aus § 818 Abs. 1, 2 BGB treten könnte, nach denen der Verkäufer neben der Rückzahlung des Kapitals auch zur Herausgabe oder zur Vergütung der tatsächlich aus dem Geld gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB verpflichtet ist. Die Anwendbarkeit des § 353 HGB auf Geldzahlungsansprüche, die aus der Rückabwicklung eines beiderseitigen Handelsgeschäfts nach Rücktrittsfolgen- oder Bereicherungsrecht resultieren, ist allerdings strittig.<sup>448</sup> Der BGH hat dies für einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verneint.<sup>449</sup>

### III. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands

Ein wichtiger Aspekt bei der Durchführung des Nutzungsausgleichs ist die Berücksichtigung von Aufwendungen, die der Nutzende zur Erzielung der Nutzungen tätigt. Inwieweit der Nichtberechtigte solchen nutzungsbedingten Aufwand gegenüber dem Berechtigten geltend machen kann, ist ein allgemeines, anspruchsrundlagenübergreifendes Problem, das in Gestalt von § 102 BGB allerdings nur teilweise im Allgemeinen Teil des BGB geregelt ist (1.). Darüber hinaus kann auch ein Anspruch auf Ausgleich für auf das genutzte Gut getätigte Verwendungen (2.) bzw. für Aufwendungen i. S. v. § 347 Abs. 2 S. 2 BGB (3.) funktional eine Kompensation nutzungsbedingten Aufwands bewirken. Sofern der Nichtberechtigte Nutzungsausgleich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen schuldet, ermöglicht ihm § 818 Abs. 3 BGB, nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen (4.). Im wirtschaftlichen Ergebnis muss der Berechtigte nutzungsbedingten Aufwand schließlich auch dann tragen, wenn der Wert des Gutes durch die Nutzung gesunken ist, ohne dass er sich hierfür beim Nichtberechtigten schadlos halten kann (5.).

---

<sup>446</sup> Ibid., S. 39 ff.

<sup>447</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.a), S. 69 ff.

<sup>448</sup> Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Kindler, § 352 HGB Rn. 11.

<sup>449</sup> BGH, 2.12.1982, III ZR 90/81, NJW 1983, 1420 (1423). Auch auf deliktische Schadensersatzansprüche ist die Vorschrift nicht anwendbar, BGH, 27.2.2018, VI ZR 121/17, NJW 2018, 2197 (2199).

### 1. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands nach allgemeinen Grundsätzen

Die Berücksichtigung von nutzungsbedingtem Aufwand ist im Allgemeinen Teil des BGB nur für den Fall der Fruchtziehung in § 102 BGB ausdrücklich geregelt (a). Für die Realisierung von Gebrauchsvorteilen blieb es Rechtsprechung und Schrifttum überlassen, Grundsätze für die Bestimmung des abzugsfähigen Aufwands zu entwickeln (b). Ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, wie nutzungsbedingter Aufwand zur berücksichtigen ist, wenn der Nichtberechtigte Ausgleich für hypothetische Nutzungen schuldet (c).

#### a) Berücksichtigung von Fruchtgewinnungskosten gemäß § 102 BGB

Wer verpflichtet ist, Früchte herauszugeben, kann gemäß § 102 BGB vom Berechtigten Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Dieser Regelung liegt das Leitbild der Gewinnung physischer Früchte zugrunde, die auch physisch an den Berechtigten herausgegeben werden können. Immer dann, wenn die physischen Früchte nicht beliebig teilbar sind, können die vom Nichtberechtigten getätigten Aufwendungen im Rahmen der Frucht-herausgabe nicht angemessen berücksichtigt werden. Daher sieht das BGB im Fall der Fruchtziehung eine Abschöpfung des Bruttoertrags in Gestalt der Herausgabe aller gezogenen Früchte vor. Im Gegenzug erhält der Nichtberechtigte in Gestalt von § 102 BGB einen eigenständigen, auf Geldzahlung gerichteten Anspruch auf Ersatz für die von ihm aufgewendeten Fruchtgewinnungskosten.<sup>450</sup> Dieser Anspruch gibt ihm ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB gegenüber dem Anspruch auf Fruchtherausgabe.<sup>451</sup> Sofern der Anspruch des Berechtigten ebenfalls auf Geldzahlung gerichtet ist, insbesondere weil der Nichtberechtigte Wertersatz für nicht mehr gegenständlich vorhandene Früchte schuldet, können beide Parteien die Aufrechnung erklären.<sup>452</sup> Eine automatische Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug bzw. eine automatische Verrechnung auf Geldzahlung gerichteter Ansprüche erfolgt nur, wenn der Nutzungsausgleich im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages in die Saldierung einbezogen wird.<sup>453</sup>

<sup>450</sup> Staudinger/*Stieper*, § 102 BGB Rn. 2 (August 2016); BeckOGK/*Mössner*, § 102 BGB Rn. 7 (15.2.2018); *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 107. A. A. *Planck*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 102 BGB Nr. 2 (kein selbständiger Anspruch, sondern „Beschränkung der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte“).

<sup>451</sup> MüKo/*Stresemann*, § 102 BGB Rn. 6.

<sup>452</sup> Staudinger/*Stieper*, § 102 BGB Rn. 2 (August 2016); MüKo/*Stresemann*, § 102 BGB Rn. 6. Demgegenüber ging *Planck*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 102 BGB Nr. 2 davon aus, dass sich der herauszugebende Betrag „von selbst“ um die Gewinnungskosten mindere.

<sup>453</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)aa(1), S. 62 ff.

Der Anspruch aus § 102 BGB ist auf den Wert der gezogenen und an den Berechtigten herauszugebenden Früchte beschränkt.<sup>454</sup> Es ist dem Nichtberechtigten daher nicht möglich, mittels § 102 BGB einen bei der Fruchtziehung erwirtschafteten Verlust auf den Berechtigten abzuwälzen.<sup>455</sup> Im Rahmen einer bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht wird diese Beschränkung allerdings durch § 818 Abs. 3 BGB relativiert.<sup>456</sup>

Unter welchen Voraussetzungen der Nichtberechtigte Aufwand, der den Wert der Früchte *nicht* übersteigt, gemäß § 102 BGB auf den Berechtigten abwälzen darf, ist nicht bis ins Detail geklärt. Aus der Natur der Sache folgt, dass die geltend gemachten Kosten kausal durch die Fruchtziehung veranlasst worden sein müssen. Hierbei handelt es sich um eine notwendige, nicht aber um eine hinreichende Bedingung. Hinzukommen muss nach dem Wortlaut des Gesetzes, dass die Kosten „einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen“. Was hierunter im Kontext der Fruchtgewinnung zu verstehen ist, wurde bislang – soweit ersichtlich – nicht vertieft diskutiert. In der Literatur findet sich die Aussage, dass die Verkehrsanschauung maßgeblich sei.<sup>457</sup> Im Übrigen beschränkt sich die Auseinandersetzung im Wesentlichen auf die Rezeption der dürftigen Rechtsprechung zu § 102 BGB. So wird einerseits – unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1938<sup>458</sup> – vertreten, dass alle Kosten zu berücksichtigen seien, die üblicherweise bei der Bemessung des vom Fruchtziehenden für die Früchte geforderten Preises einkalkuliert werden.<sup>459</sup> Abgesehen von der konzeptionellen Schwierigkeit, dass sich der Preis für ein Produkt letztlich nicht nach der Kalkulation des Produzenten, sondern nach den Gegebenheiten am Markt richtet,<sup>460</sup> spräche dies für eine sehr weitgehende Berücksichtigungsfähigkeit nutzungsbedingten Aufwands. Denn der Produzent wird grundsätzlich allen kausal durch die Fruchtziehung verursachten Aufwand einkalkulieren. Gleichzeitig wird aber auch die sehr viel engere – auf eine Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1911<sup>461</sup> zurückgehende – Auffassung vertreten, dass nur solcher Aufwand berücksichtigt werden könne, der die Fruchtziehung gerade ermöglicht hat, der also nicht lediglich kausal durch die Fruchtziehung verursacht wurde, sondern der kausal dafür war, dass überhaupt Früchte gezogen werden konnten. Aufwand, der die Fruchtziehung nicht ermöglicht hat, soll danach nur ausnahmsweise in der Höhe berück-

---

<sup>454</sup> MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 5.

<sup>455</sup> Insofern kritisch bereits *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 76; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (331). Zur Verlustproblematik im Rahmen des Nutzungsausgleichs siehe näher infra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff.

<sup>456</sup> Siehe hierzu *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (331) sowie sogleich infra 1. Teil:B.III.4, S. 93 ff.

<sup>457</sup> *Staudinger/Stieper*, § 102 BGB Rn. 5 (August 2016).

<sup>458</sup> RG, 8.9.1938, V 1/38, JW 1938, 3040 (3042).

<sup>459</sup> MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 4; BeckOGK/Mössner, § 102 BGB Rn. 11 (15.2.2018).

<sup>460</sup> Siehe *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 428.

<sup>461</sup> KG, XXIV. ZS, OLGE 22, 1911, 272 (273).



sichtigt werden können, in der sich hierdurch gerade im Nutzungsausgleichsraum der Ertrag erhöht hat.<sup>462</sup> In der Kommentarliteratur werden beide Maßstäbe teilweise ohne Problembewusstsein für ihre fundamentale Unvereinbarkeit kombiniert.<sup>463</sup> Diesen inneren Widerspruch vermeidet die Auffassung, nach der zur Steigerung des Ertrags getätigte Aufwendungen auch dann nach § 102 BGB abgerechnet werden können, wenn sie den intendierten Zweck verfehlen.<sup>464</sup>

Höchstrichterlich geklärt ist zumindest, dass über § 102 BGB auch der Wert der Arbeitsleistung des Nutzenden und seiner Angehörigen geltend gemacht werden kann.<sup>465</sup> Nach der überwiegenden Auffassung in Schrifttum gilt dies auch dann, wenn die eingesetzte Arbeitskraft ohne die Fruchtziehung nicht anderweitig kommerzialisiert worden wäre.<sup>466</sup>

Von Relevanz für den Nutzungsausgleich ist schließlich die strittige Frage, ob und wie Fruchtgewinnungskosten geltend gemacht werden können, wenn die ursprünglich gezogenen physischen Früchte nicht mehr herausgegeben werden können. Für den Fall, dass die Früchte vor Herausgabe untergegangen sind, wird vertreten, dass Gewinnungskosten schlicht gar nicht mehr geltend gemacht werden können – auch nicht gegenüber Sekundäransprüchen aufgrund des Untergangs der Früchte.<sup>467</sup> Für den Fall des Nutzungsausgleichs führte dies zu dem bemerkenswerten Ergebnis, dass der Berechtigte im Falle eines Untergangs der Früchte unter Umständen besser stünde als bei ihrer physischen Herausgabe: Wer etwa unentgeltlich den Besitz an einem Stück Land erlangt hat, ohne zum Besitz berechtigt zu sein, der muss dem Eigentümer gemäß §§ 988, 818 Abs. 1 BGB die von einem auf dem Grundstück stehenden Apfelbaum geernteten Äpfel aushändigen.<sup>468</sup> Im Gegenzug kann der Besitzer vom Eigentümer Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er für das Wässern des Apfelbaumes, für sein Ausschneiden, für den Schutz der Äpfel vor Vögeln und für die Ernte der Äpfel getätigt hat. Wenn hingegen die Äpfel untergegangen sind, weil der Besitzer sie verzehrt hat, so schuldet er gemäß §§ 988, 818 Abs. 1, 2 BGB Ersatz für den Wert der Äpfel. Wenn es ihm nunmehr versagt wäre, den Wert der Fruchtgewinnungskosten geltend zu machen, erhielte der Ei-

<sup>462</sup> Ibid., S. 273; MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 5; BeckOGK/Mössner, § 102 BGB Rn. 12 (15.2.2018).

<sup>463</sup> So bspw. BeckOGK/Mössner, § 102 BGB Rn. 11 f. (15.2.2018); MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 4 f.

<sup>464</sup> Soergel/Marly, 13. Aufl., § 102 BGB Rn. 3 (2000).

<sup>465</sup> BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556. Siehe auch Soergel/Marly, 13. Aufl., § 102 BGB Rn. 3 (2000); MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 4; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271; Fortunato, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 241. So bereits Planck, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 102 BGB Nr. 1.

<sup>466</sup> BeckOGK/Mössner, § 102 BGB Rn. 10 (15.2.2018); MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 4, jeweils m. w. N. Offen gelassen in BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556.

<sup>467</sup> Staudinger/Stieper, § 102 BGB Rn. 6 (August 2016); BeckOGK/Mössner, § 102 BGB Rn. 4. (15.2.2018).

<sup>468</sup> Ob die Äpfel übergeben und übereignet oder nur herausgegeben werden müssen, bestimmt sich danach, ob die Voraussetzungen des § 955 BGB erfüllt sind.

gentümer statt des Nettoertrags plötzlich den Bruttoertrag der Grundstücksnutzung. Dieses Ergebnis könnte einerseits dadurch vermieden werden, dass man die Gewinnungskosten von vornherein bei der Ermittlung des Wertersatzanspruchs für die gezogenen Früchte berücksichtigt, also von der Brutto- zur Nettoabrechnung übergeht. Andererseits könnte man dem Nichtberechtigten schlicht seinen Anspruch aus § 102 BGB belassen. Diesen Weg beschritt das Reichsgericht in einer Entscheidung, die den unberechtigten Abbau von Kohle betraf. Die geförderte Kohle wäre grundsätzlich gemäß § 985 BGB herauszugeben gewesen. Da die Kohle vom Herausgabeschuldner bereits verkauft worden war, stand dem Berechtigten stattdessen ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 990, 989 BGB zu. Das Reichsgericht gestattete es dem Herausgabeschuldner, diesem Schadensersatzanspruch seinen Anspruch auf Ersatz der Förderkosten gemäß § 102 BGB entgegenzuhalten:

„[A]us der Bestimmung des § 102 BGB [ergibt sich] ein Recht der Bekl. auf Ersatz der auf die Gewinnung verwendeten Kosten. Diese Einschränkung durch die Verpflichtung zur Erstattung der Gewinnungskosten haftete dem ursprünglichen Anspruch der Kl. auf Herausgabe der Kohle an. Dieser war wertmäßig um die Gesteungskosten gemindert. Demzufolge gilt das auch für den an seiner Stelle getretenen Schadensersatzanspruch aus §§ 990, 989 BGB. Denn dieser kann nicht höher sein als der Wert des Herausgabeanspruchs.“<sup>469</sup>

Folgt man diesem Ansatz, dann haben Berechtigter und Nichtberechtigter nach der Umwandlung des Frucht*herausgabe*anspruchs in einen Anspruch auf Wertersatz jeweils einen selbständigen, auf Geldzahlung gerichteten Anspruch gegeneinander. Der Anspruch auf Wertersatz für gezogene Früchte und der Anspruch auf Ausgleich der Fruchtgewinnungskosten können allerdings durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden, soweit sie sich decken.

#### *b) Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands bei der Bewertung von Gebrauchsvorteilen*

§ 102 BGB bezieht sich nur auf Früchte i. S. v. § 99 BGB. Eine vergleichbare Vorschrift für Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB fehlt. Im E I war die Problematik des nutzungsbedingten Aufwands überhaupt nicht adressiert worden. Erst die zweite Kommission verankerte – ausdrücklich zur Lückenfüllung<sup>470</sup> – in den späteren §§ 987 Abs. 1 und 2184 BGB spezielle Kostenerstattungsansprüche des Nutzungsausgleichspflichtigen, die bis auf einen bedeutsamen Unterschied § 102 BGB entsprachen: Sie bezogen sich auf Nutzungen im Allgemeinen – und nicht lediglich auf Früchte.<sup>471</sup> Erst im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde die Re-

<sup>469</sup> RG, 8.9.1938, V 1/38, JW 1938, 3040 (3042).

<sup>470</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 685.

<sup>471</sup> § 901 Abs. 1 S. 2 E II: „Die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten sind von dem Eigentümer insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Werth der Nutzungen nicht übersteigen.“ § 2054 Abs. 2 E II: „Die auf die Gewinnung der

gelungsmaterie in Gestalt von § 102 BGB in den Allgemeinen Teil überführt und auf Früchte beschränkt.

Anders als Früchte können Gebrauchsvorteile aufgrund ihrer immateriellen Natur niemals physisch herausgegeben werden. Nutzungsausgleich für Gebrauchsvorteile ist von vornherein auf Wertersatz in Geld gerichtet.<sup>472</sup> Daher besteht bei Gebrauchsvorteilen – anders als bei physischen Früchten – kein zwingendes Bedürfnis, zunächst den Bruttowert der realisierten Gebrauchsvorteile abzuschöpfen und den Nichtberechtigten hinsichtlich des nutzungsbedingten Aufwands auf einen selbständigen Gegenanspruch gegen den Berechtigten zu verweisen. Vielmehr können Gebrauchsvorteile von vornherein „netto“ berechnet werden.<sup>473</sup> So verfährt auch die Rechtsprechung, ohne dies näher zu problematisieren. Wenn beispielsweise der nichtberechtigte Inhaber eines Pkw damit fährt, so wird der Wert der auszugleichenden Gebrauchsvorteile ohne Berücksichtigung der Kraftstoffkosten ermittelt.<sup>474</sup> Dementsprechend kann der Nichtberechtigte hierfür vom Berechtigten auch keinen Ersatz verlangen. Eine andere Auffassung vertritt – soweit ersichtlich – nur das OLG Brandenburg in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001, in der es sich ohne nähere Begründung auf den Standpunkt stellt, dass vom Wert der vom Besitzer eines Grundstücks gemäß §§ 988, 818 Abs. 2 BGB auszugleichenden *Gebrauchsvorteile* gemäß § 102 BGB die Kosten der *Fruchtziehung* abzuziehen seien.<sup>475</sup>

Ebenfalls nicht problematisiert wird in der Literatur die Frage, ob Gebrauchsvorteile auch einen negativen Wert annehmen können. Praktisch wird diese Frage seltener relevant als im Fall der Fruchtziehung, da für die Bewertung der realisierten Gebrauchsvorteile spezifisch nur auf den Gebrauch des genutzten Gutes abgestellt wird. Zu welchem Zweck das Gut gebraucht wird, bleibt hingegen unberücksichtigt. Durch diesen engen Fokus reduziert sich auch der Kreis potentieller Aufwandsposten. So hat der BGH beispielsweise klargestellt, dass im Fall der betrieblichen Nutzung eines Grundstücks (Werkstatthalle) der Wert der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ohne Rücksicht darauf zu bestimmen sei, ob das Unternehmen einen Gewinn oder einen Verlust erzielt.<sup>476</sup>

### c) *Nutzungsbedingter Aufwand bei hypothetischen Nutzungen*

Wenn der Nichtberechtigte Ausgleich für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen schuldet, muss er einen hypothe-

---

Nutzungen verwendeten Kosten sind dem Beschwerten insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Werth der Nutzungen nicht übersteigen.“

<sup>472</sup> Supra 1. Teil:B.I.2, S. 28 f.

<sup>473</sup> *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 107.

<sup>474</sup> Zur Problematik der Bestimmung der Gebrauchsvorteile siehe im Einzelnen infra 2. Teil: B.I.2, S. 273 ff.

<sup>475</sup> OLG Brandenburg, 26.4.2001, 5 U 76/00, OLGR 2001, 491 (494).

<sup>476</sup> BGH, 19.1.1966, VIII ZR 1/64, DB 1966, 738 (739).

tischen Nettoertrag an den Berechtigten auskehren. Von dem bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung des Gutes erzielbaren Bruttoertrag ist also der hierzu typischerweise erforderliche Aufwand abzuziehen. Hat der Nichtberechtigte das Gut nicht gänzlich brachliegen lassen, sondern im Rahmen einer nicht ordnungsmäßigen Bewirtschaftung Aufwendungen getätigt, so schmälern diese den hypothetischen Nettoertrag der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung nicht. Insofern kann der Nichtberechtigte allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verwendungsersatzes Kompensation erlangen.

## 2. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands als Verwendungen

Neben dem Anspruch aus § 102 BGB bietet auch der Anspruch auf Ausgleich der auf das genutzte Gut getätigten Verwendungen dem Nichtberechtigten die Möglichkeit, nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen. Nach dem E I, der noch keine § 102 BGB entsprechende Vorschrift enthielt, sollte nutzungsbedingter Aufwand sogar in erster Linie im Wege des Verwendungsersatzes geltend gemacht werden.<sup>477</sup>

Abgesehen vom Fall des unverklagten und redlichen Bereicherungsschuldners, dem mit dem Entreichereinwand aus § 818 Abs. 3 BGB ein noch wesentlich großzügigeres Instrument zur Abwälzung von Aufwand auf den Berechtigten zur Verfügung steht,<sup>478</sup> kann der Nichtberechtigte einem Anspruch des Berechtigten auf Nutzungsausgleich stets einen Anspruch auf Ersatz der auf das genutzte Gut getätigten Verwendungen entgegenhalten. Im Mittelpunkt der Verwendungseratzdogmatik stehen die §§ 994 ff. BGB, die regeln, unter welchen Voraussetzungen der Besitzer vom Eigentümer Ersatz für seinen sachbezogenen Aufwand verlangen kann.<sup>479</sup> Über Verweisungen in den §§ 819, 818 Abs. 4, 2185, 292 Abs. 2 BGB können sich auch verschärft haftende Bereicherungsschuldner, Vermächtnisbeschwerte sowie allgemein Schuldner eines Herausgabeanspruchs nach Eintritt der Rechtshängigkeit auf die §§ 994 ff. BGB berufen. Daneben gewährt das BGB in den §§ 347 Abs. 2 S. 1 und 2022 BGB dem Rückgewährschuldner und dem redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzer einen eigenständigen Anspruch auf Verwendungsersatz.<sup>480</sup>

<sup>477</sup> Siehe dazu *Florstedt*, *Recht als Symmetrie*, 2015, S. 79.

<sup>478</sup> Speziell zu Verwendungen als Grund für einen Wegfall der Bereicherung siehe *Büdenbender*, *JuS* 1998, 227 (231).

<sup>479</sup> Siehe dazu *Staudinger/Gursky*, § 994 BGB Rn. 1 ff. (August 2012).

<sup>480</sup> Ein Anspruch auf Verwendungsersatz kann sich schließlich auch aus den §§ 951, 812 ff. BGB bzw. unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 (sog. Verwendungskondiktion) i. V. m. § 818 BGB ergeben. Allerdings werden bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen nach der herrschenden Meinung durch spezielle Regelungen zum Verwendungsersatz wie insbesondere die §§ 994 ff. BGB sowie § 347 Abs. 2 BGB verdrängt, so dass ihnen nur ein geringer Anwendungsbereich verbleibt. Siehe *Büdenbender*, *JuS* 1998, 227 (230 f.); *BeckOK/Fritzsche*, § 994 BGB Rn. 33 ff. (1.5.2018).

Der BGH definiert Verwendungen in ständiger Rechtsprechung als Aufwendungen, die dem jeweiligen Bezugsobjekt zugutekommen sollen, indem sie dessen Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung dienen.<sup>481</sup> Wie im Fall der Fruchtgewinnungskosten fasst die Rechtsprechung unter den Verwendungsbegriff auch den Wert der Arbeitsleistung des Nichtberechtigten.<sup>482</sup>

Bereits anhand dieser allgemeinen Definition des Verwendungsbegriffs wird deutlich, dass nutzungsbedingter Aufwand und Verwendungen zwei sich zwar partiell überlagernde, jedoch nicht deckungsgleiche Kreise bilden. Wenn etwa der Besitzer eines Grundstückes eine Annonce aufgibt, um Mietinteressenten zu gewinnen, so tätigt er nutzungsbezogenen Aufwand. Dieser Aufwand kommt jedoch nicht dem Grundstück zugute und ist daher keine Verwendung. Umgekehrt können Aufwendungen auf ein Gut auch dann Verwendungen sein, wenn es gar nicht genutzt wird und damit auch kein nutzungsbedingter Aufwand in Betracht kommt. Wenn etwa der Eigenbesitzer eines Grundstücks die Grundsteuer trägt, tätigt er damit auch dann Verwendungen auf das Grundstück, § 995 BGB, wenn er es brachliegen lässt. Häufig stellen Verwendungen jedoch zugleich nutzungsbedingten Aufwand dar. Wenn beispielsweise der Besitzer eines vermieteten Hausgrundstücks das defekte Dach des Gebäudes reparieren lässt, so handelt es sich bei dem hierfür getätigten Aufwand zum einen um eine Verwendung: Die Reparatur kommt dem Grundstück zugute, indem sie der Wiederherstellung und Erhaltung des Gebäudes dient. Gleichzeitig liegt aber auch nutzungsbedingter Aufwand vor, da die Reparatur erforderlich ist, um eine Minderung des Mietzinses bzw. eine Kündigung des Mietverhältnisses durch die Mieter zu vermeiden.

In den §§ 994 ff. BGB sowie in § 347 Abs. 2 BGB differenziert das BGB zwischen notwendigen und sonstigen Verwendungen. Für notwendige Verwendungen kann der Nichtberechtigte stets Ersatz verlangen. Sonstige Verwendungen kann der Nichtberechtigte hingegen nur insoweit beim Berechtigten liquidieren, als der Berechtigte durch sie bereichert ist.<sup>483</sup> „Notwendig“ sind laut BGH solche Verwendungen, die zur Erhaltung und/oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache erforderlich sind.<sup>484</sup> In der Literatur wird häufig neben der Erhaltung der Substanz auf die Erhaltung der *Nutzungsmöglichkeit* bzw. Nutzbarkeit des Gutes abgestellt.<sup>485</sup> Zumindest solche notwendige Verwendungen, ohne die ein Gut nicht genutzt werden kann, stellen zugleich nutzungsbedingten Aufwand dar.<sup>486</sup>

<sup>481</sup> BGH, 24.11.1995, V ZR 88/95, BGHZ 131, 220 (222) m. w. N.

<sup>482</sup> Ibid., S. 224 f.

<sup>483</sup> Hierbei handelt es sich um eine notwendige, nicht jedoch stets um eine hinreichende Bedingung für die Geltendmachung sonstiger Verwendungen, vgl. §§ 994 Abs. 2, 996 BGB. Keine zusätzlichen Anforderungen stellt hingegen § 347 Abs. 2 BGB.

<sup>484</sup> Vgl. BGH, 20.6.1975, V ZR 206/74, BGHZ 64, 333 (339) („und“); BGH, 24.11.1995, V ZR 88/95, BGHZ 131, 220 (222) („oder“).

<sup>485</sup> Soergel/Stadler, 13. Aufl., § 994 BGB Rn. 4 (2007); MüKo/Raff, § 994 BGB Rn. 35.

<sup>486</sup> Vgl. Staudinger/Kaiser, § 347 BGB Rn. 29 (November 2011).

Der enge Zusammenhang zwischen Nutzungen und notwendigen Verwendungen kommt im BGB in § 994 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>487</sup> zum Ausdruck. Danach hat der Besitzer für den Zeitraum, für den ihm die Nutzungen verbleiben, keinen Anspruch auf Ausgleich der gewöhnlichen Erhaltungskosten. Gewöhnliche Erhaltungskosten sind ein Unterfall notwendiger Verwendungen. Es handelt sich um regelmäßig wiederkehrende Aufwendungen, die zur Unterhaltung der Sache erforderlich sind, wie etwa Fütterungskosten bei Tieren oder die Kosten der Inspektion und Wartung eines Pkw, inklusive des Austauschs von Verschleißteilen.<sup>488</sup> Solche Aufwendungen sind bei typisierender Betrachtung insofern nutzungsbedingt, als sie zumindest auf längere Sicht Voraussetzung für die Nutzung eines Gutes sind.<sup>489</sup> Durch § 994 Abs. 1 S. 2 BGB wird verhindert, dass der redliche unverklagte Besitzer bei Nutzung einer fremden Sache besser steht, als er bei Nutzung einer ihm gehörenden Sache gestanden hätte. Denn als Eigentümer hätte er die Nutzungen zwar ebenfalls behalten dürfen, hätte aber die gewöhnlichen Erhaltungskosten selbst tragen müssen.

Umgekehrt würde der Berechtigte besser gestellt, als er gestanden hätte, wenn er das Gut selbst genutzt hätte, wenn er vom Nichtberechtigten Nutzungsausgleich erhält, ohne die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen zu müssen. Genau dieses Ergebnis bewirkte in der Vergangenheit die Rechtsprechung für Fälle, in denen der Käufer nach § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG im Falle des Rücktritts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs eine Vergütung für den Wert der „Ueberlassung des Gebrauchs oder der Benutzung“ der Kaufsache schuldete. Da durch diese speziellere Vorschrift die allgemeine Nutzungsausgleichspflicht nach § 347 S. 2 BGB a. F. i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB verdrängt war, stellte sich der BGH auf den Standpunkt, dass dem Käufer kein Anspruch auf Ersatz der von ihm getätigten gewöhnlichen Erhaltungskosten zustünde, da ihm die Nutzungen i. S. v. § 100 BGB verblieben.<sup>490</sup> Dies war zwar formaljuristisch richtig, wertungsmäßig jedoch unhaltbar, da die nach § 2 AbzG geschuldete Vergütung funktional an die Stelle der Nutzungsausgleichspflicht nach § 347 S. 2 BGB a. F. i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB trat und dieser – in Gestalt eines fiktiven Mietzinses – regelmäßig auch wertmäßig entsprach.<sup>491</sup>

<sup>487</sup> Siehe zudem § 995 S. 2 BGB. Eine entsprechende Regelung fehlt in § 347 Abs. 2 BGB, da der Rückgewährschuldner stets zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, vgl. BT-Drs. 14/6040, 197.

<sup>488</sup> Staudinger/*Gursky*, § 994 BGB Rn. 18 (August 2012); BeckOGK/*Spohnheimer*, § 994 BGB Rn. 67 (1.4.2018).

<sup>489</sup> Darüber hinaus werden konkret zu § 994 Abs. 1 S. 2 BGB im Detail unterschiedliche Erklärungsansätze vertreten, vgl. Staudinger/*Gursky*, § 994 BGB Rn. 19 (August 2012); BeckOGK/*Spohnheimer*, § 994 BGB Rn. 67 (1.4.2018); Soergel/*Stadler*, 13. Aufl., § 994 BGB Rn. 7 (2007). Die Materialien sind insofern wenig ergiebig. § 936 Abs. 2 E I sah – im Einklang mit dem gemeinen Recht – „aus Gründe[n] der Billigkeit und Zweckmäßigkeit“ die Anrechnung des Reinertrags der Nutzungen auf den Verwendungsersatzanspruch vor, siehe dazu *Mugdán* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 231. Die zweite Kommission empfand dies als zu hart und ersetzte die Vorschrift durch die jetzige Regelung, die eine „compensatio lucri et damni“ bewirke, vgl. *ibid.*, S. 681 f.

<sup>490</sup> BGH, 8.11.1965, VIII ZR 300/63, NJW 1966, 446 (447).

<sup>491</sup> Supra 1. Teil:B.I.2, S. 28 sowie 1. Teil:B.II.2.a)cc), S. 50 f.

Der Anspruch auf Verwendungsersatz bezieht sich grundsätzlich auf das primär zurückzugewährende Gut. So kann der Besitzer gemäß § 994 Abs. 1 S. 1 BGB Ersatz für die *auf die Sache* gemachten notwendigen Verwendungen verlangen. Voraussetzung ist grundsätzlich das Bestehen einer Vindikationslage.<sup>492</sup> Der Verwendungsersatzanspruch aus § 347 Abs. 2 S. 1 BGB bezieht sich auf den als Leistung empfangenen Gegenstand. Für den Fall, dass der Nutzungsausgleichspflichtige auf zurückzugewährende *Früchte* Verwendungen tätigt, ohne dass ein Anspruch auf Verwendungsersatz unmittelbar einschlägig ist, muss eine entsprechende Anwendung der auf das genutzte Gut bezogenen Anspruchsgrundlage erwogen werden.<sup>493</sup> Denn es wäre wertungsmäßig schwer nachvollziehbar, dass der Nichtberechtigte beispielsweise Ersatz für die Kosten der Fütterung einer zurückzugewährenden Kuh (falsch zugeordnetes Gut), nicht aber für die Fütterungskosten des von der Kuh geborenen Kalbs (Frucht) verlangen können sollte.<sup>494</sup>

Anders als im Rahmen von § 102 BGB kann der Nichtberechtigte mittels des Anspruchs auf Verwendungsersatz auch einen bei der Nutzung des Gutes erlittenen Verlust auf den Berechtigten abwälzen.<sup>495</sup> Der Nichtberechtigte kann also im wirtschaftlichen Ergebnis vom Berechtigten etwas dafür verlangen, dass er dessen Gut genutzt hat. Dies ist beispielsweise denkbar, wenn der Besitzer eines vermieteten Hausgrundstücks wegen Mängeln der Mietsache für eine längere Periode keinen oder nur einen geminderten Mietzins erhält und ihm gleichzeitig hohe Kosten für die Beseitigung der Mängel entstehen. Allerdings unterliegt die Möglichkeit einer Verlustabwälzung mittels eines Anspruchs auf Verwendungsersatz zwei bedeutsamen Einschränkungen: Zum einen kann der Verlust nur insoweit auf den Berechtigten abgewälzt werden, als er gerade auf *ersatzfähigen* Verwendungen beruht. Zum anderen ist der Umfang der Verlustberücksichtigung faktisch auf den Wert des Gutes beschränkt. Denn der Nichtberechtigte kann Verwendungsersatz grundsätzlich nur dann verlangen, wenn der Berechtigte das Gut zurückerhält oder die Verwendungen genehmigt, § 1001 BGB.<sup>496</sup> Verweigert der Berechtigte beides, bleibt dem Nichtberechtigten nur, sich hinsichtlich der Verwendungen aus dem Gut zu befriedigen, § 1003 BGB. Dies bedeutet, dass der Anspruch auf Verwendungsersatz faktisch ins Leere läuft, wenn das Gut vom Berechtigten nicht mehr herausgegeben werden kann. Eine darüber hinausgehende Verlustabwälzung auf den Berechtigten ermöglicht nur § 347 Abs. 2 BGB, wonach der Rückgewährschuldner notwendige Verwendungen dem Rückgewährgläubiger auch dann in Rechnung stellen kann, wenn die empfangene Leistung untergegangen ist und der Rückgewährgläubiger aufgrund von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder 2 BGB von der Pflicht zum Wertersatz befreit ist.

<sup>492</sup> BeckOGK/*Spohnheimer*, § 994 BGB Rn. 9ff. (1.4.2018).

<sup>493</sup> JurisPK/*Faust*, § 347 BGB Rn. 42 (1.12.2016).

<sup>494</sup> *Ibid.*, Rn. 42.

<sup>495</sup> Siehe auch BGH, 24.11.1995, V ZR 88/95, BGHZ 131, 220 (222f.).

<sup>496</sup> Auf die §§ 1000ff. wird auch in § 2022 Abs. 1 S. 2 BGB verwiesen.

Soweit der gleiche Aufwand sowohl im Rahmen des Nutzungsausgleichs – insbesondere mittels § 102 BGB – als auch im Rahmen des Verwendungsersatzes berücksichtigungsfähig ist, muss eine eindeutige Zuordnung erfolgen, um eine doppelte Geltendmachung auszuschließen. Die Rechtsprechung neigt dazu, entsprechenden Aufwand vorrangig bei der Ermittlung der für die Nutzung des Gutes geschuldeten Ausgleichsleistung zu berücksichtigen.<sup>497</sup>

### 3. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands gemäß § 347 Abs. 2 S. 2 BGB

Über den in § 347 Abs. 2 S. 1 geregelten Anspruch auf Ersatz für notwendige Verwendungen hinaus kann der Rückgewährschuldner gemäß § 347 Abs. 2 S. 2 BGB auch sonstige *Aufwendungen* geltend machen, soweit der Rückgewährgläubiger durch diese bereichert ist. Der Anspruch ist also nicht auf Verwendungen beschränkt.<sup>498</sup> Vielmehr kann der Rückgewährschuldner mittels § 347 Abs. 2 S. 2 BGB ganz allgemein nutzungsbedingten Aufwand geltend machen, sofern sich hierdurch der Nutzungsausgleichsanspruch des Rückgewährgläubigers erhöht hat.<sup>499</sup>

Ein Teil des Schrifttums ist der Auffassung, dass es sich bei § 347 Abs. 2 BGB um eine abschließende Regelung handelt, durch die § 102 BGB verdrängt sei.<sup>500</sup> Wenn man dieser Auffassung nicht folgt, kann der nutzungsbedingte Aufwand entweder gemäß § 102 BGB oder gemäß § 347 Abs. 2 S. 2 BGB geltend gemacht werden. Eine doppelte Abrechnung des gleichen Aufwands ist nicht möglich.

### 4. Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands gemäß § 818 Abs. 3 BGB

Sofern der Nichtberechtigte nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, kann er nutzungsbedingten Aufwand mittels § 818 Abs. 3 BGB geltend machen. Dies betrifft zunächst den redlichen und unverklagten Bereicherungsschuldner. Ferner kann sich auch der redliche und unverklagte Besitzer auf den Wegfall der Bereicherung berufen, sofern er nach § 988 BGB i. V. m. § 818 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, weil er den Besitz unentgeltlich oder – laut der Rechtsprechung – rechtsgrundlos erlangt hat.<sup>501</sup> Gleiches gilt gemäß § 2021 BGB für den redlichen und unverklagten Erbschaftsbesitzer.

Welcher Zusammenhang zwischen einem rechtsgrundlosem Erwerb und einer Vermögensminderung bestehen muss, damit letztere dem Anspruch des Bereicherungsgläubigers gemäß § 818 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden kann, ist eine

<sup>497</sup> BGH, 28.6.1961, V ZR 75/60, WM 1961, 1149 (1151).

<sup>498</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 347 BGB Rn. 48 (November 2011), jurisPK/*Faust*, § 347 BGB Rn. 60 (1.12.2016); Soergel/*Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 61 (2010). Siehe auch BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1061 f.).

<sup>499</sup> Soergel/*Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 62 (2010). Staudinger/*Kaiser*, § 347 BGB Rn. 52 (November 2011).

<sup>500</sup> Soergel/*Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 27 (2010); Staudinger/*Kaiser*, § 347 BGB Rn. 60 (November 2011).

<sup>501</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:A.I.1.b)bb)(1), S. 170 ff.



der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Bereicherungsrechts, über die bis heute keine abschließende Klarheit besteht.<sup>502</sup> An dieser Stelle muss der Hinweis genügen, dass die Voraussetzungen für die Geltendmachung nutzungsbedingten Aufwands im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB großzügiger sind als im Rahmen der bisher vorgestellten Instrumente. So ist es, anders als nach § 102 BGB, nicht erforderlich, dass der Aufwand „einer ordnungsmäßigen Wirtschaft“ entspricht. Zudem ist nach § 818 Abs. 3 BGB nach der herrschenden Meinung auch Aufwand berücksichtigungsfähig, der nicht unter den Verwendungsbegriff subsumiert werden kann.<sup>503</sup>

Inwieweit § 818 Abs. 3 BGB eine Verlustabwälzung auf den Berechtigten gestattet, hängt von der Anspruchsgrundlage ab, auf die sich der Berechtigte hinsichtlich der Herausgabe des genutzten Gutes stützen kann. Ist dieser Anspruch ebenfalls bereicherungsrechtlicher Natur, so wird der erforderliche Zusammenhang zwischen Bereicherung und nutzungsbedingtem Aufwand in der Regel sowohl hinsichtlich des Gutes als auch hinsichtlich der daraus gezogenen Nutzungen zu bejahen sein. Dann steht – wie im Fall von Verwendungen – das gesamte Gut als Haftungsmasse zur Verfügung.<sup>504</sup> Soweit das Gut noch herausgegeben werden kann, kann der nutzungsbedingte Aufwand zwar nicht direkt vom Bereicherungsanspruch abgezogen werden. Allerdings bewirkt § 818 Abs. 3 BGB dann, dass der Bereicherungsschuldner das Gut nur Zug um Zug gegen Erstattung der von ihm getätigten Aufwendungen herausgeben muss.<sup>505</sup> Anders verhält es sich jedoch im Fall des Besitzers, der nach § 988 BGB i. V. m. § 818 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Hier folgt *nur* der Anspruch auf Nutzungsausgleich bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Dementsprechend beschränkt ist die Haftungsmasse. Indem sich der Nichtberechtigte auf § 818 Abs. 3 BGB beruft, kann er maximal eine Reduktion seiner Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf null erreichen. Dem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB kann der Besitzer nutzungsbedingten Aufwand hingegen nur dann entgegenhalten, wenn ihm ein Anspruch auf Verwendungsersatz gemäß den §§ 994 ff. BGB zusteht.

Speziell für den Fall, dass der Besitzer Nutzungsausgleich gemäß § 988 BGB i. V. m. § 818 BGB schuldet, wird in der Literatur zum Teil eine zusätzliche normative Beschränkung des Entreicherungsseinwands im Hinblick auf Aufwendungen

<sup>502</sup> Siehe dazu *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 341 ff.; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 136 ff.

<sup>503</sup> Siehe *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (146 f.); *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 70; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 365 (mit Nachweisen zu abweichenden Stimmen im Schrifttum). Siehe dazu auch *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1186.

<sup>504</sup> Im Fall des Erbschaftsbesitzers besteht die Haftungsmasse aus allem, was er aufgrund seines vermeintlichen Erbrechts aus der Erbschaft erlangt hat.

<sup>505</sup> *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 133.

zur Erhaltung oder Verbesserung der Hauptsache gefordert. Nach der restriktivsten Auffassung sollen selbst Aufwendungen, die der Besitzer gemäß den §§ 994 ff. BGB als Verwendungen geltend machen könnte, nur dann gemäß § 818 Abs. 3 BGB berücksichtigungsfähig sein, wenn sie die Nutzungsziehung erst ermöglicht haben.<sup>506</sup> Sofern solche Aufwendungen zu einer Steigerung des Ertrags geführt haben, sollen sie lediglich in diesem Umfang berücksichtigungsfähig sein.<sup>507</sup> Im Übrigen sei der Besitzer auf die Geltendmachung des selbständigen Verwendungsersatzanspruchs aus den §§ 994 ff., 1000 ff. BGB zu verweisen.<sup>508</sup> Der BGH ist dem jedoch ausdrücklich nicht gefolgt:

*Beispiel 3*<sup>509</sup>

*Der Kreisverband A des Deutschen Roten Kreuzes hatte 1991 ein zuvor in Volkseigentum stehendes und mit einer Villa und einem Stall bebautes Grundstück in Besitz. A nutzte die Villa als Verwaltungsgebäude und den Stall zum Einstellen von Fahrzeugen. Seit dem 3.10.1990 stand das Grundstück im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland, die von A Ausgleich für die 1991 realisierten Gebrauchsvorteile verlangt. A hält die im Jahr 1991 auf die Villa getätigten Aufwendungen entgegen.*

„Gemäß §§ 988, 818 BGB schuldet [A] der [Bundesrepublik Deutschland] die Erstattung der Gebrauchsvorteile, die ihm durch die Nutzung von Villa und Stall im Jahr 1991 zugeflossen sind. Seine Zahlungspflicht ist gemäß § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich auf die Vorteile begrenzt, die insgesamt noch in seinem Vermögen vorhanden sind. [...] Aufwendungen des Besitzers auf die Sache sind unabhängig von der Frage, ob sie Verwendungen im Sinne von § 994 BGB bedeuten, gemäß § 818 Abs. 3 BGB geeignet, den Anspruch auf Nutzungsersatz aus § 988 BGB zu mindern. Soweit in der juristischen Literatur gegenüber dem Anspruch aus § 988 BGB die Geltendmachung des Wegfalls der Bereicherung nur insoweit zugelassen wird, als es sich bei dem vom Besitzer geltend gemachten Aufwand um Fruchtziehungskosten oder Verwendungen im Sinne von §§ 994 ff. BGB handelt [...], schließt sich der Senat dem nicht an.“<sup>510</sup>

Laut Auffassung des BGH ist der für die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB notwendige innere Zusammenhang zwischen den aus der Sache gezogenen Nutzungen und der Vermögensminderung bei Aufwendungen des Besitzers auf die Sache grundsätzlich zu bejahen.<sup>511</sup>

<sup>506</sup> Gursky, JZ 1998, 685 (687 f.); Staudinger/ders., § 988 BGB Rn. 14 (August 2012) (m. w. N. zu früher vertretenen, weniger restriktiven Auffassungen); Staudinger/Lorenz, Vorbem zu §§ 812 ff. Rn. 41 (Juni 2007). In diesem Sinne, allerdings weniger restriktiv auch Soergel/Stadler, 13. Aufl., § 988 BGB Rn. 10 (2007).

<sup>507</sup> Gursky, JZ 1998, 685 (687 f.); Staudinger/ders., § 988 BGB Rn. 14 (August 2012).

<sup>508</sup> Ibid., Rn. 14. Siehe dazu auch Staudinger/Thole, § 988 BGB Rn. 33 ff. (November 2019).

<sup>509</sup> Basierend auf BGH, 12.12.1997, V ZR 81/97, BGHZ 137, 314 ff.

<sup>510</sup> Ibid., S. 316.

<sup>511</sup> Ibid., S. 317; BGH, 20.2.1998, V ZR 319-96, NJW 1998, 1709 (1710).

### *5. Nutzungsbedingte Wertminderung des genutzten Gutes als nutzungsbedingter Aufwand*

Zum nutzungsbedingten Aufwand ist auch eine durch die Nutzung verursachte Beeinträchtigung der Substanz des genutzten Gutes selbst zu rechnen. Allerdings kehren sich insofern im Rahmen des Nutzungsausgleichs die Vorzeichen gewissermaßen um: Eine Beeinträchtigung der Substanz des genutzten Gutes belastet im Ausgangspunkt das Vermögen des Berechtigten. *Sein* Gut ist in seiner Substanz beeinträchtigt und damit in der Regel zugleich im Wert gemindert. Wenn der Nichtberechtigte das Gut auf eigene Kosten reparieren lässt, kommt dieser Aufwand dem Berechtigten zugute. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Nichtberechtigte diesen Aufwand – beispielsweise mittels eines Anspruchs auf Verwendungsersatz – auf den Berechtigten überwälzen kann. Unterlässt der Nichtberechtigte hingegen die Reparatur, so stellt sich umgekehrt die Frage, ob der Berechtigte vom Nichtberechtigten – zusätzlich zu dem ohnehin geschuldeten Nutzungsausgleich – Ersatz für die Substanzbeeinträchtigung verlangen kann. Insofern ist zwischen der nutzungsbedingten Wertminderung von Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer einerseits (a) und der sonstigen Zerstörung und Beschädigung eines Gutes bei der Nutzung andererseits (b) zu unterscheiden.

#### *a) Nutzungsbedingte Wertminderung bei Gütern mit beschränkter Nutzungsdauer*

Ist der Zeitraum, für den ein Gut in wirtschaftlich sinnvoller Weise genutzt werden kann, zeitlich beschränkt, so verzehrt sich der Wert des Gutes im Prozess der Nutzung.<sup>512</sup> So wird beispielsweise die weitere Nutzung eines Pkw aufgrund von nutzungsbedingtem Verschleiß und technischem Fortschritt ab einer gewissen Laufleistung und einem gewissen Alter unwirtschaftlich.

Wenn der Nichtberechtigte ein Gut mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer nutzt, wird die nutzungsbedingte Wertminderung in der Regel bereits bei der Ermittlung des Nutzungsausgleichsanspruchs berücksichtigt. Wenn etwa der Nichtberechtigte das Gut vermietet, so muss er den erzielten Mietzins als mittelbare Sachfrucht, § 99 Abs. 3 BGB, an den Berechtigten auskehren. Voraussetzung dafür, dass sich für Sachen mit beschränkter Nutzungsdauer ein stabiler Mietmarkt herausbilden kann, ist, dass die zu erzielende Miete auch den nutzungsbedingten Wertverzehr der Mietsache abdeckt.<sup>513</sup> Auch dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut selbst nutzt, erhält der Berechtigte nach der Praxis zur Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB in der Regel einen Ausgleich für die nutzungsbedingte Wertminderung des Gutes: Als Wert der von einem Nichtberechtigten realisierten Gebrauchsvorteile ist nach der herrschenden Meinung entweder ein fiktives Nutzungsentgelt oder der sich bei einer linearen Abschreibung des

<sup>512</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:B.I.2.b)dd), S. 286 ff. sowie 3. Teil:C.I.3.a)aa), S. 553 f.

<sup>513</sup> Siehe dazu auch infra 3. Teil:C.I.1.a), S. 519 ff.

Wertes des Gutes über die gewöhnliche Nutzungsdauer ergebende Betrag anzusetzen.<sup>514</sup>

Wenn der Berechtigte daneben noch zusätzlichen Ersatz für die nutzungsbedingte Wertminderung erhalte, würde er besser gestellt, als wenn er das Gut selbst genutzt hätte. Darüber, dass es hierzu nicht kommen darf, besteht Einigkeit.<sup>515</sup> Theoretisch kann eine Doppelkompensation des Berechtigten auf zwei Wegen verhindert werden: einerseits durch eine Beschränkung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich und andererseits durch eine Beschränkung sonstiger Wert- oder Schadensersatzansprüche für eine Beeinträchtigung der Substanz des genutzten Gutes. Für das Rücktrittsfolgenrecht entspricht es seit der Schuldrechtsmodernisierung der überwiegenden Auffassung, dass der Anspruch auf Nutzungsausgleich grundsätzlich Vorrang genießt und eine auf bestimmungsgemäßem Gebrauch beruhende Abnutzung dementsprechend keine Wertersatzpflicht wegen einer Verschlechterung des Leistungsgegenstandes gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auslöst.<sup>516</sup> Eine Wertersatzpflicht soll nur bei „übermäßigem“ Gebrauch in Betracht kommen.<sup>517</sup> Weniger einheitlich ist das Meinungsbild zum Verhältnis von § 987 Abs. 1 BGB zu § 989 BGB. Neben einem im Detail unterschiedlich konstruierten Vorrang des Nutzungsausgleichs<sup>518</sup> wird im Schrifttum alternativ die Auffassung vertreten, dass der Eigentümer wählen könne, ob er gemäß § 987 Abs. 1 BGB Wertersatz für die vom Besitzer gezogenen Gebrauchsvorteile oder gemäß § 989 BGB Schadensersatz für die gebrauchsbedingte Abnutzung verlangt.<sup>519</sup> Für das Bereicherungsrecht wird das Verhältnis der Verpflichtung zum Wertersatz für Gebrauchsvorteile gemäß §§ 818 Abs. 1, 2, 100 Alt. 2 BGB und für das genutzte Gut selbst gemäß §§ 818 Abs. 1, 2 BGB kaum diskutiert. Auch insofern ist jedoch zumindest klar, dass es nicht zu einer doppelten Inanspruchnahme des Bereicherungsschuldners bzw. korrespondierend zu einer doppelten Kompensation des Bereicherungsgläubigers kommen darf.<sup>520</sup>

<sup>514</sup> Siehe dazu ausführlich *infra* 2. Teil: B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>515</sup> Siehe bspw. RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 (33 f.); *Gaier*, WM 2001, 1 (8); *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 65; *Martens*, AcP 2010, 689 (698); *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 245 (November 2011); *Staudinger/Gursky*, § 989 BGB Rn. 27 (August 2012); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 25 sowie Rn. 41; *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 23 (1.5.2018).

<sup>516</sup> *Gaier*, WM 2001, 1 (8); *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 245 (November 2011); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 41. A. A. offenbar *Palandt/Grüneberg*, § 346 BGB Rn. 9; *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 65 (zum Zwecke einer „vereinfachten Bemessung von Nutzungsvergütung und Wertersatz“). Für den Vorrang des Nutzungsausgleichs kann nicht zuletzt die Gesetzesbegründung ins Feld geführt werden, siehe BT-Drs. 14/6040, 193 sowie 196; BR-Drs. 338/01 (Beschluss), 39f. (Stellungnahme Nr. 69).

<sup>517</sup> BT-Drs. 14/6040, 196; *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 245 (November 2011); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 41.

<sup>518</sup> *Soergel/Stadler*, 13. Aufl., § 989 BGB Rn. 14 (2007); *Staudinger/Gursky*, § 989 BGB Rn. 27 (August 2012).

<sup>519</sup> *Jauernig/Berger*, § 989 BGB Rn. 2; *Palandt/Herrler*, § 989 BGB Rn. 6; *BeckOK/Fritzsche*, § 989 BGB Rn. 6 (1.5.2018).

<sup>520</sup> *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 23 (1.5.2018).

*b) Zerstörung oder Beschädigung des genutzten Gutes als nutzungsbedingter Aufwand*

Sofern die Zerstörung oder Beschädigung des genutzten Gutes kausal auf seiner Nutzung beruht, handelt es sich hierbei grundsätzlich um nutzungsbedingten Aufwand. Wenn beispielsweise ein Springpferd auf Turnieren eingesetzt wird und hierbei eine Verletzung erleidet, die eine weitere Verwendung als Springpferd ausschließt, so ist der hierdurch bedingte Wertverlust durch die Nutzung des Pferdes verursacht worden.

Im Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts wird das Zerstörungs- und Beschädigungsrisiko über § 818 Abs. 3 BGB vollständig dem Berechtigten zugewiesen, sofern der Nichtberechtigte nicht gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 BGB verschärft haftet. Im Anwendungsbereich der Saldotheorie wird die sich danach ergebende Risikoverteilung jedoch in ihr Gegenteil verkehrt. Nunmehr ist es der Nichtberechtigte, der den Wertverlust des genutzten Gutes wirtschaftlich tragen muss. Wenn ein Vertrag nach Rücktrittsfolgenrecht rückabgewickelt wird, so schuldet der Rückgewährschuldner grundsätzlich gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz für die Verschlechterung oder den Untergang der empfangenen Leistung. Ausgenommen ist lediglich die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung. Allerdings schränkt § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 die Ersatzpflicht für den aufgrund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts zum Rücktritt berechtigten Rückgewährschuldner dahingehend ein, dass die Ersatzpflicht eine Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt voraussetzt.

Sofern der Nichtberechtigte für einen Verlust oder eine Verschlechterung der Substanz des genutzten Gutes nicht aufgrund einer Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 2 BGB oder aufgrund der Anwendung der Saldotheorie eintreten muss, kann der Berechtigte für eine nutzungsbedingte Substanzbeeinträchtigung nur mittels eines Schadensersatzanspruchs Kompensation erlangen. Der Rückgewährschuldner haftet gemäß § 346 Abs. 4 BGB für eine schuldhaft Verletzung seiner Rückgewährpflicht nach Maßgabe der §§ 280 ff. BGB. Sofern dem Berechtigten bezüglich des Gutes ein bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch zusteht, kommt eine Haftung des Nichtberechtigten auf Schadensersatz häufig nicht in Betracht. Vertragliche Schadensersatzansprüche scheiden regelmäßig mangels eines wirksamen Vertrages aus.<sup>521</sup> Sofern der Bereicherungsschuldner das Vollrecht an dem genutzten Gut erworben hat, hat der Bereicherungsgläubiger in der Regel auch keinen deliktischen Schadensersatzanspruch. Wem beispielsweise ohne Rechtsgrund eine Sache übereignet wurde, verletzt nicht das Rechtsgut „eines anderen“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, wenn er die Sache schuldhaft zerstört oder beschädigt. Sofern der Nichtberechtigte hingegen nur den Besitz an einer fremden Sache erlangt hat, richtet sich seine Haftung nicht nach den §§ 823 ff. BGB, sondern nach den vorrangigen Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, §§ 987 ff. BGB.

<sup>521</sup> Denkbar ist allerdings ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo*, §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB.

Verklagte sowie unredliche Besitzer haften gemäß den §§ 989, 990 BGB für eine schuldhafte Zerstörung oder Beschädigung der Sache. Demgegenüber schuldet der redliche unverklagte Besitzer gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB grundsätzlich keinerlei Ersatz für die Zerstörung oder Beschädigung der Sache. Nach allgemeiner Meinung ist diese auf den redlichen Eigenbesitz zugeschnittene Privilegierung im Falle des Fremdbesitzes einzuschränken.<sup>522</sup> Der redliche Fremdbesitzer haftet, sofern ihn eine entsprechende Haftung nach dem vermeintlichen Rechtsverhältnis treffen würde, aufgrund dessen er sich als Fremdbesitzer zum Besitz berechtigt glaubt. Konstruktiv wird dies entweder über eine entsprechende Anwendung der §§ 989, 990 BGB oder über eine teleologische Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB erreicht, die den Weg für eine deliktische Haftung freigibt.<sup>523</sup>

Das Haftungsregime des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gilt aufgrund der Verweisungen in § 292 BGB und § 2023 BGB auch ganz allgemein für verklagte Herausgabeschuldner und Erbschaftsbesitzer. Gemäß § 2024 BGB haftet auch der unredliche Erbschaftsbesitzer entsprechend.<sup>524</sup> Der Vermächtnisanspruch ist schuldrechtlicher Natur.<sup>525</sup> Der Beschwerte haftet dementsprechend für eine schuldhafte Zerstörung oder Beschädigung einer durch ein Stückvermächtnis i. S. v. § 2184 BGB vermachten Sache nach Maßgabe der §§ 280 ff. BGB.<sup>526</sup>

#### IV. Periodisierung des Nutzungsausgleichs

Für die Durchführung des Nutzungsausgleichs kann es erforderlich werden, sowohl die vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen (1.) als auch den dem Nichtberechtigten entstandenen nutzungsbedingten Aufwand (2.) dem Zeitraum zuzuordnen, für den der Nichtberechtigte Nutzungsausgleich leisten muss.

##### 1. Zeitliche Zuordnung von Nutzungen

Im Rahmen des Nutzungsausgleichs stellt sich das Problem, Nutzungen einer bestimmten Periode zuzuordnen zu müssen, dann nicht, wenn dem Berechtigten unterschiedslos sämtliche Nutzungen des Gutes gebühren. Denn dann gibt es schlicht nur eine relevante Nutzungsperiode. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass eine vermietete Immobilie vorfindet, so muss er schlicht den *gesamten* vereinnahmten Mietzins an den wahren Erben auskehren.<sup>527</sup> Im Rahmen des Nut-

<sup>522</sup> Staudinger/*Gursky/Wiegand*, Vorbem zu § 953–957 Rn. 32 (August 2016); BeckOGK/*Spohnheimer*, § 993 BGB Rn. 25 (1.4.2018), jeweils m. w. N.

<sup>523</sup> Staudinger/*Gursky/Wiegand*, Vorbem zu § 953–957 Rn. 32 (August 2016); BeckOGK/*Spohnheimer*, § 993 BGB Rn. 25 (1.4.2018), jeweils m. w. N.

<sup>524</sup> Demgegenüber kann sich der redliche unverklagte Erbschaftsbesitzer gemäß § 2021 BGB auf den Wegfall der Bereicherung, § 818 Abs. 3 BGB, berufen.

<sup>525</sup> BeckOGK/*Schellenberger*, § 2174 BGB Rn. 10 (1.7.2018).

<sup>526</sup> Siehe jurisPK/*Reymann*, § 2174 BGB Rn. 54 (14.5.2018).

<sup>527</sup> §§ 2020, 2021, 818 Abs. 1, 2, 99 Abs. 3 BGB.

zungsausgleichs ist eine Periodisierung der vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen allerdings beispielsweise dann erforderlich, wenn der Nichtberechtigte für einen bestimmten Zeitraum *nicht* zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Dies gilt nach dem Wortlaut des BGB zum Beispiel für den redlichen unverklagten Besitzer, der den Besitz entgeltlich erlangt hat.<sup>528</sup>

Die Frage, wie Früchte bei einem Wechsel in der Fruchtziehungsberechtigung zeitlich zuzuordnen sind, beantwortet § 101 BGB. Der Hauptanwendungsbereich der Vorschrift ist der Übergang eines Gutes von einem Berechtigten auf den nächsten, sei es dauerhaft wie im Falle eines Verkaufes, sei es vorübergehend wie bei der Vermietung oder Verpachtung einer Sache. Die Vorschrift ist allerdings auch dann anwendbar, wenn im Rahmen des Nutzungsausgleichs mehrere Nutzungsphasen voneinander abgegrenzt werden müssen. Gemäß § 101 Nr. 1 BGB ist für die Zuordnung von unmittelbaren Sachfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 1 BGB sowie von unmittelbaren Rechtsfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 2 BGB, soweit diese zugleich unmittelbare Sachfrüchte darstellen,<sup>529</sup> der Zeitpunkt der Trennung der Früchte maßgeblich. Wer zu diesem Zeitpunkt zur Ziehung der Früchte berechtigt ist, dem gebühren die Früchte, auch wenn er die Trennung nicht selbst vorgenommen hat. Wenn beispielsweise der Pächter ein Grundstück, auf dem er Getreide angebaut hat, nach dem Ende des Pachtverhältnisses nicht zurückgibt, so entscheidet sich die Frage, wem die Getreideernte zusteht, gemäß § 101 Nr. 1 BGB danach, ob das Feld vor oder nach Beendigung des Pachtverhältnisses abgeerntet wurde.<sup>530</sup>

Für die Zuordnung sonstiger Früchte ist gemäß § 101 Nr. 2 Hs. 1 BGB der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem sie fällig werden. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist allerdings denkbar gering,<sup>531</sup> da gemäß § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB Früchte, die in einer Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder Fruchtgenusses – also insbesondere Miet- und Pachtzinsen – bestehen, sowie Zinsen, Gewinnanteile und andere regelmäßig wiederkehrende Erträge einzelnen Nutzungsperioden *pro rata temporis* zuzuordnen sind.

Keine ausdrückliche Regelung enthält das BGB für die zeitliche Zuordnung von Gebrauchsvorteilen. Einer solchen bedarf es jedoch auch nicht, da sich Gebrauchsvorteile jeweils im Moment des Gebrauchs realisieren und somit stets synchron zur Nutzung anfallen. Daher sind Gebrauchsvorteile zwangsläufig *pro rata temporis* zugeordnet.

---

<sup>528</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil: B. II. 1. b), S. 35 ff. sowie ausführlich infra 2. Teil: A. I. 1, S. 138 ff.

<sup>529</sup> BeckOGK/Mössner, § 101 BGB Rn. 9 (15.2.2018).

<sup>530</sup> Siehe Staudinger/Stieper, § 101 BGB Rn. 4 (August 2016); jurisPK/Vieweg, § 101 BGB Rn. 4 (24.5.2017). Allerdings steht dem Pächter unter Umständen ein Ausgleichsanspruch aus § 596a BGB zu (sog. Halmtaxe).

<sup>531</sup> Vgl. BeckOGK/Mössner, § 101 BGB Rn. 10 (15.2.2018).

## 2. Zeitliche Zuordnung nutzungsbedingten Aufwands

Anders als die zeitliche Zuordnung von Früchten und Gebrauchsvorteilen kann die zeitliche Zuordnung nutzungsbedingten Aufwands auch dann problematisch sein, wenn der Nichtberechtigte für den gesamten Zeitraum, während dessen er das genutzte Gut innehatte, Nutzungsausgleich schuldet.

Verwerfungen können sich insofern zunächst aufgrund der Zuordnung unmittelbarer Sach- und Rechtsfrüchte anhand des Trennungszeitpunkts ergeben. Der Anspruch aus § 102 BGB auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten setzt voraus, dass die Früchte vom Nichtberechtigten herausgegeben werden können. § 102 BGB hilft dem Nichtberechtigten daher nur dann, wenn er die Früchte noch vor der Rückübertragung des genutzten Gutes auf den Berechtigten trennen konnte. Dagegen gewährt § 102 BGB dem Nichtberechtigten keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten, die ihm für die Gewinnung von noch nicht getrennten Früchten entstanden sind.<sup>532</sup> Sofern es sich bei dem genutzten Gut um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt, schafft insofern allerdings § 998 BGB Abhilfe. Danach muss der Eigentümer einem Besitzer die Kosten, die dieser auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.

### Beispiel 4<sup>533</sup>

*B bewirtschaftete seit Mitte der 1990er Jahre von A gepachtete Ackerflächen. A kündigte den Pachtvertrag wirksam zum 30.9.2004. B verweigerte zunächst die Herausgabe der Flächen. Durch Urteil vom 3.11.2005 wurde B rechtskräftig zur Zahlung einer Vorenthaltungsentschädigung i. H. v. 351,60€ täglich ab 1.10.2004 verurteilt. B gab die Pachtflächen erst am 1.3.2006 an A heraus. Gegenüber dem Anspruch auf Vorenthaltungsentschädigung rechnete er mit einem Gegenanspruch auf Entschädigung für die Ernte 2005/2006 auf, den B damit begründet, dass er die Pachtflächen noch im Herbst des Jahres 2005 bestellt habe.*

„Rechtsgrundlage für den Anspruch des [B] ist [...] allein § 998 BGB.<sup>534</sup> [...] Die [...] Feldbestellungskosten sind nur insoweit ersatzfähig, als sie den Wert der mit ihrer Hilfe gewonnenen Früchte (sogenannte Halmtaxe) nicht übersteigen. Für den Wert der Früchte ist [...] auf den Zeitpunkt der Herausgabe (1. März 2006) abzustellen. Sind die Früchte [...] nicht ausgereift, ist ihr geschätzter Wert bei der Ernte zugrunde zu legen; von dem Erntewert sind die nach der Herausgabe noch nötig werdenden Gewinnungskosten abzuziehen [...]. Hingegen kommt es [...] auf den tatsächlich [...] erzielten Ernteerlös nicht an. Denn das Marktrisiko, das der Verpächter mit dem Verkauf der Ernte eingeht, trägt dieser allein.“<sup>535</sup>

<sup>532</sup> MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 7.

<sup>533</sup> Basierend auf OLG Brandenburg, 2.8.2010, 5 U (Lw) 175/06, juris.

<sup>534</sup> Einen Anspruch auf die sog. Halmtaxe aus § 596a Abs. 1 BGB steht B nicht zu, weil das Pachtverhältnis bereits mit dem Ablauf des Pachtjahres 2003/2004 endete, die Bestellung der Felder jedoch erst im Herbst 2005 erfolgte, vgl. OLG Brandenburg, 2.8.2010, 5 U (Lw) 175/06, juris.

<sup>535</sup> OLG Brandenburg, 2.8.2010, 5 U (Lw) 175/06, juris.



Unabhängig von der Art der gezogenen Nutzungen ist die zeitliche Zuordnung nutzungsbedingten Aufwands zudem immer dann problematisch, wenn der Nichtberechtigte eine Investition in das Gut tätigt, die auch dem Berechtigten nach Rückübertragung des Gutes noch zugutekommt. In einem solchem Fall sollte zum einen vermieden werden, dass der Nichtberechtigte den Aufwand auch insoweit auf den Berechtigten abwälzen kann, als er noch selbst davon profitieren konnte. Zum anderen sollte der Nichtberechtigte allerdings auch einen angemessenen Ausgleich dafür erhalten, dass der Berechtigte das Gut inklusive einer auf seiner Investition beruhenden Verbesserung zurückerhält.

*Beispiel 5*<sup>536</sup>

*A handelt mit Maschinen zur Produktion gedruckter Schaltungen. B stellt auf Leiterplatten gedruckte Schaltungen für elektronische Geräte her. A lieferte 1986 zwei Maschinen an B. Nach mehrjährigem Streit darüber, ob die Maschinen die vereinbarten Leistungsanforderungen erfüllen, stellte sich 1992 heraus, dass der Kaufvertrag wegen Dissenses über die Leistungsanforderungen nichtig ist. Daraufhin gab B die Maschinen an A zurück. A verlangte von B zudem Ausgleich für die von B realisierten Gebrauchsvorteile. Diesem Anspruch hält B Kosten entgegen, die ihm 1991 für eine Generalüberholung der Maschinen entstanden waren.*

„Es kann also nur darum gehen, ob Generalüberholungskosten als Aufwendungen vom Wert der Gebrauchsvorteile abzuziehen sind, unabhängig davon, wann die Generalüberholung stattgefunden hat und in welchem Maße eine durch die Generalüberholung bewirkte Wertsteigerung in dem für die Ermittlung des Restwerts maßgeblichen Zeitpunkt noch vorhanden ist. Die Frage ist zu verneinen. Der volle Abzug der Kosten der Generalüberholung hätte zur Folge, daß der Bereicherungsgläubiger für die Generalüberholung auch insoweit aufkommen müßte, als der Erfolg der Überholungsmaßnahmen in der Zeitspanne bis zur Herausgabe der Sache durch den Bereicherungsschuldner diesem zugute gekommen und eine durch die Generalüberholung bewirkte Wertsteigerung infolge der anschließenden Nutzung durch den Schuldner im Zeitpunkt der Rückgabe an den Gläubiger bereits aufgezehrt ist. Darin läge eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Bereicherungsgläubigers und zugleich ein unverdienter Vorteil für den Bereicherungsschuldner.“<sup>537</sup>

Dieses Problem hat in Rechtsprechung und Literatur bislang kaum Beachtung gefunden. Als sachgerechte Lösung bietet es sich an, den Aufwand *pro rata temporis* auf die Nutzungsdauer des genutzten Gutes zu verteilen.<sup>538</sup>

<sup>536</sup> Basierend auf BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 ff.

<sup>537</sup> Ibid., S. 253.

<sup>538</sup> Siehe dazu *infra* 3. Teil:C.II.2.b)bb)(2), S. 588 ff.

## C. Charakteristika des Nutzungsausgleichs

Obwohl die Vorschriften, aus denen sich ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ergibt, über das gesamte BGB verstreut sind, weisen sie eine Reihe von gemeinsamen Charakteristika auf.<sup>1</sup> Das Proprium des Nutzungsausgleichs besteht darin, dass es sich um eine Form der vorteilsorientierten Haftung handelt (I.), die sich der Höhe nach am Wert der Güternutzung bemisst (II.). Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich setzt ferner einen Primäranspruch auf Übertragung des genutzten Gutes voraus (III.), dem durch die Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich zeitliche Rückwirkung verliehen wird (IV.). Anhand dieser Charakteristika ist es zugleich möglich, den Anspruch auf Nutzungsausgleich einerseits vom Schadensersatz und andererseits von sonstigen Formen vorteilsorientierter Haftung abzugrenzen.

### I. Nutzungsausgleich orientiert sich am Vorteil des Nichtberechtigten

Die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ist eine Form von „vorteilsorientierter Haftung“<sup>2</sup>. Der Nichtberechtigte muss in Gestalt der Nutzungen i. S. v. § 100 BGB einen Vorteil ausgleichen, der sich aufgrund einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung in seinem Vermögen realisiert hat. Wie der Berechtigte das Gut genutzt hätte, ist demgegenüber grundsätzlich irrelevant.<sup>3</sup> Hierdurch unterscheidet sich ein Anspruch auf Nutzungsausgleich von einem die korrekturbedürftige Güterzuordnung sanktionierenden Schadensersatzanspruch (1.). Die Haftung des Nichtberechtigten für nicht gezogene Nutzungen nimmt eine dogmatische Sonderstellung ein, da sie weder einen Vorteil des Nichtberechtigten noch einen Nachteil des Berechtigten voraussetzt (2.).

---

<sup>1</sup> In diesem Sinne bspw. auch *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 14; *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 167 (187).

<sup>2</sup> Zum Begriff der vorteilsorientierten Haftung siehe näher *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag – Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, 2009, S. 2.

<sup>3</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 101; *Lange*, NJW 1951, 685 (686); *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (141); *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 97.

### 1. Abgrenzung des Nutzungsausgleichs vom Schadensersatz

Durch die Orientierung am Vorteil des Nichtberechtigten – also des Schuldners des auf die Übertragung des genutzten Gutes gerichteten Primäranspruchs – unterscheidet sich der Anspruch auf Nutzungsausgleich von einem Anspruch auf Schadensersatz, der umgekehrt den Nachteil in den Blick nimmt, den der Gläubiger aufgrund der korrekturbedürftigen Güterzuordnung erlitten hat.<sup>4</sup> Schadensersatz soll gemäß der Differenzhypothese in erster Linie die Schmälerung des Vermögens des Geschädigten aufgrund des schädigenden Ereignisses kompensieren.<sup>5</sup> Ein Zugriff auf vom Schädiger erlangte Vorteile, denen kein korrespondierender Nachteil auf Seiten des Geschädigten gegenübersteht, würde gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot<sup>6</sup> verstoßen.<sup>7</sup>

Damit ergibt sich im Hinblick auf die vermögensmäßige Kompensation einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung folgende Abgrenzung: Nutzungen, die der Nichtberechtigte tatsächlich gezogen hat, werden vom Nutzungsausgleich erfasst. Nutzungen, die der Berechtigte hätte ziehen können, wenn er das Gut innegehabt hätte, fallen hingegen in den Anwendungsbereich des Schadensersatzes.<sup>8</sup> Deshalb ist es für die Nutzungsausgleichspflicht des Nichtberechtigten irrelevant, ob und wie der Berechtigte das Gut genutzt hätte.<sup>9</sup> Umgekehrt spielt es für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs des Berechtigten wegen entgangener Nutzungen keine Rolle, wie der Nichtberechtigte das Gut genutzt hat und ob er überhaupt

<sup>4</sup> *Lange*, NJW 1951, 685 (686); *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 129; *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769. Siehe zur grundlegenden Differenzierung zwischen der am Nachteil des Gläubigers orientierten schadensersatzrechtlichen Haftung und der am Vorteil des Schuldners orientierten bereicherungsrechtlichen Haftung bereits *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 22. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Nachteilsorientierung des Schadensersatzes ist die vom Reichsgericht bereits vor Inkrafttreten des BGB speziell für die Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelte sogenannte dreifache Schadensberechnung. Danach kann der Verletzte als Schaden wahlweise den sich nach der Differenzhypothese ergebenden Betrag, eine angemessene Lizenzgebühr oder den vom Verletzer erzielten Gewinn geltend machen (siehe dazu die Nachweise infra S. 112 in Fn. 52). Durch diese bereicherspezifische Sonderdogmatik wird der Grundsatz jedoch nicht in Frage gestellt.

<sup>5</sup> Siehe dazu *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 11 ff., inklusive der erforderlichen Qualifikationen bzgl. der Vermögensorientierung der Differenzhypothese. Siehe dazu auch *Degenkolb*, AcP 76 (1890), 1 (20f.).

<sup>6</sup> Siehe dazu *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 14 ff.

<sup>7</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 4; *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, 2013, S. 24 f.

<sup>8</sup> *Medicus*, JuS 1990, 689 (691 f.); *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (141). Siehe auch *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 783; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 279.

<sup>9</sup> Siehe bspw. *Greiff*, in: Planck (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1902, § 987 Nr. 3.a).

Nutzungen gezogen hat. Diese unterschiedlichen Perspektiven von Nutzungsausgleich und Schadensersatz verdeutlicht das nachfolgende Beispiel:

*Beispiel 6*<sup>10</sup>

*A vermietete an B ein Hausgrundstück mit 200 m<sup>2</sup> Wohnfläche für eine Brutto-Monatsmiete von 2.000€. B vermietete mehrere Zimmer mit insgesamt 50 m<sup>2</sup> Wohnfläche für 500€ monatlich an C unter. A kündigte den Mietvertrag wirksam außerordentlich zum 30.6.2012. B und C wurden in der Folge rechtskräftig zur Räumung des Grundstücks verurteilt; diese erfolgte am 30.11.2012 im Wege der Zwangsvollstreckung. A verlangt von C für den Zeitraum vom 1.7.2012 bis zum 30.11.2012 einen Gesamtbetrag von 10.000€ (2.000€ monatlich) als Ersatz für gezogene Nutzungen.*

Während A in der ersten Instanz vollumfänglich obsiegt hatte, sprach ihm das Berufungsgericht nur 2.500€ zu. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wurde vom BGH bestätigt: „Soweit vereinzelt vertreten wird, dass die von dem Untermieter herauszugebenden Nutzungen sich nicht auf die von ihm genutzten Räume beschränkten [...], kann dem nicht gefolgt werden. Die hierfür gegebene Begründung, dass eine Wohnung ebenso wie ein Einfamilienhaus nur als Einheit zurückgegeben werden könne, hat im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 990 Abs. 2, § 286 BGB ihre Berechtigung; auf Ansprüche nach § 987, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt sie sich jedoch nicht übertragen. Gibt ein unmittelbarer Besitzer eines Raums einer Wohnung diesen nicht heraus und ist es dem Eigentümer nicht zumutbar, nur Teile der Wohnung zu vermieten, so setzt der unmittelbare Besitzer des Raums die Ursache dafür, dass die gesamte Wohnung nicht vermietet werden kann und daher ein entsprechender Mietausfallschaden entsteht [...]. Im Rahmen der § 987, § 990 Abs. 1 BGB geht es demgegenüber um von dem Besitzer gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. An Räumlichkeiten, an denen kein Besitz besteht, können Nutzungen nicht gezogen werden.“<sup>11</sup>

Diese klare Abgrenzung von Nutzungsausgleich und Schadensersatz anhand der in den Blick genommenen Vermögensmasse ist allerdings in der Rechtsprechung für den Fall einer Schadensersatzhaftung nach § 992 BGB i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB in Frage gestellt worden. In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung aus dem Jahr 1960 stellte sich der BGH auf den Standpunkt, dass der nach § 992 BGB haftende Besitzer – unabhängig davon, inwieweit der Eigentümer zur Nutzungsziehung in der Lage gewesen wäre – auch die Nutzungen ersetzen müsse, „die er selbst gezogen hat, da er nicht besser dastehen kann als derjenige, der auf Bereicherung haftet.“<sup>12</sup> Diese Entscheidung ist dogmatisch unhaltbar und lässt sich auch nicht durch die vom BGH angeführten Billigkeitserwägungen rechtfertigen.<sup>13</sup> Ein deliktischer Besitzer schuldet in der Regel ohnehin bereits ganz regulär gemäß den §§ 990, 987 Abs. 1 BGB oder nach § 988 BGB Nutzungsausgleich. An einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich kann es nur dann fehlen, wenn die Besitzentziehung auf leichter Fahrlässigkeit beruht.

<sup>10</sup> Basierend auf BGH, 14.3.2014, V ZR 218/13, MDR 2014, 644 ff.

<sup>11</sup> Ibid., S. 645. So auch bereits für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Nutzungsausgleich BGH, 15.12.1999, XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382 (383).

<sup>12</sup> BGH, 7.7.1960, VIII ZR 105/59, WM 1960, 1148 (1150).

<sup>13</sup> So auch *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 159; *Palandt/Herrler*, § 992 BGB Rn. 6; *MüKo/Raff*, § 992 BGB Rn. 15. Siehe auch *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 279.

Obwohl Nutzungsausgleich und Schadensersatz mit dem Vorteil des Nichtberechtigten bzw. dem Nachteil des Berechtigten unterschiedliche Positionen kompensieren sollen, kann es zu Überschneidungen kommen. Es ist möglich, dass sich der Vorteil des Nichtberechtigten aufgrund der Nutzung des falsch zugeordneten Gutes ganz oder teilweise mit dem Schaden des Berechtigten deckt.<sup>14</sup> Wenn beispielsweise das falsch zugeordnete Gut in festverzinslichen Wertpapieren besteht,<sup>15</sup> so können die vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen in Gestalt der vereinnahmten Zinszahlungen genau dem Schaden des Eigentümers aufgrund der Vorenthaltung der Wertpapiere entsprechen.<sup>16</sup> In einer solchen Situation können zwar sowohl der Nutzungsausgleichsanspruch als auch der Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Sie können jedoch im Umfang der Überschneidung nicht kumuliert werden.<sup>17</sup> Der Berechtigte kann nicht verlangen, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als ob er das falsch zugeordnete Gut hypothetisch selbst genutzt hätte, und gleichzeitig vom Nichtberechtigten Ausgleich für den Vorteil verlangen, den dieser durch die tatsächliche Nutzung des Gutes erlangt hat. Dass eine Kumulation von Schadensersatz und Nutzungsausgleich unzulässig ist, soweit sie diesen Effekt hat, stellte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 klar, auf der das nachfolgende Beispiel basiert:

*Beispiel 7*<sup>18</sup>

*B kaufte am 1.9.1993 von A ein Mietwohngrundstück für 1.000.000 DM. 1994 focht B den Kaufvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung an. 1996 erklärten die Parteien die Rückkauflassung des Grundstücks. Am 31.8.1996 zahlte A den Kaufpreis zurück. Der Besitz und die Nutzungen des Grundstücks gingen an diesem Tage auf A über. A verlangt nunmehr die von B erzielten Mieteinnahmen i. H. v. 360.000 DM heraus. Dem hält B entgegen, dass sie erstens den Kaufpreis mit einem Bankkredit zu einem Zinssatz von 8 % p. a. finanziert habe, wodurch ihr ein Gesamtschaden von 240.000 € entstanden sei, und dass zweitens A mit dem Kaufpreis einen mit 6 % p. a. verzinsten Kredit zurückgeführt habe, also Zinsen i. H. v. 180.000 € eingespart habe.*

Die sich aus § 818 Abs. 1, 2 BGB ergebenden wechselseitigen Ansprüche auf Nutzungsausgleich in Höhe von 360.000 DM (vereinnahmter Mietzins) und 180.000 DM (ersparte Kreditzinsen) wurden automatisch saldiert. i. H. v. 180.000 DM entfiel damit zugleich der B aufgrund der Finanzierung des Kaufpreises entstandene Schaden: „Ungerechtfertigte Be-

<sup>14</sup> Siehe insofern bspw. die Entscheidung des LG Hamburg, 29.5.2009, 317 S 166/08, juris, Rn. 4 ff. Das LG berechnete die „Nutzungsentuschädigung“ für die entgangene Nutzung einer Immobilie bei intendierter Selbstnutzung nach der gleichen Methode (zeitanteilige lineare Wertminderung), nach denen der Wert der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB berechnet wird („rechtsinstitutsübergreifende Grundsätze“).

<sup>15</sup> Für einen solchen Fall siehe RG, 16.9.1918, VI 163/18, RGZ 93, 281 ff.

<sup>16</sup> Unter der Annahme, dass der Berechtigte die Wertpapiere gehalten und nicht veräußert hätte.

<sup>17</sup> BGH, 19.1.1966, VIII ZR 1/64, DB 1966, 738 (739); BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (56 f.); *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (20); *Gsell*, JZ 2004, 643 (645); *Olshausen*, Festschrift Huber, 2006, 471 (476). Siehe auch BGH, 8.5.2014, VII ZR 199/13, NJW-RR 2014, 979 (981) (Anrechnung des für die Anmietung einer Ersatzwohnung zugesprochenen Schadensersatzes auf den Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens). Siehe auch bereits supra 1. Teil:B.II.3.a), S.70.

<sup>18</sup> Basierend auf BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 ff.

reicherung und Schadensersatz sind nach Voraussetzungen und Anspruchsinhalt verschieden. [...] Die aus dem rechtsgrundlos empfangenen Kaufpreis gezogenen Nutzungen sind vom Verkäufer herauszugeben, weil ihm der Vermögenswert, aus dem sie geflossen sind, nach der Rechtsordnung nicht zusteht (§ 818 Abs. 1 BGB). Die zur Finanzierung des Kaufpreises aufgebrauchten Zinsen hat er dem Käufer zu erstatten, weil er diesem in zurechenbarer Weise einen Schaden zugefügt hat. Die Ersatzpflicht besteht unabhängig davon, ob der Verkäufer aus der empfangenen Leistung eine Nutzung gezogen hat; die Nutzungen sind herauszugeben, auch wenn dem Käufer kein Schaden entstanden ist. Unbeschadet dessen können in den Bereicherungssaldo aufgenommene Posten, wenn sie die Herausgabepflicht des Schuldners verkürzen, zugleich Schadenspositionen, für die dieser an sich Ersatz verlangen könnte, zum Ausgleich bringen [...]. Ein solches Verhältnis besteht zwischen den vom Verkäufer gezogenen Nutzungen und den Zinsaufwendungen des Käufers insoweit, als der Kaufpreis mit Fremdmitteln beschafft wurde. In diesem Umfang stellen die Kreditzinsen des Käufers das wirtschaftliche Äquivalent zu den Nutzungen des Verkäufers dar. Sind die Nutzungen durch den Bereicherungsausgleich in das Vermögen des Käufers zurückgeflossen, ist der Zinsschaden in gleichem Umfang behoben.“<sup>19</sup>

Voraussetzung dafür, dass sich Nutzungsausgleich und Schadensersatz in dem beschriebenen Sinne überlagern können, ist eine korrekturbedürftige Güterzuordnung. Daran fehlt es etwa, wenn der Gläubiger den Schaden liquidiert, der ihm dadurch entsteht, dass er ein ihm zustehendes Gut wegen Zerstörung oder Beschädigung durch den Schuldner nicht nutzen kann. Ohne korrekturbedürftige Güterzuordnung fehlt es an der Nutzung eines Gutes durch einen Nichtberechtigten, sodass auch kein Nutzungsausgleich in Betracht kommt. Daher überschneidet sich der Anspruch auf Nutzungsausgleich beispielsweise nicht mit der für die Problematik des sogenannten Nutzungsausfallschadens<sup>20</sup> paradigmatischen Fallkonstellation, in der ein Pkw bei einem Unfall beschädigt wird und der Geschädigte darauf verzichtet, bis zum Abschluss der Reparatur ein Ersatzfahrzeug anzumieten.<sup>21</sup> Da der Pkw in dieser Zeit von niemandem genutzt wird, sind keine Nutzungen auszugleichen.

## 2. Dogmatische Sonderstellung der Haftung für nicht gezogene Nutzungen

Eine dogmatische Sonderstellung nimmt die Haftung des Nichtberechtigten für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen ein. Durch diese Form der Haftung wird dem Nichtberechtigten nicht lediglich ein Vorteil wieder entzogen, der sich aufgrund der korrekturbedürftigen Gü-

<sup>19</sup> Ibid., S. 56 f.

<sup>20</sup> Siehe dazu BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 (216 f.); BGH, 23.1.2018, VI ZR 57/17, NJW 2018, 1393 ff.; *Flessner*, JZ 1987, 271 ff.; *Bitter*, AcP 205 (2005), 743 (754 f.); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 29 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGH, 22.11.1985, V ZR 237/84, NJW 1986, 2037, BGH, 23.1.2018, VI ZR 57/17, NJW 2018, 1393 ff. Zu einer Überlagerung von Nutzungsausgleich und Nutzungsausfallschaden kann es allerdings dann kommen, wenn der Schuldner im Hinblick auf die Verpflichtung zur Übertragung eines Gutes, bezüglich dessen er zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, in Schuldnerverzug gerät. Siehe dazu *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (130 f.).

terzuordnung realisiert hat. Vielmehr kann das Vermögen des Nichtberechtigten durch diese Haftung im Vergleich zu einem hypothetischen Geschehensverlauf, bei dem das Gut erst gar nicht in seine Verfügungsgewalt gelangt wäre, geschmälert werden. Es handelt sich daher eindeutig nicht um eine „vorteilsorientierte“ Haftung. Jedoch hat sich auch eine dogmatische Einordnung der Haftung für nicht gezogene Nutzungen als Schadensersatz nicht durchsetzen können.

Allerdings tendierte das Reichsgericht zunächst in diese Richtung, als es 1918 in einer kryptisch begründeten Entscheidung § 987 Abs. 2 BGB als Schadensersatzanspruch qualifizierte. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte der Beklagte (mindestens) grob fahrlässig gestohlene Pfandbriefe weit unter Nennwert angekauft und sofort weiterveräußert. Der ursprüngliche Inhaber der Pfandbriefe verlangte von ihm unter anderem Ersatz für die zwischenzeitlich fällig gewordenen Zinsscheine. Laut Auffassung des Reichsgerichts konnte „kein Zweifel daran bestehen, daß insoweit ein Schadensersatzanspruch im Sinne der §§ 990, 987, 251, 252 BGB erhoben ist“, gerichtet auf „Ausgleich für die entgangenen Nutzungen“.<sup>22</sup> In der Entscheidung ging es allerdings nicht um die Frage, ob der Anspruch aus § 987 Abs. 2 BGB am vom Eigentümer erlittenen Nachteil auszurichten ist, sondern darum, ob bei der Bemessung der Haftung das Mitverschulden des Eigentümers gemäß § 254 BGB berücksichtigt werden kann.<sup>23</sup> Die bejahende Entscheidung des Reichsgerichts ist im Ergebnis richtig, aber falsch begründet. Der Schadensersatzanspruch ergab sich richtigerweise nicht aus den §§ 990, 987 BGB, sondern aus den §§ 990, 989 BGB. Ein Anspruch aus § 987 Abs. 2 BGB kommt nur solange in Betracht, wie der Nichtberechtigte im Besitz der Sache ist. Denn ein Verstoß gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft bei der Nutzungsziehung setzt voraus, dass eine Nutzung überhaupt möglich ist.<sup>24</sup> Der Beklagte hatte die Pfandbriefe jedoch nur für wenige Tage in seinem Besitz, bevor er sie weiterveräußerte.

Das ältere Schrifttum ist der Einordnung von § 987 Abs. 2 BGB als Schadensersatzanspruch zum Teil gefolgt.<sup>25</sup> Dies hätte allerdings weitreichende Konsequenzen für den Haftungsumfang. Wenn es sich bei § 987 Abs. 2 BGB tatsächlich um einen vollwertigen Schadensersatzanspruch handeln würde, müsste sich der Berechtigte zum einen darauf berufen können, dass er Nutzungen gezogen hätte, die über den Ertrag bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hinausgehen. Zum anderen müsste dem Nichtberechtigten der Nachweis gestattet werden, dass der Berechtigte selbst nicht „ordnungsmäßig“ gewirtschaftet hätte.<sup>26</sup> Mittlerweile überwiegt im

<sup>22</sup> RG, 16.9.1918, VI 163/18, RGZ 93, 281 (283f.). Für eine Einordnung als Schadensersatz, allerdings ohne Begründung, auch RG, 13.2.1934, VII 308/33, RGZ 143, 374 (377).

<sup>23</sup> RG, 16.9.1918, VI 163/18, RGZ 93, 281 (285).

<sup>24</sup> Staudinger/*Gursky*, § 987 BGB Rn. 34 (August 2012). Siehe auch BGH, 14.3.2014, V ZR 218/13, MDR 2014, 644 (645): „Im Rahmen der § 987, § 990 Abs. 1 BGB geht es [...] um von dem Besitzer gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. An Räumlichkeiten, an denen kein Besitz besteht, können Nutzungen nicht gezogen werden.“

<sup>25</sup> *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 156f. Siehe auch *Bufe*, JR 1954, 461.

<sup>26</sup> Vgl. *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–

Schrifttum die Auffassung, dass § 987 Abs. 2 BGB keinen Anspruch auf Schadensersatz begründet,<sup>27</sup> sondern vielmehr eine „Wertzuweisung“ beinhaltet: Dem Eigentümer werde der Wert der ihm gemäß § 903 BGB zustehenden abstrakten Möglichkeit zur Nutzungsziehung bei ordnungsmäßiger Wirtschaft zugewiesen.<sup>28</sup> Gleiches wird auch für den Anspruch aus § 347 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten.<sup>29</sup> Im Fall des § 347 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt es zudem seit der Schuldrechtsmodernisierung eindeutig an einem Verschuldenserfordernis, was ebenfalls gegen eine Qualifikation als Schadensersatzanspruch spricht.<sup>30</sup>

Gleichzeitig hat die Einordnungsfrage ihre praktische Relevanz weitgehend verloren. Das OLG Dresden hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf § 987 Abs. 2 BGB bestätigt.<sup>31</sup> Umgekehrt besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit darüber, dass der Inhalt des Anspruchs aus § 987 Abs. 2 BGB objektiv zu bestimmen ist, ohne Rücksicht auf den konkreten Nachteil des Berechtigten.<sup>32</sup> Hierfür sprach sich mit *Haralambos Dimopoulos-Vosikis* selbst der Autor aus, der mit der wohl ausführlichsten Argumentation für die schadensersatzrechtliche Qualifikation eingetreten ist.<sup>33</sup>

Im Ergebnis läuft die Haftung aus § 987 Abs. 2 BGB auf „[e]ine Wertersatzpflicht für einen Wert [hinaus], den der Besitzer nicht erlangt hat und der Eigentümer nicht verloren hat.“<sup>34</sup> Diese Rechtsfolge entzieht sich einer klaren dogmatischen Einordnung. Dessen ungeachtet wird die Haftung für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen im Rahmen dieser Un-

---

1003 BGB, 1966, S. 158. Hiervon ist nochmals die Frage zu unterscheiden, ob sich der Nichtberechtigte darauf berufen können soll, dass die von ihm nicht gezogenen Nutzungen sowohl bei ihm als auch beim Berechtigten – hätte er sie gezogen – wieder untergegangen wären. Paradigmatisch das Beispiel einer Ernte, die theoretisch hätte erzielt werden können, wenn der Nichtberechtigte das Feld bestellt hätte, die aber praktisch durch ein Unwetter vernichtet worden wäre. Insofern befürwortet die wohl überwiegende Auffassung eine Entlastung des Nichtberechtigten. Siehe dazu *Kohler*, JR 2013, 479 (487) m. w. N. Im Fall des § 347 Abs. 1 S. 1 BGB wird hierzu eine analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB befürwortet, vgl. *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 20 (2010).

<sup>27</sup> *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (276); *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (141); *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 27; *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 33 (August 2012).

<sup>28</sup> *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (276); *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 33 (August 2012).

<sup>29</sup> Siehe bspw. *Staudinger/Kaiser*, § 347 BGB Rn. 6 (November 2011).

<sup>30</sup> *Ibid.*, Rn. 6; *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 27.

<sup>31</sup> OLG Dresden, 10.3.1999, 18 U 2745/98, VIZ 2002, 418 (422). So auch *Soergel/Stadler*, 13. Aufl., § 987 BGB Rn. 29 (2007). A. A. *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (276); *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 37 (August 2012). Dem folgend *Staudinger/Thole*, § 987 BGB Rn. 77 (November 2019).

<sup>32</sup> Siehe bspw. *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 27; *Schwab*, JuS 2002, 630 (637) (für § 347 Abs. 1 BGB), jeweils m. w. N.

<sup>33</sup> *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 158 begründete dies damit, dass der Schaden des Eigentümers in § 987 Abs. 2 BGB „in formalisierter Weise“ bestimmt sei.

<sup>34</sup> So *ibid.*, S. 156, der dies zwar als schwer verständlich bezeichnet und so zur schadensersatzrechtlichen Qualifikation des § 987 Abs. 2 BGB gelangt, letztlich aber genau dieses materielle Ergebnis befürwortet.



tersuchung mitberücksichtigt. Hierfür spricht der enge inhaltliche Bezug zur Ausgleichspflicht für tatsächlich gezogene Nutzungen, der sich insbesondere darin äußert, dass sich der Anspruchsumfang in beiden Fällen ausschließlich anhand des – tatsächlichen bzw. potentiellen – Wertes der Güternutzung bemisst.

## II. Nutzungsausgleich bemisst sich ausschließlich anhand des Wertes der Güternutzung

Aufgrund der Regelungstechnik des BGB, den Nichtberechtigten in den einzelnen auf Nutzungsausgleich gerichteten Anspruchsgrundlagen jeweils zur Herausgabe bzw. Vergütung der gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB zu verpflichten, wird der Umfang des Anspruchs auf Nutzungsausgleich anspruchsgrundlagenübergreifend nach den gleichen Grundsätzen ermittelt.<sup>35</sup> Auch wenn die Ermittlung dieses Anspruchsumfangs im Einzelnen überaus umstritten ist,<sup>36</sup> besteht in einem Punkt weitgehende Einigkeit: Der Anspruch auf Nutzungsausgleich soll den Wert erfassen, der spezifisch der Nutzung des Gutes zuzumessen ist – nicht mehr, aber auch nicht weniger.<sup>37</sup> Insbesondere bei der produktiven Nutzung eines Gutes, wie etwa beim Betrieb eines rechtsgrundlos erlangten Unternehmens, soll dem Nichtberechtigten ungeachtet seiner Verpflichtung zum Nutzungsausgleich der Teil des Nutzungsergebnisses belassen werden, der nicht auf dem genutzten Gut, sondern auf der Leistung des Nichtberechtigten beruht.<sup>38</sup> *Josef Kohler* brachte diesen Grundsatz 1906 mit der Formulierung auf den Punkt, dass es sich bei Nutzungen um „das wirtschaftliche Verdienst der Sache (nicht der Person)“<sup>39</sup> handle. Der Zweck des Nutzungsausgleichs besteht darin, das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes beim Nichtberechtigten abzuschöpfen und dem Berechtigten zuzuweisen.

Durch die Bemessung des Anspruchsumfangs anhand des Wertes der Güternutzung unterscheidet sich der Nutzungsausgleich von zwei anderen Formen vorteilsorientierter Haftung: der auftragsrechtlichen Haftung aus § 667 Alt. 2 BGB (1.) und der Gewinnhaftung zu Präventionszwecken (2.).

<sup>35</sup> Siehe bspw. *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (343ff.) (bezogen auf Rücktrittsfolgen- und Bereicherungsfolgenrecht).

<sup>36</sup> *Infra* 2. Teil:B, S. 260 ff. sowie 2. Teil:B.II, S. 306 ff.

<sup>37</sup> Siehe bspw. *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 458; *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 40 („Durch die Definitionen von Früchten und Nutzungen bestimmt das Gesetz, welche Vermögensvorteile als durch das Haben eines bestimmten Gutes verursacht angesehen werden.“); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 77 f. In diesem Sinne auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl. 1906, S. 152; *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 126.

<sup>38</sup> Siehe bspw. *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 686; *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 148.

<sup>39</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 458.

### 1. Abgrenzung zur umfassenden Vorteilsabschöpfung gemäß § 667 Alt. 2 BGB

Gemäß § 667 Alt. 2 BGB muss der Beauftragte dem Auftraggeber *alles*, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herausgeben. Wenn der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags vom Auftraggeber ein Gut erhält oder im Rahmen der Geschäftsbesorgung ein Gut erlangt, fällt hierunter auch alles, was er durch die Nutzung des Gutes erlangt. Investiert er beispielsweise Geld, das er vom Auftraggeber erhalten hat, so muss er den erzielten Ertrag an diesen auskehren. Im Ergebnis kann der Herausgabeanspruch aus § 667 Alt. 2 BGB somit auch Nutzungen i. S. v. § 100 BGB erfassen.<sup>40</sup> Durch diverse Verweisungen wird der Anwendungsbereich des § 667 BGB weit über das Auftragsrecht hinaus erweitert.<sup>41</sup> Gemäß § 681 S. 2 BGB gilt die Vorschrift auch für die Geschäftsführung ohne Auftrag sowie – über die weitere Verweisung in § 687 Abs. 2 BGB – für die angemäße Eigengeschäftsführung.<sup>42</sup> Ein weiteres wichtiges Beispiel für die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 667 BGB ist § 1959 Abs. 1 BGB, wonach der Erbe nach der Ausschlagung der Erbschaft für zuvor besorgte Geschäfte nach den §§ 677 ff. BGB haftet.

Obwohl sich die Pflicht zur Auskehrung des Erlangten nach § 667 Alt. 2 BGB auf Nutzungen i. S. v. § 100 BGB beziehen kann, unterscheidet sich diese Form der vorteilsorientierten Haftung konzeptionell vom Nutzungsausgleich. Der Beauftragte wirtschaftet für den Auftraggeber und somit auf fremde Rechnung.<sup>43</sup> Dieser Grundgedanke kommt auch zum Tragen, soweit die Vorschrift aufgrund von Verweisungen außerhalb des eigentlichen Auftragsrechts Anwendung findet.<sup>44</sup> Es ist schlicht „alles“ herauszugeben, was aus der Geschäftsbesorgung erlangt wurde. Dementsprechend zielt der Anspruch aus § 667 Alt. 2 BGB auch im Fall der ertragsbringenden Nutzung eines vom Schuldner erlangten Gutes nicht – wie der Nutzungsausgleich – auf eine Erfassung des Wertbeitrags des genutzten Gutes, sondern auf die Abschöpfung des gesamten Ertrags. Wer für die Nutzung eines Gutes gemäß § 667 Alt. 2 BGB haftet, ist am wirtschaftlichen Ergebnis der Nutzung nicht beteiligt.<sup>45</sup> Dem Geschäftsherrn steht vielmehr ein bei der Führung seiner Geschäfte durch einen anderen entstandener Gewinn auch insoweit zu, als dieser Gewinn auf der Leistung des Geschäftsführers beruht.<sup>46</sup>

Ebenso wie im Fall des Nutzungsausgleichs kann die Bestimmung des Umfangs der sich aus § 667 Alt. 2 BGB ergebenden Haftung schwierige Abgrenzungsfragen

<sup>40</sup> Siehe bspw. Staudinger/Bergmann, § 687 BGB Rn. 46 (November 2014).

<sup>41</sup> Zudem wird die Vorschrift von der Rechtsprechung teilweise auch ohne ausdrückliche Verweisung entsprechend angewendet. Für einen Überblick über den Anwendungsbereich siehe BeckOGK/Riesenhuber, § 667 BGB Rn. 9 ff. (1.10.2017).

<sup>42</sup> Staudinger/Martinek/Omlor, § 667 BGB Rn. 4 (Dezember 2016).

<sup>43</sup> Staudinger/Bergmann, § 681 BGB Rn. 10 (November 2014); BeckOGK/Riesenhuber, § 667 BGB Rn. 22 (1.10.2017).

<sup>44</sup> Siehe bspw. Helms, ZEuP 2008, 151 (157f.) (speziell zum Zusammenhang zwischen GoA und angemäßer Fremdgeschäftsführung).

<sup>45</sup> Staudinger/Bergmann, § 681 BGB Rn. 10 (November 2014).

<sup>46</sup> Ibid., Rn. 10.

aufwerfen.<sup>47</sup> Allerdings unterscheiden sich die konzeptionellen Leitbilder, an denen sich die Bewältigung des Abgrenzungsproblems im Einzelfall zu orientieren hat: Im Fall des Nutzungsausgleichs besteht dieses Leitbild in der Bestimmung des Wertes der Güternutzung, im Fall des § 667 Alt. 2 BGB hingegen im Grundgedanken des Wirtschaftens auf fremde Rechnung.<sup>48</sup>

## 2. Abgrenzung zur präventiven Gewinnhaftung

Durch einen unterschiedlichen konzeptionellen Ausgangspunkt zur Bestimmung des Anspruchsumfangs unterscheidet sich der Nutzungsausgleich zudem von der Gewinnhaftung zu Präventionszwecken.

Da es sich hierbei weder um ein kodifiziertes noch um ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut handelt, muss zunächst kurz erläutert werden, was mit „präventiver Gewinnhaftung“ gemeint ist. Bereits der Begriff der Gewinnhaftung ist schillernd. Nach der herrschenden Meinung ermöglichen mehrere über das BGB verstreute Vorschriften unter jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen eine Gewinnabschöpfung.<sup>49</sup> Zu nennen ist insofern in erster Linie § 687 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 681 S. 2, 667 BGB. Wie sich aus dem soeben erläuterten Umfang der Haftung gemäß § 667 Alt. 2 BGB ergibt, muss derjenige, der sich die Führung fremder Geschäfte anmaßt, den gesamten hierbei erzielten Gewinn an den Geschäftsherrn abführen. Daneben ermöglichen nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur auch § 285 Abs. 1 BGB<sup>50</sup> und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>51</sup> eine Gewinnabschöpfung. Speziell für den Fall der Verletzung von Immaterialgüterrechten und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährt die Rechtsprechung zudem eine Gewinnabschöpfung als eine Methode der Schadensermittlung im Rahmen der sogenannten dreifachen Schadensberechnung.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Siehe bspw. BeckOGK/Riesenhuber, § 667 BGB Rn. 22 ff. (1.10.2017).

<sup>48</sup> Vgl. BeckOGK/Riesenhuber, § 667 BGB Rn. 22 (1.10.2017).

<sup>49</sup> BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (319); Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 85 f.; Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 25 ff. Siehe auch Jakobs, Lucrum ex negotiatione – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 3 ff.

<sup>50</sup> Siehe bspw. BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (319); Jakobs, Lucrum ex negotiatione – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 4 f.; Helms, ZEuP 2008, 151 (154); Weber, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB, 2014, S. 56. Zur Gegenauffassung siehe infra 2. Teil:C.II.1.b)aa), S. 390 f.

<sup>51</sup> Siehe bspw. BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (319); Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 21 f. Zur Gegenauffassung siehe infra 2. Teil:C.II.1.b)bb), S. 392 ff.

<sup>52</sup> Siehe dazu monographisch Raue, Die dreifache Schadensberechnung – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, 2017. Siehe ferner BGH, 8.10.1971, I ZR 12/70, BGHZ 57, 116 (117 f.); BGH, 22.11.1985, V ZR 237/84, NJW 1986, 2037 (2039); Caemmerer, Festschrift Rabel, 1954, 333 (360); König, Festschrift

In der Literatur setzte bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB eine kontroverse Diskussion um die Problematik der Gewinnhaftung ein, die bis heute andauert. 1909 präsentierte *Fritz Schulz* die sogenannte Lehre vom Eingriffserwerb.<sup>53</sup> Danach sollte bereits eine einfache – auch schuldlose – Rechtsverletzung den Verletzten berechtigen, den gesamten vom Verletzer aufgrund der Rechtsverletzung erzielten Gewinn abzuschöpfen.<sup>54</sup> Die vorteilsorientierte Haftung für einen Eingriffserwerb konzipierte *Schulz* spiegelbildlich zum nachteilsorientierten Schadensersatz.<sup>55</sup> Dies ging zu weit und konnte sich nicht durchsetzen.<sup>56</sup> Die Fallkonstellationen, die *Schulz* in das Einheitskorsett seiner Lehre zwängen wollte, sind schlicht zu unterschiedlich. Erforderlich ist ein wesentlich differenzierterer Ansatz.<sup>57</sup> Die Anforderungen an die Ausgestaltung eines Anspruchs auf Gewinnabschöpfung bzw. -haftung hängen von dem konkret verfolgten Zweck ab. Dieser kann zum einen in der Korrektur einer ungerechtfertigten Bereicherung und zum anderen in einer präventiven Verhaltenssteuerung liegen.<sup>58</sup>

Eine Gewinnabschöpfung kann zum einen schlicht dem Zweck dienen, dem Schuldner einen Vorteil zu entziehen, der nach der Wertung der Rechtsordnung dem Gläubiger zusteht. Die Bestimmung des Anspruchsumfangs folgt dann allein einer bereicherungsrechtlichen Logik. Ein Berührungspunkt zwischen diesem

---

Caemmerer, 1978, 179 (194f.); *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (286f.); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 168f.; *Ebert*, ZIP 2002, 2300; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 493; *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 86ff.; *Ohly*, Festschrift Canaris, 2017, 987 (1014ff.). Das Spannungsverhältnis zum schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot wird dabei in Kauf genommen. Siehe dazu *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 4; *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, 2013, S. 24f.

<sup>53</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (3): „Unter dem Recht auf den Eingriffserwerb verstehe ich ein Recht auf den Gewinn, der aus einer widerrechtlichen Verletzung eines subjektiven Rechts gezogen worden ist“.

<sup>54</sup> Siehe bspw. für den Fall der unberechtigten Nutzung eines fremden Gutes *ibid.*, S. 359: „Einziges Erfordernis bleibt also, daß die widerrechtliche Benutzung kausal gewesen sein muß für den herauszugebenden Gewinn; der Künstler, der auf einer fremden Geige ein Konzert gibt, braucht den Gewinn nicht herauszugeben, wenn ihm eventuell eine andere zur Hand gewesen wäre, mit der er gerade so gut hätte spielen können“.

<sup>55</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (7).

<sup>56</sup> Siehe bspw. die Kritik bei *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 95ff.; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 9, jeweils m. w. N.

<sup>57</sup> Zumindest in diesem Punkt dürfte heute weitgehende Einigkeit bestehen. Siehe insofern bspw. *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag – Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, 2009, S. 9; *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469 (484); *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 18.

<sup>58</sup> Siehe zu den unterschiedlichen Zwecken einer Gewinnhaftung *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (690f.); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 86f.; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 240f.; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 18.

vielschichtigen und umstrittenen Problemkreis<sup>59</sup> und der Problematik des Nutzungsausgleichs besteht für den Fall, dass ein Nichtberechtigter ein in seiner Verfügungsgewalt befindliches Gut produktiv nutzt. Sofern der vom Nichtberechtigten dabei erzielte Gewinn allein das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes ist, muss er ihn im Rahmen des Nutzungsausgleichs in voller Höhe an den Berechtigten auskehren. Der Anspruch auf Nutzungsausgleich bewirkt somit in dieser speziellen Fallkonstellation eine Gewinnabschöpfung.<sup>60</sup>

Zum anderen kann ein Anspruch auf Gewinnhaftung darauf abzielen, den Schuldner bereits *ex ante* von einem vorsätzlich-lukrativen Eingriff in fremde Rechtsgüter abzuschrecken.<sup>61</sup> Zur Verwirklichung eines solchen Präventionszwecks muss die Bemessung des Haftungsumfangs einer gänzlich anderen Logik folgen als im Rahmen des Nutzungsausgleichs. Die Haftung muss so hoch ausfallen, dass ein Eingriff in fremde Rechtsgüter aus Sicht des Adressaten der Norm bereits *ex ante* als nicht lukrativ erscheint. Solange dieses Ziel erreicht wird, ist es völlig gleichgültig, ob der Haftungsumfang dem Wert der Güternutzung entspricht. Wenn das genutzte Gut am Markt beschafft werden kann, ist nicht einmal eine Gewinnhaftung erforderlich. Vielmehr würde es genügen, in die Haftung einen Zuschlag zum Marktpreis einzukalkulieren.<sup>62</sup> Eine Gewinnhaftung wird allerdings deshalb als *allgemeines* Präventionsinstrument zur Verhinderung vorsätzlich-lukrativer Eingriffe in fremde Rechtsgüter befürwortet, weil hierdurch auch Eingriffe in nicht kommerzialisierte Güter verhindert werden können.<sup>63</sup> Wenn etwa der Eigentümer eines hochtalentierten Springpferdes nicht bereit ist, dieses bei kommerziellen Turnieren antreten zu lassen,<sup>64</sup> dann würde es einen Besitzer von einer entsprechenden Verwendung nicht abschrecken, wenn er lediglich ein über dem Marktniveau liegendes Entgelt für die Starterlaubnis zahlen müsste, falls

<sup>59</sup> Siehe zur Problematik der bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung ausführlich *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 25 ff.

<sup>60</sup> Siehe *Jagmann*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, 1979, S. 4; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 99 f.; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 212.

<sup>61</sup> Siehe *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 696 (728 ff.); *ders.*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (690 f.); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 86 f.; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 240 f.; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 18. Kritisch ggü. der Einführung generalpräventiver Elemente in das Zivilrecht *Hofmann*, *AcP* 213 (2013), 469 (490).

<sup>62</sup> *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (690 f.); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 84 f.

<sup>63</sup> Sofern dem Berechtigten ein Schadensersatzanspruch gegen den Nichtberechtigten zusteht, ist eine zusätzliche Gewinnhaftung unter Präventionsgesichtspunkten nur erforderlich, soweit der Gewinn den Schaden übersteigt, siehe *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 696 (728 ff.); *ders.*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (684 f.).

<sup>64</sup> Zu einem ähnlich gelagerten Fall siehe BGH, 24.5.2012, III ZR 306/11, NJW-RR 2012, 1007 (Erfolgreiche Turnierteilnahme des Entleihers eines Pferdes).

der sich aus Preisgeld und Gewinnchance ergebende Erwartungswert diese höheren Aufwendungen deutlich übersteigt. Wenn der Besitzer hingegen wüsste, dass er ein eventuell erzielttes Preisgeld an den Eigentümer des Pferdes auskehren muss, dann hätte er selbst dann keinen Anreiz mehr für die vom Eigentümer nicht autorisierte Verwendung, wenn er seinen Sieg für eine ausgemachte Sache hielte.<sup>65</sup>

Mit einer auf den Wert der Güternutzung beschränkten Haftung ließe sich dieser Präventionszweck hingegen gerade nicht erreichen. Wenn der Nichtberechtigte weiß, dass er mit einem fremden Gut einen Gewinn erzielen kann, der teilweise auf seiner persönlichen Leistung beruht, hätte er im Gegenteil sogar einen Anreiz, sich ein nicht kommerzialisiertes Gut eigenmächtig zu verschaffen. Angenommen, ein professioneller Turnierreiter wüsste, dass er einen Teil des Preisgeldes behalten dürfte, weil der Sieg nicht nur das „wirtschaftliche Verdienst“ des Pferdes ist, sondern teilweise auf seiner Erfahrung als Reiter beruht, so hätte er einen Anreiz, sich das Pferd eigenmächtig von einem unkooperativen Eigentümer zu verschaffen. Unter Präventionsgesichtspunkten muss der Nichtberechtigte bei einem nicht kommerzialisierten Gut vielmehr mindestens dazu verpflichtet werden, den gesamten erzielten Gewinn an den Berechtigten auszukehren, wie es etwa § 667 Alt. 2 BGB vorsieht. Sofern die Entdeckungswahrscheinlichkeit unter 100 % liegt, müsste die Haftung sogar noch über eine Gewinnabschöpfung hinausgehen. Liegt die Wahrscheinlichkeit, dass der Nichtberechtigte für einen vorsätzlich-lukrativen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut haftbar gemacht wird, beispielsweise nur bei 50 % und ist der Nichtberechtigte risikoneutral, so müsste die Haftung zur Erreichung des Präventionszwecks 200 % des erwarteten Gewinns zuzüglich 1 € betragen.<sup>66</sup> Solche Überlegungen können bei der Bemessung des allein am Wert der Güternutzung orientierten Anspruchs auf Nutzungsausgleich nicht berücksichtigt werden.

### III. Nutzungsausgleich tritt als Sekundäranspruch zu einem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes hinzu

Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ist ein Sekundäranspruch, der zu einem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes hinzutritt und diesen ergänzt.<sup>67</sup> Dies ist die gemeinsame Grundstruktur aller Anspruchsgrundlagen, die eine Herausgabe bzw. Vergütung von Nutzungen i.S.v. § 100 BGB vorsehen.<sup>68</sup> Unabhängig davon, ob sich die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus § 346

<sup>65</sup> Beträgt die Gewinnwahrscheinlichkeit 100 % und entsteht dem Nichtberechtigten für die Turnierteilnahme kein Aufwand, wäre er indifferent gestellt.

<sup>66</sup> Vgl. *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (684f.).

<sup>67</sup> In diesem Sinne bereits *Petrzycki*, *Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, 1895, S. 6: „Die Entstehung des Fruchtersatzanspruchs im technischen Sinne setze immer das Bestehen eines Anspruchs auf das Kapital voraus.“

<sup>68</sup> *Supra* 1. Teil:B.II, S. 33 ff.

Abs. 1, 2 BGB, aus § 818 Abs. 1, 2 BGB, aus § 987 Abs. 1 BGB, aus § 2020 BGB oder aus § 2184 BGB ergibt: Stets setzt der Anspruch auf Nutzungsausgleich voraus, dass sich das Gut in der Verfügungsgewalt des Nichtberechtigten befindet und dieser verpflichtet ist, es auf den Berechtigten zu übertragen. Anders ausgedrückt kann ein Anspruch auf Nutzungsausgleich nur dann relevant werden, wenn der Nichtberechtigte das genutzte Gut während der Nutzung innehat.<sup>69</sup> Es ist unschädlich, wenn der primäre Anspruch auf Übertragung des Gutes zu einem späteren Zeitpunkt wegfällt, etwa weil dem Nichtberechtigten dessen Übertragung auf den Berechtigten unmöglich geworden ist. Erforderlich ist lediglich, dass der Nichtberechtigte während des Zeitraums der Nutzung Inhaber des Gutes war und dem Berechtigten ein tatsächlicher oder zumindest potentieller Anspruch auf Übertragung des Gutes zustand.<sup>70</sup>

Aufgrund des Erfordernisses eines primären Anspruchs auf Übertragung des genutzten Gutes lässt sich die Problematik des Nutzungsausgleichs von zwei Konstellationen der unberechtigten Nutzung eines Gutes abgrenzen, die nicht zum Gegenstand der vorliegenden Untersuchung zählen: Der unberechtigten Nutzung eines Gutes durch einen Nichtberechtigten, der das Gut nicht innehat (1.) sowie der unberechtigten Nutzung eines Gutes durch den berechtigten Inhaber (2.).

### *1. Abgrenzung zur unberechtigten Nutzung eines Gutes bei fehlender Inhaberschaft des Nutzenden*

Die unbefugte Nutzung eines Gutes setzt nicht zwingend voraus, dass der Nutzende das Gut innehat und infolgedessen einem primären Anspruch auf Übertragung des Gutes ausgesetzt ist. Besonders augenfällig ist dies im Fall von Immaterialgüterrechten. Aufgrund der Ubiquität von Immaterialgütern können diese von mehreren Personen parallel genutzt werden.<sup>71</sup> Wer ein fremdes Patent verletzt, bereichert sich zwar in sonstiger Weise auf Kosten des Patentinhabers. Durch diesen Eingriff in eine fremde Rechtsposition schwingt sich der Patentverletzer jedoch in aller Regel nicht zugleich zum Inhaber des Patents auf und wird erst recht nicht vom Rechtsverkehr als solcher angesehen. Der Patentverletzer kann weder die Nutzung des Patents umfassend bestimmen, insbesondere keine Lizenzen erteilen, noch andere von der Nutzung des Patents ausschließen. Zur Bewältigung der Problematik der Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelte das Reichsgericht bereits vor Inkrafttreten des BGB die sogenannte dreifache Schadensberechnung.<sup>72</sup> Danach kann der Verletzte als Schaden wahlweise den sich nach der Differenzhypothese ergebenden tatsächlichen Schaden, eine angemessene

<sup>69</sup> Zum Begriff des Innehabens eines Gutes siehe supra 1. Teil:A.III, S. 12 f.

<sup>70</sup> Lediglich potentiell ist der Übertragungsanspruch aus § 346 Abs. 1 BGB, bevor der Rücktritt erklärt wurde.

<sup>71</sup> Anders als Sachen unterliegen Immaterialgüter hinsichtlich ihrer Nutzung nicht der Rivalität, siehe *Obly*, Festschrift Canaris, 2017, 987 (990).

<sup>72</sup> Siehe dazu die Nachweise supra S. 112 in Fn. 52.

Lizenzgebühr oder den vom Verletzer erzielten Gewinn geltend machen.<sup>73</sup> Später stellte die Rechtsprechung klar, dass der Verletzte eine angemessene Lizenzgebühr auch mittels der Eingriffskondiktion, § 812 Abs. 1 S. 1. Alt. 2 BGB, geltend machen kann.<sup>74</sup> Bei Sachen ist der Besitz in der Regel Voraussetzung für die Nutzung durch einen Nichtberechtigten. Zwingend ist dies jedoch nicht. So wird etwa der Nichtberechtigte dann nicht Besitzer der genutzten Sache, wenn er ohne Erlaubnis Außenwerbung an einem Bauzaun anbringt<sup>75</sup> oder wenn er Photoaufnahmen von einem nicht vom öffentlichen Raum aus einsehbaren Gebäude fertigt und diese vermarktet.<sup>76</sup>

Wenn der Nichtberechtigte nicht Inhaber des genutzten Gutes ist, ist er dem Berechtigten offensichtlich nicht zur Übertragung des Gutes verpflichtet. Stattdessen hat der Berechtigte einen Anspruch auf Unterlassung der unbefugten Nutzung. Der Umstand, dass diese Fallgruppe im Rahmen dieser Untersuchung nicht berücksichtigt wird, ist nicht lediglich eine formale Konsequenz, die sich aus der Struktur der *lex lata* ergibt. Nutzungsausgleich als Sekundäranspruch unterscheidet sich vielmehr auch in materieller Hinsicht von Fällen, in denen bereits der primäre Bereicherungsgegenstand in einer unberechtigten Nutzung besteht. Im Mittelpunkt der Nutzungsausgleichsproblematik im Sinne dieser Untersuchung steht die Frage, welchen Wert spezifisch die Nutzung eines fremden Gutes durch seinen Inhaber im Zeitablauf hat. Die Ausgleichsleistung, die der Nichtberechtigte dafür schuldet, dass er ein Gut nutzt, das er *nicht* innehat, wird notwendigerweise nach anderen Kriterien berechnet. Insofern ist das weite Feld der Bereicherung durch Eingriff berührt, das ob seiner Komplexität bereits mehrfach Anlass für eigenständige monographische Bearbeitungen geboten hat.<sup>77</sup> Innerhalb dieses Problemkreises ist es zudem kaum möglich, eine sinnvolle Eingrenzung auf spezifisch auf die Nutzung bestimmter Güter bezogene Eingriffe vorzunehmen. Denn letztlich steht bei jeder Form der Bereicherung durch Eingriff *auch* die Nutzung fremder Güter im Raum. Wer etwa eine S-Bahn ohne gültigen Fahrschein benutzt, nutzt den Zug, die Gleisanlagen, die Bahnhöfe etc., und nimmt insofern fremde Güter in Anspruch. Das gleiche Problem besteht auch bei der rechtsgrundlosen Erbringung von Dienstleistungen. Wer sich aufgrund eines nichtigen Werkvertrags die Haare

---

<sup>73</sup> Siehe dazu *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, 2017, S. 225 ff.; *Ohly*, Festschrift Canaris, 2017, 987 (1014 f.).

<sup>74</sup> BGH, 18.2.1992, X ZR 8/90, NJW-RR 1992, 872; BGH, 29.4.2010, I ZR 68/08, NJW 2010, 2354 (2356 f.); BGH, 27.10.2011, I ZR 175/10, wrp 2012, 949 (952). Dies gilt selbst dann, wenn die Erteilung einer Lizenz tatsächlich nicht in Betracht gekommen wäre, BGH, 12.5.2016, I ZR 48/15, MDR 2017, 47 (48). Siehe dazu auch *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, 2017, S. 260 ff.

<sup>75</sup> BGH, 19.12.1956, V ZR 181/55, BGHZ 22, 395 (400).

<sup>76</sup> BGH, 17.12.2010, V ZR 45/10, NJW 2011, 749 (750).

<sup>77</sup> Bspw. durch *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964; *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff – Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, 2002.



schneiden lässt, nutzt ebenfalls fremde Güter, z. B. den Frisörstuhl und die Schere des Frisérs. Derartige Fallgestaltungen in eine spezifisch der Problematik des Nutzungsausgleichs gewidmete Untersuchung einzubeziehen, wäre nicht zielführend.

## *2. Abgrenzung zur unberechtigten Nutzung eines Gutes durch den berechtigten Inhaber*

An einem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes fehlt es auch dann, wenn der Nutzende zwar berechtigt ist, das Gut innezuhaben, nicht aber, es in einer bestimmten Art und Weise zu benutzen.

Dies ist immer dann der Fall, wenn der Nutzende die Grenzen eines bestehenden Nutzungsrechts überschreitet.<sup>78</sup> Paradigmatisches Beispiel hierfür ist die unerlaubte Untervermietung der Mietsache durch den Mieter. Durch den Abschluss eines Mietvertrags erwirbt der Mieter lediglich das Recht, die Mietsache zu gebrauchen. Demgegenüber ist es ihm ohne ausdrückliche Erlaubnis durch den Vermieter nicht gestattet, selbst durch die Untervermietung der Mietsache mittelbare Früchte i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB zu ziehen. Im Fall von Pacht und Nießbrauch ist der Inhaber des Gutes zwar auch zur Fruchtziehung berechtigt. Er kann die Grenzen seines Nutzungsrechts jedoch beispielsweise durch eine zu intensive Nutzung überschreiten. Wie ein Verstoß gegen ein bestehendes Nutzungsrecht sanktioniert wird, hängt vom jeweiligen Nutzungsrecht und der Art des Verstoßes ab. In Betracht kommen insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche.<sup>79</sup> Demgegenüber ist ein Anspruch auf Nutzungsausgleich, der als Sekundäranspruch zu einem primären Anspruch auf Übertragung des Gutes hinzutritt, unabhängig von der konkreten Anspruchsgrundlage stets am Wert der Güternutzung ausgerichtet. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe eine im Nachlass befindliche Immobilie vermietet, so muss er den erzielten Mietzins als mittelbare Sachfrucht an den wahren Erben auskehren. Wenn hingegen der Mieter einer Immobilie diese unerlaubt untervermietet, so muss er nach der Rechtsprechung des BGH den vereinbarten Untermietzins nicht an den Vermieter auskehren.<sup>80</sup> In Betracht kommt lediglich ein auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB gestützter Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags auf den vereinbarten Mietzins, den der Mieter bei Gewährung des Rechts zu Untervermietung hätte entrichten müssen.<sup>81</sup>

Besonders offensichtlich ist die fehlende Nutzungsberechtigung des berechtigten Inhabers dann, wenn dieser das Gut überhaupt nicht nutzen darf. Ein Beispiel hierfür ist das Pfandrecht an beweglichen Sachen.<sup>82</sup> Der Pfandgläubiger hat zwar

<sup>78</sup> Siehe bspw. OLG Koblenz, 6.11.2006, 12 U 204/06, juris, Rn. 21 (Ablehnung der Anwendung des § 988 BGB in einem Fall der „Nicht-so-Berechtigung“). Siehe ferner auch *Gursky*, JR 1998, 7 (9).

<sup>79</sup> *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (142).

<sup>80</sup> Insofern grundlegend BGH, 13.12.1995, XII ZR 194/93, BGHZ 131, 297 ff.

<sup>81</sup> Siehe dazu *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 75 m. w. N.

<sup>82</sup> Ein weiteres Beispiel bietet der Verwahrvertrag: Der Verwahrer ist grundsätzlich nicht berechtigt, die hinterlegte Sache im eigenen Interesse zu nutzen, BeckOGK/*Schlinker*, § 698 BGB

stets ein Recht zum Besitz, darf die Nutzungen des Pfandes jedoch nur dann ziehen, wenn ausdrücklich ein Nutzungspfand i. S. v. § 1213 BGB vereinbart wurde. Nutzt er die Pfandsache dennoch, so muss er den hierdurch erlangten Vorteil an den Pfandschuldner auskehren.<sup>83</sup> Dieser Anspruch ergibt sich aus § 667 Alt. 2 BGB, entweder i. V. m. §§ 677, 681 S. 2 BGB, wenn der Pfandgläubiger die Nutzungen für den Pfandschuldner zieht, oder i. V. m. §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2 BGB, wenn der Pfandgläubiger auf eigene Rechnung handelt.<sup>84</sup> Der Anspruch aus § 667 Alt. 2 BGB folgt – wie gezeigt<sup>85</sup> – anderen Wertungen als der Anspruch auf Nutzungsausgleich. Er ist auf die vollständige Abschöpfung des Erlangten gerichtet, während der Anspruch auf Nutzungsausgleich nur den Wert der Güternutzung erfasst.

#### IV. Nutzungsausgleich verleiht dem Primäranspruch auf Übertragung des Gutes zeitliche Rückwirkung

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich verleiht dem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes, zu dem er hinzutritt, zeitliche Rückwirkung. Ohne Nutzungsausgleich könnte eine der Rechtsordnung widersprechende Güterzuordnung nur mit Wirkung *ex nunc* korrigiert werden.<sup>86</sup>

Aus ökonomischer Perspektive entspricht der Wert eines Gutes dem abgezinnten Wert aller zukünftigen Nutzungsmöglichkeiten, die es seinem Inhaber vermittelt.<sup>87</sup> Ein Käufer wird daher beispielsweise nur dann bereit sein, ein Gut zu kaufen, wenn er sich mit dem Verkäufer auf einen Kaufpreis einigen kann, der unterhalb seines individuellen „Nutzungswertes“ liegt.<sup>88</sup> Die Nutzungsmöglichkeit muss nicht zwingend eine zeitliche Dimension haben. Wenn sich der Käufer beispielsweise an einem Obststand einen Apfel kauft, um ihn an Ort und Stelle zu essen, so besteht

---

Rn. 2 (1.6.2018). In § 619 E I sowie § 637 Abs. 2 E II war vorgesehen gewesen, den Verwahrer ausdrücklich dazu zu verpflichten, aus der verwahrten Sache gezogene Nutzungen bzw. Früchte herauszugeben. Dabei ging es jedoch nicht um eine Sanktionierung einer Überschreitung der Nutzungsbefugnis des Nichtberechtigten, sondern um einen von den Verfassern des BGB als selbstverständlich angesehenen vertraglichen Anspruch, vgl. *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 199.

<sup>83</sup> BGH, 17.9.2014, XII ZR 140/12, NJW 2014, 3570 (3572).

<sup>84</sup> *Ibid.*, S. 3572.

<sup>85</sup> *Supra* 1. Teil:C.II.1, S. 111 f.

<sup>86</sup> Hierauf wies bspw. bereits *Loenartz*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885, S. 163 f. hin. Vgl. auch *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (164); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 606.

<sup>87</sup> Siehe bspw. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 351.

<sup>88</sup> *Ibid.*, S. 350; *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 8. Aufl. 2013, S. 318 f. Der Betrag, um den der Nutzen der Kaufsache für den Käufer den Kaufpreis übersteigt, bildet die sogenannte Konsumentenrente (consumer surplus), *ibid.*, S. 132. Aus der Perspektive des Verkäufers stellt sich der Sachverhalt spiegelbildlich dar, *ibid.*, S. 298.

aus seiner Perspektive der Wert des Apfels in der Möglichkeit zu dessen sofortigem Verzehr.<sup>89</sup> Bei Gütern, die nicht zum sofortigen Verbrauch geeignet sind, erstreckt sich der Prozess der Nutzung jedoch zwangsläufig über einen gewissen Zeitraum und hat somit eine zeitliche Dimension. Beispielsweise ergibt sich der Wert eines neuwertigen Pkw daraus, dass er für ca. 300.000 km als Fortbewegungsmittel genutzt werden kann. Auch wenn der Pkw sehr intensiv genutzt wird, nimmt es eine gewisse Zeit in Anspruch, bis diese Laufleistung erreicht ist. Aus der Perspektive eines Käufers bestimmt diese zeitliche Dimension den individuellen Nutzungswert des Pkw zumindest indirekt auch dann, wenn er nicht vorhat, selbst damit zu fahren. So entspricht etwa der unmittelbare Nutzungswert eines Pkw aus der Perspektive eines Pkw-Händlers beim Kauf vom Hersteller dem abgezinsten Verkaufserlös, den er bei einer Veräußerung an einen Endkunden zu erzielen erwartet. Der Endkunde ist aber wiederum nur bereit, diesen Kaufpreis zu bezahlen, weil er den Pkw als Fortbewegungsmittel nutzen will.

Den Umstand, dass der Wert von Gütern auf ihrer Nutzungsmöglichkeit beruht, und dass diese Nutzungsmöglichkeit in der Regel eine zeitliche Dimension hat, brachte *Gerhart Husserl* 1933 in der folgenden prägnanten Formulierung zum Ausdruck:

„Die Substanz des Gutes verzeitet sich in seinen Nutzungen. Anders ausgedrückt: das Wertsein der Sache wird aktualisiert, indem sie genutzt wird.“<sup>90</sup>

Besonders plastisch ist der Prozess der „Verzeitung“ der Substanz bei Gütern, deren wirtschaftliche Nutzungsdauer zeitlich beschränkt ist. Wenn beispielsweise eine Maschine aufgrund von Verschleiß und technischem Fortschritt zehn Jahre lang genutzt werden kann, dann sind nach 5 Jahren 50 % ihres Gesamtnutzungspotentials verbraucht. Grundsätzlich in gleicher Weise „verzeitet“ sich jedoch auch die Substanz von Gütern mit unbegrenzter Nutzungsdauer. Das paradigmatische Beispiel für ein Gut mit zeitlich unbegrenzter Nutzungsdauer ist Land. Unterstellt man, dass ein unbebautes Grundstück einen regelmäßigen Ertrag in einer bestimmten Höhe abwirft – beispielsweise durch Verpachtung –, so entspricht sein Wert<sup>91</sup> dem Barwert einer ewigen Rente. Man erhält ihn, indem man den jährlichen Ertrag durch den maßgeblichen Zinssatz teilt. Zwar ist dieser Wert *ceteris paribus* immer gleich, egal zu welchem Zeitpunkt man diese Berechnung anstellt. Daraus folgt jedoch nicht etwa, dass es egal wäre, wann man die Kontrolle über die Erträge erlangt. Der Wert eines Gutes wird immer auf einen bestimmten Zeitpunkt ermittelt. Wenn sich im Fall der Schenkung eines Grundstücks der Schenker im Wege eines Vorbehaltsnießbrauchs den Zugriff auf die Nutzungen des Grundstücks für weitere zehn Jahre sichert, dann erhält der Beschenkte im Zeitpunkt der

<sup>89</sup> Diesen Wert wird der Käufer umso höher ansetzen, je hungriger er ist und je lieber er Äpfel mag. Eine Abzinsung erübrigt sich.

<sup>90</sup> *Husserl*, Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, 1933, S. 23.

<sup>91</sup> In diesem Beispielsfall entspricht der „Wert“ des Gutes dem Ertragswert.

Schenkung nicht den vollen Ertragswert. Es „fehlen“ vielmehr zehn Jahreserträge. Bei einem Rechenzinssatz von 5 % entspricht der Wert des Gutes *im Bewertungszeitpunkt* daher nur gut 60 % des vollen Ertragswertes. Der Umstand, dass der Wert im Lauf der zehn Jahre bis zum Wegfall der Belastung mit dem Nießbrauch auf 100 % des Barwertes einer ewigen Rente ansteigt, ändert hieran nichts.<sup>92</sup> Ein anschauliches Beispiel für die „Verzierung“ der Substanz von Land bietet auch die in England anzutreffende Praxis, als wirtschaftliches Äquivalent zum Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück einen Nutzungsüberlassungsvertrag mit einer Laufzeit von 999 Jahren zu schließen.<sup>93</sup>

Solange sich ein Gut in der Verfügungsgewalt eines Nichtberechtigten befindet, kann dieser es anstelle des Berechtigten nutzen. Der Nichtberechtigte realisiert dann in Gestalt der „Verzierung“ der Substanz des Gutes einen Vermögensvorteil, der ihm nicht zusteht. Um dem Nichtberechtigten diesen Vermögensvorteil wieder zu entziehen, genügt es nicht, ihn schlicht zur Übertragung des Gutes auf den Berechtigten zu verpflichten. Ab dem Zeitpunkt, zu dem er das Gut zurückerhält, kommt der Berechtigte zwar wieder *pro futuro* in den Genuss der mit dem Gut verbundenen Nutzungsmöglichkeiten. Um aber dem Nichtberechtigten auch den Vorteil zu entziehen, den er durch die Nutzung des Gutes in der Vergangenheit erlangt hat, muss der primäre Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Gutes um einen sekundären Anspruch auf Nutzungsausgleich ergänzt werden. Dies verdeutlicht das nachfolgende Beispiel:

*Beispiel 8*<sup>94</sup>

*A verkaufte Anfang 1922 ein an einen Landwirt verpachtetes Landgut an B. B wurde im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. A erwarb mit dem Verkaufserlös Gesellschaftsanteile. Kaufvertrag und Auflassung stellten sich später als unwirksam heraus. A erhob 1928 Klage gegen B und verlangte Grundbuchberichtigung und Herausgabe des Grundstücks.*

Als dieser Rechtsstreit das Reichsgericht erreichte, hatten die Parteien im Hinblick auf die ausgetauschten Leistungen bereits einen Vergleich geschlossen. A hatte das Landgut 1928 zurückerhalten und war wieder als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Im Ge-

<sup>92</sup> Dies verkannte bspw. der BFH in seiner Rechtsprechung zu § 25 Abs. 1 S. 1 ErbStG a.F. Nach dieser Vorschrift durfte bspw. bei der Bewertung eines Grundstücks auf den Stichtag der Schenkung nicht berücksichtigt werden, dass dem Beschenkten die Nutzungen des Grundstücks erst zehn Jahre nach der Schenkung zugutekommen würden, weil sich der Schenker einen Nießbrauch mit entsprechender Laufzeit an dem Grundstück vorbehielt. Der BFH, 26.11.1986, II R 190/81, BStBl. II 1987, 175 (177) stellte sich auf den Standpunkt, dass das übergehende Vermögen hierdurch „nur vorübergehend [...] in seinem Wert gemindert wird und anschließend wieder ungeschmälert dem Erwerber zur Verfügung steht.“ Eine solche Betrachtung ist mit einer Stichtagsbewertung schlicht unvereinbar. Im Zeitpunkt der Schenkung ist ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück offensichtlich weniger wert, als das gleiche Grundstück ohne die Belastung mit dem Nießbrauch wert wäre.

<sup>93</sup> Siehe dazu *Davey*, in: Bright (Hrsg.), *Landlord and Tenant Law – Past, Present and Future*, 2006, 147. Die Laufzeit eines „lease of land“ unterliegt nach englischem Recht keinerlei zeitlicher Beschränkung. Bei einem Kalkulationszinssatz von 5 % beträgt der Barwert eines dergestalt belasteten Stücks Land für den formalen Eigentümer weniger als 0,1 % im Vergleich zum Wert im unbelasteten Zustand.

<sup>94</sup> Basierend auf RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 ff.

genzug hatte er B den Kaufpreis erstattet. Vor dem Reichsgericht stritten die Parteien nur noch um die Frage, ob und gegebenenfalls wie die zwischen dem Leistungsaustausch und dessen Rückgängigmachung – also von 1922 bis 1928 – angefallenen Pachtzinsen des Landgutes und die Gewinnausschüttungen aus dem mit dem Kaufpreis angeschafften Wertpapieren in die Rückabwicklung einzubeziehen waren.

Im Ergebnis wird somit eine korrekturbedürftige Güterzuordnung durch einen „nackten“ Herausgabeanspruch lediglich mit Wirkung *ex nunc* beendet. Soll die Zuordnung des Gutes zum Vermögen des Nichtberechtigten auch mit Wirkung für die Vergangenheit korrigiert werden, so muss der Nichtberechtigte dazu verpflichtet werden, Ausgleich für die Nutzung des Gutes in der Vergangenheit zu leisten.<sup>95</sup> In diesem Sinne verleiht der sekundäre Anspruch auf Nutzungsausgleich dem primären Anspruch auf Übertragung des Gutes zeitliche Rückwirkung.

---

<sup>95</sup> In diesem Sinne bspw. *Wieling*, AcP 169 (1969), 137; *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 129; *HKK/Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 41; *Höpfner*, NJW 2010, 127 (129f.); *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 11.

## D. Grundfragen für die Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes

Die Analyse der *lex lata* ermöglicht es, nunmehr einen Perspektivwechsel zu vollziehen und den Blick auf die Grundfragen zu lenken, die bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes zu beantworten sind. Auf diese Weise wird der konzeptionelle Rahmen gewonnen, anhand dessen im zweiten Teil der Untersuchung die *lex lata* einer kritischen Würdigung unterzogen wird. Die erste Grundfrage betrifft den Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs: Es muss geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Übertragung eines Gutes durch einen Anspruch auf Nutzungsausgleich ergänzt werden soll (I.). Für die Fallkonstellationen, in denen Nutzungsausgleich zu leisten ist, muss zudem die inhaltliche Ausgestaltung eines entsprechenden Anspruchs festgelegt werden. Die hierfür zentrale Frage lautet, wie der Wert der Güternutzung durch den Nichtberechtigten zu bestimmen ist (II.). Ferner muss geklärt werden, wie der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes abzustimmen ist (III.).

### I. Unter welchen Voraussetzungen sollen Nutzungen ausgeglichen werden?

Jede Rechtsordnung muss entscheiden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen sie im Fall einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung den primären Anspruch auf Übertragung des Gutes durch einen Nutzungsausgleichsanspruch ergänzt und diesem so zeitliche Rückwirkung verleiht.

In der Regel korreliert die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich mit der fehlenden Berechtigung zum Innehaben des Gutes. Wenn etwa der vermeintliche Erbe den Nachlass in Besitz nimmt, so ist er von Anfang an nicht zum Innehaben der Nachlassgegenstände berechtigt. Folgerichtig muss er nicht nur die Nachlassgegenstände an den wahren Erben herausgeben,<sup>1</sup> sondern zusätzlich auch Ausgleich für bis zur Herausgabe aus den Nachlassgegenständen gezogene Nutzungen leisten.<sup>2</sup> Dagegen ist der Inhaber eines Gutes in der Regel nicht verpflichtet, Nutzungsausgleich zu leisten, wenn er das Gut in der Vergangenheit berechtigt genutzt hat. Wer sich beispielsweise für eine Spazierfahrt einen Pkw leiht, der muss für

---

<sup>1</sup> Bzw. die an ihre Stelle getretenen Surrogate, §§ 2018 f. BGB.

<sup>2</sup> §§ 2020 f., 818 Abs. 1, 2 BGB.

diese vom Leihvertrag gedeckte Nutzung keinen Ausgleich leisten. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn er den Pkw nach Beendigung des Leihvertrags behält und auf diese Weise zum nichtberechtigten Besitzer wird.

Allerdings ergibt sich eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich keineswegs reflexhaft aus einer fehlenden Berechtigung zum Innehaben eines Gutes. Wer sich beispielsweise eine Sache durch verbotene Eigenmacht verschafft, der ist zwar ab dem Zeitpunkt der Besitzerlangung gemäß § 861 BGB verpflichtet, die Sache an den früheren Besitzer herauszugeben. Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ist jedoch nicht Bestandteil des possessorischen Besitzschutzes.<sup>3</sup> Wenn beispielsweise der Eigentümer einer Sache verbotene Eigenmacht gegenüber einem nichtberechtigten Besitzer verübt, so geht dieser im Hinblick auf die vom Eigentümer gezogenen Nutzungen leer aus.<sup>4</sup> Zumindest nach dem Wortlaut des BGB ist der nichtberechtignte Besitzer einer Sache zudem dann nicht zum Nutzungsausgleich verpflichtet, wenn er den Besitz entgeltlich erlangt hat, bezüglich seines vermeintlichen Rechts zum Besitz redlich ist und (noch) nicht auf Herausgabe der Sache verklagt worden ist.<sup>5</sup> Im Rücktrittsfolgenrecht ist der Rückgewährschuldner umgekehrt bereits ab Empfang der Leistung zum Nutzungsausgleich verpflichtet, obwohl beide Parteien bis zu dem Zeitpunkt, zu dem eine von ihnen ein bestehendes Rücktrittsrecht wirksam ausübt, zum Innehaben der ausgetauschten Leistungen berechtigt sind.<sup>6</sup> Denn zumindest nach der derzeit herrschenden Meinung beseitigt der Rücktritt einen Vertrag nicht mit Wirkung *ex tunc*, sondern wandelt ihn lediglich mit Wirkung *ex nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis um.<sup>7</sup> Bis zur Erklärung des Rücktritts besteht nur eine potentielle Pflicht zur Rückgewähr aus § 346 Abs. 1 BGB.

Wie diese Beispiele verdeutlichen, ist es konzeptionell ohne weiteres möglich, die formale Berechtigung zum Innehaben eines Gutes von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu entkoppeln. Aus diesem Grund ist es nicht ausreichend, zur Beantwortung der Frage nach dem „ob“ des Nutzungsausgleichs schlicht auf vorgelagerte Weichenstellungen zu verweisen. So wäre es beispielsweise zu kurz gesprungen, im Falle der wirksamen Anfechtung des Kaufvertrages die wechselseitige Nutzungsausgleichspflicht der Parteien gemäß § 818 Abs. 1, 2 BGB schlicht damit zu begründen, dass gemäß § 142 Abs. 1 BGB ein wirksam angefochtenes Rechtsgeschäft „als von Anfang an nichtig anzusehen“ ist. Vielmehr ist die Frage, ob die Anordnung einer Nutzungsausgleichspflicht sinnvoll ist, bereits bei der Entscheidung darüber zu beachten, ob die Anfechtung zur Unwirksamkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts *ex tunc* führen soll.

<sup>3</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:A.IV, S. 14 f.

<sup>4</sup> Wird umgekehrt der Eigentümer das Opfer einer verbotenen Eigenmacht, so ergibt sich sein Anspruch auf Nutzungsausgleich in der Regel bereits aus den §§ 987 Abs. 1, 990 BGB.

<sup>5</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42 f. sowie infra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(3), S. 203 f.

<sup>7</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(3), S. 203 f.

## II. Wie ist der Wert der Güternutzung zu bestimmen?

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich zielt in konzeptioneller Hinsicht darauf ab, den vom Nichtberechtigten genossenen Vorteil in Gestalt des Wertes der Güternutzung zu erfassen.<sup>8</sup> Die zweite Grundfrage, die sich bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes stellt, lautet daher, wie dieser Wert zu bestimmen ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst erforderlich, zwei Arten der Güternutzung zu unterscheiden. Ein Nichtberechtigter kann ein fremdes Gut sowohl konsumtiv als auch produktiv nutzen. Konsumtiv ist jede Nutzung, die der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Nichtberechtigten dient. Um einen solchen Fall handelt es sich beispielsweise, wenn der nichtberechtigte Besitzer eines Flügels auf diesem zum privaten Vergnügen spielt. Im Gegensatz dazu ist die produktive Nutzung eines Gutes auf die Herstellung neuer Güter oder auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet. Wenn es sich beispielsweise bei dem Besitzer des Flügels um einen professionellen Pianisten handelt, der darauf ein Konzert gibt, so nutzt er den Flügel in diesem Sinne produktiv. Neben der Nutzungsart muss für die Ermittlung des Wertes der Güternutzung zwischen zwei möglichen Perspektiven unterschieden werden, die hierbei eingenommen werden können: Es kann zum einen danach gefragt werden, welcher Aufwand dem Nichtberechtigten für eine berechtigte Nutzung des Gutes entstanden wäre. Im Falle des nichtberechtigten Besitzers eines Flügels käme hierfür beispielsweise ein fiktiver Mietzins für ein vergleichbares Instrument in Betracht. Zum anderen kann für die Bestimmung des Wertes der Güternutzung auf das vom Nichtberechtigten erzielte Ergebnis abgestellt werden – also beispielsweise auf die Einnahmen, die ein professioneller Pianist erzielt, wenn er auf einem fremden Flügel ein Konzert gibt.<sup>9</sup>

Theoretisch kann die vom Nichtberechtigten geschuldete Ausgleichsleistung sowohl bei produktiver als auch bei konsumtiver Nutzung jeweils aufwands- oder ergebnisorientiert ermittelt werden.<sup>10</sup> Praktisch ist jedoch bei konsumtiver Nutzung eine aufwandsorientierte Ermittlung des Wertes der Güternutzung alternativlos. Im Falle einer produktiven Güternutzung hängt es demgegenüber von den Umständen des Einzelfalls ab, ob eine Ausrichtung des Anspruchs auf Nutzungs-

<sup>8</sup> Supra 1. Teil:C.I, S. 103 ff. sowie 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>9</sup> Siehe hierzu bspw. *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (359), der danach differenzieren will, ob der Nichtberechtigte auf ein anderes Instrument hätte ausweichen können: „Einziges Erfordernis bleibt also, daß die widerrechtliche Benutzung kausal gewesen sein muß für den herauszugebenden Gewinn; der Künstler, der auf einer fremden Geige ein Konzert gibt, braucht den Gewinn nicht herauszugeben, wenn ihm eventuell eine andere zur Hand gewesen wäre, mit der er gerade so gut hätte spielen können“.

<sup>10</sup> Die beiden Arten der Güternutzung und die beiden Perspektiven zur Bestimmung des Wertes der Güternutzung bilden somit eine Matrix mit vier Elementen: konsumtiv/ergebnisorientiert; konsumtiv/aufwandsorientiert; produktiv/ergebnisorientiert sowie produktiv/aufwandsorientiert. Für die Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes sind drei der vier Elemente dieser Matrix relevant. Lediglich das Ergebnis einer konsumtiven Güternutzung spielt – wie so gleich (1. Teil:D.II.1, S. 126 ff.) erläutert wird – für die Ermittlung des Wertes der Güternutzung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs keine Rolle.



ausgleich am Wert der Güternutzung eine Aufwands- oder eine Ergebnisorientierung erfordert. Daraus folgt, dass bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich zwingend geregelt werden muss, wie der fiktive Aufwand für eine berechnete Güternutzung zu bestimmen ist (1.). Speziell im Falle einer produktiven Güternutzung ist es zudem erforderlich, eine Entscheidung über die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung entstehenden Residuums in Gestalt der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand zu treffen (2.).

### *1. Notwendigkeit einer Regelung zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung*

Dass bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich zwingend geregelt werden muss, wie der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten zu bestimmen ist,<sup>11</sup> mag auf den ersten Blick überraschen. Denn die *lex lata* hält hierfür zumindest keine ausdrückliche Regelung bereit. Der Nichtberechnete muss vielmehr in Gestalt der Früchte i. S. v. § 99 BGB vorrangig das bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes erzielte Ergebnis an den Berechneten auskehren. Im Gegenzug kann er gemäß § 102 BGB den Aufwand liquidieren, der ihm tatsächlich für die Fruchtziehung entstanden ist. Der fiktive Aufwand für den Erwerb der Nutzungsberechtigung – sei es durch den Kauf des Gutes oder durch den Abschluss eines Nutzungsüberlassungsvertrags – spielt im System der §§ 99 und 102 BGB hingegen keine Rolle.

Vorschriften, die an einen konkreten – im Falle von unmittelbaren Sach- und Rechtsfrüchten sogar physisch greifbaren – Nutzungserfolg anknüpfen, helfen jedoch nicht weiter, wenn der Nichtberechnete ein fremdes Gut konsumtiv nutzt. Wenn beispielsweise der nichtberechnete Besitzer eines Klaviers darauf zum privaten Vergnügen spielt, dann zieht er keine Früchte i. S. v. § 99 BGB, die er an den Eigentümer herausgeben bzw. wertmäßig vergüten könnte. Ebenso wenig kann für die Zwecke des Nutzungsausgleichs auf den konkreten immateriellen Vorteil abgestellt werden, den der Nichtberechnete durch die konsumtive Nutzung erlangt. Denn dieser Vorteil – etwa der Musikgenuss, den der Besitzer beim Spielen auf dem Klavier empfindet – ist nicht direkt in Geld messbar.<sup>12</sup> Zumindest theoretisch in Geld bewertbar ist lediglich der Vorteil, den sich ein Konsument von der

<sup>11</sup> Dieser Betrag entspricht nicht zwingend dem vom Nichtberechtigten durch die Nutzung des fremden Gutes konkret ersparten Aufwand. Wer bspw. als vermeintlicher Erbe einen zum Nachlass gehörigen Ferrari nutzt, sich ohne den Erbfall hingegen mit einem handelsüblichen Mittelklassewagen beschieden hätte, der erspart Aufwand in Höhe der Kosten, die für die Nutzung des Mittelklassewagens und nicht des Ferraris angefallen wären.

<sup>12</sup> So bereits *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 88: „Der Besitz des Pianos bringt gewiss dem Besitzer einen Nutzen; dieser Nutzen kann aber pekuniär nicht bestimmt werden, weil der Musik- und Tanzgenuss und das Geld inkommensurable Dinge sind.“

Nutzung eines Gutes beim Erwerb der Berechtigung zur Nutzung *verspricht*. Dieser Vorteil oder Nutzen entspricht dem Betrag, den er für den Erwerb der Nutzungsmöglichkeit maximal zu zahlen bereit wäre.<sup>13</sup> Praktisch kommt jedoch auch dieser Wert nicht als Bezugsgröße für die Bestimmung des geschuldeten Nutzungsausgleichs in Betracht. Denn Konsumenten legen ihre *maximale* Zahlungsbereitschaft nicht offen, sondern kaufen schlicht zum Marktpreis.<sup>14</sup> Nur der Preis, der am Markt für den Erwerb der Möglichkeit zur berechtigten Nutzung eines Gutes zu zahlen ist, kann beobachtet werden und damit als Grundlage für die Ermittlung des für die konsumtive Nutzung eines fremden Gutes geschuldeten Ausgleichs dienen.<sup>15</sup> Wer beispielsweise ein Klavier für den Privatgebrauch erwirbt, offenbart damit lediglich, dass er sich vom Besitz des Klaviers einen zukünftigen Nutzen verspricht, dessen Barwert *mindestens* dem gezahlten Kaufpreis entspricht.<sup>16</sup> Wie hoch der Käufer den Nutzen darüber hinaus tatsächlich bewertet und woraus sich dieser Nutzen konkret ergibt – etwa aus dem Musikgenuss beim Spielen oder aus der Funktion des Klaviers als Statussymbol – lässt sich dem Datum des Kaufvertragsschlusses nicht entnehmen.

Im Falle einer produktiven Güternutzung ist es hingegen grundsätzlich möglich, für die Durchführung des Nutzungsausgleichs auf das konkrete Nutzungsergebnis abzustellen. Das BGB folgt diesem Ansatz, indem es den Nichtberechtigten dazu verpflichtet, gezogene Früchte i. S. v. § 99 BGB an den Berechtigten auszukehren. Wenn sich etwa ein Landwirt fälschlicherweise für den Eigentümer einer Ackerfläche hält und diese bestellt, so muss er die eingefahrene Ernte<sup>17</sup> an den wahren Eigentümer herausgeben.<sup>18</sup> Im Gegenzug kann er den Aufwand, der ihm für die Bestellung des Feldes entstanden ist, nach Maßgabe des § 102 BGB gegenüber dem Eigentümer abrechnen. Das sich aus dem Zusammenspiel der §§ 99 und 102 BGB ergebende Verfahren zur Bestimmung des geschuldeten Nutzungsausgleichs ist allerdings nur dann sachgerecht, wenn der vom Nichtberechtigten erzielte Bruttoertrag in voller Höhe als das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes angesehen werden kann. Dies ist im Falle der Ziehung von Früchten i. S. v. § 99 BGB *de lege*

<sup>13</sup> Siehe *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 8. Aufl. 2013, S. 132.

<sup>14</sup> Siehe *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 350; *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 8. Aufl. 2013, S. 132.

<sup>15</sup> In diesem Sinne bereits *Petrycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 88 f.

<sup>16</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 350. Aus diesem Grund wäre ein potentieller Käufer bspw. nicht bereit, für ein Grundstück, das mit einem Nießbrauch mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren belastet ist, den gleichen Preis zu bezahlen wie für das Grundstück in unbelastetem Zustand: Der Nießbrauch verringert den Barwert des Grundstücks.

<sup>17</sup> Als unmittelbare Sachfrucht i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

<sup>18</sup> Unter der Prämisse, dass dem Bauer die Ackerfläche vom Eigentümer zur Erfüllung eines unwirksamen Kaufvertrages übergeben wurde, ergäbe sich die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nach der Rechtsprechung aus §§ 988, 818 Abs. 1 BGB, nach der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum hingegen aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB. Siehe dazu ausführlich *infra* 2. Teil: A.I.1.b), S. 165 ff.

*lata* nicht gewährleistet. Wie bereits erläutert wurde, spielt der Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung für den Fruchtbegriff des § 99 BGB keine Rolle.<sup>19</sup> Die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen *fructus (mere) naturales* und *fructus industriales* wurde nicht in das BGB übernommen.<sup>20</sup> Ein vom Nichtberechtigten bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes erzielter Bruttoertrag wird daher über den Fruchtbegriff des § 99 BGB mechanisch – ohne Rücksicht auf den Erfolgsbeitrag des Nichtberechtigten – dem Berechtigten zugewiesen. So müsste etwa der Landwirt im Beispiel seine gesamte Ernte auch dann an den Eigentümer des Grundstücks herausgeben, wenn er den Ernteertrag durch innovative Anbaumethoden erheblich über das regional übliche Maß hinaus gesteigert hätte. Die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich soll jedoch gerade *keine* generelle Gewinnhaftung begründen, sondern ausschließlich den Wert der Güternutzung erfassen.<sup>21</sup> Um dies zu gewährleisten, kann es auch im Falle einer produktiven Güternutzung erforderlich sein, einen Perspektivwechsel von der Ertrags- auf die Aufwandsseite zu vollziehen und den vom Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleich anhand des fiktiven Aufwands für den Erwerb der Nutzungsberechtigung zu bestimmen.<sup>22</sup>

*De lege lata* fungiert der Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB als dogmatischer Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung. Zur Bewertung von Gebrauchsvorteilen werden in der Praxis zwei Bewertungsmaßstäbe herangezogen: ein fiktives Nutzungsentgelt sowie die zeitanteilige lineare Wertminderung des Gutes.<sup>23</sup> Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wird, sind beide Maßstäbe ungeeignet. Eine Bemessung des Nutzungsausgleichs anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts verlangt dem Nichtberechtigten häufig zu viel ab, eine Bemessung anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung hingegen zu wenig.<sup>24</sup>

## 2. Notwendigkeit einer Regelung der Zuordnung des bei produktiver Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums

Wird ein Gut vom Nichtberechtigten produktiv genutzt, so ist es für eine konsequente Ausrichtung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich am Wert der Güternutzung erforderlich, eine Entscheidung über die Zuordnung des hierbei entstehenden Residuums in Gestalt der Differenz zwischen dem erzielten Bruttoertrag und dem durch die Nutzung des Gutes bedingten Aufwand zu treffen. In seiner einfachsten Variante, in der der Nichtberechtigte ausschließlich ein fremdes Gut produktiv nutzt, lässt sich das Problem abstrakt wie folgt beschreiben: Die Produktionsfaktoren Kapital (genutztes Gut) und Arbeit (Tätigkeit des Nutzenden)

<sup>19</sup> Supra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>22</sup> Siehe hierzu sogleich infra 1. Teil:D.II.2.b), S. 130.

<sup>23</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>24</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:B.I.2.c), S. 293 ff.

werden zur Erzielung eines Bruttoertrags kombiniert. Wenn man von diesem Bruttoertrag die Vergütung des Produktionsfaktors Kapital und die Vergütung des Produktionsfaktors Arbeit abzieht, so verbleibt ein Residuum. Wenn der Bruttoertrag die Vergütung der Produktionsfaktoren übersteigt, fällt das Residuum positiv aus. Es entsteht ein Gewinn. Demgegenüber ergibt sich ein negatives Residuum bzw. ein Verlust, wenn der Bruttoertrag hinter der auf die Produktionsfaktoren entfallenden Vergütung zurückbleibt.<sup>25</sup>

Um zu gewährleisten, dass der Nichtberechtigte Nutzungsausgleich in Höhe des Wertes der Güternutzung leistet, muss danach gefragt werden, inwieweit das Residuum das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes oder des Nutzenden ist. Ist die Entstehung des Residuums primär dem genutzten Gut zuzurechnen, so ist es im Rahmen des Nutzungsausgleichs dem Berechtigten zuzuweisen (a). Hat hingegen der Nichtberechtigte den entscheidenden Beitrag zur Entstehung des Residuums geleistet, so muss es ihm belassen werden (b). Wenn von einer gemischten Veranlassung auszugehen ist, kommt schließlich auch eine Aufteilung des Residuums zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem in Betracht (c)

#### *a) Auskehrung des Residuums an den Berechtigten*

Um das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum dem Berechtigten zuzuweisen, muss der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs dazu verpflichtet werden, den von ihm erzielten Bruttoertrag abzüglich einer Vergütung für die von ihm beigesteuerten Produktionsfaktoren an den Berechtigten auszukehren. Zu diesem Zweck muss zum einen der Bruttoertrag ermittelt werden, der der produktiven Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten zuzuordnen ist. Zum anderen muss die Vergütung aller Produktionsfaktoren bestimmt werden, die zu dem Gewinn bzw. Verlust beigetragen haben – mit Ausnahme des falsch zugeordneten Gutes selbst. Im einfachsten denkbaren Grundfall, in dem der Nichtberechtigte lediglich das falsch zugeordnete Gut selbst ertragsbringend nutzt, muss hierzu nur der Wert seiner Arbeitsleistung ermittelt werden.

Im BGB wird das Residuum immer dann exklusiv dem Berechtigten zugewiesen, wenn die Nutzung zu Früchten i.S.v. §99 BGB führt und der Wert der Fruchtgewinnungskosten den Wert der Früchte nicht übersteigt. Die Früchte sind möglichst *in natura* herauszugeben. Falls dies nicht möglich ist, ist ihr Wert zu ersetzen. Im Gegenzug steht dem Nichtberechtigten gegen den Berechtigten ein Anspruch auf Ersatz seiner Fruchtgewinnungskosten inklusive des Wertes seiner Arbeitsleistung aus §102 BGB zu.

---

<sup>25</sup> Mit dem Begriff „Residuum“ wird bewusst ein neutraler, nicht in anderen Bereichen wie etwa dem betrieblichen Rechnungswesen vorgeprägter Oberbegriff für den bei der Güternutzung entstehenden Gewinn oder Verlust gewählt. Gewinn und Verlust haben zwar ebenfalls eine fachspezifische Bedeutung. Sie kommen jedoch auch im allgemeinen Sprachgebrauch vor und sind insofern ausreichend bedeutungslos, um im Rahmen dieser Untersuchung in dem beschriebenen Sinne Verwendung finden zu können.

*Beispiel 9*<sup>26</sup>

*A schloss mit B 1953 einen wirksamen Kaufvertrag über ein von ihr betriebenes Hotel, verweigerte jedoch bei Fälligkeit die Erfüllung des Vertrages. B klagte erfolgreich und gelangte am 11.3.1955 im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz des Hotels. Anschließend stritten die Parteien noch über die Höhe des von A geschuldeten Nutzungsausgleichs. B verlangt den von A im Zeitraum vom 1.9.1953 bis 11.3.1955 mit dem Hotelbetrieb erzielten Gewinn i. H. v. 27.000 DM. A hält dem entgegen, dass ihr für die Führung des Hotels in diesem Zeitraum eine Arbeitsvergütung i. H. v. 24.000 DM zustünde.*

„Dem Grunde nach wird ein Gegenanspruch der [A] auf Arbeitsentgelt [...] vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus § 102 BGB bejaht. Diese Bestimmung gilt für jede Art von Früchten, also auch für die hier in Betracht kommenden Erträge eines Unternehmens, die den mittelbaren Rechtsfrüchten am nächsten stehen (§ 99 Abs. 2 und 3 BGB; [...]). [...] Der Kostenerstattungsanspruch des § 102 BGB umfaßt [...] seinem Inhalt nach auch den Wert der persönlichen Arbeitsleistung des Fruchtschuldners, [...]; das hat insbesondere für die Früchte eines gewerblichen Unternehmens zu gelten, bei dem die persönlichen Fähigkeiten und Leistungen des Fruchtziehenden gegenüber dem rein gegenständlichen Produkt des Betriebs im Vordergrund stehen ([...]).“<sup>27</sup>

*b) Verbleib des Residuums beim Nichtberechtigten*

Soll das Residuum in Gestalt der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand beim Nichtberechtigten verbleiben, muss für die Bestimmung des Nutzungsausgleichs ein Perspektivwechsel von der Ertrags- auf die Aufwandseite vollzogen werden. Das Residuum wird dem Nichtberechtigten zugeordnet, wenn ihm einerseits der erzielte Bruttoertrag verbleibt und er andererseits den *gesamten* nutzungsbedingten Aufwand trägt. Um dies zu gewährleisten, muss der Nichtberechtigte für die produktive Nutzung eines fremden Gutes Ausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung leisten. Hierdurch wird der Produktionsfaktor Kapital vergütet. Nach Abzug des so ermittelten Nutzungsausgleichs sowie der vom Nichtberechtigten getragenen Vergütung der übrigen Produktionsfaktoren vom Bruttoertrag verbleibt dem Nichtberechtigten das von ihm bei der produktiven Nutzung des Gutes erzielte Residuum. Diesen Zusammenhang verdeutlicht das nachfolgende Beispiel:

*Beispiel 10*<sup>28</sup>

*A war Inhaberin eines Druckereibetriebs; B war Angestellter in diesem Unternehmen. Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 wurde der Betrieb von der sowjetischen Besatzungsmacht demontiert. Die Maschineneinrichtung wurde teilweise ausgebaut und nach Russland abtransportiert. Ein Teil der Maschinen wurde an Ort und Stelle belassen. Mit diesen Maschinen richtete B in denselben Räumen einen Druckereibetrieb ein. A beansprucht die von B gezogenen Nutzungen.*

Die Vorinstanzen hatten sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Wert der Nutzungen i. S. v. § 100 BGB dem mit den Maschinen erzielten „Ertrag“ entsprechen. Der BGH ist dem

<sup>26</sup> Basierend auf BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556 ff.

<sup>27</sup> Ibid., S. 556 ff.

<sup>28</sup> Basierend auf BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460 ff.

nicht gefolgt: „[A] begehrt Nutzungen, die [B] dadurch gezogen [hat], daß [er] die [A] gehörigen Maschinen [...] [in seinem] Druckereibetrieb verwandt [hat]. Maßgebend für die Bewertung der Gebrauchsvorteile ist deren objektiver Wert, also der Wert, den der Gebrauchsvorteil allgemein für derartige Betriebe hat. Dieser objektive Wert des Vorteils ist der Höchstbetrag, den der Besitzer zu entrichten hat. [...] Sind die Gebrauchsvorteile einer ganzen Fabrikanlage herauszugeben, so ist der ‚Pachtwert‘ dieser Anlage als zulässiger Maßstab zu bezeichnen [...]. Hat der Bekl. [...] in seinem Betrieb nur eine Anzahl fremder Maschinen und Betriebseinrichtungen verwandt, so sind die dadurch gezogenen Vorteile herauszugeben. Als Grundlage für die Berechnung dieser Gebrauchsvorteile wird dann [...] der Mietwert dieser Maschinen und Anlagen zugrunde gelegt werden können.“<sup>29</sup> Der vom BGH herangezogene „Mietwert“ entspricht dem fiktiven Aufwand für eine berechtigte Nutzung der Maschinen auf der Grundlage eines wirksamen Mietvertrags. Hierdurch wurde gewährleistet, dass B den gesamten mit dem Betrieb der Druckerei verbundenen Aufwand tragen musste. Im Gegenzug verblieb B nach der Entscheidung des BGH der gesamte von ihm erzielte Bruttoertrag in Gestalt der Umsatzerlöse der Druckerei.

Sofern das Residuum negativ ausfällt, schmälert es zunächst die kalkulatorische Vergütung, die auf die vom Nichtberechtigten beigesteuerten Produktionsfaktoren entfällt. Wenn beispielsweise der erzielte Bruttoertrag vor Vergütung der Produktionsfaktoren 100 beträgt und auf die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit jeweils eine Vergütung von 75 entfällt, so erhält der Berechtigte 75 als Nutzungsausgleich. Dem Nichtberechtigten verbleiben 25. Dies entspricht der auf ihn entfallenden Vergütung des Produktionsfaktors Arbeit in Höhe von 75 abzüglich des dem Nichtberechtigten zugewiesenen negativen Residuums von 50. Das negative Residuum zehrt also in diesem Beispiel die Vergütung auf, die dem Nichtberechtigten grundsätzlich für seine Arbeitsleistung zusteht.

### c) Aufteilung des Residuums

Schließlich ist es möglich, das Residuum zwischen dem Berechtigten und dem Nichtberechtigten aufzuteilen. Beispielsweise wird ein negatives Residuum *de lege lata* zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem aufgeteilt, wenn der Bruttoertrag die auf die Produktionsfaktoren entfallende Vergütung nicht deckt und der Nichtberechtigte seinen nutzungsbedingten Aufwand nicht vollständig auf den Berechtigten abwälzen kann. Hat beispielsweise der unredliche Besitzer eines Feldes, dessen Pachtwert 50 beträgt, Arbeit im Wert von 150 in die Bestellung des Feldes investiert, ist die Ernte hingegen nur 100 wert, so hat er ein negatives Residuum von 100 erwirtschaftet (100 [Wert der Ernte] ./ 200 [Pachtwert 50 + Arbeitsleistung 150]). Dieser Verlust wird bei Anwendung der einschlägigen Vorschriften des BGB genau hälftig zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem aufgeteilt. Der Nichtberechtigte muss gemäß §§ 990, 987 Abs. 1, 99 Abs. 1 BGB die physisch noch vorhandene Ernte an den Eigentümer herausgeben. Im Gegenzug kann er gemäß § 102 BGB Fruchtgewinnungskosten beschränkt auf den Wert der Ernte – also in Höhe von 100 – geltend machen. Im Ergebnis muss der Berechtigte von dem

<sup>29</sup> Ibid., S. 460ff.

entstandenen negativen Residuum somit 50 tragen, da er netto nichts erhält und ihm somit die Vergütung des Produktionsfaktors Kapital in Höhe von 50 entgeht. Der Nichtberechtigte kann von dem von ihm in Gestalt seiner Arbeitsleistung investierten Betrag von 150 nur 100 auf den Berechtigten abwälzen und muss daher ebenfalls einen Anteil von 50 an dem negativen Residuum tragen.

### III. Wie ist der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes abzustimmen?

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich tritt zu einem primären Anspruch auf Übertragung des genutzten Gutes hinzu und verleiht ihm zeitliche Rückwirkung. Aufgrund des engen Bezugs des Nutzungsausgleichs zum Anspruch auf das genutzte Gut muss bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs auch das Schicksal des genutzten Gutes berücksichtigt werden. Insofern stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit der Gefahrtragung für das genutzte Gut abzustimmen ist (1.). Für den Fall, dass der Nichtberechtigte das Gut zwar nicht mehr auf den Berechtigten übertragen kann, es jedoch zumindest noch wertmäßig in seinem Vermögen vorhanden ist, ist es erforderlich, die Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich wertungsmäßig mit dem Ausgleichsanspruch für das genutzte Gut abzustimmen (2.). Schließlich muss eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob und gegebenenfalls in welcher Form dem Berechtigten auch nach der Verwertung des Gutes ein Anspruch auf Nutzungsausgleich zustehen sollte (3.).

#### 1. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung

Das BGB verknüpft bei der Durchführung eines Kaufvertrages im Regelfall die Tragung der Gefahr des zufälligen Untergangs eines Gutes mit der Berechtigung an dessen Nutzungen. Mit Übergabe der Kaufsache geht zum einen die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache auf den Käufer über, § 446 S. 1 BGB. Zum anderen gebühren ihm ab diesem Zeitpunkt die Nutzungen der Kaufsache, § 446 S. 2 BGB. Diese Regelungen werden zum Teil als Ausdruck eines systembedingten Zusammenhangs von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache gedeutet: Wer die Gefahr des zufälligen Untergangs des Gutes trägt, dem sei symmetrisch – entsprechend der Parömie *cuius periculum eius commodum* – der Vorteil der aus dem Gut zu ziehenden Nutzungen zuzuweisen.<sup>30</sup> Soweit dies zutrifft, müssen Nutzungsausgleich und Gefahrtragung aufeinander abgestimmt werden. Eine Entkoppelung bedarf einer besonderen Begründung.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> In diesem Sinne Soergel/Huber, 12. Aufl., § 446 BGB Rn. 65 (1991); Florstedt, Recht als Symmetrie, 2015, S. 81 f.; Kniese, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993, S. 12f.

<sup>31</sup> Siehe hierzu ausführlich infra 2. Teil:C.I, S. 372 ff.

## 2. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut

Ein Gut innezuhaben und zu nutzen ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, die dem Nichtberechtigten offen stehen, um ein fremdes Gut zu seinem Vorteil zu verwerten. Alternativ kann er das Gut – bzw. bei wirtschaftlicher Betrachtung die mit dem Gut verbundenen Nutzungsmöglichkeiten – insbesondere verkaufen. Weitere Verwertungsmöglichkeiten sind der Verbrauch oder die Verarbeitung, sofern ein konkretes Gut hierfür geeignet ist.

All diese Verwertungsformen – Nutzung, Verkauf, Verbrauch, Verarbeitung – verbindet, dass der Nichtberechtigte im wirtschaftlichen Ergebnis die Substanz eines Gutes zum eigenen Vorteil verwertet. Nach der herrschenden Meinung soll das Proprium des Nutzungsbegriffs i. S. v. § 100 BGB im Grundsatz der Substanzerhaltung bestehen.<sup>32</sup> Die Nutzung eines Gutes soll danach nur dann zu „Nutzungen“ führen, wenn die Substanz des genutzten Gutes erhalten bleibt. Allerdings stößt diese Abgrenzung auf die offensichtliche Schwierigkeit, dass bei Gütern mit begrenzter Nutzungsdauer<sup>33</sup> zwischen Gebrauch und Verbrauch nur ein gradueller Unterschied besteht. Wenn der Nichtberechtigte mit einem fremden Pkw in 10 Jahren 300.000 km zurücklegt, ist die Substanz des Pkw im wirtschaftlichen Ergebnis ebenso „verbraucht“ wie die des Apfels, den der Nichtberechtigte verzehrt.<sup>34</sup> Das eigentliche Proprium der Ziehung von Nutzungen bzw. der Nutzung eines Gutes besteht darin, dass es sich um eine Form der Verwertung handelt, die eine zeitliche Dimension hat. Beim Verzehr von Lebensmitteln oder beim Verbrennen von Treibstoff im Motor eines Pkw ist der Prozess der Nutzung zu einem einzigen Punkt auf der Zeitschiene zusammengezogen. Die Nutzung eines Hausgrundstücks, das ein Nichtberechtigter bewohnt, oder eines Pkw, mit dem ein Nichtberechtigter fährt, verwirklicht sich demgegenüber im Zeitablauf.

Da sich die Nutzung eines Gutes und seine Verwertung durch Verkauf, Verbrauch oder Verarbeitung somit nur hinsichtlich der zeitlichen Dimension der Substanzverwertung unterscheiden, ist es wertungsmäßig erforderlich, den Anspruch auf Nutzungsausgleich und die für eine „punktueller“ Verwertung eines Gutes geschuldete Ausgleichsleistung aufeinander abzustimmen.

Ein solcher Abstimmungsbedarf wird beispielsweise für das Verhältnis von Vermietung und Verkauf diskutiert. Wenn der Nichtberechtigte ein Gut vermietet, muss er grundsätzlich den gesamten Mietzins als mittelbare Frucht i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB an den Berechtigten auskehren. Wenn er das Gut hingegen verkauft, dann ist es höchst umstritten, ob er den konkreten Verkaufserlös abführen oder den sogenannten objektiven Wert des Gutes ersetzen muss. Im Schrifttum wird

<sup>32</sup> Supra 1. Teil:B.I.3, S. 29 f.

<sup>33</sup> Auch bei Gütern mit unbegrenzter Nutzungsdauer führt die Nutzung zu einer Substanzverwertung, siehe supra 1. Teil:C.IV, S. 119 ff.

<sup>34</sup> Ein weiteres Beispiel für den fließenden Übergang von Verbrauch und Gebrauch liefern Kerzen, die je nach Größe nur wenige Minuten oder viele Stunden brennen können und daher entweder bereits nach der erstmaligen Verwendung entsorgt werden müssen oder monatelang immer wieder angezündet werden können.



teilweise die Forderung erhoben, insofern einen wertungsmäßigen Gleichlauf herzustellen und das bei Vermietung oder Verkauf erzielte *commodum ex negotiatione* entweder einheitlich dem Berechtigten oder einheitlich dem Nichtberechtigten zuzuweisen.<sup>35</sup>

### 3. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes

Ab dem Zeitpunkt, ab dem der Nichtberechtigte nicht mehr Inhaber des ursprünglich erlangten Gutes ist, kann er daraus auch keine Nutzungen mehr ziehen. Ab diesem Zeitpunkt muss eine Rechtsordnung daher erneut über das Schicksal einer auf das ursprünglich erlangte Gut bezogenen Nutzungsausgleichspflicht entscheiden. Insofern bestehen drei Möglichkeiten. Der Nutzungsausgleich kann erstens auf das ursprünglich erlangte Gut beschränkt werden. Dies hätte beispielsweise zur Folge, dass die Nutzungsausgleichspflicht im Zeitpunkt des Verkaufs des genutzten Gutes enden würde. Zweitens kann der Nichtberechtigte verpflichtet werden, in pauschaler Form Ausgleich für das in dem genutzten Gut gebundene Kapital zu leisten, indem er den Wert des Gutes verzinsen muss. Sofern der Nichtberechtigte für das ursprünglich erlangte Gut ein Surrogat erlangt hat, besteht drittens die Möglichkeit, die Nutzungsausgleichspflicht auf das Surrogat umzustellen. Wenn der Nichtberechtigte beispielsweise das ursprünglich erlangte Gut gegen ein anderes Gut tauscht, dann müsste er ab diesem Zeitpunkt die aus der Tauschsache gezogenen Nutzungen an den Berechtigten auskehren.

---

<sup>35</sup> Siehe dazu näher infra 2. Teil:C.II.1, S. 387 ff.

## 2. Teil

### Kritische Analyse des *status quo* des Nutzungsausgleichs

Der zweite Teil der Untersuchung ist einer kritischen Analyse des *status quo* des Nutzungsausgleichs im Bürgerlichen Recht gewidmet. Ausgehend von den im ersten Teil der Untersuchung identifizierten Grundfragen des Nutzungsausgleichs<sup>1</sup> wird zu diesem Zweck zunächst die Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB einer kritischen Würdigung unterzogen (A.). Anschließend wird die bestehende Praxis zur Bestimmung des Wertes der Güternutzung analysiert (B.). Abschließend wird auf die Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes eingegangen (C.).

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:D, S. 123 ff.

## A. Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB

Die erste Grundfrage, die ein Gesetzgeber bei der Implementierung eines Nutzungsausgleichsregimes beantworten muss, lautet, ob im Falle einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung dem primären Anspruch auf Übertragung des Gutes mittels eines ergänzenden Anspruchs auf Nutzungsausgleich zeitliche Rückwirkung verschafft werden soll.

Bei der Schaffung der über drei der fünf Bücher verstreuten Nutzungsausgleichstatbestände des BGB wurde diese Frage entweder überhaupt nicht gestellt oder auf der Grundlage falscher bzw. inkonsistenter Prämissen beantwortet. Bemühungen, die Nutzungsausgleichstatbestände rechtsgebietsübergreifend aufeinander abzustimmen,<sup>1</sup> blieben rudimentär und waren letztlich nicht erfolgreich. Ein Gesamtkonzept wurde nicht entwickelt.<sup>2</sup> Dieses Ergebnis war aufgrund der Entstehungsbedingungen des BGB vorgezeichnet. Die Kodifizierung der Nutzungsausgleichspflichten im BGB erfolgte in zweifacher Hinsicht unter ungünstigen Ausgangsbedingungen.

Erstens ist der Ausgleich von Nutzungen eine Querschnittsmaterie *par excellence*. Das Problem des Umgangs mit einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung ist rechtsgebietsübergreifend gleichgelagert.<sup>3</sup> Demgegenüber wurde das BGB weitgehend getrennt nach den durch das Gesetzbuch abzudeckenden Rechtsgebieten erarbeitet. Nachdem sich die erste Kommission entschieden hatte, das BGB nach dem Fünf-Bücher-System zu organisieren, beauftragte sie fünf Redaktoren mit den Vorarbeiten zu je einem der späteren Bücher des BGB. Theoretisch sollten sich die Redaktoren bei ihrer Arbeit eng miteinander abstimmen. Faktisch vertieften sie sich jedoch in die ihnen jeweils übertragene Materie und verzichteten weitgehend auf einen Austausch über materiellrechtliche Probleme mit den übrigen Redaktoren.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Siehe z. B. *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 327 f.

<sup>2</sup> Anders allerdings die Einschätzung von *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 219: „Zudem zeigt die Vielzahl der Nutzungsherausgabevorschriften, die durch Verweisungen eng miteinander verzahnt sind, daß der Zuordnung von Nutzungen eine zentrale Bedeutung zukommt und das Gesetz eine umfassende Gesamtkonzeption verfolgt.“

<sup>3</sup> Siehe bspw. *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (343 ff.) (bezogen auf Rücktrittsfolgen und Bereicherungsfolgenrecht).

<sup>4</sup> *Schubert*, in: *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, 27 (41 f.).

Die bestehenden Vorschriften zum Nutzungsausgleich gehen auf die Teilentwürfe zum Sachenrecht und Erbrecht von *Reinhold Johow* und *Gottfried von Schmitt* sowie auf die Vorarbeiten *Franz von Kübel* zum Schuldrecht zurück. *Von Kübel* konnte aufgrund schwerer Krankheit, der er 1884 erlag, den Teilentwurf zum Schuldrecht nicht fertigstellen.<sup>5</sup> Ein legislatorisches Gesamtkonzept für den Nutzungsausgleich konnte unter diesen Voraussetzungen nicht entwickelt werden.

Zweitens wurde das BGB auf der Grundlage der „bewährten gemeinschaftlichen Institut[e] und Sätz[e] der innerhalb des Deutschen Reichs bestehenden Civilrechtssysteme“ erarbeitet.<sup>6</sup> Hierbei handelte es sich im Wesentlichen um das gemeine Recht<sup>7</sup> sowie um – zumindest in der Frage des Nutzungsausgleichs – vom gemeinen Recht geprägte Kodifikationen, insbesondere das ALR, den Code civil und das Sächsische BGB.<sup>8</sup> Die Verfasser des BGB haben die von ihnen vorgefundene Rechtslage weitgehend unverändert in das BGB übernommen, ohne die gemeinrechtliche Tradition bezüglich des Nutzungsausgleichs ernsthaft zu hinterfragen. Sie folgten insofern ganz dem konservativen Konzept des Kodifikationsvorhabens, das *Gottlieb Planck* 1889 wie folgt auf den Punkt brachte:

„Die Aufgabe [der Kodifikation] besteht nicht darin, ein neues Recht für Deutschland zu machen. Nur in seltenen Fällen wird es überhaupt die Aufgabe der Gesetzgebung sein, von oben herab neue Rechtssätze aufzustellen; sie geht am sichersten, wenn sie sich darauf beschränkt, die im Volke bereits lebenden Rechtsgedanken aufzufinden und ihnen durch die Gesetzesform nur die größere Bestimmtheit zu geben, sowie ihre Anwendung zu sichern.“<sup>9</sup>

Für den Nutzungsausgleich wäre dieses Vorgehen angemessen gewesen, wenn sich die insofern „im Volke lebenden Rechtsgedanken“ zu einer befriedigenden Rechtslage hätten verdichten lassen. Unglücklicherweise waren jedoch bereits die Grundsätze des gemeinen Rechts zum Nutzungsausgleich als „Kodifikationsrohstoff“ anachronistisch, inkonsistent und lückenhaft. Diese Schwächen setzen sich in den Nutzungsausgleichstatbeständen des BGB fort. Auch den von den Verfassern des BGB so oft in die Pflicht genommenen Vertretern von „Wissenschaft und Praxis“<sup>10</sup> ist es bislang nicht gelungen, sie zu überwinden.

<sup>5</sup> *Schubert*, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, 1980, IX (XI).

<sup>6</sup> *Goldschmidt/Kübel/Neumayr u. a.*, in: Goldschmidt (Hrsg.), Vermischte Schriften – Erster Band, 1901, 512 (513).

<sup>7</sup> Siehe hierzu die Stellungnahme *Plancks* zur Kritik *Gierkes* am E I, *Planck*, AcP 75 (1889), 327 (331): „Rückgängig machen aber lässt sich diese Entwicklung [die Rezeption des römischen Rechts seit dem Mittelalter] nicht und auf dem durch sie geschaffenen Rechtszustande muß fortgebaut werden, von dieser Grundlage aus die Codifikation erfolgen“. Auch die bei der Erarbeitung des BGB umfangreich berücksichtigten hessischen und bayerischen Kodifikationsentwürfe sowie der Dresdner Entwurf zum Schuldrecht standen in der Tradition des gemeinen Rechts.

<sup>8</sup> Siehe insofern auch *Goldschmidt/Kübel/Neumayr u. a.*, in: Goldschmidt (Hrsg.), Vermischte Schriften – Erster Band, 1901, 512 (516).

<sup>9</sup> *Planck*, AcP 75 (1889), 327 (331).

<sup>10</sup> Siehe bspw. für das Bereicherungsrecht *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 779, 790 und 863.

Nachfolgend wird zunächst die Genese der Nutzungsausgleichstatbestände nachgezeichnet, die keinen spezifischen Bezug zur Rückabwicklung von Verträgen aufweisen (I.). Die besonders relevante Konstellation des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung von Verträgen bedarf einer gesonderten Betrachtung (II.). Abschließend wird dargelegt, dass das Nutzungsausgleichsregime des BGB aufgrund des Fehlens eines legislatorischen Gesamtkonzepts eine unreflektierte Lücke im Hinblick auf vertragliche Erfüllungsansprüche aufweist (III.).

## I. Nutzungsausgleichstatbestände ohne spezifischen Bezug zur Rückabwicklung von Verträgen

Durch die unzureichend reflektierte Kodifikation der gemeinrechtlichen Grundsätze zum Nutzungsausgleich wurde ein schwerwiegender Wertungswiderspruch bezüglich der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes in das BGB übernommen (1.). Im Vergleich dazu erscheinen die Unstimmigkeiten bei der Nutzungsausgleichspflicht des verklagten oder unredlichen Inhabers eines Gutes als relativ geringfügig (2.).

### 1. Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes

Dass die Verfasser des BGB die Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten nicht ausreichend reflektiert haben, tritt im BGB offen zu Tage in dem Wertungswiderspruch zwischen den §§ 987 ff. BGB einerseits und § 818 Abs. 1, 2 BGB andererseits im Falle eines gescheiterten entgeltlichen Erwerbs einer Sache vom Eigentümer: Ein Erwerber, der lediglich den Besitz erlangt hat, haftet nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB nur auf sogenannte Übermaßfrüchte, solange er weder auf Herausgabe der Sache verklagt noch hinsichtlich seines Rechts zum Besitz bösgläubig ist.<sup>11</sup> Demgegenüber ist ein Bereicherungsschuldner, der nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum erlangt hat, gemäß § 818 Abs. 1, 2 BGB stets bereits *ab Besitzerlangung* verpflichtet, die gezogenen Nutzungen entweder *in natura* oder wertmäßig an den Bereicherungsgläubiger auszukehren.<sup>12</sup>

Dieser Wertungswiderspruch hat Rechtsprechung und Lehre jahrzehntelang beschäftigt und ist zu einem Klassiker der juristischen Ausbildung avanciert. Dementsprechend umfassend ist das Schrifttum zu dieser Problematik. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sollen dem keine weiteren Überlegungen *de lege lata* hinzugefügt werden. Vielmehr wird durch die Analyse des Wertungswiderspruchs eine wichtige Grundlage für den im dritten Teil unterbreiteten Vorschlag zur Weiterentwicklung des Systems des Nutzungsausgleichs *de lege ferenda* geschaffen.<sup>13</sup> Zu diesem Zweck wird zunächst die Genese des Wertungswider-

<sup>11</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff.

<sup>12</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.a), S. 34 ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu infra 3. Teil:B.I, S. 435 ff.

spruchs nachgezeichnet (a). Dabei kann die weitgehend unreflektierte Übernahme der überkommenen gemeinrechtlichen Privilegierung des redlichen Besitzers in das BGB – neben einer unzureichenden rechtsgebietsübergreifenden Koordinierung – als Kern des Problems identifiziert werden. Bis heute ist es nicht gelungen, diesen zentralen Geburtsfehler des Nutzungsausgleichsregimes des BGB in vollkommen befriedigender Weise zu überwinden. Die Rechtsprechung konnte zwar den hieraus resultierenden Wertungswiderspruch entschärfen, indem sie nach langem Ringen die Privilegierung des Besitzers für die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge rechtsfortbildend außer Kraft setzte. Allerdings ist diese Lösung keineswegs selbstverständlich und wird in der Literatur herausgefordert (b.). Auch *außerhalb* der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge führt die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers zu wertungsmäßig problematischen Ergebnissen und ist zudem durch ein beträchtliches Maß an Rechtsunsicherheit gekennzeichnet (c.).

*a) Genese des Wertungswiderspruchs zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 BGB*

Für den Fall, dass der Inhaber eines Gutes gutgläubig und unverklagt ist, enthält das BGB zwei konkurrierende Nutzungsausgleichsmodelle: einerseits eine Beschränkung des Nutzungsausgleichs auf Übermaßfrüchte und andererseits eine umfassende Nutzungsausgleichspflicht, die allerdings unter dem Vorbehalt steht, dass sich der Nichtberechtigte gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen kann, nicht mehr bereichert zu sein. Der sich aus dem Nebeneinander der beiden Nutzungsausgleichsmodelle ergebende Wertungswiderspruch war bereits in den im Reich geltenden Rechtsordnungen angelegt, auf die sich die mit der Erstellung von Teilentwürfen für die fünf Bücher des BGB beauftragten Redaktoren stützen sollten.<sup>14</sup> Aus diesem Grund ist es nicht überraschend, dass sich dieser Widerspruch auch in den Vorarbeiten für Schuld-, Sachen- und Erbrecht widerspiegelte (aa). Nachdem die erste Kommission das Problem zunächst entschärft hatte (bb), wurde der Wertungswiderspruch durch die zweite Kommission sehenden Auges wieder im Gesetz implementiert (cc).

*aa) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes in den Vorlagen von Kübels, Johows und von Schmitts*

Reinhold Johows Teilentwurf zum Sachenrecht wurde 1880 veröffentlicht.<sup>15</sup> Franz von Kübels 32 Vorlagen zum Schuldrecht wurden größtenteils in den Jahren 1881 bis 1883 fertiggestellt.<sup>16</sup> Dies gilt auch für die für die Problematik des Nutzungsausgleichs besonders relevante Vorlage Nr. 10 zu „Schuldverhältnissen aus unge-

<sup>14</sup> Goldschmidt/Kübel/Neumayr u. a., in: Goldschmidt (Hrsg.), Vermischte Schriften – Erster Band, 1901, 512 (513).

<sup>15</sup> Abgedruckt in Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1982.

<sup>16</sup> Schubert, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Aus-

rechtfertigter Bereicherung“.<sup>17</sup> Dieser zeitliche Ablauf ermöglichte es von Kübel, die Überlegungen Johows zum Sachenrecht in seinen Vorlagen zu berücksichtigen. Der Teilentwurf von Schmitts zum Erbrecht war bereits 1879 erschienen. Von Schmitt setzte jedoch in der Frage des Nutzungsausgleichs keine Akzente, die von den anderen beiden Redaktoren hätten aufgegriffen werden können. Vielmehr war es von Schmitt, der sich in der Begründung der 1886 veröffentlichten aktualisierten Fassung seines Teilentwurfs mit den sachenrechtlichen Bestimmungen zum Nutzungsausgleich auseinandersetzte. Dementsprechend werden nachfolgend die Vorschriften zum Nutzungsausgleich im TE-SachR (1) vor denjenigen in von Kübels Vorlage zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (2) dargestellt. Abschließend wird auf die einschlägigen Bestimmungen im TE-ErbR eingegangen (3).

### (1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers in Johows Teilentwurf zum Sachenrecht

Der redliche unverklagte Eigenbesitzer<sup>18</sup> sollte nach § 179 TE-SachR<sup>19</sup> verpflichtet sein, noch *in natura* vorhandene Früchte an den Eigentümer herauszugeben. Für verbrauchte oder veräußerte Früchte hätte er jedoch gemäß § 180 TE-SachR<sup>20</sup> keinen Ausgleich leisten müssen.

Die von Johow vorgeschlagene Regelung zur Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Eigenbesitzers entsprach dem geltenden Recht in allen Gebieten des Deutschen Reichs, in denen für den Eigentumsanspruch und seine Ne-

---

arbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, 1980, IX (XII).

<sup>17</sup> Abgedruckt in Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1982, S. 655 ff.

<sup>18</sup> Johow, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1028f.: „Der Besitzer, welcher Grund hatte, die Sache für die seinige zu halten, wollte bei der Verwaltung, Nutzung, Veräußerung derselben lediglich innerhalb einer vermeintlichen Befugnis handeln; er hat vor der Klageerhebung keinen Anlaß, die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß die Sache nicht ihm, sondern einem Andern gehöre.“ Kritisch bezüglich der Beschränkung der Privilegierung auf den Eigenbesitzer Petrazycki, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 247. In der Terminologie des TE-SachR war „Besitzer“ nur der unmittelbare oder mittelbare Eigenbesitzer. Der Fremdbesitzer wurde als „Inhaber“ bezeichnet (siehe bspw. § 48 TE-SachR). Ausführlich zum Besitzrecht in E I und E II siehe Bekker, JherJb 34 (1895), 1.

<sup>19</sup> § 179 TE-SachR: „Die Sache ist in ihrem gegenwärtigen Bestande herauszugeben, soweit nicht dem Verpflichteten das Recht der Trennung und Wegnahme eines Bestandtheils zusteht. Der Anspruch auf Herausgabe der Sache umfaßt auch die von derselben getrennten Erzeugnisse und die sonstige Ausbeute aus derselben, welche bei dem Beklagten noch vorhanden und nicht in das Eigentum eines Anderen übergegangen sind.“

<sup>20</sup> § 180 TE-SachR: „Der redliche Besitzer haftet dem Eigenthümer weder für die zur Zeit der Erhebung der Klage bei ihm nicht mehr vorhandenen Erzeugnisse oder Gegenstände sonstiger Ausbeute, noch für andere vor dieser Zeit aus der Sache, z. B. durch deren Gebrauch, Vermiethung oder Verpachtung, oder aus den mit dem Eigenthum an der Sache verbundenen Gerechtigkeiten gezogenen Vortheile, noch für solche Handlungen oder Unterlassungen aus der Zeit vor der Erhebung der Klage, welche den Werth der Sache vermindert haben.“

benfolgen noch das gemeine Recht galt.<sup>21</sup> Obwohl – um mit *Johow's* Worten zu sprechen – die Frage, „[w]elches Recht dem redlichen Besitzer einer Sache an den Früchten zukomme, [...] für das gemeine Recht zu den bestrittensten und schwierigsten Fragen [gehört]“,<sup>22</sup> konnte er sich im Hinblick auf den Regelungsgehalt der §§ 179f. TE-SachR auf einen gesicherten Rechtsstand berufen. Denn zumindest in einem Punkt herrschte weitgehende Einigkeit: Nach dem gemeinen Recht<sup>23</sup> musste der redliche unverklagte Besitzer noch vorhandene Früchte (*fructus extantes*) herausgeben, haftete aber nicht für veräußerte oder verbrauchte Früchte (*fructus consumpti*).<sup>24</sup>

In der Frage, wie der Interessengegensatz zwischen Eigentümer und redlichem unverklagtem Eigenbesitzer im Hinblick auf gezogene Nutzungen aufzulösen sei, nahm das von *Johow* zur Kodifikation empfohlene gemeine Recht unter den damals im Reich geltenden Rechtsordnungen eine mittlere Position ein. So war der redliche unverklagte Besitzer gemäß ALR I 7 §§ 189<sup>25</sup> und 190<sup>26</sup> ausdrücklich von jeder Pflicht zur Herausgabe oder Erstattung von Früchten bzw. Nutzungen befreit. Regelungen, die dem redlichen unverklagten Besitzer neben den verbrauchten oder veräußerten auch die noch vorhandenen Früchte beließen, enthielt auch das Sächsische BGB in § 308<sup>27</sup> i. V. m. § 244<sup>28</sup> und enthält der Code civil in

<sup>21</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 617f.; *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 897; *Dernburg*, Pandekten – Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Aufl. 1896, S. 538.

<sup>22</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 897. Siehe auch *Petrazycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 87: „Die römischen Regeln über die Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer wegen der Früchte sind in allen Theilen streitig.“

<sup>23</sup> Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird grundsätzlich nur das gemeine Recht berücksichtigt, da es der geistige Nährboden für die Erschaffung des BGB war. Wie das klassische römische Recht ausgestaltet war und ob es von der Pandektistik im 19. Jahrhundert zutreffend erfasst wurde, ist für die Zwecke der Arbeit demgegenüber irrelevant.

<sup>24</sup> Vgl. OG Bayern, 23.11.1878, SeuffA 34, 1879, 405f.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 124f.; *Jhering*, Jb 16 (1878), 230 (264); *Petrazycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 87; *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 897; *Buchka*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 197; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (329f.).

<sup>25</sup> ALR I 7 § 189: „Alle während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen und genossenen Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers.“

<sup>26</sup> ALR I 7 § 190: „Er darf den Werth davon dem Eigenthümer nicht erstatten; selbst wenn er dadurch im Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet.“

<sup>27</sup> § 308 Sächsisches BGB: „Für die Früchte haftet der unredliche Besitzer auf die ganze Zeit seines Besitzes, der redliche Besitzer nur von der Zeit der Benachrichtigung der Klage an.“

<sup>28</sup> § 244 Sächsisches BGB: „Der Eigenthümer einer Sache bleibt Eigenthümer der Früchte derselben, selbst wenn sie von der Sache getrennt sind, sofern nicht ein Anderer das Eigenthum an



Art. 549.<sup>29</sup> Die Privilegierung galt bzw. gilt jeweils nur für den Eigenbesitzer.<sup>30</sup> Schließlich privilegiert auch das von *Johow* ebenfalls in Bezug genommene ABGB den redlichen unverklagten Eigenbesitzer<sup>31</sup> im Hinblick auf gezogene Nutzungen nach dem Wortlaut des § 330 ABGB<sup>32</sup> umfassend.<sup>33</sup> Demgegenüber wich der naturrechtlich inspirierte Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis umgekehrt *zugunsten* des Eigentümers vom gemeinen Recht ab. Gemäß CMBC II § 10 Nr. 3<sup>34</sup> musste der redliche Besitzer für Früchte, die er nicht mehr *in natura* herausgeben konnte, insoweit Ersatz leisten, „als er sich damit bereichert hat.“ Außerhalb des Deutschen Reichs sah auch das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1856 vor, dass der redliche unverklagte Besitzer in Ausnahmefällen Ausgleich für nicht mehr vorhandene Früchte leisten musste. Gemäß den §§ 509 Abs. 1<sup>35</sup>, 510<sup>36</sup> des ZüricherGB war der redliche unverklagte Besitzer zwar grundsätzlich

---

denselben erwirbt. Der redliche Besitzer der Sache erwirbt das Eigenthum der Früchte mit Ausschluß des Eigenthümers, sobald sie von der Sache getrennt sind.“

<sup>29</sup> Art. 549 Code civil (1804): „Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.“ Die Vorschrift wurde 1960 lediglich redaktionell überarbeitet. Für die aktuelle Fassung siehe infra S. 440 in Fn. 32.

<sup>30</sup> ALR I 7 § 7: „Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt.“

ALR I 7 § 8: „Beruhet dieser Besitz auf einem Rechtsgrunde, durch welchen das Eigenthum erlangt werden kann, so ist ein vollständiger titulirter Besitz vorhanden.“

ALR I 7 § 11: „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer.“

§ 188 Sächsischen BGB: „Redlicher Besitzer einer Sache ist Derjenige, welcher glaubt, Eigentümer derselben zu sein. Redlichkeit des Besitzes wird vermutet.“

Art. 550 Code civil: „Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.“

<sup>31</sup> § 326 ABGB: „Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer, ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre. Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§. 316) und doch ein redlicher Besitzer seyn.“

<sup>32</sup> § 330 ABGB: „Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringende Früchte, so bald sie von der Sache abgesondert worden sind; ihm gehören auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, in so fern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.“

<sup>33</sup> Zur Rechtspraxis in Österreich siehe infra 3. Teil: B.I.2.a), S. 440 ff.

<sup>34</sup> CMBC II § 10 Nr. 3: „[Der bona fide possessor] [r]estituirt [...] die eingehobenen Früchte nur soweit, als sie noch wirklich in Natura vorhanden sind, oder der Inhaber sich damit bereichert hat.“

<sup>35</sup> § 509 Abs. 1 ZüricherGB: „Der redliche Besitzer ist nicht verpflichtet, dem Eigenthümer oder wer sonst ein besseres Recht an der Sache hat, für die Früchte, welche er in Folge seines redlichen Besitzes bezogen und genossen hat, Ersatz zu leisten, noch selbst die vorhandenen, aber bereits abgetrennten Früchte herauszugeben.“

<sup>36</sup> § 510 ZüricherGB: „Wird eine Entwerungsklage (Eviktionsklage) gegen den redlichen Besitzer erhoben, so muß derselbe, insofern die Klage begründet erfunden wird, diejenigen Früchte, welche er, seitdem ihm die Klage mitgetheilt wurde, bezogen hat oder den Verhältnissen gemäß hätte beziehen sollen, herausgeben, wenn sie vorhanden sind, und Ersatz dafür leisten, wenn sie verbraucht worden sind.“

von jeglicher Nutzungsausgleichspflicht befreit. Allerdings stellte es § 509 Abs. 2 ZüricherGB<sup>37</sup> in das Ermessen des Gerichts, ausnahmsweise eine Ausgleichspflicht sowohl für noch vorhandene als auch für „genossene“ Früchte anzuordnen. Dies sollte gelten „in Fällen ungehöriger Bereicherung“.

Vor diesem Hintergrund sah sich *Johow* genötigt, seinen Regelungsvorschlag gegenüber zwei diametral entgegengesetzten alternativen Regelungsmodellen zu verteidigen. Für *Johows* Ablehnung einer gänzlichen Befreiung des redlichen unverklagten Besitzers von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich war offenbar ein dogmatisches Argument ausschlaggebend. In der Pandektistik tobte im 19. Jahrhundert ein erbitterter Streit darum, ob der redliche unverklagte Besitzer Eigentum an von der Sache getrennten Früchten erwirbt.<sup>38</sup> In diesem Konflikt positionierte sich *Johow* als Verfechter einer strikten Anwendung des Substantialprinzips:

„Die ungetrennte Frucht gehört dem Sacheigentümer als Theil der Sache, durch die Trennung wird sie zwar ein selbständiges Rechtsobjekt, tritt aber nicht aus derjenigen Herrschaft, der sie bisher als Sachtheil unterworfen gewesen, [...]. Der redliche Besitzer der fruchtbringenden Sache kann [...] zu der getrennten Frucht wiederum nur die Stellung des redlichen Besitzers erlangen, das Eigenthum derselben also nicht sofort [...] erwerben.“<sup>39</sup>

Wenn aber der Eigentümer der Sache auch Eigentümer der von ihr getrennten Früchte ist, so kann er diese, wenn sie sich noch beim Besitzer der Hauptsache befinden, gemeinsam mit dieser vindizieren. Hiervon zugunsten des redlichen unverklagten Besitzers eine Ausnahme zu machen, wäre aus der Sicht *Johows* „eine juristisch so bedenkliche Rechtsgestaltung, daß sie gesetzgeberisch nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden könnte, und solche liegen nach Ansicht des Entwurfs nicht vor.“<sup>40</sup> Folgerichtig erstreckte er in § 179 TE-SachR den Herausgabeanspruch des Eigentümers auf die noch vorhandenen Früchte.<sup>41</sup> Regelungstechnisch entsprach *Johows* Vorschlag weitgehend dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern. Gemäß BGB-E Bayern III

<sup>37</sup> § 509 Abs. 2 ZüricherGB: „Ausnahmsweise ist das Gericht in Fällen ungehöriger Bereicherung des Beklagten ermächtigt, denselben zur Herausgabe der vorhandenen oder zum Ersatz der genossenen Früchte anzuhalten.“

<sup>38</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 897; *Petrzycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 131.

<sup>39</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 898. Siehe auch *Petrzycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 131: „[V]om gutgläubigen Besitz an der Sache führt kein Weg zum Eigenthum an den Früchten [...]“

<sup>40</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1027.

<sup>41</sup> Siehe dazu auch die Beratungen der ersten Kommission, *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 763.

Art. 163<sup>42</sup> konnte der Eigentümer vom redlichen unverklagten Eigenbesitzer<sup>43</sup> Herausgabe der noch vorhandenen Früchte verlangen, an denen letzterer gemäß BGB-E Bayern III Art. 100<sup>44</sup> kein Eigentum erwerben konnte. *Johow* meinte, dass unter den „deutschen Gesetzbüchern und Entwürfen“ nur der Bayerische BGB-Entwurf eine Pflicht zur Restitution der vorhandenen Früchte vorsehe.<sup>45</sup> Darüber hinaus hätte sich *Johow* wohl auch auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen berufen können, der allerdings in dieser Frage nicht ganz eindeutig formuliert ist.<sup>46</sup>

Während sich *Johow* bezüglich der Pflicht des redlichen Eigenbesitzers zur Herausgabe noch vorhandener Früchte auf die Dogmatik berief, rechtfertigte er dessen Freistellung von einer Nutzungsausgleichspflicht im Übrigen mit Tradition und Billigkeit. So berief sich *Johow* darauf, dass abgesehen vom Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, dem er ein „unverhältnismäßig kleine[s] Geltungsgebiete“<sup>47</sup> attestierte, „der redliche Besitzer nach keinem der im Reiche bestehenden Rechte dem Eigenthümer für den Werth der bona fide verbrauchten oder veräußerten Früchte verantwortlich“ sei.<sup>48</sup>

Gegen eine bereicherungsrechtliche Ausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers für verbrauchte oder veräußerte Früchte sprach aus Sicht *Johows* zudem, dass dieser hierdurch „in eine sehr schlimme Lage gebracht [würde]:“

„Er hatte bei der Bewirthschaftung der Sache nicht den geringsten Anlaß, sich den Beweis der auf die Nutzungsziehung gemachten Aufwendungen oder der späteren Wiederein-

<sup>42</sup> BGB-E Bayern III Art. 163: „Der Beklagte hat die von der Sache gezogenen natürlichen Früchte, soweit sie noch in seinem Besitz sind, herauszugeben.“

Ueberdieß hat der unredliche Besitzer von der Zeit seines unredlichen Besitzes und der redliche Besitzer von der Mittheilung der Klage an auch für jene natürlichen Früchte Ersatz zu leisten, welcher er gezogen, aber veräußert oder verzehrt, sowie für diejenigen, welche er vernachlässigt hat.“

<sup>43</sup> BGB-E Bayern III Art. 16: „Redlicher Besitzer (Besitzer in gutem Glauben) ist, wer glaubt, daß ihm das Eigenthum der von ihm besessenen Sache zustehe.“

<sup>44</sup> BGB-E Bayern III Art. 100: „Die Früchte der Sache gehören dem Eigenthümer der letzteren. Ist ein Anderer als der Eigenthümer zur Fruchtziehung berechtigt, so erwirbt er das Eigenthum der Früchte mit der Ergreifung des Besitzes.“

Dasselbe gilt von dem Besitzer in gutem Glauben, vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 163 Abs. 1.“

<sup>45</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1025.

<sup>46</sup> Nach den Motiven zu BGB-E Hessen II 3 Art. 21 Abs. 1 sollte der redliche unverklagte Besitzer offenbar nur hinsichtlich der verzehrten oder veräußerten Früchte privilegiert werden, siehe Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven – Zweite Abtheilung, enthaltend: die Titel von den Vermögensgegenständen und deren Eintheilung, von dem Besitze, von dem Eigenthume, von den Dienstbarkeiten, von der Verjährung und Ersitzung., 1845, S. 83. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ließ sich dies allerdings nicht unmittelbar entnehmen: „Für die vor Mittheilung der Klage fällig gewordenen und gezogenen Früchte haftet der Beklagte, als redlicher Besitzer, eben so wenig, wie für einen Schaden, welcher bis dahin den Streitgegenstand betroffen hat.“

<sup>47</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1030.

<sup>48</sup> *Ibid.*, S. 1029f.

büßung der Nutzungen zu sichern. Es ist deshalb hier der Ausschluß des Bereicherungsanspruchs in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht gerechtfertigt.<sup>49</sup>

Das Regelungsmodell des ZüricherGB, eine Nutzungsausgleichspflicht nur ausnahmsweise anzuordnen, wenn der Besitzer „ungehörig“ bereichert ist, lehnte *Johow* wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit ab.<sup>50</sup>

Auf den besonderen Fall, dass der Eigenbesitzer den Besitz vom Eigentümer aufgrund eines unwirksamen gegenseitigen Vertrags erlangt hat, ist *Johow* in seinen Erläuterungen zu den §§ 180ff. TE-SachR nicht eingegangen. *Johow* enthielt sich ferner jeder inhaltlichen Aussage zu der Frage, wie der Fremdbesitzer einer Sache auf Nutzungsausgleich haften sollte. Die einzige Fallkonstellation, die *Johow* zumindest anspricht, ist diejenige des Fremdbesitzers, der den Besitz einem vom Eigentümer verschiedenen Eigenbesitzer mittelt. Allerdings beschränken sich seine Ausführungen auf die knappe Feststellung, dass der TE-SachR insofern keine Regelung trifft:

„Die Rechtsverhältnisse des Eigentümers zu dritten Personen, mit denen der Besitzer Mieths- oder Pachtverträge abgeschlossen [...] gehen ihre eignen, hier nicht zu regulirenden Wege.“<sup>51</sup>

Zu der Frage, was gelten soll, wenn der Fremdbesitzer den Besitz dem Eigentümer selbst auf der Grundlage eines nichtigen Vertrages mittelt, äußert sich *Johow* überhaupt nicht. Auch insofern fehlte es in den Vorschriften des TE-SachR jedenfalls an einer ausdrücklichen Regelung der Nutzungsausgleichsproblematik. Ein Fremdbesitzer wäre generell nicht gemäß § 180 TE-SachR bezüglich konsumierter Früchte privilegiert gewesen. Vom Tatbestand der Vorschrift waren ausschließlich Eigenbesitzer erfasst.

Ausdrücklich offen ließ *Johow*, ob für den Fall des Erbschaftsanspruchs, der *hereditatis petitio*, eine weiterreichende Nutzungsausgleichspflicht des Erbschaftsbesitzers vorgesehen werden sollte.<sup>52</sup>

## (2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners in *von Kübels* Vorlage zur ungerechtfertigten Bereicherung

*Franz von Kübel* konnte in seiner Vorlage zu den Schuldverhältnissen aus ungerechtfertigter Bereicherung *Johows* Teilentwurf zum Sachenrecht bereits berücksichtigen und hat darauf sowohl in den von ihm vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen als auch in der zugehörigen Begründung Bezug genommen.<sup>53</sup> Im Hinblick auf die Pflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners zum Ausgleich

<sup>49</sup> Ibid., S. 1031. Schutzwürdig sei der redliche Besitzer im Übrigen auch im Hinblick auf mittelbare Sachfrüchte sowie Gebrauchsvorteile, vgl. *ibid.*, S. 1032.

<sup>50</sup> *Johow* bezeichnet § 509 Abs. 2 ZüricherGB als ein „schwankendes Brett“, „de[m] ein ganz vages Billigkeitsgefühl zum Grunde liegt“, *ibid.*, S. 1030.

<sup>51</sup> *Ibid.*, S. 1032.

<sup>52</sup> *Ibid.*, S. 1030.

<sup>53</sup> Siehe z. B. *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommis-

für verbrauchte oder veräußerte Sachfrüchte schlug *von Kübel* in § 6 Abs. 1 seiner Vorlage eine von den §§ 179f. TE-SachR abweichende Regelung vor:

„Sind Sachen geleistet worden, so sind dieselben in ihrem gegenwärtigen Bestand mit den zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs vorhandenen Früchten zu erstatten. Für früher gezogene, nicht mehr vorhandene Früchte und für nicht mehr vorhandene, mit der Sache verbundene Zugehörungen hat der Empfänger insoweit, als er zur angegebenen Zeit aus denselben noch bereichert ist, Ersatz zu leisten.“<sup>54</sup>

Der redliche unverklagte Bereicherungsschuldner sollte also in den Grenzen seiner Bereicherung auch für nicht mehr vorhandene Sachfrüchte haften, während der redliche unverklagte Besitzer nach § 179 TE-SachR nur die noch vorhandenen Früchte hätte herausgeben müssen und nach § 180 TE-SachR im Übrigen von jeder Haftung für gezogene Nutzungen freigestellt gewesen wäre.<sup>55</sup>

Obwohl sich *von Kübel* dieser Diskrepanz bewusst gewesen sein muss, ging er hierauf in der Begründung zu seiner Vorlage mit keinem Wort ein. Er postulierte lediglich, dass der Bereicherungsschuldner für die gezogenen und inzwischen verzehrten oder veräußerten Früchte Ersatz zu leisten habe, soweit er noch bereichert ist, ergänzt um den Zusatz „Hauptsache und Früchte stehen sich ganz gleich“.<sup>56</sup> Dies ist besonders deshalb bemerkenswert, weil *von Kübel* an anderer Stelle zu erkennen gibt, dass ihm durchaus an einer inhaltlichen Abstimmung der Rechtsfolgen von Kondiktion und Vindikation gelegen ist. Für den Anspruch des Bereicherungsschuldners auf Ersatz für auf die Sache gemachte Verwendungen verwies *von Kübel* in § 6 Abs. 2<sup>57</sup> seiner Vorlage – also im unmittelbaren Zusammenhang mit der Regelung zur Ausgleichspflicht für gezogene Früchte in § 6 Abs. 1 – ausdrücklich auf die entsprechenden Bestimmungen im TE-SachR zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Zur Begründung führte er aus:

„Der Entwurf räumt dem redlichen Besitzer hier dieselben Rechte ein, welche nach dem Entwurf des Sachenrechts dem redlichen Besitzer gegenüber dem Eigentumsanspruch gegeben sind [...]. Die Gleichartigkeit der Verhältnisse springt in die Augen [...].“<sup>58</sup>

Dass *von Kübel* die Pflicht des Bereicherungsschuldners zur Erstattung von Früchten abweichend von den Rechtsfolgen der Vindikation regeln wollte, war insofern nicht fernliegend, als er diese Diskrepanz bereits im gemeinen Recht vorfand. Nach gemeinem Recht war der redliche unverklagte Bereicherungsschuldner

---

sion zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (656 und 699).

<sup>54</sup> Ibid., S. 656.

<sup>55</sup> Die Vorschrift betraf unmittelbar nur die Leistungskondiktion. Allerdings sah die Vorlage *von Kübel*s vor, dass die Rechtsfolgen weiterer Kondiktionstypen durch einen Verweis auf die für die Leistungskondiktion einschlägigen Bestimmungen geregelt werden sollte, siehe *ibid.*, S. 658 (§ 16), S. 659 (§ 28).

<sup>56</sup> Ibid., S. 699.

<sup>57</sup> Ibid., S. 656, § 6 Abs. 2: „Bezüglich seiner Verwendungen auf die Sachen stehen dem Empfänger die dem redlichen Besitzer gegenüber dem Eigentumsanspruch in den §. 185 Abs. 1, 2, 4, §. 189 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 190 des ... Buches (Sachenrecht) gegebenen Rechte zu.“

<sup>58</sup> Ibid., S. 701.

verpflichtet, die aus einer rechtsgrundlos erlangten Sache gezogenen Früchte herauszugeben.<sup>59</sup> Im Unterschied zum redlichen unverklagten Vindikationsschuldner war der Bereicherungsschuldner nach überwiegender Auffassung auch verpflichtet, Wertersatz für verbrauchte Früchte zu leisten, soweit er insofern noch bereichert war.<sup>60</sup> Dennoch ist es bemerkenswert, dass *von Kübel* offenbar nicht einmal eine Erörterung der Diskrepanz für erforderlich hielt. Denn zumindest die von ihm rezipierten Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe<sup>61</sup> gingen mit dem im gemeinen Recht angelegten Wertungswiderspruch durchaus differenziert um. So haftete etwa nach dem ALR der redliche Bereicherungsschuldner *nicht* für gezogene Nutzungen, ALR I 16 §§ 189<sup>62</sup> und 190<sup>63</sup> i. V. m. ALR I 7 § 189<sup>64</sup>. Das Sächsische BGB verwies in § 1527<sup>65</sup> bezüglich der Haftung für aus einer rechtsgrundlos erlangten Sache gezogene Früchte ausdrücklich auf die Vorschriften über die Eigentumsklage.

Im 19. Jahrhundert wurde auch „Geld“ noch primär als Sache gedacht.<sup>66</sup> In der Frage des Nutzungsausgleichs unterlag es jedoch einer ausgeprägten Sonderdogmatik. Nach der Vorstellung *von Kübels* sollten auch die von einem Bereicherungsschuldner mittels rechtsgrundlos erlangten Geldes erzielten Zinsen in den Bereicherungsausgleich einbezogen werden.<sup>67</sup> Mit dieser Forderung ging *von Kübel* klar über den gemeinrechtlichen Konsens hinaus. In der Frage der Haftung des Bereicherungsschuldners für Zinsen überlagerten sich im gemeinen Recht zwei Problemkreise. Zum einen war strittig, ob Zinsen zu den Früchten zählen. Während dies ursprünglich strikt verneint wurde, hatte sich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass Zinsen zu den *fructus*

<sup>59</sup> OAG Kassel, 30.12.1859, Röhler w. Pomp. Nr. 5688, SeuffA 13, 1860, 369 (370); OT Berlin, 29.9.1875, 6. Senat (Fenner u. Mecke), SeuffA 31, 1876, 429f.; *Dernburg*, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 382.

<sup>60</sup> Siehe bspw. OAG Kassel, 30.12.1859, Röhler w. Pomp. Nr. 5688, SeuffA 13, 1860, 369 (370); *Jhering*, Jb 16 (1878), 230 (264); *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (699).

<sup>61</sup> *Ibid.*, S. 697f.

<sup>62</sup> ALR I 16 § 189: „Wer eine Sache, die er nicht zu fordern hat, und sich dessen bewußt ist, als Zahlung, oder sonst als Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, haftet für das Empfangene als ein unredlicher Besitzer.“

<sup>63</sup> ALR I 16 § 190: „Wer selbst im Irrthume war, ist als ein redlicher Besitzer anzusehn.“

<sup>64</sup> *Supra* S. 141 in Fn. 25.

<sup>65</sup> § 1527 Sächsisches BGB: „Sind zum Eigenthume gegebene Sachen Gegenstand der Rückforderung, so hat der Empfänger in redlichem Glauben Dasjenige samt Zuwachs zurückzugeben, was er noch hat. Hat er die Sachen veräußert oder verzehrt, so haftet er, soweit er zur Zeit der Rückforderung bereichert ist. Rücksichtlich der Verbindlichkeit zur Erstattung der aus der Sache gezogenen Früchte, ingleichen des Rechts auf Erstattung der auf die Sache gemachten Verwendungen, kommen die Vorschriften über die Eigentumsklage zur Anwendung.“

<sup>66</sup> Siehe bspw. *Francke* (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 3571f.

<sup>67</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (700).

*civiles* gezählt werden können.<sup>68</sup> Zum anderen stritt man – unabhängig<sup>69</sup> von der Einordnung von Zinsen in den Fruchtbegriff – darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der gutgläubige Bereicherungsschuldner für rechtsgrundlos erlangtes Geld Zinsen schuldete. Weitgehende Einigkeit herrschte darüber, dass der Bereicherungsgläubiger vor Eintritt von Verzug oder Klageerhebung keinen Anspruch auf eine *pauschale* Verzinsung eines ihm zustehenden Geldbetrages hatte.<sup>70</sup> So entschied beispielsweise das Reichsgericht 1883, dass es *vor* Klageerhebung nach gemeinem Recht an einem gesetzlichen Grund für eine Verzinsung einer rechtsgrundlos geleisteten Versicherungssumme fehle.<sup>71</sup> Diskutiert wurde jedoch, ob der Bereicherungsschuldner wenigstens Zinserträge an den Bereicherungsgläubiger auskehren müsse, die er nachweislich durch die Anlage des Geldes erzielt hat.<sup>72</sup> *Christian Friedrich von Glück* lehnte dies 1811 in seinem umfassenden Kommentar zum Pandektenrecht noch klar ab. Interessanterweise begründete er dies bezüglich nicht konsumierter Erträge mit dem Argument, dass der gutgläubige Bereicherungsschuldner nicht schlechter stehen dürfe als der gutgläubige Besitzer.<sup>73</sup> Auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde eine Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zur Auskehrung erzielter Gelderträge noch überwiegend verneint.<sup>74</sup> Daraus resultierte folgendes Spannungsverhältnis: Der Bereicherungsschuldner, der Geld oder sonstige vertretbare Sachen zu Eigentum empfangen hatte, musste nur Sachen gleicher „Gattung, Menge und Güte“ zurückerstatten. Demgegenüber war derjenige, dem rechtsgrundlos eine nicht vertretbare Sache übereignet worden war, nicht nur zur Rückübertragung der Sache, sondern zusätzlich zur Auskehrung der gezogenen Früchte verpflichtet.

Anders als im Falle der Diskrepanz zwischen der Nutzungsausgleichspflicht des gutgläubigen Besitzers und des gutgläubigen Bereicherungsschuldners wollte sich *von Kübel* mit diesem Spannungsverhältnis nicht abfinden. Interessanterweise ergab sich dies aus Sicht *von Kübels* nicht bereits aus der Verpflichtung zur Heraus-

<sup>68</sup> Siehe zur Rechtsentwicklung HKK/*Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 46 m. w. N.

<sup>69</sup> Siehe insofern bspw. *Francke* (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 3571 f.: Zinsen seien Früchte; der Bereicherungsschuldner hafte nach bisherigem Recht nicht für Zinsen.

<sup>70</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 158; *Dernburg*, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 382 in Fn. 30. Insofern ungenau *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 67.

<sup>71</sup> OAG Wiesbaden, 2.7.1836, SeuffA 2, 1848, 69 (70); RG, 19.6.1883, III 52/83, RGZ 9, 174 (175); *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 158 f.

<sup>72</sup> RG, 19.6.1883, III 52/83, RGZ 9, 174 (175).

<sup>73</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 161.

<sup>74</sup> *Francke* (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 3571 f.; *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (697). Siehe auch *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 67.

gabe bzw. Vergütung gezogener Früchte nach § 6 Abs. 1 seiner Vorlage, da er offenbar noch der Vorstellung anhing, dass Zinsen keine Früchte sind. Stattdessen berief er sich insofern auf § 6 Abs. 3<sup>75</sup> der Vorlage, wonach der Bereicherungsschuldner, der eine empfangene Sache bereits veräußert oder verbraucht hatte, eine noch vorhandene Bereicherung erstatten musste:

„Hat der Beklagte aus dem indebite an ihn gezahlten Gelde Zinsen bezogen, so hat er auch diese bis zum Betrage seiner Bereicherung zu restituieren; es liegt, da die zinsbare Nutzung und Anlegung von Geld nach heutiger Anschauung zur gewöhnlichen natur- und verkehrsmäßigen Benutzung gehört, Zinsen also unter die gewöhnliche Ausbeute aus Geld und Früchten gleich zu rechnen sind, kein Grund vorhanden [sic!], den Anspruch des Klägers in dieser Hinsicht auszuschließen [...]; [Immer] bildet die Zinsziehung des Verpflichteten eine Bereicherung für ihn aus dem ihm gegebenen Gelde, also aus dem Vermögen des Klägers.“<sup>76</sup>

### (3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesizers bzw. Vermächtnisbeschwerten in *von Schmitts* Teilentwurf zum Erbrecht

*Von Schmitt* sah in seinem Teilentwurf zum Erbrecht von 1879 an zwei Stellen eine Verpflichtung des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes zum Nutzungsausgleich vor: beim Erbschaftsanspruch und beim Vermächtnisanspruch.

Nach § 333 Nr. 2 TE-ErbR 1879 sollte zu den vom Erbschaftsanspruch erfassten Erbschaftsgegenständen auch zählen, was von Erbschaftsgegenständen „gewonnen oder ihnen zugewachsen ist“<sup>77</sup>. Damit erstreckte sich die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesizers auch auf aus Erbschaftsgegenständen gezogene Früchte.

*Von Schmitt* orientierte sich im Hinblick auf „Gegenstand und Umfang“ des Erbschaftsanspruchs an der *hereditatis petitio* des gemeinen Rechts,<sup>78</sup> die unstrittig auch die aus den Erbschaftsgegenständen gezogenen Früchte erfasste.<sup>79</sup> Insofern bestand also bereits im gemeinen Recht eine Diskrepanz zwischen dem Eigentumsanspruch und dem Erbschaftsanspruch im Hinblick auf den Nutzungsausgleich.

<sup>75</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (656), § 6 Abs. 3: „Hat der Empfänger die empfangenen Sachen bereits veräußert oder verzehrt, so hat er deren Werth, soweit er durch denselben zur Zeit der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs noch bereichert ist, zu ersetzen.“

<sup>76</sup> *Ibid.*, S. 700.

<sup>77</sup> § 333 TE-ErbR: „Als Erbschaftsgegenstände im Sinne der vorstehenden Bestimmung sind zu betrachten: [...] 2. was für die Erbschaft angeschafft, an Stelle von Erbschaftsgegenständen getreten, von solchen gewonnen oder ihnen zugewachsen ist; was der Vorenthaltende der Erbschaft schuldig geworden ist.“ Siehe *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1, 1984, 70.

<sup>78</sup> *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, 1984, 186.

<sup>79</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Dritter Band, 5. Aufl. 1879, S. 258 f.; *Loenartz*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885, S. 164.



Anders als *von Kübel* sah sich *von Schmitt* genötigt, in der Begründung zu seinem Entwurf von 1879 auf dieses Spannungsverhältnis einzugehen. Er verwies zum einen darauf, dass trotz vieler Ähnlichkeiten zwischen der Situation des Besitzers und der Situation des Erbschaftsbesitzers „sehr wesentliche Unterschiede“ bestünden. So sei die Vindikation auf eine einzelne Sache gerichtet, während der Erbschaftsanspruch hingegen ein Vermögen zum Gegenstand habe und nicht nur Sachen betreffe.<sup>80</sup> Schließlich verweist *von Schmitt* noch darauf, dass eine stärkere Abstimmung beider Ansprüche im BGB zwar möglich sei, Überlegungen in diese Richtung aber wegen der fehlenden Vorschläge zum Sachenrecht (noch) nicht sinnvoll wären.<sup>81</sup>

Als *von Schmitt* 1886 eine überarbeitete Fassung des TE-ErbR veröffentlichte, hielt er an § 333 Nr. 2 unverändert fest. Zwischenzeitlich war nicht nur der TE-SachR von 1880 veröffentlicht worden, der die Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers auf die noch vorhandenen Früchte beschränkte. Vielmehr hatte die erste Kommission bereits 1884 beschlossen, die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers auf die bereits verbrauchten oder veräußerten Früchte zu erstrecken.<sup>82</sup> *Von Schmitt* sprach das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis offen an, verzichtete aber auf eine ernsthafte argumentative Auseinandersetzung. Seine „Begründung“ dafür, warum er trotz der abweichenden Regelung im Sachenrecht an der Nutzungsausgleichspflicht festhielt, erschöpft sich im Kern in der Feststellung, „*fructus augent heriditatem*“ sei ein Fundamentalsatz des Erbrechts.<sup>83</sup> Wohl primär aus diesem Grund war *von Schmitt* der Auffassung, dass durch eine Erstreckung der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers auf den Erbschaftsanspruch „ein unrichtiger Zug in das Wesen des letzteren [käme]“<sup>84</sup>.

Neben dem Erbschaftsbesitzer wollte *von Schmitt* auch den durch ein Vermächtnis Beschwerten zum Nutzungsausgleich verpflichten. Eine entsprechende Regelung enthielten beide Versionen des TE-ErbR in § 130.<sup>85</sup> *Von Schmitt* be-

<sup>80</sup> *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, 1984, 186 f.

<sup>81</sup> *Ibid.*, S. 187.

<sup>82</sup> Siehe hierzu sogleich infra 2. Teil:A.I.1.a)bb)(2), S. 152 ff.

<sup>83</sup> *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, 1984, 810.

<sup>84</sup> *Ibid.*, S. 811.

<sup>85</sup> § 130 TE-ErbR 1879: „Die Erfüllung hat sich bei vermachten, zum Nachlasse oder zu dem Vermögen des Beschwerten gehörenden Gegenständen auf die von der Zeit des Anfalls an den Bedachten, wenn aber für die Erfüllung ein späterer Zeitpunkt bestimmt ist, auf die von da an aus dem Vermächtnisgegenstande erwachsenen Früchte und Zinsen, sowie den Zuwachs zu erstrecken.“ Siehe *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1, 1984, 29. Die Version von 1886 war nur geringfügig geändert worden, siehe *ders.*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, 1984, 581 f.

gründete die Vorschrift lediglich damit, dass sie dem gemeinen Recht<sup>86</sup> und zumindest in ihrer Grundtendenz „der großen Mehrzahl der Rechte“ entspreche.<sup>87</sup>

*bb) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes im E I*

Als sich die erste Kommission mit den unterschiedlichen Regelungen zum Nutzungsausgleich in den Teilentwürfen bzw. Vorlagen der Redaktoren befasste, wurden ihr die sich aus der Übernahme des gemeinen Rechts ergebenden Wertungswidersprüche bewusst. Allerdings beschränkte sie sich darauf, die Diskrepanzen abzumindern, ohne sich grundsätzlich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in einer bestimmten Konstellation überhaupt eine Nutzungsausgleichspflicht bestehen sollte oder nicht. Die Kommission folgte in ihren Beratungen der Rechtsgebiete der Reihenfolge, in der sie auf der Grundlage des Fünf-Bücher-Systems im BGB geregelt werden sollten. Demensprechend wurde das Bereicherungsrecht (1) zeitlich vor dem Eigentumsanspruch und seinen Nebenfolgen (2) und den im Erbrecht geregelten Nutzungsausgleichspflichten (3) behandelt.

(1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners im E I

§ 6 der Vorlage *von Kübels* zum Umfang der Bereicherungshaftung wurde von der ersten Kommission im Dezember 1882 diskutiert.<sup>88</sup> Die Mehrheit folgte einem Antrag *Gottlieb Plancks*, wonach die Verweisung auf die Regelungen zum Eigentumsanspruch für auf geleistete Sachen gemachte Verwendungen auch auf „aus denselben gezogene Vortheile“ erstreckt werden sollte.<sup>89</sup> Man begründete dies damit, dass ein gutgläubiger Eigentümer nicht schlechter gestellt werden sollte als ein gutgläubiger Besitzer.<sup>90</sup> Im E I fand dieser Antrag schließlich in Gestalt von § 740 Abs. 2 Niederschlag.<sup>91</sup> Die Motive führen hierzu aus:

„Derjenige, welchem eine Sache (§§ 778 ff.) indebite zum Eigenthume übertragen worden ist, kann nämlich im Falle seines guten Glaubens (§ 741) ohne schwere Inkonsequenz in Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nicht anders und ungünstiger behandelt werden, als der gutgläubige Besitzer gegenüber dem die Ei-

<sup>86</sup> *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1, 1984, 421 f.

<sup>87</sup> *Ibid.*, S. 421.

<sup>88</sup> In der Sitzung vom 20.12.1882, *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 775 ff.

<sup>89</sup> *Ibid.*, S. 778 ff.

<sup>90</sup> *Ibid.*, S. 783.

<sup>91</sup> § 740 Abs. 2 E I: „Hat der Empfänger eine zum Eigenthume empfangene Sache herauszugeben oder einen an ihn veräußerten, zur Zeit der Veräußerung bestehenden Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich seine Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des Besitzers gegenüber dem Eigentümer.“

genthumsklage erhebenden Eigentümer [...]. Es folgt hieraus, daß der Empfänger die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen (§ 739) dem Kondizenten nicht herauszugeben, auch deren Werth nicht zu vergüten hat (§ 930), dem Empfänger also auch die durch solche Nutzungen zugegangene und zurzeit der Rechtshängigkeit noch vorhandene Bereicherung verbleibt [...].“<sup>92</sup>

Der aufgrund der Diskrepanzen zwischen den Vorschlägen *Johows* und *von Kübels* im Hinblick auf die Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers einer Sache drohende Wertungswiderspruch zwischen Bereicherungsrecht und Sachenrecht war somit durch die erste Kommission zunächst ausgeräumt worden. Die Nutzungsausgleichspflicht sollte sich einheitlich nach den für den Eigentumsanspruch vorgesehenen Bestimmungen richten. Für andere Bereicherungsgegenstände als Sachen wäre der Bereicherungsschuldner hingegen umfassend zum Nutzungsausgleich verpflichtet.<sup>93</sup> Ein Antrag, die Privilegierung des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners auch auf rechtsgrundlos erlangte „Rechte“ auszudehnen, wurde von der ersten Kommission abgelehnt.<sup>94</sup>

## (2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers im E I

Die Beratungen der ersten Kommission zur Ausgestaltung der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers einer Sache fanden im Juni 1884 statt, mehr als eineinhalb Jahre nachdem die Frage bei der Ausgestaltung des Bereicherungsrechts behandelt worden war.<sup>95</sup>

Die Kommission befasste sich zunächst mit der Frage, ob an der in § 179 Abs. 2 TE-SachR vorgesehenen Pflicht des Besitzers zur Herausgabe der noch vorhandenen Früchte festgehalten werden sollte. Das hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Früchten von *Johow* noch in Reinform verteidigte Substantialprinzip hatte man bereits zuvor im Interesse des Verkehrsschutzes durchbrochen:<sup>96</sup> Der redliche Eigenbesitzer sollte Eigentümer der von der Muttersache getrennten Früchte werden. Hierdurch wollte man sicherstellen, dass der Eigenbesitzer die Früchte wirksam an Dritte übereignen kann und der Dritte somit nicht einer Vindikation des Eigentümers der Muttersache ausgesetzt ist. Damit wollte man die mit einer „Vielfältigung der Vindikation verbundenen Weitläufigkeiten“ vermeiden. Der Ei-

<sup>92</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 468 f.

<sup>93</sup> Diese Verpflichtung hätte sich aus § 740 Abs. 1 E I ergeben: „Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung erstreckt sich auch auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat.“

<sup>94</sup> Siehe *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 783 sowie *dies.*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Erbrecht (§§ 1922–2385), 2002, S. 675.

<sup>95</sup> In den Sitzungen am 18.6. und 20.6.1884, *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 760.

<sup>96</sup> Durch Beschlüsse in den Sitzungen am 30.5. und 6.6.1884, siehe *ibid.*, S. 671 ff. Diese Beschlüsse mündeten schließlich in § 955 BGB.

gentümer sollte auf noch vorhandene Früchte nicht mehr zugreifen können, wenn sie vom Besitzer weiterveräußert worden waren.<sup>97</sup> Die Frage, ob der Eigenbesitzer auch *im Verhältnis zum Eigentümer* der Muttersache berechtigt sein sollte, die Früchte zu behalten, hatte die Kommission in diesem Zusammenhang ausdrücklich offen gelassen.<sup>98</sup>

Vor diesem Hintergrund musste sich die Kommission in der Beratung zu den §§ 179 f. TE-SachR nunmehr damit befassen, ob der Eigentumserwerb des redlichen Eigenbesitzers an Früchten kondiktionsfest sein sollte. Auch insofern folgte man *Johow* nicht und beschloss, dem redlichen unverklagten Besitzer auch die noch vorhandenen Früchte zu belassen. Zur Begründung verwies man nur knapp darauf, dass eine bereicherungsrechtliche Pflicht zur Herausgabe noch vorhandener Früchte von dem zufälligen Umstand abhängen würde, ob der redliche Besitzer die Früchte bereits verbraucht oder veräußert hat oder nicht.<sup>99</sup> Damit war die entscheidende zentrale Weichenstellung für die weitere Ausgestaltung der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers gestellt.

Neben der Grundsatzentscheidung für die Kondiktionsfestigkeit der vom redlichen unverklagten Besitzer gezogenen Nutzungen nahm die Kommission noch einige kleinere sprachliche und inhaltliche Modifikationen an den von *Johow* vorgeschlagenen Regelungen vor. Zum einen wurde die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers für gezogene Nutzungen insoweit eingeschränkt, als er nunmehr eine Ausbeute aus der Sache, die *keine* Frucht darstellte, restituieren müssen sollte.<sup>100</sup> Zum anderen wurden auch Fremdbesitzer – die in der Terminologie des E I als „Inhaber“ bezeichnet wurden<sup>101</sup> – in die Privilegierung einbezogen, sofern sie von einem *außerhalb* der Besitzbeziehung stehenden Eigentümer auf Nutzungsausgleich in Anspruch genommen wurden.<sup>102</sup> Das Ergebnis der Beschlüsse der Kommission fand als § 930 Abs. 1 Eingang in den E I.<sup>103</sup>

Die erste Kommission bemühte sich zudem, die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers im Hinblick auf den Nutzungsausgleich möglichst frictionslos mit den Vorschriften über den Eigentumserwerb an getrennten Früchten

<sup>97</sup> Ibid., S. 672 f. Siehe dazu auch infra 2. Teil: B. II. 2. a) bb) (1) (a), S. 314 ff.

<sup>98</sup> Ibid., S. 672.

<sup>99</sup> Ibid., S. 763.

<sup>100</sup> Ibid., S. 781.

<sup>101</sup> § 797 E I: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille).“

<sup>102</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 224; *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 781.

<sup>103</sup> § 930 Abs. 1 E I: „Der Besitzer einer fremden Sache und derjenige, welcher für denselben die Sache innehat, sind nicht verpflichtet, dem Eigenthümer auch die Nutzungen der Sache herauszugeben oder den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder anderweitig erlitten hat, soweit nicht aus den §§. 931 bis 935 ein Anderes sich ergibt.“

abzustimmen. Für den Fall, dass insofern dennoch Diskrepanzen auftreten sollten, räumte man allerdings der dinglichen Rechtslage Vorrang ein. Laut Auffassung der ersten Kommission stellten die Vorschriften, die später als die §§ 953 ff. BGB in das BGB eingingen, die „höheren Rechtsnormen“<sup>104</sup> dar bzw. enthielten die „höhere Rechtsregel“<sup>105</sup>. Um dem höherrangigen Prinzip zum Durchbruch zu verhelfen, wurde in § 930 Abs. 2 E I bestimmt, dass derjenige, der nach Maßgabe der entsprechenden Bestimmungen des E I mit der Trennung das Eigentum an Sachbestandteilen, insbesondere Erzeugnissen, gewonnen hat, diese ungeachtet des § 930 Abs. 1 E I vindizieren kann.<sup>106</sup>

Weder in den Protokollen der ersten Kommission noch in den Motiven finden sich Aussagen zum Nutzungsausgleich für den Fall, dass der *Eigenbesitzer* den Besitz vom Eigentümer aufgrund eines unwirksamen gegenseitigen Vertrags erlangt hat. Lebhaft diskutiert wurde hingegen, ob eine klarstellende Regelung zu den Haftungsverhältnissen zwischen einem Eigentümer als Oberbesitzer und einem ihm den Besitz mittelnden *Fremdbesitzer* in den Entwurf aufgenommen werden sollte. Nach einem ursprünglichen Beschluss der Kommission hätte der *redliche* Fremdbesitzer stets wie ein *unredlicher* Besitzer gehaftet.<sup>107</sup> Nach einer Neuformulierung der betreffenden Vorschriften wurde dieser Fall jedoch nicht mehr erfasst.<sup>108</sup> Nach einem Antrag *Gottlieb Plancks* hätte daher ausdrücklich bestimmt werden sollen, dass der Besitzer in dieser Konstellation Nutzungsausgleich und Schadensersatz nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung und aus ungerechtfertigter Bereicherung schuldet.<sup>109</sup> Demgegenüber sollte nach einem konkurrierenden Antrag *Karl Kurlbaums* der redliche Fremdbesitzer, der die Sache „auf Grund eines angeblichen Rechtes an der Sache inne hat“, gegenüber dem Eigentümer, dem er den Besitz mittelst, grundsätzlich in gleicher Weise privilegiert werden wie der redliche Eigenbesitzer, allerdings „unbeschadet der Verpflichtung, welche auch bei dem Vorhandensein des angeblichen Rechts begründet werden sollte“.<sup>110</sup> Die Mehrheit der Kommission vertrat jedoch die Auffassung, dass es einer besonderen Vorschrift nicht bedürfe. Dem lag die Annahme zugrun-

<sup>104</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 224.

<sup>105</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 794.

<sup>106</sup> § 930 Abs. 2 E I: „Soweit der Eigenthümer der Sache an Bestandtheilen derselben, insbesondere an Erzeugnissen, nach den Vorschriften der §§. 989 bis 902 mit der Trennung das Eigentum erworben hat, wird sein Anspruch gegen den Besitzer oder Inhaber dieser Gegenstände durch die Vorschriften des ersten Absatzes nicht berührt.“ Siehe dazu *ibid.*, S. 794 f.

<sup>107</sup> *Ibid.*, S. 782 (Antrag Nr. 125, 4 von *Gustav von Mandry*).

<sup>108</sup> Siehe *ibid.*, S. 790.

<sup>109</sup> *Ibid.*, S. 790: „Wenn der Inhaber die Sache für den Eigenthümer inne hat, so bestimmt sich seine Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Erstattung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung und aus ungerechtfertigter Bereicherung.“

<sup>110</sup> *Ibid.*, S. 790: „Auf denjenigen, welcher eine fremde Sache auf Grund eines angeblichen Rechtes an der Sache inne hat, finden die Vorschriften der §§ 909–919 entsprechende Anwendung, unbeschadet der Verpflichtung, welche auch bei dem Vorhandensein des angeblichen Rechts begründet werden sollte.“

de, dass in jedem Fall eine schuldrechtliche Haftung des Fremdbesitzers gegenüber dem Eigentümer gegeben sei.

„[Es fehle] eine Bestimmung, in welcher Weise die Haftung des Inhabers, welcher für den Eigenthümer detenire, gegenüber dem Eigenthümer sich gestalte. Er würden mithin die allgemeinen Grundsätze ergeben müssen, in welcher Weise ein derartiger Inhaber hafte. Zwischen dem letzteren und dem Eigenthümer bestehe stets ein Schuldverhältniß, welches den Inhaber zur Herausgabe verpflichte.“<sup>111</sup>

Das „Missverständnis“, dass beispielsweise auch der redliche Fremdbesitzer, der dem Eigentümer den Besitz aufgrund eines nichtigen Mietvertrags mittelst, im Hinblick auf eine Haftung auf Schadensersatz oder Nutzungsausgleich privilegiert werde, sei nicht zu befürchten.<sup>112</sup> Die von *Planck* beantragte Klarstellung hielt man daher für überflüssig. Demgegenüber wurde der Antrag *Kurlbaums* wegen einer zu weitgehenden Privilegierung des redlichen Fremdbesitzers verworfen.<sup>113</sup> Im Ergebnis war damit – wie im TE-SachR – die Frage der Haftung des Fremdbesitzers, der dem Eigentümer den Besitz aufgrund eines nichtigen Vertrags mittelst, in den Vorschriften des E I zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht ausdrücklich geregelt.

Betrachtet man die Motive zu den §§ 930 ff. E I, aus denen später die §§ 987 ff. BGB hervorgegangen sind, so drängt sich der Eindruck auf, dass sich die Verfasser des E I am Ende doch nicht mehr vollständig sicher waren, dass deren Nichtanwendbarkeit im Verhältnis des Fremdbesitzers zum Eigentümer, für den er besitzt, selbstverständlich sei. Denn die Klarstellung dessen, was vermeintlich so offensichtlich ist, nimmt erstaunlich breiten Raum ein:

„[§ 930 E I] trifft nicht den Fall, daß dem Inhaber das vermeintliche dingliche oder obligatorische Recht zur Beziehung der Nutzungen, welches er vom Eigenthümer ableitet, in Wirklichkeit fehlt. Einem solchen Putativberechtigten gegenüber ist weder die Kondiktion noch, in Ansehung der vorhandenen Früchte, die Vindikation des Eigenthümers durch eine positive Ausnahmenvorschrift beschränkt, und zwar auch dann nicht, wenn bei dem Irrthume des vermeintlichen Berechtigten über sein Recht keinerlei Verschulden des Irrenden obwaltete; denn durch die positiven Vorschriften über den Fruchterwerb des Besitzers und über die Kondiktionsfreiheit desselben soll nur ein dem Nichteigenthume des Besitzers für diesen wie auch event. für den Detentor desselben sich ergebender Nachtheil abgewehrt werden. Eine Begünstigung des Inhabers der Sache, welcher sich irrtümlich ein Nut-

<sup>111</sup> Ibid., S. 791.

<sup>112</sup> Ibid., S. 791: „Das Mißverständnis, daß auch für den Inhaber, der für den Eigenthümer detenire, die nach den Vorschriften des Obligationenrechts eintretende Haftung in ähnlicher Weise ermäßigt erscheine, wie für die Haftung des Besitzers bestimmt sei, sei nicht zu befürchten und zu diesem Ende die Aufnahme einer verdeutlichenden Vorschrift nicht erforderlich.“

<sup>113</sup> Ibid., S. 792: „Man würde also auf dem vom Antrage eingeschlagenen Wege dazu gelangen, die ermäßigte Haftung des Vindikationsbeklagten für einen jeden zur Herausgabe einer Sache Verpflichteten eintreten zu lassen, welcher in Unkenntniß war über diese seine Verpflichtung [...]. Hiermit würde man aber viel zu weit gehen. Bei der Prüfung des Rechts zum Behalten und Benutzen fremder Sachen sei volle Sorgfalt zu verlangen gegenüber demjenigen, von welchem dieses Recht abgeleitet werde [...], während bei der Prüfung der Eigenthumsfrage eine solche zur Anwendung der Sorgfalt auffordernde Beziehung zwischen zwei Personen nicht gegeben sei.“

zungsrecht an derselben zuschreibt, gegenüber dem Eigentümer würde nicht gerechtfertigt sein.“<sup>114</sup>

Für den Fall, dass der redliche unverklagte Besitzer Verwendungen auf die Sache gemacht hatte, wurde die in § 930 Abs. 1 E I angeordnete Kondiktionsfestigkeit der von ihm gezogenen Nutzungen durch § 936 Abs. 2 E I<sup>115</sup> relativiert. Nach dieser Vorschrift sollte sich der Besitzer auf seinen Anspruch auf Verwendungsersatz den „Reinertrag“ der Nutzungen anrechnen lassen müssen, für die er nach § 930 Abs. 1 E I nicht hätte haften müssen. Zur Begründung verwiesen die Motive darauf, dass die aus Gründen der Billigkeit gewährte Kondiktionsfreiheit bezüglich der vom redlichen unverklagten Besitzer gezogenen Nutzungen „zur Unbilligkeit werden“ würde, wenn der Besitzer für seine Verwendungen auf die Sache in voller Höhe vom Eigentümer Ersatz verlangen könne. Zudem versprach man sich von der Anrechnung die „Abschneidung schwieriger und verwickelter Rechtsstreitigkeiten.“<sup>116</sup>

Bemerkenswert ist, dass ausweislich der veröffentlichten Protokolle die grundsätzliche Frage, ob es überhaupt angebracht ist, den redlichen unverklagten Besitzer pauschal von der Pflicht zum Nutzungsausgleich zu entbinden, von der ersten Kommission nicht diskutiert wurde. In den Motiven findet sich dazu lediglich folgende Aussage:

„Die regelmäßige Kondizirbarkeit der von dem Besitzer oder dessen Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt gezogenen Nutzungen würde zu einer Ueberspannung des Eigenthumsschutzes führen, zu den Vorschriften über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers nicht passen und eine schadensbringende Haftung ohne Verschulden des Haftenden entstehen lassen. Aus diesen Gründen läßt der Entw. nur nach den Ausnahmebestimmungen der folgenden §§ eine Haftung des Besitzers bzw. Inhabers eintreten.“<sup>117</sup>

Dabei handelt es sich nicht um eine Begründung, sondern um eine Aneinanderreihung von nicht belegten und auch nicht offenkundig richtigen Behauptungen.

### (3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers und Vermächtnisbeschwerten im E I

Während im E I der Wertungswiderspruch hinsichtlich der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes zwischen Bereicherungsrecht und Sachenrecht entschärft wurde, blieb die Diskrepanz zum Erbschaftsanspruch bestehen.

Die erste Kommission entschied sich dafür, den Erbschaftsbesitzer – in bewusster Abweichung von den Regelungen zum Nutzungsausgleich beim Eigentumsanspruch – in den Grenzen seiner fortbestehenden Bereicherung zum Ausgleich

<sup>114</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 224.

<sup>115</sup> § 936 Abs. 2 E I: „Auf den zu ersetzenden Betrag kommt der Reinertrag der gezogenen Nutzungen zum Abzug, soweit zu deren Herausgabe in Gemäßheit des §. 930 eine Verpflichtung nicht besteht.“ Siehe dazu *ibid.*, S. 229 ff.

<sup>116</sup> *Ibid.*, S. 231.

<sup>117</sup> *Ibid.*, S. 223.

für gezogene Nutzungen zu verpflichten. Zur Begründung für diese in § 2081 Nr. 4 E I<sup>118</sup> i. V. m. § 2083 E I<sup>119</sup> verankerte Regelung führte man an, dass einerseits eine Differenzierung zwischen Sachen und sonstigen Erbschaftsgegenständen im Hinblick auf die Pflicht zum Nutzungsausgleich nicht angemessen wäre, dass zum anderen aber eine umfassende Freistellung des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers mit Rücksicht auf die Interessen der Erbschaftsgläubiger nicht vertretbar sei.<sup>120</sup> Um die sich daraus ergebende Diskrepanz zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu rechtfertigen, argumentieren die Motive,<sup>121</sup> dass sich der redliche unverklagte Erbschaftsbesitzer und der redliche unverklagte Besitzer „einer einzelnen Sache“ im Hinblick auf gezogene Nutzungen in einer gänzlich unterschiedlichen Lage befänden. Allerdings bemühte sich die erste Kommission zumindest, diesen Gesichtspunkt etwas näher auszuführen und zu untermauern, als dies *von Schmitt* getan hatte. So verwies man darauf, dass der Erbschaftsbesitzer die Erbschaft im Interesse der Nachlassgläubiger zusammenhalten müsse.<sup>122</sup> Zudem müsse der Erbschaftsbesitzer damit rechnen, dass sein Erbrecht keinen Bestand habe. Demgegenüber träfe den Besitzer einer einzelnen Sache eine Nutzungsausgleichspflicht „ganz anders“, da „er eine solche Haftung in keiner Weise erwarten könn[e]“. <sup>123</sup> Warum der Besitzer *per se* stärker auf seine Stellung als Eigentümer der Sache vertrauen können sollte als ein Erbschaftsbesitzer, erschließt sich allerdings nicht.

Im Hinblick auf die in § 130 TE-ErbR vorgeschlagene Nutzungsausgleichspflicht des mit einem Vermächtnis Beschwerten sah sich die erste Kommission zunächst zu der Klarstellung genötigt, dass diese – entgegen der Annahme *von Schmitts* – keineswegs dem gemeinen Recht entspreche und auch die behauptete Übereinstimmung mit dem Sächsischen BGB nicht bestehe.<sup>124</sup> Dessen ungeachtet sollte der Beschwerte gemäß § 1878 E I<sup>125</sup> zumindest verpflichtet sein, gezogene Früchte herauszugeben. Die erste Kommission ging davon aus, dass dies im Regelfall dem Willen des Erblassers entspreche, da der Vollzug des letzten Willens in der

<sup>118</sup> § 2081 Nr. 4 E I: „Als Erbschaftsgegenstände im Sinne des §. 2080 gelten auch: 4. die Nutzungen aller Erbschaftsgegenstände, insbesondere die Nutzungen der Sachen, auch insoweit, als sie nicht zu den unter Nr. 2 bezeichneten Gegenständen gehören.“

<sup>119</sup> § 2083 E I: „Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außer Stande ist, finden die Vorschriften des §. 739, des §. 740 Abs. 1 und des §. 741 Abs. 1 entsprechende Anwendung.“

<sup>120</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, 1899, S. 314.

<sup>121</sup> Insoweit in Anschluss an *von Schmitt*, vgl. *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Erbrecht (§§ 1922–2385), 2002, S. 675.

<sup>122</sup> *Ibid.*, S. 675; *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, 1899, S. 314.

<sup>123</sup> *Ibid.*, S. 314.

<sup>124</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Erbrecht (§§ 1922–2385), 2002, S. 1332.

<sup>125</sup> § 1878 E I: „Der Anspruch aus einem Vermächtnisse, durch welches ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand zugewendet ist, umfaßt auch den Zuwachs und die von dem Gegenstande seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt.“ Siehe dazu *ibid.*, S. 1332 ff.



Regel eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen.<sup>126</sup> Für Gebrauchsvorteile sollte ein entsprechender Wille des Erblassers hingegen nicht angenommen werden können, ohne dass dies näher begründet worden wäre.<sup>127</sup> Die Frage, ob es sachgerecht ist, den Beschwerten bereits ab Anfall des Vermächtnisses zur Herausgabe bzw. Vergütung der Früchte zu verpflichten, selbst wenn er vom Anfall des Vermächtnisses keine Kenntnis hatte, wurde ausweislich der Protokolle von der ersten Kommission nicht erörtert.

*cc) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes im E II*

Auch die zweite Kommission unterzog die aus dem gemeinen Recht übernommenen Nutzungsausgleichstatbestände keiner grundsätzlichen Würdigung. Sie konkretisierte allerdings die Bemühungen der ersten Kommission zur Abmilderung des Wertungswiderspruchs zwischen Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

(1) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners im E II

Die mit der Vorbereitung der Arbeit der zweiten Kommission beauftragte Vorcommission des Reichsjustizamts hatte § 740 Abs. 2 E I mit geringfügigen Modifikationen gebilligt.<sup>128</sup> Während der Beratungen der zweiten Kommission war allerdings kein einziges Mitglied mit der Vorschrift einverstanden.

*Gustav von Mandry* beantragte,<sup>129</sup> die Freistellung des redlichen Bereicherungsschuldners von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf Gegenstände aller Art auszudehnen. Aus seiner Sicht handelte es sich hierbei um ein allgemeines Erfordernis der Billigkeit. Der redliche Inhaber eines Gegenstandes, der in Unkenntnis des bestehenden Herausgabeanspruchs die Nutzungen aus dem Gegenstand ziehe, solle hierdurch nicht zu Schaden kommen. Insofern sei es aufgrund der regelmäßig bestehenden Beweisschwierigkeiten zum Schutz des redlichen Bereicherungsschuldners nicht ausreichend, seine Haftung auf den Umfang der noch vorhandenen Bereicherung zu beschränken. Erforderlich sei es vielmehr, den redlichen Inhaber von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich gänzlich freizustellen. Dass der Bereicherungsschuldner insofern gegenüber dem Entreichereinwand punktuell zusätzlich privilegiert werde, sei aus Gründen der Praktika-

<sup>126</sup> *Ibid.*, S. 1333.

<sup>127</sup> *Ibid.*, S. 1333.

<sup>128</sup> § f Abs. 2: „Hat der Empfänger das Eigentum einer Sache oder einen Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich die Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer.“ Siehe *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 838 f. und vgl. *supra* S. 151 in Fn. 91.

<sup>129</sup> Nachweis der Urheberschaft des Antrags *ibid.*, S. 848.

bilität hinzunehmen.<sup>130</sup> Demgegenüber spielte der Gesichtspunkt des Gleichlaufs zwischen Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis für *von Mandry* erklärtermaßen nur eine untergeordnete Rolle.<sup>131</sup>

Die Überlegungen *von Mandrys* sind insofern bemerkenswert, als sie einen Versuch darstellen, aus den tradierten Denkmustern des gemeinen Rechts auszubrechen. *Von Mandry* verzichtet darauf, die im römischen Recht vorgesehene Privilegierung des redlichen Besitzers im Hinblick auf gezogene Nutzungen – wie es auch noch die erste Kommission getan hatte – mit gekünstelten Argumenten zur angeblich „besonderen“ Lage eines redlichen Besitzers einer Sache im Vergleich zu anderen redlichen Inhabern eines Gutes zu rechtfertigen. Er gelangt auf dieser Grundlage zu der Schlussfolgerung, dass die Privilegierung zu verallgemeinern sei. Umgekehrt folgt aus diesem neuen Ansatz jedoch auch, dass dann, wenn man *von Mandry* hinsichtlich seines materiellen Billigkeitsarguments nicht folgt und auch kein sonstiges Argument für eine Privilegierung anführen kann, die Begünstigung des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes konsequenterweise insgesamt – also auch für den Besitzer – aufgegeben werden müsste.<sup>132</sup>

Für die Mehrheit der zweiten Kommission war dies jedoch offenbar zu radikal. Man konzidierte *von Mandry* zwar, dass sein Vorschlag von seinem Ausgangspunkt konsequent sei, lehnte ihn aber dennoch ab.<sup>133</sup> Stattdessen beschloss man, den Verweis auf die Vorschriften zu den Nebenfolgen des Eigentumsanspruchs für rechtsgrundlos erlangte Sachen zu streichen, ohne jedoch zugleich die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers im Sachenrecht in Frage zu stellen.<sup>134</sup> Ganz offensichtlich fiel es der Kommissionmehrheit schwer, hierfür nachvollziehbare Argumente anzuführen. In den Protokollen findet sich zunächst die Feststellung, dass „die Mehrheit nicht der Analogie des Eigentumsanspruches, sondern der des Erbschaftsanspruches gefolgt“<sup>135</sup> sei. Die Begründung dafür, warum die eine Analogie der anderen gegenüber vorzugswürdig sein sollte, lautete wie folgt:

„Der Zweck, zu verhüten, daß, wer einen Gegenstand ohne Kenntniß eines gegen ihn begründeten Herausgabeanspruches habe, durch die Geltendmachung dieses Anspruchs zu Schaden komme, lasse sich in zweifacher Weise erreichen, entweder so, wie es im Entw. bezüglich des redlichen Besitzers durch die §§ 930, 936 geschehen sei, oder durch die Beschränkung des Herausgabe- oder Vergütungspflicht auf die Bereicherung, wie sie nach dem Entw. für den Erbschaftsanspruch gelte (§ 2083) und nach dem Beschlusse zu § 739 auch hier beibehalten sei. Wähle man aber letzteren Weg, dann müsse man in Höhe der

<sup>130</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1185.

<sup>131</sup> *Ibid.*, S. 1185.

<sup>132</sup> Siehe dazu näher infra 3. Teil:B.I.3, S. 454 ff. sowie *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 69 ff.

<sup>133</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1186.

<sup>134</sup> *Ibid.*, S. 1186. Auch wenn man an dieser Stelle keine ausführliche Beratung der sachenrechtlichen Problematik hätte vornehmen wollen, wäre es ohne weiteres möglich gewesen, diese Frage bewusst für einen spätere Bewältigung offen zu halten.

<sup>135</sup> *Ibid.*, S. 1186.

Bereicherung auch bezüglich der Nutzungen eine Verpflichtung zur Herausgabe oder Werthvergütung anerkennen (vgl. § 2081 Nr. 4), wenn anders man nicht dem Bereicherten einen ganz ungerechtfertigten Vorteil zuwenden, den Rückfordernden aber unbillig benachteiligen wolle.“<sup>136</sup>

Im Ausgangspunkt erklärte die zweite Kommission somit die jeweiligen Privilegierungen des redlichen unverklagten Besitzers und des redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners zu grundsätzlich äquivalenten Schutzmechanismen.<sup>137</sup> Die Freistellung des Besitzers von Schadensersatz- und Nutzungsausgleichspflichten, gekoppelt mit einer Beschränkung von Gegenansprüchen auf notwendige oder nützliche Verwendungen, sollte also ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten wie die Möglichkeit des Bereicherungsschuldners, sich auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen. Ausgehend von dieser Prämisse argumentierte die zweite Kommission für die Nutzungsausgleichspflicht des Bereicherungsschuldners mit der Notwendigkeit, die Symmetrie zwischen Vorteil und Nachteil bzw. Chance und Risiko zu wahren. Der Nachteil der Nutzungsausgleichspflicht bildete nach Auffassung der zweiten Kommission die unvermeidliche Kehrseite zum Vorteil des Entreicherungsseinwands.

Dieses Argument verliert jedoch an Überzeugungskraft, wenn man sich den Umfang dieses Vorteils vergegenwärtigt. Der Besitzer kann den kausal durch den Besitz der Sache verursachten Aufwand grundsätzlich nur dann beim Eigentümer liquidieren, wenn er gemäß den §§ 994 ff. BGB Verwendungsersatz verlangen kann oder es sich um nutzungsbedingten Aufwand i. S. v. § 102 BGB handelt.<sup>138</sup> Insofern gewährt der Entreicherungsseinwand dem Bereicherungsschuldner tatsächlich einen Vorteil.<sup>139</sup> Der Bereicherungsschuldner kann zudem mittels § 818 Abs. 3 BGB unter bestimmten Voraussetzungen auch Vermögensminderungen auf den Bereicherungsgläubiger abwälzen, die nicht an der Sache selbst eingetreten sind. Diese durch § 818 Abs. 3 BGB gewährten Vorteile sind nicht zu unterschätzen. Was allerdings die praktisch besonders bedeutsame Frage anbelangt, ob der redliche unverklagte Inhaber einer Sache für deren Beschädigung oder Zerstörung haftet, besteht kein relevanter Unterscheid zwischen der Privilegierung des Besitzers und des Bereicherungsschuldners. Auch der redliche unverklagte Eigenbesitzer haftet nicht für den Verlust oder die Verschlechterung der Sache.<sup>140</sup> Dies war auch schon im E I so vorgesehen.<sup>141</sup>

## (2) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers im E II

Die zweite Kommission befasste sich bei der Ausgestaltung der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers nur noch mit regelungstechni-

<sup>136</sup> Ibid., S. 1186.

<sup>137</sup> Siehe auch *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (145 f.).

<sup>138</sup> Siehe dazu auch *ibid.*, S. 146 f.

<sup>139</sup> Siehe dazu bereits *supra* 1. Teil: B.III.4, S. 93 f.

<sup>140</sup> § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

<sup>141</sup> In § 930 Abs. 1 E I, siehe *supra* S. 153 in Fn. 103.

schen Detailfragen.<sup>142</sup> Die grundsätzliche Weichenstellung zugunsten der Konditionsfestigkeit der gezogenen Nutzungen wurde ungeachtet der im Bereicherungsrecht vollzogenen Kehrtwende nicht mehr in Frage gestellt. Allerdings nahm die zweite Kommission noch eine Reihe von Änderungen vor, die sich für die spätere Rechtspraxis zum Teil als durchaus folgenschwer erweisen sollten.

Zu nennen ist zunächst die tatbestandliche Beschränkung der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers auf Fälle entgeltlicher Besitzerlangung.<sup>143</sup> Hiermit wollte man die Konsequenz aus der bereits an anderer Stelle getroffenen Grundsatzentscheidung für eine geringere Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs ziehen.<sup>144</sup> Zugleich schuf man damit unbewusst den dogmatischen Anknüpfungspunkt, dessen sich die Rechtsprechung später bedienen sollte, um den Wertungswiderspruch zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 Abs. 1, 2 BGB bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge zu überwinden: Bis zum heutigen Tag entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass ein rechtsgrundloser Besitzerwerb einem unentgeltlichen Besitzerwerb i.S.v. § 988 BGB gleichzustellen sei.<sup>145</sup>

Der E II weicht ferner insofern substantiell vom E I ab, als er Fremdbesitzer aller Art in das System der Nebenfolgenansprüche der Vindikation einbezieht. Der E I hatte – wie erläutert<sup>146</sup> – Fremdbesitzer, die dem Eigentümer den Besitz aufgrund eines unwirksamen dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnisses mittelten, bewusst ausgeklammert. In den Motiven war dies damit begründet worden, dass ein solcher Besitzer der in § 930 E I ausgesprochenen *Privilegierung* nicht bedürfe.<sup>147</sup> Die Protokolle der zweiten Kommission beziehen sich ausdrücklich auf diese Passage, nehmen dabei jedoch einen argumentativen Perspektivwechsel hin zur *Haftung* des dem Eigentümer den Besitz mittelnden Fremdbesitzers vor:

„Der Entw. regle die Haftung wegen Nutzungen und Schäden nur einerseits bezüglich des Eigenbesitzers (§ 931 Abs. 1), andererseits bezüglich des Besitzers in dem Falle, wenn ein Anderer als der Eigenthümer mittelbarer Besitzer ist (§ 932), nicht dagegen in dem Falle, wenn der Eigenthümer mittelbarer Besitzer ist. Diese Beschränkung der Regelung erscheine nicht begründet, insbes. auch nicht durch die Ausführungen der Mot. S. 402 (oben S. 224) unter 5. Schon nach dem Entw. mache es für die Anwendbarkeit des § 931 keinen Unter-

<sup>142</sup> Siehe *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 679.

<sup>143</sup> *Ibid.*, S. 679.

<sup>144</sup> *Ibid.*, S. 679. Die geringere Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs fand bspw. in einer von der zweiten Kommission beschlossenen Regelung Ausdruck, aus der später § 816 Abs. 1 S. 2 BGB hervorging. Eine Minderheit lehnte die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung mit dem Argument ab, dass es sich einmal um einen „positiven“ Schaden des Eigentümers handle, bezüglich der vom Besitzer gezogenen Nutzungen hingegen nur ein „entgangener Gewinn“ in Rede stehe.

<sup>145</sup> Grundlegend RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 ff. Siehe dazu *infra* 2. Teil:A.I.1.b)bb) (1), S. 170 f.

<sup>146</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.a)bb)(2), S. 152 ff.

<sup>147</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 224.

schied, ob der Eigenbesitzer seinen Besitz unredlicherweise von einem Dritten oder auf Grund eines nichtigen Kaufes und eines nichtigen Eigentumsübertragungsvertrages vom Eigenthümer erlangt habe. Es sei nicht abzusehen, weshalb der Eigenthümer nicht gegen den Besitzer, der weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen müsste, daß sein von dem Eigenthümer abgeleitetes Nießbrauchs-, Mieth- oder Pachtrecht wegen Nichtigkeit des Vertrages nicht bestehe, die gleichen Ansprüche haben sollte, wie gegen den unredlichen Besitzer, der sein angebliches Besitzrecht von einem Dritten ableitet.“<sup>148</sup>

Hieran ist bemerkenswert, dass neben unwirksamen Nutzungsüberlassungsverträgen auch die im Mittelpunkt des Wertungswiderspruchs zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 Abs. 1, 2 BGB stehende Fallkonstellation angesprochen wird: der Besitzerwerb des vermeintlichen Käufers auf der Grundlage eines unwirksamen Kaufvertrags bei gleichzeitigem Scheitern der Übereignung. Allerdings bleibt es bezüglich der Problematik des Nutzungsausgleichs bei der Fokussierung auf den unredlichen Besitzer. Zur Frage der Privilegierung des redlichen Besitzers bezüglich gezogener Nutzungen in dieser besonderen Konstellation nehmen die veröffentlichten Protokolle nicht ausdrücklich Stellung.<sup>149</sup> Demgegenüber wird ausführlich klargestellt, dass ein redlicher Fremdbesitzer im Falle einer schuldhaften Beschädigung oder Zerstörung der Sache – also in der Fallkonstellation des sogenannten „Fremdbesitzerexzesses“<sup>150</sup> – selbstverständlich nicht privilegiert sei.<sup>151</sup>

Die Denkschrift zum BGB geht nur noch kurz auf die Kondiktionsfestigkeit der Nutzungsziehung durch den redlichen unverklagten Besitzer ein:

„Abgesehen von den Fällen des § 974 [§ 990 BGB] ist der Besitzer vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit dem Eigenthümer der Regel nach weder für Nutzungen noch für Schäden verantwortlich (§ 977 Abs. 1). Diese Befreiung des redlichen Besitzers von der Haftpflicht ist durch die Billigkeit und das Bedürfnis des Verkehrs geboten und entspricht im Wesentlichen auch dem geltenden Rechte (ALR. I 7 §§ 189, 190, Code 549, 550, sächs. GB §§ 244, 308).“<sup>152</sup>

Im Ergebnis haben die Verfasser des BGB für die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers somit tatsächlich nicht mehr ins Feld geführt als die bestehende Rechtstradition sowie ein diffuses Billigkeitsgefühl. Dies ist als Begründung für eine Regelung, die sich in der Praxis als hochproblematisch erwiesen hat,<sup>153</sup> unzu-

<sup>148</sup> Ibid., S. 674.

<sup>149</sup> Siehe *ibid.*, S. 673 ff. Siehe ferner auch *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 801 ff. Für eine der ersten Stellungnahmen zu dieser Frage im Schrifttum siehe *Greiff*, in: *Planck* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1902, § 993 BGB Nr. 1.a).

<sup>150</sup> Siehe dazu *BeckOGK/Spohnheimer*, § 993 BGB Rn. 25 ff. (1.4.2018) m. w. N.

<sup>151</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 677 f. Eine von der zweiten Kommission beschlossene Vorschrift, die dies klargestellt hätte, wurde von der Redaktionskommission aus unbekanntenen Gründen wieder gestrichen. Siehe *Staudinger/Gursky*, Vorbem zu §§ 987–993 BGB Rn. 32 (August 2012).

<sup>152</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 978. Siehe im Vergleich dazu *ibid.*, S. 223.

<sup>153</sup> Siehe dazu bspw. *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 sowie ausführlich *infra* 2. Teil:A.I.1.b), S. 165 ff.

reichend. Vor diesem Hintergrund wird im dritten Teil der Untersuchung die *sachliche* Legitimation einer Freistellung des redlichen unverklagten Besitzers von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich einer eingehenden Prüfung unterzogen und im Ergebnis eindeutig verneint.<sup>154</sup>

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass die zweite Kommission die in § 936 Abs. 2 E I vorgesehene Anrechnung des Reinertrags der Nutzungen auf den Anspruch auf Verwendungsersatz durch die später in § 994 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Regelung ersetzte, wonach der Besitzer für die Zeit, für die ihm die Nutzungen verbleiben, die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen hat. Dies wurde damit begründet, dass eine Anrechnung des Reinertrags zu Berechnungsschwierigkeiten führen würde und zudem „häufig ungerecht“ sei. Als Beispiel führte die Kommission den Fall eines Besitzers eines Grundstücks an, der kurz vor der Herausgabe an den Eigentümer in gutem Glauben ein Gebäude auf dem Grundstück errichtet hatte „und sich nun auf die Baukosten die Nutzungen der letzten 20 Jahre, während welcher er das Grundstück in Besitz gehabt habe, anrechnen lassen solle.“<sup>155</sup> Offensichtlich hatte man in der zweiten Kommission noch nicht den engen Verwendungsbegriff des BGH antizipiert.<sup>156</sup>

### (3) Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers und Vermächtnisbeschwerten im E II

Die Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzers war in der zweiten Kommission nur noch ein Randthema. Die Nutzungsausgleichspflicht als solche wurde nicht hinterfragt. Man diskutierte lediglich darüber, ob der Erbe unmittelbar Eigentümer physischer Früchte werden sollte. Da diese dingliche Lösung der Mehrheit „zu hart“ erschien, entschied man sich dafür, den Erbschaftsbesitzer zunächst das Eigentum an den Früchten erwerben zu lassen und ihn lediglich schuldrechtlich im Rahmen einer bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichshaftung zur Übergabe und Übereignung der Früchte zu verpflichten.<sup>157</sup>

Wesentlich mehr Aufmerksamkeit widmete die zweite Kommission der Nutzungsausgleichspflicht des Vermächtnisbeschwerten. Zu § 1878 E I lagen fünf Änderungsanträge vor, von denen zwei dazu geführt hätten, dass die nach dieser Vorschrift vorgesehene „Fruchtausgleichspflicht“ des redlichen unverklagten Vermächtnisbeschwerten entfallen wäre. Nach einem Antrag sollte § 1878 E I ganz gestrichen werden, da es sich um eine „willkürliche und kasuistische“ Regelung handle. So sei nicht einzusehen, warum im Falle des Vermächtnisses eines Landhau-

<sup>154</sup> *Infra* 3. Teil:B.I.2, S. 440 ff.

<sup>155</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 678.

<sup>156</sup> Siehe dazu BGH, 26.2.1964, V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (158f.) Für einen Überblick über die Problematik des engen Verwendungsbegriffs sowie weitere Nachweise siehe BeckOGK/*Spohnheimer*, § 994 BGB Rn. 36 (1.4.2018).

<sup>157</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, 1899, S. 484.

ses mit Garten der Beschwerde zwar beides unentgeltlich benutzen können solle, für den Verzehr von Früchten des Gartens aber ersatzpflichtig werden solle. Auch auf den vermeintlichen Willen des Erblassers könne die Vorschrift nicht gestützt werden, da kein Grund dafür ersichtlich sei, warum der Erblasser gewollt haben könne, dass der Beschwerde anders als nach den allgemeinen Vorschriften hafte.<sup>158</sup> Die Mehrheit trat dem mit dem Argument entgegen, dass der Erblasser jedenfalls gewollt habe, dass der Vermächtnisnehmer den vermachten Gegenstand zeitnah nach dem Erbfall erhält. Für den Fall, dass es insofern zu Verzögerungen kommt, sei „es nicht billig, daß der aus der Verzögerung resultierende Gewinn dem Erben zufalle“<sup>159</sup>. Der Kommissionsmehrheit stand dabei der Fall vor Augen, dass es sich bei dem vermachten Gegenstand um ein Wertpapier handelt. Ihr ging es darum, den Vermächtnisbeschwerten nicht dadurch zu begünstigen, dass ihm aufgrund einer ihm zuzurechnenden Verzögerung der Erfüllung des Vermächtnisses die Erträge des Wertpapiers zufallen.<sup>160</sup> Die Beschränkung der Ausgleichspflicht auf Früchte rechtfertigte man damit, dass Gebrauchsvorteile nicht aufbewahrt werden könnten. Außerdem handle es sich um Annehmlichkeiten, „bei denen im Leben nicht auf den Geldwerth gesehen werde“<sup>161</sup> bzw. die nicht als Bereicherung angesehen würden.<sup>162</sup> Daher sei es sachgerecht, den Vermächtnisbeschwerten insofern nicht dazu zu verpflichten, ersparte Aufwendungen an den Vermächtnisnehmer auszukehren.

Nach einem weiteren Antrag sollte die Fruchtausgleichspflicht erst ab dem Zeitpunkt eintreten, zu dem der Beschwerde von dem Vermächtnis Kenntnis erlangt. Interessanterweise wurde zur Begründung angeführt, dass auf diese Weise ein Gleichlauf zur Behandlung des redlichen unverklagten Besitzers hergestellt würde. Die folgende Argumentation erhellt daher zugleich das für dessen Privilegierung immer wieder ins Feld geführte Billigkeitsargument. Es wurde auf den Fall verwiesen, dass das ein Vermächtnis enthaltende Testament erst mehrere Jahre nach Erbfall auftaucht. Wenn dann der Vermächtnisbeschwerte auf einen Schlag die Erträge der vermachten Wertpapiere herausgeben müsse, könne ihn das ruinieren. Denn regelmäßig sei davon auszugehen, dass solche Erträge nicht gespart, sondern im Rahmen einer gesteigerten Lebenshaltung konsumiert würden.<sup>163</sup> Dem hielt die Kommissionsmehrheit entgegen, dass solche Fälle sehr selten seien. Auch sei nicht einzusehen, warum der Vermächtnisbeschwerte besser gestellt werden sollte als ein Bereicherungsschuldner.<sup>164</sup>

<sup>158</sup> Ibid., S. 631. Äußerst kritisch hatte sich zuvor bereits im Schrifttum *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 90 zu der Vorschrift des Entwurfes geäußert.

<sup>159</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, 1899, S. 632.

<sup>160</sup> Ibid., S. 634.

<sup>161</sup> Ibid., S. 632.

<sup>162</sup> Ibid., S. 634.

<sup>163</sup> Ibid., S. 632.

<sup>164</sup> Ibid., S. 632.

Im Ergebnis beschloss die zweite Kommission daher, mit einigen kleineren Modifikationen an § 1878 E I festzuhalten. Die Vorschrift ging schließlich als § 2184 in das BGB ein.

*b) Umgang mit dem Wertungswiderspruch zwischen den §§ 987 ff. BGB und § 818 BGB bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge*

Der im BGB angelegte Wertungswiderspruch zwischen der Nutzungsausgleichspflicht des Besitzers und des Bereicherungsschuldners tritt besonders prominent und praxisrelevant in Erscheinung, wenn aufgrund eines unwirksamen gegenseitigen Vertrages entweder nur der Besitz einer Sache oder sowohl das Eigentum als auch der Besitz geleistet wurden. Im ersten Fall ist der Inhaber der Sache, solange er redlich und unverklagt ist, gemäß den §§ 987 ff. BGB grundsätzlich nicht verpflichtet, die aus der Sache gezogenen Nutzungen auszugleichen. Im zweiten Fall besteht hingegen eine bereicherungsrechtliche Pflicht zum Nutzungsausgleich. Daraus ergibt sich die Frage, warum der Nichtberechtigte, der beispielsweise aufgrund eines nichtigen Kaufvertrages das Eigentum an der Kaufsache erlangt hat, schärfer haften soll als derjenige, der nicht Eigentümer geworden ist, sei es, dass auch die Übereignung unwirksam war, sei es, dass die Übereignung von vornherein nicht zum Pflichtenprogramm des unwirksamen Vertrages gehörte, wie etwa bei Miet- oder Pachtverträgen.<sup>165</sup>

In der Frage, wie dieser Wertungswiderspruch zu bewältigen ist, bestand nach Inkrafttreten des BGB jahrzehntelang Rechtsunsicherheit (aa), bis das Reichsgericht 1940 in einer Grundsatzentscheidung dem bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichsmodell Vorrang einräumte (bb). Diese Weichenstellung, die zumindest im Ergebnis von der Literatur überwiegend mitgetragen wird, hat bis heute Gültigkeit. Allerdings zeigt sich an einer seit Jahrzehnten vertretenen Mindermeinung, dass der von der herrschenden Meinung praktizierte Umgang mit dem Wertungswiderspruch keinesfalls alternativlos ist (cc).

*aa) Unsicherheit im Umgang mit dem Wertungswiderspruch in den ersten vier Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB*

Es gibt genau drei Möglichkeiten, um mit dem Wertungswiderspruch umzugehen: Man kann ihn entweder hinnehmen oder zugunsten eines Vorrangs entweder des Nutzungsausgleichsregimes des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses oder des Bereicherungsrechts auflösen. In den ersten vier Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB schlingerte die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Frage orientierungslos zwischen den ersten beiden Lösungsmöglichkeiten hin und her. Nachdem es zunächst eine Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB gegenüber den §§ 812 ff. BGB postuliert hatte (1), gab es diesen Grundsatz in einer späteren Entscheidung

<sup>165</sup> Für einen ein nichtiges Pachtverhältnis betreffenden Fall siehe bspw. RG, 3.7.1933, VIII 458/32, RGZ 141, 310ff.



faktisch auf (2). Bereits kurze Zeit später kehrte das Reichsgericht jedoch wieder zur alten Linie zurück und ließ den rechtsgrundlosen Besitzer – getreu dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB – auch dann in den Genuss der Privilegierung bezüglich gezogener Nutzungen kommen, wenn ihm der Besitz aufgrund eines unwirksamen Vertrages vom Eigentümer geleistet wurde (3). Doch auch damit war noch nicht das letzte Wort gesprochen, da sich das Reichsgericht binnen kürzester Zeit daran machte, auch diese Entscheidung wiederum zu relativieren (4).

#### (1) Frühe Grundsatzentscheidung für Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB

Die erste Entscheidung, in der sich das Reichsgericht grundsätzlich zum Verhältnis der §§ 987 ff. BGB zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen äußerte, erging 1912 und betraf einen wegen Geschäftsunfähigkeit des Verkäufers nichtigen Grundstückskaufvertrag. Das Grundstück war an den Käufer übergeben worden. Eine Auflassung war nicht erfolgt. Im Hinblick auf einen vermeintlichen Anspruch des Käufers auf Verwendungersatz hatte das Berufungsgericht angenommen, dass bereicherungsrechtliche Ansprüche in freier Konkurrenz neben die §§ 994 ff. BGB treten können. Dem trat der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts entgegen und stellte klar, dass die Wertungen der §§ 987 ff. BGB nicht durch das Bereicherungsrecht konterkariert werden dürfen:

„Ist auf Grund des § 987 flg. eine eingetretene Vermögensverschiebung nicht auszugleichen, hat also ein Besitzer gezogene Nutzungen nicht herauszugeben oder ein Eigentümer Verwendungen nicht zu ersetzen, so bilden die Gesetzesbestimmungen, die dies vorschreiben, zugleich den rechtlichen Grund für die Vermögensverschiebung, so daß in einem solchen Falle der Tatbestand einer ungerechtfertigten Bereicherung überhaupt nicht gegeben ist.“<sup>166</sup>

Indem das Gericht *obiter dictum* die Auffassung vertrat, dass die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers hinsichtlich gezogener Nutzungen einen *Rechtsgrund* für deren Erwerb in sich trage, war einer konkurrierenden bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht die Grundlage entzogen.

Ohne dass sich das Gericht hierzu ausdrücklich geäußert hätte, lief diese Entscheidung darauf hinaus, den Wertungswiderspruch bezüglich des Nutzungsausgleichs hinzunehmen. Diese Haltung fand auch im Schrifttum Zustimmung.<sup>167</sup>

#### (2) Problematische Relativierung der Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB

1930 relativierte der IV. Zivilsenat seine eigene Entscheidung aus dem Jahr 1912 in einer Weise, die faktisch einer Aufgabe des Grundsatzes der Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB gleichkam.<sup>168</sup> Der Fall betraf ein Grundstück, das aufgrund eines nichtigen Verkaufsangebots übergeben und vom Kaufinteressenten mehr als drei

<sup>166</sup> RG, 1.4.1912, IV 367/11, JW 1912, 690 (691).

<sup>167</sup> Siehe bspw. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 284. Ohne Differenzierung für eine uneingeschränkte Privilegierung des Besitzers entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes bspw. Affolter, Das Fruchtrecht, 1911, S. 194.

<sup>168</sup> RG, 23.6.1930, IV 251/29, RGZ 129, 307 ff.

Jahre lang genutzt worden war. Im Gegenzug leistete er die im Verkaufsangebot als Gegenleistung geforderten Rentenzahlungen. Eine Auflassung war nicht erfolgt. Nach Rückgabe des Grundstücks klagte der Kaufinteressent auf Rückzahlung der von ihm geleisteten Zahlungen. Die Vorinstanzen hatten es abgelehnt, diesen Anspruch um einen Gegenanspruch der verhinderten Verkäuferin und Eigentümerin auf Nutzungsausgleich zu kürzen, da sie von einer exklusiven Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB ausgingen und der Kaufinteressent während der Zeit seines Besitzes weder bösgläubig i. S. v. § 990 BGB noch verklagt war. Der IV. Zivilsenat sprach der Eigentümerin hingegen einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Nutzungsausgleich zu. Am von ihm in seiner früheren Entscheidung postulierten Grundsatz der ausschließlichen Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB hielt er nur für den Fall fest, dass der „Eigentümer wirklich mit der Eigentumsklage aus § 985 BGB. gegen den Besitzer vorgeht“<sup>169</sup>. Dass dieser Ansatz problematisch ist, ist offensichtlich.<sup>170</sup>

Der VI. Zivilsenat schreckte davor zurück, sich für eine freie Konkurrenz der §§ 987 ff. und der §§ 812 ff. BGB auszusprechen. Stattdessen sollte maßgeblich sein, auf welche konkrete Anspruchsgrundlage sich die Parteien beriefen. Dadurch war arbiträren Entscheidungen Tür und Tor geöffnet. Dies zeigte sich bereits ein Jahr später, als der VI. Zivilsenat in einem vergleichbaren Fall einen Anspruch des Eigentümers auf Nutzungsausgleich gegen den Besitzer, dem er den Besitz aufgrund eines unwirksamen Kaufvertrages geleistet hatte, verneinte.<sup>171</sup>

*Beispiel 11 (Fortsetzung von Beispiel 8)*<sup>172</sup>

*A verkaufte und übereignete 1922 ein an einen Landwirt verpachtetes Landgut an B. Der Kaufpreis wurde zu niedrig beurkundet. Aufgrund einer erforderlichen behördlichen Genehmigung, die für den tatsächlich geschlossenen Kaufvertrag nicht erfolgt war, waren Kaufvertrag und Auflassung unwirksam. A erhob 1928 Klage gegen B und verlangte Grundbuchberichtigung, Herausgabe des Grundstücks sowie Auszahlung der seit 1922 vereinnahmten Pachtzinsen.*

Das Reichsgericht bestätigte die Vorinstanzen, nach denen der Beklagte erst ab Rechtshängigkeit gemäß § 987 Abs. 1 BGB zum Nutzungsausgleich und damit zur Auskehrung der vereinnahmten Pachtzinsen verpflichtet war. Es ließ dahinstehen, ob der Beklagte überhaupt mittelbarer Besitzer geworden und daher gemäß § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtet war. Jedenfalls habe der Kläger mit § 894 BGB einen dinglichen Anspruch geltend gemacht, auf den die §§ 987 ff. BGB entsprechend anwendbar seien. Daher sah sich der VI. Zivilsenat insofern im Einklang mit der Entscheidung des IV. Zivilsenats aus dem Vorjahr. Es half dem Kläger auch nichts, dass er im Vorprozess hilfsweise einen Bereicherungsanspruch auf Rückgabe und Rückauflassung geltend gemacht hatte, da nach diesem nicht erkannt worden war. Hätte sich der Kläger dagegen von vornherein darauf festgelegt, die Buchposition zu kondizieren, statt den Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB

<sup>169</sup> Ibid., S. 311: „Im vorliegenden Fall [ist] weder aus dem vorgetragenen Streitstoff noch aus den im Vorprozeß ergangenen Urteilen zu entnehmen, daß die Beklagte andere als Bereicherungsansprüche gegen den Kläger erhoben hätte.“

<sup>170</sup> Siehe auch die Kritik durch RG, 5.3. und 9.7.1932, V 74/30, RGZ 137, 206 (210f.).

<sup>171</sup> RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 (286).

<sup>172</sup> Supra S. 121.

geltend zu machen, so wäre nach der Logik beider Senate ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Nutzungsausgleich in Betracht gekommen.

Kurz darauf bekräftigte der VI. Zivilsenat nochmals ausdrücklich die grundsätzliche Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB in einem Fall, in dem ein Grundstückskaufvertrag nach Übergabe des Grundstücks daran scheiterte, dass der Käufer in Konkurs fiel und der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages verweigerte.<sup>173</sup>

### (3) Rückkehr zur Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB

Die arbiträre Differenzierung danach, ob der Eigentümer seinen Herausgabeanspruch ausdrücklich auf § 985 BGB oder auf § 812 Abs. 1 BGB stützt, war auf Dauer nicht haltbar. In dieser Situation unternahm 1932 der V. Zivilsenat den Versuch, den schwelenden Konflikt durch eine Rückkehr zur Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB gegenüber bereicherungsrechtlichen Ansprüchen zu beenden.<sup>174</sup>

In dem zu entscheidenden Fall waren wiederum sowohl der Kaufvertrag über mehrere Grundstücke als auch die zugehörigen Auflassungen mangels einer erforderlichen behördlichen Genehmigung unwirksam. Im Hinblick auf die Frage, ob der redliche Besitzer der Grundstücke im vorliegenden Fall Ausgleich für die vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen schuldete, lehnte der V. Zivilsenat das vom IV. Zivilsenat entwickelte Modell mit der Begründung ab, dass danach die Frage nach der Anwendbarkeit entweder der §§ 987 ff. oder der §§ 812 ff. BGB ins Belieben des Klägers oder – falls sich dieser nicht festlegt – des Richters gestellt werde.<sup>175</sup> Nachdem sowohl der IV. als auch der VI. Senat auf Anfrage erklärt hatten, an ihrer Rechtsprechung nicht mehr festhalten zu wollen, stellte der V. Zivilsenat „als nunmehr einheitliche Auffassung“ zum Verhältnis der beiden Normenkomplexe Folgendes fest:

„[S]oweit es sich bei der Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer um den Umfang der Herausgabepflicht des Besitzers in Ansehung der gezogenen Nutzungen handelt, stellen die §§ 987 flg. BGB eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 flg., diese ausschließend, vorgeht.“<sup>176</sup>

Zur Begründung beruft sich der V. Zivilsenat auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und zitiert die Passage in den Motiven zu § 930 E I, dem späteren § 993 BGB, wonach eine Kondizierbarkeit der Nutzungen den Eigentumsschutz überspannen würde. Hieran habe auch die zweite Kommission festgehalten.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> RG, 1.2.1932, VI 472/31, RGZ 135, 167 (173).

<sup>174</sup> RG, 5.3. und 9.7.1932, V 74/30, RGZ 137, 206 ff. Kritisch *Reinhardt*, ZAKdR 1938, 508 (509).

<sup>175</sup> RG, 5.3. und 9.7.1932, V 74/30, RGZ 137, 206 (210 f.).

<sup>176</sup> *Ibid.*, S. 210.

<sup>177</sup> *Ibid.*, S. 210 f. Siehe zu diesem Gesichtspunkt *supra* S. 156.

## (4) Erneute Relativierung der Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB

Bereits binnen eines Jahres zeigte sich, dass es dem V. Zivilsenats nicht gelungen war, den Konflikt zu befrieden. Das Spannungsverhältnis zwischen den §§ 987 ff. BGB und den §§ 812 ff. BGB in der Frage des Nutzungsausgleichs erwies sich als zu stark.

Diesmal war es der VIII. Zivilsenat, der einen neuen Vorstoß zur Relativierung der in den §§ 987 ff. BGB angelegten Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers bei der Rückabwicklung unwirksamer Verträge unternahm. Der Senat hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem sich ein Pachtvertrag über ein Landgut als nichtig herausgestellt hatte, nachdem der Vertrag bereits mehrere Monate lang durchgeführt worden war.<sup>178</sup> Der Senat akzeptierte zwar, dass der Verpächter/Eigentümer keinen Anspruch gegen den Pächter/Besitzer auf Ausgleich der während der Besitzzeit gezogenen Nutzungen hat, solange letzterer weder auf Herausgabe verklagt noch bösgläubig i. S. v. § 990 BGB ist.<sup>179</sup> Dessen ungeachtet sei aber der Bereicherungsanspruch des Besitzers auf Rückzahlung einer aufgrund des nichtigen Vertrages an den Eigentümer geleisteten Zahlung – zuzüglich der aus dem geleisteten Geld gezogenen Nutzungen – um den Wert der Nutzungen zu kürzen, die dem Eigentümer während der Zeit entgangen sind, während derer er aufgrund des nichtigen Pachtvertrages nicht im Besitz des Landgutes war.<sup>180</sup>

Vier Jahre später schloss sich der V. Zivilsenat dieser Rechtsprechung in einem Fall an, in dem ein mit einer Dampfmaschine bebautes Grundstück aufgrund eines formnichtigen Kaufvertrages übergeben und über zwei Jahre lang vom Käufer genutzt worden war. Dementsprechend musste sich der Käufer im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Gesamtsaldierung eine Kürzung seines Bereicherungsanspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises um den Betrag gefallen lassen, der dem Verkäufer durch das Nichtbetreiben der Dampfmaschine entgangen war.<sup>181</sup>

Ungeachtet des konzeptionellen Unterschieds zwischen vom Besitzer gezogenen und dem Eigentümer entgangenen Nutzungen<sup>182</sup> bezweckte das Reichsgericht mit dieser Rechtsprechung offensichtlich, die innerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse als unbillig empfundene Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers nach den §§ 987 ff. BGB zu korrigieren.<sup>183</sup> Im Übrigen wurde der Unterschied zwischen den unterschiedlichen Vermögensperspektiven auch dadurch relativiert, dass das Reichsgericht bei der Ermittlung des Wertes der dem Eigentümer entgangenen Nutzungen den Wert der vom Besitzer tatsächlich gezogenen Nutzungen zugrunde legte.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> RG, 3.7.1933, VIII 458/32, RGZ 141, 310 ff.

<sup>179</sup> Ibid., S. 312.

<sup>180</sup> Ibid., S. 311 f.

<sup>181</sup> RG, 2.10.1937, V 77/37, JW 1937, 3158.

<sup>182</sup> Siehe dazu supra 1. Teil:C.I.1, S. 104 ff.

<sup>183</sup> In diesem Sinne auch RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (351); *Müller-Freienfels*, JherJb 89 (1941), 345 (347); *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (144).

<sup>184</sup> RG, 3.7.1933, VIII 458/32, RGZ 141, 310 (312). Siehe insofern auch die Formulierung bei

*bb) Entscheidung zugunsten des bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichsmodells*

Wie das gequälte Hin und Her der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB gezeigt hatte, ließ sich der Wertungswiderspruch zwischen den §§ 987 ff. und den §§ 812 ff. im Hinblick auf die Nutzungsausgleichspflicht des redlichen unverklagten Besitzers bei der Rückabwicklung unwirksamer Verträge nicht dauerhaft durchhalten. Das Spannungsverhältnis musste in die eine oder andere Richtung aufgelöst werden. Den gordischen Knoten durchschlug schließlich 1940 der Große Zivilsenat des Reichsgerichts, indem er die Erlangung des Besitzes aufgrund einer rechtsgrundlosen Leistung mit einem unentgeltlichen Besitzerwerb i. S. v. § 988 gleichstellte (1). Das Schrifttum spricht sich stattdessen überwiegend für eine Durchbrechung der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses aus, gelangt aber trotz des unterschiedlichen konstruktiven Ansatzes zum gleichen Ergebnis (2).

(1) Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ in § 988 BGB durch die Rechtsprechung

Der von der Rechtsprechung in den 1930er Jahren gewählte Weg, das Spannungsverhältnis durch eine faktische Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich über den Umweg einer Entreicherung des Eigentümers um entgangene Nutzungen zu mildern, litt – neben der problematischen impliziten Gleichsetzung tatsächlich gezogener und entgangener Nutzungen – vor allem unter einer zentralen Schwäche: Er versagt, wenn der Eigentümer vorgeleistet hatte, wenn also der Besitzer seine Gegenleistung noch nicht – oder nicht in einem für die Gegenrechnung der entgangenen Nutzungen ausreichenden Maße – erbracht hat.<sup>185</sup> Durch einen solchen Fall wurde die Rechtsprechung gezwungen, sich schon Ende der 1930er Jahre erneut mit der Problematik des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung unwirksamer Verträge zu befassen.

*Beispiel 12*<sup>186</sup>

*Der hochbetagte A verkaufte B ein Landgut gegen Gewährung einer Rente. Die Übergabe erfolgte am 1.6.1937. Anschließend bewirtschaftete B das Landgut und brachte insbesondere die Rübenenernte ein, die er bei der örtlichen Zuckerrübenfabrik ablieferte. Kurz darauf wurde A wegen „Altersschwachsinn“ entmündigt. Der Kaufvertrag war wegen Geschäftsunfähigkeit des A nichtig. Am 27.11.1937 gab B das Landgut an die Tochter T des zwischenzeitlich verstorbenen A heraus. Eine Auflassung war noch nicht erfolgt. T und B streiten darum, wem die von der Zuckerrübenfabrik für die Ernte zu zahlenden Rübelgelder zustehen. Ob B aufgrund des Kaufvertrages überhaupt Zahlungen an A geleistet hat, steht nicht fest.*

---

RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (351): „[...] den zurückgeforderten Pachtzins oder Kaufpreis um den Wert der von dem Besitzer gezogenen und dem Eigentümer entgangenen Nutzungen zu kürzen.“

<sup>185</sup> Wieling, AcP 169 (1969), 137 (144).

<sup>186</sup> Basierend auf RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 ff.

In diesem Fall trat der Wertungswiderspruch ungemildert zu Tage, da der Kunstgriff der Rechtsprechung zur Relativierung der Begünstigung des Besitzers mittels einer bereicherungs-mindernden Anrechnung der dem Eigentümer entgangenen Nutzungen mangels (ausreichender) Leistungen des Besitzers an den Eigentümer versagte.

Der V. Zivilsenat entschloss sich, diese Gelegenheit zu nutzen, um mittels einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen den Wertungswiderspruch endgültig zugunsten des Vorrangs des bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichsmodells zu überwinden. Zur Erreichung dieses Ziels bot der V. Zivilsenat dem Großen Senat in Gestalt seiner Vorlagefragen<sup>187</sup> zwei konstruktive Lösungsansätze an: Erstens die Gleichstellung des rechtsgrundlosen Erwerbs des Besitzes mit einem unentgeltlichen Erwerb i. S. v. § 988 BGB und zweitens die Durchbrechung der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zugunsten einer Leistungskondition.

Der Große Zivilsenat hielt sich nicht lange mit der Frage auf, wie die Entscheidung in der Sache ausfallen musste. Er verglich den Fall eines nichtigen Kaufvertrages, aufgrund dessen die Kaufsache wirksam übereignet worden ist, mit dem Fall, dass auch die Übereignung unwirksam ist. Obwohl dem Vorteil des redlichen unverklagten Besitzers, für gezogene Nutzungen nach den §§ 987 ff. BGB grundsätzlich keinen Ausgleich zu schulden, der Nachteil gegenüberstand, sich nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen zu können, nicht mehr bereichert zu sein, kam der Große Zivilsenat zu dem Schluss, dass sich durch einen Verzicht auf Nutzungsausgleich „in aller Regel eine durch nichts gerechtfertigte Schlechterstellung des Eigentümers im Vergleich [zum Bereicherungsgläubiger]“<sup>188</sup> ergeben würde.

Der weit überwiegende Teil der Entscheidung ist der Begründung des gewählten konstruktiven Ansatzes gewidmet: der Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ in § 988 BGB. Diese Möglichkeit war erstmals vom IV. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 23.6.1930 *obiter dictum* erwogen worden,<sup>189</sup> anschließend aber vom V. Zivilsenat verworfen worden.<sup>190</sup> Die Begründung des Großen Zivilsenats, warum dem Weg über § 988 BGB der Vorzug gebühre, beschränkt sich im Kern auf die Feststellung, dass die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses „eine feste einheitliche Rechtsprechung“ des Reichsgerichts darstelle, die sich neben Nutzungen auch auf Verwendungen und Schadensersatz beziehe.<sup>191</sup> Der BGH ist der Entscheidung des Großen Zivilsenats des Reichsgerichts zur Gleichsetzung von „rechtsgrundlos“ und „unentgeltlich“ in § 988 BGB bereits

---

<sup>187</sup> Ibid., S. 349: „1. Hat ein Grundstückskäufer, dem der Verkäufer das Grundstück auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages übergeben hat, den Besitz am Grundstück unentgeltlich erlangt (§ 988 BGB)? Verneinendenfalls: 2. Ist ein solcher Käufer in Ansehung von Früchten, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft und in gutem Glauben an sein Besitzrecht gezogen hat, gegen Herausgabe-, Wertersatz- und Verrechnungsanspruch des Grundstückseigentümers geschützt (§ 993 BGB)?“

<sup>188</sup> Ibid., S. 350.

<sup>189</sup> RG, 23.6.1930, IV 251/29, RGZ 129, 307 (312).

<sup>190</sup> RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 (286).

<sup>191</sup> RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (352).

in einer Entscheidung aus dem Jahr 1952 implizit gefolgt<sup>192</sup> und hält daran seither in ständiger Rechtsprechung fest.<sup>193</sup>

Zur Kritik an der Gleichsetzung von „rechtsgrundlos“ und „unentgeltlich“ in § 988 BGB im Allgemeinen und an den vom Großen Zivilsenat zu ihrer Begründung vorgebrachten Argumenten ist schon vieles geschrieben worden, das an dieser Stelle nicht wiederholt werden soll.<sup>194</sup> Sehr populär ist insbesondere der Einwand, dass hierdurch die in den §§ 987 ff. BGB nach dem Wortlaut des Gesetzes angelegte Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers so stark ausgehöhlt werde, dass ihr faktisch kein Anwendungsbereich mehr verbleibe.<sup>195</sup>

## (2) Präferenz der Literatur für Zulassung einer Leistungskondition des Eigentümers

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum folgt der Rechtsprechung überwiegend im Ergebnis, bevorzugt als konstruktiven Weg jedoch die Zulassung einer Leistungskondition des Eigentümers gegen den Besitzer.<sup>196</sup> Die Einzelheiten sind wiederum umstritten. Ein Teil des Schrifttums will schlicht die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses durchbrechen, um die Leistungskondition anwenden zu können.<sup>197</sup> Nach anderer Ansicht sollen die §§ 987 ff. BGB hingegen bei

<sup>192</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (218).

<sup>193</sup> BGH, 28.6.1961, V ZR 75/60, WM 1961, 1149 (1151); BGH, 9.7.1982, V ZR 64/81, NJW 1983, 164 (165); BGH, 14.7.1995, V ZR 45/94, NJW 1995, 2627 (2628); BGH, 5.3.2010, V ZR 106/09, BGHZ 184, 358 (363 f.).

<sup>194</sup> Siehe bspw. *Lange*, JZ 1964, 640; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 226 f.; *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff – Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, 2002, S. 550; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 228; *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 75.

<sup>195</sup> *Müller-Freienfels*, JherJb 89 (1941), 345 (348); *Flume*, Festschrift Niedermeyer, 1953, 103 (169); *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (143).

<sup>196</sup> *Caemmerer*, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154 f.) in Fn. 42; *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 250 f.; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 153 f.; *Staudinger/Gursky*, Vorbem zu §§ 987–993 BGB Rn. 48 (August 2012); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, S. 125; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 229; *Wilhelm*, Sachenrecht, 2016, Rn. 1279; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 229; *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 569; *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 108; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 265; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 670 ff.; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 152; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 178; *Michalski*, FS Gitter, 577 (595 f.); *Siebert*, DGWR 1940, 241 ff. Der Rechtsprechung zustimmend bspw. *Blumenberger*, DGWR 1941, 76 f. So wohl auch *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 150.

<sup>197</sup> *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003

Rückabwicklung unwirksamer Verträge generell vom Bereicherungsrecht verdrängt sein.<sup>198</sup> Einige Autoren fordern, dass die Rückabwicklung nichtiger Verträge ausschließlich nach Bereicherungsrecht erfolgen müsse. Für den Fall, dass auch eine aufgrund eines unwirksamen Vertrages vorgenommene Übereignung einer Sache unwirksam ist, soll daher die Leistungskondition sowohl den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB als auch die Nebenfolgen der Vindikation §§ 987 ff. BGB insgesamt verdrängen.<sup>199</sup> Nach anderer, etwas weniger weitgehender Ansicht soll die Leistungskondition hingegen nicht die Vindikation selbst, sondern nur die §§ 987 ff. BGB verdrängen.<sup>200</sup>

Für den Fall, dass der Eigentümer selbst den Besitz geleistet hat, macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob der Besitzer nach § 988 BGB i. V. m. § 818 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist oder nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i. V. m. § 818 BGB.<sup>201</sup> Die unterschiedlichen konstruktiven Ansätze von Rechtsprechung und Literatur wirken sich nur außerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse auf die Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich aus.

### *cc) Mindermeinung für Verallgemeinerung des Nutzungsausgleichsmodells des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses*

Der Rechtsprechung fällt das unbestreitbare Verdienst zu, den Wertungswiderspruch zwischen der Nutzungsausgleichspflicht eines redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners und eines redlichen unverklagten Besitzers entschärft zu haben. Seit 1940 herrscht in der Frage, ob der Besitzer einer Sache bei der Rückabwicklung eines unwirksamen gegenseitigen Vertrags zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, Rechtssicherheit.

---

BGB, 1966, S. 250f.; Staudinger/*Gursky*, Vorbem zu §§ 987–993 BGB Rn. 48 (August 2012); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, S. 125; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 229; *Wilhelm*, Sachenrecht, 2016, Rn. 1279. In diesem Sinne auch *Reinhardt*, ZAKdR 1938, 508 (509); *König*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band II, 1981, II, 1515 (1543 ff.). Daneben werden auch noch weitere Ansätze vertreten, die Unterschiede im Detail aufweisen. Siehe bspw. *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 229; *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 569.

<sup>198</sup> *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 108; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 265; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 670ff.; *Michalski*, FS Gitter, 577 (595 f.); *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 178; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 152.

<sup>199</sup> Siehe bspw. *Michalski*, FS Gitter, 577 (595 f.); *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 178.

<sup>200</sup> *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 108; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 265; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 670ff.

<sup>201</sup> LG Gießen, 25.1.1995, 1 S 539/94, NJW-RR 1995, 687; MüKo/*Raff*, § 988 BGB Rn. 8.



Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit das Fehlen eines legislatorischen Gesamtkonzepts für die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs, das zur Entstehung des Wertungswiderspruchs geführt hat, „geheilt“ worden wäre. Dies setzte voraus, dass die von der Rechtsprechung gewählte und von der überwiegenden Auffassung in der Literatur zumindest im Ergebnis mitgetragene Lösung alternativlos ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Wertungswiderspruch zwischen dem Nutzungsausgleichsregime des Bereicherungsrechts und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses lässt sich in zweifacher Weise auflösen: zugunsten einer generellen Nutzungsausgleichspflicht oder zugunsten einer generellen Privilegierung des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes. Letzteres wird seit Jahrzehnten von einer Mindermeinung im Schrifttum gefordert.

Erstmals prominent vertreten wurde ein genereller Verzicht auf den Ausgleich von Nutzungen bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge 1969 von *Hans Josef Wieling*.<sup>202</sup> Dreh- und Angelpunkt der Argumentation *Wielings* ist die von der zweiten Kommission vertretene Auffassung, wonach die für den redlichen unverklagten Inhaber einer Sache im Bereicherungsrecht und im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorgesehenen Schutzmechanismen grundsätzlich gleichwertig sind.<sup>203</sup> Wie bereits erläutert, ist die zweite Kommission davon ausgegangen, dass die Haftung des Bereicherungsschuldners auf Nutzungsausgleich im Kombination mit der Möglichkeit, sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen, dem Bereicherungsschuldner einen zwar nicht inhaltsgleichen, aber vergleichbaren Schutz biete wie die gänzliche Befreiung des Besitzers von der Nutzungsausgleichspflicht. *Wieling* räumt zwar ein, dass die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus zweifelhaft erscheinen möge, da auch der redliche unverklagte Besitzer für den Verlust der Sache nicht haftet. Er hält jedoch die Besserstellung des Bereicherungsschuldners durch den Entreicherungsseinwand<sup>204</sup> bezüglich Vermögensminderungen, die nicht an der Sache selbst eintreten, für ausreichend, um die Wertung der zweiten Kommission grundsätzlich zu akzeptieren.<sup>205</sup>

Auf dieser Grundlage entfaltet *Wieling* eine Argumentationskette, über die er in vier Schritten zu dem Ergebnis gelangt, dass bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge dem Bereicherungsschuldner die Nutzungen unabhängig davon zu belassen seien, ob er Eigentum und Besitz oder nur den Besitz an der zurückzugewährenden Sache erworben hat.<sup>206</sup> In einem ersten Schritt stellt Wie-

---

<sup>202</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137. Vereinzelt findet sich in der Literatur schon zuvor Äußerungen, die in diese Richtung gehen. So hat *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, 1936, S. 56 in einer Fußnote (Nr. 199) mit einer ähnlichen Begründung wie *Wieling* gefordert, dem Besitzer die Nutzungen zu belassen. Er ging jedoch noch nicht so weit, eine Anwendung der §§ 987 ff. BGB auch auf den Bereicherungsschuldner, dem die Sache wirksam übereignet worden war, zu fordern. Siehe auch *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 98.

<sup>203</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)cc)(1), S. 158 ff.

<sup>204</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)cc)(1), S. 158 ff.

<sup>205</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (146).

<sup>206</sup> *Ibid.*, S. 155 f.

ling die Prämisse auf, dass der Gesetzgeber den redlichen unverklagten Rückabwicklungsschuldner jedenfalls in den Genuss eines dieser Schutzmechanismen kommen lassen wollte.<sup>207</sup> Der zweite Schritt besteht in der Feststellung, dass der Besitzer gegenüber dem Bereicherungsschuldner durch die Anwendung der Saldotheorie benachteiligt werde: Der Bereicherungsschuldner müsse die Sache nur zurückgeben, wenn er seine Leistung zurückerhält, während der Besitzer stets der Vindikation des Eigentümers ausgesetzt sei.<sup>208</sup> Um diese Ungleichbehandlung zu beenden, fordert *Wieling* im dritten Schritt, die Saldotheorie durch die entsprechende Anwendung des § 323 BGB a.F. zu ersetzen: Jede Partei könne ihre Leistung danach nur dann nach § 812 Abs. 1 BGB zurückfordern, wenn sie die Gegenleistung zurückgibt, ohne dass es auf die Frage ankäme, ob der Bereicherungsschuldner Eigentümer einer geleisteten Sache geworden ist oder nicht.<sup>209</sup> Da danach bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge eine Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB bezüglich der ausgetauschten Leistungen ausgeschlossen ist, ergibt sich zwanglos als vierter Schritt, der den Kreis schließt, dass dem Rückgewährschuldner die Nutzungen unabhängig davon zu belassen seien, ob er Eigentümer oder Besitzer der zurückzugewährenden Sache geworden ist. Zu diesem Zweck will *Wieling* § 818 Abs. 1 BGB „einschränken“. Die Vorschrift solle dann nicht gelten, wenn der Bereicherte die Sache aufgrund eines unwirksamen Vertrages erlangt habe.<sup>210</sup>

Wie stichhaltig die Argumentation *Wielings* im Einzelnen ist, wird im dritten Teil der Untersuchung näher betrachtet werden.<sup>211</sup> An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass der Verzicht auf den Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge eine ernsthaft zu erwägende Alternative zur herrschenden Meinung darstellt. Dies wird dadurch unterstrichen, dass *Wielings* Vorschlag gerade in jüngster Zeit neue Anhänger gefunden hat.<sup>212</sup>

### c) Umgang mit der Privilegierung des Besitzers außerhalb unwirksamer gegenseitiger Verträge

Außerhalb der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge stellt sich die Frage nach der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers insbesondere

<sup>207</sup> Ibid., S. 146.

<sup>208</sup> Ibid., S. 152. Zu einem solchen Fall siehe *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteineichtigkeit von Rechtsgeschäften) – Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, 1966, S. 39.

<sup>209</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (154).

<sup>210</sup> Ibid., S. 156.

<sup>211</sup> *Infra* 3. Teil:D.I.2.a), S. 616 f.

<sup>212</sup> *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 152 f.; *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 75 ff.; *MüKo/Raff*, § 988 BGB Rn. 11. Sympatisierend auch *BeckOGK/Spohnheimer*, § 988 BGB Rn. 6 (1.4.2018). Für einen Verzicht auf Nutzungsausgleich spricht sich ferner *Peters*, AcP 205 (2005), 159 (190) im Rahmen des von ihm entwickelten neuen Rückabwicklungsregimes aus.

im Hinblick auf drei- und mehrgliedrige Sachverhalte, in denen der Nichtberechtigte eine Sache entgeltlich von einem nichtberechtigten Dritten erlangt hat (aa). Die von der Rechtsprechung vertretene Gleichsetzung von „rechtsgrundlos“ und „unentgeltlich“ i. S. v. § 988 BGB würde es dem Eigentümer grundsätzlich auch in dieser Fallkonstellation ermöglichen, von einem redlichen unverklagten Besitzer Nutzungsausgleich zu fordern. Allerdings ist noch nicht einmal klar, wie die Rechtsprechungsgrundsätze in einer solchen Konstellation anzuwenden sind. Beide denkbare Varianten sind problematisch (bb). Das rechtswissenschaftliche Schrifttum lehnt hingegen eine Haftung des Besitzers auf Nutzungsausgleich außerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse überwiegend ab, um dem Besitzer eine Minimalform des gutgläubigen Erwerbs zu ermöglichen. Auch dies ist wertungsmäßig nicht überzeugend (cc).

*aa) Anwendungsbereich der Privilegierung des Besitzers außerhalb der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge*

Außerhalb der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge wird die Privilegierung des Besitzers im Hinblick auf den Nutzungsausgleich insbesondere dann relevant, wenn der Nichtberechtigte den Besitz von einem Dritten aufgrund eines gegenseitigen Vertrages erlangt hat. Konkret kommen hierfür zwei Fallkonstellationen in Betracht: ein fehlgeschlagener gutgläubiger entgeltlicher Erwerb des Eigentums und eine entgeltliche Nutzungsüberlassung.<sup>213</sup>

Bei einer *unentgeltlichen* Besitzerlangung vom Eigentümer oder von einem Dritten fehlt es von vornherein an einer Privilegierung des Besitzers, da dieser gemäß § 988 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Unentgeltlich i. S. v. § 988 BGB ist zunächst der abgeleitete Besitzerwerb auf der Grundlage eines einseitigen Rechtsgeschäfts. In Betracht kommen insofern insbesondere Schenkung und Leihe.<sup>214</sup> Nach überwiegender Auffassung ist ferner ein schuldloser bzw. leicht fahrlässiger originärer Besitzerwerb – etwa die Mitnahme eines fremden Regenschirms aus einem Schirmständer in einem Restaurant aufgrund einer Verwechslung – unentgeltlich i. S. v. § 988 BGB.<sup>215</sup> Die Gegenauffassung gelangt in diesen Fällen über

<sup>213</sup> Bei wirtschaftlicher Betrachtung ähnlich gelagert war der Sachverhalt in BGH, 5.3.2010, V ZR 106/09, BGHZ 184, 358 ff.: Der Beklagte hatte in einem drei Grundstücke betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren den Zuschlag erhalten und die Grundstücke in Besitz genommen. Der Zuschlag wurde vom Kläger erfolgreich im Wege der Beschwerde angegriffen, woraufhin dieser den Zuschlag erhielt. Hiergegen wendete sich wiederum der Beklagte im Wege der Beschwerde – letztlich erfolglos. Nach Übergabe der Grundstücke an den Kläger forderte dieser noch Nutzungsausgleich für den mehrmonatigen Zeitraum, für den der Beklagte die Grundstücke besessen hatte. In diesem Fall sprach der BGH dem Kläger einen Nutzungsausgleichsanspruch aus § 988 BGB zu, da der Beklagte den Besitz rechtsgrundlos erlangt habe (S. 363 f.).

<sup>214</sup> Staudinger/*Gursky*, § 988 BGB Rn. 5 (August 2012).

<sup>215</sup> *Ibid.*, Rn. 5 (August 2012); jurisPK/*Hans*, § 988 BGB Rn. 6 (1.4.2017); BeckOGK/*Spohnheimer*, § 988 BGB Rn. 8.1 (1.4.2018). Siehe auch *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 284. Bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz ist der Besitzer gemäß den §§ 987, 990 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet, siehe Staudinger/*Gursky*, § 988 BGB Rn. 5 (August 2012).

den Rechtsgedanken des § 992 BGB zu einer bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht.<sup>216</sup> Unentgeltlich ist schließlich auch der Besitzerwerb des Scheinerben, der zusätzlich gemäß § 2020 BGB auf Nutzungsausgleich haftet.

*bb) Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ außerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse nicht überzeugend*

Aufgrund der von der Rechtsprechung vorgenommene Gleichsetzung von „unentgeltlich“ und „rechtsgrundlos“ wird es dem Eigentümer grundsätzlich ermöglicht, auch außerhalb unwirksamer Vertragsverhältnisse mittels § 988 BGB auf die vom Besitzer gezogenen Nutzungen zuzugreifen. Die Rechtsprechung hat zu einer solchen Fallkonstellation bislang – soweit ersichtlich – noch nie eindeutig Stellung beziehen müssen.<sup>217</sup> Unklar ist bereits, wie weit der Anwendungsbereich des § 988 BGB genau reicht. Dies hängt davon ab, ob für die Frage der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs auf das Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer (1) oder auf das Verhältnis des Besitzers zum nichtberechtigten Dritten abzustellen ist, der ihm den Besitz verschafft hat (2). Beide Varianten sind aus unterschiedlichen Gründen problematisch.

(1) Maßgeblichkeit des Verhältnisses des Besitzers zum Eigentümer

Niemand scheint ernstlich zu vertreten, dass außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ein rechtsgrundloser Erwerb mit einem unentgeltlichen Erwerb gleichgesetzt *und* für die Frage der Rechtsgrundlosigkeit auf das Verhältnis zum Eigentümer abgestellt werden sollte. Allerdings unterstellt ein Teil des kritischen Schrifttums, dass die Rechtsprechung so zu interpretieren sei.<sup>218</sup> Ausgehend von dieser Prämisse müsste der Besitzer, der den Besitz von einem nichtberechtigten Dritten erlangt hat, *stets* Nutzungsausgleich leisten. Denn im Verhältnis zum Eigentümer wäre sein Besitzerwerb allein schon deshalb rechtsgrundlos, weil er den Besitz nicht von ihm erlangt hat.<sup>219</sup> Eine so weitreichende Nutzungsausgleichspflicht des Besitzers außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wäre problematisch, weil sie von der in den §§ 987 ff. BGB vorgesehenen Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers im Hinblick auf gezogene Nutzungen nichts übrig ließe.<sup>220</sup> So liefe hierdurch beispielsweise auch § 991 Abs. 1 BGB, durch den der redliche unverklagte *mittelbare* Besitzer indirekt privilegiert werden soll, indem er von Haftungsansprüchen des *unmittelbaren* Besitzers freigehalten wird,<sup>221</sup>

<sup>216</sup> *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 203.

<sup>217</sup> Siehe MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 9; BeckOGK/Spohnheimer, § 988 BGB Rn. 13 (1.4.2018). Zu einem wertungsmäßig zumindest ähnlich gelagerten Fall siehe bereits supra S. 176 in Fn 213.

<sup>218</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (143); wohl auch *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 152.

<sup>219</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (143); *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 152 („Jeder Vindikationsbesitz ist bereicherungsrechtlich betrachtet rechtsgrundlos“).

<sup>220</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (143).

<sup>221</sup> *Staudinger/Gursky*, § 991 BGB Rn. 3 (August 2012); *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 158.

abgesehen vom Verzicht auf eine Haftung für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen, leer.

(2) Maßgeblichkeit des Verhältnisses des Besitzers zum nichtberechtigten Dritten

Nach wohl überwiegender Ansicht ist bei der Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze auf Dreipersonenverhältnisse für die Frage der Rechtsgrundlosigkeit des Besitzererwerbs auf das Verhältnis des Besitzers zum nichtberechtigten Dritten abzustellen.<sup>222</sup> Die Konsequenz wäre, dass ein redlicher unverklagter Besitzer dem Eigentümer keinen Nutzungsausgleich leisten müsste, wenn er den Besitz von einem nichtberechtigten Dritten aufgrund eines *wirksamen*, entgeltlichen Veräußerungs- oder Nutzungsüberlassungsvertrags erlangt hat. Wäre der Vertrag hingegen unwirksam, dann müsste der Besitzer dem Eigentümer gemäß § 988 BGB auf Nutzungsausgleich haften. Dann stellte sich aber die Frage, warum die Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen Besitzer und Nichtberechtigtem Auswirkungen auf die Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich gegenüber dem Eigentümer haben sollte.<sup>223</sup> Die Schutzbedürftigkeit des unmittelbaren Besitzers hängt nicht von der Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zum Dritten ab, sondern davon, ob er die von ihm geschuldete Gegenleistung schon erbracht hat.<sup>224</sup>

*cc) Privilegierung des Besitzers zur Ermöglichung einer Minimalform des gutgläubigen Erwerbs nicht überzeugend*

Für die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge führen die von der Rechtsprechung vertretene Gleichsetzung von „rechtsgrundlos“ und „unentgeltlich“ i. S. v. § 988 BGB und die von der Literatur favorisierte Anwendung der Leistungskondiktion zum gleichen Ergebnis: Der Besitzer muss Nutzungsausgleich leisten. Außerhalb der Rückabwicklung unwirksamer Verträge unterscheiden sich die unterschiedlichen konstruktiven Ansätze jedoch auch in materieller Hinsicht. Das Schrifttum gesteht dem Eigentümer nur eine Leistungs-, nicht hingegen auch eine Eingriffskondiktion zu. Der Zweck dieser Beschränkung besteht darin, dem Eigentümer einen Zugriff auf die vom Besitzer gezogenen Nutzungen zu verwehren, wenn der Besitzer den Besitz entgeltlich von einem Dritten erlangt hat.<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Blumenberger, DGWR 1941, 76f.; Caemmerer, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154f.) in Fn. 42; Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 228 („doppelnichtige Veräußerungskette“); MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 8. Auch Äußerungen in der Rechtsprechung lassen sich in diese Richtung deuten, siehe BGH, 8.10.1953, III ZR 310/51, BGHZ 10, 350 (356f.); LG Bonn, 25.7.2013, 6 S 9/13, juris, Rn. 15f. Wertungsmäßig fällt auch BGH, 5.3.2010, V ZR 106/09, BGHZ 184, 358ff. in diese Kategorie. Siehe dazu bereits supra S. 176 in Fn. 213.

<sup>223</sup> MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 8.

<sup>224</sup> In diesem Sinne auch BeckOGK/Spohnheimer, § 988 BGB Rn. 17 (1.4.2018).

<sup>225</sup> Die Leistungskondiktion hilft dem Eigentümer dann aufgrund des Vorrangs der Leistungsbeziehung nicht weiter. Siehe dazu MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 812 BGB Rn. 65f.

Auf diesem Weg will die überwiegende Auffassung im Schrifttum dem Besitzer zu einer „Minimalform eines gutgläubigen Erwerbs“ verhelfen.<sup>226</sup> Im Mittelpunkt der Argumentation steht der Fall des redlichen Eigenbesitzers einer beweglichen Sache, dessen Eigentumserwerb an § 935 BGB gescheitert ist. Das Paradebeispiel ist der redliche Besitzer, der einem Dieb eine gestohlene Sache abkauft. Zahlreiche Autoren vertreten die Auffassung, dass die in den §§ 987 ff. BGB angelegte Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers bezüglich der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich genau auf diesen Fall zugeschnitten sei.<sup>227</sup> Aufgrund dieser speziellen Zweckbestimmung soll in der Privilegierung des Besitzers auch kein Wertungswiderspruch im Vergleich zu der generellen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nach Bereicherungsrecht liegen.<sup>228</sup>

Zur Begründung dafür, warum es einer solchen Minimalform des gutgläubigen Erwerbs bedürfe, wird insbesondere auf das Fehlen eines Lösungsrechts im BGB verwiesen, das durch die Freistellung des Besitzers von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zumindest teilweise kompensiert werden sollte.<sup>229</sup> Mangels Lösungsrechts kann der Besitzer den an den Dieb gezahlten Kaufpreis der Vindikation des Eigentümers nicht entgegensetzen. Im Falle einer Weiterveräußerung oder Verarbeitung der Sache kann er sich insofern zudem nach ganz herrschender Meinung gegenüber dem Bereicherungsanspruch des früheren Eigentümers aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. aus §§ 951, 812 Abs. 1 BGB nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.<sup>230</sup> Lediglich gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf *Nutzungsausgleich*

<sup>226</sup> Die Formulierung wurde – soweit ersichtlich – von Köbl geprägt, siehe Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 227. Der gleiche Grundgedanke wurde aber bereits zuvor vertreten. Siehe bspw. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 284; Caemmerer, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154f.) in Fn. 42; Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 124; Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 185f. Das Konzept wurde bspw. übernommen von Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 332f.; Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 228; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 140; Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 148ff.; Raff, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 90; Staudinger/Gursky, § 993 BGB Rn. 3 (August 2012); MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 8; BeckOGK/Spohnheimer, § 993 BGB Rn. 2.1 (1.4.2018).

<sup>227</sup> Caemmerer, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154f.) in Fn. 42; Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 124; Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 364.

<sup>228</sup> Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 250f.

<sup>229</sup> In diesem Sinne bspw. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 284; Caemmerer, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154f.) in Fn. 42; Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 148ff.; MüKo/Raff, § 988 BGB Rn. 8; Staudinger/Gursky, § 993 BGB Rn. 3 (August 2012). Zur parallelen Diskussion in Österreich siehe Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 69f. m. w. N.

<sup>230</sup> BGH, 7.5.1953, IV ZR 183/52, BGHZ 9, 333 (335f.); BGH, 3.6.1954, IV ZR 218/53, NJW 1954, 1194 (1195); BGH, 1.3.1967, VIII ZR 247/64, BGHZ 47, 128 (129f.); BGH, 11.1.1971, VIII ZR 261/69, BGHZ 55, 176 (179f.); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundge-

aus den §§ 988, 818 BGB soll der Besitzer laut der Grundsatzentscheidung des Großen Zivilsenats des Reichsgerichts aus dem Jahr 1940 den an einen Dritten gezahlten Kaufpreis bereicherungsmindernd geltend machen können.<sup>231</sup> In dieser Situation sei es unbillig, den Besitzer auch noch zusätzlich gegenüber dem Eigentümer zum Nutzungsausgleich zu verpflichten und auf diese Weise über Gebühr zu belasten.<sup>232</sup>

Das populäre Narrativ, wonach die Privilegierung des Besitzers in den §§ 987 ff. BGB dazu dienen soll, das Fehlen eines Lösungsrechts im BGB zu kompensieren, lässt sich allerdings nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers in Einklang bringen. Sowohl im TE-SachR als auch im E I wurde die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers bezüglich gezogener Nutzungen mit einem Lösungsrecht kombiniert. Im TE-SachR war es in § 186<sup>233</sup> geregelt, im E I in § 939 Abs. 1.<sup>234</sup> Die zweite Kommission strich das Lösungsrecht aus rein pragmatischen

---

danken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 495; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 61 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>231</sup> RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (359f.): „[Die Anwendung des § 988 BGB] bedeutet auch keine unbillige Belastung für den Besitzer. Das ist schon deshalb ausgeschlossen, weil sich Inhalt und Umfang seiner Herausgabepflicht nach den Bestimmungen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung bemessen, die selber in den Grundgedanken und in ihrer Ausgestaltung im einzelnen auf Billigkeitserwägungen beruhen [...]. Hiernach darf der Besitzer den für gezogene Nutzungen zu leistenden Wertersatz um den Betrag nicht nur solcher Verwendungen kürzen [...], deren Ersatz er nach den §§ 994 flg. BGB. vom Eigentümer auch dann verlangen kann, wenn ihm die Nutzungen verbleiben, sondern er ist in gleicher Weise geltend zu machen berechtigt die in ordnungsmäßiger Wirtschaft auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten (vgl. § 102 BGB.) [...]. Das gleiche Recht steht ihm aber wegen solcher Aufwendungen zu, die er für den Erwerb der Sache gemacht hat. Hierzu gehören vor allem etwaige Zahlungen, die er auf den Kaufpreis geleistet hat [...]. Das gilt selbst dann, wenn die Sache dem Besitzer nicht von dem Eigentümer sondern von einem Dritten verkauft worden ist und deshalb auch nicht jener, sondern dieser das Geld erhalten hat.“ Kritisch hierzu unter systematischen Gesichtspunkten *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 495. Gegen eine Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB in dieser Fallkonstellation offenbar *Wilhelm*, Sachenrecht, 2016, Rn. 1278.

<sup>232</sup> Siehe *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 284; *Caemmerer*, Festschrift Boehmer, 1954, 145 (154f.) in Fn. 42; *Emmerich*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 124; *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, 1966, S. 185 f.; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 227; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 332f.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 228; *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 140; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 148ff.; *Staudinger/Gursky*, § 993 BGB Rn. 3 (August 2012); *MüKo/Raff*, § 988 BGB Rn. 8; *BeckOGK/Spohnheimer*, § 993 BGB Rn. 2.1 (1.4.2018).

<sup>233</sup> § 186 TE-SachR: „Der Gegenanspruch des Inhabers einer beweglichen Sache erstreckt sich, wenn er dieselbe in gutem Glauben an das Eigentum des Veräußerers in übrigens rechtmäßiger Weise erworben hat, auch auf die Erstattung dessen, was er für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet hat, und wenn er dieselbe gutgläubig zum Pfande genommen hat, auch auf die Erstattung dessen, was er dem Pfandschuldner gegen Empfang der Sache gegeben oder geleistet hat.“

<sup>234</sup> § 939 Abs. 1 E I: „Hat der Besitzer einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nicht-

Erwägungen. Man befürchtete, dass hierdurch der Hehlerei Vorschub geleistet werden könnte.<sup>235</sup> Außerdem verweisen die Protokolle auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung des Lösungsanspruchs, die schon von der ersten Kommission eingeräumt worden waren. Vor diesem Hintergrund sei ein Schutz des Erwerbers vor den Konsequenzen des § 935 BGB mittels eines Lösungsrechts abzulehnen. Wenn man die Konsequenzen des § 935 BGB für den Erwerb für zu hart halte, bestünde die systematisch richtige Lösung darin, den gutgläubigen Erwerb auch an abhandengekommenen Sachen zuzulassen.<sup>236</sup> Weder in den Erläuterungen *Johows* zum TE-SachR noch in den Protokollen der ersten Kommission, in den Motiven oder in den Protokollen der zweiten Kommission findet sich in den das Lösungsrecht betreffenden Passagen<sup>237</sup> irgendein Bezug zum Nutzungsausgleich.

Auch wertungsmäßig vermag das Konzept eines „minimalen“ gutgläubigen Erwerbs in Gestalt einer Freistellung des Besitzers vom Nutzungsausgleich nicht zu überzeugen.<sup>238</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Besitzer nur dann privilegiert werden sollte, wenn er Nutzungen aus der Sache zieht, nicht hingegen, wenn er sie in anderer Form verwertet. Für den Fall, dass der Besitzer die Sache verkauft oder verbraucht oder dass sie gemäß den §§ 946 ff. BGB in sein Eigentum übergegangen ist, kann er den an die Stelle des Herausgabeanspruchs tretenden Bereicherungsanspruch nach der herrschenden Meinung ebenfalls nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB um den an den Dieb gezahlten Kaufpreis mindern.<sup>239</sup> Zudem ist wertungsmäßig unstimmt, dass die Privilegierung auch dann greifen würde, wenn der Besitzer gar nicht schutzbedürftig ist, weil er das dem nichtberechtigten Dritten geschuldete Entgelt entweder gar nicht gezahlt hat oder von diesem zurückerhält.

Um diese Inkonsistenz zu vermeiden, müsste man den Anwendungsbereich der Privilegierung entgegen dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB noch weiter einschränken. Wie im dritten Teil der Untersuchung erläutert werden wird, wäre dies jedoch nicht sachgerecht.<sup>240</sup>

---

eigenthümer übertragen ist, das Eigenthum an derselben nur auf Grund der im §. 879 Satz 2 enthaltenen Vorschriften nicht erworben, so kann er von dem Eigenthümer Ersatz desjenigen verlangen, was er für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat, jedoch nur bis zur Höhe des Werthes, welche die Sache zur Zeit der Herausgabe nach Abzug der von dem Eigenthümer zu ersetzenden Verwendungen hat.“

<sup>235</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 693.

<sup>236</sup> Siehe *ibid.*, S. 233 sowie S. 693.

<sup>237</sup> Siehe *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1059 ff.; *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 815 ff. sowie S. 794 f.; *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 233 f. sowie S. 692 ff.

<sup>238</sup> Siehe dazu noch näher *infra* 3. Teil: B.I.2.b)cc), S. 449 ff.

<sup>239</sup> Siehe die Nachweise *supra* S. 179 in Fn. 230.

<sup>240</sup> *Infra* 3. Teil: B.I.1.b), S. 438 f. sowie 3. Teil: B.I.2.b)cc), S. 449 ff.



## 2. Nutzungsausgleichspflicht des verklagten oder unredlichen Inhabers eines Gutes

Auch in der Frage der Nutzungsausgleichspflicht des verklagten (a) und des unredlichen (b) Inhabers eines Gutes beschränkten sich die Verfasser des BGB im Wesentlichen auf die Übernahme überkommener Rechtsgrundsätze. Allerdings waren diese weniger inkonsistent als im Falle des redlichen unverklagten Inhabers eines Gutes, was sich positiv auf die Qualität der Kodifikation auswirkte.

### a) Nutzungsausgleichspflicht des verklagten Inhabers eines Gutes

Wird ein primärer Anspruch auf Übertragung eines Gutes rechtshängig, so verschärft sich die Nutzungsausgleichspflicht des Nichtberechtigten (aa). Hierdurch sollen für die Dauer des Prozesses die Interessen *beider* Parteien gewahrt werden (bb). Diesem ursprünglich konsistent umgesetzten Regelungsziel genügt der in § 291 BGB mittels einer Verweisung auf § 288 BGB geregelte Anspruch auf Prozesszinsen nicht mehr, seit der gesetzliche Verzugszinssatz in den Jahren 2000 und 2002 deutlich angehoben wurde (cc).

### aa) Steigerung der Nutzungsausgleichspflicht

Der Umfang der Nutzungsausgleichspflicht ab Rechtshängigkeit des primären Anspruchs auf Übertragung des genutzten Gutes ergibt sich in erster Linie aus § 987 BGB. § 987 BGB gilt unmittelbar für den verklagten Besitzer. Über die Verweisungen in den §§ 818 Abs. 4, 2023 Abs. 2 und 292 Abs. 2 BGB wird der Anwendungsbereich der Vorschrift auf verklagte Bereicherungsschuldner, Erbschaftsbesitzer sowie jeden Schuldner eines Herausgabeanspruchs erweitert.

Sofern der Nichtberechtigte vor Klageerhebung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zum Nutzungsausgleich verpflichtet war, ergeben sich aus der Anwendbarkeit des § 987 BGB zwei haftungsverschärfende Konsequenzen: Zum einen verschärft sich eine bereits vor Klageerhebung bestehende Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 987 Abs. 1 BGB dahingehend, dass eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nicht mehr möglich ist. Zum andern haftet der Nichtberechtigte gemäß § 987 Abs. 2 BGB ab dem Eintritt der Rechtshängigkeit auch für solche Nutzungen, deren Ziehung er entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft unterlässt.

Für den Fall, dass ein redlicher Besitzer in den Genuss der Privilegierung gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB kommt, wird durch die Klageerhebung erstmals eine Nutzungsausgleichspflicht begründet.<sup>241</sup>

<sup>241</sup> Gleiches gilt allgemein für primäre Übertragungsansprüche, die nicht bereits vor Klageerhebung durch einen sekundären Anspruch auf Nutzungsausgleich verstärkt werden, § 292 Abs. 2 BGB. Relevant ist dies insbesondere für vertragliche Erfüllungsansprüche. Siehe dazu infra 2. Teil:A.III, S. 243 ff.

Sofern der primäre Übertragungsanspruch auf Geldzahlung gerichtet ist, bewirkt schließlich der Eintritt der Rechtshängigkeit gemäß § 291 BGB, dass der Nichtberechtigte die geschuldete Summe in Höhe des gesetzlichen Verzugszinsatzes verzinsen muss.

*bb) Ziel der angemessenen Berücksichtigung der Interessen beider Prozessparteien*

Mit der Steigerung der Nutzungsausgleichspflicht ab Eintritt der Rechtshängigkeit bezweckten die Verfasser des BGB – ebenso wie mit der Haftung für eine schuldhaft verschlechterte bzw. zerstörte streitbefangene Sache – einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Kläger und Beklagten während der Dauer des Prozesses: Einerseits soll der Kläger keinen Schaden dadurch erleiden, dass der Beklagte seinem Anspruch widersprochen und so einen Prozess erzwungen hat. Andererseits soll aber auch der redliche Beklagte nicht davon abgeschreckt werden, sich gegen den aus seiner Sicht unbegründeten Anspruch des Klägers zu verteidigen.

Im klassischen römischen Recht galt demgegenüber *im Grundsatz*, dass der Kläger im Falle seines Obsiegens so zu stellen ist, als ob der Beklagte den Anspruch sofort bei Prozessbeginn erfüllt hätte.<sup>242</sup> Im gemeinen Recht hatte sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Haftung des Beklagten bei einer strikten Durchführung dieses Grundsatzes zu streng wäre.<sup>243</sup> Stattdessen beschränkte sich die Haftungsverschärfung des Beklagten mit Beginn des Prozesses nach gemeinem Recht auf bestimmte, genau umrissene Rechtsfolgen.<sup>244</sup> Zu diesen Rechtsfolgen zählte insbesondere eine umfassende Verpflichtung des Beklagten zum Nutzungsausgleich. Ab Prozessbeginn erstreckte sich der Anspruch des Klägers auch auf die Früchte des Prozessgegenstandes, und zwar sowohl auf tatsächlich gezogene als auch auf solche, die der Beklagte bei „gehöriger Sorgfalt“ hätte ziehen können.<sup>245</sup> Schließlich musste der Beklagte eine Geldsumme ab Prozessbeginn verzinsen.<sup>246</sup> Eine mildere Haftung sah unter den im Reich geltenden Rechtsordnungen nur das ALR vor,<sup>247</sup> das auch einen verklagten Besitzer nur dann für versäumte Früchte haften ließ, wenn dieser seine fehlende Berechtigung positiv kannte.<sup>248</sup> Die größte

<sup>242</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 366; Wacke, Festschrift Huber, 1984, 669 (679).

<sup>243</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 366; Johow, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1033.

<sup>244</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 366.

<sup>245</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 120; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 370.

<sup>246</sup> Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 849 (923) m. w. N.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 370 in Fn. 6.

<sup>247</sup> Johow, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1035.

<sup>248</sup> ALR I 7 § 229: „Wer es weiß, daß die Sache, die er als seine eigne besitzt, einem Andern

Relevanz entfaltete die Verschärfung der Nutzungsausgleichspflicht ab Klageerhebung im Sachenrecht, da der redliche unverklagte Besitzer – wie gezeigt – nach gemeinem Recht und den im Reich geltenden Kodifikationen bzw. Kodifikationsentwürfen für gezogene Früchte entweder gar nicht oder nur insoweit haftete, als diese noch vorhanden waren.<sup>249</sup>

Angesichts dieser Ausgangslage ist es nicht verwunderlich, dass es *Reinhold Johow* war, der sich von den Redaktoren am intensivsten mit der Problematik beschäftigte. *Johow* interpretierte die materiellrechtlichen Konsequenzen, die die Klageerhebung nach gemeinem Recht mit sich brachte, als Ausdruck eines „im Dunkeln gelassenen Schuldverhältnisses“.<sup>250</sup> Statt schlicht diese Rechtsfolgen zu kodifizieren, wollte er im BGB das zugrundeliegende Schuldverhältnis selbst zu Tage treten lassen. *Johow* folgte *Bernhard Windscheid* darin, dass der römischrechtliche Grundsatz, wonach der Kläger im Falle seines Obsiegens so zu stellen sei, als ob der Beklagte den Anspruch sofort bei Prozessbeginn erfüllt hätte, eine aus der Perspektive des redlichen Beklagten zu strenge Haftung herbeiführen würde.<sup>251</sup> Stattdessen strebte *Johow* einen für *beide* Seiten interessengerechten Umgang mit der Prozessunsicherheit an. Den Ausgangspunkt der Überlegungen *Johows* bildete eine richterliche Sequestration der streitbefangenen Sache. Damit wäre zwar einerseits sichergestellt, dass die Sache erhalten bleibt. Gleichzeitig wäre mit einer Sequestration allerdings der Nachteil verbunden, dass die Sache während des Prozesses beiden Parteien entzogen wäre. Vor diesem Hintergrund erachtete es *Johow* als sachgerechte Lösung, „wenn man mit dem Prozeßbeginn den Beklagten in das Schuldverhältniß eines Sequesters eintreten läßt, wenigstens bedingterweise für den Fall des klägerischen Obsiegens“<sup>252</sup>. Zu diesem Zweck sah er in § 181 TE-SachR<sup>253</sup> vor, dass der Besitzer ab Klageerhebung wie ein Fremdgeschäftsführer haften sollte. Im Vergleich zu einer Orientierung der Haftung am Leitbild eines vorläufigen Verwalters oder Verwahrers glaubte *Johow*, auf diese Weise insbesondere das Missverständnis vermeiden zu können, dass der Beklagte während des Prozesses den Weisungen des Klägers bezüglich des Umgangs mit der Sache unterläge.<sup>254</sup>

---

zugehöre, der muß auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können, demselben vergüten.“ Siehe dazu näher *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 120 in Fn. r.

<sup>249</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)aa)(1), S. 140 ff.

<sup>250</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1033.

<sup>251</sup> Vgl. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 366; *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1033.

<sup>252</sup> *Ibid.*, S. 1034. Siehe auch *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 366.

<sup>253</sup> § 181 TE-SachR: „Von der Zeit der Erhebung der Klage an ist der Beklagte dem obsiegenden Kläger für die Nutzarmachung sowie für die Verwahrung und die Erhaltung der Sache, nöthigenfalls für deren rechtzeitige Verwerthung, nach den Grundsätzen des Schuldverhältnisses aus der wissentlichen Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag verantwortlich.“

<sup>254</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1034 in Fn. 2.

Anders als *Johow* blieb *von Schmitt* für das Erbrecht dem traditionellen Ansatz treu, lediglich die sich nach gemeinem Recht ergebenden Rechtsfolgen der Klageerhebung zu spezifizieren. Da der redliche Erbschaftsbesitzer für gezogene Früchte auch schon vor Klageerhebung haftete, konnte er sich darauf beschränken, in § 334 Abs. 4 TE-ErbR<sup>255</sup> anzuordnen, dass der redliche Besitzer ab Klageerhebung für nicht gezogene Früchte haftete, soweit sie „von einem ordentlichen Manne“ erzielt worden wären.<sup>256</sup> *Franz von Kübel* sah sich in seiner Vorlage zu den Schuldverhältnissen aus ungerechtfertigter Bereicherung<sup>257</sup> überhaupt nicht genötigt, die Haftung des Bereicherungsschuldners nach Klageerhebung eigens zu regeln. Stattdessen verwies er insofern schlicht auf die allgemeinen gemeinrechtlichen Grundsätze zur Haftung ab Rechtshängigkeit.<sup>258</sup>

Noch bevor sich die erste Kommission mit den Überlegungen *Johows* auseinandersetzte, beschloss sie anlässlich der Beratungen der Vorarbeiten *von Kübels* zum Bereicherungsrecht, Herausgabeansprüche aller Art ab Eintritt der Rechtshängigkeit um einen Anspruch des Klägers auf Nutzungsausgleich und einen Anspruch des Beklagten auf Verwendungsersatz zu ergänzen. Regelungstechnisch bediente man sich hierzu eines Verweises auf die Vorschriften, „welche für die von dem Eigenthümer gegen den redlichen Besitzer erhobene Eigenthumsklage gelten“.<sup>259</sup> Zur Begründung verwies man darauf, dass

„kein Grund ersichtlich [sei], den obligatorischen Restitutionsanspruch in den fraglichen Rücksichten anders zu beurtheilen, als denjenigen, welcher auf dem Eigenthumsrechte beruhe, indem namentlich in beiden Fällen die Erwägung sich gleichmäßig geltend mache, daß der Restitutionspflichtige vom Streitbeginne an sich als Verwahrer und Verwalter fremden Guts zu betrachten habe [...].“<sup>260</sup>

Das konzeptionell einende Band, aufgrund dessen Herausgabeansprüche in § 292 Abs. 2 BGB bezüglich des Nutzungsausgleichs auf eine Stufe gestellt werden, ist somit die Besonderheit der Prozesssituation. Das von der ersten Kommission gebrauchte Bild des Beklagten als „Verwalter fremden Gutes“ findet sich bereits bei *Friedrich Carl von Savigny*:

„Jedem Beklagten, auch wenn er noch so fest von seinem Recht überzeugt ist, kann man ohne Unbilligkeit zumuthen, daß er die Möglichkeit bedenke, den Prozeß zu verlieren, und

<sup>255</sup> § 334 Abs. 4 TE-ErbR: „Für nicht gezogene Früchte und Zinsen haftet, insoweit solche von einem ordentlichen Manne würden erzielt worden sein, der unredliche Besitzer schlechthin, der redliche Besitzer auf die Zeit nach der Klagshebung.“

<sup>256</sup> *Schmitt*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1, 1984, 71.

<sup>257</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 327 f.

<sup>258</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (701).

<sup>259</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 328.

<sup>260</sup> *Ibid.*, S. 328.

für diesen möglichen Fall sich als den Verwalter eines fremden Gutes ansehe, dem eine besondere Sorgfalt obliegt.“<sup>261</sup>

Bei der Beratung des § 181 TE-SachR lehnte die erste Kommission zunächst die von *Johow* vorgeschlagene Ausrichtung der Haftung am Leitbild der Fremdgeschäftsführung mit dem Argument ab, dass man wegen der Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses den Beklagten nicht zu einer Rücksichtnahme auf den Kläger als Geschäftsherrn anhalten dürfe.<sup>262</sup> Auch der Vorschlag *Gottlieb Plancks*,<sup>263</sup> dem Beklagten die Pflichten eines im Interesse beider Parteien bestellten Sequesters aufzuerlegen, wurde verworfen. Stattdessen hielt es die erste Kommission für ausreichend, dem beklagten Besitzer „die Fürsorge eines ordentlichen Hausvaters“<sup>264</sup> abzuverlangen. Bemerkenswerterweise wurde das Leitbild des „Verwahrers und Verwalters fremden Gutes“ ausweislich der veröffentlichten Protokolle in diesem Zusammenhang nicht nochmals aufgegriffen. Auch in den Motiven findet es sich nur bei § 244 E I<sup>265</sup>, dem Vorläufer von § 292 BGB, nicht hingegen bei § 933 E I<sup>266</sup>, auf den § 987 BGB zurückgeht.<sup>267</sup> In der Denkschrift wird hingegen auch die Haftung des Prozessbesitzers gemäß §§ 987, 989 BGB damit begründet, dass sich dieser trotz guten Glaubens bezüglich seines Rechts zum Besitz „mit der Möglichkeit eines ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreites rechnen und sich deshalb gewissermaßen als Verwalter einer fremden Sache betrachten“ müsse.<sup>268</sup> Hieran orientieren sich Rechtsprechung und Literatur bis heute.<sup>269</sup>

<sup>261</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 120.

<sup>262</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 782.

<sup>263</sup> *Ibid.*, S. 782.

<sup>264</sup> *Ibid.*, S. 782.

<sup>265</sup> § 244 E I: „Hat der Schuldner dem Gläubiger einen in sich bestimmten Gegenstand herauszugeben, so finden von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an wegen Herausgabe und Vergütung der Nutzungen, wegen Ersatzes der Verwendungen und wegen Haftung für Erhaltung und Verwahrung, soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder dem Verzuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergibt, diejenigen Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches an gelten.“

<sup>266</sup> § 933 E I: „Die Vorschriften des §. 931 Abs. 1 finden auch gegen denjenigen Besitzer und die Vorschriften des §. 932 auch gegen denjenigen Inhaber, welcher von dem Mangel des Rechts des Besitzers zum Besitze keine Kenntniß hat, Anwendung in Ansehung der nach dem Zeitpunkte, in welchem der Eigenthumsanspruch gegen ihn rechtshängig geworden ist, gezogenen Nutzungen und des nach diesem Zeitpunkte verursachten Schadens.“

<sup>267</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 30f.; *ders.*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 227f.

<sup>268</sup> *Ibid.*, S. 978.

<sup>269</sup> Siehe bspw. BGH, 12.4.2019, V ZR 341/17, NJW 2019, 2851 (2852); *Affolter*, Das Frucht-recht, 1911, S. 194; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 259; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 153.

*cc) Im Hinblick auf das Regelungsziel teilweise inkonsistente Rechtsfolgen*

Unabhängig davon, ob man das Leitbild des Verwalters eines fremden Gutes für den beklagten Herausgabeschuldner für angemessen erachtete oder nicht,<sup>270</sup> zeigt die Genese sowohl des § 987 BGB als auch des § 292 BGB deutlich, dass die Verfasser des BGB die Interessen beider Parteien im Blick hatten. Dabei erscheint die Art und Weise, wie der Gesetzgeber diesen Interessenausgleich herbeiführt, im Ausgangspunkt als durchaus angemessen. Durch die Haftung für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen wird ein Anreiz für den Beklagten gesetzt, das streitbefangene Gut nicht zum Nachteil des Klägers brachliegen zu lassen. Neben dem Schutz des Klägers liegt dies zugleich im gesamtwirtschaftlichen Interesse.<sup>271</sup> Gleichzeitig wird der Druck auf den Beklagten nicht so weit erhöht, dass er von der von ihm als legitim erachteten Verteidigung seiner Interessen abgeschreckt würde.

Seit 2000 ist dieses gut austarierte Gleichgewicht jedoch für den Fall, dass die Klage auf Geldzahlung gerichtet ist, aus den Fugen geraten. Bereits seit Inkrafttreten des BGB verpflichtet § 291 BGB den Geldschuldner ab Klageerhebung dazu, die geschuldete Summe in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes zu verzinsen. Wie im ersten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, haben sowohl Verzugs- als auch Prozesszinsen eine doppelte Natur. Sie pauschalieren einerseits den Schaden, den der Gläubiger durch die Vorenthaltung der Geldsumme erleidet. Soweit der Gläubiger zugleich einen Anspruch gegen den Schuldner auf Auskehrung der aus dem Geld gezogenen Nutzungen hat, bewirken sie zugleich einen pauschalen Nutzungsausgleich.<sup>272</sup>

Ursprünglich repräsentierte der Verzugszinssatz in Höhe von 4 % tatsächlich nur einen Mindestschaden. Es ging darum, dem Geldgläubiger eine Beweiserleichterung zu verschaffen. Seit seiner Anhebung im Jahr 2000 auf fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz lässt sich dieser Zweck schon bezüglich des allgemeinen Verzugszinssatzes gemäß § 288 Abs. 1 BGB nur noch schwerlich mit der konkret angeordneten Rechtsfolge in Einklang bringen, sondern entfaltet vor allem abschreckende Wirkung.<sup>273</sup> Der unionsrechtlich determinierte Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB von zunächst acht, seit 2014 sogar neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz dient ausdrücklich dem Zweck, Geldschuldner von einer Zahlungsverzögerung abzuschrecken.<sup>274</sup> Für den Anspruch auf Prozesszinsen gemäß § 291 BGB kann ein solcher Präventionszweck jedoch nicht fruchtbar gemacht werden. § 291 BGB kommt nur dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn dem Beklagten kein Verschulden zur Last gelegt werden kann und er deshalb nicht einmal durch die Erhebung der Klage in Verzug kommt. Solche Fälle mögen selten sein, da ein Geldschuldner grundsätzlich für seine finanzielle Leistungsfähigkeit

<sup>270</sup> Anders bspw. RG, 5.3. und 9.7.1932, V 74/30, RGZ 137, 206 (212f.).

<sup>271</sup> Siehe *Wacke*, Festschrift Huber, 1984, 669 (678); *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 171.

<sup>272</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.3.a), S. 69 ff.

<sup>273</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>274</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

einzustehen hat.<sup>275</sup> Auch ein Geldschuldner kann sich jedoch beispielsweise in einem entschuldigenden Rechtsirrtum befinden.<sup>276</sup> Für den Fall, dass sich der Zahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB ergibt, wird zudem die Auffassung vertreten, dass Verzug in entsprechender Anwendung des § 990 Abs. 2 BGB anfängliche Bösgläubigkeit oder spätere positive Kenntnis des Bereicherungsschuldners von der Rechtsgrundlosigkeit voraussetze.<sup>277</sup>

Sofern ein Geldschuldner mit Klageerhebung nicht zugleich in Verzug gesetzt wird, führt die Höhe der vom Beklagten gemäß § 291 BGB i. V. m. § 288 BGB geschuldeten Verzugszinsen das Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Kläger und Beklagten für die Phase der Prozessunsicherheit *ad absurdum*.<sup>278</sup> Mit einer Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen in Höhe von fünf bzw. neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz wird der Geldschuldner faktisch dafür bestraft, sich auf einen Prozess eingelassen zu haben. Dem Leitbild eines Verwalters fremden Gutes würde der Geldschuldner dadurch am besten gerecht werden, dass er den geschuldeten Betrag verzinslich, einlagengesichert und mit kurzfristiger Laufzeit anlegt. Die Heranziehung des den dabei zu erzielenden Ertrag bei weitem übersteigenden Verzugszinssatzes gemäß § 288 Abs. 1 bzw. – erst recht – Abs. 2 BGB bewirkt tendenziell eine Überabschreckung, durch die Geldschuldner von einer Verteidigung gegenüber unbegründeten Zahlungsansprüchen abgehalten werden können.

### b) Nutzungsausgleichspflicht des unredlichen Inhabers eines Gutes

Durch die §§ 819, 990 und 2024 BGB<sup>279</sup> wird die verschärfte Nutzungsausgleichspflicht ab Rechtshängigkeit des primären Anspruchs auf Übertragung des Gutes zeitlich vorverlegt. Auch insofern kodifizierte das BGB im Wesentlichen die Rechtslage, wie sie sich nach dem gemeinen Recht und den im Reich geltenden Kodifikationen darstellte.<sup>280</sup>

Für den Fall, dass der Inhaber eines Gutes bei dessen Erlangung noch redlich war, wird die Haftungsverschärfung einheitlich daran geknüpft, dass er positive Kenntnis davon erlangt, dass er nicht berechtigt ist, das Gut innezuhaben.<sup>281</sup> Dies ist wertungsmäßig zwingend: Wenn schon der redliche Beklagte zur Rücksicht-

<sup>275</sup> Siehe BeckOGK/Schaub, § 275 BGB Rn. 156 f. m. w. N. (1.6.2018) sowie BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 323 (15.7.2018).

<sup>276</sup> Siehe dazu BeckOGK/Dornis, § 286 BGB Rn. 268 ff. (1.6.2018) m. w. N. Kritisch im Hinblick auf die insofern restriktive Haltung der Rechtsprechung *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (72).

<sup>277</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 51 (Juni 2007).

<sup>278</sup> In diesem Sinne auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (387f.); *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (72).

<sup>279</sup> Ggf. i. V. m. § 142 Abs. 2 BGB.

<sup>280</sup> Siehe *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 1036 ff. m. w. N.

<sup>281</sup> §§ 819 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, 2024 S. 2 BGB.

nahme auf die Belange des Klägers angehalten wird, so muss Gleiches erst recht für denjenigen gelten, der weiß, dass das Gut, das er innehat, nicht ihm, sondern einem anderen zusteht.<sup>282</sup> Bezüglich des Bezugspunktes und der Anforderungen an die Unredlichkeit bei der Erlangung des Gutes differenziert das BGB. Dem Bereicherungsschuldner schadet gemäß § 819 Abs. 1 BGB auch zu diesem Zeitpunkt nur positive Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes. Reine Tatsachenkenntnis reicht also nicht aus. Ein Rechtsirrtum schließt eine Haftung gemäß § 819 Abs. 1 BGB aus.<sup>283</sup> Demgegenüber trifft die verschärfte Haftung Besitzer und Erbschaftsbesitzer bereits dann, wenn sie bei Erlangung des Gutes ihre fehlende Berechtigung grob fahrlässig verkennen. Hierdurch wird dem Erwerber eine besondere Sorgfalts- und gegebenenfalls Nachforschungspflicht auferlegt.<sup>284</sup> Für das Bereicherungsrecht hielt die zweite Kommission dies nicht für erforderlich, da der Erwerb hier regelmäßig mit dem Willen des Bereicherungsgläubigers erfolge.<sup>285</sup> Ein beträchtlicher Teil des Schrifttums steht dem kritisch gegenüber und tritt, zumindest *de lege ferenda*, für eine Absenkung des Haftungsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit ein.<sup>286</sup>

Im Hinblick auf die Ausgestaltung der verschärften Haftung erweist sich wiederum die sich aus § 291 BGB ergebende Verpflichtung zur Verzinsung einer Geldsumme mit dem Verzugszinssatz i. S. v. § 288 BGB als problematisch. Seit seiner deutlichen Anhebung im Jahr 2000 übersteigt der Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB häufig den Vorteil, den der Schuldner aus der Zurückhaltung der Zahlung ziehen kann. Teilweise wird sogar angenommen, dass der Zinssatz einem Präventionszweck diene, also auf eine Verhaltenssteuerung *ex ante* abziele.<sup>287</sup> Eine so ausgestaltete Zinspflicht ergibt nur Sinn, wenn der Bereicherungsschuldner dazu angehalten werden soll, die Bereicherungslage so schnell wie möglich zu beenden, selbst wenn er sich nicht in Schuldnerverzug befindet. Ihm dies allein wegen seiner Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit abzuverlangen, erscheint zumindest immer dann fragwürdig, wenn der Bereicherungsgläubiger die gleiche Kenntnis hat und den Bereicherungsschuldner nicht in Verzug setzt. Einen gemäß § 819 BGB verschärft haftenden Bereicherungsschuldner trifft am Eintritt der Bereicherungslage nicht zwangsläufig ein Verschulden.<sup>288</sup>

<sup>282</sup> *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 153.

<sup>283</sup> *Röthel*, Jura 2016, 260 (261).

<sup>284</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 673.

<sup>285</sup> *Ibid.*, S. 673.

<sup>286</sup> Siehe bspw. *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 145 in Fn. 56; *König*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band II, 1981, II, 1515 (1549); *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 17.

<sup>287</sup> 1. Teil: B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>288</sup> An einem Verschulden des Bereicherungsschuldners fehlt es etwa im Falle einer Gutschrift auf einem Kontokorrentkonto, dass der Kontoinhaber sofort als Fehlbuchung erkennt.



Bezeichnend ist insofern, dass sich der Gesetzgeber im Jahr 2015 genötigt sah, die in § 11 Abs. 1 AnfG und § 143 Abs. 1 InsO vorgesehene Haftung eines Anfechtungsgegners gemäß den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB wegen der sich aus § 291 BGB ergebenden „unverhältnismäßigen Zinsbelastung“ einzuschränken.<sup>289</sup> Seit her ist § 291 BGB für diese spezielle Fallkonstellation aus der in § 818 Abs. 4 BGB ausgesprochenen Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften ausgenommen. Der Anfechtungsgegner muss eine Geldschuld nur noch dann verzinsen, wenn er sich entweder im Schuldverzug befindet oder tatsächlich auf Zahlung verklagt wurde.<sup>290</sup>

## II. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge

Die Rückabwicklung beidseitig erfüllter gegenseitiger Verträge stellt aufgrund der zumindest faktischen synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der Restitutionsordnung.<sup>291</sup> Bekanntermaßen ist es den Verfassern des BGB nicht gelungen, diese anspruchsvolle Regelungsaufgabe in einer den Bedürfnissen der Praxis genügenden Weise zu bewältigen. Wohl am prägnantesten brachte *Ernst von Caemmerer* die im Schrifttum überwiegende Generalkritik zum Ausdruck:

„Die Probleme der Rückabwicklung nichtiger Verträge sind vom Gesetzgeber des BGB in ihrer besonderen Problematik nicht gesehen worden. Allseits ist man sich einig, daß es nötig ist, die hier zu findenden Lösungen mit der Ordnung der Vertragsabwicklung bei Nichterfüllung oder mangelhafter Leistung sachgerecht abzustimmen. Deren Regelung in den Vorschriften des BGB über die Durchführung von Rücktritt und Wandlung ist aber gesetzes-technisch so mißglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, daß ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen entstanden ist.“<sup>292</sup>

Prominentester Beleg für die unzureichende Berücksichtigung der Besonderheiten der vertraglichen Rückabwicklungssituation ist die Gefahrverteilung im Bereicherungsrecht, die gemeinhin als einer der zentralen Konstruktionsfehler des BGB angesehen wird.<sup>293</sup>

<sup>289</sup> BT-Drs. 18/7054, 14.

<sup>290</sup> §§ 11 Abs. 1 S. 3 AnfG, 143 Abs. 1 S. 3 InsO.

<sup>291</sup> *Schlechtriem*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa – Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2000, S. 403 f.

<sup>292</sup> *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 624 f.

<sup>293</sup> Siehe bspw. *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (20) („Hiergegen sträubt sich das Rechtsgefühl [...]“); *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 87; *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 41 (Juni 2007). Die Rechtsprechung sah sich daher genötigt, die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebende Gefahrverteilung mittels der Saldotheorie zu korrigieren. Grundlegend RG, 14.3.1903, V 458/02, RGZ 54, 137 (141). Siehe dazu schon supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

Auch die Ausgestaltung der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten trägt den Besonderheiten der vertraglichen Rückabwicklungssituation nicht hinreichend Rechnung. Ebenso wie im Falle des Nutzungsausgleichs im Allgemeinen wurden überkommene Regelungs- und Denkmuster ohne ausreichende kritische Prüfung in das BGB übernommen. Infolgedessen ist bereits die Begründung dafür, *warum* bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrages neben der Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen auch die jeweils hieraus gezogenen Nutzungen ausgeglichen werden müssen, inkonsistent (1). In materieller Hinsicht hat sich – wie bei der Gefahrtragung – insbesondere das unverbundene Gegeneinander der Ansprüche der Parteien auf Nutzungsausgleich als problematisch erwiesen (2). In den mehr als einhundert Jahren, die zwischen dem Inkrafttreten des BGB und der Schuldrechtsmodernisierung vergangen sind, spielte die Problematik des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung von Verträgen – anders als die der Gefahrtragung – im rechtswissenschaftlichen Diskurs allenfalls eine marginale Rolle. Dies mag dazu beigetragen haben, dass der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsmodernisierung nicht nur am problematischen *status quo* unverändert festhielt, sondern sogar noch zusätzliche Nutzungsausgleichspflichten einführte, die konzeptionell problematisch sind und in der Praxis zu unangemessenen Ergebnissen führen (3). Für gescheiterte Nutzungsüberlassungsverträge ist der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs bereits seit Inkrafttreten des BGB inkonsistent und lückenhaft geregelt (4.).

### 1. Inkonsistente Begründung für Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge<sup>294</sup>

Nach der Vorstellung der Verfasser des BGB dient die wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge der Rückversetzung *beider* Parteien in den *status quo ante contractum* (a). Hierfür müssten sich beide Seiten wechselseitig das negative Interesse gewähren (b). Der Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB steht mit diesem Leitbild jedoch nicht in Einklang. Für die tatsächlichen Wirkungen des Nutzungsausgleichs fehlt es an einer nachvollziehbaren Begründung (c).

#### a) Nutzungsausgleich dient der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum*

Die Verfasser des BGB fanden die Wiederherstellung des *status quo ante contractum* als zentrales Leitbild für die Rückabwicklung von Verträgen im gemeinen Recht und den im Deutschen Reich geltenden Partikularrechten vor (aa). Für das Rücktrittsfolgenrecht haben sie es explizit übernommen (bb). Es gilt jedoch impli-

<sup>294</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.

zit auch für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Verträgen (cc). Die Verpflichtung der Parteien zum Ausgleich der aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen dient spezifisch der Verwirklichung dieses Leitbildes (dd).

*aa) Wiederherstellung des status quo ante contractum als Leitbild der Rückabwicklung von Verträgen im gemeinen Recht und den Partikularrechten*

Vor Inkrafttreten des BGB war die Rechtslage zur Rückabwicklung von Verträgen auf dem Gebiet des Deutschen Reichs disparat und unübersichtlich und befand sich teilweise noch im Fluss.<sup>295</sup> Für die weitere Entwicklung hin zum BGB sind insbesondere drei Rechtsinstitute relevant: die *actio redhibitoria*, die Konstruktion vertraglicher Rücktrittsrechte mittels einer Resolutivbedingung sowie die *condictiones indebiti, ob causam finitam* und *sine causa*. Für eine gewisse Dynamik in der Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Rückabwicklung von Verträgen sorgte im 19. Jahrhundert vor allem der Umstand, dass die traditionelle Rücktrittsfeindlichkeit des gemeinen Rechts<sup>296</sup> in einem zunehmenden Spannungsverhältnis zu den sich verändernden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs stand. Die Folge war ein stetes Ringen um eine allmähliche Ausweitung der Möglichkeiten zur einseitigen Lösung einer Partei von einem Vertrag. Traditionell ermöglichte dies nur die *actio redhibitoria* (1). Im Übrigen setzten Rücktrittsrechte grundsätzlich eine vertragliche Vereinbarung voraus und wurden überwiegend als Resolutivbedingung konstruiert (2). Nichtigte Verträge wurden mittels Konditionen, gegebenenfalls auch mittels einer Vindikation, rückabgewickelt (3). Gemeinsam war allen Rückabwicklungsregimen, dass man sie als auf die Wiederherstellung des *status quo ante contractum* gerichtet ansah<sup>297</sup> und sie zu diesem Zweck grundsätzlich den Ausgleich der wechselseitig gezogenen Nutzungen vorsahen.<sup>298</sup>

*(1) Actio redhibitoria*

Die *actio redhibitoria* bzw. Wandlungsklage war im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts ein sowohl in seinen Voraussetzungen als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen relativ klar umrissenes Rechtsinstitut. Neben der Minderung (*actio quanti minoris*) bildete sie den zentralen Rechtsbehelf des Käufers für den Fall, dass die

<sup>295</sup> Siehe zu den Einzelheiten Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 395 ff.

<sup>296</sup> Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 2; HKK/Thier, §§ 346–359 Rn. Rn. 21 ff. Siehe exemplarisch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 494.

<sup>297</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts – Siebenter Band, 1848, S. 94; Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 440 f. Siehe bspw. zum Badischen Landrecht RG, 1.12.1891, II. Zivilsenat (Egger gegen Pfisterer), PucheltzZ 23, 1892, 39 (40).

<sup>298</sup> Siehe bspw. Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61 f.).

Kaufsache einen Mangel aufwies.<sup>299</sup> Die Wandlung bewirkte die Aufhebung des Vertrages mit der Folge, dass ein bereits erfolgter Leistungsaustausch rückabgewickelt werden musste. Der allgemein anerkannte Zweck der *actio redhibitoria* bestand darin, beide Parteien hierbei in den *status quo ante contractum* zurückzusetzen.<sup>300</sup> Beispielhaft bringt dies folgende Passage aus Windscheids Lehrbuch zum Pandektenrecht zum Ausdruck:

„Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre.“<sup>301</sup>

Im stark vom gemeinen Recht geprägten Sächsischen BGB war dieses Leitmotiv der Wandlungsklage in § 911 sogar in Gesetzesform gegossen worden:

„Wird der Vertrag aufgehoben, so ist für beide Theile der Zustand herzustellen, wie er vor dem Vertrage gewesen ist.“

Ergänzt wurde das Leitbild der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* durch einen detaillierten Rechtsfolgenkatalog, der eine wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich einschloss. Auch insofern kann exemplarisch auf die prägnante Darstellung Windscheids verwiesen werden:

„[D]er Käufer [muss] die Sache zurückgeben: a) mit Allem, was ihm mit der Kaufsache übergeben worden oder beim Käufer zu ihr hinzugetreten ist; b) *mit allen Früchten, welche der Käufer von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können*, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb; c) in demselben Zustand, in welchem der Käufer die Sache erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) Zur Rückgabe des Kaufpreises *mit Zinsen*; b) zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer gemacht hat, vorausgesetzt, daß auch der Verkäufer sie gemacht hätte; [...].“<sup>302</sup>

Die *actio redhibitoria* regelte somit nicht nur die offensichtliche Verpflichtung zur Rückgewähr der primär erlangten Leistung, sondern auch die Nebenfolgen der Rückabwicklung bezüglich gezogener Nutzungen und gemachter Verwendungen.

Die wechselseitigen Verpflichtungen des Käufers und des Verkäufers, im Fall der Wandlung die aus der Kaufsache gezogenen Früchte herauszugeben und den Kaufpreis zu verzinsen, wurden beispielsweise vom Sächsischen BGB in den §§ 912<sup>303</sup>,

<sup>299</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 483.

<sup>300</sup> Siehe bspw. Savigny, System des heutigen römischen Rechts – Siebenter Band, 1848, S. 94; Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1863, S. 541: „Die Redhibition hat unter den Parteien völlige Herstellung des Zustandes vor dem Vertrag zur Folge, aber sie hat nicht die Wirkung einer Resolutivbedingung.“ Siehe ferner Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 486. Siehe dazu auch Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 43 mit Fn. 69.

<sup>301</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 486.

<sup>302</sup> Ibid., S. 486 f. [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>303</sup> § 912 Sächsisches BGB: „Der Erwerber hat bei Aufhebung des Vertrages die Sache nebst Zubehörungen, allen davon gezogenen Früchten und sonstigem Gewinne zurückzugeben, auch wegen der durch seine Verschuldung nicht gezogenen Früchte und wegen von ihm verschuldeter

914<sup>304</sup> und vom Dresdner Entwurf in Art. 182<sup>305</sup> i. V. m. Art. 168<sup>306</sup> und Art. 169<sup>307</sup> übernommen.

## (2) Resolutivbedingung

Das gemeine Recht räumte dem Bestandsschutz wirksam geschlossener Verträge hohes Gewicht ein. Dementsprechend war es einer Vertragspartei grundsätzlich nicht gestattet, sich im Falle einer Pflichtverletzung durch die andere Partei einseitig vom Vertrag zu lösen.<sup>308</sup> Der verletzten Partei blieb – neben dem Bestehen auf der Vertragserfüllung – nur die Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen.<sup>309</sup> Die einzige Ausnahme bildete die *actio redhibitoria*, die allerdings grundsätzlich ebenfalls nicht einseitig erklärt werden konnte, sondern ein den Vertrag auflösendes Gestaltungsurteil erforderte.<sup>310</sup> Im Übrigen galt im gemeinen Recht *pacta sunt servanda*. Dies hatte zur Konsequenz, dass eine vertragliche Bindung auch nur durch eine vertragliche Vereinbarung aus der Welt geschafft werden konnte. In-

---

Verschlechterung der Sache Ersatz zu leisten. Hat er die Sache mit Rechten Dritter belastet, so kann er Aufhebung des Vertrages nur verlangen, wenn er diese Rechte beseitigt.“

<sup>304</sup> § 914 Sächsisches BGB: „Besteht die Gegenleistung in Geld, so hat der Veräußerer davon Zinsen zu fünf vom Hundert auf das Jahr, von Zeit des Empfanges an, zu entrichten. Besteht sie in anderen Sachen, so gelten für deren Rückgabe die Vorschriften im § 912. Hat der Veräußerer die Sachen mit Rechten Dritter belastet, so hat er diese zu beseitigen, oder wenn dieß nicht möglich ist, Schadensersatz zu leisten. Hat er Verwendungen gemacht, so gebührt auch ihm Ersatz nach den Vorschriften über die Eigenthumsklage.“

<sup>305</sup> § 182 Dresdner Entwurf: „Wird der Vertrag in Folge des Antrags des Erwerbers auf Wandlung aufgehoben, so finden hinsichtlich Dessen, was der Erwerber und Veräußerer einander zu leisten haben, die Vorschriften der Art. 168 und 169 Anwendung.“

<sup>306</sup> Art. 168 Dresdner Entwurf: „Wird der Vertrag im Falle des Art. 167 aufgehoben, so muß der Erwerber die Sache, soweit sie nicht entwährt worden ist, nebst Zuwachs, Zubehörungen und allen gezogenen Früchten und sonstigem Gewinne zurückgeben, auch wegen der durch seine Verschuldung nicht gezogenen Früchte und wegen der von ihm verschuldeten Verschlechterung der Sache Ersatz leisten. [...]“ Siehe insofern auch Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes – CXXI.-CLXXI., 1864, S. 518.

<sup>307</sup> Art. 169 Dresdner Entwurf: „[1] Der Veräußerer hat bei Aufhebung des Vertrages dem Erwerber die empfangene Gegenleistung zurückzugeben, die Vertragskosten zu erstatten und den Erwerber von den in Folge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien. [2] Bestand die Gegenleistung in Geld, so hat der davon Zinsen von der Zeit des Empfanges an zu zahlen. Bestand die Gegenleistung in Sachen anderer Art, so hat der Veräußerer solche nach Maßgabe der Vorschrift des Art. 168 samt Zuwachs, Zubehörungen, Früchten und Gewinnen dem Erwerber zurückzugeben und für verschuldete Verschlechterungen Ersatz zu leisten, ingleichen die Sache, wenn er sie mit Rechten Dritter belastet hat, hiervon zu befreien oder hierfür Ersatz zu leisten. Hat der Veräußerer Verwendungen auf die Sache gemacht, so kann er deren Erstattung verlangen, soweit sie nothwendig oder nützlich sind, und im letzteren Falle den Werth der Sache zur Zeit der Rückgabe noch erhöhen.“

<sup>308</sup> Siehe bspw. für den Kaufvertrag *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 494.

<sup>309</sup> Dies wurde insbesondere im Hinblick auf den Handelsverkehr als ungenügend erachtet, vgl. *Lutz* (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 595.

<sup>310</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 483; *Dernburg*, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 279.

sofern war im gemeinen Recht eine Reihe von Nebenabreden zu einem Vertrag anerkannt, die einer Partei das *vertraglich* begründete Recht gaben, sich vom Vertrag zu lösen. Konstruktiv ging man insofern davon aus, dass die Parteien den Hauptvertrag unter eine entsprechende Bedingung stellen wollten. Das praktisch relevanteste Beispiel für eine solche Nebenabrede war die *lex commissoria*, die dem Verkäufer ein Abgehen vom Vertrag im Fall des Verzugs des Käufers ermöglichte.<sup>311</sup>

Die restriktive Haltung des gemeinen Rechts strahlte auch auf die zeitgenössischen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe aus, die sich weitgehend darauf beschränkten, die gemeinrechtlich anerkannten Rücktrittsrechte – unter Beibehaltung der Bedingungskonstruktion – zu kodifizieren.<sup>312</sup> Jenseits des Handelsverkehrs war es dem Gläubiger nach keiner im Reich geltenden Rechtsordnung möglich, sich durch einseitige Erklärung mit gestaltender Wirkung von einem gegenseitigen Veräußerungsvertrag zu lösen.<sup>313</sup> Das umfassendste einseitige Lösungsrecht, das jedoch ein Gestaltungsurteil erforderte, gewährte der Code civil in Art. 1184.<sup>314</sup> Auch in dieser Bestimmung war der Einfluss des gemeinen Rechts in Gestalt der Bedingungskonstruktion unverkennbar:

„La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.“<sup>315</sup>

Insbesondere im Handelsverkehr entwickelte sich im 19. Jahrhundert ein generelles Bedürfnis, sich im Falle von Vertragsstörungen schnell und unkompliziert vom Vertrag lösen zu können, um die eigene Dispositionsfreiheit wiederzuerlangen.<sup>316</sup> Um dem gerecht zu werden, gewährte das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1856 dem Käufer *im kaufmännischen Verkehr* das Recht, durch einseitige Erklärung vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Verkäufer die bestellte Ware zu einem fest vereinbarten Liefertermin nicht liefert.<sup>317</sup> Außerhalb des Han-

<sup>311</sup> Siehe dazu *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 24; HKK/*Thier*, §§ 346–359 Rn. 7, jeweils m. w. N.

<sup>312</sup> Siehe zum Kauf unter dem Vorbehalt der Reue bspw. Art. 457 Dresdner Entwurf: „Ist bei einem Kaufe vereinbart worden, daß dem Verkäufer oder dem Käufer freistehen solle, von dem Verträge nach Belieben zurückzutreten (Reuerecht), so gilt dies als eine dem Kaufe beigefügte auflösende Bedingung.“

<sup>313</sup> Siehe dazu ausführlich *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 2 ff.

<sup>314</sup> Siehe zum Einfluss dieser Vorschrift auf die Rechtsentwicklung in Deutschland *ibid.*, S. 8 ff.

<sup>315</sup> Hierbei handelt es sich um den ersten Absatz der Vorschrift. Die beiden weiteren Absätze des Art. 1184 Code civil (1804) lauteten wie folgt:

„Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.“

<sup>316</sup> Siehe für eine zeitgenössische Schilderung des Problems *Lutz* (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 595. Siehe ferner *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 10 ff. m. w. N.

<sup>317</sup> § 1401 ZüricherGB: „Die Waare soll rechtzeitig übergeben werden. Ist im kaufmännischen

delsverkehrs stand dem Käufer dieses Recht hingegen nur auf der Grundlage einer entsprechenden – ausdrücklichen oder stillschweigenden – Vereinbarung zu.<sup>318</sup> Auch bei der Beratung des ADHGB wurde geltend gemacht, dass im Falle der Nichtleistung durch eine Partei das Instrumentarium des gemeinen Rechts – Erfüllungsverlangen oder Schadensersatz – den Bedürfnissen des Handelsverkehrs nicht genüge.<sup>319</sup> Der den Beratungen als Grundlage dienende Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten sah in Art. 250<sup>320</sup> und Art. 251<sup>321</sup> – nach dem Vorbild des Art. 1184 Code civil – ein allgemeines Rücktrittsrecht vor, das allerdings hätte gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Dagegen wurde jedoch zum einen eingewandt, dass die Schaffung eines allgemeinen Rücktrittsrechts die Kommission überfordern würde, da „dies eine der allerschwierigsten Aufgaben [sei]“<sup>322</sup> und dass zum anderen ein Rücktrittsrecht, das gerichtlich geltend gemacht werden muss, den Handelsverkehr nicht erleichtern, sondern erschweren würde.<sup>323</sup> Schließlich konnten sich die Verfasser des ADHGB in den Art. 354<sup>324</sup> und Art. 355<sup>325</sup>

---

Verkehr ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet worden, und wird derselbe von dem Verkäufer nicht eingehalten, so hat der Käufer die Wahl, ob er die nachträgliche Lieferung der Waare fordern, beziehungsweise die verspätete Lieferung annehmen oder von dem Kaufgeschäft zurücktreten und die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellen wolle. [...].“

<sup>318</sup> § 1402 ZüricherGB: „Außer dem eigentlichen Handelsverkehr hat der Käufer dieses Recht der Wahl nicht schon durch die bloße Bestimmung eines Lieferungsstermins, sondern nur, wenn es verabredet oder nach den Umständen als einverstanden vorausgesetzt worden ist. [...].“

<sup>319</sup> *Lutz* (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 595. Siehe dazu auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 10ff. m. w. N.

<sup>320</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Art. 250: „Wenn bei einem zweiseitigen Verträge, welcher von Seiten eines oder von Seiten beider Theile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten, oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern.“

<sup>321</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Art. 251: „Wird auf Erfüllung geklagt, so kann im geeigneten Falle der Kläger durch Erkenntniß ermächtigt werden, in bestimmter Frist dasjenige, was der andere Theil zu leisten hat, auf dessen Kosten anzuschaffen.

Wird der Vertrag aufgehoben, so hat jeder Theil dem anderen das bereits Geleistete zurückzugewähren; es tritt das Verhältniß ein, als wenn dem Verträge eine auflösende Bedingung beigelegt gewesen wäre.“

<sup>322</sup> *Lutz* (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 593.

<sup>323</sup> *Ibid.*, S. 596. Siehe dazu auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 10ff. m. w. N.

<sup>324</sup> Art. 354 ADHGB: „Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Artikels 343. für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern, oder ob er von dem Verträge abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.“

<sup>325</sup> Art. 355 ADHGB: „Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Verträge abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.“

lediglich dazu durchringen, ein Rücktrittsrecht *nur* für den Handelskauf und *nur* für den Fall des Verzugs einzuführen.<sup>326</sup>

Wie die Rückabwicklung eines beidseitig erfüllten Vertrages nach Eintritt einer ihm mittels einer Nebenabrede beigefügten auflösenden Bedingung zu erfolgen hatte, war in der Pandektistik im 19. Jahrhundert äußerst strittig.<sup>327</sup> Im Mittelpunkt stand dabei die Frage, ob das Eigentum an einer geleisteten Sache *ipso jure* an den Leistenden zurückfiel oder ob lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückübertragung bestand.<sup>328</sup> In Abhängigkeit hiervon konnte eine geleistete Sache entweder kondiziert oder vindiziert werden. Gerade im Hinblick auf die Details der Rückabwicklung war vieles unklar.<sup>329</sup> Was die für die Zwecke dieser Untersuchung besonders relevanten Aspekte des Leitbildes der Rückabwicklung und des Nutzungsausgleichs anbelangt, lässt sich Folgendes festhalten: Erstens wurde überwiegend angenommen, dass nach Ausübung eines als Resolutivbedingung ausgestalteten Rücktrittsrechts der *status quo ante contractum* wiederherzustellen sei.<sup>330</sup> Der Code civil brachte diese Wirkung in Art. 1183(1) a. F. auf besonders plastische Weise zum Ausdruck:

„La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.“

Für Deutschland lässt sich insofern auf die im ADHGB enthaltenen Rücktrittsrechte verweisen, die sich konzeptionell eng an die *lex commissoria* anlehnten<sup>331</sup> und nach denen der rücktrittsberechtigte Käufer bzw. Verkäufer das Recht haben sollte, vom Vertrag abzugehen, „gleich als derselbe nicht geschlossen wäre.“

Zweitens schuldeten sich die Vertragsparteien neben der Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen grundsätzlich auch Ausgleich für die hieraus wechselseitig gezogenen Nutzungen.<sup>332</sup> Bemerkenswerterweise wurde selbst für den Fall, dass

<sup>326</sup> Lutz (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 625 ff. Auch hiergegen wurden noch schwere Bedenken erhoben: „[Art. 354 und 355 ADHGB] würden [...] nur dazu dienen, das ganze Vertragssystem in ein bedenkliches Schwanken zu bringen.“ Siehe *ders.*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 1399.

<sup>327</sup> Siehe dazu überblicksartig Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 18 ff.

<sup>328</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl. 1879, S. 254 f.

<sup>329</sup> Siehe dazu überblicksartig Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 40 m. w. N.

<sup>330</sup> Siehe Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 321 (368 f.); Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 40.

<sup>331</sup> Siehe Lutz (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858, S. 1402: „gleich als ob eine Erlöschensklausel verabredet worden wäre.“ Siehe auch HKK/Thier, §§ 346–359 Rn. 26.

<sup>332</sup> Francke (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 1817 f.; Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61 f.).



die Rückübertragung einer geleisteten Sache aufgrund einer angenommenen dinglichen Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung mittels einer Vindikation erfolgen sollte, eine Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe gezogener Früchte angenommen.<sup>333</sup>

In den zeitgenössischen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen wurde demgegenüber für die diversen aus dem gemeinen Recht übernommenen Rücktrittsrechte teilweise ausdrücklich auf eine wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bezüglich der ausgetauschten Leistungen verzichtet.<sup>334</sup> Hierdurch sollte die grundsätzliche Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich keineswegs in Frage gestellt werden. Vielmehr wurde lediglich zur Vereinfachung der Abwicklung pauschal unterstellt, dass die gezogenen Nutzungen gleichwertig sind.<sup>335</sup> Franz von Kübel lehnte selbst eine solche Vereinfachung jedoch unter anderem mit dem Argument ab, dass der Verzicht auf einen konkreten Nutzungsausgleich dem Prinzip der Wiederherstellung des *status quo ante* nicht entspreche.<sup>336</sup>

### (3) Unwirksame Verträge

Von vornherein nichtige bzw. wirksam angefochtene gegenseitige Verträge wurden nach gemeinem Recht überwiegend mittels der *condictio sine causa* und der *condictio ob causam finitam* rückabgewickelt.<sup>337</sup> Teilweise wurde auch auf die *condictio indebiti* zurückgegriffen.<sup>338</sup> Letztere war auch insofern von zentraler Bedeutung, als gemeinhin für alle Kondiktionen auf die Rechtsfolgen der *condictio indebiti* zurückgegriffen wurde.<sup>339</sup> Die Rückabwicklung erfolgte also mittels „einseitiger“ Ansprüche, die auf die Besonderheit der vertraglichen Rückabwicklungssituation grundsätzlich keine Rücksicht nahmen.<sup>340</sup> Auch die Kondiktionen ziel-

<sup>333</sup> Dernburg, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 263. Siehe auch OAG Kassel, 30.12.1859, Röhler w. Pomp. Nr. 5688, SeuffA 13, 1860, 369 (370).

<sup>334</sup> Siehe dazu ausführlich infra 3. Teil:B.II.1.b)aa)(1), S. 463 ff.

<sup>335</sup> Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61).

<sup>336</sup> Ibid., S. 61 f.

<sup>337</sup> Bolze, AcP 76 (1890), 233 (237 ff.); Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1898, S. 197; König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 81; Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa – Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2000, S. 403 f. Siehe auch OAG Wiesbaden, 2.7.1836, SeuffA 2, 1848, 67 (68).

<sup>338</sup> Bolze, AcP 76 (1890), 233 (237 ff.).

<sup>339</sup> Vgl. Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (680): „Voraussetzung für den Rückforderungsanspruch ist Leistung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit, welche nicht bestanden hat. Ob die Verbindlichkeit eine obligatorische, dingliche, erbrechtliche oder eine im Familienrecht begründete wäre, ist [...] an sich gleichgiltig [sic].“

<sup>340</sup> König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 81. Siehe auch Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa – Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2000, S. 403 f.

ten jedoch grundsätzlich auf die Wiederherstellung des Zustandes vor Eintritt der ungerechtfertigten Bereicherung ab.<sup>341</sup> Im Falle der Rückabwicklung eines beiderseitig erfüllten gegenseitigen Vertrages ist dies der Zeitpunkt des Leistungsaustauschs.<sup>342</sup> Ferner war die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge mittels wechselseitiger Konditionen grundsätzlich mit einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich verbunden.<sup>343</sup> Allerdings musste der Verkäufer nach der vorherrschenden Auffassung im gemeinen Recht den von ihm zu erstattenden Kaufpreis nicht verzinsen.<sup>344</sup> Umgekehrt konnte der gutgläubige Käufer die Früchte der Kaufsache unter Umständen dann behalten, wenn der Verkäufer die in seinem Eigentum verbliebene Kaufsache vindizierte.<sup>345</sup>

### *bb) Explizite Übernahme des Leitbilds bei der Ausgestaltung des Rücktrittsfolgenrechts*

Bei der Schaffung des BGB wurde die in den im Reich geltenden Rechtsordnungen allgegenwärtige Kombination des Leitbildes der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* mit der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich weitgehend unreflektiert in das BGB übernommen. Das Rücktrittsfolgenrecht des BGB wurde nach dem Vorbild der Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* ausgestaltet (1). Neben den konkreten Rechtsfolgen haben die Verfasser des BGB dabei auch das Ziel der Rückversetzung der Parteien in den vertragsfreien Zustand übernommen (2). Das Leitbild erfreut sich bis heute in Rechtsprechung und Schrifttum einer nahezu ungebrochenen Strahlkraft (3).

#### (1) Ausgestaltung des Rücktrittsfolgenrechts nach dem Vorbild der *actio redhibitoria*

Die unübersichtliche und uneinheitliche Rechtslage, die die Verfasser des BGB in der Frage des Rücktritts vom Vertrag vorfanden, ermutigte sie, bei dessen Kodifizierung neue Wege zu beschreiten. Neben einer moderaten Ausweitung der gesetzlichen Rücktrittsgründe<sup>346</sup> bestand die zentrale Innovation des BGB darin, auf

<sup>341</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts – Siebenter Band, 1848, S. 94; Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 440f.

<sup>342</sup> Genau genommen handelt es sich um den Zustand vor Leistungsaustausch. Siehe dazu sogleich infra 2. Teil:A.II.1.a)bb(3), S. 203 f.

<sup>343</sup> OT Berlin, 29.9.1875, 6. Senat (Fenner u. Mecke), SeuffA 31, 1876, 429f.; Dernburg, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 382ff. Entsprechend war die Rechtslage nach dem ALR, dem Sächsischen BGB und dem Dresdner Entwurf, siehe König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 66.

<sup>344</sup> Siehe Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 158f.

<sup>345</sup> Siehe bspw. OG Bayern, 23.11.1878, SeuffA 34, 1879, 405f.; RG, 21.3.1892, VI 314/91, RGZ 29, 106 (108ff.).

<sup>346</sup> Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 1 betont dagegen, dass das BGB den Rücktritt zwar nicht erfunden, aber zumindest den gesetzlichen Rücktritt als ein allgemeines Prinzip abstrahiert und normiert

der Rechtsfolgenseite ein *einheitliches* Rückabwicklungsregime für das gesetzliche und vertragliche Rücktrittsrecht sowie für die Wandlungsklage zu schaffen. Hierfür hatte es zuvor nur zaghafte erste Ansätze im Sächsischen BGB<sup>347</sup> und im Dresdner Entwurf<sup>348</sup> gegeben. Weit weniger innovativ waren die Verfasser des BGB hingegen hinsichtlich der konkreten Rechtsfolgen: Man verallgemeinerte in den §§ 346 ff. BGB schlicht das Rückabwicklungsregime der *actio redhibitoria* – inklusive wechselseitiger Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich.

Das Rücktrittsfolgenrecht des BGB entstand in einem Wechselspiel von Vorlagen des für das Schuldrecht zuständigen Redaktors *Franz von Kübel* sowie Beschlüssen der ersten Kommission. Hierzu kam es, weil es *von Kübel* nicht gelungen war, rechtzeitig vor Beginn der Beratungen der ersten Kommission zum Schuldrecht am 24.2.1882<sup>349</sup> den ihm hierzu obliegenden Teilentwurf fertigzustellen. Stattdessen legte die erste Kommission ihren Beratungen – neben den bereits fertiggestellten Vorlagen *von Kübels* zu einzelnen Punkten – den Dresdner Entwurf von 1866 zugrunde.<sup>350</sup> Trotz schwerer Krankheit setzte *von Kübel* seine Tätigkeit als Redaktor auch während der fortschreitenden Beratungen der ersten Kommission fort und reichte bis 1883 weitere Vorlagen ein,<sup>351</sup> in denen er die bis dato gefassten Kommissionsbeschlüsse berücksichtigte.

Den Ausgangspunkt für die Entstehung der §§ 346 ff. BGB bildet die Sitzung der Kommission vom 21.4.1882, in der *von Kübels* Vorlage betreffend „Bestärkungsmittel der Verträge“<sup>352</sup> beraten wurde. Zu diesen Bestärkungsmitteln zählte *von*

---

habe. Bezüglich der Normierung trifft dies sicherlich zu. Zweifelhaft erscheint der Befund dagegen, was die Frage der Abstrahierung anbelangt. Siehe insofern etwa *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 494: „Das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein [...]. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat [...].“

<sup>347</sup> Das Sächsische BGB verwies für das Rücktrittsrecht wegen Teilentwehung in § 942 auf das Rückabwicklungsregime der Wandlungsklage in den §§ 911 ff.

<sup>348</sup> Der Dresdner Entwurf enthielt für die Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts wegen Teilentwehung in Art. 167 zwar noch eine eigenständig, aber inhaltlich nach dem Vorbild der *actio redhibitoria* ausgestaltete Regelung. Auf diese Weise wurden jeweils Gleichlauf zwischen Sach- und Rechtsmängelhaftung hergestellt. Art. 167 Dresdner Entwurf lautete: „Wurde dem Erwerber nur ein Theil des Vertragsgegenstandes oder ein mit demselben verbundenes Recht entzogen oder ist die Sache mit einer dinglichen Last beschwert, für welche der Veräußerer zu haften hat, so kann der Erwerber statt des im Art. 166 bezeichneten Rechtes die Aufhebung des Vertrages verlangen, sofern nach den Umständen anzunehmen sei, daß er den Vertrag nicht geschlossen haben würde, wenn er die theilweise Entziehung des Vertragsgegenstandes vorausgesehen oder dessen Belastung gekannt hätte.“ Siehe dazu näher *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 27 f.

<sup>349</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 14.

<sup>350</sup> Genauer gesagt nutzte die Kommission eine von *von Kübels* Mitarbeiter *Struckmann* auf der Grundlage der Vorarbeiten *von Kübels* modifizierte Version des Dresdner Entwurfs, *Schubert*, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, 1980, IX (XII).

<sup>351</sup> *Ibid.*, XII.

<sup>352</sup> *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse I, 1980, 321.

*Kübel* auch den Vorbehalt der Rechtsverwirkung. Wenn vereinbart war, dass eine Partei ihrer Rechte aus dem Vertrag verlustig sein soll, sofern sie ihre Verbindlichkeit nicht rechtzeitig erbringt, so sollte die andere Partei das Recht haben, vom Vertrag abzugehen.<sup>353</sup> Konzeptionell stand dieses Recht zur Lösung vom Vertrag noch ganz auf dem Boden der gemeinrechtlichen Bedingungskonstruktion. Nach der Vorstellung von *Kübel*s sollte seine Ausübung die Wirkung einer Resolutivbedingung haben.<sup>354</sup> Ausgetauschte Leistungen hätten auf bereicherungsrechtlicher Grundlage – und somit inklusive gezogener Früchte – zurückgewährt werden müssen.<sup>355</sup> Anlässlich der Beratung dieser Regelung schlug *Bernhard Windscheid* die Normierung eines allgemeinen vertraglichen Rücktrittsrechts vor.<sup>356</sup> Nach der Vorstellung *Windscheids* sollte die Rückabwicklung eines im Zeitpunkt des Rücktritts bereits erfolgten Leistungsaustauschs für den vertraglichen Rücktritt nicht eigenständig geregelt werden. Vielmehr sah sein Antrag einen Verweis auf die „Vorschriften über die Wandlungsklage“ vor.<sup>357</sup> Ausweislich der Protokolle wurde die Initiative *Windscheids* von der Kommission ohne größere Diskussion gebilligt.<sup>358</sup> Eine inhaltliche Debatte darüber, ob die Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* für das vertragliche Rücktrittsrecht angemessen sind, fand nicht statt.

Von *Kübel* passte sich dieser Beschlusslage in seinen zeitlich nachfolgenden Vorlagen an.<sup>359</sup> Sowohl für das von ihm vorgeschlagene gesetzliche Rücktrittsrecht bei Unmöglichkeit der Leistung und Verzug des Schuldners als auch für das vertragliche Rücktrittsrecht im Fall eines Kaufes „mit Vorbehalt der Reue“ gestaltete er die Rechtsfolgen<sup>360</sup>

---

<sup>353</sup> Gemäß § 11 der Vorlage, siehe *ibid.*, S. 322.

<sup>354</sup> *Ibid.*, S. 368.

<sup>355</sup> *Ibid.*, S. 369.

<sup>356</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 559 ff.

<sup>357</sup> *Ibid.*, S. 560.

<sup>358</sup> Zur grundsätzlichen Annahme des Antrages findet sich in den Protokollen nur folgender Satz: „Diesen Antrag nämlich betreffend, so erachtete es die Mehrheit für nöthig, allgemeine Vorschriften über das Rücktrittsrecht aufzunehmen.“ (*ibid.*, S. 559).

<sup>359</sup> Siehe insbesondere *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 849 („Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit“); *ders.*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 („Schuldverhältnisse aus Verträgen, welche auf eine Veräußerung von Sachen oder Rechten gerichtet sind“).

<sup>360</sup> § 6 der Vorlage zu den „Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit“ lautet: „Mit dem Rücktritt werden die Vertragschließenden gegenseitig so berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Empfangenes Geld ist mit Zinsen von der Zeit des Empfanges an, andere vertretbare Sachen sind in Sachen gleicher Gattung, Menge und Güte, nicht vertretbare Sachen sammt Zuwachs, Zubehörungen und allen Früchten zurückzugeben. Für nicht gezogene Früchte, sowie wegen Verschlechterungen oder für untergegangene Sachen hat der zur Rückgabe Verpflichtete insoweit Ersatz zu leisten, als er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Früchte ziehen und die Verschlechterung oder den Untergang abwenden gekonnt hätte. Wegen Verwendungen auf zurückzugebende Sachen hat der Verpflichtete die Rechte, welche dem redlichen Besitzer gegen den Eigenthümer zustehen, wenn dieser den Eigenthumsanspruch geltend macht.“ Siehe *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redak-

in Anlehnung an die Wandlungsklage aus.<sup>361</sup> Auch bezüglich des gesetzlichen Rücktrittsrechts wurde der Rückgriff auf die Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* von der Kommissionsmehrheit ohne nähere Diskussion gebilligt.<sup>362</sup> Im weiteren Verlauf der Beratungen entschloss sich die erste Kommission schließlich dazu, die Rechtsfolgen der Rückabwicklung beim vertraglichen Rücktrittsrecht anzusiedeln und für das gesetzliche Rücktrittsrecht und für die Wandlungsklage hierauf zu verweisen.<sup>363</sup> Dieser regelungstechnische Ansatz ist schließlich in den §§ 346 ff. i. V. m. §§ 327 S. 1, § 467 S. 1 BGB a. F. Gesetz geworden.

## (2) *Status quo ante contractum* als Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts

Neben den konkreten Rechtsfolgen übernahmen die Verfasser des BGB von der *actio redhibitoria* auch die allgemeine Zielvorgabe der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum*. Die erste Kommission stellte in § 427 Abs. 1 E I eigens folgenden programmatischen Leitsatz an die Spitze des Rücktrittsfolgenrechts:

„Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragsschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, [...]“<sup>364</sup>

Die Aufnahme dieses allgemeinen Grundsatzes in den Gesetzentwurf war ein besonderes Anliegen *Windscheids*, der sich dafür auch bei der Wandlung einsetzte,<sup>365</sup> bevor beschlossen wurde, für deren Rechtsfolgen auf das Rücktrittsfolgenrecht zu verweisen.<sup>366</sup> Inhaltlich besteht eine deutliche Nähe zu einer Passage zur *actio redhibitoria* in *Windscheids* Lehrbuch zum Pandektenrecht.<sup>367</sup> Der Grundsatz, dass die Parteien im Falle eines Rücktritts sowie der mangelbedingten Wandlung eines

---

toren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 849 (850).

<sup>361</sup> Ibid., S. 868; *ders.*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61).

<sup>362</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 277 f. Siehe zudem *ibid.*, S. 584: Bezüglich der Durchführung der Rückabwicklung mittels des Rechtsfolgenregimes der *actio redhibitoria* heißt es im Sitzungsprotokoll lapidar, dass hiergegen „im Wesentlichen nichts erinnert [wurde].“

<sup>363</sup> Ibid., S. 584. Siehe auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 54 ff.

<sup>364</sup> Vollständig lautet § 427 Abs. 1 E I: „Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragsschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, insbesondere daß kein Theil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann, und daß jeder Theil verpflichtet ist, dem anderen Theile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.“

<sup>365</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 566.

<sup>366</sup> *Supra* 2. Teil:A.II.1.a)bb)(1), S. 199 ff.

<sup>367</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 486: „Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre.“

Kaufvertrages möglichst in den *status quo ante contractum* zurückversetzt werden sollten, wurde schließlich auch in den Motiven als Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts herausgestellt, wobei ausdrücklich auf die Vorbildfunktion der *actio redhibitoria* Bezug genommen wurde:

„Durch die Rücktrittserklärung unmittelbar wird für beide Theile [...] der persönliche Anspruch und die persönliche Verpflichtung auf Zurückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum. Diese Normierung schließt sich an das hinsichtlich der Wandlungsklage geltende Recht an (Windscheid § 394 Nr. 2; sächs. GB. §§ 914 ff.).“<sup>368</sup>

Die zweite Kommission billigte § 427 Abs. 1 E I zunächst, entschloss sich allerdings im Rahmen der zweiten Lesung, einem Antrag *Karl von Jacubezkys* auf Streichung der Vorschrift stattzugeben.<sup>369</sup> Damit wurde jedoch nicht etwa eine inhaltliche Neuausrichtung des Rücktrittsfolgenrechts bezweckt. Vielmehr hielt *von Jacubezky* „die zusammenfassende lehrbuchmäßige Formel neben den unmittelbar folgenden Sätzen [für] entbehrlich.“<sup>370</sup> Daher ist es nicht verwunderlich, dass trotz der Streichung des § 427 Abs. 1 E I der Grundsatz der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum* in der Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches ganz selbstverständlich zum konzeptionellen Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts erklärt wurde:

„[D]ie Verpflichtung zur Verzinsung einer empfangenen Geldsumme von der Zeit des Empfanges an (§ 341 Satz 3) [ergibt sich] aus der Grundauffassung des Entw., wonach jeder Theil, obschon nur auf obligatorischem Wege, thunlichst in die gleiche Lage zurückversetzt werden soll, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.“<sup>371</sup>

### (3) Ungebrochene Strahlkraft des Leitbildes des *status quo ante contractum*

Angesichts der Eindeutigkeit, mit der sich die Verfasser des BGB auf die Wiederherstellung des *status quo ante contractum* festgelegt hatten, ist es nicht verwunderlich, dass dieses Leitbild nach Inkrafttreten des BGB von Rechtsprechung und Literatur übernommen wurde. So führte etwa das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1902 aus:

„Durch den Rücktritt vom Verträge, wie er in § 326 Abs. 1 zugelassen und in den §§ 346–356 B.G.B. näher geregelt ist, erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis auch

<sup>368</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 155. Der Verweis auf die §§ 914 ff. Sächsisches BGB ist ungenau. Der allgemeine Grundsatz findet sich in § 911 Sächsisches BGB: „Wird der Vertrag aufgehoben, so ist für beide Theile der Zustand herzustellen, wie er vor dem Verträge gewesen ist.“

<sup>369</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 601; *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 727.

<sup>370</sup> *Ibid.*, S. 727.

<sup>371</sup> *Ibid.*, S. 1240.

für die Vergangenheit, und es können nur noch kondiktionsähnliche Ansprüche auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluß des Vertrages gewesen, in Betracht kommen.<sup>372</sup>

Hieran hat sich bis heute nichts Grundlegendes geändert.<sup>373</sup> Die heute wohl überwiegende Auffassung modifiziert das Leitbild des *status quo ante contractum* nur geringfügig dahingehend, dass es nicht darum gehe, den Zustand vor Vertragsschluss, sondern den Zustand nach Vertragsschluss, aber vor Leistungsaustausch wiederherzustellen.<sup>374</sup> Damit wird der dogmatischen Umwälzung Rechnung getragen, die sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bezüglich des Rücktrittsfolgenrechts vollzogen hat.

Nach dem Inkrafttreten des BGB herrschte für viele Jahrzehnte die Auffassung vor, dass der Rücktritt den Vertrag *ex tunc* entfallen lässt.<sup>375</sup> Wie das oben stehende Zitat belegt, ging das Reichsgericht 1902 davon aus, dass infolge des Rücktritts der Vertrag mit Wirkung für die Vergangenheit erlischt. Auch 1952 war es aus Sicht des BGH noch selbstverständlich, dass durch die Erklärung des Rücktritts der Rechtsgrund für den Besitz des Käufers an der Kaufsache *rückwirkend* fortfällt.<sup>376</sup> Erst ab den 1970er Jahren vollzog sich ein Umschwung in der herrschenden Meinung,<sup>377</sup>

<sup>372</sup> RG, 11.4.1902, II 407/01, RGZ 50, 255 (266 f.).

<sup>373</sup> Vgl. BGH, 16.9.1981, VIII ZR 265/80, BGHZ 81, 298 (307); BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290 (293 f.); BGH, 10.10.2008, V ZR 131/07, BGHZ 178, 182 (187); Wolf, AcP 153 (1954), 97 (117); Esser, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 1970, S. 185 f.; Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 157; Esser/Schmidt, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 1984, S. 280; Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 1 f.; Gsell, JZ 2004, 643 (644); Fest, Der Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S. 2; ders., ZGS 2009, 126 (129 f.); Hütte, Gefahrverteilung und Schadensersatz im Rückabwicklungsschuldverhältnis nach gesetzlichem Rücktritt – Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rückabwicklung nach Leistungskondiktion, 2010, S. 13 (*status quo ante contractum* als Ziel des Rücktritts); Martens, AcP 2010, 689 (713) (Wiederherstellung des „vertragslose[n] status quo ante“ als Ziel des Rücktritts); Tillkorn, Der Nutzungersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013, S. 46 und S. 216 f.

<sup>374</sup> OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 33; Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 51; Staudinger/Kaiser, § 347 BGB Rn. 6 (November 2011); Hagmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 174 f. So wohl auch Kohler, AcP 214 (2014), 362 (373 f.).

<sup>375</sup> Siehe Wolf, AcP 153 (1954), 97 (103 f.); Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 1990, S. 15; HKK/Thier, §§ 346–359 Rn. 38, jeweils m. w. N. Siehe bspw. Crisolli, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1931, S. 126: „Der Rücktritt beseitigt den Abzahlungsvertrag mit rückwirkender Kraft, gewährt also nicht nur eine Einrede, sondern eine rechtsvernichtende Tatsache [...]“.

<sup>376</sup> BGH, 28.3.1952, I ZR 111/51, NJW 1952, 778 (779).

<sup>377</sup> HKK/Thier, §§ 346–359 Rn. 39 m. w. N. Allerdings findet sich diese Position auch schon in den Gesetzesmaterialien sowie, andeutungsweise, in frühen Stellungnahmen im Schrifttum, siehe bspw. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl. 1906, S. 347 (Verpflichtung zur Rückgewähr des Geleisteten sei eine „vertragsmäßige“). Früh und nachdrücklich für das heute herrschende Verständnis der Rücktrittswirkungen hat sich bspw. Josef Esser ausgesprochen. Siehe nur Esser, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 1970, S. 185 f.

der maßgeblich durch die Arbeiten *Heinrich Stolls*<sup>378</sup>, *Ernst Wolffs*<sup>379</sup> und *Hans Lesers*<sup>380</sup> zum Rücktritt befördert wurde. Heute gehen Rechtsprechung und die überwiegende Auffassung in der Literatur davon aus, dass der Rücktritt bewirkt, dass sich ein vertraglich begründetes Schuldverhältnis mit Wirkung *ex nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.<sup>381</sup> Dieses Paradigma des Rücktrittsrechts lag auch der Schuldrechtsmodernisierung zugrunde.<sup>382</sup> Nach wie vor gibt es allerdings gewichtige Stimmen in der Literatur, die die Auffassung vertreten, dass der Rücktritt den Vertrag mit Wirkung *ex tunc* beseitigt.<sup>383</sup>

Die Stimmen im Schrifttum, die als Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts die Wiederherstellung des Zustands *nach* Vertragsschluss und *vor* Leistungsaustausch ausgeben, berufen sich darauf, dass ein Vertrag im Fall des Rücktritts nach der herrschenden Meinung nunmehr bestehen bleibe. Dann aber könne es nicht darum gehen, den Zustand vor Vertragsschluss herzustellen.<sup>384</sup> An den praktischen Konsequenzen für die Rückabwicklung von Verträgen ändert sich hierdurch verglichen mit dem Leitbild des *status quo ante contractum* nichts. Solange die Parteien ihre wechselseitigen Leistungspflichten noch nicht erfüllt haben, macht es für die Parteien keinen Unterschied, ob diese dogmatisch mit Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* erlöschen. Wichtig ist nur, dass beide Parteien nach erklärtem Rücktritt von ihrer jeweiligen Leistungspflicht entbunden sind. Wenn es darum geht, die Parteien in den Zustand vor Vertragsschluss zurückzusetzen, ist vielmehr stets der Zeitpunkt des Leistungsaustauschs maßgeblich.

Eine Gelegenheit, das Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts kritisch zu hinterfragen, hätte die Schuldrechtsmodernisierung geboten, in deren Rahmen auch die §§ 346 ff. BGB neu gefasst wurden. Stattdessen knüpften die Verfasser der Schuldrechtsmodernisierung konzeptionell nahtlos an die Vorstellungswelt der Verfasser des BGB an:

„Der Rücktritt hat das Ziel, die vor dem Vertragsschluss bestehende Rechtslage wieder herzustellen.“<sup>385</sup>

<sup>378</sup> *Stoll*, AcP 131 (1929), 141.

<sup>379</sup> *Wolf*, AcP 153 (1954), 97.

<sup>380</sup> *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975.

<sup>381</sup> Vgl. *Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 1990, S. 15; *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (50); *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., Vor § 346 Rn. 12f. (2010); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 57.

<sup>382</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040, 191.

<sup>383</sup> Allerdings mit Unterschieden im Hinblick auf den Bezugspunkt der Rückwirkung, vgl. *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 6 ff.; *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., Vor § 346 Rn. 27 (2010) („störungsbezogene ex-tunc-Wirkung“).

<sup>384</sup> *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 51; *Staudinger/Kaiser*, § 347 BGB Rn. 6 (November 2011).

<sup>385</sup> BT-Drs. 14/6040, 189.



cc) *Implizite Geltung des Leitbilds auch für die Rückabwicklung von Verträgen nach Bereicherungsrecht*

Bekanntlich haben die Verfasser des BGB bei der Ausgestaltung des Bereicherungsrechts den besonderen Anforderungen, die sich aus der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ergeben, nicht hinreichend Beachtung geschenkt. Wie im gemeinen Recht vorgezeichnet, haben sie die Kondiktionen als isolierte, einseitige Ansprüche zur Korrektur einer ungerechtfertigten Bereicherung gedacht und auch als solche kodifiziert.<sup>386</sup> Dementsprechend finden sich in den Materialien auch keine Überlegungen zu einem Leitbild, dem die Rückabwicklung von Verträgen nach Bereicherungsrecht verpflichtet wäre. Zumindest implizit dürften die Verfasser des BGB jedoch davon ausgegangen sein, dass auch bei der Rückabwicklung eines nichtigen Vertrages die Parteien möglichst in den *status quo ante contractum* zurückversetzt werden sollen. Wie dargelegt, war dieser Grundsatz im gemeinen Recht rechtsinstitutsübergreifend allgegenwärtig.<sup>387</sup> Im Schrifttum hat die Frage nach dem Leitbild der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Verträgen nur wenig Beachtung gefunden. Autoren, die sich explizit hierzu äußern, gehen – soweit ersichtlich – einhellig davon aus, dass das Bereicherungsrecht darauf abzielt, die Parteien eines unwirksamen gegenseitigen Vertrages in den *status quo ante contractum* zurückzusetzen.<sup>388</sup>

dd) *Nutzungsausgleich als Instrument zur Herstellung des status quo ante contractum*

Ob die Wiederherstellung des *status quo ante contractum* einen wechselseitigen Ausgleich der aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen erfordert, hängt davon ab, welche Bedeutung man dem Begriff *status quo ante contractum* beimisst.

Als Mindestvoraussetzung dafür, um von einer Wiederherstellung des *status quo ante contractum* sprechen zu können, müssen die Parteien sich die ausgetauschten Leistungen zurückgewähren. Anderenfalls würde der Vertrag aufrechterhalten. Belässt man es bei der Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs, so wird ein Vertrag mit Wirkung *ex nunc* beendet. Für die Zukunft können die Parteien über den ihnen zurückgewährten Leistungsgegenstand wieder selbst verfügen. Dagegen wird der Leistungsaustausch für die Vergangenheit aufrechterhalten. Werden die Parteien hingegen zusätzlich verpflichtet, die aus den ausgetauschten

<sup>386</sup> Honsell, MDR 1970, 717.

<sup>387</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)aa), S. 192 ff.

<sup>388</sup> Wolf, AcP 153 (1954), 97 (109); Büdenbender, AcP 200 (2000), 627 (630f.); Fest, Der Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S. 2; ders., ZGS 2009, 126 (129f.) Siehe auch Kohler, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 306. Zwischen der Perspektive des Gläubigers und des Schuldners differenzierend Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 251 f. Bezogen auf Rückgewähransprüche im Allgemeinen Büdenbender, JuS 1998, 38.

Leistungen gezogenen Nutzungen auszugleichen, so erhält die Rückabwicklung eine zeitliche Dimension. Der Leistungsaustausch wird auch mit Wirkung für die Vergangenheit rückabgewickelt.<sup>389</sup>

Der Umstand, dass das Ziel der Wiederherstellung des *status quo ante* mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten „aufgeladen“ werden kann, wird selten diskutiert. Eine der wenigen Ausnahmen findet sich bei *Sebastian Martens*, der die Auffassung vertritt, dass sich der Gedanke der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante (contractum)* auf zwei Weisen konkretisieren lasse: Einmal in Gestalt einer „großen Lösung“ inklusive Nutzungsausgleich und einmal in Gestalt einer „kleinen Lösung“ ohne Nutzungsausgleich.<sup>390</sup> Bei der kleinen Lösung will *Martens* die Zeit zwischen Leistungserbringung und Rückabwicklung „ausblenden“, um die Parteien so zu stellen, als „hätten sie ihre Leistung nie erbracht und als stünde ihnen diese Leistung noch selbst vollwertig zur Verfügung“.<sup>391</sup> Zu diesem Zweck sollen die wechselseitig gezogenen Nutzungen als kompensiert angesehen werden. Die Parteien würden sich neben der Rückgewähr der Leistungen nur Wertersatz für eine eventuelle Verschlechterung des Leistungsgegenstandes schulden. In diesem Posten würde auch eine gebrauchsbedingte Wertminderung aufgehen.<sup>392</sup> Für die in der Terminologie *Martens'* „große Lösung“ zur Wiederherstellung des *status quo ante contractum* ist es hingegen erforderlich, dass sich die Parteien wechselseitig Ausgleich für die *konkret* gezogenen Nutzungen leisten.<sup>393</sup>

Angesichts des Umstandes, dass die Verfasser des BGB eine Rechtslage vorfanden, die von einer Kombination des Leitbildes der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* für die Rückabwicklung von Verträgen mit einer Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich geprägt war,<sup>394</sup> liegt die Annahme nahe, dass sie an den *status quo ante contractum* im Sinne der „großen Lösung“ dachten. Für *Franz von Kübel* lässt sich dies belegen, denn er lehnte eine wechselseitige Kompensation gezogener Nutzungen nach dem Vorbild etwa des Sächsischen BGB oder des Dresdner Entwurfs<sup>395</sup> ausdrücklich mit dem Argument ab, dass sie „dem Prinzip der Wiederherstellung des *status quo ante* nicht entspricht.“<sup>396</sup> Auch aus den Gesetzesmaterialien zum Rücktrittsfolgenrecht geht klar hervor, dass die Parteien gerade durch die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in den *status quo ante contractum* zurückversetzt werden soll-

<sup>389</sup> Siehe zur zeitlichen Dimension des Nutzungsausgleichs supra 1. Teil:C.IV, S. 119 ff.

<sup>390</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (710).

<sup>391</sup> *Ibid.*, S. 710.

<sup>392</sup> *Ibid.*, S. 710.

<sup>393</sup> Wenn beide Parteien Nutzungen ziehen, die sich wertmäßig entsprechen, konvergieren beide Ansätze. Ein Verzicht auf Nutzungsausgleich nach dem Kompensationsmodell und eine tatsächliche Durchführung des Nutzungsausgleichs führen dann zum gleichen Ergebnis.

<sup>394</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)aa), S. 192 ff.

<sup>395</sup> Siehe dazu infra 3. Teil:B.II.1.b)aa)(1), S. 463 f.

<sup>396</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61 f.).

ten. Im E I wurde die Nutzungsausgleichspflicht in § 427 Abs. 2 E I<sup>397</sup> im unmittelbaren Anschluss an den in Abs. 1 enthaltenen allgemeinen Grundsatz der Rückversetzung der Parteien in den Zustand vor Vertragsschluss angeordnet. In den Motiven wurde ausdrücklich klargestellt, dass diese Rechtsfolge der Verwirklichung des in § 427 Abs. 1 E I zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Leitbildes dient:

„Der Abs. 2 enthält die nähere Ausführung des Prinzipes und stellt dessen Bedeutung dahin klar, daß die auf Grund des Vertrages erfolgten Leistungen nicht bloß als ohne Grund erfolgt nach Kondiktionsgrundsätzen zurückgefordert werden können. Aus der Verbindlichkeit zur Herstellung des früheren Zustandes folgt, daß vom Rücktrittsberechtigten, wie von dem anderen Theile eine empfangene Geldsumme mit Zinsen (§ 217) von der Zeit des Empfanges an, andere Gegenstände mit dem Zuwachse (§§ 782 ff.) und allen Nutzungen (§ 793) zurückzugewähren sind.“<sup>398</sup>

Dementsprechend verstehen Rechtsprechung und Schrifttum die Verpflichtung der Parteien, nach erklärtem Rücktritt vom Vertrag die gezogenen Nutzungen auszugleichen, überwiegend als Instrument zur Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum*.<sup>399</sup> Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die herrschende Meinung unter der Herstellung des *status quo ante contractum* nicht schlicht ein Zurückschieben der ausgetauschten Leistungen mit Wirkung *ex nunc* versteht. Gemeint ist vielmehr eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs auch mit Wirkung für die Vergangenheit.

#### *b) Rückversetzung in den status quo ante contractum erfordert Orientierung am negativen Interesse*

Bisher wurde gezeigt, dass Ziel der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht die Wiederherstellung *des status quo ante* ist, und dass hierunter nicht eine Minimallösung im Sinne einer Rückschiebung der ausgetauschten Leistungen zu verstehen ist, sondern dass der Leistungsaustausch mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig gemacht werden soll. Wenn aber die Parteien mit zeitlicher Rückwirkung so gestellt werden sollen, als wäre es nicht zum Vertragsschluss bzw. Leistungsaustausch gekommen, so bedeutet dies, dass die Rückabwicklungsfolgen am negativen Interesse der Parteien ausgerichtet sein müssen.

Es ist offensichtlich, dass sich *beide* Parteien bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages in der Regel nicht gegenseitig das *volle* negative Interesse

<sup>397</sup> § 427 Abs. 2 E I: „Eine empfangene Geldsumme ist mit Zinsen von der Zeit des Empfanges an, andere Gegenstände sind mit Zuwachs und allen Nutzungen zurückzugewähren, [...]“

<sup>398</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 155.

<sup>399</sup> Siehe bspw. BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290 (293 f.); *Schwab*, JuS 2002, 630 (636); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 77 f.

gewähren können.<sup>400</sup> *Friedrich Mommsen*, auf den das Konzept des negativen Interesses zurückgeht,<sup>401</sup> umschrieb es als den Schaden, „welchen der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist.“<sup>402</sup> Laut *Rudolf von Jhering*, der – anknüpfend an *Mommsen* – den *Begriff* des negativen Interesses prägte,<sup>403</sup> müsse der Gläubiger zum Ersatz des negativen Interesses erhalten, „was er haben würde, wenn die äußere Thatsache des Contractabschlusses gar nicht vorgekommen wäre.“<sup>404</sup> Beide Parteien so zu stellen, als ob von dem Geschäft überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, würde also insbesondere eine Einbeziehung der Folgedispositionen erfordern, die sie alternativ getroffen hätten. Hierfür wird der zu verteilende „Kuchen“ in der Regel nicht ausreichen. Wenn beispielsweise eine Partei einen hohen entgangenen Gewinn zu beklagen hat, so steht die andere Partei, die diesen Schaden ausgleichen muss, schlechter, als wenn sie von dem Vertrag nie etwas gehört hätte.<sup>405</sup>

§ 427 Abs. 1 E I, wonach der Rücktritt bewirken sollte, „daß die Vertragschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre“<sup>406</sup>, schien aber gerade eine solche – unmögliche – wechselseitige Verpflichtung zum vollen Schadensersatz zu implizieren.<sup>407</sup> Dieses mögliche Missverständnis war neben der Beseitigung einer überflüssigen „lehrbuchmäßigen Formel“ ein weiterer Grund, weshalb die zweite Kommission § 427 Abs. 1 E I aus dem Entwurf strich.<sup>408</sup> Ausweislich der Protokolle griff die zweite Kommission damit die deutliche<sup>409</sup> Kritik *Emil Strohals* auf, der darauf hingewiesen hatte, dass dann, wenn die Parteien den Vertrag nicht geschlossen hätten, es auch nicht zu einem Leistungsaustausch gekommen wäre und es somit auch nichts

<sup>400</sup> Dies hatte bereits *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34 erkannt: „Eine vollständige Durchführung des angegebenen Gesichtspunkts in Beziehung auf beide Theile ist in den meisten Fällen unmöglich.“ (bezogen auf das Leitbild der *actio redhibitoria*, die Parteien in den *status quo ante contractum* zurückzusetzen).

<sup>401</sup> Siehe näher *Dedek*, Negative Haftung aus Vertrag, 2007, S. 181 f.

<sup>402</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853, S. 107. Siehe auch *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 157.

<sup>403</sup> Siehe näher *Dedek*, Negative Haftung aus Vertrag, 2007, S. 15.

<sup>404</sup> *Jhering*, Jb 4 (1861), 1 (16).

<sup>405</sup> Sofern ihr in diesem Fall nicht zufällig durch ein Alternativgeschäft ein gleich hoher Verlust entstanden wäre.

<sup>406</sup> Für den vollständigen Wortlaut des § 427 Abs. 1 E I siehe supra S. 202 in Fn. 364.

<sup>407</sup> *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 43 spricht insofern davon, dass die Formel „zum gegenseitigen vollen Ersatz des negativen Interesses“ tendiere.

<sup>408</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 727: „[§ 427 Abs. 1 Hs. 1 E I] könnte aber zu dem Mißverständnis führen, als sollten die Parteien einander auch das negative Vertragsinteresse zu ersetzen haben, und andererseits ist die zusammenfassende lehrbuchmäßige Formel [...] entbehrlich.“

<sup>409</sup> *Strohal*, JherJb 33 (1894), 361 (367): „Es thut mir leid, sagen zu müssen, daß hinter dieser Fassung ein klarer Gedanke überhaupt nicht steckt.“

rückgängig zu machen gäbe. Vielmehr könne es nach erklärtem Rücktritt nur darum gehen, die „eingetretenen Erfüllungseffekte praktisch wieder rückgängig zu machen.“<sup>410</sup>

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass eine Vertragspartei Kompensation ihres *vollen* negativen Interesses in der Regel nur mittels eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs gegen die andere Partei erlangen kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Rückabwicklung gescheiterter Verträge für *beide* Vertragsparteien nicht zumindest am negativen Interesse *ausgerichtet* sein kann. Hierzu ist es lediglich erforderlich, die Rechtsfolgen der Rückabwicklung auf einen Ausschnitt des negativen Interesses zu beschränken. Nichts könnte dies besser verdeutlichen als der Umstand, dass mit *Mommsen* und *Jhering* die beiden geistigen Väter des negativen Interesses die *actio redhibitoria* jeweils als ein Beispiel für eine auf das negative Interesse gerichtete Klage anführten,<sup>411</sup> obwohl deren im gemeinen Recht fest umrissener Rechtsfolgenkatalog den Parteien eindeutig keine volle Kompensation ihres negativen Interesses gewährte.<sup>412</sup> Dies gilt selbst dann, wenn man ausgehend von der Überlegung, dass die *actio redhibitoria* dem Schutz der Interessen des Käufers dient,<sup>413</sup> die Wiederherstellung des *status quo ante contractum* als eine *einseitige* Verpflichtung des Verkäufers ansieht.<sup>414</sup> Zwar begünstigt die *actio redhibitoria* im Hinblick auf die Gefahrtragung in der Tat den Käufer.<sup>415</sup> Nach dem Untergang der Kaufsache ist es auch im Hinblick auf die primär ausgetauschten Leistungen nicht mehr möglich, beide Parteien so zu stellen, als ob der Vertrag nicht geschlossen worden wäre und der Leistungsaustausch nicht stattgefunden hätte.<sup>416</sup> Mindestens eine Partei muss schlechter gestellt werden, als sie ohne den Vertragsschluss gestanden hätte. Für den Fall der *actio redhibitoria* ist dies der Verkäufer, da er den Kaufpreis auch dann erstatten muss, wenn die Kaufsache beim Käufer ohne dessen Verschulden untergegangen ist: *mortuus redhibetur*.<sup>417</sup> Im Hinblick auf die Gefahr-

<sup>410</sup> Ibid., S. 367 f.

<sup>411</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853, S. 202 in Fn. 19; *Jhering*, Jb 4 (1861), 1 (17).

<sup>412</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34. Siehe auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 43 mit Fn. 69.

<sup>413</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34.

<sup>414</sup> In diesem Sinne *Wolf*, AcP 153 (1954), 97 (117) für den gesetzlichen Rücktritt. Dagegen bezog *Windscheid* die Verpflichtung eindeutig auf beide Parteien, siehe *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 486.

<sup>415</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34.

<sup>416</sup> Darauf hatte bereits *Mommsen*, *ibid.*, S. 34 f. hingewiesen (S. 35: „Eine vollständige Durchführung des angegebenen Gesichtspunkts in Beziehung auf beide Theile ist in den meisten Fällen unmöglich.“). Siehe auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 42 f. Dies wird sogar in der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung anerkannt, vgl. BT-Drs. 14/6040, 190.

<sup>417</sup> HKK/*Thier*, §§ 346–359 Rn. 14 m. w. N.

tragung wird die Formel von der *beidseitigen* Rückversetzung der Parteien in den Zustand vor Vertragsschluss bei der Wandlung somit nicht durchgehalten. Der Hintergrund der Gefahrtragungsregel „*mortuus redhibetur*“ ist, dass bei der *actio redhibitoria* die Verantwortlichkeit klar zugeordnet war – und zwar auf der Seite des Verkäufers.<sup>418</sup> Auch wenn dem Verkäufer kein explizites Verschulden nachgewiesen werden musste, war doch klar, dass ihn die primäre Verantwortlichkeit für das Scheitern des Vertrages traf. Die Wurzel der *actio redhibitoria* liegt im besonders täuschungsanfälligen Sklavenhandel<sup>419</sup> – dem antiken Äquivalent zum Gebrauchtwagenhandel. Insofern war ihr auch ein strafendes Element inhärent.<sup>420</sup> Dessen ungeachtet gewährt die *actio redhibitoria* dem Käufer jedoch keinen auf das volle negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch. Der Käufer kann vom Verkäufer in Gestalt der Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich Zinsen vielmehr nur einen Ausschnitt seines negativen Interesses verlangen.<sup>421</sup> Beispielsweise kann er nicht geltend machen, dass ihm infolge des Abschlusses des rückabgewickelten Kaufvertrages ein Gewinn aus einem Geschäft entgangen ist, das er alternativ abgeschlossen hätte.

Dass das Leitbild der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* eine Orientierung der Rückabwicklungsfolgen am negativen Interesse der Parteien erfordert, entspricht der insofern konsequenten herrschenden Meinung. Nach der Rechtsprechung des BGH zielen die §§ 346 ff. BGB „auf die Herstellung eines Zustands ab, der im Wesentlichen am negativen Interesse der Vertragsparteien ausgerichtet ist.“<sup>422</sup> Auch im Schrifttum ist dies die eindeutig vorherrschende Sichtweise.<sup>423</sup> Ausgehend von dieser Prämisse soll das Rücktrittsfolgenrecht den Parteien zwar nicht das volle negative Interesse, aber doch zumindest einen Ausschnitt aus ihrem jeweiligen negativen Interesse gewähren.<sup>424</sup>

<sup>418</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34 f.

<sup>419</sup> *HKK/Thier*, §§ 346–359 Rn. 13.

<sup>420</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (149). Siehe auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 52 f.

<sup>421</sup> *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34 f.

<sup>422</sup> BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290 (293 f.); BGH, 10.10.2008, V ZR 131/07, BGHZ 178, 182 (187); BGH, 14.4.2010, VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426 (2427). Kritisch *Kobler*, JuS 2013, 769 (771) in Fn. 23; *ders.*, AcP 214 (2014), 362 (364) in Fn. 15; *ders.*, ZfPW 2017, 404 (445) in Fn. 245.

<sup>423</sup> *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 158 f.; *Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 1990, S. 16; *Gsell*, JZ 2004, 643 (644). Kritisch *Kobler*, AcP 214 (2014), 362 (373 f.); *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 91.

<sup>424</sup> In diesem Sinne *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 158 f.; *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 167 f.; *Gsell*, JZ 2004, 643 (644).

c) *Nutzungsausgleich steht mit Gewährung des negativen Interesses nicht in Einklang*

Eine pauschale wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB steht mit einem am negativen Interesse ausgerichteten Haftungssystem nur dann in Einklang, wenn man davon ausgeht, dass der konkrete Nutzungserfolg unabhängig von der Person des Nutzenden ist (aa). Obwohl die tatsächliche Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs mit dieser Prämisse nicht in Einklang steht (bb), erfreut sie sich einer ungebrochenen Beliebtheit als Begründung für die wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich bei Rückabwicklung gegenseitiger Verträge (cc).

aa) *Nutzungsausgleich gewährt negatives Interesse nur bei Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden*

Bisher wurde gezeigt, dass erstens die Rückabwicklung von Verträgen nach Rücktrittsfolgenrecht und Bereicherungsrecht auf die Herstellung des *status quo ante contractum* abzielt, und dass hiermit zweitens nicht nur eine Minimallösung im Sinne einer schlichten rückgängigmachung des Leistungsaustauschs gemeint ist, sondern der Leistungsaustausch gerade auch mit zeitlicher Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht werden soll.<sup>425</sup> Dies erfordert drittens, dass das System der Rechtsfolgen, durch das der Leistungsaustausch rückgängig gemacht werden soll, am negativen Interesse der Parteien ausgerichtet ist.

Kombiniert man diese Ergebnisse, so ergibt sich als logische Konsequenz, dass sich auch und gerade die Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich als eine Ausprägung des negativen Interesses der Parteien interpretieren lassen müsste. Genau diese Sichtweise vertrat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 im Hinblick auf die Funktion des Nutzungsausgleichs im Regelungssystem der §§ 346 ff. BGB:

„Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB über die im Falle bereits erbrachter Leistungen durchzuführende Rückabwicklung des Vertrages zielen auf die Herstellung eines Zustands ab, der im Wesentlichen am negativen Interesse der Vertragsparteien ausgerichtet ist [...]. Darin liegt der Grund dafür, dass die vor dem Rücktritt tatsächlich gezogenen [...] Nutzungen der Kaufsache [...] nicht mehr dem Käufer, sondern dem Verkäufer gebühren und deshalb der Käufer zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet ist (§§ 346, 347 BGB).“<sup>426</sup>

Der BGH interpretierte die Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 346 Abs. 1 BGB also als eine am negativen Interesse der Parteien ausgerichtete Rechtsfolge. Auch im Schrifttum wird diese Auffassung prominent vertreten.<sup>427</sup>

<sup>425</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)dd), S. 206 ff.

<sup>426</sup> BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290 (293 f.) [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>427</sup> Siehe bspw. *Schwab*, JuS 2002, 630 (636). Das Leitbild des negativen Interesses ablehnend, aber insofern sichtlich lavierend dagegen *Staffel*, AcP 92 (1902), 467 (472).

Hieran ist allerdings problematisch, dass die Ermittlung des negativen Interesses immer aus der Perspektive des Vermögens des Gläubigers erfolgt. Demgegenüber zielt die Verpflichtung zum Ausgleich gezogener Nutzungen auf das Vermögen des Anspruchsschuldners ab. Nutzungsausgleich ist ein vorteilsorientierter Rechtsbehelf.<sup>428</sup> Selbst wenn ein Rechtsinstitut nicht das *volle* negative Interesse gewährt, sondern nur einen *Ausschnitt* hieraus, bleibt es insofern doch einer schadensersatzrechtlichen Logik verpflichtet. Wenn das Leitbild der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* mit zeitlicher Rückwirkung überhaupt eine Bedeutung haben soll, so müssen die Parteien zumindest bezogen auf die ausgetauschten Leistungen so gestellt werden, als ob es nicht zum Leistungsaustausch gekommen wäre.

Eine Orientierung am negativen Interesse und die sich daraus ergebende Notwendigkeit, den Leistungsaustausch hinwegzudenken, zwingt für die Nutzungsausgleichsproblematik zu einer genuin schadensersatzrechtlichen Perspektive: Wären die Leistungen nie ausgetauscht worden, so hätte die jeweils andere Vertragspartei daraus auch keine Nutzungen ziehen können. Jede Partei hätte vielmehr die von ihr erbrachte Leistung selbst genutzt.<sup>429</sup> Um *eine* Vertragspartei im Hinblick auf die Nutzungen der empfangenen und der hingegebenen Leistung so zu stellen, als ob es nie zu Vertragsschluss und Leistungsaustausch gekommen wäre, müsste sie verpflichtet werden, die aus der empfangenen Leistung tatsächlich gezogenen Nutzungen an die andere Partei auszukehren.<sup>430</sup> Im Gegenzug dürfen ihr jedoch nicht die Nutzungen zugesprochen werden, welche die andere Partei tatsächlich gezogen hat.<sup>431</sup> Vielmehr hat sie Anspruch auf den Wert der Nutzungen, die sie selbst aus ihrer Leistung gezogen hätte, wenn es nicht zum Vertragsschluss und Leistungsaustausch gekommen wäre.

Die Verpflichtung der Parteien, neben der empfangenen Leistung auch die von ihnen hieraus gezogenen Nutzungen herauszugeben oder zu vergüten, steht mit dem Leitbild des negativen Interesses nur dann in Einklang, wenn folgende Voraussetzung erfüllt ist: Der Rücktrittsgläubiger müsste, wenn es nicht zum Leistungsaustausch gekommen wäre, genau die gleichen Nutzungen gezogen haben, die aufgrund des Vertragsschlusses und des Leistungsaustausches statt seiner der Rücktrittsschuldner gezogen hat.

Um unterstellen zu können, dass diese Voraussetzung nicht nur zufällig, sondern regelmäßig erfüllt ist, wenn ein gegenseitiger Veräußerungsvertrag rückabzuwickeln ist, muss man von der Prämisse ausgehen, dass Art und Umfang der von den Parteien aus der jeweils empfangenen Leistung tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB unabhängig von der Person des Nutzenden sind. Unter dieser Voraussetzung entsprechen sich vorteilsorientierte Haftung und Schadensersatz.

---

<sup>428</sup> Supra 1. Teil:C.I., S. 103 ff.

<sup>429</sup> Was auch die Möglichkeit einschließt, anderweitig über den Gegenstand der Leistung zu disponieren.

<sup>430</sup> Denn ohne Vertragsschluss und Leistungsaustausch hätte sie diese Nutzungen nicht gezogen.

<sup>431</sup> Denn auch dazu wäre es unter der Prämisse des negativen Interesses nicht gekommen.



Diese Annahme ist beispielsweise im Falle von Nutzungen gerechtfertigt, die sich der gemeinrechtlichen Kategorie der *fructus mere naturales* zuordnen lassen. Wie bereits im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde,<sup>432</sup> handelt es sich hierbei um Früchte, „welche lediglich der Natur ihr Dasein verdanken“<sup>433</sup> Als ein typisches Beispiel für reine Naturfrüchte wurde Obst angesehen. So führte beispielsweise *Domenikus Unterholzner* 1825 aus:

„Das Obst gehört zu den *fructus naturales*: denn es wächst ohne Bestellung von selbst; und die Pflege bezieht sich hauptsächlich nur auf die Bewahrung, z. B. durch das Ableben von Raupen und die Sorge für Bewachung.“<sup>434</sup>

Der Eigentümer eines Obstbaums kann also nach der Vorstellung *Unterholzners* der Natur ihren Lauf lassen und darauf warten, dass der Baum Früchte trägt. Man könnte also sagen, dass die Frucht dem Obstbaum innewohnt bzw. inhärent ist. Dann aber macht es keinen Unterschied, wer zufällig Besitzer des Grundstücks ist, auf dem der Obstbaum wächst. Der Berechtigte hätte genau die gleichen Früchte pflücken können, die statt seiner der Nichtberechtigte gepflückt hat.

#### *Beispiel 13*

*A und B tauschen zwei Grundstücke, auf denen jeweils ein Apfel- und ein Birnenbaum wachsen. Im Herbst erntet A die Birnen des Birnenbaums, B die Äpfel des Apfelbaums. Kurz darauf stellt sich heraus, dass der Tauschvertrag formnichtig ist. Daraufhin wird der Grundstückstausch rückabgewickelt.*

Durch eine Herausgabe der geernteten Früchte können A und B bezüglich der Nutzungen der Grundstücke so gestellt werden, als ob es nie zum Leistungsaustausch gekommen wäre: A muss die Früchte herausgeben, die er tatsächlich geerntet hat (Birnen) und erhält die Früchte, die er selbst geerntet hätte (Äpfel). Gleiches gilt umgekehrt für B.

Wenn allerdings die Prämisse, dass der konkrete Nutzungserfolg von der Person des Nutzenden unabhängig ist, *nicht* gilt, können sich beide Parteien das negative Interesse durch den Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen in der Regel nicht gewähren.<sup>435</sup> Dies wird deutlich, wenn man sich klarmacht, dass die Verpflichtung zur Auskehrung der tatsächlich gezogenen Nutzungen und der Anspruch auf die hypothetisch gezogenen Nutzungen das negative Interesse bezüglich der Nutzungen der empfangenen und hingegebenen Leistung nur aus der Perspektive *einer* Partei beschreiben. Wenn sich *beide* Parteien gegenseitig das negative Interesse gewähren sollen, so hat es damit aber nicht sein Bewenden. Vielmehr empfängt jede Partei – denklogisch – zum einen *zusätzlich* die von der ande-

<sup>432</sup> Supra 1. Teil: B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>433</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 265.

<sup>434</sup> *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (339).

<sup>435</sup> Siehe insofern bereits *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 34f. So auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 45f.; *Martens*, AcP 2010, 689 (711).

ren Partei tatsächlich gezogenen Nutzungen und muss zum anderen *zusätzlich* als Verpflichtete der jeweils anderen Partei den Wert erstatten, den diese hypothetisch an Nutzungen gezogen hätte.

Unter diesen Voraussetzungen wahrt eine wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nur dann exakt das negative Interesse beider Parteien, wenn beide Parteien zufällig genau die gleichen Nutzungen gezogen haben, die statt ihrer auch die jeweils andere Partei gezogen hätte. Wenn hingegen beide Parteien aus dem Gegenstand der eigenen Leistung – zumindest wertmäßig – genau die gleichen Nutzungen gezogen hätten, die sie aus der empfangenen Leistung gezogen haben, würde das negative Interesse umgekehrt gerade durch einen völligen *Verzicht* auf Nutzungsausgleich gewahrt:

*Beispiel 14*<sup>436</sup>

*Zwei Landwirte tauschen mit formgültigem Vertrag zur Arrondierung ihrer jeweiligen Besitzungen zwei Grundstücke und erklären jeweils die Auflassung und übergeben die Grundstücke. Landwirt A baut sodann Weizen an, Landwirt B Mais. Kurz nach der Ernte tritt Landwirt B vom Tauschvertrag zurück, weil A die Erteilung der Bewilligung des B zur Eintragung ins Grundbuch verweigert.*

In diesem Fall müssen sich die Landwirte nach § 346 Abs. 1 nicht nur die jeweiligen Grundstücke zurückgewähren. Gemäß den §§ 99, 102 BGB müssen sie auch wechselseitig die jeweils eingefahrene Ernte abzüglich der Fruchtgewinnungskosten herausgeben. A erhält somit eine Maisernte, B eine Weizenernte. Wäre es hingegen nie zu dem Leistungsaustausch gekommen, hätte A ebenfalls Weizen und B ebenfalls Mais angebaut. Um A und B so zu stellen, als ob es nie zu einem Leistungsaustausch gekommen wäre, müsste also auf einen wechselseitigen Nutzungsausgleich gerade verzichtet werden.

*bb) Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs mit der Prämisse der Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden unvereinbar*

Eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich steht mit dem Leitbild der wechselseitigen Gewährung des negativen Interesses nur dann im Einklang, wenn der Nutzungserfolg von der Person des Nutzenden unabhängig ist. Um diese zu gewährleisten, müsste der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge auf Fälle beschränkt sein, in denen beide Parteien aus der jeweils empfangenen Leistung Nutzungen ziehen, die wertungsmäßig *fructus mere naturales* entsprechen. Dies ist jedoch *de lege lata* nicht der Fall. Wie im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde, haben die Verfasser des BGB auf eine Übernahme der gemeinrechtlichen Kategorien der *fructus mere naturales* und der *fructus industriales* verzichtet. Der Fruchtbegriff des § 99 BGB differenziert nicht nach dem Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung.<sup>437</sup> Auch im Rahmen der einzelnen Nutzungsausgleichstatbestände wird hierauf keine Rücksicht genommen. Eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bezieht sich im

<sup>436</sup> Angelehnt an Wieling, AcP 169 (1969), 137 (157).

<sup>437</sup> Supra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge stets auf sämtliche tatsächlich gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB.

Auch *de lege ferenda* wäre der Versuch einer entsprechenden tatbestandlichen Einschränkung des Nutzungsausgleichs nicht sinnvoll. „Reine“ Naturfrüchte kommen faktisch kaum vor.<sup>438</sup> Selbst bei einem Obstbaum decken sich die bei einer Orientierung am Schuldner- bzw. Gläubigervermögen ergebenden Ausgleichleistungen nicht zwingend.<sup>439</sup> Denn es ist ohne weiteres möglich, dass der Ausgleichspflichtige den Obstertrag durch Kultivierung gegenüber dem Ertrag steigert, den der Baum in den Händen des Berechtigten erbracht hätte, und *vice versa*. Der Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg bewegt sich in der Praxis auf einem Kontinuum von sehr gering bis sehr hoch. Mittels einer wechselseitigen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich kann das negative Interesse beider Parteien nur dann gewahrt werden, wenn der Einfluss beider Parteien auf den Erfolg der Nutzung der jeweils empfangenen Leistung vernachlässigbar gering ist – also an einem Extrempunkt des Spektrums. Daraus folgt zugleich, dass die Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich im Rahmen der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages nicht mit dem Ziel der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* in Einklang gebracht werden kann.

Die Verfasser des BGB haben sich dieser Erkenntnis verschlossen. Dabei war bei der Erarbeitung des Gesetzbuches durchaus nicht unbemerkt geblieben, dass das Leitbild der Wiederherstellung des *status quo ante contractum* nicht zu den konkreten Rechtsfolgen passte, welche die Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages nach sich ziehen sollte. Dies geht aus den Beratungen der ersten Kommission zu den Rechtsfolgen der Wandlung klar hervor. Bevor man sich bezüglich der Rechtsfolgen der Wandlung für eine generelle Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht entschied, war auf Antrag *Bernhard Windscheids* angedacht gewesen, analog zum vertraglichen Rücktrittsrecht<sup>440</sup> der konkreten Verpflichtung zur Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen zuzüglich gezogener Nutzungen folgenden allgemeinen Grundsatz voranzustellen:

„Macht der Erwerber von dem Rechte der Wandlung Gebrauch, so sind die Parteien sich gegenseitig verpflichtet, sich in diejenige Lage zu versetzen, in welcher sie sein würden, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre.“<sup>441</sup>

Hiergegen wurde vorgebracht, dass die Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen zuzüglich der daraus gezogenen Nutzungen und zum Wertersatz für Verschlechterungen der Kaufsache<sup>442</sup> „das vorgeschlagene Prinzip im erheblichsten Maße und dergestalt erschütter[t], daß es fast nur eine halbe Wahr-

<sup>438</sup> So auch *Saint-Alary*, Répertoire de droit civil Dalloz, 1952, Fruits, Rn. 69.

<sup>439</sup> In diesem Sinne auch *Saint-Alary*, *ibid.*, Rn. 69.

<sup>440</sup> *Supra* 2. Teil:A.II.1.a)bb)(2), S. 202.

<sup>441</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 566.

<sup>442</sup> Gemäß §§ 16 f. der Vorlage, siehe *ibid.*, S. 565.

heit bleibe.<sup>443</sup> Die Kommissionsmehrheit setzte sich hierüber mit einem *argumentum ad verecundiam* hinweg: Da die konkreten Rechtsfolgen nicht alle Fälle abdecken könnten, „bedürfe es einer prinzipiellen Anordnung, die, wie keinem Zweifel unterliege und in der Doktrin unanfechtbar feststehe, keine andere, als die vorgeschlagene seien könne“.<sup>444</sup> Bemerkenswert ist an dieser Begründung, dass die Autorität der Doktrin, die dergestalt angerufen wurde, in Gestalt von *Bernhard Windscheid* mit am Tisch saß.

*cc) Ungebrochene Beliebtheit der Prämisse der Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden*

Auch wenn die Prämisse der Unabhängigkeit des Nutzungserfolgs von der Person des Nutzenden selbst auf natürliche Früchte nur selten zutrifft, ist sie für eine agrarisch geprägte Wirtschaftsordnung zumindest nachvollziehbar. Der Ertrag, der sich mittels eines landwirtschaftlichen Betriebes erwirtschaften lässt, ist häufig durch vom Landwirt nicht beeinflussbare Faktoren wie beispielsweise die Bodenqualität und das lokale Klima geprägt und damit in einem gewissen Rahmen objektivierbar. Es ist daher nicht vollkommen fernliegend, zu unterstellen, dass der von einem Nichtberechtigten mit einem fremden Landgut erwirtschaftete Ertrag in etwa dem entspricht, was der Berechtigte erwirtschaftet hätte.

Vor diesem Hintergrund ist es aus zwei Gründen nicht verwunderlich, dass Juristen im 19. Jahrhundert der Vorstellung anhängen, Früchte seien etwas Objektives, von der Person des Fruchtziehenden Unabhängiges: Erstens war das römische Recht, das in Gestalt des gemeinen Rechts fortlebte, in einer agrarisch geprägten Gesellschaft entstanden.<sup>445</sup> Zweitens traf Gleiches für den größeren Teil des 19. Jahrhunderts auch auf das Gebiet des späteren Deutschen Reichs zu.<sup>446</sup> Obwohl das gemeine Recht noch die Kategorie der Industrialfrüchte kannte,<sup>447</sup> muss man nicht lange suchen, um in dieser Epoche Anhaltspunkte für die Vorstellung zu finden, dass natürliche Früchte von der Person des Fruchtziehenden unabhängig sind. Eine besonders schöne Illustration ist die Argumentation, mit der *Christian Friedrich von Glück* 1811 begründete, warum der Bereicherungsschuldner nach gemeinem Recht zwar die Früchte einer Sache, nicht aber den mittels rechtsgrundlos empfangenen Geldes erzielten Zinsertrag an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben hatte:

„Früchte sind der natürliche Zuwachs einer Sache. Diese würden also dem Kläger gewiß zugefallen sein, wenn er seine Sache behalten hätte. Allein Zinsen werden aus einer an sich unfruchtbaren Sache hervorgebracht. Sie entstehen nicht aus der Natur des Geldes. Denn das hat keine produktive Kraft; sondern sie werden durch positive Bestimmungen des

<sup>443</sup> Ibid., S. 567.

<sup>444</sup> Ibid., S. 567.

<sup>445</sup> Siehe *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 73 ff. m. w. N.

<sup>446</sup> Siehe dazu näher *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 – Erster Band: Arbeitswelt und Bürgergeist, 3. Aufl. 1993, S. 192 ff.

<sup>447</sup> Supra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

Rechts bezogen. Wenn daher dem Kläger die Früchte der Sache aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er sie ja selbst erhalten hätte, sofern die Sache in seinem Besitz geblieben wäre; so läßt sich dieser Grund nicht mit der gleichen Stärke dazu gebrauchen den Beklagten auch in die Zinsen zu verurteilen.“<sup>448</sup>

Auch in den Materialien zum BGB finden sich Anhaltspunkte für die Vorstellung, dass der Nutzungserfolg von der Person des Nutzenden unabhängig ist. Die zweite Kommission hatte beschlossen, auch einen redlichen unverklagten Besitzer zum Nutzungsausgleich zu verpflichten, falls er den Besitz unentgeltlich erlangt hatte.<sup>449</sup> Hiergegen wurde von der unterlegenen Minderheit unter anderem geltend gemacht, dass es bei der Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich aus der Perspektive des Eigentümers „nur um einen entgangenen Gewinn“ gehe.<sup>450</sup> Wenn Nutzungen als von der Person des Nutzenden entkoppelt gedacht werden und dementsprechend angenommen wird, dass der Eigentümer die gleichen Nutzungen gezogen hätte, die tatsächlich der Besitzer gezogen hat, dann ist es zumindest nachvollziehbar, was Mitglieder der zweiten Kommission dazu gebracht haben könnte, eine Verpflichtung zur Herausgabe bzw. Vergütung von Nutzungen, die eindeutig vorteilsorientiert ist,<sup>451</sup> als einen Fall der Haftung für einen entgangenen Gewinn anzusehen.

Bemerkenswerterweise hat die Prämisse, dass der Nutzungserfolg von der Person des Nutzenden unabhängig ist, zumindest in impliziter Form das 20. Jahrhundert überdauert und ist auch im 21. Jahrhundert noch anzutreffen. Die herrschende Meinung geht nach wie vor davon aus, dass das Rücktrittsfolgenrecht darauf abziele, die Parteien (zumindest) so zu stellen, wie sie ohne den Leistungsaustausch stünden.<sup>452</sup> Sie steht daher vor der Herausforderung, die von diesem Leitbild geforderte Orientierung der Rechtsfolgen des Rücktritts am negativen Interesse der Parteien mit der Verpflichtung zum Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen in Einklang zu bringen. Zumeist wird dieses Problem im Schrifttum schlicht ignoriert.<sup>453</sup> Wenn aber Autoren hierauf eingehen, greifen sie mit Vorliebe auf Überlegungen zurück, die auf die Prämisse hinauslaufen, dass die Nutzungen, die der Nichtberechtigte gezogen hat, den Nutzungen entsprechen, die der Berechtigte gezogen hätte. So versucht etwa *Hans Leser*, den von ihm grundsätzlich erkannten Widerspruch zwischen dem Ziel der Herstellung des Zustandes ohne Vertragsschluss und dem Ausgleich von Nutzungen dadurch zu relativieren, dass er die Nutzungen als „mitgekaufte Erwerbchance und damit als zur Kaufsache gehö-

<sup>448</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 176.

<sup>449</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)cc)(2), S. 160 f.

<sup>450</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 679.

<sup>451</sup> Supra 1. Teil:C.I, S. 103 ff.

<sup>452</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(3), S. 203 f.

<sup>453</sup> Eine Ausnahme bilden die Ausführungen von *Kobler*, ZfPW 2017, 404 (445) in Fn. 245, der den Widerspruch klar benennt.

rig“ verstehen will.<sup>454</sup> *Ole Böger* erklärt Nutzungen kurzerhand zu Folgevorteilen, „die ohne weiteres auch vom Leistenden hätten erlangt werden können, wäre die Leistung bei ihm verblieben.“<sup>455</sup> Noch weiter geht *Yves Döll*, der postuliert, die vom Rückgewährschuldner tatsächlich gezogenen Nutzungen gebührten nach erklärtem Rücktritt dem Rückgewährgläubiger, „da nur er sie bei Ausbleiben des Leistungsaustausches hätte ziehen können.“<sup>456</sup> Dabei verkennt *Döll* allerdings, dass zwar bei einem Ausbleiben des Leistungsaustauschs tatsächlich nur der Rückgewährgläubiger den geleisteten Gegenstand hätte nutzen können. Damit ist aber noch nicht gesagt, *wie* er ihn genutzt hätte.

## 2. Unzureichende Abstimmung der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge<sup>457</sup>

Es ist allgemein anerkannt, dass auf die – zumindest faktische – synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages Rücksicht zu nehmen ist. Das Interesse richtet sich dabei fast exklusiv auf die Gefahrtragung bezüglich der ausgetauschten Leistungsgegenstände. Insbesondere im Bereicherungsrecht hat sich die nach dem Wortlaut des Gesetzes ergebende Gefahrverteilung als unangemessen erwiesen und wird daher von der herrschenden Meinung rechtsfortbildend mittels der Saldotheorie korrigiert.<sup>458</sup>

Weit weniger Aufmerksamkeit wird dagegen der Frage zuteil, ob und inwieweit die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch bei der Ausgestaltung der wechselseitigen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich berücksichtigt werden muss. Wird ein beidseitig erfüllter gegenseitiger Vertrag rückabgewickelt, so führt auch die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu einer problematischen Risikoverteilung: Den Parteien wird hierdurch das Ergebnis ihrer eigenen Nutzungsbemühungen entzogen. Stattdessen müssen sie das Risiko der Nutzungsziehung durch die jeweils andere Partei tragen.<sup>459</sup> Wenn beispielsweise der Käufer einer Immobilie diese vermietet, während der Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis auf einem zinslosen Kontokorrentkonto hält, so führt eine wechselseitige Verpflichtung zum Ausgleich nur der tatsächlich gezogenen Nutzungen dazu, dass der Käufer die erzielten Mieteinnahmen an den Verkäufer auskehren muss, während der Verkäufer keinen Nutzungsausgleich schuldet. Es würde also nicht nur der Leistungsaustausch rückgängig gemacht. Vielmehr wür-

<sup>454</sup> *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 45 f.

<sup>455</sup> *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag – Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, 2009, S. 576.

<sup>456</sup> *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 77 f.

<sup>457</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.

<sup>458</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

<sup>459</sup> *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 121 f.

de auch die erst nach dem Leistungsaustausch umgesetzte Nutzungsentscheidung der Parteien in die Rückabwicklung einbezogen.

Das Problem, das sich insofern stellt, lässt sich wie folgt zuspitzen: Muss bei der Rückabwicklung eines beiderseitig erfüllten gegenseitigen Vertrags eine Partei die aus dem zurückzugewährenden Leistungsgegenstand gezogenen Nutzungen ohne Rücksicht darauf ausgleichen, ob die andere Partei den von ihr empfangenen Leistungsgegenstand genutzt hat bzw. ob die Nutzung fehlgeschlagen ist? *De lege lata* wird diese Frage im Rücktrittsfolgenrecht (a) und im Bereicherungsrecht (b) ohne befriedigende Erklärung *unterschiedlich* und jeweils *auf unbefriedigende Weise* unterschiedlich geregelt.

#### a) Rücktrittsfolgenrecht

Wenn die Parteien wechselseitig zum Nutzungsausgleich verpflichtet sind, kann die Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrags aus zwei unterschiedlichen Gründen gestört sein: Zum einen kann ein Nutzungserfolg ausgeblieben sein, weil eine Partei die Nutzung der von ihr empfangenen Leistung unterlassen hat oder sie mit ihren Nutzungsbemühungen gescheitert ist. Ein solcher Fall läge beispielsweise vor, wenn der Käufer eines Stücks Ackerlandes dieses brach liegen lassen würde oder wenn seine landwirtschaftlichen Bemühungen – im wahrsten Sinne des Wortes – keine Früchte tragen. Zum anderen kann eine zunächst erfolgreiche Nutzung *nachträglich* zunichte gemacht oder beeinträchtigt werden. Insofern ist beispielsweise daran zu denken, dass die erfolgreich eingebrachte Ernte durch ein Feuer zerstört wird oder wegen unsachgerechter Lagerung verdirbt. Nachfolgend ist nur der erstgenannte Problembereich – der ausgebliebene Nutzungserfolg – von Interesse. Für bereits erfolgreich gezogene gegenständliche Früchte gelten hingegen die gleichen Grundsätze wie für die ausgetauschten Leistungen. So schuldet etwa im oben genannten Beispiel der Käufer des Ackers nach erklärtem Rücktritt für die verdorbene Ernte unter den gleichen Voraussetzungen gemäß § 346 Abs. 2, 3 BGB Wertersatz wie für einen primär erlangten Leistungsgegenstand.<sup>460</sup>

Im Hinblick auf einen von vornherein ausgebliebenen Nutzungserfolg stellt sich zunächst die Frage, ob die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch auf die sekundäre Ebene des Nutzungsausgleichs ausstrahlt. Nur wenn man dies bejaht, muss man sich mit der Folgefrage nach der Korrekturbedürftigkeit der sich durch den Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen ergebenden Risikoverteilung befassen. Ausweislich der veröffentlichten Materialien haben sich die Verfasser des BGB hiermit nicht vertieft auseinandergesetzt. Dabei ist die Antwort auf diese Frage keineswegs offensichtlich, wie die kontroverse Diskussion im Bereicherungsrecht zeigt.<sup>461</sup> Für das Rücktrittsfolgenrecht spielt das Problem dagegen auch im Schrifttum kaum eine Rolle. Dies dürfte in erster

<sup>460</sup> BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 453 (15.7.2018).

<sup>461</sup> Siehe sogleich *infra* 2. Teil:A.II.2.b), S. 223 ff.

Linie darauf zurückzuführen sein, dass es in Gestalt der Haftung für versäumte Nutzungen im BGB adressiert wurde. Gemäß § 347 S. 2 BGB a.F. i.V.m § 987 Abs. 2 BGB bzw. seit der Schuldrechtsmodernisierung gemäß § 347 Abs. 1 BGB ist der Rückgewährschuldner verpflichtet, Ausgleich für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen zu leisten. Daraus folgt, dass es nur dann, wenn die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gewahrt sind, bei der sich aus der Verpflichtung zum Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen ergebenden Risikoverteilung bleibt. Nur in diesem Fall wird somit das Risiko, dass die Nutzungsbemühungen nicht erfolgreich verlaufen, im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrages vom Rückgewährschuldner auf den Rückgewährgläubiger verlagert.

*Beispiel 15 (Fortsetzung von Beispiel 14)*

*Die Landwirte A und B tauschen mit formgültigem Vertrag zur Arrondierung ihrer jeweiligen Besitzungen zwei Grundstücke, erklären jeweils die Auflassung und übergeben die Grundstücke. Beide Bauern bauen sodann Weizen an. Während A eine durchschnittliche Ernte einbringt, fällt die Ernte des B aus. Kurz nach der Erntezeit tritt B vom Tauschvertrag zurück, weil A die Erteilung der Bewilligung des B zur Eintragung ins Grundbuch verweigert.*

A muss die Weizenernte, soweit sie sich noch in seinem Besitz befindet, physisch an B herausgeben, § 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Sollte er sie bereits veräußert haben, schuldet er Wertersatz, § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB. Wozu B verpflichtet ist, hängt davon ab, ob er die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft beachtet hat. Wäre dies zu verneinen, etwa weil B unsachgemäß lange mit der Ernte gewartet und diese so der Zerstörung durch ein saisontypisches Sommergewitter preisgegeben hat, so schuldet er A gemäß § 347 Abs. 1 S. 1 BGB Wertersatz. Wäre die Ernte jedoch vor der regulären Erntezeit aufgrund eines Blitzschlags durch einen Flurbrand zerstört worden, so schuldet B hierfür keinen Ausgleich.

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die planvolle Lösung eines Regelungsproblems. Vielmehr ergab sich die Gefahrtragung bezüglich des Nutzungserfolgs im Rücktrittsfolgenrecht schlicht reflexhaft aus der Verallgemeinerung der Rechtsfolgen der *actio redhibitoria*.<sup>462</sup> Infolgedessen werden die Parteien nach einem Rücktritt vom Vertrag so gestellt, als ob sie die Leistungen von vornherein ohne rechtlichen Grund ausgetauscht hätten und sie bezüglich ihrer fehlenden Berechtigung unredlich gewesen wären. Eine nachvollziehbare Begründung dafür, warum *beide* Parteien im Falle der Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts verschärft haften sollten, findet sich in den Materialien zum BGB nicht. In der Denkschrift wurde insofern lediglich darauf verwiesen, dass beide Parteien von Anfang an damit rechnen mussten, dass der Rücktritt erklärt werden würde.<sup>463</sup> Damit lässt sich eine wechselseitige verschärfte Haftung allerdings nur für das vertragliche Rücktrittsrecht rechtfertigen. Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts konnte hingegen jedenfalls die rücktrittsberechtigte Partei in der Regel auf den Bestand

<sup>462</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(1), S. 199 ff.

<sup>463</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1240.



des Vertrages vertrauen. Auch auf Seiten des Rücktrittsgegners liegen die Voraussetzungen einer verschärften Haftung gemäß § 819 BGB oder § 990 BGB keineswegs zwingend vor. Da die zweite Kommission beschloss, die eigenständige Regelung der Nebenfolgen des Rücktritts in § 427 Abs. 2 E I durch eine Verweisung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu ersetzen,<sup>464</sup> hätte es nahegelegen, den redlichen unverklagten Rückgewährschuldner in gleicher Weise zu privilegieren wie den redlichen unverklagten Besitzer. Insofern hätte sich die zweite Kommission sogar auf ein historisches Vorbild im ALR berufen können. Im Falle eines wirksamen Rücktritts vom Vertrag wegen der Pflichtverletzung einer Partei nach (teilweise) vollzogenem Leistungsaustausch haftete der Rücktrittsgegner gemäß ALR I 5 § 398<sup>465</sup> wie ein unredlicher Besitzer. Demgegenüber haftete der Rücktrittsberechtigte gemäß ALR I 5 § 400<sup>466</sup> wie ein redlicher Besitzer – und damit privilegiert: Er schuldete gemäß ALR I 7 §§ 189f. grundsätzlich keinen Nutzungsausgleich.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass über den Zweck der Haftung des Rückgewährschuldners für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen in der Literatur nicht einmal im Ansatz Einigkeit besteht. Laut *Dagmar Kaiser* wird hierdurch eine „Wertzuweisung“ ausgesprochen. Dem Rückgewährgläubiger werde der Wert der Nutzungen zugewiesen, die seiner Leistung „innewohnen“.<sup>467</sup> Für *Thomas Lobinger* hat die Haftung für nicht gezogene Nutzungen eine „bereicherungsrechtliche Funktion“<sup>468</sup> – was bemerkenswert ist, wenn man bedenkt, dass der Rückgewährschuldner um nicht gezogene Nutzungen unzweifelhaft nicht bereichert ist. *Lobinger* verweist insofern darauf, dass es bei § 347 Abs. 1 BGB im Kern um das gleiche Problem wie bei der Saldotheorie gehe.<sup>469</sup> Ob man allerdings allein deshalb – trotz fehlender Bereicherung – der Vorschrift eine „abschöpfende Ordnungsfunktion“<sup>470</sup> zuschreiben kann, erscheint zumindest fraglich. *Frank Bockholdt* sieht den tieferen Grund für die Haftung für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen darin, dass „die Vertragspartner das Risiko der erfolgreichen Verwendung der empfangenen Leistung übernommen hätten und daher die vertragliche Risikoverteilung im Rahmen der Rückabwicklung so weit wie möglich aufrecht erhalten werden müsse.“<sup>471</sup> Wäre dies zutreffend, so dürfte die Haftung

<sup>464</sup> Ibid., S. 726.

<sup>465</sup> ALR I 5 § 398: „Tritt er zurück, so muß derjenige, welcher die Erfüllung seiner contractmäßigen Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund verweigert hat, außer dem Ersatz des durch seine Weigerung entstandenen Schadens, auch noch alle Lasten eines unredlichen Besitzers, bey der Rückgabe der auf Rechnung des Contrakts bereits empfangenen Sache, übernehmen.“

<sup>466</sup> ALR I 5 § 400: „Wählt er den Rücktritt von dem Verträge, so hat er, bey Zurückgabe der auf Rechnung desselben bereits erhaltenen Sache, alle Rechte eines redlichen Besitzers.“

<sup>467</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 347 BGB Rn. 6 (November 2011).

<sup>468</sup> Soergel/*Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 4 (2010).

<sup>469</sup> Ibid., Rn. 4.

<sup>470</sup> *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 122.

<sup>471</sup> *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 770 (798f.).

allerdings nicht auf solche Nutzungen beschränkt sein, deren Ziehung wegen eines Verstoßes gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft unterbleibt: Denn die Parteien eines Kauf- oder Tauschvertrags übernehmen das Nutzungsrisiko der von ihnen jeweils erlangten Leistung ohne eine derartige Einschränkung.

Im Ergebnis mildert die im Rücktrittsfolgenrecht vorgesehene Haftung für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen das Problem deutlich ab, ohne es jedoch vollständig und auf konzeptionell befriedigende Weise zu bewältigen.

### *b) Bereicherungsrecht*

Die Problematik der Risikoverteilung bezüglich der aus den ausgetauschten Leistungsgegenständen gezogenen Nutzungen wird in den §§ 812 ff. BGB nicht adressiert. Die beiden Leistungskonditionen der Vertragsparteien stehen sich auch in der Frage des Nutzungsausgleichs unverbunden gegenüber.<sup>472</sup> Die Gefahrtragung für die primär ausgetauschten Leistungsgegenstände wird von der herrschenden Meinung mittels der Saldotheorie korrigiert. Ob und inwieweit sich die Saldotheorie auch auf die Zuweisung des Risikos der Nutzungsziehung auswirkt, ist strittig (aa). Dass die Saldotheorie das Problem jedenfalls nicht vollständig lösen kann, zeigt sich daran, dass im Schrifttum im Laufe der Zeit ein ganzer Strauß an Alternativvorschlägen unterbreitet wurde (bb).

#### *aa) Auswirkungen der Saldotheorie auf die Zuweisung des Nutzungsrisikos*

Bei der Rückabwicklung beidseitig erfüllter Verträge nach Bereicherungsrecht kommen der Saldotheorie zwei Funktionen zu. Zum einen verknüpft sie die beiden gegeneinander gerichteten Leistungskonditionen in einem rein formalen, abwicklungstechnischen Sinne: beide Ansprüche können nicht mehr isoliert voneinander geltend gemacht werden.<sup>473</sup> Zum anderen erfolgt über den Zwischenschritt der Saldierung eine Korrektur der Gefahrverteilung bezüglich der ausgetauschten Leistungen. Denn eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ist nur im Hinblick auf den sich ergebenden Gesamtsaldo möglich. Auf diese Weise wird § 818 Abs. 3 BGB für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge faktisch ausgehebelt.<sup>474</sup>

<sup>472</sup> Für den Fall, dass die rückabzuwickelnde Leistung in einer nicht wirksam übereigneten Sache besteht, stünden sich nach der ganz herrschenden Meinung ebenfalls zwei unverbundene bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüber. Nach der Rechtsprechung würde sich der Nutzungsausgleichsanspruch des Eigentümers aus §§ 988, 818 Abs. 1 BGB ergeben, nach der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum dagegen aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt.1, 818 Abs. 1 BGB, supra 2. Teil:A.I.1.b)bb), S. 170 ff.

<sup>473</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

<sup>474</sup> Vgl. bspw. *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 635: „Das Hauptgewicht der Saldotheorie liegt in der Ausschaltung von § 818 Abs. 3 BGB.“ Der BGH selbst spricht allerdings davon, dass die „Saldotheorie [...] die folgerichtige Anwendung des in § 818 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens auf gegenseitige Verträge [sei]“, BGH, 14.10.1971, VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137 (150).

Im Kern ist das gesamte Verfahren der Saldierung nur ein formales Mittel zur Erreichung dieses materiellen Zwecks.<sup>475</sup>

Vereinzelt wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Rechtsprechung nehme eine wertungsmäßig ähnlich gelagerte Korrektur auch bezüglich der aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen vor.<sup>476</sup> Bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages könne jeweils der Bereicherungsgläubiger im Falle einer unterlassenen bzw. gescheiterten Nutzung durch den Bereicherungsschuldner die Nutzungen, die er selbst aus der hingegebenen Leistung hätte ziehen können, bereicherungsmindernd geltend machen. Auf diese Weise soll etwa in folgendem von *Hans Josef Wieling* gebildeten Fall *mittels der Saldotheorie* ein Rückspringen des Nutzungsrisikos vom Bereicherungsschuldner auf den Bereicherungsgläubiger verhindert werden:

*Beispiel 16*<sup>477</sup>

*Die Landwirte A und B tauschen und übereignen zwei Grundstücke, um ihre Güter abzurunden. B erntet auf dem erworbenen Grundstück 200 dz Weizen und verkauft sie. A bestellt das erworbene Feld nicht, da er zwischenzeitlich schwer erkrankt ist. Danach stellt sich die Nichtigkeit des Tauschvertrages heraus. A und B können nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ihre alten Grundstücke zurückverlangen.*

Laut *Wieling* darf in diesem Fall das Verhalten des A dem B nicht zur Last fallen. B müsse daher die von ihm gezogenen Nutzungen behalten dürfen. Laut *Wieling* gelangt auch die herrschende Meinung auf der Grundlage der Saldotheorie zu diesem Ergebnis, indem sie annehme, dass B nicht um den Mehrertrag (200 dz) bereichert sei, weil er den gleichen Gewinn auch erzielt hätte, wenn der Tausch nicht vorgenommen worden wäre. Denn er hätte auf dem von ihm hingegebenen Grundstück ebenfalls eine Ernte von 200 dz Weizen erzielen können.<sup>478</sup>

*Wieling* und die ihm folgenden Stimmen in der Literatur berufen sich auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1933 und 1937.<sup>479</sup> Diese Entscheidungen betrafen allerdings keineswegs Fälle, in denen ein Bereicherungsschuldner die Nutzung unterlassen hatte oder mit seinen Nutzungsbemühungen gescheitert war. Vielmehr ergab sich die Rückabwicklungsstörung bezüglich der wechselseitig gezogenen Nutzungen aus der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers. Die beiden bereits oben vorgestellten Entscheidungen ergingen in der kurzen Phase, in der das Reichsgericht einerseits an der in den §§ 987 ff. BGB angelegten Privilegierung des Besitzers bei der Rückabwicklung gegenseitiger Ver-

<sup>475</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 41 (Juni 2007); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 303; *Flume*, NJW 1970, 1161 f. Siehe auch bereits supra 1. Teil: B. II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

<sup>476</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (157); *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 4 (2010). In diese Richtung tendiert auch *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (45 f.).

<sup>477</sup> Basierend auf *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (157).

<sup>478</sup> *Ibid.*, S. 157.

<sup>479</sup> RG, 3.7.1933, VIII 458/32, RGZ 141, 310 ff. und RG, 2.10.1937, V 77/37, JW 1937, 3158 ff. Siehe *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (157); *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 4 (2010).

träge noch formal festhielt, gleichzeitig dieses Ergebnis materiell aber nicht mehr akzeptieren wollte.<sup>480</sup> Dieses Problem erledigte sich 1940, als der Große Zivilsenat des Reichsgerichts einen rechtsgrundlosen Erwerb mit einem unentgeltlichen Erwerb i. S. v. § 988 BGB gleichsetzte.<sup>481</sup> Zumindest in Fällen, in denen beispielsweise ein Käufer die Kaufsache erfolgreich genutzt hat, ist für die komplizierte Konstruktion einer Entreicherung des Verkäufers um die Nutzungen, die er aus der Kaufsache hätte ziehen können, seither kein Raum mehr.<sup>482</sup> Denn der Bereicherungsgläubiger würde besser stehen, als wenn überhaupt kein Leistungsaustausch stattgefunden hätte, wenn er wertmäßig sowohl die vom Bereicherungsschuldner gezogenen als auch die ihm entgangenen Nutzungen erhalten würde. Hierzu darf es unter keinen Umständen kommen.<sup>483</sup>

Vor diesem Hintergrund war es von jeher gewagt, anzunehmen, der BGH würde die vom Reichsgericht für eine ganz spezifische Konstellation entwickelte und mittlerweile überholte Rechtsprechung eins zu eins auf Fälle übertragen, in denen eine Partei den Leistungsgegenstand nicht oder erfolglos genutzt hat. Mittlerweile kann dies als widerlegt gelten.<sup>484</sup> Der BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 ausdrücklich klargestellt, dass bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge nur tatsächlich gezogene Nutzungen in die Saldierung einzustellen sind.<sup>485</sup>

#### *Beispiel 17*<sup>486</sup>

*Mit notariellem Vertrag vom 4.5.1990 verkaufte A an B ein ihm gehörendes Grundstück für 200.000 DM. Nachdem B bis zum 25.6.1990 insgesamt 200.000 DM an A gezahlt hatte, übergab dieser ihm das Grundstück, das B vom 1.8.1990 bis 30.4.1991 für 1.800 DM monatlich vermietete. Im Juli 1990 verlangte A den „Restkaufpreis“ von 65.000 DM, der als zusätzliche Zahlung vor Abschluss des notariellen Vertrages vereinbart worden sei. Nachdem A und B hierüber in Streit geraten waren, musste der als Scheingeschäft nichtige Kaufvertrag schließlich rückabgewickelt werden. Die Vorinstanzen verurteilten B zur Herausgabe des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 200.000 DM sowie zur Zahlung von 16.200 DM, die B als Mietzinsen für das Grundstück vereinnahmt hatte. B meint hingegen, dass es nicht richtig sein könne, dass er die gezogenen Nutzungen herausgeben müsse, während A den Kaufpreis nur zinslos zurückzahlen brauche.*

„Die Revision hat [...] Erfolg, soweit das Berufungsgericht dem Antrag [des A] auf Zahlung von 16.200 DM [...] stattgegeben hat. [B ist] zwar als rechtsgrundloser Besitzer [dem A] nach Bereicherungsrecht zur Herausgabe der eingenommenen Mieten als Nutzungen des Grundstücks verpflichtet (§§ 988, 818 I BGB), [A muss] sich aber im Rahmen des Bereicherungsrechts nach den Grundsätzen der Saldotheorie den Anspruch [des B] auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 16.200 DM anrechnen lassen. Im Falle der Nichtigkeit eines

<sup>480</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)aa)(4), S. 169 f.

<sup>481</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)bb)(1), S. 170 f.

<sup>482</sup> In diesem Sinne auch *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 140.

<sup>483</sup> Vgl. BGH, 6.12.1991, V ZR 311/89, BGHZ 116, 251 (256 f.).

<sup>484</sup> Auch *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 154 gehen davon aus, dass die herrschende Meinung keine Korrektur vornimmt und daher ein Vertragspartner „die Folgen seines Müßiggangs [...] nachträglich [auf den anderen Vertragspartner] abwälzen [kann].“

<sup>485</sup> BGH, 11.11.1994, V ZR 116/93, NJW 1995, 454 (455).

<sup>486</sup> *Ibid.*, S. 455.

Vertrages wird durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile ermittelt, für welchen Beteiligten sich ein Überschuß ergibt. [...] Gegenüber dem Anspruch [des A] auf Herausgabe der von [B] gezogenen Nutzungen in Höhe von 16.200 DM kommt eine Saldierung mit einem etwaigen Gegenanspruch [des B] auf Herausgabe von Kapitalnutzungen [...] hier nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs nicht dargetan sind. Nach § 818 I BGB sind nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben.<sup>487</sup>

Wenn der redliche unverklagte Bereicherungsschuldner im Rahmen der Rückabwicklung eines beidseitig erfüllten gegenseitigen Vertrages grundsätzlich nur für tatsächlich gezogene Nutzungen haftet, so beschränkt sich die Auswirkung der Saldotheorie auf den Nutzungsausgleich auf die formale, abwicklungstechnische Verknüpfung der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten. Diese gehen in dem zu bildenden Gesamtsaldo auf, ohne dass es zu einer Korrektur der Risikoverteilung kommt. Im Schrifttum gibt es allerdings zahlreiche Stimmen, die sich hiermit nicht abfinden wollen.

#### *bb) Konkurrierende Lösungsvorschläge im Schrifttum*

Dass den Verfassern des BGB mit den §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 BGB bezüglich der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge keine gänzlich überzeugende Risikoverteilung gelungen ist, bezeugt nichts besser als die Beharrlichkeit, mit der im Schrifttum immer wieder Korrekturvorschläge unterbreitet werden. Die nachfolgende Übersicht über die wichtigsten Auffassungen erhebt ausdrücklich keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Nach Auffassung *Manfred Liebs* soll der Anspruch des Bereicherungsgläubigers auf Nutzungsausgleich von vornherein um das „Nutzungspotential“ der von ihm empfangenen Leistung gekürzt werden, da „beide Partner des rückabzuwickelnden Vertrages auch das Risiko der erfolgreichen Verwendung der empfangenen Leistung zu tragen haben.“<sup>488</sup> Für den Fall, dass sich die Nutzungspotentiale von Leistung und Gegenleistung entsprechen, würde sich ein wechselseitiger Nutzungsausgleich daher erübrigen. Vielmehr beschränkte sich der bereicherungsrechtliche Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung beidseitig erfüllter gegenseitiger Verträge auf „überschießende Spitzenbeträge“, falls eine Partei „überproportionale Erträge erzielt haben sollte.“<sup>489</sup>

In ähnlicher Weise, aber mit einer anderen Begründung, will auch *Stefan Schauhoff* den grundsätzlich weiterhin auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen gerichteten Ausgleichsanspruch des Bereicherungsgläubigers von vornherein um das Nutzungspotential der von ihm hingeebenen Leistung kürzen. Für *Schauhoff* ist hierfür die Überlegung maßgeblich, dass der Bereicherungsschuldner, der die eige-

<sup>487</sup> Ibid., S. 455.

<sup>488</sup> MüKo/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 141.

<sup>489</sup> Ibid., Rn. 141.

ne Leistung erbracht hat, insoweit auf deren Erträge verzichtet hat. Deshalb könnten die Nutzungen, die er aus der seinerseits empfangenen Leistung zieht, nicht vollumfänglich als deren Ertrag angesehen werden. So seien etwa die Nutzungen, die ein Käufer, der den Kaufpreis bezahlt hat, aus der Kaufsache zieht, „in Höhe der durchschnittlich aus dem Einsatz von Kapital erzielbaren Erträge keine Folge der Verwendung gerade der Sache des Verkäufers, sondern Folge der Investition eigenen Geldes.“<sup>490</sup>

Eine im Grunde ähnliche Wertung nimmt auch *Claus-Wilhelm Canaris* vor. Anders als *Lieb* und *Schauhoff* verzichtet er jedoch auf eine partiell automatische Kompensation der wechselseitigen Nutzungsausgleichsansprüche. Diese sollen sich vielmehr ungeschmälert in voller Höhe gegenüberstehen. Stattdessen will *Canaris* dem Problem mittels der von ihm als Alternative zur Saldotheorie entwickelten „Lehre der Gegenleistungskondition“<sup>491</sup> beikommen. Deren konzeptionellen Mittelpunkt bildet der Vorschlag, § 818 Abs. 3 BGB im Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge teleologisch zu reduzieren. Der von § 818 Abs. 3 BGB geschützte gute Glaube des Bereicherungsschuldners umfasse im Falle eines gegenseitigen Vertrages auch das Bewusstsein, die eigene Leistung endgültig verloren zu haben.<sup>492</sup> Daher könne er sich bis zur „Opfergrenze“ des Wertes der eigenen Leistung bezüglich der empfangenen Leistung nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.<sup>493</sup> Übersteige der Wert der empfangenen Leistung denjenigen der hingegebenen Leistung, verbleibe für § 818 Abs. 3 BGB eine „Restfunktion“. Diese Grundsätze will *Canaris* auch auf die wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich erstrecken; hier soll sogar erst die volle praktische Relevanz des Gedankens der „Opfergrenze“ sichtbar werden.<sup>494</sup> Soweit Nutzungen von beiden Parteien „ordnungsgemäß“ gezogen wurden, soll es bei der Anwendung von § 818 Abs. 1, 2 BGB bleiben.<sup>495</sup> Wenn hingegen Nutzungen nicht ordnungsgemäß gezogen wurden, soll wiederum der Gedanke der Opfergrenze zum Tragen kommen: Der redliche Bereicherungsschuldner, der den Vertrag für wirksam hielt, habe davon ausgehen müssen, nicht nur die von ihm hingegebene Leistung, sondern auch deren Nutzungspotential endgültig verloren zu haben. Daher hafte er bis zu dieser Opfergrenze stets für die Nutzungen, die er bei Befolgung der Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft aus der empfangenen Leistung hätte ziehen können. Diese Haftung soll sich aus der analogen Anwendung der §§ 819 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB ergeben.<sup>496</sup>

Nach der von *Canaris* vorgeschlagenen Lösung muss der Bereicherungsschuldner unter Umständen Nutzungsausgleich leisten, ohne in gleichem Umfang berei-

<sup>490</sup> *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 162 f.

<sup>491</sup> *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 ff.

<sup>492</sup> *Ibid.*, S. 20.

<sup>493</sup> *Ibid.*, S. 24 f.

<sup>494</sup> *Ibid.*, S. 25.

<sup>495</sup> *Ibid.*, S. 44.

<sup>496</sup> *Ibid.*, S. 46.

chert zu sein. Dieses Ergebnis vermeiden *Hans-Georg Koppensteiner* und *Ernst Kramer*, indem sie den Bereicherungsschuldner in der Beklagtenrolle gemäß § 818 Abs. 1, 2 BGB stets nur in Höhe der von ihm tatsächlich gezogenen Nutzungen haften lassen wollen. Nur dann, wenn eine Partei, die selbst nicht den „objektiven Nutzungswert“ der empfangenen Leistung erwirtschaftet habe, ihrerseits als Klägerin Nutzungsausgleich verlange, müsse sie die Differenz zwischen dem Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen und dem objektiven Nutzungswert anbieten.<sup>497</sup> Zur Begründung verweisen *Koppensteiner/Kramer* darauf, dass es gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* verstoßen würde, wenn die nicht ordnungsmäßig wirtschaftende Partei nachträglich die Folgen ihrer „schlampige[n] Wirtschaftsführung“ auf die andere Partei abwälzen könnte.<sup>498</sup>

Nach allen bisher geschilderten Vorschlägen würde der Umfang des geschuldeten Nutzungsausgleichs nur für den Fall korrigiert, dass – mindestens – eine Partei das Nutzungspotential der empfangenen Leistung nicht ausschöpft. Ist dies der Fall, müssen hingegen die tatsächlich gezogenen Nutzungen ausgeglichen werden. Noch einen Schritt weiter geht *Malte Dießelhorst*, der die Parteien im Falle der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge zu einem pauschalen Nutzungsausgleich in Höhe des üblichen Miet- bzw. Kapitalzinses der jeweils empfangenen Leistung verpflichtet sieht. Der Umfang der tatsächlich gezogenen Nutzungen solle hingegen keine Rolle spielen. Die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB sei ausgeschlossen.<sup>499</sup> Für *Dießelhorst* ist insofern maßgeblich, dass die Parteien aufgrund ihres guten Glaubens an die Wirksamkeit des Vertrages davon ausgehen mussten, mit der empfangenen Leistung auf eigenes Risiko zu wirtschaften.<sup>500</sup> Wie er selbst einräumt, läuft dies darauf hinaus, dass bei einem nichtigen Kaufvertrag die jeweiligen Leistungsbeziehungen für die Vergangenheit „in eine Miete oder Pacht“ umgestaltet werden.<sup>501</sup> Ein in vergleichbarer Weise vom konkreten Nutzungserfolg abstrahierendes Modell schwebt auch *Jürgen Kohler* vor. Regelungstechnisch hatte *Kohler* bereits vor *Canaris* vorgeschlagen, im Falle der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge die Nutzungsausgleichspflicht aus § 818 Abs. 1, 2 BGB durch die ergänzende analoge Anwendung des § 987 Abs. 2 BGB zu verstärken.<sup>502</sup> Er begründete dies jedoch anders und sah auch keine Beschränkung der Haftung auf die „Opfergrenze“ des Nutzungspotentials der selbst hingegebenen Leistung vor. Allerdings deckelte er den Nutzungsausgleichsanspruch zugleich – insofern ähnlich wie *Dießelhorst* – in Höhe des Nutzungspotentials der empfangenen Leistung und wies einen darüber hinausgehenden Ertrag dem Nutzenden zu.<sup>503</sup>

<sup>497</sup> *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 141.

<sup>498</sup> *Ibid.*, S. 141.

<sup>499</sup> *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 111.

<sup>500</sup> *Ibid.*, S. 112.

<sup>501</sup> *Ibid.*, S. 123.

<sup>502</sup> *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 517f.

<sup>503</sup> *Ibid.*, S. 518.

Die radikalste Lösung, um die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im Rahmen des Nutzungsausgleichs zu berücksichtigen, besteht darin, auf Nutzungsausgleich komplett zu verzichten. Jede Partei wirtschaftet mit der empfangenen Leistung auf eigenes Risiko. Ist sie erfolgreich, kann sie den gesamten Ertrag behalten. Scheitert sie, kann sie ihren Misserfolg nicht im Rahmen der Rückabwicklung auf die andere Partei abwälzen. Dieser Gesichtspunkt wird daher folgerichtig von den Vertretern der oben geschilderten Mindermeinung, die für die Rückabwicklung von Verträgen die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers auf das Bereicherungsrecht übertragen will, zur Stützung ihrer Auffassung ins Feld geführt.<sup>504</sup>

Alle bisher geschilderten Ansätze verbindet, dass sie eine eigenständige Lösung des Problems für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Verträgen zu etablieren suchen, die mehr oder weniger stark vom Rücktrittsfolgenrecht abweicht. *Frank Bockholdt* will zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen, indem er vorschlägt, für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Verträgen § 347 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden.<sup>505</sup> Dadurch würde das Problem der Verteilung des Nutzungsrisikos gelöst und insofern zugleich ein weitgehender Gleichlauf zwischen beiden Rückabwicklungsregimen sichergestellt. Eine Einschränkung der Haftung für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen gemäß § 347 Abs. 1 BGB sieht *Bockholdt* dann vor, wenn der Schutzzweck der Nichtigkeitsnorm dies erfordert.<sup>506</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt man – allerdings nur mittels einer intellektuellen Hochreckübung –, wenn man *Christian Pioch* darin folgt, die Ausführungen *Thomas Lobingers* zu § 347 Abs. 1 BGB auf das Bereicherungsrecht zu übertragen. *Lobinger* versteht die §§ 346 ff. BGB als ein im Kern bereicherungsrechtliches Rücktrittsregime.<sup>507</sup> *Pioch* unternimmt es nun, *Lobingers* Ausdeutung des Rücktrittsfolgenrechts in das Bereicherungsrecht zurückzuspiegeln. Aus dem Rechtsgedanken des § 347 Abs. 1 BGB soll sich ergeben, dass bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages eine nicht ordnungsmäßig wirtschaftende Partei um den Verlust aus der Nutzung bereichert ist, den sie infolge der Rückabwicklung des Vertrages inklusive Nutzungsausgleich erspart. Diese „Verlustersparnisbereicherung“ in Höhe der Nutzungen, die bei ordnungsmäßiger Nutzung hätten gezogen werden können, könne die andere Vertragspartei kondizieren.<sup>508</sup> Die analoge Anwendung des § 347 Abs. 1 BGB ist jedenfalls begründungsökonomischer.

Nicht unerwähnt bleiben darf schließlich, dass es mit *Werner Flume* und *Dagmar Kaiser* auch zwei gewichtige Stimmen im Schrifttum gibt, die eine Korrektur der sich aus § 818 Abs. 1, 2 BGB ergebenden Risikoverteilung bezüglich der

<sup>504</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (158); *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 154. Siehe dazu auch supra 2. Teil: A.I.1.b)cc), S. 173 f.

<sup>505</sup> *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 770 (798 f.).

<sup>506</sup> *Ibid.*, S. 799 f.

<sup>507</sup> *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., § 347 BGB Rn. 4 (2010).

<sup>508</sup> *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 129 f.



wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten der Parteien dezidiert ablehnen.<sup>509</sup> *Flume* verweist darauf, dass Gegenstand eines Kaufvertrages nicht die Nutzungspotentiale von Leistung und Gegenleistung, sondern Kaufpreis und Kaufsache seien. Daher bestehe keine Notwendigkeit, die faktische synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auf den Nutzungsausgleich zu erstrecken.<sup>510</sup> *Kaiser* lehnt eine Korrektur des klaren Wortlauts des § 818 Abs. 1 BGB vor allem deshalb ab, weil das Bereicherungsrecht nicht dazu diene, im Hinblick auf den Nutzungsausgleich die vertragliche Risikoverteilung aufrecht zu erhalten, obwohl der Vertrag unwirksam ist.<sup>511</sup>

Das sich aus den vorstehenden Ausführungen ergebende Gesamtbild ist wenig befriedigend: Nahezu jeder Autor, der sich zu dem Problem äußert, vertritt mit unterschiedlichen Argumenten einen – zumindest in den Details – unterschiedlichen Lösungsansatz.

### 3. Unzureichend reflektierte Anordnung neuer Nutzungsausgleichspflichten im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber für zwei Fälle, in denen ein gegenseitiger Vertrag teilweise rückabgewickelt werden muss, die Rechtsfolgen durch einen pauschalen Verweis auf die §§ 346 ff. BGB geregelt: in den §§ 439 Abs. 5,<sup>512</sup> 635 Abs. 4 BGB für den Fall der Nachlieferung einer mangelhaften Kaufsache bzw. der Neuherstellung eines mangelhaften Werkes (a) und in § 281 Abs. 5 BGB für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung (b). In beiden Fällen hat sich die von der pauschalen Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht mitumfasste Nutzungsausgleichspflicht als problematisch erwiesen.

#### a) Nachlieferung einer mangelhaften Kaufsache bzw. Neuherstellung eines mangelhaften Werkes<sup>513</sup>

Für den Fall, dass der Verkäufer dem Nacherfüllungsverlangen des Käufers wegen eines Sachmangels der Kaufsache durch die Lieferung einer mangelfreien Sache abhilft, kann er gemäß § 439 Abs. 5 BGB die Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen. § 635 Abs. 4 BGB enthält eine entsprechende Regelung für den Werkvertrag. Aufgrund dieser pauschalen Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht muss der Käufer zusätzlich zur Rückgabe der mangelhaften Kaufsache auch Ausgleich für die gezogenen Nutzungen leisten.

<sup>509</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 404.

<sup>510</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125).

<sup>511</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 404.

<sup>512</sup> Ursprünglich § 439 Abs. 4 BGB. Siehe dazu supra S. 56 in Fn. 271.

<sup>513</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.II.2.a)dd(3), S. 55.

In der Gesetzesbegründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wird dies damit begründet, „dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll.“<sup>514</sup> Nachdem der EuGH 2008 die Unvereinbarkeit der Nutzungsausgleichspflicht des Käufers mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>515</sup> festgestellt hatte,<sup>516</sup> wurde der Anwendungsbereich von § 439 Abs. 5 BGB für Verbrauchsgüterkäufe i.S.v. § 474 Abs. 1 BGB entsprechend eingeschränkt.<sup>517</sup> Für alle Kaufverträge, die nicht von einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer über eine bewegliche Sache geschlossen werden,<sup>518</sup> hielt der Gesetzgeber jedoch an der Nutzungsausgleichspflicht des Käufers im Fall der Nachlieferung fest. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Bestellers, im Fall der Herstellung eines neuen Werkes durch den Unternehmer Ausgleich für die Nutzungen zu leisten, die er aus dem mangelhaften Werk gezogen hat.<sup>519</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung besteht der Zweck der Nutzungsausgleichspflicht gemäß den §§ 439 Abs. 5 und 635 Abs. 4 BGB darin, zu verhindern, dass der Käufer bzw. Besteller im Falle eines Mangels besser steht als bei einer von Anfang an ordnungsgemäßen Leistung. Das ist nachvollziehbar. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, warum der Gesetzgeber meinte, dieses Ergebnis mittels einer einseitigen Verpflichtung des Käufers bzw. Bestellers zum Nutzungsausgleich sicherstellen zu können. Denn hierdurch wird der Käufer bzw. Besteller unter Umständen schlechter gestellt. Bei einer von Anfang an ordnungsgemäßen Leistung hätte er die Kaufsache bzw. das Werk für die gesamte wirtschaftliche Nutzungsdauer nutzen können. Der Vorteil, den er durch die Nachlieferung bzw. Neuherstellung erlangen kann, besteht darin, dass sich der Zeitraum, für den er das Gut nutzen kann, um den Zeitraum zwischen dem ursprünglichen Leistungszeitpunkt und dem Zeitpunkt der Nacherfüllung verlängert.<sup>520</sup> Dieser Vorteil rechtfertigt zumindest prinzipiell einen „Abzug neu für alt“ nach Schadensersatzrechtlichen Grundsätzen.<sup>521</sup> Die vom Gesetz angeordnete Verpflichtung des Käu-

<sup>514</sup> BT-Drs. 14/6040, 232 f.

<sup>515</sup> Richtlinie 1999/44/EG (Fn. 315).

<sup>516</sup> EuGH, 17.4.2008, C-404/06, ECLI EU:C:2008:231, Rn. 43.

<sup>517</sup> Zunächst durch § 474 Abs. 5 BGB, mittlerweile durch § 475 Abs. 3 BGB. Siehe dazu näher supra S. 56 in Fn. 274.

<sup>518</sup> Also Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen Unternehmern, zwischen Verbrauchern und zwischen einem Verbraucher als Verkäufer und einem Unternehmer als Käufer sowie generell alle Kaufverträge über andere Gegenstände als bewegliche Sachen.

<sup>519</sup> §§ 635 Abs. 4, 346 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 BGB.

<sup>520</sup> *Osterlob-Konrad*, CR 2008, 545 (549).

<sup>521</sup> *Gsell*, JuS 2006, 203 (204). Dagegen lehnt *Osterlob-Konrad*, CR 2008, 545 (549 f.) auch einen Abzug „neu für alt“ ab. Sie bestreitet allerdings nicht, dass eine Abschöpfung der entsprechenden Bereicherung konzeptionell sachgerecht wäre. Sie bezweifelt vielmehr, inwieweit deren Ermittlung praktikabel wäre. Aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen gegen eine Vorteilsabschöpfung beim Käufer auch *Tillkorn*, *Der Nutzungsersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf*, 2013, S. 150.

fers, die von ihm in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB auszugleichen, deckt sich jedoch allenfalls zufällig mit dem sich danach ergebenden Betrag. In der Regel wird der Nutzungsausgleich darüber hinausgehen. Denn einen „Abzug neu für alt“ könnte der Verkäufer nur insoweit verlangen, als sich sicher prognostizieren lässt, dass der Käufer von der längeren Lebensdauer des Gutes profitiert.<sup>522</sup> Dieses Prognoserisiko wird ihm abgenommen, wenn er stattdessen vom Käufer bzw. Besteller Ausgleich für die von diesem in der Vergangenheit realisierten Nutzungen fordern kann.<sup>523</sup>

Auf konzeptioneller Ebene wird das Problem deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im Rahmen des Rücktrittfolgenrechts die Funktion hat, *beide* Parteien in den *status quo ante contractum* zurückzusetzen und die herrschende Meinung daher von einer „Orientierung“ der §§ 346 ff. BGB am *negativen* Interesse ausgeht.<sup>524</sup> Demgegenüber wird ein Kauf- oder Werkvertrag im Fall der Nacherfüllung aufrechterhalten. Es erfolgt nur eine *teilweise* Rückabwicklung bezüglich der mangelhaften Leistung. Dies dient aber gerade dem Ziel, ein endgültiges Scheitern des Vertrages – in Gestalt einer Rücktrittserklärung des Käufers bzw. Bestellers – abzuwenden. Daher müssten die Rechtsfolgen der Nacherfüllung konsequenterweise auch am Leitbild eines von Anfang an *wirksamen* Vertrages ausgerichtet werden. Zumindest für den Käufer bzw. Besteller folgt daraus eine Orientierung an dessen *positivem* Interesse. Dazu passt der Verweis auf die §§ 346 ff. BGB offensichtlich nicht.<sup>525</sup> Denn durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich wird der Käufer bzw. Besteller *einseitig* so gestellt, als ob er die Kaufsache bzw. das Werk für den Zeitraum zwischen Lieferung und Nacherfüllung ohne Berechtigung innegehabt hätte. Mangels einer korrespondierenden Verpflichtung des Verkäufers bzw. Unternehmers, die aus dem Kaufpreis bzw. Werklohn gezogenen Nutzungen auszugleichen, durchbrechen die §§ 439 Abs. 5, 635 Abs. 4 BGB das vertragliche Synallagma.<sup>526</sup>

Obwohl auf dieses Problem in der Literatur schon unmittelbar nach Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung hingewiesen worden war und seither immer wieder hingewiesen wird,<sup>527</sup> ließ sich der Gesetzgeber auch im Rahmen der vom EuGH erzwungenen Streichung der Nutzungsausgleichspflicht für den Ver-

<sup>522</sup> Siehe hierzu Schwab, JuS 2002, 630 (636f.).

<sup>523</sup> Gsell, JuS 2006, 203 (204).

<sup>524</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.b), S. 208 ff.

<sup>525</sup> Schwab, JuS 2002, 630 (636).

<sup>526</sup> Kohler, ZGS 2004, 48 (49). In diesen Sinne bspw. auch Gsell, JuS 2006, 203 (204); Osterlob-Konrad, CR 2008, 545 (549); Kaiser, ZfPW 2015, 129 (143).

<sup>527</sup> Siehe bspw. Schwab, JuS 2002, 630 (636f.); Kohler, ZGS 2004, 48 (49); Tillkorn, Der Nutzungsersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013, S. 148 ff. Demgegenüber sieht Hellgardt, Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, 2016, S. 111 „nachvollziehbare und mithin keineswegs willkürliche Gründe [dafür], bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern (B2B) oder auch zwischen Privaten (C2C) den Verkäufer durch einen Nutzungsersatzanspruch von den Kosten der Ersatzlieferung zu entlasten und nicht

brauchsgüterkauf nicht zu einer grundsätzlichen Kurskorrektur bewegen. Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob die Rechtsprechung den Stimmen in der Literatur folgen wird, die vorschlagen, die Nutzungsausgleichspflicht im Wege einer teleologischen Reduktion durch einen „Abzug neu für alt“ zu ersetzen.<sup>528</sup>

*b) Schadensersatz statt der ganzen Leistung*<sup>529</sup>

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde die im BGB ursprünglich geregelte strikte Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz beseitigt. Gemäß § 325 BGB ist es nunmehr möglich, von einem Vertrag zurückzutreten und daneben Schadensersatz zu verlangen.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz ohne jede Einschränkung möglich.<sup>530</sup> Insbesondere ist der Gläubiger durch die Erklärung des Rücktritts nicht daran gehindert, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen. Dies stellt auch die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar.<sup>531</sup> Für den Fall, dass die geschuldeten Leistungen bereits ausgetauscht wurden, ergibt sich daraus das nicht triviale Problem, die Rechtsfolgen zweier Rechtsinstitute mit entgegengesetzten Leitbildern in Einklang zu bringen. Das Rücktrittsfolgenrecht ist am negativen Interesse orientiert und soll die Parteien so stellen, als ob es niemals zum Vertragsschluss bzw. Leistungsaustausch gekommen wäre.<sup>532</sup> Demgegenüber ist der Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung auf das positive Interesse gerichtet. Der Gläubiger soll so gestellt werden, als ob der Schuldner von Anfang an ordnungsgemäß geleistet hätte.<sup>533</sup> Beide Leitbilder sind offensichtlich inkompatibel.

Wie schon im Rahmen der Nacherfüllung ist es auch hier die sich aus § 346 Abs. 1 BGB ergebende Verpflichtung zum Nutzungsausgleich, die sich als der zentrale Störfaktor erweist. Nach Rücktrittsfolgenrecht muss der Geschädigte die gezogenen Nutzungen an den Schadensersatzschuldner auskehren, da er so gestellt wird, als wäre er von Anfang an nicht berechtigt gewesen, das genutzte Gut innezuhaben. Im Rahmen des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung ist der Geschädigte hingegen so zu stellen, als hätte der Schuldner von Anfang an ordnungsgemäß geleistet. Dann aber wären ihm auch die Nutzungen der Leistung zugutegekommen.

---

eine (durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB halb-zwingende) Versicherung des Käufers durch den Verkäufer vorzuschreiben.“

<sup>528</sup> Schwab, JuS 2002, 630 (636); Gsell, JuS 2006, 203 (204).

<sup>529</sup> Siehe dazu auch bereits supra 1. Teil:B.II.2.a)dd(4), S. 57.

<sup>530</sup> Logisch ausgeschlossen ist allerdings eine Kombination von Rücktritt und einem Vorgehen des Gläubigers nach der Surrogationsmethode, sowie eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung („kleiner“ Schadensersatz), Soergel/Gsell, 13. Aufl., § 325 BGB Rn. 20 (2005).

<sup>531</sup> BT-Drs. 14/6040, 188.

<sup>532</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.b), S. 208 ff.

<sup>533</sup> BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3440).

Es ist auch nicht möglich, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe bei der Zulassung der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung die Nebenfolge des Nutzungsausgleichs schlicht übersehen. Denn § 281 Abs. 5 BGB verweist auch für den Fall, dass der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, ohne zugleich vom Vertrag zurückzutreten, auf die §§ 346 bis 348 BGB. Der Geschädigte muss daher dem Schuldner die bereits empfangene Leistung zurückgewähren und die hieraus gezogenen Nutzungen ausgleichen. Ausweislich der Gesetzesbegründung ging es dem Gesetzgeber explizit darum, durch den Verweis auf das Rücktrittsfolgenrecht die zuvor bestehende Unsicherheit darüber zu beseitigen, „wie insbesondere Beschädigungen und Nutzungen auszugleichen sind.“<sup>534</sup> Dabei nahm der Gesetzgeber an, dass sich die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bei einer Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz direkt aus § 346 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 BGB ergibt. § 281 Abs. 5 BGB soll insofern einen Gleichlauf für den Fall herstellen, dass sich der Gläubiger darauf beschränkt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen.<sup>535</sup>

Der klare Wille des Gesetzgebers ändert jedoch nichts daran, dass die Pflicht des Gläubigers zum Ausgleich der aus dem empfangenen Leistungsgegenstand gezogenen Nutzungen in einem Spannungsverhältnis zu seinem Anspruch steht, im Rahmen seines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung so gestellt zu werden, als ob der Schuldner seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hätte. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur setzte sich schnell die Erkenntnis durch, dass sich im Konfliktfall die schadensersatzrechtliche Wertung durchsetzen muss.<sup>536</sup> Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 325 BGB, wonach der Schadensersatzanspruch durch die Erklärung des Rücktritts nicht beeinträchtigt wird, und nicht umgekehrt.

Um der schadensersatzrechtlichen Wertung im Hinblick auf den Nutzungsausgleich zum Durchbruch zu verhelfen, werden in der Literatur im Wesentlichen drei unterschiedliche Ansätze vertreten: Nach einer Auffassung ist die Verweisung in § 281 Abs. 5 BGB auf § 346 bis 348 BGB teleologisch zu reduzieren: Der Gläubiger soll lediglich verpflichtet sein, die empfangene Leistung zurückzugewähren. Eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich soll ihn hingegen nicht treffen.<sup>537</sup> Eine andere Auffassung will das gleiche Ergebnis erreichen, ohne sich in offenen Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und der Bejahung einer Nutzungsausgleichspflicht in der Gesetzesbegründung zu setzen. Zu diesem Zweck soll zwar formal an der Nutzungsausgleichspflicht des Gläubigers festgehalten werden. Allerdings soll diese im Rahmen der Schadensberechnung durch einen Schadensposten in gleicher Höhe neutralisiert werden. Der zu leistende Nutzungsausgleich würde sich daher

<sup>534</sup> BT-Drs. 14/6040, 141.

<sup>535</sup> BT-Drs. 14/6040, 141.

<sup>536</sup> BGH, 28.11.2007, VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290 (293 f.); BGH, 14.4.2010, VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426; BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3440); *Gsell*, NJW 2008, 912 (913). A. A. *Höpfner*, NJW 2010, 127 (129 f.).

<sup>537</sup> *Soergel/Gsell*, 13. Aufl., § 325 BGB Rn. 11 (2005).

aus der Perspektive des Gläubigers eins zu eins schadenserhöhend auswirken.<sup>538</sup> Dieser Lösungsvorschlag erscheint einerseits etwas überkonstruiert und ist andererseits zumindest im Fall eines isolierten Schadensersatzverlangens zirkulär: Der Gläubiger verlangt Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Dies hat zur Folge, dass er gemäß § 281 Abs. 5 BGB Nutzungsausgleich leisten muss. Durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich erhöht sich wiederum der von ihm erlittene Schaden.<sup>539</sup>

Zumindest dieses konzeptionelle Problem vermeidet ein dritter, von *Dagmar Kaiser* entwickelter Lösungsvorschlag.<sup>540</sup> Danach soll der Gläubiger, der Schadensersatz statt der ganzen Leistung fordert, zwar Nutzungsausgleich leisten müssen, im Gegenzug aber für den gesamten Zeitraum ab Empfang der Leistung – inklusive der Zeit, in der er das Gut nutzen konnte – einen Anspruch auf Ersatz seines Nutzungsausfallschadens fordern können.<sup>541</sup> Allerdings soll sich auch nach diesem Ansatz häufig das Ergebnis einstellen, dass sich Nutzungsausgleich und Nutzungsausfallschaden faktisch gegenseitig neutralisieren. Denn einerseits ergebe sich nach den Grundsätzen für die Berechnung des Nutzungsausfallschadens regelmäßig ein Betrag, der den geschuldeten Nutzungsausgleich übersteigen würde.<sup>542</sup> Andererseits sei aber der Anspruch auf den Nutzungsausfallschaden in Höhe des Wertes der gezogenen Nutzungen gedeckelt, da dem Gläubiger genau die Nutzungen „entgangen“ seien, die er gezogen habe.<sup>543</sup> Eine weitere Komplikation ergibt sich, wenn der Gläubiger nicht nur Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, sondern zusätzlich vom Vertrag zurücktritt. Der Gläubiger erhält dann gemäß § 346 Abs. 1 BGB vom Schuldner die Gegenleistung – in der Regel den Kaufpreis – *zuzüglich* der vom Schuldner gezogenen Nutzungen. Könnte er zusätzlich den vollen Nutzungsausfallschaden fordern, stünde er besser, als wenn der Schuldner von vornherein ordnungsgemäß erfüllt hätte. Um dies zu vermeiden, müsse der vom Schuldner zu leistende Nutzungsausgleich bei der Berechnung des Nutzungsausfallschadens des Gläubigers im Wege des Vorteilsausgleichs schadensmindernd berücksichtigt werden.<sup>544</sup>

Der BGH hat sich 2017 zumindest im Grundsatz dem Lösungsvorschlag *Kaisers* angeschlossen. Der BGH benennt zunächst offen das Problem:

„Die Aufgabe der Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz mit § 325 BGB führt allerdings dazu, dass zwei Normengruppen mit unterschiedlicher Zielsetzung nebeneinander anwendbar sind: die auf die Rückabwicklung gerichteten Vorschriften des Rücktrittsrechts in §§ 346–348 BGB einerseits und die Vorschriften über den Schadensersatz andererseits, die darauf zielen, den Gläubiger (hier: Käufer) vermögensmäßig so zu stellen, wie er bei

<sup>538</sup> *Höpfner*, NJW 2010, 127 (130).

<sup>539</sup> *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (145).

<sup>540</sup> *Ibid.*, S. 145 ff.

<sup>541</sup> *Ibid.*, S. 145 f.

<sup>542</sup> *Ibid.*, S. 147.

<sup>543</sup> *Ibid.*, S. 149.

<sup>544</sup> *Ibid.*, S. 159 f. Dafür auch *Riewert*, Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz nach § 325 BGB, 2014, S. 416.

ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Schuldner (hier: Verkäufer) stünde. Diese unterschiedliche Tendenz wird vor allem bei der Frage der Nutzungen deutlich. Während nach § 346 II BGB der Käufer dem Verkäufer die gezogenen Nutzungen zu ersetzen hat, kann der Käufer seinerseits nach § 280 I BGB oder § 280 I und III, § 281 oder § 283 BGB von dem Verkäufer Ersatz seines Nutzungsausfallschadens verlangen.<sup>545</sup>

Die „unterschiedliche Tendenz“ will der BGH durch ein zeitliches „Nacheinander von Rücktritts- und Schadensersatzrecht“ erreichen.<sup>546</sup> Zuerst muss der Gläubiger Nutzungsausgleich leisten; anschließend kann er seinen Nutzungsausfallschaden geltend machen. Da ihm dieser Weg offen stehe, scheidet die von der Gegenauffassung geforderte teleologische Reduktion des § 281 Abs. 5 BGB methodisch aus.<sup>547</sup>

Der Umstand, dass es in Gestalt des nunmehr vom BGH sanktionierten Modells einen Weg gibt, um zu einem wertungsmäßig tragbaren Ergebnis zu gelangen, ändert jedoch nichts daran, dass insbesondere die Anordnung der Nutzungsausgleichspflicht im Rahmen des § 281 Abs. 5 BGB eine gesetzgeberische Fehlleistung war.<sup>548</sup> Man muss sich dazu nur vor Augen führen, was die Auffassung *Kaisers* impliziert: Immer dann, wenn der Gläubiger die Leistung bereits empfangen und genutzt hat, müssen, wenn er Schadensersatz statt der Leistung verlangt, zwei unterschiedlichen Grundsätzen folgende<sup>549</sup> Berechnungen durchgeführt werden. Zum einen muss der vom Gläubiger geschuldete Nutzungsausgleich bestimmt werden; zum anderen muss der Nutzungsausfallschaden des Gläubigers ermittelt werden. Insofern wird die Rechtsprechung für Güter, für die ein Nutzungsausfallschaden nicht anerkannt wird,<sup>550</sup> Neuland betreten müssen. Es spricht für sich, dass § 281 Abs. 5 BGB Schrifttum und Rechtsprechung zu der intellektuellen Verrenkung zwingt, den Gläubiger für einen Zeitraum, für den er das empfangene Gut tatsächlich genutzt hat, so zu stellen, als ob er es nicht hätte nutzen können.

<sup>545</sup> BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3440).

<sup>546</sup> Ibid., S. 3441.

<sup>547</sup> Ibid., S. 3441.

<sup>548</sup> In diesem Sinne auch *Markworth*, NJW 2017, 3442.

<sup>549</sup> Siehe dazu *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (147f.).

<sup>550</sup> Um der „Gefahr einer Überdehnung des Schadensersatzes in den immateriellen Interessenbereich hinein“ zu begegnen, gewährt der BGH Ersatz für einen Nutzungsausfallschaden nur für „Wirtschaftsgüter von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung“, BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 (223). Siehe zu diesem Problemkreis näher *Bitter*, AcP 205 (2005), 743 (747ff.) m. w. N. Laut BGH, VII ZR 285/17, BGHZ 220, 270 ist zudem „[d]ie Rechtsprechung, wonach die infolge eines zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses entfallende Möglichkeit des Geschädigten, private, eigenwirtschaftlich genutzte Sachen oder Güter plangemäß verwenden oder nutzen zu können, einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann, ohne dass hierdurch zusätzliche Kosten entstanden oder Einnahmen entgangen sind [...], [...] auf die Nutzung von Sachen oder Gütern, die ausschließlich erwerbswirtschaftlich genutzt werden, nicht übertragbar.“

#### 4. Inkonsistente und lückenhafte Regelung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs bei gescheiterten gegenseitigen Nutzungsüberlassungsverträgen

Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich tritt als Sekundäranspruch zu einem primären Anspruch auf Übertragung eines Gutes hinzu und verleiht diesem zeitliche Rückwirkung.<sup>551</sup> Für einen Ausgleich gezogener Nutzung ist somit kein Raum, wenn die Zuordnung eines Gutes zu einem Rechtssubjekt lediglich mit Wirkung *ex nunc* beendet werden soll. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs bei gescheiterten Nutzungsüberlassungsverträgen von vornherein deutlich geringer als bei gescheiterten Veräußerungsverträgen. Eine Störung im Stadium der Vertragsdurchführung wird bei Nutzungsüberlassungsverträgen vorrangig mittels des Rechts zur außerordentlichen Kündigung sanktioniert.<sup>552</sup> Die Kündigung lässt die Wirksamkeit eines Vertragsverhältnisses für die Vergangenheit unberührt. Auch nach der fristlosen Kündigung eines Mietverhältnisses durch den Vermieter ist daher die Nutzung der Mietsache durch den Mieter in der Vergangenheit weiterhin durch das Mietverhältnis legitimiert. *De lege lata* ist eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien eines gescheiterten gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags allerdings selbst dann keine Selbstverständlichkeit, wenn der Vertrag den Leistungsaustausch für die Vergangenheit nicht zu legitimieren vermag. Im Rücktrittsfolgenrecht wird die Problematik der Abwicklung gescheiterter Nutzungsüberlassungsverträge im Gesetz zwar adressiert. Die Regelung ist allerdings inkonsistent, da danach nur der Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist (a). Im Bereicherungsrecht fehlt eine korrespondierende, auf Nutzungsüberlassungsverträge zugeschnittene Regelung. Für den Fall, dass ein gegenseitiger Nutzungsüberlassungsvertrag *ex tunc* unwirksam ist, ist es auf der Grundlage der *lex lata* bis heute umstritten, ob und inwieweit die Parteien einander zum Nutzungsausgleich verpflichtet sind (b).

##### a) Einseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nach Rücktrittsfolgenrecht

Für den Fall, dass ein Nutzungsüberlassungsvertrag nach den §§ 346 ff. BGB abgewickelt werden muss,<sup>553</sup> ist der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs zwar eindeutig, aber auf inkonsistente Weise geregelt. Nach dem Wortlaut ist nur der Schuldner der Nutzungsüberlassung, also beispielsweise der Darlehensgeber, verpflichtet, für die aus der empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB Ausgleich zu leisten. Demgegenüber muss der Gläubiger der vertragscharak-

<sup>551</sup> Supra 1. Teil:C.III, S. 115 ff. sowie 1. Teil:C.IV, S. 119 ff.

<sup>552</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 sowie 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49.

<sup>553</sup> Zum eingeschränkten Anwendungsbereich des Rücktrittsfolgenrechts im Falle eines in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 sowie 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49.



teristischen Leistung nach den §§ 346 ff. BGB im Regelfall das vertraglich vereinbarte Entgelt für die Überlassung der Nutzungsmöglichkeit entrichten. Ein Darlehensnehmer muss daher für den Zeitraum, für den er die Valuta in Anspruch nimmt, den vertraglich vereinbarten Zins entrichten.

Vor der Schuldrechtsmodernisierung war diese Rechtsfolge in § 346 S. 2 BGB a.F. spezialgesetzlich geregelt. Danach war für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache die vertraglich vereinbarte Gegenleistung zu entrichten, sofern diese in Geld bestimmt war. Für einen Rückgriff auf die Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 347 S. 2 BGB a.F. i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB blieb kein Raum.<sup>554</sup> Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde § 346 S. 2 BGB a.F. gestrichen, ohne dass sich hierdurch an der Rechtslage im Hinblick auf Gebrauchsüberlassungsverträge etwas ändern sollte. Vielmehr wurde der Regelungsgehalt der Vorschrift durch § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 Hs. 1 BGB „zu einem allgemeinen Prinzip [erweitert].<sup>555</sup> Nach der herrschenden Meinung stellt die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit die empfangene Leistung dar, die es gemäß § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB „zurückzugewähren“ gilt.<sup>556</sup> Da dies *in natura* nicht möglich ist, muss der Rückgewährschuldner gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz leisten. Der Höhe nach bemisst sich der geschuldete Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB anhand des im Vertrag vereinbarten Entgelts. Die tatsächlich gezogenen Nutzungen muss der Rückgewährschuldner hingegen nicht ausgleichen.<sup>557</sup>

Im wirtschaftlichen Ergebnis bedeutet dies, dass Nutzungsüberlassungsverträge im Hinblick auf die vertragscharakteristische Leistung nicht *rückabgewickelt* werden.<sup>558</sup> Wenn beispielsweise ein Darlehensnehmer nach den §§ 346 ff. BGB für die Inanspruchnahme der Darlehensvaluta den vertraglich vereinbarten Sollzins entrichten muss, dann wird die entgeltliche Überlassung der Darlehensvaluta auf Zeit offensichtlich nicht mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht, sondern gerade aufrechterhalten. Vielmehr wird der Darlehensvertrag insofern, ähnlich wie im Falle einer Kündigung, lediglich mit Wirkung *ex nunc* beendet. Auch der Umstand, dass speziell dem Darlehensnehmer gemäß § 346 Abs. 2 S. 2

<sup>554</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 f.

<sup>555</sup> BT-Drs. 14/6040, 195 f.

<sup>556</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 249 (November 2011) (speziell für Geld); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 86; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 92. Zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (50).

<sup>557</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49. In der Literatur wird der herrschenden Meinung allerdings vereinzelt widersprochen. Bspw. vertritt *Schwab*, JuS 2002, 630 (631) die Auffassung, dass auch bei einem Rücktritt von einem Nutzungsüberlassungsvertrag nach § 346 Abs. 1, 2 BGB Ausgleich nur nach Maßgabe der tatsächlichen Nutzung geschuldet werde. Dies begründet er damit, dass eine Verpflichtung zur Haftung für mögliche, aber nicht realisierte Nutzungen seit der Schuldrechtsmodernisierung nur noch unter den Voraussetzungen des § 347 Abs. 1 BGB in Betracht komme.

<sup>558</sup> In diesem Sinne auch *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (51); *Schnauder*, NJW 2015, 2689 (2692 f.).

Hs. 2 BGB der Nachweis gestattet wird, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war als der vereinbarte Zinssatz, nähert die Verpflichtung zum Wertersatz für die Nutzungsmöglichkeit funktional nicht an eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich an. Vielmehr wird die Nutzungsüberlassung lediglich zu veränderten Konditionen aufrechterhalten. Wäre der Darlehensnehmer hingegen verpflichtet, die aus der Darlehensvaluta gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB auszugleichen, so müsste er einerseits die bei einer lukrativen Investition des Geldes erzielten Erträge an den Darlehensgläubiger auskehren. Andererseits würde er für die Nutzung des Geldes keinerlei Ausgleich schulden, wenn er aus einer Investition keinen Ertrag erzielt, ohne dass ihn ein Verstoß gegen die Regel ordnungsmäßiger Wirtschaft zur Last fällt.<sup>559</sup>

Eine Verpflichtung zum Ausgleich der aus der empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB trifft lediglich den Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung. Der Darlehensgeber muss daher beispielsweise den von ihm mit den vom Darlehensnehmer geleisteten Zinszahlungen erwirtschafteten Ertrag an den Darlehensnehmer auskehren. Nach der Rechtsprechung des BGH erstreckt sich die Nutzungsausgleichspflicht sogar auf Zahlungen, die der Darlehensnehmer zur Tilgung der Darlehensvaluta geleistet hat.<sup>560</sup> Im Ergebnis führt die Anwendung der §§ 346 ff. BGB daher dazu, dass ein gegenseitiger Nutzungsüberlassungsvertrag einseitig rückabgewickelt wird. Während die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit aufrechterhalten wird, als ob der Vertrag die Leistungserbringung auch für die Vergangenheit legitimieren würde, wird die Leistung des hierfür geschuldeten Entgelts mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht. Eine nachvollziehbare Begründung für diese Asymmetrie ist nicht ersichtlich.<sup>561</sup>

### *b) Unsicherheit über den Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs bei unwirksamen gegenseitigen Nutzungsüberlassungsverträgen*

Für den Fall, dass sich ein Nutzungsüberlassungsübertrag im Stadium der Vertragsdurchführung als nichtig herausstellt, ist umstritten, wofür der Nichtberechtigte Ausgleich schuldet und wie die Ausgleichsleistung dogmatisch einzuordnen ist.<sup>562</sup>

Nach der herrschenden Meinung ist für die Bemessung der vom Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung geschuldeten Ausgleichsleistung auf die tatsächliche Nutzung des ihm überlassenen Gutes abzustellen.<sup>563</sup> Dementsprechend

<sup>559</sup> Surpa 1. Teil:B.II.2.a), S. 42 ff.

<sup>560</sup> BGH, 12.1.2016, XI ZR 366/15, ZIP 2014, 642 (643 f.); BGH, 12.7.2016, XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 (145 f.); BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1063).

<sup>561</sup> Siehe dazu näher infra 3. Teil:B.II.2.b)aa), S. 486 ff.

<sup>562</sup> Siehe dazu *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 156 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 98; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 20; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 25.

<sup>563</sup> Besonders deutlich BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (293 f.) Siehe ferner

würde beispielsweise ein vermeintlicher Mieter keinen Ausgleich schulden, wenn sich nach Überlassung der Mietsache herausstellt, dass der Mietvertrag nichtig ist und er die Mietsache tatsächlich nicht genutzt hat.<sup>564</sup> Darüber, wie dieses Ergebnis dogmatisch zu begründen ist, besteht keine Einigkeit. Vertreten wird zum einen, dass die „tatsächliche Nutzung“,<sup>565</sup> der „tatsächlich gezogene Nutzungswert“<sup>566</sup> bzw. die „tatsächlich gezogenen Nutzungen“<sup>567</sup> den *primären* Bereicherungsgegenstand, also das i.S.v. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB „Erlangte“ darstellen.<sup>568</sup> Sofern es sich hierbei nicht um Früchte i.S.v. § 99 BGB handelt, die der Nichtberechtigte gegenständlich herausgeben kann, schuldet er hierfür Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB.<sup>569</sup> Nach anderer Ansicht soll es sich bei dem Anspruch auf Nutzungsausgleich auch im Falle eines nichtigen Nutzungsüberlassungsvertrags um einen Sekundäranspruch handeln, der zu dem Anspruch auf Rückübertragung des genutzten Gutes hinzutritt. Im Falle einer bereicherungsrechtlichen Abwicklung eines nichtigen Mietvertrags<sup>570</sup> würde der Nutzungsausgleichsanspruch dementsprechend die Besitzkondition des Vermieters ergänzen und sich aus § 818 Abs. 1

---

bspw. BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121); BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (30f.). Im Schrifttum wird diese Auffassung bspw. geteilt von *Gursky*, JR 1998, 7 (12); *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 106; *Röthel*, Jura 2013, 1110 (1113); *Musielak*, JA 2017, 1 (5f.); *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 32ff. Siehe zu der Problematik auch die zwischen Gebrauchsüberlassungsverträgen und Darlehensverträgen differenzierende Darstellung bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 228.

<sup>564</sup> Siehe bspw. BGH, 12.7.2017, VIII ZR 214/16, NZM 2017, 630 (633) für einen Fall, in dem die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgegeben worden war.

<sup>565</sup> So bspw. explizit *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 106.

<sup>566</sup> BGH, 15.12.1999, XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382 (383); BGH, 12.7.2017, VIII ZR 214/16, NZM 2017, 630 (633).

<sup>567</sup> So bspw. explizit *Gursky*, JR 1998, 7 (12); *Röthel*, Jura 2013, 1110 (1113).

<sup>568</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (30f.) („Herausgegeben ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung der Klägerin Erlangte. Das ist hier die von der Klägerin gewährte Gebrauchsüberlassung der Räume.“); *Gursky*, JR 1998, 7 (12); *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 106; *Röthel*, Jura 2013, 1110 (1113). Soweit ersichtlich, handelt es sich bei begrifflichen Abweichungen um rein semantische Unterschiede. Autoren, die sich hierzu äußern, plädieren überwiegend für einen Gleichlauf von primärer und sekundärer Nutzungsausgleichspflicht, bspw. *Gursky*, JR 1998, 7 (9); *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 157; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 98.

<sup>569</sup> Dieser dogmatischen Einordnung liegt die Prämisse zugrunde, dass sich die Leistung des Bereicherungsgläubigers nicht auf die Verschaffung der Verfügungsgewalt über das genutzte Gut beschränkt, sondern daneben auch die *Nutzungsüberlassung* an sich geleistet wird, ja sogar den eigentlich maßgeblichen Teil der Leistung bildet, siehe *Gursky*, JR 1998, 7 (12).

<sup>570</sup> Unabhängig vom Streit um das Verhältnis von Vindikation und Kondition in einer solchen Konstellation ist ein nichtiger Mietvertrag jedenfalls dann bereicherungsrechtlich abzuwickeln, wenn die Mietsache nicht im Eigentum des Vermieters steht.

BGB, gegebenenfalls i. V. m. § 818 Abs. 2 BGB, ergeben.<sup>571</sup> Die Rechtsprechung ist uneinheitlich und lässt die Frage der dogmatischen Einordnung zum Teil schlicht offen.<sup>572</sup> Unabhängig davon ist eine an der tatsächlichen Nutzung des Gutes orientierte Ausgleichspflicht jedenfalls funktional als Nutzungsausgleich im Sinne dieser Untersuchung zu qualifizieren.

Nach einer im Schrifttum prominent vertretenen Gegenauffassung stellt im Falle eines nichtigen Nutzungsüberlassungsvertrags hingegen bereits die Einräumung der *Nutzungsmöglichkeit* das i. S. v. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB Erlangte dar.<sup>573</sup> Da die Nutzungsmöglichkeit nicht *in natura* herausgegeben werden kann, schuldet der Bereicherungsschuldner hierfür gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz, der sich nach dem objektiven Wert der Nutzungsmöglichkeit bemisst.<sup>574</sup> Im Falle eines nichtigen Mietvertrags würde der vermeintliche Mieter daher nicht den vertraglich vereinbarten, sondern den marktüblichen Mietzins schulden. Die Anhänger dieser Auffassung stützen sich unter anderem auf die Gesetzgebungsgeschichte.<sup>575</sup> *Franz von Kübel's* Vorlage „Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung“ enthielt in § 10<sup>576</sup> eine Regelung, die ein funktionales Pendant zu § 346 S. 2 BGB a. F. bildete. Danach sollte der Bereicherungsanspruch für den Fall, dass eine „Sa-

<sup>571</sup> BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121); *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 267; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 34. Zum Nutzungsausgleich bei Besitzkonkdition siehe auch BGH, 20.11.2013, XII ZR 19/11, NJW 2014, 1095 (1096).

<sup>572</sup> Siehe bspw. BGH, 28.6.1967, VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197; BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (368); BGH, 21.12.1988, VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133 (2135); BGH, 15.12.1999, XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382 (383); BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121); BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (21 f.); BGH, 12.7.2017, VIII ZR 214/16, NZM 2017, 630 (632). Siehe auch BGH, 10.11.1965, VIII ZR 12/64, BGHZ 44, 241 (245); KG, 17.5.1999, 8 U 1943/97, NZM 1999, 1229 (1230).

<sup>573</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (165 f.); *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1291); *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 313 f.; *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 812 BGB Rn. 364 ff.; *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 13 (Juni 2007); *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3609 f.); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 283; *Erman/Buck-Heeb*, § 818 BGB Rn. 10; *BeckOK/Wendeborst*, § 812 BGB Rn. 57 (1.5.2018). Vereinzelt ist diese Position auch von der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen worden, siehe bspw. OLG Karlsruhe, 30.9.2004, 19 U 214/03, OLG R 2005, 301 (302).

<sup>574</sup> Siehe bspw. *Ostendorf*, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, 1972, S. 70 f.; *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 13 (Juni 2007); *Arnold*, RIW 2008, 264 (272); *Erman/Buck-Heeb*, § 818 BGB Rn. 10.

<sup>575</sup> Siehe bspw. *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 26 ff.

<sup>576</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, 1980, 655 (656): § 10 der Vorlage zu Schuldverhältnissen aus ungerechtfertigter Bereicherung: „Sind Dienste geleistet worden, welche belohnt zu werden pflegen, so kann hierfür eine Vergütung nach dem ordentlichen Werthe derselben zur Zeit der Leistung gefordert werden. Wurde eine Sache zum Gebrauch überlassen, so geht der Anspruch auf Rückgabe des Besizes und auf eine Vergütung für den Gebrauch nach dessen ordentlichen Werth während der Dauer des Gebrauchs. Der gutgläubige Empfänger haftet jedoch nur bis zu dem Betrage, welchen er, seinen Bedürfnissen entsprechend, durch den Gebrauch oder die Annahme der Dienste, erspart hat.“

che zum Gebrauch überlassen“ worden war, eine „Vergütung für den Gebrauch nach dessen ordentlichen Werth während der Dauer des Gebrauchs“ umfassen. Die Vorschrift wurde nur deshalb nicht in den E I übernommen, weil man die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätze insofern für ausreichend hielt.<sup>577</sup>

Wenn bereits die Nutzungsmöglichkeit den primären Bereicherungsgegenstand bildet, für den der Bereicherungsschuldner unmittelbar gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz schuldet, dann bleibt für eine Anwendung von § 818 Abs. 1 BGB kein Raum. Ob und in welchem Umfang der Bereicherungsschuldner aus dem ihm überlassenen Gut tatsächlich Nutzungen i. S. v. § 100 BGB gezogen hat, ist daher irrelevant.<sup>578</sup> In der Konsequenz dieser Auffassung liegt es ferner, dass sich der Bereicherungsschuldner nicht allein deshalb auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, weil er das Gut nicht genutzt hat oder die Nutzung gescheitert bzw. wirtschaftlich fehlgeschlagen ist.<sup>579</sup> Denn hierdurch ändert sich nichts daran, dass er in den Genuss der Nutzungsmöglichkeit gekommen ist. So soll es beispielsweise im Falle eines nichtigen Wohnraummietvertrags dem vermeintlichen Mieter grundsätzlich nichts nützen, dass er im fraglichen Zeitraum „niemals zu Hause“ war.<sup>580</sup> Eine Einschränkung der sich hiernach ergebenden strengen Haftung sehen die Vertreter dieser Auffassung nur für den Fall vor, dass dem Bereicherungsschuldner der Abschluss des Nutzungsüberlassungsvertrags nicht zurechenbar ist.<sup>581</sup> Welche Anforderungen an die Zurechenbarkeit zu stellen sind, ist wiederum im Einzelnen strittig. Als allgemein anerkannt dürfte lediglich gelten, dass sich der vermeintliche Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, wenn *er* bei Vertragsabschluss geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt war.<sup>582</sup> In allen Fällen, in denen die Zurechenbarkeit nicht ausnahmsweise zu verneinen ist,

<sup>577</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 787.

<sup>578</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (165 f.).

<sup>579</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125) („Was der Bereicherungsschuldner mit der Nutzungsüberlassung oder dem Nutzungsrecht als dem Bereicherungsgegenstand anfängt, ist beim Erwerb aufgrund nichtigen gegenseitigen Vertrages Sache seiner vermögensmäßigen Entscheidung, und deshalb ist das Unterlassen der Nutzung oder die ergebnislose Nutzung ihm in Hinsicht auf seine vermögensmäßige Entscheidung und nicht dem Bereicherungsgegenstand als Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB zuzurechnen.“); *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3608 ff.) Siehe auch *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 144.

<sup>580</sup> *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3608).

<sup>581</sup> *Flume*, in: *Canaris/Heldrich* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft – Band I. Bürgerliches Recht, 2000, 525- (544) (Zurechenbarkeit als Voraussetzung für die Beachtlichkeit einer „vermögensmäßigen Entscheidung“ des Bereicherungsschuldners); *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 143 f.; *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3608). In diesem Sinne auch *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 230.

<sup>582</sup> Siehe dazu insbesondere *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 143.

bleibt es jedoch dabei, dass das Nutzungsrisiko vollumfänglich dem vermeintlichen Mieter, Pächter oder Darlehensnehmer zugewiesen wird.

Dies bedeutet, dass ein nichtiger Nutzungsüberlassungsvertrag im Hinblick auf die vertragscharakteristische Leistung im wirtschaftlichen Ergebnis aufrechterhalten wird.<sup>583</sup> Wenn im Falle eines nichtigen Mietvertrags der Mieter für den Zeitraum, für den er die Mietsache gebrauchen konnte, den marktüblichen Mietzins schuldet, dann wird der Mietvertrag faktisch nur *ex nunc* beendet. Der Umstand, dass sich das vom Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung geschuldete Nutzungsentgelt in diesem Fall nicht nach der vertraglichen Vereinbarung, sondern nach dem Marktniveau richtet, ändert hieran nichts. Sofern beide Beträge überhaupt voneinander abweichen, bedeutet dies lediglich, dass der Nutzungsüberlassungsvertrag im wirtschaftlichen Ergebnis für die Vergangenheit zu veränderten Konditionen bestehen bleibt. Ein Nutzungsausgleich im Sinne einer Korrektur der Zuordnung des Gutes mit zeitlicher Rückwirkung findet nicht statt.

Der Umstand, dass die *lex lata* so unterschiedlich interpretiert werden kann, zeigt, dass die Problematik des Nutzungsausgleichs für unwirksame gegenseitige Nutzungsüberlassungsverträge im BGB nicht in befriedigender Weise geregelt ist.

### III. Fehlende Nutzungsausgleichspflicht bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen

Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich setzt einen primären Anspruch auf Übertragung eines Gutes voraus. Die praktisch bedeutsamste Kategorie solcher Primäransprüche bilden vertragliche Erfüllungsansprüche. Jedes Mal, wenn zwei Parteien einen Veräußerungs- oder Nutzungsüberlassungsvertrag abschließen, entstehen auf die Übertragung von Gütern gerichtete vertragliche Ansprüche. Ab Fälligkeit eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs ist es wertungsmäßig auch ohne weiteres möglich, den Schuldner als nichtberechtigten Inhaber des Gutes zu charakterisieren. Im BGB werden vertragliche Erfüllungsansprüche grundsätzlich *nicht* durch sekundäre Ansprüche auf Nutzungsausgleich ergänzt. Hierfür mag es gute Gründe geben.<sup>584</sup> Allerdings haben die Verfasser des BGB es versäumt, diese Gründe transparent zu machen (1). Dies hat zur Folge, dass bis heute im Schrifttum wenig befriedigende Versuche unternommen werden, dem Gläubiger eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs unter Rückgriff auf § 285 BGB Zugriff auf die vom Schuldner gezogenen Nutzungen zu verschaffen (2).

---

<sup>583</sup> Siehe bspw. *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 34.

<sup>584</sup> Siehe dazu *infra* 3. Teil:B.II.2, S. 481 ff.

### 1. Fehlende Begründung für Verzicht auf Nutzungsausgleich bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen

Wer sich vertraglich verpflichtet hat, ein Gut dauerhaft oder vorübergehend auf ein anderes Rechtssubjekt zu übertragen, ist ab dem Zeitpunkt, zu dem diese Verpflichtung fällig wird, im Verhältnis zu seinem Vertragspartner nicht mehr berechtigt, das Gut innezuhaben. Dessen ungeachtet ist der Schuldner des vertraglichen Herausgabeanspruchs in aller Regel nicht verpflichtet, Nutzungen i.S.v. § 100 BGB an den Gläubiger auszukehren, die er nach Eintritt der Fälligkeit zieht. Die einzige Vorschrift im BGB, die *de lege lata* Herausgabeansprüche aller Art um einen Anspruch auf Nutzungsausgleich ergänzt, ist § 292 Abs. 2 BGB. Danach wird Nutzungsausgleich allerdings erst ab dem Zeitpunkt geschuldet, zu dem der Herausgabeanspruch rechtshängig geworden ist.<sup>585</sup>

Das Paradebeispiel für einen vertraglichen Anspruch auf Übertragung eines Gutes ist der Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung bei Fälligkeit nicht nachkommt, kann ihn der Käufer in Verzug setzen und einen ihm gegebenenfalls entstehenden Verzugsschaden liquidieren. Auf die vom Verkäufer ab Fälligkeit aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen i.S.v. § 100 BGB kann der Käufer jedoch mangels eines entsprechenden Herausgabe- oder Vergütungsanspruchs nicht zugreifen.

#### Beispiel 18

*A verkauft B ein ausgebildetes Springpferd. B betreibt das Springreiten als privates Hobby und möchte das Pferd während seines Jahresurlaubs im September ausgiebig reiten. Als Termin für die Übergabe des Pferdes wurde der 1.7. fest vereinbart. Kurzfristig ergibt sich für A die Möglichkeit, mit dem Pferd bei einem Turnier Anfang August zu starten. Zu diesem Zweck verzögert er die Übergabe trotz wiederholter Mahnungen durch B bis zum 15.8. Bei der Turnierteilnahme gewinnt A mit dem Pferd ein Preisgeld von 10.000€. B hätte weder die Möglichkeit noch die Absicht zur Teilnahme an diesem oder anderen Turnieren gehabt.*

Der Anspruch des B aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB war bereits seit dem 1.7. fällig. Da sich A ab diesem Zeitpunkt im Schuldnerverzug befand, § 286 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, kann B gemäß §§ 433, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB Ersatz für den Schaden verlangen, der ihm ggf. durch die verspätete Übergabe und Übereignung des Pferdes am 15.8. entstanden ist. Allerdings ist ein solcher Verzugsschaden nicht ersichtlich. Insbesondere liegen die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Nutzungsausfallschadens nicht vor.<sup>586</sup> Zudem hat B auch keinen Anspruch gegen A auf Herausgabe bzw. Vergütung der zwischen dem 1.7. und dem 15.8. aus dem Pferd gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB.

<sup>585</sup> Siehe bspw. BGH, 31.10.1986, V ZR 140/85, VersR 1987, 483 (485).

<sup>586</sup> Um der „Gefahr einer Überdehnung des Schadensersatzes in den immateriellen Interessenbereich hinein“ zu begegnen, gewährt der BGH Ersatz für einen Nutzungsausfallschaden nur für „Wirtschaftsgüter von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung“, BGH, 9.7.1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 (223). Luxusgüter wie ein zum privaten Vergnügen gehaltenes Pferd sind nicht erfasst. Siehe zu diesem Problembereich näher *Bitter*, AcP 205 (2005), 743 (747 ff.) m. w. N.

Praktisch relevant geworden ist dieses Problem beispielsweise in einem Rechtsstreit, über den der BGH 1986 zu befinden hatte.<sup>587</sup> In Rede stand ein „schuldrechtliches Wohnungsrecht“, aufgrund dessen die Inhaberin Anspruch auf die Einräumung des Besitzes an ganz bestimmten Räumen eines Hausgrundstückes hatte. Da sie pflegebedürftig wurde und in einem Heim untergebracht wurde, konnte sie dieses Wohnungsrecht nicht ausüben. Stattdessen wurden die Räume vom Schuldner des Anspruchs viele Jahre lang selbst genutzt. Nach dem Tod der Inhaberin des Wohnrechts verlangten ihre Erben vom Schuldner eine Vergütung für die Nutzung der Räume. Mit diesem Anspruch drangen sie erst ab dem Zeitpunkt durch, ab dem sie den Anspruch auf Herausgabe der Räume rechtshängig gemacht hatten, §§ 292 Abs. 2, 987 BGB.<sup>588</sup> Bis zu diesem Zeitraum konnte der Schuldner die Räume hingegen im Ergebnis unentgeltlich nutzen. Der BGH wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „[s]chuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe [...] die beanspruchten Rechtsgüter vor ihrer Erfüllung noch nicht dem Gläubiger zuweisen.“<sup>589</sup>

Den Materialien zum BGB lässt sich keine Begründung dafür entnehmen, *warum* vertraglichen Ansprüchen auf die Übertragung eines Gutes *per se* kein sekundärer Anspruch auf Nutzungsausgleich zur Seite gestellt wurde. Nahegelegen hätte dies insbesondere im Kontext des § 446 BGB. In § 446 S. 2 BGB<sup>590</sup> ist der Übergang der Nutzungsbefugnis im Prozess der Durchführung eines Kaufvertrags ausdrücklich geregelt. Wie allerdings ein Blick in die veröffentlichten Materialien zeigt, stand die Frage der Zuweisung der Nutzungen ganz im Schatten der Diskussion um die Gefahrtragung. So widmete etwa *Franz von Kübel* in der Erläuterung des § 8 seiner Vorlage zum Kaufrecht<sup>591</sup> – des Vorläufers des § 446 BGB – der Gefahrtragungsproblematik ganze acht Seiten, während er die Zuweisung der Nutzungen auf nicht einmal einer Seite abhandelte.<sup>592</sup> Der Verknüpfung von Tragung der Preisgefahr und Berechtigung an den Nutzungen lagen zudem weniger konzeptionelle als vielmehr pragmatische Erwägungen zugrunde. Sowohl *von Kübel* als auch die erste Kommission legten großen Wert darauf zu betonen, dass man keinesfalls ein allgemeines Prinzip anerkennen wolle, wonach derjenige, der die Gefahr trage,

<sup>587</sup> BGH, 31.10.1986, V ZR 140/85, VersR 1987, 483 ff.

<sup>588</sup> *Ibid.*, S. 485.

<sup>589</sup> *Ibid.*, S. 484.

<sup>590</sup> Bzw. § 446 Abs. 1 S. 2 BGB a. F.

<sup>591</sup> § 8 lautet: „(1) Der Verkäufer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der verkauften Sache nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 189, 190 (der Zusammenstellung der Beschlüsse 7) bis zu der Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer, im Falle des Verkaufes einer unbeweglichen Sache aber, bis die Sache entweder dem Käufer übergeben oder die Eintragung des Eigentumsüberganges auf den Käufer im Grundbuch erfolgt ist. (2) Insoweit als die Gefahr bei dem Verkäufer bleibt, kommen ihm auch die Früchte und sonstigen Nutzungen der verkauften Sache zu. (3) Wird bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag während schwebender Bedingung die verkaufte Sache dem Käufer übergeben, so geht hierdurch, wenn nicht etwas Anderes vereinbart ist, die Gefahr des zufälligen Unterganges und der Verschlechterung der Sache auf den Käufer nicht über.“, *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (2).

<sup>592</sup> Siehe *ibid.*, S. 24 ff.



stets auch Anspruch auf die Nutzungen habe.<sup>593</sup> Dies wurde zudem eigens in den Motiven zum E I klargestellt:

„Der Entw. erkennt mit dem § 463 überhaupt keineswegs das Prinzip, daß wer die Gefahr trage, stets auch Anspruch auf die Nutzungen habe, als ein allgemeines an.“<sup>594</sup>

Für *von Kübel* ging es bei der Bestimmung des Zeitpunkts für den Übergang der Nutzungsbefugnis primär darum, bei der Abwicklung eines Kaufvertrages „chikanöse [sic!] Liquidationsprozesse zu vermeiden“<sup>595</sup>. Solche Abwicklungsschwierigkeiten befürchtete er etwa für den Fall, dass dem Käufer eines Grundstückes die Nutzungen schon ab einem *vor* der Übergabe liegenden Zeitpunkt gebühren würden.<sup>596</sup> Er empfahl die Verknüpfung von Gefahrtragung und Nutzungen allein deshalb als „einfach und zweckentsprechend“<sup>597</sup>, weil der Übergang der Preisgefahr mit der Übergabe an ein Kriterium anknüpfte, das ihm auch für den Übergang der Nutzungen zweckmäßig erschien. Dementsprechend war er auch bereit, diese Verknüpfung für den Fall aufzugeben, dass der Gefahrübergang an ein anderes Kriterium geknüpft würde.<sup>598</sup>

Eine mögliche Erklärung dafür, warum die Verfasser des BGB der Frage der Zuordnung von Nutzungen bei vertraglichen Herausgabeansprüchen so wenig Beachtung geschenkt haben, könnte in einer Fehlvorstellung über den Umfang der Verzugshaftung gelegen haben. Während nach heutigem Verständnis der Gläubiger als Schadensposition nur den Wert solcher Nutzungen fordern kann, die er selbst hätte ziehen können,<sup>599</sup> war die Haftung des Verzugsschuldners für gezogene, entgangene oder vorenthaltene Früchte nach gemeinem Recht umstritten. Neben dem modernen Verständnis, wonach allein die Perspektive des Gläubigers maßgeblich ist, wurde auch vertreten, dass es dem Gläubiger im Falle des Verzugs des Schuldners möglich sei, alle *vom Schuldner gezogenen* Früchte herauszuverlangen und Ersatz für vom Schuldner schuldhaft nicht gezogene Früchte zu fordern.<sup>600</sup> Die Uneinheitlichkeit der insofern vertretenen Positionen wird z. B. deut-

<sup>593</sup> Siehe *ibid.*, S. 32; *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 84.

<sup>594</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 180.

<sup>595</sup> *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (33).

<sup>596</sup> *Ibid.*, S. 33.

<sup>597</sup> *Ibid.*, S. 32. Siehe auch bereits *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 78.

<sup>598</sup> *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (33).

<sup>599</sup> *Supra* 1. Teil:C.I.1, S. 104 ff.

<sup>600</sup> Siehe *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,

lich, wenn man die konkurrierenden Lehrbücher *Bernhard Windscheids* und *Heinrich Dernburgs* zum Pandektenrecht vergleicht: Während der Schuldner laut *Windscheid* verpflichtet war, dem Gläubiger die Früchte zu ersetzen, welche dieser „bei rechtzeitiger Leistung von dem Leistungsgegenstande hätte ziehen können“, <sup>601</sup> hatte der Gläubiger laut *Dernburg* „vom Verzuge an Anspruch auf die Früchte und anderen Erträge der geschuldeten Sache, welche der Schuldner zog oder hätte ziehen sollen, wie auch auf etwaige Mehreinnahmen, welche der Gläubiger bei rechtzeitiger Lieferung aus dem geschuldeten Gegenstande erzielen konnte.“ <sup>602</sup> Zur Begründung der letztgenannten Auffassung wurde angeführt, dass eine Beschränkung der Haftung des Schuldners auf die Früchte, die der Gläubiger hätte ziehen können, gegen den Grundsatz verstoßen würde, dass der Schuldner aus dem Verzug keinen Vorteil ziehen dürfe. <sup>603</sup> Angesichts der unklaren Position der Pandektistik ist es nicht verwunderlich, dass auch die am gemeinen Recht orientierten zeitgenössischen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe in dieser Frage voneinander abwichen. Nach dem Sächsischen BGB, § 743 <sup>604</sup> i. V. m. § 309 <sup>605</sup>, musste der Schuldner grundsätzlich die von ihm gezogenen und bei ihm noch vorhandenen Früchte an den Gläubiger herausgeben und haftete im Übrigen für den von ihm tatsächlich mit der Sache erzielten Ertrag. Maßgeblich war also die Perspektive des Schuldners. Demgegenüber nahm der Dresdner Entwurf bezüglich der Früchte in Art. 297 <sup>606</sup> die Perspektive des Gläubigers ein: zu erstatten waren die Früchte, die der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung hätte ziehen können.

---

1895, S. 91 ff. m. w. N. Zweideutig bspw. *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 2. Aufl. 1838, S. 297: „[Der Schuldner] ist zur Erstattung des gesamten Interesses verpflichtet, also auch der Früchte und sonstigen Accessionen.“

<sup>601</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 93.

<sup>602</sup> *Dernburg*, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 382.

<sup>603</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 100. Es ist durchaus denkbar, dass auch *Windscheid* sich dem im Ergebnis aus pragmatischen Gründen angeschlossen hätte. Dies wäre jedoch nur um den Preis eines offenen Widerspruchs zu seinem konzeptionellen Ausgangspunkt möglich gewesen. *Theodor Kipp*, der das von *Windscheid* begründete Lehrbuch fortführte, hatte damit kein Problem, siehe *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl. 1906, S. 152.

<sup>604</sup> § 743 Sächsisches BGB: „Bei fruchtbringenden Sachen ist der Verpflichtete wegen des Verzugs zu Erstattung der Früchte nach den Vorschriften in § 309 gehalten.“

<sup>605</sup> § 309 Sächsisches BGB: „Die Früchte sind in dem Betrage zu erstatten, welchen die stehenden Einkünfte und die übrigen gesamten Früchte derselben nach dem auf den Ertrag eines mittleren Jahres sich stützenden Ermessen Sachverständiger, unter Abzug der Lasten der Sache und des ordentlichen Aufwandes zu deren Erhaltung und zur Gewinnung der Früchte, auf die Zeit ergeben, auf welche der Beklagte für die Früchte haftet. Kann der Kläger einen durch ungewöhnliche günstige Umstände von dem Beklagten erlangten höheren Betrag oder der Beklagte einen durch ungewöhnliche Unglücksfälle herbeigeführten geringeren Betrag der Früchte beweisen, so ist dem Kläger die Forderung jenes Mehrbetrages, dem Beklagten der Abzug des Minderbetrages gestattet. Sind von dem Beklagten erhobene Früchte in Natur bei ihm vorhanden, so hat er diese herauszugeben und ist ihr Werth von dem Betrage der dem Kläger zu erstattenden Früchte abzuziehen.“

<sup>606</sup> Art. 297 Dresdner Entwurf: „Wird die geschuldete Sache selbst noch geleistet, so hat der säumige Schuldner dem Gläubiger für die demselben während des Verzuges entgangene Benutzung

Die in der Pandektistik weit verbreitete Vorstellung, dass der Gläubiger eines vertraglichen Herausgabeanspruchs zumindest ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schuldnerverzugs auf die vom Schuldner gezogenen Nutzungen zugreifen kann, hatte auch ein Teil der Verfasser des BGB verinnerlicht. Sie setzten daher eine entsprechende Haftung des Schuldners bei ihren Überlegungen implizit oder explizit voraus. Dies lässt sich insbesondere für den für das Schuldrecht zuständigen Redaktor *Franz von Kübel* nachweisen. Beispielsweise formulierte *von Kübel* in seiner Vorlage zur Gefahrtragung beim Kauf, die im September 1876 von der ersten Kommission diskutiert wurde, folgende These VI:

„Bis zum Zeitpunkt, bis zu welchem der Verkäufer die Gefahr trägt, kommen ihm, *soweit er sich nicht im Verzuge befindet*, die natürlichen und bürgerlichen Früchte der Sache zu.“<sup>607</sup>

*Von Kübels* Vorlage zu den Folgen der Nichtleistung enthält in § 19 eine Bestimmung, wonach der säumige Schuldner dem Gläubiger Ersatz für die entgangene Möglichkeit der Benutzung der Sache und insbesondere für Früchte zu leisten habe, die der Gläubiger hätte ziehen können.<sup>608</sup> Während die von *von Kübel* vorgeschlagene Vorschrift nach ihrem Wortlaut somit allein auf die Perspektive des Gläubigers abstellt, findet sich in *von Kübels* Erläuterungen folgende Passage, aus der klar hervorgeht, dass nach seiner Vorstellung der Schuldner auch für die von ihm gezogenen Früchte haftet:

„Aus der Verpflichtung des säumigen Schuldners zur Leistung des Verzugsinteresses folgt, daß er den Gläubiger für die demselben durch den Verzug entgangene Benutzung der geschuldeten Sache zu entschädigen, insbesondere ihm *nicht blos für die Früchte, die der Schuldner gezogen hat*, sondern auch für diejenigen, welche der Gläubiger nach seinen Verhältnissen hätte ziehen können [...] Ersatz zu geben hat.“<sup>609</sup>

In einigen von *von Kübel* vorgeschlagenen Vorschriften hat der doppelte Haftungsmaßstab für Früchte sogar ausdrücklich Niederschlag gefunden, wie beispielsweise in § 15 Abs. 2 der Vorlage zum Recht der unerlaubten Handlung.<sup>610</sup>

---

der Sache Ersatz zu leisten, insbesondere die Früchte, welche der Gläubiger bis zur wirklichen Leistung hätte ziehen können, nach Abrechnung der darauf verwendeten Auslagen, zu erstatten.“

<sup>607</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 78 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>608</sup> *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 849 (852), § 19: „Bei Verbindlichkeiten auf Leistung einer Sache hat der Schuldner dem Gläubiger für die demselben während des Verzuges entgangene Benutzung der Sache Ersatz zu leisten, insbesondere die Früchte, welche der Gläubiger hätte ziehen können, nach Abrechnung der hierauf zu verwendenden Auslagen zu erstatten.“

<sup>609</sup> *Ibid.*, S. 896.

<sup>610</sup> *Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, 1980, 653 (655), § 15 Abs. 2: „Insbesondere hat derselbe [der Schadensersatzpflichtige] entzogenes Geld sammt Zinsen von der Zeit der Entziehung an, andere vertretbare Sachen in Sachen gleicher Gattung, Menge und Güte, nicht vertretbare Sachen sammt dem Zuwachs, den mitentzogenen Zubehören und den Früchten, welche er gezogen hat und welche der Beschädigte hätte ziehen

Davon, dass *von Kübel* mit seiner Vorstellung vom Umfang der Verzugshaftung keineswegs allein stand, zeugt folgende Passage aus den Protokollen der zweiten Kommission, die sich auf die Verpflichtung des Vermächtnisbeschwerenen zum Nutzungsausgleich bezieht:

„Der § 1878 regelt die Herausgabe der Früchte, welche seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogen sind. *Mangels einer besonderen Bestimmung* würde nach den allgemeinen Grundsätzen das Verhältniß folgendes sein: Der Erbe oder Beschwerde ist verpflichtet, den Gegenstand des Vermächtnisses herauszugeben. *Herausgabe der gezogenen Früchte und Ersatz für Nutzungen kann der Vermächtnisnehmer erst von dem Augenblicke verlangen, in welchem der Erbe oder Beschwerde in Verzug gesetzt* oder der Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses rechtshängig geworden ist.“<sup>611</sup>

Wenn man es für selbstverständlich hält, dass der Schuldner ab Eintritt des Verzugs stets und ohne weiteres für gezogene Nutzungen haftet, so ist es durchaus nachvollziehbar, dass man keine Notwendigkeit sieht, für vertragliche Herausgabebansprüche eine Nutzungsausgleichspflicht spezialgesetzlich zu regeln. Immerhin hätte es der Gläubiger in der Hand, sich nach Fälligkeit seines Anspruchs durch die Herbeiführung des Verzugesintritts Zugriff auf die Nutzungen des ihm zustehenden Gutes zu verschaffen.

In den Materialien zum BGB finden sich allerdings auch Belege für ein modernes, auf die Perspektive des Gläubigers beschränktes Verständnis vom Umfang der Schadensersatzhaftung. Besonders deutlich bringt dies folgende Passage in den Motiven zum Ausdruck, die begründet, warum der Besitzer, der den Besitz durch eine fahrlässig begangene Straftat erlangt hat, in § 931 Abs. 2 E I<sup>612</sup> hinsichtlich seiner Haftung für gezogene und versäumte Nutzungen einem Besitzer, der von seiner fehlenden Berechtigung positive Kenntnis hatte, gleichgestellt wird:

„Letztere Art der Haftung kann unter Umständen die umfassendere sein, nämlich dann, wenn der Besitzer Nutzungen, insbesondere Gebrauchsvortheile gezogen hat, welche der Eigenthümer nicht gezogen haben würde, *deren Erstattung mithin nicht unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes* oder einer ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Vermögen des Eigenthümers gefordert werden kann.“<sup>613</sup>

Diese Sichtweise hat sich bei der Abfassung des BGB durchgesetzt. Insbesondere gestattet es das BGB dem Gläubiger nicht, allein aufgrund des Eintritts des Schuld-

---

können, zurückzuerstatten.“ Für den bösgläubigen Bereicherungsschuldner hatte *von Kübel* den Umfang der Haftung in § 12 seiner Vorlage über Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung mit einer deckungsgleichen Formulierung bestimmen wollen, *König*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band II, 1981, II, 1515 (657).

<sup>611</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, 1899, S. 631 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>612</sup> § 931 Abs. 2 E I: „Hat der Besitzer den Besitz durch eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung erworben, so finden die Vorschriften des ersten Absatzes von dem Zeitpunkte des Besitzererwerbes an Anwendung.“

<sup>613</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 226.

nerverzugs auf die vom Schuldner gezogenen Nutzungen zuzugreifen. Bereits der E I sah eine allgemeine Nutzungsausgleichspflicht in § 244, dem Vorläufer des § 292 Abs. 2 BGB, erst ab Eintritt der Rechtshängigkeit vor. *Leo von Petrazycki*, ein vehementer Befürworter einer Haftung des Verzugsschuldners für gezogene und versäumte Früchte, geißelte dies als einen schweren Mangel und attestierte dem Gesetzgeber, „keine Ahnung von der Bedeutung der Regeln über Interessefrüchte“ gehabt zu haben.<sup>614</sup>

Es kann nur gemutmaßt werden, dass das unterschiedliche Verständnis vom Umfang der Verzugshaftung im Besonderen und der Schadensersatzhaftung im Allgemeinen nicht offen thematisiert und einer argumentativen Klärung zugeführt wurde, weil beide Lager gedanklich der bereits erläuterten Prämisse anhängen, dass der Nutzungserfolg von der Person des Nutzenden unabhängig ist.<sup>615</sup> Denn unter dieser Annahme relativiert sich der Unterschied zwischen der Schadensersatzrechtlichen Perspektive des Gläubigervermögens und der bereicherungsrechtlichen Perspektive des Schuldnervermögens. Der Schuldner zöge verzugsbedingt Früchte, die bei rechtzeitiger Leistung der Gläubiger hätte ziehen können. Wenn Gegenstand einer vertraglichen Herausgabepflicht eine trächtige Kuh ist, so umfasst der Verzugsschaden in der Tat auch das Kalb, wenn die Kuh während der Dauer des Verzugs kalbt. Trotz einer möglichen inhaltlichen Überschneidung von Nutzungsausgleich und Schadensersatz bleibt der konzeptionelle Unterschied zwischen beiden Ansprüchen bestehen: Der Anspruch auf Nutzungsausgleich eröffnet dem Gläubiger Zugriff auf die vom Schuldner tatsächlich gezogenen Nutzungen, während der Anspruch auf Schadensersatz Ersatz für Nutzungen umfasst, die der Gläubiger hätte ziehen können.<sup>616</sup>

Ungeachtet des Fehlens einer nachvollziehbaren Begründung für den Verzicht auf den Ausgleich von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB im Hinblick auf vertragliche Herausgabeansprüche kann es gute Gründe dafür geben, dem Schuldner eines vertraglichen Herausgabeanspruchs die nach Fälligkeit gezogenen Nutzungen zu belassen. Dies ist Gegenstand des dritten Teils der Untersuchung.<sup>617</sup> An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass sich das Fehlen eines Gesamtkonzepts für den Nutzungsausgleich unter anderem darin manifestiert, dass bei der Schaffung des BGB für vertragliche Ansprüche ohne offensichtliche Begründung auf eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich verzichtet wurde.

---

<sup>614</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 100.

<sup>615</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A.II.1.c)aa), S. 212 ff.

<sup>616</sup> Supra 1. Teil:C.I.1, S. 104 ff.

<sup>617</sup> Infra 3. Teil:B.III, S. 507 ff.

## 2. Unbefriedigende Versuche zur Lückenschließung mittels § 285 BGB

In der Literatur gab und gibt es immer wieder Bestrebungen, dem Gläubiger eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung Zugriff auf die vom Schuldner nach Fälligkeit gezogenen Nutzungen zu verschaffen. Zwar sieht das BGB insofern eindeutig keine Nutzungsausgleichspflicht nach dem Muster des § 818 Abs. 1 BGB vor. Allerdings ermutigt das Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung für diese Regelungslücke das kreative Denken.

Unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB bestand eine verbreitete Strategie darin, schlicht zu leugnen, dass es überhaupt eine Lücke gibt. So vertrat etwa *Theodor Kipp* im von ihm fortgeführten *Windscheid'schen* Lehrbuch zum Umfang des Schadensersatzanspruchs des Gläubigers gegen den säumigen Schuldner folgende, Schadensersatz- und Bereicherungshaftung vermischende Auffassung:

„Wenn der Schuldner einen Gewinn von dem Leistungsgegenstand macht, den der Gläubiger nicht gemacht haben würde, so ist dennoch auch dieser Gewinn dem Gläubiger abzutreten, denn dieser Gewinn ist, trotzdem ihn der Gläubiger selbst nicht gemacht haben würde, für den Schuldner eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Gläubigers, *und die Verpflichtung zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ist immer in der Verpflichtung zum Schadensersatz enthalten* [...]“<sup>618</sup>

Zu Illustration bildete *Kipp* das folgende Beispiel, das die Problematik des Nutzungsausgleichs bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen geradezu idealtypisch widerspiegelt:

„Zum Beispiel wenn jemand sich in einem Badeorte eine Villa zum selbst bewohnen gekauft hat, in welcher bislang die Zimmer an Badegäste vermietet wurden, so hat der Verkäufer vom Eintritt des Verzuges an die eingenommenen Mieten an den Käufer abzuführen, obwohl dieser sie selbst nicht vereinnahmt haben würde.“<sup>619</sup>

Auch wenn diese Sichtweise zunächst von prominenten Stimmen im Schrifttum geteilt wurde,<sup>620</sup> konnte sie sich langfristig aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den konzeptionellen Grundlagen sowohl des Bereicherungs- als auch des Schadensersatzrechts nicht durchsetzen.

Nach der herrschenden Meinung kann der Gläubiger eines vertraglichen Herausgabeanspruchs im Regelfall auch nicht mit anderen Instrumenten der vorteilsorientierten Haftung auf die vom Schuldner nach Fälligkeit des Anspruchs gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB zugreifen. § 285 BGB hilft dem Gläubiger nur selten weiter. Zwar können zumindest Früchte i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB theoretisch als stellvertretendes *commodum* mittels § 285 Abs. 1 BGB abgeschöpft werden. Dies ist etwa denkbar im Falle einer Doppelvermietung. Praktisch bestehen für einen solchen Anspruch jedoch hohe Hürden. Er setzt voraus, dass dem Schuldner

<sup>618</sup> *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl. 1906, S. 152 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>619</sup> *Ibid.*, S. 152.

<sup>620</sup> Wie bspw. von *Oertmann*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl. 1910, § 286 BGB Rn. 3.

die Erbringung seiner Leistung unmöglich geworden ist, greift also nicht bei einer reinen Leistungsverzögerung wie in Beispiel 18: Dem Verkäufer des Springpferdes wäre es jederzeit möglich, das geschuldete Pferd zu liefern. Zudem verlangt die Rechtsprechung, dass das erlangte *commodum* mit dem ursprünglich geschuldeten Leistungsgegenstand „identisch“ ist.<sup>621</sup> Die Anforderungen sind sehr hoch. So hat der BGH in einem Fall der Doppelvermietung einen Anspruch auf Auskehrung des durch die Zweitvermietung erzielten Mietzinses mangels Identität abgelehnt, weil das betreffende Grundstück an den Erstmietler als Parkplatz, an den Zweitmietler jedoch zum Betrieb eines Verkaufsstandes vermietet worden war und der Erstmietler nicht zu einer entsprechenden Untervermietung berechtigt war.<sup>622</sup> Ein vertraglicher Anspruch auf Übertragung eines Gutes ist zudem als nur relative Rechtsposition nach der herrschenden Meinung nicht von § 687 Abs. 2 BGB geschützt<sup>623</sup> und vermittelt auch keinen Zuweisungsgehalt, der es dem Gläubiger ermöglichen würde, den Wert der Nutzung des Gutes durch den Schuldner mittels einer Eingriffskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, abzuschöpfen.<sup>624</sup>

a) *Nutzungsabschöpfung mittels extensiver Anwendung des § 285 Abs. 1 BGB?*

Mangels einer Begründung für den Verzicht auf Nutzungsausgleich bei vertraglichen Ansprüchen auf Übertragung eines Gutes wird die herrschende Meinung jedoch immer wieder in Frage gestellt. Im Mittelpunkt der Bemühungen, dem Gläubiger eines vertraglichen Herausgabeanspruchs Zugriff auf die vom säumigen Verkäufer gezogenen Nutzungen zu verschaffen, steht § 285 Abs. 1 BGB.

Bereits 1909 wollte *Fritz Schulz* dieses Ergebnis mittels einer extensiven Anwendung des § 285 Abs. 1 BGB erreichen. Für *Schulz* genießen auch lediglich relativ wirkende schuldrechtliche Ansprüche diesen umfassenden Schutz.<sup>625</sup> Daher soll der Gläubiger eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs ab Verzugseintritt berechtigt sein, gestützt auf § 285 Abs. 1 BGB (damals § 281 Abs. 1 BGB) vom Schuldner die Auskehrung der aus dem herauszugebenden Gut gezogenen Nutzungen zu verlangen.<sup>626</sup> Hierbei handelte es sich um einen Teilaspekt der von *Schulz* entwickelten Lehre vom Eingriffserwerb, nach der bereits eine einfache, schuldlose Rechtsverletzung den Verletzer verpflichten soll, den gesamten Gewinn aus der Rechtsverletzung an den Verletzten auszukehren.<sup>627</sup>

<sup>621</sup> BGH, 19.6.1957, IV ZR 214/56, BGHZ 25, 1 (8 ff.); BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (316). Siehe zum Identitätserfordernis auch *Wieczorek*, Die Erlösherausgabe bei § 281 BGB – Eine Untersuchung zu Umfang und Grenzen des § 281 BGB, 1995, S. 92.

<sup>622</sup> BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (316). Kritisch *Lehmann*, JZ 2007, 525 (526).

<sup>623</sup> Siehe dazu *BeckOGK/Hartmann*, § 687 BGB Rn. 51 ff. (15.7.2018). m. w. N. Siehe auch *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, 2007, S. 293.

<sup>624</sup> BGH, 31.10.1986, V ZR 140/85, VersR 1987, 483 (484).

<sup>625</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (5 ff.).

<sup>626</sup> *Ibid.*, S. 42 ff.

<sup>627</sup> Siehe *ibid.*, S. 3. Zur Lehre vom Eingriffserwerb siehe bereits *supra* 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff. sowie *infra* 2. Teil:B.II.3.a)bb)(1), S. 352 ff.

Wie die Lehre vom Eingriffserwerb insgesamt hat sich auch dieser Teilaspekt nicht durchsetzen können. Allerdings hat *Hartmann* die Vorstellungen von *Fritz Schulz* zur Nutzungsabschöpfung mittels § 285 Abs. 1 BGB ein knappes Jahrhundert später wiederbelebt und verfeinert. Etwas pointiert ausgedrückt schlägt *Hartmann* vor, § 285 Abs. 1 BGB zu einer Allzweckwaffe für die vorteilsorientierte Haftung im Schuldrecht auszubauen. Insoweit stehen seine Überlegungen mit denen von *Fritz Schulz*<sup>628</sup> in Einklang. § 285 BGB soll in ein „umfassend angelegtes System zum Schutz relativer Rechtspositionen“ eingliedert werden, in dem der Vorschrift *inter partes* die gleiche Funktion zukommt, „die bei absoluten Positionen von den Kondiktionen, insbesondere von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, ausgefüllt wird.“<sup>629</sup> Hierzu gehört für *Hartmann* auch eine umfassende Abschöpfung von vom Schuldner gezogenen Nutzungen. So soll § 285 Abs. 1 BGB dem Käufer etwa einen Anspruch auf den vom Verkäufer mit der Kaufsache erzielten Mietzins gewähren, wenn dieser aufgrund der Vermietung nicht rechtzeitig leisten kann.

*Beispiel 19*<sup>630</sup>

„V, der an der Nordsee Segelyachten vermietet, möchte zum Saisonende ein älteres Boot ausmustern. Er verkauft es an den Hobbysegler K, mit dem er als Übergabezeitpunkt Ende September vereinbart. Wegen des anhaltend spätsommerlichen Wetters hat V für die ersten beiden Oktoberwochen noch ungewöhnlich zahlreiche Buchungsanfragen und vermietet in dieser Zeit daher auch die dem K verkaufte Yacht, die diesem folglich erst Mitte Oktober übergeben wird.“

Laut *Hartmann* kann K den von V erzielten Mietzins verlangen. § 285 Abs. 1 BGB sei auch bei nur vorübergehenden Leistungshindernissen anwendbar.<sup>631</sup> Der Mietzins sei als verzögerungsbedingtes Surrogat zwar nicht an die Stelle der Leistung, jedoch an die Stelle der rechtzeitigen Leistung getreten.<sup>632</sup>

Mittelbare Früchte, die der vertragliche Schuldner durch die Vermietung der geschuldeten Sache erzielt, lassen sich nach Auffassung *Hartmanns* unter § 285 BGB subsumieren. Für den Fall, dass der Schuldner Nutzungen in Gestalt von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB zieht, stößt eine extensive Anwendung des § 285 BGB allerdings an die Wortlautgrenze. So fehlt es bei einem bloßen Gebrauch des geschuldeten Gegenstandes – anders als bei einer Gebrauchsüberlassung an einen Dritten – selbst an einem vorübergehenden Leistungshindernis. Der Schuldner könnte vielmehr jederzeit den Gebrauch einstellen und seiner Herausgabepflicht nachkommen. Allerdings will *Hartmann* auch in einem solchen Fall eine Nutzungsabschöpfung zulassen. Der Gläubiger soll in *analoger* Anwendung des § 285 BGB berechtigt sein, vom Schuldner das sogenannte „Ersparniscommodum“<sup>633</sup> zu verlangen – also den Aufwand, den er durch den Gebrauch des Gutes erspart hat.<sup>634</sup>

<sup>628</sup> Vgl. *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 15.

<sup>629</sup> *Ibid.*, S. 82 f. [Unterschiede z. B. hinsichtlich des Umfangs der Haftung].

<sup>630</sup> Das Beispiel wurde übernommen von *Hartmann*, *ibid.*, S. 185.

<sup>631</sup> *Ibid.*, S. 185 ff.

<sup>632</sup> *Ibid.*, S. 192.

<sup>633</sup> *Ibid.*, S. 228.

<sup>634</sup> *Ibid.*, S. 198 ff.



Beispiel 20<sup>635</sup>

„Der Transportunternehmer T verkauft angesichts der schlechten Auftragslage einen seiner Sattelschlepper an das Konkurrenzunternehmen U. Zur Bewältigung künftiger Auftragspitzen will er sich jeweils anderweitig Lastwagen dazumieten. Wegen eines unvorhergesehenen Großauftrags behält T den verkauften Sattelschlepper jedoch zwei Wochen über den mit U vereinbarten Übergabetermin hinaus. U verlangt von T den Betrag, den dieser für eine Anmietung hätte aufwenden müssen.“

Laut *Hartmann* steht U der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der ersparten Anmietkosten zu. Der Anspruch soll sich aus § 285 BGB analog ergeben.<sup>636</sup>

*Hartmann* begründet die Abschöpfung verzögerungsbedingter Surrogate mittels § 285 Abs. 1 BGB (analog) maßgeblich mit der Komplementarität dieses Anspruchs und des Anspruchs des Gläubigers auf Ersatz des Verzugs Schadens gemäß den §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB. Allerdings verlangt *Hartmann* nicht, dass sich der Schuldner im Schuldnerverzug befunden haben muss. Insbesondere spielen es keine Rolle, ob der Schuldner das Ausbleiben der Leistung i. S. v. § 286 Abs. 4 BGB zu vertreten habe. Sofern kein Fälligkeitstermin vereinbart wurde, soll es hingegen des Zugangs einer Mahnung bedürfen.<sup>637</sup>

## b) Sperrwirkung des § 446 S. 2 BGB?

Ein praktisch besonders relevanter vertraglicher Primäranspruch auf Übertragung eines Gutes ist der Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Um auch bei diesem Anspruch mittels einer extensiven Anwendung des § 285 Abs. 1 BGB vom Verkäufer gezogene Nutzungen i. S. v. § 100 BGB abschöpfen zu können, muss ein zusätzliches Hindernis in Gestalt von § 446 S. 2 BGB überwunden werden. Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur ist ein Zugriff auf vom Verkäufer vor Übergang der Preisgefahr gezogene Nutzungen durch § 446 S. 2 BGB gesperrt.<sup>638</sup>

Dem ist *Fritz Schulz* bereits 1909 entgegengetreten. *Schulz* postulierte, dass aus der ausdrücklichen Zuweisung der Nutzungen an den Käufer *ab* dem Übergang der Preisgefahr nicht der Umkehrschluss gezogen werden dürfe, dass *nach* Fälligkeit des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB und *vor* dem Übergang der Preisgefahr die Nutzungen dem Verkäufer zustehen.<sup>639</sup> Vielmehr seien drei Zeitabschnit-

<sup>635</sup> Das Beispiel wurde übernommen von *Hartmann*, *ibid.*, S. 5.

<sup>636</sup> *Ibid.*, S. 221.

<sup>637</sup> *Ibid.*, S. 194.

<sup>638</sup> Vgl. *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 122 f. (wegen § 446 BGB seien ab Vertragsabschluss durch § 281 BGB a.F. nur die Substanz, nicht aber die Nutzungen intern wirtschaftlich dem Käufer zugeordnet); *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 331; *Weber*, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB, 2014, S. 69; *Staudinger/Caspers*, § 285 BGB Rn. 50 (Oktober 2019).

<sup>639</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (43 f.). *Hartmann* folgt *Fritz Schulz* in dieser Frage, vgl. *Hart-*

te zu differenzieren: Zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Fälligkeit des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB trage der Verkäufer die Preisgefahr und gebührten ihm auch die Nutzungen. Ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit gebührten die Nutzungen hingegen dem Käufer, obwohl die Gefahr weiterhin beim Verkäufer liege. Erst ab dem Zeitpunkt der Übergabe sollten Gefahr und Nutzungen wieder beim Käufer zusammenfallen. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn der Käufer den Kaufpreis entweder schon entrichtet hatte oder der Kaufpreisanspruch später als der Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB fällig wird. Für den Fall gleichzeitiger Fälligkeit beider Ansprüche schlug *Schulz* ein Wahlrecht vor. Der Käufer könne entweder die Auskehrung der vom Verkäufer gezogenen Nutzungen verlangen, müsse dann aber nach § 452 BGB a.F. den Kaufpreis verzinsen. Alternativ könne er auf die Nutzungen verzichten und sei dann auch nicht zur Zinszahlung verpflichtet.<sup>640</sup> Die damit verbundene Durchbrechung des gemeinrechtlichen Satzes *cuius periculum eius commodum* sei hinzunehmen, weil dieser für das BGB keine strikte Gültigkeit beanspruchen könne.<sup>641</sup>

Als Vorbilder für eine solche Regelung führt *Schulz* zum einen § 1050 ABGB<sup>642</sup> und zum anderen ALR I 11 § 114 ins Feld. In der Tat gebühren nach § 1050 S. 1 ABGB (i. V. m. § 1064 ABGB<sup>643</sup>) dem Verkäufer „die Nutzungen der [...] Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe.“ Als ein Beispiel für eine Durchbrechung des Gleichlaufs von *commodum* und *periculum* taugt die Vorschrift dennoch nicht, denn nach den §§ 1048 ff. ABGB geht auch die Gefahr zu der Zeit über, „zu welcher die Uebergabe geschehen soll“. Ist eine solche Zeit nicht „bedungen“, gehen Gefahr, Nutzungen und Lasten einheitlich im Zeitpunkt der Übergabe über, § 1051 ABGB<sup>644</sup>. Zutreffend ist hingegen, dass ALR I 11 § 114<sup>645</sup> dem Käufer für den Fall, dass der Verkäufer die Leistung vorsätzlich oder grob fahrlässig verzögert, ermöglicht, auf die vom Verkäufer aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen zuzugreifen.

---

*mann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 67. Kritisch hierzu *Weber*, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB, 2014, S. 69.

<sup>640</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (47).

<sup>641</sup> *Ibid.*, S. 43.

<sup>642</sup> § 1050 ABGB: „Dem Besitzer gebühren die Nutzungen der vertauschten Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, sammt dem Zuwachse, dem Uebernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist.“

<sup>643</sup> § 1064 ABGB: „In Rücksicht der Gefahr und Nutzungen einer zwar gekauften, aber noch nicht übergebenen Sache gelten die nämlichen Vorschriften, die bey dem Tauschvertrage gegeben worden sind (§§. 1048–1051).“

<sup>644</sup> § 1051 ABGB: „Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Theile ein Versehen zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen (§§. 1048–1050) auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden; in so fern die Parteyen nicht etwas Anderes festgesetzt haben.“

<sup>645</sup> ALR I 11 § 114: „Liegt Vorsatz oder grobes Versehen bei der Zögerung des Verkäufers zu Grunde, so kann der Käufer, statt der Verzinsung, Rechnungslegung über die gezogene Nutzung fordern.“

Auch wenn keine zwingenden Gründe für die von *Fritz Schulz* postulierte Lösung sprechen, so ist ihm doch zuzugeben, dass die Materialien zu § 446 BGB auch nicht zwingend dagegen sprechen. Man könnte zwar darauf verweisen, dass nach § 463 Abs. 1 S. 2 E I<sup>646</sup> die Nutzungen bis zur Übergabe ausdrücklich dem Verkäufer gebühren sollten und die spätere Änderung des Wortlauts nur aus redaktionellen Gründen erfolgt ist.<sup>647</sup> Dessen ungeachtet lassen die Materialien nicht erkennen, dass diese Frage bei der Schaffung des BGB bewusst in die eine oder andere Richtung entschieden worden wäre. Wie bereits dargestellt, sollte mit der grundsätzlichen Verknüpfung von Nutzungen und Übergabe in erster Linie vermieden werden, dass sich Verkäufer und Käufer im Rahmen der Vertragsabwicklung über vor oder nach der Übergabe von der jeweils anderen Partei gezogene Nutzungen auseinandersetzen müssen. Es wird allerdings nicht klar, ob dies auch dann gelten soll, wenn der Verkäufer trotz Fälligkeit nicht leistet.

Auch der Regelung zur Verteilung der Nutzungen beim Erbschafts Kauf in §§ 2379 f. BGB lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen. Beim Erbschafts Kauf gehen Gefahr, Nutzungen und Lasten gemäß § 2380 BGB grundsätzlich bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags über. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass für alle zur Vermögensgesamtheit „Erbschaft“ gehörende Güter ein einheitlicher Zeitpunkt gilt.<sup>648</sup> Im Hinblick auf den Übergang der Nutzungen ist § 2380 S. 2 BGB analog zu § 446 S. 2 BGB formuliert. Zusätzlich stellt allerdings § 2379 S. 2 BGB klar, dass die Nutzungen vor Abschluss des Kaufvertrages dem Verkäufer verbleiben. Der Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass die Regelungen des E I zum Erbschafts Kauf darauf abzielten, den Käufer wirtschaftlich möglichst weitgehend so zu stellen, als ob er selbst Erbe geworden wäre.<sup>649</sup> Dementsprechend sprach § 491 Abs. 1 E I<sup>650</sup> dem Käufer aus zur Erbschaft gehörenden Gegenständen gezogene Nutzungen bereits ab dem Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft zu. Im E II wurde dieser Grundsatz zwar nicht komplett aufgegeben, aber erheblich eingeschränkt.<sup>651</sup> Unter anderem wurde die Pflicht zur Herausgabe der zwi-

<sup>646</sup> § 463 Abs. 1 E I: „Der Verkäufer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung sowie die Lasten der verkauften Sache bis zur Uebergabe der letzteren an den Käufer. Bis zur Uebergabe gebühren dem Verkäufer die Nutzungen der Sache.“

<sup>647</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 770 („Die Kom. lehnte sämtliche Anträge ab und entschied sich für sachlich unveränderte Annahme des Entw.“). Siehe insofern auch *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (43).

<sup>648</sup> BeckOGK/*Grigas*, § 2380 BGB Rn. 2 (1.5.2017); *Kniese*, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993, S. 97. Siehe zu § 2380 S. 1 BGB auch *Brand*, Jura 2010, 90 (92).

<sup>649</sup> Dieses Ziel war im E I sogar ausdrücklich in § 488 Abs. 1 E I verankert worden: „Ist eine dem Verkäufer angefallene Erbschaft Gegenstand des Kaufes, so werden die Vertragsschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre.“

<sup>650</sup> § 491 Abs. 1 E I: „Der Verkäufer ist verpflichtet, Alles, was er vor der Schließung des Kaufes aus der Erbschaft erlangt hat, mit Einschluß der Früchte, dem Käufer auszuliefern; [...]“

<sup>651</sup> Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 806 f.

schen Erbanfall und Vertragsschluss gezogene Früchte beseitigt, weil sie bei der Bemessung des Kaufpreises in der Regel nicht berücksichtigt würden und sich dadurch zudem die Abwicklung des Kaufvertrages vereinfache.<sup>652</sup> Dies stellt § 2379 S. 2 BGB klar. Eine weitergehende Aussage über die Verteilung der Nutzungen im Verhältnis von Verkäufer und Käufer lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

Ungeachtet der Frage, ob man aus § 446 S. 2 BGB eine Sperrwirkung bezüglich vor Gefahrübergang vom Verkäufer gezogener Nutzungen ableiten kann, ist der Versuch, über eine extensive Anwendung des § 285 BGB eine Abschöpfung von Nutzungen bei vertraglichen Primäransprüchen zu ermöglichen, konzeptionell nicht überzeugend. § 285 BGB ist eine hoch problematische Vorschrift. Bis heute ist es nicht gelungen, sie befriedigend in das Anspruchssystem des BGB einzuordnen. Dies zeigt sich schon daran, dass mindestens fünf konkurrierende Begründungsansätze für § 285 BGB vertreten werden, von denen sich bislang keiner durchsetzen konnte.<sup>653</sup> Je nachdem, welchem Ansatz man folgt, ergeben sich unterschiedliche Folgerungen für Anwendungsbereich und Rechtsfolgen des § 285 BGB.<sup>654</sup> Eine so wenig verstandene bzw. zu verstehende Vorschrift ist kein geeigneter Ausgangspunkt für eine substantielle Rechtsfortbildung.

#### IV. Fazit zur Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB

Den im BGB geregelten Tatbeständen, die eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich anordnen, mangelt es an Konsistenz. Im Einklang mit dem konservativen Kodifikationskonzept beschränkten sich die Verfasser des BGB im Wesentlichen auf die Übernahme von Regelungen, die sie in den im Reich geltenden Rechtsordnungen vorfanden. Im Ergebnis stützten sie sich damit nahezu exklusiv auf die gemeinrechtliche Rechtstradition, die in der Frage des Nutzungsausgleichs auch die im Reich geltenden Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe geprägt hatte. Sie bemühten sich zwar, die überkommenen Regelungen in ein konsistentes System zu bringen. Diese Bemühungen waren jedoch letztlich zum Scheitern verurteilt. Denn es wurde versäumt, einen Schritt zurückzutreten und zu hinterfragen, *warum* in einer bestimmten Konstellation ein Anspruch auf Nutzungsausgleich bestehen sollte – oder auch nicht.

So wurde insbesondere die gemeinrechtliche Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers schlicht als gegeben hingenommen. Da gleichzeitig ein gänzlicher Verzicht auf Nutzungsausgleich nicht in Erwägung gezogen wurde, war ein Wer-

<sup>652</sup> Ibid., S. 806 f.

<sup>653</sup> Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 7 ff. Siehe auch Bollenberger, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 54 ff.

<sup>654</sup> Siehe bspw. Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007 einerseits und Weber, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB, 2014 andererseits.

tungswiderspruch unvermeidlich. Die erste Kommission bemühte sich um eine Entschärfung des Problems, indem sie die Privilegierung des Besitzers auf das Bereicherungsrecht ausdehnte. Diese Bemühungen machte die zweite Kommission zunichte, indem sie nur noch einen Besitzer, der Besitz entgeltlich erlangt hatte, von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich befreite. Erst durch diese Verschiebung der Grenze zwischen Nutzungsausgleichspflicht und Privilegierung wurde der Wertungswiderspruch wohl auf eine in der Praxis nicht mehr hinnehmbare Weise verschärft. Denn bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge stehen die §§ 812 ff. und §§ 987 ff. BGB in direkter Konkurrenz. Wäre die Trennlinie dagegen zwischen Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis einerseits und den erbrechtlichen Nutzungsausgleichspflichten andererseits verlaufen, wäre sie wahrscheinlich als weniger problematisch empfunden worden. Nach jahrzehntelanger Rechtsunsicherheit ist es der Rechtsprechung schließlich gelungen, den Wertungswiderspruch für die praktisch bedeutsamsten Konstellationen durch eine weitgehende Aushebelung der in den §§ 987 ff. BGB vorgesehenen Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers zu überwinden. Dies ist jedoch nur eine Möglichkeit, den Wertungswiderspruch auszuräumen. Von einer Mindermeinung im Schrifttum wird stattdessen bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ein gänzlicher Verzicht auf Nutzungsausgleich gefordert.

Der durch die Privilegierung des redlichen Besitzers verursachte Wertungswiderspruch wird zwar insbesondere bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge relevant, weil dann die erforderliche Entgeltlichkeit des Besitzererwerbs gegeben ist. Abgesehen davon hat das Problem jedoch nichts mit der spezifischen Problematik des Nutzungsausgleichs in einer vertraglichen Rückabwicklungssituation zu tun. Insofern stellt sich vielmehr die Frage, inwieweit bei der Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten auf die zumindest faktische synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung Rücksicht zu nehmen ist. Es geht also um das Verhältnis der Nutzungsausgleichspflichten von Käufer und Verkäufer bezüglich Kaufsache und Kaufpreis, und nicht um die Frage, ob die Nutzungsausgleichspflicht des Käufers vom Eigentumserwerb an der Kaufsache abhängen sollte. Auch dieses Problem wurde bei der Schaffung des BGB nicht in befriedigender Weise bewältigt. Im Bereicherungsrecht wurden die besonderen Herausforderungen der vertraglichen Rückabwicklungssituation ganz generell vernachlässigt und schlicht der überkommene Rechtsstand kodifiziert. Das Rücktrittsfolgenrecht ist aus einer Verallgemeinerung der Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* entstanden, ohne dass deren konzeptionelle Grundlagen und Eignung für einen so breiten Anwendungsbereich ausreichend hinterfragt worden wären. Dies hat im Ergebnis dazu geführt, dass die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nicht mit dem Leitbild der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum* übereinstimmt. Tatsächlich werden die Parteien im Hinblick auf die aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen im Rücktrittsfolgenrecht so gestellt, als ob sie die Leistungen von vornherein ohne rechtlichen Grund ausgetauscht hätten *und* einer verschärften Haftung unterworfen gewesen wären. Berei-

cherungsrechtlich haften sie hingegen nach allgemeinen Grundsätzen wie redliche unverklagte Bereicherungsschuldner. Hierfür fehlt es an einer nachvollziehbaren Begründung. Die unreflektierte Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten in den §§ 439 Abs. 5, 635 Abs. 4 BGB und § 281 Abs. 5 BGB illustriert, wie unzureichend das Verständnis von den konzeptionellen Grundlagen und Wirkungen des Nutzungsausgleichs auch mehr als ein Jahrhundert nach Inkrafttreten des BGB noch ist.

Für vertragliche Erfüllungsansprüche haben es die Verfasser des BGB versäumt, den Verzicht auf eine Verpflichtung des Schuldners zum Nutzungsausgleich ab Fälligkeit des Anspruchs nachvollziehbar zu begründen. Dass eine Nutzungsausgleichspflicht insofern nicht vollkommen fernliegend ist, zeigt sich daran, dass es in der Literatur konzeptionell problematische Versuche gibt, eine Abschöpfung der Nutzungen über § 285 Abs. 1 BGB zu ermöglichen.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Frage nach dem „ob“ des Nutzungsausgleichs im dritten Teil der Untersuchung neu gestellt werden muss.<sup>655</sup>

---

<sup>655</sup> *Infra* 3. Teil:B, S. 434 ff.

## B. Bestimmung des Wertes der Güternutzung

Zur Bestimmung des Wertes der Güternutzung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs ist ein doppelter Maßstab erforderlich:<sup>1</sup> Der Wert einer konsumtiven Nutzung eines Gutes, beispielsweise privater Fahrten mit einem fremden Pkw, kann in praktikabler Weise nur anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bestimmt werden (I.). Demgegenüber hängt der Umfang des zu leistenden Nutzungsausgleichs im Falle einer produktiven Nutzung, beispielsweise des Bestellens eines fremden Feldes, davon ab, wem das Residuum gebührt, das sich ergibt, wenn man Bruttoertrag und nutzungsbedingten Aufwand saldiert (II.). Soll das Residuum beim Nichtberechtigten verbleiben, schuldet der Nichtberechnete – wie bei einer konsumtiven Nutzung – als Nutzungsausgleich den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung. Um das Residuum dem Berechneten zuzuweisen, ist hingegen eine alternative Abrechnung auf der Grundlage des vom Nichtberechtigten tatsächlich erzielten Ertrags erforderlich.

### I. Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung

Wenn eine Rechtsordnung dem nichtberechtigten Inhaber eines Gutes eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auferlegt, muss sie zugleich die Frage beantworten, wie der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung des Gutes zu bestimmen ist.<sup>2</sup> *De lege lata* fehlt es an einer befriedigenden Antwort. Der als dogmatischer Ausgangspunkt dienende Begriff der Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB ist weitgehend konturlos und konnte auch durch Wissenschaft und Praxis nicht in befriedigender Weise konkretisiert werden (1.). Das Fehlen konzeptioneller Vorgaben zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung hat einer inkonsistenten Kasuistik Vorschub geleistet (2.).

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 ff.

<sup>2</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125.

*1. Begriff der Gebrauchsvorteile als konturloser dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung*

Sofern Nutzungen auszugleichen sind, soll sich der Inhalt der Verpflichtung nach der Regelungstechnik des BGB aus dem vor die Klammer gezogenen Nutzungsbegriff des § 100 BGB ergeben. Zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung hat sich der Nutzungsbegriff jedoch als weitgehend nutzlos erwiesen. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt kommt insofern nur § 100 Alt. 2 BGB in Betracht, wonach zu den Nutzungen auch die Vorteile gehören, „welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“. Was damit gemeint ist, wird im BGB nicht erläutert.<sup>3</sup> Der Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ist vollkommen inhaltsleer bzw. – positiv gewendet – offen dafür, durch Wissenschaft und Praxis mit Bedeutung gefüllt zu werden. Daraus folgt, dass § 100 Alt. 2 BGB zumindest grundsätzlich als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung geeignet ist (a). Allerdings ist es Wissenschaft und Praxis seit dem Inkrafttreten des BGB noch nicht gelungen, den Begriff der Gebrauchsvorteile in zufriedenstellender Weise zu konkretisieren. Umstritten ist sowohl, welche Anforderungen an das Vorliegen eines „Gebrauchs“ zu stellen sind (b), als auch der für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen maßgebliche Wertbegriff (c).

*a) Eignung des Begriffs der Gebrauchsvorteile als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung*

§ 100 BGB definiert Nutzungen als Früchte und Gebrauchsvorteile. Der in § 99 BGB fein ausdifferenzierte Fruchtbegriff scheidet als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des fiktiven *Aufwands* für eine berechnete Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten von vornherein aus, da er bei allen Unklarheiten im Detail jedenfalls einen durch die Nutzung konkret erzielten *Ertrag* voraussetzt. Als Anknüpfungspunkt für eine aufwandsbezogene Bestimmung des geschuldeten Nutzungsausgleichs bleibt daher innerhalb des Nutzungsbegriffs nur der Begriff der Gebrauchsvorteile.

Für diese Funktion ist § 100 Alt. 2 BGB grundsätzlich auch geeignet, da es sich um eine inhaltsleere Blankettnorm handelt. *Leo von Petrazycki* attestierte der Vorschrift daher 1895, dass sie „der Praxis keine wahre Lösung der Aufgabe, sondern nur Räthsel“ biete.<sup>4</sup> Auch die – abgesehen von den Motiven – erst nach *Petrazyckis*

<sup>3</sup> In diesem Sinne auch *Wieacker*, AcP 148 (1943), 57 (101): „[D]er Normgehalt dieser Legaldefinition [ist] so gering, daß man sie ohne Schaden fallen lassen kann.“ (bezogen auf den Nutzungsbegriff und damit notwendigerweise auch auf den Begriff der Gebrauchsvorteile).

<sup>4</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 88.



vernichtender Beurteilung veröffentlichten Materialien zum BGB geben keinerlei Hilfestellung für das Verständnis dessen, was mit „Vorteile, welche der Gebrauch [...] gewährt“ gemeint sein könnte. In den Teilentwürfen der Redaktoren war der Begriff der Gebrauchsvorteile noch nicht enthalten gewesen. *Reinhold Jobow* hatte im TE-SachR nur den Begriff der Früchte definiert.<sup>5</sup> Erst die erste Kommission führte in § 793 E I<sup>6</sup> den Begriff der Nutzungen ein und fasste darunter Früchte mit Gebrauchsvorteilen zusammen.<sup>7</sup> Weder in den veröffentlichten Protokollen der ersten Kommission noch in den Motiven wurde der Begriff der Gebrauchsvorteile in irgendeiner Form konkretisiert.<sup>8</sup> Die zweite Kommission beschränkte sich auf redaktionelle Änderungen und hinterfragte die Vorschrift ausweislich der Protokolle inhaltlich nicht.<sup>9</sup> Der Rechtsanwender ist somit auf die dünnen Worte des Gesetzes zurückgeworfen, wonach zu den Nutzungen auch die „Vorteile“ zählen, „welche der Gebrauch einer Sache oder eines Rechtes gewährt“.

Nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum sind Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB für die Zwecke des Nutzungsausgleichs entweder mit der zeitanteiligen linearen Wertminderung des Gutes oder mit einem fiktiven Nutzungsentgelt zu bewerten.<sup>10</sup> Konzeptionell ist damit der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung maßgeblich, der einmal aus der Perspektive eines Vollrechtsinhabers und einmal aus der Perspektive eines aufgrund eines Nutzungsüberlassungsvertrags nutzungsberechtigten Inhabers des Gutes bestimmt wird. Versuche, Gebrauchsvorteile stattdessen anhand des konkreten Nutzungsergebnisses zu bewerten, sind in der Rechtsprechung die Ausnahme geblieben. Ein frühes Beispiel bietet eine Entscheidung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1909, die die Wandlung eines Kaufvertrages über eine Maschine betraf. Laut Auffassung des OLG sei zwar nicht der *gesamte* mit der Maschine erzielte Gewinn, zumindest aber der gegenüber einer alternativen Produktionsweise – konkret nennt das Gericht Handarbeit oder den Einsatz einer andersartigen Maschine – erzielte *Mehrertrag* ein Gebrauchsvorteil i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB.<sup>11</sup> Diesen Mehrertrag musste der Käufer daher im Rahmen der Wandlung gemäß §§ 467 S. 1, 347, 987 Abs. 1 BGB an den Verkäufer abführen. Auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bestimmung der gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG vom Käufer im Falle eines Rücktritts geschuldeten Vergütung für die Nutzung der Kaufsache finden sich – ungeachtet der grundsätzlichen Präferenz für den Maßstab des fiktiven Miet-

<sup>5</sup> Siehe supra 1. Teil: B.I.3.a), S. 29 f.

<sup>6</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 31 in Fn. 91.

<sup>7</sup> Supra 1. Teil: B.I.3, S. 29 ff.

<sup>8</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 39; *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 455 f.

<sup>9</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 499.

<sup>10</sup> Infra 2. Teil: B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>11</sup> OLG Stuttgart, 19.7.1909, III, DJZ 1910, 89.

zins<sup>12</sup> – Aussagen, nach denen es zumindest zulässig war, die vom Käufer mit der Kaufsache erzielten Einnahmen als „Anhaltspunkt“ bzw. „Fingerzeig“ zu berücksichtigen.<sup>13</sup> Der BGH lehnt jedoch in vergleichbaren Fällen, in denen der Nichtberechtigte lediglich ein bestimmtes Wirtschaftsgut im Rahmen seines Unternehmens eingesetzt hat, einen Durchgriff auf den mittels des Gutes erzielten Gewinn bzw. Gewinnanteil ab.<sup>14</sup> Dies entspricht auch der überwiegenden Auffassung im Schrifttum.<sup>15</sup> Nur vereinzelt finden sich Stimmen, die zur Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB auf den vom Nichtberechtigten erzielten Gewinn abstellen wollen bzw. diese Möglichkeit zumindest in Betracht ziehen.<sup>16</sup>

Dass sich die Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung durchgesetzt hat, liegt letztlich in der Natur der Sache begründet. Eine alternative Bewertung anhand des konkreten Nutzungsergebnisses ist bei konsumtiver Nutzung unmöglich und kann bei produktiver Nutzung über den Wert der Güternutzung hinausgehen.<sup>17</sup> Zudem ist es nicht immer ohne weiteres möglich, dem produktiv genutzten Gut einen bestimmten Anteil am Nutzungserfolg zuzuweisen. Instrukтив sind insofern die Überlegungen, die *Leo von Petrazycki* noch vor Inkrafttreten des BGB zum späteren § 100 Alt. 2 BGB anstellte. *Petrazycki* war der Auffassung, dass unter den „Vorteilen, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“, der konkrete Nutzungserfolg zu verstehen sei, den der Nichtberechtigte durch die Nutzung eines fremden Gutes erzielt. Zugleich wies er darauf hin, dass die Anwendung der Vorschrift bei diesem Verständnis „in praxi höchst schwierig, ja ohne die grösste Willkür, ohne die Schätzung aufs Gerathewohl, unmöglich“<sup>18</sup> sei. So hielt er es beispielsweise nicht für möglich, seriös zu berechnen, „wie viel Gewinn dem Gutsbesitzer der Gebrauch eines fremden Pferdes oder einer Maschine bei den Feldarbeiten gebracht hat.“<sup>19</sup> Im Fall einer konsumtiven Nutzung seien die Gebrauchsvorteile – etwa bei

<sup>12</sup> Siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)cc), S. 50 f. sowie infra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), S. 275 f.

<sup>13</sup> RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 (33); RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 (350).

<sup>14</sup> BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460; BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 (1084); BGH, 5.7.1978, VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209); BGH, 16.5.1984, VIII ZR 18/83, NJW 1984, 2937 (2938). Siehe dazu näher infra 2. Teil:B.II.3.a)bb), S. 352 ff.

<sup>15</sup> MüKo/Stresemann, § 100 BGB Rn. 5 ff.; Staudinger/Stieper, § 100 BGB Rn. 5 (August 2016); BeckOGK/Mössner, § 100 BGB Rn. 11 (15.2.2018); BeckOK/Fritzsche, § 100 BGB Rn. 10 (1.5.2018). Siehe auch *Kobler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 689 f.; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 122; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 13; *Seiz*, Bereicherungsrecht, Vorteilsausgleichung und Schadensweiterwälzung, S. 85 f.

<sup>16</sup> Siehe *Stoll*, JuS 1968, 504 (508 f.); *Ostendorf*, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, 1972, S. 87; *Roth*, Festschrift Küchehoff, 1972, 371 (384 f.); *Kaiser*, Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht, 1987, S. 198 ff.

<sup>17</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 f.

<sup>18</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 87 f.

<sup>19</sup> *Ibid.*, S. 88.

einem Piano „der Musik- und Tanzgenuss“ – „und das Geld inkommensurable Dinge“.<sup>20</sup> *Petrzyczki* machte daher zugleich folgende Voraussage, die sich zumindest für die ersten sieben Jahrzehnte nach Inkrafttreten des BGB *grosso modo* als zutreffend herausstellen sollte: „Die Praxis wird gewiss anstatt der Vortheile des Gebrauches den ortsüblichen Miethszins schätzen“.<sup>21</sup>

b) Anforderungen an einen „Gebrauch“ i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB

Im Hinblick auf den Begriff des Gebrauchs i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ist zum einen umstritten, welche Mindestanforderungen an die Nutzungsintensität zu stellen sind, um von einem *ausgleichspflichtigen* Gebrauch sprechen zu können (aa). Strittig ist zum anderen aber auch, ob ab einer gewissen Höchstintensität der Nutzung der Bereich des Gebrauchs i. S. v. § 100 BGB verlassen wird (bb).

aa) Mindestintensität der Nutzung?

Gebrauchsvorteile müssen für die Zwecke des Nutzungsausgleichs in Geld bewertet werden. Insofern stellt sich die Frage, ob die Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten eine gewisse Mindestintensität erreichen muss, um von einem „Gebrauch“ sprechen zu können, dem ein Geldwert beizumessen ist.

Eine solche Mindestintensität der Nutzung wäre dann nicht erforderlich, wenn es für die Realisierung eines Gebrauchsvorteils i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ausreichen würde, dass es dem Nichtberechtigten *möglich* war, das Gut zu nutzen. Die Frage, ob nur die tatsächliche Nutzung eines Gutes eine Ausgleichspflicht auslöst oder ob hierfür bereits die bloße Nutzungsmöglichkeit ausreicht, wird, wie bereits erläutert, vor allem für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Nutzungsüberlassungsverträge diskutiert.<sup>22</sup> Hiervon ist das weniger häufig offen thematisierte Problem zu unterscheiden, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um von einem „Gebrauch“ eines Gutes durch den nichtberechtigten Inhaber i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB sprechen zu können. Auch insofern finden sich in der Literatur Stimmen, die teils dezidiert<sup>23</sup>, teils implizit<sup>24</sup> auf die bloße Nutzungsmöglich-

<sup>20</sup> Ibid., S. 88.

<sup>21</sup> Ibid., S. 89.

<sup>22</sup> Supra 1. Teil: B. II. 2. c) bb), S. 66 ff. sowie 2. Teil: A. II. 4. b), S. 239 ff.

<sup>23</sup> So bspw. *Ostendorf*, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, 1972, S. 70f.; BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 18 (1.5.2018) (Plädoyer für eine „Distanzierung“ vom „sachbezogenen Nutzungsbegriff der §§ 99, 100 BGB“ und für eine bereicherungsrechtliche Sonderdogmatik); *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 116f. (Speziell für den bereicherungsrechtlichen Kontext mit dem Argument, dass der Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB objektiv bestimmt werde und im Verkehr in der Regel die Nutzungsmöglichkeit und nicht die konkrete Nutzung veräußert werde.).

<sup>24</sup> Siehe bspw. BeckOGK/*Mössner*, § 100 BGB Rn. 5.1 (15.2.2018): „Gebrauchsvorteil eines Gebäudes [...] ist die *Möglichkeit* dessen – privater (insbesondere: Wohnen) oder gewerblicher – Nutzung.“ [Hervorhebung durch den Verfasser]. In diesem Sinne wohl auch *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242f.

keit abstellen und diese für die Entstehung einer Nutzungsausgleichspflicht genügen lassen. Die herrschende Meinung geht allerdings, größtenteils ohne dies näher zu problematisieren, davon aus, dass für die Realisierung eines ausgleichspflichtigen Gebrauchsvorteils i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB eine tatsächliche Nutzung im Sinne eines „zweckgerichteten Umgangs“<sup>25</sup> mit dem Gut erforderlich ist.<sup>26</sup> Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 100 Alt. 2 BGB selbst, da „Gebrauch“ eine Aktivität impliziert. Im Kontext des Nutzungsausgleichs wird der aktivische Impetus dadurch verstärkt, dass gemäß den §§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1, 987 Abs. 1, 2020, 2184 BGB jeweils die „gezogenen“ Nutzungen bzw. Früchte herauszugeben sind. Hinzu kommt, dass eine Haftung für *nicht* gezogene Nutzungen gemäß den §§ 347 Abs. 1, 818 Abs. 4, 819, 987 Abs. 2 BGB an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft wird.<sup>27</sup> Für die Mindermeinung lässt sich allerdings anführen, dass auch die Option, ein Gut nutzen zu können, einen Wert haben kann. Insofern genügt ein Blick auf die zahlreichen Pkw, die in Großstädten den öffentlichen Parkraum belegen und kaum bewegt werden. Ihre Halter nehmen die Kosten für den Unterhalt eines Pkw offenbar auf sich, um die Option zu haben, ein Fahrzeug nutzen zu können, wenn sie es benötigen, obwohl sie während des größten Teils des Jahres von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Folgt man der herrschenden Meinung, ergibt sich das weitere Problem, bestimmen zu müssen, wo die Grenze zwischen einer Nichtnutzung und einem ausgleichspflichtigen Gebrauch i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB konkret verläuft. Dies kann im Einzelfall überaus schwierig zu beurteilen sein.<sup>28</sup> So wird man wohl vertreten können, dass eine Eigentumswohnung auch während einer urlaubsbedingten Abwesenheit von mehreren Wochen vom Inhaber genutzt wird, weil sich dort nach wie vor sein gesamter Hausstand befindet. Bereits zweifelhaft wird der Fall aber, wenn eine Eigentumswohnung als Zweitwohnung nur gelegentlich für Übernachtungen genutzt wird. Ist dann auf die konkreten Tage der Nutzung abzustellen oder genügt die gelegentliche Nutzung, um für den gesamten Zeitraum, während dessen der Nichtberechtigte Besitzer der Wohnung ist, von einer Realisierung von Gebrauchsvorteilen auszugehen?<sup>29</sup> Relevant wurde die Frage der Nutzungsintensität für den Nutzungsausgleich beispielsweise in einem Fall, den das OLG Hamburg 1953 zu entscheiden hatte:

---

<sup>25</sup> So Schön, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 67.

<sup>26</sup> Canaris, JZ 1971, 560 (561); Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 219; Tillkorn, Der Nutzungersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013, S. 39.

<sup>27</sup> Siehe dazu und zu den Gegenargumenten der Mindermeinung Baker, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 109 ff.

<sup>28</sup> BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 17 (1.5.2018). Siehe dazu auch Soergel/Marly, 13. Aufl., § 100 BGB Rn. 3 (2000).

<sup>29</sup> Beispiel nach Baker, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 116.

*Beispiel 21*<sup>30</sup>

*A verpachtete an B ein Grundstück, das Teil eines Naturschutzgebietes war. B zäunte das Grundstück ein, pflanzte einige Bäume an und nutzte das Grundstück für Spaziergänge. Nachdem sich der Pachtvertrag als nichtig herausgestellt hat, verlangte A Nutzungsausgleich.*

„[B] ist allerdings zur Herausgabe von Nutzungen gemäß §§ 987, 988 BGB verpflichtet, da er infolge Nichtigkeit des Pachtvertrages Besitzer des Grundstücks ohne eine Rechtsgrundlage gewesen ist. [...] Unstreitig hat [B] Früchte nicht gezogen. Es handelt sich daher nur darum, ob er Gebrauchsvorteile gehabt hat [...]. Gebrauchsvorteile sind ‚die im Gebrauch liegenden natürlichen Vorteile, die im wesentlichen durch den Besitz der Sache vermittelt werden‘ [...]. Es ist nicht ersichtlich, daß derartige Gebrauchsvorteile [B] aus dem Besitz des Grundstücks erwachsen sind. [...] Die Parzelle war Teil eines erheblichen Areals, das Naturschutzgebiet war [...]. Einen gesonderten, in Geld abschätzbaren Wert hatte der fragliche Grundstücksteil rein besitzmäßig [...] nur für die Zukunft, wenn einmal das Gebiet nicht mehr dem Naturschutz unterstehen und der Gefahr einer Bebauung ausgesetzt sein würde. [B] hatte damals keine anderen und keine größeren Vorteile als die Allgemeinheit, die sich hier in Spaziergängen vergnügte und die Freiheit der Landschaft genoß. Die Tatsachen, daß der Bekl. das ihm ‚verpachtete‘ Gelände einzäunte und ein paar Bäume darauf pflanzte, änderten besitzmäßig nichts.“<sup>31</sup>

Zur Frage, inwieweit ein ehemaliger Mieter, der nach der Beendigung des Mietverhältnisses weiterhin einzelne Gegenstände in der Wohnung lagert, die Wohnung weiterhin nutzt, hat der BGH entschieden, dass Nutzungsausgleich nur für die von diesen Gegenständen belegte Fläche geschuldet wird, es sei denn, dem Berechtigten wird durch die zurückgelassenen Gegenstände die eigene Nutzungsmöglichkeit vollständig genommen. Dann sei auf die gesamte Wohnung abzustellen.<sup>32</sup>

*bb) Höchstintensität der Nutzung?*

Am anderen Ende des Spektrums der Nutzungsintensität ist das Problem angesiedelt, ob der Verbrauch eines Gutes einen Gebrauchsvorteil i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB darstellen kann. Insofern stehen sich zwei Lager gegenüber.

Nach der herrschenden Meinung sind „Gebrauch“ und „Verbrauch“ – dem in der Regel die Veräußerung gleichgestellt wird – strikt zu unterscheidende, dichotome Formen der Verwertung eines Gutes. Im Fall des Gebrauchs bleibe das Gut erhalten und diene als „Werkzeug“<sup>33</sup>, aus dem auf Dauer Vorteile gezogen werden, während durch Verbrauch und Veräußerung die Substanz eines Gutes verwertet werde.<sup>34</sup> Der Umstand, dass auch der Gebrauch bei abnutzbaren Sachen zu

<sup>30</sup> Basierend auf OLG Hamburg, 28.5.1953, 2 U 70/53, MDR 1953, 613 ff.

<sup>31</sup> Ibid., S. 614.

<sup>32</sup> BGH, 15.12.1999, XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382 (383).

<sup>33</sup> So die Formulierung von *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 106.

<sup>34</sup> RG, 16.1.1915, V 329/14, WarnRspr 1915, 97 (98); BGH, 3.6.1954, IV ZR 218/53, NJW 1954, 1194 (1195); *Kobler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 456; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 303; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgan-

einer Beeinträchtigung unter Umständen bis zum vollständigen Verzehr der Substanz eines Gutes führt, soll die kategoriale Unterscheidung nicht in Frage stellen. Denn die Substanzbeeinträchtigung beim Gebrauch eines Gutes stelle nur eine „unbequeme Schattenseite“<sup>35</sup> bzw. „regelmäßig unliebsame Nebenfolge“<sup>36</sup> dar und trete jedenfalls nicht bestimmungsgemäß ein.<sup>37</sup>

Nach der Gegenauffassung besteht zwischen Gebrauch und Verbrauch hingegen kein kategorialer bzw. qualitativer, sondern nur ein gradueller bzw. quantitativer Unterschied.<sup>38</sup> Verbrauch und Veräußerung seien nur die „intensivste Form des Gebrauchs“<sup>39</sup> eines Gutes und ließen sich daher unter den Begriff des Gebrauchsvorteils i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB fassen.<sup>40</sup> In diesem Sinne hatte sich bereits *Reinhold Johow* geäußert:

„Von dem Verbrauch im weiteren Sinne [inklusive Veräußerung] ist zu unterscheiden die Abnutzung. Der Unterschied ist freilich nur ein relativer, denn er beruht lediglich auf dem Zeitmaße, innerhalb dessen der ordnungsgemäße Gebrauch zur Vernichtung der Sache führt.“<sup>41</sup>

---

ne Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 106; *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 83; *MüKo/Stresemann*, § 100 BGB Rn. 5; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 115; *Prütting*, AcP 216 (2016), 459 (484).

<sup>35</sup> So die Formulierung von *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 456.

<sup>36</sup> So die Formulierung von *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 106.

<sup>37</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 456; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 106.

<sup>38</sup> *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 95; *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 355; *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 182; *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 565. In diesem Sinne auch *Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione* – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 118 (für Verbrauch und Veräußerung). Kritisch zur Unterscheidung von Gebrauch und Verbrauch im Hinblick auf immaterielle Güter *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 123f. Siehe zum Zusammenhang von Nutzungen und Sachsubstanz auch *Kähler*, NJW 2015, 1041 (1043).

<sup>39</sup> So die Formulierung von *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 355.

<sup>40</sup> So ausdrücklich *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 116 Fn. 141.

<sup>41</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 2, 1982, 1318.

Im Gesetz findet diese Auffassung eine Stütze in § 92 Abs. 1 BGB, wonach verbrauchbare Sachen dadurch definiert sind, dass ihr „bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräußerung besteht.“<sup>42</sup>

Hierbei handelt es sich keineswegs nur um ein akademisches Problem. Vielmehr ist die Frage der Reichweite des Begriffs der Gebrauchsvorteile von zentraler Bedeutung für den Umfang der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers gemäß den §§ 987 ff. BGB. Wie oben gezeigt wurde, verbleibt für diese Fallgruppe nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum ein – wenn auch schmaler – Anwendungsbereich.<sup>43</sup> Wenn der Verbrauch oder die Veräußerung einer Sache als Gebrauchsvorteil i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB zu qualifizieren wären, müsste die Privilegierung des Besitzers konsequenterweise auf diese Fallkonstellationen ausgedehnt werden. Dies würde aber selbst für den Fall, dass der gutgläubige Eigentumserwerb des Besitzers von einem Dritten an § 935 BGB scheitert, zu einem problematischen Wertungswiderspruch führen. Für diese Fallkonstellation hält die überwiegende Auffassung in der Literatur die Privilegierung des Besitzers gemäß den §§ 987 ff. BGB für gerechtfertigt, um ihm angesichts des Fehlens eines Lösungsrechts im BGB zumindest bezüglich der gezogenen Nutzungen eine Minimalform des gutgläubigen Erwerbs zu ermöglichen.<sup>44</sup> Wenn er allerdings bei einem Verkauf bzw. Verbrauch der Sache privilegiert wäre, so erhielte er für den Fall der Verwertung der Sachsubstanz ein vollständiges Äquivalent für das fehlende Lösungsrecht, während er keinerlei Schutz genießen würde, wenn die Sache noch bei ihm vorhanden ist und er keine Nutzungen gezogen hat.<sup>45</sup>

Bereits das Reichsgericht verhinderte, dass dieser Wertungswiderspruch praktische Relevanz erlangen konnte, indem es der Ausdehnung der Privilegierung des Besitzers bezüglich gezogener Nutzungen auf andere Verwertungsformen einen Riegel vorschob. Das Reichsgericht schloss sich einerseits der bereits zuvor in der Literatur<sup>46</sup> vertretenen Auffassung an, wonach der Verbrauch nicht vom Nutzungsbegriff des § 100 BGB erfasst wird,<sup>47</sup> und stellte andererseits klar, dass sich die Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB nur auf die dort geregelten Materien des Schadensersatzes sowie des Nutzungsausgleichs und des Verwendungsersatzes bezieht – und daher bereicherungsrechtlichen Ausgleichsansprüchen wegen des Verkaufs und des Verbrauchs der Sache nicht entgegensteht.<sup>48</sup> Diese Rechtsprechung wurde 1954 vom BGH bestätigt.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> Siehe bspw. *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 95; *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 355.

<sup>43</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.c), S. 175 ff.

<sup>44</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.c)cc), S. 178 ff.

<sup>45</sup> Zur Problematik der graduellen Verwertung der Sachsubstanz durch Nutzung bei abnutzbaren Sachen und den sich daraus ergebenden Wertungswidersprüchen im Hinblick auf das Konzept der „Minimalform des gutgläubigen Erwerbs“ siehe *infra* 3. Teil:B.I.2.b)cc), S. 449 ff.

<sup>46</sup> Siehe bspw. *Kobler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 1906, S. 456.

<sup>47</sup> RG, 16.1.1915, V 329/14, WarnRspr 1915, 97 (98).

<sup>48</sup> RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 (358).

<sup>49</sup> BGH, 3.6.1954, IV ZR 218/53, NJW 1954, 1194 ff.

*Beispiel 22*<sup>50</sup>

*D verkauft 20.000 Liter Benzin, die er dem A gestohlen hat, an B, die es verbraucht. Nach Entdeckung des Diebstahls verlangt A von B, dass sie ihm den Wert des Benzins erstattet.*

„Das BerGer. nimmt [...] an, daß auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ausschließlich die Vorschriften der §§ 987 bis 993 BGB anzuwenden seien [...] und daß zu den Nutzungen, die das von D. der [B] überlassene Benzin gewährt habe, auch dessen Verbrauch gehöre [...]. Diese Rechtsauffassung des BerGer. ist rechtsirrig. Die §§ 987 bis 993 BGB regeln das Verhältnis des Eigentümers gegenüber dem nicht rechtmäßigen Besitzer insoweit, als es sich um die Frage der Nutzungen und des Schadensersatzes wegen Beschädigung der Sache und der Unmöglichkeit ihrer Herausgabe handelt. Zu derartigen Ansprüchen gehören aber Bereicherungsansprüche wegen des Verbrauchs oder der Veräußerung der Sache nicht [...]. Zu den Nutzungen i.S. des § 100 BGB gehört zwar der Gebrauch, nicht aber der Verbrauch einer Sache [...].“<sup>51</sup>

Dass allerdings die Einbeziehung des Verbrauchs und der Veräußerung eines Gutes in den Nutzungsbegriff und damit auch in die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers keineswegs abwegig ist, zeigt das Beispiel der Schweiz, wo dies genau so praktiziert wird.<sup>52</sup>

Die Abgrenzung zwischen Gebrauch und Verbrauch war ferner ein zentrales Argument in der Kontroverse um die Frage, ob ein Nichtberechtigter, der mit fremdem Geld Schulden tilgt, hierfür einen Ausgleich schuldet. Hierauf wird nachfolgend noch näher eingegangen.<sup>53</sup>

*c) Für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB maßgeblicher Wertbegriff*

Gebrauchsvorteile müssen für die Durchführung des Nutzungsausgleichs in Geld bewertet werden. Strittig ist, welcher Wertbegriff für den Bewertungsvorgang maßgeblich sein soll. In Betracht kommen drei Möglichkeiten: ein objektiver, ein subjektiver sowie ein parteibezogener Wertbegriff. Bestimmt man den Wert objektiv, so sind die Gebrauchsvorteile mit dem Marktwert anzusetzen. Wählt man einen subjektiven Bezugspunkt, kommt es darauf an, welchen Wert die Gebrauchsvorteile spezifisch für den Nutzungsausgleichspflichtigen hatten. Auf der Grundlage eines parteibezogenen Wertbegriffs wäre der Wert der Gebrauchsvorteile aus einer Vereinbarung der Parteien abzuleiten, sofern eine solche vorhanden ist. Dazu, welcher dieser Wertbegriffe maßgeblich sein soll, hat sich insbesondere im Bereicherungsrecht eine kontroverse Diskussion entsponnen (aa). Für das Rück-

<sup>50</sup> Basierend auf BGH, 3.6.1954, IV ZR 218/53, NJW 1954, 1194 ff. Allerdings wurde der Sachverhalt insofern modifiziert, als in der Originalentscheidung das Benzin nicht von einem Dieb, sondern von einem betrügerischen Angestellten der Eigentümerin veräußert wurde, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte.

<sup>51</sup> Ibid., S. 1195.

<sup>52</sup> *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 131 sowie S. 148 m. w. N.

<sup>53</sup> *Infra* 2. Teil:B.II.3.b)aa)(1), S. 358 f.



trittsfolgenrecht (bb) und das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (cc) sollen dagegen teilweise andere Wertungen maßgeblich sein.<sup>54</sup>

*aa) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Bereicherungsrecht*

In der Diskussion darum, wie der gemäß § 818 Abs. 2 BGB für Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB geschuldete Wertersatz zu bestimmen ist, spiegeln sich die großen Kontroversen um die Rechtsnatur des Bereicherungsanspruchs im Kleinen wider.

In kursorischer Kürze lassen sich die auf verschiedenen Schauplätzen bzw. unter unterschiedlichen Schlagwörtern ausgetragenen – und weitgehend auch ausdiskutierten – Meinungsstreitigkeiten folgendermaßen binär strukturieren:<sup>55</sup> Ursprünglich herrschte die sogenannte Einheitslehre vor, die davon ausgeht, dass in den §§ 812 ff. BGB ein einheitlicher Bereicherungsanspruch geregelt sei. Die Einheitslehre tendiert auf der Rechtsfolgenseite zu einer Orientierung am Vermögen des Schuldners und zu einer möglichst vollständigen Abschöpfung von dessen ungerichtlich vermehrte Vermehrung.<sup>56</sup> Im Hinblick auf die Ermittlung des Wertersatzes gemäß § 818 Abs. 2 BGB folgt daraus eine Präferenz für einen subjektiven, am konkreten Vorteil des Bereicherungsschuldners orientierten Wertbegriff.<sup>57</sup> Seit geraumer Zeit hat sich jedoch die von *Walter Wilburg*<sup>58</sup> begründete und von *Ernst von Caemmerer*<sup>59</sup> weiterentwickelte Trennungslehre als vorherrschend durchgesetzt,<sup>60</sup> nach der Leistungs- und Nichtleistungskondition jeweils eigenen Wertungen folgen und daher strikt zu unterscheiden sind. Während die Leistungskondition auf die Rückgängigmachung einer rechtsgrundlosen Güterbewegung<sup>61</sup> abziele, diene die Nichtleistungskondition dem Güterschutz.<sup>62</sup> Auf der Rechtsfolgenseite tendiert die Trennungslehre – für beide Konditionstypen<sup>63</sup> – zu einer

<sup>54</sup> Der Anspruch aus § 2020 BGB folgt bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. § 2184 BGB bezieht sich nur auf Früchte i. S. v. § 99 BGB.

<sup>55</sup> Siehe *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 214 ff. Für den Zusammenhang von Gegenstandsorientierung und objektivem Wertbegriff einerseits und Vermögensorientierung und subjektivem Wertbegriff andererseits siehe auch *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 119 m. w. N.

<sup>56</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 214.

<sup>57</sup> *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 119 f.

<sup>58</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934.

<sup>59</sup> *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 ff.

<sup>60</sup> *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 1 (Juni 2007); *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 17 (1.5.2018), jeweils m. w. N. Kritisch gegenüber der Trennungslehre äußern sich bspw. *Kellmann*, NJW 1971, 862 (863); *Ebert*, ZIP 2002, 2297.

<sup>61</sup> *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (342).

<sup>62</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 122; *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (353).

<sup>63</sup> Siehe *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 215.

Orientierung am Gegenstand der Bereicherung<sup>64</sup> und berücksichtigt die Auswirkungen auf das Vermögen des Schuldners erst in einem zweiten Schritt, im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB.<sup>65</sup> Daraus ergibt sich eine Präferenz für eine Bestimmung des nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldeten Wertersatzes anhand eines „objektiven“, am Marktwert des Erlangten ausgerichteten Maßstabs.

Auf die hier interessierende Frage der Bewertung von Gebrauchsvorteilen gemäß § 818 Abs. 2 BGB schlägt sich diese den wissenschaftlichen Diskurs um das Bereicherungsrecht prägende Dichotomie ebenfalls in einem Gegensatz zwischen einem objektiven und einem subjektiven Wertbegriff nieder.<sup>66</sup> Die herrschende Meinung, die einen objektiven Wertbegriff bevorzugt,<sup>67</sup> fragt nach dem Wert, zu dem sich der Bereicherungsschuldner die Gebrauchsvorteile hätte am Markt beschaffen können.<sup>68</sup> Demgegenüber ist aus Sicht der eine subjektive Perspektive bevorzugenden Mindermeinung maßgeblich, um welchen Betrag sich das Vermögen des Bereicherungsschuldners durch den Genuss der Gebrauchsvorteile erhöht hat.<sup>69</sup> Dieser unterschiedliche Bezugspunkt wirkt sich beispielsweise dann aus, wenn der Bereicherungsschuldner ohne den Bereicherungsvorgang auf den Gebrauch des Bereicherungsgegenstandes oder eines vergleichbaren Gutes verzichtet hätte. Aus der Perspektive des subjektiven Wertbegriffs fehlt es dann von vornherein an einem geldwerten Gebrauchsvorteil.<sup>70</sup> Nach der herrschenden Meinung kann dieser Gesichtspunkt jedoch erst im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB relevant werden.<sup>71</sup>

#### *bb) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Rücktrittsfolgenrecht*

Im Rücktrittsfolgenrecht wird der für die Ermittlung des Wertersatzes maßgebliche Bezugspunkt durch § 346 Abs. 2 S. 2 BGB gesetzlich vorgegeben. Nach dieser Vorschrift ist eine im Vertrag bestimmte Gegenleistung auch bei der Ermittlung

<sup>64</sup> BGH, 7.1.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128 (133).

<sup>65</sup> Ibid., S. 133; Schäfer, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 31. Kritisch Flume, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (112f.).

<sup>66</sup> Siehe dazu Goetzke, AcP 173 (1973), 289ff.; Mankowski/Schreier, AcP 208 (2008), 725 (728).

<sup>67</sup> Siehe bspw. BGH, 10.7.1953, V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (180); BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (111); Goetzke, AcP 173 (1973), 289 (322); Larenz, Festschrift Caemmerer, 1978, 223; Ehlke, WM 1979, 1022 (1024); König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69; Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 357f.; MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 45 m. w. N.; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>68</sup> Siehe bspw. BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3441); Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 35; Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 227.

<sup>69</sup> Siehe dazu Koppensteiner, NJW 1971, 1769 (1770).

<sup>70</sup> Ibid., S. 1770.

<sup>71</sup> Larenz, Festschrift Caemmerer, 1978, 223; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018).

des vom Rücktrittschuldner gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 BGB geschuldeten Wertersatzes zugrunde zu legen.

Für den Fall, dass es sich bei dem rückabzuwickelnden Vertrag um einen gegenseitigen Veräußerungsvertrag, insbesondere um einen Kaufvertrag, handelt, ist diese Vorschrift allerdings für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen nicht direkt einschlägig. Denn der Käufer zahlt in Gestalt des Kaufpreises ein Entgelt für das gesamte dem Eigentümer gemäß § 903 BGB zugewiesene Bündel an Möglichkeiten zur Nutzung der Kaufsache. Zumindest bei beweglichen abnutzbaren Sachen spielt § 346 Abs. 2 S. 2 BGB allerdings zumindest indirekt eine zentrale Rolle für die Ermittlung des Wertes der vom Käufer realisierten Gebrauchsvorteile. Wie so gleich näher ausgeführt werden wird, ist nach der herrschenden Meinung insofern auf die zeitanteilige lineare Wertminderung abzustellen.<sup>72</sup> Wegen § 346 Abs. 2 S. 2 BGB dient bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrages nach Rücktrittsfolgenrecht grundsätzlich der vereinbarte Kaufpreis – und nicht etwa der „objektive“ Wert der Kaufsache – als Abschreibungsbasis.<sup>73</sup>

*cc) Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses*

Während § 988 BGB auf § 818 BGB verweist, konstituiert § 987 Abs. 1 BGB eine eigenständige Nutzungsausgleichspflicht für den auf Herausgabe verklagten und, über § 990 BGB, für den bösgläubigen Besitzer. Über die Verweisungen in den §§ 818 Abs. 4, 819 BGB und § 292 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach § 987 Abs. 1 BGB auch der von einem verschärft haftenden Bereicherungsschuldner sowie der generell von Herausgabeschuldnern ab Rechtshängigkeit geschuldete Nutzungsausgleich.

Auch bei § 987 Abs. 1 BGB stellt sich die Frage, welcher Bezugspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB maßgeblich sein soll. Nach der herrschenden Meinung sind die von einem bösgläubigen oder verklagten Nichtberechtigten realisierten Gebrauchsvorteile mit ihrem objektiven Wert anzusetzen.<sup>74</sup> Allerdings ist dies nicht unumstritten. Nach einer Mindermeinung geht § 987 Abs. 1 BGB im Hinblick auf Gebrauchsvorteile ins Leere, weshalb der Nutzungsausgleich insoweit nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe. Dies wiederum eröffnet die Möglichkeit, mit der Mindermeinung im Bereicherungsrecht auf die subjektive Perspektive des Nichtberechtigten abzustellen.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Infra 2. Teil: B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>73</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 141; Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 257 (November 2011).

<sup>74</sup> Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 51; MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 315.

<sup>75</sup> Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 180.

## 2. Unbefriedigende Praxis zur Bestimmung des Wertes von Gebrauchsvorteilen

Für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i.S.v. § 100 Alt.2 BGB haben sich in der Praxis zwei Bewertungsmaßstäbe durchgesetzt: das fiktive Entgelt für eine Überlassung des Gutes zur zeitlich befristeten Nutzung sowie die zeitanteilige lineare Wertminderung des Gutes (a). Trotz der übersichtlichen Zahl der verwendeten Bewertungsmaßstäbe hat sich in der Frage, welcher Bewertungsmaßstab in einem konkreten Fall zum Tragen kommt, eine unübersichtliche Kasuistik herausgebildet (b). Schwerer wiegt, dass die beiden dominanten Bewertungsmaßstäbe unter erheblichen praktischen und konzeptionellen Mängeln leiden (c).

### a) Fiktives Nutzungsentgelt und zeitanteilige lineare Wertminderung als dominante Bewertungsmaßstäbe

Für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen für die Zwecke des Nutzungsausgleichs ist ein Bewertungsmaßstab erforderlich. Bis einschließlich der 1970er Jahre kam nach der herrschenden Meinung nur ein Maßstab in Betracht: Das Entgelt, das der Nichtberechtigte für eine Überlassung des Gebrauchs auf Zeit am Markt hätte entrichten müssen (aa).<sup>76</sup> Ab den 1980er Jahren setzte sich jedoch allmählich die Erkenntnis durch, dass das fiktive Nutzungsentgelt in bestimmten Konstellationen zu unangemessenen Ergebnissen führt. Insoweit trat der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung an seine Stelle (bb).

#### aa) Fiktives Nutzungsentgelt

Wie bereits dargelegt, ist nach der herrschenden Meinung für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen grundsätzlich auf den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung abzustellen.<sup>77</sup> Eine Möglichkeit zur Bemessung dieses Aufwands besteht darin, Gebrauchsvorteile mit dem Betrag zu bewerten, den der Nichtberechtigte für die Überlassung des Gutes zur Nutzung auf Zeit am Markt hätte aufwenden müssen. Das fiktive Nutzungsentgelt – oftmals in Gestalt des fiktiven Mietzinses – genießt universelle Anerkennung als potentieller Maßstab für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen.<sup>78</sup> Umso heftiger umstritten ist hingegen, nach welchen Kriterien das fiktive Nutzungsentgelt zu bestimmen ist.

<sup>76</sup> Siehe bspw. BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460; BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 (1084); BGH, 5.7.1978, VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209). Siehe auch *Gursky*, JR 1998, 7 ff.; MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 97. Dies wurde bereits vor Inkrafttreten des BGB prognostiziert von *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 89.

<sup>77</sup> *Supra* 2. Teil:B.I.1.a), S. 261 ff.

<sup>78</sup> BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460; BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 (1084); BGH, 5.7.1978, VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209); *Gursky*, JR 1998, 7 ff.; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 150 f.

Im Bereicherungsrecht kommt an dieser Stelle der bereits angesprochene dogmatische Streit um den richtigen Bezugspunkt für die Bestimmung des Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Tragen.<sup>79</sup> Nach der herrschenden Meinung ist der objektive Wert maßgeblich, also der Marktwert. Die Gegenauffassung will hingegen auf den subjektiven Wert abstellen, den das Erlangte gerade für den Bereicherungsschuldner hat. Im Kern geht es den Anhängern des subjektiven Wertbegriffs darum, sicherzustellen, dass die bereicherungsrechtliche Haftung nicht zu einer Schädigung des Bereicherungsschuldners führt.<sup>80</sup> Daher liegt ihnen die Problematik der aufgedrängten Bereicherung besonders am Herzen. Dem hält die herrschende Meinung entgegen, dass der richtige Ort zur Berücksichtigung dieses berechtigten Anliegens nicht § 818 Abs. 2 BGB, sondern § 818 Abs. 3 BGB sei.<sup>81</sup> Entlang dieser Linien sind die Fronten seit Jahrzehnten verhärtet; die Problematik erscheint schlicht ausdiskutiert.<sup>82</sup> Für die Konkretisierung des Bewertungsmaßstabs des fiktiven Nutzungsentgelts bedeutet dies, dass nach der herrschenden Meinung auf den „objektiven“ Marktwert abzustellen ist, während die Gegenauffassung danach fragt, in welcher Höhe spezifisch der Bereicherungsschuldner ein fiktives Nutzungsentgelt erspart hat. Wenn beispielsweise ein vermeintlicher Erbe im Nachlass ein wertvolles Reitpferd vorfindet und dieses ausgiebig privat nutzt, dann schuldet er auf der Grundlage des subjektiven Wertbegriffs von vornherein keinen Nutzungsausgleich, wenn er nachweisen kann, dass er alternativ auf privates Reiten zu Vergnügungszwecken ganz verzichtet hätte.

Weniger strittig ist die Rechtslage bei § 987 Abs. 1 BGB, wo – wie geschildert<sup>83</sup> – nach allgemeiner Ansicht der objektive Marktwert den maßgeblichen Bezugspunkt bildet und deshalb auch das fiktive Nutzungsentgelt objektiv, das heißt nach dem Marktpreis, zu bestimmen ist. Im Rücktrittsfolgenrecht ergibt sich aus § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB, dass grundsätzlich auf das von den Parteien vereinbarte Entgelt abzustellen ist. Diese Vorschrift dient allerdings nur dann zur Konkretisierung des vom Rückgewährgläubiger geschuldeten Nutzungsentgelts, wenn die Rückabwicklung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrages in Rede steht.<sup>84</sup> Wenn ein Rückgewährschuldner bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags Wertersatz für Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB schuldet, enthält der rückabzuwickelnde Vertrag typischerweise keine relevante Parteivereinbarung. Fehlt es an einer vertraglich vereinbarten Gegenleistung i. S. v. § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB, ist für die Bestimmung des geschuldeten Wertersatzes im Zweifel auf den objektiven Wert abzustellen.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> Supra 2. Teil:B.I.1.c)aa), S. 270 f.

<sup>80</sup> Siehe insbesondere *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769 (1770).

<sup>81</sup> *Larenz*, Festschrift Caemmerer, 1978, 223; BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018).

<sup>82</sup> Siehe bspw. die Arbeit von *Pioch*, *Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, 2016.

<sup>83</sup> Supra 2. Teil:B.I.1.c)cc), S. 272.

<sup>84</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49.

<sup>85</sup> MüKo/*Gaier*, § 346 BGB Rn. 21. Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 196.

Keine Unterschiede lassen sich zwischen den Lagern im Hinblick auf die maßgebliche Marktstufe ausmachen. Da es darum geht, die Gebrauchsvorteile zu bewerten, die der Nichtberechtigte genossen hat, wird nach einhelliger Auffassung auf den Beschaffungsmarkt auf der Marktstufe abgestellt, auf der sich der Nichtberechtigte bewegt. Es wird also auch nach der herrschenden Meinung, die den objektiven Wert für maßgeblich hält, auf den Markt abgestellt, auf dem sich spezifisch der Nichtberechtigte das Gut hätte beschaffen können.<sup>86</sup> Ist der Nichtberechtigte beispielsweise eine Privatperson, die einen Pkw für eine Vergnügungsfahrt genutzt hat, so wäre der Markt für die Autovermietung an Privatkunden maßgeblich. Trotz der unterschiedlichen konzeptionellen Ausgangspunkte gelangt man mittels des objektiven und des subjektiven Wertbegriffs häufig zum gleichen Ergebnis, da – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – der subjektiv vom Nichtberechtigten ersparte Aufwand dem „objektiv“ am Markt zu entrichtenden Nutzungsentgelt entspricht.<sup>87</sup>

### *bb) Zeitanteilige lineare Wertminderung*

Seit den 1980er Jahren ist neben dem fiktiven Nutzungsentgelt ein weiterer Wertmaßstab für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB allgemein anerkannt: die zeitanteilige lineare Wertminderung.

#### (1) Notwendigkeit eines alternativen Bewertungsmaßstabs für die Gebrauchsvorteile von Pkw als Ausgangspunkt

Das Aufkommen der zeitanteiligen linearen Wertminderung als neuer Bewertungsmaßstab für Gebrauchsvorteile ist eng mit einem bestimmten Konsumgut verbunden: dem Pkw. Mit dem steigenden Wohlstand in den Nachkriegsjahrzehnten konnten sich immer mehr private Haushalte einen Pkw leisten; der Pkw wurde zu einem Massenartikel. Gleichzeitig blieb der Wert eines Pkw im Verhältnis zum durchschnittlichen Haushaltseinkommen so hoch, dass bei einer von den Parteien nicht einvernehmlich zu behebenden Vertragsstörung eine gerichtliche Klärung rational war. Infolgedessen mussten sich deutsche Gerichte immer häufiger mit der Rückabwicklung von Kaufverträgen über privat genutzte Pkw befassen.

Demgegenüber überwogen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der frühen Rechtsprechung des BGH Fälle, in denen Lkw bzw. sonstige Nutzfahrzeuge für unternehmerische Zwecke erworben worden waren und in denen der Verkäufer den Rücktritt wegen Verzugs des Käufers mit den vereinbarten Ratenzah-

---

<sup>86</sup> Allgemein zu § 812 Abs. 2 BGB: BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018); Mankowski/Schreier, AcP 208 (2008), 725 (728). Speziell für die Bestimmung des fiktiven Nutzungsentgelts zur Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB: Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 275.

<sup>87</sup> In diesem Sinne auch Ehlke, WM 1979, 1022 (1023); Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 17. Einschränkung und differenzierend hingegen Mankowski/Schreier, AcP 208 (2008), 725 (733).

lungen erklärt hatte.<sup>88</sup> Für diese Fallkonstellation bestimmte § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG, der Vorläufer des heutigen § 508 S. 4 BGB, dass der Käufer den Wert der Überlassung des „Gebrauchs oder der Benutzung“ der Kaufsache unter Berücksichtigung der eingetretenen Wertminderung der Kaufsache vergüten musste.<sup>89</sup> Hierdurch wurde die Verpflichtung des Käufers zur Vergütung der Gebrauchsvorteile gemäß §§ 347 S. 2 BGB a. F., 987 Abs. 1 BGB verdrängt.<sup>90</sup> Nach Auffassung des Reichsgerichts war die nach § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG geschuldete Vergütung vorrangig anhand des üblichen Mietzinses für die Kaufsache zu berechnen.<sup>91</sup> Der BGH hat sich dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts 1955 ausdrücklich mit dem Argument angeschlossen, dass „[d]as Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer [...] im Falle des Rücktritts von einem Abzahlungsgeschäft wirtschaftlich große Ähnlichkeit mit dem Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter“ habe.<sup>92</sup>

Diese Begründung bot ein Einfallstor für eine differenzierende Behandlung von Fällen, in denen der Käufer den Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung des Fahrzeugs beglichen hatte. Denn dann fehlte es offensichtlich an einer Vergleichbarkeit mit einem Mietverhältnis. Speziell für den Fall der Rückabwicklung von Kaufverträgen nach Wandlung bzw. Anfechtung durch den Käufer wurde das Bedürfnis nach einem alternativen Bewertungsmaßstab in den 1970er und 1980er Jahren ganz überwiegend anerkannt.<sup>93</sup> Die sich bei einer Abrechnung der Gebrauchsvorteile nach Mietwagentarifen bei einer typischerweise mehrmonatigen Nutzung ergebenden Beträge waren so hoch, dass sie aus Sicht des Käufers als nicht mehr interessengerecht angesehen werden konnten. Man hätte dem Käufer in vielen Fällen schlicht Steine statt Brot gegeben und das ihm zustehende Recht, sich vom Vertrag zu lösen, wirtschaftlich entwertet. Für den Fall, dass der Verkäufer den Käufer bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig getäuscht hatte, vermied die Rechtsprechung unbillige Konsequenzen, indem sie den sich bei einer Abrechnung aufgrund von Mietwagentarifen ergebenden Nutzungsausgleichsanspruch des Verkäufers durch einen korrespondierenden Schadensersatzanspruch des Käufers kompensierte und die Haftung des Käufers auf den hypothetischen Wertverlust eines alternativ angeschafften Pkw begrenzte.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> Siehe bspw. RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 ff.; RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 ff.; RG, 16.5.1942, GSE 4/42, RGZ 169, 140 ff.; BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 ff.; BGH, 8.11.1965, VIII ZR 300/63, NJW 1966, 446 ff.; BGH, 11.4.1973, VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 ff.

<sup>89</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)cc), S. 50 f.

<sup>90</sup> BGH, 8.11.1965, VIII ZR 300/63, NJW 1966, 446 (447).

<sup>91</sup> RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 (32); RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 (350); RG, 16.5.1942, GSE 4/42, RGZ 169, 140 (143 f.). Dies entsprach auch der herrschenden Auffassung im Schrifttum, vgl. *Crisolli*, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1931, S. 156 (Anm. 47 zu § 2 AbzG); *Janka*, BB 1950, 10.

<sup>92</sup> BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (333 f.). Daran festhaltend BGH, 11.4.1973, VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 (1079); BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (53). Siehe auch *MüKo/Schürnbrand/Weber*, § 508 BGB Rn. 25.

<sup>93</sup> Siehe bspw. *Thielmann*, VersR 1970, 1069 (1073 ff.); OLG Nürnberg, 12.1.1978, 8 U 118/77, BeckRS 1978, 31138051; OLG Köln, 20.5.1987, 2 U 170/86, NJW 1987, 2520.

<sup>94</sup> BGH, 2.7.1962, VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909 (1910). Siehe auch OLG Nürnberg, 12.1.1978, 8 U 118/77, BeckRS 1978, 31138051.

Dieser Ansatz half jedoch nicht weiter, wenn dem Käufer kein Schadensersatzanspruch zustand. Für diesen Fall wurden in der Literatur verschiedene Bewertungsmethoden erwogen. Angedacht wurde beispielsweise, auf die Grundsätze zur Bemessung des Nutzungsausfallschadens zurückzugreifen.<sup>95</sup> Allerdings macht es konzeptionell erkennbar einen Unterschied, ob man den Schaden bestimmen will, den der Berechtigte dadurch erleidet, dass er sein Gut *nicht* nutzen kann, oder ob man den Vorteil bewerten will, den ein Nichtberechtigter dadurch erlangt hat, dass er das Gut genutzt hat. Es wäre daher kritisch zu hinterfragen, ob es sachgerecht sein kann, wenn jeweils der gleiche Bewertungsmaßstab zur Anwendung käme. Die Praxis verfährt in der Tat auch anders. Gebrauchsvorteile und Nutzungsausfallschaden decken sich in der Regel nicht.<sup>96</sup> So wird etwa bei der Ermittlung des Nutzungsausfallschadens die lineare Abschreibung eines Pkw über die gewöhnliche Nutzungsdauer nur anteilig berücksichtigt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Fahrzeug aufgrund der Nichtnutzung gerade keinem durch den Betrieb verursachten Verschleiß unterliegt.<sup>97</sup> Aus diesem Grund hat *Georg Thielmann* 1970 vorgeschlagen, für den Fall der wandlungsbedingten Rückabwicklung von Kaufverträgen zwar die Grundsätze über die Ermittlung des Nutzungsausfallschadens als Ausgangspunkt für die Bewertung der Gebrauchsvorteile zu verwenden, zugleich jedoch den Besonderheiten der Nutzungsausgleichssituation durch zahlreiche Modifikationen Rechnung zu tragen.<sup>98</sup>

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung setzte sich in den 1980er Jahren die durch die Benutzung des Fahrzeugs eingetretene Wertminderung als alternativer Bewertungsmaßstab durch. Um allerdings zu vermeiden, dass der Käufer mit dem überproportionalen Wertverlust belastet wird, den Pkw bei der erstmaligen Zulassung erleiden, wurden die vom Käufer zu erstattenden Gebrauchsvorteile von den meisten Gerichten typisierend mittels einer linearen Abschreibung des Kaufpreises des Fahrzeugs bestimmt.<sup>99</sup> Eine dezidiert andere Ansicht vertrat nur das OLG Celle, das die vom Käufer genossenen Gebrauchsvorteile anhand der tatsächlichen Wertminderung bemessen wollte, die der Pkw während der Nutzung durch den Nichtberechtigten erfahren hatte.<sup>100</sup> Dies begründete es damit, dass der Käufer nun einmal einen Neuwagen nutzen konnte und daher auch den entsprechenden Wertverlust tragen müsse.<sup>101</sup> Dieses Argument ist für solche Autokäufer

<sup>95</sup> *Thielmann*, *VersR* 1970, 1069 (1073 ff.). Siehe auch *Gursky*, *JR* 1998, 7 m. w. N.

<sup>96</sup> *Kaiser*, *ZfPW* 2015, 129 (147 ff.).

<sup>97</sup> BGH, 18.5.1971, VI ZR 52/70, BGHZ 56, 214 (219 f.).

<sup>98</sup> *Thielmann*, *VersR* 1970, 1069 (1073 ff.) Dieser Ansatz hat sich allein aufgrund seiner überbordenden Komplexität zu Recht nicht durchgesetzt.

<sup>99</sup> OLG Hamm, 20.3.1980, 27 U 201/79, *VersR* 1982, 248 f.; OLG Nürnberg, 17.4.1980, 8 U 84/79, *MDR* 1980, 1019; OLG München, 16.12.1986, 13 U 4562/86, *NJW* 1987, 3012 (3013); OLG Köln, 20.5.1987, 2 U 170/86, *NJW* 1987, 2520. Siehe auch *Gursky*, *JR* 1998, 7 (11) m. w. N. in Fn. 6; *Wackerbarth*, *NJW* 2018, 1713 (1713 f.).

<sup>100</sup> OLG Celle, 10.1.1991, 7 U 10/90, *NZV* 1991, 230 (231). So auch noch OLG Celle, 5.11.2003, 7 U 50/03, *OLGR* 2004, 151 (153).

<sup>101</sup> OLG Celle, 10.1.1991, 7 U 10/90, *NZV* 1991, 230 (231). So auch noch OLG Celle, 5.11.2003, 7 U 50/03, *OLGR* 2004, 151 (153).



stichhaltig, die so großen Wert auf die Nutzung gerade eines neuwertigen Fahrzeugs legen, dass sie ein erworbenes Fahrzeug jeweils bereits nach wenigen Monaten wieder abstoßen und durch ein produktionsfrisches Exemplar ersetzen. Für eine lineare Abschreibung spricht demgegenüber die Überlegung, dass der typische Fahrzeugkäufer ein Auto kauft, um es mehrere Jahre lang zu nutzen, so dass sich der überproportionale Wertverlust zu Beginn der Nutzungszeit für ihn letztlich nicht auswirkt.<sup>102</sup> Dies ist auch die überwiegende Auffassung im Schrifttum. Eine Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand der tatsächlichen Wertminderung des genutzten Gutes wird nur vereinzelt gefordert.<sup>103</sup>

## (2) Anerkennung des Bewertungsmaßstabs durch den BGH

Der BGH bestätigte die instanzgerichtliche Rechtsprechung, die Gebrauchsvorteile von Pkw mit der linearen Wertminderung bewertete, in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1991.<sup>104</sup> In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall verlangte eine Hotelbetreiberin erfolgreich die Wandlung eines Kaufvertrages über 163 Etagenbetten. Die Vorinstanz hatte die Gebrauchsvorteile für die achtmonatige Nutzung der Betten anhand eines fiktiven geschätzten Mietzinses ermittelt. Der BGH ging zunächst ausführlich darauf ein, warum, anders als bei einer Zahlung des Kaufpreises auf Raten, die Interessenlage der Parteien bei einem bereits voll erfüllten Kaufvertrag *nicht* mit einem Mietvertrag vergleichbar sei: Während bei einem Kauf auf Raten – wie bei einem Mietvertrag – zunächst nur der Besitz zum Zwecke des Gebrauchs übertragen werde, habe sich der Käufer, der den Kaufpreis in voller Höhe entrichtet hat, die Nutzbarkeit der Sache bis zu ihrer Gebrauchsuntauglichkeit erkaufte.<sup>105</sup> Daher sei der Mietzins kein geeigneter Wertmaßstab. Die vom Käufer genossenen Gebrauchsvorteile seien vielmehr mit dem Anteil des Kaufpreises zu bewerten, der dem Verhältnis von tatsächlicher zu möglicher Nutzungszeit entspreche. Diesen Wertmaßstab – die „zeitanteilige lineare Wertminderung“ – habe der Käufer durch seine Entscheidung für den käuflichen Erwerb der Sache akzeptiert. Ferner stellte der BGH bei dieser Gelegenheit klar, dass diese Berechnungsmethode, entgegen Stimmen in der Literatur, nicht nur für Pkw, sondern für abnutzbare Güter aller Art in Betracht kommt.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> In diesem Sinne argumentieren bspw. OLG Nürnberg, 17.4.1980, 8 U 84/79, MDR 1980, 1019; OLG Köln, 20.5.1987, 2 U 170/86, NJW 1987, 2520.

<sup>103</sup> Siehe bspw. *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 41.

<sup>104</sup> BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54f.) Seither ständige Rechtsprechung, siehe BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250f.; BGH, 6.10.2005, VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240); BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (112f.) Bereits 1984 hatte der BGH die Bemessung der Gebrauchsvorteile anhand einer linearen Abschreibung implizit für die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über eine Autowaschanlage akzeptiert, BGH, 23.5.1984, VIII ZR 32/83, WM 1984, 1098 (1099f.).

<sup>105</sup> BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54f.).

<sup>106</sup> *Ibid.*, S. 54f.

In einer Folgeentscheidung aus dem Jahr 1995 dehnte der BGH den Anwendungsbereich des Bewertungsmaßstabs der zeitanteiligen linearen Wertminderung ausdrücklich auch auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Kaufverträge aus.<sup>107</sup> Zugleich präziserte der BGH die konzeptionellen Grundlagen des Bewertungsmaßstabs. Er stellte klar, dass der Bewertung der Gebrauchsvorteile anhand des nutzungsbedingten Wertverzehr die Überlegung zugrunde liege, dass der Nichtberechtigte dadurch, dass er das zurückzugewährende Gut genutzt hat, „Ausgaben erspart, weil der durch den Gebrauch eintretende Wertverlust nicht zu Lasten des eigenen, sondern des fremden Vermögens geht“<sup>108</sup>. Vergleichsmaßstab sei daher eine hypothetische Situation, in der der Nichtberechtigte statt des zurückzugewährenden Gutes „anderweitig eine gleichartige und gleichwertige Sache angeschafft und diese für dieselbe Zeitspanne in derselben Weise genutzt haben würde“.<sup>109</sup>

In Anlehnung an die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1991 ist es üblich geworden, den auf einer linearen Abschreibung des Wertes des genutzten Gutes basierenden Bewertungsmaßstab einheitlich als „zeitanteilige lineare Wertminderung“ zu bezeichnen.<sup>110</sup> Dies ist im Hinblick auf Pkw, für die der Bewertungsmaßstab ursprünglich entwickelt wurde, ungenau. Denn hier erfolgt die Abschreibung gerade nicht „zeitanteilig“. Vielmehr wird die vom Nichtberechtigten zurückgelegte Fahrtstrecke ins Verhältnis zur zu erwartenden Gesamtlauflistung des Pkw gesetzt. Dadurch wird der Fahrzeugwert zwar ebenfalls linear abgeschrieben, der Abschreibungsverlauf ist jedoch nicht zeit-, sondern nutzungsabhängig. Wenn der Nichtberechtigte in 10 % der Gesamtnutzungsdauer mit einem Pkw eine Strecke zurücklegt, die 50 % seiner wirtschaftlichen Gesamtlauflistung entspricht, schuldet er grundsätzlich Nutzungsausgleich für genossene Gebrauchsvorteile in Höhe von 50 % des Wertes des Pkw. Dessen ungeachtet wird mittlerweile auch die lineare Abschreibung von Pkw anhand der Lauflistung häufig als „zeitanteilig“ bezeichnet.<sup>111</sup> Dies ist zwar nicht besonders glücklich, aber terminologisch immer noch wesentlich weniger problematisch als der im Schrifttum verwendete Begriff der „linearen Teilwertabschreibung“.<sup>112</sup> „Teilwertabschreibung“

---

<sup>107</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250f. Kritisch *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 150f., die bemängelt, dass der BGH die Ebenen von § 818 Abs. 2 und § 818 Abs. 3 BGB vermengt und sich dem subjektiven Wertbegriff annähert.

<sup>108</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251).

<sup>109</sup> *Ibid.*, S. 251.

<sup>110</sup> Siehe bspw. *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 770 (800f.); *Staudinger/Stieper*, § 100 BGB Rn. 5 (August 2016) („zeitanteilige Wertminderung“).

<sup>111</sup> Siehe bspw. OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 31.

<sup>112</sup> Siehe bspw. *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 118; *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 40; *Martens*, AcP 2010, 689 (695); *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (147).

ist ein steuerrechtlicher Begriff,<sup>113</sup> der eine außerordentliche Abschreibung auf ein Wirtschaftsgut bezeichnet. Eine Teilwertabschreibung ist daher niemals linear.

### (3) Konkrete Berechnung der zeitanteiligen linearen Wertminderung

Um den Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung in einem konkreten Fall anwenden zu können, müssen drei Parameter feststehen: die Abschreibungsbasis, die Gesamtnutzungsdauer des Gutes sowie der Zeitraum, für den der Nichtberechtigte zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Für Pkw und sonstige Fahrzeuge, die primär als Fortbewegungs- bzw. Transportmittel genutzt werden, treten die zu erwartende Gesamtleistung und die vom Nichtberechtigten zurückgelegte Strecke an die Stelle von Gesamtnutzungsdauer und Nutzungsdauer durch den Nichtberechtigten.

Für die Bestimmung der Abschreibungsbasis ist im Rücktrittsfolgenrecht gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 BGB vorrangig auf die von den Parteien vereinbarte Gegenleistung abzustellen.<sup>114</sup> Demgegenüber ist bereicherungsrechtlich nach der herrschenden Meinung gemäß § 818 Abs. 2 BGB der objektive Wert des genutzten Gutes maßgeblich, also der Preis, zu dem es von jedermann auf der Marktstufe des Bereicherungsschuldners hätte erworben werden können.<sup>115</sup> Nach der Mindermeinung, die einen subjektiven Wertbegriff favorisiert, wäre der Betrag maßgeblich, zu dem spezifisch der Bereicherungsschuldner das Gut hätte erwerben können.<sup>116</sup> Auch insofern sind die praktischen Auswirkungen der unterschiedlichen konzeptionellen Ausgangspunkte gering. In der Regel entspricht der vertraglich vereinbarte Kaufpreis dem Marktpreis, der zumeist auch für den Bereicherungsschuldner individuell maßgeblich gewesen wäre.<sup>117</sup>

Keine Einigkeit besteht in der Frage, wie eine etwaige Mangelhaftigkeit des genutzten Gutes bei der Bewertung der vom Nichtberechtigten gezogenen Gebrauchsvorteile zu berücksichtigen ist. Dieses Problem stellt sich besonders häufig im Fall eines mangelbedingten Rücktritts vom Vertrag. Sofern der Mangel die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache einschränkt, so ist nach einer Auffassung bei der Ermittlung der zeitanteiligen linearen Wertminderung als Abschreibungsbasis auf den Wert abzustellen, der sich bei einer Minderung des vertraglich vereinbarten Entgelts gemäß den §§ 441 Abs. 3, 638 Abs. 2 BGB ergäbe.<sup>118</sup> Die Gegenauffassung ermittelt die zeitanteilige lineare Wertminderung hingegen ausgehend vom vollen vereinbarten Entgelt und nimmt hiervon gezielte Abschläge in Abhängig-

<sup>113</sup> Siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

<sup>114</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 257 (November 2011); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 141.

<sup>115</sup> *Supra* 2. Teil:B.I.1.c)aa), S. 270.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> In diesem Sinne auch BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 28 (1.5.2018).

<sup>118</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 258 (November 2011); Soergel/*Lobinger*, 13. Aufl., § 346 BGB Rn. 53 (2010), jeweils m. w. N.

keit von der konkreten mangelbedingten Einschränkung der Nutzbarkeit vor.<sup>119</sup> Die letztgenannte Berechnungsmethode wurde 2005 vom BGH angewendet.<sup>120</sup>

Was die Bestimmung des Abschreibungszeitraums anbelangt, so besteht Einigkeit darüber, dass auf die voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer abzustellen ist.<sup>121</sup> Bei Pkw ist dementsprechend die voraussichtliche Gesamtleistung maßgeblich.<sup>122</sup> Bei gebrauchten Gütern soll es nach überwiegender Auffassung auf die verbleibende Nutzungsdauer bzw. Laufleistung ankommen.<sup>123</sup> Uneinheitlich wird jedoch beurteilt, ob es auf die faktisch mögliche oder auf die gewöhnliche – also die tatsächlich übliche – Nutzungsdauer ankommt.<sup>124</sup> Je nachdem, welcher Auffassung man sich anschließt, fließen unterschiedliche Faktoren in die vom Nichtberechtigten geschuldete Ausgleichsleistung ein. Stellt man auf die tatsächlich mögliche Nutzungsdauer ab, muss der Nichtberechtigte beispielsweise für eine abnutzbare Sache nur Ausgleich für den linear verteilten physischen Verschleiß der Sachsubstanz leisten. Stellt man hingegen auf die gewöhnliche Nutzungsdauer ab, so fließen alle Faktoren in die Bewertung der Gebrauchsvorteile ein, welche die wirtschaftliche Nutzungsdauer eines Gutes bestimmen. Insbesondere bei technischen Geräten spielt beispielsweise die technische Überalterung in der Regel eine größere Rolle für die wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer als irgendeine Form von physischem Verschleiß. Ein zehn Jahre alter Computer funktioniert oft noch einwandfrei. Aufgrund des technischen Fortschritts ist die wirtschaftliche Nutzungsdauer eines Computers jedoch in der Regel wesentlich kürzer. Unabhängig davon, welchem dieser beiden Ansätze man folgt, erfordert die Bestimmung der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer bzw. der Gesamtleistung bei Pkw eine Prognoseentscheidung. Insofern ist problematisch, dass die in der Rechtsprechung für vergleichbare Güter angenommenen Werte stark variieren.<sup>125</sup> Eine Koordinierung hat bislang noch nicht stattgefunden.<sup>126</sup>

<sup>119</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 142.

<sup>120</sup> BGH, 6.10.2005, VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240).

<sup>121</sup> Siehe bspw. BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54f.) sowie Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 258 (November 2011) m. w. N.

<sup>122</sup> Siehe bspw. OLG Köln, 20.5.1987, 2 U 170/86, NJW 1987, 2520.

<sup>123</sup> Siehe bspw. OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 31; Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 261 (November 2011); Wackerbarth, NJW 2018, 1713 (1714f.). Kritisch Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 39.

<sup>124</sup> Davon, dass grundsätzlich die faktisch mögliche Nutzungsdauer maßgeblich ist, geht bspw. aus BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 431 und 434 (15.7.2018). Die gewöhnliche Nutzungsdauer wird bspw. für maßgeblich erachtet von Soergel/Lobinger, 13. Aufl., § 346 BGB Rn. 54 (2010); Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 142.

<sup>125</sup> So auch Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 259 (November 2011) mit Beispielen zu der in der Praxis zu beobachtenden Bandbreite.

<sup>126</sup> Zur Art und Weise, auf der eine solche Koordinierung vorgenommen werden könnte, siehe infra 3. Teil:C.I.3.b), S. 558 ff.

b) Unübersichtliche Kasuistik zur Bestimmung des Bewertungsmaßstabs

Da die Bewertung von Gebrauchsvorteilen im Wesentlichen mit Hilfe nur zweier Bewertungsmaßstäbe erfolgt, erscheint das Potential für Komplexität bei der Bestimmung des in einem konkreten Fall einschlägigen Bewertungsmaßstabs auf den ersten Blick beschränkt zu sein. Dennoch hat sich in der Praxis eine unübersichtliche Kasuistik entwickelt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Bestimmung des Bewertungsmaßstabs von mehreren, matrixartig verschränkten Faktoren abhängt.

aa) Differenzierung zwischen „nicht verschärfter“ und „verschärfter“ Nutzungsausgleichspflicht

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung geht eine „verschärfte“ Haftung des Nichtberechtigten zwingend mit einer Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB anhand des Maßstabs des fiktiven Nutzungsentgelts einher.<sup>127</sup> Ein Rückgriff auf den Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung käme danach nur dann bzw. nur solange in Betracht, als der Nichtberechtigte weder auf Herausgabe des Gutes verklagt noch im Sinne der §§ 819, 990 oder 2024 BGB unredlich ist.<sup>128</sup>

Begründet wird die zwingende Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts mit der Notwendigkeit, einer eigenmächtigen Nutzung fremder Güter vorzubeugen. Wenn der verschärft haftende Nichtberechtigte für die Nutzung eines fremden Gutes weniger zahlen müsste als das fiktive Entgelt für die Nutzungsüberlassung auf Zeit, würde ein Fehlanreiz zur eigenmächtigen Nutzung fremder Güter gesetzt.<sup>129</sup>

Dieses Präventionsargument ist allerdings in zweifacher Hinsicht problematisch. Erstens passt es nicht in allen Fällen verschärfter Haftung. Ein verklagter Nichtberechtigter verletzt nicht zwingend *vorsätzlich* ein fremdes Recht. Dass eine „quasikontraktuelle“ Haftung beispielsweise des Prozessbesitzers unter Präventionsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich ist, räumt mit *Karl-Heinz*

<sup>127</sup> Gursky, JR 1998, 7 (8f.); Staudinger/*ders.*, § 987 BGB Rn. 17 (August 2012); MüKo/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 315; Palandt/*Herrler*, § 987 BGB Rn. 4; Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 257 (November 2011); *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 186. So auch MüKo/*Raff*, § 987 BGB Rn. 22, der sich allerdings im Hinblick auf die Gebrauchsvorteile speziell von Pkw in Fn. 27 selbst widerspricht. Siehe auch *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 89.

<sup>128</sup> Staudinger/*Gursky*, § 987 BGB Rn. 17 (August 2012); MüKo/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 315. Siehe insofern auch *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 89.

<sup>129</sup> Gursky, JR 1998, 7 (8); Staudinger/*ders.*, § 987 BGB Rn. 17 (August 2012). So wohl auch MüKo/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 315.

Gursky sogar der wohl prominenteste Vertreter dieser Auffassung indirekt ein, wenn er ausführt, dass für diese Fallgruppe ein zwingender Rückgriff auf ein fiktives Nutzungsentgelt „rechtspolitisch zumindest vertretbar“ sei.<sup>130</sup> Zweitens würde eine zuverlässige Abschreckung des vorsätzlichen eigenmächtigen Gebrauchs – in umgekehrter Abhängigkeit vom Entdeckungsrisiko und unter Berücksichtigung der Risikopräferenz des Nutzenden – in vielen Fällen eine noch schärfere Haftung erfordern.<sup>131</sup>

Der BGH hat sich zu dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht ausdrücklich geäußert. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1995, die die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines nicht zustande gekommenen Kaufvertrages betraf, hat der BGH allerdings den Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs des Berechtigten nicht zum Anlass genommen, um die Berechnung der vom Nichtberechtigten geschuldeten Gebrauchsvorteile von der zeitanteiligen linearen Wertminderung auf einen fiktiven Mietzins umzustellen.<sup>132</sup> Auch das OLG Koblenz sah 2014 in der Rechtshängigkeit eines auf einen Pkw bezogenen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB keinen Grund für eine Verschärfung der Nutzungsausgleichspflicht des Besitzers. Es bewertete vielmehr die vom Besitzer nach Rechtshängigkeit gezogenen und gemäß §§ 987 Abs. 1, 100 Alt. 2 BGB zu vergütenden Gebrauchsvorteile nach der Formel „(Bruttoverkaufspreis x gefahrene Kilometer): erwartete Gesamtfahrleistung“.<sup>133</sup>

#### *bb) Differenzierung zwischen der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen und Nutzungsüberlassungsverträgen*

Die Ursprünge des Bewertungsmaßstabs der linearen Wertminderung liegen in der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Pkw.<sup>134</sup> Insofern erachtete man einen Rückgriff auf den fiktiven Mietzins für den Zeitraum der Nutzung durch den Käufer für unangemessen, weil der Kauf und die Anmietung eines Pkw zwei grundlegend unterschiedliche Investitionsentscheidungen darstellen.<sup>135</sup> Ein Rückgriff auf die lineare Wertminderung erscheint hier gerade deshalb sachgerecht, weil der Käufer seine Absicht, den Pkw zu kaufen und nicht zu mieten, offengelegt hatte. Genau anders herum verhält es sich, wenn sich ein gegenseitiger Nutzungsüberlassungsvertrag als nichtig herausstellt. In diesem Fall hat der Nichtberechtigte offengelegt, lediglich das Recht zur zeitweiligen Nutzung des Gutes erwerben zu wollen. Nach der herrschenden Meinung muss sich der Nichtberechtigte hieran insofern festhalten lassen, als er als Ausgleich für die Nutzung des Gutes ein fik-

<sup>130</sup> Staudinger/Gursky, § 987 BGB Rn. 18 (August 2012). Siehe dazu auch Staudinger/Thole, § 987 BGB Rn. 33 ff. (November 2019).

<sup>131</sup> Siehe dazu Köndgen, RabelsZ 64 (2000), 661 (684f.) sowie bereits supra 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff.

<sup>132</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251).

<sup>133</sup> OLG Koblenz, 12.3.2014, 3 U 1448/13, MDR 2014, 770 (771).

<sup>134</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), 275 ff.

<sup>135</sup> BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (112f.).

tives Nutzungsentgelt schuldet.<sup>136</sup> Der Streit um die dogmatische Einordnung des vom Nichtberechtigten aufgrund des Nutzungsüberlassungsvertrags Erlangten und die Frage, ob die Ausgleichspflicht eine tatsächliche Nutzung voraussetzt oder ob die bloße Einräumung der Nutzungsmöglichkeit genügt,<sup>137</sup> wirkt sich insofern nicht aus.<sup>138</sup> Es lässt sich daher festhalten, dass ein Rückgriff auf den Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung grundsätzlich nur bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen in Betracht kommt, während im Falle des Scheiterns eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrages die Bewertung der vom Nichtberechtigten genossenen Vorteile stets anhand des Maßstabs eines fiktiven Nutzungsentgelts erfolgt.

Konzeptionelle Schwierigkeiten für eine an den Vertragstyp gekoppelte Bestimmung des Bewertungsmaßstabs bereiten typengemischte Verträge, die wirtschaftlich betrachtet zwischen Nutzungsüberlassungs- und Veräußerungsvertrag stehen. Wie bereits dargelegt, stand die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die vom Abzahlungskäufer nach § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG geschuldete Vergütung dem üblichen Mietzins für das genutzte Gut entspreche, weil ein Kauf auf Ratenzahlung wirtschaftlich dem Abschluss eines Mietverhältnisses über die Kaufsache nahestehet.<sup>139</sup> Hieran ist nach überwiegender Auffassung auch nach Abschaffung des Abzahlungsgesetzes für die mittlerweile in den §§ 507f. BGB geregelten Teilzahlungsgeschäfte festzuhalten.<sup>140</sup> Diese pauschale Gleichsetzung ist problematisch. Es bestehen gewichtige wirtschaftliche Unterschiede zwischen einem Ratenkauf und einem Mietverhältnis.<sup>141</sup> So liegt beispielsweise im Fall des Kaufvertrages die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache beim Käufer, während der zufällige Untergang der Mietsache den Vermieter trifft. Auch für den Fall, dass die genutzte Sache Mängel aufweist, unterscheiden sich die Rechte von Käufer und Mieter. Die vom BGH betonte Gemeinsamkeit besteht allerdings zumindest insofern, dass wirtschaftlich betrachtet sowohl der Mieter als auch der Abzahlungskäufer Kredit in Anspruch nimmt. Wenn dieser Gesichtspunkt ausschlaggebend sein soll, dann müssten Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 BGB allerdings auch bei sonstigen Vertragsgestaltungen, bei denen dies der Fall ist, zwingend mittels eines fiktiven Nutzungsentgelts bewertet werden. Zu denken ist insofern beispielsweise an den Mietkauf sowie an alle Formen des Finanzierungsleasings.

Zumindest bezüglich des Finanzierungsleasings von Pkw ist die Praxis jedoch eine andere. Das LG Gießen hat 1995 im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Leasingvertrages die vom Nichtberechtigten ge-

<sup>136</sup> MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 97 m. w. N.

<sup>137</sup> Supra 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

<sup>138</sup> Für den objektiven Mietwert spricht sich bspw. auch MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 97 aus, der die vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen im Rahmen eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrages als sekundären Bereicherungsgegenstand ansieht.

<sup>139</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)cc), S. 50 f.

<sup>140</sup> MüKo/Schürnbrand/Weber, § 508 BGB Rn. 25; BeckOGK/Haertlein, § 508 BGB Rn. 37 (1.3.2018). Dagegen Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 217 (220f.).

<sup>141</sup> Siehe dazu noch näher infra 3. Teil:C.I.1.a), S. 519 ff.

zogenen Gebrauchsvorteile anhand der Formel für die Ermittlung der linearen Wertminderung von Pkw ermittelt.<sup>142</sup> Dieses Vorgehen entspricht auch der überwiegenden Auffassung in der Literatur.<sup>143</sup> Warum aber im Fall des Finanzierungsleasings der Wert der Gebrauchsvorteile ein anderer sein soll als im Fall eines Ratenkaufs, will nicht recht einleuchten.

Auch jenseits der Problematik der Einordnung typengemischter Verträge stellen sich zahlreiche Abgrenzungsfragen. Soll die zeitanteilige lineare Wertminderung nur dann maßgeblich sein, wenn der Nichtberechtigte den Kaufpreis spätestens bei Lieferung in voller Höhe gezahlt hat? Welches Zahlungsziel kann der Verkäufer dem Käufer einräumen, ohne dass die Bewertungsmethode für die Gebrauchsvorteile wechselt? Wie verhält es sich mit einer Anzahlung? In all diesen Punkten herrscht wenig Klarheit.

*cc) Differenzierung zwischen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge und sonstiger Nutzungsausgleichskonstellationen*

Bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge enthält der von den Parteien abgeschlossene oder zumindest intendierte Vertrag Informationen über die vom Nichtberechtigten beabsichtigte Investitionsentscheidung, die für die Bewertung der von ihm genossenen Gebrauchsvorteile herangezogen werden kann. Wenn Nutzungen außerhalb der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages auszugleichen sind, ist ein solches Datum nicht immer vorhanden. Insofern ist insbesondere an Fallkonstellationen zu denken, in denen der Nichtberechtigte das genutzte Gut unentgeltlich erlangt hat, beispielsweise weil ihm eine Sache geschenkt wurde, die dem Eigentümer i. S. v. § 935 BGB abhandengekommen war, oder weil er sich als Erbschaftsbesitzer zu Unrecht als Erbe berufen fühlt.

Nach welchem Maßstab in einem solchen Fall vom Nichtberechtigten gezogene Gebrauchsvorteile bewertet werden sollen, wird wenig diskutiert.<sup>144</sup> Soweit in der Kommentarliteratur zu den §§ 988, 2020f. BGB hierzu ausdrücklich Stellung genommen wird, sprechen sich die Autoren zumeist für einen Rückgriff auf den Maßstab des fiktiven Nutzungsentgelts aus.<sup>145</sup> Der Umstand, dass der Nichtberechtigte ohne die Erlangung des genutzten Gutes alternativ keinen Nutzungsüberlassungsvertrag über ein vergleichbares Gut abgeschlossen hätte, soll allenfalls im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB Berücksichtigung finden können.<sup>146</sup> Das OLG Koblenz hat hingegen in einem Fall, in dem nach § 988 BGB Nutzungsausgleich für den Gebrauch eines dem Nichtberechtigten geschenkten Pkw geschuldet war,

<sup>142</sup> LG Gießen, 25.1.1995, 1 S 539/94, NJW-RR 1995, 687.

<sup>143</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 1362 m. w. N.

<sup>144</sup> Eine Ausnahme bildet der Beitrag von *Gursky*, JR 1998, 7 (13f.), der sich für das fiktive Nutzungsentgelt als Standardbewertungsmethode ausspricht.

<sup>145</sup> *Staudinger/Gursky*, § 988 BGB Rn. 14 (August 2012); *Staudinger/ders.*, § 2021 BGB Rn. 6 (Juni 2015); *MüKo/Helms*, § 2020 BGB Rn. 5.

<sup>146</sup> *Ibid.*, Rn. 5.



die Gebrauchsvorteile nach der Formel für die Ermittlung der linearen Wertminderung von Pkw bewertet.<sup>147</sup>

*dd) Differenzierung zwischen Gütern mit begrenzter und unbegrenzter bzw. nicht bestimmbarer Nutzungsdauer*

Der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung erfordert die Festlegung einer zeitlich genau umrissenen Nutzungsdauer, über welche die Abschreibungsbasis linear verteilt werden kann. Bei Gütern mit unbeschränkter Nutzungsdauer wäre eine solche Festlegung zwar nicht unmöglich, aber zum Zweck der Bewertung der von Nichtberechtigten genossenen Gebrauchsvorteile *per definitionem* willkürlich.<sup>148</sup> Ein Rückgriff auf die zeitanteilige lineare Wertminderung scheidet daher für Güter mit unbeschränkter Nutzungsdauer aus. Dies betrifft beispielsweise Land, Kunstwerke sowie Gegenstände aller Art, wenn sie als Sammlerstücke so aufbewahrt werden, dass sich ihre Substanz im Zeitablauf nicht nennenswert verschlechtert. An einer bestimmbaren Nutzungsdauer fehlt es aber auch bei Gütern, die zwar grundsätzlich einem nutzungsbedingten Verschleiß unterliegen, für die es aber möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist, durch Investitionen in die Instandhaltung des Gutes dessen Lebensdauer *ad infinitum* zu verlängern. Ein Beispiel sind alte und wertvolle Musikinstrumente, die häufig keine Museumsstücke sind, sondern aufgrund ihrer besonderen Klangeigenschaften von professionellen Musikern bespielt werden.<sup>149</sup>

Im Hinblick auf solche Güter erweist es sich als problematisch, dass sich im „juristischen Werkzeugkasten“ der herrschenden Meinung nur zwei Methoden zur Bewertung von Gebrauchsvorteilen befinden. Aus diesem banalen Grund bleibt ihr nichts anderes übrig, als den vom Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleich auch dann auf Grundlage eines fiktiven Nutzungsentgelts zu berechnen, wenn sie diesen Bewertungsmaßstab eigentlich für ungeeignet hält.<sup>150</sup> Dies betrifft insbesondere die Rückabwicklung von Kaufverträgen. Es ist schon

<sup>147</sup> OLG Koblenz, 12.3.2014, 3 U 1448/13, MDR 2014, 770 (771). Dass es sich bei dem Pkw um ein Geschenk gehandelt hatte, ist der umfangreicheren Veröffentlichung der Entscheidung in juris zu entnehmen.

<sup>148</sup> Für steuerliche Zwecke hat der BFH die Restnutzungsdauer einer über 300 Jahre alten Meistergeige, die „in tadellosem Zustand und für den täglichen Gebrauch im Konzertalltag hervorragend geeignet“ war, „aus Praktikabilitätsgründen“ auf weitere 100 Jahre festgelegt, obwohl der Wert der Geige tendenziell im Zeitablauf stieg und ungeachtet des Umstandes, das dem gebrauchsbedingten Verschleiß durch den Einsatz im Konzertbetrieb durch Erhaltungsmaßnahmen entgegengewirkt werden kann, BFH, 26.1.2001, VI R 26/98, BStBl. II 2001, 194 f.

<sup>149</sup> Zu einem solchen Fall siehe *ibid.*, S. 194.

<sup>150</sup> Siehe bspw. Tillkorn, Der Nutzungsersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013, S. 53: „Bei Kaufsachen, deren Wert durch Zeitablauf und Nutzung nicht gemindert, sondern gegebenenfalls noch gesteigert wird, wie Grundstücke, Unternehmen und Antiquitäten, funktioniert die lineare Teilwertabschreibung nicht. Da eine Berechnungsmethode fehlt, die den Umfang der gezogenen Nutzungen adäquat ausdrückt, müssen die Gebrauchsvorteile mithilfe des durchschnittlichen Miet- oder Pachtzinses pauschaliert werden.“

bemerkenswert, dass die herrschende Meinung betont, dass Kauf und Miete grundverschiedene wirtschaftliche Dispositionen darstellen und daher die Gebrauchsvorteile einer Kaufsache keinesfalls mit einem fiktiven Mietzins angesetzt werden dürfen – um dann *volens volens* genau dies zu tun, wenn sich für das genutzte Gut keine Gesamtnutzungsdauer bestimmen lässt.<sup>151</sup>

*Beispiel 23*<sup>152</sup>

*A verkauft B ein Motorrad Baujahr 1924 mit der Zusicherung, dieses sei „restauriert“ und für eine Verwendung im Straßenverkehr geeignet. Später stellt sich heraus, dass der Hauptrahmen durchgerostet und das Motorrad daher nicht verkehrstauglich ist. Daraufhin verlangt B von A die Wandlung des Kaufvertrages. A und B streiten darüber, ob A von B einen Ausgleich dafür fordern kann, dass B das Motorrad mehrere Monate in seinem Besitz hatte. B ist mit dem Motorrad nicht gefahren.*

„Der Anspruch auf Erstattung von Gebrauchsvorteilen entfällt nicht deshalb, weil es sich bei dem streitigen Fahrzeug um ein Liebhaberstück handelt, [...]. Der Besitz eines attraktiven Oldtimers kann selbst dann wirtschaftlich bewertet werden, wenn er im wesentlichen der Repräsentation auf Ausstellungen oder bei historischen Fahrten dient, *ja selbst, wenn er nur dazu dient, sich an seinem Besitz zu erfreuen oder andere zu beeindrucken.* [...] Bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung kann nicht von den bei der Rückabwicklung von Gebrauchtfahrzeugkäufen üblichen Grundsätzen ausgegangen werden, wonach allein der Umfang der gefahrenen Kilometer maßgeblich ist. [...] Sachgerecht ist bei einem Oldtimerfahrzeug – *mangels anderer erkennbarer Kriterien* – vielmehr ein Ausgleich der Gebrauchsvorteile, der sich am üblichen Mietzins eines derartigen Fahrzeugs orientiert.“<sup>153</sup>

Um zumindest zu verhindern, dass der Käufer wegen der Bewertung der Gebrauchsvorteile anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages mehr an Nutzungsausgleich leisten muss, als er für den käuflichen Erwerb des Gutes hätte ausgeben müssen, wird der geschuldete Nutzungsausgleich von der Rechtsprechung der Höhe nach auf den Wert des genutzten Gutes beschränkt.<sup>154</sup> Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll das fiktive Nutzungsentgelt zudem um den pauschalierten Gewinnanteil des Überlassenden zu kürzen sein, im Fall einer Sache also um einen pauschalierten Vermietergewinn.<sup>155</sup>

Zu der wenig befriedigenden Notwendigkeit, bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Güter ohne bestimmbare Nutzungsdauer stets ein fiktives Nutzungsentgelt zugrunde legen zu müssen, tritt noch die praktische Schwierig-

<sup>151</sup> Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 272 (November 2011).

<sup>152</sup> Basierend auf OLG Köln, 26.5.1997, 7 U 185–96, NJW-RR 1998, 128 ff.

<sup>153</sup> Ibid., S. 129 [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>154</sup> Siehe bspw. BGH, 14.6.1967, VIII ZR 49/65, NJW 1967, 1807 f. (zu § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG); Wernecke, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 116.

<sup>155</sup> Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 264 (November 2011); Hagmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 153; Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 143 f.

keit hinzu, dass es für bestimmte Arten von Gütern nicht offensichtlich ist, ob ihre Nutzungsdauer für die Zwecke des Nutzungsausgleichs bestimmbar ist oder nicht. Dieses Problem stellt sich beispielsweise dann, wenn nicht sicher beurteilbar ist, ob es dauerhaft wirtschaftlich sinnvoll ist, dem nutzungsbedingten Verschleiß durch Erhaltungsmaßnahmen entgegenzuwirken. Während die Abwägung bei einer *Stradivari* im Wert von mehreren Millionen Euro wohl stets für die Erhaltung ausfallen dürfte, fällt die Abwägung bei einer im Konzertbetrieb stark beanspruchten Meistergeige jüngeren Datums womöglich anders aus.<sup>156</sup>

Besonders praxisrelevant ist die Unsicherheit bezüglich des Bewertungsmaßstabs für den Fall, dass der Nichtberechtigte Ausgleich für die aus einem Gebäude gezogenen Gebrauchsvorteile schuldet. Lange Zeit herrschte in Rechtsprechung und Literatur weitgehende Einigkeit darüber, dass im Falle der Eigennutzung eines Gebäudes, beziehungsweise von Räumen in einem Gebäude, der Nichtberechtigte stets Nutzungsausgleich in Höhe eines fiktiven Mietzinses schulde. Dieser Konsens wurde im Jahr 2005 durch eine Entscheidung des VII. Zivilsenats<sup>157</sup> erschüttert. Der BGH berechnete die im Wege des Vorteilsausgleichs auf den Schadensersatzanspruch des Käufers anzurechnenden Gebrauchsvorteile mittels einer linearen Abschreibung des Kaufpreises über eine angenommene Nutzungsdauer der Eigentumswohnung von 80 Jahren.<sup>158</sup> Ausgehend von dieser Entscheidung wird in der Literatur gefordert, bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Immobilien Gebrauchsvorteile, wie bei beweglichen Sachen, ganz allgemein anhand des Maßstabs der zeitanteiligen linearen Wertminderung zu bewerten.<sup>159</sup> Diese Berechnungsweise konnte sich innerhalb des BGH jedoch zunächst nicht allgemein durchsetzen. Der V. Zivilsenat hielt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006<sup>160</sup> zunächst ausdrücklich daran fest, dass die Gebrauchsvorteile eines Hausgrundstücks i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB grundsätzlich anhand eines fiktiven Mietzinses zu bewerten seien. Die vom VII. Zivilsenat gewählte Bewertungsmethode sei nur im Rahmen des schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleichs und auch nur dann anwendbar, wenn sich der Gläubiger darauf beschränke, schlicht den Leistungsaustausch rückgängig zu machen.<sup>161</sup> Wenn hingegen beispielsweise der schadensersatzberechtigte Käufer nicht nur die Rückzahlung des Kaufpreises verlange, sondern „im Rahmen des großen Schadensersatzes auch seine Investitionsentscheidung rückgängig macht“, dann müsse er sich „auf diese Schadensposition den – nach dem üblichen Mietzins berechneten – vollen Wert der Eigennutzung anrechnen lassen“.<sup>162</sup> Von einer Rückgängigmachung der Investitionsentscheidung ging der V. Zivilsenat aus, wenn der Käufer vom Verkäufer zusätzlich zum Kauf-

<sup>156</sup> Zu einem solchen Fall siehe BFH, 26.1.2001, VI R 26/98, BStBl. II 2001, 194.

<sup>157</sup> BGH, 6.10.2005, VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 ff.

<sup>158</sup> Ibid., S. 239.

<sup>159</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 266 (November 2011).

<sup>160</sup> BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 ff.

<sup>161</sup> Ibid., S. 114 f.

<sup>162</sup> Ibid., S. 116.

preis „die Herausgabe der aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen und/oder Ersatz von Finanzierungs- und/oder Betriebskosten verlangt.“<sup>163</sup>

Der Rechtsprechung des V. Zivilsenats ist zu Recht entgegengehalten worden, dass es bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung der herrschenden Meinung entsprach, dass die im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigenden Gebrauchsvorteile nach den gleichen Grundsätzen zu ermitteln sind wie im Rücktrittsfolgenrecht.<sup>164</sup> Seit der Schuldrechtsmodernisierung ergibt sich dies ausdrücklich aus der Verweisung in § 281 Abs. 5 BGB auf die §§ 346 ff. BGB. Dem letztgenannten Argument konnte sich schließlich auch der V. Zivilsenat nicht verschließen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 gab er seine frühere, zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung entwickelte Rechtsprechung ausdrücklich auf und schloss sich im Ergebnis dem VII. Zivilsenat an.<sup>165</sup> Die Beseitigung der Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz durch § 325 BGB und die Entscheidung des Gesetzgebers, den Ausgleich von Nutzungen rücktrittsrechtlich zu regeln, zwingt zu einer einheitlichen Bewertung von Nutzungen.<sup>166</sup>

Damit ist aber noch nicht zwingend gesagt, nach welchem Maßstab die einheitliche Bewertung zu erfolgen hat. Wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung mit einem Rücktritt vom Vertrag kombiniert, kann er gemäß § 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB vom Verkäufer die von diesem aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen verlangen. Er macht also – in der ursprünglichen Diktion des V. Zivilsenats – seine Investitionsentscheidung rückgängig. Daher hätte es an sich nahe gelegen, den objektiven Mietwert zum einheitlichen Bewertungsmaßstab zu erheben.<sup>167</sup> Hieran sah sich der V. Zivilsenat jedoch durch § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB gehindert, wonach für die Berechnung des Wertersatzes die im Vertrag bestimmte Gegenleistung maßgeblich ist. Angesichts des in § 433 Abs. 1 BGB beschriebenen Pflichtenprogramms des Verkäufers stelle der Kaufpreis auch eine Gegenleistung für den Besitz der Kaufsache und ihre Nutzung durch den Käufer dar und sei daher für die Berechnung des Werts der Nutzungen heranzuziehen.<sup>168</sup> Denkt man dies konsequent zu Ende, so folgt daraus, dass aufgrund von § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB eine Bewertung von Gebrauchsvorteilen mittels des objektiven Mietwertes für die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge generell ausgeschlossen ist. Der BGH bringt dies selbst wie folgt auf den Punkt: „Die Entscheidung des Käufers, das Grundstück zu kaufen und nicht zu mieten, schließt damit den Rückgriff auf den Mietwert aus [...]“<sup>169</sup>

Vor dem dargestellten Rechtsprechungswechsel begründete der V. Zivilsenat die Angemessenheit einer Bewertung der Gebrauchsvorteile von Gebäuden mit einem

<sup>163</sup> BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3441).

<sup>164</sup> Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB Rn. 264 (November 2011).

<sup>165</sup> BGH, 30.6.2017, V ZR 134/16, NJW 2017, 3438 (3441).

<sup>166</sup> *Ibid.*, S. 3441.

<sup>167</sup> *Ibid.*, S. 3441.

<sup>168</sup> *Ibid.*, S. 3441.

<sup>169</sup> *Ibid.*, S. 3441.

fiktiven Mietzins zusätzlich mit einem Argument, das auch in der Literatur viel Wiederhall findet: Anders als bei beweglichen Sachen seien der Kauf und die langfristige Anmietung einer Immobilie grundsätzlich *vergleichbare* Investitionsentscheidungen.<sup>170</sup> Um zu erkennen, dass diese Aussage in ihrer Allgemeinheit falsch ist, genügt es, sich in die Lage einer Person zu versetzen, die vor 20 Jahren vor der Wahl stand, eine Eigentumswohnung in der Innenstadt von Frankfurt, München oder Stuttgart zu mieten oder zu kaufen – und sich für die Mietvariante entschieden hat. Aber auch speziell im Hinblick auf den Nutzungsausgleich trägt das Gleichwertigkeitsargument nicht. Auf dem Immobilienmarkt können sich Miet- und Kaufpreise über längere Zeiträume hinweg asynchron entwickeln. Wenn die Kaufpreise längere Zeit stärker gestiegen sind als die Mieten, kann es günstiger sein, zu mieten als zu kaufen – und umgekehrt.

Unabhängig davon, wie man sich in diesem Meinungsstreit positioniert, ruft es ein gewisses Störgefühl hervor, wie extrem die sich nach den beiden Maßstäben ergebenden Werte voneinander abweichen. So ergab sich in der Entscheidung des VII. Zivilsenats für eine Eigentumswohnung, die in der Anschaffung 172.688,83 € gekostet hatte, bei einer Abschreibung über 80 Jahre und bei unterstellter Mangelfreiheit der Wohnung eine Ausgleichsleistung von nur 2.158 €, die der Käufer pro Jahr für das Bewohnen der Wohnung an den Verkäufer hätte zahlen müssen.<sup>171</sup> In der Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 2006 stand einem auf der Grundlage einer Abschreibung über 60 Jahre ermittelten Wert der Gebrauchsvorteile für eine mehr als acht Jahre dauernde Nutzung i. H. v. 22.230,89 € eine auf der Grundlage einer fiktiven Miete berechnete Forderung des Verkäufers i. H. v. 80.000 € gegenüber.<sup>172</sup>

### ee) Sonderdogmatik für den Gebrauch von Geld

Geld ist ein besonderes Gut. Für *Friedrich Carl von Savigny* bestand seine Eigenart darin, dass es seinem Besitzer ohne weiteres Erträge bringt.<sup>173</sup> Angesichts dieser angenehmen Eigenschaft von Geld sollte es naheliegen, dass seine Nutzung einen Wert hat und dass derjenige, der fremdes Geld zu Unrecht nutzt, hierfür einen Ausgleich schuldet. Dogmatisch betrachtet ist die Sache jedoch nicht so einfach. Insofern ist zunächst klarzustellen, dass genau genommen nicht das „Geld“ an sich genutzt wird, sondern das in Geldeinheiten ausgedrückte Kapital.<sup>174</sup> Der

<sup>170</sup> BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (113). In der Literatur wird dieses Argument bspw. vertreten von *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 51; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 183.

<sup>171</sup> BGH, 6.10.2005, VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (236 ff.).

<sup>172</sup> BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (109).

<sup>173</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, 1847, S. 133: „Bei entwickeltem Verkehr ist die zinsbare Benutzung des baaren Geldes in solchem Grade üblich und verbreitet, daß man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden.“

<sup>174</sup> In diesem Sinne bspw. auch *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 52.

Begriff „Geld“ bezeichnet abstrakt ein universelles, das heißt von den Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr allgemein akzeptiertes, Tauschmittel.<sup>175</sup> Dementsprechend ist Geld nicht auf eine bestimmte Erscheinungsform festgelegt.<sup>176</sup> Alles, was in einer Gesellschaft als universelles Tauschmittel anerkannt ist, ist „Geld“. Aus seiner Funktion als Tauschmittel folgt zugleich, dass Geld im Prozess seiner Nutzung nahezu zwangsläufig umgeschlagen wird.<sup>177</sup> Dies ist offensichtlich, wenn ein Nichtberechtigter Geld auf einem Gütermarkt einsetzt, um ein bestimmtes Gut zu erwerben, wenn er also beispielsweise ein Bankguthaben von 10.000 € einsetzt, um eine Maschine zu kaufen. Aber auch eine Investition des im Geld ausgedrückten Kapitals auf dem Kapitalmarkt geht mit einer Umschichtung einher, sei es, dass ein Bankguthaben zum Kauf von Wertpapieren verwendet wird, sei es, dass es nur von einem unverzinslichen Kontokorrentkonto auf ein verzinsliches Anlagekonto umgebucht wird.

Der notwendige Vorgang der Umschichtung von Geld lässt sich mit der auf dem Normenbestand des BGB aufbauenden Dogmatik des Nutzungsausgleichs nicht bewältigen. Wie bereits dargestellt, steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, dass die Verwertung der Substanz eines Gutes durch Verbrauch oder Verkauf keinen Gebrauch darstellt.<sup>178</sup> Für die Fruchtziehung gilt der Substanzerhaltungsgrundsatz zwar nur mit Einschränkungen. Aber auch insofern ist allgemein anerkannt, dass das genutzte Gut grundsätzlich bestehen bleiben muss. Deshalb kann zwar abgebaute Kohle Frucht eines Grundstücks sein, nicht aber das Fleisch Frucht des *Cosack'schen* Mastochsen.<sup>179</sup> Nimmt man den Grundsatz der Substanzerhaltung als Schranke des Nutzungsbegriffs ernst, so dürfte ein „Gebrauchen“ von Geld i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB von vornherein nicht in Betracht kommen.<sup>180</sup>

Praktisch relevant geworden ist dieses dogmatische Problem in Fällen, in denen ein redlicher und unverklagter Nichtberechtigter rechtsgrundlos erlangtes Geld zur Tilgung von Schulden verwendet hatte. Bis zu einer Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1998 (!) war umstritten, ob ein Bereicherungsschuldner unter diesen Voraussetzungen neben der Rückzahlung des Geldes Ausgleich für den Vorteil schuldet, den er dadurch erlangt hat, dass er durch die Tilgung der Schulden Sollzinsen erspart hat. Teilweise wurde dies insbesondere unter Verweis auf die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Erzielung von Kapitalerträgen – die

---

<sup>175</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

<sup>176</sup> Ibid., Rn. 5 ff.

<sup>177</sup> *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 93 ff.; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 11 a. E. (1.5.2018). Siehe auch *Büttner*, BB 1970, 233 (234).

<sup>178</sup> Supra 1. Teil:B.I.3.b), S. 31 ff.

<sup>179</sup> Supra 1. Teil:B.I.3.b), S. 31 ff.

<sup>180</sup> *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 93 ff., dem jedoch in den Konsequenzen, die er hieraus ziehen will, nicht zu folgen ist. Siehe dazu infra 2. Teil:B.II.3.b)cc), S. 366 ff. Siehe auch BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 11 a. E. (1.5.2018). Zur Problematik der Beziehung der Nutzungsausgleichspflicht auf das mittels des falsch zugeordneten Geldes erworbene Surrogat siehe infra 2. Teil:C.III.3, S. 422 ff.

nach der ganz herrschenden Meinung als Nutzungen auszugleichen sind<sup>181</sup> – und der Ersparnis von Schuldzinsen bejaht.<sup>182</sup> Nach der Gegenauffassung – die sich auch auf eine entsprechende Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>183</sup> stützen konnte – sollte hingegen keine Ausgleichspflicht bestehen, da das rechtsgrundlos erlangte Geld durch die Verwendung zur Schuldentilgung nicht gebraucht, sondern verbraucht werde.<sup>184</sup>

Die Frage, ob ersparte Sollzinsen unter den Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB subsumiert werden könnten, stellte sich im Hinblick auf einen nicht verschärft haftenden Bereicherungsschuldner in besonders zugespitzter Form, da es in dieser Konstellation um „alles oder nichts“ ging. Demgegenüber wurde der Problematik im Rücktrittsfolgenrecht vor der Schuldrechtsmodernisierung durch § 346 S. 2 BGB a. F. ein erheblicher Teil ihrer Schärfe genommen. Nach dieser Vorschrift war der Rückgewährschuldner – beispielsweise der Verkäufer – stets zur Verzinsung von empfangenem Geld – beispielsweise in Gestalt des Kaufpreises – mit dem gesetzlichen Zinssatz verpflichtet. In gleicher Weise hafteten verschärft haftende Bereicherungsschuldner und generell alle Geldschuldner ab Klageerhebung gemäß § 291 BGB. Im Fall der verschärften Bereicherungshaftung half zusätzlich die sich aus § 987 Abs. 2 BGB (i. V. m. §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 2 BGB) ergebende Haftung für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen.

Als der BGH 1998 erstmals<sup>185</sup> gezwungen war, zu dem Problem Stellung zu beziehen, entschied er sich gegen eine strikt dogmatische und für eine wirtschaftliche Betrachtung:<sup>186</sup>

„[D]er Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos erhaltenes Kapital zur Bezahlung eigener Schulden genutzt hat, [hat] die aus dem Gebrauch dieses Geldes ersparten Schuldzinsen für das von ihm aufgenommene Darlehen nach § 818 Abs. 1 BGB analog als (Gebrauchs-)Vorteil herauszugeben.“<sup>187</sup>

<sup>181</sup> Siehe dazu infra 2. Teil: B. II. 3. b) aa), S. 358 ff.

<sup>182</sup> *Büttner*, BB 1970, 233; *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (129).

<sup>183</sup> RG, 21.4.1932, IV 124/31, RGZ 136, 135 (136): „Nicht haltbar ist ferner die für den ganzen Betrag angestellte Erwägung des Berufungsgerichts, die Stadt habe Nutzungen von dem empfangenen Geld in Höhe der Vertragszinsen gezogen, da sie sonst das Geld von anderer Seite hätte aufnehmen und in gleicher Höhe verzinsen müssen, diese Zinsen also erspart hätte. Ersparte Zinsen sind keine Nutzungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, auch nicht, soweit dieses Zinsen als Vorteile bezeichnet, welche der Gebrauch der Sache gewährt.“ Siehe ferner bspw. RG, 26.6.1936, VII 282/35, WarnRspr 1936, 272 (273).

<sup>184</sup> *Gretter*, DB 1995, 516.

<sup>185</sup> BGH, 8.10.1987, VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41 (47) hatte die Frage noch dahinstehen lassen.

<sup>186</sup> BGH, 6.3.1998, V ZR 244/96, BGHZ 138, 160 (164): „Für die auf wirtschaftlicher Betrachtung aufbauende Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners kann jedoch kein entscheidender Unterschied darin liegen, ob er das erlangte Geld zinsbringend anlegt und damit sein Vermögen vermehrt oder ob er eine Verminderung seines Vermögens vermeidet, indem er eine eigene (hochverzinsliche) Schuld ablöst.“

<sup>187</sup> *Ibid.*, S. 165. Zustimmend bspw. *Musielak*, JA 2017, 1 f.

Da allerdings eine Zinersparnis nicht physisch herausgegeben werden kann – noch nicht einmal „analog“ –, muss der Bereicherungsschuldner letztlich gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten.<sup>188</sup> Wie der BGH später ausdrücklich klarstellte, ist der Bereicherungsschuldner konsequenterweise auch dann ausgleichspflichtig, wenn er mit dem rechtsgrundlos erlangten Geld keine Schulden tilgt, sondern bereits die Aufnahme eines Darlehens vermeiden kann.<sup>189</sup>

Dieser Rechtsprechung ist insofern vorbehaltlos zuzustimmen, als es mit Blick auf das wirtschaftliche Ergebnis in der Tat unhaltbar wäre, für das Bestehen einer Nutzungsausgleichspflicht zwischen erzielten Habenzinsen und ersparten Sollzinsen zu unterscheiden.<sup>190</sup> Bereicherungsschuldner unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, ob sie das erlangte Geld auf ein kreditorisches oder ein debitorisches Konto überweisen, wäre offensichtlich willkürlich. Bemerkenswert ist allerdings, dass der BGH noch nicht einmal den Versuch unternimmt, die von ihm gefundene Lösung dogmatisch zu untermauern. Er macht sich vielmehr die im Kern pragmatische Argumentation *Werner Flumes* in dieser Frage zu eigen.<sup>191</sup> *Flume* hatte sich aufgrund der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte dafür ausgesprochen, dass der Bereicherungsschuldner im Falle der Tilgung von Schulden ebenso Nutzungsausgleich zu leisten habe wie im Falle einer verzinslichen Anlage. Die Gegenauffassung schmähte *Flume* als „Buchstabenjurisprudenz“. Der Verzicht auf Nutzungsausgleich bei der Tilgung von Schulden sei keine sich „natürlich“ aus der Dogmatik ergebende Lösung, sondern beruhe auf einer naturalistischen Unterscheidung von Gebrauch und Verbrauch.<sup>192</sup>

### c) Schwächen der praktizierten Bewertungsmaßstäbe

Sowohl der Bewertungsmaßstab des fiktiven Nutzungsentgelts (aa) als auch der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung (bb) weisen erhebliche Schwächen auf. Auch die Bewertung der Gebrauchsvorteile mit vom Nichtberechtigten ersparten Sollzinsen ist nicht überzeugend (cc).

#### aa) Schwächen des Bewertungsmaßstabs „fiktives Nutzungsentgelt“

Der Bewertungsmaßstab des „fiktiven Nutzungsentgelts“ leidet unter zwei zentralen Schwächen: Er versagt, wenn für das genutzte Gut kein Nutzungsüberlassungsmarkt existiert (1), und er fingiert zwischen den Parteien im wirtschaftlichen

<sup>188</sup> Insofern (etwas) folgerichtiger BGH, 16.7.1999, V ZR 56–98, NJW 1999, 2890 (2891): „Hat der Bereicherungsschuldner das erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwandt, hat er die dadurch ersparten Zinszahlungen entsprechend § 818 I und II BGB als Vorteile aus dem Gebrauch des Geldes an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben.“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>189</sup> BGH, 24.5.2012, IX ZR 125/11, NJW-RR 2012, 1511 (1512).

<sup>190</sup> Nicht sachgerecht ist es hingegen, den Umfang der Ausgleichspflicht anhand der vom Nichtberechtigten ersparten Sollzinsen zu bestimmen. Siehe dazu infra 3. Teil:C.I.2.c)aa), S. 531 ff.

<sup>191</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (129).

<sup>192</sup> *Ibid.*, S. 129.



Ergebnis einen Nutzungsüberlassungsvertrag, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre (2).

(1) Fehlen eines Marktes für die zeitlich begrenzte Überlassung des Gutes zur Nutzung

Eine Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts ist offensichtlich dann unpraktisch, wenn kein Markt für eine zeitlich begrenzte Überlassung des Gutes existiert.<sup>193</sup> Aus unterschiedlichen Gründen existiert nicht für alle Güter, die am Markt käuflich erworben werden können, ein korrespondierender Markt für den Erwerb der zeitlich beschränkten Nutzungsmöglichkeit. Vielfach sind die Transaktionskosten bei einer zeitlich befristeten Überlassung zu hoch. Bei bestimmten Gütern, wie etwa Alltagskleidung, fehlt es wohl auch schlicht an einer entsprechenden Nachfrage. Im Zeitablauf hat sich diese Lücke zwischen Gütern, die nur käuflich zu erwerben sind, und Gütern, die sowohl gekauft als auch auf Zeit genutzt werden können, immer weiter geschlossen. Zuletzt hat hierzu eine massive Senkung der Transaktionskosten aufgrund technologischen Fortschritts beigetragen.<sup>194</sup> Nichtsdestotrotz besteht diese Lücke nach wie vor.

Umso bemerkenswerter ist es, dass das fiktive Nutzungsentgelt lange Zeit als der einzige Bewertungsmaßstab für Gebrauchsvorteile fungierte. Für den Fall, dass es für ein Gut an einem Mietmarkt fehlte, wich die Rechtsprechung auf eine doppelte Fiktion aus. Bei der Bewertung von Gebrauchsvorteilen wurde nicht nur aus einem von den Parteien nicht geschlossenen und in diesem Sinne fiktiven Nutzungsüberlassungsvertrag ein fiktives Nutzungsentgelt abgeleitet. Vielmehr wurde zusätzlich auch noch der Nutzungsüberlassungsmarkt fingiert, auf dem die Parteien ein solches fiktives Entgelt hätten vereinbaren können. 1932 hatte der II. Zivilsenat des Reichsgerichts ein solches Vorgehen für die Ermittlung der nach § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG geschuldeten Nutzungsvergütung noch abgelehnt. Er ging dabei von der zutreffenden Überlegung aus, dass das Fehlen eines Mietmarktes bedeutet, dass es für einen potentiellen Vermieter nicht rentabel ist, die Mietsache auf dem Markt zu einem Preis anzubieten, zu dem ein potentieller Mieter bereit wäre, die Sache anzumieten. Wenn man nun aber eine fiktive Mietsache so kalkuliere, dass die Vermietung rentabel wäre, würde dies den Ausgleichspflichtigen benachteiligen, da offensichtlich niemand bereit ist, zu diesem Preis zu mieten.<sup>195</sup> 1935 stellte sich der I. Zivilsenat hingegen auf den Standpunkt, dass dann, „[w]enn es

<sup>193</sup> Siehe zu diesem Problem bereits RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 (33); BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (331).

<sup>194</sup> Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Entstehung eines Mietmarktes für modische Kleidung in den USA. Siehe dazu *The Economist*, Ausgabe vom 9.6.2018, S. 59. Speziell zum Gesichtspunkt der Bereitschaft von Konsumenten zum Tragen von gebrauchter Kleidung: „Constant novelty seems to outweigh the ‚yuck‘ factor of wearing something that rubbed against someone else’s skin not long ago.“

<sup>195</sup> RG, 4.10.1932, II 160/32, RGZ 138, 28 (32f.) So auch *Janka*, BB 1950, 10.

einen üblichen Mietpreis nicht gibt, [...], dieser [...] unter Heranziehung des § 287 ZPO gefunden werden [muss].<sup>196</sup> Dem hat sich der BGH angeschlossen:

„Der Wortlaut des [§ 2 Abs. 2 S. 2 AbzG] bietet [keinen] Raum für eine [...] im Ergebnis verschiedene Behandlung solcher Sachen, die üblicherweise vermietet zu werden pflegen, und solcher, bei denen dies nicht der Fall ist. [...] Ist eine übliche Miete für den Gegenstand des Abzahlungskaufes nicht festzustellen, so bedarf es einer besonderen Ermittlung derjenigen Vergütung, die zwischen den Parteien des Abzahlungsgeschäfts den angemessenen Ausgleich schaffen kann. Es liegt in der Natur der Sache, daß das Ziel dieser Ermittlung nur eine Vergütung sein kann, wie sie sich unter gewöhnlichen Umständen als üblicher Mietzins ergeben würde, wenn eine Vermietung üblich wäre oder einmal würde. Deshalb müssen hier alle diejenigen Umstände berücksichtigt werden, die auch sonst für die Berechnung einer Miete maßgebend zu sein pflegen.“<sup>197</sup>

Es liegt auf der Hand, dass der Versuch, einen Marktpreis für ein Gut zu bestimmen, für das es keinen Markt gibt, unbefriedigend ist. Wer so vorgeht, läuft Gefahr, dem nahezukommen, was *Leo von Petrazycki* als „Schätzung aufs Gerathewohl“<sup>198</sup> bezeichnete. Dennoch entspricht es nach wie vor der herrschenden Meinung, einen Nutzungsüberlassungsvertrag notfalls zu fingieren.<sup>199</sup> Allerdings hat die praktische Relevanz des Problems stark nachgelassen. Denn erstens existiert, wie bereits erwähnt, für immer mehr Güter ein Marktpreis für die zeitlich begrenzte Nutzungsüberlassung, und zweitens ist der Anwendungsbereich des Bewertungsmaßstabs des fiktiven Nutzungsentgelts, wie ebenfalls bereits dargelegt, sukzessive geschrumpft.

## (2) Fiktion eines Nutzungsüberlassungsvertrags

Wenn Gebrauchsvorteile anhand eines fiktiven Entgelts für die Nutzungsüberlassung des Gutes bewertet werden, so bedeutet dies letztlich, dass der Nutzungsausgleichspflichtige so gestellt wird, als ob er für den Nutzungsausgleichszeitraum einen Nutzungsüberlassungsvertrag mit dem Nutzungsausgleichsberechtigten abgeschlossen hätte.

Einen solchen Vertrag haben die Parteien jedoch nicht abgeschlossen.<sup>200</sup> Sonst wäre kein Nutzungsausgleich erforderlich. Besonders problematisch ist der Maßstab des fiktiven Nutzungsentgelts, wenn Nutzungsausgleich im Rahmen der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags geschuldet wird. Denn hier haben die Parteien ihre Absicht offengelegt, das Gut dauerhaft und nicht le-

<sup>196</sup> RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 (350).

<sup>197</sup> BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (333 f.).

<sup>198</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 88.

<sup>199</sup> *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 143 f. m. w. N.

<sup>200</sup> Jedenfalls nicht wirksam. Wenn ein Nutzungsüberlassungsvertrag im Stadium der Vertragsdurchführung scheitert, kann er in der Regel nur *ex nunc* beendet werden, siehe supra 1. Teil: B.II.2.a)aa(2), S. 45 f. und infra 3. Teil: B.II.2.b)bb(1), S. 490 ff.

diglich auf Zeit zur Nutzung zu übertragen. Gerade aus diesem Grund hat die Rechtsprechung den Bewertungsmaßstab des „fiktiven Nutzungsentgelts“ für die Rückabwicklung von Kaufverträgen über Güter mit zeitlich begrenzter Nutzungsdauer durch den Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung ersetzt. Da Miete und Kauf unterschiedliche Investitionsentscheidungen darstellen und der Käufer durch den – eventuell nur vermeintlichen – Abschluss des rückabzuwickelnden Kaufvertrages seine Investitionsabsicht dokumentiert hat, könne im Rahmen der Rückabwicklung nicht unterstellt werden, er sei bereit gewesen, den marktüblichen Mietzins für die Kaufsache zu zahlen.<sup>201</sup> In Rechtsprechung und Literatur findet sich insofern oft die Aussage, dass bei einer Bewertung der vom Nichtberechtigten genossenen Gebrauchsvorteile anhand des Mietzinses nicht der von den Parteien geschlossene Kaufvertrag, „sondern fiktiv ein Miet- oder Pachtvertrag rückabgewickelt“ würde.<sup>202</sup> Der gedankliche Umweg über eine Rückabwicklung ist jedoch nicht nötig. Wenn der Nichtberechtigte die Kaufsache genutzt hat und hierfür den marktüblichen Mietzins zahlen muss, so wird er so gestellt, als hätte er einen Mietvertrag über die Kaufsache abgeschlossen, den er tatsächlich nicht abgeschlossen hat und den er offensichtlich auch nicht abschließen wollte.<sup>203</sup>

Dagegen nimmt die herrschende Meinung ungerührt hin, dass dem Nichtberechtigten bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge über Güter mit zeitlich unbeschränkter Nutzungsdauer über den Bewertungsmaßstab des fiktiven Nutzungsentgelts faktisch ein fiktiver Nutzungsüberlassungsvertrag aufgedrängt wird.<sup>204</sup> Dieses Vorgehen wäre nur in solchen Fallgestaltungen akzeptabel, in denen Kauf und Miete tatsächlich wirtschaftlich gleichwertig sind und daher die Kosten, die dem Nichtberechtigten als Eigentümer im Falle des Abschlusses eines hypothetischen wirksamen Kaufvertrages entstanden wären, dem Mietzins entsprächen. Vertreten wird die Gleichwertigkeit von Kauf und Miete insbesondere für Immobilien. Wie bereits gezeigt wurde, trifft dies jedoch nicht zu.<sup>205</sup>

Soweit Nutzungsausgleich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen geschuldet wird, ist es in der Literatur weit verbreitet, Bedenken bezüglich einer Überbewertung von Gebrauchsvorteilen durch einen Verweis auf § 818 Abs. 3 BGB zu begegnen: Es sei kein Problem, die Gebrauchsvorteile zunächst in Höhe

<sup>201</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252); BGH, 6.10.2005, VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239); *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 49f.; *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 140f.

<sup>202</sup> *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn.257 (November 2011). So auch OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 33.

<sup>203</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (713). In diesem Sinne auch *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 123; *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 49f.

<sup>204</sup> *Supra* 2. Teil:B.I.2.a)aa), S. 273 ff. sowie 2. Teil:B.I.2.b)dd), S. 286 ff. Kritisch hierzu *Martens*, AcP 2010, 689 (696).

<sup>205</sup> *Supra* 2. Teil:B.I.2.b)dd), S. 286 ff.

eines fiktiven Nutzungsentgelts anzusetzen, da es dem Nichtberechtigten freistehe nachzuweisen, dass er nicht in dieser Höhe bereichert ist.<sup>206</sup> Davon sei insbesondere dann auszugehen, wenn der Nichtberechtigte alternativ auf die Nutzung des Gutes verzichtet hätte oder die Möglichkeit zur Nutzung günstiger erworben hätte.<sup>207</sup> Damit macht man es sich jedoch zu einfach. Letztlich läuft dieser Ansatz darauf hinaus, Gebrauchsvorteile im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB bewusst mit einem überhöhten Wert anzusetzen und dem Nichtberechtigten den Nachweis dafür aufzubürden, dass dieser Wert nicht sachgerecht ist. Wie problematisch dieses Vorgehen ist, illustriert besonders plastisch die im Lehrbuch von *Karl Larenz* und *Claus-Wilhelm Canaris* empfohlene Bewertung der Gebrauchsvorteile von rechtsgrundlos erlangtem Geld. Diese seien zu bemessen „nach den Sätzen für Kontokorrentkredite (oder sogar Überziehungskredite).“<sup>208</sup> In einem zweiten Schritt obliegt es dann dem Nichtberechtigten nachzuweisen, dass er ohne den Bereicherungsvorgang *nicht* diese sehr teure Form der Fremdfinanzierung<sup>209</sup> genutzt hätte. Das Problem, den Wert der Güternutzung zu bestimmen, würde lediglich von einer Ebene auf eine andere und vom Nutzungsausgleichsgläubiger zum Nutzungsausgleichsschuldner verschoben. Nicht selten wird es schlicht bei der Bewertung der Gebrauchsvorteile anhand des fiktiven Nutzungsentgelts bleiben, weil dem Nichtberechtigten die für eine erfolgreiche Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB erforderliche Beweisführung nicht gelingt.<sup>210</sup> Hinzu kommt, dass § 818 Abs. 3 BGB nur solange weiterhilft, wie der Nichtberechtigte nicht verschärft haftet. Auch bei verschärfter Haftung soll der Anspruch des Berechtigten jedoch nur den Wert der Güternutzung erfassen.<sup>211</sup>

Weiterhin ist eine Bemessung der Gebrauchsvorteile anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts dann nicht angemessen, wenn der Nichtberechtigte keine vollwertige Gegenleistung erhalten hat. So hat ein (vermeintlicher) Käufer beispielsweise keine Möglichkeit, bis zur Rückgabe der Kaufsache die Rechte geltend zu machen, die einem Mieter zustehen und die er sich mittels seines Mietzinses erkaufte.<sup>212</sup> Umgekehrt erhält der Verkäufer in Gestalt eines marktüblichen Mietzinses auch eine

<sup>206</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 275; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 150f.; *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 89ff.

<sup>207</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 275.

<sup>208</sup> *Ibid.*, S. 275.

<sup>209</sup> Siehe *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (65).

<sup>210</sup> Offensichtlich keine sinnvolle Lösung ist es, wenn *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 89ff. dem Bereicherungsschuldner nunmehr wiederum mit einer Beweislastumkehr im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB helfen will. Es führt schlicht kein Weg darum herum, von vornherein einen angemessenen Bewertungsmaßstab für Gebrauchsvorteile festzulegen.

<sup>211</sup> *Supra* 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>212</sup> Siehe dazu *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 117f.

Kompensation für Aufwandsposten, die bei ihm offensichtlich nicht angefallen sind – wie etwa die „allgemeinen Geschäftskosten“ eines Vermieters.<sup>213</sup>

Aus den genannten Gründen ist es ebenfalls problematisch, auf den Bewertungsmaßstab des fiktiven Nutzungsentgelts zurückzugreifen, wenn Nutzungsausgleich außerhalb einer tatsächlichen oder vermeintlichen vertraglichen Sonderbeziehung zu leisten ist.<sup>214</sup> Auch in einer solchen Fallkonstellation liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass der Nichtberechtigte die Berechtigung zur Nutzung des Gutes hypothetisch durch den Abschluss eines Nutzungsüberlassungsvertrags erworben hätte. Anders verhält es sich, wenn die fehlende Berechtigung des Inhabers eines Gutes gerade darauf beruht, dass sich ein Nutzungsüberlassungsvertrag als unwirksam herausstellt. In diesem Fall hat der Nichtberechtigte seine Bereitschaft zum Abschluss eines Nutzungsüberlassungsvertrags offengelegt. Sofern es nach den Umständen sachgerecht ist, ihn an dieser Entscheidung festzuhalten, wäre das Nutzungsentgelt als Bewertungsmaßstab nicht „fiktiv“.

#### *bb) Schwächen des Bewertungsmaßstabs der „zeitanteiligen linearen Wertminderung“*

Der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung hat sich herausgebildet, weil eine Bewertung von Gebrauchsvorteilen mittels eines fiktiven Nutzungsentgelts insbesondere für die Rückabwicklung von Kaufverträgen zu unangemessenen Ergebnissen führte. Neben dem konzeptionellen Gesichtspunkt, dass ein verhinderter Käufer kein potentieller Mieter ist, bestand die praktische Schwierigkeit vor allem darin, dass sich insbesondere für Pkw bei einer Abrechnung auf der Grundlage von Mietpreisen Summen für den Nutzungsausgleich ergaben, die eine Rückabwicklung des Kaufvertrages aus Sicht des Käufers vielfach schlicht unattraktiv machten.<sup>215</sup> In dieser Hinsicht war der neue Bewertungsmaßstab ein voller Erfolg. Der für die Nutzung einer Kaufsache durch den Käufer geschuldete Nutzungsausgleich fällt bei typischen Konsumgütern wesentlich niedriger aus als bei der Kalkulation einer fiktiven Miete.<sup>216</sup> Allerdings leidet der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung an zwei konzeptionellen Schwächen. Zum einen ist bis heute nicht abschließend geklärt, ob der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen Wertminderung die Bewertung von Gebrauchsvorteilen abschließend regelt, oder ob es sich um ein bloßes Hilfsmittel zur Typisierung der tatsächlichen Wertminderung handelt, das bei Vorliegen besserer Daten ignoriert werden kann (1). Zum anderen fällt der mittels einer linearen Wertminderung

<sup>213</sup> Hierauf weist *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 48 f. zutreffend hin.

<sup>214</sup> Siehe in diesem Zusammenhang bspw. die Kritik von *Mestmäcker*, JZ 1958, 521 (524) für die Fallgruppe des Eingriffs in Immaterialgüterrechte („quasikontraktuelle Natur der Ansprüche“; „Vertragsfalle“).

<sup>215</sup> Speziell für die Rückabwicklung von Abzahlungsgeschäften siehe *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1992, 217 (220 f.).

<sup>216</sup> *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 257 (November 2011).

ermittelte Nutzungsausgleich systematisch zu niedrig aus, da die vom Nichtberechtigten ersparten Kapitalkosten nicht berücksichtigt werden (2).

(1) Unklarheit über die Natur der Typisierung (zwingend oder optional)

Konzeptioneller Ausgangspunkt für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen ist das Ziel, den fiktiven Aufwand einer berechtigten Güternutzung zu erfassen.<sup>217</sup> Der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung soll diesen Aufwand in typisierter Weise abbilden. Dass eine solche Typisierung stattfindet, ist nicht *per se* problematisch. Um Gebrauchsvorteile in praktikabler Weise bewerten zu können, ist ein gewisser Grad an Typisierung unvermeidlich.<sup>218</sup> Problematisch ist hingegen, dass keine vollständige Klarheit über die Natur der Typisierung herrscht. Insofern bestehen zwei Möglichkeiten. Die Typisierung könnte erstens zwingend sein. In diesem Fall käme es für die Bewertung der vom Nichtberechtigten gezogenen Gebrauchsvorteile allein auf die zeitanteilige lineare Wertminderung an. Zweitens könnte die Abschreibung des Wertes des Gutes aber auch lediglich ein Notbehelf sein, mit dem die *tatsächliche* Wertminderung des genutzten Gutes geschätzt werden soll, falls keine besseren Daten verfügbar sind.

Relativ eindeutig ist zunächst, dass die Typisierung im Fall der Rückabwicklung von Kaufverträgen nach Rücktrittsfolgenrecht insofern zwingend ist, als der sich mittels einer linearen Abschreibung ergebende Wert der Gebrauchsvorteile nicht überschritten werden darf. Nachdem sich die Erkenntnis durchgesetzt hatte, dass ein fiktiver Mietzins kein geeigneter Maßstab für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen ist, stand die Rechtsprechung vor der Wahl zwischen zwei Alternativen: der tatsächlichen Wertminderung des genutzten Gutes oder der linearen Abschreibung des Wertes des Gutes. Abgesehen vom OLG Celle entschied sich die instanzgerichtliche Rechtsprechung einhellig für die lineare Abschreibung.<sup>219</sup> Dem ist später auch der BGH gefolgt.<sup>220</sup> Damit wird erreicht, dass der Käufer vom sogenannten „Neuwertverlust“<sup>221</sup> entlastet wird. Wegen der besonderen Wertschätzung des Marktes für neue Waren erleiden diese unmittelbar nach Nutzungsbeginn oftmals einen besonders großen Wertverlust.<sup>222</sup> Dieses Phänomen ist insbesondere bei Pkw von großer wirtschaftlicher Bedeutung, bei denen allein die Erstzulassung zum Straßenverkehr bereits zu einem Wertverlust zwischen 15 % bis 25 % führt.<sup>223</sup> Bei einer Nutzung des Pkw über die gesamte Lebensdauer spielt dieses besonders

<sup>217</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 ff. sowie 2. Teil:B.I.1, S. 261 ff.

<sup>218</sup> Im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung zu versuchen, in jedem Einzelfall bis auf den letzten Cent nachzuvollziehen, wie sich das Vermögen des Nichtberechtigten entwickelt hätte, wenn er das Gut berechtigt genutzt hätte, wäre hingegen nicht praktikabel.

<sup>219</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), S. 275 ff.

<sup>220</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(2), S. 278 f.

<sup>221</sup> Siehe hierzu *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 41 f. m. w. N.

<sup>222</sup> *Ibid.*, S. 36 f.

<sup>223</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 335.

starke Absinken des Verkehrswertes zu Beginn der Nutzungsdauer für den Nutzens jedoch keine Rolle. Im Fall eines sachmangelbedingten Rücktritts<sup>224</sup> wird der Pkw typischerweise bereits nach wenigen Monaten zurückgegeben. Durch die Methode der linearen Abschreibung fließt der Erstzulassungsverlust nicht in die Bewertung der Gebrauchsvorteile ein. Hierdurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Käufer eines Fahrzeugs dieses typischerweise langfristig nutzen will, so dass sich bei einer störungsfreien Vertragsdurchführung der Erstzulassungsverlust amortisiert hätte.<sup>225</sup> Seit der Schuldrechtsmodernisierung ist zudem in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB ausdrücklich geregelt, dass der Rückgewährschuldner für einen durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretenen Wertverlust keinen Wertersatz schuldet. Weniger eindeutig ist hingegen, ob die Typisierung des Wertes von Gebrauchsvorteilen anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Rücktrittsfolgenrecht auch dann zwingend ist, wenn die tatsächliche Wertminderung des Gutes geringer ausfällt als die zeitanteilige lineare Wertminderung. Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2014, die die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen gebrauchten Pkw betraf, soll im Zweifel der tatsächliche Wertverlust maßgeblich sein.<sup>226</sup>

Strittig ist die Natur der Typisierung ferner dann, wenn der Nichtberechtigte auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. In der Literatur wird vertreten, dass die Rechtsprechung in diesem Fall im Zweifel der tatsächlichen Wertminderung des Gutes Vorrang einräumt.<sup>227</sup> Der zeitanteiligen linearen Wertminderung käme dann im Bereicherungsrecht allenfalls eine Hilfsfunktion für den Fall zu, dass sich die tatsächliche Wertminderung nicht zweifelsfrei ermitteln lässt. Als Beleg für die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wertminderung wird die bereits referierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1995 angeführt, in der der Gerichtshof erstmals auch im Bereicherungsrecht für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen auf den Maßstab des „Wertverzehr“ zurückgegriffen hatte. In dieser Entscheidung findet sich folgende Passage, die auf den ersten Blick in der Tat die Schlussfolgerung nahelegt, der BGH halte die tatsächliche Wertminderung für maßgeblich:

---

<sup>224</sup> Bzw. vor der Schuldrechtsmodernisierung im Falle einer Wandlung.

<sup>225</sup> Siehe bspw. OLG Nürnberg, 17.4.1980, 8 U 84/79, MDR 1980, 1019: „Als Maßstab für die Berechnung der Gebrauchsvorteile nimmt das Berufungsgericht den durch die Benutzung des Fahrzeugs eingetretenen Wertverlust an [...]. Dieser ist auf der Grundlage einer anteiligen linearen Abschreibung zu ermitteln, da der hohe Wertverlust eines Neufahrzeugs im ersten Jahr nicht dem Käufer anzulasten ist.“

<sup>226</sup> OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 35. Da die lineare Abschreibung entsprechend der vom Nichtberechtigten mit dem Fahrzeug zurückgelegten Strecke höher war als der Unterschied des Verkehrswertes zu Beginn und zum Ende der Nutzung, deckelte das OLG den vom Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleich auf den *tatsächlichen* Wertverlust. Siehe dazu die Kritik von *Dastis/Hoeren*, NJW 2019, 2430 (2432f.). Zustimmend hingegen *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713 (1717).

<sup>227</sup> *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 770 (800f.); *Staudinger/Kaiser*, Vorbem zu §§ 346ff. BGB Rn. 36 (November 2011).

„Der Bewertung der Gebrauchsvorteile nach dem ‚Wertverzehr‘ liegt die Erwägung zugrunde, daß derjenige, der eine rechtsgrundlos erworbene eigene Sache nutzt, hierdurch Ausgaben erspart, weil der durch den Gebrauch eintretende Wertverlust nicht zu Lasten des eigenen, sondern des fremden Vermögens geht [...]. Vergleichsmaßstab ist also die hypothetische Situation, daß der Bereicherungsschuldner anstelle der rechtsgrundlos erworbenen anderweitig eine gleichartige und gleichwertige Sache angeschafft und diese für dieselbe Zeitspanne in derselben Weise genutzt haben würde. Dann kann es aber für den Anfangs- wie für den Restwert nur darauf ankommen, welchen Wert der Bereicherungsgegenstand in der Hand des Empfängers zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt hat.“<sup>228</sup>

Nach dieser Betrachtungsweise müsste beispielsweise der Käufer eines Neuwagens zwingend auch den überproportionalen Wertverlust aufgrund der Erstzulassung tragen. Denn diesen Verlust hätte er auch bei der vom BGH angestellten hypothetischen Betrachtung tragen müssen. Andererseits bekennt sich der BGH an anderer Stelle in der Entscheidung ganz klar zur Bewertung der Gebrauchsvorteile anhand der „zeitanteiligen linearen Wertminderung“.<sup>229</sup> Die in dieser Frage zu konstatierende Rechtsunsicherheit ist unbefriedigend.

## (2) Unterkompensation des Berechtigten durch fehlende Berücksichtigung von Kapitalkosten

Der Bewertungsmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um eine übermäßige Belastung des Nichtberechtigten durch eine Bewertung der auszugleichenden Gebrauchsvorteile anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts zu vermeiden. Dabei ist die Rechtsprechung jedoch über das Ziel hinausgeschossen: Durch eine Bemessung der Gebrauchsvorteile anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung wird der Nichtberechtigte systematisch besser gestellt, als er in jedem denkbaren Fall einer Nutzung des Gutes als Berechtigter gestanden hätte.<sup>230</sup> Um das Gut berechtigt nutzen zu können, hätte er entweder ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht oder das Vollrecht am Gut erwerben müssen.<sup>231</sup> Bei Erwerb des Vollrechts hätte der Nichtberechtigte nicht nur

<sup>228</sup> BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251).

<sup>229</sup> Ibid., S. 252. Auch im Ergebnis dürfte in der hinsichtlich des Sachverhalts insofern nicht ganz eindeutigen Entscheidung eine lineare Abschreibung vorgenommen worden sein. Der Wert der Gebrauchsvorteile wurde bestimmt auf der Grundlage von von einem Sachverständigen ermittelten „Zeitwerten“ der streitgegenständlichen Maschinen, die sich von ihren Verkehrswerten unterschieden.

<sup>230</sup> In diesem Sinne auch *Martens*, AcP 2010, 689 (699) sowie *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 121. *Würthwein* vertrat zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung die Auffassung, der BGH trage der Kapitalkostenkomponente insofern Rechnung, als er die Pflicht des Verkäufers zur Verzinsung des vollen Kaufpreises nach § 346 S. 3 BGB a. F. ignoriere und stattdessen Zinsen nur auf den Nettobetrag nach Abzug des Abschreibungsbetrags berechne. Ein klarer Beleg hierfür fehlt jedoch, wie *Würthwein* selbst einräumen muss (ibid. in Fn. 247). Abgesehen davon würde dieses Vorgehen die Unterkompensation nur partiell und unsystematisch beseitigen, da es darauf ankäme, wie hoch der Abschreibungsbetrag ausfällt.

<sup>231</sup> Siehe auch *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 35 ff.



die zeitanteilige lineare Wertminderung des Gutes, sondern auch die Kosten des in dem Gut gebundenen Kapitals tragen müssen. Wie das nachfolgende Beispiel verdeutlicht, erspart er diese Kapitalkosten, wenn er das Gut als Nichtberechtigter nutzen kann.

#### *Beispiel 24*

*B hält sich fälschlicherweise für den Alleinerben des E. In dessen Nachlass befindet sich ein erst ein Jahr alter Pkw der Oberklasse. Dies kommt B sehr gelegen, da sein eigenes, vergleichbares Fahrzeug erst kürzlich einen Totalschaden erlitten hatte. Nach einem halben Jahr, während dessen B den Pkw täglich für Fahrten zu seiner Arbeitsstelle genutzt hat, stellt sich heraus, dass in Wahrheit A den E beerbt hat. B gibt den Pkw an A heraus. A verlangt zusätzlich Nutzungsausgleich.*

Würde man den von B geschuldeten Nutzungsausgleich auf der Grundlage eines fiktiven Mietzins berechnen, würde B schlechter gestellt, als er ohne die unberechtigte Erlangung des Pkw und ohne dessen Nutzung gestanden hätte. Denn er hätte ein vergleichbares Fahrzeug nicht über einen so langen Zeitraum gemietet, da dies im Vergleich zu einem Kauf unrentabel wäre. Wenn er aber als Nutzungsausgleich nur die lineare Abschreibung des Wertes der Pkw entsprechend der von ihm zurückgelegten Kilometer schuldet, dann steht er besser, als in dem hypothetischen Szenario, in dem er einen vergleichbaren Pkw käuflich erworben hätte. Denn dann hätte B bereits vor einem halben Jahr den Kaufpreis aufbringen müssen. Hätte er hierfür einen Kredit aufgenommen, dann hätte er Sollzinsen zahlen müssen. Hätte er den Kaufpreis aus eigenen Mitteln finanziert, wären ihm die Erträge entgangen, die er damit in der Zwischenzeit hätte erzielen können.

Wie das Beispiel zeigt, erfasst die lineare Wertminderung den vom Nichtberechtigten durch die Nutzung genossenen Vorteil nicht vollständig. Wenn man dem Nichtberechtigten nicht unterstellen will, dass er das genutzte Gut langfristig gemietet oder gepachtet hätte, bleibt nur, ihn so zu behandeln, als ob er das Gut gekauft hätte. Hierzu muss man ihm – zumindest in pauschalierter Form – die Kapitalkosten für die Finanzierung des Kaufpreises auferlegen.<sup>232</sup>

In der Literatur ist eine Ergänzung der Wertminderung des genutzten Gutes um eine Zinskomponente in unterschiedlichen Varianten bereits wiederholt gefordert worden. Breit diskutiert wurde eine solche Berechnungsmethode erstmals in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts im Hinblick auf die nach AbzG vom Käufer geschuldete Nutzungsvergütung. Zwar bestand insofern weitgehende Einigkeit, dass als Bewertungsmaßstab vorrangig auf den üblichen Mietzins für die Kaufsache abzustellen sei.<sup>233</sup> Strittig war jedoch, wie die Nutzungsvergütung berechnet werden sollte, wenn für die Kaufsache kein Mietmarkt existierte.<sup>234</sup> Nach

<sup>232</sup> Der mögliche Einwand, dass der Nichtberechtigte ohne die unberechtigte Erlangung des Gutes auf eine Nutzung ganz verzichtet hätte oder sich für eine günstigere Variante – im Beispiel etwa einen Kleinwagen – entschieden hätte, berührt die Bewertung der von ihm tatsächlich genossenen Gebrauchsvorteile nach der herrschenden Meinung jedoch nicht. Dieser Gesichtspunkt wäre erst auf der Ebene des § 818 Abs. 3 BGB beachtlich. Siehe zu entsprechenden Überlegungen im Rahmen des schadensersatzlichen Vorteilsausgleichs *Klöhn*, ZIP 2020, 341 (347f.).

<sup>233</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), S. 275 ff.

<sup>234</sup> *Crisolli*, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1931, S. 156f. (Anm. 46ff. zu § 2 AbzG).

einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung musste der Käufer in diesem Fall neben der Wertminderung der Kaufsache auch deren Barkaufpreis verzinsen.<sup>235</sup> Der BGH ist dem jedoch in der bereits dargestellten<sup>236</sup> Entscheidung aus dem Jahr 1955 nicht gefolgt. Stattdessen erklärte der Gerichtshof den fiktiven Mietzins für die Zwecke des § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG zum allein gültigen Bewertungsmaßstab. Für den Fall, dass ein Mietmarkt nicht bestand, war dessen Existenz zu unterstellen und der auf einem fiktiven Mietmarkt bei Abschluss eines hypothetischen Mietvertrags zu zahlende Mietzins zu ermitteln.<sup>237</sup>

Später ist in der Literatur nur noch vereinzelt die Auffassung vertreten worden, dass für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB die Kosten für das in dem genutzten Gut gebundene Kapital berücksichtigt werden müssen.<sup>238</sup> In der Rechtsprechung fanden diese Stimmen ganz überwiegend kein Gehör. Eine seltene Ausnahme bildet eine Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 1991. Laut Sachverhalt war ein Kaufvertrag über einen ca. 100.000 DM teuren Pkw sachmangelbedingt gewandelt worden. Neben dem – in diesem Fall anhand des tatsächlichen Wertverlusts ermittelten – nutzungsbedingten Wertverzehr berücksichtigte das Gericht bei der Ermittlung der Gebrauchsvorteile des Käufers für die 16monatige Nutzung des Pkw zusätzlich eine Verzinsung des geschätzten Einkaufspreises des Verkäufers von ca. 80.000 DM mit einem „Mindestzinssatz“ von 5%.<sup>239</sup>

Die fehlende Berücksichtigung von Kapitalkosten ist auch der Grund dafür, warum die Praxis für die Bewertung der Gebrauchsvorteile von Gütern, deren Nutzungsdauer nicht begrenzt ist, auf den Bewertungsmaßstab des fiktiven Mietzinses ausweichen muss.<sup>240</sup> Der Umstand, dass auf der alleinigen Grundlage der zeitanteiligen linearen Wertminderung von solchen Gütern gewährte Gebrauchsvorteile mit null bewertet werden müssten, macht deren systematische Unterbewertung mit Händen greifbar. Ergänzt man hingegen die Wertminderungskomponente um eine Komponente zur Erfassung der Kapitalkosten, so kann auch den Gebrauchsvorteilen von Gütern mit unbegrenzter Nutzungsdauer problemlos ein positiver Wert beigelegt werden.<sup>241</sup>

Besonders deutlich tritt die mit dem Maßstab der linearen Wertminderung verbundene Unterkompensation des Nutzungsausgleichsberechtigten zu Tage, wenn

<sup>235</sup> Ibid., S. 157 f. (Anm. 49 zu § 2 AbzG); *Janka*, BB 1950, 10.

<sup>236</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), S. 275 f. sowie 2. Teil:B.I.2.c)aa)(1), S. 294 f.

<sup>237</sup> BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (333 f.). Siehe auch BGH, 11.4.1973, VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 (1079).

<sup>238</sup> Siehe insbesondere *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 148; *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 535 f.; *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 155; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 121.

<sup>239</sup> OLG Celle, 10.1.1991, 7 U 10/90, NZV 1991, 230 (232).

<sup>240</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.b)dd), S. 286 ff.

<sup>241</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (714 ff.).

bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages wechselseitige Nutzungsausgleichsansprüche für ein abnutzbares und für ein nicht abnutzbares Gut gegenüberstehen. Dies ist stets der Fall, wenn ein beidseitig erfüllter Kaufvertrag rückabgewickelt werden muss. Wenn die Bewertung von Gebrauchsvorteilen bei unterschiedlichen Gütern im Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge zu unsachgerechten Ergebnissen führt, so ist dies ein deutlicher Beleg dafür, dass *mindestens* einer der Bewertungsmaßstäbe falsch ist. Wie das nachfolgende Beispiel nochmals verdeutlicht, sind gegenwärtig sogar beide praktizierten Bewertungsmaßstäbe problematisch, da der objektive Mietwert einen Nutzungsüberlassungsvertrag fingiert und die lineare Wertminderung dem Nutzungsausgleichspflichtigen die von ihm ersparten Kapitalkosten belässt.

*Beispiel 25*<sup>242</sup>

*A verkauft B eine gebrauchte Eigentumswohnung mit einer voraussichtlichen Restnutzungsdauer von 50 Jahren für 100.000 €. Nach einem Jahr tritt B vom Vertrag zurück, nachdem er erfahren hat, dass in der Außenfassade des Hauses Asbest verbaut wurde. A hatte den Kaufpreis zu 2 % festverzinslich angelegt. Der objektive Mietwert der Wohnung liegt bei 5.000 € p. a.*

Gemäß § 346 Abs. 1, 2 BGB muss A neben dem Kaufpreis den tatsächlich erzielten Zinsertrag i. H. v. 2.000 € an B auskehren. B schuldet im Gegenzug Ausgleich dafür, dass er ein Jahr in der Wohnung gewohnt hat. Wird dieser Gebrauchsvorteil mit dem objektiven Mietwert bewertet, schuldet B 5.000 €. Daran wäre problematisch, dass man damit den Parteien einen Mietvertrag für die Zeit bis zur Rückabwicklung unterschöbe. Stellt man hingegen auf die lineare Wertminderung ab, würde sich bei einer Restnutzungsdauer von 50 Jahren lediglich ein Wert von 2.000 € ergeben. Auch dies kann jedoch wertungsmäßig nicht überzeugen. Das wird deutlich, wenn man sich die wirtschaftliche Gesamtwirkung der Rückabwicklung vor Augen führt. Wenn man unterstellt, dass der Wertverlust der Wohnung tatsächlich der linearen Abschreibung entspricht, so hat A nach einem Jahr 100.000 €, nämlich eine Wohnung, die 98.000 € wert ist, und Nutzungsausgleich für die Gebrauchsvorteile i. H. v. 2.000 €. B dagegen hat 102.000 €, denn er erhält den vollen Kaufpreis zuzüglich des von A erzielten Zinsertrages. B wird somit für das eine Jahr zwischen Leistungsaustausch und Rückabwicklung so gestellt, als würde er die Wohnung dauerhaft als Eigentümer nutzen. Zusätzlich erhält er den Kapitalertrag des Kaufpreises, der einem Eigentümer entgangen wäre.

Paradoxerweise bewirkt die Ausblendung der Kapitalkosten durch den Wertmaßstab der zeitanteiligen linearen Wertminderung, dass die einseitige Nutzungsausgleichspflicht gemäß den §§ 439 Abs. 5, 281 Abs. 5 BGB, die grundsätzlich in Konflikt zum synallagmatischen Pflichtenprogramm des betroffenen Vertrages steht,<sup>243</sup> zu einem sachgerechten Ergebnis führen kann, da sich zwei gegenläufige Fehler neutralisieren. Der Fehler des Nacherfüllungsregimes besteht darin, dass es einen gültigen und bestehen bleibenden Kaufvertrag *einseitig* so rückabwickelt, als ob der Käufer zwischen ursprünglicher Lieferung und Nachlieferung nicht zur Nutzung der Kaufsache berechtigt gewesen sei, während der Verkäufer von Anfang an

<sup>242</sup> Für einen analogen Fall, der allerdings die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Pkw betraf, siehe LG Düsseldorf, 4.10.2013, 6 O 247/10, BeckRS 2015, 3455.

<sup>243</sup> Supra 2. Teil:A.II.3, S. 230 ff.

berechtigter Inhaber des Kaufpreises bleibt.<sup>244</sup> Während der Käufer Nutzungsausgleich für die Kaufsache schuldet, kann der Verkäufer die aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen behalten. Wie das nachfolgende Beispiel verdeutlicht, gleichen sich die Benachteiligung des Käufers und des Verkäufers somit gegenseitig aus.

#### *Beispiel 26*

*A kauft von B einen neuen Kleintransporter mit einer wirtschaftlichen Laufleistung von 300.000 km zum Preis von 36.000 €. Nachdem A mit dem Fahrzeug 50.000 km zurückgelegt hat, rügt er einen nicht behebbaren Sachmangel, der die bisherige Nutzung des Fahrzeugs nicht spürbar beeinträchtigt hatte. B liefert daraufhin einen neuen Kleintransporter der gleichen Baureihe. A zahlt als Ausgleich für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs 6.000 € an B.*

Nach der herrschenden Meinung bestimmt sich der von A zu leistende Nutzungsausgleich nach dem Anteil des Kaufpreises, der dem Anteil der von A mit dem Fahrzeug zurückgelegten Strecke an der Gesamtlauflistung entspricht – vorliegend also 6.000 €. Dagegen schuldet er keinen Ausgleich dafür, dass er das in dem Fahrzeug gebundene Kapital nutzen konnte. Allerdings ist dies im Rahmen der Nacherfüllung kein Problem, da er dieses Kapital in Gestalt des Kaufpreises selbst aufgebracht hat und B die hieraus gezogenen Nutzungen behalten kann.

Sofern der Vorteil, der dem Käufer dadurch zuteilwird, dass er eine neuwertige Sache erhält, der zeitanteiligen linearen Wertminderung des mangelhaften Gutes entspricht, wird der Sachmangel ohne Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung behoben.

#### *cc) Schwächen des Bewertungsmaßstabs „ersparte Sollzinsen“ für rechtsgrundlos erlangtes Geld*

Für den Fall, dass der Nichtberechtigte erlangtes Geld zur Tilgung von Schulden einsetzt, realisiert er nach der mittlerweile herrschenden Meinung Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB.<sup>245</sup> Die Bewertung dieser Gebrauchsvorteile mit dem Sollzinssatz, mit dem der Nichtberechtigte alternativ die getilgte Schuld hätte verzinsen müssen, begründet eine Sonderdogmatik speziell für die Gebrauchsvorteile von Geld. Das Ziel der Bewertung von Gebrauchsvorteilen besteht darin, den vom Nichtberechtigten ersparten Aufwand abzubilden. Da es sich bei Geld um ein Gut mit unbegrenzter Nutzungsdauer handelt, müsste die Aufwandsersparnis nach den dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen mit einem fiktiven Nutzungsentgelt bewertet werden. Es müsste also gefragt werden, zu welchen Konditionen sich der Nichtberechtigte Geld am Markt beschafft hätte, wenn er nicht fremdes Geld unberechtigt hätte nutzen können. Stattdessen stellt der BGH darauf ab, in welcher Höhe der Nichtberechtigte *konkret* Sollzinsen erspart hat. Auf diesen Unterschied hinzuweisen, ist mehr als nur eine Spitzfindigkeit. Wenn etwa eine Privatperson mit rechtsgrundlos erlangtem Geld ihren mit 10 % zu verzinsen-

<sup>244</sup> Supra 2. Teil:A.II.3.a), S. 230 f.

<sup>245</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.b)ee), S. 290 ff.

den Dispositionskredit zurückführt, so schuldet sie im Ausgangspunkt Nutzungsausgleich in dieser Höhe, selbst wenn sie alternativ den Dispositionskredit durch die Aufnahme eines mit 5 % verzinslichen Ratenkredits hätte tilgen können. Diesen Umstand im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen, löst das Problem allein schon deshalb nicht, da § 818 Abs. 3 BGB ab Eintritt der verschärften Haftung nicht mehr greift.<sup>246</sup>

## II. Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums

Immer dann, wenn ein Gut von seinem nichtberechtigten Inhaber produktiv genutzt wird, erfordert die Bestimmung des auszugleichenden Wertes der Güternutzung eine Entscheidung über die Zuordnung des hierbei entstehenden Residuums – also der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand.<sup>247</sup> Hat der Nichtberechtigte keinen entscheidenden Beitrag zum Ergebnis der produktiven Nutzung geleistet, so ist das Residuum wertungsmäßig dem genutzten Gut zuzurechnen und gebührt dem Berechtigten. Es ist ein Bestandteil des vom Nichtberechtigten auszugleichenden Wertes der Güternutzung. Ist die Entstehung des Residuums hingegen primär das Verdienst des Nichtberechtigten, ist es ihm zu belassen und darf nicht in den Nutzungsausgleich einbezogen werden.<sup>248</sup> Zu diesem Zweck ist die vom Nichtberechtigten geschuldete Ausgleichsleistung – wie im Fall einer konsumtiven Nutzung – anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu bestimmen. Nachfolgend wird die Residuumsproblematik zunächst konkretisiert (1.) und sodann erläutert, warum die einschlägigen Bestimmungen im BGB keine geeignete Grundlage für die zu treffende Zuordnungsentscheidung bieten (2.). Hieran anknüpfend wird sodann die unbefriedigende Praxis zum Umgang mit der Residuumsproblematik beschrieben, die sich auf der Grundlage der inadäquaten gesetzlichen Grundlage herausgebildet hat (3.).

### 1. Konkretisierung der Residuumsproblematik

Ein Gut kann entweder konsumtiv oder produktiv genutzt werden. Durch eine konsumtive Nutzung befriedigt der Nutzende persönliche Bedürfnisse. Hierzu zählt beispielsweise das Bewohnen eines Hauses, die Urlaubsfahrt mit einem Pkw, das Spielen auf einem Klavier zum privaten Vergnügen etc. Dagegen ist die Nutzung eines Gutes produktiv, wenn es vom Nutzenden für die Herstellung neuer Güter oder für die Erbringung von Dienstleistungen verwendet wird. Eine produktive Nutzung liegt daher beispielsweise vor, wenn ein Gebäude als Fabrik

<sup>246</sup> Siehe dazu schon supra 2. Teil:B.I.2.c)aa)(2), S. 295 ff.

<sup>247</sup> Supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff.

<sup>248</sup> Ferner kommt auch eine Aufteilung des Residuums in Betracht. Siehe dazu bereits supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff.

dient, wenn ein Pkw zur gewerblichen Personenbeförderung eingesetzt wird oder wenn ein professioneller Pianist auf einem Flügel ein Konzert gibt. Eine Form produktiver Nutzung ist ferner die entgeltliche Überlassung eines Gutes zur Nutzung an einen anderen. Wenn etwa der Eigentümer einer Eigentumswohnung diese nicht selbst bewohnt, sondern vermietet, so erbringt er in Gestalt der Überlassung der Wohnung zum Gebrauch eine Leistung, die von einem Konsumenten zur Befriedigung seines Bedürfnisses nach Wohnraum in Anspruch genommen wird.

Die sich bei der produktiven Nutzung eines Gutes ergebende Residuumsproblematik soll nachfolgend anhand des Beispiels eines Unternehmens erläutert werden. Ein Unternehmen kann definiert werden als eine planvoll organisierte Wirtschaftseinheit, in der Produktionsfaktoren kombiniert werden, um Güter und Dienstleistungen zu produzieren und abzusetzen.<sup>249</sup> In einem Unternehmen wird also Input in Gestalt der Produktionsfaktoren in Output in Gestalt der hergestellten Güter und Dienstleistungen transformiert. Abgesehen von dem Fall, dass sich Input und Output wertmäßig genau die Waage halten, entsteht hierbei ein Residuum: Übersteigt der Wert des Outputs den Wert des Inputs, fällt das Residuum positiv aus. Es entsteht ein Gewinn. Im umgekehrten Fall ist das Residuum negativ. Das Unternehmen wirtschaftet mit Verlust.

Diese Betrachtung ist noch sehr abstrakt. Um das Residuum konkret bestimmen zu können, bedarf es detaillierter Regelungen zur Ermittlung des Wertes von Output und Input. Wie diese Regelungen im Einzelnen ausgestaltet sind, hängt wiederum davon ab, zu welchem Zweck das Residuum ermittelt wird. So ist etwa die in den §§ 238 ff. HGB geregelte handelsrechtliche Rechnungslegung traditionell (auch) dem Ziel des Gläubigerschutzes verpflichtet, was zu einer tendenziell vorsichtigen Gewinnermittlung führt.<sup>250</sup> Demgegenüber muss die steuerliche Gewinnermittlung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG vorrangig eine folgerichtige Erfassung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen gewährleisten.<sup>251</sup> Nicht zuletzt aufgrund dieser Zweckdivergenz wird im Schrifttum seit langem die Forderung erhoben, die traditionelle Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen Rechnungslegung für die steuerrechtliche Gewinnermittlung<sup>252</sup> zugunsten eines eigenständigen Steuerbilanzrechts zu überwinden.<sup>253</sup>

Sowohl die Handels- als auch die Steuerbilanz sind an unternehmensexterne Adressaten gerichtet. Ein funktionierendes Rechnungswesen ist darüber hinaus

---

<sup>249</sup> *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 27. Hinzu kommen muss, dass die Wirtschaftseinheit in einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem agiert. Wird auf dieses Erfordernis verzichtet, kann statt von einem Unternehmen allgemeiner von einem Betrieb gesprochen werden.

<sup>250</sup> *Schön*, in: ders. (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, 1 (44 ff.).

<sup>251</sup> *Henrichs*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen – DStjG 24, 2001, 301 (325); *Schön*, in: ders. (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, 1 (9 ff.).

<sup>252</sup> Gemäß § 5 Abs. 1 EStG. Siehe dazu näher *Mayer*, in: Schön (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, 147 ff.

<sup>253</sup> *Henrichs*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen – DStjG 24, 2001, 301 (305 ff.) m. w. N.

allerdings auch für rein unternehmensinterne Steuerungs- und Planungszwecke unverzichtbar. Die handelsrechtliche Rechnungslegung dient zwar traditionell auch der Selbstinformation des Kaufmanns.<sup>254</sup> Allerdings unterhalten Unternehmen ab einer gewissen Größe in der Regel ein eigenständiges, rein internes Rechnungswesen.<sup>255</sup> Ein zentraler Unterschied der internen gegenüber der externen Rechnungslegung besteht darin, dass für die interne Erfolgsrechnung neben dem tatsächlichen Aufwand auch kalkulatorische Kosten Berücksichtigung finden.<sup>256</sup> Wenn beispielsweise der Inhaber des Unternehmens für die Unternehmensführung kein tatsächliches Entgelt erhält, so wird diese Dienstleistung mittels eines kalkulatorischen Unternehmerlohns berücksichtigt.<sup>257</sup> Der Saldo, der sich ergibt, nachdem der (Brutto-)Ertrag um den (tatsächlichen) unternehmensbezogenen Aufwand *und* um die (fiktiven) kalkulatorischen Kosten gemindert wurde, wird als Residual- oder Übergewinn bezeichnet.<sup>258</sup>

Durch den Residualgewinn wird die Übernahme des unternehmerischen Risikos durch den oder die Inhaber eines Unternehmens vergütet.<sup>259</sup> Die Übernahme von Risiko ist das zentrale Wesensmerkmal einer unternehmerischen Tätigkeit.<sup>260</sup> Die Kombination von Produktionsfaktoren in einem Unternehmen zur Produktion von Gütern und Dienstleistungen verursacht mit Sicherheit Aufwand. Ob die Produktion gelingt und ob das Produktionsergebnis am Markt abgesetzt werden kann, ist hingegen unsicher. Das unternehmerische Risiko besteht dementsprechend in der Gefahr, dass geleistete Aufwendungen nicht durch zukünftige Erträge gedeckt werden.<sup>261</sup>

Das Residuum, das es im Rahmen des Nutzungsausgleichs zuzuordnen gilt, entspricht konzeptionell dem die Übernahme des unternehmerischen Risikos vergütenden Residualgewinn. Sowohl der Berechtigte als auch der Nichtberechtigte haben zweifelsfrei Anspruch auf eine Vergütung für die von ihnen beigesteuerten Produktionsfaktoren. Wenn etwa der vermeintliche Erbe eines Unternehmens dieses in Besitz nimmt und ein Jahr lang leitet, so kann er hierfür Ausgleich in Gestalt eines kalkulatorischen Unternehmerlohns verlangen. Ebenso eindeutig steht dem wahren Erben eine Vergütung für das in dem Unternehmen gebundene, in Wahrheit aber ihm zustehende Eigenkapital zu. Was übrig bleibt, ist eine Residualgröße, durch die das mit der produktiven Güternutzung verbundene Risiko abgegolten wird.<sup>262</sup>

<sup>254</sup> Schön, in: ders. (Hrsg.), *Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa*, 2005, 1 (43 f.).

<sup>255</sup> *Wöhe/Döring/Brösel*, *Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 26. Aufl. 2016, S. 631.

<sup>256</sup> *Ibid.*, S. 640.

<sup>257</sup> *Ibid.*, S. 640.

<sup>258</sup> *Ibid.*, S. 641.

<sup>259</sup> *Ibid.*, S. 641.

<sup>260</sup> *Ibid.*, S. 52.

<sup>261</sup> *Ibid.*, S. 52.

<sup>262</sup> Damit ist nicht gesagt, dass die bei der Berechnung des Residualgewinns im Rahmen der

Um dieses Residuum im Rahmen des Nutzungsausgleichs zuzuordnen, muss es nicht zwingend berechnet werden. Soll es beim Nichtberechtigten verbleiben, genügt es vielmehr, den geschuldeten Nutzungsausgleich anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu bestimmen.<sup>263</sup> Wenn sich die Nutzungsausgleichspflicht auf ein ganzes Unternehmen bezieht, würde der Nichtberechtigte im Ergebnis die (kalkulatorischen) Kosten des in dem Unternehmen gebundenen Kapitals zu tragen haben. Wenn das Residuum hingegen dem Berechtigten zugewiesen werden soll, muss der Nichtberechtigte zum einen dazu verpflichtet werden, den gesamten erzielten Bruttoertrag an den Berechtigten auszukehren. Im Gegenzug ist es dem Nichtberechtigten zu gestatten, beim Berechtigten neben dem tatsächlichen nutzungsbedingten Aufwand zusätzlich auch eine Tätigkeitsvergütung – im Falle eines Unternehmens also einen kalkulatorischen Unternehmerlohn – zu liquidieren.<sup>264</sup>

#### Beispiel 27<sup>265</sup>

*B erwirbt von A eine Steuerberaterpraxis für 500.000 €. Übergabetermin ist der 1.1. Noch bevor B den Kaufpreis zahlt, stellt sich der Kaufvertrag als nichtig heraus. Die Rückübertragung der Praxis auf A erfolgt am 31.12. In der Zwischenzeit erzielt B beim Betrieb der Praxis einen von ihm für steuerliche Zwecke ermittelten Gewinn i. H. v. 200.000 €. Ein angemessener Unternehmerlohn für die Tätigkeit des B beträgt 75.000 €. Die kalkulatorischen Kapitalkosten sind mit 25.000 € (entspricht einer Verzinsung von 5 % p. a.) anzusetzen.*

Der von B für steuerliche Zwecke ermittelte Gewinn i.H.v. 200.000 € stellt bereits eine Nettogröße dar, die sich aus der Saldierung des von B erzielten Bruttoertrags und des von ihm getragenen Aufwands ergibt. Wenn man diesen Betrag um den kalkulatorischen Unternehmerlohn i.H.v. 75.000 € und die kalkulatorischen Kapitalkosten i.H.v. 25.000 € bereinigt, ergibt sich ein Residualgewinn i.H.v. 100.000 €. Um dieses Residuum A zuzuweisen, müsste B im Rahmen des Nutzungsausgleichs dazu verpflichtet werden, den Gewinn i.H.v. 200.000 € abzüglich des kalkulatorischen Unternehmerlohns in Höhe von 75.000 € an A auszukehren, netto also 125.000 €. Soll das Residuum hingegen bei B verbleiben, so wäre seine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf die kalkulatorischen Kapitalkosten i.H.v. 25.000 € zu beschränken.

Die vorstehend beispielhaft anhand von Unternehmen erläuterte Residuumsproblematik stellt sich in gleicher Weise auch bei der produktiven Nutzung anderer Güter. So ist beispielsweise auch die Vermietung einer Immobilie mit einer Risikoübernahme verbunden. Der Vermieter kann sich nicht sicher sein, dass er für die Überlassung der Mietsache zur Nutzung an den Mieter tatsächlich das vereinbarte

---

internen Erfolgsrechnung eines Unternehmens angesetzten kalkulatorischen Kosten zwingend mit den Wertansätzen im Rahmen des Nutzungsausgleichs übereinstimmen müssen. Für die Zwecke der internen Rechnungslegung wird für die Ermittlung kalkulatorischer Kosten in der Regel unternehmensspezifisch auf den bei einer alternativen Verwendung des Produktionsfaktors erzielbaren Ertrag abgestellt, *ibid.*, S. 640f. Zur Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs siehe *infra* 3. Teil:C, S. 518 ff.

<sup>263</sup> *Supra* 1. Teil:D.II.2.b), S. 130 f.

<sup>264</sup> *Supra* 1. Teil:D.II.2.a), S. 129.

<sup>265</sup> Das Beispiel ist inspiriert durch BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220ff. Zu Vereinfachungszwecken wird die persönliche Steuerlast der Beteiligten nicht berücksichtigt.



Entgelt in Gestalt des Mietzinses erhält. Gleichzeitig entstehen ihm für die Bereitstellung und Unterhaltung der Mietsache sicher Aufwendungen. Nicht zuletzt muss er die Kosten des in der Mietsache gebundenen Kapitals tragen.

Da der Anspruch auf Nutzungsausgleich nur spezifisch den Wert der Güternutzung erfassen soll,<sup>266</sup> muss für die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung entstehenden Residuums danach gefragt werden, ob bzw. inwieweit es als das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes oder des Nutzenden anzusehen ist. Die einschlägigen Vorschriften im BGB nehmen hierauf keine Rücksicht und sind daher zur Bewältigung der Residuumsproblematik ungeeignet.

## 2. Inadäquanz der gesetzlichen Regelungen zur Zuordnung des Residuums

Nach dem Regelungsmodell des BGB ist für die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums entscheidend, ob der vom Nichtberechtigten erzielte Bruttoertrag unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB subsumiert werden kann. Das ist unangemessen, da der Fruchtbegriff mit dieser Regelungsaufgabe überfordert wird (a). Zusätzlich verkompliziert wird die Residuumsproblematik durch das Fehlen konsistenter Regelungen für die Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands (b).

### a) Unangemessene Verknüpfung der Zuordnung des Residuums mit dem Fruchtbegriff des § 99 BGB

Der Fruchtbegriff des § 99 BGB ist für die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums nicht geeignet, da der Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg in seinem Tatbestand keinen Niederschlag gefunden hat (aa). Auch durch eine entsprechende Anpassung des § 99 BGB *de lege ferenda* könnte keine Abhilfe geschaffen werden, da der Fruchtbegriff mit der Bewältigung der Residuumsproblematik strukturell überfordert ist (bb). Die in der Literatur entwickelten Alternativkonzepte sind nicht überzeugend (cc).

### aa) Zuordnung des Residuums ohne Rücksicht auf den Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg nicht sachgerecht

Nach dem Regelungsmodell des BGB erfolgt die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums danach, ob die Nutzung formal als „Fruchtziehung“ oder als „Gebrauch“ zu qualifizieren ist. Wenn das BGB in den §§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1, 987 Abs. 1 und 2020 BGB eine vorrangige Pflicht zur *Herausgabe* von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB statuiert, so sind damit ausschließlich Früchte i. S. v. § 99 BGB gemeint. Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB, die aufgrund ihrer immateriellen Natur nicht herausgegeben werden können, werden erst mittels der jeweils subsidiär angeordneten Wertersatz- bzw. Vergütungs-

<sup>266</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

pflicht in den Nutzungsausgleich einbezogen. Früchte i. S. v. § 99 BGB verkörpern einen Bruttoertrag.<sup>267</sup> Daher gestattet es § 102 BGB einem Nichtberechtigten, der Früchte herausgeben bzw. ihren Wert vergüten muss, im Gegenzug die ihm entstandenen Fruchtgewinnungskosten inklusive einer kalkulatorischen Tätigkeitsvergütung beim Berechtigten zu liquidieren. Durch das Zusammenspiel des Anspruchs auf den vom Nichtberechtigten erzielten Bruttoertrag und der Verpflichtung zur Erstattung des nutzungsbedingten Aufwands wird das Residuum dem Berechtigten zugewiesen.<sup>268</sup> Muss der Nichtberechtigte hingegen die Vorteile ausgleichen, die ihm der Gebrauch des fremden Gutes gewährt hat, § 100 Alt. 2 BGB, so verbleibt ihm das bei einer produktiven Nutzung erzielte Residuum. Denn nach der herrschenden Meinung ist die für Gebrauchsvorteile geschuldete Ausgleichsleistung auch im Falle einer produktiven Güternutzung *nicht* anhand des vom Nichtberechtigten konkret erzielten Ergebnisses zu bemessen. Stattdessen wird für die Bewertung der Gebrauchsvorteile konzeptionell auf den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung abgestellt,<sup>269</sup> entweder in Gestalt eines fiktiven Nutzungsentgelts oder in Gestalt der zeitanteiligen linearen Wertminderung des Gutes.<sup>270</sup> Wenn der Saldo von erzieltm Bruttoergebnis und nutzungsbedingtem Aufwand inklusive des für die Gebrauchsvorteile geschuldeten Nutzungsausgleichs positiv ausfällt, erzielt der Nichtberechtigte mit der produktiven Güternutzung einen Gewinn. Anderenfalls muss er einen Verlust tragen.

Aufgrund der vorrangigen Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten wird die Zuordnung des Residuums *de lege lata* somit an die Subsumierbarkeit des vom Nichtberechtigten erzielten Bruttoertrags unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB gekoppelt. Dies wäre nur dann sachgerecht, wenn „Früchte“ i. S. v. § 99 BGB *generell* als das primäre „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes anzusehen wären. Dies wiederum setzte voraus, dass der Nichtberechtigte an der Entstehung von Früchten im Sinne von § 99 BGB generell keinen oder nur einen untergeordneten Anteil hat. Wie allerdings bereits im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde, hat der Einfluss des Nutzenden auf den Nutzungserfolg im Fruchtbegriff des BGB keinen Niederschlag gefunden.<sup>271</sup> Die gemeinrechtliche Differenzierung zwischen reinen Naturfrüchten und Industrialfrüchten wurde nicht in das BGB übernommen. Eine pauschale Zuweisung des Residuums zum Berechtigten wäre nur für Früchte angemessen, die wertungsmäßig der gemeinrechtlichen Kategorie der *fructus mere naturales* entsprechen. Wie bereits im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde,<sup>272</sup> handelt es sich hierbei um Früchte, „welche lediglich der

<sup>267</sup> Siehe auch *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungs herausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 123 f.

<sup>268</sup> In diesem Sinne auch *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 26. Dies gilt zumindest im Fall einer gewinnbringenden Nutzung. Zur Problematik des negativen Residuums siehe *infra* 2. Teil: B.II.2.b), S. 329 ff.

<sup>269</sup> *Supra* 2. Teil: B.I.1.a), S. 261 ff.

<sup>270</sup> *Supra* 2. Teil: B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>271</sup> *Supra* 1. Teil: B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>272</sup> *Supra* 1. Teil: B.I.1.c), S. 21 ff.

Natur ihr Dasein verdanken.“<sup>273</sup> Wenn beispielsweise ein vermeintlicher Erbe ein Grundstück, auf dem ein wild wachsender Apfelbaum steht, im Herbst für wenige Wochen in Besitz nimmt und in dieser Zeit die reifen Äpfel erntet, ist die Apfelernste offensichtlich das wirtschaftliche Verdienst des Apfelbaums und damit des Grundstücks.<sup>274</sup> Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, dass der wahre Erbe die Äpfel herausverlangen kann und dem vermeintlichen Erben lediglich die Kosten ersetzen muss, die diesem für die Ernte entstanden sind.<sup>275</sup>

Die gemeinrechtliche Differenzierung zwischen *fructus mere naturales* und *fructus industriales* bezog sich nur auf natürliche Früchte. Die zugrundeliegende Wertung, einen Nutzungserfolg danach zu kategorisieren, ob er primär das Verdienst des genutzten Gutes oder des Nutzenden ist, lässt sich jedoch verallgemeinern. So sprach beispielsweise der Theologe *Peter Loenartz* aus einer naturrechtlichen Perspektive dem Eigentümer sämtliche Früchte zu, die eine Sache aufgrund einer ihr innewohnenden Produktionskraft „ohne besondere *industria* in jeder Hand abwirft“. Zu solchen *fructus rei*, für die – anders als nach gemeinem Recht – auch der redliche Besitzer grundsätzlich haften sollte, konnten laut *Loenartz* auch *fructus civiles* zählen, da er Sachen neben einer natürlichen auch eine „bürgerliche“ Produktionskraft zusprach:

„Es gibt also eine natürliche und eine bürgerliche Produktionskraft der Sachen. Jene hat der Schöpfer hineingelegt, diese erlangen sie erst durch den bürgerlichen Verkehr. Aber so weit die letztere mit der Sache verbunden ist und mit ihr geht und wandert, so daß die Sache ohne eine besondere *industria* in jeder Hand diesen bürgerlichen Gewinn abwirft, so weit ist auch sie eine Produktionskraft der Sache selbst.“<sup>276</sup>

Unter dieser Voraussetzung ist offensichtlich, dass das Residuum das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes und nicht dasjenige des Nichtberechtigten ist.

Die Voraussetzung, dass Früchte primär als das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes anzusehen sind, ist nicht einmal im Fall von Erzeugnissen i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB zuverlässig erfüllt. Es trifft zwar zu, dass sich für die mittels Ackerbau auf einem bestimmten Grundstück zu erzielenden Erträge in Abhängigkeit von der angebauten Feldfrucht Erfahrungswerte ermitteln lassen. Das bedeutet jedoch nicht, dass Erzeugnisse i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB stets das Nutzungspotential des Bodens widerspiegeln und daher an den Berechtigten abzuführen sind.<sup>277</sup> Selbst wenn sich der Nichtberechtigte im Rahmen der üblichen Nutzung

<sup>273</sup> *Petrzycycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 265.

<sup>274</sup> § 94 Abs. 1 BGB.

<sup>275</sup> §§ 2020, 818 Abs. 1, 102 BGB.

<sup>276</sup> *Loenartz*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885, S. 158.

<sup>277</sup> So auch *Jagmann*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, 1979, S. 4; [...]. In diesem Sinne im Ansatzpunkt auch *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 98. A. A. bspw. *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbe-

des Grundstücks hält, hängt der konkret erzielte Ertrag neben der Qualität des Bodens jedenfalls *auch* von einer Reihe von Faktoren ab, die vom Verhalten des Nichtberechtigten bestimmt werden, wie dem Zeitpunkt der Aussaat, der Wahl der Sorte der angebauten Feldfrucht sowie der Schädlings- und Unkrautbekämpfung.<sup>278</sup> Erst recht unhaltbar ist eine pauschale Qualifikation von Erzeugnissen i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB als primäres „wirtschaftliches Verdienst“ des Bodens dann, wenn der Nichtberechtigte durch seine individuelle Entscheidung für den Anbau einer bestimmten Feldfrucht einen über das Übliche hinausgehenden Ertrag erzielt. Wenn beispielsweise ein Nichtberechtigter korrekt antizipiert, dass sich der Preis für den in einer Gegend typischerweise angebauten Weizen ungünstig entwickeln wird und stattdessen mit dem Anbau von Dinkel einen hohen Gewinn erzielt, so ist dieser Gewinn nicht das „wirtschaftliche Verdienst“ des Bodens, sondern der unternehmerischen Entscheidung des Nichtberechtigten. Dennoch würde die Durchführung des Nutzungsausgleichs auf der Grundlage der *lex lata* dazu führen, dass dieser Gewinn dem Berechtigten zugewiesen wird.<sup>279</sup>

#### *bb) Strukturelle Überforderung des Fruchtbegriffs des § 99 BGB*

Die systematische Fehlallokation des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums ist letztlich nur ein Symptom einer generellen strukturellen Überforderung des Fruchtbegriffs des § 99 BGB. Der Fruchtbegriff dient im BGB mehreren Funktionen (1). Die hieraus resultierenden unterschiedlichen Anforderungen lassen sich mittels eines einheitlichen Fruchtbegriffs nicht in befriedigender Art und Weise bewältigen (2).

##### (1) Funktionen des Fruchtbegriffs

Der Fruchtbegriff des § 99 BGB wird in drei höchst unterschiedlichen Kontexten relevant. Neben der Zuordnung des Residuums für die Zwecke des Nutzungsausgleichs spielt die Qualifikation als Frucht i. S. v. § 99 BGB eine Rolle für die dingliche Zuordnung von Bestandteilen nach ihrer Trennung von der Muttersache (a) sowie für die Abgrenzung der Interessensphären der Parteien im Rahmen *wirksam* vereinbarter Nutzungsüberlassungsverhältnisse (b). Jeder dieser Bereiche stellt ei-

---

werbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 157; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 236: „Stets sind es natürliche Früchte im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB, die nach jeder Ansicht mit dem Grundstück zu erstatten sind.“

<sup>278</sup> Der Einfluss der insofern vom Nichtberechtigten zu treffenden Entscheidungen auf den konkret erzielten Nutzungserfolg könnte nur dann weitgehend ausgeblendet werden, wenn die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nahezu keinen Entscheidungsspielraum zulassen, wenn also das für eine Ertragsoptimierung „richtige“ Verhalten objektiv feststeht und jedermann bekannt ist.

<sup>279</sup> Der Berechtigte könnte die Herausgabe der Dinkelernte als unmittelbare Sachfrucht, § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB, verlangen und müsste im Gegenzug die Fruchtgewinnungskosten erstatten, § 102 BGB.

gene Anforderungen an den Fruchtbegriff, die sich nicht miteinander in Einklang bringen lassen.

(a) Dingliche Zuordnung getrennter Früchte

Unmittelbare Sachfrüchte i.S.v. § 99 Abs. 1 BGB und ein Teil der unmittelbaren Rechtsfrüchte i.S.v. § 99 Abs. 2 BGB sind nach ihrer Trennung von der Muttersache selbständige Sachen.<sup>280</sup> Es muss daher geklärt werden, wem sie dinglich zuzuordnen sind, wer also nach der Trennung Eigentümer der Früchte ist.<sup>281</sup> Diese Frage wird in den §§ 953 ff. BGB beantwortet. § 953 BGB verwirklicht das Substantialprinzip:<sup>282</sup> Sowohl Erzeugnisse i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB als auch sonstige Bestandteile, die von der Muttersache getrennt sind, stehen grundsätzlich im Eigentum desjenigen, der auch Eigentümer der Muttersache bzw. der ursprünglichen Sache war. Die Verfasser des BGB haben damit dem für natürliche Früchte vertretenen Alternativkonzept des Produktionsprinzips eine Absage erteilt. Nach dem Produktionsprinzip soll das Eigentum an natürlichen Früchten im Hinblick auf die zu ihrer Produktion nötige Arbeits- bzw. Organisationsleistung demjenigen zufallen, der diese Leistung erbringt.<sup>283</sup>

Gemäß § 953 BGB gilt das Substantialprinzip im Ausgangspunkt für Bestandteile aller Art. Daher spielt die Reichweite des Fruchtbegriffs für die dingliche Zuordnung von Früchten *insofern* keine Rolle.<sup>284</sup> Allerdings wird das Substantialprinzip in den §§ 954 ff. BGB „abgemildert“<sup>285</sup>. Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Eigentum an der Mutter- bzw. Ursprungssache und an dem getrennten Bestandteil auseinanderfallen. Für diese Einschränkungen des Substantialprinzips ist der Fruchtbegriff des § 99 BGB relevant. Seine Reichweite entscheidet mit darüber, wem bestimmte Teile der Muttersache nach ihrer Trennung dinglich zugeordnet sind.<sup>286</sup> So erwerben nach § 955 BGB der gutgläubige Eigenbesitzer sowie der gutgläubige Fremdbesitzer, der sich aufgrund eines dinglichen Nutzungsrechts<sup>287</sup> zum Besitz berechtigt glaubt, das Eigentum an Erzeugnissen i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB sowie an „sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden

<sup>280</sup> Zuvor sind sie unselbständiger Bestandteil der Muttersache, § 94 Abs. 1 BGB.

<sup>281</sup> HKK/Rüfner, §§ 90–103 Rn. 42.

<sup>282</sup> Raff, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 84. Siehe dazu auch Schnorr von Carolsfeld, AcP 145 (1939), 27 (32 ff.).

<sup>283</sup> Platschek, JA 2009, 846. Siehe dazu auch Raff, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 84 f.

<sup>284</sup> Fortunato, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 102 f.

<sup>285</sup> So Staudinger/Gursky/Wiegand, Vorbem zu § 953–957 Rn. 3 (August 2016).

<sup>286</sup> Siehe zu dieser Funktion des Fruchtbegriffs Crome, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, 99 (100).

<sup>287</sup> Die Beschränkung auf dingliche Nutzungsrechte ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, entspricht jedoch aufgrund systematischer Erwägung im Hinblick auf die §§ 953 f. BGB der herrschenden Meinung, vgl. BeckOGK/Schermaier, § 955 BGB Rn. 9 (1.8.2017).

Bestandteilen“. Letzteres bezieht sich auf die sonstige Ausbeute i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 2 BGB, die aus einer Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird.<sup>288</sup>

Durch die Beschränkung des Eigentumserwerbs gemäß § 955 BGB auf Früchte i.S.v. § 99 BGB soll ein sehr spezifischer Schutzzweck verwirklicht werden. Es ging den Verfassern des BGB spezifisch darum, den redlichen Besitzer vor einer Eviktionshaftung für von ihm getrennte und veräußerte Früchte zu schützen. Wenn der Besitzer *nicht* Eigentümer der getrennten Früchte werden würde, so wäre es möglich, dass er gezogene Früchte, die er veräußert, nicht wirksam an den Erwerber übereignen kann. Mangels Eigentumserwerbs wäre der Erwerber dann der Vindikation durch den Eigentümer der Muttersache ausgesetzt und könnte wegen dieser Eviktion den Besitzer in Regress nehmen.<sup>289</sup> Um dies zu vermeiden, wird der gutgläubige Besitzer der Muttersache von jeder Gefahr einer Gewährleistungshaftung für Rechtsmängel bei der Veräußerung von Früchten entbunden, indem er gemäß § 955 BGB an ihnen mit Trennung von der Muttersache Eigentum erwirbt.<sup>290</sup> Wegen dieses speziell auf die gezogenen Nutzungen bezogenen Zwecks sah sich die erste Kommission gezwungen, den Eigentumserwerb durch den gutgläubigen Besitzer auf Früchte i.S.v. § 99 Abs. 1 BGB zu beschränken. Denn wenn der Besitzer auch das Eigentum an sonstigen Trennstücken erwerben würde, so könnte er sich durch eine bloße Zerstückelung der Muttersache deren Substanz aneignen, obwohl ihm diese gerade nicht zugewiesen ist.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> Supra 1. Teil: B.I.1.a), S. 13 f.

<sup>289</sup> Einem solchen sog. „Eviktionsanspruch“, also der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten durch den Käufer wegen eines Rechtsmangels, sähe sich der Besitzer der Muttersache insbesondere dann ausgesetzt, wenn ein gutgläubiger Eigentumserwerb des Käufers der Früchte daran scheitert, dass der Käufer grob fahrlässig die fehlende Eigentümerstellung des Veräußerers verkennt oder die Muttersache abhandengekommen ist. Bei Kenntnis wäre der Erwerber hingegen nicht berechtigt gewesen, den Besitzer in Regress zu nehmen (§ 370 Abs. 1 K.E., § 373 Abs. 1 E I, § 439 Abs. 1 BGB a.F.). Ob sich die Eigenschaft des „Abhandengekommenseins“ an den Früchten fortsetzt, ist allerdings strittig, siehe dazu *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 673; *Platschek*, JA 2009, 846.

<sup>290</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 672 f.; *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 203.

<sup>291</sup> Siehe *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 675: „Dagegen erscheine jene Beschränkung nothwendig, weil sonst die Vorschrift auch die wahre Substanz der Sache treffen und deren stückweise Aneignung dem redlichen Besitzer gestatten würde, was namentlich bei einer beweglichen Sache zu einem völlig unzulässigen Resultat führen müßte.“ In den Motiven, *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 203, wird dies in einer etwas merkwürdigen Weise aufgegriffen, welche die Gefahr einer zufälligen „Auflösung“ der Muttersache – statt einer wohl näherliegenden aktiven Zerteilung durch den Besitzer – in den Vordergrund zu rücken scheint: „Die weitere Voraussetzung, daß das Getrennte Fruchteneigenschaft habe, verhütet, daß die Sache selbst bei ihrer entgegenwärtigen Auflösung stückweise dem Eigenthume des Besitzers verfallt.“ Siehe auch *MüKo/Oechsler*, § 955 BGB Rn. 2. Angesichts dieses sehr speziellen Hintergrunds des § 955 BGB erscheint die gelegentlich vertretene Deutung, die Vorschrift verwirkliche das

In den §§ 954, 956 und 957 BGB erfolgt zwar vordergründig keine Differenzierung zwischen Früchten und sonstigen Bestandteilen. Allerdings ist der Fruchtbegriff für die Frage des Eigentumserwerbs an Früchten nach diesen Vorschriften zumindest indirekt relevant. Denn für den Eigentumserwerb an „Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen“ ist jeweils maßgeblich, ob dem Besitzer deren Aneignung aufgrund eines dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechts tatsächlich oder vermeintlich gestattet ist. Eine solche Berechtigung zur Aneignung kann sich insbesondere aus einem Pachtverhältnis, §§ 581 ff. BGB, oder aus einem Nießbrauch, §§ 1030 ff. BGB ergeben. Zumindest nach dem gesetzlichen Regelungsmodell erstreckt sich die Aneignungsbefugnis sowohl des Pächters als auch des Nießbrauchers nur auf Früchte, nicht jedoch auf sonstige Bestandteile der Sache.<sup>292</sup>

(b) Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts bei *berechtigter* produktiver Nutzung

Der berechtigte Inhaber eines Gutes kann einem anderen die Möglichkeit zu dessen produktiver Nutzung einräumen, ohne zugleich seine Berechtigung an der Substanz des Gutes aufzugeben. Paradebeispiele für derartige Rechtsverhältnisse sind Pacht und Nießbrauch.<sup>293</sup>

Im Fall der berechtigten produktiven Nutzung eines fremden Gutes fällt die Berechtigung an der Substanz des Gutes und an den Erträgen auseinander. Die Substanz steht weiterhin dem Überlassenden zu, die Erträge gebühren dem Nutzenden. Spätestens bei Beendigung der Nutzungsüberlassung muss daher der Umfang des Nutzungsrechts in Abgrenzung zur Substanz des genutzten Gutes bestimmt werden.<sup>294</sup> Konkret stellt sich die Frage, ob den Nutzenden neben der Rückübertragung des Gutes weitere Pflichten treffen, etwa die (Rück-)Versetzung des Gutes in einen bestimmten Zustand oder die Erbringung einer Ausgleichsleistung für die Inanspruchnahme der Substanz des Gutes. Für die Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts bei berechtigter produktiver Nutzung ist der Fruchtbegriff des § 99 BGB insofern relevant, als einem Pächter oder Nießbraucher neben dem Recht, das Gut zu gebrauchen, auch dessen Früchte zugewiesen sind.<sup>295</sup>

---

Produktionsprinzip und bilde insofern einen Gegenpol zu § 953 BGB, als nicht tragfähig. In diesem Sinne äußern sich bspw. *Müller-Freienfels*, JherJb 89 (1941), 345 (351 f.); *BeckOGK/Schermaier*, § 955 BGB Rn. 3. (1.8.2017). Davon, dass § 955 das Substantialprinzip wahrt, geht dagegen *Platschek*, JA 2009, 846 aus.

<sup>292</sup> §§ 581 Abs. 1 S. 1, 1030 Abs. 1 BGB.

<sup>293</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 205. Als drittes typisches Beispiel nennt *Johow* die abgeschaffte familienrechtliche Nutznießung. Eine Ausnahme bildet der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen gemäß § 1067 BGB (sog. „uneigentlicher Nießbrauch“).

<sup>294</sup> HKK/Rüfner, §§ 90–103 Rn. 41.

<sup>295</sup> Das Recht zum Bezug der Früchte ist für Pacht und Nießbrauch typusprägend, siehe *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 212; *Prütting*, AcP 216 (2016), 459 (484).

## (2) Unvereinbarkeit der an den Fruchtbegriff gestellten Anforderungen

Der Fruchtbegriff dient somit drei höchst unterschiedlichen Funktionen. *Friedrich Affolter* erblickte 1911 in seiner Arbeit über „Das Fruchtrecht“ das einigende Band dieser unterschiedlichen Funktionen darin, dass der Fruchtbegriff stets dann relevant werde, wenn zwei unterschiedliche Rechtssubjekte Anspruch auf Früchte erheben.<sup>296</sup> Dies ist ebenso zutreffend<sup>297</sup> wie trivial, da so gut wie jedes einer Regelung bedürftige zivilrechtliche Problem einen Konflikt zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten voraussetzt. Zudem ändert sich hierdurch nichts daran, dass jede der Funktionen des Fruchtbegriffs mit spezifischen Anforderungen verbunden ist, die nicht miteinander in Einklang gebracht werden können. Den Verfassern des BGB ist lediglich bewusst gewesen, dass die dingliche Zuordnungsfunktion des Fruchtbegriffs in Konflikt mit der Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts des *berechtigt* produktiv Nutzenden gerät. Insofern haben sie sich um Abhilfe bemüht (a). Dagegen ist das Problem der Unvereinbarkeit der Anforderungen an den Fruchtbegriff im Rahmen des Nutzungsausgleichs mit den von seinen übrigen Funktionen gestellten Anforderungen bei der Schaffung des BGB un bemerkt und bis zum heutigen Tage ungelöst geblieben (b).

## (a) Unvereinbarkeit der dinglichen Zuordnungsfunktion mit der Bestimmung des Umfangs des Nutzungsrechts bei berechtigter produktiver Nutzung

Soweit der Fruchtbegriff der dinglichen Zuordnung getrennter Früchte dient, besteht die zentrale Anforderung darin, dass die Fruchtteigenschaft einer Sache im Rechtsverkehr möglichst leicht und unzweifelhaft erkennbar ist.<sup>298</sup> Im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs soll bezüglich der Eigentumslage an Sachen möglichst große Rechtssicherheit herrschen.

Im Rahmen der berechtigten produktiven Nutzung eines Gutes geht es demgegenüber darum, die Interessensphären des Überlassenden und des Nutzenden in angemessener Weise voneinander abzugrenzen. Vorbehaltlich einer Parteivereinbarung bedient sich das BGB sowohl beim Pachtverhältnis als auch beim Nießbrauch zu diesem Zweck des Kriteriums der „Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft“. Der Pächter hat gemäß § 581 Abs. 1 S. 1 BGB Anspruch auf die Früchte, „soweit sie nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind.“ Wie sich aus den §§ 1036 Abs. 2, 1039 Abs. 1 BGB ergibt, ist die wirtschaft-

<sup>296</sup> *Affolter*, Das Fruchtrecht, 1911, S. 1. In diesem Sinne auch bereits *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 957 f.

<sup>297</sup> Es ist zutreffend, weil die Eigentumslage an Früchten insbesondere dann relevant wird, wenn ein Eigentumsprätendent dem Besitzer den Besitz mit der Vindikation streitig macht, weil der Umfang des Nutzungsrechts eines Pächters keine Rolle spielt, wenn das Pachtverhältnis störungsfrei abgewickelt wird, und weil sich das Problem des Nutzungsausgleichs nicht stellt, wenn ein Gut von Berechtigten genutzt wird.

<sup>298</sup> Siehe bspw. *Crome*, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, 99 (100).



liche Berechtigung des Nießbrauchers an den Früchten in gleicher Weise beschränkt. Der redliche unverklagte Besitzer ist zwar nicht zur Nutzung der Sache berechtigt. Er ist jedoch insofern mit einem Pächter oder Nießbraucher vergleichbar, als ihm die Früchte der Sache verbleiben. Auch diese Privilegierung gilt gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB nicht für solche Früchte, die „nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind“.

Das Kriterium der Fruchtziehung nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gerät in Konflikt mit dem Erfordernis der einfachen Erkennbarkeit der Eigentumslage. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs fungiert insofern ein forstwirtschaftlich genutztes Grundstück als paradigmatisches Beispiel:<sup>299</sup> Wem beispielsweise ein Nießbrauch an einem solchen Grundstück zusteht, der ist berechtigt, Holz einzuschlagen und zu verkaufen, sofern er sich hierbei in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft hält. Diese Grenzen würde er hingegen verlassen, wenn er den Wald kahlschlägt. Für einen potentiellen Käufer des Holzes ist jedoch in der Regel nicht erkennbar, ob die Bäume unter Wahrung der Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft gefällt wurden. Dieses Problem stand den Verfassern des BGB deutlich vor Augen. Sie haben sich daher bewusst dafür entschieden, den Fruchtbegriff des § 99 BGB von Wirtschaftlichkeitserwägungen frei zu halten.<sup>300</sup>

Die Abgrenzung der Interessensphären von Überlassendem und Nutzenden wird stattdessen im Rahmen der jeweiligen Nutzungsverhältnisse bewältigt.<sup>301</sup> Dies ermöglicht es, beide Problemkreise zu entkoppeln. Gleichzeitig ist damit das Eingeständnis verbunden, dass ein *einheitlicher* Fruchtbegriff den unterschiedlichen Anforderungen nicht gerecht werden kann. Wenn daher der gutgläubige Eigenbesitzer eines forstwirtschaftlichen Grundstücks dieses entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft kahlschlägt, so handelt es sich bei den gefälltten Bäumen gleichwohl um Früchte des Grundstücks i.S.v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Im Zeitpunkt des Fällens geht daher das Eigentum an dem jeweiligen Baumstamm gemäß § 955 Abs. 1 BGB vom Eigentümer des Grundstücks<sup>302</sup> auf den Besitzer über. Dessen ungeachtet schuldet er dem Eigentümer gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB Nutzungsausgleich.

Aus den gleichen Gründen wie im Fall des redlichen Eigenbesitzers einer fremden Sache haben die Verfasser des BGB auch im Falle des Nießbrauchs die dingliche Zuordnung der Früchte von der Frage entkoppelt, wem im Verhältnis von Nießbraucher und Eigentümer ihr Wert zusteht. Allerdings ist die Regelungstech-

<sup>299</sup> Siehe bspw. *Göppert*, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, 1869, S. 26; *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1893, S. 38 f.; *Dernburg*, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908, S. 38; *MüKo/Raff*, § 993 BGB Rn. 6.

<sup>300</sup> *Supra* 1. Teil:B.I.1.b), S. 17 ff. Siehe dazu auch *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 41 f.; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 105.

<sup>301</sup> *Supra* 1. Teil:B.I.1.b), S. 17 ff.

<sup>302</sup> § 94 Abs. 1 BGB.

nik insofern zumindest als unelegant zu bezeichnen. Denn § 954 BGB macht den Eigentumserwerb des Nießbrauchers von der Reichweite seiner Aneignungsbefugnis abhängig. Da § 1036 Abs. 2 BGB den Nießbraucher dazu verpflichtet, bei der Ausübung seines Nutzungsrechts „nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren“, würde somit das Wirtschaftlichkeitskriterium, auf das in § 99 BGB bewusst verzichtet wurde, durch die Hintertür doch wieder für den Eigentumserwerb relevant. Um dies zu vermeiden, wird in § 1039 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich geregelt, dass der Nießbraucher auch das Eigentum an Übermaßfrüchten gemäß § 954 BGB erwirbt.<sup>303</sup>

Das BGB hat zwar den Fruchtbegriff von Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit der Fruchtgewinnung freigehalten. Allerdings müssen unmittelbare Sach- und Rechtsfrüchte – mit Ausnahme von Erzeugnissen i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB – entsprechend der Bestimmung der Sache gewonnen bzw. gemäß der Bestimmung des Rechts von diesem gewährt werden.<sup>304</sup> Ob sich das Kriterium der Bestimmung des genutzten Gutes auf die dingliche Rechtslage an getrennten Früchten auswirkt, hängt davon ab, inwieweit man den Nutzenden als zur Änderung der Bestimmung des Gutes berechtigt ansieht. Wenn der gutgläubige Eigenbesitzer eines Grundstücks aus diesem Kies gewinnt, so erwirbt er das Eigentum an dem Kies jedenfalls dann gemäß § 955 BGB, wenn bereits zum Zeitpunkt seiner Besitzergangung eine Kiesgrube auf dem Grundstück besteht und die Kiesgewinnung daher der Bestimmung des Grundstücks entspricht. Wenn die Kiesgrube hingegen erst von dem Besitzer angelegt wird, so hängt die Frage des Eigentumserwerbs gemäß § 955 BGB davon ab, ob der gutgläubige Eigenbesitzer die Bestimmung des Grundstücks ändern und den gewonnenen Kies so zu einer Frucht i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 2 BGB machen kann. Nach den Vorstellungen der ersten Kommission war dies zu verneinen.<sup>305</sup> In der Literatur gibt es jedoch durchaus Stimmen, die ein Bestimmungsrecht des redlichen Eigenbesitzers befürworten.<sup>306</sup>

Der Konflikt zwischen den Anforderungen der dinglichen Zuordnungsfunktion und der Funktion der Abgrenzung der Interessensphären der Parteien bei einem bestehenden Recht zur produktiven Nutzung wird im BGB somit zumindest

---

<sup>303</sup> Siehe zu diesem Problem auch Schön, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 47. Für das Pachtverhältnis fehlt es allerdings an einer korrespondierenden Regelung, weshalb hier die Wahrung der Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft tatsächlich über den Eigentumserwerb des Pächters gemäß § 954 BGB entscheidet.

<sup>304</sup> Siehe dazu Planck, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1903, § 100 BGB Nr. 1.

<sup>305</sup> Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 675: „[D]er Eigentumserwerb des redlichen Besitzers werde durch seine Beschränkung auf Früchte im Sinne des Gesetzes [...] nur an die objektive Tauglichkeit der Sache zur Lieferung solcher Ausbeute ohne Aenderung der bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache, nicht an die schwer festzustellenden Voraussetzungen der Einhaltung des wirtschaftlichen Maßes geknüpft.“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>306</sup> Siehe dazu Schön, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 64 f. m. w. N.

adressiert – wenn auch nicht in vollständig befriedigender und jedenfalls in einer überkomplexen Art und Weise. Demgegenüber fehlte den Verfassern des BGB das Problembewusstsein für die besonderen Anforderungen an den Fruchtbegriff im Rahmen des Nutzungsausgleichs.<sup>307</sup>

(b) Unvereinbarkeit der Bestimmung der Ausgleichsleistung bei unberechtigter produktiver Nutzung mit den übrigen Funktionen des Fruchtbegriffs

Für die Zuordnung des sich bei der produktiven Nutzung eines Gutes ergebenden Residuums im Rahmen des Nutzungsausgleichs kommt es darauf an, worauf dessen Entstehung zurückzuführen ist. Ist es primär im genutzten Gut angelegt, sollte es der Nichtberechtigte an den Berechtigten abführen. Beruht es maßgeblich auf der Eigenleistung des Nutzenden, sollte sich der Nutzungsausgleich auf den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung beschränken.<sup>308</sup> Dieser für den Nutzungsausgleich zentrale Gesichtspunkt hat im Fruchtbegriff des § 99 BGB nicht nur keinen Niederschlag gefunden. Er ließe sich auch nicht mit den Anforderungen in Einklang bringen, die sich aus den übrigen Funktionen des Fruchtbegriffs ergeben.

So besteht zunächst kein Zusammenhang zwischen dem für die Zuordnung des Eigentums an getrennten körperlichen Früchten zentralen Gesichtspunkt der Klarheit der dinglichen Rechtslage und der Frage, ob diese Früchte das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes oder des Nutzenden sind. Der Rechtsverkehr kann nicht erkennen, ob ein Baumstamm vom nichtberechtigten Besitzer eines Grundstücks aus einem Wald gewonnen wurde, der sich schon zu dem Zeitpunkt seiner Besitzerlangung auf dem Grundstück befand, oder ob der Nichtberechtigte den Baum selbst auf dem fremden Grundstück gepflanzt hatte. Auch für die Verwirklichung des speziellen Zwecks des § 955 BGB, den redlichen Eigenbesitzer im Falle einer Veräußerung der getrennten Früchte von einer Eviktionshaftung freizuhalten,<sup>309</sup> spielt die Frage, inwieweit die Früchte das wirtschaftliche Verdienst der Sache sind, keine Rolle. Die Frage, inwieweit der redliche Eigenbesitzer vor einem Regress des Käufers der Früchte geschützt werden soll, ist noch nicht einmal deckungsgleich mit der Privilegierung des redlichen Besitzers im Rahmen des Nutzungsausgleichs.<sup>310</sup> Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass die erste Kommission bei der Ausgestaltung des Eviktionsschutzes für veräußerte Früchte die Frage, ob der Besitzer noch vorhandene Früchte an den Eigentümer herausgeben muss, bewusst offen ließ.<sup>311</sup>

<sup>307</sup> Noch 1943 erkennt *Wieacker*, AcP 148 (1943), 57 (98) diese Funktion nicht einmal, sondern nennt als Funktionen des Fruchtbegriffs nur die dingliche Zuordnung und den Interessenausgleich zwischen „Eigentümer und Genußberechtigtem“.

<sup>308</sup> Supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff. sowie 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

<sup>309</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)bb)(1)(a), S. 314 f.

<sup>310</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35 ff.

<sup>311</sup> *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, 1985, S. 672 f.

Auch die Gesichtspunkte, die für die Abgrenzung der Interessensphären von Überlassendem und Nutzendem bei bestehendem Nutzungsrecht maßgeblich sind, spielen für die Zuordnung des Residuums keine Rolle. Pächter oder Nießbraucher wirtschaften grundsätzlich auf eigenes Risiko. Ihnen ist das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum vollständig oder zumindest anteilig zugewiesen. Im Falle eines Pachtverhältnisses mit fixem, erfolgsunabhängigem Pachtzins erhält der Pächter den gesamten Bruttoertrag des von ihm bewirtschafteten Gutes. Im Gegenzug für die Überlassung des Gutes leistet er den Pachtzins an den Verpächter. Dem Pächter verbleibt somit die Differenz zwischen Bruttoertrag und Pachtzins. Denkbar ist auch, dass dem Nutzenden die Nutzungsmöglichkeit freigebig zugewendet wird, was insbesondere bei innerfamiliären Nießbrauchgestaltungen häufig der Fall ist. Zwar ist es möglich, dass der Überlassende am Residuum in Gestalt eines erfolgsabhängigen Nutzungsentgelts *beteiligt* wird. So ist bei Pachtverhältnissen eine Umsatz- oder auch eine Gewinnbeteiligung durchaus üblich.<sup>312</sup> Unter keinen Umständen aber wird das Residuum vollständig dem Überlassenden zugewiesen. Ein Vertrag, nach dem der Nutzende lediglich ein fixes Entgelt für die Bewirtschaftung eines Gutes erhält, wäre ein Arbeits- oder Dienst-, aber jedenfalls kein Pachtverhältnis.

Das Problem, dass an den Fruchtbegriff bei bestehender Nutzungsberechtigung andere Anforderungen zu stellen sind als im Rahmen des Nutzungsausgleichs, wurde bereits von *Reinhold Johow* in seiner Begründung zum TE-SachR beschrieben:

„Im juristischen Sinne spricht man von Früchten in zwiefacher Beziehung: erstens in Beziehung auf das Recht zum Bezug derselben und zweitens in Beziehung auf die Verpflichtung zur Erstattung derselben. Es ist jedoch wohl zu beachten, daß man etwas Verschiedenes im Sinne hat, je nachdem man den Ausdruck in dieser oder in jener Beziehung gebraucht. Wo dies übersehen wird, leidet der Fruchtbegriff ‚an bedenklicher Prinzipiosigkeit und darum Grenzunsicherheit‘. Um diesen Uebelstand zu vermeiden, enthält sich der Entw., in Beziehung auf die Erstattungsverpflichtung – des mit der *rei vindicatio* belangten Inhabers der Hauptsache – von Früchten zu reden, bezeichnet vielmehr [...] die in Betracht kommenden Vortheile in konkreter Weise. Demzufolge beschränken sich die Bestimmungen darüber, was im Sinne des Entw. unter Früchten zu verstehen, auf jene erste Beziehung, auf das Recht zum Bezuge derselben.“<sup>313</sup>

Die erste Kommission ignorierte diese Bedenken jedoch und dehnte den Anwendungsbereich des Fruchtbegriffs auch auf Restitutionsverhältnisse aus.<sup>314</sup>

<sup>312</sup> Siehe bspw. *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, 2008, S. 111 ff.

<sup>313</sup> *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 205.

<sup>314</sup> In den Motiven wird der universelle Anwendungsbereich des Fruchtbegriffs sogar besonders herausgestellt, vgl. *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 37. Bemerkenswerterweise wirkte *Johow* während der Beratungen der ersten Kommission selbst an der Herbeiführung des daraus resultierenden und von ihm korrekt antizipierten „Übelstands“ mit, indem er den entscheidenden Antrag stellte, vgl. *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 455 f. in Fn. 30.

cc) *Alternative Konzepte zur Bewältigung der Residuumsproblematik*

Die fehlende Eignung des Fruchtbegriffs des § 99 BGB zur Bewältigung der Residuumsproblematik ist im Schrifttum weithin anerkannt. Die formale Differenzierung zwischen Früchten i. S. v. § 99 BGB und Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB für die Zwecke des Nutzungsausgleichs wird zwar von zahlreichen Autoren schlicht als gegeben hingenommen. In der Regel geschieht dies jedoch auf der Grundlage einer unkritischen Subsumtion unter den Gesetzeswortlaut im Rahmen einer nur kursorischen Befassung mit dem Problem.<sup>315</sup> Autoren, die sich vertieft mit der Frage des Nutzungsausgleichs befassen und dennoch uneingeschränkt an einer Zuweisung des Residuums mittels des Fruchtbegriffs festhalten wollen, bilden die Ausnahme.<sup>316</sup> Die überwiegende Reaktion besteht darin, ein Alternativkonzept vorzuschlagen.

Die meisten der Vorschläge für eine vom traditionellen Fruchtbegriff des § 99 BGB entkoppelte Zuordnung des Residuums im Rahmen des Nutzungsausgleichs beanspruchen nur für ein bestimmtes Rechtsgebiet Geltung, in der Regel für das Bereicherungsrecht.<sup>317</sup> Versuche, die Residuumsproblematik beim Nutzungsausgleich rechtsgebietsübergreifend zu lösen, sind selten.<sup>318</sup> In formaler Hinsicht wird in aller Regel an der im Gesetz angelegten Differenzierung zwischen Früchten und Gebrauchsvorteilen festgehalten.<sup>319</sup> Während einige Autoren lediglich die Einordnung des Nutzungserfolgs in diese Kategorien nach den spezifischen Bedürfnissen der Residuumsproblematik modifizieren wollen,<sup>320</sup> ist nach anderer Ansicht eine inhaltliche Modifikation insbesondere des Fruchtbegriffs erforderlich.<sup>321</sup> All dies ist jedoch zweitrangig. Entscheidend ist, nach welchen *materiellen* Kriterien das Residuum bei der produktiven Nutzung eines Gutes zugewiesen werden soll.

Nahezu jede Stellungnahme, die sich zu diesem Problem im Schrifttum finden lässt, gipfelt in einem – zumindest vordergründig – eigenständigen Lösungsvor-

<sup>315</sup> *Bufe*, JR 1954, 461; *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, 2001, S. 185; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 236f.; *Prütting*, AcP 216 (2016), 459 (484).

<sup>316</sup> Bspw. *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 236f.

<sup>317</sup> Siehe bspw. *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007.

<sup>318</sup> Diesen Anspruch erhebt bspw. *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 33 i. V. m. S. 100ff.

<sup>319</sup> Siehe bspw. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271f.; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 141 ff.; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 92ff.

<sup>320</sup> Wie bspw. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271f.; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 141 ff.

<sup>321</sup> Wie bspw. *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 92ff.

schlag. Vergleicht man die unterschiedlichen Ansätze, so zeigt sich stets das gleiche Muster: Den Ausgangspunkt bildet die Identifizierung eines abstrakten Kriteriums, das für die Zuweisung des Residuums im Einzelfall maßgeblich sein soll. Sodann wird ein Katalog typischer Beispielfälle durchdekliniert und gezeigt, wie anhand des gewählten Kriteriums das Residuum zuzuweisen ist. Dabei offenbart sich allerdings zumeist die beschränkte Nützlichkeit des gewählten abstrakten Kriteriums. Dieses ist meist so allgemein gehalten, dass es wenig mehr enthält als eine Umformulierung des Problems, das es zu lösen bestimmt ist. Dementsprechend fließen bei der Lösung der Beispielfälle häufig Wertungen mit ein, die sich nicht aus dem Kriterium, sondern aus dem persönlichen Gerechtigkeitsgefühl des jeweiligen Verfassers ergeben. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, soll dieses Phänomen nachfolgend anhand der relevantesten im Schrifttum vertretenen Auffassung verdeutlicht werden.

#### (1) Überblick über die im Schrifttum vertretenen Konzepte

Gemeinsamer Ausgangspunkt der Alternativkonzepte ist stets die Erkenntnis, dass der Fruchtbegriff des § 99 BGB für die Zuweisung des bei der produktiven Nutzung eines falsch zugeordneten Gutes entstehenden Residuums jedenfalls nicht uneingeschränkt geeignet ist.

Den wohl ersten Vorschlag für eine Zuweisung des Residuums anhand eines materiellen, vom Fruchtbegriff losgelösten Kriteriums entwickelte *Leo von Petrazycki* noch vor Inkrafttreten des BGB auf der Grundlage des gemeinen Rechts und in Auseinandersetzung mit dem E II. *Petrazycki* widmete sich der Residuumsproblematik speziell am Beispiel des „Unternehmereinkommens“, für das er postulierte, dass es entweder allein auf dem Einsatz eines der beiden Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit oder auf einer Kombination beider Produktionsfaktoren beruhe.<sup>322</sup> Wenn der beim Betrieb eines Unternehmens erzielte Gewinn allein auf dem Produktionsfaktor Kapital beruht, sei er im Rahmen des Nutzungsausgleichs in voller Höhe dem Berechtigten zuzuweisen. Ist der Gewinn allein das Ergebnis der Arbeit des Unternehmers, sei er diesem zu belassen. Problematisch aus der Perspektive des Nutzungsausgleichs seien Fälle, in denen der Gewinn auf einer Kombination beider Produktionsfaktoren beruht. Eine Aufteilung des Gewinns entsprechend der Verursachungsbeiträge hält *Petrazycki* für unmöglich. Für das klassische römische Recht geht er davon aus, dass die Zuweisung des Residuums davon abhängig gemacht wurde, „ob der Gewinn, welchen der Besitzer erzielt hat, durch den fremden Produktionsfaktor individualisiert, in seiner Höhe und Art vorwiegend bestimmt wird.“<sup>323</sup> Hierauf aufbauend schlägt *Petrazycki* vor, den Gewinn dem Produktionsfaktor zuzuweisen, der ihn „hauptsächlich“ bestimmt.<sup>324</sup>

<sup>322</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 418 ff.

<sup>323</sup> *Ibid.*, S. 426 f.

<sup>324</sup> *Ibid.*, S. 432.

Sei dies der Produktionsfaktor Kapital, so müsse der Nichtberechtigte den Gewinn an dessen berechtigten Inhaber abführen und könne nur eine Vergütung für die von ihm eingesetzte Arbeitskraft verlangen. Sei hingegen der Produktionsfaktor Arbeit „hauptsächlich“ bestimmend für den entstandenen Gewinn, so könne ihn der Nutzende behalten und schulde dem berechtigten Inhaber des Kapitals stattdessen die ortsübliche Vergütung für dessen Überlassung. Neben dem Umstand, dass er das Residuum nicht indirekt über die Einordnung des Nutzungserfolgs in den Fruchtbegriff zuweisen will, liegt der wesentliche Aussagegehalt von *Petrazycki*'s Vorschlag darin, dass das Residuum nicht aufgeteilt werden soll. Dagegen ist das Kriterium der „Hauptsächlichkeit“ der Verursachung für dessen Zuweisung nur bedingt hilfreich. Denn es stellt sich sofort die Anschlussfrage, wann dies der Fall ist.

*Petrazycki* war sich der Grenzen seines Vorschlags in dieser Hinsicht voll bewusst.<sup>325</sup> Gleiches lässt sich nicht mit Sicherheit für viele Autoren sagen, die in den folgenden Jahrzehnten in dieser Frage über *Petrazycki* konzeptionell nicht hinaus kamen. So schlug etwa *Carl Crome* 1919 vor, darauf abzustellen „ob der Gewinn in erster Linie aus der Sache, oder aus der Arbeit des Gebrauchenden entstammt,“ was also „als *überwiegender Produktionsfaktor* anzusehen“ sei.<sup>326</sup> Eine große Unbestimmtheit zeichnet auch Vorschläge aus, die auf eine Aufteilung des Residuums abzielen. Bereits 1899 hat etwa *Aloys Stieve* vorgeschlagen, dem nutzungsausgleichspflichtigen Bereicherungsschuldner nicht nur den von ihm getätigten nutzungsbedingten Aufwand vollumfänglich zu erstatten, sondern ihm zudem einen „Anteil am Fruchtertrag“ zu belassen, „wenn dieser durch seine persönliche Arbeit und Tüchtigkeit ein höherer als beim Benachteiligten war.“<sup>327</sup> Die Bestimmung des angemessenen Anteils sei vom Richter im jeweiligen Einzelfall, gegebenenfalls unter Beiziehung von Sachverständigen, vorzunehmen.<sup>328</sup>

Einen weiterführenden Beitrag leistete *Rainer Jagmann*, der 1979 vorschlug, den Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 1 BGB für sog. „mitgeleistete Nutzungen“ haften zu lassen.<sup>329</sup> Hierunter verstand *Jagmann* „diejenigen Vorteile, die zwar erst im Vermögen des Schuldners entstanden sind, die aber ihren Ursprung in dem geleisteten Gegenstand finden und somit als zusammen mit ihm geleistet ge-

<sup>325</sup> Ibid., S. 432 in Fn. 1: „Dieses Wort ‚hauptsächlich‘ zeigt die praktische Mangelhaftigkeit des Principes. Wo liegt die Grenze? Indessen ist der Grundsatz deswegen nicht zu opfern, wenn er civilpolitisch im Allgemeinen richtig ist. Die Frage erforderte eine selbständige monographische Bearbeitung, [...]“

<sup>326</sup> *Crome*, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, 1919, 99 (107) [Hervorhebung im Original durch Sperrung].

<sup>327</sup> *Stieve*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, S. 76 f. Dem folgend bspw. *Mayr*, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903, S. 612.

<sup>328</sup> *Stieve*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, S. 77.

<sup>329</sup> *Jagmann*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, 1979, S. 203.

dacht werden können.<sup>330</sup> Dem Bereicherungsschuldner gebühren sollten laut *Jagmann* demgegenüber

„diejenigen Erträge, die ihm auf Grund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit zugeflossen sind. Zu diesen Vorteilen gehören der durch den Gebrauch des Geleisteten erzielte wirtschaftliche Ertrag, [...] und ebenso auch die unmittelbaren Früchte, soweit die Fruchtziehung der eigenen Initiative des Schuldners entsprang.“<sup>331</sup>

Wenn der Bereicherungsschuldner in diesem Sinne eine „eigene wirtschaftliche Tätigkeit“ entfaltet hatte, so sollte er dem Bereicherungsgläubiger nur die für die Verwendung des Bereicherungsgegenstandes „übliche Vergütung“ zahlen müssen.<sup>332</sup> In ähnlicher Weise schlug *Christiane Wendehorst* 1999 vor, danach zu differenzieren, ob ein Vorteil seinem Wesen nach im erlangten Gegenstand selbst angelegt ist, oder ob er auf einer „besonderen investorischen Entscheidung“ des Empfängers beruht.<sup>333</sup> Das Konzept der „mitgeleisteten Nutzungen“ wurde 2007 von *Birke Hagmann* aufgegriffen und zum Herzstück ihres spezifisch bereicherungsrechtlichen Nutzungsbegriffs gemacht, der nach ihrer Vorstellung im Rahmen des § 818 BGB an die Stelle der §§ 99f. BGB treten soll.<sup>334</sup> Alle nicht „mitgeleisteten Nutzungen“ beruhten maßgeblich auf der Eigenleistung des Bereicherungsschuldners und seien daher von diesem nicht „auf Kosten“ des Bereicherungsgläubigers erlangt.<sup>335</sup>

2017 bemühte sich *Genevieve Baker*, einen im Vergleich zum Konzept der „mitgeleisteten Nutzungen“ anderen Akzent in der Residuumsproblematik zu setzen. Im Ausgangspunkt ähnlich wie *Hagmann* will *Baker* den allgemeinen Fruchtbegriff des § 99 BGB für die spezifischen Bedürfnisse des Nutzungsausgleichs modifizieren. Allerdings will sie nicht danach differenzieren, ob Nutzungen mitgeleistet wurden oder nicht. Stattdessen plädiert *Baker* in Anlehnung an *Petrazyckis* Ausführungen zum römischen Recht<sup>336</sup> für einen spezifisch „restitutionsrechtlichen Fruchtbegriff“, den sie im Wege von teleologischer Reduktion *und* Analogieschluss gewinnen will. Früchte im restitutionsrechtlichen Sinne definiert *Baker* als

„Bruttoerträge, auf deren Höhe der Schuldner, der im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft handelt, keinen oder einen nur vernachlässigbaren Einfluss hat.“<sup>337</sup>

Der Bereicherungsschuldner soll nach Auffassung *Bakers* nur dann auf den durch die Nutzung des Bereicherungsgegenstands erzielten Gewinn haften, wenn sich

<sup>330</sup> *Ibid.*, S. 203.

<sup>331</sup> *Ibid.*, S. 204.

<sup>332</sup> *Ibid.*, S. 204.

<sup>333</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242. So seither auch BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 18 (1.5.2018).

<sup>334</sup> *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 180f.

<sup>335</sup> *Ibid.*, S. 181.

<sup>336</sup> *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 81f.

<sup>337</sup> *Ibid.*, S. 89.



der vom ihm erzielte Bruttoertrag unter den restitutionsrechtlichen Fruchtbegriff subsumieren lässt:

„Die gezogenen Erträge sind nur von solchen Restitutionsgegenständen herauszugeben, bei denen der Nutzende, der im Rahmen der ordnungsgemäßen Wirtschaft handelt, keinen oder nur einen nach der Verkehrsanschauung vernachlässigbaren Einfluss auf den Wert des Bruttoertrags hat.“<sup>338</sup>

Falls der Bereicherungsschuldner hingegen einen nicht vernachlässigbaren Einfluss auf die Höhe des Bruttoertrags hat, soll er nur Ausgleich für die vom ihm gezogenen Gebrauchsvorteile schulden. Deren Wert will *Baker* grundsätzlich anhand des Entgelts bemessen, das für den Erwerb der Nutzungsmöglichkeit am Markt aufzubringen gewesen wäre.<sup>339</sup>

Der Einfluss auf Art und Höhe des Bruttoertrags umschreibt für bestimmte Fallkonstellationen das Problem, das es zu lösen gilt: Wenn man von dem einfachsten denkbaren Szenario ausgeht, in dem die Höhe des Ertrags nur von zwei Faktoren abhängt, dem Gut und dem Nutzenden, dann ist das erzielte Residuum offensichtlich in voller Höhe dem genutzten Gut zuzuschreiben, wenn der Nutzende auf den Nutzungserfolg *keinen* Einfluss hatte. Die Gretchenfrage lautete aber wiederum: Wann hatte der Nutzende keinen Einfluss auf Art und Höhe des Ertrags? Insofern bietet *Baker* wenig mehr an als einen Verweis auf die „Verkehrsanschauung“. Hinzu kommt, dass die Fokussierung auf den Bruttoertrag zu eng ist. Das Residuum ist der Saldo von Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand. Es ist nicht nachvollziehbar, warum ein Bereicherungsschuldner den Gewinn behalten können sollte, wenn er den Bruttoertrag steigert, nicht hingegen, wenn er mit geringerem Aufwand einen konstanten Bruttoertrag erzielt.<sup>340</sup>

Wie dieser kurze Überblick verdeutlicht, herrscht an Konzepten für eine vom Fruchtbegriff des § 99 BGB unabhängige Zuweisung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums kein Mangel. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass keines der geschilderten Konzepte die Residuumsproblematik befriedigend zu lösen vermag. Bei der Anwendung auf konkrete Fälle erweisen sich die abstrakten Kriterien für die Zuordnung des Residuums als nur bedingt nützlich. Letztlich ist meist eine Wertungsentscheidung im Einzelfall erforderlich, für die sich aus dem jeweiligen konzeptionellen Ausgangspunkt häufig noch nicht einmal überzeugende Leitlinien ergeben. Dies soll nachfolgend anhand des Paradefalls der Fruchtziehung verdeutlicht werden, der Gewinnung von Feldfrüchten.

<sup>338</sup> Ibid., S. 93 sowie S. 98.

<sup>339</sup> Ibid., S. 203.

<sup>340</sup> Wenn sich bspw. ein Eisenbahnunternehmen gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber zum langfristigen Betrieb einer Nahverkehrsstrecke gegen Zahlung eines bestimmten fixen Betrags p. a. verpflichtet hat und darüber hinaus auch keinen Anteil an den Ticketverkäufen erhält, so steht der jährliche Bruttoertrag für die Laufzeit des Vertrages fest. Dennoch kann ein neuer Inhaber Einfluss auf die Höhe des Residuums nehmen und dieses dadurch erhöhen, dass es ihm gelingt, die vertraglich geschuldete Leistung mit geringerem Aufwand zu erbringen.

## (2) Beschränkte Nützlichkeit der Alternativkonzepte zur Bewältigung der Residuumsproblematik

Bereits für den einfachen Fall, dass ein Landwirt rechtsgrundlos ein Stück Land erwirbt und auf diesem Getreide anbaut, ist die Zuordnung des Residuums in Gestalt der Differenz zwischen Ernteertrag und für dessen Gewinnung erforderlichem Aufwand kein „Selbstläufer“.

Für *Petrazycki* bedarf es keiner Diskussion, dass die Ernte als *fructus fundi* dem Produktionsfaktor Kapital zuzuordnen ist und somit vom Landwirt an den Verkäufer auszukehren ist.<sup>341</sup> Im Gegenzug hätte dieser gemäß § 102 BGB einen Anspruch auf Ersatz seiner Fruchtgewinnungskosten inklusive einer angemessenen Vergütung für die von ihm investierte Arbeitszeit. Das Residuum würde also dem Berechtigten zugeordnet. *Stieve* will demgegenüber nach der „Tüchtigkeit“ des Landwirts differenzieren. Ein „durchschnittlich tüchtiger“ Landwirt müsse die Ernte herausgeben. War der Landwirt hingegen „überdurchschnittlich tüchtig“, so dürfe er den hierauf zurückzuführenden Teil der Ernte behalten.<sup>342</sup> Dies läuft letztlich darauf hinaus, das Residuum im Regelfall dem Berechtigten zuzuweisen, da dem Nichtberechtigten der Nachweis für seine „überdurchschnittliche Tüchtigkeit“ auferlegt wird. *Jagmann* wiederum will darauf abstellen, ob noch der Verkäufer gesät und damit die Ernte „mitgeleistet“ hat. Dann muss der Käufer die Ernte herausgeben. Hat er hingegen selbst gesät, kann er die buchstäblichen Früchte seiner Arbeit behalten.<sup>343</sup> Dies entspricht dem uralten, im Sachsenspiegel niedergelegten Grundsatz „wer sät, der mäht“.<sup>344</sup> Hat der Nichtberechtigte selbst gesät, so schuldet er nach *Jagmann* statt der Ernte Ausgleich in Gestalt des üblichen Pachtzinses für ein derartiges Stück Land. Die Folge wäre, dass ihm das von ihm erwirtschaftete – positive oder negative – Residuum verbliebe. Bemerkenswerterweise sieht dies *Hagmann* völlig anders, obwohl sie sich ausdrücklich auf *Jagmann* und das Konzept der mitgeleisteten Nutzungen beruft. Für *Hagmann* sind natürliche Früchte stets „unproblematisch“ als wirtschaftliches Verdienst der Sache anzusehen, aus der sie durch Naturkräfte hervorgebracht werden. Die unter Umständen zur Kultivierung erforderliche Arbeitsleistung sei nur von untergeordneter Bedeutung.<sup>345</sup> *Baker* räumt zwar ein, dass in der modernen Landwirtschaft durchaus Handlungs- und Entscheidungsspielräume für den Landwirt bestehen. Daher sei das von ihr für den „restitutionsrechtlichen Fruchtbegriff“ auf-

<sup>341</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 427 sowie S. 405.

<sup>342</sup> *Stieve*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, S. 77.

<sup>343</sup> *Jagmann*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, 1979, S. 4.

<sup>344</sup> Siehe dazu *Reichel*, JherJb 42 (1901), 205 (264) m. w. N.

<sup>345</sup> *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 144.

gestellte Kriterium, „dass der im Rahmen der ordnungsgemäßen Wirtschaft handelnde Schuldner auf den Bruttoertrag [...] keinen oder einen nur vernachlässigbaren Einfluss hat,“ nicht erfüllt.<sup>346</sup> Konsequenterweise müsste sie daher die Ernte dem Landwirt zuweisen und den Verkäufer auf eine Vergütung für die Gebrauchsvorteile in Höhe des üblichen Pachtzinses verweisen. Allerdings passt ihr dieses Ergebnis nicht, weil ihr der Einfluss des Landwirts auf Art und Höhe des Ertrags als nicht groß genug erscheint. Also modifiziert sie ihr Konzept kurzerhand speziell für diese Fallkonstellation. Laut *Baker* soll eine „tatsächliche Vermutung“ dafür sprechen, dass ein Landwirt keinen Einfluss auf den Ernteertrag hat. Der Gegenbeweis sei zulässig.<sup>347</sup>

Dieser Überblick verdeutlicht das ganze Problem: Selbst für Erzeugnisse i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 1 BGB führt eine pauschale Zuweisung des Residuums mittels abstrakter Kriterien nicht weiter. Der Umstand, dass Erzeugnisse „organisch“ aus dem genutzten Gut hervorgehen, bedeutet nicht zwangsläufig, dass der hierbei erzielte Ertrag dem Gut zuzuordnen ist. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Vorstellung, dass insbesondere Feldfrüchte das wirtschaftliche Verdienst des Bodens sind, so stark ist, dass *Hagmann* und *Baker* das von ihnen favorisierte abstrakte Kriterium implizit bzw. explizit ignorieren wollen, um das Residuum dem Eigentümer des Grundstücks zuweisen zu können. Dann wäre es aber einfacher, von vornherein bei einer Zuordnung anhand des Fruchtbegriffs des § 99 BGB zu bleiben. Dass ein pauschaler Verweis auf unbestimmte Begriffe wie „Tüchtigkeit“ zur Lösung der Residuumsproblematik im Einzelfall nichts beiträgt, bedarf keiner vertieften Begründung. *Jagmann* ist immerhin zugutezuhalten, dass er sich bemüht, das von ihm für maßgeblich gehaltene Kriterium, ob Früchte „mitgeleistet“ wurden, für die Anwendung auf den konkreten Fall zu operationalisieren. Im Fall der Erzeugung natürlicher Früchte soll maßgeblich sein, wer gesät hat: der Berechtigte oder der Nichtberechtigte. In der Tat sind bei einer Aussaat durch den Berechtigten zwei für den zu erzielenden Ertrag wesentliche Entscheidungen bereits von diesem gefällt worden: die über die anzubauende Feldfrucht und die über den Zeitpunkt der Aussaat. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass nicht auch der unberechtigt Nutzende noch einen wesentlichen, unter Umständen sogar entscheidenden Beitrag zum tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg leisten kann. Vielmehr kann er die Ernte leicht ruinieren, indem er die Felder falsch düngt oder falsch bewässert, oder indem er zum falschen Zeitpunkt erntet. Umgekehrt kann der Nichtberechtigte aber auch durch seine Initiative den wirtschaftlichen Ertrag retten, indem er etwa die Entscheidung trifft, angesichts der Gefahr schlechten Wetters die Ernte früher einzubringen, als dies unter den Ertragsgesichtspunkten ideal wäre, und so einen Totalverlust verhindert. Alternativ wäre es auch denkbar, dass der Nichtberechtigte zwar nicht die Vernichtung der Ernte durch ein Unwetter verhindern kann, für diesen Fall aber durch den Abschluss eines Terminge-

---

<sup>346</sup> *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 98.

<sup>347</sup> *Ibid.*, S. 99.

schafts vorgesorgt hat. Das wohl berühmteste literarische Beispiel hierfür liefert *Thomas Mann: Thomas Buddenbrook* wird bekanntlich endgültig zur tragischen Romanfigur, als er im Frühjahr 1868 die „Pöppenrader Ernte“ zum halben Preis „noch auf dem Halme“ kauft, und die Ernte ebendort im Juli des gleichen Jahres durch Hagelschlag vernichtet wird. Der Verlust *Thomas Buddenbrooks* war der Gewinn des Inhabers des Gutes Pöppenrade.

*b) Fehlen konsistenter Regelungen für die Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands*

Zusätzlich verkompliziert wird die Residuumsproblematik durch das Fehlen konsistenter Regelungen für die Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwandes. Die gesetzliche Regelung zur Berücksichtigung von Fruchtgewinnungskosten in § 102 BGB führt zu einer willkürlichen Aufteilung eines negativen Residuums zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem (aa). Die Wirkungen des § 102 BGB werden wiederum in inkonsistenter Weise dadurch relativiert, dass andere Vorschriften es dem Nichtberechtigten ermöglichen, weiteren nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen (bb).

*aa) Unangemessenheit der Beschränkung der Fruchtgewinnungskosten auf den Wert der zu restituierenden Früchte gemäß § 102 BGB*

Gemäß § 102 BGB ist der Anspruch des Nichtberechtigten auf Erstattung seiner für die Fruchtgewinnung getätigten Aufwendungen der Höhe nach durch den Wert der gezogenen Früchte beschränkt.

Die Vorschrift bewirkt, dass der Berechtigte ein bei der produktiven Nutzung des Gutes entstandenes *negatives* Residuum immer dann nicht in voller Höhe tragen muss, wenn der vom Nichtberechtigten getragene Aufwand den Bruttoertrag der produktiven Nutzung übersteigt. Dies ist bemerkenswert, da der Anwendung des § 102 BGB zwingend die gesetzliche Wertung vorausgeht, das Residuum über die Pflicht des Nichtberechtigten zur Auskehrung der gezogenen Früchte i. S. v. § 99 BGB dem Berechtigten zuzuweisen. Wenn aber die Wertung lautet, dass das Residuum das „wirtschaftliche Verdienst der Sache“ ist, so bedarf es einer Begründung dafür, warum dies uneingeschränkt nur gelten soll, wenn das Residuum *positiv* ausfällt. Eine solche Begründung ist nicht ersichtlich.<sup>348</sup>

Den veröffentlichten Gesetzesmaterialien lässt sich hierzu nichts entnehmen.<sup>349</sup> Der Anspruch auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten wurde erst von der

<sup>348</sup> § 102 BGB wurde bereits kritisiert von *Petryzcki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 76; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (331).

<sup>349</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 685; *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, 1985, S. 494.

zweiten Kommission in das BGB aufgenommen.<sup>350</sup> Zur Begründung verweisen die Protokolle lapidar darauf, dass hierdurch eine Lücke im Gesetzbuch geschlossen werde.<sup>351</sup> Die Überlegungen, die für die konkrete Ausgestaltung des Anspruchs maßgeblich waren, werden nicht dargelegt. Auch im Schrifttum findet sich wenig Erhellendes.<sup>352</sup> So wird etwa pauschal festgestellt, dass die Deckelung des Anspruchs aus § 102 BGB dem Schutz des Berechtigten diene.<sup>353</sup> Dies ist richtig, hilft aber nicht weiter. Offensichtlich wird der Berechtigte davor geschützt, Fruchtgewinnungskosten erstatten zu müssen, die über den Wert der gezogenen Früchte hinausgehen. Die entscheidende Frage lautet aber: Warum bedarf er dieses Schutzes? Allein der Umstand, dass das Residuum negativ ausfällt, rechtfertigt jedenfalls keine Entlastung des Berechtigten. Wenn das Residuum tatsächlich dem genutzten Gut zuzuordnen ist, so muss dies grundsätzlich auch dann gelten, wenn es negativ ausfällt.

Auf der Suche nach einer möglichen Rechtfertigung für die Beschränkung des Anspruchs aus § 102 BGB gilt es zunächst zu bedenken, dass dieser nicht von subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Nichtberechtigten abhängt. Ein unredlicher oder verklagter Nichtberechtigter hat grundsätzlich in gleichem Maße Anspruch auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten wie ein Nichtberechtigter, der sich ohne jedes Verschulden für den berechtigten Inhaber eines Gutes – etwa für den Eigentümer einer Sache – hält. Zumindest im Hinblick auf redliche unverklagte Nichtberechtigte kann die Anspruchsbegrenzung daher nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, die bei einer wissentlichen Nutzung eines fremden Gutes bestehenden Fehlanreize zu bekämpfen. So wäre etwa denkbar, dass ein verklagter Nichtberechtigter einen fremden Acker bestellt, obwohl er weiß, dass der Ertrag die Mühe nicht lohnen wird, um gegenüber dem Berechtigten einen Anspruch auf Vergütung seiner Arbeitsleistung zu erlangen. Hierzu hätte er immer dann einen Anreiz, wenn er durch einen anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft weniger verdienen würde. Ein solches zielgerichtetes Verhalten zum Schaden des Berechtigten droht allerdings nicht, wenn sich der Nichtberechtigte für den Eigentümer des Grundstücks hält.

Auch im Falle eines redlichen unverklagten Nichtberechtigten ließe sich die Beschränkung des Anspruchs aus § 102 BGB auf den Wert der gezogenen Früchte rechtfertigen, wenn es darum ginge, den Berechtigten vor einer unwirtschaftlichen Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten zu schützen. § 102 BGB verhindert, dass der Nichtberechtigte die Konsequenzen einer schuldhaft unwirtschaftlichen Nutzung des Gutes *ex post* auf den Berechtigten abwälzen kann. Die Ab-

<sup>350</sup> Der Umstand, dass der E I bei der Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses die Fruchtgewinnungskosten ignorierte, wurde bspw. kritisiert von *Bolze*, AcP 74 (1889), 97 (116).

<sup>351</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 685.

<sup>352</sup> Siehe bspw. BeckOK/*Fritzsche*, § 102 BGB Rn. 8 (1.5.2018): „Die Obergrenze für den Ersatzanspruch hinsichtlich der Gewinnungskosten bildet der Wert der Früchte. Das mag mit dem Grundgedanken der Vorschrift zusammenhängen.“ [Hervorhebung im Original].

<sup>353</sup> BeckOGK/*Mössner*, § 102 BGB Rn. 15 (15.2.2018).

wälzung eines entstandenen Verlusts auf den Berechtigten wäre insbesondere dann unangemessen, wenn der Nichtberechtigte die Unwirtschaftlichkeit der Nutzung bewusst in Kauf genommen hat, weil sie einer privaten Neigung entsprach. So läge es etwa, wenn der nichtberechtigte Inhaber eines Springpferdes aus privatem Vergnügen damit an Turnieren teilnimmt, obwohl er weiß, dass er als Reiter nur mäßig begabt ist und keine Aussicht besteht, Preisgelder und/oder Sponsorengelder zu erwirtschaften, die seine Unkosten sowie eine Vergütung für seine investierte Zeit decken. Es wäre offensichtlich nicht angemessen, wenn der Nichtberechtigte, selbst wenn er redlich war, die Kosten seines privaten Hobbys beim Berechtigten liquidieren könnte.

Das Ziel, den Berechtigten vor den Folgen einer unwirtschaftlichen Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten zu schützen, ist allerdings keine überzeugende Rechtfertigung für die Beschränkung der Fruchtgewinnungskosten auf den Bruttoertrag.<sup>354</sup> Eine solche *ex-post*-Betrachtung wäre nur bei einer völlig risikofreien Nutzung angemessen. Da jedoch die produktive Nutzung eines Gutes risikobehaftet ist, lässt sich aus dem tatsächlich erwirtschafteten Ergebnis nicht ableiten, ob es *ex ante* wirtschaftlich sinnvoll war, die Nutzung durchzuführen. Hierfür ist vielmehr der Erwartungswert des Nichtberechtigten maßgeblich. Ist dieser unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeiten für Erfolg und Misserfolg und bei Zugrundelegung einer adäquaten Risikoneigung positiv, so kann dem Nichtberechtigten kein Vorwurf gemacht werden, dass er das Gut genutzt hat und mit dieser wirtschaftlichen Entscheidung gescheitert ist. Im Gegenteil würden Chance und Risiko in ungerechtfertigter Weise entkoppelt, wenn dem Berechtigten der bei einer risikobehafteten Tätigkeit erwirtschaftete Gewinn, dem Nichtberechtigten hingegen der erlittene Verlust zugewiesen würde.<sup>355</sup>

#### Beispiel 28

*Der unerkannt geisteskranke A verkauft und übereignet ein zum Ackerbau geeignetes Grundstück an Landwirt B. Wenn B das Feld bestellt, kann er mit einer Wahrscheinlichkeit von 90 % einen Bruttoertrag von 200 erwirtschaften. Mit einer Wahrscheinlichkeit von 10 % fällt die Ernte aus. Der für die Feldbestellung erforderliche Aufwand beträgt in beiden Fällen 100.*

Der *ex ante* bei einer Bestellung des Feldes zu erwartende Ertrag beläuft sich auf 80 ( $[200 - 100] \times 90\% + [0 - 100] \times 10\%$ ). In dieser Situation kann B kein Vorwurf gemacht werden, wenn er sich dazu entschließt, das Feld zu bewirtschaften. Stellt sich der Ernteerfolg ein, so muss er laut der Rechtsprechung die Ernte im Wert von 200 gemäß §§ 988, 818 Abs. 1 BGB an A herausgeben und kann im Gegenzug gemäß § 102 BGB von dieser Erstattung seines hierfür getätigten Aufwands in Höhe von 100 verlangen. Wenn hingegen die Ernte kurz vor ihrer Einbringung auf dem Halm durch Hagelschlag vernichtet wird, so kann B von A wegen der Beschränkung des Anspruchs aus § 102 BGB auf den Wert der gezogenen Früchte nichts fordern, sondern muss den Verlust in Höhe von 100 selbst tragen.

<sup>354</sup> So aber offenbar MüKo/Stresemann, § 102 BGB Rn. 5.

<sup>355</sup> Siehe dazu ausführlich *infra* 3. Teil: C.II.1.a), S. 572 ff. In diesem Sinne bspw. auch Mankowski/Schreier, AcP 208 (2008), 725 (732).

Man kann zwar zu Recht einwenden, dass im Beispiel bereits die Zuweisung des Residuums an den Berechtigten *per se* verfehlt ist. Denn wenn der Nutzungserfolg von einer Abwägung von Chance und Risiko durch den Nichtberechtigten abhängt, ist seine Entstehung eben gerade nicht allein bzw. ganz überwiegend das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes. Die Notwendigkeit, einen Gleichlauf von Chance und Risiko zu wahren, ist hiervon aber unabhängig. Sofern es überhaupt Fälle gibt, in denen es sachgerecht ist, das Residuum dem Berechtigten zuzuweisen, so muss dies unabhängig davon gelten, ob das Residuum *ex post* positiv oder negativ ausfällt. Der Schutz des Berechtigten vor einer unwirtschaftlichen Nutzung des Gutes ist vielmehr dann, wenn ihm das Residuum zugewiesen ist, nur gerechtfertigt, wenn bereits eine Beurteilung *ex ante* ergibt, dass die intendierte Nutzung unrentabel ist. In dieser Hinsicht wird der Berechtigte *de lege lata* in sachgerechter Weise dadurch geschützt, dass nach § 102 BGB Fruchtgewinnungskosten nur insoweit erstattungsfähig sind, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen. Im Beispiel des Hobbyreiters etwa wäre dies klar zu verneinen.

*bb) Umfassende Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands nur bei Nutzungsausgleichspflicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen*

Wie bereits im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde, ist der Anspruch des Nichtberechtigten auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten gemäß § 102 BGB nur einer von mehreren Wegen, über die nutzungsbedingter Aufwand im Rahmen des Nutzungsausgleichs berücksichtigt werden kann.<sup>356</sup>

Immer dann, wenn die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bereicherungsrechtlichen Grundsätzen folgt und der Nichtberechtigte nicht verschärft haftet,<sup>357</sup> kann nutzungsbedingter Aufwand bis maximal in Höhe des Wertes des genutzten Gutes ohne Einschränkung über § 818 Abs. 3 BGB geltend gemacht werden.<sup>358</sup> Die Beschränkung des Anspruchs auf Erstattung von Fruchtgewinnungskosten gemäß § 102 BGB läuft dann leer.<sup>359</sup>

Demgegenüber bleibt der Rückgewährschuldner gemäß den §§ 346 ff. BGB auch dann auf den Anspruch aus § 102 BGB beschränkt, wenn er redlich und unverklagt ist. Darüber hinaus kann er nutzungsbedingten Aufwand gemäß § 347 Abs. 2 BGB nur geltend machen, wenn es sich um Verwendungen auf die empfangene Leistung handelt oder der Rückgewährgläubiger durch die Aufwendungen bereichert ist.

Im Schrifttum wird zudem die Auffassung vertreten, dass auch der redliche unverklagte Besitzer, der gemäß § 988 BGB auf Nutzungsausgleich haftet, nutzungsbedingten Aufwand nur in den Grenzen des § 102 BGB bzw. der §§ 994 ff. BGB geltend machen könne.<sup>360</sup> Dem ist der BGH zwar nicht gefolgt, sondern gestattet

<sup>356</sup> Supra 1. Teil:B.III, S. 83 ff.

<sup>357</sup> Bzw. wenn ihm die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB nicht im Rahmen der Rückanwicklung eines gegenseitigen Vertrages versagt wird, siehe dazu supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1), S. 62 ff.

<sup>358</sup> Supra 1. Teil:B.III.4, S. 93 f.

<sup>359</sup> Darauf hatte bereits *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (331) hingewiesen.

<sup>360</sup> Supra 1. Teil:B.III.4, S. 93 f.

es dem Besitzer, sich gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf Nutzungsausgleich ohne Einschränkungen auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen.<sup>361</sup> Dennoch bleibt ein bedeutender Unterschied bezüglich des Umfangs der Haftungsmasse, die dem Nichtberechtigten für die Geltendmachung seines Anspruchs zur Verfügung steht. Im Fall des Besitzers besteht diese nur aus dem Anspruch des Eigentümers auf Nutzungsausgleich. Nur bezüglich dieses Anspruchs ist es dem Besitzer möglich, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen. Gegenüber der Vindikation der genutzten Sache durch den Eigentümer kann er nutzungsbedingten Aufwand hingegen nur dann geltend machen, wenn die Voraussetzungen des § 102 BGB oder der §§ 994 ff. BGB erfüllt sind. Demgegenüber steht dem Nichtberechtigten, der nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen haftet, auch das genutzte Gut selbst als Haftungsmasse für seinen nutzungsbedingten Aufwand zur Verfügung.<sup>362</sup>

#### *Beispiel 29*

*Der unerkannt geisteskranke A verkauft und übereignet am 1.2. ein zum Ackerbau geeignetes Grundstück an Landwirt B, Zug um Zug gegen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises von 1.000.000€. B erzielt im Herbst eine Ernte im Wert von 200.000€. Sein Aufwand für die Bestellung des Feldes betrug 100.000€. Zudem investiert er im Laufe des Jahres 500.000€ in die Anlage neuer Feldwege auf seinem bisherigen Hof, um das erworbene Grundstück zukünftig bequemer mit schweren Landmaschinen erreichen zu können. Am 31.10. wird die Unwirksamkeit von Kaufvertrag und dinglicher Einigung entdeckt. A fordert Rückgabe des Grundstücks und Nutzungsausgleich. Ohne das Grundstück des A sind die neuen Feldwege für B nutzlos.*

A kann das Grundstück gemäß § 985 BGB vindizieren. Zudem hat er einen Anspruch auf Herausgabe der Ernte, der sich nach der Rechtsprechung aus §§ 988, 818 BGB und nach der h. L. aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 BGB ergibt. Im Gegenzug hat B einen Anspruch auf Erstattung seiner Fruchtgewinnungskosten i. H. v. 100.000€. Wegen der 500.000€, die B in die nun nutzlosen Feldwege investiert hat, kann er sich i. H. v. weiteren 100.000€ gegenüber dem Nutzungsausgleichsanspruch des A auf den Wegfall der Bereicherung berufen, § 818 Abs. 3 BGB. B verbleibt ein Verlust i. H. v. 400.000€. Wäre hingegen nur der Kaufvertrag, nicht hingegen auch die Übereignung unwirksam, könnte B dem Anspruch des A auf Rückübereignung des Grundstücks aus § 818 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB grundsätzlich auch den verbleibenden Aufwand in Höhe von 400.000€ gemäß § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten.<sup>363</sup>

Im Ergebnis wird somit die unangemessene Beschränkung des Anspruchs auf Fruchtgewinnungskosten aus § 102 BGB auf den Bruttoertrag in inkonsistenter Weise nur im Falle einer Haftung auf Nutzungsausgleich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen durch § 818 Abs. 3 BGB ausgehebelt.

<sup>361</sup> BGH, 12.12.1997, V ZR 81/97, BGHZ 137, 314 (317); BGH, 20.2.1998, V ZR 319-96, NJW 1998, 1709 (1710).

<sup>362</sup> Supra 1. Teil: B.III.4, S. 93 f.

<sup>363</sup> Anders wäre dies wiederum, soweit die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB in dieser Konstellation aufgrund der besonderen Interessenlage bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages eingeschränkt wäre. Zumindest die Saldotheorie wäre allerdings nicht einschlägig. Siehe hierzu auch *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004, S. 158 m. w. N.



### 3. Unbefriedigende Praxis zum Umgang mit der Residuumsproblematik

Die Schwächen der gesetzlichen Regelungen zur Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielten Residuums konnte auch von „Praxis und Wissenschaft“ nicht überwunden werden. Dies wird nachfolgend anhand von drei Fallgruppen verdeutlicht, in denen dieses Problem in besonderem Maße relevant wird: Der unternehmerischen Nutzung fremder Güter (a), der ertragsbringenden Nutzung von „Geld“ (b) sowie der Vermietung oder Verpachtung fremder Immobilien (c).

#### a) Unternehmerische Nutzung fremder Güter

Die unternehmerische<sup>364</sup> Nutzung fremder Güter setzt die Existenz eines „Unternehmens“ voraus, also einer planvoll organisierten Wirtschaftseinheit, in der Produktionsfaktoren kombiniert werden, um Güter und Dienstleistungen zu produzieren und abzusetzen.<sup>365</sup> Eine zentrale Weichenstellung für die Durchführung des Nutzungsausgleichs bei unternehmerischer Nutzung betrifft die Frage, ob der Nichtberechtigte fremde Güter erlangt hat, die bereits zu einem Unternehmen zusammengefasst waren (aa), oder ob er einzelne fremde Güter in einem ihm zuzurechnenden Unternehmen einsetzt (bb).

#### aa) Nutzung eines fremden Unternehmens

Das Problem, dass ein Nichtberechtigter ein fremdes Unternehmen nutzt und hierfür Ausgleich schuldet, stellt sich in der Praxis in erster Linie für einen bestimmten Unternehmenstyp: kleine, inhabergeführte Unternehmen mit einer natürlichen Person als Unternehmensträgerin (1). Gerade für solche Unternehmen sprengt die Nutzungsausgleichsproblematik die Grenzen einer am Gesetzeswortlaut orientierten Dogmatik (2). Schwerer wiegt, dass es auch in materieller Hinsicht bislang nicht gelungen ist, die Problematik der für die Nutzung eines fremden Unternehmens geschuldeten Ausgleichsleistung in befriedigender Weise zu bewältigen (3).

#### (1) Kleine, inhabergeführte Unternehmen als Hauptanwendungsfall einer unternehmensbezogenen Nutzungsausgleichspflicht

Der Begriff des Unternehmens, verstanden als eine auf einen erwerbswirtschaftlichen Zweck gerichtete organisatorische Einheit, ist sehr weit und deckt grundsätzlich das gesamte Spektrum vom kleingewerblichen Einzelunternehmer bis hin zum Weltkonzern ab. Dementsprechend vielgestaltig ist zumindest theoretisch

<sup>364</sup> Unter einer unternehmerischen Nutzung wird im Rahmen dieser Untersuchung die Nutzung eines Gutes als Produktionsmittel für die Erzeugung neuer materieller Güter bzw. für die Erbringung von Dienstleistungen verstanden.

<sup>365</sup> Siehe zum Unternehmensbegriff supra S. 307.

auch das Spektrum an Fallgestaltungen, in denen der Ausgleich von aus einem fremden Unternehmen gezogenen Nutzungen relevant werden kann. Betrachtet man jedoch das Fallmaterial, mit dem sich die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des BGB befassen musste, so wird klar, dass sich die Nutzungsausgleichsproblematik in der gerichtlichen Praxis auf einen sehr spezifischen Phänotyp von Unternehmen konzentriert: kleine Unternehmen aus dem Handwerks- und Dienstleistungsbereich, bei denen typischerweise eine natürliche Person als Unternehmensträgerin fungiert. In den einschlägigen Entscheidungen des BGH stößt man beispielsweise auf eine Apotheke,<sup>366</sup> zwei Bordelle,<sup>367</sup> eine Fleischerei,<sup>368</sup> ein Hotel,<sup>369</sup> ein Kino,<sup>370</sup> ein Sonnenstudio,<sup>371</sup> eine Steuerberaterpraxis<sup>372</sup> und eine Tankstelle<sup>373</sup>. Das Reichsgericht musste sich mit der Problematik des Nutzungsausgleichs beispielsweise im Hinblick auf ein Kolonialwarengeschäft,<sup>374</sup> eine Dampfmühle<sup>375</sup> sowie diverse landwirtschaftliche Betriebe befassen.<sup>376</sup>

Dass sich die Nutzungsausgleichsproblematik im Wesentlichen auf kleine, inhabergeführte Einzelunternehmen konzentriert, ist bei genauer Betrachtung nicht verwunderlich. Bei substantiellen Unternehmen erfolgen sowohl die entgeltliche Übertragung durch Verkauf als auch die unentgeltliche Übertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge oder im Erbgang in aller Regel auf der Grundlage professioneller juristischer Beratung.<sup>377</sup> Für die im deutschen Mittelstand als Unternehmensträgerin besonders beliebte Rechtsform der GmbH erfordert eine rechtsgeschäftliche Übertragung von Geschäftsanteilen die notarielle Beurkundung sowohl des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts als auch des dinglichen Abtretungsvertrags.<sup>378</sup> Auch beim Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft durch einen neuen Gesellschafter ist die Beteiligung eines Notars wegen des Erfordernisses einer notariellen Beglaubigung für die Handelsregistereintragung zumindest in formaler Hinsicht erforderlich.<sup>379</sup>

Hinzu kommt, dass im Falle des fehlerhaften Eintritts in bzw. des fehlerhaften Austritts aus einer Personengesellschaft die Rechtsprechungsgrundsätze zur „fehlerhaften Gesellschaft“ zum Tragen kommen.<sup>380</sup> Gleiches gilt für die fehlerhafte

<sup>366</sup> BGH, 3.3.1954, VI ZR 256/52, BeckRS, 31198776 ff.

<sup>367</sup> BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 ff.; BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 ff.

<sup>368</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 ff.

<sup>369</sup> BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556 ff.

<sup>370</sup> BGH, 3.11.1955, II ZR 261/54, WM 1956, 91 ff.

<sup>371</sup> BGH, 4.5.1994, VIII ZR 309/93, NJW 1994, 2021 ff.

<sup>372</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 ff.

<sup>373</sup> BGH, 12.5.1978, V ZR 67/77, NJW 1978, 1578 ff.

<sup>374</sup> RG, IV 759/21, LZ 1923, 24 ff.

<sup>375</sup> RG, 2.10.1937, V 77/37, JW 1937, 3158 ff.

<sup>376</sup> RG, 16.1.1915, V 329/14, WarnRspr 1915, 97 ff. (Landgut); RG, 30.1.1940, GSZ 3/38, RGZ 163, 348 ff. (Rittergut).

<sup>377</sup> Für den Unternehmenskauf siehe *Korch*, JuS 2018, 521.

<sup>378</sup> § 15 Abs. 3, 4 GmbHG.

<sup>379</sup> §§ 12, 106, 107, 161 Abs. 2, 162 Abs. 1 HGB.

<sup>380</sup> Baumbach/Hopt/Roth, § 105 HGB Rn. 92 f.

Anteilsübertragung.<sup>381</sup> In diesen Fallkonstellationen kann die Unwirksamkeit des Erwerbs bzw. Verlusts der Gesellschafterstellung an einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft grundsätzlich nur mit Wirkung *ex nunc* geltend gemacht werden.<sup>382</sup> Die Problematik des Nutzungsausgleichs wird nur relevant, wenn Eintritt, Austritt bzw. Anteilsübertragung aufgrund vorrangiger Schutzinteressen ausnahmsweise doch mit Wirkung *ex tunc* rückabgewickelt werden.<sup>383</sup>

Das Bild, das die veröffentlichten Entscheidungen zur Nutzungsausgleichsproblematik bei Unternehmen vermitteln, könnte theoretisch dadurch verzerrt sein, dass in Unternehmenskaufverträgen häufig eine Schiedsklausel enthalten ist und Streitigkeiten daher nicht vor ordentlichen Gerichten ausgetragen werden.<sup>384</sup> Dies ist jedoch unwahrscheinlich. Denn Kaufverträge über Unternehmen, für die sich die Anrufung eines Schiedsgerichts lohnt, werden praktisch nicht rückabgewickelt. Eine Rückübertragung des vom Erwerber bereits übernommenen Unternehmens ist oftmals entweder faktisch nicht möglich oder wäre zumindest mit einer massiven Vernichtung wirtschaftlicher Werte verbunden. Daher vereinbaren die Parteien bereits beim Abschluss des Unternehmenskaufvertrags in der Regel, dass Konflikte vorrangig mittels einer Anpassung des Kaufpreises bzw. Schadensersatzzahlungen beizulegen sind.<sup>385</sup> Sofern kaufvertragliches Mängelgewährleistungsrecht zum Tragen kommt, ist der Rechtsbehelf der Wahl in der Regel die Minderung des Kaufpreises.<sup>386</sup> Der Rücktritt wird selbst bei der Übertragung kleiner Unternehmen in aller Regel ausgeschlossen.<sup>387</sup>

## (2) Dogmatische Überforderung der *lex lata*

Weder der Nutzungsbegriff des § 100 BGB noch die einzelnen Nutzungsausgleichstatbestände sind auf den Fall der Nutzung eines ganzen Unternehmens durch einen Nichtberechtigten ausgerichtet. Für den empirischen Regelfall, in dem der Nichtberechtigte als Unternehmensträger fungiert und das Unternehmen in Gestalt einer lediglich funktional zusammengefassten Gesamtheit von Sachen und Rechten erlangt hat, bereitet sowohl die Erfassung des Unternehmens als Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht (a) als auch die Anwendung des Nutzungsbegriffs bei Unternehmen (b) dogmatische Schwierigkeiten. Nicht hinreichend geklärt ist zudem, welche Bedeutung Gewinnentnahmen bzw. Gewinnausschüttungen für den Nutzungsbegriff haben (c).

<sup>381</sup> Ibid., Rn. 94.

<sup>382</sup> Ibid., Rn. 75 ff.

<sup>383</sup> Ibid., Rn. 83 ff.

<sup>384</sup> BeckOGK/*Wilhelmi*, § 453 BGB Rn. 783 (1.7.2018).

<sup>385</sup> MüKo/*Westermann*, § 453 BGB Rn. 40.

<sup>386</sup> In diesem Sinne auch *Korch*, JuS 2018, 521 (524). Siehe für Österreich auch *Puck*, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum, 1996, S. 84.

<sup>387</sup> *Hallerbach*, in: Hallerbach/Dönmez/Liebert u. a. (Hrsg.), Wolny – Unternehmens- und Praxisübertragungen, 8. Aufl. 2015, 49 (1035); *Korch*, JuS 2018, 521 (524f.).

## (a) „Unternehmen“ als Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht

Ein Unternehmen ist kein einheitliches Rechtsobjekt, sondern besteht aus einer nur funktional zu einer Einheit zusammengefassten Vielheit von Sachen, Rechten und tatsächlichen Positionen.<sup>388</sup> Besonders prägnant kommt diese Eigenart in folgender Definition des Reichsgerichts aus dem Jahr 1943 zum Ausdruck:

„Das Unternehmen selbst ist eine Organisation, durch welche körperliche Sachen und Rechte, aber auch tatsächliche Umstände, wie Lage, Beruf und Bezugsquellen einem wirtschaftlichen Zweck dienstbar gemacht werden.“<sup>389</sup>

Die Abgrenzung zwischen der Nutzung eines fremden Unternehmens und der Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten ist im Regelfall unproblematisch. Ob der Nichtberechtigte bereits ein Unternehmen im Sinne einer verselbständigten Organisationseinheit erlangt hat, ist meist offensichtlich. Wenn etwa ein Unternehmer aufgrund eines unwirksamen Kaufvertrags eine einzelne Maschine erwirbt und im Produktionsprozess einsetzt, so nutzt er offensichtlich ein fremdes Gut in seinem Unternehmen.<sup>390</sup> Umgekehrt wird niemand bezweifeln, dass etwa ein mittelständischer Autozulieferer mit mehreren hundert Mitarbeitern ein Unternehmen darstellt. Wenn sich daher der vermeintliche Erbe sämtlicher Geschäftsanteile der als Unternehmensträgerin fungierenden GmbH zu deren Geschäftsführer bestimmt und fortan das operative Geschäft leitet, so ist klar, dass er ein fremdes Unternehmen nutzt. Bei den kleinen, inhabergeführten Unternehmen, mit denen sich die Rechtsprechung typischerweise auseinandersetzen muss, kann die Abgrenzung allerdings im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Je stärker bei einem Unternehmen die persönliche Arbeitsleistung des Inhabers im Vordergrund steht, umso genauer muss geprüft werden, ob der Nichtberechtigte tatsächlich ein fremdes „Unternehmen“ genutzt hat.<sup>391</sup>

Die Nutzungsausgleichstatbestände des BGB sind nach ihrem Wortlaut unterschiedlich gut in der Lage, Unternehmen als funktionale Einheit von Sachen, Rechten und tatsächlichen Positionen zu erfassen. Nach § 346 Abs. 1 BGB hat der Rückgewährschuldner die Nutzungen auszugleichen, die er aus der „empfangenen Leistung“ gezogen hat. Die Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 818 Abs. 1 BGB und § 2020 BGB bezieht sich auf das rechtsgrundlos bzw. aufgrund eines vermeintlichen Erbrechts „Erlangte“. Diese Formulierungen sind offen genug, um die Nutzungsausgleichspflicht auf das Unternehmen als Einheit, und nicht auf seine einzelnen Bestandteile, zu beziehen. In Rechtsprechung und Literatur besteht daher Einigkeit darüber, dass die schuldrechtliche Behandlung des Unternehmens als

<sup>388</sup> Siehe bspw. BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (211): „[W]irtschaftliche Einheit von Sachen, Rechten und sonstigen Gütern des Rechtsverkehrs, die unter den Begriff der Rechtsgesamtheit fällt.“ Siehe auch Schön, *Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung*, 1992, S. 99.

<sup>389</sup> RG, 16.1.1943, VII (VIII) 139/42, RGZ 170, 292 (297f.).

<sup>390</sup> Für einen solchen Fall siehe bspw. BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 ff.

<sup>391</sup> Siehe hierzu näher infra 2. Teil:B.II.3.a)bb)(2), S. 355 f.

einheitlicher Kaufgegenstand auch bei der Rückabwicklung eines Unternehmenskaufvertrages zu berücksichtigen ist.<sup>392</sup> Bezugspunkt der Rückgewährpflicht<sup>393</sup> und damit zugleich der Nutzungsausgleichspflicht<sup>394</sup> ist daher das Unternehmen als solches.<sup>395</sup>

Grundlegend anders ist die Situation im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Gegenstand einer Vindikation können nur einzelne Sachen sein.<sup>396</sup> Ein auf ein Unternehmen *als solches*, das heißt auf einen Inbegriff von Sachen und Rechten, bezogenes Herausgabeverlangen kann daher nicht auf § 985 BGB gestützt werden.<sup>397</sup> Unter Rückgriff auf § 985 BGB können vielmehr nur die Teile des Unternehmensvermögens vindiziert werden, die Sachen i. S. v. § 90 BGB sind. Dementsprechend beziehen sich auch die Nutzungsausgleichstatbestände der §§ 987 ff. BGB grundsätzlich auf einzelne Sachen.<sup>398</sup> Zumindest für Fallgestaltungen, in denen die wesentlichen Bestandteile des Betriebsvermögens vindiziert werden, stehen allerdings die Rechtsprechung und Teile der Literatur auf dem Standpunkt, dass es über eine entsprechende Anwendung des § 987 BGB möglich ist, die Nutzungsausgleichspflicht auf das gesamte Unternehmen und nicht lediglich auf einzelne Sachen zu erstrecken.<sup>399</sup> Bislang nicht geklärt ist, ob die Rechtsprechung eine vergleichbare dogmatische Flexibilität zeigen würde, wenn ein Unternehmen Gegenstand eines Vermächtnisses ist und eine Nutzungsausgleichspflicht nach § 2184 BGB im Raum steht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift greift die Nutzungsausgleichspflicht nur dann, wenn *ein bestimmter* Gegenstand vermacht wurde.

Neben dem Fall, dass der Nichtberechtigte ein Unternehmen als Inbegriff von Sachen und Rechten erlangt, ist es ebenso denkbar, dass er stattdessen über den (vermeintlichen) Erwerb eines substantiellen Anteils an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft mittelbar Zugriff auf ein Unternehmen erlangt. Insofern sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Unproblematisch ist der Fall, in dem der Nichtberechtigte den Gesellschaftsanteil zumindest „dinglich“ wirksam erwirbt.

<sup>392</sup> *Ballerstedt*, Festschrift Schilling, 1973, 289 (294); *Schöne*, ZGR 86 (2000), 86 (92); *Rupietta*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Unternehmenskaufverträge, 2001, S. 24; *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 193; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 209.

<sup>393</sup> § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

<sup>394</sup> § 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB bzw. 818 Abs. 1 BGB.

<sup>395</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (228); *Ballerstedt*, Festschrift Schilling, 1973, 289 (294); *Schöne*, ZGR 86 (2000), 86 (92); *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 193.

<sup>396</sup> *MüKo/Baldus*, § 985 Rn. 54.

<sup>397</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (211); *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 21 (August 2012).

<sup>398</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (211); BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 (1084); BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (368); *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 17 (August 2012).

<sup>399</sup> Siehe bspw. BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (368); *Palandt/Herrler*, § 987 BGB Rn. 3. Ablehnend *Staudinger/Gursky*, § 987 BGB Rn. 21 (August 2012).

Dann ist der Gesellschaftsanteil Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht.<sup>400</sup> Erwirbt der Nichtberechtigte hingegen den Gesellschaftsanteil überhaupt nicht, so kommt als Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht nur seine Stellung als Scheingesellschafter in Betracht.<sup>401</sup>

#### (b) Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff

Wenn ein Unternehmen als solches, also als Inbegriff von Sachen und Rechten, Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob und in welcher Form der Nichtberechtigte Nutzungen i. S. v. § 100 BGB zieht, wenn er das Unternehmen betreibt.

Bereits vor Inkrafttreten des BGB hat *Leo von Petrazycki* darauf hingewiesen, dass die Vorschriften des E II für diesen Fall nicht passen.<sup>402</sup> Sowohl der Nutzungsbegriff des § 100 BGB als auch der Fruchtbegriff des § 99 BGB knüpfen nach ihrem Wortlaut grundsätzlich an eine *einzelne* Sache, an ein *einzelnes* Recht an. Für den Fall, dass ein Unternehmen als eine Gesamtheit von Sachen und Rechten den Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht bildet, haben die Verfasser des BGB keine Vorsorge getroffen.<sup>403</sup> Infolgedessen herrscht in der Frage der Einordnung des Unternehmensgewinns in den Nutzungsbegriff größtmögliche dogmatische Beliebigkeit.

So werden Unternehmensgewinne in der Literatur wahlweise den unmittelbaren Sachfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 1 BGB,<sup>404</sup> den unmittelbaren Rechtsfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 2 BGB,<sup>405</sup> den mittelbaren Sach- bzw. Rechtsfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB<sup>406</sup> sowie den Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB<sup>407</sup> zugeordnet. Der BGH vertrat ursprünglich die Auffassung, dass der Gewinn eines Unternehmens zwar keine Frucht sei, jedoch „den Rechtsfrüchten i. S. des § 99 Abs. 2 BGB am nächsten [stehe].“<sup>408</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1955 führte der BGH demgegenüber aus, dass „[d]er Begriff der Nutzungen (§ 100 BGB) [...] nicht auf die

<sup>400</sup> *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004, S. 133 f.

<sup>401</sup> *Ibid.*, S. 133 f.

<sup>402</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 432. So bspw. auch *Baur*, JZ 1958, 465.

<sup>403</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, S. 114; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 179.

<sup>404</sup> Bspw. von *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 303; *Soergel/Marly*, 13. Aufl., § 99 BGB Rn. 5 (2000).

<sup>405</sup> Bspw. von *MüKo/Stresemann*, § 99 BGB Rn. 11; *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004, S. 139 ff. (für Gesellschaftsanteile und Stellung als Scheingesellschafter).

<sup>406</sup> Bspw. von *Affolter*, Das Fruchtrecht, 1911, S. 99 f.

<sup>407</sup> Bspw. von *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 104.

<sup>408</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (218). So auch BGH, 3.3.1954, VI ZR 256/52, BeckRS, 31198776.

Früchte einer Sache und eines Rechts beschränkt [sei]; er umfaßt vielmehr auch den Gewinn eines Unternehmens des Wirtschaftslebens [...].<sup>409</sup> Demnach würden Unternehmensgewinne eine Nutzungskategorie *sui generis* bilden. In späteren Entscheidungen verzichtete der BGH ganz auf eine Qualifikation und sprach nur noch pauschal von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB.<sup>410</sup> Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass sich auch im Schrifttum eine gewisse Beliebigkeit in dieser Frage breitgemacht hat.<sup>411</sup> Nichts könnte die Nutzlosigkeit des Nutzungsbegriffs für die Nutzungsausgleichsproblematik deutlicher zum Ausdruck bringen als der Umstand, dass sich die Rechtspraxis gar nicht mehr die Mühe einer Subsumtion macht.

Durch die mittlerweile praktizierte dogmatische Unschärfe vermeidet der BGH ein Problem, dass sich bei einer Subsumtion von Unternehmensgewinnen unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB ergäbe: Früchte sind eine Bruttogröße.<sup>412</sup> Übertragen auf den Fall eines Unternehmens müsste daher nicht der Gewinn, sondern der Umsatz als „Unternehmensfrucht“ qualifiziert werden. Hiervon wären in einem zweiten Schritt alle durch die Erzielung des Umsatzes verursachten Aufwendungen zuzüglich eines kalkulatorischen Unternehmerlohns für die Tätigkeit des Nichtberechtigten als Fruchtgewinnungskosten i. S. v. § 102 BGB abzuziehen.<sup>413</sup> Stattdessen kann der BGH direkt auf die vom Nichtberechtigten zumindest für Steuerzwecke ohnehin zwingend zu ermittelnde Nettogröße Gewinn abstellen und muss diese nur noch um den kalkulatorischen Unternehmerlohn bereinigen.

### (c) Relevanz von Gewinnentnahmen bzw. Gewinnausschüttungen für den Nutzungsbegriff

Der Unternehmensgewinn, der auf die Zeit entfällt, in der der Nichtberechtigte das Unternehmen innehatte, ist zunächst nur eine rechnerische Größe, die für sich genommen keinen Rückschluss darauf zulässt, welcher vermögensmäßige Vorteil beim Nichtberechtigten verbleibt, nachdem er das „Unternehmen“ auf den Berechtigten übertragen hat.

Im Fall eines Einzelunternehmens bezieht sich der Primäranspruch auf das Unternehmen als „betriebswirtschaftliche Einheit“<sup>414</sup>. Er erfasst alle Rechtsobjekte und tatsächlichen Positionen, die im Zeitpunkt der Übertragung der funktionalen Einheit „Unternehmen“ zuzuordnen sind. Der (Rück-)Übertragungsanspruch ist daher insofern „dynamisch“, als er die im Zeitablauf eintretenden Veränderungen in Umfang und Zusammensetzung des dem Unternehmenszweck gewidmeten

<sup>409</sup> BGH, 3.11.1955, II ZR 261/54, WM 1956, 91 (93).

<sup>410</sup> Siehe bspw. BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (364 ff.); BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (241).

<sup>411</sup> Siehe bspw. BeckOGK/Mössner, § 100 BGB Rn. 10, 10.1 (15.2.2018); BeckOK/Fritzsche, § 100 BGB Rn. 11 (1.5.2018).

<sup>412</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)aa), S. 310 ff. Siehe auch Hagemann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 123 f.

<sup>413</sup> Baur, JZ 1958, 465.

<sup>414</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (229 f.).

Vermögens automatisch nachvollzieht. Hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Unternehmen – in den Worten *Karsten Schmidts* – keine „Raritätensammlung“ ist, die unverändert zurückübertragen werden könnte.<sup>415</sup>

Für den Fall, dass der Nichtberechtigte selbst als Unternehmensträger fungiert, ergibt sich der Vorteil, der ihm nach der Rückübertragung des Unternehmens auf den Berechtigten verbleibt, aus dem Saldo seiner Einlagen und Entnahmen. Maßgeblich ist also die Zuordnung eines Vermögensgegenstandes zu verschiedenen Vermögenssphären des gleichen Rechtssubjekts. Wenn etwa der Nichtberechtigte einen bislang betrieblich genutzten Pkw aus dem Nexus des Betriebsvermögens löst, indem er ihn fortan ausschließlich privat nutzt, so entnimmt er ihn aus dem Betriebsvermögen und ordnet ihn seinem Privatvermögen zu. Damit wäre er zumindest nicht mehr von einem Anspruch auf Rückübertragung „des Unternehmens“ erfasst. Wenn der Nichtberechtigte hingegen eine aus Privatmitteln angeschaffte EDV-Anlage für unternehmerische Zwecke nutzt, stellt er sie in den Nexus des Unternehmens und muss sie u. U. an den Berechtigten herausgeben. Für den Fall, dass Trägerin des Unternehmens eine Personen- oder Kapitalgesellschaft ist, ergibt sich die gleiche Problematik im Hinblick auf Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und dem Nichtberechtigten. Zu berücksichtigen sind dann neben offenen Gewinnausschüttungen und Einlagen insbesondere auch verdeckte Gewinnausschüttungen in Gestalt von überhöhten Entgelten für Leistungen des Nichtberechtigten bzw. der Inrechnungstellung zu niedriger Entgelte für Leistungen an den Nichtberechtigten.<sup>416</sup>

Klar ist, dass derartige Änderungen der Vermögenszuordnung bzw. Vermögensverschiebungen bei der Korrektur der Übertragung des Unternehmens vom Nichtberechtigten auf den Berechtigten berücksichtigt werden müssen. Keine klare Linie ist jedoch in der Frage zu erkennen, welche Relevanz derartige Sachverhalte für die Bestimmung der aus dem Unternehmen gezogenen Nutzungen haben. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Gewinne nur *insoweit* Nutzungen i. S. v. § 100 BGB darstellen, als sie vom Nichtberechtigten entnommen bzw. an ihn ausgeschüttet wurden.<sup>417</sup> Denkbar ist es jedoch auch, Gewinne unabhängig von der Gewinnverwendung als Nutzungen zu qualifizieren. Für den Fall, dass die Gewinne im Unternehmen thesauriert werden, müsste dann allerdings der Primäranspruch auf Übertragung des Unternehmens entsprechend nach unten angepasst werden, um eine Überkompensation des Berechtigten zu vermeiden.

<sup>415</sup> *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 193.

<sup>416</sup> Siehe dazu *Grunewald*, ZGR 20 (1991), 452 (464 f.).

<sup>417</sup> In diesem Sinne BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556 ff.; *Grunewald*, ZGR 20 (1991), 452 (464 f.); *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 146. Siehe auch *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004, S. 139 ff. Sofern dem Nichtberechtigten aufgrund seiner Tätigkeit ein Anteil am erzielten Gewinn zugebilligt wird, muss der Entnahme- bzw. Ausschüttungsbetrag entsprechend gekürzt werden, damit der Nichtberechtigte seinen Anteil nicht im Rahmen des Nutzungsausgleichs an den Berechtigten auskehren muss.



Des Weiteren stellt sich die Frage, wie Entnahmen aus dem Betriebsvermögen zu beurteilen sind, die der Nichtberechtigte über den erzielten Unternehmensgewinn hinaus tätigt. Nach verbreiteter Auffassung soll es sich auch insofern um Nutzungen i. S. v. § 100 BGB handeln.<sup>418</sup> Alternativ kommt auch eine Qualifikation als schlichter Eingriff in die Unternehmenssubstanz in Betracht. Hierfür spricht, dass das Schlachten des *Cosack'schen* Mastochsen<sup>419</sup> nicht dazu führt, dass der Nichtberechtigte das Fleisch als Frucht i. S. v. § 99 Abs. 1 Alt. 2 BGB an den Berechtigten herausgeben muss.<sup>420</sup> Es liegt nahe, das Ausschachten eines Unternehmens ebenso zu würdigen. Dann würden die entsprechenden Entnahmen vom Primäranspruch erfasst. Speziell für den Fall des unwirksamen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen schlägt *Thomas Jedlitschka* vor, mit Hilfe der Kapitalerhaltungsvorschriften zu differenzieren. Eine offene oder verdeckte Gewinnausschüttung soll danach nur so weit als Rechtsfrucht der (Schein-)Mitgliedschaft anzusehen sein, als sie nicht gegen § 30 GmbHG verstößt.<sup>421</sup> Vermögensvorteile, die eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen, würden dem Berechtigten ohnehin nicht zustehen, da insofern bereits der Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG ein Rückerstattungsanspruch zusteht.

Wirklich überzeugend ist all dies nicht. Die Entnahme eines Vermögensgegenstands ist *per se* weder eine Frucht noch ein Vorteil, der sich aus dem Gebrauch des Unternehmens ergibt. Genauso wenig führt eine Einlage zu negativen Nutzungen. Auch die Frage, ob der Gesellschaft selbst ein Anspruch auf Rückerstattung eines dem Scheingesellschafter zugeflossenen Vorteils zusteht, kann nicht entscheidend sein. Unabhängig davon, dass es sich um ein auf Einzelunternehmen von vornherein unanwendbares Kriterium handelt, ergibt sich aus dem Bestehen eines solchen Anspruchs nur, dass gegebenenfalls eine Abstimmung mit dem Nutzungsausgleichsanspruch des Berechtigten erforderlich ist, um eine doppelte Inanspruchnahme des Nichtberechtigten zu verhindern. Warum sich daraus zwingend eine Rückwirkung auf den Umfang der vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB ergeben sollte, ist nicht ersichtlich.

Die Problematik der Vermögensverschiebung zwischen Unternehmen und Nichtberechtigten hat wertungsmäßig mit der Frage des Nutzungsausgleichs nichts zu tun. Beide Problemkreise sollten daher konzeptionell strikt getrennt werden. Dass dies nicht geschieht, ist ein weiterer Beleg dafür, dass die *lex lata* dogmatisch überfordert ist, wenn es gilt, die Folgen des Innehabens eines Unternehmens durch einen Nichtberechtigten zu bewältigen.

<sup>418</sup> *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 146.

<sup>419</sup> *Cosack*, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 3 f.

<sup>420</sup> *Supra* 1. Teil: B.I.3.b), S. 31 f.

<sup>421</sup> *Jedlitschka*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, 2004, S. 144.

(3) Kontroverse um die Zuordnung des Residuums bei der Nutzung eines fremden Unternehmens

Für die Berechnung der für die Nutzung eines fremden Unternehmens geschuldeten Ausgleichsleistung werden im Wesentlichen zwei Lösungsansätze vertreten: Die Rechtsprechung und der ihr folgende Teil des Schrifttums stehen auf dem Standpunkt, dass der mit einem fremden Unternehmen erwirtschaftete Gewinn grundsätzlich dem Berechtigten gebührt (a). Umgekehrt will ein Teil der Literatur das Residuum im Ausgangspunkt dem Nichtberechtigten zuweisen, indem sie für eine Bemessung des Nutzungsausgleichs anhand des Entgelts plädiert, das für die Überlassung des Unternehmens hätte gezahlt werden müssen (b). Ungeachtet ihrer diametral entgegengesetzten Ausgangspunkte besteht nach beiden Lösungsansätzen die Möglichkeit, das Residuum unter bestimmten Voraussetzungen zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem aufzuteilen (c).

(a) Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Auskehrung des erwirtschafteten Gewinns

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist der Nichtberechtigte, der ein fremdes Unternehmen nutzt, grundsätzlich verpflichtet, den erzielten Gewinn „als Nutzungen (§ 100 BGB)“<sup>422</sup> an den Berechtigten auszukehren. Die vom Nichtberechtigten gegebenenfalls entfaltete unternehmerische Tätigkeit wird mittels eines kalkulatorischen Unternehmerlohns abgegolten.<sup>423</sup> Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn der Gewinn „ausschließlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten“<sup>424</sup> des Nichtberechtigten beruht. Der BGH geht also von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus: Im Regelfall ist der Gewinn in erster Linie das „wirtschaftliche Verdienst“ des Unternehmens, nur im Ausnahmefall dasjenige des Unternehmers. Dass ein derart holzschnittartiger Ansatz der komplexen Realität nicht gerecht werden kann, dürfte offensichtlich sein. Dies ist jedoch nicht *per se* problematisch. Das Bedürfnis nach Praktikabilität kann auch eine typisierende Vereinfachung rechtfertigen. Dies gilt insbesondere, wenn die Besonderheiten des Einzelfalls ein Abweichen vom als typisch angesehenen Regelfall erlauben. Problematisch ist eine typisierende Regelung hingegen dann, wenn es für den zu regelnden Lebenssachverhalt schlicht keinen typischen Fall gibt oder wenn sie gar einen atypischen Fall zum Leitbild nimmt. Diese Schwäche muss der Rechtsprechungslösung attestiert werden.

Es existieren zweifellos Unternehmen, bei denen der geschäftsführende Unternehmer auf die Höhe des Gewinns nur einen geringen Einfluss hat. Der BGH hat

<sup>422</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (241).

<sup>423</sup> Ibid., S. 241.

<sup>424</sup> BGH, 12.5.1978, V ZR 67/77, NJW 1978, 1578; BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (241). In diesem Sinne auch bereits BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (218); BGH, 3.3.1954, VI ZR 256/52, BeckRS, 31198776; BGH, 3.11.1955, II ZR 261/54, WM 1956, 91 (93) („wesentlich statt ausschließlich“).

dies beispielsweise im Fall einer realkonzessionierten Apotheke angenommen, weil dieser „eine gewisse örtliche Monopolstellung im Verkauf von Arzneimitteln eingeräumt [sei].“<sup>425</sup> Dies mag in diesem Sonderfall tatsächlich sachgerecht gewesen sein, insbesondere falls die Apotheke keine über den Verkauf von Medikamenten an die Laufkundschaft hinausgehenden Leistungen erbracht haben sollte. Anders läge der Fall aber trotz Realkonzession unter Umständen, wenn der Apotheker beispielsweise Medikamente für den Bedarf von Krankenhäusern und Arztpraxen hergestellt hätte. Jedenfalls sind vergleichbare Monopolstellungen aufgrund der zunehmenden Liberalisierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts mittlerweile die absolute Ausnahme.<sup>426</sup> Ein weiteres Beispiel für Unternehmen mit stabiler Ertragslage sind Ladengeschäfte für Standardwaren des täglichen Bedarfs mit einem hohen Anteil an Laufkundschaft. Wer etwa einen Imbissstand am Hauptbahnhof einer deutschen Großstadt betreibt, dessen Gewinn dürfte, wenn seine Leistung nicht merklich unterdurchschnittlich ist, in erster Linie vom Passagieraufkommen des Bahnhofs und der lokalen Konkurrenzsituation – kurz der Lage – abhängen.

Keineswegs lässt sich jedoch die Annahme, dass der Unternehmensgewinn in erster Linie auf das Unternehmen und nicht auf den als Unternehmer agierenden Nichtberechtigten zurückzuführen ist, verallgemeinern. Dies gilt in besonderem Maße für die kleinen, inhabergeführten Einzelunternehmen, bei denen die Nutzungsausgleichsproblematik in der Regel relevant wird. Bei dieser Art von Unternehmen ist die persönliche Leistung des Inhabers häufig sogar von ausschlaggebender Bedeutung für den unternehmerischen Erfolg. Besonders augenfällig ist dies im Bereich der freien Berufe. Der Erfolg eines Architekten, Arztes, Rechtsanwalts oder Steuerberaters hängt jedenfalls *auch* von seinen persönlichen Fähigkeiten sowie von seinem Geschick im Umgang mit seinen Kunden ab. Folgerichtig hat es daher beispielsweise das Kammergericht 1995 abgelehnt, im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrages über eine Zahnarztpraxis die vom Bereicherungsschuldner in dreieinhalb Jahren erzielten Gewinne zu den gemäß §§ 818 Abs. 1, 2, 100 BGB auszugleichenden Nutzungen zu zählen.<sup>427</sup> Demgegenüber hat der BGH 2006 für den Fall eines nichtigen Kaufvertrages über eine Steuerberaterpraxis daran festgehalten, dass „von dem Bereicherungsschuldner auch die mit der Steuerberaterpraxis erzielten Gewinne [...] als Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben [sind].“<sup>428</sup> Gleiches gilt laut Auffassung des BGH auch im Falle des Betriebs eines Bordells,<sup>429</sup> eines Kinos,<sup>430</sup> eines Sonnenstudios<sup>431</sup> und einer Tankstelle<sup>432</sup> durch ei-

<sup>425</sup> BGH, 3.3.1954, VI ZR 256/52, BeckRS, 31198776.

<sup>426</sup> Das System der Realkonzessionen für Apotheken wurde bspw. bereits vor Jahrzehnten abgeschafft.

<sup>427</sup> KG, 9.10.1995, 12 U 1926/92, NJW-RR 1996, 431 (433 f.).

<sup>428</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 ff.

<sup>429</sup> BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (368).

<sup>430</sup> BGH, 3.11.1955, II ZR 261/54, WM 1956, 91 (93).

<sup>431</sup> BGH, 4.5.1994, VIII ZR 309/93, NJW 1994, 2021 (2022).

<sup>432</sup> BGH, 12.5.1978, V ZR 67/77, NJW 1978, 1578.

nen Nichtberechtigten. Die einzige Entscheidung, in der der BGH annahm, dass der aus einem rechtsgrundlos erlangten Unternehmen erzielte Gewinn in erster Linie auf den „persönlichen Fähigkeiten und Leistungen“ des Nichtberechtigten beruhte, erging zu dem bereits erwähnten Fall der Wiedereröffnung einer Fleischerei unter Verwendung des Inventars des ursprünglichen Inhabers.<sup>433</sup>

Die Auffassung des BGH, wonach der Berechtigte grundsätzlich Anspruch auf den Unternehmensgewinn erheben kann, wird *im Ergebnis* von einem beträchtlichen Teil des Schrifttums geteilt.<sup>434</sup> Keine Einigkeit besteht demgegenüber, wie bereits erwähnt,<sup>435</sup> hinsichtlich der dogmatischen Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff des § 100 BGB. Einer kurzen gesonderten Erwähnung bedarf an dieser Stelle nur der Vorschlag, für die Berechnung der vom Nichtberechtigten geschuldeten Ausgleichsleistung auf § 1655 BGB a.F.<sup>436</sup> zurückzugreifen.<sup>437</sup> Bis 1957 stand dem Vater gemäß § 1649 BGB kraft elterlicher Gewalt das Recht der Nutznießung am Vermögen des Kindes zu.<sup>438</sup> Für den Fall, dass der Vater ein der Nutznießung unterliegendes Erwerbsgeschäft betrieb, hatte er gemäß § 1655 BGB a.F. Anspruch auf den jährlichen „Reingewinn“. Selbst wenn man den Unternehmensgewinn als geeignetes Maß für die von einem Nichtberechtigten auszugleichenden Nutzungen i. S. v. § 100 BGB ansieht, ist damit wenig gewonnen. § 1655 BGB a.F. verwendet den Begriff des Reingewinns zwar, definiert ihn jedoch nicht. Die Vorschrift bietet also keine zusätzlichen gesetzlichen Leitlinien.<sup>439</sup> Wertungsmäßig spricht § 1655 BGB a.F. im Übrigen eher dafür, den Unternehmensgewinn dem Nichtberechtigten zu belassen. Denn der Reingewinn stand danach dem das Unternehmen betreibenden Vater zu. Das Kind – übertragen auf die Konstellation des Nutzungsausgleichs der Berechtigte – ging leer aus.

Wenn man die Prämisse akzeptiert, dass der Nichtberechtigte grundsätzlich verpflichtet ist, einen erzielten Gewinn an den Berechtigten abzuführen, so müss-

<sup>433</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (218).

<sup>434</sup> Siehe bspw. *Petrzaycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Zivilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 405; *Bufe*, JR 1954, 461; *Baur*, JZ 1958, 465 (466); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 562; *Wendt*, Festschrift Lübtow, 1990, 229 (231); *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 170f.; *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 236f. Für einen Überblick über den Meinungsstand siehe *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 194.

<sup>435</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.a)aa)(2)(b), S. 339.

<sup>436</sup> § 1655 BGB a.F.: „Gehört zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen ein Erwerbsgeschäft, das von dem Vater im Namen des Kindes betrieben wird, so gebührt dem Vater nur der sich aus dem Betrieb ergebende jährliche Reingewinn. Ergiebt sich in einem Jahre ein Verlust, so verbleibt der Gewinn späterer Jahre bis zur Ausgleichung des Verlustes dem Kinde.“

<sup>437</sup> *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 214.

<sup>438</sup> Das Rechtsinstitut der Nutznießung wurde durch das Gleichberechtigungsgesetz aus dem BGB gestrichen [...].

<sup>439</sup> Solange die Vorschrift in Kraft war, wurde hierunter gemeinhin der handelsbilanzielle Gewinn verstanden, siehe *Baur*, JZ 1958, 465 (466).

te ein erlittener Verlust konsequenterweise spiegelbildlich behandelt werden.<sup>440</sup> Wenn der Gewinn das „wirtschaftliche Verdienst“ des Unternehmens ist, so kann für den Verlust nichts anderes gelten. Auch das BGB erkannte die Notwendigkeit, Gewinne und Verluste einheitlich zuzuweisen, in § 1655 BGB a.F. ausdrücklich an. Für den Fall, dass der Vater einen Verlust erwirtschaftete, musste er diesen zwar nicht aus seinem Vermögen ausgleichen. Allerdings wurde der Verlust vorge-tragen und verringerte zukünftige Gewinnansprüche des Vaters, bis er vollständig ausgeglichen war.<sup>441</sup> Im Rahmen des Nutzungsausgleichs steht jedoch § 102 BGB einer vollständigen Abwälzung des negativen Residuums auf den Berechtigten entgegen. Während dem Berechtigten ein positives Residuum in voller Höhe zugute-kommt, erhält er bei Anwendung des § 102 BGB schlicht keinen Nutzungsausgleich. Infolgedessen müsste sich der Berechtigte an einem negativen Residuum grundsätzlich<sup>442</sup> nur in Höhe der kalkulatorischen Kosten des in dem ihm zu-stehenden Unternehmen gebundenen Kapitals beteiligen.<sup>443</sup>

Ein Beispiel für einen Fall, in dem der Berechtigte ein negatives Residuum offen-bar nicht in voller Höhe tragen musste, findet sich in einer Entscheidung des BGH zur Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrags über ein Sonnenstudio. Der BGH lehnte eine Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zur Auskehrung des während des 14-monatigen Betriebs des Sonnenstudios erzielten Gewinns i. H. v. 10.000 DM mit folgender Begründung ab:

„Der sich hieraus errechnende monatliche Überschuß von rund 700 DM geht [...] nicht über ein – bescheidenes – Entgelt für die eigene Tätigkeit des Kl. hinaus und ist deshalb nicht auf die Leistung der Bekl. zurückzuführen [...].“<sup>444</sup>

Die Feststellung, dass der Nichtberechtigte nur ein „bescheidenes“ Entgelt für sei-ne Tätigkeit erwirtschaftet hat, legt die Vermutung nahe, dass für einen Angestell-ten für die gleiche Tätigkeit höhere Kosten als nur 700 DM monatlich angefallen wären. Sofern der niedrigere Verdienst auf der mangelnden Rentabilität des Son-nenstudios beruhte, hätte eine vollständige Zuweisung des negativen Residuums zum Berechtigten vorausgesetzt, dass dieser dem Nichtberechtigten die Differenz zwischen tatsächlichem Gewinn und einem angemessenen kalkulatorischen Un-ternehmerlohn erstattet.

<sup>440</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff. sowie speziell im Hinblick auf Un-ternehmen *Ballerstedt*, Festschrift Schilling, 1973, 289 (299f.).

<sup>441</sup> Siehe den Wortlaut des § 1655 BGB a.F. supra S. 345 in Fn. 436.

<sup>442</sup> Zur Problematik der nutzungsbedingten Veränderung des Unternehmenswertes siehe infra 2. Teil:C.II.2.a)bb), S. 402 f. sowie 3. Teil:D.II.3, S. 627 ff.

<sup>443</sup> Der im Rahmen dieser Arbeit verwendete Begriff des Residuums unterscheidet sich vom handels- und steuerrechtlichen Gewinnbegriff. Anders als für handels- oder steuerbilanzielle Zwecke werden bei der Ermittlung des Residuums auch die kalkulatorischen Kosten des einge-setzten Eigenkapitals sowie eine kalkulatorische Vergütung für die unternehmerische Tätigkeit berücksichtigt, soweit diese nicht schon durch ein vertraglich vereinbartes Entgelt abgegolten ist. Siehe dazu supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff. sowie 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

<sup>444</sup> BGH, 4.5.1994, VIII ZR 309/93, NJW 1994, 2021 (2022).

Angesichts der sich nach der herrschenden Meinung auf der Grundlage der *lex lata* ergebenden Inkonsistenzen hat *Hans-Joachim Bodenbenner* ein vertragliches Regime zur Rückabwicklung gescheiterter Unternehmenskaufverträge vorgeschlagen, das mittels einer salvatorischen Klausel im Unternehmenskaufvertrag verankert werden soll.<sup>445</sup> Dieses Rückabwicklungsregime liefert ein Anschauungsbeispiel dafür, wie eine symmetrische Zuordnung von positivem und negativem Residuum gewährleistet werden könnte: Nach der Vorstellung *Bodenbenners* soll der Erwerber verpflichtet sein, einen erzielten Gewinn an den Veräußerer auszukehren. Im Gegenzug müsste der Veräußerer dem Erwerber einen im Vorhinein festgelegten Unternehmerlohn zahlen und wäre zusätzlich verpflichtet, einen vom Erwerber getragenen Verlust auszugleichen.<sup>446</sup>

(b) Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Zahlung eines fiktiven Pachtzinses

Ein Teil des Schrifttums lehnt die vom BGH favorisierte Zuordnung des Unternehmensgewinns zum Berechtigten ab, da sie den Beitrag des Nichtberechtigten zu dem von ihm konkret erzielten Unternehmensergebnis nicht ausreichend berücksichtigt.

Gemeinsamer konzeptioneller Ausgangspunkt aller Vertreter dieser Auffassung ist, dass dem Berechtigten nur solche Erträge zustehen, die dem Unternehmen „innewohnen“,<sup>447</sup> während dem Nichtberechtigten dasjenige gebühre, was er aufgrund seiner eigenen „Tüchtigkeit“ erwirtschaftet.<sup>448</sup> Als maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung der Erfolgsbeiträge von Unternehmenssubstanz und unternehmerisch tätigem Nichtberechtigten wird im Schrifttum nahezu einhellig auf den „objektiven Ertragswert“ des Unternehmens abgestellt.<sup>449</sup> Gedanklich befassten sich die meisten Autoren nur mit dem Fall, dass der Nichtberechtigte ein Ergebnis erwirtschaftet, der über den „objektiven Ertragswert“ hinausgeht. Wenn man den Nutzungsausgleich vom konkreten Unternehmensergebnis löst, so gilt jedoch zugleich spiegelbildlich, dass es zu Lasten des Nichtberechtigten geht,

<sup>445</sup> *Bodenbenner*, MDR 2007, 1056 (1060f.). Laut *Bodenbenner* handelt es sich um eine Pioniertat.

<sup>446</sup> *Ibid.*, S. 1061.

<sup>447</sup> *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 195 f.

<sup>448</sup> *Ibid.*, S. 195 f.

<sup>449</sup> *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 12 (Juni 2007); *Ballerstedt*, Festschrift Schilling, 1973, 289 (300f.) („im Zeitpunkt der Unternehmensüberlassung begründet[e] Gewinnerwartungen“); *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 153 („objektiver Gebrauchswert“); *Schwintowski*, JZ 1987, 588 (593); *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 687f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 272f.; *Keil*, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998, S. 234f.; *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 157 („objektiver Nutzungswert“); *Rupietta*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Unternehmenskaufverträge, 2001, S. 268; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 158f.; *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 195 f.

wenn er aufgrund seiner eigenen „Untüchtigkeit“ weniger erwirtschaftet. Hierdurch wäre im Ausgangspunkt eine symmetrische und daher konsistente Zuordnung sowohl eines negativen als auch eines positiven Residuums zum Nichtberechtigten gewährleistet.<sup>450</sup>

Keine Einigkeit besteht im Schrifttum in der Frage, wie der objektive Ertragswert zu bestimmen ist. Nach der wohl überwiegenden Auffassung soll der objektive Ertragswert dem bei einer Verpachtung des Unternehmens zu erzielenden Pachtzins entsprechen.<sup>451</sup> Diese für gewöhnlich nicht näher begründete Gleichsetzung ist – vorsichtig ausgedrückt – ein kühnes Postulat.<sup>452</sup> Wie oberflächlich die Auseinandersetzung mit der Problematik für gewöhnlich bleibt, zeigt sich daran, dass die meisten Autoren explizit oder implizit davon ausgehen, dass der Pachtzins für ein Unternehmen für gewöhnlich in einem fixen, *ex ante* festgelegten Entgelt für die Nutzungsüberlassung besteht.<sup>453</sup> In der wesentlich vielgestaltigeren Praxis wird der Pachtzins aber häufig ganz oder zumindest teilweise umsatz- und/oder ertragsabhängig ausgestaltet.<sup>454</sup>

Das Hauptmotiv für das oft reflexhafte Abstellen auf den Pachtwert dürfte die Hoffnung sein, damit einen für die Praxis leicht handhabbaren Maßstab zu gewinnen. Allerdings ist diese Hoffnung trügerisch. Unternehmen sind nicht mit Wohnungen in attraktiven Großstadtlagen vergleichbar, für die belastbare, markt-basierte Vergleichswerte existieren. Ein liquider Pachtmarkt für Unternehmen, auf dem sich ein „objektiver Unternehmenspachtwert“ bilden könnte, existiert schlicht nicht.<sup>455</sup> Dem steht schon die mangelnde Vergleichbarkeit einzelner Unternehmen entgegen. Hinzu kommt, dass die Unternehmenspacht als echte Markttransaktion – also zwischen fremden Dritten – nur in bestimmten Branchen hinlänglich verbreitet ist, um zumindest belastbare Anhaltspunkte für die gutachterliche Ermitt-

<sup>450</sup> Allerdings wird der Gleichlauf durchbrochen, soweit dem Nichtberechtigten das Recht zugestanden wird, sich im Falle unzureichender tatsächlicher Erträge unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB von seiner Zahlungspflicht zu befreien. Siehe zu diesem Problem auch *infra* 3. Teil:C. II.2.b)bb)(2), S. 588 ff.

<sup>451</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 12 (Juni 2007); König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 153; Schwintowski, JZ 1987, 588 (593); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 272 f.; Hagmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruches gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 158 f. Zweifelnd, aber aus pragmatischen Gründen am Pachtwert festhaltend Kohler, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 687 f.

<sup>452</sup> Kritisch gegenüber der Gleichsetzung von Pachtwert und objektivem Ertragswert bspw. Keil, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998, S. 234 f.

<sup>453</sup> Siehe bspw. Kohler, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 687 f. („[D]er erzielbare Pachtzins ist eine regelmäßig fixe, am prognostiziert-möglichen Gewinn des Betriebs und am gebundenen Kapital orientierte Größe [...]“).

<sup>454</sup> Siehe bspw. Klein-Blenkers, Das Recht der Unternehmenspacht, 2008, S. 111 ff.

<sup>455</sup> Für bestimmte Unternehmen kann sich ein solcher Markt bereits deshalb nicht herausbilden, weil eine Verpachtung rechtlich unzulässig wäre. Siehe bspw. KG, 9.10.1995, 12 U 1926/92, NJW-RR 1996, 431 (433 f.) (Zahnarztpraxis).

lung des marktüblichen Pachtwerts für ein bestimmtes Unternehmen zu liefern. Zu denken ist insofern insbesondere an das Hotel- und Gaststättengewerbe, an Apotheken und Tankstellen.<sup>456</sup> Ein beträchtlicher, wahrscheinlich sogar der überwiegende Teil aller Unternehmenspachtverträge wird nicht zwischen fremden Dritten, sondern von Familienmitgliedern bzw. innerhalb von Unternehmensgruppen abgeschlossen. Ausschlaggebend sind häufig, wenn auch nicht ausschließlich, steuerliche Überlegungen.<sup>457</sup> Die dabei vereinbarten Pachtzinsen bilden keine geeignete Grundlage für die Bestimmung des Nutzungsausgleichs. Selbst dort, wo ein echter Markt für Unternehmenspachten existiert, dürfte er in der Regel nicht ausreichend liquide sein, um für die Bestimmung des Nutzungsausgleichs geeignete Vergleichswerte zu liefern. Je weniger Vergleichswerte zur Verfügung stehen, desto größer ist die Gefahr, dass idiosynkratische Faktoren, wie etwa die jeweilige Verhandlungsposition der Parteien, den Wert verzerren.

Abgesehen vom Problem der fehlenden Vergleichswerte bestehen gegen die Bestimmung des Nutzungsausgleichs für ein Unternehmen anhand eines fiktiven Pachtzinses die gleichen Bedenken, die generell die Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand eines marktüblichen Nutzungsentgelts als problematisch erscheinen lassen.<sup>458</sup> Im wirtschaftlichen Kern würde das Bestehen eines Unternehmenspachtvertrages fingiert, den weder der Berechtigte noch der Nichtberechtigte in dieser Form abgeschlossen haben. Hinzu kommt, dass der Nichtberechtigte keine adäquate Gegenleistung für einen *marktüblichen* Pachtzins erhalte: So könnte sich der Nichtberechtigte beispielsweise nicht auf eine bei Unternehmenspachtverträgen übliche Mindestlaufzeit berufen und käme auch nicht in den Genuss eines dem Verpächter auferlegten Wettbewerbsverbots.

Als Alternative zum Pachtwert schlägt ein Teil des Schrifttums vor, zur Bestimmung des vom Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleichs auf die im Zeitpunkt der Erlangung des Unternehmens durch den Nichtberechtigten objektiv zu erwartenden Gewinne abzustellen.<sup>459</sup> Auszublenden seien für die Prognose alle ertragsrelevanten Umstände, die dem Nichtberechtigten zuzurechnen seien, wie etwa Synergieeffekte oder die Konsequenzen einer strategischen Neuausrich-

---

<sup>456</sup> Klein-Blenkers, Das Recht der Unternehmenspacht, 2008, S. 23. Siehe auch Keil, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998, S. 231.

<sup>457</sup> Siehe bspw. Klein-Blenkers, Das Recht der Unternehmenspacht, 2008, S. 23.

<sup>458</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)aa), S. 293 ff.

<sup>459</sup> Ballerstedt, Festschrift Schilling, 1973, 289 (300 f.); Keil, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998, S. 234 f.; Schmidt, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 195 f. In diesem Sinne auch Haggmann, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 158 f. Häufig wird dieses Vorgehen schlicht als pragmatische Alternative für den Fall empfohlen, dass es an einem belastbaren Pachtzins fehlt, siehe bspw. *ibid.*, S. 158 f. Teilweise wird der Pachtzins als Bewertungsmaßstab aber auch grundsätzlich abgelehnt, so bspw. von Keil, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung, 1998, S. 231.



tion des Unternehmens.<sup>460</sup> Insbesondere für kleine inhabergeführte Unternehmen dürfte die zuverlässige Ermittlung dieses Wertes erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Natürlich ist es möglich, unter Rückgriff auf pauschale Bewertungsverfahren einen konkreten Wert zu ermitteln. Allerdings sollte man sich keinen Illusionen darüber hingeben, auf diese Weise mehr als eine scheinbare Genauigkeit erreichen zu können.

Ungeachtet aller praktischen Schwierigkeiten ist es weder mittels der Fiktion eines Pachtwertes, den die Parteien *ex ante* vereinbart hätten, noch mittels einer *ex-ante*-Prognose der zukünftigen Gewinne möglich, den Wertbeitrag des genutzten Gutes „Unternehmen“ in konzeptionell überzeugender Weise vom Beitrag des Nichtberechtigten abzugrenzen. Wenn man den Nutzungsausgleich mittels einer Prognose ermittelt, die auf der Grundlage der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Erlangung des Unternehmens durch den Nichtberechtigten erstellt wird, so unterstellt man, dass die Differenz zwischen dem Prognosewert und dem tatsächlichen Gewinn allein auf der Leistung des Nichtberechtigten beruht. Das ist jedoch schlicht unzutreffend. Der tatsächliche Unternehmensgewinn wird daneben auch von einer ganzen Reihe anderer Faktoren beeinflusst, wie der Entwicklung der Konjunktur, externen Schocks, einer unvorhergesehenen technischen Entwicklung, dem plötzlichen Auftreten oder Verschwinden von Wettbewerbern etc. Die Frage, wem der auf diesen Faktoren beruhende Anteil am Residuum zugewiesen werden sollte, wird in der Diskussion um die Bestimmung des Nutzungsausgleichs für ein Unternehmen weitgehend ausgeblendet.<sup>461</sup>

### (c) Aufteilung des Residuums zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem

Neben der klaren Zuordnung des Residuums entweder zum Berechtigten oder zum Nichtberechtigten finden sich in Rechtsprechung und Literatur auch Ansätze, die zu einer Aufteilung des Residuums führen.<sup>462</sup>

§ 287 ZPO ermöglicht es dem Tatrichter, die jeweiligen Erfolgsbeiträge zu schätzen, wenn der vom Nichtberechtigten erzielte Gewinn zwar nicht „ausschließlich“ auf dessen persönlicher Leistung beruht, sein Einsatz aber andererseits so groß ist, dass eine vollständige Auskehrung des Residuums an den Berechtigten ebenfalls nicht als angemessen erscheint.<sup>463</sup> Über den Einzelfall hinausweisende Kriterien dafür, wie eine solche Aufteilung vorzunehmen ist, haben sich bislang nicht herausgebildet.<sup>464</sup> Im Fall eines nichtigen Kaufvertrages über eine Zahnarztpraxis teilte das Kammergericht den vom Nichtberechtigten erzielten Gewinn – ohne Abzug eines kalkulatorischen Unternehmerlohns – im Verhältnis  $\frac{1}{4}$  zu  $\frac{3}{4}$  zwischen Be-

<sup>460</sup> Ibid., S. 234 f.

<sup>461</sup> Siehe aber bspw. *Ballerstedt*, Festschrift Schilling, 1973, 289 (297).

<sup>462</sup> Grundsätzlich für eine Aufteilung bspw. bereits *Wilburg*, AcP 163 (1964), 346 (349f.).

<sup>463</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (242); KG, 9.10.1995, 12 U 1926/92, NJW-RR 1996, 431 (433 f.).

<sup>464</sup> Zutreffend daher die Kritik von *Schmidt*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 2014, S. 194: „Die Abgrenzungsentscheidungen sind arbiträr.“

rechtigtem und Nichtberechtigtem auf. Zur Begründung verwies das Kammergericht lediglich pauschal auf den „überwiegenden [Anteil] der persönlichen Leistung des Zahnarztes am Gesamtgewinn“.<sup>465</sup> Eine weitere Stellschraube zur Beteiligung des Nichtberechtigten am von ihm erwirtschafteten Residuum bildet der ihm zustehende kalkulatorische Unternehmerlohn. Instruktiv ist insofern die bereits erwähnte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006 zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrages über eine Steuerberaterpraxis:

*Beispiel 30*<sup>466</sup>

*B erwarb von A mit Vertrag vom 30.9.1995 dessen Steuerberaterpraxis in L für 925.000 DM. Übergabetermin war der 1.1.1996. Später stellte sich heraus, dass der Vertrag aufgrund einer sittenwidrigen Konkurrenzschutzklausel nichtig war. Eine von den Parteien beabsichtigte Rückübertragung der Praxis auf A scheiterte daran, dass die Mandanten überwiegend nicht bereit waren, sich wieder von A betreuen zu lassen. Dies stand am 30.9.1998 fest. Nunmehr verlangte A von B unter anderem den von diesem aus dem Betrieb der Praxis vom 1.1.1996 bis zum 30.9.1998 erzielten Gewinn.*

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [...] sind die mit einem rechtsgrundlos erlangten Unternehmen erzielten Gewinne als Nutzungen (§ 100 BGB) herauszugeben, soweit nicht der Gewinn ausschließlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten desjenigen beruht, der die gewinnbringenden Einnahmen erzielt hat. Letzteres hat das Berufungsgericht stillschweigend zu Recht verneint. [...] [D]ie Kanzlei [verfügte] [...] über einen Mandantenstamm [...]. [B] hat selbst vorgetragen, daß er mit diesem Mandantenstamm [...] Umsätze und Gewinne erzielt hat. Dafür war sein persönlicher Einsatz zwar unverzichtbar; es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß er dieselben Umsätze erreicht und Gewinne gezogen hätte, wenn er nicht die Praxis des Klägers übernommen, sondern aus dem Nichts eine eigene Kanzlei eröffnet hätte. [...] Beruhen die Gewinne wie hier sowohl auf dem gegenständlichen Bereich des Unternehmens bzw. der Praxis als auch auf den persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Betreibers, ist es Sache des Tatrichters, den Anteil der beiden Faktoren – gegebenenfalls im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO – zu ermitteln [...]. Das Berufungsgericht hat den Anteil des Beklagten an dem erzielten Kanzleigewinn, der diesem verbleiben muß, auf der Grundlage des kalkulatorischen Unternehmerlohns festgesetzt, [...] *bei dem [...] der besondere Einsatz des Beklagten im Jahr 1996 mit einer Erhöhung um 50 % berücksichtigt ist.* Diese Festlegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.“<sup>467</sup>

Auch nach der Literaturlauffassung, wonach der Nichtberechtigte grundsätzlich verpflichtet ist, ein vom konkreten Ergebnis unabhängiges Nutzungsentgelt an den Berechtigten zu zahlen, ist es möglich, das Residuum aufzuteilen. Auf eine solche Aufteilung läuft es beispielsweise hinaus, wenn *Claus-Wilhelm Canaris* die in einem Unternehmen bereits *ex ante* angelegten Gewinnchancen mittels einer *ex-post*-Betrachtung aus den vom Nichtberechtigten tatsächlich erzielten Gewinnen ableiten will.<sup>468</sup> Dieses Vorgehen ermöglicht es beispielsweise, eine überra-

<sup>465</sup> KG, 9.10.1995, 12 U 1926/92, NJW-RR 1996, 431 (433 f.).

<sup>466</sup> Basierend auf BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 ff.

<sup>467</sup> *Ibid.*, S. 241 f.

<sup>468</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 272 f.

schend günstige Konjunktur bei der Ermittlung des vom Nichtberechtigten geschuldeten Nutzungsausgleichs zu berücksichtigen. Das grundlegende Problem, die Leistungsbeiträge von Unternehmenssubstanz und Nichtberechtigtem in einer nicht arbiträren Weise voneinander abzugrenzen, vermag allerdings auch *Canaris* nicht zu lösen. Denn auch er bleibt eine Antwort auf die Frage schuldig, wie er aus dem erzielten Gewinn *ex post* gerade den Gewinnanteil ableiten will, der bereits *ex ante* im Unternehmen angelegt war.

### *bb) Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen*

Abgesehen von der Nutzung eines bestehenden Unternehmens durch einen Nichtberechtigten stellt sich die Frage der Zuordnung des bei einer produktiven Nutzung erzielten Residuums auch dann, wenn der rechtmäßige Inhaber eines Unternehmens unberechtigt ein einzelnes Gut erlangt und dieses in seinem Unternehmen nutzt. Ein typisches Beispiel ist die Nutzung einer Maschine in der Produktion, die vom Nichtberechtigten auf der Grundlage eines nichtigen Kaufvertrags erworben wurde.<sup>469</sup> Anders als im Fall der Nutzung eines bestehenden Unternehmens will die herrschende Meinung das Residuum in einem solchen Fall grundsätzlich dem Nichtberechtigten zuordnen, indem sie den geschuldeten Nutzungsausgleich anhand des vom Nichtberechtigten ersparten Aufwands bemisst (1). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, zwischen der Erlangung eines ganzen Unternehmens und einzelner Güter durch den Nichtberechtigten zu unterscheiden. Diese Abgrenzung erweist sich insbesondere bei kleinen, inhabergeführten Unternehmen als problematisch (2).

#### (1) Bemessung des Nutzungsausgleichs anhand des vom Nichtberechtigten ersparten Aufwands

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war in der Frage, wie der Nutzungsausgleich im Fall der Nutzung eines Gutes in einem Unternehmen des Nichtberechtigten zu bemessen ist, noch wenig konsistent. 1908 stellte sich das Reichsgericht auf den Standpunkt, dass im Falle eines nichtigen Mietvertrags über ein Ladenlokal der Mieter „als Nutzung oder Vorteil nicht den ganzen Geschäftsgewinn“, sondern „nur den objektiven Wert des Gebrauchs des Ladens zu ersetzen“ habe.<sup>470</sup> Demgegenüber vertrat das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1935 die Auffassung, dass es grundsätzlich sachgerecht sei, die von einem Unternehmen für einen Lkw gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG geschuldete Nutzungsvergütung anhand des „Rohertrags“ zu schätzen, „den ein Unternehmen im April 1933 mit einem Lastzug gleicher Art erzielt hat.“<sup>471</sup> Auch in der zeitgenössischen Instanz-

<sup>469</sup> Siehe bspw. BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 ff.

<sup>470</sup> RG, 10.1.1908, II 280/07, Recht 1908, Nr. 1792 ff. In gleicher Weise seien im Falle eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs auf Rückübertragung einer Lizenz „unter den Nutzungen der Lizenz nicht alle Vorteile des Geschäftsbetriebs zu verstehen, in denen die Lizenz gebraucht worden ist.“

<sup>471</sup> RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 (349). Die zitierte Passage findet sich im Tatbestand

gerichtlichen Rechtsprechung finden sich Entscheidungen, die zur Bestimmung des Nutzungsausgleichs auf die mit der Nutzung des Gutes erwirtschafteten Erträge durchblicken. So ermittelte beispielsweise das OLG Stuttgart 1909 in einer Entscheidung, die die Wandlung eines Kaufvertrages über eine Maschine zum Aufpressen von Mustern auf Leder betraf, den Wert der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB wie folgt:

„Unter den ‚Vorteilen, die der Gebrauch einer Sache gewährt‘ (§ 100 BGB.), läßt sich in einem Fall der vorliegenden Art nicht das gesamte Erträgnis verstehen, das die Bekl. durch Verwendung der Maschine erzielt hat (abzüglich der Geschäftsunkosten), sondern nur der Mehrertrag, der durch Verwendung einer Maschine dieser Art gegenüber der bisher beim Käufer angewendeten Produktionsart (Handbetrieb, Verwendung einer andersartigen Maschine) erzielt wird; [...].“<sup>472</sup>

Der BGH bemisst demgegenüber den für die Nutzung von Maschinen in einem dem Nichtberechtigten zuzurechnenden Unternehmen geschuldeten Ausgleich anhand des vom Nichtberechtigten ersparten Aufwands.<sup>473</sup> Eine Beteiligung des Berechtigten am Unternehmensergebnis findet nicht statt. Das Residuum verbleibt vollständig beim Nichtberechtigten. Dogmatisch qualifiziert der BGH die Nutzung einzelner Güter in einem bestehenden Unternehmen als Realisierung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB, sofern eine Einordnung in den Nutzungsbegriff ganz unterbleibt.<sup>474</sup> Exemplarisch sei insofern auf folgende Passage aus einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 verwiesen, die den von einem Bauunternehmer für die Nutzung eines Betonmischers und eines Warmluftheizers geschuldeten Ausgleich betrifft:

„Entgegen [der Ansicht der Revision] hat das Berufungsgericht für die Berechnung des Werts der Gebrauchsvorteile die erzielbare Miete heranziehen dürfen [...]. Denn für die Benutzung der Geräte hätte der Beklagte im Regelfall die übliche Miete aufwenden müssen, wenn er sich die Gebrauchsvorteile der herauszugebenden Geräte auf andere Weise hätte verschaffen wollen. Sind Maschinen herauszugeben, so kann daher für die Berechnung der Gebrauchsvorteile der Mietwert der Maschinen zugrunde gelegt werden [...].“<sup>475</sup>

---

der Entscheidung. In den Gründen führte das RG aus: „Soweit die aus dem Kaufgegenstande zu erzielenden Einnahmen überhaupt entscheidend in Betracht kommen, können dabei nicht, [...], allein die geringeren Einnahmen herangezogen werden, die im vorliegenden Fall der Beklagte infolge seiner mangelnden Erfahrungen zunächst nur zu gewinnen im Stande war. [...] Andererseits dürfen aber auch nicht allein berücksichtigt werden die Einnahmen eines Gewerbebetriebes, der infolge besonders günstiger Gestaltung der Verhältnisse außergewöhnlich vorteilhaft zu wirtschaften in der Lage ist. Abzustellen ist auf den in dem hier erörterten Sinne gewöhnlichen Wert der Gebrauchsüberlassung, zu dessen Bestimmung die Einnahmen eines durchschnittlichen ordnungsgemäß geführten Betriebes gleicher Art als Anhaltspunkte dienen können.“

<sup>472</sup> OLG Stuttgart, 19.7.1909, III, DJZ 1910, 89.

<sup>473</sup> BGH, 5.7.1978, VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209); BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252).

<sup>474</sup> Siehe bspw. BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460; BGH, 16.5.1984, VIII ZR 18/83, NJW 1984, 2937 (2938).

<sup>475</sup> BGH, 5.7.1978, VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209).

Gewandelt hat sich im Zeitablauf lediglich der Maßstab für die Bestimmung des ersparten Aufwands. Während die Rechtsprechung ursprünglich reflexhaft auf den ersparten Mietzins abstellte, greift sie nunmehr zumindest dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut kaufen wollte, auf die lineare Wertminderung zurück.<sup>476</sup>

Dem BGH kann nur darin beigespflichtet werden, für die Bemessung des für die Nutzung einzelner Produktionsmaschinen geschuldeten Nutzungsausgleichs auf den vom Nichtberechtigten ersparten Aufwand abzustellen. Die Alternative zum Erwerb einer Produktionsmaschine aufgrund eines nichtigen Kaufvertrages ist nicht der Erwerb eines Nutzungsrechts an der Maschine unter Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung, sondern schlicht der Abschluss eines wirksamen Kaufvertrags. Daher ist es nicht verwunderlich, dass auch das Schrifttum den Wert der Nutzungen einzelner Güter bei unternehmerischer Nutzung ganz überwiegend anhand eines fiktiven Miet- bzw. Pachtzinses oder anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung des Gutes bemessen will.<sup>477</sup> Eine prominente Gegenposition vertrat *Fritz Schulz*, der im Rahmen seiner Lehre vom Eingriffserwerb auch im Rahmen des Nutzungsausgleichs eine umfassende Gewinnhaftung befürwortete. So sollte laut *Schulz* ein Geiger, der mit einer fremden Geige ein Konzert gibt, verpflichtet sein, den erzielten Gewinn an den rechtmäßigen Inhaber der Geige abzuführen.<sup>478</sup> Zwar behält sich auch *Schulz* unter dem Gesichtspunkt der Kausalität ein Hintertürchen offen. Die Gewinnhaftung entfalle, wenn der Geiger eine andere Geige zur Hand gehabt hätte, die er ebenso gut hätte benutzen können.<sup>479</sup> Allerdings meint dies *Schulz* wohl in dem engen Sinne, dass der Geiger eine zweite Geige besessen haben muss. Eine hypothetische Alternativbeschaffung hätte er wohl nicht genügen lassen. Dazu, dass die Lehre vom Eingriffserwerb viel zu weit geht und sich zu Recht nicht durchsetzen konnte, wurde das Nötige schon gesagt.<sup>480</sup> Abgesehen von *Fritz Schulz* wurde in der Literatur nur vereinzelt und ohne nachvollziehbare Begründung die Auffassung vertreten, dass im Rahmen des Nutzungsausgleichs generell auf den vom Nichtberechtigten erzielten Gewinn abzustellen sei.<sup>481</sup>

Inkonsequent ist es allerdings, dass die herrschende Meinung speziell für die Nutzung von Land im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs vom Grundsatz einer aufwandsbezogenen Betrachtung abweichen will. Wenn der Nichtberechtigte Feldfrüchte gewinnt, so soll er verpflichtet sein, die erzielte Ernte gegen

<sup>476</sup> Siehe bspw. BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252) sowie ausführlich supra 2. Teil:B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>477</sup> *König*, Festschrift Caemmerer, 1978, 179 (188); *Kobler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 689f.; *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 157; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 155.

<sup>478</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (359f.).

<sup>479</sup> *Ibid.*, S. 359f.

<sup>480</sup> Supra 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff. sowie 2. Teil:B.II.3.a)bb)(1), S. 352 f.

<sup>481</sup> *Kaiser*, Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht, 1987, S. 198. In diesem Sinne auch *Roth*, Festschrift Küchhoff, 1972, 371 (384f.).

Erstattung seiner Fruchtgewinnungskosten an den berechtigten Inhaber des Landes abzuführen.<sup>482</sup> Nicht zu leugnen ist, dass in einem solchen Fall der Nutzungserfolg in unmittelbaren Sachfrüchten i. S. v. § 99 Abs. 1 BGB besteht und daher der Wortlaut der §§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 987 Abs. 1 BGB eine am Bruttoertrag ausgerichtete Durchführung des Nutzungsausgleichs fordert. Wertungsmäßig ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Nutzung einer fremden Maschine und eines fremden Stücks Landes durch einen Landwirt unterschiedlich behandelt werden sollte. In beiden Fällen nutzt der Landwirt die organisatorische Einheit seines landwirtschaftlichen Betriebes. Wenn er im Rahmen dieses Unternehmens einen ihm nicht gehörenden Traktor verwendet, schuldet er als Nutzungsausgleich nach derzeitigem Stand der Dogmatik im Regelfall die zeitanteilige lineare Wertminderung des Traktors. Dann aber wäre es sachgerecht, wenn er im Falle der Bestellung eines fremden Feldes als Nutzungsausgleich den Pachtzins, und nicht den Gewinn (oder Verlust) aus der Bestellung des Feldes, schulden würde.

## (2) Unterscheidung zwischen der Nutzung eines Unternehmens und der Nutzung von Gütern in einem Unternehmen

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es für die Zuordnung des bei der unternehmerischen Nutzung eines Gutes erzielten Residuums darauf an, was der Nichtberechtigte erlangt hat. Für den Fall, dass der Nichtberechtigte ein dem Berechtigten zuzurechnendes Unternehmen nutzt, weist der BGH das Residuum grundsätzlich dem Berechtigten zu. Nutzt der Nichtberechtigte hingegen lediglich einzelne Güter in einem ihm selbst zuzurechnenden Unternehmen, verbleibt das Residuum beim Nichtberechtigten. Aufgrund dieser unterschiedlichen Rechtsfolgen ist der BGH gezwungen, den zu entscheidenden Einzelfall einer der beiden Kategorien zuzuordnen.

Erstmals *ausdrücklich* hat der BGH die erforderliche Differenzierung in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1969 und 1975 vorgenommen,<sup>483</sup> die jeweils nichtige Bordellpachtverträge betrafen. In VII ZR 52/67 hatte der Pächter nach Einschätzung des BGH lediglich ein Hausgrundstück zum Zwecke des Betriebs eines Bordells erhalten. Den eigentlichen Bordellbetrieb hatte er hingegen selbst eingerichtet. Daher schied ein Anspruch des Eigentümers des Grundstücks auf Auskehrung des vom Pächter durch den Betrieb des Bordells erzielten Gewinns von vornherein aus. Stattdessen umfasste der Nutzungsausgleich des Eigentümers nur die vom Pächter realisierten Gebrauchsvorteile des Grundstücks, die der BGH mit dessen objektivem Mietwert gleichsetzte.<sup>484</sup> Anders lag der Sachverhalt in VIII ZR 126/73. Hier ging der BGH davon aus, dass der Pächter einen bereits bestehen-

<sup>482</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)cc(2), S. 327 ff.

<sup>483</sup> BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 ff.; BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 ff.

<sup>484</sup> BGH, 9.6.1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 (1084). So auch BGH, 16.5.1984, VIII ZR 18/83, NJW 1984, 2937 (2938) (Imbissstube).

den Bordellbetrieb erlangt hatte, weshalb sich der Anspruch auf Nutzungsausgleich grundsätzlich auf den erzielten Gewinn erstrecken können sollte.<sup>485</sup>

Damit legte der BGH Wertungen offen, die seiner Rechtsprechung bereits zuvor implizit zugrunde gelegen hatten. So war etwa in der Rechtssache IV ZR 22/52 der Beklagte rechtsgrundlos in den Besitz der Geschäftseinrichtung einer seit zweieinhalb Jahren geschlossenen Fleischerei gelangt und eröffnete damit in den gleichen – angemieteten – Räumlichkeiten erneut eine Fleischerei. Der BGH lehnte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1952 einen Anspruch der Eigentümerin des Fleischereinventars auf Auskehrung des vom Beklagten erzielten Gewinns ab, weil

„der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn in wesentlich stärkerem Maße auf den persönlichen Fähigkeiten und Leistungen desjenigen [beruht], der die Nutzungen gezogen hat. Sie sind in der Regel mehr ein Ergebnis dieser persönlichen Leistungen als das rein gegenständliche Produkt des Betriebs.“<sup>486</sup>

Da der BGH den mit einem fremden Gewerbebetrieb erzielten Gewinn primär der Leistung des Nichtberechtigten zuschreibt, widerspricht die Entscheidung auf den ersten Blick der Linie des BGH, wonach der vom Nichtberechtigten mit einem fremden Unternehmen erzielte Gewinn im Regelfall dem Berechtigten gebührt.<sup>487</sup> Ein anderes Bild ergibt sich jedoch, wenn man davon ausgeht, dass der Nichtberechtigte nicht einen bestehenden Fleischereibetrieb, sondern lediglich bestimmte, für den Betrieb einer Fleischerei nötige Wirtschaftsgüter erlangt hat, mit denen er selbst ein neues Unternehmen aufbaute. Dann entspricht die Entscheidung des BGH im Fleischerei-Fall zumindest im Ergebnis der in den Bordellpacht-Fällen vorgenommenen Abgrenzung. Für diese Wertung spricht insbesondere, dass die ursprüngliche Fleischerei bereits zweieinhalb Jahre geschlossen war, bevor der Nichtberechtigte als Fleischer aktiv wurde. Mit der Differenzierung zwischen der Erlangung eines Unternehmens als organisatorischer Einheit und dem Aufbau eines Unternehmens mit Hilfe fremder Güter steht auch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1954 in Einklang, deren Sachverhalt ähnlich gelagert war wie im Fleischerei-Fall: Der Nichtberechtigte hatte mit den Maschinen, Utensilien und Büromöbeln, die nach der Demontage eines Druckereibetriebs zurückgeblieben waren, eine neue Druckerei eröffnet. Wie im Fleischerei-Fall nutzte er hierfür die gleichen Räume, in denen auch das ursprüngliche Unternehmen betrieben worden

<sup>485</sup> BGH, 8.1.1975, VIII ZR 126/73, BGHZ 63, 365 (368): „§ 987 BGB bezieht sich unmittelbar nur auf Sachnutzungen, d. h. die Früchte gemäß § 99 Abs. 1 und 3 BGB. Ist ein Grundstück vermietet oder verpachtet, kann deshalb über § 987 BGB jedenfalls nicht der Gewinn eines Unternehmens herausverlangt werden, das der Mieter oder Pächter selbst auf dem Grundstück eingerichtet und betrieben hat [...]. Es bestehen jedoch keine rechtlichen Bedenken, die [...] Frage zu bejahen, daß dann, wenn ein Gewerbebetrieb vermietet oder verpachtet worden ist, zu den herauszugebenden Nutzungen in entsprechender Anwendung des § 987 BGB auch die Gewinne aus einem solchen Betrieb zu rechnen sind [...]. So liegt der Fall hier.“ Allerdings schränkte der BGH den potentiellen Anspruch insofern ein, als er „nur den objektiven Ertragswert des verpachteten Betriebes, nicht aber einen sittenwidrigen Gewinn“ erfassen sollte.

<sup>486</sup> BGH, 25.9.1952, IV ZR 22/52, BGHZ 7, 208 (218).

<sup>487</sup> Supra 2. Teil: B.II.3.a)aa(3), S. 343 ff.

war. Einige Jahre später verlangte die Eigentümerin Auskunft über den vom Nichtberechtigten mit diesen Wirtschaftsgütern erwirtschafteten Ertrag. Entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen verneinte der BGH das Bestehen eines solchen Auskunftsanspruchs:

„Die Kl. begehrt Nutzungen, die die Bekl. dadurch gezogen haben, daß sie die der Kl. gehörigen Maschinen, Büromöbel und sonstigen Utensilien in ihrem Druckereibetrieb verwandt haben. Maßgebend für die Bewertung der Gebrauchsvorteile ist deren objektiver Wert, also der Wert, den der Gebrauchsvorteil allgemein für derartige Betriebe hat. Dieser objektive Wert des Vorteils ist der Höchstbetrag, den der Besitzer zu entrichten hat. [...] Als Grundlage für die Berechnung dieser Gebrauchsvorteile wird [...] der Mietwert dieser Maschinen und Anlagen zugrunde gelegt werden können.“<sup>488</sup>

Wie das referierte Fallmaterial zeigt, kann die Unterscheidung zwischen der Erlangung eines bestehenden Unternehmens und dem Aufbau eines Unternehmens aus erlangten Einzelgütern gerade bei kleinen, inhabergeführten Unternehmen im Einzelfall praktisch schwierig sein. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich zudem, dass die vom BGH etablierte Dichotomie auch konzeptionell wenig belastbar ist. Wenn beispielsweise der BGH im Fall eines nichtigen Kaufvertrages über eine Steuerberaterpraxis den vom Bereicherungsschuldner erzielten Gewinn dem Bereicherungsgläubiger zuweist,<sup>489</sup> so wäre es nur schwer nachvollziehbar, wenn der Kauf des Mandantenstamms der Kanzlei anders behandelt würde, nur weil es sich hierbei um ein einzelnes Wirtschaftsgut handelt, mit dessen Hilfe der Nichtberechtigte ein eigenes Unternehmen aufbaut.<sup>490</sup> Der zentrale Grund, aus dem es Sinn ergibt, eine als Einzelunternehmen geführte kleine Steuerberaterpraxis zu kaufen, ist die Chance auf eine Fortführung der bereits bestehenden Mandate. Ob der Erwerber neben dem Mandantenstamm auch noch die Büromöbel kauft, ist hingegen zweitrangig.

#### *b) Ertragsbringende Nutzung von „Geld“*

Besondere Probleme bereitet die Bewältigung der Residuumsproblematik, wenn es sich bei dem vom Nichtberechtigten genutzten Gut um Geld handelt. Ebenso wie die Nutzung fremden Geldes zur Schuldentilgung<sup>491</sup> sprengt die ertragsbringende Anlage von Geld die Grenzen der herkömmlichen Nutzungsausgleichsdogmatik (aa). Statt jedoch den durch die Notwendigkeit einer Sonderdogmatik gewonnenen Spielraum für die Entwicklung überzeugender inhaltlicher Leitlinien zu nutzen, ordnet die Rechtsprechung auch bei der ertragsbringenden Nutzung von Geld das

<sup>488</sup> BGH, 22.3.1954, IV ZR 137/53, JR 1954, 460.

<sup>489</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (242).

<sup>490</sup> Siehe hierzu KG, 9.10.1995, 12 U 1926/92, NJW-RR 1996, 431 (433 f.): „Der Vorteil, der bei der Überlassung einer Zahnarztpraxis an einen Zahnarzt gewährt wird, liegt darin, daß Besitz/Eigentum an den Einrichtungsgegenständen sowie der Patientenkartei und die Möglichkeit deren Nutzung sowie der Nutzung des good-will erworben werden; [...]“

<sup>491</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.b)ee), S. 290 ff.



Residuum ohne Rücksicht auf den Beitrag des Nichtberechtigten zum Nutzungserfolg dem Berechtigten zu (bb). Im Schrifttum wurde bislang kein überzeugendes Alternativkonzept entwickelt (cc).

*aa) Sonderdogmatik für die Durchführung des Nutzungsausgleichs bei der ertragsbringenden Nutzung von Geld*

Die gesetzlichen Bestimmungen des BGB zum Nutzungsausgleich sind darauf zugeschnitten, dass der Nichtberechtigte ein bestimmtes Gut erlangt und *genau dieses* Gut nutzt, indem er Früchte im Sinne von § 99 BGB zieht oder es zu seinem Vorteil gebraucht. Die ertragsbringende Nutzung von Geld sprengt die Grenzen der von der *lex lata* bereitgestellten Instrumente. Zum einen erfordert die ertragsbringende Nutzung von Geld regelmäßig die vorherige „Veräußerung“ des ursprünglich erlangten Geldes (1). Zum anderen lassen sich die mit Geld erzielten Erträge nicht sinnvoll in die Kategorien des Nutzungsbegriffs des § 100 BGB einordnen (2).

(1) Nutzungsausgleich trotz Veräußerung des ursprünglich erlangten Geldes

Geld ist ein universelles Tauschmittel.<sup>492</sup> Es bringt nicht unmittelbar Erträge hervor, sondern erst dann, wenn es als Tauschmittel für den Erwerb eines ertragsbringenden Gutes eingesetzt und somit „veräußert“ wird.<sup>493</sup>

Nimmt man den Grundsatz der Substanzerhaltung als Schranke des Nutzungsbegriffs<sup>494</sup> ernst, so dürfte eine Ziehung von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB aus falsch zugeordnetem Geld selbst von vornherein nicht in Betracht kommen.<sup>495</sup> Vielmehr würde sich die Frage stellen, ob es möglich ist, im Rahmen des Nutzungsausgleichs auf die Nutzungen abzustellen, die der Nichtberechtigte aus dem mit dem Geld angeschafften rechtsgeschäftlichen Surrogat gezogen hat.<sup>496</sup> Für den besonders wichtigen Nutzungsausgleichstatbestand des § 818 Abs. 1 BGB würde dies bedeuten, dass ein Durchgriff auf die aus der Anlage von rechtsgrundlos erlangtem Geld erzielten Nutzungen grundsätzlich nicht in Betracht käme.<sup>497</sup> Denn § 818 Abs. 1 BGB soll nach der herrschenden Meinung das *commodum ex negotiatione* gerade nicht erfassen.<sup>498</sup> Die praktische Konsequenz wäre, dass ein Nichtbe-

<sup>492</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

<sup>493</sup> Insofern zutreffend *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 93 ff., dem jedoch in den Konsequenzen, die er hieraus ziehen will, nicht zu folgen ist. Siehe dazu sogleich infra 2. Teil:B.II.3.b)cc), S. 366 ff. Siehe auch *Büttner*, BB 1970, 233 (234); BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 11 a. E. (1.5.2018).

<sup>494</sup> Supra 1. Teil:B.I.3.b), S. 31 f.

<sup>495</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.I.2.b)ee), S. 290 ff.

<sup>496</sup> Siehe dazu infra 2. Teil:C.III.3, S. 422 ff.

<sup>497</sup> So in der Tat *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 141 ff.

<sup>498</sup> Siehe bspw. BGH, 11.10.1979, VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203 (206); *Larenz*, Festschrift Caemmerer, 1978, 212; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungs-

rechtigter, der rechtsgrundlos eine Gutschrift auf seinem Kontokorrentkonto erhält und diesen Betrag in Bundesanleihen investiert, die vereinnahmten Zinsen *nicht* als Nutzungen an den Bereicherungsgläubiger auskehren müsste. Eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bestünde hingegen dann, wenn der Nichtberechtigter bereits die Bundesanleihen rechtsgrundlos erlangt hätte.

Die herrschende Meinung hat das dogmatische Problem überwunden, indem sie es ignoriert. Der BGH und der ganz überwiegende Teil des Schrifttums beziehen die aus der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes erzielten Erträge ganz selbstverständlich in den Nutzungsausgleich ein.<sup>499</sup> Dass es insofern an einem dogmatischen Problembewusstsein weitgehend fehlt, ist umso bemerkenswerter, wenn man an den jahrzehntelangen Streit um die Konsequenzen einer Schuldentilgung mit fremdem Geld denkt. Hier dauerte es bis 1998, bevor der BGH die dogmatischen Bedenken in einer Grundsatzentscheidung überwand und dem Bereicherungsgläubiger einen Nutzungsausgleichsanspruch zubilligte, obwohl Geld durch die Schuldentilgung in einem technischen Sinne nicht gebraucht, sondern verbraucht wird.<sup>500</sup>

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war in der Frage der Ausgleichspflicht des Bereicherungsschuldners für mit fremdem Geld erzielte Erträge noch ambivalent. Während das Reichsgericht eine Verpflichtung zur Auskehrung von durch die Anlage fremden Geldes erzielten Erträgen in einigen Entscheidungen ausdrücklich bejahte,<sup>501</sup> war es in anderen Entscheidungen zurückhaltender.<sup>502</sup> Bemerkenswert ist insbesondere ein Urteil des VI. Zivilsenats aus dem Jahr 1931, das die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrages über ein Landgut betraf. Der vermeintliche Verkäufer hatte den vom vermeintlichen Käufer gezahlten Kaufpreis in Gesellschaftsanteile investiert. Die Vorinstanz bejahte eine auf die Gesellschaftsanteile bezogene Nutzungsausgleichspflicht. Diese Entscheidung wurde vom VI. Zivilsenat mit folgender Begründung kassiert:

„Dabei ist aber übersehen, dass es sich insoweit nicht um Nutzungen aus dem Gegenstand handelt, den der Kläger auf Kosten des Beklagten erlangt hat (§ 818 Abs. 1 BGB). Dieser Gegenstand war das gezahlte Geld. Der Kläger hat es veräußert und ist demgemäß nach § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet, den auf 36500 Reichsmark berechneten Wert der empfangenen Bar-

---

probleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 230; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 47 m. w. N.

<sup>499</sup> Siehe bspw. BGH, 4.6.1975, V ZR 184/73, BGHZ 64, 322 (325); BGH, 27.10.1982, V ZR 24/82, NJW 1983, 929 (930); BGH, 15.2.2000, XI ZR 76/99 (KG), NJW 2000, 1637 (1638); *Fischer*, Festschrift Zitelmann, 1913, 1 (32); *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 204; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 12 m. w. N.; *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 15 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>500</sup> *Supra* 2. Teil: B.I.2.b)ee), S. 290 ff.

<sup>501</sup> Siehe bspw. RG, 28.1.1903, 296/02, RGZ 53, 363 (371). Siehe auch *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 67 f. m. w. N.

<sup>502</sup> RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 (287); RG, 21.4.1932, IV 124/31, RGZ 136, 135 (136).

zahlung zu ersetzen. Dagegen erstreckt sich seine Herausgabepflicht nicht auf den Gewinn, den er aus dem mit dem Gelde rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte gezogen hat.<sup>503</sup>

Für die Einordnung dieser Entscheidung ist wichtig, dass der VI. Zivilsenat darin zugleich auch eine Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich für das Landgut verneinte.<sup>504</sup> Im Gegenzug auch eine Nutzungsausgleichspflicht des vermeintlichen Verkäufers zu verneinen, führte daher für die vertragliche Rückabwicklungssituation zu einem konsistenten Ergebnis. Dies änderte sich wenige Jahre später, als sich das Reichsgericht – diesmal endgültig – für eine Nutzungsausgleichspflicht des Besitzers aussprach.<sup>505</sup> Seither wäre ein Verzicht auf eine Nutzungsausgleichspflicht des Geldschuldners bei der Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge auch dann ein Störfaktor, wenn der Sachschuldner nur den Besitz an der Kaufsache erlangt.

Auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtung ist die Nutzungsausgleichspflicht des Geldschuldners sachgerecht. Denn wirtschaftlich nutzt der Nichtberechtigte das in dem rechtsgrundlos erlangten Geld gebundene Kapital.<sup>506</sup> Eine formaljuristische Betrachtung, die nur auf die erlangten Geldscheine bzw. die Kontogutschrift abstellt, würde in materieller Hinsicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. So wäre es beispielsweise im oben genannten Beispiel schwer nachvollziehbar, warum allein eine risikolose Standardgeldanlage in Bundesanleihen den Nichtberechtigten von einer Verpflichtung zum Auskehrung der vereinbarten Zinsen befreien sollte.

## (2) Einordnung von Kapitalerträgen in den Nutzungsbegriff

Hat man akzeptiert, dass es nicht das ursprünglich erlangte Geld ist, aus dem der Nichtberechtigte Erträge zieht, ergibt sich sogleich das weitere dogmatische Problem, ob und wie sich die aus der Investition von Geld resultierenden Kapitalerträge in den Nutzungsbegriff des § 100 BGB einordnen lassen.

Das Paradebeispiel für die ertragsbringende Verwendung von Geld ist die Vergabe eines verzinslichen Darlehens. Ob Darlehenszinsen als Früchte qualifiziert werden können, war im gemeinrechtlichen Schrifttum äußerst umstritten.<sup>507</sup> Das BGB hat diese Frage zumindest im Grundsatz geklärt. Aus § 101 Nr. 2 BGB ergibt sich, dass Zinsen zu den Früchten i. S. v. § 99 BGB zählen.<sup>508</sup> Nicht abschließend geklärt ist jedoch nach wie vor, unter welchen Tatbestand des § 99 BGB Zinsen zu subsumieren sind. Nach der wohl vorherrschenden Sichtweise im Schrifttum sind *vertraglich* vereinbarte Zinsen unmittelbare Rechtsfrüchte der zinstragenden Forderung, während es sich bei *gesetzlichen* Zinsen um mittelbare Rechtsfrüchte han-

<sup>503</sup> RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 (287).

<sup>504</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)aa)(2), S. 166 f.

<sup>505</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)bb)(1), S. 170 f.

<sup>506</sup> In diesem Sinne bspw. auch *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 52.

<sup>507</sup> Für eine Übersicht über den Meinungsstand siehe HKK/*Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 46 m. w. N.

<sup>508</sup> Gleiches gilt für Gewinnanteile.

deln soll.<sup>509</sup> Die Rechtsprechung legt sich in dieser Frage, wie generell bei der Einordnung von Kapitalerträgen in den Nutzungsbegriff, in aller Regel nicht fest, sondern spricht lediglich allgemein von Nutzungen.<sup>510</sup>

*bb) Zuordnung des bei Nutzung von Geld erzielten Residuums ohne Rücksicht auf den Erfolgsbeitrag des Nichtberechtigten durch die Rechtsprechung*

Die Entscheidungspraxis zum Nutzungsausgleich bei Kapitalerträgen ist kasuistisch. Dennoch lässt sich klar eine Grundtendenz ausmachen. Die Rechtsprechung tendiert dazu, im Falle der ertragsbringenden Verwendung von Geld den erzielten Bruttoertrag in voller Höhe in den Nutzungsausgleich einzubeziehen, ohne auf den Erfolgsbeitrag des Nichtberechtigten Rücksicht zu nehmen.<sup>511</sup> Das vom Nichtberechtigten erzielte – positive oder negative – Residuum wird auf diese Weise in voller Höhe dem Berechtigten zugewiesen.

(1) Nutzungsausgleich bei der verzinslichen Anlage von Geld

Für vom Nichtberechtigten erzielte Darlehenszinsen entspricht die Zuweisung zum Berechtigten einer wortlautgetreuen Gesetzesanwendung. Da Zinsen gemäß § 101 Nr. 2 BGB eindeutig zu den Früchten i. S. v. § 99 BGB zählen, sind vom Nichtberechtigten vereinnahmte Zinsen im Rahmen des Nutzungsausgleichs grundsätzlich brutto an den Berechtigten auszukehren. Sollten dem Nichtberechtigten für die Erzielung des Zinsertrags Aufwendungen entstanden sein, etwa in Gestalt von Bankgebühren, kann er diese gemäß § 102 BGB geltend machen. Sachlich zu überzeugen vermag diese im BGB vorgezeichnete Lösung jedoch nicht. Sie unterstellt, dass der Zinsertrag in voller Höhe dem investierten Geld „innewohnt“.

Geld wohnt jedoch kein bestimmter Ertrag inne. Aus seiner Natur als universelles Tauschmittel folgt vielmehr, dass es in jeder erdenklichen Weise genutzt werden kann. Die „Sterilität“ von Geld<sup>512</sup> war eines der zentralen Argumente, die im Rahmen der gemeinrechtlichen Diskussion gegen eine Einbeziehung von Zinsen in den Fruchtbegriff angeführt wurden. So führte etwa *Christian-Friedrich von Glück* 1811 aus:

„Früchte sind der natürliche Zuwachs einer Sache. Diese würden also dem Kläger gewiß zugefallen sein, wenn er seine Sache behalten hätte. Allein Zinsen werden aus einer an sich

<sup>509</sup> Siehe bspw. BeckOGK/Mössner, § 99 BGB Rn. 13.3 (15.2.2018); Fortunato, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 206. Für eine Qualifikation als Gebrauchsvorteil i. S. v. § 100 Alt 2 BGB Schäfer, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 52. Für einen konzisen Überblick über den Meinungsstand siehe HKK/Rüfner, §§ 90–103 Rn. 50 m. w. N.

<sup>510</sup> Siehe bswp. BGH, 4.12.1996, VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 (935); BGH, 16.7.1999, V ZR 56–98, NJW 1999, 2890 (2891); BGH, 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52 (56).

<sup>511</sup> Siehe bspw. BGH, 27.10.1982, V ZR 24/82, NJW 1983, 929 (930); OLG Karlsruhe, 30.9.2004, 19 U 214/03, OLGR 2005, 301 f.

<sup>512</sup> Siehe dazu HKK/Rüfner, §§ 90–103 Rn. 46.

unfruchtbaren Sache hervorgebracht. Sie entstehen nicht aus der Natur des Geldes. Denn das hat keine produktive Kraft; sondern sie werden durch positive Bestimmungen des Rechts bezogen. Wenn daher dem Kläger die Früchte der Sache aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er sie ja selbst erhalten hätte, sofern die Sache in seinem Besitz geblieben wäre; so läßt sich dieser Grund nicht mit der gleichen Stärke dazu gebrauchen den Beklagten auch in die Zinsen zu verurteilen.<sup>513</sup>

Da der von einem Nichtberechtigten durch die Anlage von Geld erzielte Zinsertrag maßgeblich von der Anlageentscheidung des Nichtberechtigten abhängt, ist seine pauschale Zuweisung zum Berechtigten unbefriedigend.

## (2) Nutzungsausgleich bei der Nutzung von Geld in einem Unternehmen

Auf den vom Nichtberechtigten *tatsächlich* erzielten Ertrag will die Rechtsprechung im konzeptionellen Ausgangspunkt auch dann abstellen, wenn dieser fremdes Geld in seinem eigenen Unternehmen verwendet.<sup>514</sup> Daraus würde sich genau genommen die Notwendigkeit ergeben, die konkrete Verwendung des Geldbetrages nachzuvollziehen und den Anteil am Unternehmensergebnis zu ermitteln, der spezifisch auf dieser Verwendung beruht.<sup>515</sup> Den damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten geht die Rechtsprechung vielfach mittels äußerst großzügiger Vermutungsregeln aus dem Weg.<sup>516</sup> Für die Begründung einer Nutzungsausgleichspflicht genügt grundsätzlich, dass bei der Verwendung des Geldes „als Betriebsmittel nach der Lebenserfahrung zu vermuten [ist], dass der Kapitalempfänger aus der Verwendung wirtschaftliche Vorteile gezogen [hat].“<sup>517</sup> Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die Höhe der Ausgleichsleistung je nach Kontext auf der Grundlage unterschiedlicher, meist gesetzlicher, Zinssätze pauschaliert. So soll beispielsweise im Falle eines Kreditinstituts eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, dass es mit erlangtem Geld Nutzungen i. S. v. § 100 BGB im Wert des üblichen Verzugszinses i. S. v. § 288 Abs. 1 BGB zieht.<sup>518</sup> Grundsätzlich muss ein

<sup>513</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, 1811, S. 176.

<sup>514</sup> Siehe bspw. BGH, 4.6.1975, V ZR 184/73, BGHZ 64, 322 (324); BGH, 4.12.1996, VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 (935); BGH, 11.11.2015, IV ZR 513/14, NJW 2016, 1388 (1391); BGH, 19.12.2018, IV ZR 255/17, BGHZ 220, 297 (301 f.).

<sup>515</sup> Siehe zur Nachverfolgungsproblematik infra 2. Teil:C.III.3.b), S. 424 ff.

<sup>516</sup> Ohne entsprechende Erleichterungen würden Nutzungsausgleichsgläubiger demgegenüber regelmäßig an der ihnen obliegenden Darlegungs- und Beweislast scheitern. Siehe bspw. BGH, 11.11.2015, IV ZR 513/14, NJW 2016, 1388 (1390 f.); BGH, 29.4.2020, IV ZR 5/19, juris, Rn. 15 ff.

<sup>517</sup> BGH, 24.9.1996, XI ZR 185/94, ZIP 1996, 2090 (2092 f.) unter Verweis auf BGH, 4.6.1975, V ZR 184/73, BGHZ 64, 322 (324). Siehe auch BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121).

<sup>518</sup> Siehe bspw. BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2530 f.); BGH, 24.4.2007, XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147 (157); BGH, 10.3.2009, XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 (134). Deutlich höher sind demgegenüber die Hürden für die erfolgreiche Geltendmachung von Nutzungsausgleichsansprüchen gegenüber Versicherungsunternehmen, siehe bspw. BGH, 11.11.2015, IV ZR 513/14, NJW 2016, 1388 (1391); BGH, 19.12.2018, IV ZR 255/17, BGHZ 220, 297 (301 f.); BGH, 29.4.2020, IV ZR 5/19, juris, Rn. 15 ff.

Kreditinstitut zu Unrecht erhaltenes Geld daher in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinsen.<sup>519</sup> Für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge wird – spiegelbildlich zum niedrigeren Verzugszinssatz gemäß § 497 Abs. 4 BGB – eine Nutzungsziehung lediglich in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vermutet.<sup>520</sup> Für den Fall, dass ein Kaufmann Nutzungsausgleich für Geld schuldet, das er *nicht* auf der Grundlage eines unwirksamen Darlehensvertrags erlangt hat, geht die Rechtsprechung zum Teil davon aus, dass er Nutzungen in Höhe des Zinssatzes von 5 % für beiderseitige Handelsgeschäfte gemäß § 352 HGB erwirtschaftet hat.<sup>521</sup>

Mit den geschilderten Grundsätzen zur Berechnung der für die Nutzung von Geld in einem Unternehmen geschuldeten Ausgleichsleistung widerspricht sich die Rechtsprechung in zweifacher Hinsicht selbst. Das Abstellen auf den vom Nichtberechtigten erzielten Ertrag widerspricht *erstens* dem Grundsatz, wonach im Falle der Nutzung eines Gutes in einem bestehenden Unternehmen Nutzungsausgleich nur in Höhe des vom Nichtberechtigten ersparten Aufwands geschuldet wird.<sup>522</sup> Es ist wertungsmäßig gleichgültig, ob der Nichtberechtigte ein bestimmtes Gut, beispielsweise eine Maschine, erhält und es unmittelbar im Produktionsprozess einsetzt, oder ob er Geld erlangt und damit ein im Unternehmen genutztes Gut anschafft: In beiden Fällen ist es der Nichtberechtigte, der die für die Wertschöpfung maßgebliche unternehmerische Organisation bereitstellt. Ebenso, wie er eine zu Unrecht erlangte Maschine alternativ hätte kaufen oder mieten können, hätte er sich einen zu Unrecht erlangten Geldbetrag auch anderweitig beschaffen können. Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum der Nutzungsausgleich einmal anhand des ersparten Aufwands und einmal anhand der erzielten Erträge ermittelt werden soll. Durch die Pauschalierung des geschuldeten Nutzungsausgleichs in der Höhe gesetzlicher oder vertraglich vereinbarter Zinssätze droht *zweitens* der Grundsatz *ad absurdum* geführt zu werden, dass der Nichtberechtigte Ausgleich nur für tatsächlich gezogene Nutzungen schuldet.<sup>523</sup> Denn sofern es einem Unternehmer nicht gelingt, die entsprechende Vermutung zu erschüttern, ist es für seine Haftung gleichgültig, ob er einen rechtsgrundlos erlangten Geldbetrag in ein Geschäft investiert, bei dem er einen Totalverlust erleidet, oder ob er einen großen Gewinn erzielt. Am Ende muss er das Geld im Zweifel in der Höhe verzinsen, in der die Rechtsprechung die von ihm gezogenen Erträge „vermutet“. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Vermutung einer ertragsbringenden

<sup>519</sup> §§ 288 Abs. 1, 497 Abs. 1 BGB.

<sup>520</sup> BGH, 12.7.2016, XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 (145f.); BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1061).

<sup>521</sup> BGH, 15.3.1955, I ZR 173/53, WM 1955, 1170 (1172); LG Düsseldorf, 4.10.2013, 6 O 247/10, BeckRS 2015, 3455; OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f. Für eine entsprechende Beweiserleichterung hatte sich bereits *Büttner*, BB 1970, 233 (234) ausgesprochen.

<sup>522</sup> *Supra* 2. Teil:B.II.3.a)bb)(1), S. 352 ff.

<sup>523</sup> Wie bereits erläutert, fordert die Rechtsprechung – entgegen einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum – selbst im Falle eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags eine tatsächliche Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten, *supra* 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

Nutzung erlangten Geldes zu widerlegen, ist bislang im Einzelnen nicht geklärt.<sup>524</sup> Als erschüttert sieht der BGH die Vermutung beispielsweise dann an, wenn ein Unternehmen bereits im Gründungsstadium scheitert.<sup>525</sup>

Wenn die Rechtsprechung angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die mit der Zuordnung eines konkreten Ertrags zu einer bestimmten Geldsumme verbunden sind,<sup>526</sup> faktisch darauf verzichtet, den geschuldeten Nutzungsausgleich auf der Grundlage des tatsächlich vom Nichtberechtigten erzielten Ertrags zu ermitteln, so sollte sie diesen dogmatischen Anspruch aufgeben. Es wäre ehrlicher und konsequenter, wenn die Rechtsprechung die Ausgleichsleistung für die Nutzung fremden Geldes von vornherein und offen in einer bestimmten Höhe pauschalierete, statt mit dem theoretischen Anspruch auf einen Durchblick auf die konkret erzielten Erträge eine konzeptionelle Scheingenauigkeit vorzugaukeln.

### (3) Nutzungsausgleich bei gescheiterten Darlehensverträgen

Auch im Umgang mit der Nutzungsausgleichsproblematik bei der Rückabwicklung von Darlehensverträgen hat die Rechtsprechung noch kein schlüssiges Konzept gefunden. Wie im Falle von Nutzungsüberlassungsverträgen im Allgemeinen lehnt es die Rechtsprechung ab, für die Ermittlung des Nutzungsausgleichs schlicht an die Überlassung des Gebrauchs des Geldes selbst anzuknüpfen. So kann beispielsweise nach der Rechtsprechung des BGH der Darlehensgeber für die Zeit, für die ihm die Darlehensvaluta ohne Rechtsgrund vorenthalten wird, aus § 818 Abs. 1 BGB nur die vom Darlehensnehmer *tatsächlich* erzielten Anlagezinsen bzw. durch die Tilgung bestehender Darlehen oder die Vermeidung einer anderweitigen Kreditaufnahme ersparten Zinsen verlangen.<sup>527</sup>

Für den Fall, dass die Darlehensvaluta in einem Unternehmen verwendet wird, stößt die Rechtsprechung auf das gerade schon geschilderte Problem, dass es praktisch kaum möglich ist, dem genutzten Geld in einer nicht willkürlichen Weise einen Anteil am tatsächlich erzielten Unternehmensergebnis zuzuordnen. Auch insofern behilft sich die Rechtsprechung mit einer großzügigen Vermutungsregel. Der BGH geht davon aus, dass aus Geldern, die aufgrund eines unwirksamen Darlehensvertrages in einem Unternehmen genutzt werden, mindestens Nutzungen „im Wert der sonst üblicherweise zu zahlenden Zinsen“ gezogen werden.<sup>528</sup> Denn bei „wirtschaftlich vernünftigem Handeln“ würden Darlehen nur aufgenommen, wenn die Belastung durch einen mindestens gleich hohen Ertrag gedeckt werde.<sup>529</sup>

<sup>524</sup> Grundsätzlich soll erforderlich sein, dass das Unternehmen in der Verwendungszeit Erträge erwirtschaftet hat, siehe BGH, 24.9.1996, XI ZR 185/94, ZIP 1996, 2090 (2093).

<sup>525</sup> Ibid., S. 2093.

<sup>526</sup> Siehe hierzu näher infra 2. Teil:C.III.3.b), S. 424 f.

<sup>527</sup> BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121). Siehe auch BGH, 24.9.1996, XI ZR 185/94, ZIP 1996, 2090 (2092) (Im Fall war zwar das ZGB-DDR einschlägig; der BGH nutzte diese Entscheidung allerdings zu generellen Aussagen zum bereicherungsrechtlichem Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht).

<sup>528</sup> BGH, 18.4.1962, VIII ZR 245/61, NJW 1962, 1148.

<sup>529</sup> BGH, 4.12.1996, VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 (935).

Auch insofern stellt sich das konzeptionelle Festhalten an einer Durchführung des Nutzungsausgleichs auf der Grundlage der tatsächlich vom Nichtberechtigten gezogenen Nutzungen praktisch als ein bloßes Lippenbekenntnis dar.

Zusätzlich verkompliziert wird die Nutzungsausgleichsproblematik bei gescheiterten Darlehensverträgen durch den gesetzlichen Zinstatbestand des § 291 BGB.<sup>530</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH haftet der vermeintliche Darlehensnehmer im Falle eines nichtigen Darlehensvertrages für die Darlehensvaluta ab Empfang verschärft und muss sie daher grundsätzlich auch gemäß § 291 BGB<sup>531</sup> verzinsen.<sup>532</sup> Zusätzlich haftet er gemäß § 987 Abs. 2 BGB<sup>533</sup> für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen.<sup>534</sup> Diese verschärfte Nutzungsausgleichspflicht ist ein Nebeneffekt des von der Rechtsprechung gewählten dogmatischen Ansatzes, um dem vermeintlichen Darlehensnehmer hinsichtlich der Darlehensvaluta eine Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB abzuschneiden. Bei wortlautgetreuer Anwendung der §§ 812 ff. BGB könnte sich derjenige, der auf der Grundlage eines nichtigen Darlehensvertrages die Darlehensvaluta empfangen hat, darauf berufen, dass die Verwendung des Geldes gescheitert und er daher nicht mehr bereichert sei. Dies wird allgemein als unbefriedigend angesehen, da der Darlehensnehmer das Nutzungsrisiko bezüglich der Darlehensvaluta trägt. Die Rechtsprechung löst dieses Problem seit den Tagen des Reichsgerichts, indem sie den Bereicherungsschuldner bereits ab Valutierung des Darlehens verschärft gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB haften lässt, auch wenn er erst zu einem späteren Zeitpunkt von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages Kenntnis erlangt.<sup>535</sup>

Bis zum Jahr 2000 wurde nach § 291 BGB lediglich der gesetzliche Zinssatz von 4 % p. a. gemäß § 246 BGB geschuldet.<sup>536</sup> Gleichzeitig lag der selbst bei einer risikofreien Geldanlage zu erzielende Zins während des größten Teils des 20. Jahrhunderts in der Nähe bzw. sogar über diesem Zinssatz. Unter diesen Umständen wirkte sich die gesetzliche Verzinsungspflicht als Nebenfolge der verschärften Haftung praktisch nicht aus. In der Regel haftete der Nichtberechtigte bereits aufgrund der von der Rechtsprechung aufgestellten Vermutungen auf einen höheren Betrag. Problematisch war vielmehr die Haftung für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. Insofern kam die Rechtsprechung nicht umhin, den Bereicherungsschuldner zu entlasten.<sup>537</sup> Denn auch wenn er stets in dem Bewusstsein handelt, die Darlehensvaluta zurückzahlen zu müssen, kann man ihm jedenfalls nicht vorwerfen, die Darlehensvaluta unwirtschaftlich zu nutzen, bevor er von der Unwirksamkeit des

<sup>530</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.b)dd), S. 77 f.

<sup>531</sup> I.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB.

<sup>532</sup> BGH, 25.3.1982, VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293 (295); BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121 f.) Siehe auch *Ferovers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3609).

<sup>533</sup> I.V.m. §§ 819, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2 BGB.

<sup>534</sup> BGH, 25.3.1982, VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293 (299).

<sup>535</sup> RG, 27.4.1936, IV 14/36, RGZ 151, 123 (127); BGH, 25.3.1982, VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293 (295 ff.); BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121 f.).

<sup>536</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.b)dd), S. 77 f.

<sup>537</sup> RG, 27.4.1936, IV 14/36, RGZ 151, 123 (127).



Darlehensvertrages Kenntnis erlangt. Bis zu diesem Zeitpunkt durfte der vermeintliche Darlehensnehmer vielmehr davon ausgehen, nicht mehr als den vertraglich vereinbarten Zins zu schulden. Bereits hieran zeigt sich, dass die verschärfte Haftung des Darlehensnehmers vor Eintritt der hierfür gesetzlich vorgesehenen Bedingungen ein schlecht passender Notbehelf ist.<sup>538</sup> Zu einem echten Problem wurde die sich aus der verschärften Haftung ergebende Verzinsungspflicht gemäß § 291 BGB allerdings mit der Anhebung des Verzugszinssatzes im Jahr 2000.<sup>539</sup> Da die Verweisung in § 291 BGB auf § 288 BGB beibehalten wurde, schlägt dieses Zinsniveau über § 819 BGB auf die verschärfte Haftung im Bereicherungsrecht durch. Konsequenterweise verpflichtet der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 den vermeintlichen Darlehensnehmer, die auf der Grundlage eines nichtigen Darlehensvertrags empfangene Darlehensvaluta mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.<sup>540</sup>

### cc) Fehlen überzeugender Alternativkonzepte im Schrifttum

Für den Fall, dass ein Nichtberechtigter Nutzungsausgleich für Geld schuldet, das er nicht im Rahmen eines gescheiterten Darlehensvertrages erhalten hat, folgt der überwiegende Teil des Schrifttums dem BGH und stellt auf die vom Nichtberechtigten tatsächlich erzielten Kapitalerträge bzw. ersparten Sollzinsen ab.<sup>541</sup> Man kann diese herrschende Meinung als eine mittlere Position betrachten, von der im Schrifttum zwei in diametral entgegengesetzter Richtung abweichende Auffassungen vertreten werden, die allerdings beide nicht zu überzeugen vermögen.

*Stefan Schauhoff* will den Bereicherungsschuldner von *jeder* Ausgleichspflicht für Erträge freistellen, die er unter Verwendung rechtsgrundlos erlangten Geldes erzielt.<sup>542</sup> Ausschlaggebend ist für ihn dabei, dass der Bereicherungsschuldner im Rahmen von § 818 Abs. 1 BGB nur für Vermögenszuwächse hafte, die er „aus dem Erlangten“ erworben hat.<sup>543</sup> Hierzu gehört für *Schauhoff* entgegen der herrschenden Meinung auch der Erlös aus dem Verkauf des ursprünglich erlangten Gutes.<sup>544</sup> Nicht mehr zum „aus dem Erlangten Erworbenen“ zählen für *Schauhoff* hingegen

<sup>538</sup> Kritisch bspw. auch *Musielak*, JA 2017, 1 (6), der zutreffend darauf hinweist, dass nach der Logik des BGH, wonach bereits die Kenntnis von der Rückzahlungspflicht die verschärfte Haftung auslöst, bei Nutzungsüberlassungsverträgen generell eine verschärfte Haftung bestehen müsste, was aber auch der BGH nicht annimmt.

<sup>539</sup> Supra 1. Teil: B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>540</sup> Siehe bspw. BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121 f.).

<sup>541</sup> Siehe bspw. *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 204; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 12 m. w. N.; *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 15 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>542</sup> *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 145 f.

<sup>543</sup> *Ibid.*, S. 140.

<sup>544</sup> *Ibid.*, S. 140 f.

„Erträge, die Ergebnis der Verwendung von Kapital durch den Schuldner sind, auch wenn dieses Kapital mittels der Veräußerung oder Nutzung des rechtsgrundlos empfangenen Gegenstandes erwirtschaftet wurde.“<sup>545</sup>

Letzteres trifft auf Kapitalerträge stets zu, da sie nicht unmittelbar aus dem ursprünglich erlangten Geld gezogen werden, sondern die Anlage eine Umschichtung voraussetzt. Der Bereicherungsschuldner ist daher laut *Schauhoff* genauso wenig verpflichtet, aus der Anlage von Geld erzielte Zinserträge an den Bereicherungsschuldner herauszugeben, wie er einen Lotteriegewinn an diesen auskehren müsste, der auf ein mit rechtsgrundlos erlangtem Geld gekauftes Los entfällt.<sup>546</sup>

Die Auffassung *Schauhoffs* leidet unter der offensichtlichen Schwäche, zwar dogmatisch tadellos, wertungsmäßig jedoch unhaltbar zu sein. So ist es zum Beispiel nicht nachvollziehbar, warum derjenige, der als vermeintlicher Erbe ein Sparkonto des Erblassers auf seinen Namen umschreiben lässt und jedes Jahr den Zinsertrag abhebt, zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein soll, während derjenige, der das Konto liquidiert und den Saldo auf ein von ihm eröffnetes Sparkonto überweist, die Zinserträge soll behalten dürfen. Dieses Problem wurde bereits in den Protokollen der zweiten Kommission treffend auf den Punkt gebracht:

„Insbes. lasse es sich nicht rechtfertigen, denjenigen, welcher eine verzinliche Forderung erlangt habe, zur Herausgabe oder Vergütung der Zinsen (bis zum Betrag der Bereicherung) zu verpflichten, während eine solche Verpflichtung denjenigen nicht treffen soll, der eine erlangte Geldsumme in einer verzinlichen Forderung angelegt habe; der Grund, daß es sich in letzterem Falle um ein *lucrum ex negotiatione* handle, rechtfertige eine verschiedene Behandlung der beiden Fällen nicht.“<sup>547</sup>

Zudem würde die von *Schauhoff* vorgeschlagene Lösung den Geldschuldner willkürlich gegenüber dem Sachschuldner begünstigen. Hat der Bereicherungsschuldner eine Immobilie erlangt und vermietet er diese, so muss er den vereinnahmten Mietzins als mittelbare Sachfrucht an den Bereicherungsgläubiger herausgeben.<sup>548</sup> Denn er zieht dann Nutzungen „aus dem Erlangten“.<sup>549</sup> Erlangt er jedoch eine Geldsumme, mit der er ein Haus kauft und dieses anschließend vermietet, soll er keinerlei Ausgleich schulden.

Ausgehend von einer ähnlichen dogmatischen Überlegung wie *Schauhoff* gelangt *Claus-Wilhelm Canaris* umgekehrt zu einer sehr strengen Nutzungsausgleichspflicht für rechtsgrundlos erlangtes Geld. *Canaris* steht insoweit fest auf dem Boden der herrschenden Meinung, als er davon ausgeht, dass § 818 Abs. 1 BGB nur das *commodum ex re*, nicht aber das *commodum ex negotiatione* erfasst.<sup>550</sup>

<sup>545</sup> Ibid., S. 141.

<sup>546</sup> Ibid., S. 146.

<sup>547</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1186.

<sup>548</sup> §§ 818 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB.

<sup>549</sup> *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 147.

<sup>550</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 266.

Gleiches müsse folgerichtigerweise auf für Zinsen gelten, die der Bereicherungsschuldner aus rechtsgrundlos erlangtem Geld zieht. Auch diese dürfe er behalten, da sie ein *commodum ex negotiatione* seien. Im Gegenzug sei der Bereicherungsschuldner allerdings verpflichtet, den Wert des in der Kapitalnutzung liegenden Gebrauchsvorteils zu vergüten.<sup>551</sup> Diesen Wert erblickt *Canaris* im Zinssatz für einen Kontokorrentkredit oder für eine geduldete Überziehung.<sup>552</sup>

Dies würde auf eine Übervorteilung des Bereicherungsschuldners hinauslaufen. Der Bereicherungsschuldner hat mit dem Bereicherungsgläubiger gerade keinen Kontokorrentkredit vereinbart. Er genießt daher auch nicht die Vorteile, die eine solche Vereinbarung mit sich bringt, wie beispielsweise eine zeitlich grundsätzlich unbefristete Kreditlinie. Hinzu kommt, dass Kreditinstitute sogenanntes *cross-selling* betreiben. Eine verbreitete Strategie besteht darin, Kunden mit nicht kostendeckenden Kontoführungsgebühren zu locken, die mit hohen Zinssätzen für Kontokorrentkredite kompensiert werden. Offensichtlich kommt nicht jeder Bereicherungsschuldner in den Genuss eines solchen Leistungsbündels. Der Zinssatz für Kontokorrent- oder gar Überziehungskredite ist daher von vornherein kein geeigneter Maßstab für die Bewertung der Gebrauchsvorteile von Geld. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass *Canaris* dem Bereicherungsschuldner gestatten will, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen, wenn er bei der Nutzung des Geldes einen niedrigeren Ertrag erwirtschaftet oder er eine günstigere Finanzierungsmöglichkeit nachweist.<sup>553</sup> Eine von vornherein unzutreffende Berechnung der Bereicherung kann nicht auf der Ebene der Entreicherung geheilt werden.<sup>554</sup>

### c) Vermietung fremder Immobilien

Überproportional viel Aufmerksamkeit wurde und wird in der Literatur der Frage zuteil, wem das vom Nichtberechtigten bei der Vermietung einer Immobilie erzielte Residuum im Rahmen des Nutzungsausgleichs zuzuordnen ist.

Die praktische Relevanz des Problems ist gering. Für Standardimmobilien besteht in Deutschland ein liquider Mietmarkt. Dies gilt neben Wohnungen auch für Immobilien, die für typische gewerbliche Nutzungen bestimmt sind, wie insbesondere Büro- und Einzelhandelsflächen. Der für derartige Standardimmobilien erzielbare Mietzins hängt primär von Faktoren ab, die der Nichtberechtigte nicht beeinflussen kann. Zu nennen sind in erster Linie die Lage und der bauliche Zustand der Immobilie. Der vermietende Nichtberechtigte kann den Mietzins daher in aller Regel nicht entscheidend über das Marktniveau hinaus steigern. Insbeson-

<sup>551</sup> Ibid., S. 272.

<sup>552</sup> Ibid., S. 275. Ähnlich *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsanspruches gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 156 f.

<sup>553</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 275.

<sup>554</sup> Siehe dazu schon supra 2. Teil:B.I.2.c)cc), S. 305.

dere ist der aufgrund des „Verhandlungsgeschicks“ des Nichtberechtigten erhöhte Mietzins ein wohl eher akademisches Problem.<sup>555</sup>

Im Ergebnis stellt sich die Vermietung von Standardimmobilien als eine Fallgruppe dar, bei der die Bewältigung der Residuumsproblematik mittels des Fruchtbegriffs des § 99 BGB zu sachgerechten Ergebnissen führt. Da der erzielte Mietzins in der Regel tatsächlich das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes ist, ist es nicht zu beanstanden, dass der Nichtberechtigte ihn *de lege lata* im Rahmen des Nutzungsausgleichs als mittelbare Sachfrucht, § 99 Abs. 3 BGB, an den Berechtigten auskehren muss und im Gegenzug lediglich den ihm entstandenen Aufwand gemäß § 102 BGB liquidieren kann.<sup>556</sup> Häufig entsteht bei der Vermietung von Standardimmobilien von vornherein kein Residuum, weil der Nichtberechtigte die Immobilie auf der gleichen Marktstufe hätte anmieten müssen und daher der von ihm ersparte Aufwand dem erzielten Mietzins entspricht. Selbst wenn ein Residuum vorhanden ist, gebührt es dem Berechtigten.

Daher ist es nur schwer nachvollziehbar, warum im Schrifttum ausgerechnet für den für die Vermietung von Immobilien geschuldeten Nutzungsausgleich mit Vehemenz eine Korrektur der Ergebnisse gefordert wird, die sich bei einer wortlautgetreuen Anwendung der *lex lata* ergeben. So soll beispielsweise laut *Rainer Jagmann* und *Birke Hagmann* für die Zuordnung des vom Nichtberechtigten vereinnahmten Mietzinses das Kriterium der „mitgeleisteten Nutzungen“ maßgeblich sein.<sup>557</sup> Es käme danach darauf an, ob der Nichtberechtigte den fraglichen Mietvertrag selbst abgeschlossen hat oder ob er das Grundstück bereits im vermieteten Zustand erhalten hat.<sup>558</sup> Nur wenn letzteres der Fall sei, sei der Mietzins „mitgeleistet“ worden und müsse daher vom Nichtberechtigten an den Berechtigten ausgekehrt werden. Hat der Nichtberechtigte hingegen selbst vermietet, kann er zwar den konkret vereinnahmten Mietzins behalten, schuldet aber im Gegenzug den objektiven Gebrauchswert der Immobilie, der dem üblichen Miet- oder

---

<sup>555</sup> So bspw. auch BGH, 12.8.2009, XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 (1523 f.); *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 100.

<sup>556</sup> Siehe bspw. BGH, 12.8.2009, XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 (1523): „Zu diesen Nutzungen gehören gem. §§ 100, 99 III BGB u. a. die mittelbaren Sachfrüchte, das heißt die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das sind hier die Untermietzinsen, die der Bekl. durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume tatsächlich erzielt hat [...]. Entgegen der Ansicht der Revision sind die herauszugebenden Nutzungen der Höhe nach nicht auf den objektiven Mietwert beschränkt. Dieser ist regelmäßig dann Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen worden sind [...]. Demgegenüber bemisst sich der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten, wie hier der Untermietzinsen und der Entschädigung, gezogen worden sind. Dann sind diese als Ertrag der Nutzung der Mieträume nach §§ 987 I, 100, 99 III BGB vollständig abzuführen [...]. Der Herausgabeanspruch umfasst somit auch den über den objektiven Mietwert hinaus von dem Bekl. erzielten höheren Untermietzins [...].“

<sup>557</sup> *Supra* 2. Teil:B.II.2.a)cc(1), S. 320 ff.

<sup>558</sup> *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 154.

Pachtzins entsprechen soll.<sup>559</sup> *Claus-Wilhelm Canaris* gelangt mit einer anderen Begründung zum gleichen Ergebnis.<sup>560</sup> Auf konzeptioneller Ebene ist zu kritisieren, dass damit dem Abschluss des Mietvertrags eindeutig zu viel Gewicht beigegeben wird. Soll etwa im Fall einer Eigentumswohnung in einer begehrten Innenstadtlage die bloße Zufälligkeit eines Mieterwechsels, der den Nichtberechtigten in der Regel nicht mehr Mühe kostet als ein Anruf bei einem Makler, tatsächlich für die Durchführung des Nutzungsausgleichs relevant sein? Praktisch wird die Umstellung der Nutzungsausgleichspflicht vom erzielten auf den ersparten Mietzins zumindest bei Standardimmobilien häufig auf ein Nullsummenspiel hinauslaufen.<sup>561</sup>

Der Kritik im Schrifttum ist zuzugeben, dass die *lex lata* bei der Vermietung von Immobilien dann an ihre Grenzen stößt, wenn die Prämisse, dass der konkret erzielte Mietertrag von der Person des Nutzenden unabhängig ist, nicht zutrifft.<sup>562</sup> So ist es beispielsweise bei Spezialimmobilien durchaus denkbar, dass der Nichtberechtigte die Höhe des erzielten Mietzins beeinflussen kann. Wenn man jedoch die relative Häufigkeit abwägt, mit der eine Lösung der Vermietungsfälle auf der Grundlage des Fruchtbegriffs des § 99 BGB zu überzeugenderen Ergebnissen führt als das Kriterium des Abschlusses des Mietvertrages, so neigt sich die Waagschale eindeutig zugunsten der *lex lata*.

### III. Fazit zur Bestimmung des Wertes der Güternutzung

Für die Bestimmung des Wertes der Güternutzung zum Zwecke des Nutzungsausgleichs muss eine doppelte Regelungsaufgabe bewältigt werden: Es müssen erstens ein Maßstab zur Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung und zweitens Kriterien für die Zuordnung des im Fall einer produktiven Güternutzung entstehenden Residuums festgelegt werden.<sup>563</sup> Die *lex lata* hält für keinen dieser beiden Problemkreise eine befriedigende Lösung bereit.

Auf die Frage, wie der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zu ermitteln ist, gibt das BGB überhaupt keine Antwort. Der allein als dogmatischer Anknüpfungspunkt in Betracht kommende Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ist eine inhaltsleere Blankettnorm. Wissenschaft und Praxis ist es bislang nicht gelungen, diese Vorschrift mit einer befriedigenden Dogmatik zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung auszufül-

<sup>559</sup> Ibid., S. 154.

<sup>560</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271 f. Siehe dazu näher supra 2. Teil:B.II.2.a)cc(1), S. 320 ff.

<sup>561</sup> Siehe in diesem Sinne bspw. *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 100; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 155.

<sup>562</sup> *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 94 will zumindest einen Gegenbeweis zulassen.

<sup>563</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 ff.

len. In der Praxis werden Gebrauchsvorteile entweder anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts oder anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung des genutzten Gutes bewertet. Welcher dieser beiden Bewertungsmaßstäbe in einem konkreten Fall zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach einer unübersichtlichen Kasuistik. Durch den Rückgriff auf den Wertmaßstab des fiktiven Nutzungsentgelts wird den Parteien im wirtschaftlichen Ergebnis ein von ihnen nicht gewollter Nutzungsüberlassungsvertrag untergeschoben. Bei einer Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung wird der vom Nichtberechtigten geschuldete Nutzungsausgleich systematisch zu niedrig angesetzt, da die Kapitalkosten nicht berücksichtigt werden.

Für die Zurordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums kommt es *de lege lata* darauf an, ob sich der vom Nichtberechtigten erzielte Bruttoertrag unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB subsumieren lässt. Die optimistische Prognose der Motive, wonach der Fruchtbegriff eine „sichere und feste Grundlage“ für die zahlreichen Vorschriften bilden sollte, die auf ihn verweisen,<sup>564</sup> hat sich zumindest insofern nicht bewahrheitet. Denn § 99 BGB enthält keinerlei für die Bewältigung der Residuumsproblematik relevante Wertungen. Ausschlaggebend für die Zuordnung müsste sein, ob sich das Residuum primär als das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes oder des nutzenden Nichtberechtigten darstellt. Ob sich der von einem Nichtberechtigten bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielte Bruttoertrag unter § 99 BGB subsumieren lässt, sagt jedoch nichts über die für die Entstehung des Residuums ursächlichen Erfolgsbeiträge aus. Weder Rechtsprechung noch Wissenschaft ist es bislang gelungen, die in der *lex lata* angelegten konzeptionellen Schwächen zu überwinden. Die Rechtsprechung ist kasuistisch und auch im Hinblick auf die erzielten Ergebnisse vielfach problematisch. Nicht zu überzeugen vermag beispielsweise, dass die Rechtsprechung das vom Nichtberechtigten bei der Nutzung eines Unternehmens erzielte Residuum standardmäßig dem Berechtigten zuweisen will. Auch im Schrifttum ist bislang noch kein entscheidender Fortschritt erzielt worden. Die Residuumsproblematik harrt daher weiterhin einer befriedigenden Lösung.

---

<sup>564</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 37: „Um für die zahlreichen Vorschriften, welche den Fruchtbegriff zur Voraussetzung haben (§§ 491, 531 533, 535, 542, 543, 765, 855, 900, 988, 989, 1009, 1067 [1], 1154), eine sichere und feste Grundlage zu gewinnen, bedarf es eines Ausspruches im BGB. darüber, was unter Früchten zu verstehen ist, wenn das Gesetz von solchen redet. Der Entwurf bestimmt deshalb im § 792 den Begriff der Frucht nach dessen verschiedenen Richtungen, indem er davon ausgeht, daß diese Bestimmung nicht bloß für die Fälle, in welchen das Recht zur Beziehung der Früchte Anderen als demjenigen zusteht, dem der fruchthragende Gegenstand gehört, sondern auch für die Fälle maßgebend ist, in welchen die Früchte herauszugeben oder zu ersetzen sind. Der Begriff ist immer der nämliche, selbst wenn das Gesetz das Recht zum Bezuge oder die Pflicht zum Ersatze der Früchte einschränkt oder auf Gegenstände aus dient, welche nicht als Früchte angesehen werden können.“

## C. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich ist stets auf ein vom Nichtberechtigten genutztes Gut bezogen und setzt einen primären Anspruch auf Übertragung dieses Gutes voraus.<sup>1</sup> Aufgrund des engen Bezugs des Nutzungsausgleichs zum Anspruch auf das genutzte Gut muss bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs auch das Schicksal des genutzten Gutes berücksichtigt werden. Insofern stellt sich zunächst die Frage, ob es erforderlich ist, Nutzungsausgleich und Gefahrtragung für das genutzte Gut zu koordinieren (I.). Für den Fall, dass der Nichtberechtigte das genutzte Gut verwertet, besteht ein Bedürfnis, den Anspruch auf Nutzungsausgleich mit der für das genutzte Gut geschuldeten Ausgleichsleistung abzustimmen (II.). Schließlich muss die Rechtsordnung ab dem Zeitpunkt, ab dem es dem Nichtberechtigten nicht mehr möglich ist, das ursprünglich genutzte Gut auf den Berechtigten zu übertragen, neu über das Schicksal des zuvor bestehenden Anspruchs auf Nutzungsausgleich entscheiden (III.).

### I. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung

Gemäß der Parömie *cuius periculum eius commodum*<sup>2</sup> gehören Gefahr und Vorteil zusammen. Wer das Risiko einer negativen Entwicklung trägt, der soll im Gegenzug die Chance haben, von einer korrespondierenden positiven Entwicklung zu profitieren.<sup>3</sup> Welche Bedeutung der Grundsatz des Gleichlaufs von Chance und Risiko im heutigen Bürgerlichen Recht hat, wird nicht einheitlich beurteilt.<sup>4</sup> Fest

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:C.III, S. 115 ff.

<sup>2</sup> Diese Formulierung findet sich bspw. bei Soergel/Huber, 12. Aufl., § 446 BGB Rn. 65 (1991). Alternative Formulierungen lauten bspw. „*Commodum eius esse debet, cuius periculum est*“ (Harder, Festschrift Kaser, 1976, 351 ff.) oder „*cuius est periculum, eius est commodum*“ (Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 164). Obwohl typischerweise von der Gefahr auf den Vorteil geschlossen wird, ist die Parömie keine Einbahnstraße. Vielmehr wird auch ihre Umkehrung als sachgerecht angesehen. Siehe bspw. Motsch, JR 2002, 221 (225) („*Commodum eius esse debet, cuius periculum est* – und umgekehrt!“).

<sup>3</sup> Siehe dazu Mommsen, Erörterungen über die Regel: *Commodum ejus esse debet, cuius periculum est*, 1859.

<sup>4</sup> Siehe dazu die Habilitationsschrift von Florstedt, *Recht als Symmetrie*, 2015. Für Florstedt handelt es sich um einen „konsensualen und kohärentiellen Sollensbefehl“ mit „axiologischem

steht jedenfalls, dass er in einer Reihe von Vorschriften des BGB sichtbaren Niederschlag gefunden hat. Von besonderem Interesse für die Problematik des Nutzungsausgleichs ist § 446 BGB, der bei der Durchführung eines Kaufvertrags den Übergang der Preisgefahr für die Kaufsache mit der Berechtigung an den Nutzungen verknüpft.<sup>5</sup> Nachfolgend wird zunächst gezeigt, dass in dieser Vorschrift ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck kommt, wonach die Tragung der Zufallsgefahr und die Berechtigung an den Nutzungen grundsätzlich zusammengehören (1.). Anschließend werden die bestehenden Regelungen zum Nutzungsausgleich daraufhin untersucht, inwieweit sie diesem Prinzip Rechnung tragen (2.). Mit Zufallsgefahr ist jede Beeinträchtigung des Gutes gemeint, die der Nichtberechtigte nicht zu vertreten hat.<sup>6</sup>

### 1. Verknüpfung von Zufallsgefahr und Berechtigung an den Nutzungen als allgemeines Prinzip

Der Versuch, § 446 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips zu interpretieren, wonach derjenige, der die Gefahr des zufälligen Untergangs eines Gutes trägt, grundsätzlich auch in den Genuss ihrer Nutzungen kommen sollte, erscheint auf den ersten Blick wenig erfolgsversprechend. Dies gilt zumindest dann, wenn der erste Blick auf folgende Passage in den Motiven zum E I fällt. Dort heißt es zu § 463 E I, dem Vorläufer des § 446 BGB:<sup>7</sup>

„Der Entwurf erkennt mit der Vorschrift des § 463 überhaupt keineswegs das Prinzip, daß wer die Gefahr trage, stets auch Anspruch auf die Nutzungen habe, als ein allgemeines an.“<sup>8</sup>

Bei genauer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass die Motive damit einer grundsätzlichen Zusammengehörigkeit von Zufallsgefahr und Nutzungen keineswegs eine Absage erteilen wollten. § 446 BGB regelt die Zuordnung von Gefahr, Nutzungen und Lasten in einer Sondersituation, nämlich in der Phase des Übergangs eines Gutes von einem Rechtssubjekt auf ein anderes. Betrachtet man hingegen den Normalfall, nämlich die „ruhende“ Zuordnung des Gutes zu seinem Inhaber, so erkennt man, wie selbstverständlich Zufallsgefahr und Nutzungen zusammengehören. Ihre Verknüpfung ergibt sich schlicht daraus, dass sie Teil des Bündels aus Rechten und Pflichten sind, die ein „Gut“ ausmachen. Im Hinblick auf das Sacheigentum wird dies durch eine weitere Parömie auf den Punkt gebracht: *lucrum et*

Gehalt“ (S. 307f.). Skeptisch gegenüber der Bedeutung des Grundsatzes bspw. Schulz, AcP 105 (1909), 1 (43f.).

<sup>5</sup> § 446 BGB wird ganz überwiegend als Ausprägung von *cuius periculum eius commodum* verstanden. Siehe bspw. Soergel/Huber, 12. Aufl., § 446 BGB Rn. 65 (1991); Kniese, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993, S. 27 ff. So auch schon Schulz, AcP 105 (1909), 1 (43f.).

<sup>6</sup> Kohler, AcP 218 (2018), 67 (95).

<sup>7</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>8</sup> Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 180.



*casum sentit dominus*.<sup>9</sup> Im BGB hat dieser Grundsatz in § 903 S. 1 BGB Niederschlag gefunden. Da der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von einer Einwirkung ausschließen kann, ist ihm das durch die Sache vermittelte *lucrum* zugewiesen. Dass der Eigentümer auch den Schaden hat, wenn die Sache zufällig untergeht, ergibt sich schlicht daraus, dass das BGB ihm in diesem Fall keine Möglichkeit einräumt, sich bei einem anderen Rechtssubjekt schadlos zu halten.

Gäbe es § 446 BGB nicht, würde die Preisgefahr grundsätzlich erst dann auf den Käufer übergehen, wenn der Verkäufer ihm die Kaufsache übergibt und übereignet. Denn erst in diesem Zeitpunkt hat der Verkäufer das ihm gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB obliegende Pflichtenprogramm erfüllt. § 446 BGB weicht hiervon ab und lässt für den Gefahrübergang bereits die Übergabe genügen. Gleichzeitig verknüpft die Vorschrift den Gefahrübergang mit der Zuweisung der Nutzungen und Lasten. Allerdings ist die Vorschrift in jeglicher Hinsicht dispositiv. Die Parteien können sowohl den Zeitpunkt des Gefahrübergangs als auch den Zeitpunkt des Übergangs der Nutzungen und der Lasten abweichend regeln. Es steht ihnen auch frei, diese drei Elemente zu entkoppeln. Dies ist es, was die Passage in den Motiven zum Ausdruck bringen will. Es geht nur darum klarzustellen, dass Gefahr und Nutzungen nicht *zwingend* synchronisiert sein müssen.<sup>10</sup>

Speziell der durch § 446 S. 1, 2 BGB angeordnete Übergang sowohl der Preisgefahr als auch der Nutzungen im Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache erscheint bereits deshalb grundsätzlich als sinnvoll, weil die Übergabe für beide Gesichtspunkte aus unterschiedlichen Gründen eine sachgerechte Zäsur markiert. Im Hinblick auf die Gefahrtragung ist ein Abstellen auf die Übergabe zweckmäßig, weil die Kaufsache ab diesem Moment in die Sphäre des Käufers übergeht und er daher am besten in der Lage ist, die Gefahr zu steuern.<sup>11</sup> Was die Zuweisung der Nutzungen anbelangt, so wird durch den Übergang der Berechtigung im Zeitpunkt der Übergabe vermieden, dass entweder der Käufer oder der Verkäufer Nutzungen für fremde Rechnung ziehen muss. Die Berechtigung an den Nutzungen wird mit der faktischen Möglichkeit zur Nutzungsziehung synchronisiert. Hierdurch entfällt zum einen ein sich anderenfalls ergebendes Anreizproblem. Wenn entweder dem Käufer oder dem Verkäufer die jeweils gezogenen Nutzungen nicht verbleiben würden, hätten sie keinen Anreiz, die Kaufsache möglichst wirtschaftlich zu nutzen. Zum anderen wird durch den Gleichlauf von Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache und Nutzungsmöglichkeit auch der mit der sonst notwendigen Abrechnung der gezogenen Nutzungen verbundene Aufwand vermieden. Wie bereits bei der Diskussion des Fehlens einer Nutzungsausgleichspflicht im Rahmen der Vertragserfüllung dargelegt wurde,<sup>12</sup> standen derartige pragmatische Erwägungen für *Franz von Kübel* bei der Abgrenzung der Nutzungssphären der Parteien eines

<sup>9</sup> Siehe dazu bspw. *Florstedt*, *Recht als Symmetrie*, 2015, S. 68 ff.

<sup>10</sup> *Ibid.*, S. 250.

<sup>11</sup> Siehe *Caemmerer*, *Festschrift Larenz*, 1971, 631.

<sup>12</sup> *Supra* 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

Kaufvertrages ganz im Vordergrund. Er wäre daher auch bereit gewesen, den Gleichlauf von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache zu durchbrechen, um „chikanöse [sic!] Liquidationsprozesse zu vermeiden“<sup>13</sup>.

Dessen ungeachtet bewegt sich auch *von Kübel* im Hinblick auf die Zusammengehörigkeit von Zufallsgefahr und Berechtigung an den Nutzungen in einem gedanklichen Grundmuster von Regel und Ausnahme: Der Gleichlauf von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen ist die Regel; ihre Entkoppelung die begründungsdürftige Ausnahme. Dies ist heute die ganz herrschende Auffassung im Schrifttum.<sup>14</sup> Daraus folgt nicht, dass eine Entkoppelung von Zufallsgefahr und Nutzungen *per se* problematisch wäre. Vielmehr ist damit nur gesagt, dass die Verknüpfung von Gefahrtragung und Nutzungen bereits aus sich selbst heraus gerechtfertigt ist und somit keiner besonderen Begründung bedarf. Begründungsbedürftig ist hingegen eine Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen. Wenn beispielsweise der Dieb gemäß §§ 848, 287 S. 2 BGB für die zufällige Zerstörung der gestohlenen Sache haftet und gleichzeitig gemäß §§ 987, 990 BGB die Nutzungen herausgeben muss, so liegt die innere Rechtfertigung für die asymmetrische Zuordnung von Gefahr und Nutzungen in dem legitimen Anliegen, die Attraktivität von Diebstählen zu verringern.

## 2. Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich

Wenn ein natürlicher Zusammenhang zwischen Berechtigung an den Nutzungen und Tragung der Zufallsgefahr besteht, so sollte dieser auch im Rahmen des Nutzungsausgleichs Geltung entfalten. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Parömie *lucrum et casum sentit dominus* keine Geltung mehr beanspruchen sollte, nur weil sich ein Gut nicht beim Berechtigten, sondern in den Händen eines Nichtberechtigten befindet. Überprüft man die bestehenden Regelungen zum Nutzungsausgleich darauf, inwieweit sie diesem Grundsatz entsprechen, so zeigt sich ein gemischtes Bild. Außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge trägt ein Berechtigter, dem ein Anspruch auf Nutzungsausgleich zusteht, stets zugleich die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Gutes (a). Im Kontext der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge wird dieser Zusammenhang jedoch teilweise durchbrochen (b).

---

<sup>13</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (33).

<sup>14</sup> Siehe bspw. *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 264f.; *Florstedt*, Recht als Symmetrie, 2015, S. 249 m. w. N.

a) Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge

Hat der Berechtigte einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Nutzungsausgleich aus § 818 Abs. 1, 2 BGB, so ist er stets auch mit der Gefahr belastet, dass das ihm geschuldete Gut zufällig untergeht. Solange der Bereicherungsschuldner redlich und unverklagt ist, ergibt sich dies bereits aus § 818 Abs. 3 BGB. An der Tragung der Zufallsgefahr durch den Berechtigten ändert sich zumindest im Grundsatz auch dann nichts, wenn der Bereicherungsschuldner verschärft haftet. Denn § 818 Abs. 4 BGB verweist über § 292 BGB auf die §§ 987 ff. BGB. Gemäß den §§ 989, 990 BGB haftet selbst der bösgläubige oder verklagte Besitzer nur dann für eine Zerstörung oder Verschlechterung der Sache, wenn ihn ein Verschulden trifft. Nur wenn sich der Bereicherungsschuldner in Verzug befindet, geht die Gefahr auf ihn über, § 287 S. 2 BGB, obwohl er weiterhin gemäß den §§ 819, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 987 BGB verpflichtet ist, gezogene sowie entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen auszugleichen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Nutzungsausgleichspflicht des Erbschaftsbesitzers. Für den redlichen unverklagten Erbschaftsbesitzer verweist § 2021 BGB auf § 818 BGB. Ab Rechtshängigkeit bzw. Bösgläubigkeit kommen gemäß den §§ 2023, 2024 BGB wiederum die §§ 987 ff. BGB zur Anwendung. Auch im Fall des Anspruchs des Vermächtnisnehmers auf Herausgabe der Früchte aus § 2184 BGB trägt dieser die Gefahr des zufälligen Untergangs. Da § 2184 BGB nur bei einem Stückvermächtnis einschlägig ist, erlischt der Vermächtnisanspruch aus § 2174 BGB gemäß § 275 Abs. 1 BGB, wenn der vermachte Gegenstand zufällig untergeht.

Der einzige Fall, in dem der Gleichlauf von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen durchbrochen wird, ohne dass die Rückabwicklung eines Vertrags in Rede steht, findet sich in den §§ 987 ff. BGB. Der redliche unverklagte Besitzer haftet danach, abgesehen von Übermaßfrüchten, nicht auf Nutzungsausgleich. Dies gilt selbst dann, wenn die Sache sich verschlechtert oder untergeht. Hier gilt also *casum sentit dominus, lucrum sentit possessor*. Dass die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers wertungsmäßig problematisch ist, wurde bereits dargelegt.<sup>15</sup> Zumindest für den Fall, dass der Besitzer die Sache vom Eigentümer erlangt hat, stellt die herrschende Meinung den Gleichlauf von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen entgegen dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB her, indem sie einen rechtsgrundlosen Erwerb mit einem unentgeltlichen Erwerb i. S. v. § 988 BGB gleichsetzt bzw. die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 BGB durchbricht.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Supra 2. Teil:A.I.1, S. 138 ff.

<sup>16</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)bb), S. 170 ff.

*b) Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge*

Für die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge hält das BGB mit den §§ 346 ff. BGB und den §§ 812 ff. BGB zwei unterschiedliche Rechtsinstitute parat. Im Schrifttum ist die Auffassung weit verbreitet, dass Rücktrittsfolgenrecht und Bereicherungsfolgenrecht im Hinblick auf die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge funktional äquivalent sind.<sup>17</sup> Die zu bewältigende Regelungsaufgabe in Gestalt der Rückgängigmachung des vollzogenen Leistungsaustauschs ist unabhängig davon gleichgelagert, ob sich die Notwendigkeit zur Rückabwicklung des Vertrages aus einem wirksam erklärten Rücktritt oder daraus ergibt, dass der Vertrag unwirksam ist. Dementsprechend wird nicht selten die Forderung nach einem *einheitlichen* vertraglichen Rückabwicklungsregime erhoben.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zum Ziel einer Angleichung von Rücktrittsfolgenrecht und Bereicherungsrecht bekannt.<sup>19</sup> Auch die Problematik des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ist rechtsinstitutsübergreifend gleichgelagert.<sup>20</sup>

Die Diskussion um die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge wird seit jeher von der Problematik der Risikoallokation bezüglich der ausgetauschten Leistungen dominiert.<sup>21</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung kann es nicht darum gehen, diesen komplexen Problemkreis in allen Dimensionen auszuleuchten. Die Frage der Gefahrtragung bei der Rückabwicklung beidseitig erfüllter gegenseitiger Verträge ist seit mehr als 2000 Jahren umstritten<sup>22</sup> und wurde allein in der deutschsprachigen Literatur unzählige Male aufgearbeitet.<sup>23</sup> Wenn es überhaupt möglich ist, ein Fazit dieser Debatte zu ziehen, so kann es nur lauten, dass es eine „apriorisch ‚richtige‘ Lösung“<sup>24</sup> für das Problem der Gefahrtragung bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrags schlicht nicht gibt.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> Siehe bspw. *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 625; *Flessner*, NJW 1972, 1777 (1780); *Medicus*, JuS 1990, 689 ff.; *Büdenbender*, JuS 1998, 38 (41 f.); *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (622); *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 167 (173 f.).

<sup>18</sup> Siehe bspw. *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 625; *Flessner*, NJW 1972, 1777 (1780) (Übertragung der Wertungen der Wandlung auf das Bereicherungsrecht); *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (622); *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 167 (173 f.). Kritisch *Büdenbender*, JuS 1998, 38 (41 f.).

<sup>19</sup> BT-Drs. 14/6040, 194: „Für die Regelung des Entwurfs spricht weiter der Gedanke, dass für die Rückabwicklung nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht, soweit möglich, gleiche Prinzipien gelten sollten.“ Nichtsdestotrotz bestehen auch nach der Schuldrechtsmodernisierung nach wie vor zahlreiche Unterschiede zwischen Rücktrittsfolgenrecht und Bereicherungsrecht.

<sup>20</sup> Siehe bspw. *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (343 ff.) (bezogen auf Rücktrittsfolgen und Bereicherungsfolgenrecht).

<sup>21</sup> Siehe *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 ff.; *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971.

<sup>22</sup> Siehe *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (621).

<sup>23</sup> Siehe dazu und für einen umfassenden Überblick über den Diskussionsstand bspw. die Arbeit von *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004.

<sup>24</sup> *Flume*, NJW 1970, 1161 (1165).

<sup>25</sup> Siehe *ibid.*, S. 1165; *Flessner*, NJW 1972, 1777 (1780); *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (621).

Das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung beschränkt sich vielmehr spezifisch auf den Zusammenhang zwischen der Gefahrtragung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge und der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs. Insofern ist zunächst zu konstatieren, dass sowohl Rückgewährschuldner als auch Bereicherungsschuldner *stets* zum Nutzungsausgleich verpflichtet sind.<sup>26</sup> Um einen Gleichlauf zwischen Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen zu wahren, müssten daher Rückgewähr- und Bereicherungsgläubiger ebenfalls stets mit dem Risiko des zufälligen Untergangs der ihnen zurückzugewährenden Leistung belastet sein. Dies ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr wird die Gefahr des zufälligen Untergangs sowohl im Rückgewährfolgenrecht (aa) als auch im Bereicherungsrecht (bb) unter bestimmten, jeweils unterschiedlichen, Voraussetzungen dem Rückgewähr- bzw. Bereicherungsschuldner zugewiesen.

#### *aa) Gefahrtragung bei der Rückabwicklung nach Rücktrittsfolgenrecht*

Die sich aus den §§ 346 ff. BGB ergebende Risikoallokation bezüglich der ausgetauschten Leistungen ist seit Inkrafttreten des BGB einer der großen Streitpunkte der Zivilrechtsdogmatik. Für die Rechtslage bis zur Schuldrechtsmodernisierung (1) bestand im Schrifttum wohl nur in einem Punkt vollständige Einigkeit: Die §§ 346 ff. BGB a.F. wurden als missglückt angesehen.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund war es eines der erklärten Ziele der Schuldrechtsmodernisierung, die „unangemessenen“ Gefahrtragungsregeln des alten Rechts durch eine sachgerechte Neuregelung zu ersetzen (2).<sup>28</sup>

#### (1) Gefahrtragung und Nutzungsausgleich im Rücktrittsfolgenrecht vor der Schuldrechtsmodernisierung

Gemäß § 347 S. 2 BGB a.F. i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB war der Rückgewährschuldner im Falle der Ausübung eines vertraglich begründeten Rücktrittsrechts verpflichtet, die aus der empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen an den Rückgewährgläubiger herauszugeben bzw. ihren Wert zu ersetzen. Gleiches galt gemäß § 327 S. 1 BGB a.F. für den Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts. Große Teile der Literatur bemühten sich zwar, den Rücktrittsberechtigten „nur“ nach Bereicherungsrecht haften zu lassen, indem sie die „in ihrer Reichweite dunkle Verweisung“<sup>29</sup> in § 327 S. 2 BGB extensiv auslegten.<sup>30</sup> An der grundsätzlichen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich änderte sich dadurch jedoch nichts.

<sup>26</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a), S. 42 ff. sowie 1. Teil:B.II.2.c), S. 61 ff.

<sup>27</sup> Siehe *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 625; *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591.

<sup>28</sup> Siehe nur BT-Drs. 14/6040, 194: „Die sich bisher aus § 347 ergebende Gefahrtragungsregel überzeugt nicht. Das Zurückspringen der Gefahr hinsichtlich einer zurückzugewährenden Sache ist schon beim vertraglichen Rücktrittsrecht problematisch. Offensichtlich unangemessen ist es beim gesetzlichen Rücktrittsrecht.“

<sup>29</sup> *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (595 f.).

<sup>30</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42 f.

Betrachtet man den typischen Fall eines nach Rücktrittsfolgenrecht rückabzuwickelnden Kaufvertrages,<sup>31</sup> so bewirkte die Nutzungsausgleichspflicht des Rückgewährschuldners, dass mit dem Rücktritt die sich aus § 446 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. ergebende Zuweisung der Nutzungen zum Käufer rückwirkend entfiel. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sprang korrespondierend auch die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache mit zeitlicher Rückwirkung auf den Verkäufer zurück.<sup>32</sup> § 350 BGB a.F.<sup>33</sup> bestimmte, dass der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen wurde, dass der Gegenstand, den der Berechtigte empfangen hatte, durch Unfall untergegangen war. War der Käufer zur Rückgabe der Kaufsache nicht in der Lage, haftete er gemäß § 347 S. 1 BGB a.F. i.V.m. § 989 BGB dem Verkäufer nur dann auf Schadensersatz, wenn ihm ein Verschulden zur Last fiel. Sofern im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts § 327 S. 2 BGB a.F. einschlägig war, war der Rückgewährschuldner wegen § 818 Abs. 3 BGB im Falle eines zufälligen Untergangs der Kaufsache ebenfalls nicht zum Wertersatz verpflichtet. Im Hinblick auf die Kaufsache war der Gleichlauf von Berechtigung an den Nutzungen und Tragung der Zufallsgefahr daher nach dem Wortlaut des Gesetzes gewahrt.<sup>34</sup>

Indem das BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache nach Rücktritt oder Wandlung dem Verkäufer zuwies, folgte es dem gemeinen Recht. Gemeinrechtlich galt für die Wandlung „*mortuus redhibetur*“.<sup>35</sup> Unter den im Reich geltenden Rechtsordnungen war diese überkommene Gefahrtragungsregel allerdings nicht vorherrschend. Gemäß ALR I 5 §§ 327<sup>36</sup>, 328<sup>37</sup> konnte der Käufer einen Kaufvertrag nur wandeln, wenn er in der Lage war, die Kaufsache zurückzugeben.<sup>38</sup> Auch der Code civil weist seit jeher in Art. 1647<sup>39</sup> die Gefahr des zufälligen Untergangs der mangelhaften Kaufsache nach Übergabe dem Käufer

<sup>31</sup> Gemäß § 467 S. 1 BGB kam das Rücktrittsfolgenrecht auch im Falle einer Wandlung eines Kaufvertrages wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache zur Anwendung.

<sup>32</sup> *Büdenbender*, JuS 1998, 325 (326); *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (595).

<sup>33</sup> § 350 BGB a.F.: „Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Unfall untergegangen ist.“

<sup>34</sup> Weniger günstig war die Rechtslage für den Verkäufer. Für ihn galt grundsätzlich – sofern er nicht gemäß § 327 S. 2 BGB a.F. bereicherungsrechtlich haftete (siehe dazu supra 1. Teil:B. II.2.a)aa)(1), S. 42 f.) und sich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen konnte – auch dann, wenn er den Kaufpreis etwa bei einer fehlgeschlagenen Investition verloren hatte, „Geld hat man zu haben.“ Siehe zu diesem Grundsatz bspw. BGH, 25.3.1982, VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293 (300f.); MüKo/*Grundmann*, § 276 BGB Rn. 180.

<sup>35</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 487; *Dernburg*, Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, S. 280.

<sup>36</sup> ALR I 5 § 327: „Er muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben.“

<sup>37</sup> ALR I 5 § 328: „Kann oder will er dieses nicht, so hat es bey dem Contract sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist.“

<sup>38</sup> Siehe dazu *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 621 m. w. N.

<sup>39</sup> Art. 1647 Code civil: „Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagemens expliqués dans les deux articles précédens.“

Mais la perte arrivé par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.“

zu. Die von den Verfassern des BGB verwirklichte Risikoallokation war somit keineswegs alternativlos.

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum hielt das „Rückspringen“ der Zufallsgefahr bei Rücktritt und Wandlung eines Kaufvertrages für verfehlt.<sup>40</sup> Auf dem Boden dieser allgemeinen Unzufriedenheit wuchs im Laufe der Jahrzehnte – in den Worten *Ernst von Caemmerers* – „ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen“<sup>41</sup>empor.<sup>42</sup>

Die Frage der Zuweisung der Nutzungen wurde bei den zahlreichen im Schrifttum entwickelten Konzepten<sup>43</sup> zur Einschränkung von *mortuus redhibetur* in aller Regel ausgeblendet. Soweit ersichtlich, hat sich im Schrifttum niemand dafür ausgesprochen, nicht nur ein Rückspringen der Zufallsgefahr entgegen § 446 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. auf den Verkäufer zu verhindern, sondern dem Käufer zusätzlich zur Gefahr auch die Nutzungen der Kaufsache zu belassen. Eine der wenigen Stellungnahmen im Schrifttum, die sich überhaupt mit dem Zusammenhang von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen im Rücktrittsfolgenrecht befassen, stammt von *Dagmar Kaiser*. Sie leitete aus der Zusammengehörigkeit von Nutzungen und Gefahr in Verbindung mit der Berechtigung des Rückgewährgläubigers an den Nutzungen<sup>44</sup> ab, dass die sich nach dem Gesetzeswortlaut ergebende Gefahrverteilung sachgerecht sei.<sup>45</sup> Dementsprechend sprach sich *Kaiser* gegen Versuche im Schrifttum aus, den Geltungsbereich von *mortuus redhibetur* zurückzudrängen.<sup>46</sup>

## (2) Gefahrtragung und Nutzungsausgleich im Rücktrittsfolgenrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde das Rücktrittsfolgenrecht sowohl für den Fall eines vertraglichen als auch für den Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts in den §§ 346 ff. BGB im Grundsatz einheitlich geregelt. Dessen ungeachtet bestehen unter anderem in der Frage der Gefahrtragung substantielle Unterschiede zwischen den beiden Rücktrittskategorien fort.

<sup>40</sup> Siehe bspw. *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (595 f.) sowie *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 631. Für die Gegenauffassung, nach der die Wertung des § 350 a. F. sachgerecht bzw. zumindest vertretbar war, siehe bspw. *Flume*, NJW 1970, 1161 (1165); *ders.*, AcP 194 (1994), 427 (445); *Flessner*, NJW 1972, 1777 (1780).

<sup>41</sup> *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 625.

<sup>42</sup> Siehe *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (595 f.): „Alle diese Bemühungen zusammengekommen ergaben das bei *von Caemmerer* beklagte ‚Dickicht‘.“

<sup>43</sup> Für einen umfassenden Überblick über den Meinungsstand vor der Schuldrechtsmodernisierung siehe *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 243 ff.; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 123 ff.

<sup>44</sup> § 347 S. 2 BGB a. F. i. V. m. § 987 BGB.

<sup>45</sup> *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 264 f.

<sup>46</sup> *Ibid.*, S. 264.

Im Ausgangspunkt ist der Rückgewährschuldner gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB stets zum Wertersatz verpflichtet, wenn sich der empfangene Gegenstand verschlechtert hat oder untergegangen ist. Unabhängig von der Art des Rücktrittsgrundes entfällt die Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB, falls der Rückgewährgläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat. Das Erfordernis des „Vertretenmüssens“ im Sinne dieser Vorschrift bezieht sich nach ganz überwiegender Auffassung nicht auf den Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB.<sup>47</sup> Es soll vielmehr ausreichen, dass die Ursache für die Verschlechterung oder den Untergang des Leistungsgegenstandes aus der Sphäre des Rückgewährgläubigers stammt.<sup>48</sup> Paradigmatisches Beispiel ist der Sachmangel, der zu einem Untergang der Kaufsache führt.<sup>49</sup> Von der Wertersatzpflicht entlastet wird der Käufer zudem gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB für den praktisch seltenen Fall, dass der Schaden beim Rückgewährgläubiger gleichfalls eingetreten wäre.<sup>50</sup> Hierbei handelt es sich nur um einen kleinen Ausschnitt der von § 350 BGB a.F. erfassten zufälligen Ereignisse.<sup>51</sup> Fehlendes Verschulden des Rückgewährschuldners genügt nicht. Es muss vielmehr möglich sein, den Leistungsaustausch hinwegzudenken, ohne dass die Verschlechterung oder der Untergang der zurückzugewährenden Leistung entfiel. Dies träfe beispielsweise auf ein Gebäude zu, das infolge eines Blitzschlags abbrennt.<sup>52</sup>

Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts entfällt die Wertersatzpflicht des Rückgewährschuldners für die empfangene Leistung gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB zudem immer dann, wenn der Leistungsgegenstand beim Rücktrittsberechtigten untergegangen ist, obwohl dieser „diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“ Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts gilt somit für den Rücktrittsberechtigten weiterhin *mortuus redhibetur*, während der Rücktrittsgegner die Gefahr des zufälligen Untergangs der empfangenen Leistung auch nach einem Rücktritt weiterhin trägt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll das Rückspringen der Gefahr zum Verkäufer im Fall des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB deshalb sachgerecht sein, weil der Verkäufer seine Pflichten nicht vollständig erfüllt habe und daher nicht auf die Endgültigkeit des Gefahrübergangs vertrauen dürfe.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 192 (November 2011); BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 590 (15.7.2018), jeweils m. w. N.

<sup>48</sup> Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 192 (November 2011); BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 591 (15.7.2018), jeweils m. w. N.

<sup>49</sup> Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 192 (November 2011); BeckOGK/Schall, § 346 BGB Rn. 592 (15.7.2018), jeweils m. w. N.

<sup>50</sup> Siehe hierzu Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 229f.

<sup>51</sup> Ibid., S. 229.

<sup>52</sup> Vgl. Schwab, JuS 2002, 630 (634). Demgegenüber nützt es dem Käufer eines Pkw, der sich ein vertragliches Rücktrittsrecht ausbedungen hat, nichts, wenn der Pkw durch Hagelschlag schwer beschädigt wird, es sei denn, an dem Ort, an dem der Verkäufer den Pkw für gewöhnlich abzustellen pflegte, hat dasselbe Unwetter zu einem ähnlich starken Hagelschlag geführt.

<sup>53</sup> BT-Drs. 14/6040, 196.



Das Echo des Schrifttums auf § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ist geteilt ausgefallen. Zahlreiche Autoren folgen der Gesetzesbegründung und erachten die objektive Pflichtverletzung des Rückgewährgläubigers als ausreichenden Grund für die Privilegierung des Rückgewährschuldners.<sup>54</sup> Den Befürwortern des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB steht allerdings eine beeindruckende Phalanx an Kritikern gegenüber, denen die Privilegierung des Rücktrittsberechtigten zu weit geht.<sup>55</sup> Teile des Schrifttums wollen es nicht bei rechtspolitischer Kritik belassen, sondern den Anwendungsbereich des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB bereits *de lege lata* einschränken. Gänzlich ignorieren lässt sich die Vorschrift angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts und der Gesetzesbegründung zwar nicht. Zumindest einige Ecken und Kanten sollen sich jedoch im Wege der teleologischen Reduktion abschleifen lassen. So soll beispielsweise die Privilegierung dann nicht uneingeschränkt zur Anwendung kommen, wenn einem gesetzlichen Rücktrittsrecht noch nicht einmal eine objektive Pflichtverletzung zugrunde liegt, wie etwa im Fall des § 313 BGB.<sup>56</sup> Prominent wird zudem gefordert, die Privilegierung in *zeitlicher* Hinsicht zu beschränken und nur solange anzuwenden, bis der Rücktrittsrechte von der Existenz seines Rücktrittsrechts Kenntnis erlangt bzw. – nach einer noch restriktiveren Ansicht – hätte erlangen müssen.<sup>57</sup> Auseinander gehen die Auffassungen zudem in der Frage, wie stark § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB eingeschränkt werden soll. Während einigen Autoren lediglich die Privilegierung für eigenüblich sorgfaltswidriges Verhalten ein Dorn im Auge ist,<sup>58</sup> wollen andere das Rückspringen der Gefahr *per se* verhindern.<sup>59</sup>

Wie dieser nur cursorische Überblick über den sich seit der Schuldrechtsmodernisierung entfaltenden Meinungsstreit zeigt, ist es dem Reformgesetzgeber nicht gelungen, die Kontroverse um die Gefahrtragung im Rücktrittsfolgenrecht zu be-

<sup>54</sup> Siehe bspw. *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 243 ff.; BeckOGK/*Schall*, § 346 BGB Rn. 607 ff. (15.7.2018).

<sup>55</sup> Siehe bspw. *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 560 f.; *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (606 ff.); *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 203 (November 2011); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 54. Für einen Überblick über die vertretenen Auffassungen siehe *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 240 ff. Bereits die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, für das gesetzliche Rücktrittsrecht partiell an *mortuus redhibetur* festzuhalten, wird als rechtspolitisch fragwürdig kritisiert. Für noch mehr Befremden sorgt allerdings, dass der Rückgewährschuldner auch dann nicht haften muss, wenn er den Untergang oder die Verschlechterung der empfangenen Leistung verschuldet hat, solange er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt und zumindest die Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. So hat bspw. *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (609) konstatiert, dass es „in der Sache nicht zu verstehen [sei], warum der Verkäufer das Risiko dafür tragen soll, daß sich der Käufer stets und überall unsorgfältig zu verhalten pflegt.“

<sup>56</sup> *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 54; *Ermann/Röthel*, § 346 BGB Rn. 27; *Palandt/Grüneberg*, § 346 BGB Rn. 13.

<sup>57</sup> *Schwab*, JuS 2002, 630 (635 f.); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 57.

<sup>58</sup> Siehe bspw. *Lorenz*, NJW 2005, 1889 (1893).

<sup>59</sup> Siehe bspw. *Schwab*, JuS 2002, 630 (635 f.); *MüKo/Gaier*, § 346 BGB Rn. 54 ff.

frieden. Zwar wurde das von *von Caemmerer* beklagte „Dickicht von Streitfragen und Thesen“ zum alten Recht gelichtet. Allerdings wurde es, um im Bild zu bleiben, nicht durch einen wohlgeordneten französischen Garten ersetzt. Vielmehr hat der Gesetzgeber eine konzeptionelle Brache hinterlassen, auf der nach der Beseitigung des alten Gestrüpps ein neues Dickicht an Meinungsstreitigkeiten ungehindert emporwuchern kann.<sup>60</sup>

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist als Fazit festzuhalten, dass es seit der Schuldrechtsmodernisierung für das *vertragliche* Rücktrittsrecht grundsätzlich bei der sich aus § 446 S. 1 BGB ergebenden Risikoverteilung bleibt. Der Käufer trägt ab Übergabe die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache.<sup>61</sup> Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts bleibt es für den Rücktritts**berechtigten** demgegenüber aufgrund der Privilegierung in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB grundsätzlich bei *mortuus redhibetur*. Nur der Rücktrittsgegner ist auch im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts zum Wertersatz verpflichtet, wenn die empfangene Leistung in seiner Obhut ohne sein Verschulden untergeht oder sich verschlechtert. In keinem Fall wirkt sich die Frage, welche der Parteien die Zufallsgefahr zu tragen hat, auf die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus. Der Rückgewährschuldner bleibt vielmehr auch dann zum Nutzungsausgleich verpflichtet, wenn er die Gefahr des zufälligen Untergangs der empfangenen Leistung trägt. Das Bündel von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache, das im Falle eines Kaufvertrags gemäß § 446 S. 2 BGB zunächst vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen war, wird nachträglich mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache auseinandergerissen: Die Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache springt auf den Verkäufer zurück. Die Gefahr bezüglich der Kaufsache bleibt beim Käufer.

Wie bereits dargelegt, ist eine Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen unproblematisch möglich, wenn sie einem nachvollziehbaren Zweck dient. Einen solchen Zweck hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Rücktrittsfolgenrechts jedenfalls nicht bewusst verfolgt. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde vielmehr unkritisch an der Fehlvorstellung der Verfasser des BGB festgehalten, das Rücktrittsfolgenrecht könne beide Parteien insbesondere durch die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in den *status quo ante contractum* zurückversetzen.<sup>62</sup> Dem Zusammenhang von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache wurde im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine Beachtung geschenkt.

Der Frage, ob dessen ungeachtet ein sachlicher Grund für die Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen bei der Rückabwicklung ge-

<sup>60</sup> In diesem Sinne auch *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (623).

<sup>61</sup> Wird die Kaufsache zerstört, greift zwar keine Rücktrittssperre. Allerdings ist der Käufer gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 verpflichtet, Wertersatz zu leisten. Zu einem Rückspringen der Zufallsgefahr kommt es im Falle eines vertraglichen Rücktrittsrechts nur noch in der speziellen Konstellation der „hypothetischen Kausalität“ i. S. v. § 346 Abs. 3 Nr. 2 Alt. 2 BGB.

<sup>62</sup> *Supra* 2. Teil: A.II.1.a)bb)(3), S. 203 ff.

gegenseitiger Veräußerungsverträge besteht, wird im dritten Teil der Untersuchung nachgegangen.<sup>63</sup>

*bb) Gefahrtragung bei der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht*

Für die Rückabwicklung eines auf der Grundlage eines nichtigen gegenseitigen Veräußerungsvertrages vorgenommenen Leistungsaustauschs wurde von den Verfassern des BGB bei der Ausgestaltung des Bereicherungsrechts keine ausreichende Vorsorge getroffen.<sup>64</sup> Die sich nach den §§ 812 ff. BGB ergebende Risikoverteilung wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur als unangemessen angesehen.

Die Rechtsprechung modifiziert die Gefahrtragung mittels der Saldotheorie,<sup>65</sup> ohne daraus Konsequenzen für die Zuweisung der Nutzungen zu ziehen. In Fallkonstellationen, in denen die Saldotheorie anwendbar ist, trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache.<sup>66</sup> Dessen ungeachtet ist er verpflichtet, die aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen auszugleichen.<sup>67</sup> Hieran ändert sich selbst dann nichts, wenn sich die Zufallsgefahr realisiert. Wenn beispielsweise der Käufer die Kaufsache zunächst für einige Monate nutzt, bevor sie in seiner Obhut zufällig untergeht, so werden in die Saldierung neben dem Kaufpreis und dem Wert der Kaufsache grundsätzlich auch die von den Parteien aus den ausgetauschten Leistungen wechselseitig gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB einbezogen.<sup>68</sup>

Dem Umstand, dass die Anwendung der Saldotheorie bei gleichzeitigem Festhalten an der Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich zu einer Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache führt, schenkt die Rechtsprechung keine Beachtung. Auch im Schrifttum wird hierauf nur selten eingegangen. Dies gilt sowohl für die Auseinandersetzung mit der Saldotheorie als auch für die zahlreich entwickelten Alternativkonzepte zur Saldotheorie. Beispielsweise führt die von *Werner Flume* entwickelte und im Schrifttum sehr einflussreiche<sup>69</sup> „Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung“<sup>70</sup> zu einer noch umfassenderen Verlagerung der Zufallsgefahr auf den Be-

<sup>63</sup> Infra 3. Teil:D.I.2, S. 616 ff.

<sup>64</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c), S. 61 ff. sowie 2. Teil:A.II.2.b), S. 223 ff. Siehe auch *Caemmerer*, Festschrift Larenz, 1971, 625.

<sup>65</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(b), S. 63 f.

<sup>68</sup> Siehe bspw. BGH, 16.10.1963, VIII ZR 97/62, NJW 1964, 39; BGH, 14.7.1995, V ZR 45/94, NJW 1995, 2627 (2628); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 378.

<sup>69</sup> Siehe bspw. *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19: „Zu den umstrittensten Problemfeldern des deutschen Bereicherungsrechts gehört nach wie vor die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge. Als vorherrschendes Lösungsmodell ist wohl noch immer die *Saldotheorie* in ihrer Weiterbildung zur Lehre vom *faktischen* oder *fortwirkenden Synallagma* anzusehen. Die wichtigste Gegenposition bildet *Flumes* Theorie der *vermögensmäßigen Entscheidung*.“

<sup>70</sup> Siehe *Flume*, Festschrift Niedermeyer, 1953, 103 (152 ff.); *ders.*, NJW 1970, 1161 (1163 f.);

reicherungsschuldner als die Saldotheorie. Laut *Flume* muss der Bereicherungsschuldner, der „bewußt die vermögensmäßigen Risiken des Besitzes eines Gegenstandes für ein Vermögen auf sich nimmt, [...] es seiner Person zurechnen lassen, wenn sich die Risiken verwirklichen.“<sup>71</sup> Eine Konsequenz von *Flumes* Lehre besteht darin, dass auch dem arglistig getäuschten Käufer unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit abgeschnitten wird, sich im Fall des Untergangs der Kaufsache auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen.<sup>72</sup> Demgegenüber findet die Saldotheorie zu Lasten arglistig Getäuschter generell keine Anwendung.<sup>73</sup> An der sich aus § 818 Abs. 1 BGB ergebenden Verpflichtung des Käufers zum Nutzungsausgleich will *Flume* hingegen ohne Einschränkungen festhalten.<sup>74</sup>

Eine der wenigen Stellungnahmen im Schrifttum, die sich im Kontext der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ausdrücklich mit der Verknüpfung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich befassen, stammt von *Claus-Wilhelm Canaris*. *Canaris* entwickelte mit der sog. „Lehre von der Gegenleistungskondition“ ein eigenständiges Konzept, um den überschießenden Anwendungsbereich des § 818 Abs. 3 BGB für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge einzuschränken.<sup>75</sup> Ein zentraler Unterschied seiner Lehre sowohl zur Saldotheorie als auch zu *Flumes* Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung besteht darin, dass *Canaris* eine Haftung des Bereicherungsschuldners für den zufälligen Untergang der Leistung im Grundsatz ablehnt. Dies begründet er zum einen mit dem Bedürfnis, einen wertungsmäßigen Gleichlauf mit § 350 BGB a. F. zu gewährleisten.<sup>76</sup> Zum anderen argumentiert *Canaris* mit der „Zusammengehörigkeit von Vorteil und korrespondierendem Risiko“.<sup>77</sup> Er benutzt diesen Gesichtspunkt, um sich dezidiert gegen die Auffassung *Flumes* auszusprechen, wonach die Unwirksamkeit eines Vertrages die vermögensmäßige Entscheidung für das Halten eines Gegenstandes grundsätzlich nicht berühre. Aufgrund der Unwirksamkeit des Vertrages breche die von den Parteien vereinbarte Risikoverteilung vielmehr zusammen:

„Das zeigt sich vor allem daran, daß dem Bereicherungsschuldner die Vorteile des Vertrages nicht zugute kommen. So verliert er einen etwaigen Gewinn aus diesem, kann den Vertragsgegenstand – z. B. ein Grundstück, ein Kunstwerk usw. – nicht dauerhaft für die geplanten Zwecke einsetzen und muß nach § 818 I BGB die Nutzungen herausgeben.“<sup>78</sup>

---

*ders.*, AcP 194 (1994), 427 (439ff.); *ders.*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (119) und S. 126.

<sup>71</sup> *Flume*, NJW 1970, 1161 (1163).

<sup>72</sup> *Ibid.*, S. 1164. Uneindeutig *ders.*, AcP 194 (1994), 427 (443).

<sup>73</sup> Siehe dazu Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 41 (Juni 2007); BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 23 (1.5.2018), jeweils m. w. N.

<sup>74</sup> *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125).

<sup>75</sup> Siehe dazu schon supra 2. Teil:A.II.2.b)bb), S. 226 ff.

<sup>76</sup> *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (26f.).

<sup>77</sup> *Ibid.*, S. 28.

<sup>78</sup> *Ibid.*, S. 28 [Hervorhebung durch den Verfasser].

Da dem Bereicherungsschuldner die Vorteile, die er durch den Erhalt der Leistung genießen konnte, im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wieder entzogen würden, lasse sich die *de lege lata* inzident aus § 818 Abs. 3 BGB bzw. aus den §§ 818 Abs. 4, 819 i. V. m. § 989 BGB folgende Zuweisung der Zufallsgefahr an den Bereicherungsgläubiger „auf durchaus plausible Gerechtigkeitsgesichtspunkte stützen.“<sup>79</sup> Wie *Dagmar Kaiser* für das Rücktrittsfolgenrecht,<sup>80</sup> schließt *Canaris* somit von der *de lege lata* vorgegebenen Nutzungsausgleichspflicht auf die sachgerechte Zuordnung der Zufallsgefahr. Da dem Bereicherungsgläubiger gemäß § 818 Abs. 1 BGB die Nutzungen des Leistungsgegenstandes zustehen, muss er auch die Gefahr des zufälligen Untergangs tragen.

## II. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut

Neben der Ziehung von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB stehen dem Nichtberechtigten noch weitere Möglichkeiten offen, um ein fremdes Gut zu seinem Vorteil zu verwenden. Der Nichtberechtigte kann das Gut alternativ insbesondere verarbeiten, verbrauchen oder es schlicht veräußern. Infolge einer solchen auf die Substanz des Gutes bezogenen Verwertungshandlung erlischt in der Regel der primäre Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Gutes. Im Fall des Verbrauchs ist dem Nichtberechtigten die Übertragung des Gutes objektiv unmöglich.<sup>81</sup> Im Falle der Verarbeitung i. S. v. § 950 BGB wird der Nichtberechtigte Eigentümer der neuen Sache. Der Berechtigte ist gemäß § 951 BGB auf einen bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch verwiesen.<sup>82</sup> Sofern im Falle der Veräußerung des Gutes der ursprüngliche Primäranspruch überhaupt eine Wiederbeschaffungspflicht umfasst,<sup>83</sup> ist dem Nichtberechtigten die Übertragung des Gutes auf den Berechtigten jedenfalls dann subjektiv unmöglich,<sup>84</sup> wenn er dessen aktuellen Inhaber nicht ausfindig machen kann oder dieser nicht bereit oder in der Lage ist, das Gut zu verkaufen.<sup>85</sup> An die Stelle des Anspruchs auf Übertragung des Gutes tritt eine Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Wertersatz für das Gut.

<sup>79</sup> Ibid., S. 28.

<sup>80</sup> Supra 2. Teil:C.I.2.b)aa)(1), S. 378 ff.

<sup>81</sup> § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

<sup>82</sup> Gleiches gilt für die weiteren in den §§ 946 ff. BGB geregelten Fälle des Eigentumserwerbs.

<sup>83</sup> Bspw. ist umstritten, ob im Falle einer Veräußerung des gemäß § 346 Abs. 1 BGB grundsätzlich *in natura* zurückzugewährenden Leistungsgegenstandes eine Wiederbeschaffungspflicht besteht. Für einen Überblick über den Meinungsstand und für eine Erläuterung seiner ablehnenden Haltung siehe BeckOGK/*Schall*, § 346 BGB Rn. 334 ff. (15.7.2018). Für § 818 Abs. 1 BGB wird eine Wiederbeschaffungspflicht von der h.M. verneint, siehe BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 18 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>84</sup> § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

<sup>85</sup> Sofern er einen überzogenen Preis fordert, kann sich der Nichtberechtigte unter Umständen auf § 275 Abs. 2 BGB berufen.

Da die Ziehung von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB und sonstige Verwertungsformen im wirtschaftlichen Ergebnis vergleichbar sind und sich nur darin unterscheiden, dass die Nutzungsziehung eine zeitliche Dimension hat,<sup>86</sup> ist es erforderlich, den an die Stelle des primären Anspruchs auf Übertragung des Gutes tretenden Ausgleichsanspruch in wertungsmäßig überzeugender Weise mit dem Sekundäranspruch auf Nutzungsausgleich abzustimmen. Diese Abstimmung bereitet *de lege lata* erhebliche Schwierigkeiten. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs steht insofern die Problematik der Zuweisung des sog. *commodum ex negotiatione* im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit (1.). Sofern das *commodum ex negotiatione* dem Nichtberechtigten zugewiesen wird, muss er Wertersatz in Höhe des „objektiven Wertes“ des Gutes leisten. Gleiches gilt nach der herrschenden Meinung von vornherein für die Verwertung des Gutes durch Verbrauch oder Verarbeitung. Auch die Berechnung dieses Wertersatzanspruchs muss unter Wertungsgesichtspunkten mit dem Anspruch auf Nutzungsausgleich abgestimmt werden (2.).

### 1. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Zuordnung des *commodum ex negotiatione*

Die Veräußerung eines fremden Gutes und seine produktive Nutzung verbindet, dass beide Verwertungsformen zur Entstehung eines Residuums führen können, das einer der Parteien bzw. beiden anteilig zugeordnet werden muss. Diese Gemeinsamkeit macht es erforderlich, den Anspruch auf Nutzungsausgleich und die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* im Falle einer Veräußerung des Gutes wertungsmäßig aufeinander abzustimmen (a). Diese Koordinierungsaufgabe wird dadurch erheblich erschwert, dass in den für den Nutzungsausgleich relevanten Konstellationen heftig umstritten ist, welche der Parteien auf der Grundlage der *lex lata* Anspruch auf ein rechtsgeschäftliches Surrogat erheben kann (b). Erst wenn man sich hierüber Klarheit verschafft hat, kann man sich in einem weiteren Schritt mit der Frage befassen, auf welche Weise der Anspruch auf Nutzungsausgleich und die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* wertungsmäßig aufeinander abgestimmt werden sollten. Bis zu diesem Problem sind bislang nur wenige Autoren vorgedrungen. Eine befriedigende Lösung steht noch aus (c).

#### a) Bedürfnis für eine Abstimmung von Nutzungsausgleich und Zuordnung des *commodum ex negotiatione*

Das verbindende Element zwischen Nutzungsausgleich und der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* ist die Residuumsproblematik. Ebenso, wie sich bei der produktiven Nutzung eines Gutes die Frage stellt, ob die Differenz zwischen dem konkret erzielten Bruttoertrag und dem fiktiven Aufwand für eine berechtig-

---

<sup>86</sup> Supra 1. Teil:D.III.2, S. 133.

te Güternutzung in den Nutzungsausgleich einzubeziehen ist,<sup>87</sup> muss im Falle der Veräußerung eines Gutes durch den nichtberechtigten Inhaber entschieden werden, wie mit einer – positiven wie negativen – Differenz zwischen dem konkreten Veräußerungserlös und dem „objektiven“ Wert des Gutes zu verfahren ist.<sup>88</sup> Wie im Rahmen des Nutzungsausgleichs wird die Residuumsproblematik vorwiegend im Hinblick auf den Gewinnfall diskutiert. Im für den rechtswissenschaftlichen Diskurs paradigmatischen Beispielsfall erzielt der nichtberechtigte Veräußerer aufgrund seines „besonderen Geschicks“ einen Erlös, der bedeutend über dem objektiven Wert liegt.<sup>89</sup> Die zu entscheidende Streitfrage besteht darin, ob der Berechtigte dieses positive Residuum mittels der §§ 285 Abs. 1, 816 Abs. 1 S. 1 oder 818 Abs. 1 BGB beim Nichtberechtigten abschöpfen kann.<sup>90</sup>

Im Ausgangspunkt muss zunächst bestimmt werden, inwieweit überhaupt ein Residuum entstanden ist. Dies macht es erforderlich, den Wert des Gutes zu bestimmen. Maßgeblich ist insofern der Betrag, den der Nichtberechtigte als Ausgleich schulden würde, wenn er *nicht* zu Auskehrung des *commodum ex negotiatione* verpflichtet wäre. Sowohl für § 285 Abs. 1 BGB als auch im Rahmen des Bereicherungsrechts ist hierfür nach der überwiegenden Meinung auf den „objektiven“ Wert des Gutes abzustellen.<sup>91</sup> Der objektive Wert wiederum soll dem Verkehrs- bzw. Marktwert entsprechen.<sup>92</sup> Dies allein hilft jedoch noch nicht weiter, da es für ein bestimmtes Gut in Abhängigkeit von Marktstufe, Ort und Zeitpunkt eine Vielzahl von Marktpreisen geben kann.<sup>93</sup> Ausführungen zur Konkretisierung

<sup>87</sup> Supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff. sowie 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

<sup>88</sup> In diesem Sinne auch *Roth*, in: Jayme/Laufs/Misera u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 366.

<sup>89</sup> Siehe bspw. *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 126 ff.; *Roth*, in: Jayme/Laufs/Misera u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 366; *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 335 ff.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 230; *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (663 f.).

<sup>90</sup> Dazu sogleich infra 2. Teil:C.II.1.b), S. 390 ff.

<sup>91</sup> Siehe bspw. BGH, 10.7.1953, V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (180); *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69; *Roth*, in: Jayme/Laufs/Misera u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 365; *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 335; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 357 f.; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 45 m. w. N.; BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>92</sup> Der Sprachgebrauch variiert, siehe bspw. BGH, 10.7.1953, V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (180) („gemeine[r] Wert [Verkehrswert]“); („objektive[r] Verkehrswert“); *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69 („objektive[r] Verkehrswert“, so bspw. auch OLG Stuttgart, 10.12.2002, 12 U 150/02, NJW-RR 2003, 419 (420)); *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (689 f.) („Marktwert“); BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018) („objektive[r] Wert oder Verkehrswert“).

<sup>93</sup> Darauf weisen zutreffend hin *Mankowski/Schreier*, AcP 208 (2008), 725 (728).

des Begriffs des „objektiven Werts“ sind in Rechtsprechung und Literatur in Anbetracht der großen praktischen Relevanz des Wertmaßstabs erstaunlich dünn gesät.<sup>94</sup> Die meisten Stellungnahmen beziehen sich auf § 818 Abs. 2 BGB und sprechen sich dafür aus, auf den Markt abzustellen, auf dem sich der jeweilige Bereicherungsschuldner das Gut beschaffen könnte.<sup>95</sup> Dies deckt sich wertungsmäßig mit der Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand des von Nichtberechtigten ersparten Aufwands.<sup>96</sup>

Wie beim Nutzungsausgleich ist auch bei der Veräußerung eines Gutes strittig, wie mit dem Residuum zu verfahren ist. Soweit insofern materielle Aspekte in die Überlegungen einbezogen werden, entsprechen sich die Argumentationsmuster weitgehend. Analog zur Diskussion im Rahmen des Nutzungsausgleichs soll für die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* insbesondere relevant sein, inwieweit der Veräußerungserlös dem fremden Gut zuzurechnen ist und inwieweit er auf der Leistung des Nichtberechtigten beruht. So begründet beispielsweise *Claus-Wilhelm Canaris* die Beschränkung des Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 2 BGB auf den „objektiven Wert“ des Bereicherungsgegenstands unter anderem damit, dass ein deutlich über den Marktpreis hinausgehender Veräußerungserlös für gewöhnlich nicht auf den „Vorzügen des Kondiktionsgegenstandes“ beruhe, sondern auf einen besonderen Beitrag des Bereicherungsschuldners hindeute.<sup>97</sup> Anders ausgedrückt geht es also darum, ob der Erlös das „wirtschaftliche Verdienst“ des Gutes oder des Nichtberechtigten ist.<sup>98</sup> Zur Illustration verwendet *Canaris* das Beispiel eines Gemäldes, das von einem renommierten Kunsthändler mit Zugang zu einem exklusiven Kundenkreis zu einem sehr guten Preis verkauft werden kann.<sup>99</sup> Dem entspricht im Rahmen des Nutzungsausgleichs die Fallgruppe der Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten.<sup>100</sup> In beiden Fällen leistet die dem Nichtberechtigten zuzurechnende unternehmerische Organisation – und wie im Beispiel des Kunsthändlers gegebenenfalls auch seine persönliche Reputation – einen erheblichen Beitrag zum konkreten Ergebnis. Daher wäre es nicht sachgerecht, dieses in voller Höhe dem Berechtigten zuzuordnen.

Aufgrund der gleichgelagerten Residuumsproblematik besteht ein wertungsmäßiges Bedürfnis, Nutzungsausgleich und die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* aufeinander abzustimmen.

---

<sup>94</sup> Siehe *ibid.*, S. 727.

<sup>95</sup> So bspw. BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018). In diesem Sinne auch Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 86f. Anders hingegen OLG Stuttgart, 10.12.2002, 12 U 150/02, NJW-RR 2003, 419 (421).

<sup>96</sup> *Supra* 2. Teil:B.I.1.a), S. 261 ff.

<sup>97</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 266.

<sup>98</sup> In diesem Sinne auch *Eichel/Fritzsche*, NJW 2018, 3409 (3410).

<sup>99</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 266.

<sup>100</sup> *Supra* 2. Teil:B.II.3.a)bb), S. 352 ff.



b) Überblick über den Meinungsstand bezüglich der Zuordnung des *commodum ex negotiatione*

Zur Frage der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* im Falle der Veräußerung eines Gutes durch einen Nichtberechtigten haben sich zwei eigenständige Diskussionsstränge herausgebildet, die sich zum einen auf § 285 Abs. 1 BGB (bzw. § 281 Abs. 1 BGB a. F.) (aa) und zum anderen auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften § 818 Abs. 1 BGB sowie § 816 Abs. 1 S. 1 BGB beziehen (bb). Gemeinsam decken diese Vorschriften die für den Nutzungsausgleich relevanten Primäransprüche ab. Wegen seiner Stellung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts ist § 285 Abs. 1 BGB auf den Anspruch des Rückgewährgläubigers aus § 346 Abs. 1 BGB nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum unmittelbar anwendbar.<sup>101</sup> Darüber hinaus findet § 285 Abs. 1 BGB nach allgemeiner Meinung auch auf den Vermächtnisanspruch aus § 2174 BGB Anwendung.<sup>102</sup> Im Bereicherungsrecht wird § 285 Abs. 1 BGB von § 818 Abs. 1 bis 3 BGB als speziellere Regelung verdrängt.<sup>103</sup> § 285 Abs. 1 BGB kommt daher auf bereicherungsrechtliche Herausgabeansprüche gemäß der Verweisung in § 818 Abs. 4 BGB erst ab Klageerhebung bzw. ab Eintritt der Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldner i. S. v. § 819 BGB zur Anwendung.<sup>104</sup> Nach der herrschenden Meinung ist § 285 Abs. 1 BGB auch auf die Vindikation nicht anwendbar.<sup>105</sup> Verfügt der Besitzer über eine fremde Sache, ergibt sich der Umfang seiner Haftung vielmehr aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>106</sup> Im Hinblick auf den Erbschaftsanspruch wird § 285 Abs. 1 BGB vor Klageerhebung durch § 2019 BGB überlagert, der unstrittig auch den Erlös aus der Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes in den Erbschaftsanspruch einbezieht.<sup>107</sup>

aa) Diskussion zu § 285 Abs. 1 BGB

Nach § 285 Abs. 1 BGB hat der Gläubiger Anspruch auf das sog. stellvertretende *commodum*, das der Schuldner infolge des Umstandes, aufgrund dessen er gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei wird, für den geschuldeten Gegenstand erlangt. Nach der herrschenden Meinung umfasst der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* auch den Erlös aus einer Weiterveräußerung des geschuldeten Gegenstandes – und zwar auch dann, wenn dieser Erlös den objektiven Wert des Gutes übersteigt.<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Siehe dazu sowie zur Gegenauffassung supra 1. Teil: B. II. 2. a) bb) (1), S. 46 ff.

<sup>102</sup> MüKo/Rudy, § 2174 BGB Rn. 11; BeckOGK/Schellenberger, § 2174 BGB Rn. 15 (1.7.2018).

<sup>103</sup> BGH, 11.10.1979, VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203 (206).

<sup>104</sup> Ibid., S. 207.

<sup>105</sup> BeckOGK/Dornis, § 285 BGB Rn. 37 (1.6.2018).

<sup>106</sup> Indem der Eigentümer die Verfügung des Besitzers genehmigt, § 185 Abs. 1 BGB, kann er sich den Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auch für den Fall verschaffen, dass die Verfügung des Besitzers grundsätzlich nicht wirksam wäre, etwa weil die Sache i. S. v. § 935 BGB abhandengekommen war, BeckOK/Wendehorst, § 816 BGB Rn. 11 (1.5.2018) m. w. N.

<sup>107</sup> Im Rahmen der sog. Mittelsurrogation. Siehe MüKo/Helms, § 2019 Rn. 14; Staudinger/Gursky, § 2019 BGB Rn. 10 ff. (Juni 2015); Rußmann, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, 2017, S. 65 f. Siehe auch Peters, AcP 205 (2005), 159 (189 f.).

<sup>108</sup> BGH, 27.10.1982, V ZR 24/82, NJW 1983, 929 (930); BGH, 17.2.2006, V ZR 236/03, NJW-

Im Schrifttum finden sich jedoch auch Gegenstimmen. Für *Horst Heinrich Jakobs* stellt die Einbeziehung des *commodum ex negotiatione* in die Haftung nach § 281 Abs. 1 BGB a.F. „schlechte Begriffsjurisprudenz“ dar.<sup>109</sup> *Jakobs* bemängelt insbesondere, dass die herrschende Meinung die Wurzeln der Vorschrift im gemeinen Recht ignoriere, welches eine vergleichbare Haftung nicht vorsah.<sup>110</sup> Ein dogmatisches Argument gegen die Einbeziehung des *commodum ex negotiatione* in die Haftung gemäß § 285 Abs. 1 BGB lautet, dass dem Schuldner die Leistung wegen der dinglichen Verfügung über den geschuldeten Gegenstand unmöglich wird, während er den Veräußerungserlös mittels des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts erzielt. Der erlangte „Ersatz“ i. S. v. § 281 Abs. 1 BGB a.F. bzw. § 285 Abs. 1 BGB sei daher nicht das *commodum ex negotiatione*, sondern die Befreiung von der Verbindlichkeit zur Leistung des Gegenstandes.<sup>111</sup> Aus systematischer Sicht wird gegen eine generelle Gewinnhaftung auf der Grundlage des § 285 Abs. 1 BGB geltend gemacht, dass sich hieraus ein Spannungsverhältnis zu § 687 Abs. 2 BGB ergebe: Während die Haftung für angemessene Eigengeschäftsführung Vorsatz erfordert, unterliegt die Haftung nach § 285 Abs. 1 BGB keinerlei subjektiven Voraussetzungen.<sup>112</sup> Zum Teil wird hieraus die Konsequenz gezogen, dass der Gläubiger die Herausgabe eines vom Schuldner erzielten Gewinnes unter Berufung auf § 285 Abs. 1 BGB zumindest dann – aber auch nur dann – fordern könne, wenn letzterer die Unmöglichkeit vorsätzlich herbeigeführt bzw. den Vertrag wissentlich gebrochen habe.<sup>113</sup> Nach anderer Ansicht ist eine auf § 285 Abs. 1 BGB gestützte Gewinnhaftung generell abzulehnen und stattdessen exklusiv § 687 Abs. 2 BGB anzuwenden.<sup>114</sup>

---

RR 2006, 736 (737f.); BGH, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 (319); *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (389) mit Fn. 211; *Weber*, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB, 2014, S. 56; *MüKo/Emmerich*, § 285 BGB Rn. 23. Siehe auch *Peters*, AcP 205 (2005), 159 (189f.); *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 696 (739).

<sup>109</sup> *Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione* – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 108.

<sup>110</sup> *Ibid.*, S. 105ff.

<sup>111</sup> *Höhn*, Die Beeinträchtigung von Rechten durch Verfügungen – Eine Untersuchung der Ansprüche aus §§ 281 Abs. I, 816 Abs. I, 818 Abs. I BGB, 1986, S. 106ff. Siehe zu diesem Gesichtspunkt auch *Roth*, in: *Jayme/Laufs/Misera u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 370.

<sup>112</sup> *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 696 (744); *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 338, *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 360.

<sup>113</sup> *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999, S. 336ff.; *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 696 (744).

<sup>114</sup> *Roth*, in: *Jayme/Laufs/Misera u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 379f.; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 359ff.

*bb) Diskussion im Bereicherungsrecht*

Die Frage, ob sich die Haftung des Bereicherungsschuldners, der den ursprünglich erlangten Bereicherungsgegenstand verkauft, auch auf das *commodum ex negotiatione* erstreckt, ist eine der klassischen Streitfragen des Bereicherungsrechts. Die herrschende Meinung verneint diese Frage für § 818 Abs. 1, 2 BGB, bejaht sie jedoch für § 816 Abs. 1 S. 1 BGB (1). Die sich hierdurch ergebende Diskrepanz zwischen beiden bereicherungsrechtlichen Vorschriften wird bewusst in Kauf genommen. Die herrschende Meinung wird von zwei starken Mindermeinungen herausgefordert, die einen Gleichlauf herstellen wollen, indem sie entweder die Haftung nach § 818 Abs. 1 BGB auf das *commodum ex negotiatione* erstrecken bzw. im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB auf einen subjektiven Wertbegriff rekurrieren (2) oder aber den Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf den objektiven Wert des Verfügungsgegenstandes beschränken (3).

(1) Hinnahe einer Diskrepanz zwischen § 818 Abs. 1 bis 3 BGB und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach der herrschenden Meinung unterscheidet sich der allgemeine bereicherungsrechtliche Haftungsumfang gemäß § 818 Abs. 1 bis 3 BGB von der Haftung eines Nichtberechtigten für die Verfügung über einen fremden Gegenstand gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>115</sup> § 818 Abs. 1 BGB soll lediglich *commoda ex re*, nicht aber ein *commodum ex negotiatione* erfassen.<sup>116</sup> Wenn der Bereicherungsschuldner das Erlangte nicht herausgeben kann, weil er es veräußert hat, muss er daher gemäß § 818 Abs. 2 BGB „nur“ den „objektiven Wert“ ersetzen.<sup>117</sup> Zur Begründung wird in erster Linie auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte<sup>118</sup> der Vorschrift verwiesen. Das Wortlautargument rekuriert darauf, dass es sich bei den in § 818 Abs. 1 BGB aufgezählten Surrogaten („Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entzie-

<sup>115</sup> Siehe dazu statt aller die Darstellung bei *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 264ff. sowie bei *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 71 ff. Kritisch ggü. der h.M. bspw. *Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione* – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 5.

<sup>116</sup> Siehe bspw. BGH, 11.10.1979, VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203 (206); *Larenz*, Festschrift Caemmerer, 1978, 212; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 230; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 47 m. w. N.

<sup>117</sup> Siehe bspw. *Pinger*, MDR 1972, 187 (188); *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69.

<sup>118</sup> Dafür, dass die Entstehungsgeschichte für einen Ausschluss des *commodum ex negotiatione* aus dem Haftungsprogramm des § 818 Abs. 2 BGB spricht, bspw. *Larenz*, Festschrift Caemmerer, 1978, 212; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69; *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 17 (Juni 2007). A. A. *Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione* – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 110ff. Zweifelnd auch *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 31; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 47.

hung des erlangten Gegenstands“) ausschließlich um *commoda ex re* handelt.<sup>119</sup> Demgegenüber entspricht es bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB der herrschenden Meinung, dass der Berechtigte Anspruch auf den gesamten vom Nichtberechtigten erzielten Veräußerungserlös habe – und zwar ausdrücklich auch, soweit dieser den objektiven Wert des Verfügungsgegenstandes übersteigt.<sup>120</sup>

Sofern sich Vertreter der herrschenden Meinung nicht damit begnügen, die sich dadurch ergebende Diskrepanz hinsichtlich des Haftungsumfanges als vom Gesetzgeber gewollt hinzunehmen, wird der Unterschied überwiegend mit der besonderen Funktion des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als „verlängerter Eigentumsanspruch“ begründet.<sup>121</sup>

Wegen § 818 Abs. 3 BGB wird die Diskrepanz im Haftungsumfang im Falle eines gutgläubigen unverklagten Bereicherungsschuldners nur dann praktisch relevant, wenn bei der Veräußerung ein über den objektiven Wert hinausgehender Erlös erzielt wird. Die Problematik verengt sich also auf die Frage der Zuordnung eines „positiven Residuums“. Für den Fall, dass der Bereicherungsschuldner den primär erlangten Gegenstand zu einem Preis veräußert, der unter seinem objektiven Wert liegt, kann er sich auch gegenüber dem Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2 BGB darauf berufen, in Höhe der Differenz zwischen objektivem Wert und Verkaufserlös nicht mehr bereichert zu sein.

---

<sup>119</sup> Ibid., Rn. 47.

<sup>120</sup> Besonders deutlich BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 (159): „Der Wortlaut des § 816 Abs. 1 BGB ist eindeutig. Die Vorschrift ordnet schlechthin die Herausgabe des Erlangten an. Dazu gehört auch der den gemeinen Wert übersteigende Gewinn, den der Nichtberechtigte erzielt hat.“ So auch BGH, 11.10.1979, VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203 (206); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 283 f.

<sup>121</sup> Siehe bspw. BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 (160): „Nach [§ 818 Abs. 2 BGB] ist dem Gläubiger, wenn ihm der eigentliche Gegenstand seines Bereicherungsanspruchs nicht herausgegeben werden kann, dessen Wert zu ersetzen. Das ist jedoch nicht der Fall des § 816 Abs. 1 BGB. Dort steht dem Gläubiger zunächst ein stärkerer, nämlich ein dinglicher Anspruch auf den ihm entzogenen Gegenstand zu; [...]. Es ist nicht sinnwidrig, daß sich in diesem Falle der Bereicherungsanspruch von vornherein auf das ganze Erlangte und nicht nur einen Teil davon richtet. Denn das Recht, die Sache gewinnbringend zu verwerten, entspringt den dem Eigentümer zustehenden Befugnissen. Wird es von einem anderen ausgeübt und damit dem Eigentümer entzogen, so wird dieser dadurch benachteiligt. Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn das Gesetz in einem solchen Falle den notwendigen Ausgleich dadurch herbeiführt, daß es auch den aus einem solchen Eingriff dem Nichtberechtigten zugeflossenen Gewinn dem Berechtigten zubilligt.“ In diesem Sinne auch *Pinger*, MDR 1972, 187 (188); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 280. Siehe auch *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (357), der auf insolvenzrechtliche Gesichtspunkte verweist. Gegen die Relevanz der unterschiedlichen dinglichen Rechtslage bspw. *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 158.

(2) Vermeidung einer Diskrepanz durch Erstreckung des § 818 Abs. 1 BGB auf das *commodum ex negotiatione* bzw. mittels eines subjektiven Wertbegriffs im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB

Nach einer Mindermeinung soll § 818 Abs. 1 BGB neben den in der Vorschrift ausdrücklich aufgezählten Surrogaten auch ein *commodum ex negotiatione* umfassen.<sup>122</sup> Argumentativ wird dies insbesondere mit dem Bedürfnis begründet, einen wertungsmäßigen Gleichlauf zu § 816 Abs. 1 S. 1 BGB herzustellen.<sup>123</sup> Teilweise wird auch über das Bereicherungsrecht hinausgreifend eine Parallele zu § 281 BGB a. F. bzw. 285 Abs. 1 BGB gezogen.<sup>124</sup>

Die von *Hans-Georg Koppenssteiner* begründete sog. Lehre vom subjektiven Wertbegriff gelangt mit einem anderen dogmatischen Ansatz zum gleichen Ergebnis.<sup>125</sup> *Koppenssteiner* lehnt eine Erstreckung der Haftung gemäß § 818 Abs. 1 BGB auf das *commodum ex negotiatione* ab, um unbillige Ergebnisse in Tauschfällen zu vermeiden: Wenn der Bereicherungsschuldner den Gegenstand eintausche, müsste sich der Bereicherungsgläubiger mit dem Tauschobjekt begnügen, obwohl er daran unter Umständen keinerlei Interesse hat.<sup>126</sup> Stattdessen besteht der „sachgerechte Weg“ für *Koppenssteiner* im „Einbau des Veräußerungsgewinns in den Wertbegriff des § 818 Abs. 2“<sup>127</sup> BGB. Dies gelingt ihm, indem er „Wert“ im Sinne dieser Vorschrift nicht „als eine objektive Größe, sondern als Mehrung gerade des Empfänger vermögens“ interpretiert.<sup>128</sup>

Neben dem Gesichtspunkt einer wertungsmäßigen Abstimmung zwischen den verschiedenen auf Surrogatsherausgabe gerichteten Vorschriften im BGB begründet *Koppenssteiner* den subjektiven Wertbegriff im Allgemeinen und die Erstreckung der Haftung des Bereicherungsschuldners auf den gesamten erzielten Veräußerungserlös im Besonderen maßgeblich mit dem Erfordernis, den Gleichlauf von Chance und Risiko zu wahren. Wenn der Bereicherungsgläubiger wegen § 818 Abs. 3 BGB das Risiko trage, dass der Bereicherungsschuldner den Gegenstand unter Wert verschleudert, so müsse man ihm im Gegenzug auch einen vom Berei-

<sup>122</sup> Siehe bspw. *Fischer*, Festschrift Zitelmann, 1913, 1 (32); *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 416; *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 70 ff.; *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 31.

<sup>123</sup> *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 416; *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 31.

<sup>124</sup> *Esser*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1971, S. 377; *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 416. Siehe auch *Koppenssteiner*, NJW 1971, 1769 (1771).

<sup>125</sup> Grundlegend *Koppenssteiner*, NJW 1971, 588 ff. und *ders.*, NJW 1971, 1769 ff. Siehe auch *Koppenssteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 158. Zum subjektiven Wertbegriff siehe zudem bereits supra 2. Teil:B.I.2.a)aa), S. 273 f.

<sup>126</sup> *Koppenssteiner*, NJW 1971, 1769 (1772); *Koppenssteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 127.

<sup>127</sup> *Koppenssteiner*, NJW 1971, 1769 (1772).

<sup>128</sup> *Ibid.*, S. 1772.

cherungsschuldner erzielten Mehrerlös zuweisen.<sup>129</sup> Dies folge aus der „evident richtigen Wertung“ „*cuius est periculum eius et commodum esse debet*“.<sup>130</sup>

(3) Vermeidung einer Diskrepanz durch Herausnahme des *commodum ex negotiatione* aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine weitere Mindermeinung will die Haftung des Nichtberechtigten gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB der Höhe nach auf den objektiven Wert des veräußerten Gegenstands beschränken und auf diese Weise mit § 818 Abs. 1, 2 BGB synchronisieren.<sup>131</sup> Die Begründungsmuster entsprechen dabei weitgehend denen, die auch zur Beschränkung der Haftung nach § 285 BGB auf den objektiven Wert herangezogen werden: Formaljuristisch wird gegen eine Haftung aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Veräußerungserlös geltend gemacht, dass der Nichtberechtigte den Kaufpreis nicht durch die Verfügung, sondern durch den Abschluss des Kaufvertrages, also aufgrund des Kausalgeschäfts erlangt.<sup>132</sup> In systematischer Hinsicht wird darauf verwiesen, dass eine verschuldensunabhängige Gewinnhaftung im BGB ein Fremdkörper sei.<sup>133</sup>

c) *Anpassung des Nutzungsausgleichs bzw. der Zuordnung des commodum ex negotiatione zur Herstellung eines wertungsmäßigen Gleichlaufs*

Ein wertungsmäßiger Gleichlauf zwischen der Berechtigung am *commodum ex negotiatione* und dem Anspruch auf Nutzungsausgleich ist gewährleistet, wenn das Residuum sowohl bei einer produktiven Nutzung als auch bei einer Veräußerung des Gutes entweder einheitlich dem Berechtigten oder einheitlich dem Nichtberechtigten zugeordnet wird. Soweit ein solcher Gleichlauf nicht gewährleistet ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob der Anspruch auf Nutzungsausgleich an die Berechtigung am *commodum ex negotiatione* angepasst werden sollte, oder ob umkehrt eine Korrektur der Zuweisung des *commodum ex negotiatione* zur Angleichung an den Nutzungsausgleich in Betracht kommt.

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird für Fälle, in denen eine wertungsmäßige Diskrepanz besteht, eine Anpassung noch nicht einmal erwogen (aa). Eine seltene Ausnahme stellt eine Literaturansicht dar, die im Hinblick auf die Zuwei-

<sup>129</sup> Ibid., S. 1771. Siehe auch *ders.*, NJW 1971, 588 (591); *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 158.

<sup>130</sup> *Esser*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1971, S. 369; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 159.

<sup>131</sup> *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (357); *Höhn*, Die Beeinträchtigung von Rechten durch Verfügungen – Eine Untersuchung der Ansprüche aus §§ 281 Abs. I, 816 Abs. I, 818 Abs. I BGB, 1986, S. 106 ff.; *Ebert*, ZIP 2002, 2300; *Roth*, in: *Jayme/Laufs/Misera u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, 1991, 381; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 81 f.; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 816 BGB Rn. 44 f.

<sup>132</sup> Ibid., Rn. 44 f.

<sup>133</sup> Ibid., Rn. 44 f.

sung des *commodum ex negotiatione* zum Bereicherungsschuldner in § 818 Abs. 1, 2 BGB den Anspruch auf Nutzungsausgleich anpassen will (bb).

*aa) Fehlende Koordinierung als Normalfall*

Der Rechtsprechung fehlt – soweit ersichtlich – bezüglich der Koordinierung von Nutzungsausgleich und Zuordnung des *commodum ex negotiatione* jedes Problembewusstsein.

Die Rechtsprechung tendiert dazu, im Rahmen des Nutzungsausgleichs das Residuum der produktiven Güternutzung dem Berechtigten zuzuweisen.<sup>134</sup> Damit korrespondiert eine Zuordnung des *commodum ex negotiatione* zum Berechtigten im Rücktrittsfolgenrecht und im Falle eines Vermächtnisanspruchs über § 285 Abs. 1 BGB, im Falle des Erbschaftsbesitzes über § 2019 BGB sowie im Falle des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses über § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Wenn beispielsweise zu einem von einem vermeintlichen Erben in Besitz genommenen Nachlass ein Einzelunternehmen gehört, so wird das hierfür bzw. hiermit erzielte Residuum unabhängig von der Verwertungsform dem wahren Erben zugeordnet. Verkauft der Nichtberechtigte das Unternehmen aufgrund besonderer Umstände zu einem über dem Verkehrswert liegenden Wert, so wird der Verkaufserlös in voller Höhe von § 2019 BGB erfasst. Erzielt der Nichtberechtigte beim Betrieb des Unternehmens<sup>135</sup> einen Gewinn, der den marktüblichen Pachtzins für ein vergleichbares Unternehmen übersteigt, muss er diesen im Rahmen des Nutzungsausgleichs an den wahren Erben auskehren, §§ 2020, 818 Abs. 1, 2 BGB.

Dieser Gleichlauf wird allerdings im Bereicherungsrecht durchbrochen, wo die Rechtsprechung den Wertersatzanspruch des Bereicherungsgläubigers im Falle einer Veräußerung des Erlangten auf den objektiven Wert beschränkt,<sup>136</sup> ohne den Anspruch auf Nutzungsausgleich<sup>137</sup> ebenfalls entsprechend einzuschränken. Wenn daher der Bereicherungsschuldner zu einem über dem Marktniveau liegenden Mietzins vermietet, wird ihm das von ihm erwirtschaftete Residuum über den Nutzungsausgleich wieder entzogen. Wenn er jedoch das gleiche Grundstück zu einem über dem Marktwert liegenden Preis verkauft, kann er den Mehrerlös behalten.

In umgekehrter Richtung durchbricht die Rechtsprechung den Gleichlauf, wenn sie dem Nichtberechtigten bei produktiver Nutzung eines Gutes das Residuum belässt, ihm aber im Falle einer Veräußerung des Gutes das Residuum entzieht. Hierzu kann es bei der Nutzung einzelner Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten kommen. In dieser Fallkonstellation schuldet der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs nur Ausgleich für die aus dem Gut gezogenen Gebrauchsvorteile in Gestalt eines fiktiven Mietzinses oder der linearen zeitanteiligen Wertminderung.<sup>138</sup> Wenn der Nichtberechtigte das Gut hingegen

<sup>134</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a), S. 310 ff.

<sup>135</sup> Nach Abzug eines angemessenen Unternehmerlohns, § 102 BGB.

<sup>136</sup> §§ 818 Abs. 1, 2 BGB.

<sup>137</sup> §§ 818 Abs. 1, 2, 100 BGB.

<sup>138</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.a)bb), S. 352 ff.

veräußert und hierfür nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haftet, muss er den *gesamten* Verkaufserlös an den Berechtigten auskehren.<sup>139</sup> Erlangt etwa ein Unternehmer, der mit Maschinen handelt, rechtsgrundlos den Besitz an einer zu seinem Handlungssortiment gehörenden Maschine, so muss er einen erzielten Veräußerungsgewinn vollständig an den Eigentümer abführen.<sup>140</sup> Wenn er die Maschine jedoch als Vorführgerät in seinen Geschäftsräumen aufstellt, dann schuldet er nur die auf den Zeitraum seines Besitzes entfallende lineare Abschreibung.<sup>141</sup> Es ist allerdings kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, warum die von einem Nichtberechtigten geschuldete Ausgleichsleistung nach unterschiedlichen Grundsätzen ermittelt werden sollte, je nachdem, ob er ein fremdes Gut seinem Anlagevermögen oder seinem Umlaufvermögen zuordnet.

Der BGH ist sich dabei durchaus bewusst, dass die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* zum Berechtigten dazu führen kann, dass der Nichtberechtigte Werte abführen muss, die er selbst geschaffen hat, beispielsweise unter Verwendung einer ihm zuzurechnenden unternehmerischen Organisation. Dies belegen beispielsweise die nachfolgenden Ausführungen aus einer Entscheidung aus dem Jahr 1959, mit der der BGH begründet, warum ein Unternehmen, das mit gestohlener Ware gehandelt hatte, ohne hiervon Kenntnis zu haben, den gesamten Veräußerungserlös gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB an den Eigentümer auskehren muss:

„[Die] Höhe des von dem Verpflichteten erzielten Gewinns hängt von verschiedenen Umständen ab, die häufig an die Person des Veräußernden geknüpft sind. So kann eine geschickte Werbung oder auch ein Zufall dem Verpflichteten zu einem Gewinn verhelfen, den der Berechtigte nicht hätte erreichen können; zu dem gleichen Ergebnis kann es namentlich kommen, wenn der Eigentümer und der nichtberechtigte Veräußerer auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen, z. B. der Eigentümer Erzeuger, der Veräußerer Händler ist. Solche Folgen hat das Gesetz aber in Kauf genommen. Das konnte es um so eher, als sich in der Regel der von dem Veräußerer erlangte Betrag mit dem decken wird, den auch der Eigentümer hätte erzielen können. Einer die jeweiligen Verschiedenheiten berücksichtigenden Regelung würden sich häufig erhebliche Beweisschwierigkeiten in den Weg stellen, die das Gesetz offenbar vermeiden wollte.“<sup>142</sup>

Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Differenzierung vorgegeben hat, bedeutet nicht, dass sie angemessen ist. Zumindest problematisch ist die Auffassung des BGH, wonach „in der Regel“ der vom Nichtberechtigten zu erzielende Erlös dem-

<sup>139</sup> Selbst eine Bearbeitung des Gutes nützt dem Nichtberechtigten nach der Rechtsprechung des BGH nichts, sofern diese nicht zu einem Eigentumsübergang gemäß § 951 BGB führt. Er muss dennoch den gesamten Verkaufserlös an den Berechtigten abführen. Siehe BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 ff. (von Angestellten gestohlene Gewebe wurden von einer Färberei gekauft, bearbeitet und anschließend über eine weitere Handelsstufe weiterveräußert; der Zwischenhändler musste seinen gesamten Veräußerungserlös gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB an den Stoffeigentümer abführen).

<sup>140</sup> §§ 816 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB. Siehe bspw. BGH, 11.10.1979, VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203 (206); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 283 f.

<sup>141</sup> §§ 988, 818 Abs. 1, 2, 100 Alt. 2 BGB.

<sup>142</sup> BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 (160 f.).



jenigen entsprechen soll, den auch der Berechtigte hätte erzielen können. Dieses Argument ist auch im Schrifttum beliebt, um die Diskussion um die praktische Relevanz des Meinungsstreits um die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* zu relativieren. Da der von einem Nichtberechtigten erzielbare Veräußerungserlös zumeist dem Verkehrswert des Gutes entspreche, führte ein auf den objektiven Wert gerichteter Wertersatzanspruch regelmäßig zum gleichen Ergebnis wie ein Anspruch auf Auskehrung des *commodum ex negotiatione*.<sup>143</sup> Dieses Argument ist allerdings nur dann tragfähig, wenn der Berechtigte und der Nichtberechtigte auf der gleichen Marktstufe stehen. In dem vom BGH entschiedenen Fall war der Eigentümer Stoffhändler.<sup>144</sup> Die gestohlenen Gewebe waren zunächst von einer Färberei erworben, bearbeitet und an die Beklagte weiterverkauft worden. Der von der Beklagten beim Verkauf an ihre Kunden erlöste Preis lag sehr wahrscheinlich wesentlich über dem Betrag, den der Eigentümer bei einem Verkauf hätte erzielen können. Auch das Argument der Beweiserleichterung überzeugt nicht. Denn im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB stehen Beweisschwierigkeiten einem Rückgriff auf den objektiven Wert ebenfalls nicht entgegen. Mit dessen Hilfe ließe sich das Residuum dem Nichtberechtigten zuordnen.

Auch im Schrifttum fehlt es weitgehend an einem Problembewusstsein für die Notwendigkeit einer Koordinierung der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs mit der Zuweisung des *commodum ex negotiatione*. Häufig wird die Problematik des Nutzungsausgleichs in diesem Zusammenhang vollkommen ausgeblendet bzw. – sofern sie gesehen wird – mit formalen Argumenten für irrelevant erklärt.<sup>145</sup> Offen zu Tage tritt die sich daraus ergebende Diskrepanz beispielsweise in *Martin Schwabs* Kommentierung der §§ 816 und 818 BGB im Münchener Kommentar. Einerseits tritt *Schwab* dafür ein, dem Bereicherungsschuldner *generell* den Veräußerungserlös zu belassen. Nicht nur im Rahmen von § 818, sondern auch

<sup>143</sup> Siehe bspw. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 267 ff.; *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661 (690); *MüKo/Emmerich*, § 285 BGB Rn. 23; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 47. In diesem Sinne auch *Jagmann*, *Wertesatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht*, 1979, S. 296: „Die Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung zu dieser Frage Stellung nehmen mußte, sind dünn gesät. Sie stehen in keinem Verhältnis zu der Anzahl der Entscheidungen, die auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts eine Gewinnhaftung zu beurteilen hatten. Schon von ihrer praktischen Bedeutung her, wird man daher in der Gewinnhaftung vor allem eine spezielle gegen die Verletzungen von Immaterialgüterrechten gerichtete Sanktion erblicken müssen.“

<sup>144</sup> BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 ff.

<sup>145</sup> Siehe bspw. *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 15, der den Abstimmungsbedarf mit dem Argument negiert, dass sich der Grundsatz nicht „allgemeingültig, also auch außerhalb des Bereicherungsrechts formulieren lässt“. Der Umstand, dass Nutzungsausgleich und der für eine Verwertung des Gutes geschuldete Ausgleich *de lege lata* auch außerhalb des Bereicherungsrechts nicht in konsistenter Weise aufeinander abgestimmt sind, lässt jedoch den in materieller Hinsicht bestehenden Abstimmungsbedarf nicht entfallen. Siehe ferner auch *Roth*, in: *Jayme/Laufs/Misera u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, 1991, 366 f., der das Problem zwar anspricht und die wertungsmäßige Parallelität im Grunde bejaht, die Angelegenheit dann aber nicht weiter verfolgt.

dann, wenn der Bereicherungsschuldner als Nichtberechtigter über eine fremde Sache verfügt und daher gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haftet, soll er nur Wertersatz in Höhe des objektiven Wertes schulden.<sup>146</sup> Demgegenüber folgt *Schwab* im Rahmen des Nutzungsausgleichs im Hinblick auf die Zuordnung des Residuums bei produktiver Nutzung ganz der Linie des BGH. So muss der Bereicherungsschuldner laut *Schwab* etwa den beim Betrieb eines rechtsgrundlos erlangten Unternehmens erzielten Gewinn, abzüglich eines angemessenen Unternehmerlohns, an den Berechtigten auskehren.<sup>147</sup>

*bb) Mindermeinung zur Korrektur des Nutzungsausgleichs zum Zwecke der Abstimmung mit der Zuordnung des commodum ex negotiatione*

Dass es nicht völlig fernliegend ist, den Koordinierungsbedarf zwischen Nutzungsausgleich und Zuordnung des *commodum ex negotiatione* zumindest zu problematisieren, belegt eine prominent insbesondere von *Claus-Wilhelm Canaris* vertretene Mindermeinung, die diese Abstimmung punktuell für das Bereicherungsrecht herstellen will, indem sie mittelbare Früchte i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB aus dem bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleich ausklammert.<sup>148</sup>

*Canaris* folgt der herrschenden Meinung darin, dass der Bereicherungsschuldner im Falle der Veräußerung eines Gutes, das ihm als Vollrechtsinhaber zugeordnet ist, gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Höhe des objektiven Wertes des Gutes schuldet, nicht aber den darüber hinausgehenden Veräußerungserlös herausgeben muss.<sup>149</sup> Als rechtsgeschäftliches Surrogat sieht *Canaris* auch mittelbare Früchte i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB sowie von einem Bereicherungsschuldner durch den Betrieb eines fremden Unternehmens erzielte Gewinne an.<sup>150</sup> Aus seiner Sicht wäre es daher

„ein untragbarer Wertungswiderspruch, dem Bereicherungsschuldner die Pflicht zur Abführung des Gewinns aus von ihm geschlossenen Miet- und Pachtverträgen aufzuerlegen, obwohl eine solche bei einem Verkauf des Kondiktionsgegenstandes nicht besteht.“<sup>151</sup>

Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, will *Canaris* die Verweisung in § 818 Abs. 1 BGB auf § 99 Abs. 3 BGB

„im Wege der systematischen Auslegung dahin [...] restringieren, daß sie nur dann gilt, wenn der Bereicherungsschuldner den Kondiktionsgegenstand in vermietetem oder verpachtetem Zustand erlangt hat, nicht aber auch dann, wenn erst er selbst vermietet oder verpachtet.“<sup>152</sup>

<sup>146</sup> MüKo/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 816 BGB Rn. 44 f.

<sup>147</sup> *Ibid.*, Rn. 38.

<sup>148</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 271 f.

<sup>149</sup> *Ibid.*, S. 264 ff.

<sup>150</sup> *Ibid.*, S. 271.

<sup>151</sup> *Ibid.*, S. 271.

<sup>152</sup> *Ibid.*, S. 271 f.

Gleiches hatte – wie bereits geschildert<sup>153</sup> – im Ergebnis bereits zuvor *Rainer Jagmann* gefordert.<sup>154</sup> *Canaris'* Vorschlag für eine Beschränkung des Nutzungsausgleichs zur Herstellung eines wertungsmäßigen Gleichlaufs mit der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* ist im Schrifttum auf ein geteiltes Echo gestoßen.<sup>155</sup> Neben dem Argument, dass die Verweisung in § 818 Abs. 1 BGB auf Nutzungen i. S. v. § 100 BGB auch mittelbare Früchte i. S. v. § 99 Abs. 3 BGB umfasst, wird gegen die von *Canaris* vertretene Auffassung in materieller Hinsicht geltend gemacht, dass auch Miet- oder Pachtzinsen und sogar Unternehmensgewinne primär dem genutzten Gut entsprängen und daher in voller Höhe dem Bereicherungsgläubiger gebührten.<sup>156</sup> In dieser Kritik spiegelt sich konzeptionelle Verwirrung wider, die auf der Grundlage der *lex lata* dadurch entsteht, dass – wie bereits geschildert<sup>157</sup> – die Residuumsproblematik mittels des hierfür ungeeigneten Fruchtbegriffs des § 99 BGB bewältigt werden muss. Es fehlt bereits an einem gemeinsamen Grundverständnis davon, wann ein Ertrag auf einer konzeptionellen Ebene als „Verdienst des genutzten Gutes“ anzusehen ist. Zuzugeben ist der Kritik, dass das von *Canaris* gewählte Kriterium der Erzielung von Erträgen mittels der Zwischenschaltung eines Rechtsverhältnisses nicht sachgerecht ist. Bezüglich der Vermietung fremder Immobilien wurde bereits dargelegt, dass im Falle einer Standardimmobilie, für die ein liquider Mietmarkt besteht, der bloße Umstand des Vertragsschlusses nicht ins Gewicht fällt.<sup>158</sup> Genauso falsch ist es jedoch, mittelbare Früchte pauschal als ein Verdienst des genutzten Gutes anzusehen. Bei einer Spezialimmobilie kann im Prozess der Vermietung durchaus Wertschöpfung erfolgen.<sup>159</sup>

Jenseits des von *Canaris* zu § 818 BGB gesetzten Schlaglichts wird das Problem der Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* im Schrifttum weitgehend ignoriert.

<sup>153</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)cc(1), S. 320 ff.

<sup>154</sup> *Jagmann* wollte damit rechtsvergleichend an eine in den USA praktizierte Unterscheidung zwischen „direct products“ und „indirect products“ anknüpfen, siehe *Jagmann*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, 1979, S. 49.

<sup>155</sup> Zustimmend bspw. *Ebert*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, S. 159, im Ergebnis auch *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 148f. Dezidiert a. A. bspw. *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 235f.; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 13f.

<sup>156</sup> *Fortunato*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, 2012, S. 235 f.

<sup>157</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a), S. 310 ff.

<sup>158</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.II.3.c), S. 368 f.

<sup>159</sup> Zumindest indirekt muss auch *Canaris* selbst einräumen, dass das maßgebliche Abstellen auf ein zwischengeschaltetes Rechtsgeschäft nur bedingt weiterhilft. So will er bspw. Erträge, die ein Bereicherungsschuldner mittels eines rechtsgrundlos erlangten Unternehmens erzielt, ebenfalls aus der bereicherungsrechtlichen Nutzungsausgleichspflicht gemäß § 818 Abs. 1 BGB ausklammern, weil sie – obwohl es sich hierbei eindeutig nicht um ein *commodum ex negotiatione* handelt – doch zumindest wertungsmäßig einem solchen entsprechen würden. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 272.

## 2. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit dem Anspruch auf Wertersatz für das genutzte Gut

Sofern der Nichtberechtigte ein Gut nicht veräußert, sondern dessen Substanz auf andere Weise seinem Vermögen einverleibt, kommt als Ausgleichsleistung nur eine Verpflichtung zum Wertersatz in Betracht. Zum Wertersatz ist der Nichtberechtigte zudem dann verpflichtet, wenn ihm im Fall einer Veräußerung des Gutes das *commodum ex negotiatione* verbleibt. Auch für die Ermittlung des für das Gut geschuldeten Wertersatzes besteht Abstimmungsbedarf im Hinblick auf die Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich (a). Dies wird insbesondere bei der Bestimmung des Zeitpunkts für die Ermittlung des Wertersatzanspruchs nicht hinreichend beachtet (b).

### a) Abstimmungsbedarf zwischen Nutzungsausgleich und Wertersatz für das genutzte Gut

Ein Bedürfnis für eine Abstimmung zwischen der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich und der Verpflichtung zum Wertersatz für das genutzte Gut besteht zum einen im Hinblick auf den Bewertungsmaßstab (aa) und zum anderen im Hinblick auf den Bewertungszeitpunkt (bb).

#### aa) Bewertungsmaßstab

Wenn der für die Verwertung eines Gutes durch Verarbeitung, Verbrauch oder Verkauf geschuldete Wertersatz mit der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich abgestimmt werden soll, so erfordert dies zunächst eine Koordinierung der Bewertungsmaßstäbe.

Was die Bewertung des Gutes anbelangt, so besteht im Ausgangspunkt zunächst weitgehende Einigkeit darin, dass auf den Verkehrs- bzw. Marktwert abzustellen ist. Bei Verbrauch, Verarbeitung etc. fehlt es bereits an einer naheliegenden Alternative. Bei einer Veräußerung des Gutes und der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* zum Nichtberechtigten entspricht die Verwendung des Marktwertes – wie gezeigt<sup>160</sup> – der herrschenden Meinung. Der gleiche Maßstab wird von der herrschenden Meinung auch für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt 2. BGB zugrunde gelegt.<sup>161</sup> Weniger häufig wird die Relevanz von Marktstufe und Marktort für die Bewertung eines Gutes bzw. der aus einem Gut gezogenen Gebrauchsvorteile thematisiert. Um tatsächlich zu wertungsmäßig stimmigen Ergebnissen zu kommen, muss allerdings auch insofern eine Koordinierung erfolgen.

<sup>160</sup> Supra 2. Teil:C.II.1.a), S. 387 ff.

<sup>161</sup> Supra 2. Teil:B.I.1.c), S. 269 ff.

*bb) Bewertungszeitpunkt*

Sofern der Wert eines Gutes im Zeitablauf Schwankungen unterliegt, müssen Nutzungsausgleich und Wertersatz für das Gut auch in zeitlicher Hinsicht miteinander koordiniert werden. Wird beispielsweise im Falle des Verbrauchs eines Gutes für die Ermittlung des geschuldeten Wertersatzes auf den Wert im Zeitpunkt des Verbrauchs abgestellt, so wäre es wertungsmäßig nicht überzeugend, für die Bewertung der Gebrauchsvorteile auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen.

Besonders deutlich ist die Relevanz des Bewertungszeitpunkts für die Koordination von Nutzungsausgleich und Wertersatz dann, wenn für die Bestimmung des objektiven Wertes eines Gutes der Ertragswert maßgeblich ist. Üblicherweise<sup>162</sup> wird bei der Ermittlung des Ertragswertes für die Prognose des zukünftig zu erwartenden Zahlungsstroms auf die Erträge abgestellt, die das Gut in dem Zeitraum unmittelbar vor dem Bewertungszeitpunkt generiert hat.<sup>163</sup> Wenn daher in einem solchen Fall der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs das erzielte Residuum an den Berechtigten auskehren muss, so erfordert eine darauf abgestimmte Bewertung des Gutes, dass der Bewertungszeitpunkt so gewählt wird, dass dieselben Erträge auch in die Ermittlung des Ertragswertes einfließen. Denn wenn der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs das Residuum an den Berechtigten auskehren muss, so liegt dem die Annahme zugrunde, dass dieses wirtschaftlich dem genutzten Gut und nicht der Person des Nutzenden zuzurechnen ist.<sup>164</sup> Dann muss das Residuum aber folgerichtig auch bei der Bestimmung des Verkehrswertes des Gutes Berücksichtigung finden. Diesen Zusammenhang soll das nachfolgende Beispiel verdeutlichen:

*Beispiel 31 (Fortsetzung von Beispiel 30)<sup>165</sup>*

*B erwarb von A mit Vertrag vom 30.9.1995 dessen Steuerberaterpraxis in L. für 925.000 DM. Übergabetermin war der 1.1.1996. Während A unmittelbar vor dem Verkauf Verluste erwirtschaftet hatte, erzielt B seit der Übernahme der Praxis erhebliche Gewinne. Später stellte sich heraus, dass der Vertrag nichtig war. Eine Rückübertragung der Praxis auf A scheiterte daran, dass die Mandanten überwiegend nicht bereit waren, sich wieder von A betreuen zu lassen. Dies stand am 30.9.1998 fest. Nunmehr verlangte A von B neben der Auskehrung der von diesem erzielten Gewinne abzüglich eines kalkulatorischen Unternehmerlohns Wertersatz für die Praxis.*

Nach der Rechtsprechung des BGH muss ein Nichtberechtigter, der ein fremdes Unternehmen betreibt, den erzielten Gewinn an den Berechtigten abführen, sofern dieser nicht ausschließlich auf den persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Nichtberechtigten beruht.

<sup>162</sup> Sofern keine besonderen Umstände vorliegen wie bspw. eine Änderung des Geschäftsmodells eines zu bewertenden Unternehmens im relevanten Zeitraum. Siehe bspw. für die Unternehmensbewertung *Schindler*, in: Beisel/Klumpp (Hrsg.), *Der Unternehmenskauf*, 7. Aufl. 2016, § 3 Unternehmensbewertung Rn. 51.

<sup>163</sup> Siehe bspw. für die Unternehmensbewertung *Schindler*, in: Beisel/Klumpp (Hrsg.), *Der Unternehmenskauf*, 7. Aufl. 2016, § 3 Unternehmensbewertung Rn. 34.

<sup>164</sup> *Supra* 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff.

<sup>165</sup> *Supra* S. 351.

Letzteres hat der BGH vorliegend verneint und A den von B vom 1.1.1996 bis zum 30.9.1998 erzielten Gewinn zugesprochen. Auf der Grundlage dieser Weichenstellung ist es wertungsmäßig stimmig, für die Bestimmung des Wertersatzes auf den 30.9.1998 abzustellen, wodurch die von B erzielten Gewinne auch in die Ertragsprognose für die Ermittlung des Ertragswertes der Steuerberaterpraxis einfließen. So hat auch der BGH im vorliegenden Fall entschieden. Er hat für die Bestimmung des objektiven Wertes der Praxis gemäß § 818 Abs. 2 BGB den 30.9.1998 für maßgeblich erklärt und ausdrücklich gebilligt, dass damit die von B erzielten Gewinne bei der Ermittlung des Ertragswertes berücksichtigt wurden.<sup>166</sup>

*b) Unzureichende Koordinierung von Nutzungsausgleich und Ermittlung des Wertersatzes im Hinblick auf den Bewertungszeitpunkt*

Während für die Ermittlung von Nutzungsausgleich und Wertersatz nach der herrschenden Meinung im Ausgangspunkt der gleiche Bewertungsmaßstab maßgeblich ist, sind die relevanten Bewertungszeitpunkte nur unzureichend aufeinander abgestimmt.

Im Hinblick auf den Bewertungsmaßstab hat sich eine Koordinierung weitgehend „kraft Natur der Sache“ ergeben. Sowohl für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB als auch des durch Verbrauch, Verbindung, Verarbeitung etc. verwerteten Gutes gibt es schlicht keine naheliegende Alternative zum Markt- bzw. Verkehrswert.<sup>167</sup> Der Umstand, dass im Rahmen des Rücktrittsfolgenrechts grundsätzlich der Vertragswert, im Übrigen hingegen der „objektive“ Wert verwendet wird,<sup>168</sup> fällt nicht ins Gewicht, soweit der Vertragswert – wie häufig – dem Marktwert entspricht.<sup>169</sup> Auch in der wichtigeren Frage der Marktstufe ergibt sich nach der herrschenden Meinung ein stimmiges Ergebnis. Im Bereicherungsrecht wird für die Ermittlung des Wertes i. S. v. § 818 Abs. 2 BGB, der sowohl für die Bewertung des Bereicherungsgegenstands als auch der aus ihm gezogenen Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB einschlägig ist, nach herrschender Meinung auf den Markt abgestellt, auf dem sich der Bereicherungsschuldner das Gut hätte beschaffen können.<sup>170</sup> Im Rücktrittsfolgenrecht wird mit dem Rückgriff auf die vertraglich vereinbarte Gegenleistung als Bewertungsmaßstab auf die gleiche Marktstufe abgestellt.

---

<sup>166</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (243): „Die [von B] 1996 und 1997 gezogenen Nutzungen sind [...] in die Ertragswertberechnung [...] eingeflossen [...]. Dieser Wert setzt sich [...] aus der auf den Bewertungsstichtag abgezinsten Summe der zukünftig, das heißt konkret in den Jahren 1999 bis 2005, zu erwartenden Erträge zusammen, für die die vor dem [1.10.1998] erzielten Gewinne lediglich einen Anhaltspunkt und eine Berechnungsgrundlage bilden; der Ertragswert der Kanzlei spiegelt das Potential wider, das dieser für die Zukunft inneohnt. Bei den herauszugebenden Nutzungen handelt es sich dagegen um die in der Vergangenheit – in den Jahren 1996 und 1997 – tatsächlich erzielten Gewinne.“

<sup>167</sup> Sofern im Fall einer Veräußerung des Gutes das *commodum ex negotiatione* dem Nichtberechtigten zugewiesen ist, entspricht der Rückgriff auf den „objektiven“ Wert der h. M., supra 2. Teil:C.II.1.a), S. 387 ff.

<sup>168</sup> Supra 2. Teil:B.I.1.c), S. 269 ff.

<sup>169</sup> In diesem Sinne auch BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 28 (1.5.2018).

<sup>170</sup> Supra 2. Teil:B.I.1.c)aa), S. 270 f.

Wesentlich weniger harmonisch stellt sich die Lage im Hinblick auf den Bewertungszeitpunkt dar. Für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung wird als Abschreibungsbasis gemeinhin, allerdings zumeist nur implizit, auf den Wert abgestellt, den das genutzte Gut im Zeitpunkt seiner Erlangung durch den Nichtberechtigten hatte.<sup>171</sup> Die Frage, welcher Zeitpunkt maßgeblich sein soll, wenn ein fiktiver Mietzins den Wertmaßstab bildet, wird kaum diskutiert. *Canaris* will bei zeitlich gestreckten Bereicherungsvorgängen auf den Zeitpunkt der jeweiligen Inanspruchnahme einer Dienstleistung bzw. eines Gebrauchsvorteils abstellen.<sup>172</sup> Zumindest dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut bei seiner Erlangung zu einem fixem Mietzins hätte mieten können, erscheint es allerdings auch insofern sachgerecht, einheitlich auf diesen Zeitpunkt abzustellen.

Umstritten ist hingegen, welcher Zeitpunkt maßgeblich sein soll, wenn der Nichtberechtigte die Substanz des genutzten Gutes durch Verarbeitung, Verbrauch, Verkauf etc. verwertet. Die Diskussion konzentriert sich auf das Bereicherungsrecht. Im Rücktrittsfolgenrecht stellt sich das Problem in der Regel nicht, da § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB mit der vertraglich vereinbarten Gegenleistung einen Wert vorgibt, der zumeist dem Wert der Leistung bei Erlangung durch den Rückgewährschuldner entspricht. Für die Ermittlung des Wertersatzanspruchs nach § 818 Abs. 2 BGB ist der maßgebliche Zeitpunkt dagegen relevant, sofern der Marktpreis des Bereicherungsgegenstandes im Zeitablauf Schwankungen unterliegt.

Die Verfasser des BGB haben die Frage nach dem für die Ermittlung eines bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruchs relevanten Zeitpunkt bewusst offen gelassen, um Wissenschaft und Praxis nicht vorzugreifen.<sup>173</sup> Das Spektrum der vertretenen Ansichten reicht vom Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Übertragung des Gutes bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Im Mittelpunkt der Argumentation steht dabei das Bestreben, den Wertersatzanspruch wertungsmäßig mit dem Anspruch auf Übertragung des Gutes selbst abzustimmen, an dessen Stelle er tritt. Das zusätzliche Bedürfnis für eine Koordination von Nutzungsausgleich und Wertersatz hat dagegen bislang nur wenig Beachtung gefunden.<sup>174</sup>

<sup>171</sup> Siehe dazu supra 2. Teil: B.I.2.a)bb), S. 275 ff. Im Rücktrittsfolgenrecht ergibt sich dies durch den Rückgriff auf die vertraglich vereinbarte Gegenleistung gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB.

<sup>172</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 283.

<sup>173</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 467.

<sup>174</sup> Für eine der wenigen Ausnahmen siehe bspw. *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (589). Dies ist nicht überraschend, da das Problem bei der Lösung eines konkreten Falles nur dann augenfällig wird, wenn sowohl Nutzungen auszugleichen als auch Wertersatz für das primär erlangte Gut zu leisten ist. Erforderlich ist also, dass der Nichtberechtigte zuerst Nutzungen i. S. v. § 100 BGB aus dem Gut zieht und es dann verwertet.

## aa) Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Übertragung des Gutes

Der frühestmögliche Zeitpunkt, der für die Ermittlung des Wertersatzanspruchs in den für den Nutzungsausgleich relevanten Konstellationen in Betracht kommt, ist die Entstehung des Anspruchs auf Übertragung des Gutes. Häufig ist dies zugleich der Zeitpunkt, zu dem der Nichtberechtigte Inhaber des genutzten Gutes wird. Wenn es beispielsweise auf der Grundlage eines nichtigen Kaufvertrages zum Leistungsaustausch kommt, so entsteht der Anspruch des vermeintlichen Verkäufers auf Rückgabe und Rückübereignung der Kaufsache aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB in dem Zeitpunkt, zu dem er sie dem vermeintlichen Käufer übergibt und übereignet. Erst zeitlich nach der Erlangung des Gutes durch den Bereicherungsschuldner entsteht der Bereicherungsanspruch beispielsweise im Falle der *condictio ob rem*, § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, wenn sich erst nach der Überlassung des Gutes herausstellt, dass der mit der Überlassung bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Lange Zeit vertraten sowohl das Reichsgericht als auch der BGH undifferenziert den Standpunkt, dass für die Ermittlung des nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldeten Wertersatzes der Zeitpunkt maßgeblich sei, zu dem der Bereicherungsschuldner den Bereicherungsgegenstand erlangt und der Bereicherungsanspruch somit erstmals zur Entstehung kommt.<sup>175</sup> Allerdings war die Aussagekraft der Rechtsprechung des BGH in dieser Frage lange Zeit begrenzt, da die einschlägigen Entscheidungen Fälle betrafen, in denen die Entstehung des Bereicherungsanspruchs zeitlich mit der Entstehung des Wertersatzanspruchs zusammenfiel.<sup>176</sup> Dagegen stellte das Reichsgericht tatsächlich auch in Fällen, in denen sich ein ursprünglich auf die Übertragung des erlangten Gutes gerichteter Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erst *nachträglich* in einen Anspruch auf Wertersatz umgewandelt hatte, auf den Zeitpunkt der erstmaligen Entstehung des Bereicherungsanspruchs ab.<sup>177</sup> Dies stieß im Schrifttum – soweit es sich vertieft mit dem Problem auseinandersetzte – im Hinblick auf die fehlende Abstimmung zwischen dem Anspruch auf Übertragung des Gutes und dem an seine Stelle tretenden Anspruch auf Wertersatz überwiegend auf Ablehnung.<sup>178</sup> Mittlerweile hat sich der BGH diese Kritik zu eigen gemacht und seine Rechtsprechung ausdifferenziert.<sup>179</sup>

Im Verhältnis zum Nutzungsausgleich ergibt sich aus dem Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs als Stichtag für die Bewertung des Gutes ein zwingender Koordinierungsbedarf. Immer dann, wenn das genutzte Gut abnutzbar ist, kommt es zwangsläufig zu Überschneidungen zwischen beiden Rechts-

<sup>175</sup> RG, 16.2.1921, V 398/20, RGZ 101, 389 (391); RG, 22.12.1927, VI 183/27, RGZ 119, 332 (336); BGH, 27.2.1952, II ZR 191/51, BGHZ 5, 197 (200); BGH, 14.1.2002, II ZR 354/99, NJW 2002, 1340 (1341).

<sup>176</sup> BGH, 27.2.1952, II ZR 191/51, BGHZ 5, 197 (200); BGH, 14.1.2002, II ZR 354/99, NJW 2002, 1340 (1341).

<sup>177</sup> RG, 16.2.1921, V 398/20, RGZ 101, 389 (391); RG, 22.12.1927, VI 183/27, RGZ 119, 332 (336).

<sup>178</sup> Siehe bspw. *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 176; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 282 f.

<sup>179</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (237); BGH, 16.11.2007, V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591.



instituten. Offensichtlich ist dies, wenn die Nutzungen in Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB bestehen, deren Wert anhand der linearen Wertminderung des Gutes bestimmt wird. Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte auf der Grundlage eines nichtigen Kaufvertrags Besitz und Eigentum an einer neuwertigen Maschine mit einer Nutzungsdauer von zehn Jahren erlangt und diese zwei Jahre lang nutzt, so schuldet er als Nutzungsausgleich 20 % des Wertes der Maschine. Würde er für den Fall, dass er die Maschine nach zwei Jahren verkauft hat, zusätzlich als Wertersatz den Wert der Maschine schulden, den sie hatte, als er sie erhielt, würde der Berechtigte überkompensiert. Für den Verlust von 100 % des Wertes der Maschine im Zeitpunkt der Lieferung an den Nichtberechtigten würde er eine Kompensation in Höhe von 120 % erhalten. Das gleiche Problem würde sich auch dann stellen, wenn der Wert der Gebrauchsvorteile anhand eines fiktiven Mietzinses bestimmt würde oder wenn der Nichtberechtigte das Gut seinerseits vermietet. Denn auch ein Mietzins für ein abnutzbares Gut ist so kalkuliert, dass er den gebrauchsbedingten Wertverlust amortisiert.<sup>180</sup>

Dieses Problem ergibt sich seit der Schuldrechtsmodernisierung auch im Rücktrittsfolgenrecht. Dort schreibt das Gesetz in § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB mit dem Wert der Gegenleistung einen Wertmaßstab vor, der in aller Regel dem Wert des Gutes im Zeitpunkt der Leistung entspricht. Zur Vermeidung einer Überkompensation des Rückgewährgläubigers hat sich mittlerweile die Auffassung durchgesetzt, dass eine gebrauchsbedingte Wertminderung, die bereits im Rahmen des Nutzungsausgleichs kompensiert wurde, bei der Bestimmung des für die empfangene Leistung gemäß § 346 Abs. 2 BGB geschuldeten Wertersatzes außer Betracht zu bleiben hat.<sup>181</sup>

Problematisch ist eine Bewertung eines Bereicherungsgegenstandes zum Zeitpunkt der Erlangung der Entstehung des Anspruchs auf Übertragung des Gutes ferner dann, wenn der Bewertung des Gutes der Ertragswert zugrunde gelegt wird und der Nichtberechtigte die konkret erzielten Erträge im Rahmen des Nutzungsausgleichs an den Berechtigten auskehren muss. Wenn das vom Nichtberechtigten mit dem fremden Gut erzielte Residuum als wirtschaftliches Verdienst des Gutes qualifiziert wird, dann wäre es – wie bereits dargelegt<sup>182</sup> – unstimmtig, dieses Residuum nicht auch in die Prognose der zukünftigen Gewinne für die Zwecke der Ertragswertermittlung einfließen zu lassen.

### *bb) Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs*

Nach der mittlerweile herrschenden Meinung ist zumindest dann, wenn der Bereicherungsschuldner das Erlangte zunächst noch gegenständlich auf den Bereicherungsgläubiger hätte übertragen können, für die Bewertung auf den Zeitpunkt

<sup>180</sup> Siehe dazu *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 428 sowie infra 3. Teil:C.I.1.a), S. 519 f.

<sup>181</sup> Supra 1. Teil:B.III.5.a), S. 96 f.

<sup>182</sup> Supra 2. Teil:C.II.2.a)bb), S. 402 f.

abzustellen, zu dem die Übertragung unmöglich wird.<sup>183</sup> Es kommt also auf den Zeitpunkt an, in dem der Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs. 2 BGB entsteht und an die Stelle des Anspruchs auf den ursprünglich vom Bereicherungsschuldner erlangten Bereicherungsgegenstand tritt.

Im Schrifttum war dies schon lange gefordert worden,<sup>184</sup> um einen friktionslosen Übergang zwischen beiden Primäransprüchen zu gewährleisten. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass Wertveränderungen des Bereicherungsgegenstandes bis zur Unmöglichkeit der Übertragung vermögensmäßig dem Bereicherungsgläubiger zugeordnet waren.<sup>185</sup> Hatte der Bereicherungsgläubiger dem Bereicherungsschuldner rechtsgrundlos einen Goldbarren geliefert, so hätte bei einer Rückgabe des Goldbarrens von einem gestiegenen Goldpreis allein der Bereicherungsgläubiger profitiert. Umgekehrt wäre er es gewesen, der einen Wertverlust hätte absorbieren müssen. Indem das Reichsgericht in Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit der Übertragung des primär geschuldeten Bereicherungsgegenstandes auf den Zeitpunkt der erstmaligen Entstehung des Bereicherungsanspruchs abstellte, verlagerte es die wirtschaftlichen Folgen der Wertveränderung des Gutes rückwirkend auf den Bereicherungsschuldner. Wird hingegen auf den Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs abgestellt, so bleibt die bisherige Wertentwicklung des Bereicherungsgegenstandes weiterhin wirtschaftlich dem Bereicherungsgläubiger zugeordnet. Wenn der Bereicherungsschuldner einen ihm rechtsgrundlos übereigneten Goldbarren zum Marktpreis verkauft, so schuldet er den Marktwert des Goldbarrens *im Verkaufszeitpunkt*.

Während der Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs somit in der Tat eine bessere Abstimmung mit dem Anspruch auf Übertragung des Gutes gewährleistet, an dessen Stelle er tritt, führt er im Verhältnis zum Nutzungsausgleich nicht zwangsläufig zu stimmigen Ergebnissen. Für die Bewertung eines Gutes mit dem Ertragswert führt der Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs zwar – wie bereits dargelegt<sup>186</sup> – zu einer sachgerechten Abstimmung mit dem Nutzungsausgleich, wenn der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs erzielte Gewinne an den Berechtigten auskehren muss und von diesem im Verlustfall Ausgleich erhält. Wenn hingegen das bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielte Residuum dem Nichtberechtigten zugeordnet wird, so kann die

---

<sup>183</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (237); BGH, 16.11.2007, V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591; Pinger, MDR 1972, 187f.; Reimer, Die aufgedrängte Bereicherung – Paradigma der “negatorischen” Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz, 1990, S. 75 (für den Fall, dass der Bereicherungsgläubiger gegenstandsorientierte Abrechnung wählt); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 329; MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 118; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 33 (1.5.2018).

<sup>184</sup> Siehe bspw. Pinger, MDR 1972, 187f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 283.

<sup>185</sup> Pinger, MDR 1972, 187f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 282f.; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 33 (1.5.2018).

<sup>186</sup> Supra 2. Teil:C.II.2.a)bb), S. 402 f.

Ermittlung des Ertragswertes auf den Zeitpunkt der Entstehung des Wertersatzanspruchs zu schweren Wertungswidersprüchen führen.

So war beispielsweise der BGH im Beispiel 31<sup>187</sup> in Einklang mit seiner Standardlösung für Unternehmen<sup>188</sup> zu dem Ergebnis gekommen, dass der vermeintliche Käufer einer Steuerberaterpraxis, der die Praxis fast drei Jahre lang so gut geführt hat, dass die Mandanten nicht mehr bereit waren, zum früheren Inhaber zurückzukehren, den erzielten Gewinn an den Berechtigten auskehren muss. Dies kann man auch anders sehen. Im Schrifttum wird vielfach mit überzeugenden Gründen gefordert, das konkret erzielte Unternehmensergebnis zumindest dann im Regelfall dem Nichtberechtigten zuzurechnen, wenn dieser das Unternehmen führt.<sup>189</sup> Wenn man die Prämisse des BGH in dem Beispiel 31 zugrundeliegenden Fall nicht teilt und den Gewinn dem vermeintlichen Käufer der Praxis belassen will, dann ergibt es offensichtlich keinen Sinn, den vermeintlichen Verkäufer hieran indirekt partizipieren zu lassen, indem man den gleichen Gewinn der Ermittlung des vom vermeintlichen Käufer für die Praxis geschuldeten Wertersatzes zugrunde legt. Wenn das Unternehmensergebnis als wirtschaftliches Verdienst des Nutzenden eingestuft wird, so muss sich dies konsequenterweise auch auf die Ermittlung des Ertragswertes des Unternehmens auswirken. Es müsste auf den Zeitpunkt abgestellt werden, unmittelbar bevor der Nichtberechtigte das Unternehmen übernahm.<sup>190</sup>

*cc) Zeitpunkte nach der Entstehung des Wertersatzanspruchs (Erfüllung des Wertersatzanspruchs, Klageerhebung, letzte mündliche Verhandlung)*

Ein Teil des Schrifttums will sich mit der von der Rechtsprechung mittlerweile vollzogenen Verschiebung des Bewertungszeitpunkts von der Entstehung des Bereicherungsanspruchs zur Entstehung des Wertersatzanspruchs nicht zufrieden geben. Stattdessen fordern diese Autoren, für die Bewertung des Bereicherungsgegenstandes auf einen noch späteren Zeitpunkt abzustellen. Insofern lassen sich nochmals zwei Unterpositionen unterscheiden. Einige Autoren wollen auf die Rechtshängigkeit des Wertersatzanspruchs bzw. auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Bereicherungsschuldner i. S. v. § 819 BGB abstellen.<sup>191</sup> Nach anderer Ansicht soll stattdessen der Termin der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich sein. Sofern der Bereicherungsanspruch ohne Inanspruchnahme der

<sup>187</sup> Supra S. 402.

<sup>188</sup> Siehe supra 2. Teil: B. II. 3. a) aa) (3) (a), S. 343 ff.

<sup>189</sup> Siehe supra 2. Teil: B. II. 3. a) aa) (3) (b), S. 347 ff.

<sup>190</sup> Alternativ könnte man versuchen, den Ertragswert auf der Grundlage eines objektivierten Unternehmensergebnisses zu ermitteln. Allerdings wird diese Konsequenz zumeist nicht gezogen, was wohl nicht zuletzt auf ein fehlendes Problembewusstsein zurückzuführen sein dürfte.

<sup>191</sup> *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 142; *Reimer*, Die aufgedrängte Bereicherung – Paradigma der “negatorischen” Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz, 1990, S. 75 (für den Fall, dass der Bereicherungsgläubiger eine vermögensorientierte Abrechnung wählt).

Gerichte abgewickelt wird, träte an die Stelle der letzten mündlichen Verhandlung der Zeitpunkt der Erfüllung des Wertersatzanspruchs.<sup>192</sup>

Der gemeinsame konzeptionelle Nenner dieser Strömung im Schrifttum besteht darin, den Gleichlauf von Chance und Risiko zu wahren. Wenn der Bereicherungsgläubiger auch nach der Umstellung des Bereicherungsanspruchs auf einen Anspruch auf Wertersatz damit rechnen muss, dass sich der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen kann, nicht mehr bereichert zu sein, so müsse ihm auch umgekehrt die Chance zugewiesen werden, dass sich das Vermögen des Bereicherungsschuldners infolge des Bereicherungsvorgangs positiv entwickelt.<sup>193</sup> Es wird somit das gleiche Argument ins Feld geführt, mit dem auch eine Einbeziehung des *commodum ex negotiatione* in die Bereicherungshaftung gemäß § 818 Abs. 1 BGB befürwortet wird.<sup>194</sup>

Dem halten Vertreter der herrschenden Meinung entgegen, dass sich nach der Entstehung des Wertersatzanspruchs das weitere Schicksal des veräußerten oder verbrauchten Gutes im Vermögen des Bereicherungsschuldners nicht mehr niederschlagen könne.<sup>195</sup> Dieser Einwand greift insofern durch, als man auf die Wertentwicklung des ursprünglich Erlangten abstellt. Wenn der Bereicherungsschuldner rechtsgrundlos erlangtes Heizöl verfeuert, dann wirkt sich eine Erhöhung des Heizölpreises auf sein Vermögen in der Tat nicht mehr aus.

Zumindest *Hans-Georg Koppenteiner* verbindet sein Plädoyer für einen späteren Bewertungszeitpunkt mit der Forderung nach Ermittlung des Bereicherungsanspruchs mittels einer vermögensmäßigen Betrachtung.<sup>196</sup> Danach käme es – spiegelbildlich zum Schadensersatz – darauf an, wie sich das *Gesamtvermögen* des Bereicherungsschuldners aufgrund des ursprünglichen Bereicherungsvorgangs entwickelt. Ausgehend von dieser Prämisse wäre es beispielsweise im Falle eines Verkaufs des ursprünglich erlangten Gutes durchaus möglich, die Bewertung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorzunehmen. Man müsste sich hierfür allerdings die Mühe machen, das weitere Schicksal des *commodum ex negotiatione* im Schuldnervermögen nachzuverfolgen.<sup>197</sup> Gegen eine solche vermögensbezogene Ermittlung des Wertersatzes spricht allerdings nach der herrschenden Meinung die klar gegenstandsbezogene Ausgestaltung des § 818 Abs. 1 BGB.<sup>198</sup>

<sup>192</sup> *Koppenteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 178. Siehe auch *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 418.

<sup>193</sup> *Koppenteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 178.

<sup>194</sup> *Supra* 2. Teil:C.II.1.b)bb)(2), S. 394. Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequenter, den Wertersatzanspruch im Zeitpunkt des Eintritts der verschärften Haftung zu fixieren, da ein Wegfall der Bereicherung spätestens ab diesem Zeitpunkt unbeachtlich ist.

<sup>195</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 283; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 118.

<sup>196</sup> *Koppenteiner*, NJW 1971, 588 ff. In diesem Sinne auch *Reimer*, Die aufgedrängte Bereicherung – Paradigma der “negatorischen” Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz, 1990, S. 75.

<sup>197</sup> Siehe dazu sogleich *infra* 2. Teil:C.III.3.b), S. 424 f.

<sup>198</sup> Siehe dazu *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksver-

Problematisch wäre ein der Entstehung des Wertersatzanspruchs zeitlich nachgelagerter Bewertungszeitpunkt auch im Hinblick auf die Koordination von Wertersatz und Nutzungsausgleich. Würde man auf die – gegebenenfalls hypothetische – Wertentwicklung des ursprünglich erlangten Gutes abstellen, so käme ein Ausgleich der tatsächlich gezogenen Nutzungen nicht in Betracht. Denn der Bereicherungsschuldner ist zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Inhaber des genutzten Gutes. Insofern würde der Nutzungsausgleich daher zwangsläufig vom Wertersatzanspruch für das genutzte Gut entkoppelt. Würde man hingegen den Bereicherungsanspruch auf der Grundlage einer vermögensmäßigen Betrachtung danach bestimmen, welche kausalen Auswirkungen der ursprüngliche Bereicherungsvorgang auf das Schuldnervermögen hatte, so würde der Nutzungsausgleich insgesamt hinfällig. Wie *Dieter Reuter* zutreffend bemerkt hat, würde der Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2 BGB das Haftungsprogramm des § 818 Abs. 1 BGB inklusive des Nutzungsausgleichs gleichsam „aufsaugen“.<sup>199</sup>

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Nichtberechtigte Ausgleich für Nutzungen schuldet, die er aus einem Surrogat zieht, das er für das ursprünglich falsch zugeordnete Gut erlangt hat. Diesem Problem ist der folgende Abschnitt gewidmet.

### III. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes

Wenn der Nichtberechtigte nicht mehr Inhaber des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes ist, so kann er daraus auch keine Nutzungen mehr ziehen. Die Unmöglichkeit der Übertragung des Gutes selbst geht daher Hand in Hand mit der Unmöglichkeit einer auf das Gut bezogenen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich. Gleichzeitig ist das Gut allerdings, sofern es nicht kompensationslos<sup>200</sup> untergegangen ist,<sup>201</sup> zumindest wertmäßig weiterhin im Vermögen des Nichtberechtigten vorhanden. Der Nichtberechtigte nutzt somit weiterhin das in dem ursprünglichen Gut gebundene und dem Berechtigten zustehende Kapital. Die Frage, ob der Nichtberechtigte zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein sollte, hat sich daher nicht erledigt, sondern muss von der Rechtsordnung neu beantwortet werden. Paradigmatisch ist der Verkauf des Gutes. Wer bezüglich eines vermieteten Hausgrundstücks zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet ist, muss den vereinnahmten Mietzins an den Berechtigten auskehren.<sup>202</sup> Weniger eindeutig ist die Rechtslage, wenn der Nichtberechtigte das Hausgrundstück verkauft, mit dem

---

hältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 331 m. w. N.

<sup>199</sup> *Ibid.*, S. 331.

<sup>200</sup> Bei einer schuldhaften Beeinträchtigung durch einen Dritten erlangt der Nichtberechtigte u. U. – zumindest vermeintlich – einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten. Wenn er diesen liquidieren kann, ist das Gut wieder wertmäßig in seinem Vermögen vorhanden.

<sup>201</sup> Bzw. soweit es sich nicht verschlechtert hat.

<sup>202</sup> §§ 100, 99 Abs. 3 BGB. Siehe dazu auch schon *supra* 2. Teil: B. II. 3. c), S. 368 f.

Erlös ein vergleichbares Objekt in einer anderen Stadt anschafft und dieses vermietet. Es gibt drei naheliegende Möglichkeiten für die Ausgestaltung der Ausgleichspflicht des Nichtberechtigten nach einer Verwertung des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes: Verzicht auf Nutzungsausgleich (1), Verzinsung einer durch die Umschichtung entstehenden Wertersatzpflicht (2) und die Umstellung der Nutzungsausgleichspflicht auf das durch die Umschichtung Erlangte (3). Alle drei Ansätze werden *de lege lata* in wenig konsistenter Weise praktiziert.

### 1. Verzicht auf Nutzungsausgleich nach Verwertung des Gutes

*De lege lata* führt eine Verwertung des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes grundsätzlich zu einer Befreiung des Nichtberechtigten von jeglicher Ausgleichspflicht, wenn er verpflichtet ist, statt des Gutes Wertersatz zu leisten (a). Dies führt zu einer wertungsmäßig nicht nachvollziehbaren Begünstigung des Nichtberechtigten (b).

#### a) Grundsätzliches Fehlen einer Nutzungsausgleichspflicht im Falle einer Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Wertersatz

Eine Wertersatzpflicht für das ursprünglich falsch zugeordnete Gut kann sich in den für den Nutzungsausgleich relevanten Konstellationen entweder aus § 346 Abs. 2 BGB oder aus § 818 Abs. 2 BGB<sup>203</sup> ergeben. Neben einer solchen Verpflichtung zum Wertersatz, die an die Stelle des ursprünglichen Primäranspruchs aus Übertragung des Gutes tritt, ist ein Ausgleich von Nutzungen in zwei Varianten denkbar. Zum einen kann der Nichtberechtigte verpflichtet werden, die Wertersatzschuld zu verzinsen (aa). Hierdurch würde er in *pauschaler* Form Ausgleich für die Nutzung des in dem ursprünglich erlangten Gut gebundenen Kapitals leisten.<sup>204</sup> Zum anderen kann für die Zwecke des Nutzungsausgleichs gleichsam durch die Wertersatzpflicht hindurch geblickt und auf ein konkretes Gut im Vermögen des Nichtberechtigten abgestellt werden (bb). Auszugleichen wären dann die hieraus *konkret* gezogenen Nutzungen. Beide Varianten sind *de lege lata* die Ausnahme. Im Regelfall entfällt die Nutzungsausgleichspflicht im Zeitpunkt der Verwertung des Gutes und der Entstehung der Wertersatzpflicht.

<sup>203</sup> Ggf. i.V.m. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, sofern das *commodum ex negotiatione* vom Nichtberechtigten nicht gegenständlich herausgegeben werden kann. Demgegenüber ist der Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB primär nicht auf Wertersatz gerichtet.

<sup>204</sup> Zum Nutzungsausgleich durch gesetzliche Zinstatbestände siehe bereits *supra* 1. Teil: B. II.3, S. 68 ff.

*aa) Keine allgemeine Verpflichtung zu pauschalem Nutzungsausgleich in Gestalt einer Verzinsung der Wertersatzpflicht*

Eine Wertersatzpflicht bietet von vornherein keinen Ansatzpunkt für eine Verpflichtung zum Ausgleich *konkret* gezogener Nutzungen i. S. v. § 100 BGB. Wenn der Nichtberechtigte statt des Gutes ein dafür erlangtes Surrogat schuldet, so kann dieses als Bezugspunkt für eine konkrete Nutzungsausgleichspflicht dienen.<sup>205</sup> Demgegenüber ist eine Wertersatzpflicht abstrakt auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet. Der Nichtberechtigte muss diesen Geldbetrag aus seinem Vermögen entrichten. Die Pflicht ist allerdings nicht auf einen bestimmten Teil seines Vermögens bezogen. Eine Wertersatzpflicht kann daher nur Bezugspunkt einer *pauschalen* Nutzungsausgleichspflicht in Gestalt einer Verpflichtung zur Verzinsung des geschuldeten Geldbetrags sein. Eine solche Verzinsungspflicht sieht das BGB nicht allgemein, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen vor.<sup>206</sup>

Der Rückgewährschuldner muss die Wertersatzpflicht aus § 346 Abs. 2 BGB nur dann in Höhe des Verzugszinssatzes verzinsen, wenn er entweder vom Rückgewährgläubiger in Verzug gesetzt oder auf Zahlung verklagt wurde.<sup>207</sup> Dies entspricht der Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung. § 347 S. 3 BGB a. F.<sup>208</sup> bestimmte zwar, dass eine Geldsumme von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen war. Die herrschende Meinung lehnte es jedoch ab, diese Zinspflicht über den sich aus dem Wortlaut ergebenden Anwendungsbereich der vom Rückgewährgläubiger an den Rückgewährschuldner geleisteten Geldzahlungen hinaus auf Ansprüche auf Schadensersatz, Wertersatz oder Nutzungsausgleich auszudehnen und insofern entsprechend anzuwenden.<sup>209</sup>

Ein Bereicherungsschuldner muss eine Verpflichtung zum Wertersatz aus § 818 Abs. 2 BGB nach der herrschenden Meinung ebenfalls nicht pauschal ab ihrer Entstehung verzinsen, sondern erst, wenn er vom Bereicherungsgläubiger in Verzug gesetzt oder auf Zahlung verklagt wurde. Zusätzlich trifft ihn eine Pflicht zur Verzinsung einer Wertersatzschuld bereits ab dem Zeitpunkt, zu dem er von seiner fehlenden Berechtigung i. S. v. § 819 Abs. 1 BGB positive Kenntnis erlangt.<sup>210</sup>

Eine *generelle* Pflicht zur Verzinsung einer bereicherungsrechtlichen Wertersatzpflicht aus § 818 Abs. 2 BGB erwog dagegen *Hans-Georg Koppensteiner*.<sup>211</sup>

<sup>205</sup> Siehe dazu sogleich *infra* 2. Teil:C.III.3, S. 422 ff.

<sup>206</sup> Für einen Überblick über die wichtigsten gesetzlichen Zinstatbestände siehe *supra* 1. Teil:B.II.3, S. 68 ff.

<sup>207</sup> §§ 286, 288, 291 BGB.

<sup>208</sup> Für den Normtext siehe *supra* S. 71 in Fn. 358.

<sup>209</sup> BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55); Soergel/Hadding, 12. Aufl., § 347 BGB Rn. 5 (1990).

<sup>210</sup> BGH, 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356 (361).

<sup>211</sup> Im Ergebnis bejaht *Koppensteiner* offenbar folgende von ihm aufgeworfene Frage, obwohl seine Ausführungen zum Teil vage bleiben: „Fraglich ist, ob Nutzungsersatz auch dann noch geschuldet wird, wenn das ursprünglich Erlangte schon aus dem Vermögen des Bereicherten ausgeschieden ist. Muß z. B. der Betrag, den der Beklagte durch den Verbrauch rechtsgrundlos erlangter Sachen erspart hat, verzinst werden?“ Siehe *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (593 f.)

Dabei handelte es sich um einen Nebenaspekt von *Koppensteiners* Projekt, den bereicherungsrechtlichen Primäranspruch entgegen der herrschenden Meinung nicht gegenstands-, sondern vermögensbezogen zu interpretieren und mittels § 818 Abs. 2 BGB eine allgemeine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung zu ermöglichen.<sup>212</sup> Damit konnte er sich nicht durchsetzen.<sup>213</sup>

Zumindest dann, wenn der primäre Bereicherungsgegenstand im Sinne von § 818 Abs. 1 BGB in „Geld“ besteht, kann die Praxis der Rechtsprechung, eine Nutzungsziehung in Höhe eines bestimmten Zinssatzes großzügig zu „vermuten“,<sup>214</sup> einer pauschalen Verpflichtung zur Verzinsung eines Wertersatzanspruchs i. S. v. § 818 Abs. 2 BGB zumindest faktisch nahe kommen. Denn ein Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos Geld erlangt hat, schuldet in aller Regel Wertersatz.<sup>215</sup> Ein gegenständlicher Anspruch auf Übertragung des *konkret* erlangten Geldes kommt nur in Betracht, wenn es sich um Bargeld handelt und die einzelnen Geldzeichen noch unterscheidbar im Vermögen des Nichtberechtigten vorhanden sind.<sup>216</sup> Sofern aufgrund der Umstände zu vermuten ist, dass der Nichtberechtigte aus der Verwendung des Geldes einen Vorteil gezogen hat, erspart die Rechtsprechung dem Berechtigten den Nachweis, in welcher Höhe der Nichtberechtigte konkret Nutzungen gezogen hat. Stattdessen wird eine Nutzungsziehung durch den Nichtberechtigten in Höhe eines bestimmten Zinssatzes schlicht unterstellt.<sup>217</sup> Je nach Fallgestaltung soll hierdurch der Vorteil aus der Ersparnis von Sollzinsen<sup>218</sup> bzw. aus der Erzielung von Erträgen<sup>219</sup> typisiert werden.

Wie sehr sich die Rechtsprechung im Ergebnis einer pauschalen, gesetzlich nicht vorgesehenen Zinspflicht annähert, wird besonders deutlich dadurch illustriert, dass sie sich bezüglich der Höhe des für erlangtes Geld geschuldeten Nutzungsausgleichs an gesetzlichen Zinssätzen orientiert. So wurden die von einem Nichtberechtigten aus „Geld“ gezogenen Nutzungen von der Rechtsprechung beispielsweise mit 4 %<sup>220</sup> (§ 246 BGB sowie § 288 Abs. 1 BGB a. F.), 5 %<sup>221</sup> (§ 352 HGB),

<sup>212</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 ff. und *ders.*, NJW 1971, 1769 ff.

<sup>213</sup> *Supra* 2. Teil:C.II.1.b)bb), S. 392 ff.

<sup>214</sup> *Supra* 2. Teil:B.II.3.b)bb)(2), S. 362 ff.

<sup>215</sup> §§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB.

<sup>216</sup> BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 22 (1.5.2018).

<sup>217</sup> RG, 27.4.1936, IV 14/36, RGZ 151, 123 (127); BGH, 4.6.1975, V ZR 184/73, BGHZ 64, 322 (323); BGH, 8.10.1987, VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41 (48); BGH, 4.12.1996, VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 (935). Siehe auch schon *supra* 2. Teil:B.II.3.b)bb)(2), S. 362 ff.

<sup>218</sup> Siehe BGH, 6.3.1998, V ZR 244/96, BGHZ 138, 160 (165 f.). Siehe auch bereits RG, 27.4.1936, IV 14/36, RGZ 151, 123 (127).

<sup>219</sup> Siehe bspw. BGH, 4.12.1996, VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 (935); OLG Hamm, 15.4.1988, 11 U 129/87, NJW-RR 1988, 1004 (1006).

<sup>220</sup> RG, 28.1.1903, 296/02, RGZ 53, 363 (371); BGH, 28.6.1961, V ZR 75/60, WM 1961, 1149 (1151); OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 f.; LG Frankfurt a. M., 28.2.1996, 2/4 O 283/95, NJW 1997, 329 (330).

<sup>221</sup> Siehe bspw. BGH, 15.3.1955, I ZR 173/53, WM 1955, 1170 (1172); BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (243 f.) (Begründung allerdings mit Marktüblichkeit dieses Zinssatzes). Für eine Nutzungsausgleichspflicht für Geld in Höhe einer Mindestverzinsung von 5 % in Anlehnung an § 352 HGB im Schrifttum bspw. *Büttner*, BB 1970, 233 (234).



2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz<sup>222</sup> (§ 497 Abs. 4 BGB) oder fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz<sup>223</sup> (§ 288 Abs. 1 BGB) des in Rede stehenden Geldbetrags „vermutet“. Nichtsdestotrotz betont der BGH zugleich, dass bei der Nutzung von „Geld“ Ausgleich nur für *konkret* gezogene Nutzungen geschuldet werde.<sup>224</sup> Dementsprechend kann die Vermutung für eine Nutzungsziehung aus Geld vom Nichtberechtigten widerlegt werden.<sup>225</sup> Dies führt zu der Frage, inwieweit neben einer Verpflichtung zum Wertersatz für ein falsch zugeordnetes Gut ein Anspruch auf Ausgleich der aus diesem Gut bzw. seinem Surrogat konkret gezogenen Nutzungen in Betracht kommt.

*bb) Nur ausnahmsweise Kombination von Wertersatzpflicht mit konkretem Nutzungsausgleich*

Sofern das ursprünglich erlangte Gut bzw. ein an seine Stelle getretenes Surrogat nach Entstehung der Wertersatzschuld noch identifizierbar im Vermögen des Nichtberechtigten vorhanden ist, ist es theoretisch möglich, für die Zwecke des Nutzungsausgleichs auf das Gut bzw. sein Surrogat abzustellen. Dies liefe darauf hinaus, den auf das Gut bezogenen Primäranspruch und den Sekundäranspruch auf Nutzungsausgleich nach unterschiedlichen Grundsätzen zu behandeln. Der Primäranspruch würde auf Wertersatz umgestellt, während für die Zwecke des Nutzungsausgleichs eine Nachverfolgung des Surrogats im Schuldnervermögen erfolgen müsste. Dass dies im Hinblick auf eine wertungsmäßig stimmige Koordinierung von Nutzungsausgleich und Wertersatz problematisch wäre, ist offensichtlich.

Grundsätzlich wird *de lege lata* neben einem Anspruch auf Wertersatz kein konkreter Nutzungsausgleich durchgeführt.<sup>226</sup> Tritt ein Wertersatzanspruch an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gutes, so nutzt der Nichtberechtigte das vormals falsch zugeordnete Gut bzw. sein Surrogat fortan als Berechtigter auf eigene Rechnung. Etwas anderes gilt nur insoweit, als sich ein Bereicherungsschuldner auch nach Entstehung eines Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen kann, nicht mehr bereichert zu sein.<sup>227</sup>

<sup>222</sup> Siehe bspw. BGH, 25.4.2017, XI ZR 573/15, ZIP 2017, 1060 (1061).

<sup>223</sup> Für Zahlungen an eine Bank: BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2530f.); BGH, 24.4.2007, XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147 (157); BGH, 10.3.2009, XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 (134).

<sup>224</sup> BGH, 4.6.1975, V ZR 184/73, BGHZ 64, 322 (323) („Nicht gefolgt werden kann der Revision insoweit, als sie unter Hinweis auf die Rechtsprechung vorbringt, daß allgemein derjenige, der ohne Rechtsgrund Geld empfangen habe, dieses als Kapital nütze und diesen Nutzen in Form üblicher Zinsen als Wertersatz herausgeben müsse.“); BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2530). Siehe auch OLG Brandenburg, 13.11.2013, 4 U 93/11, juris, Rn. 223 ff.

<sup>225</sup> BGH, 24.9.1996, XI ZR 185/94, ZIP 1996, 2090 (2092f.); BGH, 12.5.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, 2529 (2530f.).

<sup>226</sup> Siehe bspw. BGH, 18.11.1982, III ZR 61/81, NJW 1983, 868 (870); BGH, 10.2.2004, X ZR 117/02, BGHZ 158, 63 (68). Dies kritisiert bspw. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242. Siehe auch BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 11 (1.5.2018).

<sup>227</sup> Im Rahmen der dann vorzunehmenden „Gesamtsaldierung aller mit dem Bereicherungs-

Im Schrifttum hat sich *Hans Georg Koppensteiner* für den Fall einer Wertersatzpflicht aus § 818 Abs. 2 BGB prominent dafür ausgesprochen, für den Nutzungsausgleich daneben *generell* an das gegenständliche Surrogat anzuknüpfen, dass im Vermögen des Bereicherungsschuldners an die Stelle des ursprünglich Erlangten getreten ist.<sup>228</sup> Auch hierbei handelt es sich, wie bereits bei *Koppensteiners* Überlegungen zu einer generellen Verzinsung einer Wertersatzpflicht, um einen Ausfluss seines Projekts einer generellen Neuausrichtung des Bereicherungsrechts hin zu einer Vermögensorientierung.<sup>229</sup>

Gängige Praxis ist eine Kombination von *Wertersatz* und *konkretem* Nutzungsausgleich nach der herrschenden Meinung ausnahmsweise dann, wenn es sich bei dem falsch zugeordneten Gut um Geld handelt, das vom Nichtberechtigten produktiv genutzt wird.<sup>230</sup> Denn obwohl sich die Rechtsprechung durch die Vermutung einer Nutzungsziehung in Höhe eines gesetzlichen Zinssatzes im Ergebnis einer pauschalen Verzinsungspflicht annähert, hält sie konzeptionell daran fest, dass der Nichtberechtigte Ausgleich für den *konkreten* Nutzungserfolg schuldet. Wenn daher nachweisbar ist, dass der Nichtberechtigte rechtsgrundlos erlangtes Geld erfolgreich in hochverzinsliche Anleihen mit niedriger Bonität investiert hat, so schuldet er einerseits für das erlangte Geld gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz, muss aber andererseits die konkret erzielten Zinserträge als „Nutzungen“ des Geldes i. S. v. § 100 BGB an den Bereicherungsgläubiger auskehren.<sup>231</sup>

Daneben wird ein „Durchblick“ durch eine Wertersatzpflicht auf das genutzte Gut insbesondere für den Fall der Errichtung eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden diskutiert. Konkret geht es darum, ob dem Erbauer zusätzlich zu einem Wertersatzanspruch für das Gebäude auch dessen Nutzungen zuzuweisen sind. Für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes eine Vindikationslage bestand, fehlt es nach der ständigen Rechtsprechung des BGH insofern

---

vorgang verbundenen Vor- und Nachteile“ sollen die grundsätzlich nicht ausgleichspflichtigen Nutzungen eines *commodum ex negotiatione* allerdings indirekt berücksichtigt werden können: Sie verringern eine Entreicherung, auf die sich der Bereicherungsschuldner anderenfalls berufen könnte. Siehe BGH, 10.2.2004, X ZR 117/02, BGHZ 158, 63 (68).

<sup>228</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (593): „Die [...] allgemeine Regel würde lauten, daß mit dem Wertersatzanspruch auch die Nutzungen aus dem Gegenstand geltend gemacht werden können, an den die Verpflichtung zum Wertersatz anknüpft.“ Mit gewissen Einschränkungen hat sich *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242 in dieser Frage *Koppensteiner* angeschlossen.

<sup>229</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 ff. und *ders.*, NJW 1971, 1769 ff.

<sup>230</sup> Siehe dazu schon *supra* 2. Teil:B.II.3.b)aa)(1), S. 358 f. Anders im Fall der konsumtiven Nutzung: Wenn der Nichtberechtigte mit dem Geld ein Konsumgut für seinen privaten Gebrauch anschafft, dann soll sich der ursprünglich auf das erlangte Geld bezogene Nutzungsausgleichsanspruch nicht auf die Nutzungen des mit dem Geld angeschafften Gutes erstrecken. Siehe bspw. *Tillkorn*, Der Nutzungsersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, 2013, S. 104.

<sup>231</sup> Siehe bspw. *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 12 ff.; *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 13. (1.5.2018). Zur dogmatischen Inkonsequenz dieser Lösung siehe bereits *supra* 2. Teil:B.II.3.b)aa)(1), S. 358 f.

in der Regel bereits an einem Ausgleichsanspruch des Erbauers für das Gebäude.<sup>232</sup> Denn laut dem BGH fällt die Errichtung eines Gebäudes auf einem fremden Grundstück nicht unter den Verwendungsbegriff der §§ 994 ff. BGB. Gleichzeitig soll die Sperrwirkung des – auf der Grundlage des sogenannten engen Verwendungsbegriffs des BGH gar nicht einschlägigen – Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses einem Wertersatzanspruch des Erbauers aus § 951 BGB entgegenstehen.<sup>233</sup> Dieser kann somit im Ergebnis lediglich das Wegnahmerecht aus § 997 BGB geltend machen. Demgegenüber dürfte es der wohl überwiegenden Auffassung im Schrifttum entsprechen, dem Erbauer auch bei Bestehen einer Vindikationslage zumindest im Grundsatz einen Wertersatzanspruch zuzusprechen.<sup>234</sup>

Auch auf der Grundlage der restriktiven Rechtsprechung des BGH wird die Problematik der Kombination von Wertersatz und Nutzungsausgleich jedoch zumindest dann relevant, wenn zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes *keine* Vindikationslage bestand.<sup>235</sup> Für diese Fallkonstellation hat der BGH in zwei grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 1960 und 1961 eine wenig überzeugende Differenzierung nach Anspruchsgrundlagen vorgenommen. Im Fall V ZR 131/59<sup>236</sup> hatte ein Sohn eine erhebliche Summe in den Um- und Ausbau sowie die Erweiterung eines seiner Mutter gehörenden Gebäudes investiert, dass er im Anschluss teilweise selbst unentgeltlich nutzte. Er tat dies in der Erwartung, im Erbfall Eigentümer des Grundstücks zu werden. Tatsächlich wurde er jedoch zugunsten seiner Geschwister enterbt. Dem unstrittigen Anspruch des Sohnes auf Wertersatz für die Verbesserung des Gebäudes hielten seine Geschwister als Erben der Mutter einen Anspruch auf „Nutzungsentuschädigung“ für die Nutzung des Gebäudes durch ihren Bruder entgegen. Dieser machte dagegen geltend, dass ihm die Nutzungen des Gebäudes zumindest solange gebühren müssten, bis die Geschwister seinen Anspruch auf Wertersatz erfüllt hätten. Der V. Zivilsenat wies die Nutzungen strikt nach Eigentumslage zu und lehnte daher die vom Sohn bzw. Bruder begehrte Kombination eines Wertersatzanspruchs mit einem Anspruch auf die Nutzungen des Gutes, dessen Verlust der Wertersatzanspruch kompensieren soll, ab. Im Falle eines Eigentumsverlusts nach den §§ 946 ff. BGB gewähre § 951 BGB nur einen Anspruch auf Vergütung in Geld. Für eine Anwendung des § 818 Abs. 1 BGB und damit für einen Anspruch auf Nutzungsausgleich bleibe kein Raum.<sup>237</sup> Das zentrale Argument des BGH lautete dabei wie folgt:

<sup>232</sup> Siehe bspw. BGH, 26.2.1964, V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160f.).

<sup>233</sup> Siehe bspw. *ibid.*, S. 158f.

<sup>234</sup> Siehe BeckOGK/*Spohnheimer*, § 994 BGB Rn. 36 (1.4.2018); BeckOGK/*Schermaier*, § 951 BGB Rn. 41 (1.6.2018), jeweils m. w. N.

<sup>235</sup> Dazu kann es bspw. kommen, wenn ein Gebäude aufgrund innerfamiliärer Absprachen errichtet werden und der Erbauer damit rechnet, später das Eigentum an dem betreffenden Grundstück zu erwerben. Für einen so gelagerten Fall siehe bspw. BGH, 30.11.1960, V ZR 131/59, WM 1961, 177 ff.

<sup>236</sup> BGH, 30.11.1960, V ZR 131/59, WM 1961, 177 ff.

<sup>237</sup> Die Verweisung in § 951 BGB auf das Bereicherungsrecht beziehe sich vielmehr nur auf die §§ 818 Abs. 3 und 4, 819 BGB, *ibid.*, S. 178.

„Dieser Regelung liegt auch ein guter Sinn zugrunde. Da der Bereicherte im Falle des § 946 BGB kraft Gesetzes mit dem Einbau fremder beweglicher Sachen in sein Grundstück deren Eigentümer wird, benutzt er seitdem die eingebauten Sachen nicht als ein Fremder. Er verwertet auch nicht vorübergehend, wie im Falle eines nichtigen Darlehensvertrages, fremdes Kapital, zu dessen Gebrauch er nicht berechtigt ist.“<sup>238</sup>

Ob der Inhaber des Wertersatzanspruchs aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB zumindest Anspruch auf eine Verzinsung ab dem Zeitpunkt seines Rechtsverlusts hat, ließ der BGH ausdrücklich offen.<sup>239</sup>

Wenig später fällt der VII. Zivilsenat eine im Hinblick auf die Zuweisung der Nutzungen des Gebäudes diametral entgegengesetzte Entscheidung. Im sogenannten „Heimstätten-Fall“, VII ZR 118/60,<sup>240</sup> hatten die Eigentümer einer Heimstätte ihrer Tochter und ihrem Schwiegersohn gestattet, ein Rückgebäude auszubauen und erheblich zu erweitern. Die erforderlichen Bauarbeiten führte das Paar zumindest teilweise persönlich durch. Bestandteil der Vereinbarung war, dass Tochter und Schwiegersohn Eigentümer des betreffenden Grundstücksteils werden sollten. Der Eigentumserwerb scheiterte schließlich daran, dass die Ausgeberin der Heimstätte ihre Zustimmung verweigerte. Die Kinder nutzten die Räumlichkeiten von 1952 bis 1957. Das Berufungsgericht sprach den Eltern für diesen Zeitraum einen Anspruch auf Nutzungsausgleich für die Benutzung der in ihrem Eigentum stehenden Räumlichkeiten zu.<sup>241</sup> Im Gegenzug sollten sie verpflichtet sein, den Anspruch der Kinder auf Wertersatz für die Baumaßnahmen aus §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB für den gleichen Zeitraum mit 4 % p. a. zu verzinsen.<sup>242</sup> Der VII. Zivilsenat ist dem Berufungsgericht in beiden Punkten nicht gefolgt. Das Berufungsgericht hatte den Zinsanspruch auf § 818 Abs. 1 BGB gestützt. Dies verwarf der VII. Zivilsenat mit dem Argument, dass § 818 Abs. 1, 2 BGB nur einen Anspruch auf Herausgabe von bzw. Wertersatz für *tatsächlich* gezogene Nutzungen gewährt. Die Vorschrift erlaubt es hingegen nicht, dem Bereicherungsgläubiger pauschal einen Anspruch auf Zinsen zuzubilligen. Vorliegend sei nicht ersichtlich, inwiefern die Eltern die Werterhöhung ihres Grundstücks „als ‚Kapital‘ tatsächlich genutzt und auf diese Weise Zinsen aus einem Kapital gezogen haben sollten.“<sup>243</sup> Ein Anspruch auf Verzinsung aus § 291 BGB i. V. m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB komme erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, zu dem die Beteiligten von der Zweckverfehlung – also dem Scheitern ihres Eigentumserwerbs – Kenntnis erlangten.<sup>244</sup> Den Anspruch der Eltern gegen die Kinder auf Nutzungsausgleich für die Nutzung des Gebäudes lehnte der VII. Zivilsenat mit dem Argument ab, dass die Kinder insofern teilweise nicht einen fremden Wert, sondern das Ergebnis ihrer eigenen Leistung nutzten. Ausgleichspflichtig seien sie

<sup>238</sup> Ibid., S. 178.

<sup>239</sup> Ibid., S. 178.

<sup>240</sup> BGH, 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356 ff.

<sup>241</sup> Ibid., S. 361.

<sup>242</sup> Ibid., S. 360.

<sup>243</sup> Ibid., S. 360.

<sup>244</sup> Ibid., S. 360.

daher nur für die Nutzung des fremden Grund und Bodens, nicht hingegen für die Nutzung der von ihnen selbst erstellten Räumlichkeiten.<sup>245</sup> Dies gelte zumindest in der Schwebezeit, in der der Nichteintritt des bezweckten Erfolges noch nicht feststand.<sup>246</sup> Denkt man das „Heimstätten“-Urteil in diesem Punkt konsequent zu Ende, so müsste der Erbauer<sup>247</sup> für die Zeit *nach* der Überlassung des Gebäudes an den Eigentümer von diesem während der Schwebezeit Nutzungsausgleich fordern können.<sup>248</sup> Es käme daher zu einer Kombination eines Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 2 BGB mit einem Anspruch auf Nutzungsausgleich gemäß §§ 818 Abs. 1, 2, 100 BGB.

Dem VII. Zivilsenat war bewusst, dass seine Entscheidung derjenigen des V. Zivilsenats im Ergebnis diametral zuwiderlief. Sein Versuch, diesen Widerspruch zu relativieren, bleibt intellektuell kraftlos und überzeugt nicht.<sup>249</sup> Der VII. Zivilsenat stellte maßgeblich darauf ab, dass sich der Bereicherungsanspruch im Fall des V. Zivilsenats aus § 951 BGB i. V. m. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 1, 2 BGB ergab. Dieser Anspruch entschädige den Bereicherungsgläubiger nur für den Eigentumsverlust gemäß § 946 BGB – wirtschaftlich betrachtet also für die mit der Errichtung bzw. dem Um- und Ausbau eines Gebäudes verbundenen Materialkosten. Demgegenüber seien die §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 BGB im Heimstätten-Fall unmittelbar anwendbar, weshalb die Erbauer auch Ausgleich für ihre Arbeitsleistung sowie für die Vergütung der Arbeitsleistung Dritter verlangen könnten.<sup>250</sup> Wäre dies ein sachgerechter Grund für eine Differenzierung, so hätte der VII. Zivilsenat die Zuweisung der Nutzungen zu den Erbauern konsequenterweise anteilig in Höhe des Anteils des Wertersatzanspruchs beschränken müssen, der auf ihre Arbeitsleistung entfällt. Es ist allerdings schon nicht nachvollziehbar, warum es für die Zuweisung der Nutzungen an einem Gut darauf ankommen sollte, in welchem Umfang sich ein Wertersatzanspruch seines Erschaffers auf den Einsatz der Produktionsfaktoren Arbeit oder Kapital zurückführen lässt.

Als erwartbare Reaktion auf die Inkonsequenz der Rechtsprechung zerfällt das Schrifttum in zwei Lager. Ein Teil der Autoren befürwortet eine Verallgemeinerung der vom VII. Zivilsenat im Heimstätten-Urteil aufgestellten Grundsätze. Danach sind die Nutzungen eines auf fremden Grund und Boden errichteten Gebäudes, mit Ausnahme des auf die Nutzung des Grundstücks entfallenden Anteils, solange dem Erbauer zuzuweisen, bis der Eigentümer des Grundstücks seine Wertersatzpflicht erfüllt hat.<sup>251</sup> Nach der Gegenposition ist der Erbauer hingegen auf

<sup>245</sup> Ibid., S. 362. Bestätigt durch BGH, 16.10.1969, VII ZR 145/69, NJW 1970, 136 ff. (relevante Passage nicht abgedruckt; aber in juris ab Rn. 35 ff. wiedergegeben).

<sup>246</sup> BGH, 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356 (362).

<sup>247</sup> Ungeachtet des kryptischen Verweises des BGH auf die Schwebezeit. Insofern kritisch auch *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (593).

<sup>248</sup> So wohl auch *Koppensteiner*, *ibid.*, S. 593.

<sup>249</sup> So auch *Koppensteiner*, *ibid.*, S. 593.

<sup>250</sup> BGH, 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356 (362).

<sup>251</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (593); *Pinger*, MDR 1972, 187 (188 f.).

seinen Wertersatzanspruch beschränkt, während die Nutzungen des Gebäudes dem Eigentümer zugewiesen sind.<sup>252</sup>

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass, abgesehen von Konstellationen, in denen die Grundsätze des Heimstätten-Urteils zum Tragen kommen, ein Anspruch auf Wertersatz grundsätzlich nicht mit einem Anspruch auf Nutzungsausgleich für das Gut kombiniert werden kann, an dessen Stelle die Wertersatzpflicht getreten ist.

*b) Unangemessene Begünstigung des Nichtberechtigten durch fehlende Nutzungsausgleichspflicht*

*De lege lata* ist der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes in aller Regel verpflichtet, Nutzungsausgleich zu leisten.<sup>253</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich der gänzliche Verzicht auf eine Ausgleichspflicht ab dem Zeitpunkt der Verwertung eines fremden Gutes als eine Anomalie dar. Denn der Nichtberechtigte nutzt auch nach der Umstellung seiner Verpflichtung zur Übertragung des Gutes auf eine Verpflichtung zum Wertersatz weiterhin fremdes Kapital. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der bloße Umstand, dass der Nichtberechtigte sein Vermögen umschichtet, ihn von jeglicher Ausgleichspflicht befreien sollte.<sup>254</sup>

Zur Verdeutlichung soll das Beispiel eines redlichen unverklagten Bereicherungsschuldners dienen, der aufgrund eines nichtigen Schenkungsvertrags das Eigentum an einem Hausgrundstück erlangt und dieses vermietet. Wenn die Nichtigkeit des Schenkungsvertrags entdeckt wird, muss er das Hausgrundstück an den vermeintlichen Schenker zurückübereignen.<sup>255</sup> Zusätzlich muss er den vereinbarten Mietzins als mittelbare Sachfrucht des Hausgrundstücks an den Schenker auskehren.<sup>256</sup> Wesentlich besser stellt sich der vermeintlich Beschenkte, wenn er das Hausgrundstück alsbald nach der Übereignung seinerseits weiterveräußert, mit dem Verkaufserlös eine vergleichbare Immobilie erwirbt und diese vermietet. Dann schuldet er nur Wertersatz in Höhe des Verkehrswertes des Hausgrundstücks im Zeitpunkt seiner Veräußerung.<sup>257</sup> Es gibt gute Gründe dafür, den Nichtberechtigten am Ergebnis seiner eigenen wirtschaftlichen Entscheidungen festzuhalten. Wenn sich etwa die geschenkte Immobilie in München und die erworbene Immobilie in Hamburg befindet, so spricht einiges dafür, dem Nichtberechtigten einen hypothetischen Mehrerlös zu belassen, den er dadurch erzielt, dass sich der Mietmarkt in Hamburg günstiger entwickelt als in München. Um solche Feinheiten geht es jedoch nicht. Vielmehr entfällt im vorliegenden Beispiel

<sup>252</sup> Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 286 f.

<sup>253</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A, S. 136 ff.

<sup>254</sup> Ebenso bspw. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242 (Beispiel des Tausches eines rechtgrundlos erlangten blauen Autos gegen ein rotes Auto).

<sup>255</sup> §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

<sup>256</sup> §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, 2, 99 Abs. 3 BGB.

<sup>257</sup> §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB.

im Zeitpunkt der Veräußerung *jegliche* Ausgleichspflicht. Erst wenn der Bereicherungsschuldner von der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs positive Kenntnis erlangt oder verklagt wird, muss er den Anspruch des Bereicherungsgläubigers mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinsen.<sup>258</sup>

Wenn der wertersatzpflichtige Nichtberechtigte weiterhin über das in dem ursprünglich falsch zugeordneten Gut gebundene Kapital verfügen kann, so sollte er hierfür auch in irgendeiner Form ausgleichspflichtig sein. Dass ein gänzlicher Verzicht auf Nutzungsausgleich unangemessen ist, zeigt sich besonders dann, wenn zwischen den Parteien aufgrund eines einheitlichen Lebenssachverhaltes wechselseitige Nutzungsausgleichspflichten bestehen. Das Paradebeispiel ist die Rückabwicklung eines beidseitig erfüllten gegenseitigen Vertrages.

### *Beispiel 32*

*A und B tauschen zwei Aktienpakete an unterschiedlichen Unternehmen. A veräußert die ihm wirksam übereigneten Aktien sofort weiter. B hält sein Aktienpaket und vereinnahmt die jährliche Gewinnausschüttung. Nach einem Jahr stellt heraus, dass der Tauschvertrag nichtig ist und rückabgewickelt werden muss. Beide Parteien waren bis zur Entdeckung der Nichtigkeit von der Wirksamkeit des Vertrags ausgegangen.*

A schuldet Wertersatz für die von ihm veräußerten Aktien in Höhe des objektiven Wertes im Zeitpunkt der Veräußerung – vorliegend also des Börsenkurses, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Eine Pflicht zur Verzinsung der Wertersatzpflicht trifft ihn erst ab Kenntniserlangung von der Nichtigkeit, §§ 819, 818 Abs. 4, 291 BGB. Demgegenüber muss B nicht nur die erhaltenen Aktien an A zurückübereignen, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB, sondern er muss zusätzlich auch Wertersatz für die bezogenen Dividenden leisten, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB.

Ein vergleichbares Gegenseitigkeitsverhältnis besteht auch in den Fällen der Errichtung eines Gebäudes auf einem Grundstück, das dem Erbauer nicht zusteht. Der Berechtigte hat gegen den Erbauer einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks inklusive des Gebäudes. Der Erbauer hat gegen den Berechtigten einen gegenläufigen Anspruch auf Wertersatz. Dies entspricht im Hinblick auf die wechselseitigen Primäransprüche der Konstellation der Rückabwicklung eines Kaufvertrages über das Gebäude. Der Anspruch auf Wertersatz tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises. Eine wertungsmäßig überzeugende Lösung der Problematik muss drei Aspekte aufeinander abstimmen: Die Zuweisung der Nutzungen am Gebäude, die Verzinsung des Wertersatzanspruchs sowie den Zeitpunkt der Ermittlung des Wertersatzanspruchs. Wenn der Wertersatzanspruch des Erbauers auf § 951 Abs. 1 BGB gestützt wird, so stellt der BGH grundsätzlich auf den Zeitpunkt ab, zu dem das Gebäude zu einem „realisierbaren Wert“ für den Eigentümer wird – beispielsweise im Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Räumung des Grundstücks durch den Erbauer.<sup>259</sup> In diesem Zeitpunkt

<sup>258</sup> §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2, Abs. 4, 819 Abs. 1, 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>259</sup> Siehe bspw. BGH, 10.7.1953, V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (179). Siehe auch MüKo/Füller, § 951 BGB Rn. 25 m. w. N.

wird der Wertersatzanspruch des Erbauers fixiert. Spätere Wertsteigerungen<sup>260</sup> des Gebäudes werden so dem Berechtigten zugewiesen. Ab diesem Zeitpunkt weist die Rechtsprechung dem Berechtigten auch die Nutzungen des Gebäudes zu. Dagegen hat der Erbauer grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Verzinsung seines Wertersatzanspruchs. Dies ist nicht sachgerecht. Offensichtlich hatte auch den V. Zivilsenat in seiner Entscheidung in der Rechtssache V ZR 131/59<sup>261</sup> insofern ein Störgefühl beschlichen. Darauf deutet zumindest hin, dass sich in dem Urteil als *obiter dictum* der Hinweis findet, dass die Frage der Voraussetzungen für eine Verzinsung des nach § 951 Abs. 1 BGB geschuldeten Wertersatzes offen bleiben könne, da der Kläger einen solchen Zinsanspruch nicht geltend gemacht habe.<sup>262</sup> Dieser Möglichkeit hat der VII. Zivilsenat im „Heimstätten-Urteil“ eine eindeutige Absage erteilt.<sup>263</sup> Gleichzeitig vermied der VII. Zivilsenat das Problem einer einseitigen Nutzungsausgleichspflicht, indem er postulierte, dass dann, wenn der Erbauer seinen Wertersatzanspruch auf eine *condictio ob rem* stützen kann, der Wertersatzanspruch erst zu dem Zeitpunkt fixiert wird, in dem die Zweckverfehlung feststeht. Vorher gebühren die Nutzungen des Gebäudes dem Erbauer. Zu einem Ungleichgewicht kann es aber auch in dieser Konstellation kommen. Denn sobald der Berechtigte positive Kenntnis von den Umständen erlangt, die seine Verpflichtung zum Wertersatz begründen, ist er zur Zinszahlung verpflichtet. Umgekehrt gebühren ihm die Nutzungen des Gebäudes aber erst ab dem Zeitpunkt, in dem er den Wertersatzanspruch des Erbauers befriedigt hat.<sup>264</sup>

## 2. Verzinsung des Wertersatzanspruchs

Immer dann, wenn sich der wertersatzpflichtige Nichtberechtigte im Schuldnerverzug befindet oder auf Zahlung verklagt wurde, muss er den als Wertersatz geschuldeten Geldbetrag verzinsen.<sup>265</sup> Gleiches gilt gemäß § 290 BGB, wenn die Wertersatzpflicht zu einem Zeitpunkt entsteht, zu dem sich der Nichtberechtigte mit seiner Pflicht zur Übertragung des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes auf den Berechtigten im Schuldnerverzug befindet. Im Falle einer bereicherungsrechtlichen Wertersatzpflicht greift die Zinspflicht bereits ab dem Zeitpunkt, zu dem der Bereicherungsschuldner von der Rechtsgrundlosigkeit i. S. v. § 819 Abs. 1 BGB positive Kenntnis erlangt. Wie im ersten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, haben Verzugs- und Prozesszinsen *auch* eine nutzungsausgleichende Funktion.<sup>266</sup> Daher kann neben Verzugs- bzw. Prozesszinsen für denselben Geldbetrag nicht *kumulativ* Ausgleich der vom Schuldner aus dem geschuldeten Geldbetrag

<sup>260</sup> Im Fall einer Wertminderung kann sich der Eigentümer unter Umständen auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.

<sup>261</sup> Siehe dazu näher supra 2. Teil:C.III.1.a)bb), S. 414 ff.

<sup>262</sup> BGH, 30.11.1960, V ZR 131/59, WM 1961, 177 (178).

<sup>263</sup> BGH, 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356 (360f.).

<sup>264</sup> Ibid., S. 361 f.; supra 2. Teil:C.III.1.a)bb), S. 414 ff.

<sup>265</sup> §§ 288, 291 BGB.

<sup>266</sup> Supra 1. Teil:B.II.3, S. 68 ff.



*konkret* gezogenen Nutzungen verlangt werden. Die Ansprüche müssen vielmehr wechselseitig aufeinander angerechnet werden. Der Anspruch des Geldgläubigers ist somit im Ergebnis auf den wertvolleren der beiden Ansprüche – Nutzungsausgleich oder Verzinsung – beschränkt. Bei einem Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB von bis zu fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz<sup>267</sup> dürfte dies häufig der Zinsanspruch sein.

Wenn der Nichtberechtigte einen an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf Übertragung des Gutes getretenen Wertersatzanspruch in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes verzinsen muss, ist er somit im wirtschaftlichen Ergebnis auch nach einer Verwertung eines Gutes verpflichtet, Nutzungsausgleich für das in dem Gut gebundene Kapital zu leisten. Hierbei handelt es sich allerdings nur um einen zufälligen Nebeneffekt von Zinstatbeständen, die im Fall des Schuldnerverzugs primär einem anderen Zweck dienen und die im Falle des verklagten Geldschuldners sowie eines gemäß § 819 Abs. 1 BGB verschärft haftenden Bereicherungsschuldners ihrerseits wertungsmäßig problematisch sind.<sup>268</sup>

### 3. Ausgleichspflicht für aus dem Surrogat gezogene Nutzungen

Neben einem gänzlichen Verzicht auf Nutzungsausgleich und auf die Verzinsung eines an die Stelle des Gutes tretenden Wertersatzanspruchs besteht drittens die Möglichkeit, für die Zwecke des Nutzungsausgleichs auf das vom Nichtberechtigten infolge der Verwertung des Gutes erlangte Surrogat abzustellen. Wie bereits gezeigt wurde, kommt nach der herrschenden Meinung eine auf das Surrogat bezogene Nutzungsausgleichspflicht *neben* einer Wertersatzpflicht für das ursprünglich erlangte Gut nur ausnahmsweise in Betracht.<sup>269</sup> Demgegenüber ist die Nutzungsausgleichspflicht nach der herrschenden Meinung *de lege lata* immer dann zwingend auf das Surrogat bezogen, wenn sich auch der Primäranspruch auf Übertragung des genutzten Gutes an einem an seine Stelle tretenden Surrogat fortsetzt (a). Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, das Surrogat im Vermögen des Nichtberechtigten nachzuverfolgen (b). Wertungsmäßig ist es nicht überzeugend, den Fortbestand der Nutzungsausgleichspflicht nach der Verwertung eines Gutes daran zu knüpfen, ob der Primäranspruch auf ein vom Nichtberechtigten erlangtes Surrogat umgestellt wird oder sich in einen Wertersatzanspruch wandelt (c).

#### a) Grundsätzliche Erstreckung einer bestehenden Nutzungsausgleichspflicht auf die aus dem Surrogat gezogenen Nutzungen

Ein bereicherungsrechtlicher Primäranspruch erstreckt sich gemäß § 818 Abs. 1 BGB „auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als

<sup>267</sup> 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>268</sup> Supra 2. Teil:A.I.2.b), S. 188.

<sup>269</sup> Supra 2. Teil:C.III.1.a)bb), S. 414 ff.

Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.“ Soweit ihn eine Pflicht zur Surrogatsherausgabe trifft, muss der Bereicherungsschuldner nach einhelliger Meinung auch die aus dem Surrogat gezogenen Nutzungen an den Bereicherungsgläubiger auskehren.<sup>270</sup> Wenn daher der Bereicherungsschuldner beispielsweise rechtsgrundlos eine Forderung auf Übergabe und Übereignung eines Pkw erlangt, so muss er, sofern er diese Forderung erfolgreich geltend macht und den so erlangten Pkw nutzt, die aus dem Pkw gezogenen Gebrauchsvorteile gemäß §§ 818 Abs. 1, 2, 100 Alt. 2 BGB vergüten. Kein Surrogat im Sinne von § 818 Abs. 1 BGB ist hingegen nach der herrschenden Meinung ein *commodum ex negotiatione*.<sup>271</sup> Wenn daher der Bereicherungsschuldner den erlangten Pkw gegen einen anderen Pkw eintauscht oder wenn er ihn veräußert, so schuldet er nur Wertersatz für den Pkw.<sup>272</sup> Demgegenüber ist ein Rückgewährschuldner, dem die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Rückübertragung der empfangenen Leistung aus § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB unmöglich wird, zumindest nach der derzeit noch überwiegenden Auffassung gemäß § 285 Abs. 1 BGB verpflichtet, neben den von § 818 Abs. 1 S. 1 BGB erfassten Surrogaten auch ein *commodum ex negotiatione* an den Rückgewährgläubiger herauszugeben.<sup>273</sup> Gleiches gilt für den Vermächtnisbeschwerten.<sup>274</sup> Auch der Besitzer, der über eine fremde Sache verfügt, haftet nach der herrschenden Meinung nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf das *commodum ex negotiatione*. Für den Erbschaftsbesitzer ergibt sich die sogar dinglich abgesicherte Haftung für rechtsgeschäftliche Surrogate aus § 2019 BGB.

Stets wechselt ab dem Zeitpunkt, zu dem der Primäranspruch vom ursprünglich falsch zugeordneten Gut auf das an seine Stelle tretende Surrogat umgestellt wird, zugleich auch der Bezugspunkt eines den Primäranspruch flankierenden Anspruchs auf Nutzungsausgleich. Nach der herrschenden Meinung umfasst der Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB auch die Nutzungen des stellvertretenden *commodum*, sofern der Schuldner bereits bezüglich des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes zum Nutzungsausgleich verpflichtet war.<sup>275</sup> Für den Fall, dass ein Nichtberechtigter wirksam über einen fremden Gegenstand verfügt, ist zwar strit-

<sup>270</sup> Siehe bspw. *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 283; *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 45.

<sup>271</sup> Supra 2. Teil:C.II.1.b)bb)(1), S. 392.

<sup>272</sup> Dagegen schuldet er keinen Ausgleich für die Gebrauchsvorteile, die er aus dem Pkw zieht, den er für das eingetauschte Fahrzeug erhalten hat, oder für die Zinsen, die er aufgrund der verzinslichen Anlage des Verkaufserlöses erzielt. Siehe dazu schon supra 2. Teil:C.III.1.a)bb), S. 414 ff. Kritisch *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 242.

<sup>273</sup> Siehe dazu supra 1. Teil:B.II.2.a)bb)(1), S. 46 ff. sowie supra 2. Teil:C.II.1.b)aa), S. 390 f.

<sup>274</sup> § 285 Abs. 1 BGB findet nach allgemeiner Meinung auch auf den Vermächtnisanspruch aus § 2174 BGB Anwendung. Siehe *MüKo/Rudy*, § 2174 BGB Rn. 11; *BeckOGK/Schellenberger*, § 2174 BGB Rn. 15 (1.7.2018).

<sup>275</sup> BGH, 27.10.1982, V ZR 24/82, NJW 1983, 929 (930); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 353; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 336 mit Fn. 138; *Staudinger/Caspers*, § 285 BGB Rn. 50 (Oktober 2019). Wohl auch

tig, was unter dem „durch die Verfügung Erlangten“ zu verstehen ist. Unabhängig davon, wie man sich insofern positioniert, sind für Inhalt und Umfang des Anspruchs auf Herausgabe des Erlangten in einem zweiten Schritt die §§ 818 bis 820 BGB maßgeblich.<sup>276</sup> Daher muss der Nichtberechtigte gemäß § 818 Abs. 1 BGB auch die aus dem Erlangten gezogenen Nutzungen an den Berechtigten auskehren.<sup>277</sup> Auch die Nutzungsausgleichspflicht aus § 2020 BGB bezieht sich auf Nutzungen, die der vermeintliche Erbe aus Gegenständen zieht, die als Surrogat an die Stelle von Erbschaftsgegenständen getreten sind.<sup>278</sup>

### b) Problematik der Nachverfolgung

Aus der Erstreckung der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf ein vom Nichtberechtigten erlangtes Surrogat ergibt sich die Notwendigkeit, dessen weiteres Schicksal im Vermögen des Nichtberechtigten nachzuverfolgen.<sup>279</sup>

Dies ist in der Regel relativ unproblematisch, wenn das Surrogat in einem konkreten Gut, wie insbesondere einer Sache, besteht. Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte einen im Eigentum des Berechtigten stehenden Pkw dinglich wirksam<sup>280</sup> gegen einen anderen Pkw eintauscht, so bereitet es keine Schwierigkeiten, den als Gegenleistung fungierenden Pkw im Vermögen des Nichtberechtigten zu identifizieren und zum Bezugspunkt einer Nutzungsausgleichspflicht zu machen. Auch die theoretische Möglichkeit, dass sich mehrere Surrogationsvorgänge aneinander reihen, bereitet bei gegenständlichen Surrogaten keine größeren Schwierigkeiten. Der jeweilige Bezugspunkt der Nutzungsausgleichspflicht könnte in der Regel problemlos identifiziert werden.

Anders verhält es sich, wenn das Surrogat in einem Geldbetrag besteht. Die Wirtschaftsordnung, für die das BGB geschaffen wurde und für die es sich nach wie vor bewähren muss, ist keine Tausch-, sondern eine Geldwirtschaft. In der Regel besteht das *commodum ex negotiatione* daher in einer zur Begleichung einer Kaufpreisschuld geleisteten Geldzahlung. Auch die übrigen von den §§ 285 Abs. 1 BGB sowie 818 Abs. 1 BGB erfassten *commoda* bestehen überwiegend in einem Geldbetrag. Wird eine im Eigentum des Nichtberechtigten stehende Sache von einem Dritten schuldhaft zerstört, so ist der Schadensersatzanspruch zwar vorrangig auf Naturalrestitution gerichtet, § 249 Abs. 1 BGB. Zumindest bei nicht vertretbaren Sachen ist diese aber von vorneherein unmöglich, weshalb der Nichtberechtigte gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld entschädigt wird. Ist die Sache versichert,

---

Böger, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag – Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, 2009, S. 662.

<sup>276</sup> Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 816 BGB Rn. 20 (2012).

<sup>277</sup> Ibid., Rn. 20.

<sup>278</sup> Die Nutzungsausgleichspflicht bezieht sich auf sämtliche Nachlassgegenstände, BeckOK/Müller-Christmann, § 2020 BGB Rn. 1 (1.11.2017). Hierzu zählt gemäß § 2019 BGB auch alles, was der Scheinerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

<sup>279</sup> Siehe dazu bereits Wilburg, AcP 163 (1964), 346 (352).

<sup>280</sup> §§ 929, 932 BGB.

besteht die Versicherungsleistung ebenfalls in einer Geldzahlung. „Geld“ hat allerdings die Eigenschaft, nur sehr schwer nachverfolgbar zu sein, wenn es einmal in einem größeren Saldo aufgegangen ist. Wenn beispielsweise eine Privatperson, deren Vermögen ganz überwiegend in einem Hausgrundstück gebunden ist, dieses veräußert, so ist es zumindest anfänglich sicherlich möglich, zu rekonstruieren, wie sie den erzielten Kaufpreis konkret verwendet hat. Ganz anders verhält es sich jedoch in der Regel, wenn ein Großunternehmen zu Unrecht einen Geldbetrag in Gestalt einer Gutschrift auf einem der Unternehmenskonten erhält. In einem solchen Fall ist es nahezu unmöglich nachzuvollziehen, welcher Verwendung der Nichtberechtigte gerade diesen Geldbetrag zugeführt und welchen Ertrag er damit erzielt hat. An dieser Erkenntnis kommt auch die Rechtsprechung nicht vorbei. Sie hält zwar die Fiktion einer auf die konkret gezogenen Nutzungen bezogenen Ausgleichspflicht aufrecht. Tatsächlich aber bestimmt sie die Ausgleichspflicht von Unternehmen und Banken, indem sie ihnen im Rahmen von „Vermutungen“ eine Nutzungsziehung in einer bestimmten Höhe schlicht unterstellt.<sup>281</sup>

Dass eine auf die *konkrete* Nutzung von Geld bezogene Nutzungsausgleichspflicht faktisch undurchführbar ist, wenn die geschuldete Geldsumme beim Nichtberechtigten in einem größeren Saldo aufgegangen ist, zeigt eine Fallgruppe, für die es die Rechtsprechung traditionell abgelehnt hat, dem Berechtigten mit großzügigen Vermutungsregeln zur Seite zu springen. Wenn der *Fiskus* rechtsgrundlos Geld erlangt hat, macht es die Rechtsprechung dem Bereicherungsgläubiger nahezu unmöglich, Nutzungsausgleich zu erlangen.

Eine bereits vom Reichsgericht genutzte Strategie,<sup>282</sup> um den sich aus § 818 Abs. 1 BGB ergebenden Nutzungsausgleichsanspruch zu frustrieren, besteht in dem Beharren auf dem vom Kläger regelmäßig nicht zu führenden Nachweis, *wie* der Fiskus das Geld konkret verwendet und inwiefern er daraus Nutzungen i. S. v. § 100 BGB gezogen hat.<sup>283</sup> Das Reichsgericht machte aus der Aussichtslosigkeit dieses Unterfangens auch gar keinen Hehl:

„Bei öffentlichen Abgaben und anderen Staatseinnahmen, die zur allgemeinen Staatskasse fließen, wird es in den meisten Fällen nicht möglich sein, das Schicksal der von dem einzelnen gezahlten Geldbeträge dahin zu verfolgen, wie sie vom Staate verwendet, und ob sie insbesondere von ihm zinsbar angelegt worden sind.“<sup>284</sup>

<sup>281</sup> Siehe dazu schon supra 2. Teil:B.II.3.b)bb)(2), S. 362 ff. und 2. Teil:C.III.1.a)aa), S. 412 ff. In diesem Sinne auch *Schaubhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 141.

<sup>282</sup> Eine alternative, allerdings mittlerweile überholte Strategie des RG bestand darin, darauf zu verweisen, dass der Fiskus nicht das Geld selbst nutzte, sondern dasjenige, was er damit erworben hat. Siehe RG, 21.4.1932, IV 124/31, RGZ 136, 135 (136): „Das der Beklagten gegebene Geld ist nicht als solches den Werken zugeflossen, sondern lediglich verwandt worden zur Bezahlung der Kosten ihrer Herstellung. Nicht das hingegebene Geld, sondern der mit ihm errichtete oder vervollkommnete Betrieb hat die etwa erzielten Nutzungen abgeworfen. Gegenstand der Bereicherung war aber nur die Geldsumme. Er hat sich durch deren Verwendung nicht geändert.“

<sup>283</sup> RG, 17.2.1903, VII 429/02, RGZ 54, 24 (27); RG, 29.10.1909, VII 572/08, RGZ 72, 152 (153). Siehe dazu die Kritik von *Schön*, NJW 1993, 3289 (3291 ff.).

<sup>284</sup> RG, 29.10.1909, VII 572/08, RGZ 72, 152 (153).

Eine Nutzungsausgleichspflicht in Höhe der von Fiskus ersparten Zinsen lehnt die Rechtsprechung traditionell mit dem Argument ab, dass sich nicht nachweisen lasse, ob die Kreditaufnahme des Fiskus infolge den Bereicherungsvorgang geringer ausgefallen ist.<sup>285</sup>

Eine vorsichtige Lockerung dieses rigorosen Nachweiserfordernisses nahm der BGH erstmals 2015 *speziell* für den Fall vor, dass der Fiskus als Erbschaftsbesitzer gemäß § 2020 BGB haftet. Der beklagte Fiskus hatte 1983 als gesetzlicher Erbe gemäß § 1936 BGB aus dem Nachlass einer ohne ermittelbare Erben verstorbenen Erblasserin einen Geldbetrag i. H. v. 57.384,04 € erlangt. Die wahren gesetzlichen Erben erfuhren erst kurz vor Ablauf der dreißigjährigen Verjährungsfrist von dem Erbfall. Sie verlangten neben der Auszahlung des dem Fiskus als Erbe zugeflossenen Geldbetrags dessen Verzinsung mit 4 % p. a. seit 1983. Die Entscheidung der Vorinstanz, die einen Anspruch auf Nutzungsausgleich nach bewährter Manier unter anderem am fehlenden Nachweis der konkret gezogenen Nutzungen hatte scheitern lassen, kassierte der BGH mit folgender Begründung:

„Grundsätzlich hat der Gläubiger darzulegen und zu beweisen, ob und welche Nutzungen der Schuldner iSv § 818 I, II BGB gezogen hat. Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. angenommen, die Kl. seien dieser Darlegungslast nicht nachgekommen. Sie haben vorgetragen, der Beklagte habe den von ihm spätestens am 25. April 1983 in Besitz genommenen Betrag von 57.384,04 € verzinslich angelegt. Der verlangte Zinssatz von 4% sei angemessen. Hätte der Beklagte den Betrag nicht angelegt, hätte er Zinsen in entsprechender Höhe erspart. Zu weiterem Vortrag waren die Klägerinnen hier nicht in der Lage und nicht verpflichtet, da ihnen die haushaltswirtschaftlichen Daten des Beklagten nicht bekannt sind und nicht bekannt sein müssen. Sie konnten nicht wissen und auch mit ihnen zumutbaren Möglichkeiten nicht ermitteln, wie der Beklagte mit dem Kapital der ihm zugeflossenen Erbschaft verfahren ist.“<sup>286</sup>

Wiederum rekurriert der BGH also im Ergebnis auf die Vermutung einer Nutzungsziehung in einer bestimmten Höhe, um den vorgeblich konkreten Nutzungsausgleichsanspruch operationabel zu halten. Stattdessen wird das Nachverfolgungsproblem auf den Bereicherungsschuldner abgewälzt, der die Verwendung des Geldes nachvollziehen muss, wenn er sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen will, nicht mehr bereichert zu sein.<sup>287</sup>

Bemerkenswerterweise sah sich die Vorinstanz im Nachgang trotz der eindeutigen „Segelanweisung“ des BGH nicht daran gehindert, den Nutzungsausgleichsanspruch daran scheitern zu lassen, dass die

„Klägerseite nach wie vor nicht schlüssig dargelegt [habe], dass und in welchem Umfang solche im Sinn der §§ 2020, 100 BGB tatbestandsmäßige Nutzungen in der Form ersparter Kreditzinsen oder / und zinsbringender Rücklagen im beurteilungserheblichen Zeitraum beim beklagten Fiskus tatsächlich angefallen sind.“<sup>288</sup>

<sup>285</sup> Ibid., S. 154; OLG Bamberg, 29.2.2016, 4 U 78/14, juris, Rn. 22 ff.

<sup>286</sup> BGH, 14.10.2015, IV ZR 438/14, NJW 2016, 156 (157).

<sup>287</sup> Ibid., S. 157.

<sup>288</sup> OLG Bamberg, 29.2.2016, 4 U 78/14, juris, Rn. 21.

c) Verknüpfung des Schicksals eines Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit Fortsetzung des Primäranspruchs an einem Surrogat nicht überzeugend

Auf der Ebene des Primäranspruchs kann es im wirtschaftlichen Ergebnis einen erheblichen materiellen Unterschied bedeuten, ob der Berechtigte für das ihm ursprünglich geschuldete Gut Wertersatz oder ein Surrogat erhält. Zwingend ist dies jedoch nicht. Wenn etwa der objektive Wert dem vom Nichtberechtigten erzielten Verkaufserlös entspricht, so ist der Streit um die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* ein rein akademisches Problem. Selbst wenn das Surrogat wertvoller sein sollte als der Wertersatzanspruch, so erhält der Nichtberechtigte in jedem Fall zumindest *etwas*.

Anders verhält es sich auf der sekundären Ebene des Nutzungsausgleichs. Hier geht es aus der Perspektive des Berechtigten häufig um alles oder nichts. Während sich eine bestehende Nutzungsausgleichspflicht an einem vom Nichtberechtigten geschuldeten Surrogat fortsetzt, schuldet der Nichtberechtigte neben einer Verpflichtung zum Wertersatz für das ursprünglich erlangte Gut grundsätzlich keinen Nutzungsausgleich. Dies ist wertungsmäßig nicht gerechtfertigt. Man kann lange darüber streiten, ob der Umstand, dass der Nichtberechtigte Eigentümer einer Sache ist, über die er verfügt, eine unterschiedliche Behandlung des *commodum ex negotiatione* rechtfertigt.<sup>289</sup> Auf der Ebene des Nutzungsausgleichs spielt dieser Gesichtspunkt jedoch keine Rolle. Das Ergebnis ist in beiden Fällen identisch: Der Nichtberechtigte nutzt fortan nicht mehr das ursprünglich erlangte Gut, sondern das in dem Gut gebundene Kapital. Daher kann es nicht richtig sein, ihn bei einer Haftung nach § 818 Abs. 1 BGB von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu entbinden, während er bei einer Haftung nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Ausgleich für die aus dem *commodum ex negotiatione* gezogenen Nutzungen leisten muss.

Für den Fall, dass ein Bereicherungsschuldner von vornherein Geld erlangt hat, vermeidet die herrschende Meinung dieses Ergebnis mittels der von ihr für Geld entwickelten Sonderdogmatik: Die bei der Anlage von rechtsgrundlos erlangtem Geld erzielten konkreten Erträge – beispielsweise Zinsen – stellen nach der herrschenden Meinung gemäß §§ 818 Abs. 1, 100 BGB auszugleichende Nutzungen dar, obwohl sie aus einem *commodum ex negotiatione* gezogen werden.<sup>290</sup> Nach wie vor relevant wird der Wertungswiderspruch allerdings in Fällen, in denen der Nichtberechtigte zunächst ein gegenständliches Gut erlangt und dieses veräußert.

---

<sup>289</sup> So bspw. BGH, 8.1.1959, VII ZR 26/58, BGHZ 29, 157 (160). In diesem Sinne auch Pinger, MDR 1972, 187 (188); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 280. Siehe auch Caemmerer, Festschrift Rabel, 1954, 333 (357), der auf insolvenzrechtliche Gesichtspunkte verweist. Gegen die Relevanz der unterschiedlichen dinglichen Rechtslage bspw. Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 158.

<sup>290</sup> Supra 2. Teil:C.III.1.a)bb), S. 414 ff.

#### IV. Fazit zur Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleichs mit dem Schicksal des genutzten Gutes

*De lege lata* und auf der Grundlage der herrschenden Meinung wird der Anspruch auf Nutzungsausgleich nur unzureichend mit dem Schicksal des genutzten Gutes koordiniert. Bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge wird die Verknüpfung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen ohne hinreichendes Problembewusstsein durchbrochen. Für den Fall, dass der Nichtberechtigte das Gut veräußert, wird die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* nicht mit der Zuordnung des bei einer produktiven Nutzung des Gutes erzielten Residuums abgestimmt. Für den Zeitraum nach der Verwertung eines falsch zugeordneten Gutes fehlt es an einer wertungsmäßig nachvollziehbaren Entscheidung über das Schicksal einer zuvor bestehenden Verpflichtung zum Nutzungsausgleich. Stattdessen werden drei theoretisch denkbare Lösungen in inkonsistenter Weise nebeneinander praktiziert. Haftet der Nichtberechtigte auf Wertersatz, so entfällt seine Nutzungsausgleichspflicht grundsätzlich vollständig. Befindet er sich im Schuldnerverzug, ist er verklagt worden oder hat er als Bereicherungsschuldner positive Kenntnis vom Fehlen des rechtlichen Grundes, muss er die Wertersatzpflicht mit dem gesetzlichen Verzugszinssatz verzinsen. Setzt sich seine Verpflichtung zur Übertragung des ursprünglich erlangten Gutes an einem an dessen Stelle getretenen Surrogat fort, wird auch eine zuvor bestehende Verpflichtung zum Ausgleich der konkret gezogenen Nutzungen auf das Surrogat umgestellt. Dass dies bei Geld häufig an der fehlenden Nachvollziehbarkeit seiner konkreten Verwendung scheitert, wird von der Rechtsprechung mit großzügigen Vermutungsregeln überspielt.

### 3. Teil

## Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs

Wie der zweite Teil der Untersuchung gezeigt hat, ist die Problematik des Nutzungsausgleichs im BGB nur unbefriedigend geregelt. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ist es nicht gelungen, die Mängel der *lex lata* zu kompensieren. Die Praxis des Nutzungsausgleichs ist daher durch eine Vielzahl von Unsicherheiten und Inkonsistenzen geprägt. Angesichts dieses Befunds sollen nunmehr Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs im Bürgerlichen Recht angestellt werden. Zu diesem Zweck werden nachfolgend in einem ersten Schritt die Anforderungen konkretisiert, die an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime zu stellen sind (A.). Anschließend werden die zentralen Grundfragen<sup>1</sup> für die Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes neu gestellt und unter Beachtung dieser Anforderungen beantwortet: Unter welchen Voraussetzungen sollen Nutzungen ausgeglichen werden – wie ist also der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs auszugestalten (B.)? Wie ist der vom Nichtberechtigten auszugleichende Wert der Güternutzung zu bestimmen (C.)? Wie ist der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes abzustimmen (D.)? Da die hierdurch gewonnenen Grundstrukturen eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes nicht unerheblich von der existierenden Praxis des Nutzungsausgleichs abweichen, wird abschließend dargelegt, inwieweit sie sich bereits auf der Grundlage der *lex lata* implementieren lassen und inwieweit Umsetzungsmaßnahmen *de lege ferenda* erforderlich wären (E.).

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:D, S. 123 ff.



## A. Konkretisierung der Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime

Um die an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime zu stellenden Anforderungen bestimmen zu können, ist es zunächst erforderlich, sich die Spezifika der zu bewältigenden Regelungsaufgabe zu vergegenwärtigen. Nutzungsausgleich im Sinne dieser Untersuchung ist eine Rechtsfolge, die erstens ihrem Umfang nach auf den Wert der Nutzung eines Gutes durch dessen nichtberechtigten Inhaber beschränkt ist,<sup>1</sup> die zweitens rechtsgebietsübergreifend im Rahmen unterschiedlicher Rechtsinstitute relevant wird<sup>2</sup> und die drittens im Rahmen dieser Rechtsinstitute jeweils in ein System unterschiedlicher Rechtsfolgen eingebunden ist, die an eine Verwertung des Gutes durch den Nichtberechtigten anknüpfen.<sup>3</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht eine zentrale Anforderung an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime in der Wahrung von Konsistenz. Da die Problematik des Nutzungsausgleichs rechtsinstitutsübergreifend gleichgelagert ist, muss zum einen darauf geachtet werden, dass es bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs nicht zu Wertungswidersprüchen zwischen den unterschiedlichen Rechtsinstituten kommt. Ein Beispiel für einen solchen Wertungswiderspruch bietet eine Auffassung im Schrifttum, wonach Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB bei einer Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach Rücktrittsfolgenrecht mittels einer linearen Abschreibung des Wertes der Kaufsache, bei einer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht hingegen anhand eines fiktiven Mietzinses zu bewerten seien.<sup>4</sup> Dies ist problematisch, da der Nichtberechtigte in beiden Fällen seine Intention offengelegt hatte, das betreffende Gut zu kaufen und gerade nicht zu mieten.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>2</sup> Supra 1. Teil:B.II, S. 33 ff.

<sup>3</sup> Supra 2. Teil:C.II, S. 386 ff.

<sup>4</sup> *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 150 ff. sowie S. 178 ff. Siehe dazu auch *Gursky*, JR 1998, 7.

<sup>5</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.I.2.c)aa)(2), S. 295 ff. *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 179 begründet die von ihr vertretene Differenzierung damit, dass der Kaufvertrag einmal unwirksam und einmal wirksam ist. Dieser Gesichtspunkt könnte allenfalls dann eine Rolle spielen, wenn dem Käufer seine Entscheidung zum Abschluss des Kaufvertrags nicht zugerechnet werden kann, etwa weil er geschäftsunfähig war. Dann kann ihm aber erst recht nicht die Bereitschaft zum Abschluss eines fiktiven Mietvertrags unterstellt werden. Für die im Rahmen dieser Untersuchung vertretene Lösung dieses Problems siehe infra 3. Teil:C.I.1, S. 519 ff.

Zum anderen muss die Rechtsfolge Nutzungsausgleich in konsistenter Weise mit den Rechtsfolgen abgestimmt werden, die im Rahmen der jeweiligen Rechtsinstitute an sonstige Formen der Verwertung des genutzten Gutes geknüpft werden. Statt das Gut im Zeitablauf zu nutzen, kann es der Nichtberechtigte alternativ insbesondere veräußern, verarbeiten oder verbrauchen. All diese Verwertungsformen – Nutzung, Verkauf, Verbrauch, Verarbeitung – verbindet, dass der Nichtberechtigte im wirtschaftlichen Ergebnis die Substanz eines Gutes zum eigenen Vorteil verwertet. Unterschiedlich ist lediglich die zeitliche Dimension der Substanzverwertung. Vor diesem Hintergrund ist es wertungsmäßig geboten, den Anspruch auf Nutzungsausgleich und die für eine „punktuelle“ Verwertung eines Gutes geschuldete Ausgleichsleistung aufeinander abzustimmen.<sup>6</sup> Problematisch ist es insofern beispielsweise, dass ein Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos das Eigentum an einer Sache erlangt hat, nach der herrschenden Meinung den bei einer Vermietung der Sache erzielten Gewinn an den Bereicherungsgläubiger abführen muss, während er einen Veräußerungsgewinn behalten darf.<sup>7</sup>

Durch eine in diesem Sinne konsistente Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs verringert sich zugleich die Gefahr problematischer Anreizwirkungen. Wie jede verbindliche Rechtsnorm hat auch die Regelung des Nutzungsausgleichs das Potential, das Verhalten von Menschen zu beeinflussen. Dieser Umstand kann vom Gesetzgeber gezielt zur Verfolgung eines Gemeinwohlziels – und somit als Regulierungsinstrument<sup>8</sup> – eingesetzt werden oder eine unbeabsichtigte Nebenwirkung darstellen. In beiden Fällen kann die verhaltensbeeinflussende Wirkung zu Wohlfahrtseffekten führen. Diese Effekte können wiederum analysiert werden, um Rechtsnormen bzw. unterschiedliche Regelungsalternativen im Hinblick auf ihre wohlfahrtsökonomische Effizienz zu bewerten. Kurz gesagt ist eine Rechtsnorm effizient, wenn sie die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt steigert.<sup>9</sup> Dass es

---

<sup>6</sup> Siehe hierzu supra 1. Teil:D.III.2, S. 133 f. und 2. Teil:C.II, S. 386 ff. sowie infra 3. Teil:D.II, S. 619 ff.

<sup>7</sup> Siehe zu diesem Problemkreis ausführlich supra 2. Teil:C.II.1, S. 387 ff. sowie zu dem im Rahmen dieser Untersuchung unterbreiteten Lösungsvorschlag infra 3. Teil:D.II.1, S. 620 ff.

<sup>8</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, 2016, S. 50. Speziell zum Verhältnis von Privatrecht und Regulierung siehe ferner *Grundmann*, Festschrift Canaris, 2017, 907 (912): „Regulierung und Privatrecht sind nicht – binär – als ein ‚entweder oder‘ zu denken. Vielmehr gibt es zahlreiche Übergänge zwischen Regulierung und Allgemeinwohlorientierung einerseits und Privatrecht und Einzelinteressenausgleich andererseits.“

<sup>9</sup> Dies ist eine stark komprimierte und zugespitzte Aussage. Um die Effizienz von Rechtsnormen zu beurteilen, bedient sich die ökonomische Analyse des Rechts unterschiedlicher wohlfahrtsökonomischer Effizienzkriterien. Am bekanntesten sind das Pareto- und Kaldor-Hicks-Kriterium. Eine Rechtsnorm ist pareto-effizient, wenn mindestens ein Mitglied der Gesellschaft den durch die Norm geschaffenen Zustand vorzieht und keines den Zustand ohne die Norm präferiert. Nach dem weiter gefassten Kaldor-Hicks-Kriterium ist eine Rechtsnorm auch dann noch effizient, wenn bestimmte Gesellschaftsmitglieder, die grundsätzlich den normfreien Zustand bevorzugen, durch die Gesellschaftsmitglieder mit einer Präferenz für die Norm durch eine Kompensationsleistung indifferent gestellt werden können, ohne dass letztere ihre Präferenz für den Zustand mit der Norm einbüßen. Siehe bspw. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen

grundsätzlich legitim ist, auch die Privatrechtsordnung in den Dienst von Effizienzkriterien zu stellen, ist zunehmend – aber noch nicht allgemein – akzeptiert.<sup>10</sup> Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung muss hierauf nicht näher eingegangen werden. Nutzungsausgleich ist eine sehr spezifische Rechtsfolge, die im Rahmen verschiedener Rechtsinstitute relevant wird, innerhalb derer sie wiederum in ein System unterschiedlicher Rechtsfolgen eingebettet ist. Ein solches Sub-Subsystem kann isoliert betrachtet nicht – bzw. zumindest nicht in sinnvoller Weise – am Ziel einer Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt ausgerichtet werden. Hierzu ist es mindestens erforderlich, das jeweils betroffene Rechtsinstitut als Ganzes in den Blick zu nehmen. Um beispielsweise verbraucher-schützende Widerrufsrechte im Hinblick auf ihre Effizienz zu optimieren, müssen mindestens der Anwendungsbereich, die Ausübungsvoraussetzungen sowie *sämtliche* Rechtsfolgen in die Analyse einbezogen werden.<sup>11</sup> Denn die von einem Widerrufsrecht ausgehenden Wohlfahrtseffekte ergeben sich aus dem Zusammenspiel aller dieser Elemente.

Aus der fehlenden Eignung des Nutzungsausgleichs als Instrument zur zielgerichteten Wohlfahrtsmaximierung folgt jedoch nicht, dass die von ihm ausgehenden Anreizwirkungen ignoriert werden dürfen. Unabhängig davon, ob man eine generelle „Ökonomisierung“ des Privatrechts gutheißt oder nicht, besteht jedenfalls keine Rechtfertigung dafür, die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt sehenden Auges und ohne Grund zu schmälern. Um dies zu vermeiden, müssen Anreizwirkungen bei der Ausgestaltung eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes berücksichtigt werden. Eine Gefahrenquelle für unbeabsichtigte Wohlfahrtsverluste wäre beispielsweise die inkonsistente Ausgestaltung der Haftungsfolgen für unterschiedliche Formen der Verwertung eines Gutes. Wenn etwa ein bösgläubiger nichtberechtigter Besitzer eines Pkw keinen Ausgleich für dessen Nutzung schuldet, einen Veräußerungserlös hingegen an den Berechtigten herausgeben müsste, so ginge von einer solchen Regelung der Anreiz aus, eine günstige Verkaufsgelegenheit verstreichen zu lassen und den Pkw stattdessen selbst zu nutzen, auch wenn der Nichtberechtigte eigentlich keinen Pkw benötigt.

Ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime sollte ferner für die Rechtsanwender möglichst praktikabel sein. Ein theoretisch noch so schlüssiges Konzept für die Bewältigung der Nutzungsausgleichsproblematik ist nutzlos, wenn es nicht umsetzbar ist. Das Erfordernis der Praktikabilität kann in einem Spannungsverhältnis mit inhaltlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs stehen. Je genauer beispielsweise der Wert der Güternutzung im Einzel-

---

Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 13 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 48 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu *Wagner*, Festschrift Canaris, 2017, 281 ff. m. w. N.

<sup>11</sup> Siehe bspw. *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67; *Christiansen*, Effektive und effiziente Widerrufsrechte – Eine rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der Widerrufsrechte der Haustürwiderrufsrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie in Deutschland und England im Vergleich mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, 2011.

fall ermittelt werden soll, desto aufwendiger gestaltet sich die Durchführung des Nutzungsausgleichs. Insofern darf das Bemühen um Praktikabilität nicht zu offenkundig unsachgemäßen Ergebnissen führen. Praktikabilität ist kein Wert an sich, sondern hat eine dienende Funktion. Ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime muss inhaltliche Anforderungen und ihre praktische Umsetzbarkeit zu einem möglichst harmonischen Ausgleich bringen. Hierbei können naturgemäß schwierige Abgrenzungsfragen auftreten.

Im Ergebnis lassen sich die Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime somit wie folgt zusammenfassen: Es sollte idealerweise in sich widerspruchsfrei sein, sich zugleich nahtlos in das Gesamtgefüge des BGB einfügen, keine problematischen Anreizwirkungen entfalten und möglichst praktikabel sein.

## B. Neubestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs

Die erste und grundlegende Frage, die es bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichssystems zu beantworten gilt, ist diejenige nach dem Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs. Der Gesichtspunkt der Praktikabilität streitet für einen möglichst *engen* Anwendungsbereich. Insofern kann auf *Leo von Petrazycki* verwiesen werden, der 1895 zu rechtspolitischer Zurückhaltung in der Frage des Nutzungsausgleichs mahnte:

„Eine sachgemässe Civilpolitik rãth dem Gesetzgeber entschieden an, mit der Einführung der Fruchterstattung sparsam zu sein, um die Rechtsverhältnisse nicht ohne genügenden Grund zu complicieren.“<sup>1</sup>

Allerdings ist Praktikabilität nur ein Gesichtspunkt, den es bei der Ausgestaltung eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes zu berücksichtigen gilt. Zudem kann einer unnötigen Verkomplizierung der Rechtsverhältnisse auch bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs entgegengewirkt werden.

Eine notwendige, jedoch keine hinreichende Bedingung für einen Anspruch auf Nutzungsausgleich ist das Bestehen eines Anspruchs auf Übertragung eines Gutes.<sup>2</sup> Die Frage nach dem Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs lässt sich somit dahingehend konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Primäranspruch durch einen sekundären Anspruch auf Nutzungsausgleich ergänzt werden sollte. Für die Beantwortung dieser Frage wird nachfolgend danach differenziert, ob die Übertragung eines Gutes außerhalb einer tatsächlichen oder vermeintlichen vertraglichen Sonderbeziehung (I.), im Zuge der Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrages (II.) oder im Erfüllungsstadium eines gegenseitigen Vertrages geschuldet wird (III.).

---

<sup>1</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 39.

<sup>2</sup> Den im Besitz ungestörter Eigentümer, der bezüglich seiner Sache keinerlei schuldrechtlicher Verpflichtung unterliegt, zum Nutzungsausgleich zu verpflichten, ergibt offensichtlich keinen Sinn.

## I. Nutzungsausgleich außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen?

In ihrer unmittelbarsten Form stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit eines Nutzungsausgleichs dann, wenn Berechtigter und Nichtberechtigter in keinerlei auf das Gut bezogenen vertraglichen Beziehung zueinander stehen. Unter dieser Voraussetzung ist eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ein notwendiger Bestandteil des Bereicherungsausgleichs (1.). Dies gilt auch im Falle eines redlichen Besitzers. Seine Privilegierung durch die *lex lata* ist nicht gerechtfertigt (2.). Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Nichtberechtigte Kenntnis davon erlangt, dass er möglicherweise nicht zur Nutzung des Gutes berechtigt ist und ihm das Gut entzogen wird, ist eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zudem unter Anreizgesichtspunkten erforderlich (3.).

### *1. Nutzungsausgleich als notwendiger Bestandteil des Bereicherungsausgleichs*

Jede Rechtsordnung sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass eine ihren Wertungen widersprechende Vermögenszuordnung eintreten kann. Für diesen Fall Vorsorge zu treffen, ist daher ein universelles Regelungsproblem. Im BGB wird es primär<sup>3</sup> durch die §§ 812 ff. und die §§ 985 ff. bewältigt. Nachfolgend wird ein solcher Ausgleichsmechanismus in einem funktionalen und rechtsinstitutsübergreifenden Sinne als Bereicherungsausgleich bezeichnet. Wenn eine Rechtsordnung eine von ihr nicht anerkannte Güterzuordnung in konsistenter Weise korrigieren will, so muss sie auch einen Anspruch auf Nutzungsausgleich in den Bereicherungsausgleich einbeziehen. Denn der nichtberechtigte Inhaber ist auch um die aus dem Gut gezogenen Nutzungen bereichert (a). Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ist insbesondere erforderlich, um die innere Konsistenz des Bereicherungsausgleichs für den Fall zu wahren, dass der Nichtberechtigte das Gut nicht nutzt, sondern auf andere Weise verwertet (b).

#### *a) Nutzung eines Gutes durch einen Nichtberechtigten als ungerechtfertigte Bereicherung*

Dass der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes durch die Nutzung des ihm nach den Wertungen der Rechtsordnung nicht zustehenden Gutes ungerechtfertigt bereichert ist, bedarf – zumindest auf den ersten Blick – keines großen Begründungsaufwands. Ausreichend ist vielmehr die einfache Feststellung, dass die mit der Nutzung eines Gutes verbundenen Vorteile im Ausgangspunkt dem berechtigten Inhaber eines Gutes zugewiesen sind und kein Grund dafür ersichtlich ist, warum sich hieran etwas ändern sollte, wenn das Gut in die Verfügungsgewalt eines Nichtberechtigten gelangt. So ist beispielsweise dem Eigentümer das Recht zuge-

---

<sup>3</sup> Speziell für Sachen werden die §§ 812 ff. BGB partiell durch die §§ 985 ff. BGB überlagert. Im Fall des Erbschaftsbesitzes kommen zusätzlich die §§ 2018 ff. BGB zum Zug.

wiesen, seine Sache zu besitzen und zu nutzen.<sup>4</sup> Der Eigentümer ist der „erste ‚Nutzungsberechtigte‘ seiner Sache.“<sup>5</sup> Der Eigentümer kann sich seiner Nutzungsberechtigung entäußern, indem er die Sache einem anderen Rechtssubjekt auf Zeit zur Nutzung überlässt. Wenn sich die Sache hingegen in den Händen eines nichtberechtigten Besitzers befindet, so stehen die Nutzungen im Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer grundsätzlich weiterhin dem Eigentümer zu. Daraus folgt, dass der nichtberechtigte Besitzer in einem funktionalen Sinne um die von ihm gezogenen Nutzungen in ungerechtfertigter Weise bereichert ist.<sup>6</sup> Wenn das BGB nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB dem redlichen unverklagten Besitzer, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, die Nutzungen belässt, so bedeutet dies nicht, dass dem Besitzer die Berechtigung zur Nutzung der Sache zugesprochen wird. Vielmehr wird er ausnahmsweise von einer grundsätzlich bestehenden, ihrer Natur nach bereicherungsrechtlichen Ausgleichspflicht befreit.<sup>7</sup>

Dieser intuitive Zusammenhang von grundsätzlicher Zuweisung der Nutzungsbefugnis zum Vollrechtsinhaber und Nutzungsausgleichspflicht des nichtberechtigten Inhabers wird allerdings im Rahmen des Streits um die dogmatischen Grundlagen der Eingriffskondition zum Teil in Frage gestellt. Die vorstehenden Ausführungen stehen in Einklang mit der auf *Walter Wilburg* und *Ernst von Caemmerer* zurückgehenden Lehre vom Zuweisungsgehalt.<sup>8</sup> Danach stellt grundsätzlich jeder Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts eine ausgleichspflichtige Bereicherung dar.<sup>9</sup> Übertragen auf das Beispiel des Sacheigentums bedeutet dies, dass ein Dieb, der die gestohlene Sache nutzt, deshalb *de lege lata* nach den §§ 987 Abs. 1, 990 BGB auf Nutzungsausgleich haftet, weil er durch die Nutzung in den Zuweisungsgehalt des Eigentums eingreift.<sup>10</sup> Ohne die Regelung in den §§ 987 ff. BGB ergäbe sich seine Haftung jedenfalls aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB. Keine Nutzungsausgleichspflicht trifft demgegenüber den Eigentümer, der sich die Sache vom Dieb durch verbotene Eigenmacht zurückholt und daher einem Herausgabeanspruch des Diebs aus § 861 BGB ausgesetzt ist. Obwohl der Eigentümer verpflichtet ist, die Sache an den Dieb herauszugeben, greift er

<sup>4</sup> § 903 S. 1 BGB.

<sup>5</sup> *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 1.

<sup>6</sup> In diesem Sinne bspw. *Petrzycki*, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 241 f.

<sup>7</sup> *Soergel/Stadler*, 13. Aufl., § 993 BGB Rn. 3 (2007); *Staudinger/Gursky/Wiegand*, Vorbem zu § 953–957 Rn. 4 f. (August 2016).

<sup>8</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934; *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 ff.

<sup>9</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 122; *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (353); *Wilburg*, AcP 163 (1964), 346 (348).

<sup>10</sup> *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (276); *Michalski*, FS Gitter, 577 (597); *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 34.

durch die Nutzung einer ihm gehörenden Sache nicht in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts ein. Denn der possessorische Besitzschutz trifft keinerlei Aussage über die Berechtigung an einer Sache.<sup>11</sup>

Von ihren Kritikern, die zumeist einer Variante der sogenannten Rechtswidrigkeitslehren anhängen,<sup>12</sup> wird die Lehre vom Zuweisungsgehalt allerdings als bloße Leerformel charakterisiert, mittels derer sich jedes beliebige Ergebnis rechtfertigen lasse.<sup>13</sup> Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist insbesondere die Argumentation *Gerd Kleinheyers* von Interesse. Laut *Kleinheyer* soll sich der Zuweisungsgehalt eines Rechts in der Zuweisung von Befugnissen erschöpfen.<sup>14</sup> Darüber, wem der durch die Verwendung eines Gutes erzielte Erfolg zugewiesen ist, gebe die Rechtsordnung dagegen nur „in den seltensten Fällen Auskunft.“<sup>15</sup> *Kleinheyers* „Verwendungsbegriff“ ist sehr weit und umfasst auch die Ziehung von Nutzungen i. S. v. 100 BGB. Auch die §§ 987, 988, 990 BGB sind daher für *Kleinheyer* nicht Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, wonach die Nutzungen dem Eigentümer zustehen. Vielmehr wird die Zuweisung der Nutzungen durch diese Vorschriften laut *Kleinheyer* erst positiv begründet.<sup>16</sup> Dementsprechend wäre die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, keine Ausnahme, sondern eine von mehreren, in den §§ 987 ff. BGB unabhängigen voneinander kodifizierten Regeln.

Die Lehre vom Zuweisungsgehalt ist – letztlich aus guten Gründen – vorherrschend.<sup>17</sup> Allerdings ist die vorliegende Untersuchung nicht der angemessene Ort, um die Kontroverse zwischen Rechtswidrigkeits- und Zuweisungstheorie erneut *en detail* auszufechten. Für die Anhänger der Rechtswidrigkeitslehre muss statt-

---

<sup>11</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 60. Siehe dazu bereits supra 1. Teil:A.IV, S. 14 f.

<sup>12</sup> Begründet wurde die Rechtswidrigkeitslehre von *Schulz*, AcP 105 (1909), 1. Sie wurde später insbesondere aufgegriffen und zum Teil modifiziert von *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964; *Kellmann*, Grundsätze der Gewinnhaftung – Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, 1969.

<sup>13</sup> Siehe *Kleinheyer*, JZ 1970, 471 (472); *Ebert*, ZIP 2002, 2297; *Baker*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 31 m. w. N.

<sup>14</sup> *Kleinheyer*, JZ 1970, 471 (472).

<sup>15</sup> *Ibid.*, S. 473.

<sup>16</sup> *Ibid.*, S. 472: „Gehörte die Ertragszuweisung zum Inhalt des Eigentums, so ließen sich die verschiedenartigen Konsequenzen, die das Gesetz an die Verwendung der Sache knüpft, nicht erklären. [...] Auch die unterschiedliche Ertragszuweisung, wie sie das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorsieht, wäre unerklärlich; denn der Inhalt des verletzten Rechtes kann sich ja nicht verändern je nachdem, ob die Verletzung gut- oder bösgläubig, vor oder nach Rechtshängigkeit geschehen ist, während die §§ 987 ff. gerade daran die unterschiedliche Ertragszuweisung knüpfen.“

<sup>17</sup> Siehe bspw. BGH, 24.11.1981, X ZR 7/80, BGHZ 82, 299 (306); BGH, 31.10.1986, V ZR 140/85, VersR 1987, 483 (484); BGH, 26.9.2006, XI ZR 156/05, NJW 2007, 216 f.; BGH, 26.10.2006, I ZR 182/04, BGHZ 169, 340 (344 f.); BGH, 1.3.2013, V ZR 14/12, NJW 2013, 1809 (1810); *Roth*, AcP 180 (1980), 263 (276); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, A 85 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 34; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2015, S. 9; BeckOK/*Wendehorst*, § 812 BGB Rn. 122 ff. (1.5.2018) m. w. N.



dessen der Hinweis genügen, dass sich dem BGB unabhängig von der Kontroverse um den Zuweisungsgehalt von Rechtspositionen jedenfalls *de lege lata* die positive Wertung entnehmen lässt, dass der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen grundsätzlich zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Für den Bereicherungsschuldner und den Erbschaftsbesitzer ergibt sich dies aus § 818 Abs. 1 BGB bzw. aus § 2020 BGB. Auch die §§ 987 ff. BGB basieren auf der Prämisse einer grundsätzlichen Verpflichtung des unrechtmäßigen Besitzers zum Nutzungsausgleich. Die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers hat Ausnahmecharakter. Dies ergibt sich unter anderem eindeutig aus der Gesetzgebungsgeschichte. Zwar haben die Verfasser des BGB die Privilegierung ursprünglich nahezu unreflektiert aus dem gemeinen Recht und den in dieser Frage durch das gemeine Recht geprägten Rechtsordnungen übernommen.<sup>18</sup> Allerdings hat sich zumindest die zweite Kommission anlässlich der Kontroverse um die Frage, ob auch der redliche Bereicherungsschuldner von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freigestellt werden sollte, auch zur sachlichen Rechtfertigung der Privilegierung geäußert. Danach handelt es sich um einen funktional § 818 Abs. 3 BGB entsprechenden Schutzmechanismus, durch den verhindert werden soll, dass der redliche Besitzer durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich einen Schaden erleidet.<sup>19</sup> Eines solchen ausnahmsweise gewährten Schutzes bedarf der Besitzer nur, wenn er grundsätzlich zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist.

*b) Notwendigkeit eines Nutzungsausgleichs zur Wahrung der inneren Konsistenz des Bereicherungsausgleichs*

Neben der Überlegung, dass die Nutzungen eines Gutes grundsätzlich dem Berechtigten zustehen, ergibt sich die Notwendigkeit eines Nutzungsausgleichs auf der Grundlage der *lex lata* auch aus der Notwendigkeit, die an unterschiedliche Formen der Verwertung eines Gutes geknüpften Rechtsfolgen in konsistenter Weise aufeinander abzustimmen.<sup>20</sup>

Der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes ist zwar primär dazu verpflichtet, das Gut auf den Berechtigten zu übertragen. Ist ihm dies jedoch nicht mehr möglich, weil er das Gut verbraucht, verkauft oder verarbeitet hat, so ist er *de lege lata* dazu verpflichtet, den Wert des Gutes zu ersetzen bzw. den erzielten Verkaufserlös an den Berechtigten auszukehren.<sup>21</sup>

Eine Rechtsordnung, die einen Nichtberechtigten im Falle einer solchen „punktuellen“, auf einen Zeitpunkt zusammengezogenen<sup>22</sup> Verwertung der Substanz eines Gutes zum Bereicherungsausgleich verpflichtet, muss die Ausgleichspflicht

<sup>18</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)aa)(1), S. 140 ff. sowie 2. Teil:A.I.1.a)bb)(2), S. 152 ff.

<sup>19</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)cc)(2), S. 160 ff.

<sup>20</sup> Siehe dazu speziell im Kontext der Problematik der „Minimalform“ des gutgläubigen Erwerbs bereits supra 2. Teil:A.I.1.c)cc), S. 178 ff.

<sup>21</sup> §§ 816 Abs. 1, 818 Abs. 2, 951 Abs. 1 BGB. Siehe dazu auch supra 2. Teil:C.II, S. 386 ff.

<sup>22</sup> Siehe dazu supra 1. Teil:D.III.2 S. 133 f. sowie infra 3. Teil:D.II, S. 619 ff.

aus Gründen der inneren Konsistenz grundsätzlich auch auf gezogene Nutzungen erstrecken. Denn die Nutzung ist nur eine besondere, zeitlich ausgedehnte Form der Verwertung der Substanz. Wie *Gerhart Husserl* treffend bemerkte, „verzeitet“ sich die Substanz eines Gutes in seinen Nutzungen.<sup>23</sup> Offensichtlich ist dies bei Gütern, die durch Benutzung verschleifen. Wenn ein Nichtberechtigter einen fremden Pkw solange nutzt, bis dessen maximale wirtschaftliche Laufleistung erschöpft ist, so verleiht er sich dessen Substanz im wirtschaftlichen Ergebnis ebenso ein wie im Falle eines sofortigen Verkaufs. Aber auch für nicht abnutzbare Güter gilt im Grunde nichts anderes.<sup>24</sup>

Das Argument, dass ein Nutzungsausgleich zur Wahrung der inneren Konsistenz des Bereicherungsausgleichs erforderlich ist, ließe sich *de lege ferenda* nur dadurch entkräften, dass für sonstige Formen der Verwertung eines Gutes auf einen Bereicherungsausgleich verzichtet wird. Speziell für den Fall des Verkaufs einer Sache durch den redlichen Besitzer lässt sich hierfür rechtsvergleichend in der Schweiz ein Vorbild finden. Nach der Auffassung des Schweizer Bundesgerichts ergibt sich aus Art. 938 ZGB<sup>25</sup> eine umfassende Privilegierung des redlichen Besitzers. Er ist daher nicht nur von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freigestellt, sondern kann auch einen Verkaufserlös *in voller Höhe* behalten. Der ehemalige Besitzer muss dem Eigentümer im Falle eines Verkaufs also insbesondere auch nicht den objektiven Wert der Sache ersetzen.<sup>26</sup> In Österreich vertritt zumindest eine Mindermeinung die Auffassung, dass die Privilegierung des redlichen Besitzers gemäß § 329 ABGB<sup>27</sup> diesen auch bei einer Weiterveräußerung der Sache von einer bereicherungsrechtlichen Haftung freistellt.<sup>28</sup>

Eine Erweiterung der in den §§ 987 ff. BGB für gezogene Nutzungen ausgesprochenen Privilegierung auf andere Verwertungsformen wäre jedoch nur dann erwägenswert, wenn die Freistellung des redlichen unverklagten Besitzers von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich sachlich gerechtfertigt wäre. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist dies jedoch gerade nicht der Fall.

---

<sup>23</sup> *Husserl*, Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, 1933, S. 23: „Die Substanz des Gutes verzeitet sich in seinen Nutzungen.“

<sup>24</sup> *Supra* 1. Teil:C.IV, S. 119 ff.

<sup>25</sup> Art. 938 ZGB: „(1) Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig.

(2) Was hierbei untergeht oder Schaden leidet, braucht er nicht zu ersetzen.“

<sup>26</sup> BGer, 1.3.1945, BGE 71 II, 90 (97): „Der gutgläubige Zwischenbesitzer ist nach Art. 938 ZGB in allem zu schützen, was ihm die Sachen an Vorteil boten, sei es zufolge Gebrauchs, Vermietung oder anderer Nutzung oder auch ganzen oder teilweisen Verbrauchs. Es ist darnach gleichgültig, ob demzufolge beim Beklagten eine fortbestehende Bereicherung eingetreten ist. Aber auch ein Veräusserungsgewinn des Beklagten kann vom Kläger nicht beansprucht werden.“ Siehe dazu auch *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 148 f.

<sup>27</sup> § 329 ABGB: „Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.“

<sup>28</sup> *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 1.

## 2. Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers nicht gerechtfertigt

Die Überlegung, dass eine Verpflichtung zum Ausgleich von Nutzungen jedenfalls außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen im Grundsatz ein notwendiger Bestandteil des Bereicherungsausgleichs ist, bedeutet selbstverständlich nicht, dass es hiervon keine Ausnahmen geben könnte. Erforderlich ist allerdings, dass sich eine solche Ausnahme auf einen nachvollziehbaren sachlichen Grund stützen kann. Nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB haftet der redliche unverklagte Besitzer, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, nur für sog. Übermaßfrüchte. Für den Fall, dass Eigentümer und Besitzer nicht durch ein – tatsächliches oder vermeintliches – Vertragsverhältnis verbunden sind, wird diese Privilegierung im Schrifttum nach wie vor überwiegend für angemessen erachtet. Dies gilt insbesondere für den paradigmatischen Fall eines redlichen unverklagten Besitzers, der die Sache einem Dieb abgekauft hat und daher wegen § 935 Abs. 1 BGB das Eigentum auch nicht gutgläubig erwerben konnte.<sup>29</sup> Dafür, dass es außerhalb tatsächlicher oder vermeintlicher Vertragsverhältnisse gute Gründe für eine Freistellung des redlichen Besitzers von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich gibt, scheint auf den ersten Blick auch der Rechtsvergleich zu sprechen (a). Allerdings hält keines der hierfür ins Feld geführten Argumente einer kritischen Würdigung stand (b).

### a) Anhaltende Verbreitung der Privilegierung in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen

Wie bereits im zweiten Teil der Untersuchung ausführlich dargelegt wurde, fanden die Verfasser des BGB eine Privilegierung des redlichen Besitzers im Hinblick auf gezogene Nutzungen nicht nur im gemeinen Recht vor. Vielmehr wurde der Besitzer, mit Unterschieden im Detail, auch in nahezu allen im Reich geltenden Kodifikationen sowie in den bei der Erstellung des BGB berücksichtigten Kodifikationsentwürfen unter bestimmten Voraussetzungen von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freigestellt.<sup>30</sup> Auch heute noch ergibt eine rechtsvergleichende Umschau das gleiche Bild. Die Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers ist in den vom gemeinen Recht geprägten Rechtsordnungen nach wie vor weit verbreitet.<sup>31</sup> Dies soll nachfolgend anhand der Beispiele Frankreich, Österreich und Schweiz illustriert werden.

In Frankreich ergibt sich die Freistellung des redlichen Besitzers von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nach wie vor aus Art. 549 Code civil.<sup>32</sup> Die

<sup>29</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.c), S. 175 ff.

<sup>30</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a)aa)(1), S. 140 ff.

<sup>31</sup> Siehe dazu auch die Übersicht bei *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, S. 5340 ff. (Art. VIII.-7:103 DCFR, Notes).

<sup>32</sup> Die Vorschrift gilt materiell unverändert seit 1804. Sie wurde 1960 lediglich redaktionell überarbeitet und um die klarstellende Regelung ergänzt, welcher Zeitpunkt für die Bestimmung des Wertes der Früchte maßgeblich sein soll, sofern diese nicht gegenständlich herausgegeben

Vorschrift wird von der Rechtsprechung vorbehaltlos angewendet<sup>33</sup> und auch im Schrifttum gemeinhin unkritisch akzeptiert.<sup>34</sup> Ihr Anwendungsbereich umfasst sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände<sup>35</sup> und reicht somit wesentlich weiter als die im Wortlaut der §§ 987 ff. BGB verankerte Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers in Deutschland. Wie der *Cour de cassation* 2004 klarstellte, schuldet daher beispielsweise auch der gutgläubige Inhaber eines Patents erst ab dem Zeitpunkt Nutzungsausgleich, in dem er vom wahren Inhaber des Patents über seine fehlende Berechtigung in Kenntnis gesetzt wird.<sup>36</sup> Für bewegliche Sachen hat die Privilegierung des Besitzers allerdings nur geringe Bedeutung, da gemäß Art. 2276 Code civil als allgemeiner Grundsatz gilt: „*En fait de meubles, la possession vaut titre.*“<sup>37</sup>

Auch Österreich hält nach wie vor an der in den §§ 329, 330 ABGB ausgesprochenen Privilegierung des redlichen Besitzers fest. Gemäß § 329 ABGB kann

„[e]in redlicher Besitzer [...] schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.“

§ 330 ABGB<sup>38</sup> weist dem redlichen Besitzer ausdrücklich die getrennten Früchte und schon eingehobenen Nutzungen zu. Allerdings werden beide Vorschriften im Schrifttum ganz überwiegend kritisch betrachtet, weil sie den Besitzer zu sehr begünstigen sollen.<sup>39</sup> Im Laufe der Zeit wurden daher zahlreiche Konzepte entwickelt, um die Privilegierung einzuschränken.<sup>40</sup> Österreich durchlief insofern eine ähnliche Rechtsentwicklung wie Deutschland. Die vorherrschende Auffassung im Schrifttum hebt die §§ 329, 330 ABGB bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge im Zweipersonenverhältnis praktisch aus, indem sie dem Eigentümer ei-

---

werden können (Loi 60-464 1960-05-17 art. 1 JORF 18 mai 1960). Die aktuelle Fassung des Art. 549 Code civil lautet: „Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement.“ Für die ursprüngliche Fassung siehe supra S. 142 in Fn. 29.

<sup>33</sup> Siehe bspw. Cour de cassation, Chambre civile 3, 28 juin 1983, Bull. civ. III, n° 148 ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 avril 2004, Bull. civ. IV, n° 80.

<sup>34</sup> Siehe bspw. *Malaurie*, Les restitutions en droit civil, 1991, S. 164; *Gnelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 411 f.; *Strickler*, Les biens, 2006, S. 291; *Terré/Simler*, Droit civil – Les biens, 9. Aufl. 2014, S. 410 f.; Code civil annoté Dalloz – Édition 2018, 117. Aufl. 2017, S. 835.

<sup>35</sup> Siehe dazu näher *Strickler*, Les biens, 2006, S. 280 ff., insbesondere S. 287 und S. 291.

<sup>36</sup> Siehe Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 avril 2004, Bull. civ. IV, n° 80.

<sup>37</sup> *Strickler*, Les biens, 2006, S. 403 ff.

<sup>38</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 142 in Fn. 32.

<sup>39</sup> Siehe bspw. *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 123; *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517; *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 1 ff.; *Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Eccher/Riss*, § 329 ABGB Rn. 1.

<sup>40</sup> *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (519 f.); *Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Eccher/Riss*, § 329 ABGB Rn. 1 m. w. N.

nen bereicherungsrechtlichen Anspruch entweder auf die Früchte oder auf ein „Benützungsentgelt“ zuspricht.<sup>41</sup> Weiterhin ungeschmälert Geltung entfaltet die Privilegierung des Besitzers hingegen in dem an dieser Stelle interessierenden Fall, dass der Besitzer die Sache entgeltlich von einem Dritten erworben hat.<sup>42</sup>

In der Schweiz wurde eine gemeinrechtlich inspirierte Privilegierung des redlichen Besitzers 1907 in Art. 938 Abs. 1 ZGB<sup>43</sup> verankert. Das Schweizer Bundesgericht wendet die Vorschrift in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum grundsätzlich auch im Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge an.<sup>44</sup> Im Falle eines nichtigen Kaufvertrages hatte dies lange Zeit zur Konsequenz, dass der Käufer für die Nutzung der Kaufsache keinen Ausgleich schuldet, während der Verkäufer den Zinsertrag, den er bei Anlage des als Kaufpreis erhaltenen Geldes erzielte, als ungerechtfertigte Bereicherung an den Käufer abführen musste.<sup>45</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 korrigierte das Schweizer Bundesgericht diesen Wertungswiderspruch für den Fall eines nichtigen Kaufvertrages über einen Pkw, indem es den Käufer zur Entrichtung einer „Benutzungsgebühr“ verpflichtete.<sup>46</sup> Im Schrifttum wird – vergleichbar der Rechtslage in Deutschland – für eine *generelle* Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 938 Abs. 1 ZGB plädiert. Die Vorschrift soll demnach bei der Rückabwicklung von Verträgen *grundsätzlich* keine Anwendung mehr finden.<sup>47</sup> Für den Fall, dass der Besitzer die Sache entgeltlich von einem nichtberechtigten Dritten erlangt hat, wird seine Privilegierung gegenüber dem vindizierenden Eigentümer allerdings nicht in Frage gestellt.<sup>48</sup>

Dass es sich bei der Freistellung eines redlichen Besitzers von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich allerdings keineswegs um eine Art universelles Recht-

<sup>41</sup> *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (525); *Puck*, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum, 1996, S. 93; *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 2f.; *Kletečka/Schauer/Luriger*, § 330 ABGB Rn. 5; *Schwimann/Iledits*, § 330 ABGB Rn. 1. Siehe dazu auch noch *infra* 3. Teil: B. II. 1. b) aa) (2), S. 465 ff.

<sup>42</sup> *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 1; *Kletečka/Schauer/Luriger*, § 330 ABGB Rn. 5; *Puck*, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum, 1996, S. 93.

<sup>43</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe *supra* S. 439 in Fn. 25.

<sup>44</sup> BGer, 17.6.1958, BGE 84 II, 369 (377 f.); BGer, 5.9.1984, BGE 110 II, 244 (248 f.); *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 79 m. w. N.

<sup>45</sup> *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 245 ff.; *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 91; *Hahn*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 64 OR Rn. 4; *ders.*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 62 OR Rn. 4 und Rn. 40.

<sup>46</sup> BGer, 27.9.2004, 4C.197/2004, Sammlung der unpublizierten Bundesgerichtsentscheide, Rn. 4.2 ff. Siehe dazu auch *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 92 mit Fn. 447.

<sup>47</sup> *Ibid.*, S. 99 ff.

<sup>48</sup> Siehe bspw. *ibid.*, S. 182 f.; *Arnet/Eitel*, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 938 Rn. 3.

sprinzip handelt, zeigt sich daran, dass das Privileg im Naturrecht nicht anerkannt wurde. Ausgehend von der Überlegung, dass Sachfrüchte (*fructus rei*) das Verdienst der Sache sind, wurden sie in der in der spanischen Spätscholastik entstandenen naturrechtlichen Restitutionslehre<sup>49</sup> vollständig dem Eigentümer zugewiesen. Anders als nach gemeinem Recht sollte der Besitzer daher auch dann Ausgleich schulden, wenn er die Früchte verbraucht hatte.<sup>50</sup> Ein später Vertreter dieser Lehre war der katholische Geistliche *Peter Loenartz*, der die ihm durch den Kulturkampf „aufgezwungen[e] traurig[e] Muße“<sup>51</sup> für die Abfassung einer 1885 veröffentlichten „theologisch-juristischen Abhandlung“ über „Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes“ nutzte. Wie es für die naturrechtliche Restitutionslehre charakteristisch ist,<sup>52</sup> betont *Loenartz* die Ausdifferenzierung des Fruchtbegriffs unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsbeiträge von Sache und Fruchtziehendem. Für Sachfrüchte soll der Besitzer dem Eigentümer auf der Grundlage einer strikt naturrechtlichen Wertung<sup>53</sup> Ausgleich schulden, reine Arbeitsfrüchte (*fructus mere industriales*) sollen ihm hingegen verbleiben.<sup>54</sup> Gemischte Früchte sollen durch Abzug des Arbeitslohns und sonstiger Auslagen in „reine Sachfrüchte“ transformiert werden.<sup>55</sup>

Auch im englischen Recht findet die Privilegierung des redlichen Besitzers einer Sache im Hinblick auf Nutzungen keine Entsprechung. Wenn dem Berechtigten ein im funktionalen Sinne „dinglicher“ Herausgabeanspruch zusteht, ist er dadurch nicht gehindert, daneben einen gegebenenfalls darüber hinausgehenden Bereicherungsanspruch geltend zu machen.<sup>56</sup> Der Umstand, dass der Nichtberechtigte ein Gut entgeltlich von einem Dritten erworben hat, verschafft ihm – sofern

<sup>49</sup> Siehe dazu *Jansen*, *RabelsZ* 76 (2012), 921; *ders.*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, 2013 m. w. N.

<sup>50</sup> *Jansen*, *RabelsZ* 76 (2012), 921 (928 ff.); *ders.*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, 2013, S. 44. Beeinflusst von den spanischen Spätscholastikern sprach auch *Grotius*, *Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens*, in welchem das Natur- und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden – Aus dem Lateinischen des Urtextes übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung des Verfassers versehen von J. H. v. Kirchmann, 1869, S. 384 dem Eigentümer die *fructus rei* zu. Siehe dazu auch *Jansen*, *RabelsZ* 76 (2012), 921 (933).

<sup>51</sup> *Loenartz*, *Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung*, 1885, S. XII.

<sup>52</sup> Siehe dazu *Jansen*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, 2013, S. 44 sowie *supra* 1. Teil:B.I.1.c)bb), S. 23 f.

<sup>53</sup> Später erkennt *Loenartz* die Privilegierung des gutgläubigen Besitzers aufgrund von Billigkeitserwägungen allerdings auch „*pro foro interno*“ an, vgl. *Loenartz*, *Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung*, 1885, S. 168 ff.

<sup>54</sup> *Ibid.*, S. 159 ff. Primär seien die Früchte physisch herauszugeben. Sind sie nicht mehr vorhanden, schulde der Besitzer Wertersatz.

<sup>55</sup> *Ibid.*, S. 159.

<sup>56</sup> *Häcker*, *Consequences of Impaired Consent Transfers – A Structural Comparison of English and German Law*, 2009, S. 205 f.

nicht die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs erfüllt sind – keine Erleichterung.<sup>57</sup> Allerdings ist einschränkend darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob und in welchem Umfang ein nichtberechtigter Inhaber eines Gutes nach englischem Recht Ausgleich für Nutzung bzw. für die Möglichkeit zur Nutzung des Gutes leisten muss, bislang nicht abschließend geklärt ist.<sup>58</sup>

*b) Argumente für Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers nicht überzeugend*

Die Freistellung eines redlichen Besitzers von der Verpflichtung vom Nutzungsausgleich bildet innerhalb des Bereicherungsausgleichs einen Fremdkörper. Aufgrund ihres Ausnahmecharakters bedarf die Privilegierung eines nachvollziehbaren sachlichen Grundes. Tradition und weite Verbreitung reichen nicht aus. Unterzieht man jedoch die ins Feld geführten inhaltlichen Argumente einer kritischen Würdigung, so ist das Ergebnis ernüchternd. Zeit- und rechtsordnungsübergreifend werden im Wesentlichen immer wieder drei Begründungsansätze bemüht, um zu rechtfertigen, warum dem redlichen Besitzer die gezogenen Nutzungen zu belassen seien. Keines dieser Argumente ist auch nur im Ansatz überzeugend.

*aa) Keine Rechtfertigung der Privilegierung mit der Vermeidung einer wirtschaftlichen Überforderung des Besitzers*

Ein weit verbreitetes Argument für die Privilegierung des redlichen Besitzers lautet, dass dieser durch eine ungemilderte Nutzungsausgleichspflicht wirtschaftlich überfordert würde. Unter diesem Gesichtspunkt wird insbesondere eine Haftung für konsumierte Früchte als problematisch angesehen.<sup>59</sup> Während ein unredlicher Besitzer sich auf eine mögliche Haftung einstellen und Vorsorge treffen könne, halte den redlichen Besitzer nichts davon ab, die gezogenen Früchte bedenkenlos zu konsumieren. Wenn der Besitzer dann unter Umständen nach langer

<sup>57</sup> Ibid., S. 226 ff.

<sup>58</sup> Ibid., S. 206 in Fn. 204. Siehe auch *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 4138 (Art. VII.–5:104, Note 9); *dies.*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 5342 (Art. VII.–7:103, Note 13). Ein anschauliches Beispiel für die insofern bestehende Rechtsunsicherheit bietet die gerade im Fluss befindliche Frage, ob der Empfänger rechtsgrundlos geleisteten Geldes neben der Rückzahlung der empfangenen Summe unter dem Gesichtspunkt des *unjust enrichment* auch Ausgleich dafür schuldet, dass er das Geld nutzen konnte. Siehe dazu infra 3. Teil:C.I.2.c)bb)(3), S. 542 ff.

<sup>59</sup> *Rudhart*, AGR 4 (1814), 314 (326 f.); *Loenartz*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885, S. 169; *Petrzycki*, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 185; *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 164; *Terré/Simler*, Droit civil – Les biens, 9. Aufl. 2014, S. 176 f. In diesem Sinne auch *Johow*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, 1982, 899.

Zeit verpflichtet wäre, den Wert der Früchte zu ersetzen, könne dies seinen Ruin bedeuten.<sup>60</sup>

Die wohl elaborierteste Variante dieses Arguments stammt aus der Feder *Leo von Petrazycki*. *Petrazycki* beschränkte sich nicht darauf, eine Begründung dafür zu liefern, warum der *bona fide possessor* nach römischem Recht die *fructus consumpti* behalten durfte. Er plädierte vielmehr 1892 (!) dafür, die Ausgestaltung des Bürgerlichen Rechts *de lege ferenda* in den Dienst einer auf Wirtschaftswachstum abzielenden Wirtschaftspolitik zu stellen und analysierte die Problematik der Nutzungsausgleichspflicht des redlichen Besitzers unter diesem Blickwinkel. Er konstatierte zunächst, dass eine Privilegierung des Besitzers „vom rechtlichen Standpunkte aus“ nicht begründbar sei. Der gutgläubige Besitz sei nichts weiter als eine unverschuldete Rechtsverletzung und verdiene keinen Lohn.<sup>61</sup> Dieser Umstand war für ihn jedoch irrelevant, denn:

„Alle traditionellen Gesichtspunkte, welche bei der Beurtheilung der b. f. possessio üblich sind, sind zu verwerfen. Eine gesunde Gesetzgebung über den gutgläubigen Besitz kann nur vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Politik erzielt werden. Die erste Bedingung des Gedeihens der Volkswirtschaft ist die Sicherheit der Conjunctur. Einer der schlimmsten Feinde der Volkswirtschaft wäre dasjenige Civilrecht, welches dem nichtwissenden Besitzer sagte: dein wirtschaftlicher Plan ist schon seit so und so viel Jahren auf einem Irrthum gebaut, welchen du rückwärts gut machen musst, deine Unternehmungen stehen auf fremden Fundamenten, zerstöre sie und gib dem Eigenthümer zurück, was ihm gehört. Bei der Regelung soll man alle Rücksichten auf die Person des wirklichen und des putativ Berechtigten bei Seite lassen und nur auf das gemeine Wohl sehen.“<sup>62</sup>

Mit Blick auf das Gemeinwohl empfahl *Petrazycki* dem Gesetzgeber, mit einigen kosmetischen Korrekturen an der Haftungsfreistellung des redlichen Besitzers festzuhalten.<sup>63</sup>

Das Überforderungsargument leidet an einer ebenso offensichtlichen wie unüberwindlichen Inkonsistenz. Es passt schlicht nicht zu der Rechtsfolge, zu deren Rechtfertigung es ins Feld geführt wird. Um eine drohende wirtschaftliche Überforderung zu verhindern, geht eine Freistellung des Besitzers von einer Haftung für gezogene Nutzungen gleichzeitig viel zu weit und bei weitem nicht weit genug. Das Haftungsprivileg ist zunächst in allen Fällen überschießend, in denen dem Besitzer durch eine umfassende Verpflichtung zum Nutzungsausgleich *nicht* der wirtschaftliche Ruin droht. Eine solche Gefahr besteht beispielsweise von vornherein nicht, wenn die genutzte Sache im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Nichtberechtigten von untergeordneter Bedeutung ist. Wenn die Sache oder die

---

<sup>60</sup> *Loenartz*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, 1885, S. 169; *Petrazycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 185; *Terré/Simler*, Droit civil – Les biens, 9. Aufl. 2014, S. 176 f.

<sup>61</sup> *Petrazycki*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 241 f.

<sup>62</sup> *Ibid.*, S. 243.

<sup>63</sup> *Ibid.*, S. 244 f.



Sachen, die der redliche Besitzer zu Unrecht erlangt hat, hingegen tatsächlich wirtschaftlich ins Gewicht fallen, so bietet eine Haftungsbefreiung für gezogene Nutzungen einen höchst unvollkommenen Schutz.

*Petrazycki* stand bei seinen Überlegungen beispielsweise der Fall eines Unternehmers vor Augen, der durch die Nutzungsausgleichspflicht ruiniert würde.<sup>64</sup> In der Literatur ist schon wiederholt darauf hingewiesen worden, dass dem Nichtberechtigten dann allerdings konsequenterweise auch die genutzte Sache selbst belassen werden müsse.<sup>65</sup> Denn durch deren Vindikation droht dem Besitzer mindestens gleichermaßen der Ruin. So verhält es sich beispielsweise dann, wenn der Vindikation unterliegende Sachen die wirtschaftliche Grundlage eines Unternehmens des Nichtberechtigten bilden – etwa die Schafherde eines Schafhirten. *Petrazycki* scheint vor allem an Fälle gedacht zu haben, in denen der Besitzer eine Einkunftsquelle – etwa einen geschäftstüchtigen Sklaven oder ein verpachtetes Landgut<sup>66</sup> – erlangt und deren Erträge in sein Unternehmen investiert.<sup>67</sup> In dieser Situation kann der Besitzer zwar die Einkunftsquelle selbst gefahrlos entbehren und wird erst durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich gezwungen, sein Unternehmen zu liquidieren.<sup>68</sup> Selbst wenn man die Prämisse der unabweichlichen Unternehmensliquidation akzeptiert,<sup>69</sup> stellt sich die Frage, warum der Besitzer nur für den Fall geschützt sein sollte, dass er die Pachtzinsen des Landguts einzieht und reinvestiert, nicht hingegen dann, wenn er das Landgut verkauft und mit dem Verkaufserlös ein Unternehmen aufbaut.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, wie bedrohlich eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich für den nichtberechtigten Inhaber eines Gutes sein kann, maßgeblich davon abhängt, wie diese Verpflichtung inhaltlich ausgestaltet ist. Auch aus diesem Grund rechtfertigt es die *abstrakte* Gefahr einer wirtschaftlichen Überforderung nicht, den Nichtberechtigten von vornherein von jeder Nutzungsausgleichspflicht freizustellen.

### *bb) Keine Rechtfertigung der Privilegierung als pauschaler Ausgleich des nutzungsbedingten Aufwandes des Besitzers*

Ein traditioneller gemeinrechtlicher Begründungsansatz für die Privilegierung eines redlichen Besitzers lautet, dass ihm die Früchte für die Erhaltung und Bewirt-

<sup>64</sup> Siehe *ibid.*, S. 185 ff.

<sup>65</sup> *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (519); *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 76 f.

<sup>66</sup> *Petrazycki*, Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 zivilrechtliche Abhandlungen, 1892, S. 186.

<sup>67</sup> *Ibid.*, S. 240.

<sup>68</sup> *Ibid.*, S. 186 und S. 241.

<sup>69</sup> Wie *Petrazycki*, *ibid.*, S. 199 f. selbst einräumt, hatten sich bspw. die Möglichkeiten zur Bewältigung unerwarteter Liquiditätsabflüsse zum Ende des 19. Jahrhunderts gegenüber der Zeit der Entstehung des römischen Rechts erheblich verbessert.

schaftung der Sache<sup>70</sup> – *pro cura et cultura* – zugewiesen seien.<sup>71</sup> Interessanterweise konvergiert das gemeine Recht in diese Frage wertungsmäßig mit der deutschrechtlichen Tradition. Für *Otto von Gierke* war die Zuweisung der Früchte zum redlichen Besitzer Ausdruck des deutschrechtlichen Produktionsprinzips („wer sät, der mäht“).<sup>72</sup> Auch danach wurden die Früchte wertungsmäßig als Lohn für die vom Besitzer in ihre Gewinnung investierte Arbeit und für seinen sonstigen Aufwand angesehen. Dieser wertungsmäßige Gleichlauf hat dazu geführt, dass der Privilegierung des Besitzers nach den §§ 987 ff. BGB neben ihren Wurzeln im gemeinen Recht<sup>73</sup> alternativ eine deutschrechtliche Abstammung attestiert wird.<sup>74</sup> An dieser Stelle muss auf das Argument näher eingegangen werden, weil es nicht nur rechtshistorisch interessant ist, sondern auch nach wie vor zur Rechtfertigung der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers ins Feld geführt wird.<sup>75</sup>

Unabhängig davon, ob man die Privilegierung des redlichen Besitzers auf ein „römisches“<sup>76</sup> oder eines „germanisches“ Produktionsprinzip zurückführt, trägt der Gedanke der pauschalen Abgeltung der für die Fruchtziehung aufgewandten Mühe nur dann, wenn die Fruchtziehung durch den Besitzer tatsächlich eine Mühewaltung erfordert hat. Andererseits kann mit diesem Ansatz besser als mit dem Gesichtspunkt der drohenden wirtschaftlichen Überforderung erklärt werden, warum auch *fructus extantes* in die Privilegierung einbezogen werden sollten.<sup>77</sup>

Im Kern liegt der Zuweisung der Früchte *pro cura et cultura* eine pragmatische Überlegung zugrunde. Denn natürlich wäre es auch möglich, dass der Besitzer seinen Aufwand gegenüber dem Eigentümer abrechnet. Eine solche Abrechnung wird zumindest im Hinblick auf den nutzungsbezogenen Aufwand überflüssig, wenn der

---

<sup>70</sup> Nach a. A. für die Mühe zur Erzielung der Früchte, vgl. *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (340f.) in Fn. 23, der damit die von ihm vertretene Beschränkung des Privilegs auf *fructus industriales* untermauern wollte.

<sup>71</sup> Siehe bspw. *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (340f.). Der Sache nach um eine Erweiterung dieses Ansatzes handelt es sich bei der von *Raff* vertretenen Auffassung, wonach die Zuweisung der Nutzungen zum redlichen unverklagten Besitzer als pauschale Belohnung für von diesem typischerweise auf die Sache getätigte Investitionen interessengerecht sei. Siehe *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 84; *ders.*, JR 2019, 53 (57).

<sup>72</sup> *Gierke*, Deutsches Privatrecht – Zweiter Band. Sachenrecht., 1905, S. 586 ff. Siehe auch *ders.*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 345; *Müller-Freienfels*, JherJb 89 (1941), 345 (351f.).

<sup>73</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.a)aa)(1), S. 140 ff.

<sup>74</sup> *Gierke*, Deutsches Privatrecht – Zweiter Band. Sachenrecht., 1905, S. 595; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 224; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 98.

<sup>75</sup> Siehe bspw. *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 330 ABGB Rn. 1 sowie *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 69 m. w. N.

<sup>76</sup> Dafür bspw. *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (521).

<sup>77</sup> Diesen Aspekt betont insbesondere *Gierke*, Deutsches Privatrecht – Zweiter Band. Sachenrecht., 1905, S. 595 in Abgrenzung zum gemeinen Recht, das die Privilegierung auf die *fructus consumpti* beschränkte.

Nichtberechtigte die Nutzungen behalten darf.<sup>78</sup> Während der Beratungen der zweiten Kommission wurde unter anderem mit diesem Argument für eine Erstreckung der Privilegierung des Besitzers auf das Bereicherungsrecht plädiert. Wenn man den Bereicherungsschuldner von vornherein nicht zum Nutzungsausgleich verpflichtet, so erspare man ihm das Risiko, seine Entreicherung durch nutzungsbedingtem Aufwand nicht nachweisen zu können, etwa weil er hierüber keine ausreichenden Aufzeichnungen geführt hat.<sup>79</sup> Die Freistellung des Nichtberechtigten vom Nutzungsausgleich hätte demnach als ein pauschaler Entreicherungseinwand fungieren sollen. In der Schweiz wird gleichsinnig argumentiert, es gehe bei der Privilegierung des redlichen Besitzers darum, bereits die „kleinliche Nachrechnung“ zu vermeiden, die zur Bestimmung des Wertes der Nutzungen erforderlich sei.<sup>80</sup>

Ob ein Verzicht auf Nutzungsausgleich zur pauschalen Abgeltung von Aufwendungen des Besitzers sachgerecht ist, hängt davon ab, wie weit sich der Wert der gezogenen Nutzungen vom entstandenen Aufwand entfernt. Eine abstrakte Regelung, nach der der redliche Besitzer *nie* Nutzungsausgleich zu leisten hat, ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn in der Masse der Fälle von einer zumindest ungefähren Äquivalenz ausgegangen werden könnte. In diesem Sinne argumentierte beispielsweise 1825 der Breslauer Juraprofessor *Domenikus Unterholzner*. Er wollte auf diese Weise seine Auffassung untermauern, dass dem redlichen Besitzer entgegen der damals zunehmenden Meinung im gemeinrechtlichen Schrifttum auch die *fructus extantes* zu belassen seien, sofern es sich um *fructus industriales* handelt:<sup>81</sup>

„Bey den Früchten, die durch Bewirthschaftung erzeugt werden, wird der Gewinn größtentheils durch die Mühe und den Kostenaufwand aufgewogen: es ist also auf jeden Fall zu rechtfertigen, daß man den Ueberschuß des Gewinns ‚pro cura et cultura‘ dem redlichen Besitzer lasse, und dadurch alle Abrechnung überflüssig mache [...]. Bey den Früchten, die sich von selbst erzeugen, ist dagegen kein Verhältnis zwischen dem Gewinn und dem Kostenaufwand, den vielleicht die Erhaltung und Einbringung der Früchte verursacht hat: es wäre übergroße Begünstigung, wenn man den Gewinn sofort dem redlichen Besitzer zuteilen wollte. [...] Freylich ist hier eine Gegenrechnung wegen der Kosten unvermeidlich. Allein die Schwierigkeiten einer solchen Berechnung können doch kein genügender Grund seyn, dem redlichen Besitzer einen so unverhältnismäßigen Gewinn in Händen zu lassen.“<sup>82</sup>

Abgesehen von der Frage, wie belastbar die Abgrenzung zwischen *fructus naturales* und *fructus industriales* tatsächlich ist, ist schon die Prämisse verfehlt, dass sich bei einer produktiven Nutzung einer Sache Aufwand und Ertrag *in der Regel* die

<sup>78</sup> *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (341). Dieser Gesichtspunkt lässt sich über die Fruchtziehung hinaus auf den bloßen Gebrauch der Sache erweitern. Dementsprechend muss der Besitzer gemäß § 994 Abs. 1 S. 2 die gewöhnlichen Erhaltungskosten für den Zeitraum tragen, für den ihm die Nutzungen verbleiben.

<sup>79</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1185 f.

<sup>80</sup> *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 76 m. w. N.

<sup>81</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.I.1.c)bb), S. 23 ff.

<sup>82</sup> *Unterholzner*, AcP 8 (1825), 309 (341).

Waage halten.<sup>83</sup> *Unterholzner* zeichnet das Bild einer Subsistenzwirtschaft, die glücklicherweise nicht der durch das Bürgerliche Recht zu regelnden Lebenswirklichkeit entspricht. Das Argument, dass sich Bruttoertrag und nutzungsbedingter Aufwand in der Regel entsprechen würden, ist erst recht nicht haltbar, wenn man den Blick über die Ziehung von *fructus industriales* hinaus auf andere Formen der produktiven Nutzung eines Gutes erweitert. Wer beispielsweise als vermeintlicher Erbe ein Mietshaus in der Innenstadt von München in Besitz nimmt, dessen Aufwand für die Verwaltung wird sicherlich nicht den Wert der zu erzielenden Mieten erreichen. Vielmehr wird er auch dann noch einen beträchtlichen Überschuss erzielen, wenn er die Immobilie gegen Entgelt von einem Hausverwaltungsunternehmen betreuen lässt.

Für den Fall einer konsumtiven Nutzung trägt der Gedanke einer pauschalen Verrechnung von Aufwand und Ertrag ebenfalls nicht. Da der Wert eines Gutes dem Barwert des zukünftigen Nutzens entspricht, den es seinem Inhaber stiften kann,<sup>84</sup> wäre ein Gut, das seinem Inhaber genauso viel Aufwand wie Nutzen bereitet, wertlos. Wie allerdings die Lebenserfahrung lehrt, muss derjenige, der beispielsweise einen Pkw nutzen will, hierfür Kapital in Gestalt des vom Verkäufer geforderten Kaufpreises aufbringen. Die Bereitschaft, diesen Preis zu entrichten, ist ein deutliches Indiz dafür, dass sich der Käufer eines Pkw von dessen Erwerb einen positiven Nettonutzen verspricht.

Das Argument der pauschalen Abgeltung des nutzungsbedingten Aufwands ist somit nicht geeignet, eine Freistellung des Besitzers von jeglicher Nutzungsausgleichspflicht zu rechtfertigen.<sup>85</sup> Den ins Feld geführten Praktikabilitätsanforderungen kann im Rahmen der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs Rechnung getragen werden.<sup>86</sup>

### cc) Keine Rechtfertigung der Privilegierung als Kompensation für ein fehlendes Lösungsrecht

Die beliebteste Begründung für die Freistellung eines redlichen Besitzers von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im deutschen Schrifttum lautet, dass dem Besitzer auf diese Weise eine Minimalform des gutgläubigen Erwerbs ermöglicht werden soll.<sup>87</sup> Der redliche Besitzer, der die Sache einem Dieb abgekauft hat und deshalb das Eigentum nicht gutgläubig erwerben konnte, kann den an den Dieb gezahlten Kaufpreis nach der Rechtslage in Deutschland mangels eines Lösungs-

<sup>83</sup> So bspw. auch *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 69; *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 76.

<sup>84</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 351.

<sup>85</sup> So auch *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 5338.

<sup>86</sup> Siehe dazu insbesondere infra 3. Teil:C, S. 518 ff. sowie 3. Teil:C.II, S. 572 ff.

<sup>87</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.c)cc), S. 178 ff.

rechts der Vindikation des Eigentümers nicht entgegenhalten.<sup>88</sup> Falls er die Sache verkauft, verbraucht oder verarbeitet hat, kann er sich nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen, in Höhe der Kaufpreiszahlung nicht mehr bereichert zu sein. Daher sei es angemessen, den Besitzer wenigstens von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu entbinden.

Bereits im zweiten Teil der Untersuchung wurde dargelegt, dass sich aus den Materialien nicht ergibt, dass die Verfasser des BGB mit der grundsätzlichen Freistellung des redlichen Besitzers vom Nutzungsausgleich den Verzicht auf ein Lösungsrecht kompensieren wollten.<sup>89</sup> Dagegen spricht insbesondere, dass der E I noch ein solches Lösungsrecht enthielt, ohne im Gegenzug den redlichen Besitzer zum Nutzungsausgleich zu verpflichten. Auch eine rechtsvergleichende Umschau spricht dagegen, dass in dieser Frage ein innerer Zusammenhang besteht. So verzichtet zwar das ABGB ebenfalls auf ein Lösungsrecht, was in Österreich – wie in Deutschland – als ein Argument für die Privilegierung des Besitzers bezüglich gezogener Nutzungen ins Feld geführt wird.<sup>90</sup> In der Schweiz jedoch wird der redliche Besitzer in Art. 938 Abs. 1 ZGB<sup>91</sup> von jeglicher Nutzungsausgleichspflicht freigestellt, obwohl er für den Fall, dass er die Sache im gewöhnlichen Geschäftsverkehr entgeltlich von einem Nichtberechtigten erworben hat, gemäß Art. 934 Abs. 2 ZGB<sup>92</sup> durch ein Lösungsrecht geschützt ist. Unter ähnlichen Voraussetzungen kann auch in Frankreich der Besitzer einer gestohlenen Sache gemäß Art. 2277 Code civil<sup>93</sup> der Vindikation des Eigentümers den an einen Dritten gezahlten Kaufpreis entgegenhalten.<sup>94</sup>

Der Umstand, dass sich historisch und rechtsvergleichend keine Verbindung zwischen der Privilegierung des Besitzers im Hinblick auf gezogene Nutzungen mit der Frage der Gewährung eines Lösungsrechts ausmachen lässt, spricht nicht

<sup>88</sup> Zu denken ist insofern auch an ein Nutzungsentgelt, siehe *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 3.

<sup>89</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.c)cc), S. 178 ff.

<sup>90</sup> Siehe bspw. OGH, 24.4.1991, 9 Ob A 42/91, SZ 64, 264 (267) (Nr. 47); OGH, 22.4.1997, 4 Ob 84/97z, JBl. 1998, 49 (51); *Kerschner*, JBl. 2001, 756 f.; Rummel/*Spielbüchler*, § 329 ABGB Rn. 1; *Holzner*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 329 ABGB Rn. 1. Siehe ferner auch *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 123; *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (519 f.); *Thunbart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 69 f.

<sup>91</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe *supra* S. 439 in Fn. 25.

<sup>92</sup> Art. 934 Abs. 2 ZGB: „Ist die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden, so kann sie dem ersten und jedem spätern gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden.“

<sup>93</sup> Art. 2277(1) Code civil (bis 2008 Art. 2280(1)): „Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l’a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d’un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu’en remboursant au possesseur le prix qu’elle lui a coûté.“

<sup>94</sup> *Strickler*, Les biens, 2006, S. 407; Code civil annoté Dalloz – Édition 2018, 117. Aufl. 2017, S. 2674.

zwingend dagegen, dass ein solcher Nexus sachgerecht ist. Auch *de lege ferenda* wäre beispielsweise an der Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers festzuhalten, wenn sowohl der Verzicht auf ein Lösungsrecht als auch der Verzicht auf eine Nutzungsausgleichspflicht in Reaktion auf ein fehlendes Lösungsrecht sachgerecht wären. Im Rahmen dieser Untersuchung kann dem Für und Wider eines Lösungsrechts bzw. einer entsprechenden Ausdehnung des Entreichereinwands nicht nachgegangen werden.<sup>95</sup> Allerdings kann gezeigt werden, dass der Verzicht auf ein Lösungsrecht aus der Perspektive eines redlichen Besitzers nicht in sachgerechter Weise durch einen Verzicht auf Nutzungsausgleich kompensiert werden kann.

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Besitzer auch ohne Lösungsrecht selbstverständlich nur dann schutzbedürftig ist, wenn er das an einen Dritten für die Sache gezahlte Entgelt tatsächlich verliert.<sup>96</sup> Daran fehlt es offensichtlich, wenn er das Entgelt im Zeitpunkt der Vindikation noch gar nicht entrichtet hat. Dieser Fall könnte noch relativ unproblematisch im Wege einer Rückausnahme in einem Privilegierungstatbestand – im BGB also in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB – berücksichtigt werden. Allerdings ist der Besitzer auch dann nicht schutzwürdig, wenn er das Entgelt zwar an den Nichtberechtigten gezahlt hat, von diesem jedoch zurückerhält. Diesen Fall tatbestandlich zu erfassen, ist wesentlich schwieriger. Wäre es beispielsweise praktikabel, die Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Dritten in Höhe des Wertes der von ihm gezogenen Nutzungen auf den Eigentümer übergehen zu lassen? Wie könnte sichergestellt werden, dass dann, wenn der Besitzer des Dritten nach Jahren habhaft wird und das Entgelt zurückerhält, der Eigentümer davon erfährt und tatsächlich seinen ihm zustehenden Anteil erhält? Die Liste der möglichen Komplikationen ließe sich fortsetzen.

Teilweise wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, solche Schwierigkeiten bis hin zum vollständigen Verlust der Nutzungen seien dem Eigentümer zuzumuten, weil dieser für die missliche Situation verantwortlich sei. Schließlich habe sich der Eigentümer die Sache stehlen lassen.<sup>97</sup> Wie wenig stichhaltig dieses Argument ist, zeigt sich daran, dass die Verfasser des *Draft Common Frame of Reference* im Gegenteil den Eigentümer für schutzwürdig erachten und stattdessen dem Besitzer pauschal zum Vorwurf machen, dass er sich auf einen Dieb als Vertrags-

<sup>95</sup> Entsprechendes gilt für einer Erweiterung des Entreichereinwands gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf ein an einen Dritten gezahltes Entgelt.

<sup>96</sup> Siehe auch *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, S. 5338 f.; *Thunhart*, *Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB*, 2005, S. 69 f.; *Lindenmann*, *Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich*, 2010, S. 75. Dementsprechend gewährt die Rechtsprechung in Österreich dem Besitzer die in § 330 ABGB vorgesehene Privilegierung nur dann, wenn er tatsächlich ein Entgelt für die erlangte Sache an einen Dritten entrichtet hat, OGH, 15.1.1987, 7 Ob 672/86, JBl. 1987, 513 (515 ff.); OGH, 24.4.1991, 9 Ob A 42/91, SZ 64, 264 (267) (Nr. 47); OGH, 22.4.1997, 4 Ob 84/97z, JBl. 1998, 49 (51). Siehe dazu auch *Thunhart*, *Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB*, 2005, S. 69 f.

<sup>97</sup> *Terré/Simler*, *Droit civil – Les biens*, 9. Aufl. 2014, S. 176 f.

partner eingelassen habe.<sup>98</sup> In beiden Fällen handelt es sich um unzulässige Verallgemeinerungen. Dem Eigentümer kann die Sache gestohlen worden sein, obwohl ihm kein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann. Der Besitzer kann die Sache unter Umständen erworben haben, die keinen Anlass für einen Verdacht bezüglich ihrer Provenienz boten.

Selbst wenn es gelänge, die Privilegierung so auszugestalten, dass sie nur greift, wenn der Besitzer *tatsächlich* schutzbedürftig ist, wäre eine Freistellung vom Nutzungsausgleich wertungsmäßig keine überzeugende Kompensation für das Fehlen eines Lösungsrechts. Man stößt insofern auf die strukturelle Schwierigkeit, dass der dem Besitzer durch den Verzicht auf Nutzungsausgleich vermittelte *Schutz* mit zunehmender Nutzungsdauer zunimmt, seine *Schutzbedürftigkeit* wegen des Fehlens eines Lösungsrechts im besonders wichtigen Fall des Kaufs einer Sache von einem Nichtberechtigten hingegen nicht.

Wenn der Eigentümer zeitnah nach dem Kauf der Sache durch den Besitzer Herausgabe verlangt, gewährleistet das Lösungsrecht dem Besitzer *vollen*, der Verzicht auf Nutzungsausgleich hingegen *keinen* Schutz. Die Freistellung vom Nutzungsausgleich wird für den Nichtberechtigten umso wertvoller, je länger er das Gut nutzt. Wie sich der Schutz durch ein Lösungsrecht auswirkt, hängt von der Art der Sache und der Ausgestaltung des Lösungsrechts ab. Im Fall einer nicht abnutzbaren Sache kann der Besitzer dem Eigentümer unabhängig vom Zeitpunkt des Herausgabeverlangens stets den vollen Kaufpreis entgegenhalten. Wenn die Nutzungsdauer der Sache hingegen zeitlich beschränkt ist und das Lösungsrecht wie beispielsweise gemäß § 939 Abs. 1 E I<sup>99</sup> auf den Restwert der Sache im Zeitpunkt der Vindikation beschränkt ist, so nimmt der durch das Lösungsrecht vermittelte Schutz im Zeitablauf ab. Ein so ausgestaltetes Lösungsrecht kann in Kombination mit einem Verzicht auf Nutzungsausgleich zu einem wertungsmäßig stimmigen Ergebnis führen, wenn der abnehmende Schutz durch das Lösungsrecht durch den wertvoller werdenden Verzicht auf Nutzungsausgleich kompensiert wird. Isoliert führen der Verzicht auf ein Lösungsrecht und der Verzicht auf Nutzungsausgleich in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Vindikation zu einem unterschiedlichen Schutzniveau. Dies verdeutlicht das nachfolgende Beispiel.

### Beispiel 33

*B erwirbt gutgläubig von D eine nahezu neuwertige Computeranlage und eine gebrauchte Geige zum Preis von jeweils 2.000 €. Die verbleibende wirtschaftliche Nutzungsdauer der Computeranlage beträgt fünf Jahre, die der Geige 20 Jahre. B muss Geige und Computeranlage I) sofort bzw. II) nach fünf Jahren an den Eigentümer A herausgeben, dem die Sachen von D gestohlen worden waren. Zu diesem Zeitpunkt beträgt der Restwert der Computeranlage 0 €, derjenige der Geige 1.500 €.<sup>100</sup>*

<sup>98</sup> Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 5338f.

<sup>99</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 180 in Fn. 234.

<sup>100</sup> In dem Beispiel wird zur Vereinfachung angenommen, dass der Restwert dem Wert entspricht, der sich bei einem Abzug der linearen Abschreibung vom Kaufpreis ergibt.

In Variante I) verliert B 4.000 €. Ein Lösungsrecht würde B vollständig schützen (d. h. i. H. v. 4.000 €). In Variante II) schuldet B bei einer Bewertung der Gebrauchsvorteile auf der Grundlage einer linearen Abschreibung für die Computeranlage 2.000 € und für die Geige 500 € als Nutzungsausgleich. Ein Lösungsrecht nach dem Vorbild des § 939 Abs. 1 E I würde es B erlauben, der Vindikation durch A den an D gezahlten Kaufpreis in Höhe des Restwertes der Sachen entgegenzuhalten. Im Falle der Computeranlage wäre das Lösungsrecht für B somit wertlos gewesen. Die Geige würde B hingegen nur gegen Zahlung von 1.500 € an A aushändigen müssen. Durch eine Kombination eines Lösungsrechts mit einem Verzicht auf Nutzungsausgleich würde B also in Summe um 4.000 € entlastet. Ohne Lösungsrecht hängt der dem B durch eine Freistellung vom Nutzungsausgleich gewährte Schutz sowohl von der tatsächlichen Nutzungsdauer als auch von der wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer der Sachen ab. Im Fall der Computeranlage würde B in Variante II) durch den Verzicht auf Nutzungsausgleich schadlos gestellt, während sich im Fall der Geige nur  $\frac{1}{4}$  des von B aufgewendeten Kaufpreises zwischenzeitlich amortisiert hat.

Die Kompensation eines Lösungsrechts durch einen Verzicht auf Nutzungsausgleich wäre wertungsmäßig zudem insofern problematisch, als der Verzicht auf ein Lösungsrecht einen Käufer in der Regel härter trifft als einen Mieter. Denn ersterer zahlt den Kaufpreis häufig sofort und verliert ihn mangels Lösungsrecht vollständig, während der Fremdbesitzer den Miet- oder Pachtzins in der Regel lediglich *pro rata temporis* an den nichtberechtigten Dritten zahlt. Würde man hierauf bei der Ausgestaltung der Privilegierung keine Rücksicht nehmen, wäre im Normalfall der entgeltliche Eigenbesitzer gegenüber dem entgeltlichen Fremdbesitzer benachteiligt.

Wertungsmäßig unstimmtig ist der Schutz des Besitzers durch einen Verzicht auf Nutzungsausgleich ferner deshalb, weil der Verzicht im Zeitablauf umso schneller an Wert gewinnt, je kürzer die wirtschaftliche Nutzungsdauer des Gutes ist. Muss der Besitzer beispielsweise eine Sache mit einer Nutzungsdauer von 10 Jahren nach einem Jahr an den Eigentümer herausgeben, beträgt die Privilegierung  $\frac{1}{10}$  des Kaufpreises. Bei einer Nutzungsdauer von 3 Jahren steigt der Wert auf  $\frac{1}{3}$ . Beträgt die Nutzungsdauer nur ein Jahr, hat sich der Kaufpreis vollständig amortisiert. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur erwogen, zumindest eine substanzer-schöpfende Nutzung mit Übermaßfrüchten i. S. v. § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB gleichzustellen.<sup>101</sup> Damit würde sich aber wiederum eine willkürliche Differenzierung zwischen Fällen vollständiger und nur fast vollständiger Substanzer-schöpfung ergeben.

Im Ergebnis lässt sich die Privilegierung des Besitzers somit auch nicht als Minimalform eines gutgläubigen Erwerbs rechtfertigen.<sup>102</sup> Es ist an der Zeit, die Freistellung des redlichen Besitzers von jeglicher Verpflichtung zum Nutzungsausgleich endlich als das zu erkennen, was sie ist: Ein obsoletes und obskures Artefakt des gemeinen Rechts, dass *vollständig* überwunden werden sollte.<sup>103</sup> Der

<sup>101</sup> Siehe bspw. *Waltjen*, AcP 175 (1975), 109 (130 ff.); *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 151 (die im Ergebnis eine Ausgleichspflicht ablehnen).

<sup>102</sup> Eine entsprechende Privilegierung ist zwar in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nach wie vor weit verbreitet. Dies spricht jedoch nicht für sie, sondern zeigt nur, wie schwer es ist, einmal etablierte Rechtsnormen zu revidieren, wenn bzw. sobald sie sich als obsolet herausstellen.

<sup>103</sup> Dafür bspw. schon *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (330). In diesem Sinne auch *Wilburg*, Die



redliche unverklagte Besitzer sollte dem Eigentümer auch dann Nutzungsausgleich schulden, wenn beide nicht durch einen unwirksamen gegenseitigen Vertrag miteinander verbunden sind. Damit ist nicht gesagt, dass der Besitzer, der eine Sache entgeltlich von einem nichtberechtigten Dritten erwirbt, keines Schutzes bedarf. Wenn man einen Schutz für erforderlich erachtet, stehen hierfür eine ganze Reihe von geeigneten Instrumenten zur Verfügung.<sup>104</sup> Ein genereller Verzicht auf Nutzungsausgleich gehört jedoch nicht dazu.

### 3. Notwendigkeit einer Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich unter Anreizgesichtspunkten

Zusätzlich zu ihrer bereicherungsausgleichenden Funktion kann eine Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich erforderlich sein, um offensichtliche Fehlanreize bezüglich der Nutzung des Gutes zu verhindern. Solche Fehlanreize drohen nur dann nicht, wenn der Nichtberechtigte von seiner fehlenden Berechtigung zur Nutzung des Gutes *ex ante* keine Kenntnis hatte und damit auch nicht rechnen musste (a). Wenn der Nichtberechtigte hingegen weiß, dass er zumindest potentiell nicht zur Nutzung des Gutes berechtigt ist, geht vom Fehlen einer Nutzungsausgleichspflicht ein Fehlanreiz zu einer unwirtschaftlich intensiven Nutzung des Gutes aus (b).

#### a) Keine Gefahr von Fehlanreizen bei Glauben an bestehende Nutzungsberechtigung

Solange der Nichtberechtigte subjektiv davon ausgeht, zur Nutzung des Gutes berechtigt zu sein, gehen von der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs keine relevanten Anreize auf sein Nutzungsverhalten aus.<sup>105</sup> Denn der Nichtberechtigte ist sich gar nicht bewusst, sich durch die Nutzung einer Ausgleichspflicht auszusetzen. Auch das abstrakte Wissen darum, dass bei fehlender Berechtigung Nutzungsausgleich zu leisten ist, ändert hieran nichts, da der Erwartungswert dieser Haftung im Falle eines redlichen und unverklagten Nichtberechtigten in aller Regel zu gering ist, um einen relevanten Verhaltensanreiz zu setzen. Seine Anreiz-

---

Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 123; *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 5337.

<sup>104</sup> Siehe dazu *Wendehorst*, in: Schulze/Bar/Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen – Kontroversen und Perspektiven, 2008, 215 (227); *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 4162 ff.

<sup>105</sup> Dies übersieht *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 84, wenn er die Zuordnung der Nutzungen zum redlichen Besitzer mit den „gesamtwirtschaftlichen Steuerungszielen“ „der Sacherhaltung und des Investitionsschutzes“ zu begründen sucht.

struktur für die Nutzung des Gutes wird vielmehr von der Rechtsposition bestimmt, aufgrund derer er sich zur Nutzung des Gutes berechtigt glaubt. So hat etwa der redliche Eigenbesitzer die gleiche Anreizstruktur wie ein tatsächlicher Eigentümer. Glaubte er fälschlicherweise, aufgrund eines wirksamen Pachtvertrages zur Nutzung einer Sache berechtigt zu sein, so unterliegt er den von den §§ 581 ff. BGB sowie den Klauseln des vermeintlichen Pachtvertrages ausgehenden Anreizwirkungen. Ein sich ökonomisch rational verhaltender redlicher Eigenbesitzer<sup>106</sup> nutzt daher eine in seinem Besitz befindliche Sache grundsätzlich in gleicher Weise wie ein Eigentümer. Unter diesen Voraussetzungen könnte unter Effizienzgesichtspunkten auf eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auch ganz verzichtet werden. Denn wenn die Nutzung des Gutes vom Bestehen einer Nutzungsausgleichspflicht unabhängig ist, dann kann diese Pflicht keine Wohlfahrtseffekte entfalten, sondern bewirkt lediglich eine – allerdings zum Zwecke des Bereicherungsausgleichs gebotene – Umverteilung von Ressourcen vom Nichtberechtigten zum Berechtigten.<sup>107</sup>

*b) Fehlanreiz zu unwirtschaftlich intensiver Güternutzung bei fehlender Nutzungsausgleichspflicht*

Wenn der Nichtberechtigte weiß oder zumindest damit rechnen muss, dass er nicht zur Nutzung berechtigt ist, wird er in der Regel zugleich damit rechnen müssen, dass ihm das Gut vom Berechtigten entzogen werden könnte.<sup>108</sup> Unter diesen Voraussetzungen geht vom Fehlen einer Nutzungsausgleichspflicht der Anreiz aus, das Gut möglichst intensiv zu nutzen, auch wenn dies aus einer gesamtwirtschaftlichen Perspektive einen Wohlfahrtsverlust bedeutet. So hätte beispielsweise ein Nichtberechtigter, der für die Nutzung eines Pkw keinen Ausgleich schuldet, einen Anreiz, diesen auch für Fahrten zu nutzen, für die er öffentliche Verkehrsmittel nutzen würde, wenn er die mit der Nutzung eines Pkw verbundenen Kosten tragen müsste. Dieses Problem wird vermieden, wenn der Nichtberechtigte verpflichtet ist, den Wert der Güternutzung auszugleichen. Er hat dann wieder einen intrinsischen Anreiz zu einer effizienten Nutzung des Gutes. Wenn er für die Fahrt mit einem fremden Pkw, den er alsbald an den Vermächtnisnehmer heraus-

---

<sup>106</sup> Gleiches gilt im Grundsatz auch für den unredlichen Eigenbesitzer, der die Wahrscheinlichkeit, entdeckt zu werden, mit null Prozent ansetzt. Allerdings besteht bei einem unredlichen Eigenbesitzer natürlich erst recht kein Grund, auf einen Nutzungsausgleich mit dem Ziel des Bereicherungsausgleichs zu verzichten. Hinzu kommt, dass die Information über die Vorstellung des Diebes über die Wahrscheinlichkeit einer Entdeckung eine innere Tatsache ist, die bei der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs mangels Verfügbarkeit nicht berücksichtigt werden kann.

<sup>107</sup> Aus der Perspektive des Effizienzkriteriums ist nur relevant, ob das Gut wohlfahrtsmaximierend genutzt wird. Es ist jedoch bezüglich der Zuordnung des Ergebnisses der Güternutzung zu einem bestimmten Rechtssubjekt grundsätzlich indifferent. Daher ist das Effizienzkriterium nicht geeignet, um Verteilungsfragen zu entscheiden. Siehe *Wagner*, Festschrift Canaris, 2017, 281 (313).

<sup>108</sup> Unter Anreizgesichtspunkten unproblematisch wäre hingegen der Fall eines unredlichen Nichtberechtigten, der keine Entziehung des Gutes befürchtet. Siehe dazu bereits Fn. 106.

zugeben hat, mehr bezahlen muss als für ein Nahverkehrsticket, so wird er *ceteris paribus* den Bus nehmen. Im Ergebnis kann somit eine am Wert der Güternutzung ausgerichtete Nutzungsausgleichspflicht auch unter Anreizgesichtspunkten erforderlich sein, sobald sich der Nichtberechtigte seiner potentiell fehlenden Berechtigung bewusst wird und ernsthaft mit dem Verlust des Gutes rechnen muss.<sup>109</sup>

Allerdings ist zugleich darauf hinzuweisen, dass eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich allein nicht ausreichend ist, um der Gefahr einer unwirtschaftlich intensiven Güternutzung durch einen unredlichen Nichtberechtigten zu begegnen. Ein Nichtberechtigter, der weiß, dass er ein Gut alsbald an den Berechtigten herausgeben muss, hat zum einen keinen intrinsischen Anreiz mehr, die mit der Nutzung des Gutes verbundenen Risiken zu minimieren. Diesem Problem ist mit einer am Wert der Güternutzung ausgerichteten Nutzungsausgleichspflicht nicht in sachgerechter Weise beizukommen, da sich ein höheres Risiko nicht zwangsläufig in einem höheren Wert der Nutzung niederschlägt.<sup>110</sup> Zum anderen hat ein Nichtberechtigter, dem die Früchte einer Sache i. S. v. § 99 Abs. 1 BGB verbleiben, einen Anreiz zur Ziehung sogenannter Raubfrüchte.<sup>111</sup> So würde beispielsweise ein ökonomisch rationaler Besitzer ein forstwirtschaftliches Grundstück vor der Rückgabe an den Eigentümer kahlschlagen und das Holz verkaufen, selbst wenn dies im Hinblick auf die langfristige Bewirtschaftung des Grundstücks ineffizient wäre. Wegen des hiermit verbundenen Substanzeingriffs handelt es sich um ein Problem, das über eine am Wert der Güternutzung orientierte Ausgleichspflicht hinausgeht. Beide Anreizprobleme stellen sich auch im Rahmen wirksamer Pacht- und Nießbrauchsverhältnisse. Dort werden sie durch eine Bindung des Pächters bzw. Nießbrauchers an die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft bewältigt. Im Rahmen von Pacht und Nießbrauch kommt den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft eine Doppelfunktion zu:<sup>112</sup> Sie legen einerseits den Aktionsradius des Nutzungsberechtigten fest. Verlassen Pächter oder Nießbraucher die Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft, machen sie sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.<sup>113</sup> Andererseits bestimmen sie auch den Umfang der wirtschaftlichen Berechtigung des Nutzungsberechtigten am Nutzungserfolg. So gebühren etwa dem Pächter gemäß § 581 Abs. 1 S. 1 BGB die Früchte des verpachteten Gegenstandes,

<sup>109</sup> Daher ist etwa die von der *lex lata* vorgesehene Schwelle der positiven Kenntnis für eine Verschärfung bzw. im Falle von § 990 Abs. 2 BGB für das Entstehen einer Nutzungsausgleichspflicht (supra 1. Teil: B.II.1.b), S. 35 ff. und 2. Teil: A.I.2.b), S. 188 f.) unter Anreizgesichtspunkten problematisch. Unabhängig davon, wo die Grenze genau gezogen wird, wären Abgrenzungsprobleme unvermeidlich. Dass es schwierig ist, Fälle, in denen ein Anreizproblem besteht, zuverlässig und praktikabel zu erfassen, ist ein weiteres Argument gegen eine Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers.

<sup>110</sup> Siehe dazu näher infra 3. Teil: D.I.1.b)aa), S. 608 ff.

<sup>111</sup> Unter Raubfrüchten werden Früchte verstanden, deren Ziehung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widerspricht. Siehe bspw. § 1039 Abs. 1 S. 1 Alt. 1. sowie BeckOGK/*Servatius*, § 1039 BGB Rn. 13 (1.11.2019).

<sup>112</sup> Schön, *Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung*, 1992, S. 78 f.

<sup>113</sup> *Ibid.*, S. 78.

„soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind.“<sup>114</sup> Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage sollte auch der nichtberechtigte Inhaber eines Gutes ab Kenntniserlangung von seiner potentiell fehlenden Berechtigung einer entsprechenden Bindung unterliegen. Wenn daher beispielsweise der Besitzer eines forstwirtschaftlichen Grundstücks einen Waldbrand auslöst, weil er entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft bei bestehender Brandgefahr Holz schlagen lässt, macht er sich schadensersatzpflichtig.<sup>115</sup> Wenn er das Grundstück komplett abholzen lässt, schuldet er jedenfalls insoweit Ausgleich, als der Kahlschlag gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verstößt.<sup>116</sup> Eine Verpflichtung zum Schadensersatz müsste dem Nichtberechtigten zudem für den Fall auferlegt werden, dass das Gut durch eine bloße Nichtnutzung Schaden nimmt. Zu denken wäre etwa daran, dass eine Ackerfläche mangels Bestellung des Feldes zu Grünland wird und anschließend aufgrund rechtlicher Vorgaben nicht wieder für den Ackerbau genutzt werden darf.<sup>117</sup> In diese Kategorie würden auch Standschäden fallen, die ein Pkw erleidet, wenn er lange nicht bewegt wird.

## II. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung von Verträgen?

Bisher wurde gezeigt, dass ein Anspruch auf Nutzungsausgleich einen notwendigen Bestandteil des Bereicherungsausgleichs bildet, wenn die Zuordnung eines Gutes außerhalb einer wirklichen oder vermeintlichen vertraglichen Sonderverbindung korrigiert werden soll.<sup>118</sup> Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich an diesem Befund etwas ändert, wenn sich die korrekturbedürftige Güterzuordnung deshalb ergibt, weil ein Vertrag scheitert und rückabgewickelt werden muss. Eine hierfür zentrale Weichenstellung ist die Unterscheidung zwischen gegenseitigen Verträgen und sonstigen – einseitig oder einfach zweiseitig verpflichtenden – Verträgen.<sup>119</sup> Die Problematik des Nutzungsausgleichs ist im Falle eines nichtigen Schenkungs- oder Leihvertrags strukturell nicht anders gelagert als im vertragsfreien Zustand:<sup>120</sup> Der Inhaber des Gutes war vom Zeitpunkt des Empfangs bis zum Zeitpunkt der Rückgewähr nicht berechtigt, das Gut innezu-

<sup>114</sup> Für den Nießbrauch siehe § 1039 Abs. 1 S. 2 BGB. Siehe dazu auch Schön, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, S. 78f.

<sup>115</sup> Siehe dazu auch noch infra 3. Teil:D.I.1.b)bb)(2), S. 20 ff.

<sup>116</sup> Dies gewährleistet *de lege lata* die Verpflichtung des Besitzers zum Nutzungsausgleich für Übermaßfrüchte gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB, die auch entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gezogene Raubfrüchte umfasst. Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.II.1.b), S. 35.

<sup>117</sup> Für einen solchen Fall siehe BGH, 28.4.2017, LwZR 4/16, MDR 2017, 873 ff.

<sup>118</sup> Daneben ist ein Anspruch auf Nutzungsausgleich, wie gerade gesehen (supra 3. Teil:B.I.3., S. 454 ff.), unter bestimmten Voraussetzungen auch unter Anreizgesichtspunkten erforderlich.

<sup>119</sup> Hauptbeispiel für einen einseitig verpflichtenden Vertrag ist die Schenkung. Einfach zweiseitig verpflichtende Verträge sind bspw. Leihe und unverzinsliches Darlehen. Siehe dazu sowie allgemein zur Differenzierung zwischen gegenseitigen bzw. zweiseitig und einseitig verpflichtenden Verträgen Soergel/Gröschler, 13. Aufl., § 311 BGB Rn. 17 (2014).

<sup>120</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass der Schenker von einem Schenkungsvertrag gemäß § 313

haben. Die hierin liegende rechtsgrundlose Bereicherung ist grundsätzlich ausgleichspflichtig. Demgegenüber bildet bei gegenseitigen Veräußerungsverträgen die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zumindest einen wertungsmäßigen Ansatzpunkt für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich (1.). Bei gegenseitigen Nutzungsüberlassungsverträgen lässt sich gegen eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ins Feld führen, dass eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs in zeitlicher Hinsicht von vornherein nur eingeschränkt möglich ist und zudem häufig nicht den Interessen der Parteien entspricht (2.).

### *1. Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge?*

Gegenseitige Veräußerungsverträge sind Verträge, die auf den endgültigen wechselseitigen Austausch von Gütern durch die Parteien gerichtet sind.<sup>121</sup> Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich auf den Kaufvertrag als Prototypen eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags.

Um die Sinnhaftigkeit einer Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge beurteilen zu können, ist es zunächst erforderlich, sich insofern einiger zentraler konzeptioneller Grundlagen zu vergewissern (a). Anschließend wird anhand einer rechtsvergleichenden Umschau gezeigt, dass zwei Regelungsalternativen in Betracht kommen: ein beidseitiger Verzicht auf Nutzungsausgleich oder eine beidseitige Verpflichtung der Parteien zum Ausgleich der aus der jeweils empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen (b). Auf dieser Grundlage wird in einem dritten Schritt erläutert, warum die besseren Argumente dafür sprechen, eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich vorzusehen (c).

#### *a) Konzeptionelle Grundlagen einer Nutzungsausgleichspflicht bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge*

Die Frage des Nutzungsausgleichs kann sich nur dann stellen, wenn gegenseitige Veräußerungsverträge nach vollzogenem Leistungsaustausch überhaupt rückabgewickelt werden können (aa). Wenn ein Veräußerungsvertrag rückabgewickelt wird, so bewirkt die Anordnung einer Nutzungsausgleichspflicht nicht mehr, aber auch nicht weniger, als eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung (bb). Aus dieser Wirkung ergibt sich zugleich die Funktion, der der Nutzungsausgleich im Rahmen der Rückabwicklung dienen kann, nämlich die Rückgängigmachung der auf der Grundlage des gescheiterten Veräußerungsvertrages erfolgten Güterverschiebungen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (cc).

Abs. 3 BGB aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurücktritt. Siehe für einen solchen Fall BGH, 18.6.2019, X ZR 107/16, BGHZ 222, 225 ff.

<sup>121</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.

## aa) Prämisse: Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge möglich

Vorbedingung dafür, dass die Problematik des Nutzungsausgleichs überhaupt relevant werden kann, ist die Möglichkeit, einen auf der Grundlage eines tatsächlichen oder vermeintlichen Veräußerungsvertrags vorgenommenen Leistungsaustausch rückgängig zu machen. Auf der Grundlage der *lex lata* mag dies auf den ersten Blick als selbstverständlich erscheinen. Denn das BGB ist äußerst rückabwicklungsfreundlich. Sofern ein Kaufvertrag von vornherein nicht wirksam zustande gekommen ist, können sich beide Parteien nach erfolgtem Leistungsaustausch unabhängig vom weiteren Schicksal der ausgetauschten Leistungen auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen und dessen Rückabwicklung verlangen. Sofern eine Partei das Recht hat, sich einseitig von einem zunächst wirksamen Vertrag zu lösen, bleibt ein entsprechendes Gestaltungsrecht durch das Schicksal der ausgetauschten Leistungen ebenfalls unberührt. Daher kann ein Käufer einen Kaufvertrag auch dann noch wirksam anfechten, widerrufen oder vom Vertrag zurücktreten, wenn er die ihm übergebene Kaufsache benutzt, verbraucht, verkauft, verarbeitet oder schlicht zerstört hat.

Die aktuelle Großzügigkeit des BGB im Hinblick auf die Möglichkeit zur Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen ist ihrerseits keineswegs selbstverständlich. So enthielt beispielsweise das BGB noch bis zur Schuldrechtsmodernisierung in den §§ 351 ff. BGB a.F. Rückabwicklungssperren für den Fall, dass der Rücktritts- bzw. Wandlungsberechtigte die empfangene Sache zwischenzeitlich schuldhaft wesentlich verschlechtert oder zerstört, veräußert, verarbeitet oder umgebildet hatte.<sup>122</sup> Wenn eine dieser Rückabwicklungssperren griff, war der Käufer darauf beschränkt, den Kaufpreis zu mindern, auf ordnungsgemäßer Erfüllung zu bestehen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.<sup>123</sup> Mangels eines primären Anspruchs auf Rückgewähr der Kaufsache schied auch ein sekundärer Anspruch auf Nutzungsausgleich notwendigerweise aus.<sup>124</sup>

Noch wesentlich restriktiver war traditionell beispielsweise das englische *common law*, das eine Rückabwicklung beidseitig erfüllter Kaufverträge überhaupt nicht vorsah, sondern die Parteien im Falle eines Vertragsbruchs durch eine Partei auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verwies. Allein einem Käufer stand die Möglichkeit offen, den bereits geleisteten Kaufpreis zurückzufordern, wenn der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen *vollständig* nicht erfüllt hatte (sogenannter *total failure of consideration*).<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Siehe dazu *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 245 ff.

<sup>123</sup> Siehe *ibid.*, S. 280.

<sup>124</sup> *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (140).

<sup>125</sup> Siehe bspw. *Goff/Jones*, The Law of Restitution, 5. Aufl. 1998, S. 510ff.; *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), English private law, 2013, 665 (695); *Virgo*, in: Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts – Volume I: General Principles, 32. Aufl. 2015, 2093 (2135 ff.), m. w. N. zum aktuellen Stand der Rechtsentwicklung, die zu einer Lockerung des Kriteriums des *total failure of consideration* tendiert.

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsordnung die Rückabwicklung eines Vertrages nach erfolgtem Leistungsaustausch ausschließen sollte, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Es handelt sich um eine Vorfrage, deren Beantwortung von Gesichtspunkten abhängt, die über die Problematik des Nutzungsausgleichs hinausgehen – wie beispielsweise der Problematik der Zuweisung der Gegenleistungsgefahr.<sup>126</sup> Nachfolgend wird stattdessen von der *lex lata* ausgegangen, wonach unwirksame gegenseitige Veräußerungsverträge *stets* rückabgewickelt werden können und es zudem *stets* möglich ist, mittels Anfechtung oder Rücktritt die Notwendigkeit einer Rückabwicklung zunächst wirksamer Verträge herbeizuführen.

*bb) Wirkung: Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung*

Durch die Anordnung einer Nutzungsausgleichspflicht wird dem nichtberechtigten Inhaber neben dem Gut selbst auch der Vorteil aus dessen Nutzung im Zeitablauf entzogen. Auf diese Weise ermöglicht es eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich, die Zuordnung eines Gutes *mit zeitlicher Rückwirkung* zu korrigieren.<sup>127</sup> Dieser Wirkung muss man sich bewusst sein, wenn man über das Für und Wider einer Nutzungsausgleichspflicht befinden will. Müssen sich die Parteien nur die empfangenen Leistungen zurückgewähren, so wird der Leistungsaustausch lediglich mit Wirkung *ex nunc* rückgängig gemacht. Die zwischen Empfang und Rückgewähr der jeweiligen Leistungen vergangene Zeit wird ausgeblendet. Sind die Parteien hingegen verpflichtet, die seit dem Empfang der Leistung gezogenen Nutzungen auszugleichen, so wirkt die Rückabwicklung zeitlich auf den Empfang der jeweiligen Leistung zurück.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die zeitliche Dimension der Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs nicht identisch ist mit der Frage nach der zeitlichen Dimension des Unwirksamkeitsgrundes. Wird ein Kaufvertrag wirksam angefochten, so entfällt der *Vertrag* mit Rückwirkung bis auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>128</sup> Dieser Zeitpunkt muss nicht mit dem Zeitpunkt bzw. den Zeitpunkten der Leistungserbringung übereinstimmen. Dass es möglich ist, beide Problemkreise *komplett* zu entkoppeln, verdeutlicht das Rücktrittsfolgenrecht. Nach der herrschenden Meinung gestaltet die Erklärung des Rücktritts einen Vertrag mit Wirkung *ex nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis um.<sup>129</sup> Dessen ungeachtet wird der Leistungsaustausch mit Wirkung *ex tunc* auf den Zeitpunkt des Empfangs der jeweiligen Leistung rückgängig gemacht.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> Siehe dazu *Wagner*, Festschrift Huber, 2006, 591 (595). Gänzlich erübrigen würde sich die Nutzungsausgleichsproblematik nur dann, wenn Verträge nie rückabgewickelt werden könnten.

<sup>127</sup> *Supra* 1. Teil:C.IV, S. 119 ff.

<sup>128</sup> § 142 Abs. 1 BGB.

<sup>129</sup> Siehe dazu *supra* 2. Teil:A.II.1.a)bb)(3), S. 203 f.

<sup>130</sup> § 346 Abs. 1 BGB.

cc) *Potentielle Funktion: Rückgängigmachung des Leistungsaustausch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen*

Die Wirkung des Nutzungsausgleichs umschreibt zugleich seine potentielle Funktion bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge. Jede Partei kann von der anderen Partei die Nutzungen verlangen, die diese zwischen Empfang und Rückgewähr aus dem Leistungsgegenstand gezogen hat. Eine am Wert der Güternutzung ausgerichtete Nutzungsausgleichspflicht folgt insofern einer bereicherungsrechtlichen Logik.

Dagegen ist eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich grundsätzlich unvereinbar mit dem Leitbild einer Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum*. Bezieht man die zwischen Empfang und Rückgewähr der Leistung vergangene Zeit in die Rückabwicklung mit ein, so kann – wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde<sup>131</sup> – in der Regel nur eine der Parteien zumindest wertmäßig so gestellt werden, wie sie ohne den Leistungsaustausch stünde. Die Rückabwicklung müsste sich hierfür am negativen Interesse dieser Partei orientieren. Sie wäre so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn sie das von ihr geleistete Gut behalten und genutzt hätte, und das an sie geleistete Gut nicht erhalten und nicht genutzt hätte. Mittels eines Anspruchs auf Nutzungsausgleich kann diese Wirkung nur dann erreicht werden, wenn der Nichtberechtigte genau die gleichen Nutzungen gezogen hat, die statt seiner der Berechtigte gezogen hätte. Diese Voraussetzung ist insbesondere bei der produktiven Nutzung eines Gutes nur selten erfüllt. Wenn ein Landwirt auf einem rechtsgrundlos erlangten Stück Land Weizen anbaut, während der Berechtigte es mit wesentlich höherem Ertrag als Veranstaltungsort für Open-Air-Konzerte hätte vermarkten können, so kann er selbst durch eine Abschöpfung des gesamten Ernteertrags nicht so gestellt werden, wie er stünde, wenn er das Grundstück selbst genutzt hätte. Hierzu kann ihm nur ein auf das negative Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch verhelfen.

Hierauf hinzuweisen, ist keine dogmatische Spitzfindigkeit. Das Leitbild der Ausrichtung des Nutzungsausgleichs am *status quo ante contractum* und damit am negativen Interesse lenkt den Blick auf die Person des Berechtigten. Für die Ermittlung der für die Nutzung des Gutes geschuldeten Ausgleichsleistung ist jedoch ausschließlich darauf abzustellen, welchen Wert die Nutzung des Gutes für den Nichtberechtigten hatte.

Funktion und Leitbild eines um wechselseitige Nutzungsausgleichspflichten verstärkten Rückabwicklungsregimes kann nur in einer Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen liegen.<sup>132</sup> Jede

<sup>131</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.b), S. 208 ff. sowie 2. Teil:A.II.1.c), S. 212 ff.

<sup>132</sup> Siehe in diesem Sinne bspw. auch *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, 1975, S. 145: „[D]er Rücktritt ist ein beschränkter Behelf, der sich weder auf das positive noch auf das negative Vertragsinteresse richtet, sondern einen *zwischen den beiden Extremen* liegenden typisierten Ausgleich bietet.“ [Hervorhebung im Original].



Partei erhält zusätzlich zur Rückgewähr des von ihr geleisteten Gutes einen Ausgleich für den Wert der Nutzung dieses Gutes im Zeitablauf. Die Tatsache, dass es zum Leistungsaustausch gekommen ist, lässt sich hierdurch jedoch nicht aus der Welt schaffen. Die Parteien stehen auch nach einer Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung in der Regel anders, als sie stehen würden, wenn es nie zu einem Leistungsaustausch gekommen wäre.

*b) Regelungsalternativen für die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge: Wechselseitiger Verzicht auf versus wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich*

Theoretisch gibt es drei mögliche Antworten auf die Frage, ob die Parteien im Falle der Rückabwicklung eines beidseitig erfüllten Veräußerungsvertrags zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein sollten. Neben einem wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich (aa) und einer wechselseitigen Verpflichtung beider Parteien zum Nutzungsausgleich (bb) ist es auch denkbar, nur einer der Parteien eine Nutzungsausgleichspflicht aufzuerlegen. Wie auch der Rechtsvergleich bestätigt, kommt allerdings die letztgenannte Möglichkeit aufgrund ihrer unbegründeten Asymmetrie nicht als ernsthafte Regelungsalternative in Betracht. Zwar ergibt sich eine solche einseitige Nutzungsausgleichspflicht *de lege lata* aus dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB, falls neben einem Kaufvertrag auch die Übereignung der Kaufsache nichtig ist. Allerdings wurde bereits gezeigt, dass es sich bei der hierfür verantwortlichen Privilegierung des Besitzers um ein jedenfalls *nicht mehr* sachgerechtes Artefakt aus dem gemeinen Recht handelt, das es *de lege ferenda* zu überwinden gilt.<sup>133</sup> Für die Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Veräußerungsverträge ist dies der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung bereits 1940 gelungen.<sup>134</sup>

*aa) Wechselseitiger Verzicht auf Nutzungsausgleich*

*De lege lata* verpflichtet das BGB nur in einem Fall die Parteien eines rückabzuwickelnden gegenseitigen Veräußerungsvertrags nicht ausdrücklich zum Ausgleich der wechselseitig gezogenen Nutzungen i. S. v. § 100 BGB. Nach wirksamem Widerruf eines beidseitig erfüllten Kaufvertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher muss der Verkäufer lediglich den Kaufpreis, der Käufer lediglich die Kaufsache zurückgewähren.<sup>135</sup> Den Käufer trifft allerdings zumindest eine Verpflichtung zum Wertersatz, falls sich sein Umgang mit der Kaufsache nicht auf das für die Prüfung von Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise notwendige Maß beschränkt *und* die Kaufsache hierdurch einen Wertverlust erleidet.<sup>136</sup> Diese Wertersatzpflicht absorbiert unter anderem eine nutzungsbedingte

<sup>133</sup> Supra 3. Teil:B.I.2, S. 440 ff.

<sup>134</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)bb)(1), S. 170 f.

<sup>135</sup> § 357 Abs. 1 BGB.

<sup>136</sup> § 357 Abs. 7 BGB.

Wertminderung der Sache. Insofern ist der Käufer also zumindest funktional partiell zum Nutzungsausgleich verpflichtet.<sup>137</sup> Sowohl rechtshistorisch (a) als auch rechtsvergleichend (b) lässt sich jedoch eine ganze Reihe von Beispielen für einen partiellen oder auch vollständigen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich finden. Eine Mindermeinung fordert dies *de lege lata* für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung und *de lege ferenda* auch für das Rücktrittsfolgenrecht (c). Hieran zeigt sich, dass ein Verzicht auf Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge zumindest eine ernsthaft in Betracht zu ziehende Regelungsalternative darstellt.

### (1) Rechtshistorische Vorbilder für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich

Bereits die Verfasser des BGB fanden in den im Reich geltenden Kodifikationen sowie in den zeitgenössischen Kodifikationsentwürfen Beispiele für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich für den Fall der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge vor. So bestimmte beispielsweise § 1109 S. 3 Sächsisches BGB für den Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags wegen der Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts (Kauf mit Vorbehalt der Reue)<sup>138</sup>:

„Die Nutzungen der Sache und die Zinsen von dem Kaufgelde heben sich gegenseitig auf.“

Die Vorschrift kam zudem über Verweisungen im Rahmen dreier weiterer Rückabwicklungsregime zur Anwendung: Sie galt erstens für den Fall, dass ein Kaufvertrag rückabgewickelt werden musste, weil sich der Verkäufer das Recht vorbehalten hatte, vom Vertrag abzugehen, falls er ein besseres Gebot für die Kaufsache erhält („Vorbehalt eines besseren Gebots“<sup>139</sup>).<sup>140</sup> Zu einer Kompensation der Nutzungen kam es nach sächsischem Recht zweitens auch dann, wenn sich der Verkäufer vom Vertrag lossagte, weil der Vorkaufsberechtigte nach Ausübung des Vorkaufsrechts mit den übernommenen Verpflichtungen in Verzug kam.<sup>141</sup> Drittens wurde auf § 1109 Sächsisches BGB auch für den Fall verwiesen, dass der Verkäufer das vorbehaltene Recht zum Rückkauf der Sache vom Käufer ausübt („Wiederkauf“<sup>142</sup>).<sup>143</sup> In den hessischen<sup>144</sup> und bayeri-

<sup>137</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.b), S. 58 ff.

<sup>138</sup> §§ 1107 ff. Sächsisches BGB.

<sup>139</sup> §§ 1111 ff. Sächsisches BGB.

<sup>140</sup> § 1115 S. 2 Sächsisches BGB: „Wird der Kauf durch die Wahl des besseren Gebotes aufgehoben, so kommen die Vorschriften in § 1109 zur Anwendung.“

<sup>141</sup> § 1125 Sächsisches BGB: „Wenn der Vorkaufsberechtigte in den Kauf des Dritten eintritt und mit der Erfüllung der dadurch übernommenen Verbindlichkeiten in Verzug kommt, so steht dem Vorkaufsverpflichteten frei, die Aufhebung des Kaufes nach den Vorschriften in § 1109 zu verlangen. Der Vorkaufsberechtigte wird dann seines Vorkaufsrechts verlustig.“

<sup>142</sup> §§ 1131 ff. Sächsisches BGB.

<sup>143</sup> § 1132 Sächsisches BGB: „Im Falle des Wiederkaufs sind die Verbindlichkeiten beider Theile nach den Vorschriften in § 1109 zu beurtheilen.“

<sup>144</sup> BGB-E Hessen Art. 57 Abs. 3: „Die Früchte und Nutzungen, welche der Käufer mittlerweile von dem Kaufgegenstande gezogen hat und die Zinsen des Kaufpreises, welche dem Verkäufer Zustatten gekommen sind, werden gegeneinander aufgehoben.“

schen<sup>145</sup> Kodifikationsentwürfen finden sich äquivalente Regelungen. Gleiches gilt für den Dresdner Entwurf, der von der ersten Kommission für die Beratung des Schuldrechts als Vorlage benutzt wurde. Wie das Sächsische BGB sah auch der Dresdner Entwurf für den Fall eines vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts<sup>146</sup> in Art. 462<sup>147</sup> vor, dass die Parteien nicht verpflichtet sein sollten, die wechselseitig aus Kaufsache und Kaufpreis gezogenen Nutzungen auszugleichen.

Diese Regelungen einte auf konzeptioneller Ebene, dass sie die grundsätzliche Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge nicht in Frage stellten. Sie basierten vielmehr allesamt auf der Prämisse, dass die zur Rückgewähr einer empfangenen Leistung verpflichtete Vertragspartei grundsätzlich auch Ausgleich für gezogene Nutzungen schuldet. Der Verzicht auf Nutzungsausgleich diene lediglich der Vereinfachung der Rückabwicklung. Zu diesem Zweck wurde pauschal die Gleichwertigkeit der von den Parteien gezogenen Nutzungen unterstellt.<sup>148</sup> So wurde etwa Art. 462 Dresdner Entwurf mit folgender Erwägung begründet:

„[D]as Princip, auf welchem die Bestimmung [...] beruhe, [bestehe] nicht darin [...], daß bei Auflösung eines Kaufvertrages [...] eine Erstattung der Nutzungen auf der einen, und der Zinsen auf der anderen Seite überhaupt ausgeschlossen sein sollte, vielmehr bei der Bestimmung [...] gerade umgekehrt vorausgesetzt werde, daß die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte demjenigen nicht verbleiben sollen, der sie gezogen habe, und die Bestimmung nur den Zweck verfolge, lästige Abrechnungen bezüglich der gegenseitigen Erstattung abzuschneiden.“<sup>149</sup>

Der Dresdner Entwurf brachte den Kompensationsgedanken auch im Tatbestand des Art. 462 besonders deutlich zum Ausdruck. Der wechselseitige Verzicht wurde davon abhängig gemacht, dass beide Parteien die ihnen jeweils geschuldete Leistung tatsächlich erhalten hatten bzw. dass ein wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalt vorlag:

„Die Früchte und sonstigen Nutzungen, welche der Käufer in der Zwischenzeit von dem Kaufgegenstande gezogen hat, und die Zinsen des Kaufpreises, *vorausgesetzt, daß dieser bezahlt oder verzinslich gestundet worden ist*, heben sich gegenseitig auf.“

Diese möglichen Vorbilder wurden von den Verfassern des BGB letztlich nicht berücksichtigt. *Franz von Kübel* lehnte eine pauschale Kompensation der wechsel-

<sup>145</sup> BGB-E Bayern II Art. 362 Abs. 3: „Die Vortheile, welche der Käufer durch Gebrauch oder Fruchtgenuß von dem Gegenstande gezogen hat, können ebensowenig zurückgefordert werden, als diejenigen, welche dem Verkäufer in den Zinsen des Kaufschillings zugegangen sind.“

<sup>146</sup> „Kauf unter dem Vorbehalt der Reue“.

<sup>147</sup> Art. 462 Dresdner Entwurf: „Die Früchte und Nutzungen, welche der Käufer in der Zwischenzeit von dem Kaufgegenstande gezogen hat, und die Zinsen des Kaufpreises, vorausgesetzt, daß dieser bezahlt oder verzinslich gestundet worden ist, heben sich gegenseitig auf.“

<sup>148</sup> Siehe *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61); *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes – CXXI.-CLXXI.*, 1864, S. 1817f.

<sup>149</sup> *Francke* (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 1817f.

seitig gezogenen Nutzungen ab, weil sie nicht mit dem Prinzip in Einklang stehe, wonach die Parteien im Falle der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrages auch in zeitlicher Hinsicht wieder in den *status quo ante* zurückzusetzen seien.<sup>150</sup> Hinzu kam, dass die erste Kommission unter dem Einfluss *Bernhard Windscheids* beschloss, das Rücktrittsfolgenrecht der gemeinrechtlichen *actio redhibitoria* nachzubilden, die eine wechselseitige Nutzungsausgleichspflicht vorsah.<sup>151</sup> Sie konnten sich in dieser Entscheidung auch dadurch bestärkt sehen, dass für den Fall der Wandlung eines Kaufvertrages sowohl das Sächsische BGB als auch der Dresdner Entwurf auf eine pauschale Kompensation der Nutzungen verzichteten und stattdessen einen Ausgleich der von den Parteien jeweils konkret gezogenen Nutzungen vorsahen.<sup>152</sup>

## (2) Rechtsvergleichende Vorbilder für einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich

Am französischen Recht konnten sich die Verfasser des BGB demgegenüber nur sehr bedingt orientieren, da der Code civil bis zur französischen Schuldrechtsreform 2016 die Frage des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung von Verträgen nicht eindeutig regelte.<sup>153</sup> Auch Rechtsprechung und Schrifttum war es nicht gelungen, in dieser Frage Klarheit zu schaffen. Hierzu trug bei, dass das französische Recht kein einheitliches Rückabwicklungsregime kannte. Vielmehr wurden die Rechtsfolgen der Rückabwicklung eines Kaufvertrages für die wichtigsten Rückabwicklungsgründe jeweils getrennt diskutiert. Die Notwendigkeit, einen Kaufvertrag rückabzuwickeln, kann sich nach französischem Recht insbesondere aus dem Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes (*nullité*),<sup>154</sup> aus der Vertragsauflösung wegen der Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung im Allgemeinen (*résolution*)<sup>155</sup> sowie aufgrund der Wandlung des Kaufvertrages wegen eines Sachmangels im Besonderen (*action rédhibitoire*)<sup>156</sup> ergeben.<sup>157</sup> Bereits die Frage der

<sup>150</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (61 f.) Siehe dazu auch schon supra 2. Teil:A.II.1.a)aa)(2), S. 194 ff.

<sup>151</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(1), S. 199 ff.

<sup>152</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)aa)(1), S. 192 f.

<sup>153</sup> Siehe dazu *Ministère de la Justice*, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Journal officiel de la République française, 11 février 2016, Texte 25 sur 113, 2016, S. 18 f. Für einen Eindruck von der Komplexität der daraus resultierenden Rechtsfragen und der insofern bestehenden Unsicherheit siehe bspw. *Malaurie*, Les restitutions en droit civil, 1991, S. 165 ff.; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 367 ff.

<sup>154</sup> *Bénabent*, Droit des obligations, 15. Aufl. 2016, S. 173 ff., insbesondere S. 194 ff.

<sup>155</sup> *Ibid.*, S. 300 ff.

<sup>156</sup> *Bénabent*, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 168 ff.; *Collart Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 255 ff.; Code civil annoté Dalloz – Édition 2018, 117. Aufl. 2017, S. 2247 (Art. 1644 Code civil).

<sup>157</sup> Für einen Überblick über die für den Problembereich des Scheiterns eines Vertrags relevanten Rechtsinstitute siehe *Bénabent*, Droit des obligations, 15. Aufl. 2016, S. 173 f.

grundsätzlichen zeitlichen Wirkung der einzelnen Rückabwicklungsgründe wurde zum Teil kontrovers diskutiert. Für den Fall der *nullité* bestand zumindest im Ausgangspunkt Einigkeit darüber, dass der Vertrag von Anfang an als nicht existent anzusehen ist.<sup>158</sup> Für *résolution*<sup>159</sup> und *action rédhibitoire*<sup>160</sup> war bzw. ist die zeitliche Wirkung jedoch umstritten. Wird die Rückwirkung des Rückabwicklungsgrundes verneint, scheidet ein Nutzungsausgleich von vornherein aus. Ein gegenseitiger Veräußerungsvertrag wäre dann – wie ein Dauerschuldverhältnis nach Kündigung – lediglich *ex nunc* zu beenden.

Selbst soweit für *nullité* und *résolution* grundsätzlich von einer zeitlichen Rückwirkung ausgegangen wurde, verneinte ein Teil des Schrifttums vor der Schuldrechtsreform eine Nutzungsausgleichspflicht der gutgläubigen Vertragspartei. Für die Kaufsache sollte sich dies aus der Privilegierung des Besitzers bezüglich gezogener Früchte gemäß Art. 549 Code civil<sup>161</sup> ergeben.<sup>162</sup> Da das französische Recht kein Abstraktionsprinzip kennt,<sup>163</sup> besteht zwischen Verkäufer und Besitzer bei rückwirkender Unwirksamkeit des Kaufvertrags vom Moment der Übergabe der Kaufsache an ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Für eine rechtsgrundlos empfangene Geldsumme bestimmte zudem Art. 1378 Code civil<sup>164</sup> ausdrücklich, dass der Rückgewährpflichtige gezogene Früchte bzw. eine Verzinsung der Geldsumme nur bei Bösgläubigkeit ab dem Zeitpunkt des Zahlungseingangs schuldete. Im Ergebnis sollte demnach die Ausgleichspflicht für Früchte bzw. Zinsen für beide Parteien von ihrer Bösgläubigkeit abhängen. Ob und unter welchen Voraussetzungen daneben noch eine Verpflichtung zur Vergütung gezogener Gebrauchsvorteile in Betracht kam, bildete den Gegenstand einer eigenständigen Kontroverse.<sup>165</sup> Die Rechtsprechung sprach sich nach einigem Schwanken schließlich für eine umfas-

<sup>158</sup> Siehe hierzu bspw. *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 74ff. sowie S. 167; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 418ff.; *Terré/Simler/Lequette*, Droit civil – Les obligations, 10th éd 2009, S. 429; *Bénabent*, Droit des obligations, 15. Aufl. 2016, S. 178f.

<sup>159</sup> Siehe dazu die ausführliche Darstellung von *Genicon*, La résolution du contrat pour inexécution, 2007, S. 579ff. Die Rechtsprechung ging grundsätzlich von einem „*effet rétroactif*“ aus, siehe bspw. Cour de cassation, Chambre civile 1, 8 mars 2005, Bull. civ. I, n° 128. Siehe dazu ferner *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 579 m. w. N. Im Schrifttum sprachen sich für eine Rückwirkung bspw. aus *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 167; *Bénabent*, Droit des obligations, 15. Aufl. 2016, S. 300ff.

<sup>160</sup> *Collart Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 256 m. w. N.

<sup>161</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 142 in Fn. 29 (Originalfassung von 1804) sowie S. 440f. in Fn. 32 (aktuelle Fassung).

<sup>162</sup> Siehe dazu *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 167ff.; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 418ff.; *Genicon*, La résolution du contrat pour inexécution, 2007, S. 694ff.; *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 911.

<sup>163</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 29.

<sup>164</sup> Art. 1378 Code civil (1804): „Si il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits du jour du paiement.“

<sup>165</sup> Siehe dazu *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 259ff.; *Genicon*, La résolution du contrat pour inexécution, 2007, S. 690ff.; *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obliga-

sende Privilegierung der gutgläubigen Vertragspartei aus: Diese sollte weder Früchte herausgeben noch Gebrauchsvorteile vergüten müssen.<sup>166</sup> Demgegenüber traten einige Stimmen im Schrifttum dezidiert für eine Entkoppelung der Problematik des Nutzungsausgleichs von der Frage der Gut- bzw. Bösgläubigkeit der Parteien ein.<sup>167</sup> Insofern wurde sowohl für eine generelle wechselseitige *Verpflichtung* zum Nutzungsausgleich plädiert<sup>168</sup> als auch ein auf den Kompensationsgedanken gestützter, genereller wechselseitiger *Verzicht* auf Nutzungsausgleich erwogen.<sup>169</sup>

Seit der Schuldrechtsreform 2016 haben sich diese hochkomplexen Streitfragen im Hinblick auf *nullité* und *résolution* erledigt. Der Zeitpunkt, zu dem die *résolution* wirksam wird, wurde im zweiten Absatz des Art. 1229 Code civil<sup>170</sup> ausführlich geregelt. Im Falle einer vertraglich vereinbarten *clause résolutoire* ist der von den Parteien bestimmte Zeitpunkt maßgeblich. Wenn eine Partei einseitig die *résolution* erklärt,<sup>171</sup> kommt es auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung bei der anderen Partei an. Wird die *résolution* von einem Richter ausgesprochen, wird der Zeitpunkt in der Entscheidung festgelegt. Für die Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen verweist der vierte Absatz des Art. 1229 auf ein neu geschaffenes allgemeines Rückabwicklungsregime in den Art. 1352 ff. Code civil, das unter anderem auch im Fall der *nullité* Anwendung findet. Hierdurch wird wiederum die Frage des Zeitpunkts, zu dem die *résolution* wirksam wird, von der Rückabwicklung des Leistungsaustauschs entkoppelt.<sup>172</sup> Für den Fall, dass ein gegenseitiger Vertrag

---

tions – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 908 f.; Code civil annoté Dalloz – Édition 2018, 117. Aufl. 2017, S. 1845 (Art. 1352-3) m. w. N.

<sup>166</sup> Grundlegend Cour de cassation, Chambre mixte, 9 juillet 2004, Bull. mixte, n° 2. Eine Ausgleichspflicht für genossene Gebrauchsvorteile unabhängig von der Bösgläubigkeit der Parteien bejahend demgegenüber noch Cour de cassation, Chambre civile 3, 12 mars 2003, Bull. civ. III, n° 63.

<sup>167</sup> *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 194 f.; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 459 f., jeweils m. w. N.

<sup>168</sup> Siehe *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, 1992, S. 459 ff. m. w. N.

<sup>169</sup> Siehe *Malaurie*, Les resitutions en droit civil, 1991, S. 194 f., i. V. m. S. 161 ff., insbesondere S. 166, m. w. N. (bezogen auf Früchte und Zinsen).

<sup>170</sup> Art. 1229 Code civil: „La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.“

<sup>171</sup> Diese bereits zuvor von der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit wurde im Rahmen der Reform kodifiziert, vgl. *Ministère de la Justice*, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Journal officiel de la République française, 11 février 2016, Texte 25 sur 113, 2016, S. 19.

<sup>172</sup> *Ibid.*, S. 19: „La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi.“

rückabgewickelt werden muss, stellt Art. 1352-3 Code civil<sup>173</sup> klar, dass sich die Verpflichtung zur Rückgewähr auf die aus einem zurückzugewährenden Gut gezogenen Früchte und – was erstmals ausdrücklich geregelt wurde – auf genossene Gebrauchsvorteile<sup>174</sup> erstreckt. Eine empfangene Geldsumme ist gemäß Art. 1352-6 Code civil<sup>175</sup> mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Wann die Verpflichtung zur Erstattung der Früchte bzw. zur Zinszahlung beginnt, ist einheitlich in Art. 1352-7 Code civil<sup>176</sup> geregelt. Bei Bösgläubigkeit besteht die Haftung ab dem Zeitpunkt des Empfangs der Sache bzw. des Geldes. Bei Gutgläubigkeit beginnt die Haftung erst in dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner vom Gläubiger zur Rückgewähr aufgefordert wird.<sup>177</sup>

Im Ergebnis steht somit zumindest seit 2016 fest, dass bei Rückabwicklung eines Kaufvertrages wegen *nullité* oder *résolution* bei *beidseitiger* Gutgläubigkeit nach französischem Recht kein Nutzungsausgleich durchzuführen ist. Für den Fall, dass eine Vertragspartei gutgläubig, die andere hingegen bösgläubig ist, ergibt sich eine einseitige Nutzungsausgleichspflicht.

Keine Klarheit brachte die französische Schuldrechtsreform hingegen für die Problematik des Nutzungsausgleichs bei der *action rédhibitoire*, da das Kaufrecht bei der Reform ausgespart wurde. Im Fall der Wandlung eines Kaufvertrages verpflichtet der Code civil den Käufer in Art. 1644<sup>178</sup> und den Verkäufer in Art. 1645<sup>179</sup> bzw. 1646<sup>180</sup> nach seinem Wortlaut lediglich dazu, die Kaufsache zurückzugewähren und den Kaufpreis zu erstatten.<sup>181</sup> Auf eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich findet sich in den Vorschriften hingegen keinerlei Hinweis. In der Lite-

<sup>173</sup> Art. 1352-3 Code civil: „La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation.“

<sup>174</sup> Siehe dazu und zu den fortbestehenden Zweifelsfragen *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 909ff.

<sup>175</sup> Art. 1352-6 Code civil: „La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.“

<sup>176</sup> Art. 1352-6 Code civil: „Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.“

<sup>177</sup> *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 916f.

<sup>178</sup> Art. 1644 Code civil: „Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.“

<sup>179</sup> Art. 1645 Code civil: „Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.“

<sup>180</sup> Art. 1646 Code civil: „Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.“

<sup>181</sup> Zur Entkoppelung der Rechtsfolgen einer Wandlung vom allgemeinen Schuldrecht durch die Rechtsprechung siehe *Bénabent*, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 169f. m. w. N.

ratur wird zwar darüber diskutiert, ob der Käufer verpflichtet sein sollte, im Falle der Rückgabe der Sache eine Entschädigung für die zwischenzeitliche Nutzung zu zahlen.<sup>182</sup> Die Rechtsprechung ist dem allerdings nicht gefolgt.<sup>183</sup> Somit verzichtet das französische Recht auch bei der Wandlung eines Kaufvertrages grundsätzlich auf eine wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich. Ob das neue Rückabwicklungsregime der Art. 1352 ff. Code civil auch ohne eine ausdrückliche Verweisung auf die Rechtsfolgen der Wandlung ausstrahlen kann, wird bereits diskutiert, bleibt aber abzuwarten.

In Österreich sind die Rechtsfolgen von Rücktritt und Wandlung im ABGB nicht eigenständig geregelt, sondern es wird insofern auf das Bereicherungsrecht zurückgegriffen.<sup>184</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass der Leistungsaustausch im Falle von Nichtigkeit, Rücktritt und Wandlung einheitlich mittels der in den §§ 1431 ff. ABGB geregelten Leistungskondition rückabgewickelt wird. § 1437 ABGB<sup>185</sup> verweist wiederum auf die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.<sup>186</sup> Damit käme grundsätzlich auch die in § 330 ABGB<sup>187</sup> kodifizierte Freistellung des redlichen unverklagten Besitzers von jeglicher Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung von Verträgen zum Tragen. Die vorherrschende Auffassung im Schrifttum will dieses Artefakt aus dem gemeinen Recht zumindest in diesem Kontext überwinden. Auch wenn in den Details vieles strittig ist, soll der Käufer im Falle der Rückabwicklung eines Kaufvertrages entweder die aus der Kaufsache gezogenen Früchte oder doch zumindest ein „Benützungsentgelt“ schulden und der Verkäufer korrespondierend zum Ausgleich der aus dem Kaufpreis gezogenen Vorteile verpflichtet sein.<sup>188</sup> Auch die Rechtspre-

<sup>182</sup> Siehe *Collart Dutilleul/Delebecque*, *Contrats civils et commerciaux*, 9. Aufl. 2011, S. 256; *Bénabent*, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9. Aufl. 2011, S. 168 ff.

<sup>183</sup> Cour de cassation, Chambre civile 1, 21 mars 2006, Bull. civ. I, n<sup>os</sup> 171, 172 und 173; Cour de cassation, Chambre civile 1, 30 septembre 2008, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 216 („Attendu qu’en matière de vices cachés lorsque l’acheteur exerce l’action rédhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu’il a reçu, n’est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l’utilisation de la chose vendue ou à l’usure résultant de cette utilisation.“). Siehe dazu auch *Bénabent*, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9. Aufl. 2011, S. 169 f.

<sup>184</sup> Siehe *Kletečka/Schauer/Lurger*, § 1435 ABGB Rn. 2; *Schwimann/Hödl*, § 921 ABGB Rn. 8, *Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Bydlinski*, § 921 ABGB Rn. 4; *Koziol/Bydlinki/Bollenberger/ders.*, § 932 ABGB Rn. 22.

<sup>185</sup> § 1437 ABGB: „Der Empfänger einer bezahlten Nichtschuld wird als ein redlicher oder unredlicher Besitzer angesehen, je nachdem er den Irrthum des Gebers gewusst hat, oder aus den Umständen vermuthen mußte, oder nicht. Von einem minderjährigen oder nicht geschäftsfähigen volljährigen Empfänger kann der Geber das irrthümlich Bezahlte (§ 1431) nur insoweit zurückfordern, als es beim Empfänger wirklich vorhanden oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist.“

<sup>186</sup> Siehe dazu *Kerschner*, JBl. 2001, 756 f.; *Kletečka/Schauer/Lurger*, § 1437 ABGB Rn. 1.

<sup>187</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 142 in Fn. 32.

<sup>188</sup> Siehe *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (525 ff.); *Kerschner*, JBl. 2001, 757 ff.; *Puck*, *Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum*, 1996, S. 93; *Holzner*, in: *Rummel/Lukas* (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, § 329 ABGB Rn. 2; *Kletečka/Schauer/Lurger*, § 330 ABGB Rn. 4; *Kletečka/Schauer/dies.*, § 1437 ABGB Rn. 8; *Schwimann/Iledits*, § 330 ABGB Rn. 1.



chung erkennt grundsätzlich an, dass die pauschale Anwendung der in den §§ 329 ff. ABGB vorgesehenen Privilegierung auf Ansprüche aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung im Allgemeinen und im Rahmen der Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen im Besonderen zu unangemessenen Ergebnissen führen kann.<sup>189</sup> Allerdings hält der OGH für die Rückabwicklung beidseitig erfüllter Kaufverträge an der Anwendung des § 330 ABGB fest, da sie in diesem Fall interessengerecht sei:

Bei einem gleichzeitigen Leistungsaustausch gelangen [...] beide Parteien sofort in den Genuß der Früchte und Nutzungen der erhaltenen Leistungen. Auch diese Vorteile werden einander häufig äquivalent gegenüber stehen, oder es wird zumindest oft nach Belieben eine äquivalente Nutzung möglich sein. Wer etwa ein leerstehendes Haus kauft, kann daraus ebenso einen Nutzen ziehen, wie der Empfänger des Kaufpreises; beide können aber die erhaltenen Leistungen auch unverwertet lassen. In allen diesen Fällen beiderseits erhaltener äquivalenter Leistungen erscheint der aus der Verweisung des § 1437 ABGB auf § 330 ABGB folgende Gedanke, da auch bei der Kondiktion einer empfangenen Nichtschuld zwischen redlichen Besitzern keine strenge Rückverrechnung der gezogenen Früchte und Nutzungen stattfinden soll, sondern daß es bei dem vereinfachenden Belassen solcher Früchte bei beiden Vertragspartnern bleibt, naheliegend und interessengerecht [...].<sup>190</sup>

Wertungsmäßig entspricht diese sogenannte „Pauschalverrechnung“<sup>191</sup> dem Kompensationsmodell des Sächsischen BGB. Im Österreichischen Schrifttum wird diese Rechtsprechung des OGH überwiegend kritisch betrachtet.<sup>192</sup> Während einige Autoren davon ausgehen, dass mit der Pauschalverrechnung zumindest bei Immobilien akzeptable Ergebnisse erzielt werden können,<sup>193</sup> wird sie für Kaufverträge über abnutzbare bewegliche Sachen zumeist für unbillig erachtet.<sup>194</sup>

Auch im Bereich der internationalen Rechtsvereinheitlichung wurde das Kompensationsmodell aufgegriffen. Die Unidroit-Grundregeln für internationale Handelsverträge (PICC) verzichten für den Fall, dass ein Kaufvertrag nach erfolgtem Leistungsaustausch scheitert, auf eine wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich. Gemäß Art. 7.3.6 PICC<sup>195</sup> schulden sich die Parteien im Fall der „Aufhebung“ eines Vertrages wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht

<sup>189</sup> Zur Unangemessenheit einer Anwendung der §§ 329 ff. ABGB bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrages bereits grundlegend OGH, 22.6.1925, Ob II 487/25, SZ 7, 552 (553 f.) (Nr. 218). Siehe ferner insbesondere OGH, 15.1.1987, 7 Ob 672/86, JBl. 1987, 513 (515 ff.).

<sup>190</sup> Ibid., S. 516. Bestätigt durch OGH, 29.9.1998, 5 Ob 231/98a, SZ 71, 280 (301).

<sup>191</sup> Siehe Kletečka/Schauer/Lurger, § 330 ABGB Rn. 5; Schwimann/Iledits, § 330 ABGB Rn. 1.

<sup>192</sup> Kerschner, JBl. 2001, 757 ff.; Kletečka/Schauer/Lurger, § 330 ABGB Rn. 5; Schwimann/Iledits, § 330 ABGB Rn. 2.

<sup>193</sup> Kletečka/Schauer/Lurger, § 330 ABGB Rn. 5.

<sup>194</sup> Ibid., Rn. 5; Schwimann/Iledits, § 330 ABGB Rn. 2.

<sup>195</sup> Art. 7.3.6 PICC: „(1) Bei Aufhebung eines Vertrages, der auf eine einmalige Leistung gerichtet ist, kann jede Partei Rückgabe von allem verlangen, was sie aufgrund des Vertrages geleistet hat, sofern sie Zug um Zug alles zurückgibt, was sie aufgrund des Vertrages erhalten hat.

(2) Ist Rückgabe in natura nicht möglich oder angemessen, so ist Ersatz in Geld zu leisten, wann immer dies vernünftig erscheint.

(3) Der Empfänger der Leistung braucht keinen Ersatz in Geld zu leisten, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe in natura der anderen Partei zuzurechnen ist.

lediglich die Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen *in natura* bzw., soweit eine Rückgabe *in natura* nicht möglich ist, Wertersatz. Ausweislich der Erläuterungen zu den PICC beruht der Verzicht auf eine Regelung zum Nutzungsausgleich auf der Überlegung, dass deren Bewertung im Handelsverkehr häufig schwierig sei und zudem davon ausgegangen werden könne, dass in der Regel beide Parteien Nutzungen haben ziehen können.<sup>196</sup>

### (3) Forderungen nach einem wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich im deutschen Schrifttum

Im deutschen Recht stand zumindest für kurze Zeit die Möglichkeit im Raum, dass – wie in Österreich – für die Rückabwicklung unwirksamer Kaufverträge, bei denen der Käufer nicht Eigentümer der Sache geworden ist, ein wechselseitiger Verzicht auf Nutzungsausgleich durch die Rechtsprechung etabliert wird. Wie im zweiten Teil der Untersuchung dargestellt, schwankte die Rechtsprechung bis zur Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1940 in der Frage, ob es den redlichen Besitzer auch bei der Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrages von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freisprechen sollte.<sup>197</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1931 musste sich das Reichsgericht dabei konkret mit dem Problem befassen, dass es wertungsmäßig problematisch wäre, den Käufer hinsichtlich der Kaufsache zu privilegieren, umgekehrt aber den Verkäufer zu verpflichten, die aus der empfangenen Kaufpreissumme gezogenen Nutzungen auszugleichen.<sup>198</sup> Die Lösung des Reichsgerichts bestand darin, *beiden* Parteien die Nutzungen zu belassen. Im Fall des Verkäufers rechtfertigte es dies mit dem Argument, dass dasjenige, was der Verkäufer mit dem Geld anschafft, ein *commodum ex negotiatione* darstelle, § 818 Abs. 1 BGB die Nutzungsausgleichspflicht neben dem Bereicherungsgegenstand selbst lediglich für dessen *commoda ex re* vorschreibe.<sup>199</sup>

Dieser Ansatz hätte durchaus Potential gehabt, da er die Parteien des konkret rückabzuwickelnden Kaufvertrags symmetrisch von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich befreit. Man kann nur mutmaßen, dass die Rechtsprechung ihren Kurs schließlich nochmals änderte, um eine unterschiedliche Behandlung von Fällen zu vermeiden, in denen der Bereicherungsschuldner entweder nur den Besitz oder den Besitz und das Eigentum an der Kaufsache erlangt hatte. Auch

---

(4) Für Aufwendungen, die vernünftigerweise erforderlich waren, um die empfangene Leistung zu bewahren oder zu erhalten, kann Ersatz verlangt werden.“

<sup>196</sup> PICC, Comment 6 zu Art. 7.3.6 „The Principles do not take a position concerning benefits that have been derived from the performance, or interest that has been earned. In commercial practice it will often be difficult to establish the value of the benefits received by the parties as a result of the performance. Furthermore, often both parties will have received such benefits.“ Siehe zu den Hintergründen auch *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, 167 (187).

<sup>197</sup> *Supra* 2. Teil:A.I.1.b)aa), S. 165 ff.

<sup>198</sup> RG, 24.9.1931, VI 182/31, RGZ 133, 283 ff.

<sup>199</sup> *Ibid.*, S. 287. Siehe dazu auch schon *supra* 2. Teil:B.II.3.b)aa)(1), S. 358 ff.

diesen Wertungswiderspruch mittels eines generellen Verzichts auf Nutzungsausgleich bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Kaufverträgen zu überwinden, hätte einen weiteren rechtsfortbildenden Kraftakt erfordert. Genau dieser Kraftakt wird von einer Mindermeinung im Schrifttum nach wie vor gefordert. Wie bereits im zweiten Teil der Untersuchung geschildert, hält sich im Schrifttum hartnäckig die Auffassung, dass das Reichsgericht 1940 den falschen Weg eingeschlagen habe. Statt die Freistellung des Besitzers vom Nutzungsausgleich im Falle der Rückabwicklung unwirksamer Veräußerungsverträge auszuhebeln, wollen die Anhänger dieser Auffassung das Privileg des redlichen unverklagten Besitzers verallgemeinern. Es soll auch dem Bereicherungsschuldner zugutekommen, der das Eigentum an dem Leistungsgegenstand erworben hat. Um zu vermeiden, dass es zu einer wertungsmäßig nicht zu rechtfertigenden einseitigen Privilegierung des Käufers kommt, sollen zudem auch dem Verkäufer die Nutzungen des Kaufpreises belassen werden.<sup>200</sup>

Würde sich die Rechtsprechung überraschend dieser Mindermeinung anschließen, entstünde allerdings eine Diskrepanz zum Rücktrittsfolgenrecht. Denn das Rücktrittsfolgenrecht ordnet die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich so unmissverständlich an, dass eine Rechtsfortbildung *contra legem* ausgeschlossen erscheint. Allerdings wird auch für das Rücktrittsfolgenrecht ein Verzicht auf Nutzungsausgleich zumindest *de lege ferenda* gefordert.<sup>201</sup> Als Begründung hierfür wird das altbekannte Kompensationsmodell ins Feld geführt. Die Abrechnung der konkret gezogenen Nutzungen sei schwierig. Da man davon ausgehen könne, dass sich der Wert der wechselseitig gezogenen Nutzungen schon irgendwie entsprechen werde, solle man darauf besser gleich ganz verzichten.<sup>202</sup>

### *bb) Wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich*

Das zweite Modell zum Umgang mit der Problematik des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge besteht darin, beide Parteien gleichermaßen zum Ausgleich der aus der jeweils empfangenen Leistung gezogenen Nutzungen zu verpflichten. Diesem Modell folgt das BGB, wenn ein Kaufvertrag nach Rücktrittsfolgenrecht oder nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln ist.<sup>203</sup>

Im Schweizer Recht ist die Rechtslage in dieser Frage vergleichbar. Der Umfang der Bereicherungshaftung ist im Obligationenrecht in Art. 62 ff.<sup>204</sup> nur unvoll-

<sup>200</sup> 2. Teil:A.I.1.b)cc), S. 173 ff.

<sup>201</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (710 ff.) i. V. m. S. 690.

<sup>202</sup> *Ibid.*, S. 710 ff.

<sup>203</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.2, S. 41 ff.

<sup>204</sup> Der generalklauselartig formulierte Art. 62 OR lautet: „(1) Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

(2) Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.“

ständig geregelt.<sup>205</sup> Als allgemeiner dogmatischer Anknüpfungspunkt dient insofern Art. 64 OR,<sup>206</sup> der nach seinem Wortlaut nur den Wegfall der Bereicherung regelt. In die Vorschrift wird allerdings nach allgemeiner Meinung unter anderem hineingelesen, dass der Bereicherungsschuldner auch die aus dem Bereicherungsgegenstand gezogenen Nutzungen herausgeben bzw. vergüten muss.<sup>207</sup> Insbesondere muss der Bereicherungsschuldner Zinserträge an den Bereicherungsgläubiger auskehren, die er mit rechtsgrundlos erlangtem Geld erzielt.<sup>208</sup> Auch für den Fall, dass ein Kaufvertrag nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln ist, sind sich die Parteien grundsätzlich wechselseitig zum Nutzungsausgleich verpflichtet. Da das Schweizer Recht seit 1929 kein Abstraktionsprinzip mehr kennt,<sup>209</sup> besteht zwar bezüglich der Kaufsache in diesem Fall ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.<sup>210</sup> Die Privilegierung des redlichen Besitzers gemäß Art. 938 ZGB<sup>211</sup> wird jedoch nach überwiegender Auffassung ausgehebelt. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist die Vorschrift aus teleologischen Gründen im Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge von vornherein nicht anwendbar.<sup>212</sup> Die Rechtsprechung spricht dem Verkäufer zumindest ein Benutzungsentgelt nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu.<sup>213</sup> Für den Fall der Wandlung ist die wechselseitige Nutzungsausgleichspflicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.<sup>214</sup> Der

---

<sup>205</sup> Siehe dazu *Hahn*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 64 OR Rn. 1.

<sup>206</sup> Art. 64 OR: „Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste.“

<sup>207</sup> Siehe *Hahn*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 64 OR Rn. 4 m. w. N.

<sup>208</sup> *Hahn*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 62 OR Rn. 2 und Rn. 40; *ders.*, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 64 OR Rn. 4.

<sup>209</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 25 f. Zur Rechtsentwicklung siehe *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 57 ff.

<sup>210</sup> Siehe *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 79; *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 57 ff.

<sup>211</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 439 in Fn. 25.

<sup>212</sup> *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 99 ff.

<sup>213</sup> BGer, 5.9.1984, BGE 110 II, 244 (248 f.); BGer, 27.9.2004, 4C.197/2004, Sammlung der unpublizierten Bundesgerichtsentscheide, Rn. 4.2 ff. Siehe dazu auch *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 256 ff.; *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 163 f.

<sup>214</sup> Siehe dazu *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 262 ff.; *Blaeser*, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, 2011, S. 142.

Käufer muss die Kaufsache gemäß Art. 208 Abs. 1 OR<sup>215</sup> „nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen“ zurückgeben. Im Gegenzug ist der Verkäufer gemäß Art. 208 Abs. 2 OR<sup>216</sup> verpflichtet, den von ihm zurückzugewährenden Kaufpreis ab Empfang in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes von 5 %<sup>217</sup> zu verzinsen.<sup>218</sup>

Das UN-Kaufrecht folgt ebenfalls dem Modell der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflicht. Muss ein Kaufvertrag nach seiner Aufhebung rückabgewickelt werden, so hat der Verkäufer gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG<sup>219</sup> den Kaufpreis ab dem Tag des Zahlungseingangs zu verzinsen.<sup>220</sup> Im Gegenzug muss der Käufer gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG<sup>221</sup> dem Verkäufer die Vorteile vergüten, die er aus der Ware gezogen hat.

Auch die Bestrebungen für eine über den Bereich des Verbraucherschutzes hinausgehende Harmonisierung des europäischen Privatrechts tendieren in Richtung einer wechselseitigen Nutzungsausgleichspflicht. Die PECL enthielten noch keine Regelung zum Nutzungsausgleich. Der *Draft Common Frame of Reference* sieht demgegenüber in allen Konstellationen, in denen ein gegenseitiger Veräußerungsvertrag rückabgewickelt werden muss, ausdrücklich eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich vor. Für den Fall der Pflichtverletzung durch eine Partei gewährt der *Draft Common Frame of Reference* der anderen Partei unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, den Vertrag zu beenden („*Termination of contract*“).<sup>222</sup> Nach der Vertragsbeendigung müssen sich die Parteien alle Vorteile zurückgewähren, die sie im Rahmen der Vertragsdurchführung erhalten haben;<sup>223</sup> empfangenes Geld ist zurückzuzahlen.<sup>224</sup> In erster Linie be-

<sup>215</sup> Art. 208 Abs. 1 OR: „Wird der Kauf rückgängig gemacht, so muss der Käufer die Sache nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben.“

<sup>216</sup> Art. 208 Abs. 2 OR: „Der Verkäufer hat den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.“

<sup>217</sup> Art. 73 Abs. 1 OR: „Geht die Schuldpflicht auf Zahlung von Zinsen und ist deren Höhe weder durch Vertrag noch durch Gesetz oder Übung bestimmt, so sind Zinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen.“

<sup>218</sup> Müller-Chen/Huguenin/Müller-Chen, Art. 208 OR Rn. 6.

<sup>219</sup> Art. 84 Abs. 1 CISG: „Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, so hat er außerdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zu zahlen.“

<sup>220</sup> Die Zinshöhe ist nicht geregelt. Siehe dazu *Boels*, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit – Ein Vergleich der Regelungen des BGB mit dem UN-Kaufrecht, den Lando-Prinzipien und den UNIDROIT-Prinzipien, 2009, S. 70; BeckOK/Saenger, Art. 84 CISG Rn. 3 (1.5.2018).

<sup>221</sup> Art. 84 Abs. 2 CISG: „Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, so hat er außerdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zu zahlen.“

<sup>222</sup> Hierbei handelt es sich nach deutschem Verständnis dogmatisch um eine Mischung aus Rücktritts- und Kündigungsrecht, siehe bspw. *Martens*, AcP 2010, 689 (708).

<sup>223</sup> Art. III.-3:510 Abs. 1 DCFR: „On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.“

<sup>224</sup> Art. III.-3:510 Abs. 2 DCFR: „If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.“ Eine nicht in Geld bestehende Leistung, die zurückübertragen werden

zieht sich die Rückgewährpflicht auf die ausgetauschten Leistungen. Zusätzlich verpflichtet der *Draft Common Frame of Reference* die Parteien jedoch auch dazu, Ausgleich für sämtliche „*natural or legal fruits*“ zu leisten, die sie aus dem jeweils empfangenen Leistungsgegenstand gezogen haben.<sup>225</sup> Für den Fall, dass sich ein Veräußerungsvertrag nach erfolgtem Leistungsaustausch als nichtig herausstellt oder von einer Vertragspartei wirksam angefochten wird, unterstellt der *Draft Common Frame of Reference* die Rückabwicklung dem Bereicherungsrecht.<sup>226</sup> In diesem Fall ergibt sich die wechselseitige Nutzungsausgleichspflicht daraus, dass der *Draft Common Frame of Reference* den Bereicherungsschuldner in Art. VI.-I.-5:104<sup>227</sup> ganz allgemein zum Nutzungsausgleich verpflichtet.<sup>228</sup>

*c) Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge grundsätzlich vorzugswürdig*

Der deutsche Gesetzgeber hatte im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung Gelegenheit, erneut über die Opportunität einer wechselseitigen Nutzungsausgleichspflicht im Rahmen der Rückabwicklung von Verträgen zu befinden. Allerdings hält sich die Gesetzesbegründung zur Neuregelung des Rücktrittsfolgenrechts mit dieser Frage nicht lange auf. Dazu, warum der Gesetzgeber an der wechselseitigen Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich festhielt, finden sich zwei Aussagen. Es wird erstens darauf verwiesen, dass die Nutzungsausgleichspflicht *de lege lata* und *de lege ferenda* unstrittig sei,<sup>229</sup> und dass sie zweitens einem grundsätzlich für alle Abwicklungsverhältnisse geltenden Prinzip entspreche.<sup>230</sup>

Selbst wenn man den Blick auf das BGB verengt, treffen beide Aussagen jedenfalls nicht mehr zu. Die Mindermeinung, die einen wechselseitigen Verzicht für die

---

kann, ist zurückzübertragen; ggf. wird stattdessen Wertersatz geschuldet (Art. III.-3:510 Abs. 3 DCFR: „To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.“).

<sup>225</sup> Art. III.-3:510 Abs. 5 DCFR: „The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit.“

<sup>226</sup> *Wendehorst*, in: Schulze/Bar/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen – Kontroversen und Perspektiven*, 2008, 215 (236); *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, S. 5339.

<sup>227</sup> Art. VII.-5:104 DCFR: „(1) Reversal of the enrichment extends to the fruits and use of the enrichment or, if less, any saving resulting from the fruits or use.“

(2) However, if the enriched person obtains the fruits or use in bad faith, reversal of the enrichment extends to the fruits and use even if the saving is less than the value of the fruits or use.“

<sup>228</sup> Zum Umfang der Haftung für Gebrauchsvorteile siehe *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, S. 4134: „Where assets are returned after a period of possession or other use, a collateral obligation to make payment may arise out of the use made of the asset itself. Such payments will effectively correlate to and compensate for wear and tear.“

<sup>229</sup> BT-Drs. 14/6040, 191.

<sup>230</sup> BT-Drs. 14/6040, 197.

Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen nach Bereicherungsrecht fordert, lässt sich schon viele Jahrzehnte vor der Schuldrechtsmodernisierung nachweisen.<sup>231</sup> *Sebastian Martens* hat Gleiches 2010 *de lege ferenda* für das Rücktrittsfolgenrecht gefordert.<sup>232</sup> Zudem lässt sich seit der Umsetzung der Verbraucherrechtlichrichtlinie<sup>233</sup> in das deutsche Recht auch die Aussage nicht mehr halten, dass die wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ein gemeinsames Kennzeichen aller Abwicklungsverhältnisse sei. Der Rechtsvergleich hat zudem gezeigt, dass es sich hierbei nicht einmal ansatzweise um ein universelles Prinzip handelt.

Dessen ungeachtet war es grundsätzlich richtig, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung für das Rücktrittsfolgenrecht an der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflicht der Parteien festgehalten hat. Grundsätzlich ist ein gegenseitiger Veräußerungsvertrag auf einen *dauerhaften* Leistungsaustausch gerichtet. Wenn ein Vertrag unter einem so gravierenden Mangel leidet, dass er den Leistungsaustausch nicht (mehr) zu legitimieren vermag, dann entspricht es einer Umkehr des Leistungsprogramms des Veräußerungsvertrags, den Leistungsaustausch möglichst vollständig und daher auch mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig zu machen. Würde der Vertrag hingegen nur mit Wirkung *ex nunc* beendet, so würden die Parteien so gestellt, als hätten sie sich Kaufsache und Kaufpreis für den Zeitraum zwischen Leistungserbringen und Rückgewähr unentgeltlich zur Nutzung überlassen. Es ist jedoch kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, warum ein gescheiterter Kaufvertrag wertungsmäßig in eine Kombination von Leihe und unverzinslichem Darlehen umgedeutet werden sollte.<sup>234</sup>

Um den Leistungsaustausch auch mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig zu machen, ist es erforderlich, die Parteien wechselseitig zum Nutzungsausgleich zu verpflichten. Dies wird auch in den Rechtsordnungen bzw. durch die Regelwerke, die einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich vorsehen, im Grundsatz nicht in Frage gestellt. Vielmehr wird auf den Nutzungsausgleich lediglich zur Vereinfachung der Rückabwicklung verzichtet. Hierzu wird pauschal unterstellt, dass sich die grundsätzlich bestehenden wechselseitigen Verpflichtungen zum Nutzungsausgleich gegenseitig kompensieren.<sup>235</sup> Im deutschen

<sup>231</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)cc), S. 173 ff.

<sup>232</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (710 ff.), i. V. m. S. 690.

<sup>233</sup> Richtlinie 2011/83/EU (Fn. 255).

<sup>234</sup> Wenn bspw. der Käufer zwei Monate nach Zahlung des Kaufpreises den Rücktritt vom Vertrag erklärt, weil der Verkäufer seine eigentlich bereits bei Zahlung des Kaufpreises fällige Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache immer noch nicht erfüllt hat, warum sollte der Verkäufer den Kaufpreis dann zwei Monate lang unentgeltlich nutzen dürfen?

<sup>235</sup> Eine gewisse Ausnahme scheint vordergründig allein die Diskussion im französischen Schrifttum um die zeitliche Wirkung der einzelnen Rückabwicklungsgründe zu sein. Allerdings kommt diesem Gesichtspunkt bei genauer Betrachtung für die Nutzungsausgleichsproblematik eigenständiger Bedeutungsgelalt zu. Im französischen Recht wird häufig argumentiert, dass die Rückwirkung über die Nutzungsausgleichspflicht entscheidet (siehe bspw. *Genicon*, La résolution du contrat pour inexécution, 2007, S. 579 ff.; *Collart Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 256). Dies ist allerdings zu formalistisch gedacht. Genauso gut lässt sich umgekehrt formulieren, dass dann, wenn eine Nutzungsausgleichspflicht besteht, eine

Schrifttum wird für das Kompensationsmodell zudem noch ins Feld geführt, dass hierdurch der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auf der Ebene des Nutzungsausgleichs Rechnung getragen würde.<sup>236</sup>

Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Kosten einer solchen Vereinfachung den Nutzen überwiegen. Das Kompensationsmodell führt immer dann zu wertungsmäßig problematischen Ergebnissen, wenn die unterstellte Gleichwertigkeit der wechselseitig gezogenen Nutzungen tatsächlich nicht besteht. Hieran fehlt es erstens, wenn eine der Parteien vorgeleistet hat (aa) und zweitens wenn die Nutzung von Leistung und Gegenleistung in unterschiedlich starkem Maße mit einem Substanzverzehr verbunden ist (bb). Diese Nachteile werden durch den Vorteil einer vereinfachten Rückabwicklung zumindest dann *nicht* aufgewogen, wenn dem Gesichtspunkt der Praktikabilität bei der *inhaltlichen* Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich ausreichend Rechnung getragen wird (cc).

#### *aa) Unangemessenheit des Kompensationsmodells in Vorleistungsfällen*

An einer pauschalen Äquivalenz der von Leistung und Gegenleistung gewährten Nutzungen fehlt es offensichtlich immer dann, wenn eine der Parteien vorgeleistet hat. Wenn beispielsweise ein Pkw-Verkäufer den Pkw bereits übergeben, den Kaufpreis aber noch nicht erhalten hat, so gibt es schlicht nichts, woraus er Nutzungen ziehen könnte.

Dass die Vorleistungsproblematik von einer nicht zu unterschätzenden praktischen Relevanz ist, zeigt sich unter anderem daran, dass die Rechtspraxis mit dem Eigentumsvorbehalt eigens ein im BGB ursprünglich nicht vorgesehenes Kreditsicherungsinstrument geschaffen hat, um im Interesse beider Parteien eine Vorleistung durch den Verkäufer wirtschaftlich zu ermöglichen.<sup>237</sup>

Der Dresdner Entwurf berücksichtigte die Vorleistungsproblematik, indem er die wechselseitige Kompensation der gezogenen Nutzungen auf Fälle beschränkte, in denen der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat oder ihm dieser verzinslich gestundet worden ist.<sup>238</sup> Konsequenterweise müsste eine korrespondierende Ausnahme auch für den Fall der Vorleistung des Käufers vorgesehen werden. So ist beispielsweise im Maschinenbau die Vereinbarung einer Anzahlung von 1/3 des vereinbarten Entgelts bei Auftragserteilung branchenüblich.<sup>239</sup> Wenn der Besteller bei der Monate später erfolgenden Lieferung feststellt, dass die Maschine unter nicht behebbaren Sachmängeln leidet und deshalb vom Vertrag zurücktritt, so wäre es unbillig, den Unternehmer lediglich zur Rückzahlung der Anzahlung zu verpflichten. Denn dann hätte er auf Kosten des Bestellers einen zinslosen Kredit genossen. Wenn man aber den

---

zeitliche Rückwirkung vorliegt. Dass zudem kein zwingender Gleichlauf zwischen der zeitlichen Wirkung des Rückabwicklungsgrundes im Allgemeinen und der Nutzungsausgleichspflicht besteht, illustriert nichts besser als das deutsche Rücktrittsfolgenrecht.

<sup>236</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)cc), S. 173 ff.

<sup>237</sup> Siehe dazu *Kieninger*, Festschrift Canaris, 2017, 635 ff.

<sup>238</sup> In Art. 462. Siehe dazu supra 3. Teil:B.II.1.b)aa)(1), S. 463 ff.

<sup>239</sup> *Wöhe/Bilstein/Ernst u. a.*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 11. Aufl. 2013, S. 356.



wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich auf Fälle beschränkt, in denen der Leistungsaustausch bereits beidseitig vollzogen wurde, so geht damit eine korrespondierende Minderung des Vereinfachungspotentials einher.

Ein potentiell Argument gegen eine Herausnahme der Vorleistungsfälle aus dem Anwendungsbereich der Kompensation könnte lauten, dass es beide Parteien in der Hand haben, auf einer Erfüllung Zug-um-Zug zu bestehen.<sup>240</sup> Wenn sich eine Partei vertraglich zur Vorleistung verpflichtet oder freiwillig vorleistet, dann begibt sie sich bewusst in eine für sie potentiell nachteilige Situation. So könnte man sich beispielsweise auf den Standpunkt stellen, dass sich ein Pkw-Verkäufer, der sich darauf einlässt, den Pkw ohne gleichzeitige Kaufpreiszahlung zu übergeben, nicht beklagen dürfe, wenn er nach einem Monat nur das Fahrzeug zurückerhält, das der Käufer in der Zwischenzeit kostenfrei nutzen konnte. Bei genauer Betrachtung ist dieser Einwand allerdings nicht stichhaltig. So gibt es etwa Fälle, in denen die „Vorleistung“ unfreiwillig erfolgt. Zu denken ist beispielsweise an Sachmängel, die zwar nicht sofort ins Auge springen, die aber die Nutzbarkeit erheblich einschränken. So ist es zum Beispiel vorstellbar, dass eine Maschine beim Käufer zunächst tadellos funktioniert und sich erst später herausstellt, dass sie aufgrund eines Konstruktionsfehlers einem abnormal hohen Verschleiß unterliegt. In diesem Fall leistet der Käufer durch die Bezahlung des Kaufpreises bei Lieferung *unbewusst* vor, da er nur vermeintlich die geschuldete Gegenleistung erhält. Dies wird besonders deutlich, wenn der Käufer den Kaufpreis wegen des Sachmangels mindert und infolgedessen einen Teil der bereits gezahlten Summe vom Verkäufer zurückfordern kann.

Auch dann, wenn sich eine Partei freiwillig zur Vorleistung bereit erklärt, ist es nicht angemessen, die fehlende Äquivalenz der wechselseitig gezogenen Nutzungen schlicht hinzunehmen. Natürlich könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es ein Besteller, der sich auf eine Anzahlung einlässt, in der Hand hat, in den Vertrag eine Klausel hinein zu verhandeln, nach der die Anzahlung im Falle eines Scheiterns des Vertrages verzinst werden muss. Allerdings könnte man mit diesem Ansatz letztlich alle dispositiven Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts für hinfällig erklären. In der Realität sind Verträge unvollständig. Hierfür sollte das Bürgerliche Recht durch sinnvolle Rückfallregelungen Vorsorge treffen.

#### *bb) Unangemessenheit des Kompensationsmodells bei Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer*

Zu äußerst problematischen Ergebnissen führt ein striktes Kompensationsmodell, wenn die auf der Grundlage eines rückabzuwickelnden Veräußerungsvertrages ausgetauschten Güter unterschiedlich lange Nutzungsdauern aufweisen. Am deutlichsten tritt dieses Problem bei einem Kaufvertrag über ein Gebrauchsgut zu Tage, da die Nutzungsdauer von Geld zeitlich nicht beschränkt ist. Wenn etwa ein Kaufvertrag über eine Maschine mit einer wirtschaftlichen Nutzungsdauer von zehn

<sup>240</sup> § 320 BGB.

Jahren nach zwei Jahren rückabgewickelt werden muss, so sind die wechselseitig von den Parteien gezogenen Nutzungen offensichtlich nicht gleichwertig. Der Verkäufer konnte Kapital in Höhe des Kaufpreises nutzen. Der Käufer hat ebenfalls das in der Maschine gebundene Kapital genutzt. Zusätzlich hat er seinem Vermögen jedoch auch 20 % des in der Maschine gebundenen Kapitals selbst einverleibt.

Um dieser Äquivalenzstörung zu begegnen, ist ein zumindest partieller, auf die Wertminderung des Gutes beschränkter Nutzungsausgleich wertungsmäßig letztlich zwingend. Ein Beispiel hierfür ist die Verpflichtung des Verbrauchers, im Rahmen der Rückabwicklung eines widerrufenen Verbrauchervertrags gemäß § 357 Abs. 7 BGB Ausgleich für einen Wertverlust zu leisten, der auf seinen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der über die Prüfung von Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise hinausgeht. Auch die PICC kompensieren den Verzicht auf Nutzungsausgleich mittels einer weitreichenden Wertersatzpflicht. Gemäß Art. 7.3.6 Abs. 2 PICC<sup>241</sup> trifft den Käufer eine Verpflichtung zum Wertersatz grundsätzlich immer dann, wenn eine gegenständliche Rückgewähr der Kaufsache nicht möglich oder nicht „angemessen“ wäre. Eine Ausnahme von der Wertersatzpflicht ist in Art. 7.3.6 Abs. 3 PICC<sup>242</sup> nur für den Fall vorgesehen, dass der Verkäufer die Unmöglichkeit der Rückgewähr zu vertreten hat. *Sebastian Martens*, der sich für das Rücktrittsfolgenrecht *de lege ferenda* vordergründig für das Kompensationsmodell ausspricht, geht sogar noch weiter, indem er einen eigenständigen Wertersatztatbestand vorschlägt, nach dem der Verkäufer Wertersatz in Höhe der linearen Abschreibung der Kaufsache fordern können soll.<sup>243</sup>

Bei Lichte betrachtet ergeben sich somit zwei Möglichkeiten zum Umgang mit der Problematik des Substanzverzehr. Erstens wäre es möglich, einen speziellen Wertersatztatbestand zu schaffen, der darauf ausgerichtet ist, den nutzungsbedingten Wertverlust des Gutes zu erfassen. Dies wäre aber nichts anderes als ein partieller Nutzungsausgleich. Das mit dem Kompensationsmodell assoziierte Vereinfachungspotential wäre weiter geschmälert. Zweitens könnte der Käufer einer pauschalen Verpflichtung zum Ausgleich jeglicher Wertminderung unterworfen werden, die das Gut zwischen Leistung und Rückgewähr erleidet. Eine solche Wertersatzpflicht würde dann zwangsläufig auch einen nutzungsbedingten Verschleiß des Gutes sowie einen schlicht durch den Zeitablauf bedingten Wertverlust in sich aufnehmen. Dies hätte allerdings den Nachteil, dass Differenzierungspotential verloren ginge. Beispielsweise trifft das Rücktrittsfolgenrecht in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB die Wertung, dass selbst eine eigenüblich sorglose Zerstörung der Kaufsache den Käufer nicht zum Wertersatz verpflichtet. Es gilt vielmehr: *Mortuus redhibetur*. Diesen Tatbestand, der den Rückgewährschuldner spezifisch von der Zufallsgefahr für die empfangene Leistung entlasten soll, ohne Rücksicht auf die Nutzung des Gutes anzuwenden, wäre wertungsmäßig äußerst problematisch. Ein Käufer müss-

<sup>241</sup> Für dem Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 470 in Fn. 195.

<sup>242</sup> Für dem Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 470 in Fn. 195.

<sup>243</sup> *Martens*, AcP 2010, 689 (712 ff.).

te dann beispielsweise von seiner Wertersatzpflicht auch dann in voller Höhe entbunden werden, wenn die Kaufsache erst zufällig untergeht, nachdem sich durch ihre Nutzung bereits 90 % des Kaufpreises amortisiert haben. Will man die Möglichkeit aufrechterhalten, bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen zwischen verschiedenen Ursachen für die Verschlechterung bzw. den Untergang der Kaufsache zu differenzieren, so führt kein Weg daran vorbei, für die nutzungsbedingte Wertminderung einen eigenen Wertersatztatbestand zu schaffen.

*cc) Potentieller Nutzen wiegt Nachteile des Kompensationsmodells nicht auf*

Trotz der genannten Nachteile könnte das Kompensationsmodell sinnvoll sein, wenn die mit der Durchführung des Nutzungsausgleichs verbundenen Kosten die Kosten einer pauschalen Kompensation der wechselseitig gezogenen Nutzungen überstiegen.

Für das Kompensationsmodell sprechen insbesondere zwei Gesichtspunkte. Zum einen entfällt der mit der Durchführung des Nutzungsausgleichs verbundene Aufwand.<sup>244</sup> Zum anderen erledigt sich das Problem, der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch im Rahmen der Rückabwicklung auf der Ebene des Nutzungsausgleichs Rechnung tragen zu müssen.<sup>245</sup> Wenn beide Parteien keinen Nutzungsausgleich schulden, dann droht nicht die Gefahr, dass eine Partei die von ihr erwirtschafteten Nutzungen abgeben muss, während sie selbst nichts erhält, weil die andere Partei die empfangene Leistung hat brachliegen lassen.

Wie gewichtig diese beiden Vorteile des Kompensationsmodells tatsächlich sind, hängt maßgeblich davon ab, wie der Anspruch auf Nutzungsausgleich inhaltlich ausgestaltet ist. Wie nachfolgend gezeigt werden wird, ist es möglich, den mit der Berechnung der Nutzungsausgleichsleistung verbundenen Aufwand auf ein in der gerichtlichen Praxis problemlos zu bewältigendes Maß zu reduzieren.<sup>246</sup> Auch der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung kann auf sachgerechte Weise bei der Ausgestaltung der Nutzungsausgleichspflichten der Parteien Rechnung getragen werden.<sup>247</sup>

Mangels eines relevanten Nutzens ist das Kompensationsmodell daher nicht einmal dann sachgerecht, wenn die Rückabwicklung des Vertrages im Regelfall zeitnah nach Leistungsaustausch erfolgt und die Parteien nur kurz Gelegenheit zur Nutzungsziehung haben. Mit diesem Argument rechtfertigt etwa *Reinhard Zimmermann* den Verzicht auf Nutzungsausgleich im Widerrufsfolgenrecht.<sup>248</sup>

<sup>244</sup> Siehe bspw. *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 2017, S. 79.

<sup>245</sup> *Supra* 2. Teil:A.II.2, S. 219 ff.

<sup>246</sup> *Infra* 3. Teil:C, S. 518 ff. Gegen die Relevanz des Aufwandsarguments bspw. auch *Höhne*, Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität, 2016, S. 210 f.

<sup>247</sup> Siehe dazu *infra* 3. Teil:C.I.6.b), S. 569 ff.

<sup>248</sup> *Zimmermann*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, 167 (188). Dagegen spricht sich bspw. *Höhne*, *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität*, 2016, S. 216 ff. auch im Falle des Widerrufsrecht dezi-

Abgesehen davon, dass die Nutzungszeit im Falle einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung auch nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>249</sup> immer noch ein gutes Jahr betragen kann,<sup>250</sup> sollte auch bei einer nur kurzfristigen Nutzung auf einen grundsätzlich gebotenen Nutzungsausgleich zu Vereinfachungszwecken nur dann verzichtet werden, wenn tatsächlich eine Vereinfachung zu erzielen ist.

## 2. Nutzungsausgleich bei der (Rück-)Abwicklung gegenseitiger Nutzungsüberlassungsverträge?

Um die Frage beantworten zu können, inwieweit auch bei der (Rück-)Abwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen eine Nutzungsausgleichspflicht sinnvoll ist, bedarf der Typus des Nutzungsüberlassungsvertrags zunächst einer eingehenderen Charakterisierung (a). Im Hinblick auf die Problematik des „ob“ des Nutzungsausgleichs gilt es sodann zwei Problemkreise zu unterscheiden. Die Frage, ob der Inhaber des Gutes zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein sollte, stellt sich zum einen, wenn ein in Vollzug gesetzter Nutzungsüberlassungsvertrag mit zeitlicher Wirkung für die Vergangenheit rückabgewickelt werden soll (b). Hier von zu unterscheiden ist zum anderen die Frage, was gelten soll, wenn der Inhaber des Gutes die Nutzung nach Beendigung des zunächst wirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags fortsetzt (c).

### a) Charakteristika von Nutzungsüberlassungsverträgen

Unter einem Nutzungsüberlassungsvertrag wird im Rahmen dieser Untersuchung ein Vertrag verstanden, der auf die vorübergehende Überlassung eines Gutes an ein anderes Rechtssubjekt zur Nutzung gerichtet ist.<sup>251</sup> Ausgehend von der vertragscharakteristischen Leistung der vorübergehenden Überlassung zur Nutzung lassen sich fünf der im BGB geregelten Vertragstypen unter den Begriff des Nutzungsüberlassungsvertrags fassen: Miete, Pacht, Darlehen, Sachdarlehen und Leihe. Die Rechtspraxis ist jedoch wesentlich vielfältiger. Seit der Entstehung des BGB hat die wirtschaftliche Bedeutung der entgeltlichen Nutzungsüberlassung zugenommen.<sup>252</sup> Technischer Fortschritt und damit einhergehende niedrigere Transaktionskosten ermöglichen neue Geschäftsmodelle. Immer mehr Kategorien von Gütern können zu immer flexibleren Konditionen „auf Zeit“ vermarktet werden. Hierbei handelt es sich keineswegs um eine neues Phänomen. So ging die Rechtsprechung etwa noch in den 1950er Jahren vor der Erfahrungstatsache aus, dass Lkw nicht langfristig vermietet werden.<sup>253</sup> Bereits wenige Jahrzehnte später hatte sich ein liquider Leasing-

diert für eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus, um der Gefahr eines *ex-post*-opportunistischen Verhaltens des Verbrauchers zu begegnen.

<sup>249</sup> Richtlinie 2011/83/EU (Fn. 255).

<sup>250</sup> § 356 Abs. 3 S. 2 BGB.

<sup>251</sup> Siehe schon supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45.

<sup>252</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)aa)(1), S. 294 f.

<sup>253</sup> BGH, 22.12.1955, II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (331).

markt für Lkw herausgebildet.<sup>254</sup> Dieser Trend hat sich seit der Jahrtausendwende nochmals massiv beschleunigt und mit dem Schlagwort „*sharing economy*“ eine prägnante Bezeichnung gefunden. Auch insofern liefert der Fahrzeugmarkt ein anschauliches Beispiel. Obwohl sich schon vor Jahrzehnten ein gewerblicher Mietmarkt für Fahrzeuge aller Art herausgebildet hatte, gab es für die meisten Personen, die nicht nur gelegentlich auf ein Auto zurückgreifen wollten, lange Zeit keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative zum Kauf eines Fahrzeugs. Heute gilt es vielen Beobachtern als ausgemachte Sache, dass das Verkaufen von Fahrten den klassischen Verkauf von Fahrzeugen über kurz oder lang als Geschäftsmodell den Rang ablaufen wird.<sup>255</sup> Ein Teilaspekt dieser Entwicklung ist, dass das wirtschaftliche Phänomen Nutzungsüberlassung zunehmend aus den gesetzlich geregelten Vertragstypen hinauswächst. Nachfolgend sollen Nutzungsüberlassungsverträge stattdessen charakterisiert werden, indem sie von Veräußerungsverträgen (aa), sonstigen Überlassungsverträgen (bb) und Dienstleistungsverträgen (cc) abgegrenzt und zur Kategorie der Dauerschuldverhältnisse (dd) ins Verhältnis gesetzt werden.

#### *aa) Nutzungsüberlassungsverträge und Veräußerungsverträge*

Ein idealtypischer Veräußerungsvertrag ist auf die dauerhafte Übertragung von Gütern zwischen Rechtssubjekten gerichtet.<sup>256</sup> Demgegenüber besteht das Charakteristikum eines Nutzungsüberlassungsvertrags in der Überlassung eines Gutes auf Zeit. Im BGB wird dieser Unterschied idealtypisch durch die Vertragstypen Kauf und Miete zum Ausdruck gebracht. Auch in der Vertragspraxis ist eine klare Unterscheidung zwischen der dauerhaften Übertragung eines Gutes und der vorübergehenden Nutzungsüberlassung nach wie vor der Regelfall. Allerdings gibt es auch Vertragsgestaltungen, die sich im Graubereich zwischen Nutzungsüberlassung und Veräußerung bewegen. Typische Beispiele sind der Mietkauf und das Finanzierungsleasing. Auf die Relevanz der Unterscheidung zwischen Veräußerung und Nutzungsüberlassung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs wird sogleich noch näher einzugehen sein.<sup>257</sup>

#### *bb) Nutzungsüberlassungsverträge und sonstige „Überlassungsverträge“*

Nicht bei jedem Vertragsverhältnis, im Rahmen dessen es zur vorübergehenden Überlassung eines Gutes kommt, ist der Empfänger des Gutes auch zu dessen Nutzung berechtigt. Ein typisches Beispiel für eine im Regelfall fehlende Nutzungsberechtigung ist der Verwahrvertrag. Dem Verwahrer wird zwar eine bewegliche Sache überlassen. Der Zweck der Überlassung besteht allerdings nicht darin, dem

<sup>254</sup> Zur aktuellen Bedeutung des Nutzfahrzeugleasings siehe *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 1215.

<sup>255</sup> Siehe bspw. *The Economist*, Ausgabe vom 10.5.2018, Briefing: „Steering group: A bold scheme to dominate ride-hailing“.

<sup>256</sup> Zum Begriff des Veräußerungsvertrags siehe supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(1), S. 42.

<sup>257</sup> Infra 3. Teil:C.I.1.b)aa), S. 522 ff.

Verwahrer die Nutzung der Sache im eigenen wirtschaftlichen Interesse zu ermöglichen. Vielmehr soll er die Sache für den Hinterleger aufbewahren.<sup>258</sup> In der Regel ergibt sich aus diesem Vertragszweck, dass es dem Verwahrer sogar strikt untersagt ist, die Sache zu nutzen.<sup>259</sup> Eine Ausnahme besteht nur für Sachen, für die eine regelmäßige Benutzung zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung erforderlich ist. So kann es etwa erforderlich sein, ein für längere Zeit in Verwahrung gegebenes Reitpferd regelmäßig zu reiten.<sup>260</sup> Auch eine solche Nutzung erfolgt jedoch nicht im Interesse des Verwahrers, sondern des Hinterlegers. Die gleiche Interessenlage im Hinblick auf den Umgang mit dem Gut kann auch dann bestehen, wenn es nicht primär zur Aufbewahrung, sondern als Sicherungsmittel übertragen wurde. So ist etwa dem Gläubiger die Ziehung der Nutzungen des Pfandes nur dann gestattet, wenn die Parteien dies gesondert vereinbart haben.<sup>261</sup> Nach dem gesetzlichen Grundmodell ist der Gläubiger hingegen verpflichtet, das Pfand zu verwahren,<sup>262</sup> darf es aber nicht nutzen. Nutzungsüberlassungsverträge bilden somit eine Unterkategorie innerhalb einer Gruppe von Verträgen, deren zentrales Merkmal die vorübergehende Überlassung eines Gutes an ein anderes Rechtssubjekt bildet. Das Charakteristikum von Nutzungsüberlassungsverträgen besteht darin, dass die Überlassung des Gutes spezifisch zum Zweck der Nutzung erfolgt.<sup>263</sup>

<sup>258</sup> BeckOGK/Schlinker, § 688 BGB Rn. 14 ff. (1.6.2018).

<sup>259</sup> Die Nutzung der hinterlegten Sache durch den Verwahrer oder den gewöhnlichen Pfandgläubiger ist ein Beispiel für die unberechtigte Nutzung eines Gutes durch den berechtigten Inhaber. Bereits im ersten Teil der Untersuchung wurde dargelegt, dass diese Fallgruppe nicht Teil der Untersuchung ist (supra 1. Teil:C.III.2, S. 118 f.). Wenn der Verwahrungsvertrag unwirksam ist, ist der Inhaber zwar auch zum Innehaben des Gutes nicht berechtigt. Der Grund, der für den Ausschluss dieser Fallgruppe aus der Nutzungsausgleichsproblematik maßgeblich war, ändert sich hierdurch jedoch nicht. Um zu verhindern, dass der Verwahrer oder der Pfandgläubiger gegen das Verbot zur eigennützigen Nutzung verstößt, ist eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ungeeignet. Die Abschöpfung des Wertes der Güternutzung bewirkt keine ausreichende Abschreckung. Siehe auch supra 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff.

<sup>260</sup> Siehe dazu *Sorge*, JA 2017, 801 (805). Ein literarisches Beispiel findet sich in *Jane Austens* „Northanger Abbey“ in Gestalt der Feststellung John Thorps: „[N]othing ruins horses so much as rest“.

<sup>261</sup> § 1213 BGB.

<sup>262</sup> § 1215 BGB.

<sup>263</sup> Um Missverständnissen vorzubeugen, sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Terminologie im Schrifttum uneinheitlich ist. Teilweise werden Nutzungsüberlassungsverträge im Sinne dieser Untersuchung schlicht als „Überlassungsverträge“ bezeichnet. Als prägend kann insofern das Schuldrechtslehrbuch *Josef Essers* gelten (siehe *Esser*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1971, S. 89, fortgeführt von *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 119). Demgegenüber bildet *Esser* bspw. für den Verwahrvertrag und für die Sacheinbringung bei Gastwirten gemäß den §§ 701 ff. BGB die eigene Kategorie des „Aufnahmevertrags“, *Esser*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1971, S. 198. Der Begriff des Überlassungsvertrags im Sinne *Essers* wurde bspw. übernommen von *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 145; *Pioch*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 23 ff. Alternativ werden im Schrifttum bspw. Nutzungsüberlassungsverträge und sonstige Überlassungsverträge im Sinne dieser Untersuchung wie der Verwahrvertrag unter dem Oberbegriff der „Überlassungsverträge im weiteren Sinne“ zusammengefasst. (siehe *Sorge*, JA 2017, 801 (802) m. w. N.). Der im Rahmen dieser Untersuchung verwendete Begriff des Nutzungsüberlassungsvertrags hat den Vorzug, die vertragscharakteristische Leistung der Überlassung zur Nutzung klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen.

### cc) Nutzungsüberlassungsverträge und Dienstleistungsverträge

Unter einem Dienstleistungsvertrag wird im Rahmen dieser Untersuchung jeder Vertrag verstanden, dessen charakteristische Leistung darin besteht, dass sich eine Partei zu einer Tätigkeit im Dienste der anderen Partei verpflichtet.<sup>264</sup> In diese Kategorie fallen insbesondere Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträge. Auch ein Werkvertrag kann überwiegend Dienstleistungscharakter haben, wie beispielsweise im Falle eines Haarschnitts durch einen Frisör.

Konzeptionell ist die Abgrenzung von Nutzungsüberlassung und Dienstleistung somit klar: Die reine Nutzungsüberlassung beschränkt sich auf die Überlassung eines Gutes zur Nutzung. Die reine Dienstleistung beschränkt sich auf eine Tätigkeit im Dienste des Auftraggebers. In der Vertragspraxis verwischen die Grenzen jedoch häufig. Eine Nutzungsüberlassung in Reinform findet sich noch am ehesten beim Darlehensvertrag. Selbst die gesetzestypische Miete enthält bereits insofern ein Dienstleistungselement, als der Vermieter verpflichtet ist, die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten.<sup>265</sup> Bei der Standardwohnraummiete übernimmt der Vermieter daneben typischerweise eine ganze Reihe von Dienstleistungen, die, sofern sie nicht als Nebenkosten gesondert abgerechnet werden, über den Mietzins abgegolten werden.<sup>266</sup> Umgekehrt enthalten Verträge, die schwerpunktmäßig eindeutig eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, häufig auch eine Nutzungsüberlassungskomponente. Dies gilt zum Beispiel für alle Dienstleistungen, die vom Dienstleister üblicherweise in eigenen Räumen bei gleichzeitiger Anwesenheit des Leistungsempfängers erbracht werden, wie beispielsweise Kino-, Theater-, Restaurant- oder Frisörbesuche. Die Kombinationsmöglichkeiten sind unbegrenzt, die Grenzen zwischen Nutzungsüberlassung und Dienstleistung fließend.

### dd) Nutzungsüberlassungsverträge und Dauerschuldverhältnisse

Das Dauerschuldverhältnis bildete sich in Deutschland ab dem Beginn des 20. Jahrhunderts als eigenständige dogmatische Kategorie in Rechtsprechung und Schrifttum heraus<sup>267</sup> und wurde 1976 mit dem AGB-Gesetz<sup>268</sup> erstmals begrifflich in das

<sup>264</sup> Auch insofern kann die Untersuchung nicht an eine einheitliche Terminologie im Schrifttum anknüpfen. So bezeichnet bspw. *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 150ff. Dienstleistungsverträge im oben genannten Sinne als „Tätigkeitsverträge“, unter die er die „Dienstleistungsverträge“ als Unterkategorie einordnet, der er „Arbeits- und Dienstverträge“ sowie „Verwahrungsverträge“ zuordnet.

<sup>265</sup> § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>266</sup> Zu denken ist bspw. an die Reinigung der Gemeinschaftsräume in einem Mehrparteienhaus, an einen Concierge-Service etc.

<sup>267</sup> *Horn*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I*, 1981, 551 (561); BT-Drs. 14/6040, 177; BeckOGK/*Martens*, § 314 BGB Rn. 12 (1.6.2018). Grundlegend war die Abhandlung von *Gierke*, *JherJb* 64 (1914), 355.

<sup>268</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976, BGBl. I Nr. 142 v. 15.12.1990, 3317.

positive Recht übernommen.<sup>269</sup> Obwohl es im Schrifttum nicht an Versuchen fehlte, das Phänomen des Dauerschuldverhältnisses konzeptionell zu durchdringen, hat sich bis heute keine allgemein anerkannte Definition durchsetzen können.<sup>270</sup> Als die Kategorie des Dauerschuldverhältnisses im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung begrifflich Eingang in das BGB fand, sah der Gesetzgeber bewusst vom Versuch einer Legaldefinition ab, „weil dies zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und möglicherweise künftige Entwicklungen beeinträchtigen würde.“<sup>271</sup> Stattdessen wird der Begriff des Dauerschuldverhältnisses in der Gesetzesbegründung lediglich wie folgt umschrieben:

„Dauerschuldverhältnisse unterscheiden sich von den auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnissen dadurch, dass aus ihnen während der Laufzeit ständig neue Leistungs- und Schutzpflichten entstehen und dem Zeitelement eine wesentliche Bedeutung zukommt.“<sup>272</sup>

In dieser Formulierung kommt zum Ausdruck, was im Schrifttum über die Natur von Dauerschuldverhältnissen als Konsens gelten kann.<sup>273</sup> Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist die fortbestehende konzeptionelle Unschärfe unproblematisch, da Nutzungsüberlassungsverträge nach allgemeiner Meinung zum gesicherten Kernbestand der Dauerschuldverhältnisse begründenden Vertragstypen zählen.<sup>274</sup> Als fraglich könnte allenfalls erscheinen, ob auch Miet-, Leih- oder Darlehensverträge mit von vornherein sehr kurzer Laufzeit – wie etwa die Anmietung eines Ruderboots für eine einstündige Spazierfahrt – *Dauerschuldverhältnisse* begründen. Soweit sich hierzu im Schrifttum Stellungnahmen finden lassen, wird auch die Subsumtion „ganz kurzfristiger“ Vertragsverhältnisse unter den Begriff des Dauerschuldverhältnisses überwiegend befürwortet, da auch bei einer kurzen Laufzeit der Zeitfaktor für die Bestimmung des Leistungsfaktors zentral sei.<sup>275</sup>

Der Umstand, dass Nutzungsüberlassungsverträge Dauerschuldverhältnisse begründen, ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung insofern von Interesse,

<sup>269</sup> Siehe *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 62.

<sup>270</sup> Siehe *ibid.*, S. 74 ff.; *Weller*, JZ 2012, 882; BeckOGK/*Martens*, § 314 BGB Rn. 13 (1.6.2018).

<sup>271</sup> BT-Drs. 14/6040, 177.

<sup>272</sup> BT-Drs. 14/6040, 176 f.

<sup>273</sup> Vgl. *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB Rn. 362 (Oktober 2019); *MüKo/Gaier*, § 314 BGB Rn. 5; BeckOGK/*Martens*, § 314 BGB Rn. 13 (1.6.2018); *Horn*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I, 1981, 551 (561); *Weller*, JZ 2012, 882.

<sup>274</sup> Siehe bspw. *Horn*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I, 1981, 551 (561); *Esser/Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 1984, S. 121; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 146 ff.; BT-Drs. 14/6040, 177; *MüKo/Gaier*, § 314 BGB Rn. 6; *Sorge*, JA 2017, 887 (888); BeckOGK/*Martens*, § 314 BGB Rn. 15 (1.6.2018).

<sup>275</sup> *Horn*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I, 1981, 551 (561); *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 135. Gleichzeitig ist offensichtlich, dass ein Mietvertrag mit einer Laufzeit von wenigen Stunden rein faktisch weniger Regelungsprobleme aufwirft als ein Pachtvertrag mit einer Laufzeit von zehn Jahren. So zu Recht *Horn*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I, 1981, 551 (561).



als somit Miet-, Pacht- und Darlehensverträge der Sonderdogmatik unterliegen, die sich im Hinblick auf die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen wegen Pflichtverletzung sowie ihre Abwicklung bei Unwirksamkeit herausgebildet hat.<sup>276</sup>

*b) Nutzungsausgleich im Rahmen der (Rück-)Abwicklung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags?*

Die Frage, ob die Parteien eines gescheiterten Nutzungsüberlassungsvertrags Ausgleich für die aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen leisten sollten, wird nur dann relevant, wenn der auf der Grundlage des Vertrages erfolgte Leistungsaustausch spezifisch mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht werden soll. Wenn der Vertrag lediglich *ex nunc* beendet werden soll, ist für einen Anspruch auf Nutzungsausgleich von vornherein kein Raum. Insofern ist es hilfreich, sich zunächst zu vergegenwärtigen, was es überhaupt bedeutet, einen Nutzungsüberlassungsvertrag in diesem Sinne *rückabzuwickeln* (aa). Bereits *de lege lata* werden gegenseitige Nutzungsüberlassungsverträge wesentlich seltener rückabgewickelt als Veräußerungsverträge (bb), da eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung den Interessen der Parteien nicht gerecht wird. Bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass Gleiches auch für die Konstellationen gilt, in denen die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur noch an einer Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen festhalten wollen. Zukünftig sollte daher auf eine Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen gänzlich verzichtet werden (cc).

*aa) Anforderungen an die Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung*

Um sich der Problematik der Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen zu nähern, ist es hilfreich, sich zunächst das Rückabwicklungsprogramm im Falle eines gescheiterten Veräußerungsvertrags zu vergegenwärtigen. Ein idealtypischer gegenseitiger Veräußerungsvertrag ist auf einen einmaligen und endgültigen Austausch der veräußerten Güter gerichtet. Der Verkäufer übergibt und übereignet die Kaufsache an den Käufer. Der Käufer zahlt den Kaufpreis an den Verkäufer. Die Rückabwicklung erfolgt zunächst dadurch, dass dieses Leistungsprogramm umgekehrt wird. Beide Parteien müssen sich die jeweils empfangenen Leistungen zurückgewähren. Soll der Leistungsaustausch auch mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht werden, müssen die Parteien zusätzlich dazu verpflichtet werden, die aus den Leistungen gezogenen Nutzungen auszugleichen. Demgegenüber ist ein Nutzungsüberlassungsvertrag auf die Überlassung eines Gutes auf Zeit zur Nutzung gerichtet. Die Rückübertragung des Gutes ist schon normaler Bestandteil des Pflichtenprogramms. Wenn daher der Mieter die

<sup>276</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil: B. II. 2. a) aa) (2), S. 45 sowie infra 3. Teil: B. II. 2. b) bb), S. 489 ff.

Mietsache an den Vermieter herausgibt, nachdem sich der Mietvertrag als nichtig herausgestellt hat, so kann man insofern nicht von einer „Rückabwicklung“ des Mietvertrages sprechen. Denn die gleiche Verpflichtung hätte den Mieter auch nach einer regulären Beendigung des Mietverhältnisses getroffen. Als Bezugspunkt für eine Rückabwicklung des Leistungsaustauschs kommen vielmehr nur die im Synallagma stehenden Hauptleistungspflichten in Betracht. Für den Veräußerer der Nutzungsmöglichkeit besteht die Hauptleistungspflicht nicht allein in der einmaligen Übertragung des Gutes auf den Erwerber der Nutzungsmöglichkeit, sondern in der laufenden Gewährung der Nutzungsmöglichkeit<sup>277</sup> (1). Hierzu im Synallagma steht die Verpflichtung des Erwerbers der Nutzungsmöglichkeit zur Entrichtung des vertraglich vereinbarten Nutzungsentgelts (2).

(1) Rückgängigmachung der Nutzungsüberlassung mit zeitlicher Rückwirkung?

Die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit kann von vornherein nicht *in natura* zurückgewährt werden. Möglich ist neben der – ohnehin geschuldeten Rückübertragung des Gutes – nur eine Ausgleichsleistung in Geld. Wie bereits in den ersten beiden Teilen der Untersuchung erläutert, wird der vom Erwerber der Nutzungsmöglichkeit geschuldete Ausgleich im Rücktritts- und Widerrufsfolgenrecht anhand des im gescheiterten Nutzungsüberlassungsvertrag vereinbarten Entgelts berechnet,<sup>278</sup> während im Bereicherungsrecht strittig ist, ob auf den objektiven Wert der Nutzungsmöglichkeit oder auf den Umfang der tatsächlichen Nutzung abzustellen ist.<sup>279</sup>

Wenn der vermeintliche Erwerber der Nutzungsmöglichkeit für deren Einräumung eine Ausgleichszahlung in Höhe des vertraglich vereinbarten Entgelts schuldet, so wird der Leistungsaustausch zumindest *insofern* offensichtlich nicht *rückabgewickelt*.<sup>280</sup> Dabei ist es im wirtschaftlichen Ergebnis gleichgültig, ob für die Ermittlung der Ausgleichsleistung von vornherein auf das vertragliche Entgelt abgestellt wird, oder ob es sich um eine Koinzidenz handelt, weil es sich bei dem von den Parteien vereinbarten Preis aus der Perspektive des Erwerbers zugleich um den objektiven Wert der Nutzungsmöglichkeit handelt. Wenn etwa im Falle eines nichtigen Mietvertrags der Mieter Wertersatz in Höhe des vertraglich vereinbarten Mietzinses schuldet, so unterscheidet sich die Situation im Hinblick auf die ausgetauschten Leistungen von einem wirksamen Mietverhältnis lediglich im Hinblick auf die Rechtsgrundlage für die Zahlungspflicht des Mieters.<sup>281</sup> Wird die Nichtig-

<sup>277</sup> Dementsprechend ist die im Synallagma stehende Hauptleistungspflicht des Vermieters die fortwährende Gewährung des Gebrauchs an der Mietsache, siehe BeckOGK/H. Schmidt, § 535 BGB Rn. 32 (1.4.2018). Der Darlehensgeber ist verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in vereinbarter Höhe zur Verfügung zu stellen und ihm diesen während der Dauer des Darlehensverhältnisses zu belassen, vgl. Schnauder, NJW 2015, 2689 (2690).

<sup>278</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45; 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49; 1. Teil:B.II.2.a)dd)(1), S. 52 ff.; 1. Teil:B.II.2.b), S. 58 ff.

<sup>279</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.c)bb), S. 66 ff. sowie 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

<sup>280</sup> In diesem Sinne auch Medicus, JuS 1990, 689 (693).

<sup>281</sup> §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB versus § 535 Abs. 2 BGB.

keit entdeckt, so erschöpft sich die Abwicklung des vermeintlichen Mietverhältnisses aus der Perspektive des Mieters darin, dass er die Mietsache an den Vermieter herausgibt.<sup>282</sup>

Aber auch dann, wenn die geschuldete Ausgleichsleistung vom vertraglich vereinbarten Entgelt abweicht, kann noch nicht von einer Rückabwicklung des Leistungsaustauschs gesprochen werden, falls der Nichtberechtigte unabhängig vom Umfang der tatsächlichen Nutzung Ausgleich für die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit schuldet. Selbst wenn beispielsweise im Falle eines nichtigen Mietvertrages ein niedriger, dem marktüblichen Mietzins entsprechender objektiver Wert an die Stelle des vertraglich vereinbarten Mietzins tritt, wird dadurch der Leistungsaustausch lediglich zu veränderten Konditionen aufrechterhalten.<sup>283</sup>

Von einer Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit Wirkung für die Vergangenheit kann nur dann gesprochen werden, wenn der Nichtberechtigte Ausgleich nur nach Maßgabe der tatsächlichen Nutzung des ihm überlassenen Gutes schuldet. Wie bereits im zweiten Teil der Untersuchung dargelegt wurde, ist die dogmatische Grundlage einer am konkreten Nutzungsumfang orientierten Berechnung der Nutzungsausgleichsleistung strittig.<sup>284</sup> Teilweise werden die Nutzung bzw. die Nutzungen als primärer Bereicherungsgegenstand angesehen. Ausgehend von der Prämisse einer an der tatsächlichen Nutzung orientierten Ausgleichspflicht ist die Gegenauffassung konsequenter, die für die Rückabwicklung auf die Übertragung des Gutes selbst abstellt und dem Bereicherungsgläubiger einen sekundären Nutzungsausgleichsanspruch zubilligt. Neben dem Umstand, dass der vermeintliche Erwerber der Nutzungsmöglichkeit für die Nichtnutzung des Gutes keinen Ausgleich schulden würde, hätte ein Abstellen auf die tatsächliche Nutzung des Gutes die zusätzliche Konsequenz, dass er auch gegebenenfalls gezogene Früchte i. S. v. § 99 BGB an den Bereicherungsgläubiger herausgeben bzw. vergüten müsste.

## (2) Rückgängigmachung der Zahlung des Nutzungsentgelts mit zeitlicher Rückwirkung

Sofern der vermeintliche Erwerber der Nutzungsmöglichkeit deren Wert vergüten muss, kommt für eine zumindest partielle Rückabwicklung des Leistungsaustauschs nur das bereits entrichtete Nutzungsentgelt in Betracht.

Ein praktisch relevantes Beispiel hierfür ist die Abwicklung widerrufener Verbraucherdarlehensverträge vor der Schaffung eines eigenständigen Widerrufs-

<sup>282</sup> Diese Verpflichtung träge ihn auch bei der regulären Beendigung eines wirksamen Mietverhältnisses als Teil seiner vertraglichen Rückgabepflicht gemäß § 546 Abs. 1 BGB.

<sup>283</sup> So auch *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 123: „Die Einschränkung des § 818 III im Falle des Nutzungersatzes führt bei Pacht und Darlehen im Ergebnis zu einer Aufrechterhaltung der jeweiligen Leistungsbeziehung für die Vergangenheit; allerdings nicht einfach zu den wirklich getroffenen, sondern zu angemessenen Bedingungen.“

<sup>284</sup> Supra 2. Teil: A.II.4.b), S. 239 ff.

folgenrechts im Jahre 2014. Zuvor erfolgte die Abwicklung nach Rücktrittsfolgenrecht. Danach schuldete der Darlehensnehmer gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 2 Hs. 1 BGB für die Darlehensgewährung grundsätzlich Wertersatz in Höhe des vertraglich vereinbarten Zinssatzes für den ihm jeweils noch überlassenen Teil der Darlehensvaluta.<sup>285</sup> Demgegenüber war der Darlehensgeber gemäß § 346 Abs. 1 BGB Alt. 2 zum Ausgleich der von ihm tatsächlich gezogenen Nutzungen verpflichtet. Nach Auffassung des BGH war insofern widerleglich zu vermuten, dass der Darlehensgeber aus den empfangenen Zins- und Tilgungsleistungen des Darlehensnehmers Nutzungen i. H. v. zweieinhalb bzw. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zieht.<sup>286</sup> Das Ergebnis war eine einseitige Rückabwicklung des Leistungsaustauschs. Dass eine solche nur einseitige und damit asymmetrische Nutzungsausgleichspflicht wertungsmäßig nicht zu überzeugen vermag, dürfte offensichtlich sein.<sup>287</sup> Die Nutzungsausgleichspflicht des Darlehensgebers beruhte nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben. Sie wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>288</sup> ohne inhaltliche Begründung beseitigt.<sup>289</sup>

Eine auf das Nutzungsentgelt bezogene Nutzungsausgleichspflicht besteht ferner dann, wenn der tatsächliche oder vermeintliche Erwerber der Nutzungsmöglichkeit mehr gezahlt hat, als er schuldet. Im Falle eines wirksamen Mietverhältnisses kann es hierzu beispielweise dadurch kommen, dass der Mieter den vertraglich vereinbarten Mietzins in voller Höhe weiterzahlt, obwohl dieser gemäß § 536 Abs. 1 BGB aufgrund eines Mangels der Mietsache gemindert ist. Ist der Mietvertrag hingegen unwirksam, kann eine Überzahlung des vermeintlichen Mieters daraus resultieren, dass der gemäß § 818 Abs. 2 BGB auszugleichende objektive Wert hinter dem vertraglich vereinbarten Mietzins zurückbleibt.

*bb) Nur eingeschränkte Möglichkeit für eine Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs de lege lata*

Die Gründe, aus denen ein gegenseitiger Nutzungsüberlassungsvertrag scheitern kann, lassen sich entweder dem Stadium des Zustandekommens oder dem Stadium der Vertragsdurchführung zuordnen. Wenn eine Störung bei der Vertragsdurchführung auftritt, dann kann die verletzte Partei einen Nutzungsüberlassungsvertrag bereits *de lege lata* nur mit Wirkung *ex nunc* beenden (1). Das bedeutet, dass der Vertrag den in der Vergangenheit bereits vollzogenen Leistungsaustausch weiterhin legitimiert und wechselseitige Ansprüche auf Nutzungsausgleich von vornherein nicht in Betracht kommen. Nur dann, wenn ein Nutzungsüberlassungsvertrag aufgrund einer Störung im Stadium des Vertragsschlusses scheitert, geht die herrschende Meinung bei Nutzungsüberlassungsverträgen von einer *extunc*-Unwirksamkeit aus. Allerdings zeigt sich bei einer rechtsvergleichenden

<sup>285</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)dd)(1), S. 52 ff.

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:A.II.4.a), S. 237 f. sowie infra 3. Teil:B.II.2.b)bb)(3), S. 494 f.

<sup>288</sup> Vom 20. September 2013 (Fn. 266).

<sup>289</sup> Siehe BT-Drs. 17/12637, 65.

Umschau, dass auch dies keineswegs selbstverständlich oder gar zwingend ist (2). Selbst wenn ein Nutzungsüberlassungsvertrag nach wirksam erklärtem Rücktritt oder aufgrund seiner *ex-tunc*-Nichtigkeit eigentlich rückabgewickelt werden müsste, ist es nicht selbstverständlich, dass der Leistungsaustausch im wirtschaftlichen Ergebnis tatsächlich rückgängig gemacht wird (3).

(1) Vertragsbeendigung *ex nunc* beim Scheitern von Nutzungsüberlassungsverträgen im Stadium der Vertragsdurchführung

Da Nutzungsüberlassungsverträge Dauerschuldverhältnisse begründen,<sup>290</sup> kann eine Vertragsverletzung von der verletzten Partei nach begonnener Vertragsdurchführung *de lege lata* grundsätzlich nur mit einer Kündigung sanktioniert werden. Wie bereits erläutert wurde, verdrängt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bei einem in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnis das Recht zur außerordentlichen Kündigung das Recht, wegen einer Pflichtverletzung der anderen Partei vom Vertrag zurückzutreten.<sup>291</sup> Eine Kündigung wirkt *ex nunc*. Für die Vergangenheit bleibt das Vertragsverhältnis wirksam und legitimiert weiterhin den bereits erfolgten Leistungsaustausch. Ein gekündigtes Dauerschuldverhältnis muss daher nicht *rückabgewickelt*, sondern lediglich *abgewickelt* werden.

Der Grund dafür, dass Dauerschuldverhältnisse bei einer Störung im Erfüllungsstadium nur mit Wirkung *ex nunc* beendet werden können, besteht nach allgemeiner Meinung darin, dass eine Rückabwicklung des Leistungsaustauschs in der Regel nicht interessengerecht und zudem mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre.<sup>292</sup> Wie eine rechtsvergleichende Umschau ergibt, ist dieser Befund offenbar weit verbreitet. Sowohl in der Schweiz<sup>293</sup> als auch in Österreich<sup>294</sup> können in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse im Falle einer Pflichtverletzung von der verletzten Partei grundsätzlich nur mit Wirkung *ex nunc* gekündigt werden. In Deutschland wurde dieser allgemeine Grundsatz im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in § 314 BGB kodifiziert. Eine zumindest in konzeptioneller Hinsicht

<sup>290</sup> Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses sowie zur Qualifikation von Nutzungsüberlassungsverträgen als Dauerschuldverhältnisse siehe supra 3. Teil:B.II.2.a)dd), S. 485.

<sup>291</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)aa)(2), S. 45 sowie 1. Teil:B.II.2.a)bb)(2), S. 49. Allgemein formuliert in § 314 BGB. Siehe bspw. BGH, 10.7.1968, VIII ZR 120/66, BGHZ 50, 312 (315).

<sup>292</sup> BeckOGK/Martens, § 314 BGB Rn. 5 (1.6.2018) m. w. N. Damit steht in Einklang, dass ein Rücktritt von einem in Vollzug gesetzten Nutzungsüberlassungsvertrag ausnahmsweise dann zugelassen wird, wenn die Rückabwicklung des Leistungsaustauschs nach Rücktrittsfolgenrecht dem Interesse *beider* Parteien entspricht und die Rückabwicklung ohne größere praktische Schwierigkeiten möglich ist. Siehe dazu Soergel/Hadding, 12. Aufl., Vor § 346 Rn. 12 (1990); Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 71 f.; Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 83, jeweils m. w. N.

<sup>293</sup> Hartmann, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 30 ff.

<sup>294</sup> Bydlinski/Ibler, JBl. 2016, 2 (4); Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Bollenberger, § 859 ABGB Rn. 7; Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Bydlinski, § 918 ABGB Rn. 16. Siehe auch Puck, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum, 1996, S. 98 ff.

vergleichbare Entwicklung hat sich auch in Frankreich vollzogen. Als allgemeinen Rechtsbehelf, mit dessen Hilfe sich eine Partei im Falle einer Pflichtverletzung der anderen Partei vom Vertrag lösen kann, sieht der Code civil die *résolution* vor.<sup>295</sup> Vor der Reform des Schuldrechts 2016 war die zeitliche Wirkung der *résolution* strittig.<sup>296</sup> Die Rechtsprechung ging von einer zeitlichen Rückwirkung aus, machte jedoch hiervon für Dauerschuldverhältnisse für den Zeitraum der Vertragsdurchführung eine Ausnahme.<sup>297</sup> Im Zuge der Reform des Schuldrechts wurde das Problem im Code civil gesetzlich geregelt. Art. 1229 Code civil bestimmt seither in Absatz 3<sup>298</sup> für Verträge aller Art, dass ausgetauschte Leistungen, die ihre Nützlichkeit im Zeitablauf entfalten, für den Zeitraum, für den beide Parteien ihre jeweiligen Leistungen erbracht haben, nicht rückabzuwickeln sind.<sup>299</sup>

Auch nach dem *Draft Common Frame of Reference* werden im Falle der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses die ausgetauschten Leistungen grundsätzlich nicht rückabgewickelt. Der *Draft Common Frame of Reference* kennt in Gestalt der *termination* nur einen einheitlichen Rechtsbehelf, mittels dessen sich eine Partei wegen einer Pflichtverletzung der anderen Partei vom Vertrag lösen kann.<sup>300</sup> Nach deutschem Verständnis umfasst die *termination* somit sowohl Rücktritt als auch Kündigung.<sup>301</sup> Die *termination* soll grundsätzlich keine zeitliche Rückwirkung entfalten.<sup>302</sup> Allerdings ist den Verfassern des *Draft Common Frame of Reference* offenbar selbst aufgefallen, dass die gleichzeitig angeordnete Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags zu dieser Aussage in einem gewissen Spannungsverhältnis steht. Statt offen zwischen dem Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages und der

<sup>295</sup> Ursprünglich geregelt in Art. 1183f. Code civil (1804) (*condition résolutoire*). Siehe dazu bereits supra 2. Teil:A.II.1.a)aa)(2), S. 194 ff. Seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2016 ist die *résolution* – wesentlich ausführlicher – in den Art. 1224 bis 1230 Code civil geregelt.

<sup>296</sup> Siehe dazu bereits supra 3. Teil:B.II.1.b)aa)(2), S. 465 ff.

<sup>297</sup> Cour de cassation, Chambre civile 3, 30 avril 2003, Bull. civ. III, n° 87. Siehe auch *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 579.

<sup>298</sup> Art. 1229(3) Code civil „[...]. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.“

<sup>299</sup> Siehe dazu *Ministère de la Justice*, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Journal officiel de la République française, 11 février 2016, Texte 25 sur 113, 2016, S. 19; *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, S. 579f.

<sup>300</sup> Art. III.-3:502 Abs. 1 DCFR: „A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental.“

<sup>301</sup> Siehe *Martens*, AcP 2010, 689 (708).

<sup>302</sup> *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, S. 887: „The outstanding obligations of both parties under the contract ‚come to an end‘. This means that they have existed but are now extinguished for the future, subject to the exceptions already noted. Termination does not have retrospective effect.“

zeitlichen Wirkung der Rückabwicklung zu differenzieren, flüchten sie sich in die gewagte gedankliche Konstruktion einer „Wirkung für die Zukunft gestützt auf eine Untersuchung der Vergangenheit“:

„The fact that later provisions in this Chapter provide for the restitution of certain benefits received by the other party’s performance [...] under the contract is not an exception to the rule of prospective effect. These provisions are not based on any fiction that the contract and contractual relationship did not exist. They are based on the reality that they did exist and have now come to an end. They impose new obligations to redress economic imbalances resulting from the termination. Of course, there will have to be some looking backwards in order to discover what has to be returned but that is a different matter. It could be said that there is a prospective effect based on a retrospective investigation.“<sup>303</sup>

Für den Fall eines typischen Nutzungsüberlassungsvertrags ergibt sich der grundsätzliche Verzicht auf eine Rückabwicklung aus Art. III.-3:511 Abs. 1 DCFR<sup>304</sup>, wonach eine Rückabwicklung insoweit zu unterbleiben hat, als sich vertragskonforme Leistungen beider Parteien gegenüberstehen.<sup>305</sup>

## (2) *Ex-tunc*-Unwirksamkeit von Nutzungsüberlassungsverträgen bei Störungen im Stadium der Vertragsbegründung keine Selbstverständlichkeit

Ist ein von den Parteien in Vollzug gesetzter Nutzungsüberlassungsvertrag schon gar nicht wirksam zustande gekommen<sup>306</sup> oder wegen einer wirksamen Anfechtung *ex tunc* nichtig, so kann der Vertrag nach der herrschenden Meinung den vollzogenen Leistungsaustausch nicht legitimieren. Zumindest für den Fall der Anfechtung bildete sich diese herrschende Meinung allerdings erst mehr als einhundert Jahre nach Inkrafttreten des BGB heraus. Zuvor war im Schrifttum die Auffassung weit verbreitet, dass im Falle eines in Vollzug gesetzten Mietverhältnisses die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung entweder durch die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB verdrängt werde oder die Anfechtung das Vertragsverhältnis jedenfalls wie eine Kündigung nur mit Wirkung *ex nunc* beende.<sup>307</sup> Die letztgenannte Position wurde sogar in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen.<sup>308</sup>

<sup>303</sup> Ibid., S. 887.

<sup>304</sup> Art. III.-3:511 Abs. 1 DCFR: „There is no obligation to make restitution under this Subsection to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other.“

<sup>305</sup> In den begleitenden Materialien wird der Anwendungsbereich dieser Vorschrift mittels des Beispiels eines Mietvertrags über Maschinen mit einer Laufzeit von 24 Monaten illustriert, der zunächst zehn Monate lang störungsfrei durchgeführt wurde. Anschließend war die Leistung des Vermieters so mangelhaft, dass sie für den Mieter wertlos war. Nach 13 Monaten erklärte der Mieter die *termination*. Für diesen Fall ergibt sich aus Art. III.-3:511 Abs. 1 DCFR, dass der Leistungsaustausch während der ersten zehn Monate nicht rückabzuwickeln ist, *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, S. 898f.

<sup>306</sup> Etwa weil eine Partei bei Vertragsschluss unerkant geschäftsunfähig war.

<sup>307</sup> *Supra* 1. Teil:B.II.2.c)bb), S. 66 ff.

<sup>308</sup> Siehe bspw. AG Hamburg, 18.12.1996, 40b C 591–96, NJW-RR 1998, 809.

Der BGH sprach sich erst im Jahr 2008 für den Fall der Anfechtung eines Mietvertrags über Geschäftsräume dezidiert gegen eine Einschränkung der sich aus § 142 Abs. 1 BGB ergebenden *ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung aus.<sup>309</sup> In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war eine arglistige Täuschung durch den Vermieter vom Mieter erst entdeckt worden, nachdem das Mietverhältnis nach fünfjähriger Dauer von den Parteien beendet worden war. Zur Begründung dafür, warum an einer wortlautgetreuen Anwendung des § 142 Abs. 1 BGB festzuhalten sei, stützte sich der BGH im Kern auf zwei Argumente. Zum einen verwies der Gerichtshof darauf, dass im Falle eines von vornherein nicht wirksam zustande gekommenen Mietvertrages niemand an der Notwendigkeit einer Rückabwicklung mit zeitlicher Rückwirkung zweifele.<sup>310</sup> Zum anderen relativierte der BGH die mit einer *ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung verbundenen praktischen Probleme. Bei einem Mietvertrag handele es sich „um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis, bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.“<sup>311</sup> Insofern fehle es auch an einer Vergleichbarkeit zu Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen, für welche die Rechtsprechung eine Rückabwicklung bei anfänglicher Unwirksamkeit mittels des Konstrukts des fehlerhaften Vertragsverhältnisses vermeidet und bei denen sie die Anfechtung grundsätzlich nur *ex nunc* wirken lässt.<sup>312</sup> Wenn allerdings die Rückabwicklung eines Nutzungsüberlassungsvertrags so problemlos möglich ist, so stellt sich die Frage, warum nach der Rechtsprechung ein *Rücktritt* von einem in Vollzug gesetzten Nutzungsüberlassungsvertrag grundsätzlich ausgeschlossen sein soll.<sup>313</sup>

Dass die vom BGH vorgenommene Wertung keineswegs zwingend ist, bestätigt auch ein rechtsvergleichender Blick in die Schweiz und nach Österreich. Das Schweizer Bundesgericht misst der Anfechtung eines in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses auch jenseits von in Vollzug gesetzten Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen die Wirkung einer Kündigung *ex nunc* zu.<sup>314</sup> Nach der herrschenden Meinung in Österreich wirkt lediglich die Anfechtung eines Dauerschuldverhältnisses wegen arglistiger Täuschung stets *ex tunc*.<sup>315</sup> Wenn die Anfechtung auf einen anderen Grund gestützt wird, soll dies jedoch nur dann gelten, wenn keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen. Anderenfalls wirkt

<sup>309</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 ff. Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.II.2.c) bb), S. 66 ff.

<sup>310</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 28. Siehe bspw. OLG Hamm, Rn. 115 f. (Rückabwicklung eines jahrelang durchgeführten Mietverhältnisses, dem kein wirksamer Vertragsschluss zugrunde lag).

<sup>311</sup> BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (28).

<sup>312</sup> Siehe dazu *ibid.*, S. 28: „Weder besteht – wie beim Arbeitsverhältnis – eine besonders intensive Leistungsbeziehung mit starkem Persönlichkeitsbezug und mit Eingliederung in eine soziale Organisation, noch ist – wie beim Gesellschaftsverhältnis – ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis für Gläubiger vorhanden, die durch eine rückwirkende Anfechtung ihr Haftungssubjekt verlieren würden.“

<sup>313</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)bb)(1), S. 490 ff.

<sup>314</sup> BGER, 21.2.2003, 4C.352/2002, BGE 129 II, 320 (328 f.).

<sup>315</sup> Siehe *Bydlinski/Ibler*, JBl. 2016, 2 (5 ff.) m. w. N.



die Anfechtung lediglich *ex nunc*.<sup>316</sup> In der Schweiz ist es grundsätzlich sogar möglich, das gänzliche Fehlen einer wirksamen Einigung über den Abschluss eines Mietvertrages durch die Annahme eines „faktischen Vertragsverhältnisses“ zu überwinden.<sup>317</sup>

### (3) Verzicht auf Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung bei Nutzungsüberlassungsverträgen

Der Versuch, den Leistungsaustausch bei einem Nutzungsüberlassungsvertrag mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig zu machen, kann sich nur an drei Punkten manifestieren: In Gestalt einer Befreiung des Erwerbers der Nutzungsmöglichkeit von einer Ausgleichspflicht im Fall der Nichtnutzung, in Gestalt eines Durchgriffs auf den Nutzungserfolg bei produktiver Nutzung, sowie in Gestalt einer Verpflichtung des Veräußerers der Nutzungsmöglichkeit zum Ausgleich der aus dem empfangenen Entgelt gezogenen Nutzungen.<sup>318</sup>

Sofern ein Nutzungsüberlassungsvertrag ausnahmsweise nach Rücktrittsfolgenrecht rückabgewickelt wird, sind die beiden erstgenannten Kriterien nicht erfüllt. Nach der herrschenden Meinung stellt im Falle eines Nutzungsüberlassungsvertrags bereits die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit die empfangene Leistung im Sinne von § 346 Abs. 1 *Alt. 1* BGB dar, deren Wert der Rückgewährschuldner – da eine Rückgewähr *in natura* nicht möglich ist – vergüten muss.<sup>319</sup> Das Nutzungsrisiko verbleibt daher – wie bei einem störungsfrei abgewickelten Nutzungsüberlassungsverhältnis – beim Erwerber der Nutzungsmöglichkeit. Daher entlastet es beispielsweise den Darlehensnehmer nicht, wenn dieser die Darlehensvaluta ungenutzt auf seinem Kontokorrentkonto stehen lässt. Umgekehrt kann der Darlehensgeber aber auch nicht den Zinsertrag abschöpfen, den der Darlehensnehmer durch die erfolgreiche Investition der Darlehensvaluta in hochverzinsliche Unternehmensanleihen mit niedriger Bonität („*junk bonds*“) erzielt hat. Wie der Erwerber der Nutzungsmöglichkeit das Gut tatsächlich genutzt hat, ist im Rahmen der §§ 346 ff. BGB schlicht irrelevant.<sup>320</sup> Bei der Abwicklung eines Nutzungsüberlassungsvertrags nach Rücktrittsfolgenrecht wird nur die Leistung des Nutzungsentgelts durch den Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung

<sup>316</sup> Siehe *ibid.*, S. 5 ff. m. w. N.

<sup>317</sup> Siehe BGER, BGE 119 II, 437 (441 f.); *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, 2005, S. 30; *Lindenmann*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, 2010, S. 81.

<sup>318</sup> *Supra* 3. Teil: B. II. 2. b) aa), S. 486 ff.

<sup>319</sup> *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 101 (November 2011); *BeckOGK/Schall*, § 346 BGB Rn. 506 (15.7.2018), jeweils m. w. N. Vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde § 346 S. 2 BGB a. F. in diesem Sinne interpretiert, siehe *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (50); *Medicus*, JuS 1990, 689 (693); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, S. 118. Anders hingegen für den Fall eines Pachtvertrags *ibid.*, S. 354.

<sup>320</sup> *BeckOGK/Schall*, § 346 BGB Rn. 506 (15.7.2018).

mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig gemacht. Diese einseitige und asymmetrische Nutzungsausgleichspflicht ist verfehlt.

Raum für eine Rückgängigmachung auch der vertragscharakteristischen Leistung bleibt somit nur dann, wenn ein Nutzungsüberlassungsvertrag nichtig ist und nach Bereicherungsrecht abgewickelt werden muss. Allerdings will zumindest ein bedeutender Teil des Schrifttums für die Ermittlung des vom vermeintlichen Erwerber der Nutzungsmöglichkeit geschuldeten Bereicherungsausgleichs auf die Erlangung der bloßen Nutzungsmöglichkeit abstellen.<sup>321</sup> Hierdurch würde der Nutzungsüberlassungsvertrag im wirtschaftlichen Ergebnis für die Vergangenheit gerade aufrechterhalten. Nach der herrschenden Meinung soll es allerdings auf die tatsächliche Nutzung des ihm überlassenen Gutes durch den Bereicherungsschuldner ankommen.<sup>322</sup> Als Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass zumindest ein bedeutender Teil des Schrifttums auch bei einer Abwicklung unwirksamer Nutzungsüberlassungsverträge nach Bereicherungsrecht den Leistungsaustausch im Hinblick auf die vertragscharakteristische Leistung aufrechterhalten will.

*cc) Vollständiger Verzicht auf Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen vorzugswürdig*

Wie vorstehend gezeigt wurde, werden Nutzungsüberlassungsverträge im Hinblick auf die vertragscharakteristische Leistung bereits *de lege lata* nur im Anwendungsbereich der §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt. Rückabwicklung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass für die Bestimmung der vom Bereicherungsschuldner geschuldeten Ausgleichleistung auf die tatsächliche Nutzung des ihm überlassenen Gutes abgestellt wird. Vorzugswürdig ist es demgegenüber, auf die Rückabwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen vollständig zu verzichten. Auch dann, wenn ein Nutzungsüberlassungsvertrag *ex tunc* unwirksam ist, gewährleis-

---

<sup>321</sup> *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (165 f.); *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1291); *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 313 f.; *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125); *MüKo/Lieb*, 4. Aufl. 2004, § 812 BGB Rn. 364 ff.; *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 13 (Juni 2007); *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3609 f.); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 283; *Erman/Buck-Heeb*, § 818 BGB Rn. 10; *BeckOK/Wendehorst*, § 812 BGB Rn. 57 (1.5.2018). Vereinzelt ist diese Position auch von der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen worden, siehe bspw. OLG Karlsruhe, 30.9.2004, 19 U 214/03, OLGR 2005, 301 (302).

<sup>322</sup> Besonders deutlich BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (293 f.). Siehe ferner bspw. BGH, 12.9.2006, XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 (2121); BGH, 6.8.2008, XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 (30 f.). Im Schrifttum wird diese Auffassung bspw. geteilt von *Gursky*, JR 1998, 7 (12); *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, 2002, S. 106; *Röhbel*, Jura 2013, 1110 (1113); *Musielak*, JA 2017, 1 (5 f.); *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 32 ff. Siehe zu der Problematik auch die zwischen Gebrauchsüberlassungsverträgen und Darlehensverträgen differenzierende Darstellung bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 228.

tet nur eine Abrechnung auf der Grundlage der dem Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung eingeräumten Nutzungsmöglichkeit eine aus der Perspektive beider Parteien interessengerechte Lösung (1). Raum für eine Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten ist nur auf der Ebene des § 818 Abs. 3 BGB (2).

#### (1) Erforderlichkeit eines grundsätzlichen Abstellens auf die eingeräumte Nutzungsmöglichkeit

Wenn man von der *lex lata* abstrahiert und sich dem Problem unter Wertungsgesichtspunkten nähert, so zeigt sich, dass im Falle des Scheiterns eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrages grundsätzlich keine Rückabwicklung vorzunehmen und daher auch kein Nutzungsausgleich vorzusehen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Grund für das Scheitern des Vertrags im Stadium der Vertragsbegründung oder im Stadium der Vertragsdurchführung liegt. Da die bestehende Praxis nur für unwirksame Nutzungsüberlassungsverträge zu einem anderen Ergebnis gelangt, liegt auf diesen auch der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen.

Die vertragscharakteristische Leistung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags ist die Überlassung eines Gutes zur Nutzung. Die Verpflichtung des Schuldners dieser Leistung erschöpft sich darin, dem Gläubiger die Möglichkeit zur Nutzung des Gutes einzuräumen. Das Nutzungsrisiko, das positiv gewendet auch die Verwendungschance einschließt, liegt bei einem wirksamen Nutzungsüberlassungsvertrag allein beim Mieter, Pächter, Darlehensnehmer etc. An dieser Risikoverteilung richten die Parteien ihr Verhalten grundsätzlich auch dann aus, wenn sie einen Nutzungsüberlassungsvertrag in Vollzug setzen, der mangels eines wirksamen Vertragsschlusses niemals wirksam zustande gekommen ist oder von einer Partei mit Wirkung *ex tunc* angefochten werden kann. Bei einer Betrachtung *ex ante*<sup>323</sup> liegt es daher grundsätzlich im Interesse beider Parteien, hieran auch für den Fall festzuhalten, dass die Unwirksamkeit des Vertrags im Nachhinein entdeckt bzw. die Anfechtung erklärt wird. Hierzu ist es wiederum erforderlich, den erfolgten Leistungsaustausch für die Vergangenheit aufrecht zu erhalten. Demgegenüber würde eine Rückabwicklung eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags auf der Grundlage der tatsächlichen Nutzung bzw. des Nutzungserfolgs dazu führen, dass Nutzungschance und Nutzungsrisiko entgegen der berechtigten Erwartung *beider* Parteien dem Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung zugewiesen werden. Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Problematik der *generellen* Zuweisung von Nutzungschance und Nutzungsrisiko über die Weichenstellung „tatsächliche Nutzung“ versus „Nut-

<sup>323</sup> Das Abstellen auf eine Betrachtung *ex ante* ist erforderlich, um der bei Vertragsschluss aus der Perspektive beider Parteien bestehenden Unsicherheit über den Nutzungserfolg Rechnung zu tragen. Bei einer Betrachtung *ex post* wird sich dagegen in der Regel eine der Parteien durch ein opportunistisches Abgehen vom Vertrag besser stellen können.

zungsmöglichkeit“ von der nachfolgend<sup>324</sup> zu erörternden Frage zu unterscheiden ist, inwieweit es dem Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung zu gestatten ist, sich zur Verwirklichung spezifischer Schutzzwecke im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB auf das Scheitern der von ihm intendierten Nutzung zu berufen.

Zur Illustration der Interessenlage soll das Beispiel eines Pachtvertrags über eine landwirtschaftliche Nutzfläche dienen, die zu marktüblichen Konditionen für ein Jahr verpachtet wurde. Beide Parteien gehen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon aus, dass sowohl Chance als auch Risiko der Bestellung des Landes für die Laufzeit des Vertrags auf den Pächter übergehen. Dementsprechend kann der Verpächter berechtigterweise erwarten, unabhängig vom tatsächlichen Nutzungserfolg den vertraglich vereinbarten Pachtzins zu erhalten. Der Pächter wiederum verbindet mit dem Vertragsschluss die berechtigte Erwartung, das gepachtete Grundstück gegen Zahlung des vertraglich festgelegten Pachtzinses für die Dauer der Pachtzeit auf eigene Rechnung bewirtschaften zu können. Wenn sich nach dem Einbringen der Ernte die Unwirksamkeit des Pachtvertrags herausstellt, so ist daher kein Grund dafür ersichtlich, warum der Pächter, dessen Ernte auf dem Halm durch Hagelschlag zerstört wurde, dieses Missgeschick *stets* auf den Verpächter abwälzen können sollte – also etwa auch dann, wenn die Unwirksamkeit des Vertrages aus der Geschäftsunfähigkeit der Verpächters folgt.<sup>325</sup> Umgekehrt ist ebenso wenig einzusehen, warum eine vom Pächter erfolgreich eingebrachte Ernte, deren Wert nach Abzug des nutzungsbedingten Aufwands den Pachtzins deutlich übersteigt, wegen der Unwirksamkeit des Pachtvertrags plötzlich dem Pächter zugutekommen sollte.<sup>326</sup> Beides wäre jedoch das notwendige Ergebnis eines konsequenten Abstellens auf die tatsächliche Nutzung des Gutes durch den vermeintlich Nutzungsberechtigten.<sup>327</sup> Diese Unstimmigkeiten werden vermieden, wenn das Nutzungsrisiko auch im Rahmen des Bereicherungsausgleichs grundsätzlich beim Bereicherungsschuldner verbleibt. Dies ist gewährleistet, wenn für die Ermittlung des von ihm gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB geschuldeten Wertersatzes statt auf die tatsächliche Nutzung auf die ihm eingeräumte Nutzungsmöglichkeit abgestellt wird.

<sup>324</sup> Infra 3. Teil:B.II.2.b)cc)(2), S. 500 ff.

<sup>325</sup> Siehe speziell zum Beispiel eines nichtigen Pachtvertrags *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125), der auf der Grundlage seiner Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass das Nutzungsrisiko beim vermeintlichen Pächter liegt: „Unterläßt dagegen der Pächter die Bestellung des Grundstücks – weil er z. B. wegen dringender Arbeiten auf seinem eigenen Gut nicht zu der Bestellung kommt – oder mißlingt die Bestellung, so daß sich kein Ertrag ergibt, so hat der Pächter bei Nichtigkeit des Pachtvertrags gleichwohl nach § 818 II BGB zwar nicht den vereinbarten Pachtzins, aber bis zur Höhe des vereinbarten Pachtzinses den Wert der Pachtüberlassung für die vergangene Zeit zu ersetzen.“ In diesem Sinne auch *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (166) am Beispiel eines Darlehensvertrags (Fall 12).

<sup>326</sup> In diesem Sinne bspw. *Wieling*, *ibid.*, S. 165 f. am Beispiel eines Darlehensvertrags (Fall 11).

<sup>327</sup> Die Rechtsprechung ist insofern allerdings nicht konsequent. So stellte etwa der BGH im Falle der Weiternutzung eines DSL-Anschlusses nach Vertragsbeendigung einerseits auf die tatsächliche Nutzung ab, deckelte aber zugleich die geschuldete Ausgleichsleistung auf den Betrag eines in dem ursprünglichen Vertrag vereinbarten Pauschaltarifs (Flatrate). Siehe BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (295).

Wie bereits erläutert wurde, gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten, um den auf der Grundlage eines gescheiterten Nutzungsüberlassungsvertrags erfolgten Leistungsaustausch für die Vergangenheit aufrecht zu erhalten:<sup>328</sup> Neben der Möglichkeit, die vom Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung geschuldete Ausgleichsleistung ausgehend von der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit zu berechnen, könnte der Vertrag für die Vergangenheit auch schlicht als wirksam behandelt und lediglich mit Wirkung *ex nunc* beendet werden. Im Rahmen dieser Untersuchung kann keine generelle Empfehlung für einen dieser konstruktiven Wege getroffen werden, da damit Konsequenzen verbunden sind, die über die Problematik des Nutzungsausgleichs hinausgehen.<sup>329</sup> Allerdings soll zumindest auf einen insofern relevanten Gesichtspunkt hingewiesen werden: Im Falle eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags können beide Parteien ein berechtigtes Interesse daran haben, das vermeintlich vereinbarte Entgelt anzupassen, falls das Äquivalenzverhältnis in dieser Hinsicht gestört ist. Wenn beispielsweise der geschäftsunfähige Eigentümer einer Eigentumswohnung diese weit unter dem Marktpreis vermietet, dann erscheint es zu seinem Schutz durchaus angemessen, den vermeintlichen Mieter rückwirkend dazu zu verpflichten, ein marktübliches Entgelt zu entrichten. Genau diese Rechtsfolge würde sich auf der Grundlage der *lex lata* aus der *ex-tunc*-Unwirksamkeit des Mietvertrages gemäß § 104 BGB und der Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zum Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB für die ihm eingeräumte Nutzungsmöglichkeit ergeben.

Durch eine Anpassung des für die vertragscharakteristische Leistung geschuldeten Entgelts lässt sich auch dem Einwand Rechnung tragen, der vermeintlich Nutzungsberechtigte komme im Falle eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags gar nicht in den Genuss der ihm geschuldeten Leistung.<sup>330</sup> So erlangt etwa der vermeintliche Mieter im Falle eines unwirksamen Mietvertrages laut *Claus-Wilhelm Canaris* „nicht etwa das kondiktionsrechtliche Gegenstück zur Vertragsleistung des Vermieters [...], sondern *nichts weiter als den blanken Besitz*.“<sup>331</sup> Es ist zwar in der Tat zutreffend, dass der vermeintliche Vermieter nicht verpflichtet ist, die vermietete Sache in einem für den Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, wenn der Vertrag nichtig ist. Allerdings wird er dies in der Regel dennoch tun, wenn er den Vertrag für wirksam hält. Für den Fall, dass der vermeintliche Mieter tatsächlich nur den „blanken Besitz“ erhält, kann das hierfür geschuldete Entgelt entsprechend nach unten angepasst werden.<sup>332</sup> Über die An-

<sup>328</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)aa)(1), S. 487 f. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Caemmerer*, Festschrift Rabel, 1954, 333 (386), der von einer funktionalen Äquivalenz von „faktischer Gesellschaft“ und der Saldotheorie ausgeht.

<sup>329</sup> Wenn etwa ein Mietverhältnis nicht angefochten, sondern nur außerordentlich gekündigt werden könnte, so würde ein Vermieterpfandrecht bestehen bleiben. Solche Gesichtspunkte sind nicht Teil dieser Untersuchung.

<sup>330</sup> *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (49); *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 32.

<sup>331</sup> *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (49) [Hervorhebung im Original].

<sup>332</sup> Gegen die Stichhaltigkeit des Arguments der Nichterlangung der geschuldeten Leistung auch *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Be-

passung des Entgelts kann zudem gegebenenfalls dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Höhe des vermeintlich vertraglich vereinbarten Entgelts von der Vertragslaufzeit abhängt und die Überlassung des Gutes wegen der Entdeckung der Unwirksamkeit vorzeitig endet.<sup>333</sup>

Wenn ein gescheiterter Nutzungsüberlassungsvertrag grundsätzlich für den Zeitraum der Vertragsdurchführung hinsichtlich der vertragscharakteristischen Leistung<sup>334</sup> aufrecht zu erhalten ist, so folgt daraus zugleich, dass kein Grund besteht, den Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung *einseitig* zum Nutzungsausgleich zu verpflichten. Dadurch würde das Pflichtengefüge im Rahmen des gescheiterten Vertrages völlig grundlos aus dem Gleichgewicht gebracht. Gemeint ist damit eine Nutzungsausgleichspflicht, die sich auf Zahlungen bezieht, die zumindest bei wirtschaftlicher Betrachtung dauerhaft beim Empfänger verbleiben, weil der vermeintliche Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung in gleicher Höhe einen wertmäßigen Ausgleich schuldet. Ein Beispiel ist die bereits geschilderte frühere Praxis, wonach der Darlehensgeber im Falle des Widerrufs eines Verbraucherdarlehensvertrags im Zweifel Nutzungsausgleich für die empfangenen Zins- und Tilgungsleistungen leisten musste, obwohl der Darlehensnehmer selbstverständlich weiterhin zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet war und Wertersatz in Höhe des vertraglich vereinbarten Sollzinssatzes schuldete.<sup>335</sup> Nachdem diese Anomalie bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie<sup>336</sup> beseitigt worden war,<sup>337</sup> wurde im Schrifttum die Befürchtung geäußert, dass hierdurch die Effektivität des Widerspruchsrechts gefährdet sei.<sup>338</sup> Dies ist nicht überzeugend. Wenn die Vergütung der empfangenen Leistung die Effektivität des Widerrufsrechts in Frage stellt, dann ist an dieser Stelle anzusetzen. So wäre etwa daran zu denken, den Darlehensnehmer von einer Verzinsungspflicht freizustellen oder diese zu ermäßigen. Die in § 357a Abs. 3 BGB ausgesprochene Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Entrichtung des vertraglich vereinbarten Sollzinssatzes setzt aber gerade eine Vorgabe der Verbraucherkreditrichtlinie um.<sup>339</sup> Angesichts dieser

---

reicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 229, der darauf hinweist, dass „der Scheinvermieter dem Scheinmieter nämlich trotz der Unwirksamkeit des Mietvertrags keinesweges ‚blanken Besitz‘, sondern Fremdbesitz in der speziellen Erscheinungsform des Mietbesitzes überlassen [hat].“

<sup>333</sup> Allerdings lassen sich auf diese Weise nicht alle aus der Unwirksamkeit des Vertrags resultierenden Verwerfungen abfedern. Wenn bspw. der Vermieter eine Investition in das Mietobjekt vornimmt, um spezifischen Anforderungen des Mieters gerecht zu werden, und er davon ausgeht, dass sich die Investition während der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit amortisiert, dann wird er in seinem schutzwürdigen Vertrauen verletzt, wenn sich das Mietverhältnis nach einem Jahr als unwirksam erweist. Dieses Vertrauen kann jedoch wirkungsvoll und in sachgerechter Weise nur mittels eines Anspruchs auf Schadensersatz geschützt werden. Falls dessen Voraussetzungen nicht vorliegen, muss der Vermieter den Verlust tragen.

<sup>334</sup> Ggf. zu modifizierten Konditionen.

<sup>335</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.a)dd)(1), S. 52 ff. sowie 3. Teil:B.II.2.b)bb), S. 488 f.

<sup>336</sup> Vom 20. September 2013 (Fn. 266).

<sup>337</sup> Supra 1. Teil:B.II.2.b), S. 58 ff. sowie 3. Teil:B.II.2.b)bb), S. 488 f.

<sup>338</sup> BeckOGK/*Knops*, § 357a BGB Rn. 38.2 (1.6.2018).

<sup>339</sup> Richtlinie 2008/48/EG (Fn. 267), Art. 14 Abs. 3 lit. b.

Ausgangslage kann es die Effektivität des Widerrufsrechts nicht gefährden, wenn man dem Darlehensnehmer systematisch verfehlte und unionsrechtlich nicht vorgegebene Gegenansprüche gegen den Darlehensgeber aberkennt.

Aus dem Gesagten folgt, dass auf den Versuch, den auf der Grundlage eines gescheiterten Nutzungsüberlassungsvertrags durchgeführten Leistungsaustausch rückgängig zu machen, vollständig verzichtet werden sollte. Ein Nutzungsausgleich ist daher im Falle von Nutzungsüberlassungsverträgen nur insoweit durchzuführen, als das vom Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung gezahlte Entgelt von dem Betrag abweicht, den er tatsächlich für die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit schuldet. Wenn also beispielsweise im Falle eines unwirksamen Mietvertrags der vom vermeintlichen Mieter gemäß den §§ 812 Abs. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB geschuldete Ausgleich hinter dem vertraglich vereinbarten und von ihm gezahlten Mietzins zurückbleibt, so kann er den Betrag der *Überzahlung* beim vermeintlichen Vermieter kondizieren und hierfür Nutzungsausgleich verlangen.

## (2) Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzung nur auf der Ebene von § 818 Abs. 3 BGB

Im Falle eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags folgt aus der Feststellung, dass der vermeintliche Gläubiger der vertragscharakteristischen Leistung gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Höhe des Marktwertes der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit schuldet, noch nicht zwingend, dass er auch in dieser Höhe haften muss. Sofern der Bereicherungsschuldner nicht verklagt oder bösgläubig ist, kann er sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen, nicht mehr bereichert zu sein.

Vor diesem Hintergrund ist es im Falle eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags – entgegen der Auffassung des BGH – keineswegs zwingend erforderlich, für die Ermittlung des vom Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leistenden Wertersatzes auf die *tatsächliche* Nutzung des Gutes abzustellen, um das sogenannte bereicherungsrechtliche „Schädigungsverbot“<sup>340</sup> zu wahren. Genau dies war jedoch das Hauptargument, mit dem der Gerichtshof 2013 in einer viel diskutierten Entscheidung der Nutzungsmöglichkeit als Bereicherungsgegenstand eine dezidierte Absage erteilte:<sup>341</sup>

„Allerdings soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung, soweit die Nutzungen [...] primärer Bereicherungsgegenstand und nicht nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben sind, der Kondiktionsschuldner unabhängig vom Umfang der tatsächlich erlangten Nut-

<sup>340</sup> Siehe dazu *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 267f.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 341.

<sup>341</sup> BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285ff. Siehe dazu bspw. *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607ff.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 228.

zungen zur Erstattung des objektiven Werts der Nutzungsmöglichkeit verpflichtet sein [...]. Dieser Ansicht ist [...] nicht beizutreten. Sie widerspricht dem Zweck des Bereicherungsrechts, das [...] lediglich darauf gerichtet ist, eine tatsächlich erlangte rechtsgrundlose Bereicherung abzuschöpfen und sie demjenigen zuzuführen, dem sie nach der Rechtsordnung gebührt [...]. Danach kann von einer Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB in der Regel nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensvermehrung erfahren hat (BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 – VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128, 131). [...] Damit wäre der von Teilen der Literatur befürwortete Bereicherungsausgleich von Nutzungen ohne Rücksicht auf die tatsächlich gezogenen Vorteile nicht zu vereinbaren. Überdies steht diese Auffassung im Widerspruch zu § 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1, § 292 Abs. 2 und § 987 Abs. 2 BGB, nach denen Ersatz für nicht gezogene Nutzungen lediglich der bösgläubige oder verklagte Schuldner zu leisten hat und dies auch nur, soweit ihn ein Verschulden trifft.“<sup>342</sup>

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Entscheidung gar keinen unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrag betraf. Streitgegenständlich war vielmehr ein DSL-Vertrag mit vereinbartem Pauschaltarif („Flatrate“). Die vom Telekommunikationsunternehmen geschuldete Leistung bestand also in einer Dienstleistung, nämlich in der Gewährleistung einer Verbindung zum Internet sowie zu anderen Telefonteilnehmern.<sup>343</sup> Die wertungsmäßige Schnittmenge zu den Nutzungsüberlassungsverträgen ergab sich daraus, dass der Vertrag auf die Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit gegen ein fixes Entgelt gerichtet war.<sup>344</sup>

Mit dem Erfordernis einer „echten“ Vermögensvermehrung knüpft der BGH an seine berühmte Entscheidung im sogenannten Flugreisefall<sup>345</sup> aus dem Jahr 1971 an und setzt sich damit der gleichen Kritik aus. Das Problem des Erfordernisses der „echten“ Vermögensvermehrung besteht darin, dass es grundsätzlich auch dem bösgläubigen bzw. verklagten Bereicherungsschuldner zugutekäme.<sup>346</sup> Daher sah sich der BGH gezwungen, die

„Grundsätze, die für die Frage des eventuellen späteren Wegfalls einer Bereicherung aufgestellt worden sind, bei gleicher Interessenlage auf die Beurteilung zu übertragen, ob eine Bereicherung überhaupt eingetreten ist.“<sup>347</sup>

<sup>342</sup> BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (294).

<sup>343</sup> Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn man unterstellte, dass der Anbieter dem Kunden für die Herstellung der Verbindung einen Router mietweise überlassen hätte. Die Herstellung der Verbindung zum Internet oder einem anderen Telefonteilnehmer wäre auch dann wertungsmäßig eine Dienstleistung, die das Telekommunikationsunternehmen erbringt, und kein Gebrauchsvorteil, den der ehemalige Kunde aus dem Router zieht.

<sup>344</sup> Hinzu kam allerdings, dass der Vertrag auch nicht *ex tunc* unwirksam war. Vielmehr hatte der Kunde den Anschluss gelegentlich weiter genutzt, nachdem er das Vertragsverhältnis durch eine wirksame Kündigung beendet hatte. Zu den sich daraus ergebenden wertungsmäßigen Unterschieden siehe *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3610f.).

<sup>345</sup> BGH, 7.1.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128ff. Siehe dazu auch *Canaris*, JZ 1971, 560ff.

<sup>346</sup> Siehe dazu allgemein *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 72 (Juni 2007); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 221f. sowie speziell im Hinblick auf Nutzungsfälle *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 (3610).

<sup>347</sup> BGH, 7.1.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128 (134).



Der Entscheidung des BGH im Flugreisefall ist im Schrifttum zu Recht erhebliche Kritik entgegengeschlagen.<sup>348</sup> Allein schon aus systematischen Gründen ist es vorzugswürdig, ausgehend von der mittlerweile vorherrschenden gegenstandsorientierten Betrachtung<sup>349</sup> in Dienstleistungsfällen<sup>350</sup> die Dienstleistung selbst als das vom Bereicherungsschuldner „Erlangte“ anzusehen.<sup>351</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass in einem ersten Schritt eine Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 BGB in Höhe des objektiven Wertes der Dienstleistung zu bejahen ist. Der Schutz des Bereicherungsschuldners vor einer Schädigung seines Vermögens wird in einem zweiten Schritt durch § 818 Abs. 3 BGB gewährleistet.<sup>352</sup> Er kann insbesondere einwenden, dass die von ihm durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung ersparten Aufwendungen hinter ihrem Marktwert zurückbleiben und er daher nicht in entsprechender Höhe bereichert ist. Der einzige Unterschied gegenüber der die Ebenen von Be- und Entreichung vermischenden Lösung des BGH betrifft die Verteilung der Beweislast. Der Bereicherungsgläubiger muss nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs beweisen, inklusive des Tatbestandsmerkmals „etwas erlangt“.<sup>353</sup> Demgegenüber trägt der Bereicherungsschuldner die Beweislast dafür, dass er gemäß § 818 Abs. 3 BGB nicht (mehr) bereichert ist.<sup>354</sup> Auch dieser Aspekt spricht gegen das vom BGH im Flugreisefall entwickelte Modell. Denn naturgemäß fällt es dem Bereicherungsschuldner wesentlich leichter, die Auswirkungen des Bereicherungsvorgangs auf *sein* Vermögen nachzuvollziehen als dem Bereicherungsgläubiger.

Ebenso wie bei der rechtsgrundlosen Erbringung von Werk- und Dienstleistungen sollte auch bei unwirksamen Nutzungsüberlassungsverträgen klar zwischen der Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes und der Problematik der Entreichung unterschieden werden. Wie bereits dargelegt wurde, ist es für eine interessengerechte Lösung im Ausgangspunkt erforderlich, für die Ermittlung des vom Bereicherungsschuldner geschuldeten Wertersatzes auf den Wert der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit abzustellen.<sup>355</sup> Ein darüber hinausgehender Schutz des Bereicherungsschuldners kann über § 818 Abs. 3 BGB gewährleistet

<sup>348</sup> Siehe bspw. *Lieb*, NJW 1971, 1289 ff.; *Canaris*, JZ 1971, 560 ff.; *Goetzke*, AcP 173 (1973), 289 (310).

<sup>349</sup> Siehe dazu *Linke*, JR 1982, 91 (92); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 262; *Flume*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 111 f.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 220 f.; *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 65 (Juni 2007); *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 812 BGB Rn. 1.

<sup>350</sup> Gleiches gilt für immaterielle Werkleistungen.

<sup>351</sup> Siehe *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1291); *Canaris*, JZ 1971, 560 (561); *Goetzke*, AcP 173 (1973), 289 (310); *Gursky*, JR 1998, 7 (10), *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 72 (Juni 2007). Siehe zu diesem Problem die ausführliche Darstellung bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 221 ff.

<sup>352</sup> Siehe dazu *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 72 (Juni 2007).

<sup>353</sup> *BeckOK/Wendehorst*, § 812 BGB Rn. 280 (1.5.2018).

<sup>354</sup> *Staudinger/Lorenz*, § 818 BGB Rn. 48 (Juni 2007).

<sup>355</sup> *Supra* 3. Teil:B.II.2.b)cc(1), S. 496 ff.

werden. Die Auffassung im Schrifttum, die für die Maßgeblichkeit der Nutzungsmöglichkeit eintritt, tendiert gleichzeitig zu einer restriktiven Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB, da sich an der Erlangung der Nutzungsmöglichkeit durch ein Fehlschlagen der Nutzung nichts ändert.<sup>356</sup> Dieser Zusammenhang ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr ließe sich das vom BGH im DSL-Fall intendierte Schutzniveau problemlos über § 818 Abs. 3 BGB implementieren, indem jedem Bereicherungsschuldner die Möglichkeit eingeräumt würde, sich wegen einer unterbliebenen oder fehlgeschlagenen Nutzung auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen. Dies wäre allerdings, wie sogleich erläutert werden soll, wertungsmäßig nicht überzeugend.

Im Ausgangspunkt kann zunächst festgehalten werden, dass es einem redlichen und unverklagten Bereicherungsschuldner nach allgemeiner Meinung stets möglich ist, gemäß § 818 Abs. 3 BGB einzuwenden, er sei nicht um den Marktwert der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit bereichert, weil er sie sich ohne den Bereicherungsvorgang nicht alternativ am Markt beschafft hätte. Wer sich etwa von einem Geschäftsunfähigen einen Ferrari für eine Spazierfahrt leiht, der kann sich von der sich aus den §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB ergebenden Wertersatzpflicht vollständig unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB befreien, wenn er darlegen kann, dass er sich den Luxus, einen Ferrari für eine Spazierfahrt zu mieten, nicht geleistet hätte.

Ebenso ist weitgehend unstrittig, dass der Bereicherungsschuldner das Nutzungsrisiko nicht tragen muss, wenn er besonders schutzwürdig ist. Auch die Vertreter der Auffassung, die bereits die Nutzungsmöglichkeit als im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erlangt ansehen, gestatten es dem Bereicherungsschuldner, sich im Falle einer unterbliebenen oder wirtschaftlich gescheiterten Nutzung auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen, wenn ihm der Abschluss des Nutzungsüberlassungsvertrags wertungsmäßig nicht zurechenbar ist.<sup>357</sup> Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Bereicherungsschuldner bei Vertragsschluss geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt war.<sup>358</sup>

Strittig sind somit im Wesentlichen nur Fälle, in denen es an einer erkennbaren Schutzbedürftigkeit des Bereicherungsschuldners fehlt, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB vorliegen. Insofern kann wiederum an das bereits erwähnte Beispiel eines nichtigen Landpachtvertrags angeknüpft werden.<sup>359</sup> Nach der Auffassung, die bereits die Nutzungsmöglichkeit als im bereiche-

<sup>356</sup> Supra 2. Teil:A.II.4.b), S. 239 ff.

<sup>357</sup> Flume, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft – Band I. Bürgerliches Recht, 2000, 525- (544) (Zurechenbarkeit als Voraussetzung für die Beachtlichkeit einer „vermögensmäßigen Entscheidung“ des Bereicherungsschuldners); MüKo/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 143 f.; Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607 (3608). In diesem Sinne auch Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 230.

<sup>358</sup> Siehe dazu insbesondere MüKo/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 818 BGB Rn. 143.

<sup>359</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)cc(1), S. 496 ff.

rungsrechtlichen Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB „Erlangtes“ ansieht, ist der vermeintliche Pächter grundsätzlich verpflichtet, hierfür gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Höhe des marktüblichen Pachtzinses zu leisten. Falls der vermeintliche Pächter bei Vertragsschluss geschäftsunfähig war, kann er sich jedoch gegenüber dem Bereicherungsanspruch des vermeintlichen Verpächters gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen, dass er den Acker hat brach liegen lassen. Dagegen würde es dem vermeintlichen Pächter nichts nützen, wenn der Vertrag aus einem anderen, nicht in seiner Person liegenden Grund nichtig ist, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit des vermeintlichen Verpächters. Nach der herrschenden Meinung, die stets auf die tatsächliche Nutzung abstellen will, spielt diese Differenzierung hingegen keine Rolle. Der vermeintliche Pächter, der den Acker brach liegen lässt, wird unabhängig vom Unwirksamkeitsgrund von jeglicher Ausgleichspflicht entlastet. Dies kann wertungsmäßig nicht überzeugen. Wenn beispielsweise das vom vermeintlichen Pächter angebaute Getreide kurz vor dem Erntetermin durch Hagel vernichtet wird, so wäre es ein völlig unverdientes „Geschenk des Himmels“, wenn er sich durch Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB von jeglicher Zahlungspflicht für die Nutzung des Landes befreien könnte, nur weil sich plötzlich herausstellt, dass der vermeintliche Verpächter bei Abschluss des Pachtvertrags unerkannt geisteskrank war. Diese wertungsmäßige Unstimmigkeit wird vermieden, wenn der vom Bereicherungsschuldner geschuldete Wertersatz ausgehend vom Wert der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit berechnet und ihm zugleich eine Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB versagt wird, da ihm die Entscheidung zum Abschluss des Nutzungsüberlassungsvertrags uneingeschränkt zurechenbar ist.

Nicht zu überzeugen vermag es schließlich, wenn der BGH in der Entscheidung im DSL-Fall einen vermeintlichen Widerspruch zwischen der Nutzungsmöglichkeit als Bereicherungsgegenstand und den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292 Abs. 2 und 987 Abs. 2 BGB geltend macht. Dieser Widerspruch soll daraus resultieren, dass nach den genannten Vorschriften nur ein bösgläubiger oder verklagter Schuldner Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten habe, dem zudem ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft zur Last falle.<sup>360</sup> Hierbei handelt es sich bei genauer Betrachtung um eine *petitio principii*. Das Argument trägt nur, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass der primär erlangte Bereicherungsgegenstand nicht bereits in der Nutzungsmöglichkeit besteht. Nimmt man dies jedoch an, so besteht ein qualitativer Unterschied zwischen dem Bereicherungsgegenstand bei unwirksamen Nutzungsüberlassungsverträgen und sonstigen Konstellationen, in denen der Anspruch auf Nutzungsausgleich als Sekundäranspruch zu einem primären Anspruch auf Übertragung eines Gutes hinzutritt<sup>361</sup> und in denen daher die vom BGH angeführten Vorschriften Anwendung finden.

<sup>360</sup> BGH, 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (294).

<sup>361</sup> Supra 1. Teil:C.III, S. 115 ff.

c) *Nutzungsausgleich nach Beendigung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrags?*

Einer gesonderten Betrachtung bedarf die Problematik des Nutzungsausgleichs nach der Beendigung eines gegenseitigen Nutzungsüberlassungsvertrages. Dabei gilt es, mehrere Konstellationen zu unterscheiden.

Unproblematisch ist der Fall, dass beide Parteien das Nutzungsverhältnis nach Beendigung widerspruchslos fortsetzen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Vertragsparteien davon ausgehen, dass der Vertrag wirksam ist und fortbesteht. Ein typisches Beispiel wäre eine unerkannt unwirksame Vereinbarung über die Verlängerung der Vertragslaufzeit. Unter diesen Voraussetzungen entspricht die Interessenlage exakt derjenigen bei einem von vornherein unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrag. Der vermeintliche Erwerber der Nutzungsmöglichkeit muss daher auch nach der Vertragsbeendigung den Wert der Nutzungsmöglichkeit vergüten. Unproblematisch ist zudem der Fall, dass der vormalis Nutzungsberechtigte auf eine Abwicklung des Vertragsverhältnisses dringt, der Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung das Gut aber nicht zurücknehmen will. Eine interessengerechte Lösung wird hier durch die Vorschriften zum Gläubigerverzug sichergestellt. Wenn etwa der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht zurücknimmt, so haftet der Mieter gemäß § 300 Abs. 1 BGB nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Zudem entfällt gemäß § 302 BGB ab Eintritt des Gläubigerverzugs eine zuvor gegebenenfalls bestehende Verpflichtung zum Ausgleich nicht gezogener Nutzungen. Aufgrund des gleichen Rechtsgedankens muss auch eine Verpflichtung zur Vergütung des Wertes der Nutzungsmöglichkeit nach Beendigung des Nutzungsüberlassungsvertrags entfallen.

Als dritte Konstellation verbleibt der Fall, dass der vormalis Nutzungsberechtigte das Gut nach Beendigung des Nutzungsverhältnisses nicht zurückgewährt. Nach der herrschenden Meinung können Nutzungsausgleichsansprüche, beispielsweise aus §§ 987 Abs. 1, 990 BGB, neben die Bestimmungen des vertraglichen Abwicklungsregimes treten.<sup>362</sup> In der Tat ist kein Grund dafür ersichtlich, den Nutzungsausgleichsanspruch in dieser Konstellation abzuschneiden. Wertungsmäßig ist der vormalis Nutzungsberechtigte, der das Gut nach Vertragsbeendigung zurückbehält, mit dem Nichtberechtigten vergleichbar, der es sich eigenmächtig verschafft. Allerdings wird dem Anspruch auf Nutzungsausgleich insbesondere neben den gesetzlichen Entschädigungsansprüchen gemäß §§ 546a und 597 BGB häufig keine eigenständige Bedeutung zukommen.<sup>363</sup> Wo es an einer ausdrückli-

<sup>362</sup> Siehe BGH, 12.7.2017, VIII ZR 214/16, NZM 2017, 630 (632); BGH, 10.11.1965, VIII ZR 12/64, BGHZ 44, 241 (242f.) (Miete); BGH, 28.6.1967, VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 (Pacht); Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, 1971, S. 267f. *Büdenbender*, JuS 1998, 135 (142); BeckOGK/*Zehelein*, § 546 BGB Rn. 14 (1.7.2018).

<sup>363</sup> Aufgrund seiner Beschränkung auf den Wert der Güternutzung kann der Anspruch auf Nutzungsausgleich zudem nicht zielgerichtet dazu eingesetzt werden, den vormalis Nutzungsbe-

chen Regelung fehlt, hilft die Rechtsprechung, indem sie den vormaligen Nutzungsberechtigten auf bereicherungsrechtlicher Grundlage im Umfang der tatsächlichen Nutzung zum Ausgleich des objektiven Marktwertes der Nutzungsüberlassung verpflichtet.<sup>364</sup>

Insofern ist daran zu erinnern, dass ein Nutzungsausgleichsanspruch nicht mit sonstigen Ausgleichsansprüchen kumuliert werden kann, die auf eine Befriedigung des gleichen Interesses abzielen.<sup>365</sup> Wenn etwa der Vermieter vom Mieter die Entschädigung gemäß § 546a Abs. 1 BGB und Nutzungsausgleich verlangen könnte, stünde er sowohl besser als bei einem Fortbestand des Mietverhältnisses als auch bei einer rechtzeitigen Rückgabe der Mietsache durch den Mieter. Wirtschaftlich relevant ist der Anspruch auf Nutzungsausgleich im Vergleich zu einem Anspruch auf Fortzahlung des vereinbarten Nutzungsentgelts insbesondere dann, wenn der Marktwert der Nutzungsmöglichkeit seit dem ursprünglichen Vertragsabschluss gestiegen ist. Der Vermieter war in dieser Situation im Falle der Vermietung von Räumen bereits seit 1968<sup>366</sup> durch einen wahlweisen Anspruch auf die ortsübliche Miete geschützt.<sup>367</sup> Im Zuge der Mietrechtsreform 2001 wurde dieser Anspruch auf Mietverhältnisse aller Art erweitert.<sup>368</sup> Demgegenüber gewährt § 597 BGB dem Verpächter nach wie vor nur einen Anspruch auf den vereinbarten Pachtzins. Beim Darlehensvertrag wird dem Darlehensgeber in aller Regel kein den gesetzlichen Verzugszinssatz gemäß § 288 BGB wertmäßig übersteigender Nutzungsausgleichsanspruch zustehen. Eine praktische Relevanz kommt dem Nutzungsausgleichsanspruch daher wohl vor allem beim Leihvertrag zu.<sup>369</sup>

---

rechtigten zu einer zügigen Rückgewähr des Gutes anzuhalten. Hierfür sind stärkere Anreize erforderlich, wie sie etwa vom Verzugszinssatz ausgehen.

<sup>364</sup> Siehe bspw. BGH, 12.7.2017, VIII ZR 214/16, NZM 2017, 630 (632) (Miete); BGH, 21.12.1988, VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133 (2135) (Pacht).

<sup>365</sup> Siehe zum Verhältnis von gesetzlichen Zinstatbeständen und Nutzungsausgleich bereits supra 1. Teil:B.II.3.a), S. 69 f.

<sup>366</sup> Zuvor war materiell die Regelung in § 557 BGB in der Fassung von 1896 maßgeblich. § 557 BGB 1896 lautete: „Giebt der Miether die gemiethete Sache nach der Beendigung des Miethverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermiether für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Miethzins verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.“

<sup>367</sup> Ab dem 1.1.1968 galt folgende Fassung § 557 Abs. 1 BGB (BGBl. I Nr. 74 v. 23.12.1967, 1248): „Gibt der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen; bei einem Mietverhältnis über Räume kann er anstelle dessen als Entschädigung den Mietzins verlangen, der für vergleichbare Räume ortsüblich ist. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.“

<sup>368</sup> Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001, BGBl. I Nr. 28 v. 25.6.2001, 1149.

<sup>369</sup> Siehe bspw. BGH, 21.6.2000, IV ZR 87/99, juris, Rn. 10.

### III. Nutzungsausgleich bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen?

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, haben die Verfasser des BGB der Problematik des Nutzungsausgleichs bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen keine Beachtung geschenkt.<sup>370</sup> Dieses konzeptionelle Vakuum hat im Schrifttum wenig befriedigende Versuche provoziert, dem Gläubiger eines vertraglichen Primäranspruchs unter bestimmten Voraussetzungen mittels § 285 Abs. 1 BGB Zugriff auf die vom Schuldner gezogenen Nutzungen zu ermöglichen. Wenn ein Bedürfnis für eine solche Ausgleichspflicht bestünde, sollte *de lege ferenda* ein regulärer Sekundäranspruch auf Nutzungsausgleich eingeführt werden. Nachfolgend wird jedoch gezeigt, dass ein solches Bedürfnis nicht besteht und eine Änderung der *lex lata* daher nicht erforderlich ist.<sup>371</sup> Für die Frage, ob beispielsweise bei der Abwicklung eines Kaufvertrags<sup>372</sup> ein Anspruch auf Nutzungsausgleich in Betracht kommt, gilt es zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen kann das Kaufvertragsrecht ganz generell den Übergang der Berechtigung an den aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen zu einem Zeitpunkt vorsehen, der asynchron zum Übergang der faktischen Nutzungsmöglichkeit ist. Dies ist *de lege lata* nicht der Fall und *de lege ferenda* auch nicht angezeigt (1.). Zum anderen kann eine Entkoppelung von Zuweisung der Nutzungen und Nutzungsmöglichkeit auch nur speziell für den Fall vorgesehen werden, dass Verkäufer oder Käufer ihrer Verpflichtung zur Übertragung der Kaufsache bzw. des Kaufpreises nicht nachkommen (2.).

#### 1. Keine generelle Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache und Nutzungsmöglichkeit

Aufgrund der grundsätzlichen Zusammengehörigkeit von *commodum* und *periculum* ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages die Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache auf den Käufer übergeht, eng mit dem Übergang der Preisgefahr verknüpft. Hierbei handelt es sich um eine der zentralen Strukturentscheidungen für die Ausgestaltung des Kaufvertragsrechts. Eine Behandlung dieser komplexen Problematik ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht angezeigt,<sup>373</sup> da sie den Nutzungsausgleich nur am Rande berührt. Daher wird auch die *lex lata* zum Übergang der Preisgefahr im Kaufvertragsrecht an dieser Stelle nicht in Frage gestellt.

Festzuhalten ist, dass die Regelung des § 446 S. 2 BGB, wonach die Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache im Zeitpunkt der Besitzerlangung an der Kauf-

<sup>370</sup> Supra 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>371</sup> Im Interesse größerer Übersichtlichkeit konzentrieren sich die Ausführungen wiederum auf den Kaufvertrag als Prototypen eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags.

<sup>372</sup> Supra 2. Teil:A.III.2, S. 251 ff.

<sup>373</sup> Allein dieses Problem bietet genug Stoff für eine eigenständige monographische Behandlung, siehe bspw. *Kniese*, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993.

sache auf den Käufer übergeht, den Bedarf für einen Nutzungsausgleich im Abwicklungsstadium eines Kaufvertrages von vornherein minimiert. Der Ausgleich von Nutzungen auf vertraglicher Grundlage kann *de lege lata* nur dann notwendig werden, wenn die Parteien privatautonom einen von § 446 S. 2 BGB abweichenden Zeitpunkt für den Übergang der Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache vereinbaren. Wenn infolgedessen eine Partei Nutzungen zieht, die der anderen zustehen, so ist sie insofern auf vertraglicher Grundlage<sup>374</sup> zum Ausgleich verpflichtet. Dies illustriert das nachfolgende Beispiel, das auf einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1962 basiert:

*Beispiel 34 (Fortsetzung von Beispiel 9)*<sup>375</sup>

*Mit notarieller Urkunde vom 20.10.1951 bot die A dem B ihr mit einem von ihr selbst betriebenen Hotel bebautes Grundstück zum Kauf an; Nutzungen und Lasten sollten mit Annahme des Angebots auf den Käufer übergehen. Am 1.9.1953 erklärte B die Annahme des Angebots. A verweigerte jedoch nunmehr die Durchführung des Kaufvertrages und betrieb das Hotel weiter. 1954 wurde A rechtskräftig zur Übereignung und Herausgabe des Grundstücks nebst Hotels verurteilt. Am 11.3.1955 musste sie das Hotelgrundstück im Zwangsweg dem Kläger räumen. B verlangt nunmehr den Ausgleich der von A aus dem Hotel in der Zeit vom 1.9.1953 bis 11.3.1955 gezogenen Nutzungen.*

Aufgrund der Vereinbarung zum Übergang der Nutzungen hat B gegen A einen vertraglichen Anspruch auf Auskehrung der von B im Zeitraum vom 1.9.1953 bis zum 11.3.1955 gezogenen Nutzungen. Zur Höhe des Anspruchs führte der BGH u. a. aus: „Was die Anspruchshöhe anlangt, so bejaht das Berufungsgericht solche herausgabepflichtigen Nutzungen der Beklagten in Höhe von 5.323,27 DM (sog. Privatentnahmen) + 16.892,66 DM (sog. Personalsteuerentnahmen, trotz unrichtiger Angabe des Besitzrechtszeitraums von 1953 mit 3/4 statt 2/3 Jahren [...]) = 22.215,93 DM. Ihnen stellt es aufgerechnete Gegenforderungen der Beklagten in überschießender Höhe gegenüber, nämlich 5.000 DM (Wechseleinlösung 1952) + 5.000 DM (Zahlung auf Brauereihypothek 1952) + 14.400 DM (Arbeitsvergütung für die Hotelführung) = 24.400 DM. [...]“<sup>376</sup>

An solche Fälle dürfte *Franz von Kübel* gedacht hatte, als er sich für einen Übergang der Nutzungsbefugnis bei Übergabe der Kaufsache aussprach, um „chikanöse [sic!] Liquidationsprozesse zu vermeiden“.<sup>377</sup> Abwicklungsschwierigkeiten aufgrund eines Auseinanderfallens von Berechtigung an den Nutzungen der Kauf-

<sup>374</sup> Dieser Anspruch findet seine Grundlage im Kaufvertrag selbst und ist somit vertraglicher Natur. Er ergibt sich entweder unmittelbar aus § 446 S. 2 BGB (so BeckOGK/Tröger, § 446 BGB Rn. 60 (1.3.2017) oder aus einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung. Der vor der Schuldrechtsmodernisierung von *Kniese*, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, 1993, S. 55 ff. mit großem Aufwand betriebenen Herleitung des Anspruchs aus einer Analogie zum die Problematik des Verwendungsersatzes betreffenden § 450 BGB a. F. bedurfte es daher nicht. Siehe insofern auch BT-Drs. 14/6040, 203 (Begründung der Streichung des § 450 BGB a. F. mit dem Argument, dass sich „eine Grundlage für den Anspruch des Verkäufers auf Verwendungsersatz dem Vertrag entnehmen [lasse].“).

<sup>375</sup> Supra S. 130.

<sup>376</sup> BGH, 4.4.1962, V ZR 170/60, MDR 1962, 556.

<sup>377</sup> *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, 1980, 1 (33).

sache und Nutzungsmöglichkeit drohen in der Tat insbesondere im Falle einer produktiven Nutzung.<sup>378</sup> Beim praktisch seltenen Erbschafts Kauf nimmt das BGB diese potentiellen Schwierigkeiten lediglich aufgrund spezifisch erbrechtlicher Wertungen in Kauf.<sup>379</sup>

Bei einer rechtsvergleichenden Umschau zeigt sich sowohl in der Frage des Übergangs der Preisgefahr als auch der Nutzungsbefugnis eine große Regelungsdiversität. Im gemeinen Recht galt: *periculum est emptoris*.<sup>380</sup> Die Übereignung der Kaufsache erfolgte demgegenüber erst im Zeitpunkt der *traditio*.<sup>381</sup> Im Gegensatz zur Tragung der Preisgefahr standen dem Käufer ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und noch vor Erwerb des Eigentums die Nutzungen der Kaufsache zu.<sup>382</sup> Diese Regelungstechnik findet sich bis heute zumindest der Form nach im Schweizer Recht. Gemäß Art. 185 OR<sup>383</sup> ist für den Übergang der Nutzungen grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. – beim Gattungskauf – der Aussonderung maßgebend, während die Übereignung gemäß Art. 714 Abs. 1 ZGB<sup>384</sup> grundsätzlich die Übergabe der Kaufsache voraussetzt.<sup>385</sup> Zum gleichen Ergebnis bezüglich der Zuweisung von Gefahr und Nutzungen gelangt man, wenn bereits das Eigentum an der Kaufsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf den Käufer übergeht. Dem entspricht die Rechtslage in Frankreich, das für die Übereignung dem Konsensualprinzip folgt.<sup>386</sup> Der Käufer erwirbt das Eigentum an der Kaufsache gemäß Art. 1196,<sup>387</sup> 1583<sup>388</sup> Code civil grundsätzlich bereits im Zeit-

<sup>378</sup> Zu den sich in dieser Konstellation bei einer vollen Gewinnabschöpfung ggf. stellenden Anreizproblemen siehe *Petryzcki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 39.

<sup>379</sup> *Supra* 2. Teil:A.III.2.b), S. 254 ff.

<sup>380</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl. 1879, S. 465 f.

<sup>381</sup> *Ibid.*, S. 459 f.

<sup>382</sup> *Ibid.*, S. 464.

<sup>383</sup> Art. 185 OR: „(1) Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.“

(2) Ist die veräußerte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein.“

(3) Bei Verträgen, die unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sind, gehen Nutzen und Gefahr der veräußerten Sache erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Erwerber über.“

<sup>384</sup> Art. 714 Abs. 1 ZGB: „Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.“

<sup>385</sup> Müller-Chen/Huguenin/*Hrubesch-Millauer*, Art. 185 OR Rn. 6f.; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Hachem*, Vorbemerkungen zu Artt. 66–70 CISG Rn. 7.

<sup>386</sup> Siehe bspw. *Bénabent*, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 94 f.

<sup>387</sup> Art. 1196 Code civil: „Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l’effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l’obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l’article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l’article 1351-1.“

<sup>388</sup> Art. 1583 Code civil: „Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise



punkt des Vertragsschlusses, sofern sich nicht aus einer Parteivereinbarung, der Natur der Sache oder einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ein anderer Zeitpunkt ergibt.<sup>389</sup> Beim Gattungskauf ist der Zeitpunkt der Aussonderung maßgeblich.<sup>390</sup> Für den Zeitraum, für den der Verkäufer nicht mehr Eigentümer, aber noch im Besitz der Kaufsache ist, trifft ihn gemäß Art. 1197 Code civil<sup>391</sup> die Verpflichtung, die Kaufsache sorgsam zu verwahren.<sup>392</sup>

Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die generelle Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache und Nutzungsmöglichkeit, wie sie in anderen Rechtsordnungen praktiziert wird, dem Regelungsmodell des § 446 S. 2 BGB überlegen wäre. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein.<sup>393</sup> Sowohl das UN-Kaufrecht<sup>394</sup> als auch der *Draft Common Frame of Reference*<sup>395</sup> stellen für den Übergang der Preisgefahr grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Übergabe ab. Beide Regelwerke nehmen zur Frage der Zuweisung der Nutzungen nicht ausdrücklich Stellung. Im Schrifttum wird insofern allerdings zumeist für einen Gleichlauf mit dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs plädiert.<sup>396</sup> In der Schweiz entspricht es der gelebten Rechtspraxis, Gefahr, Nutzungen und Lasten entgegen der gesetzlichen Grundregel, die auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt, auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien im Regelfall erst im Zeitpunkt der Übergabe auf den Käufer übergehen zu lassen.<sup>397</sup>

---

de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.“

<sup>389</sup> Vor der Reform des französischen Schuldrechts 2016 war der Regelungsgehalt des Art. 1196 Code civil in Art. 1138 Code civil enthalten. Siehe dazu auch *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs – 1. Band, 1954, S. 194 f.

<sup>390</sup> *Bénabent*, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9. Aufl. 2011, S. 96.

<sup>391</sup> Art. 1197 Code civil: „L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.“

<sup>392</sup> Vor der Reform des französischen Schuldrechts 2016 war der Regelungsgehalt des Art. 1197 Code civil in Art. 1136 und 1137 Code civil enthalten. Siehe dazu auch *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs – 1. Band, 1954, S. 196 f.

<sup>393</sup> Siehe zum internationalen Trend *Hachem*, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Hachem*, Vorbemerkungen zu Artt. 66–70 CISG Rn. 11.

<sup>394</sup> Art. 69 Abs. 1 CISG: „In den durch Artikel 67 und 68 nicht geregelten Fällen geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald er die Ware übernimmt oder, wenn er sie nicht rechtzeitig übernimmt, in dem Zeitpunkt, in dem ihm die Ware zur Verfügung gestellt wird und er durch Nichtabnahme eine Vertragsverletzung begeht.“

<sup>395</sup> Art. IV.A.-5:102 Abs. 1 DCFR: „The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.“

<sup>396</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Hachem*, Vorbemerkungen zu Artt. 66–70 CISG Rn. 22.

<sup>397</sup> Müller-Chen/Huguenin/*Hrubesch-Millauer*, Art. 185 OR Rn. 4 m. w. N.; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Hachem*, Vorbemerkungen zu Artt. 66–70 CISG Rn. 7.

## 2. Keine Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache und Nutzungsmöglichkeit bei gestörter Vertragsabwicklung

Selbst wenn der Übergang der Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache wie in § 446 S. 2 BGB mit dem Zeitpunkt der Erlangung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit koordiniert wird, stellt sich die Frage, ob hiervon nicht zumindest dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn es im Rahmen der Abwicklung des Vertrages zu einer Störung des Leistungsaustauschs kommt. So wäre es beispielsweise denkbar, den Parteien die Nutzungen der ihnen jeweils geschuldeten Hauptleistung ab der Fälligkeit des Anspruchs bzw. ab Eintritt des Schuldnerverzugs zuzuweisen. Sowohl im Schrifttum als auch rechtsvergleichend lassen sich Vorbilder für einen allgemeinen Anspruch auf Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich finden (a). Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass für die Anordnung einer Nutzungsausgleichspflicht im Stadium der Durchführung eines Kaufvertrages kein Bedürfnis besteht (b). Vor diesem Hintergrund ist es angemessen, am *status quo* festzuhalten (c).

### a) Vorbilder für allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich

*De lege lata* führen nach der herrschenden Meinung weder die Fälligkeit des Anspruchs auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB noch der Eintritt des Schuldnerverzugs dazu, dass die Berechtigung an den Nutzungen der Kaufsache auf den Käufer übergeht.<sup>398</sup> Vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung bleibt es bei der Grundregel des § 446 S. 2 BGB, wonach alle vor Übergabe der Kaufsache gezogenen Nutzungen dem Verkäufer verbleiben. Ein partieller Fälligkeitsnutzungsausgleich ist *de lege lata* nur in § 2184 BGB vorgesehen. Ein Käufer kann hingegen erst ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit über § 292 Abs. 2 BGB i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB auf die vom Verkäufer aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen zugreifen, wofür wiederum spezifisch auf die Prozesssituation bezogene Wertungen maßgeblich sind.<sup>399</sup> Günstiger stellt sich die Rechtslage aus der Perspektive des Verkäufers dar. Im Falle eines beidseitigen Handelskaufs stehen ihm ab der Fälligkeit der Kaufpreisforderung Fälligkeitszinsen in Höhe von 5 % p. a. zu.<sup>400</sup> Bei Kaufverträgen aller Art kann sich der Verkäufer zudem eine Verzinsung der Kaufpreisforderung in Höhe von mindestens fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sichern, wenn er den Käufer in Schuldnerverzug setzt. In Höhe dieser gesetzlichen Zinsansprüche wäre jedenfalls auch ein Anspruch auf Nutzungsausgleich abgegolten.<sup>401</sup>

Wie die Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Vorschriften zum Nutzungsausgleich im BGB gezeigt hat, hingen zumindest einige der Verfasser des

<sup>398</sup> Supra 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>399</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.e)m S. 40 f. ; 2. Teil:A.I.2.a), S. 182; 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>400</sup> § 353 S. 1 HGB i. V. m. § 352 Abs. 1 S. 1 HGB.

<sup>401</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.a), S. 69 f.

BGB der Vorstellung an, dass der Gläubiger im Rahmen der Verzugshaftung auf die vom Schuldner gezogenen Nutzungen zugreifen könne.<sup>402</sup> Nach Inkrafttreten des BGB wurde zuerst von *Fritz Schulz* und später auch von *Felix Hartmann* dafür plädiert, dem Gläubiger mittels § 285 BGB den Zugriff auf die vom Schuldner ab Eintritt des Verzugs gezogenen Nutzungen zu ermöglichen.<sup>403</sup> Rechtsvergleichend findet sich in Österreich eine Regelung, die dem Käufer die Nutzungen der Kaufsache zuweist, wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Lieferung nicht rechtzeitig nachkommt: Gemäß den §§ 1064,<sup>404</sup> 1050<sup>405</sup> ABGB gebühren bei Tausch- und Kaufverträgen die Nutzungen dem Erwerber ab dem Zeitpunkt, zu dem die Übergabe der Tausch- bzw. Kaufsache *hätte erfolgen sollen*. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe ist hingegen auch nach dem ABGB dann maßgebend, wenn die Parteien weder einen Zeitpunkt für die Übergabe der Kaufsache noch einen gesonderten Zeitpunkt für den Übergang der Nutzungen vereinbart haben.<sup>406</sup>

*b) Fehlendes Bedürfnis für allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich*

Stellt man sich die Frage, ob die Verstärkung vertraglicher Primäransprüche durch einen Anspruch auf Nutzungsausgleich sinnvoll wäre, muss man sich zunächst die Interessenlage der Parteien und die daran anknüpfenden Regulierungsoptionen des Gesetzgebers verdeutlichen. Das Interesse des Käufers ist darauf gerichtet, die Kaufsache zur vereinbarten Zeit im vereinbarten Zustand zu erhalten. Das Interesse des Verkäufers ist darauf gerichtet, den Kaufpreis zur vereinbarten Zeit zu erhalten. Im Regelfall genügen die Instrumente des Leistungsstörungsrechts sowie des Sachmängelgewährleistungsrechts vollauf, um beide Parteien zu einer pflichtgemäßen Erfüllung ihrer jeweiligen Leistungspflicht anzuhalten (aa). Für den Fall, dass der Verkäufer einen Anreiz hat, den Vertrag zu brechen, um die Kaufsache selbst nutzen zu können, hat der Gesetzgeber zwei Regulierungsoptionen: Er kann einen „effizienten Vertragsbruch“ durch den Verkäufer zulassen oder gezielt verhindern. Zur Verfolgung beider Regulierungsziele ist ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ungeeignet (bb). Ferner besteht im Stadium der Vertragsdurchführung auch kein Bedürfnis für einen Anspruch auf Nutzungsausgleich, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners zu verhindern (cc).

<sup>402</sup> Supra 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>403</sup> Supra 2. Teil:A.III.2, S. 251 ff.

<sup>404</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 255 in Fn. 643.

<sup>405</sup> Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 255 in Fn. 642.

<sup>406</sup> Gemäß § 1051 ABGB. Für den Wortlaut der Vorschrift siehe supra S. 255 in Fn. 644.

*aa) Durch Leistungsstörungs- und Sachmängelgewährleistungsrecht gesetzte Anreize grundsätzlich ausreichend*

Der Käufer, der den Kaufpreis nicht rechtzeitig leistet, riskiert, in Schuldnerverzug zu geraten. Zumindest bei einem abstrakt auf Geldzahlung gerichteten Anspruch liegt bereits der allgemeine Verzugszins gemäß § 288 Abs. 1 BGB seit seiner deutlichen Anhebung im Jahr 2000 in aller Regel höher als ein potentieller Ertrag, den der Käufer mittels des Geldes erzielen könnte.<sup>407</sup> Falls weder Käufer noch Verkäufer Verbraucher sind, kommt der als Druckmittel ausgestaltete Zinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB zum Tragen, dessen ausdrücklicher Zweck darin besteht, den Schuldner von einer Zahlungsverzögerung abzuschrecken.<sup>408</sup> Zudem erhält er die Kaufsache in der Regel nur Zug um Zug gegen die Zahlung des Kaufpreises, was bedeutet, dass er die Nutzungen des geschuldeten Kaufpreises nur um den Preis des Verzichts auf die Nutzung der Kaufsache genießen kann. Schließlich muss der Käufer mit der Gefahr rechnen, dass der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt.

Auch aus der Sicht des Verkäufers lohnt sich ein Vertragsbruch mit dem Ziel einer Nutzung der Kaufsache in der Regel nicht. Insbesondere hat der Verkäufer zumeist keinen Anreiz, seine Verpflichtung zur Lieferung der Kaufsache zu verletzen, um diese konsumtiv zu nutzen. Bei einer Erfüllung Zug um Zug erhält er den Kaufpreis erst, wenn er die Kaufsache übergibt und übereignet. Er kann die Nutzung des Gutes daher nur um den Preis des Verzichts auf die Nutzung des Kaufpreises erlangen. Hinzu kommt, dass er sich einem Anspruch des Käufers auf Verzugserschadensersatz aussetzt. Bei Gütern, für die die Rechtsprechung dem Geschädigten einen Nutzungsausfallschaden zubilligt,<sup>409</sup> käme es noch nicht einmal darauf an, dass der Käufer unter Anwendung der Differenzhypothese eine Vermögenseinbuße erleidet. Der Verkäufer würde auf jeden Fall Schadensersatz in einer Höhe schulden, die den Wert der konsumtiven Nutzung zumindest erreicht. Leistet der Verkäufer nicht innerhalb einer vom Käufer gesetzten Nachfrist, riskiert er ferner, dass der Käufer zurücktritt und er somit den Anspruch auf Kaufpreiszahlung verliert. Auch ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist denkbar. Bei einer abnutzbaren Sache riskiert der Verkäufer, dass diese infolge der Nutzung nicht mehr in einem vertragsgemäßen Zustand ist und er daher nach einer verspäteten Lieferung Sachmängelgewährleistungsansprüchen des Käufers ausgesetzt ist.<sup>410</sup>

Einen Anreiz zum Vertragsbruch hat der Verkäufer vor allem in einer bestimmten Konstellation: Er muss die Möglichkeit haben, bei einer produktiven Nutzung des Gutes einen Gewinn zu erzielen, der mindestens einen potentiellen Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Verzugs übersteigt.

<sup>407</sup> Supra 1. Teil: B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>408</sup> Supra 1. Teil: B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>409</sup> Siehe dazu supra S. 236 in Fn. 550.

<sup>410</sup> Dem Verkäufer droht dann im Extremfall wiederum der Rücktritt des Käufers vom Vertrag sowie die Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche.

Beispiel 35 (Fortsetzung von Beispiel 18)<sup>411</sup>

A verkauft B ein ausgebildetes Springpferd. B betreibt das Springreiten als privates Hobby und möchte das Pferd während seines Jahresurlaubs im September ausgiebig reiten. Als Termin für die Übergabe des Pferdes wurde der 1.7. fest vereinbart. Kurzfristig ergibt sich für A die Möglichkeit, mit dem Pferd bei einem Turnier Anfang August zu starten. Zu diesem Zweck verzögert er die Übergabe trotz wiederholter Mahnungen durch B bis zum 15.8. Bei der Turnierteilnahme gewinnt A mit dem Pferd ein Preisgeld von 10.000 €. B hätte weder die Möglichkeit noch die Absicht zur Teilnahme an diesem oder anderen Turnieren gehabt.

Verneint man mit der herrschenden Meinung in dieser Konstellation einen Nutzungsausfallschaden,<sup>412</sup> so ist B kein Verzugsschaden entstanden. Der Vertragsbruch wäre daher für A lukrativ.

Es ist denkbar, dass der Gesetzgeber einen solchen Vertragsbruch als effizient erachtet und daher zulassen will. Ebenso ist es denkbar, dass der Gesetzgeber einen solchen Vertragsbruch verhindern will.<sup>413</sup> Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich wäre zur Verfolgung beider Regulierungsziele ungeeignet.

*bb) Fehlende Eignung eines Anspruchs auf Nutzungsausgleich zur Ermöglichung oder Verhinderung eines „effizienten Vertragsbruchs“*

Nach dem rechtsökonomischen Konzept des „effizienten Vertragsbruchs“ sollte eine Rechtsordnung einen Vertragsbruch dann ermöglichen, wenn sich hierdurch die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt erhöht.<sup>414</sup> In der geläufigsten Ausprägung des Konzepts wird ein Vertragsbruch dann als effizient angesehen, wenn der Schuldner aus dem Vertragsbruch selbst dann noch einen Nutzen zieht, wenn er das Interesse des Gläubigers an der störungsfreien Durchführung des Vertrages durch eine Kompensationszahlung befriedigt.<sup>415</sup> Angewandt auf die Problematik der produktiven Nutzung der Kaufsache durch den Verkäufer nach Fälligkeit ist ein Vertragsbruch daher beispielsweise dann effizient, wenn der Verkäufer hierdurch einen Gewinn erzielen kann, der das positive Interesse des Käufers an der ordnungsmäßigen Erfüllung des Kaufvertrags übersteigt. Im Falle einer bloßen Verzögerung der Lieferung der Kaufsache müsste der Verkäufer also den gesamten

<sup>411</sup> Supra S. 244.

<sup>412</sup> Supra S. 236 in Fn. 550.

<sup>413</sup> In diesem Sinne bspw. *Huber*, Leistungsstörungen – Band I, 1999, S. 51 f.

<sup>414</sup> Grundlegend *Birmingham*, 24 *Rutgers Law Review* 273 (1969–70). *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1973, S. 56 ff.; *Friedmann*, 18 *The Journal of Legal Studies* 1, 3 (1989). Siehe auch auch *Wagner*, *Festschrift Canaris*, 2017, 281 (315 ff.) Als Inspiration verweisen die Vertreter des Konzepts des *efficient breach* häufig auf das mittlerweile geflügelte Wort von *Holmes*, 10 *Harvard Law Review* 457, 462 (1897): „The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it — and nothing else.“

<sup>415</sup> *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1973, S. 56 ff.; *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 150 f.; *Goetz/Scott*, 77 *Columbia Law Review* 554, 558 f. (1977); *Friedmann*, 18 *The Journal of Legal Studies* 1, 3 (1989); *Huber*, *Leistungsstörungen – Band I*, 1999, S. 49 ff.; *Grundmann/Hoerning*, in: *Eger/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (29. März bis 1. April 2006), 2007, 420 (426).

Verzugsschaden des Käufers ersetzen können. Falls der Käufer sich vom Vertrag löst, würde sein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung die Messlatte bilden.

Das Konzept vom effizienten Vertragsbruch wird bereits im Hinblick auf seine ökonomischen Prämissen in Frage gestellt.<sup>416</sup> Zudem unterliegt es einer rechtsethischen Fundamentalkritik.<sup>417</sup> Ohne dass an dieser Stelle auf die Debatte näher eingegangen werden könnte,<sup>418</sup> sei zumindest festgehalten, dass das Konzept vom effizienten Vertragsbruch auf Modellannahmen beruht und sich insofern eine pauschale und generalisierende Übernahme in das geltende Recht verbietet.<sup>419</sup> Beispielweise gerät es immer dann an seine Grenzen, wenn das positive Interesse des Gläubigers nicht nach klaren Kriterien bestimmbar ist.<sup>420</sup> Für die Belange dieser Untersuchung genügt im Übrigen der Hinweis, dass durch einen Anspruch auf Nutzungsausgleich ein effizienter Vertragsbruch weder zuverlässig ermöglicht noch verhindert werden kann.

Maßstab für die Effizienz eines Vertragsbruchs ist – wie gesagt – der Schaden des Gläubigers. Auch die Befürworter eines effizienten Vertragsbruchs stellen das Recht des Gläubigers, den ihm durch den Vertragsbruch entstandenen Schaden zu liquidieren, nicht in Frage. Der Anspruch auf Nutzungsausgleich bemisst sich dagegen anhand des Vorteils des Schuldners. Da eine Kumulation von Nutzungsausgleich und Schadensersatz nicht möglich ist,<sup>421</sup> kann ein Anspruch auf Nutzungsausgleich die Anreizstruktur des Schuldners bezüglich eines Vertragsbruchs daher von vornherein nur dann beeinflussen, wenn er wertmäßig den Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz übersteigt.

Eine Sanktion, die über den Schaden des Gläubigers hinausgeht, ermöglicht nur dann einen effizienten Vertragsbruch, wenn sie zu einer – grundsätzlich beliebigen – Aufteilung des Gewinns zwischen beiden Parteien führt.<sup>422</sup> Der Anspruch auf Nutzungsausgleich zielt jedoch gerade nicht auf eine solche Aufteilung ab, sondern ist allein am Wert der Güternutzung ausgerichtet.<sup>423</sup> Gleichzeitig ist ein Anspruch auf Nutzungsausgleich aber auch nicht geeignet, um den Schuldner zuverlässig von einem effizienten Vertragsbruch abzuschrecken. Hierfür müsste ge-

---

<sup>416</sup> *Friedmann*, 18 *The Journal of Legal Studies* 1, 1 ff. (1989); *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 696 (741 f.); *Huber*, *Leistungsstörungen – Band I*, 1999, S. 49 ff.

<sup>417</sup> Siehe dazu *Weller*, *Die Vertragstreue – Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, 2009, S. 366 ff. m. w. N.

<sup>418</sup> Für einen Überblick über die Diskussion siehe *ibid.*, S. 355 ff.

<sup>419</sup> *Grundmann/Hoerning*, in: *Eger/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (29. März bis 1. April 2006), 2007, 420 (436 ff.).

<sup>420</sup> *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 163 f.; *Grundmann/Hoerning*, in: *Eger/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (29. März bis 1. April 2006), 2007, 420 (437).

<sup>421</sup> *Supra* 1. Teil:C.I, S. 103 ff.

<sup>422</sup> *Goetz/Scott*, 77 *Columbia Law Review* 554, 559 (1977).

<sup>423</sup> *Supra* 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

währleistet sein, dass der Erwartungswert des Ertrags bei einem Vertragsbruch kleiner ist als der Erwartungswert der Sanktion. Nur dann wäre eine Beeinflussung des Verhaltens des Schuldners *ex ante* zu erwarten. Bereits im ersten Teil der Untersuchung wurde dargelegt, dass ein am Wert der Güternutzung ausgerichteter Anspruch auf Nutzungsausgleich nicht die hierfür erforderlichen Anreize setzt.<sup>424</sup>

*cc) Fehlendes Bedürfnis für einen allgemeinen Fälligkeits- bzw.*

*Verzugsnutzungsausgleich zum Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung*

Schließlich besteht für das Stadium der Abwicklung des Kaufvertrags auch kein Bedürfnis für einen bereicherungsabschöpfenden Nutzungsausgleich. Wenn eine Partei ihrer Hauptleistungspflicht nicht nachkommt, ist dies für die andere Partei meist sofort ersichtlich. Sie kann hierauf reagieren, indem sie entweder auf einer Durchführung des Vertrages besteht oder sich vom Vertrag löst. Anders als beispielsweise bei der Rückabwicklung eines Vertrages besteht nicht die Gefahr, dass die Nutzung eines fremden Gutes durch einen Nichtberechtigten längere Zeit unbemerkt bleibt. Für den Fall, dass die Instrumente des allgemeinen Leistungsstörungsrechts aufgrund der Besonderheiten des konkreten Sachverhalts dem Gläubiger keinen ausreichenden Schutz gewähren, steht es den Parteien zudem frei, eine vertragliche Regelung über den Ausgleich von Nutzungen zu treffen, welche die andere Partei pflichtwidrig zieht.

Vor diesem Hintergrund spricht schließlich die grundsätzliche Zusammengehörigkeit von Chance und Risiko im Durchführungsstadium von Kaufverträgen gegen einen allgemeinen Fälligkeitsnutzungsausgleich. Nach der im Rahmen dieser Untersuchung nicht in Frage zu stellenden Wertung des § 446 S. 1 BGB geht die Preisgefahr im Zeitpunkt der Übergabe auf den Käufer über. Würde man den Verkäufer ab Fälligkeit oder ab Eintritt des Schuldnerverzugs zum Nutzungsausgleich verpflichten, würde der Gleichlauf von *periculum* und *commodum* durchbrochen. Dies ist solange kein Problem, als sich hierfür ein nachvollziehbarer Grund ausmachen lässt.<sup>425</sup> Mangels eines Bedürfnisses für einen Anspruch auf Nutzungsausgleich im Stadium der Vertragsdurchführung ist ein solcher Grund jedoch nicht ersichtlich.

*c) Festhalten am status quo angemessen*

Bisher wurde dargelegt, dass für einen allgemeinen Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleich bei der Durchführung eines Kaufvertrages kein Bedürfnis besteht. Die hierfür maßgeblichen Überlegungen gelten gleichermaßen für andere gegenseitige Veräußerungsverträge wie insbesondere den Tauschvertrag sowie für entgeltliche Nutzungsüberlassungsverträge. Wenn etwa der Verpächter die Pacht-

<sup>424</sup> Supra 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff.

<sup>425</sup> Supra 2. Teil:C.I.1, S. 373 ff.

sache dem Pächter nicht zum vereinbarten Zeitpunkt überlässt, sondern sie selbst produktiv nutzt, so ist die Problematik im Hinblick auf die Ermöglichung bzw. Verhinderung eines effizienten Vertragsbruchs gleichgelagert. Erst recht kein Bedürfnis für einen allgemeinen Fälligkeitsnutzungsausgleich besteht dann, wenn sich der vertragliche Primäranspruch aus einem Schenkungs- oder Leihvertrag ergibt. Denn aufgrund der Unentgeltlichkeit ist der Gläubiger weniger schutzwürdig als bei einem entgeltlichen Veräußerungs- oder Nutzungsüberlassungsvertrag.

Mangels eines erkennbaren Bedürfnisses für einen allgemeinen Fälligkeits- oder Verzugsnutzungsausgleich sollte an der seit 1900 etablierten *lex lata* festgehalten werden. Es bleibt damit dabei, dass der Gläubiger eines vertraglichen Primäranspruchs Klage erheben muss, um sich Zugriff auf die Nutzungen des Vertragsgegenstandes zu verschaffen.



## C. Neuregelung der Bestimmung des Wertes der Güternutzung

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich soll den Wert der Güternutzung durch den Nichtberechtigten abschöpfen – nicht mehr und nicht weniger.<sup>1</sup> Um diesen Wert ermitteln zu können, ist bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes eine doppelte Regelungsaufgabe zu bewältigen: Erstens muss geklärt werden, wie der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zu bestimmen ist (I.). Zweitens müssen Kriterien für die Zuordnung des im Fall einer produktiven Güternutzung entstehenden Residuums festgelegt werden.<sup>2</sup>

### I. Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung

Unverzichtbarer Bestandteil eines Nutzungsausgleichsregimes sind Regelungen zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung.<sup>3</sup> Wenn der Nichtberechtigte ein fremdes Gut konsumtiv nutzt, kann der hierfür geschuldete Ausgleich mangels einer praktikablen Alternative *nur* anhand des Aufwands bestimmt werden, der für eine berechtigte Nutzung des Gutes angefallen wäre.<sup>4</sup> Bei einer produktiven Nutzung kann für die Zwecke des Nutzungsausgleichs zwar grundsätzlich auf den vom Nichtberechtigten erzielten Ertrag abgestellt werden. Allerdings muss es auch in diesem Fall daneben möglich sein, auf den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zurückzugreifen. Denn wie bereits erläutert wurde, kann nur auf diese Weise der geschuldete Nutzungsausgleich auf den Wert der Güternutzung beschränkt werden,<sup>5</sup> wenn das konkrete Nutzungsergebnis in erster Linie das wirtschaftliche Verdienst des Nichtberechtigten ist.<sup>6</sup>

Aus der im vorstehenden Abschnitt vorgenommenen Bestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs folgt, dass der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung aus der Perspektive eines Vollrechtsinhabers zu bestimmen ist – im Falle einer Sache also aus der Perspektive des Eigentümers (1.). Wer ein

---

<sup>1</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>2</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 ff.

<sup>3</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 f.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>6</sup> Supra 1. Teil:D.II.2.a), S. 129 f.

Gut als Vollrechtsinhaber nutzen will, muss die Kosten des in dem Gut gebundenen Kapitals tragen (2.). Bei Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer tritt zu den Kapitalkosten noch die nutzungsbedingte Minderung des Wertes des Gutes hinzu (3.). Sonstige Aufwandspositionen, insbesondere für die Nutzung anfallende laufende Kosten, sind bei der Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung hingegen nicht zu berücksichtigen, da der Nichtberechnete den entsprechenden Aufwand von vornherein selbst trägt (4.). Für den Fall, dass Nutzungsausgleich nach berechnungsrechtlichen Grundsätzen geschuldet wird, muss ferner der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich der Nichtberechnete einer Verpflichtung zum Ausgleich des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB entziehen kann (5.). Abschließend wird die Durchführung des Nutzungsausgleichs auf der Grundlage der vorgeschlagenen Methode zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung anhand von Beispielfällen illustriert (6.).

### *1. Kosten des Vollrechtsinhabers als konzeptioneller Ausgangspunkt für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung*

Die Berechnung zur Nutzung eines Gutes kann auf zwei Wegen erworben werden: durch den Erwerb des Gutes selbst oder durch den Erwerb des zeitlich begrenzten Rechts, das Gut zu nutzen. Welcher dieser beiden Wege als konzeptioneller Ausgangspunkt für die Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung gewählt wird, ist relevant, da sie wirtschaftlich nicht gleichwertig sind (a). Ausgehend vom oben bestimmten Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs erweist sich nur die Perspektive des Vollrechtsinhabers als geeigneter Bewertungsmaßstab (b).

#### *a) Fehlende wirtschaftliche Vergleichbarkeit zwischen dem Erwerb des Vollrechts und dem Erwerb der Nutzungsberechnung auf Zeit*

Um zu erkennen, dass der Erwerb eines Gutes und der Erwerb der zeitlich befristeten Möglichkeit zur Nutzung eines Gutes nicht gleichwertig sind, bedarf es keiner tiefeschürfenden ökonomisch-theoretischen Analyse. Hierfür genügt vielmehr die Erkenntnis, dass mit der Überlassung eines Gutes zur Nutzung auf Zeit im Vergleich zum einmaligen Erwerb des Vollrechts zusätzliche Kosten verbunden sind.

Für den Erwerb des Vollrechts an einem Gut fallen mindestens Kosten für das in dem Gut gebundene Kapital an. Um beispielsweise den Kaufpreis für einen Pkw zu finanzieren, hat der Käufer zwei Möglichkeiten. Entweder bringt er den Kaufpreis aus seinem Vermögen auf. In diesem Fall bestehen seine Kapitalkosten in dem ihm hierdurch entgehenden Ertrag seines Vermögens. Alternativ kann er den Kaufpreis auf Kredit finanzieren. Auch in diesem Fall entstehen Kapitalkosten. Bei einem Bankkredit sind diese Kosten in Gestalt des zu zahlenden Sollzinssatzes offen ausgewiesen. Nimmt der Käufer einen Lieferantenkredit in Anspruch, kön-

nen die Kosten verdeckt in Gestalt eines höheren Kaufpreises anfallen. Für den Fall, dass das Gut im Zeitablauf und/oder im Umfang seiner Nutzung einen Wertverlust erleidet, tritt dieser Wertverlust zu den Kapitalkosten hinzu.

Die Kapitalkosten und den Wertverlust des Gutes muss auch derjenige tragen, der es am Markt durch die zeitlich befristete Überlassung zur Nutzung gegen Entgelt kommerzialisiert. Wer sein Geld in einer zur Vermietung bestimmten Immobilie anlegen möchte, muss die Immobilie erst kaufen, bevor er sie vermieten kann. Damit sich für eine Kategorie von Gütern ein stabiler Markt für eine zeitlich befristete Nutzungsüberlassung herausbilden kann, muss das am Markt erzielbare Entgelt grundsätzlich hoch genug sein, um mindestens die Kapitalkosten und gegebenenfalls den Wertverlust des Gutes zu amortisieren.<sup>7</sup> In Abhängigkeit von der konkreten Marktentwicklung kann der Inhaber eines Gutes zwar durchaus gezwungen sein, ein niedrigeres Nutzungsentgelt zu akzeptieren. Wer etwa auf dem Höhepunkt einer Immobilienblase investiert, der hat unter Umständen keine andere Wahl, als zu einem nicht kostendeckenden Mietzins zu vermieten, wenn der Markt nicht mehr hergibt. Abstrahiert man jedoch von Marktschwankungen, wird ein Vermieter immer die Amortisation seiner Kosten anstreben. Wenn bereits *ex ante* feststeht, dass dies nicht möglich ist, gibt es keinen Mietmarkt.<sup>8</sup>

Dass es unangemessen ist, den Käufer eines abnutzbaren Gutes zum Nutzungsausgleich in Höhe eines fiktiven Mietzinses zu verpflichten, wird oft pauschal mit dem im Mietzins enthaltenen „Vermietergewinn“ begründet.<sup>9</sup> Ökonomisch betrachtet muss der Mietzins mindestens die Opportunitätskosten des Vermieters decken – also den durch den Verzicht auf eine Handlungsalternative entgehenden Nutzen.<sup>10</sup> Im Falle eines Vermieters handelt sich hierbei konkret um die Erträge, die er bei einer alternativen Anlage des in der Immobilie gebundenen Kapitals erzielen könnte. Ein rationaler Vermieter wird in der Regel nur dann in das Mietgeschäft einsteigen bzw. daran festhalten, wenn er eine Kapitalrendite erwirtschaften kann, die mindestens der Rendite einer gleich sicheren Alternativanlage entspricht.

<sup>7</sup> Siehe dazu *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 428. Siehe auch schon *Petryzcki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 392.

<sup>8</sup> Siehe *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 428.

<sup>9</sup> Siehe bspw. BGH, 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55); OLG Düsseldorf, 3.7.2014, I-3 U 39/12, 3 U 39/12, juris, Rn. 33; *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (531). Konkret wird insofern argumentiert, dass der Käufer, der seine Entscheidung dokumentiert hat, das betreffende Gut zu kaufen, auch im Falle einer Rückabwicklung des Vertrags nicht mit dem „Vermietergewinn“ belastet werden dürfe, siehe bspw. *Döll*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 140f.; *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB Rn. 257 (November 2011). Siehe zum Gesichtspunkt des Vermietergewinns im Kontext des § 2 AbzG auch RG, 10.4.1935, I 322/34, RGZ 147, 344 (349).

<sup>10</sup> Zum Begriff der Opportunitätskosten siehe *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 8. Aufl. 2013, S. 230f.

Man muss die Angelegenheit allerdings gar nicht so weit verkomplizieren. Die fehlende Gleichwertigkeit des Erwerbs des Vollrechts und des Erwerbs der zeitlich befristeten Nutzungsmöglichkeit kann auch intuitiv anhand der Überlegung verdeutlicht werden, dass derjenige, der ein Gut anderen auf Zeit zur Nutzung überlässt, mit dem Entgelt noch weitere Kostenblöcke amortisieren muss als ein Vollrechtsinhaber. Hierzu zählen beispielsweise die Kosten der Vertragsanbahnung, des Vertragsschlusses und der Vertragsabwicklung. Ein weiterer wichtiger Kostenfaktor ist der unter Umständen erhöhte Verschleiß, der darauf zurückzuführen ist, dass derjenige, der weiß, dass er nur auf Zeit zur Nutzung berechtigt ist, keinen Anreiz hat, so sorgsam wie ein Vollrechtseigentümer mit dem Gut umzugehen. Hinzu kommt noch, dass der kalkulatorische Mietzins auch Phasen abdecken muss, in denen das Gut nicht vermietet oder verpachtet werden kann.<sup>11</sup> Die Bedeutung dieser Kostenblöcke ist umso höher, je häufiger ein Gut auf Zeit zur Nutzung überlassen wird. Umgekehrt fallen die mit der Nutzungsüberlassung auf Zeit verbundenen zusätzlichen Kosten vergleichsweise weniger ins Gewicht, wenn ein Gut langfristig bzw. während seiner Nutzungsdauer an nur wenige Nutzungsrechte überlassen wird.

Eine langfristige Nutzungsüberlassung ist insbesondere bei Immobilien üblich. Im Schrifttum und in der Literatur findet sich zum Teil die Aussage, der Kauf und die langfristige Anmietung einer Immobilie seien gleichwertige Investitionsentscheidungen.<sup>12</sup> Dazu ist zu sagen, dass Kauf und Miete bei Immobilien wegen der niedrigeren Transaktionskosten sicherlich *vergleichbarer* sind als etwa bei Pkw. *Vergleichbar* sind sie deshalb aber noch lange nicht.<sup>13</sup> Auf dem Immobilienmarkt können sich Miet- und Kaufpreise über längere Zeiträume hinweg unterschiedlich entwickeln. Besonders relevant ist dies bei Wohnimmobilien, bei denen die Preisanpassung auf dem Mietmarkt durch mieterschützende Regulierungsmaßnahmen beschränkt ist.<sup>14</sup> An der Vergleichbarkeit fehlt es zudem deshalb, weil sich Marktschwankungen auf die Kosten des Eigentümers nicht mehr auswirken können, während sie sich bei der langfristigen Anmietung einer Immobilie in der Regel zumindest langfristig im Mietzins niederschlagen.

### *b) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab im gesamten Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs*

In den Konstellationen, in denen der Nutzungsausgleich nach den Ergebnissen dieser Untersuchung relevant wird, ist der einzige sachgerechte Maßstab für die

<sup>11</sup> Bitter, AcP 205 (2005), 743 (785 f.).

<sup>12</sup> Siehe bspw. BGH, 31.3.2006, V ZR 51/05, BGHZ 167, 108 (113); Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 51; Baker, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, 2017, S. 183. In diesem Sinne auch Bitter, AcP 205 (2005), 743 (785).

<sup>13</sup> Siehe dazu auch schon supra 2. Teil:B.I.2.b)dd), S. 286 ff.

<sup>14</sup> Siehe insbesondere § 557 Abs. 3 i. V. m. den §§ 558 ff. BGB.

Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung die Perspektive des Vollrechtsinhabers. Dies gilt sowohl für die Rückabwicklung von Verträgen (aa) als auch für sonstige Anwendungsfälle des Nutzungsausgleichs (bb).

*aa) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab bei der Rückabwicklung von Verträgen*

Für den Fall, dass Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge geschuldet wird, kann für die Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung auf Informationen abgestellt werden, die die Parteien durch den Abschluss des gescheiterten Vertrags offengelegt haben. So gibt beispielsweise der Käufer mit Abschluss eines Kaufvertrages die Information preis, dass er die Kaufsache als Eigentümer und nicht als Mieter oder Pächter zu nutzen beabsichtigt. Hierauf kann in der Regel auch dann abgestellt werden, wenn der Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen ist.<sup>15</sup> Aus der offengelegten Intention zum Kauf des Gutes folgt, dass der sachgerechte Maßstab für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung in der Perspektive des Vollrechtsinhabers besteht. Würde man den Nichtberechtigten stattdessen dazu verpflichten, die Nutzung des Gutes mit einem fiktiven Nutzungsentgelt zu vergüten, würde man ihm im wirtschaftlichen Ergebnis einen Nutzungsüberlassungsvertrag aufnötigen, den er nicht abgeschlossen hat und offensichtlich nicht schließen wollte.

Wie im zweiten Teil der Untersuchung dargestellt, setzte sich diese Erkenntnis in den 1980er Jahren zunächst in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung durch.<sup>16</sup> Der BGH wendete die Perspektive des Vollrechtsinhabers erstmals ausdrücklich 1991 in einer Entscheidung über die Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach Rücktrittsfolgenrecht an, bevor er sie 1995 auch auf die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge übertrug.<sup>17</sup> Eine vergleichbare Entwicklung vollzog sich beispielsweise auch in Österreich. Im dortigen Schrifttum war bereits seit den 1960er Jahren darauf hingewiesen worden, dass es nicht sachgerecht sei, bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrages das vom Käufer für die Nutzung der Kaufsache geschuldete „Benützungsentgelt“ anhand eines fiktiven Mietzinses zu berechnen.<sup>18</sup> Der OGH griff diese Überlegungen 1985 in einer Entscheidung auf, die die Rückabwicklung eines durch Rücktritt aufgehobenen Kaufvertrags über einen Pkw betraf. Für die Ermittlung des vom Käufer für die Nutzung des Pkw

<sup>15</sup> Völlig unproblematisch ist dies, wenn der Nichtigkeitsgrund in der Sphäre des Verkäufers liegt. Falls der Käufer geschäftsunfähig ist, können unter Umständen Zweifel an der Beachtlichkeit seines Willens zum Abschluss eines Kaufvertrags bestehen. Insfern gelten dann die Ausführungen zur Bestimmung des Maßstabs außerhalb der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen.

<sup>16</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(1), S. 275 ff.

<sup>17</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(2), S. 278 ff.

<sup>18</sup> Siehe *Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz – Mit vergleichenden Hinweisen auf das ausländische Recht, 1966, S. 224; *Apathy*, JBl. 100 (1978), 517 (532) m. w. N.

geschuldeten Benützungsentgelts stellte der OGH auf den Aufwand ab, der einem Käufer für die Nutzung eines gleichwertigen Gegenstandes durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch entstanden wäre – also auf die Differenz zwischen dem hypothetisch für einen Ankauf zu Marktkonditionen zu zahlenden Kaufpreis und einem hypothetischen Verkaufserlös.<sup>19</sup>

Für den Kaufvertrag als paradigmatische Erscheinungsform des Veräußerungsvertrags muss diese Wertung auch bei der Bestimmung des vom Verkäufer für die Nutzung des Kaufpreises geschuldeten Ausgleichs Beachtung finden. Der Verkäufer dokumentiert durch den Abschluss des Kaufvertrags seine Absicht, Kapital in Höhe des Kaufpreises als Vollrechtsinhaber und nicht etwa als Darlehensnehmer nutzen zu wollen.<sup>20</sup>

Aus dem zu Veräußerungsverträgen Gesagten folgt im Umkehrschluss, dass bei Nutzungsüberlassungsverträgen ein fiktives Nutzungsentgelt grundsätzlich der geeignete Maßstab zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung wäre. Denn hier hat der Nichtberechnete seine Absicht offengelegt, die Nutzungsberechtigung an dem Gut lediglich auf Zeit zu erwerben. Allerdings hat sich bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs gezeigt, dass Nutzungsüberlassungsverträge nicht rückabgewickelt werden sollten. Für eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich ist insofern daher kein Raum.<sup>21</sup>

Zu klären bleibt noch die Frage, auf welchen Maßstab für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bei Verträgen abzustellen ist, die Elemente von Veräußerung und Nutzungsüberlassung verbinden. Insofern ist zunächst danach zu differenzieren, ob der Vertrag nach seiner Ausgestaltung darauf angelegt ist, dass das vertragsgegenständliche Gut dauerhaft beim Erwerber verbleibt. Ein dauerhafter Verbleib des Gutes beim Erwerber kann zum einen daraus resultieren, dass die Dauer der Nutzungsüberlassung die wirtschaftliche Nutzungsdauer des Gutes (nahezu) ausschöpft. Zum anderen ist eine Vertragsgestaltung auch dann auf einen dauerhaften Verbleib des Gutes beim Erwerber angelegt, wenn sie ihn verpflichtet oder ihm zumindest einen klaren wirtschaftlichen Anreiz bietet, das Gut nach dem Ende der Vertragslaufzeit zu kaufen. Dass diese Abgrenzung grundsätzlich möglich und praktikabel ist, belegt das Verbraucherschutzrecht. Hier ist sie seit langem Routine, da entgeltliche Finanzierungshilfen teilweise den Regelungen über Verbraucherdarlehen unterliegen und daher von

---

<sup>19</sup> OGH, 10.9.1985, 5 Ob 575/85, JBl. 1986, 186 ff. Nach dieser Formel würde der Neuwertverlust allein zu Lasten des Käufers gehen. Später stellte die Rechtsprechung klar, dass das sich ergebende Benützungsentgelt ggf. insofern angepasst werden muss. Siehe bspw. OGH, 21.1.2009, 3 Ob 248/08d, JBl. 2009, 584 ff.; OGH, 25.3.2010, 5 Ob 274/09v, *ecolex*, 654 („Ergibt sich bei Gegenüberstellung dieser Größenordnungen, dass die gebrauchte Sache schon durch den Verlust ihrer Neuheit eine erhöhte Wertminderung erfährt, darf dies nicht zur Gänze zu Lasten des Käufers, der die Wandlung nicht zu vertreten hat, veranschlagt werden [...]).“

<sup>20</sup> Alternativ hätte er etwa ein Darlehen aufnehmen und die Kaufsache als Sicherheit verwenden können.

<sup>21</sup> *Supra* 3. Teil:B.II.2.b)cc), S. 495 ff.

gewöhnlichen Nutzungsüberlassungsverträgen unterschieden werden müssen, für die dies nicht gilt. Die für die Abgrenzung maßgeblichen Kriterien sind *de lege lata* in § 506 Abs. 2 BGB niedergelegt.

Ein Vertrag, der nach seiner Ausgestaltung *nicht* darauf angelegt ist, dass das Gut dauerhaft beim Erwerber verbleibt, ist wirtschaftlich betrachtet primär ein Nutzungsüberlassungsvertrag. Ein solcher Vertrag ist im Falle seines Scheiterns aus den gleichen Gründen wie ein konventioneller Nutzungsüberlassungsvertrag nicht rückabzuwickeln.<sup>22</sup> Ein Beispiel wäre eine Mietkaufgestaltung, bei der der Kaufpreis, zu dem der Mietkäufer die Mietsache erwerben kann, so angesetzt ist, dass dieser *keinen* klaren Anreiz zur Ausübung der Option hat. In diesem Fall wäre ein Versuch, die vertragscharakteristische Leistung der Nutzungsüberlassung mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig zu machen, nicht angemessen.<sup>23</sup>

Wenn hingegen eine Vertragsgestaltung darauf abzielt, dass ein Gut dauerhaft übertragen wird, ohne dass der Erwerber Zug um Zug zur sofortigen Zahlung eines „Kaufpreises“ verpflichtet ist, so handelt es sich wirtschaftlich betrachtet um eine Kombination eines Kaufvertrages mit einem Darlehensvertrag. Für derartige Vertragsgestaltungen bewertet die herrschende Meinung Gebrauchsvorteile zum Teil aus der Perspektive eines fiktiven Mieters.<sup>24</sup> Bereits das Reichsgericht vertrat die Auffassung, dass ein Kauf auf Ratenzahlung wirtschaftlich dem Abschluss eines Mietverhältnisses über die Kaufsache nahestehe und berechnete daher die vom Abzahlungskäufer nach § 2 Abs. 2 S. 2 AbzG geschuldete Vergütung anhand des üblichen Mietzinses für das genutzte Gut.<sup>25</sup> Hieran hält die herrschende Meinung nach Abschaffung des Abzahlungsgesetzes für die mittlerweile in den §§ 507 f. BGB geregelten Teilzahlungsgeschäfte fest.<sup>26</sup> Demgegenüber entspricht es für Finanzierungsleasingverträge der herrschenden Meinung, die Rückabwicklung nach den gleichen Grundsätzen durchzuführen wie bei gescheiterten Kaufverträgen.<sup>27</sup>

Die von der Rechtsprechung gezogene Parallele zwischen einem Teilzahlungsgeschäft und einem Nutzungsüberlassungsvertrag ist nicht überzeugend. Ungeachtet der Finanzierungs Komponente ist ein Teilzahlungsgeschäft auf die dauerhafte Übertragung der Kaufsache gerichtet. Die Kalkulation von Mietzins und Teilzahlungsraten weichen schon aufgrund der Unterschiede hinsichtlich der zu berücksichtigenden Transaktionskosten voneinander ab.<sup>28</sup> Da die Gleichung „Kauf + Darlehen = Miete“ nicht aufgeht, besteht der einzige sachgerecht Weg darin, die betreffenden Verträge als das zu behandeln, was sie sind: eine Kombination von Veräußerungsvertrag und Darlehensvertrag. Soweit sich beide Kompo-

<sup>22</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)cc), S. 495 ff.

<sup>23</sup> Ob es möglich ist, die Kaufoption als eigenständige Komponente zu identifizieren und gesondert zu behandeln, hängt von der konkreten Ausgestaltung ab.

<sup>24</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.b)bb), S. 283 f.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 1362 m. w. N.

<sup>28</sup> Supra 3. Teil:C.I.1.a), S. 519 ff.

nennten klar voneinander trennen lassen, sollten sie nach den für sie jeweils passenden Grundsätzen behandelt werden.

Keinerlei Schwierigkeiten bereitet insofern eine unentgeltliche Finanzierungshilfe. Es handelt sich schlicht um einen Fall der Vorleistung. Die Folge ist, dass nur der Erwerber des Gutes zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Ist die Finanzierungshilfe entgeltlich, so ist danach zu unterscheiden, ob sich die Konditionen der Kreditgewährung nachvollziehen lassen. So läge der Fall etwa, wenn der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis verzinslich stundet. Das Geschäft kann dann für die Zwecke der (Rück-)Abwicklung in die Komponenten „Kaufvertrag“ und „Darlehensvertrag“ aufgespalten werden. Für die Rückabwicklung des Kaufvertrags ist der Verkäufer so zu behandeln, als ob er den Kaufpreis Zug um Zug gegen die Lieferung der Kaufsache erhalten hätte. Er ist also insofern zum Nutzungsausgleich verpflichtet. Der Käufer ist im Gegenzug zum Nutzungsausgleich für die Kaufsache verpflichtet. Die Darlehenskomponente wird nicht rückabgewickelt, sondern *ex nunc* beendet. Der Käufer muss daher bis zur Rückgabe der Kaufsache bzw. bis zur Rückführung der Darlehensvaluta auf null den vereinbarten Zinssatz zahlen.<sup>29</sup> Diese Aufspaltung lässt sich zumindest für alle Verträge, die dem Verbraucherschutzrecht unterliegen, mit vertretbarem Aufwand vornehmen. Denn die dafür notwendigen Angaben – in erster Linie Sollzinssatz und Barzahlungspreis – sind Bestandteil des zwingenden verbraucherschützenden Informationsprogramms.<sup>30</sup>

Wo die verbraucherschützende Regulierung nicht greift, ist das für einen Zahlungsaufschub geschuldete Entgelt häufig nicht klar identifizierbar, sondern besteht schlicht in einem Aufschlag gegenüber dem Preis, den der Käufer bei Barzahlung hätte entrichten müssen. Diese Differenz ist nicht unbedingt transparent. So ist es etwa beim Fahrzeugkauf üblich, den Barzahlungsrabatt<sup>31</sup> individuell auszuhandeln. In einem solchen Fall bleibt nichts anderes übrig, als den Vertrag im Ausgangspunkt wie einen gegenseitigen Veräußerungsvertrag rückabzuwickeln und in diesem Rahmen der Darlehenskomponente Rechnung zu tragen. Ein pragmatischer Weg hierzu besteht darin, für die Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung schlicht die Gesamtkosten zugrunde zu legen, die dem Erwerber nach den Vertragskonditionen entstanden wären. Als Kaufpreis ist daher die Summe aller Raten bzw. Leasingzahlungen anzusetzen, die der Erwerber nach dem Vertrag zu erbringen hatte. Das Finanzierungsentgelt fließt auf diese Weise sowohl in die Ermittlung des nutzungsbedingten Wertverzehr als auch in die Ermittlung der Kapitalkosten mit ein.

Im Ergebnis ist es somit sachgerecht, den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge aus der Perspektive des Vollrechtsinhabers zu bestimmen. Nutzungsüberlassungsverträge werden nicht rückabgewickelt. Typengemischte Verträge sind in ihre Kom-

<sup>29</sup> In diesem Zusammenhang muss der Wert bestimmt werden, mit dem die Kaufsache auf die Darlehensvaluta angerechnet wird.

<sup>30</sup> §§ 506 Abs. 1 S. 1, 491a BGB, Art. 247 EGBGB.

<sup>31</sup> Siehe dazu BeckOGK/*Haertlein*, § 506 BGB Rn. 35 (1.3.2018).



ponenten zu zerlegen. Für die Rückabwicklung der Veräußerungskomponenten ist die Perspektive des Vollrechtsinhabers angemessen. Die Darlehenskomponente wird mit Wirkung *ex nunc* beendet.

*bb) Perspektive des Vollrechtsinhabers als sachgerechter Maßstab außerhalb der Rückabwicklung von Verträgen*

Weiterhin stellt sich die Frage, wie der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zu bestimmen ist, wenn Nutzungsausgleich außerhalb einer tatsächlichen oder vermeintlichen vertraglichen Sonderbeziehung geschuldet wird. Relevant wird diese Frage beispielsweise bei einer Fehlüberweisung auf ein fremdes Bankkonto, bei der versehentlichen Inbesitznahme einer fremden Sache, bei Fundunterschlagung und Diebstahl, sowie im Falle des Erbschaftsbesitzes. Dem Verhalten des Nutzenden ist unter diesen Bedingungen in der Regel keine Information darüber zu entnehmen, wie er die Möglichkeit zur Nutzung des Gutes alternativ erworben hätte.

Auch dann, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, auf welche Art und Weise der Nichtberechtigte die Berechtigung zur Nutzung des Gutes erworben hätte, ist es sachgerecht, zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung für die Zwecke des Nutzungsausgleichs auf die Perspektive des Vollrechtsinhabers abzustellen. Hierfür spricht zunächst der Gesichtspunkt der Praktikabilität. Die Kosten, die dem Vollrechtsinhaber für die Nutzung eines Gutes entstanden wären, lassen sich auf der Grundlage des Marktwertes des Gutes in der Regel unproblematisch berechnen.<sup>32</sup> Demgegenüber fehlt es für zahlreiche Güter an einem Mietmarkt bzw. der vorhandene Mietmarkt ist für die Durchführung des Nutzungsausgleichs nicht sachgerecht. Wenn es beispielsweise für ein bestimmtes Gut nur einen Mietmarkt für eine kurzfristige Gebrauchsüberlassung gibt, so würde die Bemessung des Nutzungsausgleichs im Falle einer langfristigen Nutzung zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Als Beispiel mag der Dieb gelten, der einen Smoking stiehlt und diesen einen Monat lang nutzt. Bei einer Abrechnung auf der Grundlage der üblichen Mietpreise für Smokings würde er in diesem Fall unter Umständen ein Vielfaches des Kaufpreises schulden. Selbst eine Deckelung des Nutzungsausgleichs auf den Kaufpreis wäre nicht unbedingt angemessen, wenn der Smoking durch den Gebrauch nicht völlig verschlissen ist.<sup>33</sup>

Wertungsmäßig spricht für die Perspektive des Vollrechtsinhabers zudem, dass der Anspruch auf Nutzungsausgleich darauf ausgerichtet ist, den Vorteil zu erfassen, den der Nichtberechtigte durch die Nutzung eines ihm nach der Wertung der Rechtsordnung nicht zustehenden Gutes genossen hat.<sup>34</sup> Mehr kann der Berech-

<sup>32</sup> Siehe dazu *infra*, ab 3. Teil:C.I.2, S. 527 ff.

<sup>33</sup> An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass es im Rahmen des Nutzungsausgleichs nicht darum geht, Verhalten zu steuern oder zu sanktionieren (*supra* 1. Teil:C.II.2, S. 112 ff.). Der Dieb weiß zwar, dass er zur Nutzung der gestohlenen Sache nicht berechtigt wäre. Dennoch kann auch ihm nicht unterstellt werden, dass er die Sache alternativ gemietet hätte.

<sup>34</sup> *Supra* 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

tigte zumindest unter dem Gesichtspunkt des Nutzungsausgleichs nicht verlangen. Insbesondere soll der Nichtberechtigte durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nicht geschädigt werden. Einen über den Vorteil des Nichtberechtigten hinausgehenden Anspruch kann der Berechtigte nur als Schadensersatz geltend machen, falls ihm ein entsprechender Anspruch zusteht. Wie bereits im ersten Teil der Untersuchung erläutert wurde, unterscheiden sich Nutzungsausgleich und Schadensersatz durch eine diametral entgegengesetzte Vermögensorientierung:<sup>35</sup> Während der Nutzungsausgleich auf den Vorteil ausgerichtet ist, der sich im Vermögen des Nichtberechtigten aufgrund der Nutzung des Gutes realisiert hat, nimmt der Schadensersatz den Vermögensnachteil des Berechtigten in den Blick. Dementsprechend könnte beispielsweise der Eigentümer einer Sache vom Besitzer einen fiktiven Mietzins als *Schadensersatz* fordern, wenn er die Sache selbst während des Bestehens der Vindikationslage vermietet hätte und die übrigen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vorliegen. Vor diesem Hintergrund sollte der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung aus der Perspektive eines Vollrechtsinhabers bestimmt werden. Denn der sich danach ergebende Betrag ist in der Regel niedriger als ein fiktives Entgelt für eine zeitlich befristete Überlassung des Gutes zur Nutzung.<sup>36</sup> Würde man dem Nichtberechtigten ohne adäquate Informationsgrundlage<sup>37</sup> die Bereitschaft zum Abschluss eines Nutzungsüberlassungsvertrags unterstellen, bestünde daher die Gefahr, dass er durch die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich einen Nachteil erleidet, der den Vorteil aufgrund der unberechtigten Nutzung des Gutes übersteigt.

Im Ergebnis ist der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung somit im Rahmen des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs einheitlich anhand der Kosten zu berechnen, die dem Vollrechtsinhaber für die Nutzung des Gutes entstanden wären.

## 2. Kapitalkosten

Wer ein Gut als Vollrechtsinhaber nutzen will, dem entstehen Kapitalkosten. Wer sich beispielsweise entschließt, einen Pkw zu kaufen, um ihn dauerhaft als Eigentümer nutzen zu können, der muss den Kaufpreis finanzieren. Um die Kapitalkosten bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung

<sup>35</sup> Supra 1. Teil:C.I.1, S. 104 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu bereits supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(2), S. 275 ff.

<sup>37</sup> Eine Konstellation, in der der Nutzungsausgleichspflichtige außerhalb der Rückabwicklung von Verträgen seine Präferenz hinsichtlich des Erwerbsmodus offengelegt hat, ist die Anmietung einer abhandengekommenen Sache. Allerdings muss im Falle der Eviktion auch das Verhältnis des Nichtberechtigten zu seinem Vermieter mitbedacht werden. Das insofern bestehende Nutzungsüberlassungsverhältnis kann nicht rückabgewickelt werden. Unabhängig von der Berechnungsmethode stellt sich aus Sicht des Nichtberechtigten primär die Frage, inwieweit er sich für eine an den Eigentümer zu leistende Ausgleichszahlung bei seinem Vermieter schadlos halten kann. Aus Sicht des Eigentümers spielt das Binnenverhältnis zwischen dem Besitzer und seinem Vormann keine Rolle. Es wäre daher willkürlich, seinen Anspruch auf Nutzungsausgleich davon abhängig zu machen, auf welche Weise der Nichtberechtigte die Sache erlangt hatte.

zu berücksichtigen, ist eine Verzinsung des Kapitals erforderlich, das in dem genutzten Gut gebunden ist (a). Um diese Verzinsung durchführen zu können, müssen die Verzinsungsbasis (b), der Zinssatz (c) und die Dauer des Zinslaufs (d) bestimmt werden.

*a) Grundsätzliche Notwendigkeit einer Verzinsung des in dem genutzten Gut gebundenen Kapitals*

Nach der herrschenden Meinung muss der Käufer bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags über eine abnutzbare Sache für deren Nutzung lediglich in Höhe der auf die Nutzungsdauer entfallenden linearen Wertminderung Ausgleich leisten.<sup>38</sup> Bereits im zweiten Teil der Untersuchung wurde gezeigt, dass diese Berechnungsweise zu einer Unterkompensation des Verkäufers führt, da dieser verpflichtet ist, seinerseits die aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen an den Käufer auszukehren.<sup>39</sup> Dies soll an dieser Stelle nochmals anhand des nachfolgenden Beispiels verdeutlicht werden, das auf einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2014 basiert:

*Beispiel 36 (Fortsetzung von Beispiel 2)<sup>40</sup>*

*A verkaufte B am 5.2.2009 einen gebrauchten Opel Zafira für 16.000€. Das Fahrzeug wurde B am 13.2.2009 mit einem Kilometerstand von 65.100 km übergeben und der Kaufpreis am gleichen Tag vollständig beglichen. Mit Schreiben vom 19.1.2010 erklärte B den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte A unter Fristsetzung bis zum 29.1.2010 zur Rückabwicklung des Kaufvertrages auf. Dazu bot B neben der Rückübertragung des Pkw als Nutzungsausgleich einen zutreffend berechneten linearen Abschreibungsbetrag von 6.000€ an. B forderte im Gegenzug die Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 16.000€ (nach Verrechnung mit dem Nutzungsausgleich netto 10.000€) sowie die Verzinsung des Kaufpreises in voller Höhe (16.000€) mit 5 % p. a. seit dem 13.2.2009. Die Zinsforderung begründete B damit, dass A mit dem Geld mindestens einen Ertrag in dieser Höhe erwirtschaftet habe. Nachdem A die Rückabwicklung abgelehnt hatte, erhob B Klage.*

Sowohl das LG als auch das OLG Düsseldorf sprachen B die geforderten Zinsen für den Zeitraum vom 13.2.2009 bis zum 29.1.2010 unter dem Gesichtspunkt des Nutzungsausgleichs (§§ 346 Abs. 1, 100 BGB) zu.<sup>41</sup> Der Höhe nach bemaß das LG den Anspruch nach dem Antrag des B, da A nicht substantiiert bestritten habe, dass sie Zinsen erzielt hat.<sup>42</sup>

Wenn der Käufer wie im Beispiel 36 für die Nutzung der Kaufsache nur die lineare Wertminderung schuldet, gleichzeitig aber beim Verkäufer die aus dem Kaufpreis gezogenen Kapitalerträge abschöpfen kann, dann wird er besser gestellt, als er bei einer störungsfreien Durchführung des Kaufvertrages stünde. Denn in diesem Fall hätte er neben der linearen Wertminderung des Pkw auch die Kosten für das in dem

<sup>38</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>39</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)bb)(2), S. 301 ff.

<sup>40</sup> Supra S. 70.

<sup>41</sup> Ab dem 30.1.2010 ging der Anspruch auf Nutzungsausgleich im höheren Anspruch auf Verzugszinsen auf, siehe OLG Düsseldorf, 18.12.2014, I-3 U 29/14, NJW 2015, 1831 (1832).

<sup>42</sup> LG Düsseldorf, 4.10.2013, 6 O 247/10, BeckRS 2015, 3455.

Pkw gebundene Kapital tragen müssen. Im Beispiel wird der Käufer hingegen so gestellt, als hätte ihm der Verkäufer den Kaufpreis erlassen und stattdessen bei ihm ein mit 5 % p.a. verzinsliches Darlehen in Höhe des Kaufpreises aufgenommen. Immer dann, wenn der Verkäufer mit dem Kaufpreis einen marktüblichen Zinsertrag erwirtschaftet oder ihm dies zumindest unterstellt wird, läuft die von der herrschenden Meinung praktizierte Lösung wirtschaftlich darauf hinaus, dass der Käufer das in der Kaufsache gebundene Kapital kostenlos nutzen kann.

Speziell für den Fall der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge würde sich dieses Problem erledigen, wenn auf der Grundlage des Kompensationsmodells auf eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich verzichtet würde. Allerdings konnte bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs gezeigt werden, dass das Kompensationsmodell keine sachgerechte Lösung der Nutzungsausgleichsproblematik darstellt.<sup>43</sup> Zudem würde sich das Problem der Unterkompensation des Berechtigten selbst bei Umsetzung des Kompensationsmodells weiterhin dann stellen, wenn außerhalb der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags Nutzungsausgleich zu leisten ist.<sup>44</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht die einzige sachgerechte Lösung darin, bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung die Kapitalkosten durch die Verzinsung des in dem genutzten Gut gebundenen Kapitals zu berücksichtigen. Im Schrifttum wird die Problematik der Kapitalkosten nur selten thematisiert.<sup>45</sup> Die Autoren, die sich mit dem Problem vertieft befassen, sprechen sich allerdings, soweit ersichtlich, einhellig dafür aus, bei der Ermittlung des Wertes von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB neben der nutzungsbedingten Wertminderung auch eine Zinskomponente einfließen zu lassen.<sup>46</sup>

Rechtsvergleichend findet sich ein Vorbild für diese Art der Berechnung des Wertes der Güternutzung in der Schweiz. Das Bundesgericht hatte 1984 zunächst für den Fall der Rückabwicklung eines Leasingvertrags über einen Pkw den vom Leasingnehmer für die Nutzung geschuldeten Ausgleich anhand der Wertminderung des Fahrzeugs zuzüglich der Verzinsung des investierten Kapitals berech-

<sup>43</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.c), S. 475 ff.

<sup>44</sup> Siehe dazu Beispiel 24, supra S. 302.

<sup>45</sup> Siehe bspw. *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713 (1716), der sich knapp gegen die Berücksichtigung einer Zinskomponente ausspricht, da dem Verkäufer damit „ein Ersatz seines negativen Interesses gegeben [würde], den er allein über den Rücktritt gerade nicht verlangen kann.“ Diese Betrachtung verkennt, dass der Käufer mit der Kaufsache auch das darin gebundene Kapital nutzt und diesen Vorteil konsequenterweise im Rahmen des Nutzungsausgleichs vergüten muss.

<sup>46</sup> *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 149; *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 530f. in Fn. 24; *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 154f.; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 113; *Thunbart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 43; *Martens*, AcP 2010, 689 (717); BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 32 (1.5.2018).

net.<sup>47</sup> Später übertrug es diese Rechtsprechung auch auf die Rückabwicklung von Kaufverträgen, die keinerlei Form von entgeltlicher Finanzierungshilfe beinhalten.<sup>48</sup>

### b) Verzinsungsbasis

Um die Kapitalkosten ermitteln zu können, muss zunächst die Verzinsungsbasis bestimmt werden. Auch insofern ist von der Prämisse auszugehen, dass der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung aus der Perspektive des Vollrechtsinhabers des genutzten Gutes ermittelt werden soll. Der Betrag, den der Nichtberechtigte hätte investieren müssen, um das Gut als Vollrechtsinhaber nutzen zu können, entspricht dem Preis, für den er das Gut im Zeitpunkt seiner Erlangung hätte käuflich erwerben können. Der relevante Beschaffungsmarkt ist daher in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie im Hinblick auf die Marktstufe aus der Perspektive des Nichtberechtigten zu bestimmen.

Sofern Nutzungsausgleich im Rahmen der Rückabwicklung eines Kaufvertrages zu leisten ist, kann dieser Betrag zumindest dann unproblematisch aus dem Kaufvertrag selbst abgeleitet werden, wenn die Ursache für das Scheitern des Vertrags im Stadium der Vertragsabwicklung liegt. Die zuverlässigste Information darüber, zu welchem Preis der Nichtberechtigte das Gut hätte erwerben können, liefert der Preis, zu dem er es auf der Grundlage eines rechtlich einwandfreien Vertragsschlusses erworben hat. Die *lex lata* trägt diesem offensichtlichen Umstand Rechnung, indem § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB für die Ermittlung des von einem Rückgewährschuldner geschuldeten Wertersatzes das vertraglich vereinbarte Entgelt für maßgeblich erklärt. Sofern das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist, etwa weil die Kaufsache einen Sachmangel aufweist, so ist die Verzinsungsbasis bis zur Behebung des Mangels nach dem in § 441 Abs. 3 BGB vorgegebenen Verfahren zu mindern.<sup>49</sup>

Liegt die zum Vertrags Scheitern führende Störung im Stadium des Vertragsschlusses, so ist der vertraglich vereinbarte Kaufpreis häufig kein geeigneter Indikator für den Betrag, den der Nichtberechtigte für den Erwerb des Gutes alternativ hätte investieren müssen. Wenn etwa der Gebrauchtwagenverkäufer den Tachostand manipuliert, um dem Käufer eine zu niedrige Laufleistung vorzuspiegeln, dann schlägt sich gerade dieser Umstand in der Regel in einem überhöhten Kaufpreis nieder.<sup>50</sup> In diesem Fall muss der relevante Marktpreis ausgehend von einer Beobachtung der Marktverhältnisse bestimmt werden.

<sup>47</sup> BGer, 5.9.1984, BGE 110 II, 244 (248 f.).

<sup>48</sup> BGer, 27.9.2004, 4C.197/2004, Sammlung der unpublizierten Bundesgerichtsentscheide, Rn. 4.2 ff.

<sup>49</sup> Zur Frage, wie eine mangelbedingte Einschränkung der Nutzbarkeit bei der Ermittlung der Kapitalkosten zu berücksichtigen ist, siehe sogleich infra 3. Teil:C.I.2.d)aa), S. 545 ff.

<sup>50</sup> Siehe bspw. BGer, 27.9.2004, 4C.197/2004, Sammlung der unpublizierten Bundesgerichtsentscheide.

Als im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung die Zinspflicht gemäß § 347 S. 3 BGB a.F. gestrichen wurde, begründete der Gesetzgeber dies damit, dass ein Schuldner „vielfach – vor allem bei kleineren Beträgen und bei kürzerer Nutzungsdauer – nicht in der Lage [sei], für das empfangene Geld eine Verzinsung in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu erzielen.“<sup>51</sup> Würde man dem folgen, müsste der Frage nachgegangen werden, ob eine Art Bagatellgrenze für die Verzinsungsbasis erforderlich ist. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Argumentation der Gesetzesbegründung verfehlt ist. Sie beruht auf der weltfremden Vorstellung, ein Verkäufer würde den aus jeder einzelnen Transaktion erlösten Kaufpreis gesondert anlegen. Tatsächlich jedoch gehen die einzelnen Geschäfte in einen größeren Saldo ein. Ob eine Person Geld anlegen kann, bestimmt sich nach ihrer gesamten Vermögenslage. Die Höhe der Verzinsungsbasis ist daher völlig irrelevant.

### c) *Zinssatz*

Die zweite für die Berechnung der Kapitalkosten notwendige Variable ist der anzuwendende Zinssatz. Auch insofern bildet wiederum die Perspektive des Vollrechtsinhabers den konzeptionellen Ausgangspunkt. Zu fragen ist, welche Kapitalkosten dem Nichtberechtigten entstanden wären, wenn er das Gut im Zeitpunkt seiner Erlangung käuflich erworben hätte. Zu diesem Zweck in jedem Einzelfall die Vermögensverhältnisse und das hypothetische oder tatsächliche Investitionsverhalten des Nichtberechtigten zu analysieren, wäre weder sachgerecht noch praktikabel. Stattdessen sollten die Kapitalkosten in der Höhe des Ertrags einer risikofreien Kapitalanlage typisiert werden (aa). Zu diesem Zweck sollte idealerweise ein neuer gesetzlicher Zinssatz eingeführt werden (bb).

#### *aa) Typisierung der Kapitalkosten in Höhe der Rendite einer risikofreien Kapitalanlage*

Der sachgerechte Maßstab für die Typisierung der Kapitalkosten besteht im fiktiven Aufwand für die berechtigte Nutzung von Geld (1). Für Privatpersonen und für Unternehmen, die keine Kreditinstitute sind, handelt es sich hierbei um die Opportunitätskosten einer risikolosen Kapitalanlage (2). Für Kreditinstitute ergibt sich der gleiche Wert aus der Überlegung, dass ein Kreditinstitut durch die Nutzung zu Unrecht erlangten Kapitals mindestens die Kosten der Verzinsung risikoloser Einlagen erspart (3).

#### (1) Fiktiver Aufwand für die berechtigte Nutzung von Geld als Maßstab für die Typisierung der Kapitalkosten

Die Stimmen in der Literatur, die sich für eine Berücksichtigung der Kapitalkosten bei der Ermittlung des Wertes von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB aus-

<sup>51</sup> BT-Drs. 14/6040, 197.

sprechen, bleiben in der Frage des anzuwendenden Zinssatzes häufig im Ungefähren. Sofern die zumeist nur cursorischen Ausführungen über die Forderung nach einem „angemessenen Zinssatz“<sup>52</sup> hinausgehen, wird für den Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags überwiegend auf den Zinsertrag abgestellt, den der Käufer bei einer alternativen Anlage des Kaufpreises hätte erzielen können.<sup>53</sup> Obwohl dies auf den ersten Blick für eine Einzelfallbetrachtung zu sprechen scheint, wird diese Konsequenz im Schrifttum – soweit ersichtlich – nicht gezogen. Statt zu fragen, wie der konkrete Käufer den Kaufpreis alternativ verwendet hätte, will beispielsweise *Jürgen Kohler* zur Ermittlung des „mit Kaufpreiszahlung übernommen[en] Zinsverzicht[ts] des Käufers“ „im Zweifel“ auf den gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB abstellen.<sup>54</sup> Hierdurch werde der Wert des durch das Gut „vermittelten Gebrauchsvorteils indiziert.“<sup>55</sup> Kein Autor scheint zudem bereit zu sein, neben der festverzinslichen Anlage auch eine anderweitige Verwendung des in dem Gut gebundenen Kapitals in Betracht zu ziehen, etwa eine Investition in Aktien oder die Tilgung von Verbindlichkeiten.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass eine solche Einzelfallbetrachtung in der Tat nicht sachgerecht wäre. Würde man für die Ermittlung der Kapitalkosten darauf abstellen, wie der Nichtberechtigte das in dem Gut gebundene Kapital alternativ investiert hätte<sup>56</sup> bzw. auf welche Investitionsmöglichkeit er hätte verzichten müssen,<sup>57</sup> so würde man für die Bestimmung des fiktiven *Aufwands* für eine berechnete Güternutzung auf den konkreten *Ertrag* abstellen, den der Nichtberechtigte bei der Nutzung des Kapitals durch die Anlage von Geld erzielt hat bzw. hätte. Das durch die produktive Nutzung des Kapitals vom Nichtberechtigten tatsächlich oder hypothetisch erzielte Residuum würde dem Berechtigten zugewiesen.<sup>58</sup>

Die Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung führt jedoch nur dann zu einem wertungsmäßig stimmigen Ergebnis, wenn auch die Kapitalkosten aufwandsorientiert bestimmt werden. Dies wird besonders deutlich, wenn der Nichtberechtigte das Gut produktiv nutzt und ihm das dabei erzielte Residuum zuzuordnen ist. Als Beispiel soll der Fall eines Landwirts dienen, der zur Vergrößerung seines Betriebs eine Ackerfläche erwirbt und diese bewirtschaftet. Wenn sich der Kaufvertrag nach einem Jahr als nichtig herausstellt, so sprechen

<sup>52</sup> Siehe bspw. *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 148 („angemessene Verzinsung“); BeckOK/*Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 32 (1.5.2018) („risikoangemessene Verzinsung“).

<sup>53</sup> *Crisolli*, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1931, S. 157f.; *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 519 in Fn. 278; *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl., § 346 BGB Rn. 56 (2010). In diesem Sinne auch *Schauhoff*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, 1992, S. 152.

<sup>54</sup> *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 519 in Fn. 278.

<sup>55</sup> *Ibid.*, S. 519 in Fn. 278.

<sup>56</sup> Falls er das Kapital in Gestalt eines Kaufpreises tatsächlich aufgebracht hat.

<sup>57</sup> Falls er das Gut nutzen konnte, ohne das Kapital aufzubringen, bspw. als Scheinerbe.

<sup>58</sup> Zur Residuumsproblematik siehe supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff. und 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff. sowie infra 3. Teil:C.II, S. 572 ff.

gute Gründe dafür, dem Landwirt das konkret erzielte Residuum zu belassen.<sup>59</sup> Der Landwirt würde dementsprechend Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung schulden, der vorliegend den Kosten für das in dem Grundstück gebundene Kapital entspräche.<sup>60</sup> Chance und Risiko der Nutzung des Grundstücks würden einheitlich dem Landwirt zugeordnet. Erzielt er eine gute Ernte, verbleibt ihm der Gewinn. Fällt die Ernte aus, muss er den Verlust tragen. Die Entscheidung über die Zuordnung des bei der Nutzung des Gutes tatsächlich erzielten Residuums würde jedoch *ad absurdum* geführt, wenn für die Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung das vom Landwirt bei der hypothetischen Anlage des Kaufpreises erzielte Residuum maßgeblich wäre. Falls der Landwirt den Kaufpreis alternativ auf einem unverzinslichen Kontokorrentkonto gehalten hätte, würde der Verkäufer leer ausgehen. Hätte er die Summe hingegen alternativ in ein erfolgreiches „Biogas-Startup“ investiert, müsste er unter Umständen ein Vielfaches des Ernteertrags an den Verkäufer auskehren.

Zur Vermeidung solcher Unstimmigkeiten ist es erforderlich, die Kapitalkosten zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Nutzung des in dem Gut als Kapital gebundenen Geldes zu bestimmen.

## (2) Opportunitätskosten in Gestalt der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage als fiktiver Aufwand für eine berechnete Nutzung von Geld im Allgemeinen

Somit stellt sich die Frage, wie der fiktive Aufwand für die berechnete Nutzung von Geld zu bestimmen ist. Auf den ersten Blick scheint es nahezu liegen, hierfür auf den Zinsaufwand abzustellen, der dem Nichtberechtigten für die Aufnahme von Kapital mittels eines Darlehens entstanden wäre.<sup>61</sup> Die bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu berücksichtigenden Kapitalkosten müssten dementsprechend in Höhe eines noch näher zu konkretisierenden Sollzinssatzes typisiert werden. Eine solche Lösung wäre jedoch nicht sachgerecht. Denn hierdurch würde unterstellt, dass sich der Nichtberechnete zu Unrecht erlangtes Geld bzw. Kapital alternativ *stets* im Wege der Fremdfinanzierung beschafft hätte. Die Ermittlung der Kapitalkosten wäre dementsprechend auf die Annahme gegründet, dass der Nichtberechnete wegen der unberechneten Erlangung von Geld *stets* auf die Aufnahme eines Kredits in entsprechender Höhe verzichtet bzw. ein zu Unrecht erlangtes spezifisches Gut alternativ *stets* auf Kredit erworben hätte. Eine entsprechende wirtschaftliche Disposition kann einem Nichtberechtigten, der Nutzungsausgleich leisten muss, jedoch gerade nicht un-

<sup>59</sup> Siehe dazu näher *infra* 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff.

<sup>60</sup> Da die zeitliche Nutzungsdauer des Grundstücks nicht begrenzt ist.

<sup>61</sup> So in der Tat bspw. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 275; *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanpruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 157.



terstellt werden. Die einzige Konstellation, in der die pauschale Annahme einer alternativen Fremdfinanzierung zu rechtfertigen wäre, nämlich die Erlangung eines Gutes aufgrund eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrags, fällt nach den Ergebnissen dieser Untersuchung gerade nicht in den Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs.<sup>62</sup>

Auch wenn dem Nichtberechtigten nicht unterstellt werden kann, dass er sich zu Unrecht erlangtes Geld bzw. das in einem zu Unrecht erlangten Gut gebundene Kapital alternativ mittels eines Darlehens verschafft hätte, steht zumindest fest, dass er hierdurch wirtschaftlichen Handlungsspielraum gewonnen hat. Denn unabhängig davon, wie er das erlangte Geld bzw. Gut nutzt, hätte er hierfür alternativ eigenes Kapital einsetzen müssen. Hierdurch wäre ihm entweder der Ertrag aus einer Anlage dieses Kapitals entgangen oder Aufwand für dessen Beschaffung entstanden. Allgemein ausgedrückt entspricht der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung von Geld somit den Opportunitätskosten<sup>63</sup> für eine alternative Nutzung des zu Unrecht erlangten Geldes.

Bei der Bestimmung der Opportunitätskosten einer alternativen Nutzung von Geld ist wiederum dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Anspruch auf Nutzungsausgleich ausschließlich den Wert der Güternutzung erfassen soll.<sup>64</sup> Es ist daher zu fragen, in welcher Höhe der bei der Nutzung von Geld erzielbare Ertrag als das „wirtschaftliche Verdienst“ gerade des genutzten Geldes, und nicht als dasjenige des Nutzenden, anzusehen ist. Schon bei *Friedrich Carl von Savigny* kann man nachlesen, dass der bloße Umstand einer zinsbringenden Anlage von Geld noch keine besondere Leistung darstellt:

„Bei entwickeltem Verkehr ist die zinsbare Benutzung des baaren Geldes in solchem Grade üblich und verbreitet, daß man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden.“<sup>65</sup>

Die entscheidende Frage lautet somit nicht, ob, sondern *in welcher Höhe* der Ertrag einer Kapitalanlage dem angelegten Geld zuzurechnen ist. Insofern ist zu berücksichtigen, dass Geld nicht zwangsläufig und unmittelbar Ertrag bringt. Sowohl physische Geldzeichen als auch die Gutschrift auf einem Kontokorrentkonto müssen vom jeweiligen Inhaber erst einer lukrativen Verwendung zugeführt werden. Unzweifelhaft als „wirtschaftliches Verdienst“ des in Geld ausgedrückten Kapitals kann ein Kapitalertrag daher nur insoweit angesehen werden, als er nicht von der konkreten Anlageentscheidung des Inhabers abhängig ist.

Denkt man dies konsequent zu Ende, so entspricht der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung von Geld den Opportunitätskosten einer risikolosen Kapi-

<sup>62</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)cc), S. 495 ff.

<sup>63</sup> Der Begriff Opportunitätskosten bezeichnet allgemein den durch den Verzicht auf eine Handlungsalternative entgehenden Nutzen, siehe *Pindyck/Rubinfeld*, *Microeconomics*, 8. Aufl. 2013, S. 230 f.

<sup>64</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

<sup>65</sup> *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band*, 1847, S. 133.

talanlage – also dem Verzicht auf die Rendite einer entsprechenden Anlage. Denn um die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu realisieren, bedarf es nichts weiter als der Entscheidung, Geld überhaupt anzulegen. In dieser Höhe ist ein Kapitalertrag daher tatsächlich als dem angelegten Geld inhärent anzusehen. Wenn der Inhaber hingegen eine riskante Anlage tätigt, dann „verdient“ er sich die dabei zu erzielende Risikoprämie durch seine Bereitschaft, den Verlust zu absorbieren, falls sich das Risiko materialisieren sollte.<sup>66</sup> Auch wenn der Inhaber das Geld verwendet, um Schulden zu tilgen, trifft er eine eigenständige Investitionsentscheidung. Wie ein Rechtssubjekt sein Vermögen strukturiert, und ob es mit Kredit wirtschaftet oder nicht, ist allein seine Sache. Im Ergebnis ist es somit sachgerecht, den fiktiven Aufwand, der dem Nichtberechtigten für eine berechnete Nutzung von Geld entstanden wäre, mit dem Verzicht auf die bei einer risikolosen Kapitalanlage zu erzielende Rendite gleichzusetzen.

Die Rendite einer risikofreien Kapitalanlage entspricht dem Ertrag, der bei einer kurzfristigen, festverzinslichen Anlage von Geld bei einem Schuldner mit höchstmöglicher Bonität zu erzielen ist. Diesen Anforderungen würden beispielsweise Bundesobligationen und Bundesanleihen mit einer Restlaufzeit von wenigen Tagen entsprechen. Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der Schuldner mit der niedrigsten Ausfallwahrscheinlichkeit weltweit.<sup>67</sup> Der Kupon von Bundeswertpapieren ist nicht in irgendeiner Weise „erfolgsabhängig“. Durch die kurze Restlaufzeit wird das Risiko von Wertverlusten durch einen Anstieg des Zinsniveaus ausgeschlossen. Gerade der letztgenannte Aspekt darf nicht unterschätzt werden. Er führt beispielsweise dazu, dass die Anlage in eine Bundesanleihe mit 30-jähriger Laufzeit selbst dann alles andere als risikofrei ist, wenn man davon ausgeht, dass die Bundesrepublik auch in 30 Jahren noch ein erstklassiger Schuldner ist. Wenn beispielsweise das Zinsniveau nach der Emission einer solchen Anleihe in kurzer Zeit dauerhaft um mehrere Prozentpunkte steigt, so erleidet die Anleihe einen massiven Kursverlust.

Zu den Risikofaktoren bei der festverzinslichen Geldanlage gehört neben der Bonität des Schuldners und der Laufzeit auch die Geldentwertung. Es ist möglich, auch dieses Risiko durch die Investition in ein inflationsgeschütztes Finanzprodukt auszuschließen. So emittiert beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland inflationsindexierte Bundesobligationen und Bundesanleihen.<sup>68</sup> Gegen eine Berücksichtigung der Inflation spricht jedoch zunächst, dass das Bedürfnis nach einer Absicherung gegen das Risiko der Geldentwertung bei einer kurzfristigen Geldanlage geringer ist als bei einer langfristigen Anlage. In den Zins als „Preis“ für die Überlassung von Geld auf Zeit fließt auch die Inflationserwartung der Par-

---

<sup>66</sup> Siehe zum Kriterium der Risikoübernahme und Risikosteuerung für die Zuordnung des Residuums näher *infra* 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff. Zur Rolle, die § 818 Abs. 3 BGB in diesem Zusammenhang spielt, siehe *infra* 3. Teil:C.II.2.b)bb)(2), S. 588 ff.

<sup>67</sup> Siehe dazu Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, Handmappe Bundeswertpapiere, K1 (Stand: August 2018; abrufbar unter: <https://www.deutsche-finanzagentur.de>).

<sup>68</sup> *Ibid.*, H5.

teilen ein.<sup>69</sup> Ein dynamischer kurzfristiger Zinssatz spiegelt daher unter gewöhnlichen Marktbedingungen eine steigende Inflation unmittelbar wider. Zudem ist eine inflationsgesicherte Anlage unüblich. Das Marktsegment macht nur einen Bruchteil des Marktes für festverzinsliche Anlagen aus.<sup>70</sup> Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die deutsche Rechtsordnung insgesamt am Nominalwertprinzip ausgerichtet ist. Hierbei handelt es sich um eine bewusste wirtschaftspolitische Entscheidung. Wenn im Wirtschaftsleben die Inflationsindexierung von Geldforderungen Verbreitung fände, könnte gerade hierdurch die Inflation angeheizt werden. Wegen ihrer volkswirtschaftlich schädlichen Wirkung unterliegen Wertsicherungsklauseln einer strikten Regulierung in Gestalt des Preisklauselgesetzes.<sup>71</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 PrkG sind Wertsicherungsklauseln grundsätzlich unzulässig. Von diesem Verbot werden bestimmte Ausnahmen zugelassen, insbesondere für langfristige Verträge und den Geld- und Kapitalverkehr. Ungeachtet der Zulässigkeit einer Inflationsindexierung auf dem Geld- und Kapitalmarkt widerspräche es jedoch der grundsätzlichen Entscheidung für das Nominalwertprinzip, wenn bei der Typisierung der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage auch eine Absicherung gegen die Geldentwertung berücksichtigt würde.

Aus dem Umstand, dass die Kapitalkosten in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu typisieren sind, folgt zudem, dass die Bonität des Nichtberechtigten für die Bemessung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Nutzung von Geld keine Rolle spielt. Denn die Opportunitätskosten des Nichtberechtigten in Gestalt der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage sind von seiner Bonität unabhängig.

### (3) Rendite einer risikolosen Kapitalanlage als fiktiver Aufwand für die berechtigte Nutzung von Kapital durch Kreditinstitute

Einer gesonderten Betrachtung bedarf die Bestimmung des fiktiven Aufwands für die berechtigte Nutzung von Geld für den Fall, dass es sich bei dem Nichtberechtigten um ein Kreditinstitut handelt. Für ein Kreditinstitut ist Kapital in Gestalt von Geld ein Rohstoff, den es sich am Kapitalmarkt beschafft und den es mit Gewinn weiterzureichen sucht. Die Marge zwischen Einlage- und Kreditgeschäft, die ein Kreditinstitut erwirtschaftet, ist nicht das „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Kapitals, sondern der betrieblichen Organisation des Kreditinstituts. Es ist daher nicht überzeugend, dass der BGH den von Kreditinstituten für rechtsgrundlos erlangtes Geld geschuldeten Nutzungsausgleich anhand der im *Aktiv*-geschäft zu erzielenden Bruttorendite ermittelt.<sup>72</sup> Hierdurch wird ein Bruttoertrag abgeschöpft, ohne dass das Kreditinstitut seine Kapitalkosten gegenrechnen könn-

<sup>69</sup> *García/Werner*, Inflation risks and Inflation risk premia – European Central Bank Working Paper No 1162/March 2012, 2012, S. 5 (abrufbar unter: <http://www.ecb.europa.eu>).

<sup>70</sup> Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, Handmappe Bundeswertpapiere, C5 und E7 (Stand: August 2018; abrufbar unter: <https://www.deutsche-finanzagentur.de>).

<sup>71</sup> Siehe dazu MüKo/*Grundmann*, § 245 BGB Rn. 68 ff.

<sup>72</sup> Die Bruttorendite wird zudem vom BGH im Zweifel in Höhe des gesetzlichen Verzugs-

te. Ein Durchgriff auf das Aktivgeschäft von Kreditinstituten ist daher im Rahmen des Nutzungsausgleichs abzulehnen.

Auch auf einer konzeptionellen Ebene entspricht der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung von rechtsgrundlos erlangtem Geld für ein Kreditinstitut daher nicht den Opportunitätskosten einer risikolosen Kapitalanlage. Abgesehen von einer angemessenen Liquiditätsreserve ist die risikolose Anlage von Kapital aus Sicht eines Kreditinstituts vielmehr ein notwendiges Übel, das aus einem Ungleichgewicht zwischen Einlagen und vergebenen Krediten resultiert. Für ein Kreditinstitut besteht der fiktive Aufwand für eine berechnete Nutzung von Geld vielmehr in dem Aufwand, den es für die Vergütung von Einlagen erspart. Abgesehen von unverzinslichen Sichteinlagen sind kurzfristige, einlagengesicherte und daher risikolose Einlagen einer der günstigsten Wege, auf dem sich ein Kreditinstitut Kapital am Markt beschaffen kann. Trotz des unterschiedlichen konzeptionellen Ausgangspunkts stellt die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage daher in der Regel auch für Kreditinstitute einen geeigneten Maßstab zur Typisierung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Nutzung von Geld dar.<sup>73</sup> Im Ergebnis ist daher einer Entscheidung des OLG Karlsruhe aus dem Jahr 2004 zuzustimmen, wonach ein Kreditinstitut Ausgleich für aus Geld schuldhaft nicht gezogene Nutzungen in Höhe des bei einer Anlage als Tagesgeld durchschnittlich zu erzielenden Ertrags schuldet.<sup>74</sup>

#### *bb) Typisierung durch einen neuen gesetzlichen Zinssatz*

Auch zur Ermittlung des Ertrags einer risikolosen Kapitalanlage ist eine Typisierung erforderlich. Um die Rechtsprechung von dieser nicht in ihre Kernkompetenz fallenden Aufgabe zu entlasten und um die Rechtssicherheit zu erhöhen, bietet sich insofern der Rückgriff auf einen neu zu schaffenden gesetzlichen Zinssatz an. Im Hinblick auf die sich ändernden Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt muss ein solcher Zinssatz dynamisch ausgestaltet sein (1). Als Bezugsgröße sollte die durchschnittliche Rendite festverzinslicher Einlagen bei deutschen Kreditinstituten dienen (2). Im Hinblick auf die tatsächlichen Marktverhältnisse sollte eine jährliche Zinskapitalisierung vorgesehen werden (3).

#### (1) Dynamisierung des Zinssatzes

Einige der Autoren, die bei der Bewertung von Gebrauchsvorteilen i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB eine Zinskomponente berücksichtigen wollen, sprechen sich für einen

---

zinssatzes und damit auf einem durchaus ambitionierten Niveau „vermutet“, siehe supra 2. Teil:B. II.3.b)bb)(2), S. 362 f.

<sup>73</sup> Dies gilt zumindest dann, wenn die Kreditinstitute an einem solventen Einlagensicherungssystem teilnehmen. Siehe zum Stand der Einlagensicherung in Deutschland überblicksartig *Sethe*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, Rn. 37 ff. sowie Rn. 47 ff.

<sup>74</sup> OLG Karlsruhe, 30.9.2004, 19 U 214/03, OLGR 2005, 301 (302).

Rückgriff auf den gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB aus.<sup>75</sup> Auch das Schweizer Bundesgericht scheint sich bei der Wahl des Zinssatzes von 5 % p. a. für die Ermittlung der Gebrauchsvorteile von Pkw am gesetzlichen Verzugszinssatz gemäß Art. 104 Abs. 1 OR<sup>76</sup> zu orientieren.<sup>77</sup>

Zumindest nach dem Willen des historischen Gesetzgebers wäre der gesetzliche Zinssatz des § 246 BGB tatsächlich auch als Anknüpfungspunkt für eine solche Typisierung in Betracht gekommen. Ausweislich der Protokolle der zweiten Kommission sollten die „gesetzlichen Zinsen“ unter anderem dem Ertrag entsprechen, den der Gläubiger bei einer „sicheren Kapitalanlage“ hätte erzielen können.<sup>78</sup>

Unter heutigen Marktbedingungen wäre jedoch die Typisierung der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage in Höhe eines starren Zinssatzes von 4 % p. a. offensichtlich verfehlt.<sup>79</sup> Die Konditionen am Kapitalmarkt unterliegen im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Offensichtlich hatte ein Käufer eines Gutes im Januar 1998, als beispielsweise zehnjährige Bundesanleihen eine Emissionsrendite von 5,62 % aufwiesen, höhere Kapitalkosten als im Januar 2018, als der entsprechende Wert bei 0,54 % lag.<sup>80</sup> Daher muss für die Zwecke des Nutzungsausgleichs ein neuer, dynamisch ausgestalteter gesetzlicher Zinssatz eingeführt werden.

Dass ein starrer gesetzlicher Zinssatz im Hinblick auf die sich wandelnden Marktverhältnisse problematisch ist, war zumindest in Ansätzen bereits den Verfassern des BGB bewusst. So wollte etwa die erste Kommission den gesetzlichen Zinssatz nach dem Vorbild der im Reich geltenden Rechtsordnungen mit 5 % p. a. ansetzen,<sup>81</sup> obwohl

„[d]er Zinsfuß [...] zwar im geschäftlichen Verkehre seit geraumer Zeit gegen früher erheblich, jedenfalls unter 5 Prozent p. a., gesunken [ist], und anscheinend keine Aussicht vorhanden [ist], dass er sich in nächster Zeit wieder hebe.“<sup>82</sup>

<sup>75</sup> *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 519 in Fn. 278 (zumindest subsidiär); *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 44.

<sup>76</sup> Art. 104 Abs. 1 OR: „Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinse weniger betragen.“

<sup>77</sup> Siehe BGer, 5.9.1984, BGE 110 II, 244 (248 f.); BGer, 27.9.2004, 4C.197/2004, Sammlung der unpublizierten Bundesgerichtsentscheide, Rn. 4.2 ff.

<sup>78</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 508. Allerdings sollte der gesetzliche Zinssatz zugleich auch dem Umstand Rechnung tragen, dass der Gläubiger ggf. zur Zwischenfinanzierung selbst Kredit in Anspruch nehmen muss, siehe *ibid.*, S. 508.

<sup>79</sup> Zur Problematik eines starren Zinssatzes siehe bspw. auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (387 f.); *Canaris*, Festschrift Koziol, 2010, 45 (63 f.).

<sup>80</sup> Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, Handmappe Bundeswertpapiere, E6 (Stand: August 2018; abrufbar unter: <https://www.deutsche-finanzagentur.de>).

<sup>81</sup> § 217 E I: „Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, die Höhe der Zinsen jedoch nicht bestimmt, so sind die Zinsen mit fünf vom Hundert auf das Jahr zu entrichten.“

<sup>82</sup> *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 9.

Allerdings ging die erste Kommission davon aus, dass die damalige „Niedrigzinsphase“ irgendwann doch zu Ende gehen werde. Da diese „Zinswende“ auf sich warten ließ, wurde in der zweiten Kommission intensiv um eine Herabsetzung des gesetzlichen Zinssatzes auf 4 % p. a. gerungen. Hierfür wurde geltend gemacht,

„daß schon jetzt seit geraumer Zeit der Zinsfuß für sichere Forderungen nur 4 Prozent oder sogar noch weniger betrage, daß aber für die Zukunft eher ein Sinken als ein Steigen des Zinsfußes zu erwarten sei [...]“<sup>83</sup>

Die offensichtliche Lösung des Problems, den gesetzlichen Zinssatz zu dynamisieren, erschien den Verfassern des BGB als nicht praktikabel. In den Motiven findet sich dazu folgende Aussage:

„Das Gesetz kann nur einen festen Zinsfuß aufstellen, der für alle in Betracht kommenden Fälle gilt, und hierbei auf das Schwanken des Kapitalmarkts keine Rücksicht nehmen.“<sup>84</sup>

Welche problematischen Wirkungen ein starrer gesetzlicher Zinssatz entfaltet, zeigte sich insbesondere in den 1980er und 1990er Jahren, als auch der Verzugszinssatz noch auf 4 % fixiert war. Vor dem Hintergrund des damaligen Zinsniveaus ging hiervon ein starker Anreiz für Geldschuldner aus, sich durch Zahlungsverzug einen Zwangskredit ihrer Gläubiger zu verschaffen.<sup>85</sup> Um dies zu unterbinden, wurde der Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB im Jahr 2000 dynamisiert und zugleich deutlich auf zunächst 8,42 % angehoben.<sup>86</sup> In nur 16 Jahren sank dieser verschärfte Zinssatz wiederum auf 4,12 % ab<sup>87</sup> – und damit fast auf das frühere Niveau.

Wie das Beispiel des Verzugszinssatzes zeigt, kann ein gesetzlicher Zinssatz problemlos dynamisiert werden. § 246 BGB ist ein Anachronismus. Für den neu zu schaffenden gesetzlichen Zinssatz zur Typisierung des Ertrags einer risikolosen Kapitalanlage bietet es sich an, das halbjährliche Aktualisierungsintervall des § 247 BGB zu übernehmen.

## (2) Durchschnittliche Rendite kurzfristiger festverzinslicher Einlagen als Bezugsgröße

Zu klären ist weiterhin, auf welcher Bezugsgröße der Zinssatz basieren sollte. Die Zahlungsverzugsrichtlinie<sup>88</sup> schreibt in ihrem Anwendungsbereich einen Mindestverzugszinssatz vor, der sich aus einem Aufschlag von acht Prozentpunkten auf einen dynamischen Bezugszinssatz ergibt.<sup>89</sup> Für die Bestimmung des Bezugszinssatzes lässt die Richtlinie Mitgliedsstaaten, deren Währung der Euro ist, die

<sup>83</sup> Ibid., S. 508.

<sup>84</sup> Ibid., S. 9.

<sup>85</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>86</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>87</sup> Gemäß amtlicher Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank vom 28.6.2016 betrug der Basiszinssatz ab dem 1.7.2016 -0,88%, BANZ AT 29.6.2016 B4.

<sup>88</sup> Richtlinie 2011/7/EU (Fn. 414).

<sup>89</sup> Richtlinie 2011/7/EU (Fn. 414), Art. 2 Nr. 6.

Wahl zwischen zwei EZB-Zinssätzen.<sup>90</sup> In Umsetzung dieser Vorgaben entspricht der jeweils zum 1.1. und 1.7. neu festgesetzte Basiszinssatz gemäß § 247 Abs. 1 S. 1 BGB dem Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der EZB vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahrs abzüglich 88 Basispunkte.

Mittels der Hauptrefinanzierungsoperation stellt die EZB Banken wöchentlich Zentralbankgeld zur Verfügung. Der sich dabei ergebende Hauptrefinanzierungszinssatz ist einer der Leitzinssätze der EZB.<sup>91</sup> Die Hauptrefinanzierungsoperation ist das zentrale geldpolitische Instrument der EZB. Durch die Festsetzung der Konditionen für die Vergabe von Zentralbankgeld versucht die EZB, Konditionen und Liquidität am Geldmarkt zu steuern. Vor diesem Hintergrund wäre es durchaus denkbar, diesen Zinssatz auch als Bezugsgröße für die typisierende Bestimmung des Ertrags einer risikofreien Kapitalanlage zu verwenden. Der Hauptrefinanzierungszinssatz selbst ist hierfür allerdings ungeeignet, da die Konditionen, zu denen sich Banken Zentralbankgeld beschaffen können, nicht den Konditionen entsprechen, zu denen Geld am Geldmarkt kurzfristig und risikofrei angelegt werden kann. Vielmehr müsste anhand historischer Zinsdaten untersucht werden, ob es möglich ist, mittels eines Zuschlags zum Hauptrefinanzierungszinssatz die durchschnittlichen Marktverhältnisse in vertretbarer Weise zu typisieren. Ein solches Vorgehen wäre jedoch nur dann zu erwägen, wenn es nicht möglich wäre, die Konditionen einer kurzfristigen, risikofreien Geldanlage unmittelbar zu beobachten.

Höchstmögliche Sicherheit bietet die Kapitalanlage bei der Bundesrepublik Deutschland. Allerdings hat die Bundesrepublik 2012 die zielgerichtete Ansprache nichtinstitutioneller Investoren eingestellt und vertreibt seither keine für diesen Kundenkreis bestimmten Anlageprodukte mehr.<sup>92</sup> Nichtinstitutionellen Investoren bleibt nur noch die Möglichkeit, Bundeswertpapiere am sekundären Kapitalmarkt zu erwerben. Der Erwerb börsengängiger Bundeswertpapiere kurz vor Fälligkeit erfordert ein gewisses Maß an finanzieller Expertise und ist zudem mit nicht unerheblichen Transaktionskosten verbunden. Daher ist auch die dabei zu erzielende Rendite kein idealer Maßstab für die typisierende Erfassung des Ertrags einer kurzfristigen, risikofreien Kapitalanlage.

Bevor die Bundesrepublik Deutschland das Geschäft mit nichtinstitutionellen Investoren aufgab, vertrieb sie speziell an diese Klientel die sogenannte Tagesanleihe.<sup>93</sup> Hierbei handelt es sich technisch um eine Schuldverschreibung mit unbegrenzter Laufzeit. Aufgrund der banktäglichen Verfügbarkeit des angelegten Kapitals entsprach die Tagesanleihe wirtschaftlich jedoch einem Tagesgeldkonto.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Dem von der EZB auf ihre jüngsten Hauptrefinanzierungsoperationen angewendeten Zinssatz oder dem marginalen Zinssatz, der sich aus Tenderverfahren mit variablem Zinssatz für die jüngsten Hauptrefinanzierungsoperationen der EZB ergibt, Richtlinie 2011/7/EU (Fn. 414), Art. 2 Nr. 7 lit a.

<sup>91</sup> Siehe MüKo/Grundmann, § 247 BGB Rn. 7.

<sup>92</sup> Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, Handmappe Bundeswertpapiere, A (Stand: August 2018; abrufbar unter: <https://www.deutsche-finanzagentur.de>).

<sup>93</sup> Ibid., H6.

<sup>94</sup> Ibid., H6.

Die Verzinsung richtete sich nach dem Referenzzinssatz EONIA<sup>95</sup>, war jedoch insofern nach unten abgesichert, als der Zinssatz nicht negativ werden konnte.<sup>96</sup> Der EONIA wird von der EZB berechnet und entspricht dem durchschnittlichen Zinssatz, zu dem sich Banken im Euroraum unbesicherte Darlehen „über Nacht“ gewähren.<sup>97</sup> Anders als die Verzinsung der Tagesanleihe kann der EONIA auch negative Werte annehmen. Der EONIA selbst ist zwar nur für Geschäfte zwischen Banken relevant. Seine erfolgreiche Verwendung als Referenzzinssatz der Tagesanleihe zeigt jedoch, dass sich zumindest die Bundesrepublik Deutschland zu diesen Konditionen auch Geld von nichtinstitutionellen Investoren beschaffen kann. Gegen einen Rückgriff auf die Tagesanleihe, und damit indirekt auf den EONIA, als Bezugsgröße für die Typisierung der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage spricht allerdings, dass die Tagesanleihe nur für wenige Jahre vertrieben wurde und nie mehr als ein Nischensegment des Geldmarkts repräsentierte. Für eine solide Typisierung sollte eine breitere Grundlage gewählt werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es als sachgerecht, auf die Rendite abzustellen, die sich mit einlagengesicherten Sichteinlagen bzw. sonstigen kurzfristigen Anlageprodukten bei deutschen Kreditinstituten erzielen lässt. Die Anlage von Geld auf einem Tagesgeld- oder Sparkonto ist mit so geringem Aufwand und Risiko<sup>98</sup> verbunden, dass der Ertrag unproblematisch in voller Höhe als das wirtschaftliche Verdienst des angelegten Geldes angesehen werden kann.

Bis 2003 veröffentlichte die Deutsche Bundesbank im Rahmen ihrer Zinsstatistik detaillierte Angaben zu den Konditionen der von deutschen Kreditinstituten angebotenen Einlageprodukte. 2003 wurde die Geldmarktstatistik für den gesamten Euroraum vereinheitlicht.<sup>99</sup> Das neue System ist im Hinblick auf die erfassten Produkte wesentlich grobmaschiger. Insbesondere wird nicht mehr zwischen unverzinslichen und verzinslichen Sichteinlagen differenziert. Mit Blick auf das Geschäftsvolumen zeigt sich, dass das gesamte Einlagegeschäft der Kreditinstitute in Deutschland durch drei Produktkategorien dominiert wird: Sichteinlagen von Privatpersonen, Sichteinlagen von Unternehmen außerhalb des Finanzsektors, sowie

---

<sup>95</sup> EONIA steht für „Euro OverNight Index Average“.

<sup>96</sup> Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, Handmappe Bundeswertpapiere, H6 (Stand: August 2018; abrufbar unter: <https://www.deutsche-finanzagentur.de>).

<sup>97</sup> MüKo/*Grundmann*, § 247 BGB Rn. 11. Seit 2019 wird der EONIA schrittweise durch den neuen Referenzzinssatz €STR (Euro Short-Term Rate) ersetzt, der neben reinen Interbankengeschäften auch Transaktionen zwischen Banken und anderen bedeutenden Geldmarktakteuren wie insbesondere Geldmarktfonds und Versicherungsgesellschaften berücksichtigt. Siehe dazu Deutsche Bundesbank, Methodik der Euro Short-Term Rate, Stand: 2. Oktober 2019 (abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de>).

<sup>98</sup> Aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben sind Einlagen innerhalb der Europäischen Union nunmehr flächendeckend bis zur Höhe von 100.000 € gesichert. In Deutschland bestehen zudem für die Masse des Marktes zusätzliche Sicherungssysteme. Siehe hierzu überblicksartig *Sethe*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, Rn. 37 ff. sowie Rn. 47 ff.

<sup>99</sup> Siehe dazu Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Januar 2004, S. 47 ff. (abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de>).



verzinsliche Anlagen mit einer Laufzeit von bis zu drei Monaten, letztlich also das klassische Sparbuch. Die nach Volumen gewichtete durchschnittliche Rendite des Neugeschäfts in diesen drei Produktkategorien belief sich im Januar 2018 auf 0,05 %.<sup>100</sup> Im Januar 2008 lag der gleiche Wert bei 2,8 %.<sup>101</sup> Durch die Einbeziehung unverzinslicher Sichteinlagen würde die bei einer risikolosen Anlage erzielbare Rendite allerdings zu niedrig angesetzt. Für einen neu zu schaffenden gesetzlichen Zinssatz ist stattdessen eine adäquate Datengrundlage zu erheben. Als angemessen erscheint es beispielsweise, auf die Rendite verzinslicher Einlagen mit einer Laufzeit bzw. Kündigungsfrist von bis zu 90 Tagen abzustellen. Dass die hierfür erforderlichen Daten erhoben werden können, belegt die frühere Zinsstatistik der Bundesbank. Es ist nicht auszuschließen, dass ein solcher, auf der Grundlage von Marktdaten erhobener Zinssatz auch negativ werden kann. Allerdings sollte der für die Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung herangezogene Zinssatz niemals unter null absinken können. Denn solange es Bargeld gibt, ist es stets möglich, einem negativen Einlagezinssatz auszuweichen. Es ist daher nicht erforderlich, den Nutzungsausgleichsanspruch des Berechtigten entsprechend zu schmälern.

### (3) Erfordernis einer Zinskapitalisierung

Gesetzliche Zinstatbestände sehen *de lege lata* keine Zinskapitalisierung vor.<sup>102</sup> Ferner besteht im bürgerlichen Recht gemäß § 248 Abs.1 BGB nach wie vor ein grundsätzliches Verbot, eine Zinskapitalisierung im Voraus zu vereinbaren, von dem Kreditinstitute in § 248 Abs.2 BGB im Wege einer Rückausnahme befreit werden.<sup>103</sup> Welchem Zweck das Zinseszinsverbot im BGB heute noch dient, ist nicht klar. Da das BGB keine festen Zinsobergrenzen mehr kennt, kann jedenfalls der Schutz des Schuldners vor finanzieller Überforderung nicht entscheidend sein.<sup>104</sup> Denn für die wirtschaftliche Belastung des Schuldners macht es keinen Unterschied, ob sie sich aus einer Zinskapitalisierung oder einer entsprechend höheren einfachen Verzinsung ergibt.<sup>105</sup> Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, der Zweck des Zinseszinsverbotes bestehe in der Wahrung der

<sup>100</sup> Deutsche Bundesbank, MFI-Zinsstatistik und zugehörige Zeitreihen (Bestände, Neugeschäft) (abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de>).

<sup>101</sup> Ibid. Ein auf diese Weise berechneter Durchschnittszinssatz wäre die beste Annäherung an die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage, die sich auf der Grundlage der derzeit veröffentlichten offiziellen Geldmarktdaten berechnen lässt.

<sup>102</sup> MüKo/Grundmann, § 248 BGB Rn. 9. Für Verzugs- und Prozesszinsen ist dies in § 289 S. 1 BGB (i. V. m. § 291 S. 2 BGB) ausdrücklich gesetzlich bestimmt.

<sup>103</sup> Eine weitere wichtige Ausnahme statuiert § 355 HGB. Siehe zum Ganzen MüKo/Grundmann, § 248 BGB Rn. 11 ff.

<sup>104</sup> So bspw. auch Grundmann, *ibid.*, Rn. 1; BeckOGK/Coen, § 248 BGB Rn. 4 (1.6.2018). A. A. Reifner, AcP 214 (2014), 694 (731) („Überschuldungsprävention“).

<sup>105</sup> Siehe dazu bspw. Law Commission, Pre-judgement Interest on debt and damages – Item 4 of the Eighth Programme of Law Reform: Compound Interest (LAW COM No 287), 2003, Rn. 3.2 ff. (abrufbar unter: <http://www.lawcom.gov.uk>). So auch BeckOGK/Coen, § 248 BGB Rn. 4 (1.6.2018).

Zinstransparenz. Danach soll hierdurch verhindert werden, dass Darlehensgeber ausnutzen, dass sich Darlehensnehmer die mit dem Zinseszins verbundene exponentielle Entwicklung nicht vorstellen können.<sup>106</sup>

Dieser spezifische Schutzzweck spielt – sofern man ihn heute überhaupt noch für relevant hält<sup>107</sup> – für die Bestimmung der Kapitalkosten bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung keine Rolle. Denn zumindest ein redlicher und unverklagter Nichtberechtigter erfährt ohnehin erst *ex post*, dass er zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist. Für eine Zinskapitalisierung spricht demgegenüber das Ziel, die Kapitalkosten des Nichtberechtigten in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu typisieren. Bei der festverzinslichen Geldanlage ist die Zinskapitalisierung marktüblich. Ein Nichtberechtigter würde daher bei einer risikolosen kurzfristigen Kapitalanlage Zinseszinsen erzielen.

Aus diesem Grund ist auch für die Ermittlung der Kapitalkosten als Bestandteil des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung eine Zinskapitalisierung vorzunehmen. In der Praxis finden unterschiedliche Kapitalisierungsintervalle Anwendung, wobei neben einer jährlichen insbesondere eine monatliche und vierteljährliche Zinskapitalisierung üblich ist.<sup>108</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, für die Zwecke des Nutzungsausgleichs das Kalenderjahr als Kapitalisierungsintervall zu nutzen, da es einerseits marktüblich ist und andererseits den mit der Zinskapitalisierung verbundenen Aufwand im Vergleich zu kürzeren Intervallen reduziert.

Rechtsvergleichend kann in der Frage der Zinskapitalisierung auf die Diskussion im Vereinigten Königreich verwiesen werden. Dort hatte sich die den Gesetzgeber beratende *Law Commission* bereits 2004 dafür ausgesprochen, den Gerichten das Recht zu geben, für die Verzinsung von Geldforderungen eine Zinskapitalisierung zu gewähren.<sup>109</sup> Die Begründung lässt sich in das folgende Zitat kondensieren:

„[T]he obvious reason for awarding compound interest is that it reflects economic reality.“<sup>110</sup>

Die Gesetzgeber ist der Empfehlung der *Law Commission* zwar letztlich nicht gefolgt. Allerdings vertrat das *House of Lords* 2007 in der mittlerweile berühmten *Sempra Metals*-Entscheidung die Auffassung, dass im Falle von rechtsgrundlos geleistetem Geld – im konkreten Fall ging es um zu Unrecht gezahlte Körperschaftsteuer in Milliardenhöhe – bereits nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ein Anspruch auf eine Verzinsung inklusive Zinskapitalisie-

<sup>106</sup> MüKo/Grundmann, § 248 BGB Rn. 1; BeckOGK/Coen, § 248 BGB Rn. 5 (1.6.2018), jeweils m. w. N.

<sup>107</sup> Siehe dazu BeckOGK/Coen, § 248 BGB Rn. 6 (1.6.2018).

<sup>108</sup> Siehe bspw. Reifner, AcP 214 (2014), 694 (710f.).

<sup>109</sup> *Law Commission*, Pre-judgement Interest on debt and damages – Item 4 of the Eighth Programme of Law Reform: Compound Interest (LAW COM No 287), 2003, Rn. 4.36 ff. (abrufbar unter: <http://www.lawcom.gov.uk>).

<sup>110</sup> *Ibid.*, Rn. 4.2 ff. (abrufbar unter: <http://www.lawcom.gov.uk>).

rung besteht.<sup>111</sup> Das entscheidende Argument lautete auch insofern, dass die Berechnung von Zinseszinsen marktüblich sei.<sup>112</sup>

2018 vollzog der *Supreme Court* in dieser Frage jedoch eine Kehrtwende um 180 Grad und steht nunmehr auf dem Standpunkt, dass unter dem Gesichtspunkt des *unjust enrichment* lediglich die Rückzahlung des rechtsgrundlos geleisteten Geldbetrages verlangt werden kann. Ein bereicherungsrechtlicher Zinsanspruch, gleich ob einfach oder inklusive Zinskapitalisierung, bestehe hingegen nicht:

“When money is paid by mistake, the claimant normally provides a benefit directly to the defendant: he pays him the money. [...] In those circumstances, an obligation arises immediately under the law of unjust enrichment to reverse the enrichment by repaying the money (or an equivalent amount). [...] The majority in *Sempra Metals* considered that there was also an additional and simultaneous transfer of value, comprising the opportunity to use the money, which also gave rise to a cause of action based on unjust enrichment. That enrichment had to be reversed by the payment of compound interest. This analysis has a number of questionable features [...]. Contrary to the analysis of Lord Nicholls in *Sempra Metals* (at para 102), the recipient’s possession of the money mistakenly paid to him, and his consequent opportunity to use it, is not a distinct and additional transfer of value. [...] There is no right to interest on the basis of unjust enrichment: failure to pay a sum which is legally due is not a transfer of value, and does not give rise to an additional cause of action based on unjust enrichment.”<sup>113</sup>

Ob damit das letzte Wort in der Frage der Haftung eines Bereicherungsschuldners für den „use value of money“ nach englischem Recht gesprochen ist, bleibt abzuwarten. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung genügt die Feststellung, dass sich der Entscheidung des *Supreme Court* jedenfalls kein Argument gegen eine Zinskapitalisierung im Falle einer grundsätzlich *bestehenden* Zinspflicht entnehmen lässt.

Der Vollständigkeit halber sei abschließend noch darauf hingewiesen, dass auch Praktikabilitätsabwägungen jedenfalls heute nicht mehr gegen eine Zinskapitalisierung ins Feld geführt werden können. Die hierfür erforderlichen Programme und Rechner sind kostenlos im Internet verfügbar.

<sup>111</sup> *Sempra Metals Ltd v Inland Revenue Commissioners* [2007] UKHL 34, paras 102, 103 (Lord Nicholls). Siehe hierzu die Beiträge in *Elliott/Häcker/Mitchell*, Restitution of Overpaid Tax, 2013 in Section II: English Law, S. 23 ff. sowie aus rechtsvergleichender Perspektive *Arnold*, RIW 2008, 264 ff.

<sup>112</sup> *Sempra Metals Ltd v Inland Revenue Commissioners* [2007] UKHL 34, para 103 (Lord Nicholls): „In the ordinary course the value of having the use of money, sometimes called the ‚use value, or ‚time value‘ of money, is best measured in this restitutionary context by the reasonable cost the defendant would have incurred in borrowing the amount in question for the relevant period. That is the market value of the benefit the defendant acquired by having the use of the money. This means the relevant measure in the present case is the cost the United Kingdom government would have incurred in borrowing the ACT for the period of prematurity. Like all borrowings in the money market, interest charges calculated in this way would inevitably be calculated on a compound basis.“

<sup>113</sup> *Prudential Assurance Company Ltd v Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs* [2018] UKSC 39, paras 69–73.

*d) Zinslauf*

Schließlich muss für die Ermittlung der Kapitalkosten durch Verzinsung des in dem genutzten Gut gebundenen Kapitals der Zinslauf bestimmt werden. Der Zinslauf kann frühestens mit der Erlangung des Gutes durch den Nichtberechtigten beginnen und endet spätestens mit der Übertragung des Gutes auf den Berechtigten. Während dieses Zeitraums ist der Nichtberechtigte Inhaber eines ihm nicht zustehenden Gutes inklusive des darin gebundenen Kapitals.<sup>114</sup> Allerdings genügt das Innehaben eines Gutes allein nicht, um eine Verpflichtung zur Verzinsung des Kapitals zu rechtfertigen. Hinzukommen muss, dass das Gut zumindest nutzbar ist (aa). Irrelevant ist hingegen, ob bzw. wie intensiv der Nichtberechtigte das Gut tatsächlich nutzt (bb). Trotz Nutzbarkeit endet der Zinslauf, wenn der Nichtberechtigte seine fehlende Berechtigung erkennt und daraus die Konsequenz zieht, das Gut als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Berechtigten zu verwahren (cc).

*aa) Nutzbarkeit als Voraussetzung für den Zinslauf*

Der Nichtberechtigte schuldet Ausgleich für die Kosten des in dem Gut gebundenen Kapitals. Wie viel Kapital in einem Gut gebunden ist, ergibt sich aus dem Wert des Gutes. Der Wert des Gutes wiederum besteht aus der Perspektive des Inhabers im Barwert der durch das Gut eröffneten Nutzungsmöglichkeiten.<sup>115</sup> Wenn ein Gut nicht nutzbar ist, dann kann es allerdings auch keine Nutzungsmöglichkeiten gewähren. Ob und inwieweit das Gut im Zeitpunkt der Erlangung durch den Nichtberechtigten nutzbar war, muss sich daher auch auf die Ermittlung der vom Nichtberechtigten geschuldeten Kapitalkosten auswirken.

Einschränkungen in der Nutzbarkeit im Zeitpunkt der Erlangung des Gutes durch den Nichtberechtigten führen zu einem niedrigeren Wert des Gutes. Dieser Effekt kann bereits bei der Bestimmung der Verzinsungsbasis berücksichtigt werden.<sup>116</sup> Beispielsweise kommt ein Pkw, der aufgrund seiner Abgaswerte in den meisten deutschen Großstädten nicht mehr genutzt werden darf, faktisch nur noch als Zweitwagen für Dorfbewohner in Betracht. Die drastische Einschränkung des Kreises potentieller Nachfrager senkt den Marktwert. Wenn daher ein vermeintlicher Erbe ein solches Fahrzeug im Nachlass vorfindet, erspart er in einem dementsprechend geringeren Umfang Kapitalkosten.

---

<sup>114</sup> Hätte der Nichtberechtigte das Vollrecht an dem Gut käuflich erworben, hätte er, ausgehend vom Leitbild der Zug-um-Zug-Erfüllung, im Zeitpunkt der Erlangung des Gutes den Kaufpreis aufbringen müssen. Auch im Stadium der Rückabwicklung müssen wechselseitige Verpflichtungen grundsätzlich nur Zug-um-Zug erfüllt werden. Wenn der Nichtberechtigte das Gut daher tatsächlich gekauft hat, muss er es bspw. im Rahmen einer Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB auch nur Zug-um-Zug gegen die Rückzahlung des Kaufpreises auf den Verkäufer zurückübertragen, § 348 BGB.

<sup>115</sup> Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 351.

<sup>116</sup> Gleichsinnig bspw. Fervers/Gsell, NJW 2020, 1393 (1395) für die Frage der schadensmindernden Berücksichtigung von Nutzungsvorteilen bei Rückabwicklung von Kaufverträgen über manipulierte Dieselfahrzeuge nach § 826 BGB.

Allerdings löst die Herabsetzung der Verzinsungsbasis das Problem der fehlenden Nutzbarkeit dann nicht vollständig, wenn der Nichtberechtigte von der fehlenden Nutzbarkeit überproportional betroffen ist. Hierzu kommt es immer dann, wenn sich die bereits bei Erlangung des Gutes durch den Nichtberechtigten angelegte Störung der Nutzbarkeit überproportional in dem Zeitraum manifestiert, während dessen der Nichtberechtigte das Gut innehat. Dieser Zusammenhang soll anhand des Beispiels eines mit einem Nießbrauch belasteten landwirtschaftlichen Grundstücks verdeutlicht werden. Für dieses Grundstück sei von einem jährlichen Pachtwert von 10.000 € auszugehen. Der Ertragswert des Grundstücks entspricht dem Barwert einer ewigen Rente ( $1/r$ ) von 10.000 €. Unterstellt man einen Diskontierungszinssatz von 5 % ( $r$ ), so ergäbe sich ein Wert von 200.000 €. Wenn nun aber das Grundstück für zehn Jahre mit einem Nießbrauch belastet ist, so muss zu Bestimmung des Barwerts im Zeitpunkt  $t_0$  der Barwert der Erträge für  $t_1$  bis  $t_{10}$  (77.217 €) vom Barwert der ewigen Rente abgezogen werden. Es ergibt sich ein Ertragswert von 122.783 €. Wenn ein vermeintlicher Erbe dieses Grundstück im Nachlass vorfindet, so wäre es nicht angemessen, wenn er als Nutzungsausgleich die Kapitalkosten von 122.783 € zahlen müsste. Denn es ist zwar zutreffend, dass ein hypothetischer Käufer diesen Betrag hätte aufbringen müssen, um das Grundstück zu nutzen. Er hätte dies jedoch im Hinblick auf den Ertrag des Grundstücks ab dem Zeitpunkt  $t_{11}$  getan. Wenn der wahre Erbe jedoch im Zeitpunkt  $t_3$  das Grundstück herausverlangt, so ist in dem Zeitraum, während dessen der Nichtberechtigte Inhaber (Bucheigentümer) des Grundstücks war, keinerlei Nutzen angefallen, der in den Barwert des Grundstücks einfließt.

Um zu vermeiden, dass der Nichtberechtigte Ausgleich für einen Wert leisten muss, der ihm nicht einmal abstrakt zugutegekommen ist, muss der Zinslauf daher in einem solchen Fall für den Zeitraum ausgesetzt werden, für den das Gut aufgrund eines bereits bei Erlangung bestehenden Umstandes nicht nutzbar war. Im Gegenzug darf dann allerdings dieser Umstand insoweit nicht zu einer Minderung der Verzinsungsbasis führen, als er bereits durch eine Aussetzung des Zinslaufs berücksichtigt wurde.<sup>117</sup>

Ein praxisrelevantes Beispiel ist der Kauf eines mangelhaften Pkw. Wenn der Mangel den Wert reduziert, die Nutzbarkeit aber nicht wesentlich beeinträchtigt, ist es ausreichend, die Verzinsungsbasis entsprechend herabzusetzen. Das paradigmatische Beispiel für einen solchen Mangel ist der merkantile Minderwert aufgrund fehlender Unfallfreiheit. Wenn hingegen der Sachmangel die Nutzung des Wagens während der Besitzzeit beeinträchtigt, so ist dem durch eine Anpassung des Zinslaufs Rechnung zu tragen. Zu denken wäre beispielsweise an ein Versagen der Bordelektronik aufgrund eines Fehlers in einem nur wenige Euro teuren Bauteil. Wenn der Käufer eines solchen Fahrzeugs dieses zunächst drei Monate in eine

---

<sup>117</sup> Bei einer Rückgabe des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks in  $t_{11}$  müsste daher der Nichtberechtigte für ein Jahr den ungeminderten Barwert des Grundstücks bei Erlangung in Höhe von 200.000 € verzinsen.

Werkstatt geben musste, weil der Fehler nur schwer aufzuspüren war, so beginnt der Zinslauf für die Ermittlung des Wertes der Güternutzung erst nach Abschluss der Reparatur. Im Gegenzug ist der Mangel bei der Bestimmung der Verzinsungsbasis in Gestalt des Wertes des Pkw bei Erlangung durch den Nichtberechtigten nicht zu berücksichtigen. Wertungsmäßig kann der Fall genauso behandelt werden, als ob der Verkäufer erst in diesem Zeitpunkt geleistet hätte.<sup>118</sup> Ist die Nutzbarkeit für einen bestimmten Zeitraum nur eingeschränkt, kann dem durch eine nur auf diesen Zeitraum bezogene Minderung der Verzinsungsbasis Rechnung getragen werden.

Im Ergebnis stehen somit zwei Methoden zur Berücksichtigung einer bereits bei Erlangung des Gutes angelegten fehlenden Nutzbarkeit zur Verfügung: eine Minderung der Verzinsungsbasis oder eine Aussetzung des Zinslaufs für die Zeit fehlender Nutzbarkeit. Wenn der Nichtberechtigte das Gut über seine gesamte Nutzungsdauer nutzen könnte, würden beide Methoden zum gleichen Ergebnis führen. Falls ihm das Gut aufgrund seiner fehlenden Berechtigung vorzeitig entzogen wird, ist die fehlende Nutzbarkeit zu seinen Gunsten durch eine Aussetzung des Zinslaufs zu berücksichtigen. Allerdings sollte es dem Nichtberechtigten auch freistehen, sich zur Vereinfachung der Abrechnung mit einer Verminderung der Verzinsungsbasis zu begnügen.

Da für die Ermittlung der Kapitalkosten auf das Kapital abzustellen ist, das der Nichtberechtigte für den Erwerb des Gutes hätte aufbringen müssen, sind Umstände, die erst nach der Erlangung des Gutes eintreten, nicht zu berücksichtigen. Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte mit einem gekauften Pkw einen unverschuldeten Unfall erleidet, aufgrund dessen der Wagen einen Monat lang zur Reparatur in eine Werkstatt muss, dann berührt dies den Zinslauf nicht. Aus Sicht des Nichtberechtigten hat sich schlicht das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht.<sup>119</sup> Als ein erst nachträglich eintretender Umstand ist es auch zu werten, wenn das Gut zwar bereits bei Erlangung durch den Nichtberechtigten nicht nutzbar war, der Nichtberechtigte es jedoch versäumt, die Nutzbarkeit herzustellen. Wenn beispielsweise ein vermeintlicher Erbe oder ein Käufer ein sanierungsbedürftiges Haus erhalten, das innerhalb von drei Monaten nutzbar gemacht werden könnte, so beginnt der Zinslauf mit Ablauf dieser drei Monate. Die Nachlässigkeit, das Gut nicht in einen nutzungsbereiten Zustand versetzt zu haben, darf der Nichtberechtigte nicht auf den Berechtigten abwälzen.

---

<sup>118</sup> Für den Fall, dass der Käufer den Kaufpreis bereits bei der Lieferung des Pkw gezahlt hatte, entspricht dies einer Vorleistung des Käufers für einen Zeitraum von drei Monaten. Für den Fall, dass im Rahmen der Rückabwicklung eines Kaufvertrags Nutzungsausgleich zu leisten ist, kann sich daraus die Notwendigkeit eines Zuschlags zum im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis ergeben, soweit eine zunächst fehlende Nutzbarkeit – wie etwa bei einem sanierungsbedürftigen Haus – bereits im Kaufpreis berücksichtigt worden ist.

<sup>119</sup> Ob die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich entfällt, wenn das Gut zerstört wird, hängt davon ab, ob der Nichtberechtigte hierfür haftet, etwa weil er die Zufallsgefahr trägt oder zum Schadensersatz verpflichtet ist. Siehe hierzu *infra* 3. Teil:D.III.1, S. 630 ff.

Falls der Nichtberechtigte ein Gut erlangt, das er nicht persönlich nutzen kann oder will, so steht es ihm frei, das Gut durch Verkauf in das universelle Tauschmittel Geld<sup>120</sup> zu überführen. Falls sich der Nichtberechtigte hierzu entschließt, kann er das in dem Gut gebundene Kapital erst nach der erfolgreichen Veräußerung nutzen. Der Zinslauf ist daher auch in diesem Fall in Abhängigkeit von der Art des Gutes für einen für die Abwicklung der Transaktion angemessenen Zeitraum auszusetzen.<sup>121</sup>

#### *bb) Irrelevanz der tatsächlichen Nutzung für den Zinslauf*

Anders als die Frage, ob das Gut bei seiner Erlangung durch den Nichtberechtigten überhaupt in einem nutzungsbereiten Zustand ist, spielt der Umstand, ob und wie intensiv es der Nichtberechtigte tatsächlich nutzt, für den Zinslauf keine Rolle. Denn allein dadurch, dass der Nichtberechtigte die Verfügungsgewalt über ein grundsätzlich nutzbares Gut hat, nutzt er das in dem Gut gebundene Kapital. Auch beim ungestörten Vollrechtsinhaber fallen die Kapitalkosten unabhängig davon an, ob er und wie er das Gut verwendet. Wer sich etwa eine teure Skiausrüstung kauft, sich dann aber Jahr für Jahr doch nicht aufrufen kann, im Winter in die Berge zu fahren, kommt nicht umhin, die Kosten des in der Ausrüstung gebundenen Kapitals zu tragen.

Anders als im Fall der fehlenden Nutzbarkeit ist auch aufgrund der Besonderheiten des Nutzungsausgleichs insofern keine Einschränkung geboten. Die fehlende objektive Nutzbarkeit findet ihre Ursache im falsch zugeordneten Gut. Die Ursache dafür, dass ein grundsätzlich nutzbares Gut nicht genutzt wird, stammt hingegen aus der Sphäre des Nichtberechtigten. Wenn er das Gut brachliegen lässt, so ist dies grundsätzlich seine freie Entscheidung. Es besteht kein Grund, ihm im Rahmen des Nutzungsausgleichs generell zu gestatten, die wirtschaftlichen Konsequenzen dieser Entscheidung auf den Berechtigten abzuwälzen. Wenn der Nichtberechtigte redlich ist, nutzt er das Gut genauso, wie er es auch als ungestörter Vollrechtsinhaber getan hätte. Er muss insbesondere davon ausgehen, dass ihm die Kapitalkosten ungeachtet der Nutzungsintensität zur Last fallen. Der Umstand, dass der Nichtberechtigte weiß oder zumindest damit rechnen muss, dass er nicht berechtigt ist, das Gut innezuhaben, rechtfertigt für sich allein ebenfalls noch keine Zäsur.<sup>122</sup> Auch der unredliche Nichtberechtigte nutzt fremdes Kapital, solange er die Verfügungsgewalt über das Gut hat und keine Anstalten macht, es auf den Berechtigten zu übertragen. Irrelevant ist ferner, ob der Nichtberechtigte persönlich zur Nutzung des Gutes in der Lage war. Denn selbst wenn dies nicht der Fall war, hätte es dem Nichtberechtigten immerhin frei gestanden, das für ihn nicht nutzbare Gut durch Verkauf in Geld und somit in ein universell nutzbares Gut umzusetzen.

<sup>120</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

<sup>121</sup> Dies gilt natürlich nicht, wenn der Nichtberechtigte das Gut zunächst nutzt und erst zu einem späteren Zeitpunkt veräußert.

<sup>122</sup> Siehe hierzu aber auch noch sogleich infra 3. Teil:C.I.2.d)cc), S. 550 ff.

Wenn also beispielsweise ein bösgläubiger Scheinerbe im Nachlass eine wertvolle Taucherausrüstung vorfindet und diese nicht verkauft, so muss er das in der Taucherausrüstung gebundene Kapital grundsätzlich auch dann verzinsen, wenn er keinen Tauchschein hat und auch nicht vorhat, einen Tauchschein zu erwerben.

Aufgrund der Irrelevanz der tatsächlichen Nutzung erledigen sich zwei Probleme, die sich *de lege lata* bei der Ermittlung des Wertes der von einem Nichtberechtigten realisierten Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB ergeben. Zum einen wird die Streitfrage, ob die Realisierung von Gebrauchsvorteilen eine gewisse Mindestintensität der Nutzung voraussetzt oder ob die schlichte Nutzungsmöglichkeit genügt,<sup>123</sup> im Sinne der letztgenannten Alternative entschieden. Bereits die Möglichkeit, über ein nutzbares Gut zu verfügen, begründet eine Ausgleichspflicht in Höhe der Kapitalkosten. Hierdurch entfällt zugleich die Notwendigkeit, im Einzelfall entscheiden zu müssen, wann die Nutzung ausreichend intensiv ist. Zum anderen vereinfacht sich die Durchführung des Nutzungsausgleichs, wenn der Nichtberechtigte „verschärft“ haftet. *De lege lata* muss insofern im Falle einer unterbliebenen Nutzung geprüft werden, ob die Nichtnutzung den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft entsprach oder nicht. Zumindest dann, wenn sich die Nutzungsausgleichspflicht auf den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung beschränkt, ist dies nach der hier vertretenen Auffassung nicht erforderlich, da grundsätzlich bereits die bloße Nutzbarkeit des Gutes eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auslöst.

Hierdurch verringert sich zugleich das Risiko eines Fehlanreizes bezüglich der Nutzung des Gutes, wenn der Nichtberechtigte von seiner potentiell fehlenden Nutzungsberechtigung Kenntnis hat. Wenn nur die tatsächliche Nutzung eine Ausgleichspflicht begründet, so besteht die Gefahr, dass der Nichtberechtigte das Gut in einem ineffizient geringen Umfang nutzt oder es sogar brachliegen lässt. Denn unter diesen Voraussetzungen würde er bezüglich der Nutzung *gerade des falsch zugeordneten Gutes* tendenziell indifferent gestellt. Dies soll anhand des Beispiels eines gutgläubigen Käufers eines gestohlenen Pkw verdeutlicht werden, der kurz nach Übergabe des Pkw und Zahlung des Kaufpreises erfährt, dass das Fahrzeug gestohlen ist. Wenn der Käufer in dieser Situation für die tatsächliche Nutzung des gestohlenen Fahrzeugs Ausgleich schuldet, so ist der an den nicht auffindbaren oder insolventen Dieb gezahlte Kaufpreis endgültig in voller Höhe verloren. Denn der Käufer kann ihn durch eine Nutzung des Pkw nicht einmal anteilig amortisieren. Falls er für die *Nichtnutzung* des Pkw keinerlei Ausgleich schuldet, wäre es für ihn in dieser Situation gleichgültig, ob er den gestohlenen Pkw nutzt oder ob er sich sofort einen weiteren Pkw kauft und damit fährt. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive wäre letzteres jedoch ineffizient, weil dann das in dem gestohlenen Pkw gebundene Kapital brachliegen würde.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> Supra 2. Teil: B.I.1.b)bb), S. 264 f. Für die Relevanz der Nutzungsmöglichkeit bspw. Beck-OGK/Haertlein, § 508 Rn. 36 (1.3.2018).

<sup>124</sup> Diesem Anreizproblem wird bereits *de lege lata* zumindest teilweise dadurch begegnet, dass der verschärft haftende Nichtberechtigte zum Ausgleich für entgegen den Regeln ordnungs-



Dass der Zinslauf lediglich die Nutzbarkeit des Gutes voraussetzt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Nichtberechtigte die Kapitalkosten unabhängig von Umfang und Ergebnis der Nutzung tragen muss. Immer dann, wenn sich die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus § 818 Abs. 1 BGB ergibt, besteht die Möglichkeit, dass der Nichtberechtigte den Umfang seiner Haftung insofern beschränken kann, indem er sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf beruft, nicht (mehr) bereichert zu sein. Hierauf wird nachfolgend näher eingegangen.<sup>125</sup>

*cc) Keine Nutzungsausgleichspflicht während Verwahrung des Gutes durch den Nichtberechtigten*

Der Zinslauf endet spätestens dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut auf den Berechtigten überträgt. Ab diesem Zeitpunkt nutzt er nicht mehr das in dem Gut gebundene Kapital. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es allerdings angezeigt, den Zinslauf bereits zu einem früheren Zeitpunkt zu beenden. Wenn der Nichtberechtigte seine fehlende Berechtigung erkennt und die erforderlichen Schritte in die Wege leitet, um das Gut auf den Berechtigten zu übertragen, so profitiert er von dem Gut nicht zwingend bis zum letzten Augenblick, zu dem es sich in seiner Verfügungsgewalt befindet.

*De lege lata* wird eine bestehende Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich durch die §§ 301 f. BGB ab dem Zeitpunkt abgemildert, ab dem sich der Berechtigte im Hinblick auf das genutzte Gut im Gläubigerverzug befindet. Aus § 301 BGB ergibt sich, dass der Schuldner eine verzinliche Geldschuld während des Gläubigerverzugs nicht verzinsen muss. Gemäß § 302 BGB haftet der nutzungsausgleichspflichtige Schuldner nur noch für tatsächlich gezogene Nutzungen.<sup>126</sup> Den §§ 301 f. BGB lässt sich die Wertung entnehmen, dass der Schuldner durch den Eintritt des Gläubigerverzugs zwar entlastet, aber nicht bereichert werden soll.<sup>127</sup>

Überträgt man diese Wertung auf die Problematik der Ermittlung der Kapitalkosten als Bestandteil des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung, so folgt daraus, dass allein der Eintritt des Gläubigerverzugs nicht ausreicht, um

---

mäßiger Wirtschaft *nicht* gezogene Nutzungen verpflichtet wird. Insofern stellt sich jedoch wiederum das Problem, im Einzelfall beurteilen zu müssen, ob die Nichtnutzung gegen die Regel ordnungsmäßiger Wirtschaft verstieß. Zumindest dann, wenn man diese Frage nicht allein am Interesse des Berechtigten am Erhalt einer Ausgleichsleistung, sondern an der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt festmacht, dürfte sie häufig mit vertretbarem Aufwand nicht zu beantworten sein.

<sup>125</sup> Infra 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff.

<sup>126</sup> Abgesehen vom Fall, dass sich die Nutzungsausgleichspflicht allein daraus ergibt, dass der Gläubiger Klage auf Herausgabe des Gutes erhoben hatte, ist damit für den Schuldner nur dann eine Erleichterung verbunden, wenn er zuvor auch für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen haftete.

<sup>127</sup> BGH, 25.10.1957, I ZR 25/57, NJW 1958, 137 (138). Aus diesem Grund muss nach der herrschenden Meinung auch ein Geldschuldner, der gemäß § 301 BGB dem Gläubiger keine Zinsen schuldet, nichtsdestotrotz die bei der Anlage des geschuldeten Geldes erzielten Zinserträge gemäß § 302 BGB an den Gläubiger auskehren.

den Zinslauf zu beenden. Denn der Gläubigerverzug ändert nichts daran, dass der Nichtberechtigte weiterhin fremdes Kapital nutzt. Insbesondere dann, wenn die Parteien darüber streiten, ob ein Veräußerungsvertrag rückabzuwickeln ist oder nicht, kann dieser Zustand unter Umständen jahrelang anhalten. Instrukтив ist insofern der Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18.12.2014, I-3 U 29/14 zugrunde lag. Der Kläger hatte 2009 einen Pkw gekauft. Im Januar 2010 hatte er wirksam den Rücktritt vom Vertrag erklärt und den Verkäufer zur Rückabwicklung aufgefordert. Der Verkäufer hatte den Rücktritt jedoch nicht anerkannt. Rechtskräftig entschieden wurde der Streit hierüber erst vier Jahre später durch das OLG. Während dieses Zeitraums hatte der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, den Pkw weiter zu nutzen. Da der Pkw nach der selbstgenutzten Immobilie für die meisten Haushalte das wertvollste Investitionsgut darstellt, wären viele Käufer gar nicht in der Lage, sich einen Ersatz-Pkw zu beschaffen, ohne zuvor den Kaufpreis zurückzuerhalten. Umgekehrt besteht aber in dieser Situation auch kein Grund, den Käufer durch eine Befreiung von der Verpflichtung zur Verzinsung des in dem Fahrzeug gebundenen Kapitals besser zu stellen, als er bei einer ordnungsgemäßen Durchführung des Vertrags stünde.<sup>128</sup>

Allerdings ist es auch denkbar, dass der Nichtberechtigte ab dem Zeitpunkt, in dem er davon Kenntnis erlangt, dass er das Gut an den Berechtigten herausgeben muss, kein Interesse mehr an dessen Nutzung hat. Nach erklärtem Rücktritt soll dem Rückgewährschuldner nach überwiegender Auffassung im Schrifttum im Regelfall sogar die *Berechtigung* zur Nutzung fehlen.<sup>129</sup> Wenn der Berechtigte die Rücknahme verweigert und hierdurch in Annahmeverzug gerät, oder wenn sich der Nichtberechtigte in einer unverschuldeten Ungewissheit über die Person des Gläubigeres befindet, kann er sich von seiner Verpflichtung zum Nutzungsausgleich dadurch befreien, dass er Geld gemäß § 372 BGB hinterlegt bzw. ein nicht hinterlegungsfähiges Gut öffentlich versteigern lässt und den Erlös hinterlegt.<sup>130</sup> Oftmals wird es jedoch auch im Interesse des Berechtigten sein, wenn sich der Nichtberechtigte zu einem weniger radikalen Vorgehen entschließt und das Gut schlicht für den Berechtigten verwahrt. Mangels einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung unterliegt dieses Verwahrverhältnis den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Unabhängig davon, ob die Geschäftsführung berechtigt ist oder nicht, endet in dem Zeitpunkt, in dem sich der Nichtberechtigte entschließt, das Gut für den Berechtigten zu verwahren, der zeitliche Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs.<sup>131</sup> In diesem Zeitpunkt endet damit zugleich der Zinslauf für die Ermittlung der Kapitalkosten.

<sup>128</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.a), S. 528 f.

<sup>129</sup> Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 196 f.; Staudinger/Kaiser, § 346 BGB Rn. 286 (November 2011); MüKo/Gaier, § 346 BGB Rn. 65.

<sup>130</sup> § 383 BGB.

<sup>131</sup> Siehe dazu auch supra 1. Teil:C.III.2, S. 118 f.

Dafür, dass der Nichtberechtigte das Gut ab einem bestimmten Zeitpunkt nur noch für den Berechtigten verwahren wollte, ist er nachweispflichtig. Er wird daher damit in der Regel nur durchdringen, wenn sein Sinneswandel deutlich nach außen hervorgetreten ist. Wenn ein solcher Wille dokumentiert wird, kann dadurch unter Umständen eine Nutzungsausgleichspflicht auch von vornherein entfallen. Wenn beispielsweise der Inhaber eines Bankkontos feststellt, dass ihm aufgrund einer Fehlbuchung ein Betrag gutgeschrieben wurde, der ihm nicht zusteht, so ist er hierfür grundsätzlich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Nutzung von Geld, also in Höhe der bei einer risikofreien Anlage zu erzielenden Rendite, nutzungsausgleichspflicht.<sup>132</sup> Diese Pflicht trifft ihn auch dann, wenn er das Geld schlicht auf einem unverzinslichen Konto stehen lässt. Wenn er sich allerdings einer Verfügung über den Betrag der Gutschrift enthält und innerhalb angemessener Frist der Bank bzw. dem Urheber der Gutschrift einen Hinweis gibt, so dokumentiert er, dass er das Geld nicht im eigenen Interesse nutzen will. Es entsteht daher schon keine Nutzungsausgleichspflicht.

### 3. Nutzungsbedingte Wertminderung

Für Güter, deren wirtschaftliche Nutzungsdauer zeitlich beschränkt ist, ist der Verlust des in dem Gut gebundenen Kapitals Voraussetzung und notwendige Begleiterscheinung der Nutzung. Der Wert des Gutes wird im Prozess der Nutzung verbraucht. So geht beispielsweise die Rechtsprechung für privat genutzte Pkw davon aus, dass die wirtschaftliche Gesamtleistung je nach Modell zwischen 100.000 und 400.000 km liegt.<sup>133</sup> Selbst bei idealer Pflege und unfallfreier Fahrt ist irgendwann der Punkt erreicht, an dem es wirtschaftlich ist, einen Pkw zu verschrotten und durch ein neues Fahrzeug zu ersetzen. Ein Eigentümer, der einen Pkw über seine gesamte wirtschaftliche Nutzungsdauer nutzt, muss für die Nutzung daher nicht nur Kapitalkosten in Gestalt des Verzichts auf den Ertrag des in den Pkw investierten Kapitals aufwenden, sondern auch das investierte Kapital selbst.<sup>134</sup> Ausgehend von der Prämisse, dass der fiktive Aufwand für eine berechnete Güternutzung den Kosten entspricht, die einem berechtigten Vollrechtsinhaber für die Nutzung des Gutes entstanden wären, muss auch diese Aufwandsposition bei der Bestimmung des Nutzungsausgleichs berücksichtigt werden. Nachfolgend wird zunächst gezeigt, dass der nutzungsbedingte Wertverlust bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung mittels einer linearen Abschreibung berücksichtigt werden sollte (a), bevor anschließend erläutert wird, wie der Abschreibungsbetrag konkret zu berechnen ist (b).

<sup>132</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.c)aa)(2), S. 533 ff.

<sup>133</sup> Siehe hierzu die ausführliche Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung bei *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 941 ff. m. w. N. Siehe ferner *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713 (1714f.).

<sup>134</sup> In Höhe der Differenz zwischen den Anschaffungskosten und dem Restwert. Wegen des Schrottwerts sinkt der Restwert i. d. R. nicht auf null.

*a) Lineare Abschreibung als beste Methode zur typisierenden Erfassung des nutzungsbedingten Verlusts des in einem Gut mit beschränkter Nutzungsdauer gebundenen Kapitals*

Der Verlust des in dem Gut gebundenen Kapitals ist Voraussetzung für die Nutzung aller Güter, deren Nutzungsdauer zeitlich beschränkt ist. Die Ursachen hierfür können technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein (aa). Um die Wertminderung zu erfassen, die auf der Beschränkung der wirtschaftlichen Nutzungsdauer eines Gutes beruht, ist ein schlichter Vergleich der Werte des Gutes bei Erlangung und Herausgabe durch den Nichtberechtigten nicht geeignet, da diese Wertdifferenz auch von sonstigen Faktoren beeinflusst wird (bb). Stattdessen ist der Wert des Gutes mittels einer linearen Abschreibung auf die Nutzungsdauer des Gutes zu verteilen (cc).

*aa) Technische, wirtschaftliche und rechtliche Ursachen für die zeitliche Beschränkung der wirtschaftlichen Nutzungsdauer eines Gutes*

Die Nutzungsdauer von Gütern, die einem physischen Verschleiß unterliegen, ist aufgrund einer technischen Ursache beschränkt. Dies kann naturgemäß nur körperliche Güter, also Sachen, betreffen. Sachen können sowohl einem gebrauchsunabhängigen als auch einem gebrauchsunabhängigen physischen Verschleiß unterliegen. Gebrauchsabhängig ist beispielsweise die in erster Linie reibungsbedingte Abnutzung der beweglichen Teile eines Pkw beim Fahren. Gebrauchsunabhängig ist dagegen der Verschleiß, der sich schlicht aus der Alterung des Materials ergibt, wie etwa das Korrodieren von Metall oder die Versprödung von Kunststoff.

Wirtschaftlicher Natur ist hingegen eine Beschränkung der Nutzungsdauer, die aus dem technischen Fortschritt oder sich wandelnden Moden resultiert. Der technische Fortschritt kann die Nutzungsdauer insofern zeitlich begrenzen, als er die Nutzung eines Gutes unwirtschaftlich macht. So wurde beispielsweise die Nutzung von Segelschiffen zunehmend unrentabel, als es gelang, die Dampfmaschine mittels Schaufelrädern als Schiffsantrieb zu nutzen. Ganze Flotten von Schaufelraddampfern wiederum fielen kurz darauf dem technischen Fortschritt in Gestalt der Schiffschraube zum Opfer. Bei einem weiten Verständnis ist es möglich, nahezu jede technische Ursache für die zeitliche Beschränkung der Nutzungsdauer eines Gutes in eine wirtschaftliche Ursache umzudeuten. Denn bei entsprechender Wartung und Pflege kann dem physischen Verschleiß fast immer entgegengewirkt werden. So hat beispielsweise jeder Pkw das Potential, zum „Oldtimer“ zu werden. Allerdings ist es für die meisten Güter ab einem gewissen Punkt schlicht unrentabel, ihre Nutzungsdauer durch Investition in den Erhalt ihrer Substanz zu verlängern.

Eine rechtliche Beschränkung der Nutzungsdauer besteht insbesondere bei zeitlich limitierten Immaterialgüterrechten. So endet beispielsweise das durch ein deutsches Patent gewährte Ausschließlichkeitsrecht zwanzig Jahre nach Anmeldung des Patents.<sup>135</sup>

<sup>135</sup> § 16 PatG.

Es gibt jedoch auch Güter, deren Nutzungsdauer zeitlich unbeschränkt ist. Für solche Güter beschränkt sich der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung auf die Kosten des in dem jeweiligen Gut gebundenen Kapitals. Unbeschränkt ist zum einen die Nutzungsdauer solcher Güter, für die physischer Verschleiß keine Rolle spielt und deren Wert weder durch technischen Fortschritt noch durch sich wandelnde Moden auf null sinkt. Die wirtschaftlich bedeutendsten Güter, die in diese Kategorie fallen, sind Geld<sup>136</sup> und unbebautes Land.<sup>137</sup> Zeitlich unbegrenzt ist ferner auch die Nutzungsdauer solcher Güter, die zwar physisch verschleifen, für die es aber *wirtschaftlich* ist, dem Verschleiß dauerhaft entgegenzuwirken. So unterliegt beispielsweise eine aufgrund ihrer besonderen Klangeigenschaften laufend im Konzertbetrieb verwendete, 400 Jahre alte *Stradivari* durchaus einem gewissen gebrauchshängigen Verschleiß. Aufgrund des im Zeitablauf tendenziell steigenden Wertes und der fortbestehenden Eignung zur musikalischen Nutzung ist es jedoch wirtschaftlich, diesen Verschleiß immer wieder durch Pflege, Wartung und Restauration auszugleichen und die Nutzungsdauer des Instruments so *ad infinitum* zu verlängern.<sup>138</sup>

*bb) Ungeeignetheit eines Wertvergleichs zur Ermittlung des Wertverlusts aufgrund der zeitlichen Beschränkung der Nutzungsdauer des Gutes*

Im Schrifttum wird vereinzelt die Auffassung vertreten, Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB seien durch einen Vergleich des Wertes des Gutes bei Erlangung durch den Nichtberechtigten mit dem Wert zum Ende der Nutzung zu ermitteln, da sich in dem Differenzbetrag die gebrauchshängige Wertminderung niederschlägt.<sup>139</sup> Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung finden sich Beispiele für ein solches Vorgehen.<sup>140</sup> Rechtsvergleichend kann insofern auf die bereits referierte Rechtsprechung des OGH verwiesen werden, der bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen den vom Käufer geschuldeten Nutzungsausgleich anhand der Differenz zwischen den Kosten für den hypothetischen Ankauf eines entsprechenden Gutes bei Beginn der Nutzung und dem Erlös aus seinem hypothetischen Verkauf bei Ende der Nutzung ermitteln will.<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Physisches Geld kann zwar verschleifen, wird dann aber von der Bundesbank ausgetauscht. Siehe dazu Artikel 3 des Beschlusses der Europäischen Zentralbank vom 19. April 2013 über die Stückelung, Merkmale und Reproduktion sowie den Umtausch und Einzug von Euro-Banknoten, ABl. L 118 v. 30.4.2013, 37.

<sup>137</sup> Das Gleiche gilt für Edelmetalle, Edelsteine etc.

<sup>138</sup> Zu einem solchen Fall siehe BFH, 26.1.2001, VI R 26/98, BStBl. II 2001, 194.

<sup>139</sup> *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 40.

<sup>140</sup> OLG Celle, 10.1.1991, 7 U 10/90, NZV 1991, 230 (231). So auch noch OLG Celle, 5.11.2003, 7 U 50/03, OLGR 2004, 151 (153).

<sup>141</sup> OGH, 10.9.1985, 5 Ob 575/85, JBl. 1986, 186 ff.; OGH, 25.3.2010, 5 Ob 274/09v, ecolex, 654. Siehe dazu bereits supra 3. Teil:C.I.1.b)aa), S. 522 ff. Aufgrund des Wechsels der Marktstufe fällt der Wertverlust häufig deutlich höher aus als bei einem Vergleich der Ankaufswerte aus Sicht des Nichtberechtigten.

Für diesen Ansatz scheint auf den ersten Blick zu sprechen, dass es sich um eine elegante Methode zur indirekten Messung des nutzungsbedingten Wertverlustes zu handeln scheint. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Berechnungsmethode nicht einmal dann haltbar ist, wenn man eine sehr weitgehende Typisierungsunschärfe akzeptiert. Denn es wird von vornherein nicht das gemessen, was gemessen werden soll. In der Differenz zwischen dem Wert des Gutes zu Beginn und am Ende der Nutzung durch den Nichtberechtigten ist nicht nur die nutzungsbedingte Wertminderung enthalten. Vielmehr bildet diese Differenz *jede* Wertänderung ab, die das Gut erfahren hat, während es sich in der Verfügungsgewalt des Nichtberechtigten befand. Dies wäre nur dann unproblematisch, wenn der Nichtberechtigte tatsächlich für jede Wertänderung verantwortlich wäre – was jedoch nicht der Fall ist.

Wenn beispielsweise der Käufer eines Pkw nach einem Jahr wirksam vom Kaufvertrag zurücktritt, dann schuldet er nach der herrschenden Meinung Nutzungsausgleich in Höhe der linearen Wertminderung des Pkw.<sup>142</sup> Falls er den Pkw nicht zurückgeben kann oder sich dessen Substanz verschlechtert hat, schuldet er hierfür unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlichen, über die lineare Wertminderung hinausgehenden, Wertersatz.<sup>143</sup> Demgegenüber gehen Wertänderungen aufgrund eines geänderten Marktumfeldes grundsätzlich zu Lasten des Rückgewährgläubigers. So schuldet der Nichtberechtigte beispielsweise keinen Wertersatz für eine Wertminderung, die der Pkw deshalb erlitten hat, weil der Gebrauchtwagenmarkt aufgrund einer schlechten Konjunkturentwicklung eingebrochen ist. Auch ein Preisverfall für bestimmte Fahrzeugtypen, die wegen einer strikteren Umweltregulierung aus den Innenstädten von Großstädten verbannt werden, träge allein den Rückgewährgläubiger. Die unterschiedliche Zuordnung der Wertänderungsrisiken je nach ihrer Ursache macht es erforderlich, nach diesen Ursachen zu differenzieren.<sup>144</sup> Ein schlichter Vergleich der Werte zu Beginn und Ende der Nutzung vermag dies nicht zu leisten.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>143</sup> § 346 Abs. 2, 3 BGB.

<sup>144</sup> Eine solche Differenzierung ist in einem konkreten Einzelfall nur dann entbehrlich, wenn der Nichtberechtigte tatsächlich Wertersatz für den vollen Wert des Gutes im Zeitpunkt seiner Erlangung leisten muss. Wenn etwa ein auf der Grundlage eines nichtigen Kaufvertrages übereigneter Pkw nach einer Woche bei einem Unfall zerstört wird, so bewirkt die Anwendung der Saldotheorie, dass der Käufer den kompletten Wertverlust tragen muss. Eine Ermittlung der nutzungsbedingten Wertminderung erübrigte sich, da der Berechtigte für die Substanz des Gutes jedenfalls nur einmal zu entschädigen ist. Immer dann aber, wenn das Gut – und sei es auch in verschlechtertem Zustand – auf den Berechtigten übertragen werden kann, muss nach den verschiedenen Ursachen für eine Wertminderung des Gutes differenziert werden. Gleiches gilt für den Fall, dass das Gut zerstört wurde, ohne dass der Nichtberechtigte zum Wertersatz verpflichtet ist.

<sup>145</sup> Instrukтив ist insofern, dass in Österreich der OGH unter bestimmten Voraussetzungen die Notwendigkeit anerkennt, den Käufer vom Neuwertverlust zu entlasten, siehe OGH, 21.1.2009, 3 Ob 248/08d, JBl. 2009, 584 ff.; OGH, 25.3.2010, 5 Ob 274/09v, ecolex, 654 sowie bereits supra S. 523 in Fn. 19.

cc) *Vorzugswürdigkeit einer linearen Abschreibung gegenüber einer periodengerechten Erfassung des nutzungsbedingten Wertverlusts*

Wenn somit eine indirekte Messung mittels eines Wertvergleichs nicht weiterhilft, muss der Versuch unternommen werden, die auf der zeitlichen Beschränkung der Nutzungsdauer beruhende Wertminderung direkt zu ermitteln. Aus Gründen der Praktikabilität ist eine Typisierung unvermeidlich. Fraglich ist allerdings, wie die Typisierung zu erfolgen hat. Zwei Verfahren kommen in Betracht. Zum einen könnte der Versuch unternommen werden, den Wertverlust im zeitlichen Verlauf anhand von Erfahrungswerten möglichst exakt nachzuvollziehen. Zum anderen könnte der Wert des Gutes schlicht linear auf die Nutzungsdauer verteilt werden. Wirtschaftliche Relevanz erlangt die Frage nach der Wahl des Verfahrens insbesondere deshalb, weil neuwertige Güter in der Regel zu Beginn der Nutzungsdauer einen überproportionalen Wertverlust erleiden.<sup>146</sup> Dieser Wertverlust beruht auf der besonderen Wertschätzung des Marktes für neue Güter. Er ist allerdings zumindest insofern nutzungsbedingt, als das Gut seine Neuwertigkeit durch die Ingebrauchnahme verliert.

Im Fall des Rücktrittsfolgenrechts wird der Neuwertverlust durch § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB dem Rückgewährgläubiger zugewiesen.<sup>147</sup> Nach dieser Vorschrift muss der Rückgewährschuldner für Verschlechterungen des empfangenen Gegenstandes ausnahmsweise keinen Wertersatz leisten, soweit die Verschlechterung auf der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme des Gutes beruht. *De lege lata* stünde diese Vorschrift wertungsmäßig auch einer Einbeziehung des Neuwertverlusts in den Nutzungsausgleich entgegen.<sup>148</sup> Fraglich ist allerdings, ob hieran auch *de lege ferenda* festzuhalten ist. In der Gesetzesbegründung zu § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB heißt es dazu, dass die Zuweisung des Neuwertverlusts zum Rückgewährgläubiger sachgerecht sei, weil dieser „durch die Lieferung einer mangelhaften Sache die Ursache für den Rücktritt des Käufers gesetzt hat [...]“.<sup>149</sup> Dieses Argument würde nur für das Rücktrittsfolgenrecht tragen. Es ist zudem nicht zwingend, da den Verkäufer an der Mangelhaftigkeit der Kaufsache kein Verschulden treffen muss.

Universeller ist die Begründung, mit der die herrschende Meinung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge die Bewertung von Gebrauchsvorteilen mittels einer linearen Abschreibung rechtfertigt. Insofern wird entscheidend darauf abgestellt, dass der Nutzungsausgleichspflichtige durch den Abschluss eines Kaufvertrages seine Intention offengelegt hat, das Gut als Voll-

<sup>146</sup> Siehe dazu BT-Drs. 17/5097, 17; Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, S. 110 in Fn. 189; Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 41 f. sowie bereits supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>147</sup> BT-Drs. 14/6040, 193 f.

<sup>148</sup> So auch Döll, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten, 2011, S. 143.

<sup>149</sup> BT-Drs. 14/6040, 194.

rechtsinhaber zu nutzen. Daraus wird zum einen abgeleitet, dass die Gebrauchsvorteile nicht anhand eines fiktiven Mietzinses berechnet werden dürfen.<sup>150</sup> Zum anderen wird damit aber *auch* gerechtfertigt, den Neuwertverlust mittels einer linearen Abschreibung dem Berechtigten zuzuweisen. Dies wird damit begründet, dass der Käufer keinen dem Neuwertverlust entsprechenden Vorteil realisiere. Der Käufer nehme den Neuwertverlust vielmehr nur in Kauf, weil er sich im Rahmen der vom Käufer intendierten langfristigen Nutzungsdauer amortisieren werde.<sup>151</sup>

Dazu ist zu sagen, dass keineswegs *jedem* Käufer unterstellt werden kann, eine langfristige Nutzung der Kaufsache zu beabsichtigen. Vielmehr legen manche Käufer gerade auf die Neuwertigkeit der von Ihnen genutzten Güter großen Wert und kaufen sich daher beispielsweise alle drei Jahre ein neues Auto oder jedes Jahr ein neues Mobiltelefon. In einem solchen Fall wäre es durchaus angemessen, die nutzungsbedingte Wertminderung anhand einer Annäherung an den tatsächlichen Wertverlust zu ermitteln, den das Gut erleidet.<sup>152</sup> Eine lineare Abschreibung des Wertes des Gutes ist hingegen dann angemessen, wenn der Nichtberechtigte das genutzte Gut alternativ wirksam käuflich erworben und langfristig genutzt hätte. In jedem Einzelfall die Präferenzen des Nichtberechtigten zu erforschen, wäre mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden. Um die Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung praktikabel zu halten, muss eine Entscheidung für eine der beiden Berechnungsmethoden erfolgen.

In den meisten Fällen dürfte eine Typisierung mittels einer linearen Abschreibung die Realität besser abbilden als eine typisiert-periodengerechte Ermittlung des Wertverlusts. Käufer erwerben jedenfalls das Recht zu einer dauerhaften Nutzung der Kaufsache. Auch wenn ihre Präferenzen hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem sie die Kaufsache ersetzen, unterschiedlich sind, erscheint es sachgerecht, im Durchschnitt von einem ökonomisch rationalen Verhalten auszugehen. Hierdurch erledigt sich zudem das Problem, dass selbst bei einer typisiert-periodengerechten Ermittlung des Wertverlusts eine gewisse „Glättung“ vorgenommen werden müsste, um bei sehr kurzen Nutzungsdauern keine völlig unhaltbaren Ergebnisse zu produzieren. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Kaufvertrag über einen Neuwagen nach einer Woche rückabgewickelt werden muss. Denn auch wenn es Personen gibt, die sehr großen Wert darauf legen, ein möglichst neuwertiges Fahrzeug zu fahren, dürfte es kaum vorkommen, dass sich jemand dieses Vergnügens *jede Woche* den durchschnittlichen Neuwertverlust eines Pkw bei Erstzulassung kosten lässt. Im Ergebnis gebührt daher der linearen Abschreibung der Vorzug.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>151</sup> Thunhart, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, S. 41 f.

<sup>152</sup> OLG Celle, 10.1.1991, 7 U 10/90, NZV 1991, 230 (231). So auch noch OLG Celle, 5.11.2003, 7 U 50/03, OLGR 2004, 151 (153).

<sup>153</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass der Nutzungsausgleich außerhalb der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen durchzuführen ist, da auch insofern auf die Perspektive eines hypothetischen Vollrechtsinhabers abzustellen ist, supra 3. Teil:C.I.1.b)bb), S. 526 ff.



*b) Durchführung der linearen Abschreibung*

Um die lineare Abschreibung durchführen zu können, müssen drei Parameter feststehen: Die Abschreibungsbasis, der Abschreibungslauf sowie die Gesamtnutzungsdauer des Gutes. Bezüglich der ersten beiden Parameter kann auf die Ausführungen zur Ermittlung der Kapitalkosten verwiesen werden. Die Abschreibungsbasis entspricht der Verzinsungsbasis,<sup>154</sup> der Abschreibungslauf dem Zinslauf.<sup>155</sup> Der einzige Parameter, der nicht ebenfalls für die Ermittlung der Kapitalkosten erforderlich ist, ist die Gesamtnutzungsdauer des Gutes. Bei ihrer Bestimmung besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Praktikabilität. Einerseits kann die Gesamtnutzungsdauer stark von der Art und der Intensität der konkreten Nutzung durch den Nichtberechtigten abhängen. Wenn beispielsweise ein Notar vermeintlicher Erbe eines edlen Teppichs wird, so führt dessen Nutzung im Eingangsbereich des gut frequentierten Notariats zu einer kürzeren Nutzungsdauer als die Nutzung im nur einmal im Jahr aufgesuchten Ferienhaus. Andererseits ist es nicht praktikabel, in jedem Einzelfall die Nutzungsdauer anhand des individuellen Nutzungsprofils gesondert festzulegen. Insbesondere bei Gütern von vergleichsweise geringem Wert wäre der Aufwand unverhältnismäßig.

Ein Vorbild dafür, wie Einzelfallgerechtigkeit und Praktikabilität bei der Bestimmung der Nutzungsdauer zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden können, bietet das Ertragsteuerrecht. Für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer müssen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens auf die voraussichtliche Gesamtdauer der Nutzung durch den Steuerpflichtigen verteilt werden. Grundsätzlich ist die Nutzungsdauer unter Berücksichtigung der besonderen betrieblichen Verhältnisse zu schätzen.<sup>156</sup> In der Regel orientiert sich die Praxis allerdings an den vom BMF veröffentlichten AfA-Tabellen,<sup>157</sup> in denen in bemerkenswerter Detailtiefe auf Erfahrungswerten beruhende typische Nutzungsdauern für eine Vielzahl unterschiedlicher Güter zusammengefasst sind. Ein vergleichbares System kann auch die Bestimmung der Nutzungsdauer von Gütern im Rahmen der Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung erleichtern. Im Ausgangspunkt spricht dabei nichts gegen eine Orientierung an den existierenden steuerrechtlichen AfA-Tabellen. Sollte sich herausstellen, dass für die Zwecke des Nutzungsausgleichs abweichende Nutzungsdauern erforderlich sind, könnten die Gerichte selbst geeignete Tabellen erstellen.<sup>158</sup>

<sup>154</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.b), S. 530 ff.

<sup>155</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.d), S. 545 ff.

<sup>156</sup> Blümich/*Brandis*, § 7 EStG Rn. 334 (März 2018).

<sup>157</sup> Siehe bspw. BMF, AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter (AfA-Tabelle „AV“), BStBl I 2000, S. 1532 ff. Sämtliche AfA-Tabellen sind abrufbar unter: [https://www.bun-desfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere\\_Steuert\\_hemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen.html](https://www.bun-desfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuert_hemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen.html).

<sup>158</sup> Insofern kann bspw. auf das Vorbild der sogenannten „Düsseldorfer Tabelle“ für das Un-

Zusätzlich muss noch geklärt werden, ob statt einer zeitanteilig-linearen Abschreibung auch eine nutzungsabhängig-lineare Abschreibung zugelassen werden sollte. Dies setzt zunächst voraus, dass die Nutzungsintensität ohne großen Aufwand, präzise und manipulationssicher gemessen werden kann. Dies trifft nur auf wenige Güter zu. Allerdings zählen zu diesen Gütern Fahrzeuge, bei denen sich die Laufleistung am Tachostand ablesen lässt. Aus diesem Grund hat die nutzungsabhängig-lineare Abschreibung große Praxisrelevanz. Die herrschende Meinung orientiert sich bei Pkw exklusiv an der Laufleistung.<sup>159</sup>

Beide Verfahren unterscheiden sich konzeptionell. Sie messen unterschiedliche Dinge. Durch eine nutzungsabhängig-lineare Abschreibung wird in erster Linie der technische Verschleiß erfasst. Die zeitanteilig-lineare Abschreibung misst den technischen Verschleiß hingegen nur unter der Prämisse, dass das Gut kontinuierlich genutzt wird. Sie ist einer rein nutzungsabhängigen Abschreibung allerdings insofern überlegen, als sie auch die Beschränkung der Nutzungsdauer eines Gutes abbildet, die sich aus dem technischen Fortschritt oder sich wandelnden Modenvorstellungen ergibt. Der Unterschied lässt sich anhand einer elektrischen Schreibmaschine verdeutlichen, die über einen Anschlagzähler verfügt. Wird die Schreibmaschine abgeschrieben, indem man die Zahl der Anschläge ins Verhältnis zur voraussichtlichen Gesamtanschlagszahl setzt, so entsteht nur dann ein Abschreibungsbetrag, wenn die Schreibmaschine genutzt wird. Wenn man bedenkt, dass elektrische Schreibmaschinen mittlerweile völlig aus dem Büroalltag verschwunden sind, würde hierdurch der Beschränkung der Nutzungsdauer durch den technischen Fortschritt offensichtlich nicht hinreichend Rechnung getragen. Wird die Schreibmaschine hingegen über ihre typische Nutzungsdauer von fünf Jahren abgeschrieben, so ist ihr Wert nach fünf Jahren auch dann aufgezehrt, wenn sie kein einziges Mal benutzt wurde. Wie dieses Beispiel verdeutlicht, ist es jedenfalls problematisch, Güter exklusiv in Abhängigkeit von der tatsächlichen Nutzung abzuschreiben. Denn dadurch wird der verschleißunabhängigen Entwertung eines Gutes nicht ausreichend Rechnung getragen.

Gegen eine ausschließliche Abschreibung von Gütern in Abhängigkeit vom Nutzungsumfang spricht ferner, dass hierdurch bei einer geringen Nutzungsintensität der Vorteil, den der Nichtberechtigte durch die jederzeitige *Möglichkeit* zur Nutzung des Gutes erlangt, unter Umständen nicht angemessen erfasst wird. Dieses Problem kann auf der Grundlage der derzeitigen herrschenden Meinung insbesondere bei der Ermittlung der für die Nutzung eines Pkw geschuldeten Ausgleichsleistung praktisch relevant werden. Zur Verdeutlichung soll das Beispiel eines vermeintlichen Erben dienen, der im Nachlass einen neuwertigen Pkw vorfindet. Da er in einer Großstadt mit hervorragendem öffentlichem Nahverkehr wohnt, nutzt er den Pkw nur für gelegentliche Spazierfahrten. Die jährliche Lauf-

---

terhaltsrecht verwiesen werden (abrufbar unter: [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer\\_Tabelle](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle)).

<sup>159</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

leistung beträgt ca. 2000 km. Er schätzt aber die Freiheit, jederzeit über ein Auto verfügen zu können und hätte sich daher alternativ selbst ein Auto angeschafft. Nach sechs Jahren taucht ein Testament auf, nach dem ein anderer Erbe geworden ist. Obwohl nach sechs Jahren selbst ein spärlich genutzter Pkw bereits einen erheblichen Teil seiner wirtschaftlichen Nutzungsdauer hinter sich hat, müsste der vermeintliche Erbe nach der herrschenden Meinung nur Nutzungsausgleich für 10.000 km leisten, was bei einer unterstellten wirtschaftlichen Gesamtleistung von 300.000 km nur 1/30 des Wertes des Pkw ausmacht. Hierdurch würde der Vorteil, den der vermeintliche Erbe dadurch genossen hatte, dass er sechs Jahre lang die *Möglichkeit* hatte, jederzeit einen Pkw zu nutzen, zu niedrig angesetzt. Gleichzeitig ist nicht zu leugnen, dass die Laufleistung eine wertvolle Information über die tatsächliche Intensität der Nutzung liefert. Wenn beispielsweise der Scheinerbe den Pkw als freiberuflicher Vertriebsmitarbeiter intensiv für Dienstfahrten in ganz Europa nutzt, so ist dessen Nutzungsdauer gegenüber einer durchschnittlichen privaten Nutzung verkürzt. Statt diese verkürzte Nutzungsdauer zu schätzen, ist es genauer, die tatsächlich zurückgelegte Laufleistung ins Verhältnis zur voraussichtlichen Gesamtleistung zu setzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass eine nutzungsabhängig-lineare Abschreibung da, wo sie praktikabel ist, nicht isoliert, sondern in Kombination mit einer zeitanteilig-linearen Abschreibung angewendet werden sollte. Konkret im Falle von Pkw sollte die lineare Abschreibung sowohl anhand der Laufleistung als auch zeitabhängig berechnet werden. Der Nichtberechtigte würde als Ausgleich für die Nutzung den jeweils höheren Betrag schulden.

Der nach den dargestellten Grundsätzen ermittelte Abschreibungsbetrag ist auch dann maßgeblich, wenn der tatsächliche Wertverlust des genutzten Gutes geringer ausfällt. Eine entsprechende Kappung des geschuldeten Nutzungsausgleichs, wie sie von Instanzgerichten vereinzelt für Pkw praktiziert wurde,<sup>160</sup> wäre nicht sachgerecht. Dass der Wertverlust eines genutzten Gutes hinter dem sich bei einer linearen Abschreibung ergebenden Betrag zurückbleiben kann, ist – selbst wenn man andere wertbeeinflussende Faktoren außer Acht lässt<sup>161</sup> – schlicht dem Umstand geschuldet, dass die prognostizierten Werte für Gesamtnutzungsdauer bzw. –umfang das Ergebnis einer typisierenden Betrachtung sind. Daraus folgt zwangsläufig, dass die tatsächliche Nutzungsdauer im Einzelfall länger oder kürzer sein kann. Eine Deckelung des Abschreibungsbetrags in Höhe des tatsächlichen Wertverlusts griffe in die sich aus Prognoseunsicherheit und Typisierung ergebende Risikoverteilung einseitig zulasten des Nutzungsausgleichsgläubigers ein, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich ist.<sup>162</sup> Nähme man die Korrektur in beide Richtungen vor, würde die nutzungsbedingte Wertminderung nicht mehr im Wege einer linearen Abschreibung, sondern exklusiv im Wege eines

<sup>160</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)bb)(1), S. 299 f.

<sup>161</sup> Siehe dazu supra 3. Teil:C.I.3.a)bb), S. 554 f.

<sup>162</sup> So auch *Dastis/Hoeren*, NJW 2019, 2430 (2433).

Wertvergleichs ermittelt. Dass es sich hierbei nicht um ein geeignetes Bewertungsverfahren handelt, wurde bereits dargelegt.<sup>163</sup> Sachgerechter ist es, an der Wurzel des Problems anzusetzen. Der tatsächliche Wertverlust eines Gutes kann aus unterschiedlichen Gründen deutlich hinter dem sich bei einer linearen Abschreibung ergebenden Betrag zurückbleiben. Aus der Perspektive des Nutzungsausgleichs ist insbesondere eine mögliche Ursache problematisch: eine über die notwendige Typisierungsunschärfe hinausgehende Unterschätzung der Nutzungsdauer bzw. des Nutzungsumfangs eines Gutes. Bei neuwertigen Gütern kann dieses Problem insbesondere dann auftreten, wenn die prognostizierte Nutzungsdauer für bestimmte Güterkategorien nicht schnell genug an sich wandelnde tatsächliche Verhältnisse angepasst wird. So hat sich etwa die typische Gesamtleistung von Pkw in den vergangenen Jahrzehnten deutlich erhöht.<sup>164</sup> Auch wenn dieser Fehler vermieden wird, verbleibt noch eine problematische Fallgruppe: Gebrauchte Güter, die gegen Ende ihrer – im Rahmen der notwendigen typisierenden Betrachtung – zutreffend prognostizierten Gesamtnutzung zu einem Preis verkauft werden, der deutlich über dem im Wege einer linearen Abschreibung geminderten Neupreis liegt. Dieses Problem beschäftigt die Praxis insbesondere im Hinblick auf die Rückabwicklung von Kaufverträgen über gebrauchte Pkw.<sup>165</sup> Nach wohl überwiegender Auffassung ist die voraussichtlich verbleibende Laufleistung eines gebraucht gekauften Pkw zu ermitteln, indem die Laufleistung im Zeitpunkt des Kaufes von der für ein entsprechendes Neufahrzeug prognostizierten Gesamtleistung subtrahiert wird.<sup>166</sup> Diese Berechnungsweise kann insbesondere bei gebrauchten Pkw mit einer sehr hohen Laufleistung zu wertungsmäßig unhaltbaren Ergebnissen führen. Wird etwa ein hochwertiger Pkw, dessen prognostizierte Gesamtleistung im Neuzustand 250.000 km beträgt, nach 240.000 km für 10.000 € verkauft, so kann sicher nicht unterstellt werden, dass der Käufer davon ausging, für jeden gefahrenen Kilometer 1 € aufwenden zu müssen. Der Fehler besteht darin, dass die Subtraktionsmethode die neue Information nicht berücksichtigt, die sich dem Kaufvertrag über den gebrauchten Pkw entnehmen lässt. Im geschilderten Beispiel dokumentieren die Parteien durch ihre vertragliche Vereinbarung, dass sie von einer Gesamtleistung des Pkw von deutlich über 250.000 km ausgehen. Es ist daher nicht sachgerecht, für die Zwecke des Nutzungsausgleichs auf den Gesamtnutzungsumfang abzustellen, der für Neufahrzeuge der gleichen Klasse allgemein prognostiziert wird. Vielmehr ist die verbleibende Nutzungsdauer anhand der Gesamtumstände im konkreten Fall neu festzulegen. Auch insofern kann die gelebte Praxis im Steuerrecht als Vorbild dienen.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Supra 3. Teil:C.I.3.a)bb), S. 554 f.

<sup>164</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl. 2020, S. 941 ff.

<sup>165</sup> Siehe dazu *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713 (1714 ff.).

<sup>166</sup> BeckOGK/*Schall*, § 346 BGB Rn. 436 (15.7.2018); *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713 (1714 ff.), jeweils m. w. N.

<sup>167</sup> Siehe bspw. BFH, 14.4.2011, IV R 8/10, BStBl II 2011, 709 (713).

#### 4. Keine Berücksichtigung sonstigen nutzungsbedingten Aufwands

Wer ein Gut als Vollrechtsinhaber nutzt, muss neben den Kapitalkosten und gegebenenfalls der Wertminderung des Gutes auch allen sonstigen Aufwand tragen, der durch die Nutzung des Gutes entsteht. Im Falle eines Pkw fallen beispielsweise zwingend Kosten für die zur Fortbewegung benötigte Energie, für die obligatorische Haftpflichtversicherung sowie für die Kfz-Steuer an. Um den Nichtberechtigten für die Zwecke des Nutzungsausgleichs in konsistenter Weise mit den Kosten zu belasten, die einem Vollrechtsinhaber für die Nutzung des Gutes entstanden wären,<sup>168</sup> muss daher sichergestellt sein, dass ihm auch dieser sonstige nutzungsbedingte Aufwand zur Last fällt. Anderenfalls würde der Nichtberechtigte besser stehen, als ein berechtigter Vollrechtsinhaber gestanden hätte.

Theoretisch wäre es denkbar, zusätzlich zu den Kapitalkosten und gegebenenfalls zu einem Abschreibungsbetrag auch den sonstigen nutzungsbedingten Aufwand bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu berücksichtigen. Dies wäre jedoch nicht zweckmäßig, da entsprechender Aufwand dem Nichtberechtigten ohnehin zur Last fällt, wenn er das Gut nutzt. Wer beispielsweise einen gestohlenen Pkw kauft und damit ein Jahr lang fährt, bevor der Pkw vom Eigentümer vindiziert wird, der kommt nicht umhin, in diesem Zeitraum die Kosten für den Unterhalt des Fahrzeugs und für den benötigten Kraftstoff zunächst selbst zu tragen. Da es nicht gerechtfertigt wäre, den Nichtberechtigten insofern *doppelt* zu belasten, müsste eine Einbeziehung sonstigen nutzungsbedingten Aufwands in den Nutzungsausgleich durch einen Gegenanspruch in gleicher Höhe neutralisiert werden. Dies ergäbe offensichtlich keinen Sinn.

Da der Nichtberechtigte sonstigen nutzungsbedingten Aufwand ohnehin zunächst selbst trägt, muss lediglich sichergestellt werden, dass er diesen Aufwand nicht auf den Berechtigten abwälzen kann. Die bereits im ersten Teil der Untersuchung vorgestellten Anspruchsgrundlagen und Instrumente,<sup>169</sup> die hierfür *de lege lata* zu Verfügung stehen, müssen daher entsprechend eingeschränkt werden, wenn der vom Nichtberechtigten geschuldete Nutzungsausgleich anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu bestimmen ist. Das ist zum einen der Fall, wenn der Nichtberechtigte das Gut konsumtiv nutzt.<sup>170</sup> Auf den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung ist zum anderen auch dann abzustellen, wenn das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum im Rahmen des Nutzungsausgleichs dem Nichtberechtigten zugeordnet werden soll.<sup>171</sup> Bei der nachfolgenden Behandlung dieses Problemkreises wird näher auf die Einzelheiten zur Verhinderung einer Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands vom Nichtberechtigten auf den Berechtigten eingegangen.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> Supra 3. Teil:C.I.1, S. 519 ff.

<sup>169</sup> Supra 1. Teil:B.III, S. 83 ff.

<sup>170</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 f.

<sup>171</sup> Supra 1. Teil:D.II.2.a), S. 129 f.

<sup>172</sup> Infra 3. Teil:C.II.2.b)bb), S. 586 ff.

### 5. Einschränkung der Ausgleichspflicht durch § 818 Abs. 3 BGB

Wenn Nutzungsausgleich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen geschuldet wird, steht einem redlichen und unverklagten Nichtberechtigten grundsätzlich die Möglichkeit offen, sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB darauf zu berufen, nicht mehr bereichert zu sein. Voraussetzungen und Wirkungen dieser Vorschrift sind in vielerlei Hinsicht umstritten; die Rechtspraxis ist kasuistisch.<sup>173</sup> Nachfolgend wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen § 818 Abs. 3 BGB spezifisch einer Verpflichtung zum Ausgleich des nach der hier vorgeschlagenen Methode ermittelten fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung entgegeng gehalten werden kann.

Relativ unproblematisch sind insofern Fälle, in denen sich der Einwand des Nichtberechtigten auf die Höhe des von ihm durch die Nutzung des Gutes tatsächlich ersparten Aufwands bezieht. Es ist allgemein anerkannt, dass sich ein Bereicherungsschuldner einer Verpflichtung zum Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB insoweit entziehen kann, als der von ihm durch den Bereicherungsvorgang ersparte Aufwand hinter dem Wert des Erlangten zurückbleibt.<sup>174</sup> Ein typisches Beispiel sind Luxusausgaben.<sup>175</sup> So kann sich etwa ein Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos erlangtes Geld am Roulettisch verspielt, auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, wenn er ohne den Bereicherungsvorgang niemals einen Fuß in ein Casino gesetzt hätte.<sup>176</sup>

Übertragen auf die Problematik des Nutzungsausgleichs folgt daraus, dass der Nichtberechtigte einwenden kann, dass er alternativ vom Erwerb der Möglichkeit zur Nutzung des Gutes entweder ganz abgesehen oder sich mit einem weniger wertvollen Gut begnügt hätte. Als Beispiel soll der Fall eines vermeintlichen Erben dienen, der im Nachlass einen Ferrari im Wert von einer Million Euro vorfindet und diesen ein Jahr lang nutzt, bevor er das Fahrzeug an den wahren Erben herausgeben muss. Durch die Nutzung des Ferraris erlangt der vermeintliche Erbe unzweifelhaft einen Vorteil. Dieser Vorteil ist nach der im Rahmen dieser Untersuchung vorgeschlagenen Methode mit der Verzinsung des Wertes des Ferraris mit dem Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage zuzüglich des sich bei einer linearen Abschreibung für ein Jahr ergebenden Betrags zu bewerten. Von der sich danach ergebenden Verpflichtung zum Nutzungsausgleich kann sich der Erbschaftsbesitzer unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB<sup>177</sup> beispielsweise dann vollständig be-

<sup>173</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 33 ff. (Juni 2007); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 341 ff.; MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 125 ff.

<sup>174</sup> Siehe bspw. Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 35 (Juni 2007); Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 818 BGB Rn. 41 sowie Rn. 45 (2012); MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 186 ff.; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 45 ff. (1.5.2018).

<sup>175</sup> Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 818 BGB Rn. 45 (2012); MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 188; BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 53 (1.5.2018).

<sup>176</sup> Siehe dazu Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 35 (Juni 2007); MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 189.

<sup>177</sup> I.V.m. § 2021 BGB.

freien, wenn er alternativ immer zu Fuß gegangen wäre. Wenn er ohne den vermeintlichen Erbfall einen Pkw im Wert von 25.000 € genutzt hätte, reduziert sich seine Nutzungsausgleichspflicht auf 1/40.

Schwieriger ist die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB, wenn der Nichtberechtigten geltend macht, er habe das Gut tatsächlich nicht genutzt bzw. sei mit der von ihm intendierten Nutzung gescheitert. Dieser Einwand steht in einem konzeptionellen Spannungsverhältnis zur Bestimmung des Nutzungsausgleichs anhand des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung. Es liegt in der Konsequenz dieser aufwandsbezogenen Perspektive, dass die tatsächliche Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten grundsätzlich keine Rolle spielen darf. Denn die Kosten des in einem Gut gebundenen Kapitals sowie gegebenenfalls dessen Wertminderung im Zeitablauf muss ein Vollrechtsinhaber unabhängig davon tragen, mit welchem Ergebnis er das ihm zustehende Gut nutzt und ob er es überhaupt nutzt. Dementsprechend setzen Zins- und Abschreibungslauf für die Zwecke des Nutzungsausgleichs – wie bereits erläutert – grundsätzlich lediglich voraus, dass das falsch zugeordnete Gut *nutzbar* ist.<sup>178</sup>

Wenn man dem Nichtberechtigten gestattet, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen, weil er das Gut nicht oder erfolglos genutzt hat, so bedeutet dies einen Perspektivwechsel von der Aufwands- auf die Ergebnisseite, durch den die Binnenrationalität der hier vorgeschlagenen Methode zur Durchführung des Nutzungsausgleichs durchbrochen wird. Dies muss hingenommen werden, soweit es der durch § 818 Abs. 3 BGB bezweckte Schutz des Bereicherungsschuldners erfordert. Wie weit dieser Schutz allerdings legitimerweise reichen sollte, ist wiederum äußerst strittig. Festgehalten werden kann allerdings zumindest, dass nach der herrschenden Meinung eine wortlautgetreue Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB auf eine „übertriebene Schonung“ des Bereicherungsschuldners hinausliefe.<sup>179</sup> Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum besteht die *ratio legis* der Vorschrift, an der sich ihre konkrete Anwendung zu orientieren hat, im Schutz des Vertrauens des Empfängers in die Beständigkeit seines Erwerbs.<sup>180</sup> Das prominenteste Beispiel für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 818 Abs. 3 BGB unter Wertungsgesichtspunkten ist die faktische Ausschaltung der Vorschrift bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge durch die Saldotheorie,<sup>181</sup> die wiederum ihrerseits suspendiert wird, soweit der Bereicherungsschuldner eines besonderen Schutzes bedarf.<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.d), S. 545 ff. sowie 3. Teil:C.I.3.b), S. 558.

<sup>179</sup> Siehe Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 2 (Juni 2007); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 345 ff., MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 125 ff., jeweils m. w. N. In diesem Sinne auch Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 296 f.

<sup>180</sup> Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 818 BGB Rn. 40 (2012). Siehe auch Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 296 f.

<sup>181</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f. sowie 2. Teil:A.II.2.b)aa), S. 223 ff.

<sup>182</sup> Staudinger/Lorenz, § 818 BGB Rn. 42 (Juni 2007) m. w. N.

Vor diesem Hintergrund ist auch im Rahmen des Nutzungsausgleichs bei der Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB nach der Schutzbedürftigkeit des Bereicherungsschuldners zu differenzieren. Wenn beispielsweise der Käufer eines teuren Sportwagens bei Vertragsschluss geschäftsunfähig war, so ist er nach allgemeiner Meinung aufgrund seiner fehlenden Geschäftsfähigkeit besonders schutzwürdig. Fährt er den Wagen beispielsweise zu Schrott, ist nach der herrschenden Meinung die Saldotheorie zu seinen Lasten nicht anzuwenden.<sup>183</sup> Auch nach der auf *Werner Flume* zurückgehenden „Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung“<sup>184</sup> oder der von *Claus-Wilhelm Canaris* vertretenen „Lehre von der Gegenleistungskondition“<sup>185</sup> könnte sich der geschäftsunfähige Käufer in diesem Fall auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, da ihm die Entscheidung für den Erwerb des Sportwagens nicht zugerechnet werden kann.<sup>186</sup> Bezüglich der Verpflichtung des geschäftsunfähigen Käufers zum Nutzungsausgleich ist zunächst zu fragen, in welcher Höhe er durch die Anschaffung des Sportwagens Aufwendungen erspart hat. Hätte er sich in geschäftsfähigem Zustand niemals zum Kauf eines solchen Luxusobjekts hinreißen lassen, kann er bereits aus diesem Grund geltend machen, nicht in Höhe des nach der hier vorgeschlagenen Methode ermittelten fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bereichert zu sein. Wenn hingegen die Anschaffung eines teuren Sportwagens auch schon zu Zeiten, zu denen er noch geschäftsfähig war, dem Lebensstil und den Vermögensverhältnissen des vermeintlichen Käufers entsprach, so müsste nochmals differenziert werden. Wenn der vermeintliche Käufer den Wagen tatsächlich genutzt hat, müsste er Nutzungsausgleich leisten. Insofern kann für den Nutzungsausgleich nichts anderes gelten als im Falle der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen an Geschäftsunfähige. Auch ein Geschäftsunfähiger, der sich im Rahmen seiner üblichen Gewohnheiten die Haare schneiden lässt, muss hierfür gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten.<sup>187</sup> Anders wiederum wäre der Fall dann zu beurteilen, wenn der vermeintliche Käufer den Wagen bis zur Rückabwicklung nicht nutzen konnte, weil er sich unmittelbar nach Vertragsschluss in psychiatrische Behandlung begeben musste. Unter diesen Voraussetzungen wäre es durchaus angemessen, ihm zu gestatten, sich aufgrund der Nichtnutzung des Fahrzeugs gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung zu berufen. In keinem Fall schutzwürdig wäre der vermeintliche Käufer demgegenüber dann, wenn der Vertrag aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des *Verkäufers* nichtig ist. Er müsste sich vielmehr für die Zwecke des Nutzungsausgleichs an seiner grundsätzlichen Entscheidung für den Erwerb des Sportwagens festhalten lassen, auch wenn ihn diese später reut und er rückblickend lieber einen seinen Vermögensverhältnissen angemesseneren Kleinwagen gekauft hätte. Auch der Umstand, dass der ver-

---

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> *Supra* 2. Teil:A.II.2.b)bb), S. 226 ff. sowie 2. Teil:C.I.2.b)bb), S. 384 ff.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> *Flume*, NJW 1970, 1161 (1163 f.); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 329 f.

<sup>187</sup> Siehe zu diesem Problemkreis *MüKo/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 88 ff.



meintliche Käufer das Fahrzeug bis zur Rückabwicklung nicht nutzen konnte, weil er sich kurz nach Vertragsschluss das Bein gebrochen hatte, würde ihn nicht entlasten.

### *6. Illustration von Funktionsweise und Auswirkungen der Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung anhand von Beispielfällen*

Nachfolgend werden Funktionsweise und Auswirkungen des vorgeschlagenen Verfahrens zur Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung anhand von Beispielfällen verdeutlicht. Dabei werden zunächst Fälle vorgestellt, in denen außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen Nutzungsausgleich zu leisten ist (a). Anschließend wird auf die Durchführung des Nutzungsausgleichs bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen eingegangen (b). Für die Falllösung wird stets unterstellt, dass der Zinssatz für eine risikofreie Kapitalanlage 2 % p. a. beträgt.<sup>188</sup>

#### *a) Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen*

Eine Fallkonstellation, in der die Problematik des Nutzungsausgleichs außerhalb tatsächlicher oder vermeintlicher vertraglicher Sonderbeziehungen relevant werden kann, ist der Erbschaftsbesitz. Sofern sich im Nachlass Güter befinden, deren Nutzungsdauer zeitlich nicht beschränkt ist, muss ein Scheinerbe für deren Nutzung Ausgleich in Höhe der ersparten Kapitalkosten leisten:

##### *Beispiel 37*

*B ist die einzige Tochter des E. Nach Es Tod hält sich B für dessen Alleinerbin und nimmt den Nachlass in Besitz. Im Nachlass befindet sich ein orientalischer Wandteppich im Wert von 10.000 €. B ist obnehin gerade auf der Suche nach einem exklusiven Wandteppich. Da sie das Exemplar im Nachlass des E sehr dekorativ findet, stellt sie ihre Suche ein und hängt den Wandteppich in ihrer Wohnung auf. Nach einem Jahr taucht ein Testament auf, das A als Alleinerbin ausweist. A verlangt von B die Herausgabe des Wandteppichs und Nutzungsausgleich.*

Hätte B den Wandteppich berechtigt als Eigentümerin nutzen wollen, hätte sie ihn für 10.000 € käuflich erwerben müssen. Hierfür wären B Kosten für das Kapital entstanden, das sie hierfür hätte aufbringen müssen. Wenn man diese Kosten mit einem Ertrag einer risikolosen Kapitalanlage von 2 % p. a. ansetzt, so schuldet B für die Nutzung des Teppichs eine Ausgleichsleistung in Höhe von 200 €. B kann sich zudem nicht erfolgreich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, da sie alternativ einen vergleichbaren Teppich angeschafft hätte und den Teppich zudem tatsächlich genutzt hat.

<sup>188</sup> Dieser Wert wird zwar im Zeitpunkt der Abfassung dieser Untersuchung nicht erreicht. Historisch gesehen ist er aber vergleichsweise niedrig angesetzt. Siehe dazu supra 3. Teil:C.I.2.c) bb)(2), S. 539 ff.

Die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich trifft den Scheinerben grundsätzlich auch dann, wenn er das Gut nicht nutzt. Einzige Voraussetzung ist, dass das Gut im Zeitpunkt seiner Erlangung durch den Nichtberechtigten zumindest nutzbar ist bzw. in einen nutzbaren Zustand versetzt werden könnte.

#### *Beispiel 38*

*Der von B im Nachlass vorgefundene Wandteppich ist beschädigt. In diesem Zustand beträgt sein Wert lediglich 9.000€. B findet den Teppich sehr dekorativ. Sie beschließt daher, ihre Suche nach einem vergleichbaren Exemplar einzustellen und den Teppich restaurieren zu lassen, was insgesamt drei Monate in Anspruch nimmt. Als sie den Teppich schließlich in ihrer Wohnung aufhängen kann, stellt sich heraus, dass er nicht mit der übrigen Einrichtung harmoniert. B lagert den Teppich daher bereits nach einem Tag auf dem Dachboden ein. Wiederum meldet sich nach einem Jahr die wahre Erbin A und fordert die Herausgabe des Wandteppichs sowie Nutzungsausgleich.*

Für die ersten drei Monate, in denen der Wandteppich nicht nutzbar war, schuldet B keinen Nutzungsausgleich. Ab diesem Zeitpunkt ist sie jedoch grundsätzlich Nutzungsausgleichspflichtig, obwohl sie den Teppich ungenutzt auf dem Dachboden liegen ließ. Denn die Kapitalkosten fallen unabhängig von der Intensität der Nutzung an. Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass der Wert des Wandteppichs nur 9.000€ betrug. Daher muss B auch nur diesen Wert für neun Monate verzinsen. Damit ergibt sich als von B geschuldeter Nutzungsausgleich ein Betrag von 135€. B kann sich zudem nicht erfolgreich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, da sie alternativ einen vergleichbaren Teppich angeschafft hätte. Auch der Umstand, dass sie den Teppich tatsächlich nicht genutzt hat, kann sie nicht entlasten. Die Nichtnutzung beruhte auf ihrer freien Entscheidung, bezüglich derer sie keines besonderen Schutzes bedarf.

Auch die fehlende Nutzbarkeit entlastet den Scheinerben nur solange, als es ihm nicht möglich oder zumutbar war, die Nutzbarkeit herbeizuführen.

#### *Beispiel 39*

*B findet den beschädigten Wandteppich sehr dekorativ. Sie beschließt daher, ihre Suche nach einem vergleichbaren Exemplar einzustellen und den Teppich restaurieren zu lassen. Da sie aber gerade sehr beschäftigt ist, beschließt sie, sich damit noch einige Monate Zeit zu lassen und lagert den beschädigten Teppich zunächst auf dem Dachboden ein. Eine Restauration hätte drei Monate in Anspruch genommen. Wiederum meldet sich nach einem Jahr die wahre Erbin A und fordert die Herausgabe des Wandteppichs sowie Nutzungsausgleich.*

In beschädigtem Zustand war der Wandteppich nicht nutzbar. Allerdings hätte B den Wandteppich binnen dreier Monate in einen nutzungsbereiten Zustand versetzen lassen können. Dass sie dies nicht getan hat, ist allein ihr zuzurechnen und kann den Wert, den der Besitz an dem Teppich vermittelt, nicht mindern. Sie schuldet daher – wie in Beispiel 38 – Nutzungsausgleich in Höhe der Kapitalkosten für 9.000€ für 9 Monate, was bei einem Zinssatz von 2 % p. a. 135€ ergibt. B kann sich zudem nicht erfolgreich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, da sie alternativ einen vergleichbaren Teppich angeschafft hätte. Auch der Umstand, dass sie den Teppich tatsächlich nicht genutzt hat, kann sie wiederum nicht entlasten. Die Nichtnutzung beruhte auf ihrer freien Entscheidung, den Teppich zunächst nicht restaurieren zu lassen. Eine besondere Schutzbedürftigkeit besteht nicht.

Wenn ein Scheinerbe darlegen kann, dass er das im Nachlass vorgefundene und von ihm genutzte Gut bzw. eine gleichwertige Alternative ohne den vermeintli-

chen Erbfall nicht käuflich erworben hätte, kann er sich gegenüber einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung erfolgreich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.

#### Beispiel 40

*B geht davon aus, dass der von ihr im Nachlass vorgefundene orientalische Wandteppich einen Wert von 10.000 € hat. Da sie den Teppich sehr dekorativ findet, hängt sie ihn in ihrer Wohnung auf. In Wirklichkeit beträgt der Wert des Teppichs jedoch 1.000.000 €, da es sich um eines der ersten Exemplare eines persischen Vasenteppichs aus dem 17. Jahrhundert handelt.<sup>189</sup> Wiederum meldet sich nach einem Jahr die wahre Erbin A und fordert die Herausgabe des Wandteppichs sowie Nutzungsausgleich. B wendet ein, dass sie sich ohne den vermeintlichen Erbfall nur einen Wandteppich im Wert von 1.000 € gekauft hätte.*

Indem sie den Wandteppich in ihrer Wohnung aufhängte, nutzte B unwissentlich fremdes Kapital in Höhe von 1.000.000 €. Der hierfür grundsätzlich geschuldete Nutzungsausgleich beläuft sich bei einem Zinssatz von 2 % p.a. auf 20.000 €. Allerdings kann sich B in Höhe von 19.980 € darauf berufen, nicht bereichert zu sein, da sie sich ohne den vermeintlichen Erbfall lediglich einen Teppich im Wert von 1.000 € gekauft hätte. Sie ist daher nur um die Kapitalkosten für 1.000 €, vorliegend also 20 €, bereichert.

Da irrelevant ist, ob der Nichtberechtigte das Gut tatsächlich nutzt, erübrigt sich das Problem, nach Eintritt der verschärften Haftung prüfen zu müssen, ob der Nichtberechtigte Nutzungen entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogen hat. Wenn der Scheinerbe unredlich oder verklagt ist, so kann sich dies auf seine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung nur insoweit auswirken, als es ihm nicht mehr möglich ist, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen.

#### Beispiel 41

*B hängt den im Nachlass vorgefundenen Wandteppich im Wert von 10.000 € in ihrer Wohnung auf. Nach einem Jahr meldet sich die wahre Erbin A. B hält das Testament für eine Fälschung und verweigert die Herausgabe des Teppichs. Daraufhin wird sie von A auf Herausgabe verklagt. Nach knapp einjähriger Prozessdauer erkennt B die Echtheit des Testaments an und händigt den Teppich an A aus. Ohne den vermeintlichen Erbfall hätte B nur einen Wandteppich im Wert von 1.000 € gekauft.*

Für das erste Jahr der Nutzung schuldet B Nutzungsausgleich in Höhe von 20 € (2 % von 1.000 €), da sie sich in Höhe von 180 € (2 % von 9.000 €) darauf berufen kann, nicht bereichert zu sein. Diese Möglichkeit endet in dem Moment, in dem sie auf Herausgabe des Teppichs verklagt wurde. Ab diesem Zeitpunkt musste B mit der Möglichkeit rechnen, fremdes Kapital zu nutzen. Sie kann sich daher nicht mehr auf ihr hypothetisches Alternativverhalten berufen. Für das zweite Nutzungsjahr beläuft sich der von B geschuldete Nutzungsausgleich daher auf 200 € (2 % von 10.000 €).

Für den Fall, dass sich im Nachlass Güter befinden, deren zeitliche Nutzungsdauer beschränkt ist, tritt zu den Kapitalkosten die lineare Abschreibung des Wertes der betreffenden Güter über die Gesamtnutzungsdauer hinzu.

<sup>189</sup> Das Beispiel ist insofern inspiriert durch den Sachverhalt der Entscheidung des OLG München, 20.3.2014, 14 U 764/12, NJW 2015, 81 ff.

*Beispiel 42*

Neben dem Wandteppich befindet sich im Nachlass ein neuwertiger Pkw im Wert von 30.000 €. Die voraussichtliche wirtschaftliche Nutzungsdauer dieses Modells beträgt zehn Jahre, die voraussichtliche Gesamtleistung 300.000 km. B hatte ohnehin vor, ein vergleichbares Fahrzeug anzuschaffen und nutzt nun stattdessen den vermeintlich von E geerbten Pkw. Nach einem Jahr meldet sich die wahre Erbin A bei B und verlangt die Herausgabe des Pkw sowie Nutzungsausgleich.

B schuldet als Ausgleich für die Nutzung des Pkw zunächst die Kapitalkosten i. H. v. von 600 € (2 % p. a. von 30.000 € für ein Jahr). Außerdem muss sie Ausgleich für die nutzungsbedingte Wertminderung des Pkw leisten. Bei einem Pkw ist hierzu sowohl eine nutzungsabhängig-lineare als auch eine zeitanteilig lineare Abschreibung vorzunehmen. Ausgleichspflichtig ist der höhere Betrag. Vorliegend ergeben sich ein nutzungsabhängiger Abschreibungsbetrag von 1.000 € ( $(10.000/300.000) \times 30.000 \text{ €}$ ) und ein zeitanteiliger Abschreibungsbetrag von 3.000 € ( $(1 \text{ Jahr}/10 \text{ Jahre}) \times 30.000 \text{ €}$ ). Somit schuldet B für die Nutzung des Pkw insgesamt Ausgleich in Höhe von 3.600 €.

*b) Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen*

Bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen wird der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung nach den gleichen Grundsätzen berechnet wie außerhalb vertraglicher Sonderbeziehungen. Dieses Verfahren zeichnet sich bereits *per se* durch ein hohes Maß an Einfachheit und Praktikabilität aus. Sofern bei gegenseitigen Veräußerungsverträgen die ausgetauschten Leistungen gleichwertig sind, vereinfacht sich die Durchführung des Nutzungsausgleichs noch weiter.

Unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die zeitliche Nutzungsdauer der Leistungsgegenstände zeitlich nicht beschränkt ist, heben sich die auf die Kapitalkosten beschränkten wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten gegenseitig auf.

*Beispiel 43*

B erwirbt vom Kunst- und Antiquitätenhändler A für 10.000 € einen orientalischen Wandteppich als Dekoration für seine Wohnung. Nach einem Jahr findet B zufällig heraus, dass dieser nicht, wie von A zugesichert, in Persien, sondern auf dem Gebiet des heutigen Afghanistans gefertigt wurde. Der Wert des Teppichs wird hiervon nicht beeinflusst. Da allerdings B nur original persische Kunst sammelt, tritt er dessen ungeachtet vom Kaufvertrag zurück.

B kann von A die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Rückgabe des Wandteppichs verlangen. Zusätzlich stehen den Parteien gegeneinander gerichtete Nutzungsausgleichsansprüche in Höhe von jeweils 200 € zu (2 % p. a. auf 10.000 € für ein Jahr). Da sich die Ansprüche decken, können sie sowohl von A als auch von B durch die Erklärung der Aufrechnung vollständig zum Erlöschen gebracht werden. Die Rückabwicklung des Kaufvertrags beschränkt sich dann auf das wechselseitige Rückstellen der ausgetauschten Leistungen.

Wie das Beispiel 43 verdeutlicht, kann die beiderseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung zum gleichen Ergebnis führen wie ein vollständiger Verzicht auf Nutzungsaus-

gleich im Rahmen des Kompensationsmodells.<sup>190</sup> Beide Verfahren führen jedoch dann zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn die Nutzungsdauer mindestens eines der Leistungsgegenstände zeitlich beschränkt ist. In diesem Fall ermöglicht nur der Nutzungsausgleich eine Kompensation des Gläubigers für die nutzungsbedingte Wertminderung des Gutes.

#### *Beispiel 44*

*B erwirbt von A einen Pkw mit einer voraussichtlichen Nutzungsdauer von zehn Jahren und einer voraussichtlichen Gesamtleistung von 300.000 km für 30.000 €. Nach einem Jahr stellt sich heraus, dass A bei Vertragsschluss geschäftsunfähig war. Sein Betreuer betreibt die Rückabwicklung des Kaufvertrags.*

Bezüglich der Kapitalkosten stehen A und B wechselseitige Nutzungsausgleichsansprüche i. H. v. jeweils 600 € zu (2 % p. a. auf 30.000 € für ein Jahr). Als Ausgleich für die nutzungsbedingte Wertminderung schuldet B zusätzlich den sich sowohl bei einer zeitanteiligen als auch bei einer nutzungsabhängigen linearen Abschreibung ergebenden Abschreibungsbeitrag von 3.000 €. Nach Saldierung kann B von A daher die Rückzahlung von 27.000 € Zugum-Zug gegen die Rückgabe des Pkw verlangen. Nach einem strikten Kompensationsmodell würde A hingegen den vollen Kaufpreis i. H. v. 30.000 € zurückzahlen müssen.

Die Überlegenheit einer wechselseitigen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich gegenüber dem Kompensationsmodell zeigt sich zudem dann, wenn die ausgetauschten Leistungen nicht gleichwertig sind.

#### *Beispiel 45*

*B erwirbt vom Kunst- und Antiquitätenhändler A als Dekoration für seine Wohnung einen orientalischen Wandteppich für 10.000 €. Nach einem Jahr stellt sich heraus, dass der Teppich nicht, wie von A zugesichert, Mitte des 18. Jahrhunderts, sondern Mitte des 19. Jahrhunderts hergestellt wurde. Der Wert des Teppichs beträgt daher nur 5.000 €. Da B nichtsdestotrotz Gefallen an dem Teppich gefunden hat, erklärt er die Minderung des Kaufpreises.*

Durch die Minderung sinkt der von B geschuldete Kaufpreis auf 5.000 €. B kann daher von A die Rückzahlung von 5.000 € zuzüglich Nutzungsausgleich in Höhe von 100 € (2 % p. a. auf 5.000 € für 1 Jahr) fordern.

An einer Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung fehlt es beispielsweise auch dann, wenn der Käufer eine abhandengekommene Sache an den Eigentümer herausgeben muss:

#### *Beispiel 46*

*B erwirbt vom Kunst- und Antiquitätenhändler H als Dekoration für seine Wohnung einen orientalischen Wandteppich für 10.000 €. Nach fünf Jahren meldet sich A bei B, dem der Teppich nachweislich gestohlen worden war, und verlangt die Herausgabe des Teppichs sowie Nutzungsausgleich. Daraufhin tritt B vom Kaufvertrag mit H zurück.*

A kann den Teppich bei B vindizieren. Nach hier vertretener Ansicht steht ihm auch der geltend gemachte Nutzungsausgleichsanspruch zu, der sich auf 1.041,81 € summieren würde (2 % p. a. auf 10.000 € für fünf Jahre, inklusive Zinskaptalisierung<sup>191</sup>). B konnte wegen

<sup>190</sup> Zum Kompensationsmodell siehe supra 3. Teil:B.II.1.b)aa), S. 462 ff.

<sup>191</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.c)bb)(3), S. 542 f.

des Rechtsmangels noch vom Vertrag zurücktreten, da seine Mängelrechte gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 1a BGB erst nach dreißig Jahren verjähren. Obwohl er die Kaufsache nicht zurückgewähren kann, trifft ihn keine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB.<sup>192</sup> Da ihm die Nutzungen der Kaufsache nicht verbleiben, muss er sie auch nicht gegenüber H ausgleichen. B steht vielmehr im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages so, als ob er vorgeleistet hätte. Dass dies sachgerecht ist, lässt sich auch damit begründen, dass ihm dadurch, dass er A zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, die Kaufsache mit zeitlicher Rückwirkung entzogen wird. Im Ergebnis beschränkt sich die Rückabwicklung des Kaufvertrages daher darauf, dass B von H die Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 10.000 € zuzüglich Nutzungsausgleich i. H. v. 1.041,81 € verlangen kann.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bei der Rückabwicklung von Verträgen die Nachteile des Kompensationsmodells vermeidet, ohne ihm im Hinblick auf Einfachheit und Praktikabilität unterlegen zu sein.

Ebenso wie das Kompensationsmodell befriedigt eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zudem das Bedürfnis nach einer Abstimmung der wechselseitigen Nutzungsausgleichspflichten im Hinblick auf die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.<sup>193</sup> Da die Verpflichtung zum Ausgleich des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung lediglich die Nutzbarkeit des Gutes voraussetzt, kann eine Partei, die die empfangene Leistung nicht nutzt, die wirtschaftlichen Konsequenzen dieser Entscheidung im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrages nicht auf die andere Partei abwälzen.

#### *Beispiel 47*

*B erwirbt vom Kunst- und Antiquitätenhändler A als Dekoration für seine Wohnung einen orientalischen Wandteppich für 10.000 €. Nach einem Jahr stellt sich heraus, dass es sich bei dem Teppich um eine wertlose Fälschung aus Polyester handelt. B tritt vom Vertrag zurück und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises sowie Nutzungsausgleich. A wendet ein, dass er den Kaufpreis auf seinem unverzinslichen Kontokorrentkonto habe stehen lassen.*

Da der Teppich wertlos war, nutzte B kein fremdes Kapital und schuldet daher seinerseits auch keinen Nutzungsausgleich. Er kann von A die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 10.000 € sowie Nutzungsausgleich in Höhe von 200 € (2 % p. a. auf 10.000 € für ein Jahr) verlangen. Der Einwand des A, er habe das Geld auf einem unverzinslichen Kontokorrentkonto gehalten, ist unbeachtlich. Das Kapital war für A mit dem Eingang auf seinem Girokonto nutzbar. Da er das Kapital offensichtlich nicht anderweitig benötigte, wäre es ihm jedenfalls zuzumuten gewesen, es auf ein Tagesgeldkonto umzubuchen. Dass er dies unterlassen hat, ist sein gutes Recht. Allerdings darf er die Konsequenzen seines Verhaltens im Rahmen der Rückabwicklung nicht auf B abwälzen.

<sup>192</sup> § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 bzw. Nr. 3.

<sup>193</sup> Supra 2. Teil:A.II.2, S. 219 ff.

## II. Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums

Immer dann, wenn Nutzungsausgleich für die produktive Nutzung eines Gutes geschuldet wird, muss zur Bestimmung des auszugleichenden Wertes der Güternutzung über die Zuordnung des Residuums in Gestalt der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand entschieden werden. Nachfolgend werden zunächst die zur Bewältigung der Zuordnungsproblematik erforderlichen konzeptionellen Grundlagen gelegt (1.). Anschließend wird erläutert, wie eine Entscheidung für die Zuordnung des Residuums entweder zum Nichtberechtigten (2.) oder zum Berechtigten (3.) praktisch umzusetzen ist. Die Funktionsweise des vorgeschlagenen Regimes zur Bewältigung der Residuumsproblematik wird abschließend anhand von Beispielfällen verdeutlicht (4.).

### 1. Konzeptionelle Grundlagen zur Bewältigung der Zuordnungsproblematik

Im Rahmen des Nutzungsausgleichs muss das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum entweder dem genutzten Gut und damit dem Berechtigten oder dem Nichtberechtigten zugewiesen oder zwischen beiden aufgeteilt werden. Hierbei sind Gewinne und Verluste symmetrisch zu behandeln (a). Der für die intersubjektive Zuordnung des Residuums zentrale Wertungsgesichtspunkt ist die Beeinflussung des mit der produktiven Nutzung verbundenen Risikos (b). Um diese theoretische Erkenntnis praktisch umzusetzen, bedarf es stets einer wertenden Entscheidung im Einzelfall. Allerdings ist es zumindest möglich, die für die Abwägung maßgeblichen Kriterien zu identifizieren (c). Auf dieser Grundlage kann das Residuum entweder vollständig dem Berechtigten oder vollständig dem Nichtberechtigten zugewiesen werden. Für eine Aufteilung des Residuums besteht kein Bedürfnis (d).

#### a) Symmetrische Zuordnung von Gewinnen und Verlusten

Unabhängig davon, ob das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum intersubjektiv dem Berechtigten oder dem Nichtberechtigten zuzuweisen ist, muss bei der Zuordnung eine symmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten gewährleistet werden.

Dies folgt zunächst aus dem Erfordernis, den Nutzungsausgleich möglichst konsistent auszugestalten.<sup>194</sup> Durch eine symmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten wird der Gleichlauf von Chance und Risiko gewahrt. *Tim Florstedt* gelangt in seiner Habilitationsschrift zu dem Ergebnis, dass es sich bei diesem Grundsatz, der beispielsweise in den Parömien „*lucrum sentit dominus – casum sentit dominus*“ sowie „*cuius periculum, eius commodum*“ zum Ausdruck kommt,

<sup>194</sup> Supra 3. Teil:A, S. 430 ff.

um einen „konsensualen und kohärenten Sollensbefehl“ mit „axiologischem Gehalt“ handele.<sup>195</sup> Für die Zwecke dieser Untersuchung genügt die bereits im Hinblick auf das Verhältnis von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen getroffene Feststellung, dass der Gleichlauf von Chance und Risiko der Rechtsposition des in seinem Besitz ungestörten Eigentümers entspricht und daher auch in anderen Regelungszusammenhängen als Referenz dient.<sup>196</sup> Dem Eigentümer einer Sache ist das primäre Recht zugewiesen, die Sache, auf die sich sein Eigentumsrecht bezieht, zu besitzen. Er kann mit der Sache grundsätzlich nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.<sup>197</sup> Der Eigentümer ist insbesondere berechtigt, die Sache zu seinem Vorteil zu nutzen; im Gegenzug trägt er allerdings auch die mit dem Sacheigentum verbundenen Lasten sowie die Gefahr, dass die Sache zerstört oder beschädigt wird. Das gleiche Muster gilt grundsätzlich auch für Immaterialgüterrechte. Der Inhaber eines Patents hat innerhalb dessen zeitlichen und räumlichen Geltungsbereichs das exklusive Recht, die patentierte Erfindung zu nutzen und – spiegelbildlich – jedem anderen Rechtssubjekt die Nutzung zu untersagen.<sup>198</sup> Zwar können Immaterialgüterrechte nicht wie eine Sache physisch zerstört werden.<sup>199</sup> Sonstige Nachteile sind dem Inhaber aber sehr wohl zugewiesen. So trägt beispielsweise der Inhaber eines Patents das Risiko, dass es durch technischen Fortschritt entwertet wird. Die Zusammengehörigkeit von Chance und Risiko bzw. Vorteil und Nachteil ist – wie ebenfalls bereits erörtert wurde<sup>200</sup> – kein sakrosanktes Dogma. Die Symmetrie kann nach dem Muster eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses durchbrochen werden, sofern es hierfür einen Grund gibt. So hält beispielsweise § 446 BGB die Verknüpfung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen für die Übertragung des Eigentums an einer Sache grundsätzlich aufrecht. Käufer und Verkäufer können jedoch – wenn sie dies für opportun halten – den Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten durch eine entsprechende Vereinbarung nach freiem Belieben entkoppeln.<sup>201</sup>

In gleicher Weise bildet die symmetrische Zuordnung von Chance und Risiko auch im Rahmen des Nutzungsausgleichs den Regel- oder Normalfall. Wenn Chance und Risiko dem Vollrechtsinhaber symmetrisch zugeordnet sind, solange er sich der ungestörten Inhaberschaft an seinem Gut erfreuen kann, so besteht jedenfalls im Ausgangspunkt kein Grund, hiervon im Falle einer Korrekturbedürfnis-

---

<sup>195</sup> Florstedt, *Recht als Symmetrie*, 2015, S. 307 f.

<sup>196</sup> *Supra* 2. Teil:C.I.1, S. 373 f.

<sup>197</sup> § 903 S. 1 BGB. Zum Eigentum als umfassende Herrschaftsmacht siehe auch Westermann, *Festschrift Canaris*, 2017, 617 (622 ff.).

<sup>198</sup> Siehe dazu allgemeiner *Ohly*, *Festschrift Canaris*, 2017, 987 (989): „Auch wenn einige Immaterialgüterrechte der Registrierung bedürfen und in einem Verwaltungsverfahren erteilt oder eingetragen werden, handelt es sich doch um subjektive, absolute Privatrechte. Sie weisen ihrem Inhaber, ähnlich wie das Sacheigentum, ein Bündel von Befugnissen ausschließlich zu.“

<sup>199</sup> Siehe bspw. *ibid.*, S. 991: „Anders als im Sacheigentum spielen [bei Immaterialgütern] Substanzeingriffe nahezu keine Rolle.“

<sup>200</sup> *Supra* 2. Teil:C.I.1, S. 373 f.

<sup>201</sup> *Supra* 2. Teil:C.I.1, S. 373 ff.



tigen Güterzuordnung abzuweichen. Für die Residuumsproblematik ist dieser Grundsatz von besonderer Bedeutung, da die produktive Nutzung eines Gutes riskant ist. Es kann sowohl ein Gewinn als auch ein Verlust entstehen. Wie bereits im zweiten Teil der Untersuchung erläutert wurde, vergütet das Residuum bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade die Übernahme dieses Risikos.<sup>202</sup> Um den Gleichlauf von Chance und Risiko zu wahren, muss ein positives Residuum daher intersubjektiv grundsätzlich anhand der gleichen Kriterien zugeordnet werden wie ein negatives Residuum. Würden Gewinne und Verluste im Rahmen des Nutzungsausgleichs ohne sachlichen Grund auseinandergerissen, wäre dies inkonsistent. Die *lex lata* weist eine solche Inkonsistenz in Gestalt von § 102 BGB auf, der den Anspruch des Nichtberechtigten auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten auf den Wert der Früchte deckelt.<sup>203</sup> Dies hat zur Folge, dass der Berechtigte zwar uneingeschränkt von einer erfolgreichen Nutzung profitiert, durch ein Scheitern jedoch nur insoweit negativ betroffen ist, als er keinerlei Nutzungsausgleich erhält.<sup>204</sup> Ein sachlicher Grund ist hierfür – wie bereits erläutert<sup>205</sup> – nicht ersichtlich. Demgegenüber kann die ebenfalls in § 102 BGB ausgesprochene Einschränkung des Erstattungsanspruchs auf das einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechende Maß zum Schutz des Berechtigten erforderlich sein und stellt daher ein Beispiel für eine unproblematische Durchbrechung des Gleichlaufs von Chance und Risiko dar.<sup>206</sup>

Immer dann, wenn der Nichtberechtigte Kenntnis davon hat, zumindest potentiell nicht zur Nutzung des Gutes berechtigt zu sein und er zugleich damit rechnen muss, das genutzte Gut über kurz oder lang an den Berechtigten herausgeben zu müssen, ist eine symmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten auch unter Anreizgesichtspunkten geboten. Jede Form einer Entkoppelung im Rahmen des Nutzungsausgleichs würde in dieser Situation zu einer unter Wohlfahrts Gesichtspunkten problematischen Anreizstruktur bezüglich der Nutzung des Gutes führen. Wenn der Nichtberechtigte beispielsweise wüsste, dass er einen Gewinn behalten, einen Verlust hingegen auf den Berechtigten abwälzen kann, so ergäbe sich ein klassisches *Moral-Hazard*-Problem:<sup>207</sup> Der Nichtberechtigte hätte einen Anreiz, bei der produktiven Nutzung des Gutes ineffizient hohe Risiken einzugehen.<sup>208</sup> Als Beispiel soll der nichtberechtigte Inhaber eines Unternehmens dienen,

<sup>202</sup> Supra 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

<sup>203</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff.

<sup>204</sup> Dies bedeutet, dass der Berechtigte an einem negativen Residuum in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung partizipiert. Siehe dazu supra 1. Teil:D.II.2.c), S. 131.

<sup>205</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff.

<sup>206</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff. Auch aus § 818 Abs. 3 BGB kann sich eine Notwendigkeit zur Durchbrechung der Symmetrie ergeben. Siehe dazu sogleich infra 3. Teil:C.II.2.b)bb)(2), S. 588 ff.

<sup>207</sup> Siehe zur Problematik des *moral hazard* Pindyck/Rubinfeld, *Microeconomics*, 8. Aufl. 2013, S. 643 ff.

<sup>208</sup> Zur Problematik des ebenfalls bestehenden, jedoch nicht auf die produktive Nutzung des Gutes beschränkten Fehlanreizes zu einer unwirtschaftlich intensiven Nutzung des Gutes siehe bereits supra 3. Teil:B.I.3.b), S. 455 f. Zur Problematik eines Fehlanreizes bezüglich des mit der

der die Möglichkeit zu einem Geschäft hat, das mit einer Wahrscheinlichkeit von jeweils 50 % zu einem Gewinn von 100 und zu einem Verlust von -150 führt. Bei Risikoneutralität beträgt der Erwartungswert dieses Geschäfts – 25 ( $[100 \times 50 \%] + [-150 \times 50 \%]$ ). Ein risikoneutraler berechtigter Inhaber des Unternehmens würde dieses Geschäft daher nicht eingehen. Aus der Perspektive eines Nichtberechtigten, der weiß, dass ihm im Rahmen des Nutzungsausgleichs asymmetrisch nur der Gewinn zugewiesen würde, wäre das Geschäft hingegen hochattraktiv. Denn aus seiner individuellen Perspektive beträgt der Erwartungswert bei Risikoneutralität 50 ( $100 \times 50 \%$ ). Wüsste der Nichtberechtigte hingegen umgekehrt, dass er einen Verlust selbst tragen, einen Gewinn jedoch an den Berechtigten herausgeben muss, so hätte er keinen Anreiz mehr zu einer – inhärent riskanten – produktiven Nutzung des Gutes.<sup>209</sup> Eine solche Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs würde daher bewirken, dass produktiv genutzte Güter ab dem Zeitpunkt, zu dem der Nichtberechtigte von seiner Verpflichtung zum Nutzungsausgleich Kenntnis erlangt, brachliegen.

Solange der Nichtberechtigte keine Zweifel an seiner Nutzungsberechtigung hat, stellen sich die geschilderten Anreizprobleme hingegen nicht. Die auf den Nichtberechtigten wirkenden Anreize zur Nutzung des Gutes werden dann, wie bereits erläutert, von der Rechtsposition bestimmt, aufgrund derer er sich zur Nutzung berechtigt glaubt, also beispielsweise als Eigentümer oder als Pächter des Gutes.<sup>210</sup> Von der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs können daher keine Fehlanreize bezüglich der Nutzung des Gutes ausgehen. Der Ausgleich von Nutzungen bewirkt dann lediglich eine unter Wohlfahrtsgesichtspunkten grundsätzlich irrelevante Umverteilung des bei der produktiven Nutzung des Gutes erzielten Ergebnisses.<sup>211</sup>

### *b) Risikobeeinflussung als zentraler Wertungsgesichtspunkt für die intersubjektive Zuordnung des Residuums*

Im Hinblick auf die intersubjektive Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums ist zunächst daran zu erinnern, dass der Anspruch auf Nutzungsausgleich spezifisch den Wert erfassen soll, der der Nutzung des falsch zugeordneten Gutes beizumessen ist – nicht weniger, aber auch nicht mehr.<sup>212</sup> Folglich darf das Residuum nur insoweit in den Nutzungsausgleich einbezogen werden, als es als „wirtschaftliches Verdienst“ des genutzten Gutes ange-

---

Nutzung eines Gutes speziell für dessen Substanz verbundenen Risikos siehe infra 3. Teil:D.I, S. 605 ff.

<sup>209</sup> Wenn im Beispiel der potentielle Gewinn aus dem Geschäft 150, der Verlust hingegen -100 betrüge, so wäre der Erwartungswert aus Sicht des berechtigten Inhabers des Unternehmens positiv (25), aus Sicht des Nichtberechtigten hingegen negativ (-50).

<sup>210</sup> Supra 3. Teil:B.I.3.a), S. 454 f.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> Supra 1. Teil:C.II, S. 110 ff.

sehen werden kann.<sup>213</sup> Soweit die Entstehung des Residuums hingegen als das Verdienst des Nichtberechtigten erscheint, muss es ihm grundsätzlich belassen werden. Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, fungiert *de lege lata* der Fruchtbegriff des § 99 BGB als zentrale Weichenstellung für die Zuordnung des Residuums.<sup>214</sup> Dies ist nicht sachgerecht, da der Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtentstehung in § 99 BGB keinen Niederschlag gefunden hat.<sup>215</sup> Die Subsumierbarkeit des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Bruttoertrags unter den Begriff der „Frucht“ erlaubt daher keinerlei Rückschlüsse auf die jeweiligen Verursachungsbeiträge des genutzten Gutes und des Nichtberechtigten. Das Problem ist im Schrifttum zwar erkannt, aber nicht gelöst worden.<sup>216</sup>

Der konzeptionelle Schlüssel für die Bewältigung der Residuumsproblematik liegt in der Erkenntnis, dass das Residuum das mit der produktiven Nutzung eines Gutes verbundene *Risiko* vergütet: Wie im zweiten Teil der Untersuchung erläutert wurde, entsteht ein Residuum dadurch, dass im Rahmen einer im weitesten Sinne unternehmerischen Tätigkeit Input in Gestalt unterschiedlicher Produktionsfaktoren in Output in Gestalt von Gütern und Dienstleistungen transformiert wird. Dieser Prozess ist riskant, da der Aufwand für den eingesetzten Input sicher, der Ertrag aus dem Absatz des hergestellten Outputs hingegen ungewiss ist.<sup>217</sup> Der Chance, dass der Wert des Outputs den Wert des Inputs übersteigt und sich somit ein positives Residuum bzw. ein Gewinn ergibt, steht die Gefahr gegenüber, dass es sich umgekehrt verhält und ein negatives Residuum bzw. ein Verlust hingenommen werden muss. Der *berechtigte* Inhaber eines Gutes erhält das Residuum, weil er das mit der produktiven Nutzung verbundene Risiko bewusst übernommen hat. Wer sich beispielsweise dazu entschließt, Aktien an einem börsennotierten Unternehmen zu erwerben, der entscheidet sich dafür, einen Anteil an dem Risiko zu tragen, das mit dem Betrieb des von der Aktiengesellschaft getragenen Unternehmens verbunden ist. Die im Rahmen des Nutzungsausgleichs zu bewältigende Komplikation besteht darin, dass es in Gestalt des Berechtigten und des Nichtberechtigten zwei Prätendenten auf das Residuum gibt. Erst die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs entscheidet, wem Chance und Risiko zugeordnet werden.

Wenn das Residuum das mit der produktiven Nutzung eines Gutes verbundene Risiko vergütet, so muss für seine Zuordnung im Rahmen des Nutzungsausgleichs danach gefragt werden, wem dieses Risiko wertungsmäßig zuzurechnen ist. Der einzige Gesichtspunkt, der hierfür in Frage kommt, ist die tatsächliche Beeinflussung dieses Risikos. Steuert der Nichtberechtigte das Risiko, so ist das Residuum sowohl im Gewinnfall als auch im Verlustfall als sein Verdienst anzusehen. Hat der Nichtberechtigte hingegen die Steuerung des Risikos nicht übernommen, sondern

---

<sup>213</sup> Supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff.

<sup>214</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a), S. 310 ff.

<sup>215</sup> Supra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>216</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)cc), S. 322 ff.

<sup>217</sup> Supra 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

sich insofern passiv verhalten, so ist das Residuum noch auf die Übernahme des Risikos durch den ursprünglichen Inhaber des Gutes zurückzuführen. Bei dem ursprünglichen Inhaber handelt es sich entweder um den Berechtigten selbst oder – insbesondere im Erbfall – um seinen Rechtsvorgänger. In beiden Fällen gebührt das Residuum dem aktuell Berechtigten. Nicht möglich ist es demgegenüber, auf die Entscheidung des Nichtberechtigten zum Erwerb des produktiv genutzten Gutes abzustellen. Denn der Ausgleich von Nutzungen wird nur relevant, wenn es entweder ganz an einer solchen Erwerbsentscheidung fehlt, wie im Falle des Erbschaftsbesitzes, oder wenn die Investitionsentscheidung von der Rechtsordnung nicht als bestandskräftig anerkannt wird, wie im Falle der Rückabwicklung eines Kaufvertrags. Der Scheinerbe übernimmt aufgrund seines vermeintlichen Erbrechts ein Gut, zu dessen Anschaffung sich der Erblasser entschieden hatte. Der Umstand, dass der auf der Grundlage eines Veräußerungsvertrags vollzogene Leistungsaustausch mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht werden soll,<sup>218</sup> beinhaltet die Wertung, dass die wirtschaftliche Disposition der Parteien, ein bestimmtes Gut zu erwerben bzw. zu veräußern, keinen Bestand haben soll.

Für die Zuordnung des Residuums darauf abzustellen, wer das mit der produktiven Nutzung des Gutes verbundene Risiko maßgeblich beeinflusst, ist auch und gerade aus der Perspektive der Partei interessengerecht, der auf dieser Grundlage das Residuum *nicht* zugesprochen wird. Wenn beispielsweise ein unredlicher Scheinerbe die Leitung eines zum Nachlass gehörenden Unternehmens übernimmt und dieses innerhalb kurzer Zeit durch seine unternehmerische Inkompetenz ruiniert, so wäre es nicht sachgerecht, den wahren Erben mit dem entstehenden Verlust zu belasten. Umgekehrt wäre es ebenso wenig interessengerecht, wenn ein redlicher Scheinerbe, der den Nachlass nur wenige Monate in Besitz hat und in dieser Zeit – ohne Vernachlässigung von Aufsichtspflichten – ein vom Erblasser eingesetztes Fremdmanagement gewähren lässt, einen entstehenden Verlust tragen müsste.

### *c) Kriterien für die Beurteilung der Risikobeeinflussung im Einzelfall*

Die theoretische Erkenntnis, dass die Risikobeeinflussung den zentralen Wertungsgesichtspunkt für die Zuordnung des Residuums bildet, bedarf zu ihrer praktischen Umsetzung einer wertenden Betrachtung im Einzelfall. Hierbei können sich schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Allerdings ist es zumindest möglich, die für die Abwägung zentralen Kriterien zu konkretisieren und auf diese Weise die mit einer Wertungsentscheidung zwangsläufig verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten zu reduzieren.

Da der Berechtigte das Gut während des für den Nutzungsausgleich maßgeblichen Zeitraums nicht innehatte, kann sich eine ihm zurechenbare Beeinflussung des Risikos nur aus einem Verhalten des ursprünglichen Inhabers des Gutes erge-

---

<sup>218</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a), S. 191 ff. sowie 3. Teil:B.II.1.c), S. 475 ff.

ben (aa). Je stärker eine Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber fortwirkt, desto höhere Anforderungen sind an eine Risikoübernahme durch den Nichtberechtigten zu stellen (bb).

*aa) Fortwirkende Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber des Gutes*

Inwieweit eine Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber auch nach der Erlangung des Gutes durch den Nichtberechtigten fortwirkt, hängt insbesondere davon ab, wie stark eine bestimmte Art der Nutzung schon in einem konkreten Gut angelegt ist. Wenn beispielsweise der Erblasser ein Unternehmen aufgebaut hat, das auf die Herstellung bestimmter Fahrzeugteile spezialisiert ist, so prägen die damit verbundenen unternehmerischen Entscheidungen das Unternehmen auch noch nach dem Erbfall. Von einer relevanten Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber ist ferner beispielsweise bei Immobilien auszugehen. Der zentrale wertbildende Faktor für eine Immobilie ist ihre Lage. Die Entscheidung des ursprünglichen Inhabers für den Erwerb einer Immobilie an einem bestimmten Standort wirkt auch dann fort, wenn er sie aufgrund eines unwirksamen Veräußerungsvertrags auf einen Nichtberechtigten überträgt. So hängt etwa im Falle einer anschließenden Vermietung durch den Nichtberechtigten der erzielbare Mietzins ganz entscheidend von der Lage der Immobilie ab.

Den meisten Gütern ist jedoch keine spezifische Risikobestimmung inhärent. Wenn beispielsweise ein industrieller Schweißautomat im Rahmen eines metallverarbeitenden Produktionsbetriebs eingesetzt wird, so geht die maßgebliche Risikobestimmung nicht von der einzelnen Maschine, sondern von dem Unternehmen aus. Selbst die entgeltliche Nutzungsüberlassung setzt bei Mobilien in der Regel eine bestehende unternehmerische Organisation voraus.<sup>219</sup> Besonders offensichtlich ist das Fehlen einer inhärenten Risikobestimmung im Falle von Geld. In Geld ist keine bestimmte Nutzungsart angelegt. Das Kennzeichen von Geld besteht vielmehr gerade darin, dass es als universelles Tauschmittel<sup>220</sup> jeder beliebigen Verwendung zugeführt werden kann.

Wenn in dem genutzten Gut grundsätzlich eine Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber fortwirkt, so spricht dies im Ausgangspunkt für eine Zuordnung des Residuums zum Berechtigten. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, ob der Nichtberechtigte die Steuerung des Risikos übernommen und damit die ursprüngliche Risikobestimmung gewissermaßen überschrieben hat. Wenn es hingegen schon an einer relevanten Risikobestimmung durch den ursprünglichen Inhaber fehlt, so steht fest, dass das mit der produktiven Nutzung des Gutes verbundene Risiko vom Nichtberechtigten gesteuert wurde und ihm folglich das hierbei entstandene Residuum zuzuordnen ist. Hiervon ist nach dem Gesagten beispielsweise dann auszugehen, wenn der Nichtberechtigte rechtsgrundlos Bargeld

<sup>219</sup> Zu denken ist bspw. an den Markt für die Vermietung von Fahrzeugen oder Büromaschinen, der ganz von gewerblichen Anbietern beherrscht wird.

<sup>220</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

oder ein Guthaben bzw. eine Gutschrift auf einem Kontokorrentkonto erlangt und dieses Geld durch Investition einer produktiven Nutzung zuführt.

*bb) Übernahme der Risikosteuerung durch den Nichtberechtigten*

Eine Übernahme der Risikosteuerung durch den Nichtberechtigten setzt voraus, dass dieser durch sein Verhalten auf die produktive Nutzung des Gutes Einfluss nimmt. Verhält sich der Nichtberechtigte vollkommen passiv und lässt lediglich eine bereits im Gang befindliche produktive Nutzung weiterlaufen, so greift er offensichtlich nicht steuernd in das mit der produktiven Nutzung des Gutes verbundene Risiko ein. Ein typisches Beispiel hierfür ist eine Immobilie, die der Nichtberechtigte bereits in vermietetem Zustand erlangt hat. Das mit der Vermietungstätigkeit verbundene Risiko wurde in diesem Fall entscheidend vom ursprünglichen Inhaber der Immobilie bestimmt. Zum gleichen Ergebnis kommt auch die im Schrifttum prominent vertretene Auffassung, wonach für die Zuordnung des Residuums abweichend von der *lex lata* darauf abgestellt werden soll, ob die Nutzungen mit dem Gut „mitgeleistet“ wurden.<sup>221</sup> Allerdings liegt es in der Logik des Konzepts der mitgeleisteten Nutzungen, dass letztlich jede für die konkrete Nutzungsziehung kausale Handlung den Zurechnungszusammenhang durchbricht und zu einer Zuordnung des Residuums zum Nichtberechtigten führt. Im Beispiel der vermieteten Immobilie wäre es hierfür beispielsweise ausreichend, dass der bisherige Mieter auszieht und der Nichtberechtigte einen Nachmieter sucht.<sup>222</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung genügt eine bloße Durchbrechung des Kausalzusammenhangs demgegenüber nicht. Der Nichtberechtigte muss vielmehr Aktivitäten entfalten, die sich bei wertender Betrachtung als eine Steuerung des mit der produktiven Nutzung des Gutes verbundenen Risikos darstellen. Von zentraler Bedeutung ist insofern, welcher Art die Aktivitäten des Nichtberechtigten sind (1). Daneben kann auch die Dauer (2) und die Intensität (3) der Aktivitäten eine Rolle spielen.

(1) Art der Aktivitäten des Nichtberechtigten

Für die Frage der Zuordnung des Residuums ist in besonderem Maße relevant, inwieweit eine vom Nichtberechtigten entfaltete Aktivität ihrer Art nach geeignet ist, das mit der produktiven Nutzung des Gutes verbundene Risiko zu beeinflussen. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass ein Unternehmen vorfindet und dessen Leitung übernimmt, so nimmt er offensichtlich auf die Geschicke des Unternehmens maßgeblichen Einfluss. Wenn er hingegen die bestehende Unternehmensleitung im Amt belässt und sich selbst von „seinem“ Unternehmen als Hausmeister anstellen lässt, dann ist er zwar für das Unternehmen tätig. Seine Ak-

<sup>221</sup> Siehe dazu näher supra 2. Teil:B.II.2.a)cc)(1), S. 320 ff.

<sup>222</sup> Siehe *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 154.

tivitäten sind jedoch grundsätzlich nicht geeignet, das mit dem Betrieb des Unternehmens verbundene Risiko zu beeinflussen. Allgemein ausgedrückt, spricht die Art der vom Nichtberechtigten entfalteten Aktivitäten umso stärker dafür, ihm das erzielte Residuum zuzurechnen, je mehr sie sich als „unternehmerisch“ charakterisieren lassen,<sup>223</sup> und umso weniger, als es sich um Routinetätigkeiten handelt, die von beliebig austauschbaren Personen erbracht werden könnten.

Ein Beispiel für eine Risikosteuerung durch den Nichtberechtigten außerhalb des Kontextes der Leitung eines Unternehmens ist die Investition rechtsgrundlos erlangten Geldes am Aktienmarkt. Die mit der Aktienanlage verbundenen Chancen und Risiken beruhen auf der Investitionsentscheidung des Nichtberechtigten. Daher ist ihm ein erzielter Gewinn ebenso zuzurechnen wie ein sich einstellender Verlust.<sup>224</sup>

## (2) Dauer der Aktivitäten des Nichtberechtigten

Sofern die Aktivitäten des Nichtberechtigten ihrer Natur nach keinen nennenswerten Einfluss auf das mit der produktiven Nutzung verbundene Risiko haben, ist der Zeitraum, für den sie entfaltet werden, für die Zuordnung des Residuums irrelevant. Im Falle einer unternehmerischen Tätigkeit kann deren Dauer hingegen ein wichtiger Faktor für die Zuordnungsentscheidung sein. Je länger der Nichtberechtigte die produktive Nutzung des Gutes steuert, umso mehr spricht dafür, das Residuum als sein wirtschaftliches Verdienst zu qualifizieren – und umgekehrt. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe die von ihm übernommene Leitung eines zum Nachlass gehörenden Unternehmens bereits nach wenigen Tagen wieder abgeben muss, so ist im Zweifelsfall davon auszugehen, dass er keinen nachhaltigen Einfluss auf das unternehmerische Risiko nehmen konnte. Allerdings kann je nach der Art der produktiven Nutzung auch eine Aktivität von nur sehr kurzer Dauer zu einer Risikoübernahme führen. Als Beispiel kann wiederum auf die Investition von rechtsgrundlos erlangtem Geld am Aktienmarkt verwiesen werden. Die Bestimmung des damit verbundenen Risikos erfordert nur eine einmalige Anlageentscheidung sowie deren Umsetzung durch eine entsprechende Ordererteilung.

<sup>223</sup> Insofern kann auch auf die Erkenntnisse der ökonomischen Produktivitätsforschung verwiesen werden, die sich mit der Frage befasst, warum Unternehmen bei der Transformation von Input in Output unterschiedlich effizient sind. Als eine der Hauptdeterminanten wird dabei die Qualität der Unternehmensleitung identifiziert. Siehe überblicksartig zur Produktivitätsforschung *Syverson*, *Journal of Economic Literature* XLIX (2011), 326 sowie zum Einfluss der Unternehmensleitung im Besonderen S. 336: „Researchers have long proposed that managers drive productivity differences. [...] Managers are conductors of an input orchestra. They coordinate the application of labor, capital, and intermediate inputs. Just as a poor conductor can lead to a cacophony rather than a symphony, one might expect poor management to lead to discordant production operations.“

<sup>224</sup> In diesem Sinne auch *Wendehorst*, *Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, 1999, S. 242, die dem Bereicherten im Rahmen des Nutzungsausgleichs einen Vorteil dann belassen will, wenn er auf einer „besonderen investorischen Entscheidung“ beruht. So seither auch *BeckOK/Wendehorst*, § 818 BGB Rn. 17 (1.5.2018).

### (3) Intensität der Aktivitäten des Nichtberechtigten

Neben Art und Dauer kann schließlich auch die Intensität der Aktivitäten des Nichtberechtigten eine Rolle spielen. Wenn beispielsweise ein vermeintlicher Erbe im Nachlass eine Mehrheitsbeteiligung an einer GmbH vorfindet, die als Trägerin für ein mittelständisches Unternehmen fungiert, so muss er nicht unbedingt selbst die Funktion eines Geschäftsführers übernehmen, um Einfluss auf die Geschäftsentwicklung zu nehmen. Vielmehr kann er das Unternehmen auch aus seiner Position als Mehrheitsgesellschafter heraus steuern. Wenn er etwa die Geschäftsführer eng überwacht und sich mit Anweisungen auch in das operative Geschäft einmischt, dann spricht dies dafür, ihm das entstehende Residuum zuzurechnen. Auch wenn er lediglich strategische Entscheidungen trifft, bleibt sein Einfluss auf die Unternehmensentwicklung groß. Wenn sich der Scheinerbe jedoch im Wesentlichen darauf beschränkt, sich einmal im Jahr auf der Gesellschafterversammlung vom Management über den Stand der Dinge informieren zu lassen, dann schlägt dieser Gesichtspunkt wertungsmäßig zugunsten einer Zuordnung des Unternehmensergebnisses zum Berechtigten zu Buche.

#### *d) Kein Bedürfnis für eine Aufteilung des Residuums*

Das Kriterium der Risikobeeinflussung erlaubt es in der Regel, das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum eindeutig entweder dem Berechtigten oder dem Nichtberechtigten zuzuordnen. Auch dann, wenn die erforderliche Wertungsentscheidung mit Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden ist, sollte an einer einheitlichen Zuordnung festgehalten werden. Gegen die denkbare Alternative einer Aufteilung des Residuums spricht, dass hierfür keine sachgerechten Kriterien ersichtlich sind.<sup>225</sup> Es bliebe daher nur der Versuch, die jeweiligen Anteile des Berechtigten und des Nichtberechtigten im Wege einer letztlich willkürlichen Schätzung zu ermitteln. Dies ist jedoch nicht nötig. Es gibt einen besseren Weg, um Erfolgsbeiträge der Partei, der das Residuum *nicht* verbleibt, zu berücksichtigen: Solche besonderen Umstände fließen automatisch in die Bemessung der ihr zustehenden Vergütung für die von ihr beigesteuerten Produktionsfaktoren ein.<sup>226</sup>

Wenn etwa die wertende Betrachtung im Einzelfall dazu führt, dass der Nichtberechtigten durch seine Aktivitäten zwar einen erheblichen Beitrag zur produktiven Nutzung geleistet hat, jedoch noch nicht von einer Übernahme der Risiko- steuerung auszugehen ist, so kann diesem Umstand vergleichsweise zielgenau bei der Bemessung der ihm für seine Tätigkeit zustehenden Vergütung Rechnung ge-

<sup>225</sup> Siehe dazu bereits *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 420f.

<sup>226</sup> In diesem Sinne auch *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, 1934, S. 133.



tragen werden.<sup>227</sup> Wenn umgekehrt das falsch zugeordnete Gut einen besonders wichtigen Beitrag zu einer wertungsmäßig dem Nichtberechtigten zuzurechnenden produktiven Nutzung leistet, so schlägt sich dieser Umstand in der Regel im Wert des Gutes nieder. Ein hoher Wert des Gutes wiederum kommt dem Berechtigten bei der Bestimmung der ihm zustehenden Vergütung für das in dem Gut gebundene Kapital sowie für eine nutzungsbedingte Wertminderung zugute.<sup>228</sup> Wenn beispielsweise durch den Einsatz einer besonders modernen Maschine die Effizienz der Produktion gesteigert werden kann, so ist davon auszugehen, dass eine solche Maschine mehr wert ist als eine herkömmliche Produktionsmaschine. Wenn die Maschine von einem Nichtberechtigten genutzt wird, so ist das Residuum auf der Grundlage des Gesichtspunkts der Risikobeeinflussung dennoch allein dem Nichtberechtigten als dem Inhaber des Unternehmens zuzurechnen, in dem die Maschine zum Einsatz kam. Der Versuch, eine spezifisch der Maschine zuzuschreibende Gewinnsteigerung zu schätzen und dem Berechtigten zuzuweisen, wäre weder sachlich angemessen noch praktikabel. Die besonderen Eigenschaften der Maschine werden bei der Bestimmung des dem Berechtigten zustehenden Nutzungsausgleichs vielmehr bereits über ihren Wert in angemessener Weise berücksichtigt.<sup>229</sup>

## 2. Zuordnung des Residuums zum Nichtberechtigten

Das Ergebnis der produktiven Nutzung eines Gutes ist der Saldo aus Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand. Um diesen Saldo dem Nichtberechtigten zuzuordnen, muss zum einen gewährleistet werden, dass dieser in den Genuss des von ihm erwirtschafteten Bruttoertrags kommt (a). Zum anderen muss sichergestellt werden, dass der Nichtberechtigte den gesamten nutzungsbedingten Aufwand trägt (b).

### a) Zuordnung des Bruttoertrags zum Nichtberechtigten

Dem Nichtberechtigten den durch die produktive Nutzung des Gutes erzielten Bruttoertrag zuzuordnen, ist unproblematisch, wenn der Nichtberechtigte den Ertrag selbst vereinnahmt hat. In diesem Fall muss nichts weiter unternommen werden. Der Bruttoertrag ist dem Nichtberechtigten schlicht zu belassen. Eine Komplikation ergibt sich dann, wenn der Nichtberechtigte einen Teil des Bruttoertrags *mit dem genutzten* Gut auf den Berechtigten übertragen muss.<sup>230</sup> Dazu kann es beispielsweise kommen, wenn der Bruttoertrag in Feldfrüchten besteht. Wenn etwa ein Landwirt eine Ackerfläche kauft und sich der Kaufvertrag als nichtig herausstellt, so muss er die Ackerfläche im Zuge der Rückabwicklung des Kauf-

<sup>227</sup> Siehe dazu supra 1. Teil:D.II.2.a), S. 129.

<sup>228</sup> Siehe dazu supra 1. Teil:D.II.2.b), S. 130 f. sowie 3. Teil:C, S. 518 ff.

<sup>229</sup> Supra 3. Teil:C, S. 518 ff.

<sup>230</sup> Zur Problematik einer Korrelation zwischen dem Ergebnis der Nutzung und dem Wert des genutzten Gutes siehe infra 3. Teil:D.II.3, S. 627 ff.

vertrages auch dann herausgeben, wenn er das von ihm angebaute Getreide noch nicht ernten konnte.

*De lege lata* ist die zeitliche Abgrenzung der Nutzungssphären mehrerer Rechtssubjekte in § 101 BGB geregelt.<sup>231</sup> Danach erfolgt die Zuordnung für natürliche Früchte anhand des Trennungszeitpunkts. Das Entgelt für die entgeltliche Überlassung eines Gutes zur Nutzung an einen Dritten sowie Gewinnanteile werden *pro rata temporis* aufgeteilt. Im Übrigen entscheidet der Zeitpunkt, zu dem die Früchte fällig sind.<sup>232</sup> Um dem Nichtberechtigten im Rahmen des Nutzungsausgleichs das bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielte Residuum zuzuordnen, muss dieser die Bruttoerträge stets bis zu dem Zeitpunkt erhalten, in dem die Nutzungsausgleichspflicht endet, also spätestens bis zur Übertragung des Gutes auf den Berechtigten. Dies ist nur bei einer Aufteilung *pro rata temporis* gewährleistet.

Weder der Zeitpunkt der Trennung natürlicher Früchte noch das Fälligkeitsprinzip sind in der Lage, bei der Abgrenzung der Nutzungssphären auf die Verursachungsbeiträge Rücksicht zu nehmen. So würde eine Zuordnung von Früchten nach dem Trennungszeitpunkt beispielsweise dazu führen, dass der Berechtigte da ernten könnte, wo er nicht gesät hat. Wenn etwa der Verkäufer die gesamte Ernte behalten dürfte, die er kurz nach Rückgabe der Ackerfläche einbringt, so würde ihm der gesamte vom Nichtberechtigten erwirtschaftete Bruttoertrag zufallen.<sup>233</sup> Demgegenüber gewährleistet eine Aufteilung des Bruttoertrags *pro rata temporis*, dass dem Nichtberechtigten Bruttoerträge, die er mit dem Gut an den Berechtigten herausgeben muss, zumindest wertmäßig verbleiben. Wenn etwa der Nichtberechtigte den bestellten Acker vor Einbringung der Ernte an den Berechtigten herausgeben muss, so müsste dem Nichtberechtigten der auf den Zeitraum der Nutzungsausgleichspflicht entfallende Anteil am Bruttoertrag mittels eines gegen den Berechtigten gerichteten Ausgleichsanspruchs zugewiesen werden. Für die Berechnung dieses Anspruchs kann auf die Grundsätze für die Ermittlung der sogenannten Halmtaxe i. S. v. § 596a Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden.<sup>234</sup> Danach ist für die Bewertung noch nicht ausgereifter Früchte auf den am Bewertungsstichtag zu erwartenden Erntewert abzustellen. Von diesem Wert sind die nach dem Bewertungsstichtag noch zu erwartenden Gewinnungskosten abzuziehen.<sup>235</sup>

Eine zeitliche Abgrenzung der Nutzungssphären im Hinblick auf die Bruttoerträge kann auch für den umgekehrten Fall erforderlich sein, dass der Nichtberechtigte mit dem Gut Erträge erhält, die von seinem Rechtsvorgänger erwirtschaftet wurden. Ein Beispiel wäre der vom Erblasser bestellte Acker, der vom vermeintlichen Erben weiter bewirtschaftet und schließlich abgeerntet wird. Um zu verhin-

---

<sup>231</sup> Die Vorschrift regelt die Abgrenzung im Allgemeinen, also nicht nur für die Zwecke des Nutzungsausgleichs.

<sup>232</sup> Supra 1. Teil:B.IV.1, S. 99 f.

<sup>233</sup> Siehe dazu bereits supra 1. Teil:B.IV.1, S. 99 f.

<sup>234</sup> Siehe BeckOGK/Wiese, § 596a BGB Rn. 2 ff. (1.1.2018).

<sup>235</sup> OLG Brandenburg, 2.8.2010, 5 U (Lw) 175/06, juris.

dern, dass der Nichtberechtigte Bruttoerträge vereinnahmen kann, die er nicht erwirtschaftet hat, muss er dem wahren Erben Ausgleich für den Wert leisten, den die ungetrennten Feldfrüchte in dem Zeitpunkt hatten, zu dem er die Ackerfläche übernahm.

Eine Aufteilung der Bruttoerträge *pro rata temporis* ist auch dann erforderlich, wenn dem Nichtberechtigten bei der Rückabwicklung eines entgeltlichen Veräußerungsvertrags das Residuum zugewiesen werden soll. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall schlicht der Anspruch des Erwerbers auf Rückzahlung des Kaufpreises zu kürzen sei. So sei beispielsweise der Verkäufer einer bestellten Ackerfläche um den Wert der Feldfrüchte im Zeitpunkt des Übergangs der Berechtigung an den Nutzungen nicht mehr bereichert, wenn ihm der Käufer die Ackerfläche in abgeerntetem Zustand zurückgibt.<sup>236</sup> Dieser Lösungsansatz versagt jedoch dann, wenn der Verkäufer vorgeleistet hat oder wenn es sich bei dem rückabzuwickelnden Vertrag nicht um einen Kauf-, sondern um einen Tauschvertrag handelt. Um das Problem in *allen* denkbaren Fallgestaltungen zu bewältigen, sind die Rückabwicklung der primär ausgetauschten Leistungen und die sekundäre Ebene des Nutzungsausgleichs konzeptionell klar zu trennen. Der Käufer kann die von ihm geleistete Kaufpreiszahlung in voller Höhe zurückverlangen. Falls der Kaufpreis Vorteile abgegolten hat, die in den Nutzungsausgleich einzubeziehen sind, ist dem bei der Durchführung des Nutzungsausgleichs Rechnung zu tragen.

#### *b) Zuordnung des nutzungsbedingten Aufwands zum Nichtberechtigten*

Um zu gewährleisten, dass der Nichtberechtigte den nutzungsbedingten Aufwand vollständig trägt, muss er zum einen verpflichtet werden, Ausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung zu leisten (aa). Zum anderen muss verhindert werden, dass der Nichtberechtigte von ihm getragenen sonstigen nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abwälzen kann (bb).

##### *aa) Ausgleichspflicht in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung*

Wie bereits dargelegt, ist der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung aus der Perspektive eines Vollrechtsinhabers zu bestimmen.<sup>237</sup> Der Nichtberechtigte schuldet daher mindestens Nutzungsausgleich in Höhe der Kosten des in dem Gut gebundenen Kapitals.<sup>238</sup> Wenn die Nutzungsdauer des Gutes zeitlich beschränkt ist, kommt hierzu noch der sich bei einer linearen Abschreibung des Gutes für den Nutzungszeitraum ergebende Betrag hinzu.<sup>239</sup>

<sup>236</sup> Wieling, AcP 169 (1969), 137 (138).

<sup>237</sup> Supra 3. Teil:C.I.1, S. 519 ff.

<sup>238</sup> Supra 3. Teil:C.I.2, S. 527 ff.

<sup>239</sup> Supra 3. Teil:C.I.3, S. 552 ff.

Die Kapitalkosten sind – wie bereits dargelegt – ausgehend von der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu berechnen.<sup>240</sup> Hieran ist auch für den Fall festzuhalten, dass ein Gut, etwa eine Maschine, in einem Unternehmen des Nichtberechtigten genutzt wird. Zwar scheint es auf den ersten Blick nahezuliegen, stattdessen auf die Kapitalkosten des konkreten Unternehmens abzustellen. So wäre es beispielsweise denkbar, im Fall eines Unternehmens, das durchgängig zum Teil mit Fremdkapital finanziert ist, die Kapitalkosten mit den durchschnittlichen Fremdkapitalkosten anzusetzen. Dabei würde jedoch übersehen, dass auch die Entscheidung über die Aufnahme von Fremdkapital eine wirtschaftliche Disposition des Nichtberechtigten darstellt.<sup>241</sup> So ist insbesondere die Finanzierung eines Unternehmens mit Fremdkapital keineswegs ein notwendiges Übel, das stets zu vermeiden ist, wenn genügend Eigenkapital zur Verfügung steht. Im Gegenteil gibt es viele gute Gründe, ein Unternehmen auch dann mit Fremdkapital zu finanzieren, wenn dies nicht zwingend erforderlich ist. Wenn beispielsweise die Gesamtkapitalrendite des Unternehmens höher liegt als die Verzinsung des Fremdkapitals, so lässt sich mittels einer Erhöhung der Fremdkapitalquote die Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital steigern.<sup>242</sup> Dies wiederum kann die Attraktivität des Unternehmens für potentielle Investoren erhöhen. Beispiele für weitere mit der Aufnahme von Fremdkapital assoziierte Vorteile sind die steuerliche Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalkosten von der ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage sowie der aus der erfolgsunabhängigen Zahlungsverpflichtung resultierende disziplinierende Effekt für das Management des Unternehmens.<sup>243</sup> Es besteht kein Grund, den Berechtigten im Rahmen des Nutzungsausgleichs an diesen wirtschaftlichen Dispositionen des Nichtberechtigten partizipieren zu lassen. Die Kapitalkosten sind daher auch bei produktiver Nutzung stets nur in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu veranschlagen.

Auch für die Ermittlung der nutzungsbedingten Wertminderung ergeben sich im Falle einer produktiven Nutzung des Gutes keine Besonderheiten. Der Wert des Gutes ist über die voraussichtliche Nutzungsdauer linear abzuschreiben. Dem Umstand, dass das Gut nicht konsumtiv, sondern produktiv genutzt wird, ist nur bei der Bestimmung der voraussichtlichen Nutzungsdauer Rechnung zu tragen. So ist beispielsweise bei einem täglich im innerstädtischen Lieferverkehr eingesetzten Firmen-Pkw von einer geringeren Nutzungsdauer auszugehen als bei einem ausschließlich privat genutzten Pkw.

<sup>240</sup> Surpa 3. Teil:C.I.2.c), S. 531 ff.

<sup>241</sup> Siehe dazu allgemeiner bereits supra 3. Teil:C.I.2.c)aa)(2), S. 533 f.

<sup>242</sup> Sog. Leverage-Effekt. Siehe dazu bspw. *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 602 f.

<sup>243</sup> Siehe dazu *Becker/Dwenger*, in: Schön (Hrsg.), Eigentkapital und Fremdkapital – Steuerrecht – Gesellschaftsrecht – Rechtsvergleich – Rechtspolitik, 2013, 101 (105 ff.).

*bb) Verhinderung einer Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten*

Bereits bei der Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung wurde dargelegt, dass dem Nichtberechtigten neben den Kapitalkosten und gegebenenfalls der nutzungsbedingten Wertminderung des Gutes auch der sonstige Aufwand zugeordnet werden muss, der mit einer berechtigten Nutzung des Gutes verbunden ist.<sup>244</sup> Da der Nichtberechtigte diesen Aufwand im Rahmen der Nutzung ohnehin zunächst selbst trägt, muss lediglich verhindert werden, dass er ihn auf den Berechtigten abwälzen kann.<sup>245</sup> Diesem Ziel liefe ein Anspruch wie § 102 BGB, der es dem Nichtberechtigten ausdrücklich gestattet, nutzungsbedingten Aufwand beim Berechtigten zu liquidieren, offensichtlich zuwider. Wenn beispielsweise einem Landwirt, der sich fälschlicherweise für den Eigentümer einer Ackerfläche hält, das bei der Bestellung des Ackers erwirtschaftete Residuum zugeordnet werden soll, so muss er die Fruchtgewinnungskosten selbst tragen.

Darüber hinaus müssen auch die sonstigen im ersten Teil der Untersuchung beschriebenen Wege versperrt werden, auf denen der Nichtberechtigte *de lege lata* nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abwälzen kann. Zu denken ist insofern zum einen an einen potentiellen Anspruch des Nichtberechtigten auf Verwendungersatz und zum anderen an den Einwand gemäß § 818 Abs. 3 BGB.<sup>246</sup> Während eine entsprechende Einschränkung des Verwendungersatzes unproblematisch möglich ist (1), muss dem Nichtberechtigten zumindest dann eine Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten mittels § 818 Abs. 3 BGB gestattet werden, wenn er besonders schutzbedürftig ist (2).

(1) Keine Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten mittels eines Anspruchs auf Verwendungersatz

Immer dann, wenn sich die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich aus den §§ 987 ff. BGB ergibt, sei es unmittelbar oder kraft einer Verweisung in den §§ 819, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2 BGB, steht dem Nichtberechtigten im Gegenzug ein Anspruch auf Verwendungersatz gemäß den §§ 994 ff. BGB zu. Auch der Rückgewährschuldner, der gemäß § 346 Abs. 1 BGB zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, kann Verwendungen für die empfangene Leistung unter den Voraussetzungen des § 347 Abs. 2 S. 1 BGB beim Rückgewährgläubiger liquidieren.<sup>247</sup>

Soweit Verwendungen die Nutzung des Gutes ermöglichen oder fördern, stellen sie zugleich nutzungsbedingten Aufwand dar. Um sicherzustellen, dass der Nichtberechtigte den nutzungsbedingten Aufwand vollständig trägt, muss sein Anspruch auf Verwendungersatz daher entsprechend bereinigt werden. Wertungsmäßig lässt sich dies damit begründen, dass die Verwendungen, die der Nutzung

<sup>244</sup> Supra 3. Teil:C.I.4, S. 562 f.

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> Supra 1. Teil:B.III.2, S. 89 ff. sowie 1. Teil:B.III.4, S. 93 ff.

<sup>247</sup> Supra 1. Teil:B.III.3, S. 93.

des Gutes durch den Nichtberechtigten dienen, ihm selbst zugutekommen und es daher keinen Grund gibt, warum er sie auf den Berechtigten abwälzen können sollte. Daraus ergibt sich zunächst, dass der Nichtberechtigte für gewöhnliche Erhaltungskosten i.S.v. § 994 Abs. 1 S. 2 BGB keinen Ausgleich verlangen kann. Denn gewöhnliche Erhaltungskosten entstehen durch Maßnahmen, die zur Unterhaltung des Gutes erforderlich sind.<sup>248</sup> Indem der Nichtberechtigte diese Verwendungen tätigt, schafft er gerade die Voraussetzung dafür, dass er das Gut störungsfrei nutzen kann. Auch ein Anspruch auf Ausgleich notwendiger Verwendungen i.S.v. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB ist dem Nichtberechtigten grundsätzlich zu versagen. Da es sich hierbei um Aufwendungen handelt, die zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines Gutes notwendig sind,<sup>249</sup> ermöglichen sie entweder die Nutzung des Gutes oder fördern sie in aller Regel zumindest. Sie sind daher regelmäßig durch die Nutzung des Gutes bedingt.

Zur Bereinigung des Verwendungsanspruchs ist es nicht ausreichend, Verwendungen, die zugleich nutzungsbedingten Aufwand darstellen, schlicht unberücksichtigt zu lassen. Denn *für den Nichtberechtigten* sind sie nur insoweit nutzungsbedingt, als sie dem Zeitabschnitt zugeordnet werden können, für den er nutzungsausgleichspflichtig ist. Wenn der Nichtberechtigte daher Verwendungen auf das Gut tätigt, die auch dem Berechtigten zugutekommen, so muss der dem Nichtberechtigten entstandene Aufwand *pro rata temporis* aufgeteilt werden. Soweit sich die Verwendungen dem Zeitraum zuordnen lassen, für den der Nichtberechtigte nutzungsausgleichspflichtig ist, kann er den zeitanteiligen Aufwand nicht beim Berechtigten liquidieren. Soweit sich die Verwendungen jedoch der Zeit nach Beendigung der Nutzungsausgleichspflicht und der Übertragung des Gutes auf den Berechtigten zuordnen lassen, besteht kein Grund, den Anspruch des Nichtberechtigten auf Verwendungersatz einzuschränken.

Für die praktische Umsetzung der zeitlichen Zuordnung kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, nach denen auch die nutzungsbedingte Wertminderung von Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer berechnet wird: im Wege einer linearen Abschreibung. Wenn der Nichtberechtigte eine Investition in das Gut tätigt, die diesem über die Dauer seiner Nutzung zugutekommt, so ist daher zunächst die nach der Investition zu erwartende Nutzungsdauer festzustellen. Anschließend ist der Aufwand linear über diesen Zeitraum zu verteilen. Sofern die übrigen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Verwendungersatz vorliegen, kann der Nichtberechtigte den Abschreibungsbetrag verlangen, der auf den Zeitraum nach dem Ende seiner Nutzungsausgleichspflicht entfällt.

Keine zusätzliche Einschränkung der Ausgleichsfähigkeit ist erforderlich, wenn der Nichtberechtigte lediglich nützliche Verwendungen geltend macht, die keinerlei Bezug zur Nutzung des Gutes aufweisen. Wenn beispielsweise der Besitzer einen Pkw neu lackieren lässt, weil ihm die bisherige Farbe nicht gefällt, so wird

<sup>248</sup> Zum Begriff der Erhaltungskosten siehe bereits supra 1. Teil:B.III.2, S. 89 ff.

<sup>249</sup> Siehe *ibid.*

hierdurch die Nutzung des Pkw als Fortbewegungsmittel nicht gefördert. Sofern dem Nichtberechtigten hierfür gemäß § 996 BGB ein Ausgleichsanspruch zusteht,<sup>250</sup> kann er diesen geltend machen, ohne dass es einer Abstimmung mit seiner Verpflichtung zum Nutzungsausgleich bedarf.

(2) Abwälzung nutzungsbedingten Aufwands auf den Berechtigten mittels § 818 Abs. 3 BGB nur bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Nichtberechtigten

Ein redlicher und unverklagter Nichtberechtigter, dessen Verpflichtung zum Nutzungsausgleich sich aus § 818 Abs. 1 BGB ergibt, kann mit der Nutzung des Gutes verbundenen Aufwand – inklusive auf das Gut getätigter Verwendungen – grundsätzlich auch dadurch auf den Berechtigten abwälzen, dass er sich gegenüber dem Anspruch auf Nutzungsausgleich darauf beruft, insoweit gemäß § 818 Abs. 3 BGB nicht mehr bereichert zu sein.<sup>251</sup> Soweit allerdings der Nichtberechtigte selbst von dem von ihm getätigten Aufwand profitiert hat, ist seine Bereicherung gerade nicht entfallen.<sup>252</sup> Insofern sind die gleichen Wertungen maßgeblich, nach denen ein Anspruch des Nichtberechtigten auf Verwendungsersatz einzuschränken ist. Wenn sich daher beispielsweise der Kaufvertrag über eine Maschine als nichtig erweist, die der Nichtberechtigte ein Jahr lang in seinem Unternehmen genutzt hat, so kann er den mit dem Betrieb der Maschine verbundenen laufenden Aufwand nicht bereicherungsmindernd geltend machen. Wie im Falle eines Anspruchs auf Verwendungsersatz muss es dem Nichtberechtigten allerdings zumindest insoweit möglich sein, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen, als er Aufwand getätigt hat, der nach der Restitution des Gutes dem Berechtigten zugutekommt. Dies soll mittels des nachfolgenden Beispiels verdeutlicht werden:

*Beispiel 48 (Fortsetzung von Beispiel 5)*<sup>253</sup>

*A handelt mit Maschinen zur Produktion gedruckter Schaltungen. B stellt auf Leiterplatten gedruckte Schaltungen für elektronische Geräte her. A lieferte 1986 zwei Maschinen mit einer wirtschaftlichen Nutzungsdauer von zehn Jahren für insgesamt 2.000.000 DM an B. Nach mehrjährigem Streit darüber, ob die Maschinen die vereinbarten Leistungsanforderungen erfüllen, stellte sich 1992 heraus, dass der Kaufvertrag wegen Dissenses über die Leistungsanforderungen nichtig ist. Daraufhin gab B die Maschinen an A zurück. A verlangte von B zudem Ausgleich für die Nutzung der Maschinen. Diesem Anspruch hält B Kosten in Höhe von 200.000 DM für eine standardmäßig nach der Hälfte der Nutzungsdauer erforderliche Generalüberholung der Maschinen im Jahr 1991 entgegen. Es ist davon auszugehen, dass der Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage im betreffenden Zeitraum 5 % betrug.*

B schuldet als Nutzungsausgleich zunächst die Kosten des in der Maschine gebundenen Kapitals, die sich auf 600.000 DM belaufen (5 % p.a. auf 2.000.000 DM für sechs Jahre). Sofern er den Kaufpreis bei Lieferung der Maschinen in voller Höhe beglichen hat, steht ihm allerdings ein gegenläufiger Nutzungsausgleichsanspruch in identischer Höhe gegen A

<sup>250</sup> Denkbar ist bspw., dass der Wert des Fahrzeugs durch die neue Lackierung gesteigert wird, weil der Verkehr der neuen Farbe eine größere Wertschätzung entgegenbringt.

<sup>251</sup> Supra 1. Teil:B.III.4, S. 93 ff.

<sup>252</sup> Siehe zu einem solchen Fall bspw. BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (253).

<sup>253</sup> Basierend auf BGH, 25.10.1995, VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 ff.

zu. Zusätzlich muss B Ausgleich für die nutzungsbedingte Wertminderung der Maschine leisten. Vorliegend ergibt sich ein Abschreibungsbetrag i.H.v. 1.200.000 DM ((6 Jahre/10 Jahre) x 2.000.000 DM). B beruft sich ferner darauf, dass er 1991 200.000 DM in eine Generalüberholung beider Maschinen investiert hat. Da B die Maschinen zunächst weiter nutzte und damit selbst von der Instandsetzung der Maschinen profitierte, kann er diese Kosten nicht in voller Höhe bereicherungsmindernd geltend machen.<sup>254</sup> Die Kosten sind vielmehr *pro rata temporis* aufzuteilen. Im Zeitpunkt der Generalüberholung betrug die verbleibende Nutzungsdauer der Maschinen fünf Jahre. B profitierte hiervon für ein Jahr. Somit kann er dem Anspruch des A auf Nutzungsausgleich 4/5 der Kosten der Generalüberholung (160.000 DM) gemäß § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten.

Die bisher geschilderte Notwendigkeit, eine Abwälzung von Aufwand auf den Berechtigten zu verhindern, der sich spezifisch der Nutzung des Gutes zuordnen lässt, kann sich gleichermaßen bei einer konsumtiven und bei einer produktiven Nutzung ergeben.<sup>255</sup> Speziell im Fall der produktiven Güternutzung stellt sich zusätzlich die Frage, ob sich der Nichtberechtigte auch allein deshalb auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, weil die produktive Tätigkeit insgesamt zu einem Verlust geführt hat. Auch der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung ist nutzungsbedingter Aufwand. Wenn es daher dem Nichtberechtigten möglich wäre, sich wegen eines erlittenen Verlustes seiner insofern bestehenden Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu entziehen, würde er im Ergebnis mittels § 818 Abs. 3 BGB nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abwälzen können.

Zumindest die innere Rationalität des im Rahmen dieser Untersuchung vertretenen Konzepts des Nutzungsausgleichs spricht gegen eine solche Möglichkeit. Für eine Bemessung des Nutzungsausgleichs anhand des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung spielt die tatsächliche Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten grundsätzlich keine Rolle. Wenn der Nichtberechtigte diesem Anspruch unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB entgegentritt, weil er einen Verlust erlitten hat, so bedeutet dies einen Perspektivwechsel von der Aufwands- auf die Ertragsseite.<sup>256</sup> Hinzu kommt, dass mit der Zuweisung des Residuums zum Nichtberechtigten die Wertung verbunden ist, dass das von ihm durch die produktive Nutzung des Gutes erzielte Ergebnis nicht dem Gut, sondern seinem Verhalten zuzurechnen ist. Dies muss – wie erläutert<sup>257</sup> – grundsätzlich gleichermaßen für einen Gewinn und für einen Verlust gelten. Wenn der Nichtberechtigte einen Verlust zumindest teilweise<sup>258</sup> unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB auf den Berechtigten abwälzen könnte, würde der Gleichlauf von Chance und Risiko durchbrochen.

Wie allerdings bereits erläutert wurde, ist eine Durchbrechung der Binnenrationalität des Nutzungsausgleichs durch § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich hinzuneh-

<sup>254</sup> Ibid., S. 253.

<sup>255</sup> Supra 3. Teil:C.I.4, S. 562 f.

<sup>256</sup> Siehe dazu bereits supra 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff.

<sup>257</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.a), S. 572 ff.

<sup>258</sup> In Höhe des Anspruchs des Berechtigten auf Nutzungsausgleichs. Siehe zu Begriff und Bestimmung des Residuums bereits supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff.



men, soweit der Nichtberechtigte insofern schutzbedürftig ist.<sup>259</sup> Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Nichtberechtigte – wie im nachfolgenden Beispiel – geschäftsunfähig ist:

*Beispiel 49*<sup>260</sup>

*B erwarb mit Vertrag vom 12.2.1990 von A ein Sonnenstudio nebst Inventar zum Preis von 75.000 DM. Er betrieb das Studio in den bisherigen, angemieteten Geschäftsräumen ab 1.4.1990. Zum 31.3.1991 stellte er den Geschäftsbetrieb ein; das Sonnenstudio existiert seither nicht mehr. Der Verkauf des Inventars deckte gerade den von B mit Privateinlagen finanzierten Überschuss der Betriebsausgaben über die Betriebseinnahmen i. H. v. 20.000 DM. Bei einer psychiatrischen Begutachtung im Mai 1991 wurde festgestellt, dass B infolge einer Kohlenmonoxidvergiftung an einem hirnorganischen Defektsyndrom leidet und deshalb seit Februar 1985 geschäftsunfähig war. Daraufhin beehrte B die Rückabwicklung des Kaufvertrags. Für den Betrieb des Sonnenstudios verlangte er eine Tätigkeitsvergütung i. H. v. 10.000 DM. Der Wert des Sonnenstudios im Februar 1990 belief sich tatsächlich auf 75.000 DM. Der Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage betrug im maßgeblichen Zeitraum 5 % p. a.*

Lässt man den Aspekt des besonderen Schutzes Geschäftsunfähiger zunächst außer Acht, so würde die herrschende Meinung bezüglich der ausgetauschten Leistungen die Saldotheorie anwenden. Danach wäre B ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 75.000 € zu versagen, da sein diesbezüglicher Anspruch um den gleichhohen Betrag seiner eigenen Entreicherung wegen des Verlusts der Praxis zu mindern wäre. Was die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich anbelangt, so würde A nach den Ergebnissen dieser Untersuchung für die Nutzung des Kaufpreises 3.750 DM schulden (5 % p. a. auf 75.000 DM für 1 Jahr). Das beim Betrieb des Sonnenstudios erzielte Residuum wäre nach den oben identifizierten Kriterien<sup>261</sup> dem B zuzurechnen. Trotz seiner Geschäftsunfähigkeit hat er das Unternehmen ein Jahr lang als Inhaber geführt und somit dessen Entwicklung geprägt. Er würde daher als Nutzungsausgleich den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung schulden. Da die Nutzungsdauer des Sonnenstudios potentiell unbeschränkt war, würde sich seine diesbezügliche Verpflichtung auf die Kapitalkosten in Höhe von 3.750 DM beschränken. Per Saldo würden sich die wechselseitigen Ansprüche von A und B daher aufheben. Neben dem Verlust des Kaufpreises müsste B auch den laufenden Verlust in Höhe von 33.750 DM (20.000 DM Überschuss der Betriebsausgaben über die Betriebseinnahmen; 10.000 € Tätigkeitsvergütung; 3.750 DM Kapitalkosten) tragen. Allerdings wendet die herrschende Meinung die Saldotheorie zum Schutz Geschäftsunfähiger nicht zu deren Lasten an. Daher kann B vorliegend den Kaufpreis zurückfordern, obwohl das Sonnenstudio verloren ist. Überträgt man diese Wertung auf die Ebene des Nutzungsausgleichs, so muss die Verpflichtung des B zum Ausgleich der Kapitalkosten für das in der Praxis gebundene Kapital entfallen. B könnte damit also von A insgesamt 78.750 DM verlangen.<sup>262</sup>

<sup>259</sup> Supra 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff.

<sup>260</sup> Basierend auf BGH, 4.5.1994, VIII ZR 309/93, NJW 1994, 2021 (2022). Eine substantielle Abwandlung wurde hinsichtlich des Verlusts und seiner Finanzierung vorgenommen. Im Originalfall hatte B einen geringfügigen Überschuss erwirtschaftet und bot die Rückübertragung des Inventars und der Vorräte an.

<sup>261</sup> Supra 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff.

<sup>262</sup> B muss demgegenüber das verbleibende negative Residuum i. H. v. 30.000 DM tragen. § 818 Abs. 3 BGB ist keine Anspruchsgrundlage und eröffnet dem Bereicherungsschuldner nicht die Möglichkeit eines angriffsweisen Vorgehens, siehe MüKo/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 133.

Jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem der Nichtberechtigte „verschärft“ haftet, kann er sich auch im Verlustfall einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung nicht mehr unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB entziehen. Dies ist auch unter Anreizgesichtspunkten zwingend. Denn selbst wenn dem Nichtberechtigten das bei der produktiven Nutzung eines Gutes erwirtschaftete Residuum verbleibt, fehlt ihm unter Umständen der Anreiz zu dessen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung, wenn er davon ausgehen muss, das Gut alsbald an den Berechtigten herausgeben zu müssen.<sup>263</sup>

Dass der Nichtberechtigte einen bei der produktiven Nutzung eines Gutes erlittenen Verlust in voller Höhe selbst tragen muss, trifft ihn unter Wertungsgesichtspunkten besonders hart, wenn ihm durch die Verpflichtung zur Übertragung des Gutes auf den Berechtigten die Chance genommen wird, einen Anlaufverlust im Zeitablauf zu amortisieren. Nach dem hier entwickelten Modell beschränkt sich der Schutz des Nichtberechtigten in dieser Situation darauf, dass er den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung nur schuldet, wenn das Gut zumindest nutzbar ist.<sup>264</sup> Zudem kann der Nichtberechtigte Verwendungen auf das Gut, die dem Berechtigten zugutekommen, bei diesem liquidieren.<sup>265</sup> Allerdings ist es eine unvermeidliche Begleiterscheinung der Korrektur einer falschen Güterzuordnung, dass Aufwendungen, die der Nichtberechtigte im Vertrauen auf die Dauerhaftigkeit seines Erwerbs getätigt hat, frustriert werden. Dieses Problem weist keinen spezifischen Bezug zum Nutzungsausgleich auf und muss daher auch nicht im Rahmen des Nutzungsausgleichs bewältigt werden. Wenn beispielsweise der Käufer einer Spezialmaschine für diese auf eigene Kosten ein Fundament herstellen lässt, so ist dieser Aufwand im Falle eines Scheiterns des Vertrags völlig unabhängig davon frustriert, ob der Käufer die Maschine genutzt hat oder nicht.

### 3. Zuordnung des Residuums zum Berechtigten

Wenn das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum dem Berechtigten zugeordnet werden soll, muss dieser einerseits in den Genuss des gesamten Bruttoertrags kommen (a) und andererseits den gesamten nutzungsbedingten Aufwand tragen (b). Für den Fall, dass beide Ansprüche auf Geldzahlung gerichtet sind, können sie durch jede der Parteien durch die Erklärung der Aufrechnung auf eine Nettogröße reduziert werden. Sofern der Bruttoertrag nicht in Geld besteht, muss der Nichtberechtigte ihn nur Zug um Zug gegen die Erstattung seines nutzungsbedingten Aufwands an den Berechtigten auskehren.<sup>266</sup> Eine strengere Haftung ist dem Nichtberechtigten für den Fall aufzuerlegen, dass ihm ein Verstoß gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft zur Last fällt (c).

<sup>263</sup> Dies wäre bspw. denkbar, wenn er seine Arbeitskraft anderweitig günstiger einsetzen kann.

<sup>264</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.d)aa), S. 545 ff.

<sup>265</sup> Supra 3. Teil:C.II.2.b)bb)(1), S. 586 f.

<sup>266</sup> §§ 273 f., 348 BGB.

## a) Zuordnung des Bruttoertrags zum Berechtigten

Wenn der Nichtberechtigte ein fremdes Gut produktiv nutzt, fließen ihm in der Regel auch die hierbei entstehenden Erträge zu. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe eine im Nachlass befindliche Immobilie vermietet, so zahlen die Mieter den Mietzins zunächst an ihn. Den zunächst vereinnahmten Bruttoertrag muss der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs an den Berechtigten auskehren. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, dem Nichtberechtigten eine Rechenschaftspflicht aufzuerlegen.<sup>267</sup> Damit ist zumindest dann kein nennenswerter Aufwand verbunden, wenn die produktive Nutzung ertragsteuerlich relevant ist. Denn in diesem Fall muss der Nichtberechtigte die erforderlichen Aufzeichnungen ohnehin vornehmen, um seiner einkommensteuerlichen Steuererklärungspflicht nachkommen zu können.<sup>268</sup>

Eine produktive Nutzung im Sinne dieser Untersuchung kann auch im schlichten Halten eines Gutes zum Zwecke der Kapitalanlage bestehen. Der Kapitalanlage können auch Güter dienen, die keinen laufenden Ertrag gewähren. Zu denken ist beispielsweise an Edelmetalle wie vor allem Gold, an Kunstobjekte, an digitale Währungen, an industriell genutzte Rohstoffe sowie an Agrarprodukte aller Art. Wer Kapital in solche Güter investiert, der lässt es nicht brachliegen, sondern spekuliert in der Regel auf eine positive Wertentwicklung.<sup>269</sup> Um den hieraus resultierenden Ertrag zu realisieren, muss das Gut verkauft werden. Um in einer solchen Fallkonstellation den Bruttoertrag der Nutzung des Gutes dem Berechtigten zuzuweisen, ist es ausreichend, dass der Nichtberechtigte schlicht das als Kapitalanlage gehaltene Gut herausgibt.

Vor diesem Hintergrund kann sich für die Zwecke der Durchführung des Nutzungsausgleichs die Notwendigkeit ergeben, das Halten eines Gutes als Kapitalanlage von einer schlichten Nichtnutzung abzugrenzen, für die der Nichtberechtigte grundsätzlich Ausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung schuldet.<sup>270</sup> Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass ein Gemälde im Wert von 1.000 € vorfindet und auf seinem Dachboden einlagert, so könnte man dies einerseits als ein Brachliegenlassen des in dem Bild gebundenen Kapitals werten. Da der Nichtberechtigte sich das Kapital durch einen Verkauf des Bildes nutzbar machen könnte, müsste er grundsätzlich – sofern er sich nicht erfolgreich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann<sup>271</sup> – Nutzungsausgleich in Höhe der Kapitalkosten leisten. Wenn man hingegen davon ausgeht, dass das Hal-

<sup>267</sup> Bereits *de lege lata* kann ein solcher Anspruch aus § 259 BGB abgeleitet werden. Siehe zum allgemeinen gesetzlichen Rechenschaftsanspruch BeckOGK/Röver, § 259 BGB Rn. 20 f. (1.4.2018).

<sup>268</sup> §§ 140 ff. AO.

<sup>269</sup> Positiv kann eine Wertentwicklung in diesem Sinne auch dann sein, wenn eine Anlageklasse weniger starke Werteinbußen erleidet als andere. Ein starkes Motiv für die Investition in Gold und digitale Währungen ist bspw. die Furcht vor einem Zusammenbruch des etablierten Finanzsystems, durch den traditionelle Kapitalanlagen entwertet werden könnten.

<sup>270</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.d)bb), S. 548 f.

<sup>271</sup> Siehe hierzu supra 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff.

ten des Bildes mit einer Chance auf eine spätere Wertsteigerung verbunden ist, so wäre von einer produktiven Nutzung als Kapitalanlage auszugehen. Sobald sich der wahre Erbe meldet, müsste ihm der Scheinerbe daher lediglich das Gemälde aushändigen, würde jedoch keinen Nutzungsausgleich schulden. Wenn sich diese Frage in einem praktischen Fall stellt, ist für die Durchführung des Nutzungsausgleichs eine wertende Betrachtung im Einzelfall unvermeidlich. Allerdings darf das damit verbundene Abgrenzungsproblem nicht überschätzt werden. Insbesondere ist es nicht erforderlich, die Motivlage des Nichtberechtigten zu erforschen. Vielmehr muss in der Regel nur festgestellt werden, ob das Gut *prinzipiell* zur Kapitalanlage geeignet ist. Völlig unproblematisch sind insofern Güter, die im Verkehr tatsächlich verbreitet als Kapitalanlage genutzt werden und die auch keinem sonstigen Zweck dienen können. Dies trifft beispielsweise auf Gold in Form von Barren oder typischen Anlagemünzen zu. Noch offensichtlicher ist der Kapitalanlagecharakter bei einer mittelbaren Investition in einen physischen Rohstoffbestand mittels eines Wertpapiers. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich allerdings ergeben, wenn ein Gut neben seiner Eignung als Kapitalanlage auch weiteren Zwecken dienen kann. Ein Beispiel hierfür wäre ein im Nachlass vorgefundenes Gemälde, das dem Scheinerben so gut gefällt, dass er es in seiner Wohnung aufhängt. In einem solchen Fall wird man versuchen müssen zu eruieren, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung der Nutzungsschwerpunkt auf der Spekulation oder auf Nutzung des Gemäldes zu Dekorationszwecken liegt.

*b) Zuordnung des nutzungsbedingten Aufwands zum Berechtigten*

Im Gegenzug zur Verpflichtung, den Bruttoertrag an den Berechtigten auszukehren, muss dem Nichtberechtigten gestattet werden, den gesamten von ihm getragenen nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen. Hierzu ist dem Nichtberechtigten ein eigenständiger Ausgleichsanspruch gegen den Berechtigten einzuräumen (aa). Wenn der Nichtberechtigte bei der Bewirtschaftung des Gutes nicht gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verstößt, darf dieser Anspruch der Höhe nach nicht auf den Wert des Bruttoertrags beschränkt werden (bb).

*aa) Anspruch des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten auf Erstattung des nutzungsbedingten Aufwands*

Der dem Nichtberechtigten bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Aufwand kann in zwei Hauptkategorien untergliedert werden. Zum einen kann durch die Nutzung Aufwand in Gestalt von Entgelten anfallen, die der Nichtberechtigte für den Erwerb von Dienstleistungen oder Gütern an *Dritte* entrichten muss. Zum anderen entsteht nutzungsbedingter Aufwand auch dadurch, dass der Nichtberechtigte seine eigene Arbeitskraft sowie eigene Güter in den Dienst der produktiven Nutzung des fremden Gutes stellt.

Für die Erstattung von Fremdentgelten ist es erforderlich, dass der Nichtberechtigte die Höhe und den Bezug zur Nutzung des Gutes nachweist. Dies kann den Nichtberechtigten vor erhebliche Probleme stellen, wenn er keine Aufzeichnungen geführt und keine Belege aufbewahrt hat. In den Beratungen der zweiten Kommission war die Gefahr, dass der redliche Bereicherungsschuldner seine fehlende Bereicherung nicht würde nachweisen können, sogar als Argument dafür ins Feld geführt worden, den Bereicherungsschuldner ganz von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu befreien.<sup>272</sup> Allerdings darf man dieses Problem in seiner praktischen Relevanz auch nicht überschätzen. Wie bereits erwähnt, muss der Nichtberechtigte die entsprechenden Aufzeichnungen ohnehin führen, wenn die produktive Nutzung ertragsteuerlich relevant ist. Anders als im Falle der Bruttoerträge hat der Nichtberechtigte sogar einen Anreiz, den Aufwand möglichst exakt zu dokumentieren. Denn ein ertragsteuerlich relevanter nutzungsbedingter Aufwand mindert die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage und damit die Steuerlast. Fälle, in denen keine steuerlichen Aufzeichnungspflichten bestehen, können in der Praxis bewältigt werden, indem die vom Nichtberechtigten zu erfüllenden Nachweiserfordernisse nicht überspannt werden.

Sofern der Nichtberechtigte im Rahmen der produktiven Nutzung des Gutes eigene Arbeitskraft eingesetzt hat, muss er auch hierfür einen angemessenen Ausgleich erhalten. Nach der Rechtsprechung des BGH zum Umgang mit der Residuumsproblematik können sich insofern erhebliche praktische Probleme ergeben. So kam der BGH etwa im Fall eines unwirksamen Kaufvertrages über eine Steuerberaterpraxis zu dem Ergebnis, dass der Erwerber, der die Praxis mehrere Jahre lang betrieben hatte, den hierbei erzielten Gewinn an den Verkäufer auskehren musste.<sup>273</sup> Daraus ergab sich im Gegenzug die Notwendigkeit, für mehrere Jahre einen fiktiven Unternehmerlohn für den Erwerber zu ermitteln. Bei Anwendung der im Rahmen dieser Untersuchung für die Zuordnung des Residuums als maßgeblich identifizierten Kriterien wird dieses Problem minimiert. Wenn ein Nichtberechtigter ein Unternehmen mehrere Jahre lang operativ geleitet hat, dann ist in aller Regel davon auszugehen, dass er die Steuerung des unternehmerischen Risikos übernommen hat und eine Zuordnung des Residuums zum Berechtigten daher nicht in Betracht kommt.<sup>274</sup> Damit entfällt auch die Notwendigkeit, eine Tätigkeitsvergütung zu bestimmen. Wenn der Nichtberechtigte in nennenswertem Umfang und über einen nennenswerten Zeitraum im Rahmen der produktiven Nutzung eines Gutes tätig geworden ist, kommt eine Zuordnung des Residuums zum Berechtigten nur in Betracht, wenn es sich um eine Routinetätigkeit handelt. Den angemessenen Lohn für eine solche Standardtätigkeit zu ermitteln, ist relativ unproblematisch.

Wenn der Nichtberechtigte bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes eigene Güter einsetzt, muss er auch hierfür einen Ausgleich erhalten. Eine sowohl

<sup>272</sup> *Mugdán* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1185 f.

<sup>273</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (241 f.).

<sup>274</sup> *Supra* 3. Teil:C.II.1.b), S. 575 ff.

sachgerechte als auch praktikable Lösung besteht in der Regel darin, es dem Nichtberechtigten zu gestatten, als nutzungsbedingten Aufwand beim Berechtigten den Betrag zu liquidieren, der sich nach den Grundsätzen zur Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung ergibt.<sup>275</sup> Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass eine möbliert vermietete Eigentumswohnung vorfindet und einige verschlissene Möbelstücke durch eigene Möbel ersetzt, so könnte er die Verzinsung des Wertes der Möbel in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage<sup>276</sup> sowie den auf den Nutzungsausgleichszeitraum entfallenden linearen Abschreibungsbetrag verlangen.<sup>277</sup>

Sofern erstattungsfähiger nutzungsbedingter Aufwand zugleich eine Verwendung i. S. v. § 994 BGB darstellt, muss eine doppelte Kompensation des Nichtberechtigten verhindert werden. Soweit der Aufwand im Rahmen des Nutzungsausgleichs berücksichtigt wird, muss ein eventueller Anspruch des Nichtberechtigten auf Verwendungsersatz entsprechend gekürzt werden. Wenn die Verwendungen dem Gut über den nutzungsausgleichspflichtigen Zeitraum hinaus zugutekommen, ist der Aufwand zeitanteilig aufzuteilen.

#### *bb) Keine Beschränkung des Anspruchs auf den Bruttoertrag*

Wenn der nutzungsbedingte Aufwand den Bruttoertrag übersteigt, dann kann der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs per Saldo vom Berechtigten einen Ausgleich dafür verlangen, dass er dessen Gut genutzt hat. Dieses Ergebnis kann auf den ersten Blick ein Störgefühl auslösen. Schließlich ist es grundsätzlich ein Vorteil, ein fremdes Gut nutzen zu können. *De lege lata* wird diesem Störgefühl in § 102 BGB Ausdruck verliehen, wonach der Anspruch des Nichtberechtigten auf Erstattung der Fruchtgewinnungskosten nicht nur voraussetzt, dass die Kosten „einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen“, sondern zusätzlich auf den Wert der herauszugebenden Früchte gedeckelt ist.

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, liegt der Zweck der Vorschrift im Dunkeln.<sup>278</sup> Das potentielle Ziel, den Berechtigten vor einer unwirtschaftlichen Nutzung des Gutes durch den Berechtigten zu schützen, kann jedenfalls keine *generelle* Deckelung des Ausgleichsanspruchs des Nichtberechtigten auf den Wert der Bruttoerträge rechtfertigen. Denn es ist ohne weiteres möglich, dass der nutzungsbedingte Aufwand den Bruttoertrag übersteigt, ohne dass dies auf eine Nachlässigkeit des Nichtberechtigten zurückzuführen ist. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass eine vermietete Immobilie vorfindet, die der Erblasser auf dem Höhepunkt eines Immobilienbooms gekauft hat, so ist leicht vorstellbar, dass nach einer Marktkorrektur die zu erzielende Kaltmiete nicht ausreicht, um die Kapitalkosten, die lineare Abschreibung sowie den vom

<sup>275</sup> Supra 3. Teil:C, S. 518 ff.

<sup>276</sup> Supra 3. Teil:C.I.2, S. 527 ff.

<sup>277</sup> Supra 3. Teil:C.I.3, S. 552 ff.

<sup>278</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.b)aa), S. 329 ff.

Nichtberechtigten getragenen Aufwand für die laufende Verwaltung der Immobilie zu decken.<sup>279</sup> In diesem Fall ist das „wirtschaftliche Verdienst“ des Gutes negativ. Gleichzeitig kann man dem Nichtberechtigten keinen Vorwurf machen, dass er die Vermietung nicht beendet. Denn der Verlust ist bereits eingetreten. Aufgrund des gesunkenen Wertes der Immobilie kann das investierte Kapital nicht mehr zurückgewonnen werden. Wenn der aktuell erzielbare Mietzins neben dem sonstigen nutzungsbedingten Aufwand auch eine angemessene Verzinsung des gesunkenen Wertes der Immobilie abdeckt, dann ist es rational, die Vermietungstätigkeit fortzuführen. Daher muss es dem Nichtberechtigten in einem solchen Fall gestattet sein, den von ihm getragenen nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen.

Wenn das „wirtschaftliche Verdienst“ eines Gutes negativ ist, so ist es wertungsmäßig nicht nur nicht zu beanstanden, sondern zur Wahrung einer symmetrischen Zuordnung von Gewinnen und Verlusten<sup>280</sup> sogar zwingend erforderlich, dass der Berechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs einen Verlust ausgleicht, der dem Nichtberechtigten durch die Nutzung des Gutes entstanden ist. Dies gilt auch dann, wenn Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags zu leisten ist. Wenn nach dem oben dargelegten Kriterien das Residuum dem Rückabwicklungsgläubiger zuzuordnen ist, dann muss dies gleichermaßen für ein positives wie für ein negatives Residuum gelten. Sofern ein negatives Residuum tatsächlich das „wirtschaftliche Verdienst“ des Gutes ist, entspricht es der Logik der Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs, wenn es auf den Veräußerer zurückspringt. Dies ist auch vor dem Hintergrund der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung angemessen. Eine Korrektur ist nur dann angezeigt, wenn der Nichtberechtigte gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verstoßen hat.

### *c) Mindesthaftung bei Verstoß gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft*

Das bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum ist dem Berechtigten zuzuweisen, wenn es als das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes anzusehen ist. Auch wenn dies nach den oben genannten allgemeinen Kriterien zu bejahen ist, kann der Nichtberechtigte den Zurechnungszusammenhang zwischen Residuum und Gut ausnahmsweise dadurch durchbrechen, dass er gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verstößt. Wenn das Residuum ohnehin dem Nichtberechtigten zugewiesen ist, spielt dies keine Rolle, da er von vornherein auf eigene Rechnung wirtschaftet. Für den Fall, dass das Residuum hingegen grund-

<sup>279</sup> Ebenfalls kein Vorwurf kann dem Nichtberechtigten in aller Regel deshalb gemacht werden, weil er die Marktkorrektur nicht antizipiert und die Immobilie daher nicht rechtzeitig verkauft hat. Solche Marktbewegungen mit hinreichender Genauigkeit vorzusagen, ist selbst professionellen Marktteilnehmern meist nicht möglich.

<sup>280</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.a), S. 572 ff.

sätzlich dem Berechtigten zuzuweisen wäre, ist diese Zuweisung im Falle eines Verstoßes gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft zu korrigieren.

Die Problematik lässt sich besonders gut am Beispiel von Immobilien demonstrieren. Von *Carl Friedrich von Savigny* ist dazu folgende Aussage überliefert:

„Daß Jemand ein Grundstück ganz unbenutzt lasse, also weder durch eigenen Gebrauch, noch durch Vermietung, Vortheil davon ziehe, ist völlig ungewöhnlich, ja in den meisten Fällen, worin es dennoch vorkommen mag, nur als schlechte Wirthschaft erklärlich.“<sup>281</sup>

Nach den oben entwickelten Grundsätzen schuldet der Nichtberechtigte, der eine grundsätzlich nutzbare Immobilie brachliegen lässt, dessen ungeachtet grundsätzlich Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung. Der Umstand, dass er die Immobilie tatsächlich nicht genutzt hat, entlastet ihn nicht.<sup>282</sup> Wenn der Nichtberechtigte eine fremde Immobilie hingegen vermietet, so muss er grundsätzlich den erzielten Mietzins an den Berechtigten auskehren. Denn die Attraktivität einer Immobilie hängt zuallerst von ihrer Lage ab. Die Entscheidung für einen bestimmten Standort ist daher für den mit einer Immobilieninvestition zu erzielenden wirtschaftlichen Erfolg von zentraler Bedeutung. Hierin liegt die maßgebliche „Risikoübernahme“. Wenn der Nichtberechtigte eine fremde Immobilie erlangt, ist die Entscheidung über deren Lage jedoch nicht ihm, sondern dem früheren Inhaber und damit dem aktuell Berechtigten zuzurechnen. Die reine Vermietungstätigkeit ist zumindest bei Standardimmobilien eine Routinehandlung, die nicht dazu führt, dass von einer Übernahme der Risikoübernahme durch den Nichtberechtigten gesprochen werden könnte.<sup>283</sup>

Während der Nichtberechtigte den durch die Vermietung einer Standardimmobilie zu erzielenden Ertrag kaum positiv beeinflussen kann, ist es ihm umgekehrt sehr leicht möglich, die Vermietung zu einem Verlustgeschäft zu machen. Da der Nichtberechtigte den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung bereits dann schuldet, wenn er ein Gut brachliegen lässt, wäre es inkonsistent, wenn er sich dieser Haftung entziehen könnte, indem er das Gut auf unwirtschaftliche Weise nutzt. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, muss die grundsätzliche Zuweisung des Residuums zum Berechtigten für den Fall, dass der Nichtberechtigte gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft verstößt, korrigiert werden. Statt einer Verpflichtung zur Auskehrung des vollen Bruttoertrags und eines Anspruchs auf Erstattung des gesamten nutzungsbedingten Aufwands muss der Nichtberechtigte verpflichtet werden, das bei Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft zu erzielende Residuum an den Berechtigten auszukehren. Solange der Nichtberechtigte redlich und unverklagt ist, ist seine Haftung allerdings auf den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zu deckeln.

<sup>281</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Viertes Band, 1841, S. 39.

<sup>282</sup> *Supra* 3. Teil:C.I.2.d)bb), S. 548 ff. Zur möglichen Einschränkung einer sich ergebenden Ausgleichspflicht durch § 818 Abs. 3 BGB 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff.

<sup>283</sup> So wäre es bspw. unter Wertungsgesichtspunkten nicht angemessen, den Mietzins für eine Eigentumswohnung in einer begehrten Lage nicht mehr dem genutzten Gut zuzurechnen, nur weil der Nichtberechtigte einen Makler mit der Vermietung beauftragt hat.



Denn unter diesen Voraussetzungen hätte es dem Nichtberechtigten auch freigestanden, das Gut schlicht brachliegen zu lassen. Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Nichtberechtigte mit seiner fehlenden Berechtigung zumindest rechnen musste, besteht für diese Einschränkung kein Grund mehr. Vielmehr ist es ab diesem Zeitpunkt unter Anreizgesichtspunkten erforderlich, dass der Nichtberechtigte auf das gesamte bei einer ordnungsmäßigen Nutzung des Gutes zu erzielende Residuum haftet. Wenn er wüsste, dass er maximal den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung schuldet, einen Mehrerlös aber nicht behalten könnte, hätte der Nichtberechtigte sonst keinen Anreiz zu dessen Realisierung. Wenn etwa das falsch zugeordnete Gut in einem Hausgrundstück mit drei Wohnungen besteht und bereits der Mietertrag von zwei Wohnungen eine Verzinsung des Wertes der Immobilie zuzüglich der Abschreibung des Gebäudewertes erwirtschaftet, dann kann der Nichtberechtigte nur dadurch dazu angehalten werden, sich um eine Vermietung der dritten, leerstehenden Wohnung zu bemühen, wenn er alternativ für die nicht erzielten Mieteinnahmen haften würde.

Für diese Konstellation, wenn also ein Gut produktiv genutzt wird, das Residuum dem Berechtigten gebührt *und* der Nichtberechtigte von seiner potentiell fehlenden Berechtigung Kenntnis hat, ist somit auch weiterhin eine uneingeschränkte Haftung für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen erforderlich.

#### *4. Illustration von Funktionsweise und Auswirkungen der Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung anhand von Beispielfällen*

Nachfolgend sollen Funktionsweise und Auswirkungen des vorgeschlagenen Verfahrens zur Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums anhand von Beispielfällen verdeutlicht werden. Unter Rückgriff auf die bereits im zweiten Teil der Untersuchung vorgestellten Fallgruppen wird dabei zwischen der unternehmerischen Nutzung fremder Güter (a), der ertragsbringenden Nutzung von Geld (b) und der Vermietung fremder Immobilien (c) differenziert.

##### *a) Unternehmerische Nutzung fremder Güter*

Im Hinblick auf die unternehmerische Nutzung fremder Güter ist wiederum zwischen der Nutzung eines fremden Unternehmens durch den Nichtberechtigten (aa) und der Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten zu differenzieren (bb).

##### *aa) Nutzung eines fremden Unternehmens*

Das zentrale Kriterium für die Zuordnung des beim Betrieb eines Unternehmens erwirtschafteten Residuums ist die Steuerung des unternehmerischen Risikos. Maßgeblich ist somit in erster Linie die Rolle, die der Nichtberechtigte bei dessen

Führung übernommen hat. Wenn der Nichtberechtigte die Geschäfte für einen nicht vernachlässigbaren Zeitraum geleitet hat, ist im Regelfall davon auszugehen, dass er die Steuerung des unternehmerischen Risikos übernommen und einen prägenden Einfluss auf das Unternehmensergebnis ausgeübt hat. Dies gilt insbesondere für die kleinen, inhabergeführten Unternehmen, für die die Problematik des Nutzungsausgleichs typischerweise relevant wird.<sup>284</sup>

*Beispiel 50*<sup>285</sup> (Alternative Lösung von Beispiel 30)

*B erwarb von A mit Vertrag vom 30.9.1995 dessen Steuerberaterpraxis in L für 925.000 DM. Übergabetermin war der 1.1.1996. Später stellte sich heraus, dass der Vertrag aufgrund einer sittenwidrigen Konkurrenzschutzklausel insgesamt nichtig war. Eine von den Parteien beabsichtigte Rückübertragung der Praxis auf A scheiterte daran, dass die Mandanten überwiegend nicht bereit waren, sich wieder von A betreuen zu lassen. Dies stand am 30.9.1998 fest. Nunmehr verlangte A von B unter anderem den von diesem aus dem Betrieb der Praxis vom 1.1.1996 bis zum 30.9.1998 erzielten Gewinn.*

Der BGH verpflichtete B, den von ihm erzielten Gewinn bis zu dem Zeitpunkt an A auszukehren, zu dem feststand, dass die Steuerberaterpraxis nicht zurückübertragen werden können, weil die Mandanten sich dem verweigerten. Im Gegenzug erhielt B einen fiktiven Unternehmerlohn.<sup>286</sup> Wirtschaftlich wurde B damit so gestellt, als hätte er die Steuerberaterpraxis von Januar 1996 bis September 1998 als ein Angestellter des A auf dessen Rechnung betrieben. Nach den im Rahmen dieser Untersuchung für die Zuordnung des Residuums als maßgeblich erachteten Kriterien wäre das Unternehmensergebnis hingegen dem B zuzuordnen. B hat die Steuerberaterpraxis ab Januar 1996 als Inhaber geführt und somit das unternehmerische Risiko gesteuert. Ein freiberufliches Einzelunternehmen ist geradezu das Paradebeispiel für ein Unternehmen, bei dem Erfolg und Misserfolg maßgeblich von der Person des Unternehmers abhängt. Dies sah auch der BGH in der maßgeblichen Entscheidung nicht anders: „Der Erfolg einer Kanzlei und die dafür erforderliche Dauerhaftigkeit der Mandantenbindung sind bei einer freiberuflichen Einzelpraxis [...] in besonderem Maße an die Person des Inhabers gebunden und *hängen vorrangig von dessen fachlichen Fähigkeiten und dessen Persönlichkeit ab.*“<sup>287</sup> Wenn dem aber so ist, so ist es nicht gerechtfertigt, den Gewinn dem Berechtigten zuzuweisen. Auf der Grundlage der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung schuldet B ab dem 1.1.1996 nur den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung in Gestalt der Verzinsung des Wertes der Steuerberaterpraxis mit dem bei einer risikolosen Kapitalanlage zu erzielenden Zinssatz. Infolgedessen betreibt er die Steuerberaterpraxis auf eigenes Risiko. Dies dient auch dem Schutz des Berechtigten. Dieser muss nicht befürchten, dass der Nichtberechtigte die Konsequenzen seines unternehmerischen Scheiterns im Rahmen des Nutzungsausgleichs auf ihn abwälzt.

Auch für kleine, durch ihren Inhaber geführte und geprägte Unternehmen ist es im Einzelfall denkbar, dass das Unternehmensergebnis wertungsmäßig dem Berechtigten zuzuordnen ist. Dafür wird insbesondere dann Anlass bestehen, wenn der Nichtberechtigte das Unternehmen nur kurze Zeit innehatte.

<sup>284</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.a)aa)(1), S. 334 f.

<sup>285</sup> Basierend auf BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 ff.

<sup>286</sup> Ibid., S. 241 f.

<sup>287</sup> Ibid., S. 233 [Hervorhebung durch den Verfasser].

*Beispiel 51 (Abwandlung von Beispiel 50)*

*B erwarb von A mit Vertrag vom 30.9.1995 dessen Steuerberaterpraxis in L für 925.000 DM. Übergabetermin war der 1.1.1996. Noch im Januar 1996 stellte sich heraus, dass der Vertrag aufgrund einer sittenwidrigen Konkurrenzschutzklausel insgesamt nichtig war. Der Vertrag wurde daraufhin unverzüglich rückabgewickelt. Abgesehen von der ordnungsmäßigen Erledigung von Routineaufgaben entfaltete B keine signifikanten Aktivitäten. Ab dem 1.2.1996 führte wieder A die Steuerberaterpraxis.*

Aufgrund der kurzen Zeit, für die B Inhaber der Steuerberaterpraxis war, und im Hinblick auf den geringen Umfang der von ihm entfaltenen Aktivitäten ist das Unternehmensergebnis für den Monat Januar als wirtschaftliches Verdienst der Steuerberaterpraxis anzusehen und daher A zuzuweisen. Neben der Rückübertragung der Steuerberaterpraxis müsste B also im Rahmen des Nutzungsausgleichs auch den im Januar erzielten Gewinn an A auskehren. Für den Fall, dass ein Verlust entstanden ist, müsste A umgekehrt B Ausgleich leisten. Für seinen Arbeitseinsatz kann B zudem von A ein angemessenes Entgelt verlangen.

Wenn der Nichtberechtigte für einen längeren Zeitraum Inhaber eines substantiellen Unternehmens war, kommt eine Zuordnung des Unternehmensergebnisses zum Berechtigten insbesondere dann in Betracht, wenn die Leitung des Unternehmens in den Händen eines unternehmensexternen Managements lag.

*Beispiel 52*

*Erblasser E war Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile an der N-GmbH, einem mittelständischen Automobilzulieferer mit 1.500 Mitarbeitern. Altersbedingt hatte E die Leitung des Unternehmens schon vor 20 Jahren in die Hände des angestellten Geschäftsführers A gelegt. Nach dem Tod des E hält sich dessen Sohn B für den gesetzlichen Alleinerben. B hatte sich von E entfremdet, weil er sich nicht für die Fortführung des Familienunternehmens interessierte, sondern ein Leben als Privatier bevorzugte. Er belässt den bisherigen Geschäftsführer im Amt und mischt sich weder in das operative Geschäft noch in Entscheidungen über die strategische Ausrichtung des Unternehmens ein. Er begnügt sich damit, die von der GmbH wie in den Vorjahren vorgenommene Gewinnausschüttung i. H. v. 1 Million Euro entgegenzunehmen. Nach einem Jahr taucht ein Testament auf, das A als Alleinerben ausweist.*

Da B keinen Einfluss auf das unternehmerische Risiko ausgeübt hat, ist der Gewinn als wirtschaftliches Verdienst des Unternehmens anzusehen. B muss daher Nutzungsausgleich in Höhe der vereinnahmten Gewinnausschüttung von 1 Million Euro leisten.<sup>288</sup>

*bb) Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen des Nichtberechtigten*

Wenn der Nichtberechtigte ein fremdes Gut in einem ihm gehörenden und von ihm geführten Unternehmen nutzt, spricht das Kriterium der Risikobeeinflussung klar dafür, das Residuum dem Nichtberechtigten zuzuweisen.

*Beispiel 53*

*A, einem Großhändler für Bürotechnik, wird eine Lieferung handelsüblicher Computer im Wert von 2.000€ pro Stück gestohlen. Nach einem Jahr kann A einen dieser Computer beim Unternehmer B aufspüren, der diesen kurz nach dem Diebstahl gutgläubig von einem seriösen Händler erworben und einen der Büroarbeitsplätze seiner Mitarbeiter damit ausgestattet hatte.*

<sup>288</sup> Siehe zu den konzeptionellen Grundlagen supra 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff.

Für den von B erzielten Gewinn sind sein Kapital und seine unternehmerische Tätigkeit ausschlaggebend. Die Nutzung des Computers hat offensichtlich keine messbare Auswirkung auf den Unternehmenserfolg. Es wäre auch gar nicht seriös möglich, einen auf den Computer entfallenden Gewinnanteil zu berechnen. B schuldet daher Nutzungsausgleich in Gestalt der Verzinsung des Wertes des Computers mit dem Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage sowie des Betrags, der bei einer linearen Abschreibung des Werts des Computers auf den Nutzungszeitraum entfällt.

Wenn ein unternehmerisch genutztes Gut beliebig durch ein gleichwertiges sonstiges Gut ersetzt werden kann, tritt besonders deutlich zutage, dass das unternehmerische Ergebnis das Verdienst des Nichtberechtigten ist. Denn er hätte das gleiche Ergebnis auch mit einem anderen Gut erzielen können. Auch dann jedoch, wenn das unternehmerisch genutzte Gut nicht beliebig austauschbar ist, ist das Ergebnis seiner produktiven Nutzung im Regelfall dem Nichtberechtigten zuzuweisen. Dies folgt *a maiore ad minus* daraus, dass Gleiches in der Regel auch dann gelten würde, wenn er die Geschäfte eines fremden Unternehmens führt. Insbesondere bei kleinen Unternehmen ohne nennenswertes produktspezifisches Betriebsvermögen sind oftmals nur immaterielle Positionen wie ein Kundenstamm oder eine am Markt eingeführte Firma werthaltig. In einem solchen Fall können die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen und die Veräußerung dieser zentralen werthaltigen Einzelgüter wirtschaftlich nahezu gleichwertig sein. Es wäre daher inkonsistent, wenn das Unternehmensergebnis im Rahmen des Nutzungsausgleichs anders zugeordnet würde.

*Beispiel 54 (Abwandlung von Beispiel 50)*

*B ist daran interessiert, die Steuerberaterpraxis des A zu erwerben. A fordert 925.000 DM. Bei einer Besichtigung der Steuerberaterpraxis stellt B jedoch fest, dass ihm der Schnitt der Bürofläche nicht zusagt, die Büroausstattung abgenutzt ist und die wenigen Angestellten des A sich beruflich anderweitig orientiert haben. B verständigt sich daraufhin mit A darauf, statt der Steuerberaterpraxis den Mandantenstamm des A für 850.000 DM zu kaufen. B mietet daraufhin in der Nähe geeignete Büroflächen, stattet diese aus und stellt neues Personal ein. Nach drei Jahren stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag über den Mandantenstamm nichtig ist.*

B hat ein neues Unternehmen aufgebaut. Dem Mandantenstamm des A kam dabei zwar eine wichtige Rolle zu. Allerdings ist das von B erzielte Unternehmensergebnis dennoch nicht das Verdienst des Mandantenstamms, sondern der unternehmerischen Tätigkeit des B. Wenn B der Gewinn selbst dann zuzurechnen wäre, wenn er die gesamte Steuerberaterpraxis erworben hätte, dann muss dies erst recht für den isolierten Erwerb des Mandantenstamms gelten.

Dem Umstand, dass ein Gut nicht beliebig austauschbar ist, wird im Rahmen des Nutzungsausgleichs durch die Bestimmung der Verzinsungsbasis Rechnung getragen. Je wichtiger ein Gut für den Erfolg des Unternehmens ist, desto höher ist sein Wert für den Unternehmer und desto höher sind folglich die von ihm ersparten Kapitalkosten, wenn er es unberechtigt nutzen konnte.

### b) Ertragsbringende Nutzung von „Geld“

Wie bereits bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung dargelegt wurde, besteht der intrinsische Wert von „Geld“ in der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage.<sup>289</sup> Abgesehen davon ist Geld aufgrund seiner Natur als universelles Tauschmittel<sup>290</sup> keine bestimmte Verwendung inhärent. Daraus folgt, dass jeder bei der Anlage von Geld erzielte Ertrag, der von der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage abweicht, nicht das wirtschaftliche Verdienst des investierten Kapitals, sondern das Ergebnis der Investitionsentscheidung des Investierenden ist. Mit der Entscheidung gegen eine risikolose Kapitalanlage ist unweigerlich die Entscheidung für die Übernahme des Risikos der konkret gewählten Anlageform verbunden.

Wenn das falsch zugeordnete Gut von vornherein in frei verfügbarem „Geld“ besteht und der Nichtberechtigte dieses ertragsbringend anlegt, so ist daher die positive oder negative Differenz zwischen der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage und dem konkreten Anlageerfolg stets dem Nichtberechtigten zuzuordnen. Dadurch erledigt sich das Problem, die konkrete Verwendung des Geldes durch den Nichtberechtigten nachvollziehen zu müssen. *De lege lata* obliegt es grundsätzlich dem Berechtigten, darzulegen und zu beweisen, in welcher Höhe der Nichtberechtigte konkret Nutzungen aus Geld gezogen hat. Die Rechtsprechung hilft dem Berechtigten teilweise durch großzügige, an Fiktionen grenzende Vermutungsregeln.<sup>291</sup> Demgegenüber kann sich der Fiskus auf das Wohlwollen der Rechtsprechung verlassen. Bereicherungsgläubiger haben faktisch keine Chance auf Nutzungsausgleich, da sie Kapitalnutzungen des Fiskus nicht zur Zufriedenheit der Rechtsprechung nachweisen können.<sup>292</sup> Nach der im Rahmen dieser Untersuchung vorgeschlagenen Lösung wäre dies anders. Jeder Geldschuldner – auch der Fiskus – würde bei bestehender Nutzungsausgleichspflicht Ausgleich in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage schulden.

#### Beispiel 55<sup>293</sup>

*Nach dem Tod der E 1980 stellt das Nachlassgericht 1983 fest, dass der Freistaat Bayern gemäß § 1936 BGB Erbe ist. Kurz darauf nimmt der Freistaat einen Gelbetrag i. H. v. 57.000 € aus der Erbschaft in Besitz. 2012 stellt sich heraus, dass A Erbin der E geworden ist. Nachdem der Freistaat Bayern den ursprünglich aus der Erbschaft erlangten Betrag an A gezahlt hat, streiten die Parteien noch um den Anspruch der A auf Nutzungsausgleich für die Jahre 2003 bis 2012. Für den Zeitraum bis 2002 hat sich der Freistaat Bayern erfolgreich auf Verjährung berufen. A fordert eine Verzinsung in Höhe von 4 % p.a. Sie macht geltend, der Freistaat Bayern habe in dieser Höhe entweder Anlagezinsen erzielt oder Kreditzinsen erspart. Der Freistaat Bayern bestreitet, Geld gewinnbringend anzulegen und beruft sich im Übrigen darauf, nicht mehr nachvollziehen zu können, wofür das Geld 1983 verwendet worden sei.*

<sup>289</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.c)aa)(2), S. 533 ff.

<sup>290</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

<sup>291</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.b)bb)(2) und cc), S. 362 ff.

<sup>292</sup> Supra 2. Teil:C.III.3.b), S. 424 ff.

<sup>293</sup> Basierend auf BGH, 14.10.2015, IV ZR 438/14, NJW 2016, 156 ff.

Der BGH entschied 2015, dass der Vortrag der A in der geschilderten Form ausreichend sei, wenn der Fiskus als Erbschaftsbesitzer zum Nutzungsausgleich verpflichtet ist, und dass sich der Fiskus nicht darauf zurückziehen könne, nicht zu wissen, was mit dem Geld geschehen sei. Im nachgehenden Verfahren vor dem OLG Bamberg trug der Freistaat Bayern ergänzend vor, im relevanten Zeitraum in erheblichem Umfang Kredite getilgt zu haben. Dies genügte dem OLG Bamberg, um es als ausgeschlossen zu erachten, dass sich die Kreditzinsen des Freistaat Bayerns aufgrund der Erbschaft „fassbar“ vermindert hätten. Damit war der Nutzungsausgleichsanspruch endgültig gescheitert. Diese Rechtsprechung ist abzulehnen. Auch der Fiskus erlangt einen Vorteil, wenn er fremdes Geld nutzen kann. Nach dem im Rahmen dieser Untersuchung entwickelten Modell ist dieser Vorteil in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu typisieren. Unterstellt man, dass diese Rendite im fraglichen Zeitraum tatsächlich bei 4 % p.a. lag, ergibt sich im vorliegenden Fall für den Nutzungsausgleichszeitraum von 10 Jahren inklusive jährlicher Zinskapitalisierung ein Betrag von 27.373,92 €.

### c) Vermietung fremder Immobilien

Ordnet man das bei der Vermietung einer Immobilie erzielte Residuum nach den oben dargestellten Kriterien zu, so zeigt sich, dass die Vermietung fremder Immobilien eine Fallgruppe bildet, für die die Prämisse der *lex lata*, dass der konkrete Nutzungserfolg in Gestalt von Früchten i. S. v. § 99 BGB das wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes ist, tatsächlich regelmäßig zutrifft.<sup>294</sup> Entgegen einer im Schrifttum prominent vertretenen Auffassung rechtfertigt es der Abschluss eines Mietvertrages für Standardimmobilien nicht, das durch die Vermietung erzielte Residuum dem Nichtberechtigten zuzuweisen. Der für den zu erzielenden Mietzins zentrale Faktor ist die Lage der Immobilie. Die Entscheidung für den Erwerb einer Immobilie in einer bestimmten Lage ist in den Konstellationen, in denen eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im Raum steht, dem vorherigen Inhaber und damit dem aktuell Berechtigten zuzurechnen. Durch die Routinehandlung der Vermietung werden in der Regel nur die wirtschaftlichen Konsequenzen der Standortentscheidung nachvollzogen. Vor diesem Hintergrund ist der von einem Nichtberechtigten realisierte Mietzins in der Regel in voller Höhe als wirtschaftliches Verdienst der Immobilie anzusehen.<sup>295</sup>

Während es dem Nichtberechtigten bei einer Standardimmobilie kaum möglich ist, das bei Beachtung der Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft zu erzielende Nettoergebnis zu steigern, kann er es umgekehrt durch einen Verstoß gegen diese Regeln sehr leicht schmälern. Für diesen Fall muss er selbst dann, wenn er redlich und nicht auf Herausgabe verklagt ist, Nutzungsausgleich in Höhe des bei einer ord-

<sup>294</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A.II.1.c)aa), S. 212 ff.

<sup>295</sup> Eine andere Beurteilung kann geboten sein, wenn sich der Nichtberechtigte nicht auf eine schlichte Vermietung beschränkt. Wenn der Nichtberechtigte bspw. eine fremde Eigentumswohnung nicht auf dem regulären Mietmarkt anbietet, sondern im Internet als kurzfristige Unterkunft für Touristen vermarktet, ist damit die Chance auf einen erheblich höheren Ertrag verbunden. Zugleich ist der damit für den Nichtberechtigten verbundene Arbeitsaufwand gegenüber einer langfristigen Vermietung deutlich erhöht.

nungsmäßigen Bewirtschaftung erzielbaren Residuums leisten, jedoch maximal in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung.

*Beispiel 56*

*Der vermeintliche Erbe B findet im Nachlass eine vermietete Eigentumswohnung im Wert von 500.000 € vor. Der bisherige Mieter zieht kurz nach dem Erbfall aus. Bei der Suche nach einem Nachmieter stellt sich B so ungeschickt an, dass die Wohnung sechs Monate leer steht, obwohl die Marktlage eine Neuvermietung binnen eines Monats für eine Kaltmiete von 1.500 € pro Monat zugelassen hätte. Als sich nach sechs Monaten der wahre Erbe A meldet, verlangt B eine Vergütung für seine „Verwaltungstätigkeit“ in Höhe von 1.000 €. Die verbleibende Nutzungsdauer der Eigentumswohnung beträgt 100 Jahre, der Zinssatz für eine risikolose Kapitalanlage 1 %.*

Für den Zeitraum, für den B nutzungsausgleichspflichtig ist, beläuft sich der Bruttoertrag auf 0 €. Gleichzeitig ist B nutzungsbedingter Aufwand in Höhe von 1.000 € entstanden. Hätte B die Eigentumswohnung ordnungsgemäß bewirtschaftet, hätte er einen Bruttoertrag in Höhe von 7.500 € erzielt. Der fiktive Aufwand für eine berechnete Güternutzung beläuft sich auf 5.000 €, wovon je 2.500 € auf die Kapitalkosten (1 % auf 500.000 € für 6 Monate) und auf die Abschreibung der Eigentumswohnung entfallen (0,5 % von 500.000 €). B auf die 6.500 € haften zu lassen, die A bei einer ordnungsgemäßen Nutzung zugeflossen wären, ist nicht angemessen, da B die Wohnung auch selbst hätte nutzen oder schlicht brachliegen lassen können. Stattdessen schuldet B als Nutzungsausgleich den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung in Höhe von 5.000 €. Die „Tätigkeitsvergütung“ von 1.000 € kann er nicht bei A liquidieren.

## D. Verbesserung der Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes

Der Anspruch auf Nutzungsausgleich muss sowohl unter dem Aspekt der Gefahrtragung (I.) als auch bezüglich der für eine Verwertung des Gutes geschuldeten Ausgleichsleistung (II.) mit dem Schicksal des genutzten Gutes abgestimmt werden. Zudem muss geklärt werden, inwieweit der Nichtberechtigte auch nach der Verwertung des Gutes weiterhin nutzungsausgleichspflichtig ist (III.).

### I. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung

Für den Fall, dass ein falsch zugeordnetes Gut außerhalb der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags zu restituieren ist, trägt in der Regel der Berechtigte die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung oder eines zufälligen Untergangs des Gutes (1.). Bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge ist die Gefahrzuweisung deutlich heterogener (2.). Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, auch im Hinblick auf die Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung zwischen diesen beiden Fallgruppen zu differenzieren.

#### *1. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge*

Aufgrund der grundsätzlichen Zusammengehörigkeit von *commodum* und *periculum* besteht zunächst ein allgemeines Bedürfnis für eine wertungsmäßige Abstimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs mit der Tragung der Zufallsgefahr für das genutzte Gut (a). Daneben besteht besonderer Abstimmungsbedarf zwischen Gefahrtragung und der inhaltlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich, soweit gerade die Nutzung des Gutes zu einer Risikoerhöhung führt (b).

#### *a) Abstimmung von Gefahrtragung und Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs*

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, trägt der Berechtigte außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge in aller Regel die Gefahr, dass das



ihm zustehende Gut durch Zufall untergeht oder sich verschlechtert.<sup>1</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Nichtberechtigte von seiner potentiell fehlenden Berechtigung Kenntnis hat. Der Berechtigte wird nur dann gemäß § 287 S. 2 BGB von der Zufallsgefahr entlastet, wenn sich der Nichtberechtigte mit der Verpflichtung zur Übertragung des Gutes im Schuldnerverzug befindet.<sup>2</sup>

Wenn der Berechtigte die Zufallsgefahr trägt, wahrt eine Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich den Gleichlauf von Chance und Risiko. Bereits *de lege lata* sind der Bereicherungsschuldner und der Erbschaftsbesitzer umfassend zum Nutzungsausgleich verpflichtet.<sup>3</sup> Für den Vermächtnisbeschwerten ist in § 2184 BGB zumindest eine partielle Nutzungsausgleichspflicht vorgesehen. Nach dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB wird die symmetrische Zuordnung von *commodum* und *periculum* jedoch im Falle eines redlichen, nicht auf Herausgabe verklagten Besitzers, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, durchbrochen. Sofern nicht die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge in Rede steht, hält die herrschende Meinung an dieser Privilegierung bis heute fest.<sup>4</sup> Die Zusammengehörigkeit von Zufallsgefahr und Berechtigung an den Nutzungen ist zwar kein starres Dogma. Abweichungen sind problemlos möglich, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt.<sup>5</sup> Im Falle der Privilegierung des redlichen Besitzers bezüglich konsumierter Früchte ist ein solcher sachlicher Grund jedoch nicht ersichtlich. Es handelt sich um ein obskures Artefakt des römischen Rechts, dessen Zweck bereits im 19. Jahrhundert niemand mehr schlüssig nachvollziehen konnte.<sup>6</sup> Wie die Untersuchung ergeben hat, ist es zur Wahrung der inneren Konsistenz des Nutzungsausgleichs sowie des Bereicherungsausgleichs insgesamt erforderlich, dass der Besitzer auch außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge umfassend zum Nutzungsausgleich verpflichtet wird.<sup>7</sup> Dass hierdurch zugleich aus der Perspektive des Eigentümers der Gleichlauf von Chance und Risiko wiederhergestellt wird, untermauert diesen Befund.

Umgekehrt besteht allerdings kein Anlass, den Nichtberechtigten von einer bestehenden Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu befreien, sobald er in Schuldnerverzug gerät und daher gemäß § 287 S. 2 BGB die Zufallsgefahr auf ihn übergeht. Der Eintritt des Schuldnerverzugs ändert nichts daran, dass der Nichtberechtigte nicht zur Nutzung des Gutes berechtigt ist.<sup>8</sup> Der Haftungsverschärfung

<sup>1</sup> Supra 2. Teil:C.I.2.a), S. 376 f.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Supra 1. Teil:B.II.1.a), S. 34 f. sowie c), S. 38 f.

<sup>4</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.c), S. 175 ff.

<sup>5</sup> Supra 2. Teil:C.I.1, S. 373 ff. sowie 3. Teil:C.II.1.a), S. 572 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A.I.1.a), S. 139 ff., 2. Teil:A.I.1.c)cc), S. 178 ff. sowie insbesondere 3. Teil:B.I.2.b), S. 444 ff.

<sup>7</sup> Supra 3. Teil:B.I.1, S. 435 ff.

<sup>8</sup> Eine Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich ist daher weiterhin erforderlich, um ihm eine ungerechtfertigte Bereicherung zu entziehen. Es wäre absurd, wenn bspw. der Erbschaftsbesitzer für die Nutzung eines zum Nachlass gehörenden Fahrzeugs bis zum Eintritt des Schuldnerverzugs Ausgleich schulden würde, den Wagen aber anschließend bis zur Herausgabe an den wahren Erben umsonst fahren könnte.

in § 287 BGB liegt die Überlegung zugrunde, dass das Gut bei fristgerechter Leistung von der Risikosphäre des Schuldners in diejenige des Gläubigers übergegangen wäre, bevor sich die Zufallsgefahr beim Schuldner hätte realisieren können.<sup>9</sup> Dies ist ein sachlich nachvollziehbarer Grund für eine Durchbrechung der symmetrischen Zuordnung von *commodum* und *periculum*.<sup>10</sup>

b) Abstimmung von Gefahrtragung und inhaltlicher Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich bei nutzungsbedingter Risikoerhöhung

Mit Zufallsgefahr ist jede Beeinträchtigung des falsch zugeordneten Gutes gemeint, die der Nichtberechtigte nicht zu vertreten hat.<sup>11</sup> Wenn die Zufallsgefahr nicht von vornherein dem Nichtberechtigten zugewiesen ist, weil er im Falle einer Verschlechterung des Gutes verschuldensunabhängig Wertersatz leisten muss, so trägt der Berechtigte die Gefahr für alle Beeinträchtigungen des Gutes, aufgrund derer er keinen Schadensersatzanspruch gegen den Nichtberechtigten erwirbt. Ein typisches Beispiel ist die Zerstörung des Gutes durch ein Naturereignis. Wenn beispielsweise ein ordnungsgemäß abgestellter Pkw bei der Überschwemmung einer Tiefgarage durch ein unvorhersehbares Unwetter zerstört wird, dann kann der Eigentümer selbst von einem bösgläubigen Besitzer keinen Ausgleich erlangen. Demgegenüber würde ihm der Besitzer im Falle einer schuldhaften Zerstörung des Pkw auf Schadensersatz haften.<sup>12</sup> Mangels eines Verschuldens geht der Eigentümer jedoch leer aus (*casum sentit dominus*). Dies ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs völlig unproblematisch. Dem Grundsatz der grundsätzlichen Zusammengehörigkeit von *commodum* und *periculum* wird insofern bereits dadurch vollauf Genüge getan, dass der Berechtigte gegen den Nichtberechtigten einen nach den oben dargelegten Grundsätzen berechneten Anspruch auf Nutzungsausgleich<sup>13</sup> geltend machen kann. Wenn beispielsweise der Besitzer den Pkw gutgläubig von einem Dieb erworben und bei einer Gesamtnutzungsdauer von fünf Jahren bereits zwei Jahre genutzt hat, so kann der Eigentümer von ihm für zwei Jahre die Verzinsung des Wertes des Pkw bei Erlangung durch den Besitzer sowie 2/5 dieses Wertes als Nutzungsausgleich fordern.

Fraglich ist allerdings, ob es auch dann bei dem sich nach allgemeinen Grundsätzen ergebenden Nebeneinander von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung bleiben kann, wenn gerade die Nutzung des Gutes mit einer spezifischen Gefahrerhöhung für das Gut verbunden ist. Das paradigmatische Beispiel ist die Nutzung eines Pkw als Fortbewegungsmittel. Bereits die bloße Teilnahme am Straßen-

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6040, 148; BeckOGK/Dornis, § 287 BGB Rn. 2 (1.6.2018).

<sup>10</sup> Lediglich für den Fall, dass sich die Gefahr realisiert, muss bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs verhindert werden, dass es aufgrund von Überschneidungen zu einer Überkompensation des Berechtigten kommt. Siehe dazu sogleich infra 3. Teil:D.I.2.b), S. 617.

<sup>11</sup> Kohler, AcP 218 (2018), 67 (95).

<sup>12</sup> §§ 989, 990 BGB.

<sup>13</sup> Supra 3. Teil:C, S. 518 ff. und 3. Teil:C.II, S. 572 ff.

verkehr ist mit einer erheblichen Erhöhung des Risikos für dessen Zerstörung oder Beschädigung verbunden. Um diesem besonderen Zusammenhang Rechnung zu tragen, kommen zwei grundsätzliche Möglichkeiten in Betracht: eine Modifikation des Umfangs des Anspruchs auf Nutzungsausgleich oder eine Modifikation der Gefahrtragung. Gegen eine inhaltliche Veränderung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich spricht allerdings, dass weder die Tragung noch die Realisierung der Gefahr den Wert der Güternutzung erhöhen (aa). Einer nutzungsspezifischen Risikoerhöhung kann daher in sachgerechter Weise nur auf der Ebene der Gefahrtragung Rechnung getragen werden (bb).

*aa) Keine Veränderung des Wertes der Güternutzung durch Gefahrtragung bzw. Gefahrrealisierung*

Dadurch, dass ein Gut beschädigt oder zerstört wird, wird seine vorherige Nutzung für den Nichtberechtigten nicht wertvoller, als sie ohne die Beeinträchtigung des Gutes gewesen wäre. Wenn beispielsweise ein von einem Nichtberechtigten vermietetes Hausgrundstück bei einem Hochwasser überflutet und das Gebäude völlig zerstört wird, dann ändert sich hierdurch nichts an den für die Vergangenheit vereinnahmten Mieten. Auch für den Besitzer eines Pkw erhöht sich der Wert der Nutzung des Pkw als Fortbewegungsmittel nicht dadurch, dass der Pkw bei einem Unfall zerstört wird. Vielmehr erleidet er durch die Zerstörung des Pkw deshalb einen Nachteil, weil er den Pkw *zukünftig* nicht mehr nutzen kann.

Wenn der Nichtberechtigte das Gut produktiv nutzt, ändert sich durch eine Realisierung der Zufallsgefahr ebenfalls nichts am Wert der Güternutzung. Für den Fall, dass das Residuum dem Berechtigten zugewiesen ist, ändert sich dieses für die Vergangenheit offensichtlich nicht dadurch, dass das genutzte Gut zerstört wird.<sup>14</sup> Ist das Residuum nach den hierfür allgemein maßgeblichen Kriterien als das Verdienst des Nichtberechtigten anzusehen, so wird auch diese Zuordnung durch die Zerstörung oder Beschädigung des genutzten Gutes grundsätzlich nicht beeinflusst. Das mit der Nutzung eines Gutes verbundene Risiko schlägt sich im Wert der Güternutzung lediglich *ex ante* bei der Bestimmung der voraussichtlichen Nutzungsdauer des Gutes nieder. Je höher die mit der konkret vom Nichtberechtigten gewählten Nutzungsart verbundene Gefahr, desto kürzer ist für gewöhnlich die voraussichtliche Nutzungsdauer. Diesen Zusammenhang verdeutlicht das nachfolgende Beispiel:

*Beispiel 57*

*B ist professioneller Reiter und verdient seinen Lebensunterhalt unter anderem mit den bei der Teilnahme an Turnieren gewonnenen Preisgeldern. Vor Beginn der neuen Saison erwirbt er von D gutgläubig ein ausgebildetes Springpferd für 100.000€, das seinem Eigentümer A kurz zuvor gestohlen worden war. Bei einer nichtprofessionellen Nutzung könnte das Pferd voraussichtlich für weitere zehn Jahre als hochwertiges Springpferd eingesetzt werden. Nach dieser Zeit würde es weitgehend wertlos sein. Aufgrund des mit der professionel-*

<sup>14</sup> Die erzielten Mieteinnahmen erhöhen sich nicht, wenn das vermietete Haus abbrennt.

len Turnierteilnahme verbundenen Stresses und der gesteigerten Verletzungsgefahr verkürzt sich dieser Zeitraum im Falle der von B intendierten Nutzung auf fünf Jahre. Die Kosten des B für eine Turnierteilnahme inklusive einer angemessenen Tätigkeitsentschädigung belaufen sich auf 5.000 €. Beim ersten Versuch geht B leer aus, beim zweiten Mal gewinnt er das Preisgeld in Höhe von 50.000 €. Beim dritten Turnier stürzt das Pferd unglücklich und verletzt sich so schwer, dass es fortan nicht mehr als Springpferd verwendbar ist. Sein Restwert beträgt 500 €. Kurz darauf, sechs Monate nach dem Erwerb des Pferdes durch B, meldet sich A bei B und verlangt die Herausgabe des Pferdes sowie Nutzungsausgleich. Der Zinssatz für eine risikolose Kapitalanlage beläuft sich auf 2 % p. a.

B muss das Pferd an A herausgeben, schuldet für dessen Wertminderung jedoch keinen Ausgleich, § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Zusätzlich kann A von B nach der im Rahmen dieser Untersuchung vertretenen Auffassung Nutzungsausgleich verlangen. Da B das Pferd produktiv genutzt hat, muss zunächst die Zuordnung des Residuums geklärt werden. Die Teilnahme an den Turnieren geht auf die Initiative des B zurück. Da er auch als Reiter fungierte, leistete er, neben dem Pferd,<sup>15</sup> auch einen unmittelbaren Beitrag zum Gewinn des Preisgeldes beim zweiten Turnier. Daher wäre das Residuum B zuzuweisen. A könnte Ausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung verlangen, der sich vorliegend auf 11.000 € belaufen würde (10.000 € lineare Abschreibung über eine Nutzungsdauer von fünf Jahren für sechs Monate sowie 1.000 € als Verzinsung des Wertes von 100.000 € mit 2 % p. a. für sechs Monate). Der Umstand, dass sich das Pferd bei der dritten Turnierteilnahme verletzt hat, macht das bei der zweiten Turnierteilnahme erzielte Preisgeld nicht nachträglich zum „wirtschaftlichen Verdienst“ des Pferdes.

Die Gefahrrealisierung kann den Wert der Güternutzung somit nicht *ex post* verändern. Daneben besteht aber noch die Möglichkeit, dass die Gefahrtragung bereits *ex ante* bei der Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu berücksichtigen ist. Im Fall der produktiven Nutzung wäre daran zu denken, ob die Gefahrtragung die Entscheidung über die Zuordnung des erzielten Residuums beeinflussen kann. Beispielsweise könnte man argumentieren, dass im Beispiel 57 dem Eigentümer des Pferdes das bei der Turnierteilnahme erzielte Preisgeld zusteht, weil er die Gefahr tragen musste, dass sich das Pferd bei der Turnierteilnahme verletzt. Damit wäre zwar vordergründig der Gleichlauf von Chance und Risiko gewahrt. Bei genauer Betrachtung wäre das Ergebnis aber weder aus der Perspektive des Berechtigten noch aus der des Nichtberechtigten sach- und interessengerecht. Wenn sich ein nutzungsbedingtes Risiko realisiert, bedeutet dies häufig, dass der Nichtberechtigte mit seinen Nutzungsbemühungen scheitert und gerade keinen Gewinn, sondern einen Verlust erzielt. Würde man dem Berechtigten das Residuum zuweisen, weil er die Gefahr trägt, gibt man ihm daher meist Steine statt Brot. Wenn etwa im Beispiel 57 das Pferd bereits beim ersten Turnier gestürzt wäre, dann hätte der Eigentümer dem Besitzer in diesem Fall zusätzlich zum Wertverlust des Pferdes auch noch die Auslagen für die Turnier-

---

<sup>15</sup> A. A. offenbar BGH, 24.5.2012, III ZR 306/11, NJW-RR 2012, 1007: „Die [Beschwerde geht] fehl, wenn sie annimmt, als Entleiher hätten dem Bekl. nach dem Leitbild der §§ 598 ff. BGB die Gebrauchsvorteile des Pferdes und mithin auch die Preisgelder zugestanden. Die Leihe berechtigt den Entleiher nämlich nur zur Benutzung der Sache als solcher [...], nicht aber auch zur Ziehung und zum Behaltendürfen von Früchten i. S. von §§ 99 f. BGB [...]“.

teilnahme in Höhe von 5.000€ erstatten müssen.<sup>16</sup> Auch aus der Perspektive des Nichtberechtigten führt eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Zuordnung des Residuums nicht zu einem sachgerechten Ergebnis. Unterstellt man, dass der Nichtberechtigte das Gut als berechtigter Vollrechtsinhaber genutzt hätte, dann wäre die Realisierung der Gefahr zu seinen Lasten gegangen. An dem von ihm erzielten Bruttoertrag sowie an dem von ihm zu tragenden nutzungsbedingten Aufwand hätte sich jedoch nichts geändert. Eine sachgerechte Lösung müsste daher, wie sogleich noch näher erläutert wird, bei der Gefahrtragung ansetzen. Dem Nichtberechtigten im Gegenzug für eine Entlastung von der Gefahrtragung ein von ihm erwirtschaftetes Residuum zu entziehen, wäre hingegen arbiträr.

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob sich die Gefahrtragung auf die Bestimmung fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung auswirkt. Dies käme zumindest für Güter in Betracht, für die sich die Zufallsgefahr durch den Abschluss einer Sachversicherung ausschalten lässt. Denn in Gestalt der Versicherungsprämie lässt sich der Preis für die Tragung der Zufallsgefahr konkret beziffern. Ein typisches Beispiel ist der Abschluss einer Kaskoversicherung für einen Pkw. Theoretisch wäre es denkbar, bei der Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung eine fiktive Versicherungsprämie einzukalkulieren. Abgesehen davon, dass damit dem Berechtigten bei einer Zerstörung des Gutes auch nur sehr bedingt geholfen wäre, spricht hiergegen insbesondere, dass der Nichtberechtigte durch den Verzicht auf den Abschluss einer Sachversicherung dokumentiert, dass er bezüglich der Zufallsgefahr als Selbstversicherer agieren wollte. Falls sich die Gefahr nicht realisiert, hätte er von seiner Risikofreude in Gestalt der ersparten Versicherungsprämien profitiert. Würde man ihm diesen Vorteil durch eine nachträgliche Zwangsversicherung wieder entziehen, würde man zudem den vom Nichtberechtigten in die Beherrschung der Zufallsgefahr investierten Aufwand frustrieren. Realisiert sich die Zufallsgefahr, müsste er den gesamten Wertverlust des Gutes tragen. Statt einen Versicherungsvertrag zu fingieren, den der Nichtberechtigte gerade nicht abschließen wollte, müsste also auch insofern bei der Gefahrtragung angesetzt werden.

#### *bb) Berücksichtigung einer nutzungsspezifischen Risikoerhöhung bei der Gefahrtragung*

Solange der Nichtberechtigte redlich und unverklagt ist, scheidet die Berücksichtigung einer nutzungsspezifischen Risikoerhöhung bei der Gefahrtragung am umfassenden Schutz, den der Nichtberechtigte für den Fall einer Verschlechterung des Gutes genießen soll (1). Wenn der Nichtberechtigte hingegen „verschärft“ haftet, so ist es möglich, die Gefahr einer nutzungsbedingten Zerstörung oder Beschädigung dem Nichtberechtigten zuzuweisen, indem man das für eine Schadensersatzhaftung erforderliche Verschulden bereits in der Nutzung des Gutes erblickt (2).

<sup>16</sup> Denn die Zuweisung des Residuums ist keine Einbahnstraße für den Gewinnfall, siehe supra 3. Teil:C.II.1.a), S. 572 ff. sowie 3. Teil:C.II.3.b)bb), S. 595 f.

(1) Keine Berücksichtigung einer nutzungsbedingten Risikoerhöhung bei einem redlichen unverklagten Nichtberechtigten

Wenn der Nichtberechtigte außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge redlich und unverklagt ist, genießt er einen sehr weitreichenden Schutz, der weit über eine Entlastung von der Zufallsgefahr im Sinne einer vom Nichtberechtigten nicht verschuldeten Beeinträchtigung des Gutes hinausgeht. Der redliche unverklagte Besitzer kann eine Sache gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB sogar vorsätzlich zerstören, ohne sich gegenüber dem Eigentümer schadensersatzpflichtig zu machen.<sup>17</sup> Durch die Möglichkeit einer Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB sind Bereicherungsschuldner und Erbschaftsbesitzer in gleicher Weise privilegiert. Die gesetzliche Wertung, redliche unverklagte Besitzer, Bereicherungsschuldner und Erbschaftsbesitzer im Falle der Zerstörung oder Beschädigung eines von ihnen herauszugebenden Gutes möglichst umfassend vor einer Haftung zu schützen, steht einer Verlagerung der Gefahrtragung auf den Nichtberechtigten im Falle einer nutzungsbedingten Gefahrerhöhung entgegen. Wenn der redliche Eigenbesitzer eine Sache sogar vorsätzlich vernichten darf, dann darf man ihm erst recht keine Haftung auferlegen, wenn die Sache zerstört wird, weil sich eine nutzungs-spezifische Gefahr realisiert.

Es kollidieren somit zwei Wertungen. Im Rahmen des Nutzungsausgleichs streitet der Gleichlauf von Chance und Risiko dafür, den Nichtberechtigten haften zu lassen, wenn sich eine nutzungs-spezifische Gefahr realisiert. Wenn der Nichtberechtigte einen Pkw als Vollrechtsinhaber nutzen würde, müsste er auch das Risiko einer zufälligen Zerstörung tragen. Noch deutlicher ist der Zusammenhang zwischen Chance und Risiko, wenn im Falle der produktiven Nutzung eines Gutes die Höhe des zu erzielenden Residuums in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Höhe des Risikos für das genutzte Gut steht, wie dies etwa im Beispiel 57 der Fall ist. Dagegen steht die in den §§ 993 Abs. 1 Hs. 2, 818 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gebrachte Wertung, dass der redliche unverklagte Inhaber im Falle der Verschlechterung eines von ihm herauszugebenden Gutes unter keinen Umständen eine Vermögenseinbuße erleiden soll.

Die gleiche Wertungskollision besteht auch dann, wenn der Nichtberechtigte ein Gut produktiv nutzt und ihm das hierbei entstehende Residuum zuzuordnen ist. Wie bereits erläutert wurde,<sup>18</sup> widerspricht es auch in diesem Fall der auf eine Wahrung des Gleichlaufs von Chance und Risiko ausgerichteten Binnenrationalität des Nutzungsausgleichs, wenn der Nichtberechtigte gegen seine Verpflichtung

---

<sup>17</sup> Entgegen dem Wortlaut kommt das Privileg allerdings einem Fremdbesitzer, der die Grenzen seines vermeintlichen Besitzrechts überschreitet, nicht zugute, siehe dazu BeckOGK/*Spohnheimer*, § 993 BGB Rn. 25 ff. (1.4.2018) m. w. N. sowie zu den Hintergründen der gesetzlichen Regelung supra 2. Teil:A.I.1.a)cc(2), S. 160 ff. Dies ist allerdings für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung völlig ausreichend, da im Falle eines unberechtigten Fremdbesitzes aufgrund eines unwirksamen Nutzungsüberlassungsvertrages ohnehin kein Nutzungsausgleich zu leisten ist, siehe supra 3. Teil:B.II.2.b)cc(2), S. 495 ff.

<sup>18</sup> Supra 3. Teil:C.II.2.b)bb(2), S. 588 ff.

zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB einwendet, er habe einen Verlust erlitten. Beide Problemkreise überschneiden sich sogar insoweit unmittelbar, als auch eine durch die produktive Nutzung des Gutes verursachte Substanzbeeinträchtigung nutzungsbedingten Aufwand darstellt,<sup>19</sup> der grundsätzlich vollumfänglich vom Nichtberechtigten getragen werden muss, wenn ihm das Residuum verbleibt.<sup>20</sup>

Wie bereits im Rahmen der Residuumsproblematik erläutert wurde, muss die im BGB zum Ausdruck kommende Wertung zugunsten eines weitreichenden Schutzes eines redlichen unverklagten Nichtberechtigten grundsätzlich respektiert werden.<sup>21</sup> Genauso wenig ist es angezeigt, aus Rücksicht hierauf die als sachlich richtig erkannte Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs zu modifizieren. Der Wertungsgegensatz muss vielmehr hingenommen und ausgehalten werden. Als Vorbild kann insofern auf die herrschende Meinung zum Umgang mit der Problematik des *commodum ex negotiatione* im Rahmen von § 818 BGB verwiesen werden. Danach schuldet der Bereicherungsschuldner im Fall einer Überwertveräußerung nur den objektiven Wert des Bereicherungsgegenstands. Verkauft er hingegen unter Wert, kann er sich bezüglich der Wertersatzpflicht aus § 818 Abs. 2 BGB auf § 818 Abs. 3 BGB berufen. Chance und Risiko werden also zum Schutz des Bereicherungsschuldners entkoppelt.<sup>22</sup> Bei der Veräußerung eines Gutes durch den Bereicherungsschuldner verweigert die herrschende Meinung *Hans Georg-Koppensteiner* die Gefolgschaft bei seinem Unterfangen, das Bereicherungsrecht mittels eines Umkehrschlusses aus § 818 Abs. 3 BGB auf eine umfassende Gewinnabschöpfung auszurichten.<sup>23</sup> Daher kann hierfür im Hinblick auf den Nutzungsausgleich ebenfalls keine zwingende Veranlassung bestehen.

## (2) Berücksichtigung einer nutzungsbedingten Risikoerhöhung bei einem unredlichen bzw. verklagten Nichtberechtigten

Wenn der Nichtberechtigte einer verschärften Haftung unterliegt, schuldet er dem Berechtigten für eine schuldhaft verschlechterung des genutzten Gutes Scha-

<sup>19</sup> Supra 1. Teil:B.III.5.b), S. 98 f.

<sup>20</sup> Supra 3. Teil:C.II.2.b), S. 584 ff. Im Falle einer Zerstörung oder Beschädigung des genutzten Gutes ist es dem Nichtberechtigten über § 818 Abs.3 BGB unter Umständen möglich, in wesentlich größerem Umfang nutzungsbedingten Aufwand auf den Berechtigten abzuwälzen und hierdurch den Grundsatz einer symmetrischen Zuordnung von Gewinnen und Verlusten (supra 3. Teil:C.II.1.a), S. 572 ff.) zu durchbrechen, da die Wirkung des Entreichereinwands wertmäßig nicht auf die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung beschränkt ist.

<sup>21</sup> Eine Einschränkung des Entreichereinwands gemäß § 818 Abs.3 BGB wegen einer fehlenden Schutzbedürftigkeit kommt insbesondere bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge in Frage. Siehe zu dieser Problematik bereits supra 3. Teil:C.I.5, S. 563 ff. und 3. Teil:C.II.2.b)bb)(2), S. 588 ff. sowie sogleich infra 3. Teil:D.I.2, S. 616 ff.

<sup>22</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 74.

<sup>23</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769 (1771); *ders.*, NJW 1971, 588 (591). Siehe dazu auch schon supra 2. Teil:C.II.1.b)bb)(2), S. 394 f.

denersatz.<sup>24</sup> Dies ermöglicht es, dem Nichtberechtigten die Gefahr einer riskanten Nutzung des Gutes zuzuweisen. Das erforderliche Verschulden lässt sich begründen, indem hierfür konstruktiv bereits auf die Entscheidung des Nichtberechtigten abgestellt wird, das Gut überhaupt in riskanter Weise zu nutzen.

Dies wäre dann völlig unproblematisch, wenn dem Nichtberechtigten, der seine fehlende Berechtigung kennt oder zumindest damit rechnen muss, ein generelles Nutzungsverbot auferlegt werden soll. Dann würde stets der bloße Umstand der Nutzung den Verschuldensvorwurf begründen. Wie allerdings im zweiten Teil der Untersuchung dargelegt wurde, haben sich die Verfasser des BGB gegen ein solches generelles Nutzungsverbot bei verschärfter Haftung entschieden.<sup>25</sup> Solange beispielsweise die Eigentumsverhältnisse an einer Sache nicht abschließend gerichtlich geklärt sind, soll der auf Herausgabe verklagte Besitzer nicht daran gehindert sein, die Sache zu nutzen. Die Überlegungen, von denen sich die Verfasser des BGB bei ihrer Entscheidung gegen ein generelles Nutzungsverbot leiten ließen, sind überzeugend. Wenn der Besitzer in die Rolle eines Verwahrers gezwungen oder wenn die Sache gar gerichtlich sequestriert würde, läge das in der streitbefangenen Sache gebundene Kapital zwingend brach. Es drohte eine Einbuße an gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrt. Da dem Nichtberechtigten trotz verschärfter Haftung die Nutzung des Gutes nicht verboten ist, kann ihn jedenfalls nicht an jeder kausal auf der Nutzung beruhenden Beeinträchtigung des Gutes ein Verschulden treffen.

*De lege lata* wird dem unredlichen bzw. auf Herausgabe verklagten Nichtberechtigten im Gegenteil sogar eine Nutzungsobliegenheit auferlegt, da er dem Berechtigten für entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogene Nutzungen haftet.<sup>26</sup> Jedenfalls solange die Nutzung des Gutes durch den Nichtberechtigten mit den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft im Einklang steht, kann ihm daher kein Vorwurf gemacht werden, wenn sich eine nutzungsbedingte Gefahr realisiert.<sup>27</sup> Wenn beispielsweise der bösgläubige vermeintliche Erbe im Nachlass eine vermietete Eigentumswohnung vorfindet, so entspricht es den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft, wenn er sich bei Auszug der bisherigen Mieter um eine Anschlussvermietung bemüht. Falls er bei der Mieterauswahl nicht schuldhaft nachlässig vorgeht, kann es auch dem verschärft haftenden Erbschaftsbesitzer nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sich die neuen Mieter als „Mietnomaden“ erweisen, die die Wohnung ruinieren und keine Miete zahlen.

<sup>24</sup> §§ 292, 818 Abs. 4, 819, 989, 990 BGB.

<sup>25</sup> Supra 2. Teil:A.I.2.a)bb); 183 ff.

<sup>26</sup> § 987 Abs. 2 BGB (i. V. m. § 292 Abs. 2, 818 Abs. 4, 819 BGB. Siehe auch supra 2. Teil:A.I.2.a) aa), S. 182 f.

<sup>27</sup> Zutreffend *Kohler*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 354 f. In diesem Sinne wohl auch *Florstedt*, Recht als Symmetrie, 2015, S. 79 ff. A. A. *Staudinger/Gursky*, § 989 BGB Rn. 17 (August 2012) m. w. N. zum Streitstand. Dem folgend *Staudinger/Thole*, § 989 BGB Rn. 27 f. (November 2019). Siehe ferner auch *BeckOGK/Spohnheimer*, § 989 BGB Rn. 23 f. (1.4.2018), der zwar eine Haftung bejaht, den Besitzer aber im Gegenzug von der Haftung nach § 987 Abs. 2 BGB freistellen will.



Gleichzeitig darf nicht außer Acht gelassen werden, dass vom Bewusstsein der potentiell fehlenden Berechtigung eine problematische Anreizwirkung auf den Nichtberechtigten ausgehen kann. Solange er sich für den berechtigten Vollrechtsinhaber hält, ist er zwar rechtlich vor einer Haftung selbst dann geschützt, wenn er das Gut vorsätzlich zerstört. Gleichzeitig hat er jedoch keinerlei Anreiz zu nachlässigem Verhalten, da er davon ausgehen muss, dass ihn dessen Folgen selbst treffen würden. Wer sich etwa für den Eigentümer hält, der geht bei seinem Umgang mit einer Sache von der Geltung des Grundsatzes *casum sentit dominus* aus. Der natürliche Anreiz eines berechtigten Inhabers zur Minimierung der Gefahren für sein Hab und Gut entfällt jedoch oder wird zumindest stark gemindert,<sup>28</sup> wenn er damit rechnen muss, dass ihm ein bestimmtes Gut alsbald von einem Prärendenten auf die berechtigte Inhaberschaft entzogen wird. So hat beispielsweise der Erbe, der bezüglich eines im Nachlass befindlichen Pkw mit einem Vermächtnis beschwert ist, keinen Anreiz, den Wert des Pkw durch eine Kaskoversicherung zu schützen, wenn er weiß, dass er die Prämien nicht beim Vermächtnisnehmer liquidieren können. Selbst wenn er Ausgleich für die Prämien erlangen könnte, würde er dadurch bezüglich des Abschlusses einer Kaskoversicherung bestenfalls indifferent. Der Vermächtnisbeschwerte hat zudem keinen Anreiz, Risiken für das Fahrzeug zu minimieren, solange er nicht befürchten muss, sich durch sein Verhalten einer Schadensersatzpflicht auszusetzen. So ist es beispielsweise vorstellbar, dass er das Fahrzeug im Winter auch bei schwierigen Straßenverhältnissen leichten Herzens nutzt, während er das Fahrzeug ohne das Vermächtnis bei Glätte lieber stehen lassen und auf öffentliche Verkehrsmittel ausweichen würde.

Das klassische Instrument, um andere Rechtssubjekte als Vollrechtsinhaber zu einem sorgsamem Umgang mit einem Gut zu incentivieren, ist die Verpflichtung, für eine verschuldete Verschlechterung Schadensersatz zu leisten. Der auf Herausgabe verklagte Erbschaftsbesitzer weiß, dass er sich schadensersatzpflichtig macht, wenn er einen im Nachlass befindlichen Pkw fahrlässig zu Schrott fährt. Er hat daher einen Anreiz, dies zu unterlassen.

Das Verschuldenserfordernis ermöglicht es auch, die Interessen der Parteien im Hinblick auf eine nutzungsbedingte Risikoerhöhung auszutarieren. Hierbei sind insbesondere das Interesse des Nichtberechtigten an der weiteren Nutzung des Gutes und das Interesse des Berechtigten am unversehrten Erhalt des genutzten Gutes zu berücksichtigen. Neben dem Ausmaß der nutzungsbedingten Gefahr ist hierfür auch maßgeblich, in welchem Umfang der Berechtigte am Nutzungserfolg partizipiert. Von einem Verschulden des Nichtberechtigten kann unproblematisch dann ausgegangen werden, wenn er das Gut in einer Weise nutzt, die gegen die objektiven Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft verstößt.<sup>29</sup> Unterhalb die-

<sup>28</sup> Bei einer statischen, rein vermögensmäßigen Betrachtung ist der Anreiz null. Allerdings können rationale Überlegungen wie die Vermeidung von Konflikten mit dem Eigentümer durchaus einen Anreiz zur Bewahrung der Sache setzen. Dies gilt erst recht bei einer dynamischen Betrachtung, wenn bspw. der Besitzer auch in Zukunft mit dem Eigentümer interagieren muss.

<sup>29</sup> Wenn daher bspw. der Besitzer eines forstwirtschaftlichen Grundstücks einen Waldbrand

ser Schwelle sind schwierige Einzelfallentscheidungen allerdings unvermeidlich. Wenn sich etwa im Beispiel 57 der Besitzer des Pferdes zu einer Turnierteilnahme entschliesse, nachdem er auf Herausgabe des Tieres verklagt wurde, so müsste entschieden werden, ob ihn für einen verletzungsbedingten Wertverlust ein Verschulden trifft.<sup>30</sup> Hierbei ist neben dem Verletzungsrisiko auch das Interesse des Berechtigten an der Turnierteilnahme zu berücksichtigen. Da ein mögliches Preisgeld nach den allgemeinen Kriterien für die Zuordnung des Residuums beim Nichtberechtigten verbliebe und der Berechtigte Nutzungsausgleich lediglich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung fordern kann, hat er keinerlei Interesse an einer riskanten Nutzung des Pferdes. Daher wäre ein Verschulden des Besitzers zu bejahen. Im Beispiel müsste er daher neben Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung Schadensersatz für den verletzungsbedingten Wertverlust des Pferdes leisten.<sup>31</sup> Geht hingegen alles gut, so kann der Besitzer ein erzieltes Preisgeld behalten.<sup>32</sup> Wenn sich der Besitzer hingegen entschließt, bis zur Klärung seiner Eigentümerstellung auf eine riskante Nutzung des Pferdes zu verzichten und dieses zufällig im Stall ausrutscht, so muss der Eigentümer den aus der Realisierung der Zufallsgefahr resultierenden Schaden tragen.<sup>33</sup>

Ein Verschulden kann dem verschärft haftenden Nichtberechtigten insbesondere auch dann vorzuwerfen sein, wenn er es unterlässt, die nutzungsbedingte Zufallsgefahr durch den Abschluss einer Sachversicherung auszuschalten. In diesem Sinne hat beispielsweise *Claus-Wilhelm Canaris* die Auffassung vertreten, dass der Bereicherungsschuldner haften müsse, wenn er einen fremden Pkw nutzt, ohne eine Vollkaskoversicherung abzuschließen.<sup>34</sup> Dies ist im Grunde sachgerecht. Allerdings muss das Versicherungserfordernis dahingehend eingeschränkt werden, dass der Abschluss der Sachversicherung wirtschaftlich sein muss. Wenn

---

auslöst, weil er entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft bei bestehender Brandgefahr Holz schlagen lässt, macht er sich schadensersatzpflichtig. Siehe dazu bereits supra 3. Teil:B.I.3.b), S. 455 f.

<sup>30</sup> Unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der vermeintliche Erbe nicht zugleich in Schuldnerverzug gerät, da er sonst gemäß § 287 S. 2 BGB ohnehin die Zufallsgefahr trüge.

<sup>31</sup> Wobei darauf zu achten ist, dass es nicht zu einer Überkompensation des Berechtigten kommt, siehe dazu sogleich infra 3. Teil:D.I.2.b), S. 617.

<sup>32</sup> Neben der Herausgabe des Pferdes würde der Besitzer wiederum lediglich Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung schulden. Eine Haftung auf das Preisgeld wegen angemaßter Eigengeschäftsführung käme mangels Vorsatz nicht in Betracht.

<sup>33</sup> Aus dem Umstand, dass der Besitzer bei einer Turnierteilnahme für eine Verletzung des Pferdes auf Schadensersatz haftet, folgt zugleich, dass ihm umgekehrt bei einem Verzicht hierauf nicht der Vorwurf gemacht werden kann, Nutzungen entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht gezogen zu haben. In diesem Sinne bspw. auch BeckOGK/*Spohnheimer*, § 989 BGB Rn. 23 f. (1.4.2018). Nach dem im Rahmen dieser Untersuchung vertretenen Konzept käme diesem Aspekt ohnehin nur dann Bedeutung zu, wenn das Residuum dem Berechtigten zuzuweisen wäre. Siehe hierzu supra 3. Teil:C.I.2.d), S. 545 ff.; 3. Teil:C.II.2, S. 582 ff.; 3. Teil:C.II.3.c), S. 596 ff.

<sup>34</sup> *Canaris*, Festschrift Lorenz, 1991, 19 (33 f.) („Obliegenheit zum Abschluß einer Kaskoversicherung“).

sich im Nachlass ein zehn Jahre alter Pkw mit einem Restwert von 1.000 € befindet, so wäre der Abschluss einer Kaskoversicherung schlicht wirtschaftlich unsinnig. Wenn der Nichtberechtigte mit einem solchen Pkw einen unverschuldeten Unfall erleidet, dann trifft der Schaden wiederum den Berechtigten als Träger der Zufallsgefahr.

## *2. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge*

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, ist die Zuordnung der Zufallsgefahr bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge *de lege lata* heterogen. Sowohl im Rücktrittsfolgenrecht als auch im Bereicherungsrecht wird die Zufallsgefahr nach jeweils unterschiedlichen Kriterien mal dem Berechtigten und mal dem Nichtberechtigten zugewiesen.<sup>35</sup> Da der Nichtberechtigte bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge stets Nutzungsausgleich leisten muss, ist der Gleichlauf von Chance und Risiko gewahrt, wenn der Berechtigte die Zufallsgefahr trägt. Bezüglich der Abstimmung zur Gefahrtragung ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber der gerade erörterten Fallgruppe des Nutzungsausgleichs außerhalb der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge.<sup>36</sup> Für den Fall, dass der Nichtberechtigte die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der empfangenen Leistung trägt, ist die damit verbundene Entkoppelung von Berechtigung an den Nutzungen und Gefahrtragung durch das Ziel gerechtfertigt, den Leistungsaustausch mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig zu machen (a). Wenn sich die Zufallsgefahr realisiert, ist es lediglich erforderlich, die Ausgleichspflicht für das genutzte Gut und den Anspruch auf Nutzungsausgleich aufeinander abzustimmen, um eine Überkompensation des Berechtigten zu verhindern (b).

### *a) Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen zum Zweck der Rückgängigmachung des Leistungsaustauschs mit zeitlicher Rückwirkung*

Wenn der Nichtberechtigte im Falle der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags die Zufallsgefahr trägt, stellt sich die Frage, ob es im Gegenzug gerechtfertigt wäre, ihn von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich zu befreien. Speziell für das Bereicherungsrecht hat *Josef Wieling* 1969 konzeptionelle Überlegungen angestellt, die in diese Richtung weisen. *Wieling* wies darauf hin, dass der historische Gesetzgeber die Freistellung des Besitzers von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich und die Möglichkeit des Bereicherungsschuldners, sich darauf berufen zu können, nicht mehr bereichert zu sein, als alternative

<sup>35</sup> Supra 2. Teil:C.I.2.b), S. 377 ff.

<sup>36</sup> Supra 3. Teil:D.I.1.b), S. 607 ff.

Schutzmechanismen konzipiert habe.<sup>37</sup> Im Rahmen der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge könne sich der Bereicherungsschuldner hingegen nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.<sup>38</sup> Daher müsse er zumindest wie ein Besitzer von der Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freigestellt werden.<sup>39</sup>

Insofern ist allerdings erneut darauf hinzuweisen, dass die Zusammengehörigkeit von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen zwar die natürliche Ausgangsposition für die Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs bildet, da sie die Position des Berechtigten beschreibt, der das Gut in seiner Verfügungsgewalt hat. Eine Entkoppelung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen ist jedoch unproblematisch zulässig, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt. Im Falle der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags besteht dieser sachliche Grund in dem Ziel, den Leistungsaustausch mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig zu machen.<sup>40</sup> Hierzu ist eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich unverzichtbar. Denn nur so kann dem Nichtberechtigten der Vorteil entzogen werden, den er aus dem Gut ungeachtet der von ihm getragenen Gefahr im Zeitablauf ziehen konnte. Durch einen wechselseitigen Verzicht auf Nutzungsausgleich würden die Parteien hingegen so gestellt, als ob sie die Leistungen zwischen Empfang und Rückgewähr aufgrund eines unentgeltlichen Nutzungsüberlassungsvertrags hätten nutzen dürfen. Wenn beispielsweise der Verkäufer eines Pkw zwei Monate nach Übergabe des Pkw den Rücktritt vom Vertrag erklärt, weil der Käufer den eigentlich bereits bei Übergabe fälligen Kaufpreis immer noch nicht gezahlt hat, wäre ein Verzicht auf Nutzungsausgleich gleichbedeutend mit einer zweimonatigen Leihe des Pkw. Dies liefe den Interessen des Verkäufers zuwider und würde einen ungerechtfertigten Vorteil für den Käufer bedeuten. Dieser stünde besser, als wenn er den Kaufpreis fristgerecht bezahlt hätte. Obwohl der Käufer in diesem Fall gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs des Pkw trägt, ist es daher sachgerecht, dass er für die zweimonatige Nutzung des Pkw Ausgleich leistet.

#### *b) Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit der Ausgleichspflicht für das genutzte Gut bei Gefahrrealisierung*

Für den Fall, dass sich die Zufallsgefahr realisiert, muss der Umfang der Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich mit der Ausgleichspflicht für das genutzte Gut abgestimmt werden.

Wenn der Nichtberechtigte Ausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung schuldet, besteht Abstimmungsbedarf bei Gütern, deren Nutzungsdauer zeitlich beschränkt ist. Bei einem unkoordinierten Nebeneinander von Nutzungsausgleich und Wertersatzpflicht würde der Berechtigte für

<sup>37</sup> Siehe dazu ausführlich supra 2. Teil:A.I.1.b)cc), S. 173 ff.

<sup>38</sup> Nach der herrschenden Meinung auf Grundlage der Saldotheorie.

<sup>39</sup> Wieling, AcP 169 (1969), 137 (155 f.).

<sup>40</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.c), S. 475 ff.

den Verlust der Substanz des Gutes partiell doppelt kompensiert, da der Wertverlust des Gutes mittels einer linearen Abschreibung auch im Rahmen des Nutzungsausgleichs berücksichtigt wird. Dies verdeutlicht das nachfolgende Beispiel:

*Beispiel 58*

*B erwirbt bei A einen gebrauchten Pkw mit einer verbleibenden wirtschaftlichen Nutzungsdauer von vier Jahren zum Preis von 10.000 €. Ein Jahr nach Übergabe und Übereignung wird B unverschuldet in einen Unfall verwickelt. Der Pkw erleidet einen Totalschaden. Kurz darauf stellt sich heraus, dass A bei Abschluss des Kaufvertrags unerkannt geisteskrank war. Der Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage beträgt 2 % p. a.*

Nach der herrschenden Meinung würde B in diesem Fall die Gefahr des zufälligen Untergangs des Pkw tragen, da der Wert seiner Entreicherung zu seinen Lasten in die Saldierung eingestellt würde. Er könnte daher den geleisteten Kaufpreis nicht zurückverlangen.<sup>41</sup> Als Nutzungsausgleich schuldet A die Verzinsung von 10.000 € mit 2 % p. a. für ein Jahr, also 200 €. Die gleiche Verpflichtung trifft auch B. Zusätzlich wäre B nach den allgemeinen Grundsätzen zur Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung verpflichtet, 2.500 € für die lineare Abschreibung des Pkw über die verbleibende Nutzungsdauer zu entrichten. Wirtschaftlich würde A dadurch für den Pkw 12.500 € erhalten, obwohl dieser nur 10.000 € wert war.

Eine Überkompensation des Berechtigten im Falle des Untergangs der ihm zurückzugewährenden Leistung kann sowohl durch eine Kürzung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich als auch durch eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs für die Leistung vermieden werden. Der für die Praxis mit weniger Aufwand verbundene Weg besteht in einer Modifizierung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich. Der lineare Abschreibungsbetrag wäre hierzu um den Anspruch auf Ausgleich für die Wertminderung des Gutes zu kürzen. Dieser bemisst sich anhand der Differenz zwischen dessen Wert bei Leistung und dem Restwert. Wenn das Gut völlig zerstört wurde oder zumindest klar ist, dass die Wertminderung den linearen Abschreibungsbetrag übersteigt, so erübrigt sich durch dieses Vorgehen das Bedürfnis, die Nutzungsdauer des Gutes ermitteln zu müssen. Im Beispiel 58 muss der Käufer daher nur den Wert des Fahrzeugs in Höhe von 10.000 € ausgleichen. Seine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich beschränkt sich auf die Kapitalkosten in Höhe von 200 €. Diesbezüglich kann er mit seinem identischen Gegenanspruch auf Nutzungsausgleich für die Nutzung des Kaufpreises durch den Verkäufer aufrechnen. Wenn die Nutzungsdauer eines Gutes nicht zeitlich beschränkt ist, so besteht das geschilderte Abstimmungsbedürfnis nicht, weil sich der auf den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung gerichtete Nutzungsausgleichsanspruch von vornherein auf die Verzinsung des Wertes des Gutes beschränkt.

Für den Fall, dass der Nichtberechtigte das Gut produktiv nutzt und das Residuum dem Berechtigten zuzuweisen ist, kann ebenfalls eine Abstimmung zwischen Nutzungsausgleich und der Ausgleichspflicht für das genutzte Gut erforderlich sein. Ein solcher Fall wäre beispielsweise gegeben, wenn ein Kaufvertrag über

<sup>41</sup> Eine Einschränkung der Saldotheorie zum Schutz Geschäftsunfähiger ist nicht vorzunehmen, da nicht B, sondern A geschäftsunfähig war.

ein vermietetes Haus rückabgewickelt werden muss, das vor der Rückgabe des Grundstücks durch einen Brand zerstört wird,<sup>42</sup> und der Käufer im Rahmen des Nutzungsausgleichs den vereinnahmten Mietzins an den Verkäufer auskehren muss. Denn im Mietzins ist auch eine Komponente enthalten, durch die der Vermieter für den Substanzverzehr entschädigt wird.<sup>43</sup> Wenn der Käufer für den Substanzverlust ohnehin, beispielsweise aufgrund der Anwendung der Saldotheorie, haftet, so muss der auszukehrende Mietzins um diese Komponente bereinigt werden.<sup>44</sup>

## II. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Ausgleich für das genutzte Gut

Neben der Nutzung im Zeitablauf stehen einem Nichtberechtigten noch weitere Möglichkeiten offen, um ein fremdes Gut zu seinem Vorteil zu verwenden. Der Nichtberechtigte kann das Gut alternativ insbesondere veräußern, verarbeiten oder verbrauchen. Gemeinsam ist diesen unterschiedlichen Verwendungsmöglichkeiten, dass der Nichtberechtigte im wirtschaftlichen Ergebnis den Wert eines fremden Gutes seinem Vermögen einverleibt. Unterschiedlich ist lediglich die zeitliche Dimension der Substanzverwertung. Vor diesem Hintergrund ist es wertungsmäßig erforderlich, den Anspruch auf Nutzungsausgleich und die für eine „punktueller“ Verwertung eines Gutes geschuldete Ausgleichsleistung in konsistenter Weise aufeinander abzustimmen. Sofern der Nichtberechtigte davon Kenntnis hat, dass er zumindest potentiell nicht zum Innehaben und zur Nutzung des Gutes berechtigt ist, wird hierdurch zugleich Fehlanreize bezüglich der Nutzung bzw. sonstigen Verwertung des Gutes vorgebeugt.<sup>45</sup> Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte wüsste, dass er für die Nutzung eines ihm nicht zustehenden Gutes *keinen* Ausgleich schuldet, im Falle eines Verkaufs hingegen den Verkaufserlös an den Berechtigten abführen muss, so würde hierdurch ein Anreiz zu einer ineffizienten Eigennutzung des Gutes gesetzt. Denn der Nichtberechtigte würde das Gut unter diesen Voraussetzungen im Zweifel auch dann selbst nutzen, wenn dies aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive zu einem Wohlfahrtsverlust führt, weil ein potentieller Käufer aus dem Gut einen größeren Nutzen hätte ziehen können.

Besonders heftig wird im Schrifttum darum gestritten, wem im Falle der Veräußerung des Gutes das *commodum ex negotiatione* zuzuordnen ist. Wie nachfolgend gezeigt wird, kann zur Beantwortung dieser Frage im Kern auf die gleichen Kriterien zurückgegriffen werden, die auch für die Zuordnung des Residuums bei

---

<sup>42</sup> Insoweit sei unterstellt, dass das Gebäude durch diesen Brand nicht zerstört worden wäre, wenn es im Besitz des Verkäufers verblieben wäre.

<sup>43</sup> Siehe zur Problematik der Preiskalkulation *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 428.

<sup>44</sup> Hierzu wäre in der Praxis ggf. eine Schätzung erforderlich.

<sup>45</sup> Siehe dazu bereits supra 3. Teil:A, S. 430 ff.

produktiver Nutzung des Gutes maßgebend sind. Auf diese Weise ist zugleich eine konsistente Abstimmung mit dem Anspruch auf Nutzungsausgleich gewährleistet (1.). Für den Fall, dass das *commodum ex negotiatione* dem Nichtberechtigten zugewiesen wird, sowie in allen anderen Fällen, in denen der Nichtberechtigte die Substanz des Gutes verwertet, muss der Anspruch auf Nutzungsausgleich zudem mit dem an die Stelle des Gutes tretenden Anspruch auf Wertersatz abgestimmt werden (2.). Ein besonderes Bedürfnis für die Koordinierung des Schicksals des genutzten Gutes und des Anspruchs auf Nutzungsausgleich besteht dann, wenn die Entwicklung des Wertes des Gutes und der Nutzungserfolg korreliert sind (3.).

### 1. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Zuordnung des *commodum ex negotiatione*

Das verbindende Element zwischen der Verwertung eines Gutes durch Nutzung und durch Veräußerung ist die Residuumsproblematik. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob eine Differenz zwischen dem „objektiven Wert“ des Gutes bzw. dem fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung und dem konkret erzielten Ergebnis dem Berechtigten zuzuweisen oder dem Nichtberechtigten zu belassen ist.

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, ist die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* für nahezu jede in Betracht kommende Anspruchsgrundlage umstritten. Zu § 285 Abs. 1 BGB, § 818 Abs. 1, 2 BGB und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB werden jeweils *beide* in Betracht kommenden Möglichkeiten vertreten.<sup>46</sup> Lediglich für den Erbschaftsanspruch besteht Einigkeit darüber, dass die in § 2019 Abs. 1 BGB angeordnete sogenannte Mittelsurrogation die vom Erbschaftsbesitzer durch die Veräußerung von Nachlassgegenständen erzielte Gegenleistung ohne jede Einschränkung dem Erben zuweist.<sup>47</sup>

Abstimmungsbedarf zwischen der Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs und der Zuordnung des *commodum ex negotiatione* besteht insoweit, als die Residuumsproblematik in beiden Fällen auch wertungsmäßig gleichgelagert ist. Zumindest in der Diskussion zum Bereicherungsrecht und zu § 285 Abs. 1 BGB finden sich keine Anhaltspunkte, die hieran zweifeln lassen. Gestritten wird in erster Linie um die Zuweisung des durch die Veräußerung erzielten wirtschaftlichen Ergebnisses. Sowohl bei der produktiven Nutzung eines Gutes als auch im Falle seiner Veräußerung ist eine Zuweisung des vom Nichtberechtigten erzielten Gewinns oder Verlusts zum Berechtigten wertungsmäßig nur insoweit gerechtfertigt, als es sich bei dem erzielten Ergebnis um das „wirtschaftliche Verdienst“ des Gutes handelt. Demgegenüber sollte der jeweilige Erfolgs-(oder Misserfolgs-)Beitrag des Nichtberechtigten bei diesem verbleiben.<sup>48</sup> Akzeptiert man diese Prämisse, so folgt daraus zugleich, dass für die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* auf

<sup>46</sup> Supra 2. Teil:C.II.1.b), S. 390 ff.

<sup>47</sup> Siehe MüKo/Helms, § 2019 Rn. 14; Staudinger/Gursky, § 2019 BGB Rn. 10ff. (Juni 2015); Rufmann, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, 2017, S. 65 f.

<sup>48</sup> Siehe dazu auch schon supra 2. Teil:C.II.1.a), S. 387 f.

die gleichen Kriterien zurückgegriffen werden kann, anhand derer das bei einer produktiven Nutzung eines Gutes entstehende Residuum zugeordnet wird.<sup>49</sup> Hierdurch wäre zugleich sichergestellt, dass die jeweiligen Ausgleichspflichten bei Nutzung und Veräußerung des Gutes in wertungsmäßig konsistenter Weise aufeinander abgestimmt sind. Nachfolgend soll kurz erläutert werden, welche Konsequenzen sich hieraus für die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* ergeben.

Hat der Nichtberechtigte fremdes Geld erlangt und tätigt er damit eine Investition, so beruht die Wertentwicklung allein auf seiner Investitionsentscheidung. Geld hat keinen über seine Funktion als universelles Tauschmittel<sup>50</sup> und den Wert des in ihm ausgedrückten Kapitals hinausgehenden intrinsischen Wert. Wenn daher beispielsweise im Falle eines nichtigen Kaufvertrags der Verkäufer mit dem an ihn gezahlten Kaufpreis in physisches Gold investiert, dann besteht wertungsmäßig keinerlei Veranlassung, den Käufer im Rahmen der Rückabwicklung an der Wertentwicklung des Goldes teilhaben zu lassen. Der Käufer kann lediglich Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, zuzüglich Nutzungsausgleich in Gestalt der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage.

Im Mittelpunkt der Diskussion um die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* steht der umgekehrte Fall, dass der Nichtberechtigte ein gegenständliches Gut erlangt und dieses verkauft.<sup>51</sup> Im gerade gebildeten Beispiel würde sich dieses Problem ergeben, wenn der vermeintliche Käufer die Kaufsache vor der Rückabwicklung des Kaufvertrags weiterverkauft. Falls der vom Käufer dabei erzielte Verkaufspreis vom „objektiven Wert“ der Kaufsache abweicht, stellt sich die Frage, ob diese Differenz dem Verkäufer oder dem Käufer zuzuordnen ist. Hierfür ist relevant, auf welcher Ursache diese Differenz beruht. An dieser Stelle soll zum Zwecke der Illustration ein besonders relevanter Faktor herausgegriffen werden: die Marktstufe, auf der das Gut veräußert wird. Der „objektive Wert“, auf den die herrschende Meinung für die Ermittlung des nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldeten Wertersatzes abstellt, ist nach einhelliger Meinung mit dem Verkehrswert, Marktwert bzw. Marktpreis gleichzusetzen.<sup>52</sup> Um das Marktpreiskriterium anwenden zu können, muss zusätzlich geklärt werden, auf *welchen Markt* abzustellen ist. Diese Frage wird im Schrifttum häufig nicht adressiert. Soweit dies doch geschieht, besteht, soweit ersichtlich, weitgehende Einigkeit darüber, dass etwa im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB auf den für den Bereicherungsschuldner maßgeblichen Beschaffungsmarkt abzustellen ist.<sup>53</sup> Ausgehend von diesem Referenzpunkt ergeben sich

<sup>49</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.c), S. 577 ff.

<sup>50</sup> Siehe bspw. MüKo/Grundmann, § 245 BGB Rn. 1.

<sup>51</sup> Oder eintauscht.

<sup>52</sup> Der Sprachgebrauch variiert, siehe bspw. BGH, 10.7.1953, V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (180) („gemeine[r] Wert [Verkehrswert]“); („objektive[r] Verkehrswert“); König, Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 69 („objektive[r] Verkehrswert“, so bspw. auch OLG Stuttgart, 10.12.2002, 12 U 150/02, NJW-RR 2003, 419 (420)); Köndgen, RabelsZ 64 (2000), 661 (689f.) („Marktwert“); BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 27 (1.5.2018) („objektive[r] Wert oder Verkehrswert“).

<sup>53</sup> So bspw. Mankowski/Schreier, AcP 208 (2008), 725 (736); BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB



drei Möglichkeiten für eine Veräußerung des Gutes: Der Bereicherungsschuldner kann das Gut erstens auf einer vorgelagerten, zweitens auf der gleichen und drittens auf einer nachgelagerten Marktstufe veräußern. Wenn beispielsweise eine Privatperson einen gebrauchten Pkw an eine andere Privatperson verkauft, bleibt die Marktstufe unverändert. Verkauft die Privatperson an einen Händler, nimmt sie eine vorgelagerte Marktstufe in Anspruch. Wenn anschließend dieser Händler den Pkw an eine Privatperson verkauft, wird der Pkw auf einer aus Sicht des Händlers nachgelagerten Marktstufe veräußert. Wenn man die Problematik auf diese Weise vorstrukturiert, so erkennt man, dass mit einer *positiven* Differenz zwischen objektivem Wert und Verkaufspreis vor allem dann zu rechnen ist, wenn der Nichtberechtigte das Gut auf einer *nachgelagerten* Marktstufe veräußert. Denn ein Händler wird im Regelfall bestrebt sein, einen Verkaufspreis zu erzielen, der über seinem Einstandspreis liegt. Wenn der Nichtberechtigte diese Option nicht hat, sondern das Gut nur „seitwärts“ auf der gleichen Marktstufe oder „rückwärts“ auf einer vorgelagerten Marktstufe veräußern kann, dann ist in der Regel bestenfalls damit zu rechnen, dass sich objektiver Wert und Veräußerungserlös entsprechen.<sup>54</sup>

Wendet man die für die Zuordnung des Residuums bei produktiver Nutzungsmaßgeblichen Kriterien beispielhaft auf den Fall einer Veräußerung des Gutes auf einer *nachgelagerten* Marktstufe an, so wird sich oftmals ergeben, dass dem Nichtberechtigten eine Differenz zwischen dem objektivem Wert und Verkaufspreis zu belassen ist. Denn in diesem Fall spricht *prima facie* vieles dafür, dass die Differenz dem Handelsunternehmen des Nichtberechtigten zuzurechnen ist. Durch die mit dem Verkauf erzielte Roh-Marge müssen zunächst der Einsatz von Kapital und Arbeit im Rahmen des Unternehmens abgegolten werden. Selbst wenn danach ein Nettogewinn verbleibt, ist dieser als Verdienst der unternehmerischen Betätigung des Nichtberechtigten anzusehen. Man stelle sich beispielsweise vor, dass ein Textileinzelhändler nicht bemerkt, dass eine bei ihm eingehende Lieferung an Kleidungsstücken nicht für ihn bestimmt ist, und diese verkauft. Wenn man ihn unter diesen Voraussetzungen verpflichten würde, nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB den vollen Verkaufserlös an den Eigentümer auszukehren, würde dieser kostenlos in den Genuss des dem Textilhändler zuzurechnenden Vertriebskanals kommen. Bereichert ist der Textilhändler vielmehr nur in Höhe des ersparten Einstandspreises. Ein

---

Rn. 27 (1.5.2018). In diesem Sinne auch *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 86f. Anders hingegen OLG Stuttgart, 10.12.2002, 12 U 150/02, NJW-RR 2003, 419 (421).

<sup>54</sup> Davon wäre bspw. auszugehen, wenn der Nichtberechtigte ein Gut auf der gleichen Marktstufe verkauft und die Anschaffung von privat zugleich aus der Sicht eines Bereicherungsschuldners der relevante Beschaffungsmarkt für das Gut wäre. Wird ein Gut vom Nichtberechtigten hingegen auf einer vorgelagerten Marktstufe verkauft, so wird die Differenz zwischen Verkaufserlös und objektivem Wert in der Regel negativ ausfallen. Als Beispiel soll erneut der Verkauf eines gebrauchten Pkw durch eine Privatperson dienen. Wenn man davon ausgeht, dass der relevante Beschaffungsmarkt der Kauf von einem Gebrauchtwagenhändler wäre, so kann der Nichtberechtigte als Privatperson nicht mit einem Gewinn rechnen, wenn er an einen Gebrauchtwagenhändler verkauft. Aber auch der Verkauf eines Pkw zwischen Privatpersonen erfolgt in der Regel mit einem Abschlag gegenüber dem Händlerpreis.

wertungsmäßig äquivalenter Fall im Rahmen des Nutzungsausgleichs wäre die Nutzung einer fremden Maschine in einem dem Nichtberechtigten zuzurechnenden Unternehmen. Analog zur hier vertretenen Zuweisung des *comodum ex negotiatione* zum Nichtberechtigten im Falle einer Veräußerung auf einer nachgelagerten Marktstufe könnte der Inhaber des Unternehmens das Residuum behalten und müsste Nutzungsausgleich lediglich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Nutzung der Maschine leisten.

Im Falle der §§ 285 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist es bereits *de lege lata* möglich, die Zuordnung des *comodum ex negotiatione* wertungsmäßig mit der Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielten Residuums abzustimmen. Da in der Frage der Zuordnung des bei der Veräußerung eines Gutes erzielten Ergebnisses noch nicht einmal im Ansatz Einigkeit besteht, ist offensichtlich auch eine wertungsmäßig konsistente Auslegung vertretbar. Diese Aussage bezieht sich ausdrücklich nur auf das bei der Veräußerung erzielte wirtschaftliche Ergebnis. Dieses kann und sollte nach den gleichen Kriterien zugeordnet werden, die auch für die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielten Ergebnisses maßgeblich sind. Damit ist jedoch keine Festlegung auf einen bestimmten dogmatischen Ansatz verbunden.

Typischerweise ist beispielsweise die Zuordnung des Veräußerungserlöses zum Berechtigten im Rahmen des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB konstruktiv mit einer schuldrechtlichen Surrogation assoziiert: Dem Berechtigten würde daher beispielsweise im Falle der Veräußerung einer ihm gehörenden Sache durch den Besitzer ein Anspruch auf Abtretung der Kaufpreisforderung zustehen. Autoren, die den Besitzer lediglich auf den objektiven Wert der Sache haften lassen wollen, greifen dagegen konstruktiv in der Regel auf eine Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 BGB zurück. Diese unterschiedlichen dogmatischen Ansätze können sich im Fall der Insolvenz des Nichtberechtigten massiv auswirken, da nur im Fall der schuldrechtlichen Surrogation eine Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO in Betracht kommt. Es besteht jedoch kein zwingender Nexus zwischen dem gewählten konstruktiven Ansatz und der Zuordnung des wirtschaftlichen Ergebnisses. Auch wenn man im Rahmen von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB aus insolvenzrechtlichen Erwägungen heraus eine schuldrechtliche Surrogation befürwortet, ist es möglich, dem Berechtigten wirtschaftlich lediglich den objektiven Wert des Gutes zuzuweisen.<sup>55</sup> Umgekehrt wollte etwa *Hans-Georg Koppensteiner* mittels des Wertersatzanspruchs aus § 818 Abs. 2 BGB einen vom Bereicherungsschuldner erzielten Veräußerungsgewinn abschöpfen.<sup>56</sup>

Ein anderes Bild ergibt sich für den Erbschaftsanspruch. § 2019 Abs. 1 BGB weist nach seinem Wortlaut „alles“, was der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, dem Erben zu. Wenn daher der Erbschaftsbesitzer einen Nachlassgegenstand verkauft, wird die Kaufpreisforderung im Wege der dinglichen

<sup>55</sup> *Rußmann*, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, 2017, S. 88.

<sup>56</sup> *Koppensteiner*, NJW 1971, 588 (591) Siehe dazu ausführlich supra 2. Teil:C.II.1.b)bb)(2), S. 394 ff.

Surrogation sofort und in voller Höhe dem Erben zugeordnet. Ein Korrekturmechanismus zur Berücksichtigung von Wertbeiträgen des Erbschaftsbesitzers ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die in § 2019 Abs. 1 BGB angeordnete dingliche Surrogation dient nach der herrschenden Meinung dazu, den Nachlass zum Schutz des wahren Erben sowie der Nachlassgläubiger in seinem wechselnden Bestand zu erhalten und das Risiko einer Insolvenz des Erbschaftsbesitzers so weit wie möglich auszuschalten.<sup>57</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum es dieser Zweck zwingend erfordern würde, auch Wertbeiträge des Erbschaftsbesitzers bei der Veräußerung eines Nachlassgegenstandes zwingend zum Nachlass zu ziehen.<sup>58</sup> Allerdings ist diese Untersuchung nicht der richtige Ort, um die zu § 2019 Abs. 1 BGB fest etablierte Dogmatik in Frage zu stellen. Es genügt vielmehr die Feststellung, dass die Annahme einer eigenständigen, erbrechtlichen Rationalität für die Zuweisung des *commodum ex negotiatione* in § 2019 Abs. 1 BGB zugleich den Bedarf für eine Abstimmung mit dem Nutzungsausgleich entfallen lässt. Es besteht dann schlicht kein wertungsmäßiger Gleichlauf in der Residuumsproblematik. In diesem Zusammenhang soll noch darauf hingewiesen werden, dass § 2019 Abs. 1 BGB wertungsmäßig jedenfalls nicht auf die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers zum Nutzungsausgleich gemäß §§ 2020 f., 818 BGB ausstrahlt.<sup>59</sup> Wenn der Erbschaftsbesitzer Nachlassgegenstände nutzt, bleiben diese dem Nachlass gerade erhalten. Der spezifische Schutzzweck des § 2019 Abs. 1 BGB erfordert es daher nicht, die hierfür geschuldete Ausgleichsleistung zu modifizieren. Diese ist vielmehr nach den im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeiteten, allgemeinen und rechtsgebietenübergreifenden Grundsätzen zu ermitteln.<sup>60</sup>

## 2. Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit dem Anspruch auf Wertersatz für das genutzte Gut

Wenn der Nichtberechtigte für die Verwertung der Substanz eines Gutes durch Verkauf, Verbrauch oder Verarbeitung Wertersatz schuldet, besteht, wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, sowohl im Hinblick auf den Bewertungsmaßstab (a) als auch im Hinblick auf den Bewertungszeitpunkt (b) ein Bedürfnis für eine wertungsmäßige Abstimmung mit der Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> *Rußmann*, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, 2017, S. 77 ff.; *MüKo/Helms*, § 2019 Rn. 1.

<sup>58</sup> Insbesondere wäre es problemlos möglich, die insolvenzrechtlichen Wirkungen der dinglichen Surrogation von der Zuweisung des wirtschaftlichen Ergebnisses zu entkoppeln.

<sup>59</sup> So auch *Rußmann*, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, 2017, S. 194 ff.

<sup>60</sup> *Supra* 3. Teil:C, S. 518 ff. und 3. Teil:C.II, S. 572 ff.

<sup>61</sup> *Supra* 2. Teil:C.II.2, S. 401 ff.

*a) Verwertungsformübergreifende Abstimmung des Bewertungsmaßstabs*

Wenn der Nichtberechtigte als Nutzungsausgleich den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung schuldet, ist eine Bewertung des Gutes zur Ermittlung der Verzinsungs- und Abschreibungsbasis erforderlich. Um Wertungswidersprüche zwischen verschiedenen Verwertungsformen zu vermeiden, muss die Bewertung des Gutes für die Zwecke der Berechnung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung sowie für die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs bei Verkauf, Verbrauch, Verarbeitung etc. mittels des gleichen Bewertungsmaßstabs erfolgen. Da für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung die Perspektive des berechtigten Vollrechtsinhabers maßgeblich ist,<sup>62</sup> bestimmen sich Verzinsungs- und Abschreibungsbasis anhand des Kapitalbetrags, den der Nichtberechtigte für den Erwerb des Gutes hätte einsetzen müssen.<sup>63</sup> Maßgeblich ist somit der Beschaffungsmarkt aus der Perspektive des Nichtberechtigten. Der gleiche Bewertungsmaßstab führt auch bei anderen Formen der Verwertung eines fremden Gutes zu sachgerechten Ergebnissen. Wenn etwa der Nichtberechtigte ein fremdes Gut verbraucht, ist er um den Betrag bereichert, den er für den Erwerb des Gutes hätte aufwenden müssen. Es ist daher unproblematisch möglich, für die Bewertung eines Gutes verwertungsformübergreifend auf den Marktwert auf dem für den Nichtberechtigten maßgeblichen Beschaffungsmarkt abzustellen. Dies entspricht weitgehend bereits der bestehenden Praxis.<sup>64</sup>

*b) Verwertungsformübergreifende Abstimmung des Bewertungszeitpunkts*

Für die Zwecke der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung ist auf den Zeitpunkt der Erlangung des Gutes durch den Nichtberechtigten abzustellen.<sup>65</sup> Zu diesem Zeitpunkt hätte der Nichtberechtigte das Kapital aufbringen müssen, um das Gut käuflich zu erwerben.

Auf den gleichen Zeitpunkt ist auch bei der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen nach Rücktrittsfolgenrecht abzustellen, falls der Rückgewährschuldner gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet ist, weil er den Leistungsgegenstand veräußert, verbraucht oder verarbeitet hat. Dies ergibt sich schlicht daraus, dass in diesem Fall für die Berechnung des Wertersatzes die im Vertrag geschuldete Gegenleistung zugrunde zu legen ist. Wenn beispielsweise die Parteien einen Kaufvertrag über 3.000 Liter Heizöl zum Preis von 2.000 € geschlossen haben, so ist dieser Wert auch dann maßgeblich, wenn der Kaufvertrag aufgrund eines wirksam erklärten Rücktritts rückabgewickelt werden muss, nach-

<sup>62</sup> Supra 3. Teil:C.I.1, S. 519 ff.

<sup>63</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.b), S. 530 f.

<sup>64</sup> Dass im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB auf den „objektiven“ Wert abgestellt wird, während gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 BGB die im konkreten Vertrag vereinbarte Gegenleistung maßgeblich ist, ist demgegenüber – wie bereits erläutert – in der Regel zweitrangig. Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb)(3), S. 280 f. sowie 3. Teil:C.I.2.b), S. 530 f.

<sup>65</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.b), S. 530 f.

dem der Käufer das Heizöl verfeuert hat. Welchen Marktwert das Öl im Zeitpunkt des Verbrauchs hatte, ist irrelevant.

Aus dem Umstand, dass für die Bewertung des Gutes zur Ermittlung sowohl des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung als auch des nach § 346 Abs. 2 S. 1 BGB geschuldeten Wertersatzes auf den gleichen Zeitpunkt abzustellen ist, ergibt sich das Bedürfnis, Nutzungsausgleich und Wertersatz aufeinander abzustimmen, um eine partielle Doppelkompensation des Rückgewährgläubigers zu vermeiden. Wie bereits bei Abstimmung von Nutzungsausgleich und Gefahrtragung erläutert wurde, besteht die einfachste Lösung darin, für die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung allein die Kapitalkosten zu berücksichtigen und den Ausgleich für die Substanz des Gutes über den Wertersatzanspruch zu bewältigen.<sup>66</sup>

Für die Ermittlung des bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 2 BGB ist hingegen nach der mittlerweile herrschenden Meinung auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Herausgabe des ursprünglich geschuldeten Bereicherungsgegenstandes unmöglich geworden ist. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch im Anwendungsbereich der Saldotheorie, also bei der Rückabwicklung beidseitig erfüllter gegenseitiger Verträge.<sup>67</sup> Wenn daher im obigen Beispiel der Käufer die 3.000 Liter Heizöl verbrennt, nachdem der Marktwert auf 4.000 € gestiegen ist, so muss er weitere 2.000 € an den Verkäufer zahlen, falls sich der Kaufvertrag als nichtig herausstellt.<sup>68</sup> Dieser Bewertungszeitpunkt steht keineswegs im Widerspruch zur Bestimmung der Abschreibungs- und Verzinsungsbasis im Zeitpunkt der Erlangung des Gutes. Vielmehr spiegelt sich hierin lediglich wider, dass der kontinuierliche Prozess der Nutzung zeitlich vor der Verwertung der Substanz des Gutes begonnen hat. Wenn sich daher beispielsweise der Wert eines Gutes mit zeitlich unbeschränkter Nutzungsdauer im Zeitablauf ändert, so ist *keine* Anpassung der Verzinsungs- und Abschreibungsbasis im Rahmen des Nutzungsausgleichs vorzunehmen. Wenn beispielsweise der Nichtberechtigte rechtsgrundlos ein Stück Land im Wert von 1 Million Euro erlangt und hierfür Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung schuldet, so ist keine Anpassung der Verzinsungs- und Abschreibungsbasis erforderlich, wenn der Wert des Grundstücks auf 1,5 Millionen Euro steigt oder auf 500.000 € sinkt. Denn im Zeitpunkt der Erlangung durch den Nichtberechtigten hätte dieser hierfür 1 Million Euro aufbringen müssen.

<sup>66</sup> Supra 3. Teil:D.I.2.b), S. 617 f.

<sup>67</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (237); BGH, 16.11.2007, V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591.

<sup>68</sup> Zumindest dann, wenn durch die Nichtigkeit des Vertrages nicht in Frage gestellt ist, dass die Parteien in zurechenbarer Weise die wirtschaftliche Disposition getroffen haben, 3.000 Liter Heizöl zu verkaufen bzw. zu kaufen, wäre es sachgerechter, wie im Falle des Rücktritts auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Denn dann bestünde kein zwingender Grund, Chance und Risiko der Marktschwankung im Rahmen der Rückabwicklung auf den Verkäufer zurückspringen zu lassen.

Problematischer ist der Fall eines Gutes mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer. Eine Diskrepanz zwischen der fortgeführten Abschreibungsbasis und dem Marktwert im späteren Zeitpunkt der Verwertung des Gutes kann zwei Ursachen haben. Zum einen kann sich darin widerspiegeln, dass die nutzungsbedingte Wertminderung des Gutes durch den festgelegten Abschreibungsverlauf von vornherein nicht in sachgerechter Weise typisiert wurde. Zum anderen ist es möglich, dass die Diskrepanz schlicht auf einer Veränderung der Marktverhältnisse beruht. Beide Ursachen können sich auch überlagern. Da es in der Regel nicht möglich ist, die Ursachen der Diskrepanz im Einzelnen mit vertretbarem Aufwand zu klären, muss sie schlicht unter Typisierungsgesichtspunkten als Ganzes hingenommen werden. Von einer Korrektur des Abschreibungsbetrags ist daher abzusehen.

### *3. Abstimmung von Nutzungsausgleich und Schicksal des Gutes bei Korrelation zwischen Wertentwicklung und Nutzungserfolg*

Einer besonderen Betrachtung bedarf das Verhältnis des Anspruchs des Berechtigten auf Nutzungsausgleich und des Schicksals des genutzten Gutes dann, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen dem Nutzungserfolg und der Wertentwicklung des Gutes besteht.

Ein solcher Zusammenhang besteht insbesondere für Güter, für deren Bewertung im Rahmen eines Ertragswertverfahrens der prognostizierte zukünftige Nutzen unmittelbar aus vergangenen Erträgen extrapoliert wird.<sup>69</sup> Hier schlägt sich der Nutzungserfolg im Wert des Gutes nieder.<sup>70</sup> Um dieser Korrelation Rechnung zu tragen, ist es erforderlich, das bei der produktiven Nutzung des Gutes erzielte Residuum und die Veränderungen des Wertes des genutzten Gutes einheitlich entweder dem Berechtigten oder dem Nichtberechtigten zuzuordnen.

Dies ist immer dann unproblematisch möglich, wenn das bei der produktiven Nutzung erzielte Gesamtergebnis einheitlich dem Berechtigten zuzuweisen ist. Der Berechtigte erhält das Gut zurück. Zusätzlich muss der Nichtberechtigte im Rahmen des Nutzungsausgleichs das erzielte Residuum an den Berechtigten auskehren. Komplikationen können sich jedoch dann ergeben, wenn das Gesamtergebnis einheitlich dem Nichtberechtigten zugeordnet werden soll. Zwar würde ihm der laufende Ertrag verbleiben, wenn er Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung leisten müsste.<sup>71</sup> Dessen ungeachtet könnte der Berechtigte mittels seines Primäranspruchs Zugriff auf die Wertentwicklung des genutzten Gutes nehmen. Hierdurch würden beide Erfolgskomponenten willkürlich auseinandergerissen.

---

<sup>69</sup> Siehe hierzu schon supra 2. Teil:C.II.2.a)bb), S. 402 f.

<sup>70</sup> Zum anderen fallen in diese Kategorie auch Güter, bei denen umgekehrt die Wertentwicklung auf den Nutzungserfolg durchschlägt. Hierzu zählen alle Güter, die zum Zwecke der Kapitalanlage gehalten werden und bei denen der erhoffte Anlageerfolg ganz oder zum Teil in einer Wertsteigerung des Gutes besteht.

<sup>71</sup> Supra 3. Teil:C.II.2.a), S. 582 ff.

Das Problem lässt sich gut anhand der Rechtsprechung des BGH zur Rückabwicklung nichtiger Unternehmenskaufverträge verdeutlichen. Für den Fall, dass ein Unternehmen den Bezugspunkt eines bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs bildet, trägt der BGH zwar mittlerweile dem Gebot einer einheitlichen Zuweisung von Residuum und Wertentwicklung Rechnung. Da der BGH jedoch den Unternehmensgewinn dem Berechtigten zuweist, ist das von ihm gefundene Ergebnis damit zugleich doppelt verfehlt.

*Beispiel 59 (Fortsetzung von Beispiel 30)*<sup>72</sup>

*B erwarb von A mit Vertrag vom 30.9.1995 dessen Steuerberaterpraxis in L. Übergabetermin war der 1.1.1996 für 925.000 DM. Während A unmittelbar vor dem Verkauf Verluste erwirtschaftet hatte, erzielte B seit der Übernahme der Praxis erhebliche Gewinne. Später stellte sich heraus, dass der Vertrag nichtig war. Eine Rückübertragung der Praxis auf A scheiterte daran, dass die Mandanten überwiegend nicht bereit waren, sich wieder von A betreuen zu lassen. Dies stand am 30.9.1998 fest. Nunmehr fordert A Wertersatz für die Praxis und Nutzungsausgleich.*

Der BGH verpflichtete B, den vom 1.1.1996 bis zum 30.9.1998 erzielten Gewinn abzüglich eines kalkulatorischen Unternehmerlohns als Nutzungen i. S. v. § 100 BGB an A auszukehren. Da es B aufgrund der Weigerung der Mandanten nicht möglich war, die Steuerberaterpraxis an A herauszugeben, schuldete er hierfür zudem gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz. Für die hierzu erforderliche Bestimmung des Ertragswertes der Steuerberaterpraxis stellte der BGH auf den 30.9.1998 als den Zeitpunkt ab, in dem feststand, dass eine Rückübertragung unmöglich ist. In die Ertragsprognose flossen daher im Wesentlichen die von B selbst erwirtschafteten Gewinne ein.<sup>73</sup> B verlor daher nicht nur die Früchte seiner unternehmerischen Aktivitäten, sondern musste zusätzlich Ausgleich für einen von ihm selbst geschaffenen Wert leisten.

Der BGH war sich in der dem Beispiel 59 zugrundeliegenden Entscheidung vollauf bewusst, dass die Bestimmung des Ertragswertes eines Unternehmens auf der Grundlage von Gewinnen, die der Bereicherungsschuldner erwirtschaftet hat, darauf hinauslaufen kann, dass dieser Wertersatz für einen von ihm selbst geschaffenen Wert leisten muss. Im Hinblick darauf, dass dem Bereicherungsschuldner eine Wertsteigerung des Kondiktionsgegenstands wieder entzogen werden müsse, stellte der BGH fest:

„Das gilt auch dann, wenn die Wertsteigerung – wie hier – gerade auf der fachlichen Leistungsfähigkeit und dem persönlichen Einsatz des Bereicherungsschuldners beruht und möglicherweise nicht eingetreten wäre, falls der Bereicherungsgegenstand in der Hand des Bereicherungsgläubigers verblieben beziehungsweise alsbald nach der rechtsgrundlosen Leistung an den Bereicherungsschuldner von diesem herausgegeben worden wäre.“<sup>74</sup>

Der BGH verspürte angesichts dieses Ergebnisses möglicherweise selbst ein Störgefühl. Jedenfalls sah er sich genötigt, diesen Aspekt seiner Entscheidung langatmig und teilweise repetitiv zu begründen. Dabei stützt sich der BGH im Kern

<sup>72</sup> Supra S. 351.

<sup>73</sup> BGH, 5.7.2006, VIII ZR 172/05, BGHZ 168, 220 (243).

<sup>74</sup> Ibid., S. 238.

auf die Überlegung, dass der Bereicherungsschuldner bis zum Eintritt der Bereicherung verpflichtet gewesen wäre, den Bereicherungsgegenstand *in natura* an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben. Dann aber gebe es auch keinen Grund, dem Nichtberechtigten die Wertsteigerung zu belassen, wenn die Herausgabe unmöglich geworden sei.<sup>75</sup>

Ausgehend von der Prämisse, dass die Wertveränderung bei einer Herausgabe *in natura* zwingend auf den Berechtigten zurückspringt, sind die Überlegungen des BGH in der Tat konsequent. Für eine inhaltlich überzeugende Lösung ist es jedoch erforderlich, die Argumentation umzukehren: *Weil* die Wertsteigerung das wirtschaftliche Verdienst des Nichtberechtigten ist, muss sie ihm auch dann verbleiben, wenn er das Gut *in natura* auf den Berechtigten übertragen muss. Dadurch wird nicht nur gewährleistet, dass dem Nichtberechtigten eine von ihm erwirtschaftete Wertsteigerung verbleibt. Umgekehrt wird auch der Berechtigte davor geschützt, dass der Nichtberechtigte die Folgen seines Missmanagements auf ihn abwälzen kann.

Um die Wertentwicklung des genutzten Gutes dem Nichtberechtigten auch dann zuzuweisen, wenn der Berechtigte einen Anspruch auf Übertragung des Gutes *in natura* hat, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Zum einen ist es denkbar, den Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Gutes bereits in dem Zeitpunkt auf einen Wertersatzanspruch umzustellen, ab dem der Nichtberechtigte mit seiner den Wert des Gutes beeinflussenden Nutzung begonnen hat und ab dem ihm folglich im Rahmen des Nutzungsausgleichs das erzielte Residuum zuzuweisen ist.<sup>76</sup> Zum anderen könnte der Anspruch auf Übertragung des Gutes *in natura* um einen Ausgleichsanspruch ergänzt werden, durch den die Wertänderung ausgeglichen wird.

Zumindest dann, wenn der Primäranspruch dinglicher Natur ist, spricht für den letztgenannten Weg, dass der Berechtigte dann nicht mit dem Insolvenzrisiko des Nichtberechtigten belastet würde. Allerdings wäre es alternativ auch denkbar, den Berechtigten vor diesem Risiko zu schützen, indem sein Anspruch auf Wertersatz durch eine Berechtigung zur Ersatzabsonderung verstärkt wird. Wenn das Insolvenzrisiko hingegen ohnehin beim Berechtigten liegt, dürfte es häufig für beide Parteien interessengerechter sein, dem Nichtberechtigten das von ihm produktiv genutzte Gut zu belassen und den Berechtigten auf einen Wertersatzanspruch zu verweisen. Dies wird insbesondere bei Unternehmen oftmals die einzig sachgerechte Lösung sein. Die Kautelarpraxis bemüht sich nicht ohne Grund, die Möglichkeit der Rückabwicklung eines Unternehmenskaufvertrags möglichst zuverlässig auszuschließen.<sup>77</sup> Sobald ein Unternehmen eine Zeit lang von einem neuen Inhaber

<sup>75</sup> Ibid., S. 237f.

<sup>76</sup> In konstruktiver Hinsicht kann insofern auf eine Entscheidung des Reichsgerichts verwiesen werden, in der es einen bereicherungsrechtlichen Rückkaufungsanspruch daran scheitern ließ, dass dem Bereicherungsschuldner, der das Grundstück mit einer wertvollen Fabrikanlage überbaut hatte, die Herausgabe wirtschaftlich unmöglich geworden sei, RG, 21.9.1931, VI 51/31, RGZ 133, 294ff. Siehe dazu auch *Schwintowski*, JZ 1987, 588 (589f.).

<sup>77</sup> Siehe bspw. *Hallerbach*, in: Hallerbach/Dönmez/Liebert u. a. (Hrsg.), *Wolny – Unternehmens- und Praxisübertragungen*, 8. Aufl. 2015, 49 1035; *MüKo/Westermann*, § 453 BGB Rn. 40.



geführt und möglicherweise umgestaltet wurde, ist eine Rückübertragung häufig entweder faktisch gar nicht mehr möglich oder wäre jedenfalls mit einer Vernichtung wirtschaftlicher Werte verbunden. Vor diesem Hintergrund hätte die sachgerechte Lösung in dem Sachverhalt, der dem Beispiel 59 zugrunde liegt, in einer Bewertung der Steuerberaterpraxis im Zeitpunkt der Übertragung bestanden. Selbst wenn eine Rückübertragung der Praxis noch möglich gewesen wäre, hätte sichergestellt werden müssen, dass dem Käufer im wirtschaftlichen Ergebnis die Wertänderung der Praxis verbleibt, die auf seiner Unternehmensführung beruht.

Sofern es dem redlichen unverklagten Nichtberechtigten möglich ist, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu berufen, beispielsweise weil die Saldotheorie zu seinem Schutz nicht greift, ist dies als bewusste Durchbrechung des Gleichlaufs von Chance und Risiko zur Verfolgung eines übergeordneten Regelungsziels hinzunehmen.<sup>78</sup>

### III. Nutzungsausgleich ab Verwertung des genutzten Gutes

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, hat die Verwertung des genutzten Gutes *de lege lata* je nach Regelungskontext drei unterschiedliche Wirkungen auf eine zuvor bestehende Nutzungsausgleichspflicht: die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich kann entweder erlöschen, sich in eine Pflicht zur Verzinsung des Wertes des Gutes mit dem gesetzlichen Verzugszinssatz verwandeln oder sich – soweit vorhanden – an einem an die Stelle des Gutes tretenden Surrogat fortsetzen.<sup>79</sup> Ausgehend von dem im Rahmen dieser Untersuchung entwickelten Modell des Nutzungsausgleichs kommt ein vollständiger Verzicht auf Nutzungsausgleich nicht in Betracht. Vielmehr muss der Nichtberechtigte, der für die Verwertung eines Gutes Wertersatz schuldet, diesen Wertersatzanspruch unabhängig von der Verwertungsform verzinsen (1.). Soweit die Rechtsordnung eine schuldrechtliche oder dingliche Surrogation anordnet, ist die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich hingegen auf das an die Stelle des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes tretende Surrogat umzustellen (2.).

#### 1. Verzinsung des Wertersatzanspruchs

*De lege lata* muss der Nichtberechtigte, der ein fremdes Gut verkauft, verbraucht oder verarbeitet, den an die Stelle des Gutes tretenden Wertersatzanspruch nur verzinsen, wenn er bezüglich seiner fehlenden Berechtigung zur Nutzung des Gutes unredlich oder auf Herausgabe verklagt ist.<sup>80</sup> Bereits im zweiten Teil der Untersuchung wurde dargelegt, dass dies auf eine ungerechtfertigte Begünstigung des Nichtberechtigten hinausläuft.<sup>81</sup> Nunmehr kann diese Begünstigung auch kon-

<sup>78</sup> Siehe dazu bereits supra 3. Teil:C.II.2.b)bb)(2), S. 588 ff.

<sup>79</sup> Supra 2. Teil:C.III, S. 410 ff.

<sup>80</sup> Bzw. ab dem Zeitpunkt, zu dem er in Schuldnerverzug gerät.

<sup>81</sup> Supra 2. Teil:C.III.1.b), S. 419 f.

cret beziffert werden. Wenn der Nichtberechtigte Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung schuldet, so muss er nach dem hier entwickelten Nutzungsausgleichsregime das in dem Gut gebundene Kapital mit der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage verzinsen. Entfielen die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich im Zeitpunkt der Verwertung, obwohl das Gut zumindest noch wertmäßig im Vermögen des Nichtberechtigten vorhanden ist, so könnte er das in dem Gut gebundene Kapital fortan kostenlos nutzen. Dies wäre nicht sachgerecht. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Nichtberechtigte im Falle einer Verwertung des Gutes das darin gebundene Kapital weiterhin nutzen kann, muss sich die Zinspflicht vielmehr nahtlos an dem an die Stelle des Gutes tretenden Ausgleichsanspruch fortsetzen.

Wenn der Nichtberechtigte ein Gut nutzt, dessen Nutzungsdauer zeitlich beschränkt ist, so kann für die Ermittlung der Verzinsungsbasis auch der auf die Nutzungszeit entfallende Abschreibungsbetrag relevant sein. Denn in dieser Höhe hat der Nichtberechtigte die Substanz des Gutes bereits konsumiert. In dieser Höhe besteht die Verzinsungspflicht daher auch dann fort, wenn das Gut nicht verwertet, sondern zerstört wird. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass einen Pkw im Wert von 10.000 € vorfindet und diesen über 2/5 seiner verbleibenden Nutzungsdauer verwendet, bevor er bei einem Verkehrsunfall zerstört wird, so schuldet er für den Zeitraum bis zum Unfall Nutzungsausgleich in Höhe von 4.000 € für die nutzungsbedingte Wertminderung sowie die Verzinsung von 10.000 € mit dem Zinssatz einer risikolosen Kapitalanlage. Für die Zerstörung des Pkw selbst schuldet der Scheinerbe zwar keinen Ausgleich.<sup>82</sup> Allerdings hat er bereits 2/5 des Wertes des Pkw seinem Vermögen einverleibt. Er schuldet daher ab dem Zeitpunkt des Unfalls eine Verzinsung des Abschreibungsbetrags in Höhe von 4.000 €.

Falls der Nichtberechtigte für die Zerstörung oder der Beschädigung des genutzten Gutes haftet, muss er auch diesen Betrag verzinsen. Denn wenn den Nichtberechtigten der Verlust des genutzten Gutes nicht entlasten kann, dann besteht auch kein Grund, ihn von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich für das in dem Gut gebundene Kapital zu befreien. Wenn daher im obigen Beispiel der wahre Erbe im Zeitpunkt des Unfalls bereits Klage erhoben hätte und der Restwert des Pkw bei seiner Zerstörung 5.000 € betrug, so müsste der Scheinerbe ab dem Zeitpunkt des Unfalls 9.000 € verzinsen. Allerdings sollte für die Verzinsung nicht, wie *de lege lata*, auf den Verzugszinssatz, sondern auf die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zurückgegriffen werden.

Wenn der Nichtberechtigte bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Veräußerungsvertrags die Zufallsgefahr trägt, lässt sich die Verpflichtung zur Verzinsung der Wertersatzpflicht – wie die Zuweisung der Zufallsgefahr selbst – mit der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung begründen. Wenn beispielsweise der Käufer eines Pkw diesen einen Tag nach Übergabe und

<sup>82</sup> §§ 2021, 818 Abs. 3 BGB.

Übereignung zu Schrott fährt und sich ein Jahr später herausstellt, dass der Verkäufer geschäftsunfähig war, so wird der Käufer nach der herrschenden Meinung mittels der Saldotheorie an seiner Vermögensdisposition festgehalten. Folgerichtig muss dies dann auch für die Verpflichtung zur Verzinsung des in dem Gut gebundenen Kapitals gelten. Statt dem Käufer einen einseitigen Anspruch auf Verzinsung des Kaufpreises zuzubilligen, bleibt der Käufer insoweit zur Verzinsung des ursprünglich in dem Pkw gebundenen Kapitals verpflichtet, als die Saldotheorie zu seinen Lasten Anwendung findet.

## 2. Umstellung der Nutzungsausgleichspflicht auf Surrogate

Eine Surrogation führt zu der Notwendigkeit, das Surrogat im Vermögen des Nichtberechtigten zweifelsfrei zu identifizieren. Insbesondere dann, wenn das Gut zunächst in Geld umgeschlagen wurde und der Erlös in einem größeren Saldo aufgegangen ist, ist dies kaum willkürfrei möglich. Das bedeutet jedoch nicht, dass man es nicht versuchen kann. Ein Beispiel hierfür ist das *tracing* im englischen Recht, das unter anderem in Fällen zur Anwendung kommt, die im deutschen Recht funktional mittels der §§ 812 ff. BGB bewältigt werden.<sup>83</sup> Im Rahmen des *tracing* wird beispielsweise tatsächlich der Versuch unternommen, konkret nachzuvollziehen, wie eine Geldsumme durch das Vermögen des Schuldners und unter Umständen sogar noch weiterer Rechtssubjekte wandert.<sup>84</sup> Wo man dabei an Praktikabilitätsgrenzen stößt, behilft man sich mit Typisierungen wie beispielsweise dem *First-in-First-out-Prinzip*.<sup>85</sup> Wie nicht anders zu erwarten, sind die für das *tracing* entwickelten Rechtsgrundsätze hochkomplex.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unbedingt als ein Nachteil, dass das deutsche Recht in der Frage der schuldrechtlichen wie dinglichen Surrogation wesentlich zurückhaltender ist. Wo Überschneidungen zur Problematik des Nutzungsausgleichs bestehen, sieht das BGB eine ähnlich weitreichende Surrogation wie im englischen Recht nur beim Erbschaftsbesitz vor.<sup>86</sup> Da infolge der von § 2019 Abs. 1 BGB angeordneten dinglichen Surrogation Surrogate wiederum zu Nachlassgegenständen werden, sind Kettensurrogationen möglich.<sup>87</sup> Falls der Erbschaftsbesitzer eigenes und fremdes Geld vermischt, kann es – ähnlich wie im eng-

<sup>83</sup> Siehe *Goff/Jones*, *The Law of Restitution*, 5. Aufl. 1998, S. 94 ff.; *Burrows*, *The Law of Restitution*, 3. Aufl. 2011, S. 117 ff.; *Virgo*, in: Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts – Volume I: General Principles*, 32. Aufl. 2015, 2093 (2216 ff.) sowie aus rechtsvergleichender Perspektive auch *Rußmann*, *Erwerb mit Mitteln der Erbschaft*, 2017, S. 11 ff.

<sup>84</sup> Siehe *Goff/Jones*, *The Law of Restitution*, 5. Aufl. 1998, S. 94 ff.; *Burrows*, *The Law of Restitution*, 3. Aufl. 2011, S. 125 ff.; *Virgo*, in: Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts – Volume I: General Principles*, 32. Aufl. 2015, 2093 (2218 ff.).

<sup>85</sup> Siehe *Goff/Jones*, *The Law of Restitution*, 5. Aufl. 1998, S. 107 ff.; *Burrows*, *The Law of Restitution*, 3. Aufl. 2011, S. 136 f.; *Virgo*, in: Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts – Volume I: General Principles*, 32. Aufl. 2015, 2093 (2118 ff.).

<sup>86</sup> *Rußmann*, *Erwerb mit Mitteln der Erbschaft*, 2017, S. 5.

<sup>87</sup> *Staudinger/Gursky*, § 2019 BGB Rn. 7 (Juni 2015); *MüKo/Helms*, § 2019 Rn. 3.

lischen Recht – notwendig sein, das Schicksal eines bestimmten Geldbetrags nachzuvollziehen, nachdem dieser in einem größeren Saldo aufgegangen ist.<sup>88</sup> Demgegenüber erledigt sich die Surrogationsproblematik beispielsweise im Fall des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB spätestens nach der ersten Verfügung. Denn selbst nach der Auffassung, die dem Berechtigten das *commodum ex negotiatione* zuordnet, wirkt die Surrogation nur schuldrechtlich. Eine weitere Verfügung über das Surrogat erfolgt daher nicht mehr im dinglichen Sinne durch einen Nichtberechtigten.

Soweit die Rechtsordnung eine Surrogation zwingend vorsieht, muss konsequenterweise auch eine bestehende Nutzungsausgleichspflicht auf das Surrogat umgestellt werden.<sup>89</sup> Zumindest im Falle einer rechtsgeschäftlichen Surrogation schuldet der Nichtberechtigte ab diesem Zeitpunkt allerdings in aller Regel nur noch den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung. Selbst wenn das Surrogat produktiv genutzt wird und nach den allgemeinen Grundsätzen eine Zuordnung des Residuums zum Berechtigten in Betracht kommt, durchbricht jedenfalls der rechtsgeschäftliche Erwerb des Gutes durch den Nichtberechtigten den Zurechnungszusammenhang zwischen Gut und Residuum. Wenn beispielsweise der vermeintliche Erbe im Nachlass eine vermietete Eigentumswohnung vorfindet, so muss er den vereinnahmten Mietzins an den wahren Erben auskehren, solange er sich darauf beschränkt, schlicht die Entscheidung des Erblassers für die Anschaffung und Vermietung dieser Immobilie fortzusetzen.<sup>90</sup> Wenn er hingegen die Eigentumswohnung verkauft und mit dem Erlös eine vergleichbare Eigentumswohnung in einem anderen Stadtteil oder in einer anderen Stadt erwirbt und diese vermietet, so trifft er eine eigenständige Vermögensdisposition. § 2019 Abs. 1 BGB bewirkt zwar, dass der wahre Erbe auch Eigentümer der neu angeschafften Wohnung wird. Der bei der Vermietung der neu angeschafften Eigentumswohnung erzielte Mietzins ist aber nicht mehr das „wirtschaftliche Verdienst“ der vom Erblasser übernommenen Eigentumswohnung, sondern der Investitionsentscheidung des Nichtberechtigten. Im Rahmen des Nutzungsausgleichs schuldet der Erbschaftsbesitzer daher die Verzinsung des Wertes der neu angeschafften Wohnung mit der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage sowie den auf den Nutzungszeitraum entfallenden linearen Abschreibungsbetrag. Wenn der Besitzer eine fremde Sache verkauft, schuldet er für die Nutzung des erzielten Verkaufserlöses selbst dann nur den fiktiven Aufwand für eine berechtigte Güternutzung, wenn man davon ausgeht, dass die Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB in einer schuldrechtlichen Surrogation besteht.

---

<sup>88</sup> Ibid., Rn. 7.

<sup>89</sup> Auch insofern ergibt sich natürlich das Problem, das Surrogat zunächst im Vermögen des Nichtberechtigten identifizieren zu müssen.

<sup>90</sup> Supra 3. Teil:C.II.1, S. 572 ff.

## E. Umsetzungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda*

Zum Abschluss wird der Frage nachgegangen, inwieweit die im Rahmen dieser Untersuchung entwickelten Grundsätze zur Ausgestaltung eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes bereits *de lege lata* umgesetzt werden können (I.) und inwieweit hierfür Anpassungen *de lege ferenda* erforderlich wären (II.). Auch soweit bereits die *lex lata* flexibel genug ist, um eine Implementierung der Untersuchungsergebnisse zu ermöglichen, ist es im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sinnvoll, die zentralen Strukturmerkmale eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes zu kodifizieren. Hierzu wird ein Formulierungsvorschlag unterbreitet (III.).

### I. Umsetzungsmöglichkeiten *de lege lata*

Die *de lege lata* bestehenden Nutzungsausgleichstatbestände decken sich weitgehend mit dem im Rahmen dieser Untersuchung ermittelten Anwendungsbereich eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes. Erforderliche Änderungen können nur *de lege ferenda* erfolgen.

Was die inhaltliche Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs anbelangt, erweist sich eine zentrale Schwäche der *lex lata* zugleich als weit offenes Einfallstor für eine substantielle Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs. Wie gezeigt werden konnte, war es Wissenschaft und Praxis nicht möglich, die Problematik des Nutzungsausgleichs mittels des Begriffs der Nutzungen im Allgemeinen sowie seiner Ausprägungen in Gestalt des Fruchtbegriffs und des Begriffs der Gebrauchsvorteile im Besonderen zu bewältigen.<sup>1</sup> Mit dem Begriff der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB hat der Gesetzgeber allerdings eine Blankettnorm vor die Klammer gezogen. Die Inhaltsleere bzw., positiv formuliert, die Deutungsoffenheit des § 100 Alt. 2 BGB erlaubt es, zentrale Ergebnisse dieser Untersuchung auf der Grundlage der unveränderten *lex lata* umzusetzen.<sup>2</sup>

Immer dann, wenn der Nichtberechtigte das Gut nutzt, ohne dass das Ergebnis seiner Bemühungen zwingend unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB zu subsumieren wäre, realisiert er Gebrauchsvorteile. Innerhalb dieses weiten Feldes können

<sup>1</sup> Supra 2. Teil:B.I.1, S. 261 ff. sowie 2. Teil:B.II.2.a), S. 310 ff.

<sup>2</sup> Bereits *Fritz Schulz* hatte erkannt, dass § 100 BGB ein Einfallstor für die Umsetzung seiner Lehre vom Eingriffserwerb bietet, siehe *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 (359): „Der bequem gefaßte § 100 nötigt uns jedenfalls nicht, unter Nutzungen allein die *lucra ex re* zu verstehen [...]“

die Überlegungen zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung sowie zur Zuweisung des Residuums bei produktiver Nutzung ohne Einschränkungen implementiert werden.

Was zunächst die Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung anbelangt, so ist es bereits *de lege lata* ohne weiteres möglich, den Nichtberechtigten unabhängig vom tatsächlichen Nutzungsumfang ab dem Zeitpunkt zur Vergütung von Gebrauchsvorteilen zu verpflichten, zu dem er das Gut in einem nutzbaren Zustand erlangt.<sup>3</sup> Die Gebrauchsvorteile können ferner – wie es den Ergebnissen dieser Untersuchung entspricht<sup>4</sup> – mit den Kosten für das in dem Gut gebundene Kapital sowie im Falle einer zeitlich beschränkten Nutzungsdauer des Gutes zusätzlich mittels einer linearen Abschreibung des Wertes des Gutes bewertet werden. Die Berücksichtigung einer Zinskomponente bei der Bewertung von Gebrauchsvorteilen wurde im Schrifttum bereits wiederholt gefordert.<sup>5</sup> Die Abschreibungskomponente wird von der Praxis bereits verwendet.<sup>6</sup> Die insofern vorgeschlagenen Verfeinerungen ließen sich dabei problemlos berücksichtigen. Für die Ermittlung der Kapitalkosten auf der Grundlage der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage<sup>7</sup> kann *de lege lata* zwar nicht auf einen gesetzlichen Zinssatz zurückgegriffen werden. Allerdings kann die Rechtsprechung einen angemessenen Zinssatz in typisierender Weise problemlos anhand öffentlich verfügbarer Daten bestimmen. Früher war es möglich, zu diesem Zweck direkt auf die Zinsstatistik der Bundesbank zurückzugreifen, wofür sich auch Präzedenzfälle in der Rechtsprechung finden lassen.<sup>8</sup> Die neue einheitliche Zinsstatistik für den Euroraum ist hierfür zwar nicht mehr geeignet.<sup>9</sup> Private Anbieter erheben und veröffentlichen jedoch weiterhin detaillierte Angaben zu den Geldmarktkonditionen in Deutschland.<sup>10</sup>

Für den Fall, dass Nutzungsausgleich für ein Unternehmen zu leisten ist, kann ein vom Nichtberechtigten erwirtschafteter Gewinn oder Verlust auf der Grundlage der hierfür als maßgeblich identifizierten Kriterien sowohl dem Berechtigten als auch dem Nichtberechtigten zuzuweisen sein. Da der Nutzungsbegriff des § 100 BGB im Allgemeinen und der Fruchtbegriff des § 99 BGB im Besonderen mit der Erfassung von Unternehmenserträgen überfordert sind,<sup>11</sup> besteht auch insofern bereits *de lege lata* weitgehende Flexibilität. Sofern es allerdings erforderlich wäre, dem Berechtigten einen Verlust zuzuweisen, stünde dem § 102 BGB entgegen.

---

<sup>3</sup> Siehe dazu supra 3. Teil:C.I.2.d), S. 545 ff. Auch derzeit wird schon vertreten, dass es nur auf die bloße Nutzungsmöglichkeit ankommt, siehe supra 2. Teil:B.I.1.b)aa), S. 264 ff.

<sup>4</sup> Supra 3. Teil:C, S. 518 ff.

<sup>5</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)bb)(2), S. 301 ff.

<sup>6</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a)bb), S. 275 ff.

<sup>7</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.c)aa), S. 531 ff.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe, 30.9.2004, 19 U 214/03, OLGR 2005, 301 (302).

<sup>9</sup> Supra 3. Teil:C.I.2.c)bb)(2), S. 539 ff.

<sup>10</sup> Bspw. das Unternehmen „statista“, das detaillierte Zeitreihen zur Entwicklung der durchschnittlichen Zinssätze im Einlagegeschäft anbietet (abrufbar unter: <https://www.statista.com>).

<sup>11</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.a)aa)(2)(b), S. 339 f.

Praktisch besonders relevant ist die Problematik des Nutzungsausgleichs für Geld. Auch insofern kann das im Rahmen dieser Untersuchung entwickelte Konzept bereits problemlos *de lege lata* umgesetzt werden, da sich auch das Ergebnis der Nutzung von Geld einer überzeugenden Einordnung in den Frucht- und Nutzungsbegriff hartnäckig entzieht.<sup>12</sup> Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind inkonsistent und inhaltlich verfehlt und können daher leichten Herzens aufgegeben werden. Stattdessen sollte *de lege lata* jede Form der Nutzung von Geld als Realisierung von Gebrauchsvorteilen i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB gewertet werden. Infolgedessen müsste der Nichtberechtigte erlangtes Geld stets mit der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage verzinsen. Hierdurch würde sich die Notwendigkeit erledigen, die konkrete Verwendung des Geldes durch den Nichtberechtigten nachzuvollziehen. Die von der Rechtsprechung zur Bewältigung dieses Problems entwickelten „Vermutungsregeln“ könnten *ad acta* gelegt werden. Aus Sicht des Berechtigten würde das „Lotteriespiel“ beendet, ob der Nichtberechtigte das Geld brachliegen lässt oder damit einen hochverzinsten Überziehungskredit zurückführt.

Durch die Indienstnahme des Begriffs der Gebrauchsvorteile i. S. v. § 100 Alt. 2 BGB für die Umsetzung der Ergebnisse dieser Untersuchung ergeben sich keine Rückwirkungen auf andere Rechtsgebiete. Denn ein Bedürfnis für eine Bewertung von Gebrauchsvorteilen besteht nur im Rahmen des Nutzungsausgleichs.<sup>13</sup>

In dem Umfang, in dem der Anspruch auf Nutzungsausgleich inhaltlich nach den Ergebnissen dieser Untersuchung ausgestaltet werden kann, ist zudem auch eine angemessene Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich gewährleistet. Soweit ein Bedürfnis für eine Koordinierung zwischen der Zuordnung des bei der produktiven Nutzung und des bei der Veräußerung eines Gutes erzielten Residuums besteht, sind die Vorschriften, mittels derer *de lege lata* das *commodum ex negotiatione* zugordnet wird,<sup>14</sup> flexibel genug, um einen wertungsmäßigen Gleichlauf zu gewährleisten.

## II. Anpassungsbedarf *de lege ferenda*

Nicht alle Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung lassen sich bereits *de lege lata* umsetzen. Änderungen *de lege ferenda* sind zum Teil zwingend erforderlich, zum Teil im Interesse von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dringend wünschenswert. Dies gilt gleichermaßen für den Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs (1.), für die Bestimmung des Wertes der Güternutzung (2.) und für die Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes (3.).

<sup>12</sup> Supra 2. Teil:B.II.3.b)aa), S. 358 f.

<sup>13</sup> Siehe auch *Hagmann*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, 2007, S. 118; BeckOGK/Mössner, § 100 BGB Rn. 11 (15.2.2018).

<sup>14</sup> Supra 2. Teil:C.II.1, S. 387 ff.

### 1. Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs

Der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs muss nach den Ergebnissen dieser Untersuchung *de lege ferenda* sowohl erweitert als auch eingeschränkt werden.

Der Besitzer, dem kein Recht zum Besitz zusteht, muss dem Eigentümer gegenüber auch dann zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein, wenn er den Besitz nicht vom Eigentümer auf der Grundlage eines unwirksamen gegenseitigen Veräußerungsvertrags erhalten hat.<sup>15</sup> In diesem Zusammenhang sollte die überkommene Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers vollständig aus dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB getilgt werden. Hierdurch wäre zugleich für den wichtigen Regelungskomplex der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge gewährleistet, dass die Kodifikation wieder der Rechtspraxis entspricht.<sup>16</sup> Regelungstechnisch bietet es sich an, die in § 993 Abs. 1 BGB vorgesehene Privilegierung des Besitzers auf Schadensersatzansprüche zu beschränken und die §§ 988 und 991 Abs. 1 BGB zu streichen. Dies hätte zur Folge, dass sich die Verpflichtung eines redlichen unverklagten Besitzers zum Nutzungsausgleich fortan nur nach Bereicherungsrecht richten würde. Damit würde zugleich die ausgeprägte bereicherungsrechtliche Dogmatik zur Bewältigung von Dreiecksachverhalten<sup>17</sup> für die Problematik des Nutzungsausgleichs im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in Dienst genommen. Denn nach den Ergebnissen dieser Untersuchung sollte zwar beispielsweise der Besitzer, der die Sache von einem Dieb erworben hat, dem Eigentümer zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein. Wenn hingegen sowohl eine intendierte Übereignung der Sache vom Eigentümer an den Ersterwerber als auch eine anschließende Übereignung von diesem an den Besitzer unwirksam ist, so sind die gezogenen Nutzungen entlang der Leistungsbeziehungen auszugleichen. Ein Durchgriff des Eigentümers auf den Besitzer wäre nicht interessengerecht.<sup>18</sup>

Eine weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs betrifft § 2184 BGB. Der Vermächtnisbeschwerte ist allgemein zum Nutzungsausgleich zu verpflichten. Die Beschränkung auf Früchte ist nicht sachgerecht. In zeitlicher Hinsicht wäre es unter Anreizgesichtspunkten möglich, die Nutzungsausgleichspflicht erst greifen zu lassen, wenn der Beschwerte vom Anfall des Vermächtnisses Kenntnis erlangt.<sup>19</sup> Dies erscheint allerdings aufgrund der damit möglicherweise verbundenen Nachweisschwierigkeiten nicht angezeigt. Da die Vorschrift dispositiv ist, hätte es der Erblasser jedoch in der Hand, insofern eine

<sup>15</sup> Supra 3. Teil:B.I, S. 435 ff.

<sup>16</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A.I.1.b), S. 165 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu aus einer rechtstheoretischen Perspektive zudem *Auer*, Festschrift Canaris, 2017, 509 (526 ff.).

<sup>18</sup> Zur Problematik des Bereicherungsausgleichs im Mehrpersonenverhältnis siehe *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 197 ff.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 3 ff.

<sup>19</sup> Supra 3. Teil:B.I.3, S. 454 ff.



Festlegung zu treffen. Ob die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich über das Stückvermächtnis hinaus auf gleichgelagerte Sachverhalte entsprechend angewendet werden sollte, kann wie bisher der erbrechtlichen Praxis überlassen werden.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs ist für die seltenen Fälle erforderlich, in denen Nutzungsüberlassungsverträge nach Rücktrittsfolgenrecht abgewickelt werden müssen. Wie dargelegt, verzichtet das Rücktrittsfolgenrecht bereits *de lege lata* bezüglich der vertragscharakteristischen Leistung auf eine Rückabwicklung. Der Rückgewährschuldner muss die Nutzungsüberlassung vielmehr für gewöhnlich mit dem vertraglich vereinbarten Entgelt vergüten.<sup>20</sup> Im Verhältnis dazu ist die fortbestehende Verpflichtung des Schuldners der vertragscharakteristischen Leistung, die aus dem vereinnahmten Entgelt gezogenen Nutzungen auszugleichen, ein Störfaktor.<sup>21</sup> Daher sollte nach dem Vorbild des Widerrufsfolgenrechts für Verbraucherdarlehensverträge klargestellt werden, dass Vermieter, Verpächter, Darlehensgeber etc. nicht einseitig zum Nutzungsausgleich verpflichtet sind. Im Bereicherungsrecht würde eine ausdrückliche Herausnahme von Nutzungsüberlassungsverträgen aus dem Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs einen tiefen Eingriff in § 818 BGB erfordern. Wenn man bedenkt, wie weit sich die Dogmatik der bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen vom Wortlaut des § 818 BGB entfernt hat,<sup>22</sup> erscheint eine solche punktuelle Korrektur als unangemessen. Da es eine etablierte Mindermeinung gibt, die es bereits auf der Grundlage der *lex lata* ermöglicht, unwirksame Nutzungsüberlassungsverträge im wirtschaftlichen Ergebnis nicht rückabzuwickeln, sollte mit einer Korrektur des Gesetzeswortlauts in dieser Frage gewartet werden, bis sich der Gesetzgeber zu einer umfassenden Überarbeitung der §§ 812 ff. BGB durchringen kann.

Zu streichen sind ferner die einseitigen Nutzungsausgleichspflichten in den §§ 281 Abs. 5, 439 Abs. 5 und 635 Abs. 4 BGB.<sup>23</sup> Im Falle des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung kann dies ersatzlos geschehen. Auch wenn der Leistungsaustausch rückgängig gemacht wird, ist der Schadensersatzanspruch auf die Befriedigung des positiven Interesses des Gläubigers gerichtet. Hierfür ist eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nicht nur nicht erforderlich, sondern störend. Gleiches gilt für den Fall, dass der Gläubiger den Rücktritt mit der Geltendmachung des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung kombiniert. Auch insofern ist klarzustellen, dass Nutzungsausgleich nicht geschuldet wird. Im Falle der Nacherfüllung ist die Ausgleichspflicht auf die nachweisbare Bereicherung des Käufers bzw. Bestellers zu beschränken.

Schließlich sollte in allen Nutzungsausgleichstatbeständen die Verpflichtung zur Leistung von „Ersatz“ für Nutzungen, die physisch nicht herausgegeben werden können, nach dem Vorbild des § 292 Abs. 2 BGB durch eine Verpflichtung zur

<sup>20</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b)cc), S. 495 ff.

<sup>21</sup> Supra 3. Teil:B.II.2.b), S. 486 ff.

<sup>22</sup> Bspw. in Gestalt der Saldotheorie. Siehe dazu supra 1. Teil:B.II.2.c)aa)(1)(a), S. 62 f.

<sup>23</sup> Siehe dazu supra 2. Teil:A.II.3, S. 230 ff.

Vergütung der Nutzungen ersetzt werden. Dadurch kann der falsche Eindruck vermieden werden, die physische Herausgabe sei die Regel und die monetäre Abgeltung die Ausnahme.

## 2. Bestimmung des Wertes der Güternutzung

Auch wenn die Grundsätze zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung bereits *de lege lata* umgesetzt werden können, sollte § 100 BGB im Interesse der Rechtssicherheit und –klarheit durch eine Regelung ersetzt werden, die diese Grundsätze widerspiegelt. Zu diesem Zweck muss gesetzlich klargestellt werden, dass Gebrauchsvorteile mittels einer Verzinsung des Wertes des genutzten Gutes sowie bei Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer zusätzlich mit der auf den Nutzungszeitraum entfallenden linearen Wertminderung zu bewerten sind. Zur Typisierung der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage ist ein neuer gesetzlicher Zinssatz zu schaffen, der nach dem Vorbild des § 247 BGB halbjährlich aktualisiert werden sollte. Geregelt werden müsste zudem, dass aufgelaufene Zinsen kalenderjährlich zu kapitalisieren sind. Die Verweisung in § 291 BGB ist vom Verzugszinssatz gemäß § 288 BGB auf den neu zu schaffenden gesetzlichen Nutzungszinssatz umzustellen. Die Ausgestaltung des Verzugszinssatzes ist für Fallkonstellationen angemessen, in denen der Schuldner von einer Zahlungsverzögerung abgeschreckt werden soll.<sup>24</sup> Für den Fall, dass sich der verklagte Nichtberechtigte nicht im Schuldnerverzug befindet, ist die Verfolgung eines solchen Präventionszwecks, wie erläutert, unangemessen.<sup>25</sup>

Wie im zweiten Teil der Untersuchung gezeigt wurde, ist der Fruchtbegriff des § 99 BGB mit der Bewältigung der Residuumsproblematik strukturell überfordert.<sup>26</sup> Daher sollte auch *de lege ferenda* von dem Versuch Abstand genommen werden, den Fruchtbegriff für diese ihm nach der derzeitigen Konzeption des BGB obliegende Aufgabe fruchtbar zu machen. Stattdessen sollte die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes erzielten Residuums vollständig vom Fruchtbegriff des § 99 BGB entkoppelt werden. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, Früchte *de lege ferenda* aus dem Nutzungsbegriff des § 100 BGB auszuklammern. § 99 BGB wäre dann nur noch für die dingliche Zuordnung von Erzeugnissen gemäß den §§ 953 ff. BGB sowie für die Bestimmung der Befugnisse von Fruchtziehungsberechtigten relevant. Soweit der Begriff der Nutzungen *de lege lata* außerhalb des Nutzungsausgleichs als Oberbegriff für Früchte und Gebrauchsvorteile verwendet wird, muss infolgedessen der Gesetzeswortlaut angepasst werden. In den meisten Fällen kann der Begriff „Nutzungen“ schlicht durch „Früchte und Gebrauch“ bzw. „Früchte und Gebrauchsvorteile“ ersetzt werden.<sup>27</sup> Dadurch würde der Gesetzes-

<sup>24</sup> Supra 1. Teil:B.II.3.b)bb), S. 72 ff.

<sup>25</sup> Supra 2. Teil:A.I.2.a)cc), S. 187 ff.

<sup>26</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)bb), S. 313 ff.

<sup>27</sup> Dies gilt bspw. für die §§ 256, 446, 745 Abs. 3 BGB. In § 256 BGB könnte bei dieser Gelegenheit das Redaktionsversehen „Nutzungen *oder* Früchte“ korrigiert werden.

wortlaut nur unwesentlich verlängert. Für das Pachtverhältnis wäre keine Anpassung erforderlich, da § 581 Abs. 1 BGB bereits *de lege lata* den Begriff der Nutzungen vermeidet und stattdessen vom „Gebrauch des verpachteten Gegenstands“ und dem „Genuss der Früchte“ spricht. Diese Formulierung kann insbesondere für den Nießbrauch als Vorbild dienen.

Als Folge der Herausnahme des Fruchtbegriffs aus dem Nutzungsbegriff muss die Residuumsproblematik für die Zwecke des Nutzungsausgleichs *de lege ferenda* entsprechend der oben entwickelten Grundsätze<sup>28</sup> eigenständig geregelt werden. Das bei einer produktiven Güternutzung entstehende Residuum sollte im Ausgangspunkt stets dem Nichtberechtigten zugewiesen werden, der zu diesem Zweck grundsätzlich zur Leistung von Nutzungsausgleich in Höhe des fiktiven Aufwands für eine berechnete Güternutzung zu verpflichten ist. Nur dann, wenn eine der Parteien erfolgreich geltend macht, dass das Residuum tatsächlich das primäre wirtschaftliche Verdienst des genutzten Gutes ist, sollte es dem Berechtigten zugewiesen werden. Dies ist aus der Perspektive beider Parteien interessengerecht. Der Nichtberechtigte wirtschaftet grundsätzlich auf eigenes Risiko. Sofern er redlich ist, entspricht dies auch seiner subjektiven Vorstellung. Der Berechtigte erhält grundsätzlich in jedem Fall eine Ausgleichsleistung und muss nicht befürchten, dass der Nichtberechtigte einen wirtschaftlichen Misserfolg *ex post* auf ihn abwälzt. Wenn das Residuum tatsächlich dem genutzten Gut zuzuschreiben ist, steht es jeder Partei frei, dies geltend zu machen. Für typische Fallgruppen wie die Vermietung von Immobilien sind insofern keine besonderen Nachweisschwierigkeiten zu befürchten. Um dem Berechtigten das Residuum zuzuordnen, ist ihm zum einen der Bruttoertrag der produktiven Güternutzung wertmäßig zuzuweisen. Im Gegenzug muss dem Nichtberechtigten ein Anspruch auf die Erstattung des gesamten nutzungsbedingten Aufwands eingeräumt werden. Eine Deckelung dieses Anspruchs auf den Bruttoertrag ist nicht vorzusehen. Soweit der Nichtberechtigte tatsächlich Früchte i. S. v. § 99 BGB zieht und diese an den Berechtigten herausgeben muss, weil dieser an ihnen gemäß den §§ 953 ff. BGB Eigentum erwirbt,<sup>29</sup> muss klargestellt werden, dass die Früchte im Rahmen des Nutzungsausgleichs wertmäßig berücksichtigt werden.

### 3. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes

Um den Anspruch des Berechtigten auf Nutzungsausgleich wertungsmäßig stimmig mit Ausgleichsansprüchen für eine sonstige Verwertung des genutzten Gutes abzustimmen, muss *de lege ferenda* geregelt werden, dass der Rückgewähr- und Bereicherungsschuldner eine Verpflichtung zum Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 BGB bzw. § 818 Abs. 2 BGB ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung mit dem gesetz-

<sup>28</sup> Supra 3. Teil:C.II, S. 572 ff.

<sup>29</sup> Oder gemäß § 2020 Hs. 2 BGB.

lichen Zinssatz verzinsen muss, der im Rahmen des Nutzungsausgleichs die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage typisiert.<sup>30</sup>

### III. Formulierungsvorschlag

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag soll verdeutlichen, wie sich die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung möglichst konzise und konsistent in das bestehende Normengefüge des BGB integrieren ließen.

Da die Problematik des Nutzungsausgleichs *de lege ferenda* vom Fruchtbegriff entkoppelt werden soll, bleibt § 99 BGB unverändert. Neu gefasst werden muss hingegen § 100 BGB:

#### § 100 BGB-E

- (1) Nutzungen sind die Vorteile, welche der Gebrauch eines Gegenstandes gewährt.
- (2) Sind Nutzungen zu vergüten, so ist der Wert des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung durch den Schuldner für den Zeitraum, für den ihn der Schuldner gebrauchen konnte, mit dem Zinssatz nach § 246a Abs. 1 BGB zu verzinsen. Die Zinsen sind am Ende jedes Kalenderjahres zu kapitalisieren.
- (3) Ist die Nutzungsdauer des Gegenstandes zeitlich beschränkt, so ist zusätzlich der Betrag zu vergüten, der bei einer gleichmäßigen Verteilung des Wertes des Gegenstandes auf die voraussichtliche Nutzungsdauer auf den Zeitraum entfällt, für den der Schuldner den Gegenstand gebrauchen konnte. Konkrete Anhaltspunkte für den Umfang des vom Schuldner gemachten Gebrauchs können berücksichtigt werden.
- (4) Ist ein vom Schuldner durch den Gebrauch erzielter Ertrag das wirtschaftliche Verdienst des Gegenstandes, so muss der Schuldner stattdessen den auf den Zeitraum des Gebrauchs entfallenden Ertrag vergüten. Der Schuldner kann Ersatz der für die Erzielung des Ertrags gemachten Aufwendungen verlangen. Verstößt der Schuldner gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaft, haftet er auf den bei Beachtung dieser Grundsätze erzielbaren Ertrag, jedoch maximal in Höhe der nach Absatz 2 und 3 geschuldeten Vergütung.
- (5) Wenn der Schuldner Früchte zieht, die er an den Gläubiger herausgeben muss, ist der Wert der Früchte auf die Verpflichtung zur Vergütung der Gebrauchsvorteile anzurechnen. Einen übersteigenden Betrag hat der Gläubiger dem Schuldner zu erstatten.
- (6) Für Kosten des Gebrauchs, die auf den Zeitraum entfallen, für den der Schuldner den Wert der Gebrauchsvorteile nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 zu vergüten hat, kann er vom Gläubiger keinen Ersatz verlangen.

§ 100 BGB-E ist die zentrale Vorschrift für die hier vorgeschlagene gesetzliche Neuregelung des Nutzungsausgleichs. Die Definition von Nutzungen in Absatz 1 beschränkt sich aufgrund der Ausklammerung von Früchten aus dem Nutzungsausgleich auf Gebrauchsvorteile. Das Objekt des Gebrauchs wird im Einklang mit

<sup>30</sup> Eine gesetzliche Regelung zur Abstimmung des Nutzungsausgleichs mit der Höhe der Ausgleichsansprüche im Falle einer Verwertung des genutzten Gutes müsste bei letzteren ansetzen und ist daher nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

der Terminologie des BGB weiterhin als Gegenstand bezeichnet.<sup>31</sup> Mit der Beschränkung des Nutzungsbegriffs auf Gebrauchsvorteile ist zugleich die bestehende Gesetzestechnik obsolet, wonach Nutzungen – faktisch nur Früchte – vorrangig physisch herauszugeben sind und ein wertmäßiger Ausgleich nur dann in Betracht kommt, wenn dies nicht möglich ist. *De lege ferenda* müsste der Nichtberechtigte für die Nutzung eines fremden Gutes von vornherein Wertausgleich in Geld leisten, dessen Berechnung in den Absätzen 2 bis 4 geregelt ist. Im Interesse größtmöglicher terminologischer Klarheit wird diese Verpflichtung hier und in den folgenden Entwurfsvorschriften einheitlich als „vergüten“ bzw. „Vergütung“ von Nutzungen bezeichnet.<sup>32</sup> Die bislang im BGB alternativ gebrauchte Formulierung, wonach für Nutzungen „Wertersatz zu leisten“<sup>33</sup> bzw. ihr „Wert zu ersetzen“<sup>34</sup> ist, entfällt. Die Herausgabe von Früchten kann der Berechtigte nur noch aus § 985 BGB verlangen, sofern sie nach Maßgabe der §§ 953 ff. BGB in seinem Eigentum stehen. Für diesen Fall bestimmt Absatz 5, dass der Wert der Früchte auf den als Nutzungsausgleich geschuldeten Geldbetrag anzurechnen ist. Absatz 6 stellt, dass der Nichtberechtigte neben der Verzinsung des in dem genutzten Gutes gebundenen Kapitals sowie ggf. des sich bei dessen linearer Abschreibung während der Nutzungsdauer ergebenden Betrags auch die sonstigen mit der Nutzung des Gutes verbundenen Kosten tragen muss und diese nicht beim Berechtigten liquidieren kann. Die vorgeschlagene Fassung des § 100 BGB-E stellt den Versuch dar, die wesentlichen Grundsätze für die Bestimmung des Wertes der Güternutzung vorzugeben, ohne in eine zu große Detailtiefe zu verfallen. In dieser Hinsicht handelt es sich bei der Vorschrift zwangsläufig um einen Kompromiss.<sup>35</sup>

Eine Änderung an § 101 BGB ist nicht veranlasst. Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich *de lege ferenda* auf die Abgrenzung der zeitlichen Interessensphären verschiedener Nutzungsberechtigter. § 102 BGB kann ersatzlos gestrichen werden, da die Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands nunmehr bereits in § 100 BGB-E geregelt ist.

#### § 102 BGB-E

Streichung.

<sup>31</sup> Der im Rahmen dieser Untersuchung verwendete Begriff des Guts ist zwar aus akademischer Perspektive treffender (supra 1. Teil:A.II, S. 12). Eine Umstellung böte jedoch keinen praktischen Mehrwert.

<sup>32</sup> Der im Rahmen dieser Untersuchung als Oberbegriff für die Herausgabe von Früchten und für die Vergütung von Gebrauchsvorteilen gebrauchte Begriff „Nutzungsausgleich“ (supra 1. Teil:A.I, S. 10), wird in dem Formulierungsvorschlag hingegen nicht verwendet, da im Gesetzestext eine entsprechende zusammenfassende Bezeichnung nicht erforderlich ist.

<sup>33</sup> § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

<sup>34</sup> § 818 Abs. 1, 2 BGB.

<sup>35</sup> Bspw. wurde aufgrund der erforderlichen sprachlichen Komplexität auf eine Klarstellung verzichtet, dass Erträge und Aufwendungen gegebenenfalls *pro rata temporis* aufzuteilen sind, falls sie wirtschaftlich auf einen Zeitraum entfallen, für den eine andere Partei bezugsberechtigt bzw. ausgleichspflichtig ist. Das Prinzip kommt jedoch in der Betonung des Zeitraums als Bezugspunkt für die Berechnung der geschuldeten Vergütung zum Ausdruck.

Der gesetzliche Zinssatz für die Typisierung der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage ist in einem neu zu schaffenden § 246a BGB nach dem Vorbild des § 247 BGB zu regeln:

#### § 246a BGB-E

(1) Der Nutzungszinssatz beträgt [x,xx] Prozent. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Nutzungszinssatz gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist die durchschnittliche Rendite verzinslicher Einlagen bei deutschen Kreditinstituten mit einer Laufzeit bis zu 90 Tagen.

(2) Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Nutzungszinssatz unverzüglich nach den in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt.

In den §§ 281 Abs. 5 und 325 BGB ist klarzustellen, dass eine Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nicht besteht:

#### § 281 BGB-E

(1) bis (4): Unverändert.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt. *Gezogene Nutzungen sind nicht zu vergüten.*

#### § 325 BGB-E

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. *Verlangt der Gläubiger nach erklärtem Rücktritt Schadensersatz statt der ganzen Leistung, sind gezogene Nutzungen nicht zu vergüten.*

In § 291 BGB ist die Verweisung vom Verzugszinssatz auf den Nutzungszinssatz gemäß § 246a BGB-E umzustellen. Eine Änderung des § 292 Abs. 2 BGB ist nicht veranlasst.

#### § 291 BGB-E

Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an *mit dem Zinssatz nach § 246a Abs. 1 zu verzinsen*, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. [Satz 2: Streichung]

In § 346 ist eine Verpflichtung zur Verzinsung der Wertersatzpflicht zu verankern und der Anwendungsbereich des Nutzungsausgleichs für die Abwicklung von Nutzungsüberlassungsverträgen zu beschränken:

#### § 346 BGB-E

(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen *zu vergüten*. *Eine Verpflichtung zur Vergütung von Nutzungen besteht nicht, wenn es sich bei der empfangenen Leistung um das Entgelt für die Überlassung eines Gegenstandes oder die Verzinsung eines Darlehens handelt.*

(2) Unverändert.

(2a) *Der geschuldete Wertersatz ist mit dem Zinssatz nach § 246a Abs. 1 BGB zu verzinsen. Die Zinsen sind am Ende jedes Kalenderjahres zu kapitalisieren.*

Eine Änderung an § 347 BGB ist nicht veranlasst.

In § 439 Abs. 5 ist die Verpflichtung zum Nutzungsausgleich durch eine Verpflichtung zum Ausgleich einer Bereicherung des Käufers zu ersetzen.<sup>36</sup>

§ 439 BGB-E

(1) bis (4): Unverändert

(5) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen. *Gezogene Nutzungen sind nicht zu vergüten. Ist der Käufer durch die Nachlieferung bereichert, so hat er die Bereicherung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.*

§ 446 BGB ist ein Beispiel für eine Vorschrift, in der wegen der Herausnahme der Früchte aus dem Nutzungsbegriff der Begriff der Nutzungen ersetzt werden muss:

§ 446 BGB-E

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer *die Früchte und der Gebrauch* und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.

Im Bereicherungsrecht ist – neben einer redaktionellen Anpassung des § 818 Abs. 1 BGB – analog zum Rücktrittsfolgenrecht die Verzinsung der Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu regeln:

§ 818 BGB-E

(1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt. *Gezogene Nutzungen sind zu vergüten.*

(2) Unverändert.

(2a) *Der geschuldete Wertersatz ist mit dem Zinssatz nach § 246a Abs. 1 BGB zu verzinsen. Die Zinsen sind am Ende jedes Kalenderjahres zu kapitalisieren.*

Größere Eingriffe sind in den §§ 987 ff. BGB erforderlich, um die überkommene Privilegierung des Besitzers aus dem BGB zu tilgen. In § 987 Abs. 1 BGB ist allerdings nur eine sprachliche Anpassung vorzunehmen:

§ 987 BGB-E

(1) Der Besitzer hat dem Eigentümer *die Nutzungen zu vergüten*, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.

<sup>36</sup> Hierdurch wird auch eine Anpassung in § 475 Abs. 3 BGB erforderlich. § 635 Abs. 4 BGB ist analog neu zu fassen.

(2) Unverändert.

Die §§ 988 und 991 Abs. 1 BGB werden ersatzlos gestrichen:

§ 988 BGB-E

Streichung.

§ 991 BGB-E

(1) Streichung.

(2) Unverändert. Wird Absatz 1.

Die Privilegierung des Besitzers in § 993 BGB wird auf Schadensersatzansprüche reduziert:

§ 993 BGB-E

Liegen die in den §§ 989 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so ist der Besitzer nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

In § 994 BGB ist die Verpflichtung des Besitzers, die gewöhnlichen Erhaltungskosten für den Zeitraum zu tragen, für den ihm die Nutzungen verbleiben, zu streichen, da dem Besitzer die Nutzungen nicht mehr verbleiben. Stattdessen ist durch eine Verweisung auf § 100 Abs. 6 BGB-E klarzustellen, dass der Besitzer für Verwendungen, die nutzungsbedingten Aufwand für den Zeitraum darstellen, für den er lediglich den fiktiven Aufwand für eine berechnete Güternutzung schuldet, keinen Ausgleich verlangen kann. § 998 kann ersatzlos gestrichen werden.

§ 994 BGB-E

(1) Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. § 100 Abs. 6 findet Anwendung.

§ 998 BGB-E

Streichung

Die Definition des Nießbrauchs muss aufgrund der Herausnahme der Früchte aus dem Nutzungsbegriff angepasst werden. Hierfür kann § 581 Abs. 1 BGB als Vorbild dienen:

§ 1030 BGB-E

(1) Eine Sache kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechnigt ist, *die Sache zu gebrauchen und die Früchte der Sache zu ziehen* (Nießbrauch).

(2) Der Nießbrauch kann durch den Ausschluss einzelner *Berechnigungen zur Fruchtziehung oder zum Gebrauch* beschränkt werden.

§ 2020 muss lediglich redaktionell angepasst werden:

§ 2020 BGB-E



Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben die gezogenen Nutzungen zu *vergüten*; die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auch auf Früchte, an denen er das Eigentum erworben hat.

In § 2184 BGB ist die Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte durch eine Verpflichtung zur Vergütung der gezogenen Nutzungen zu ersetzen:

§ 2184 BGB-E

Ist ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so hat der Beschwerte dem Vermächtnisnehmer auch die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen *Nutzungen zu vergüten* sowie das sonst auf Grund des vermachten Rechts Erlangte herauszugeben.

# Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse

## 1. Teil: Grundlegung

I. Der Ausgleich von Nutzungen wird relevant, wenn sich ein Gut in der Verfügungsgewalt eines Nichtberechtigten befindet. Als primären Rechtsbehelf gewährt die Rechtsordnung dem Berechtigten einen Anspruch auf (Rück-)Übertragung des Gutes. Archetypisch ist die Vindikationslage: Der Eigentümer kann vom nichtberechtigten Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen (§ 985 BGB). Sofern der Berechtigte das Gut nicht sofort zurückerhält, reicht ein bloßer Übertragungsanspruch jedoch nicht aus. Denn die Substanz eines Gutes „verzeitet sich“ – wie es *Gerhart Husserl* 1933 prägnant formuliert hat – „in seinen Nutzungen“.<sup>1</sup> Durch die Übertragung des Gutes erlangt der Berechtigte lediglich *pro futuro* wieder Zugriff auf die mit dem Gut verbundenen Nutzungsmöglichkeiten. Um dem Nichtberechtigten auch den Vorteil zu entziehen, den er durch die Nutzung des Gutes in der Vergangenheit erlangt hat, ist ein zusätzlicher Anspruch auf Nutzungsausgleich erforderlich.

II. Das BGB ordnet zum Zweck des Nutzungsausgleichs die Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen i. S. v. § 100 BGB an. Diese Rechtsfolge sieht das BGB insbesondere im Rücktrittsfolgenrecht, im Bereicherungsrecht, im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und im Verhältnis des Erbschaftsbesitzers zum wahren Erben vor.<sup>2</sup> Der Nutzungsbegriff umfasst zum einen gemäß § 100 Alt. 1 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts und zum anderen gemäß § 100 Alt. 2 BGB „die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.“ Während der Fruchtbegriff nach gemeinrechtlichem Vorbild in § 99 BGB detailliert geregelt ist, verzichtet das BGB auf eine inhaltliche Konkretisierung des Begriffs der Gebrauchsvorteile.<sup>3</sup>

III. Aus der *lex lata* lassen sich folgende zentrale Strukturmerkmale des Nutzungsausgleichs ableiten:<sup>4</sup> Es handelt sich erstens um eine Form der vorteilsorientierten Haftung. Der Nichtberechtigte muss in Gestalt der Nutzungen i. S. v. § 100 BGB einen Vorteil ausgleichen, der sich aufgrund einer korrekturbedürftigen Güterzuordnung in seinem Vermögen realisiert hat. Wie der Berechtigte das Gut genutzt hätte, ist irrelevant. Der Anspruch auf Nutzungsausgleich ist zweitens der

<sup>1</sup> *Husserl*, Der Rechtsgegenstand, 1933, S. 23.

<sup>2</sup> *Supra* 1. Teil:B.II, S. 33 ff.

<sup>3</sup> *Supra* 1. Teil:B.I, S. 15 ff.

<sup>4</sup> *Supra* 1. Teil:C, S. 103 ff.

Höhe nach am Wert der Güternutzung ausgerichtet: Er soll möglichst exakt den Wert erfassen, der der Nutzung des fremden Gutes durch den Nichtberechtigten zuzumessen ist. Soweit das Nutzungsergebnis hingegen das persönliche Verdienst des Nichtberechtigten ist, soll es ihm grundsätzlich verbleiben. Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich setzt drittens einen Primäranspruch auf Übertragung des genutzten Gutes voraus, dem viertens durch die Verpflichtung des Nichtberechtigten zum Nutzungsausgleich zeitliche Rückwirkung verliehen wird.

IV. Den konzeptionellen Rahmen für eine kritische Würdigung der *lex lata* bilden die drei Grundfragen, die bei der Ausgestaltung eines Nutzungsausgleichsregimes beantwortet werden müssen:<sup>5</sup> 1) Unter welchen Voraussetzungen soll ein Anspruch auf Übertragung eines Gutes durch einen Anspruch auf Nutzungsausgleich ergänzt werden? 2) Was wird als Ausgleich für die Nutzung eines fremden Gutes konkret geschuldet? 3) Wie ist der Anspruch auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes – insbesondere mit Ausgleichsansprüchen für eine anderweitige Verwertung des Gutes – abzustimmen?

## 2. Teil: Kritische Analyse des status quo des Nutzungsausgleichs

### 1. Anordnung von Nutzungsausgleichspflichten im BGB

V. Bei der Schaffung der Nutzungsausgleichstatbestände des BGB beschränkten sich dessen Verfasser – im Einklang mit dem konservativen Kodifikationskonzept – im Wesentlichen auf die Übernahme von Regelungen, die sie in den im Reich geltenden Rechtsordnungen vorfanden. Im Ergebnis stützten sie sich damit nahezu exklusiv auf die gemeinrechtliche Rechtstradition, die in der Frage des Nutzungsausgleichs auch die im Reich geltenden Kodifikationen geprägt hatte. So wurde insbesondere die gemeinrechtliche Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers schlicht als gegeben hingenommen. Da gleichzeitig ein gänzlicher Verzicht auf Nutzungsausgleich nicht in Erwägung gezogen wurde, war ein Wertungswiderspruch unvermeidlich.<sup>6</sup> Nach jahrzehntelanger Rechtsunsicherheit ist es der Rechtsprechung schließlich gelungen, dieses Problem für die praktisch bedeutsamste Konstellation der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge durch eine Aushebelung der in den §§ 987 ff. BGB vorgesehenen Privilegierung des redlichen Besitzers zu überwinden.<sup>7</sup> Dies ist jedoch nur eine Möglichkeit, den Wertungswiderspruch auszuräumen. Von einer Mindermeinung im Schrifttum wird stattdessen ein gänzlicher Verzicht auf Nutzungsausgleich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge gefordert.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Supra 1. Teil:D, S. 123 ff.

<sup>6</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.a), S. 139 ff.

<sup>7</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b), S. 165 ff.

<sup>8</sup> Supra 2. Teil:A.I.1.b)cc), S. 173 ff.

VI. Auch die Besonderheiten, die sich bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge aus der zumindest faktischen synallagmatischen Verknüpfung der wechselseitigen Rückgewährpflichten ergeben, wurden bei der Schaffung der Nutzungsausgleichstatbestände des BGB nicht hinreichend berücksichtigt. Das Rücktrittsfolgenrecht ist aus einer Verallgemeinerung der Rechtsfolgen der *actio redhibitoria* hervorgegangen, ohne dass deren konzeptionelle Grundlagen und Eignung für einen so breiten Anwendungsbereich ausreichend hinterfragt worden wären.<sup>9</sup> Infolgedessen steht die mittlerweile in § 346 Abs. 1 BGB angeordnete wechselseitige Verpflichtung zum Nutzungsausgleich nicht mit dem Leitbild des Rücktrittsfolgenrechts – der Rückversetzung der Parteien in den *status quo ante contractum* – in Einklang.<sup>10</sup> Tatsächlich werden die Parteien im Hinblick auf die aus den ausgetauschten Leistungen gezogenen Nutzungen so gestellt, als ob sie die Leistungen von vornherein ohne rechtlichen Grund ausgetauscht hätten *und* einer verschärften Haftung unterworfen gewesen wären. Bereicherungsrechtlich haften sie hingegen nach allgemeinen Grundsätzen wie redliche unverklagte Bereicherungsschuldner.

VII. Für vertragliche Erfüllungsansprüche haben es die Verfasser des BGB versäumt, den Verzicht auf eine Verpflichtung des Schuldners zum Nutzungsausgleich ab Fälligkeit des Anspruchs nachvollziehbar zu begründen.<sup>11</sup> Dass eine Nutzungsausgleichspflicht insofern nicht vollkommen fernliegend ist, zeigt sich daran, dass in der Literatur konzeptionell problematische Versuche unternommen werden, eine Möglichkeit zur Abschöpfung von Nutzungen über § 285 Abs. 1 BGB zu konstruieren.<sup>12</sup>

## 2. Bestimmung des Wertes der Güternutzung

VIII. Die zweite Grundfrage betrifft die inhaltliche Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich. Da der Anspruch auf Nutzungsausgleich den Wert der Güternutzung durch den Nichtberechtigten abschöpfen soll, lautet die insofern zentrale Frage, wie dieser Wert zu bestimmen ist. Hierfür ist ein doppelter Maßstab erforderlich:<sup>13</sup> Der Wert der konsumtiven Nutzung eines Gutes, beispielsweise privater Fahrten mit einem fremden Pkw, kann in praktikabler Weise nur anhand des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung bestimmt werden. Demgegenüber hängt der Umfang des zu leistenden Nutzungsausgleichs im Falle einer produktiven Nutzung, beispielsweise dem Bestellen eines fremden Feldes, davon ab, wem das Residuum gebührt, das sich ergibt, wenn man Bruttoertrag und nutzungsbedingten Aufwand saldiert. Soll das Residuum beim Nichtberechtigten verbleiben, ist die von ihm geschuldete Ausgleichsleistung – wie bei einer konsum-

<sup>9</sup> Supra 2. Teil:A.II.1.a)bb)(1), S. 199 ff.

<sup>10</sup> Supra 2. Teil:A.II.1, S. 191 ff.

<sup>11</sup> Supra 2. Teil:A.III.1, S. 244 ff.

<sup>12</sup> Supra 2. Teil:A.III.2, S. 251 ff.

<sup>13</sup> Supra 1. Teil:D.II, S. 125 ff.

tiven Nutzung – anhand des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung zu bestimmen. Um das Residuum dem Berechtigten zuzuweisen, ist hingegen eine alternative Abrechnung auf der Grundlage des vom Nichtberechtigten tatsächlich erzielten Ertrags erforderlich.

IX. Das BGB gibt auf die Frage, wie der fiktive Aufwand für eine berechtigte Güternutzung zu bestimmen ist, keine Antwort. Der insofern allein als dogmatischer Anknüpfungspunkt in Betracht kommende Begriff der Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB ist eine inhaltsleere Blankettnorm.<sup>14</sup> Wissenschaft und Praxis ist es bislang nicht gelungen, diese Vorschrift mit einer befriedigenden Dogmatik auszufüllen.<sup>15</sup> In der Praxis werden Gebrauchsvorteile entweder anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts oder anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung des genutzten Gutes bewertet.<sup>16</sup> Welcher Bewertungsmaßstab in einem konkreten Fall zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach einer unübersichtlichen Kasuistik.<sup>17</sup> Durch den Rückgriff auf den Wertmaßstab des fiktiven Nutzungsentgelts wird den Parteien im wirtschaftlichen Ergebnis ein von ihnen nicht gewollter Nutzungsüberlassungsvertrag untergeschoben.<sup>18</sup> Bei einer Bewertung von Gebrauchsvorteilen anhand der zeitanteiligen linearen Wertminderung wird der vom Nichtberechtigten geschuldete Nutzungsausgleich systematisch zu niedrig angesetzt, da die Kosten für das in dem Gut gebundene Kapital nicht berücksichtigt werden.<sup>19</sup>

X. Wird ein Gut vom Nichtberechtigten produktiv genutzt, ist im Rahmen des Nutzungsausgleichs eine Entscheidung über die Zuordnung des hierbei entstehenden Residuums in Gestalt der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand zu treffen.<sup>20</sup> Nach dem Regelungsmodell des BGB kommt es darauf an, ob sich das vom Nichtberechtigten bei der Nutzung des Gutes erzielte Ergebnis unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB subsumieren lässt oder nicht.<sup>21</sup> Früchte i.S.v. § 99 BGB verkörpern einen Bruttoertrag. Daher gestattet es § 102 BGB einem Nichtberechtigten, der Früchte herausgeben bzw. ihren Wert vergüten muss, im Gegenzug, die ihm entstandenen Fruchtgewinnungskosten inklusive einer kalkulatorischen Tätigkeitsvergütung beim Berechtigten zu liquidieren. Durch das Zusammenspiel des Anspruchs auf den vom Nichtberechtigten erzielten Bruttoertrag und der Verpflichtung zur Erstattung des nutzungsbedingten Aufwands wird das Residuum dem Berechtigten zugewiesen. Lässt sich das Nutzungsergebnis hingegen nicht unter den Fruchtbegriff subsumieren, muss der Nichtberechtigte stattdessen Ausgleich für genossene Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB leisten. Da deren Wert konzeptionell anhand des fiktiven Aufwands für eine be-

<sup>14</sup> Supra 2. Teil:B.I.1, S. 261 ff.

<sup>15</sup> Supra 2. Teil:B.I.2, S. 273 ff.

<sup>16</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.a), S. 273 ff.

<sup>17</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.b), S. 282 ff.

<sup>18</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)aa)(2), S. 295 ff.

<sup>19</sup> Supra 2. Teil:B.I.2.c)bb)(2), S. 301 ff.

<sup>20</sup> Supra 1. Teil:D.II.2, S. 128 ff. und 2. Teil:B.II.1, S. 306 ff.

<sup>21</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a), S. 310 ff.

rechtigte Güternutzung bestimmt wird, verbleiben Bruttoertrag und Residuum in diesem Fall beim Nichtberechtigten. Wenn der Saldo von Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand inklusive des geschuldeten Nutzungsausgleichs positiv ausfällt, erzielt der Nichtberechtigte mit der produktiven Güternutzung einen Gewinn. Anderenfalls muss er einen Verlust tragen.

XI. Die Zuordnung des Residuums an die Subsumierbarkeit des vom Nichtberechtigten erzielten Bruttoertrags unter den Fruchtbegriff zu koppeln, wäre nur dann sachgerecht, wenn „Früchte“ i. S. v. § 99 BGB *generell* als das primäre „wirtschaftliche Verdienst“ des genutzten Gutes anzusehen wären. Dies wiederum setzt voraus, dass der Nichtberechtigte an der Entstehung von Früchten i. S. v. § 99 BGB *generell* keinen oder nur einen untergeordneten Anteil hat. Dies trifft jedoch nicht zu. Einen Ansatzpunkt hierfür hätte die gemeinrechtliche Differenzierung zwischen reinen Naturfrüchten (*fructus mere naturales*) und Industrialfrüchten (*fructus industriales*) geboten, die allerdings nicht in das BGB übernommen wurde.<sup>22</sup> Eine pauschale Zuweisung des Residuums zum Berechtigten wäre nur für Früchte angemessen, die wertungsmäßig der gemeinrechtlichen Kategorie der *fructus mere naturales* entsprechen, also primär durch das Wirken von Naturkräften entstehen. Nach der Konzeption der *lex lata* erfolgt die Zuordnung des Residuums jedoch *generell* anhand des Fruchtbegriffs des § 99 BGB, ohne dass es auf den Verursachungsbeitrag des Nichtberechtigten ankommt.<sup>23</sup> Weder Rechtsprechung noch Wissenschaft ist es bislang gelungen, diese in der *lex lata* angelegte konzeptionelle Schwäche zu überwinden. Die Rechtsprechung ist kasuistisch und auch im Hinblick auf die erzielten Ergebnisse vielfach problematisch.<sup>24</sup> Nicht zu überzeugen vermag beispielsweise, dass die Rechtsprechung Unternehmensgewinne Früchten i. S. v. § 99 BGB gleichstellt und daher standardmäßig dem Berechtigten zuweist. Ein Nichtberechtigter muss daher den bei der Führung eines ihm nicht zustehenden Unternehmens erzielten Gewinn abzüglich eines kalkulatorischen Unternehmerlohns an den Berechtigten auskehren. Auch im Schrifttum ist in der Frage der Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines fremden Gutes entstehenden Residuums bislang kein entscheidender konzeptioneller Fortschritt erzielt worden.<sup>25</sup>

### 3. Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes

XII. *De lege lata* und auf der Grundlage der herrschenden Meinung wird der Anspruch auf Nutzungsausgleich nur unzureichend mit dem Schicksal des genutzten Gutes koordiniert. Die grundsätzliche Verknüpfung von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen – wie sie etwa in § 446 S. 2 BGB Ausdruck findet –

<sup>22</sup> Supra 1. Teil:B.I.1.c), S. 21 ff.

<sup>23</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)aa), S. 310 ff.

<sup>24</sup> Supra 2. Teil:B.II.3, S. 334 ff.

<sup>25</sup> Supra 2. Teil:B.II.2.a)cc), S. 322 ff.

wird zum Teil ohne hinreichendes Problembewusstsein durchbrochen.<sup>26</sup> Für den Fall, dass der Nichtberechtigte das Gut nicht selbst nutzt, sondern verkauft, wird die Zuordnung des *commodum ex negotiatione* nicht mit der wertungsmäßig gleichgelagerten Problematik der Zuordnung des bei einer produktiven Nutzung des Gutes entstehenden Residuums abgestimmt.<sup>27</sup> Für den Zeitraum nach der Verwertung eines falsch zugeordneten Gutes fehlt es an einer wertungsmäßig nachvollziehbaren Entscheidung über das weitere Schicksal einer zuvor bestehenden Verpflichtung zum Nutzungsausgleich. Haftet der Nichtberechtigte auf Wertersatz, so entfällt seine Nutzungsausgleichspflicht grundsätzlich vollständig.<sup>28</sup> Dies ist eine unangemessene Begünstigung. Befindet sich der Nichtberechtigte hingegen im Schuldnerverzug, ist er verklagt worden oder hat er als Bereicherungsschuldner positive Kenntnis vom Fehlen des rechtlichen Grundes, muss er die Wertersatzpflicht mit dem gesetzlichen Verzugszinssatz verzinsen.<sup>29</sup> Setzt sich die Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Übertragung des ursprünglich erlangten Gutes an einem an dessen Stelle tretenden Surrogat fort, wird auch eine zuvor bestehende Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf das Surrogat umgestellt.<sup>30</sup> Dass dies bei Geld häufig an der fehlenden Nachvollziehbarkeit seiner konkreten Verwendung scheitert, wird von der Rechtsprechung vielfach mit großzügigen Vermutungsregeln überspielt.<sup>31</sup>

### 3. Teil: Überlegungen zur Weiterentwicklung des Nutzungsausgleichs

#### *1. Konkretisierung der Anforderungen an ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime*

XIII. Ein sachgerechtes Nutzungsausgleichsregime sollte idealerweise in sich widerspruchsfrei sein, sich zugleich nahtlos in das Gesamtgefüge des BGB einfügen, keine problematischen Anreizwirkungen entfalten und möglichst praktikabel sein.<sup>32</sup>

#### *2. Neubestimmung des Anwendungsbereichs des Nutzungsausgleichs*

XIV. Die mit der Nutzung eines Gutes verbundenen Vorteile sind grundsätzlich seinem berechtigten Inhaber zugewiesen. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sich hieran etwas ändern sollte, wenn das Gut in die Verfügungsgewalt eines Nichtberechtigten gelangt. Der Nichtberechtigte ist daher durch die Nutzung ei-

<sup>26</sup> Supra 2. Teil:C.I, S. 372 ff.

<sup>27</sup> Supra 2. Teil:C.II, S. 386 ff.

<sup>28</sup> Supra 2. Teil:C.III.1, S. 411 ff.

<sup>29</sup> Supra 2. Teil:C.III.2, S. 421 f.

<sup>30</sup> Supra 2. Teil:C.III.3, S. 422 ff.

<sup>31</sup> Supra 2. Teil:C.III.3.b), S. 424 ff. Siehe dazu auch 2. Teil:B.II.3.b)bb)(2), S. 362 ff. und 2. Teil:C.III.1.a)aa), S. 412 ff.

<sup>32</sup> Supra 3. Teil:A, S. 430 ff.

nes fremden Gutes in Höhe des Wertes der Güternutzung ungerechtfertigt bereichert und sollte hierfür grundsätzlich Ausgleich leisten.<sup>33</sup> Ein Anspruch auf Nutzungsausgleich ist zudem notwendig, um die innere Konsistenz des Bereicherungsrechts für den Fall zu wahren, dass der Nichtberechtigte das Gut nicht nutzt, sondern auf andere Weise verwertet, da in diesen Fällen *de lege lata* ausnahmslos eine Ausgleichspflicht besteht.<sup>34</sup>

XV. Hieraus folgt, dass die traditionelle Privilegierung des redlichen Besitzers, die sich aufgrund ihrer Wurzel im gemeinen Recht rechtsvergleichend beispielsweise auch im französischen Code civil, im österreichischen ABGB und im schweizerischen ZGB findet,<sup>35</sup> eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstellt. Die für die Privilegierung ins Feld geführten Argumente sind allesamt nicht überzeugend.<sup>36</sup> So leuchtet es insbesondere nicht ein, dass der Besitzer von einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich freigestellt werden muss, um ihn vor wirtschaftlicher Überforderung zu schützen oder ihm einen pauschalen Ausgleich für den mit der Nutzung des Gutes verbundenen Aufwand zu verschaffen. Die hinter diesen Argumenten stehenden berechtigten Anliegen lassen sich zielgerichtet bei der Ausgestaltung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich adressieren, rechtfertigen jedoch keinen gänzlichen Verzicht auf eine Ausgleichspflicht. Auch das Argument, die Privilegierung ermögliche eine Minimalform des gutgläubigen Erwerbs, wenn der Besitzer eine abhandengekommene Sache gutgläubig von einem Dritten erworben hat, trägt nicht, da der bewusste Verzicht auf ein Lösungsrecht im BGB hierdurch nicht in sachgerechter Weise kompensiert werden kann.

XVI. Auch bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge ist eine wechselseitige Verpflichtung der Parteien zum Nutzungsausgleich grundsätzlich erforderlich, um den vollzogenen Leistungsaustausch mit zeitlicher Wirkung für die Vergangenheit rückgängig zu machen.<sup>37</sup> Rechtshistorisch und rechtsvergleichend finden sich zwar durchaus Beispiele für einen vollständigen Verzicht auf den Ausgleich von Nutzungen bei der Rückabwicklung von Verträgen – etwa im Sächsischen BGB oder in der Rechtsprechung des österreichischen OGH.<sup>38</sup> Im deutschen Schrifttum setzt sich eine Mindermeinung hierfür ein.<sup>39</sup> Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich die wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien zum Nutzungsausgleich typischerweise wertmäßig entsprechen.<sup>40</sup> Bei genauer Betrachtung sprechen jedoch die besseren Gründe gegen ein solches Kompensationsmodell, da es immer dann versagt, wenn die wechselseitig gezogenen Nutzungen tatsächlich nicht gleichwertig sind, beispielsweise weil eine Partei vorgeleistet hat.<sup>41</sup>

<sup>33</sup> Supra 3. Teil:B.I.1.a), S. 435 ff.

<sup>34</sup> Supra 3. Teil:B.I.1.b), S. 438 f.

<sup>35</sup> Supra 3. Teil:B.I.2.a), S. 440 ff.

<sup>36</sup> Supra 3. Teil:B.I.2.b), S. 444 ff.

<sup>37</sup> Supra 3. Teil:B.II.1, S. 458 ff.

<sup>38</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.b)aa(1), S. 463 f. und 3. Teil:B.II.1.b)aa(2), S. 465 ff.

<sup>39</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.b)aa(3), S. 471 f.

<sup>40</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.b)aa), S. 462 ff.

<sup>41</sup> Supra 3. Teil:B.II.1.c), S. 475 ff.



XVII. Demgegenüber ist für die Durchführung eines Nutzungsausgleichs bei unwirksamen Nutzungsüberlassungsverträgen tatsächlich kein Raum.<sup>42</sup> Aufgrund der Eigenart des Vertragsgegenstandes „Nutzungsüberlassung“ kann der auf der Grundlage eines unwirksamen Miet-, Pacht- oder Darlehensvertrags vorgenommene Leistungsaustausch nicht in sachgerechter Weise mit zeitlicher Wirkung für die Vergangenheit *rückabgewickelt* werden. Möglich ist nur eine Beendigung des Leistungsaustauschs *ex nunc*.

### 3. Neuregelung der Bestimmung des Wertes der Güternutzung

XVIII. Sowohl für die Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge als auch für alle sonstigen Fallkonstellationen, in denen nach den Ergebnissen dieser Untersuchung Nutzungsausgleich geschuldet wird, ist der fiktive Aufwand für eine berechnete Güternutzung aus der Perspektive eines Vollrechtsinhabers zu bestimmen.<sup>43</sup> Wer ein Gut als Vollrechtsinhaber – beispielsweise eine Sache als Eigentümer – nutzen will, muss in jedem Fall die Kosten des in dem Gut gebundenen Kapitals tragen. Diese sind für die Zwecke des Nutzungsausgleichs in der Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage zu typisieren.<sup>44</sup> Bei Gütern mit zeitlich beschränkter Nutzungsdauer tritt zu den Kapitalkosten noch die nutzungsbedingte Minderung des Wertes des Gutes hinzu, die mittels einer linearen Abschreibung zu typisieren ist.<sup>45</sup>

XIX. Den Ausgangspunkt für die Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums bildet die Überlegung, dass es sich bei der Differenz zwischen Bruttoertrag und nutzungsbedingtem Aufwand bei wirtschaftlicher Betrachtung um ein Entgelt für die Übernahme der mit der Nutzung verbundenen Risiken handelt.<sup>46</sup> Wertungsmäßig ist es daher sachgerecht, das Residuum dem Nichtberechtigten zuzuweisen, wenn er die Steuerung dieser Risiken übernommen hat – beispielsweise durch die persönliche Leitung eines ihm nicht zustehenden Unternehmens.<sup>47</sup> Hat sich der Nichtberechtigte hingegen insofern passiv verhalten, so ist das Residuum noch auf die Übernahme des Risikos durch den ursprünglichen Inhaber des Gutes zurückzuführen.<sup>48</sup> Bei dem ursprünglichen Inhaber handelt es sich entweder um den Berechtigten selbst oder – insbesondere im Erbfall – um seinen Rechtsvorgänger. In beiden Fällen gebührt das Residuum dem aktuell Berechtigten.

<sup>42</sup> Supra 3. Teil:B.II.2, S. 481 ff.

<sup>43</sup> Supra 3. Teil:C.I.1, S. 519 ff.

<sup>44</sup> Supra 3. Teil:C.I.2, S. 527 ff.

<sup>45</sup> Supra 3. Teil:C.I.3, S. 552 ff.

<sup>46</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.b), S. 575 f.

<sup>47</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.c)bb), S. 577 ff.

<sup>48</sup> Supra 3. Teil:C.II.1.c)aa), S. 578 f.

#### 4. Verbesserung der Abstimmung des Anspruchs auf Nutzungsausgleich mit dem Schicksal des genutzten Gutes

XX. Der für den berechtigten Inhaber eines Gutes geltende Gleichlauf von Gefahrtragung und Berechtigung an den Nutzungen („*lucrum sentit dominus – casum sentit dominus*“), sollte grundsätzlich auch dann gewahrt bleiben, wenn sich ein Gut in den Händen eines nutzungsausgleichspflichtigen Nichtberechtigten befindet.<sup>49</sup> Bei der Rückabwicklung gegenseitiger Veräußerungsverträge rechtfertigt allerdings das Ziel, den Leistungsaustausch mit zeitlicher Rückwirkung rückgängig zu machen, eine Ausnahme: Die Parteien sollten auch dann zum Nutzungsausgleich verpflichtet sein, wenn sie im Rahmen der Rückabwicklung selbst die Gefahr des zufälligen Untergangs des genutzten Gutes tragen.<sup>50</sup> Im Falle einer Veräußerung des Gutes durch den Nichtberechtigten sollte das *commodum ex negotiatione* nach den gleichen Kriterien zugeordnet werden wie das bei einer produktiven Nutzung entstehende Residuum.<sup>51</sup> Für den Fall, dass der Nichtberechtigte für die Verwertung eines Gutes Wertersatz schuldet, sollte er diesen Wertersatzanspruch unabhängig von der Verwertungsform verzinsen müssen.<sup>52</sup> Soweit die Rechtsordnung eine schuldrechtliche oder dingliche Surrogation anordnet, ist eine bestehende Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf das an die Stelle des ursprünglich falsch zugeordneten Gutes tretende Surrogat umzustellen.<sup>53</sup>

#### 5. Umsetzungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda*

XXI. Die *de lege lata* bestehenden Nutzungsausgleichstatbestände decken sich weitgehend, jedoch nicht vollständig, mit dem im Rahmen dieser Untersuchung ermittelten Anwendungsbereich eines sachgerechten Nutzungsausgleichsregimes.<sup>54</sup> *De lege ferenda* sollte insbesondere die überkommene Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers vollständig aus dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB getilgt werden.<sup>55</sup> Regelungstechnisch bietet es sich an, zu diesem Zweck die in § 993 Abs. 1 BGB vorgesehene Privilegierung des Besitzers auf die Verpflichtung zum Schadensersatz zu beschränken und die §§ 988 und 991 Abs. 1 BGB zu streichen.

XXII. Da der Gesetzgeber mit dem Begriff der Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB eine inhaltsleere Blankettnorm vor die Klammer gezogen hat, können zentrale Ergebnisse dieser Untersuchung zur inhaltlichen Ausgestaltung des Nutzungsausgleichs auf der Grundlage einer unveränderten *lex lata* umgesetzt werden. Immer dann, wenn das Ergebnis der Güternutzung nicht unter den Fruchtbegriff des § 99 BGB fällt, realisiert der Nichtberechtigte Gebrauchsvorteile. In-

<sup>49</sup> Supra 3. Teil:D.I.1, S. 605 ff.

<sup>50</sup> Supra 3. Teil:D.I.2, S. 616 ff.

<sup>51</sup> Supra 3. Teil:D.II.1, S. 620 ff.

<sup>52</sup> Supra 3. Teil:D.III.1, S. 630 f.

<sup>53</sup> Supra 3. Teil:D.III.2, S. 632 f.

<sup>54</sup> Supra 3. Teil:E.I, S. 634 ff.

<sup>55</sup> Supra 3. Teil:E.II.1, S. 637 f.

nerhalb dieses weiten Feldes können die Vorschläge zur Bestimmung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung sowie zur Zuweisung des Residuums bei produktiver Nutzung ohne Einschränkungen umgesetzt werden.<sup>56</sup> Allerdings sollte die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Kapitalkosten bei der Ermittlung des fiktiven Aufwands für eine berechtigte Güternutzung im Interesse von Rechtssicherheit und Praktikabilität *de lege ferenda* klar gesetzlich geregelt werden.<sup>57</sup> Zu diesem Zweck sollte insbesondere ein neuer gesetzlicher Zinssatz eingeführt werden. Die Residuumsproblematik sollte *de lege ferenda* idealerweise vollständig vom Fruchtbegriff des § 99 BGB entkoppelt und eigenständig geregelt werden.<sup>58</sup>

XXII. In dem Umfang, in dem der Anspruch auf Nutzungsausgleich inhaltlich nach den Ergebnissen dieser Untersuchung ausgestaltet werden kann, ist zugleich eine angemessene Abstimmung von Gefahrtragung und Nutzungsausgleich gewährleistet.<sup>59</sup> Ferner sind die Vorschriften, auf deren Grundlage *de lege lata* das bei der Veräußerung eines Gutes erzielte *commodum ex negotiatione* zugordnet wird, flexibel genug, um einen wertungsmäßigen Gleichlauf mit der Zuordnung des bei der produktiven Nutzung eines Gutes entstehenden Residuums zu gewährleisten.<sup>60</sup> Gesetzlicher Handlungsbedarf besteht allerdings, um den Anspruch des Berechtigten auf Nutzungsausgleich wertungsmäßig überzeugend mit Ausgleichsansprüchen *nach* einer sonstigen Verwertung des genutzten Gutes abzustimmen. Zu diesem Zweck müsste *de lege ferenda* geregelt werden, dass der Rückgewähr- und Bereicherungsschuldner eine Verpflichtung zum Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 BGB bzw. § 818 Abs. 2 BGB ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage verzinsen muss.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> Supra 3. Teil:E.I, S. 634 ff.

<sup>57</sup> Supra 3. Teil:E.II.2, S. 639 f.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Supra 3. Teil:E.I, S. 634 ff.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Supra 3. Teil:E.II.3, S. 640.

## Schluss

Zum Abschluss der Untersuchung soll *Leo von Petrazycki* zu Wort kommen, der den gesamten 1895 erschienenen zweiten Band seiner „Lehre vom Einkommen“ dem „Einkommensersatz“ bzw. der „Einkommensprästation“ widmete. Mit diesen Begriffen bezeichnete *Petrazycki* den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, die Problematik des Nutzungsausgleichs. Seine intensive Beschäftigung mit der Materie, die er nie zum Abschluss brachte,<sup>1</sup> begründete er wie folgt:

„Eine sachgemässe Regelung der Schätzung und des Ersatzes des Einkommens vom Kapital ist eine höchst schwierige und komplizierte Aufgabe, [...]. Eine je höhere Stufe der technischen Vollkommenheit die Regeln der Einkommensprästation erlangen, desto klarer tritt ihre nützliche Wirkung hervor, [...].“<sup>2</sup>

„Technische Vollkommenheit“ ist im Recht, das Interessengegensätze ausgleichen und Abgrenzungsschwierigkeiten überwinden muss, ein nicht immer erreichbares Ziel. Auch wenn eine Utopie nicht Wirklichkeit werden kann, gibt sie jedoch, um mit *Robert Musil* zu sprechen, zumindest eine Richtung vor.<sup>3</sup> Der Autor hofft, mit der vorliegenden Untersuchung ein kleines Stück Weges in die richtige Richtung zurückgelegt zu haben.

---

<sup>1</sup> Im zweiten Band der Lehre vom Einkommen beschäftigte sich *Petrazycki* ausschließlich mit dem Fall eines bösgläubigen Nichtberechtigten. Der Problematik der „Einkommensprästation“ bei Gutgläubigkeit des Nichtberechtigten wollte *Petrazycki* den dritten Band seines Werkes widmen, *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, IV. Dieser dritte Band ist allerdings nie erschienen, vgl. *Baum*, Leon Petrazycki und seine Schüler, 1967, S. 55.

<sup>2</sup> *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, S. 22.

<sup>3</sup> „Eine Utopie ist aber kein Ziel, sondern eine Richtung“ (enthalten in den nachgelassenen Fragmenten zu „Der Mann ohne Eigenschaften“).



## Literaturverzeichnis

- Affolter, Friedrich*, Das Fruchtrecht, München 1911.
- Apathy, Peter*, Das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten, JBl. 100 (1978), 517 ff.
- Arnold, Stefan*, Ansprüche auf Zinszahlung im englischen Schadensersatz- und Bereicherungsrecht – Zugleich Besprechung der Entscheidung des House of Lords vom 18.7.2007 (*Sempra Metals v Inland Revenue*) mit rechtsvergleichenden Anmerkungen zum deutschen Recht, RIW 2008, 264 ff.
- Auer, Marietta*, Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht – Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriwahl in der Privatrechtswissenschaft, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 509 ff.
- Baker, Genevieve*, Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch, Frankfurt am Main 2017.
- Ballerstedt, Kurt*, Das Unternehmen als Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs, in: Fischer, Robert/Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973 – Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Berlin, New York 1973, 289 ff.
- Bar, Christian von/Clive, Eric* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 1, München 2009.
- /– (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 4, München 2009.
- /– (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 5, München 2009.
- Basedow, Jürgen*, Die Aufgabe der Verzugszinsen in Recht und Wirtschaft – Bemerkungen zu § 288 BGB und § 352 HGB, ZHR 143 (1979), 317 ff.
- Batsch, Karl Ludwig*, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe – in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen (Eine Kritik der Lehre von der ‚Eingriffskondiktion‘), Marburg 1968.
- Baum, Karl Berthold*, Leon Petrazycki und seine Schüler, Berlin 1967.
- Baumbach/Hopt – Handelsgesetzbuch, 39. Aufl., München 2020 (zit. Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*).
- Baur, Fritz*, „Nutzungen“ eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958, 465 ff.
- Baur, Jürgen/Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg.: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (zit. BeckOK/*Bearbeiter* – [Stand]).
- Beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Gesamtherausgeber: Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (zit. BeckOGK/*Bearbeiter* – [Stand]).

- Becker, Johannes/Dwenger, Nadja*, Die Besteuerung von Fremd- und Eigenkapital aus ökonomischer Sicht, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Eigentkapital und Fremdkapital – Steuerrecht – Gesellschaftsrecht – Rechtsvergleich – Rechtspolitik, Heidelberg 2013, 101 ff.
- Beisel, Wilhelm/Klumpp, Hans-Herrmann* (Hrsg.), Der Unternehmenskauf – Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 7. Aufl., München 2016.
- Bekker, Ernst Immanuel*, System des heutigen Pandektenrechts – Band 1, Weimar 1886.
- , Der Besitz beweglicher Sachen : Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, JherJb 34 (1895), 1 ff.
- Bénabent, Alain*, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9. Aufl., Paris 2011.
- , Droit des obligations, 15. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2016.
- Birmingham, Robert L.*, Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, 24 Rutgers Law Review 273–292 (1969–70).
- Bitter, Georg*, Wertverlust durch Nutzungsausfall, AcP 205 (2005), 743 ff.
- Blaeser, Alexander*, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, St. Gallen 2011.
- Blumenberger*, Die Herausgabe von Sachnutzungen an den Eigentümer. – Zu der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen am Reichsgericht vom 30. Januar 1940 über die Verpflichtung des rechtsgrundlosen Besitzers, DGWR 1941, 76 ff.
- Blümich, EStG, KStG, GewStG, Kommentar, Hrsg.: Heuermann, Bernd/Brandis, Peter (zit. Blümich/Bearbeiter – [Stand]).
- Bockholdt, Frank*, Die Übertragbarkeit rückttrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006), 770 ff.
- Bodenbenner, Hans-Joachim*, Bereicherungsausgleich nach rechtsgrundlosem Unternehmerwerb, MDR 2007, 1056 ff.
- Boels, Robert*, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit – Ein Vergleich der Regelungen des BGB mit dem UN-Kaufrecht, den Lando-Prinzipien und den UNIDROIT-Prinzipien, Frankfurt am Main 2009.
- Böger, Ole*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag – Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, Tübingen 2009.
- Bollenberger, Raimund*, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, Wien/New York 1999.
- Bolze, Albert*, Die Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich über die Steigerung des vindikatorischen Eigentumsanspruchs, AcP 74 (1889), 97 ff.
- , Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP 76 (1890), 233 ff.
- Boosfeld, Kristin*, Gewinnausgleich, Tübingen 2015.
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Brand, Marco*, Dogmatische Sonderwege im fünften Buch „Erbrecht“ des Bürgerlichen Gesetzbuches, Jura 2010, 90 ff.
- Brehm, Wolfgang/Berger, Christian*, Sachenrecht, 3. Aufl., Tübingen 2014.
- Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2016.
- Buchka, Gerhard*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 2. Aufl., Berlin 1898.
- Büdenbender, Ulrich*, Rückgewähransprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1998, 38 ff.
- , Rückgewähransprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1998, 135 ff.

- , Rückgewähransprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1998, 227 ff.
- , Rückgewähransprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1998, 325 ff.
- , Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 200 (2000), 627 ff.
- Bufe, P.*, Anmerkung zu BGH v. 22.3.54 – IV ZR 137/53, JR 1954, 461 ff.
- Burrows, Andrew*, The Law of Restitution, 3. Aufl., Oxford 2011.
- Büttner, H.*, Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen, BB 1970, 233 ff.
- Bydlinski, Peter/Ibler, Alexandra*, Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl.2016, 2 ff.
- Caemmerer, Ernst von*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Dölle, Hans/Rheinstein, Max/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel – Band 1: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, Tübingen 1954, 333 ff.
- , Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in: Festschrift für Gustav Boehmer, 1954, 145 ff.
- , „Mortuus redhibetur“. – Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1971.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 7.1.1971 – VII ZR 9/70 (OLG Nürnberg), JZ 1971, 560 ff.
- , Die Gegenleistungskondiktion, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz – zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, 19 ff.
- , Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB, in: Apathy, Peter/Bollenberger, Raimund u. a. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, 45 ff.
- Chantepie, Gaël/Latina, Mathias*, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Paris 2016.
- Christiansen, Ragnhild*, Effektive und effiziente Widerrufsrechte – Eine rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der Widerrufsrechte der Haustürwiderrufsrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie in Deutschland und England im Vergleich mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Jena 2011.
- Code civil annoté Dalloz – Édition 2018, 117. Aufl., Paris 2017.
- Coen, Christoph*, Vertragsscheitern und Rückabwicklung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law, Berlin 2003.
- Collart Dutilleul, François/Delebecque, Philippe*, Contrats civils et commerciaux, 9. Aufl., Paris 2011.
- Cosack, Konrad*, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889.
- Crisolli, Karl-August*, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, Berlin und Leipzig 1931.
- Crome, Carl*, Zur Fruchtlehre, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, Bonn 1919, 99 ff.
- Dastis, Juan Carlos/Hoeren, Julia*, Berechnung des Nutzungsersatzes bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen, NJW 2019, 2430 ff.
- Davey, Martin*, Long Residential Leases: Past and Present, in: Bright, Susan (Hrsg.), Landlord and Tenant Law – Past, Present and Future, Oxford 2006, 147 ff.
- Dedek, Helge*, Negative Haftung aus Vertrag, Tübingen 2007.



- Degenkolb, Heinrich*, Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes – Zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes, AcP 76 (1890), 1 ff.
- Dernburg, Heinrich*, Pandekten – Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 1896.
- , Pandekten – Zweiter Band: Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897.
- , Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Halle (Saale) 1908.
- Dießelhorst, Malte*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968.
- Dimopoulos-Vosikis, Haralambos*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- Döll, Yves*, Rückgewährstörung beim Rücktritt – Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadenersatzpflichten, Tübingen 2011.
- Dornscheidt, Henrik*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Berlin 2013.
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn – Handlungsbuch, 2. Band, 3. Aufl., München 2015, Hrsg.: Joost, Detlev/Strohn, Lutz (zit. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bearbeiter).
- Ebert, Bertram*, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Berlin 2001.
- , Das Recht auf den Eingriffserwerb, ZIP 2002.
- Ehlke, Michael*, Zum bereicherungsrechtlichen Wertersatz (§ 818 II BGB), WM 1979, 1022 ff.
- Eichel, Florian/Fritzsche, Matthias*, Gewinnabschöpfung im Rückgewährschuldverhältnis, NJW 2018, 3409 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67 ff.
- , Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015.
- Ellger, Reinhard*, Bereicherung durch Eingriff – Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, Tübingen 2002.
- Elliott, Steven/Häcker, Birke/Mitchell, Charles* (Hrsg.), Restitution of Overpaid Tax, Oxford 2013.
- Emmerich, Volker*, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, Dissertation (Universität des Saarlandes) 1966.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven – Zweite Abtheilung, enthaltend: die Titel von den Vermögensgegenständen und deren Eintheilung, von dem Besitze, von dem Eigenthume, von den Dienstbarkeiten, von der Verjährung und Ersitzung, Zweiter Theil: Motive., Darmstadt 1845.
- Erman BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 15. Aufl., Köln 2017, Hrsg.: Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (zit. Erman/Bearbeiter).
- Esser, Josef*, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Karlsruhe 1970.
- , Schuldrecht – Besonderer Teil, Band II, Karlsruhe 1971.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Heidelberg 1984.
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht – Besonderer Teil, Band II, Heidelberg 1984.
- Fervers, Matthias/Gsell, Beate*, Bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen, NJW 2013, 3607 ff.
- /–, Vorteilsausgleich und Nutzungsvorteil bei manipulierten Dieselfahrzeugen, NJW 2020, 1393 ff.
- Fest, Timo*, Der Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, München 2006.

- , Die Bedeutung des § 346 Abs. 2 Satz 2, 1. HS BGB bei der Rückabwicklung dem Wert nach, ZGS 2009, 126 ff.
- Fischer, Hans Albert*, Bereicherung und Schaden, in: Festschrift für Ernst Zitelmann – zu seinem 60. Geburtstag überreicht von Verehrern und Schülern, München 1913, 1 ff.
- Flessner, Axel*, Haftung und Gefahrbelastung des getäuschten Käufers, NJW 1972, 1777 ff.
- , Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271 ff.
- Florstedt, Tim*, Recht als Symmetrie, Tübingen 2015.
- Flume, Werner*, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Göttingen 1953, 103 ff.
- , Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1161 ff.
- , Die Nachfolge von Todes wegen in ein Vermögen mit Betriebsvermögen und die Einkommensteuer bei der Übernahme von Ausgleichsverpflichtungen durch den Nachfolger in ein Einzelunternehmen oder die Beteiligung an einer Personengesellschaft – Anmerkung zu den beiden Beschlüssen des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, DB 1990, 2390 ff.
- , Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn 1990.
- , Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194 (1994), 427 ff.
- , Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, 111 ff.
- , Die ungerechtfertigte Bereicherung eine Rechtsfigur der Bereicherung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft – Band I. Bürgerliches Recht, München 2000, 525- ff.
- Fortunato, Sérgio Fernandes*, Früchte und Nutzungen – Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen, Frankfurt am Main/New York 2012.
- Friedmann, Daniel*, The Efficient Breach Fallacy, 18 The Journal of Legal Studies 1–24 (1989).
- Frömming, Jens*, Die Verzinsung von Kaufpreisforderungen nach § 452 BGB – Leistungspflichten, Nutzungen und Zinsen beim Kauf, Hamburg 1991.
- Füller, Jens Thomas*, Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen 2006.
- Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K.* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht–Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2016.
- Gaier, Reinhard*, Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2001, 1 ff.
- García, Juan Angel/Werner, Thomas*, Inflation risks and Inflation risk premia – European Central Bank Working Paper No 1162/March 2012, Frankfurt am Main 2012.
- Genicon, Thomas*, La résolution du contrat pour inexécution, Paris 2007.
- Gierke, Otto von*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- , Deutsches Privatrecht – Zweiter Band. Sachenrecht., Leipzig 1905.
- , Dauernde Schuldverhältnisse, JherJb 64 (1914), 355 ff.
- Glück, Christian Friedrich von*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Achten Theils erste Abtheilung, Erlangen 1807.

- , Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung, Erlangen 1811.
- Goetz, Charles J./Scott, Robert E., Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle of Efficient Breach – Some Notes on an Enforcement Model and a Theory, 77 Columbia Law Review 554–594 (1977).
- Goetzke, Heinrich, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht? – Zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatischen Denkens im heutigen Zivilrecht, AcP 173 (1973), 289 ff.
- Goff, Robert/Jones, Gareth, The Law of Restitution, 5. Aufl., London 1998.
- Goldschmidt, Levin/Kübel, Franz Philipp von/Neumayr, von/Schelling, von/Weber, von, Über Plan und Methode für die Aufstellung des Entwurfes eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs – (1874.), in: Goldschmidt, Levin (Hrsg.), Vermischte Schriften – Erster Band, Berlin 1901, 512 ff.
- Göppert, Heinrich, Über die organischen Erzeugnisse – Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, Halle (Saale) 1869.
- Gravelle, Hugh/Rees, Ray, Microeconomics, 2. Aufl., Harlow 1992.
- Gretter, Bettina, Bereicherungsansprüche bei Rückabwicklung eines nichtigen Kaufvertrages: Ersparte Schuldzinsen als herauszugebende Nutzungen i. S. von § 818 Abs. 1 BGB?, DB 1995, 516 ff.
- Grotius, Hugo, Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens, in welchem das Natur- und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden – Aus dem Lateinischen des Urtextes übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung des Verfassers versehen von J. H. v. Kirchmann, Berlin 1869.
- Grundmann, Stefan, Privatrecht und Regulierung, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 907 ff.
- Grundmann, Stefan/Hoerning, Andreas, Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie – nationales, europäisches und internationales Recht, in: Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006), Tübingen 2007, 420 ff.
- Grunewald, Barbara, Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen – Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 1990, 371 ff., ZGR 20 (1991), 452 ff.
- Gsell, Beate, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, 643 ff.
- , Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, 203 ff.
- , Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 16/07 (LG Osnabrück), NJW 2008, 912 ff.
- Guelfucci-Thibierge, Catherine, Nullité, restitutions et responsabilité, Paris 1992.
- Gursky, Karl-Heinz, Zur Rechtsnatur des Erbschaftsanspruchs, in: Slapnicar, Klaus (Hrsg.), Tradition und Fortentwicklung im Recht – Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow am 21. August 1990, Rheinfelden, Berlin 1990, 211 ff.
- , Minderung des Nutzungsherausgabeanspruchs durch Aufwendung des Besitzers, JZ 1998, 685 ff.
- , Zur Mitherausgabe von Gebrauchsvorteilen bei der Sachkondition, JR 1998, 7 ff.
- Häcker, Birke, Consequences of Impaired Consent Transfers – A Structural Comparison of English and German Law, Tübingen 2009.

- Hagmann, Birke*, Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB, Frankfurt am Main 2007.
- Hallerbach, Dorothee*, Zivilrecht: C. Unternehmensveräußerung, Unternehmensübertragung, in: Hallerbach, Dorothee/Dönmez, Hülya u. a. (Hrsg.), Wolny – Unternehmens- und Praxisübertragungen, 8. Aufl., Herne 2015, 49 ff.
- Harder, Manfred*, Commodum eius esse debet, cuius periculum est – Über die actio furti als stellvertretendes commodum beim Kauf, in: Medicus, Dieter/Seiler, Hans Hermann (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 351 ff.
- Hartmann, Felix*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, Tübingen 2007.
- Hartmann, Stephan*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Zürich, Basel, Genf 2005.
- Haymann, Franz*, Früchte und Zinsen beim Kauf, AcP 130 (1929), 129 ff.
- Heck, Philipp*, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
- Heimbach, Gustav Ernst*, Die Lehre von der Frucht – nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten, Leipzig 1843.
- Hellgardt, Alexander*, Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.
- Hellwege, Phillip*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, Tübingen 2004.
- Helms, Tobias*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007.
- , Grenzen der Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichem Vertragsbruch – Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Mai 2006 mit Anmerkung von Tobias Helms, Marburg, ZEuP 2008, 151 ff.
- Henrichs, Joachim*, Maßgeblichkeitsgrundsatz oder eigenständige Prinzipien für die Steuerbilanz?, in: Ebling, Iris (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen – DStjG 24, Köln 2001, 301 ff.
- Herold, Kathrin*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – Eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung, Berlin 2001.
- Hofmann, Franz*, Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen – „Bereicherungsrechtliche“ Überlegungen unter Berücksichtigung des englischen Rechts, AcP 213 (2013), 469 ff.
- Höhn, Holger*, Die Beeinträchtigung von Rechten durch Verfügungen – Eine Untersuchung der Ansprüche aus §§ 281 Abs. I, 816 Abs. I, 818 Abs. I BGB, München 1986.
- Höhne, Michael*, Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität, Tübingen 2016.
- Hölder, Eduard*, Pandekten, Freiburg 1891.
- Höldampf, Tilman/Suchowerskyj, Tanja*, Kein Anspruch des Darlehensnehmers auf Nutzungsentuschädigung bei Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrages, WM 2015, 999 ff.
- Holmes, Oliver Wendell*, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 (1897).
- Honsell, Heinrich*, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, 717 ff.
- Höpfner, Clemens*, Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag, NJW 2010, 127 ff.
- Horn, Norbert*, Vertragsdauer – Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band I, Köln 1981, 551 ff.

- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen – Band I, Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999.
- Husserl, Gerhart*, Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, Berlin 1933.
- Hütte, Marlena*, Gefahrverteilung und Schadensersatz im Rückabwicklungsschuldverhältnis nach gesetzlichem Rücktritt – Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rückabwicklung nach Leistungskondiktion, Frankfurt am Main 2010.
- Jaeger, Thomas*, Die parallele Anwendung von BGB und Europäischem Kaufrecht beim Rückgewährschuldverhältnis, AcP 213 (2013), 507 ff.
- Jagmann, Rainer*, Wertersatz oder Gewinnhaftung – Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, Dissertation (Freiburg) 1979.
- Jakobs, Horst Heinrich*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964.
- , *Lucrum ex negotiatione* – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, Tübingen 1993.
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 bis 432, Berlin, New York 1978.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433 bis 651, Berlin, New York 1980.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 bis 853, Berlin, New York 1983.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Allgemeiner Teil, §§ 1–240 1. Teilband, Berlin, New York 1985.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I, §§ 854–1017, Berlin, New York 1985.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Erbrecht (§§ 1922–2385), 1. Teilband, Berlin, New York 2002.
- /– (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Erbrecht (§§ 1922–2385), 2. Teilband, Berlin, New York 2002.
- Janka, Fritz*, Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft – Was muß der Käufer für Gebrauch und Abnutzung bezahlen?, BB 1950, 10 ff.
- Janke, Heinrich*, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, Erlangen 1862.
- Jansen, Nils*, Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?, *RabelsZ* 76 (2012), 921 ff.
- , *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution – Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen 2013.
- Jauernig* – Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 17. Aufl., München 2020, Hrsg.: Stürner, Rolf (zit. *Jauernig/Bearbeiter*).

- Jedlitschka, Thomas*, Die Rückabwicklung der unwirksamen Übernahme einer GmbH-Anteilsmehrheit, Berlin 2004.
- Jhering, Rudolf von*, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jb 4 (1861), 1 ff.
- , Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? – Ein Beitrag zur Lehre von den Grenzen des Eigentumsschutzes, Jb 16 (1878), 230 ff.
- Johow, Reinhold*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Sachenrecht. – Begründung, Erster Band, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1, Berlin, New York 1982, 111 ff.
- , Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Sachenrecht. – Begründung, Zweiter Band, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht 1 und 2, Berlin, New York 1982, 861 ff. und 1 ff.
- juris PraxisKommentar BGB, 9. Aufl., Saarbrücken 2020, Hrsg.: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rußmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (zit. jurisPK/Bearbeiter – [Stand]).
- Kaehler, Christian-Michael*, Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, Bielefeld 1972.
- Kähler, Lorenz*, Vom bleibenden Wert des Eigentums nach der Verjährung des Herausgabeanspruchs, NJW 2015, 1041 ff.
- Kaiser, Dagmar*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB – Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, Tübingen 2000.
- , Eingeschränkt nützlich: § 281 Abs. 5 BGB – Nutzungsherausgabe und Nutzungsausfall-schaden bei Schlechtlieferung, ZfPW 2015, 129 ff.
- Kaiser, Helmut*, Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht, Dissertation (Tübingen) 1987.
- Keil, Barbara*, Fehlerhafte Unternehmenskäufe – Konzept eines funktionsäquivalenten Zwei-Wege-Modells für die Rückabwicklung 1998.
- Kellmann, Christof*, Grundsätze der Gewinnhaftung – Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin 1969.
- , Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter, NJW 1971, 862 ff.
- Kerschner, Ferdinand*, Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JBl. 2001.
- Keuk, Brigitte*, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- Kieninger, Eva-Maria*, Die Sonderstellung des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsmittel des Warenkredits: Dogmatik und ökonomische Rechtfertigung, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 635 ff.
- Kindler, Peter*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, Tübingen 1996.
- Klein-Blenkers, Friedrich*, Das Recht der Unternehmenspacht, Baden-Baden 2008.
- Kleinheyer, Gerd*, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471 ff.
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin* (Hrsg.), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 2010 (zit. Kletečka/Schauer/Bearbeiter).
- Klöhn, Lars*, Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal, ZIP 2020, 341 ff.

- Kniese, Andreas G.*, Die Verteilung von Nutzungen und Lasten nach § 446 Absatz 1 Satz 2 BGB, Dissertation (Hamburg) 1993.
- Knüttel, Rolf*, Zum Nutzungszins, ZRG RA 105 (1988), 514 ff.
- Köbl, Ursula*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Berlin 1971.
- Kohler, Josef*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, Berlin 1906.
- Kohler, Jürgen*, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, Köln 1989.
- , Das Rücktrittsrecht in der Reform, JZ 2001, 325 ff.
  - , Rücktrittsrechtliche Schadensersatzhaftung, JZ 2002, 1127 ff.
  - , Nutzungsvergütung in Fällen der §§ 439 Abs. 4 und 635 Abs. 4 BGB?, ZGS 2004, 48 ff.
  - , Bereicherungshaftung nach Rücktritt – eine verdrängte Verdrängung und ihre Folgen, AcP 208 (2008), 417 ff.
  - , Dritthaftung gem. § 816 I 2 BGB oder § 822 BGB nach Rücktritt, JuS 2013, 769 ff.
  - , Rücktritts-, Bereicherungs- und Vindikationshaftung für ohnedies fortfallende gezogene und pflichtwidrig nicht gezogene Nutzungen?, JR 2013, 479 ff.
  - , Geldanspruch nach Rücktritt bei beseitigungsfähiger Verfügung über das Geleistete, AcP 214 (2014), 362 ff.
  - , Rücktritt und Bereicherungsrecht – Studien zur Umkehrung einer herrschenden Meinung, ZfPW 2017, 404 ff.
  - , Rücktrittsrechtliche Abwicklung und Sachrisiko im Annahmeverzug, AcP 218 (2018), 67 ff.
- Komossa, Jan Philipp*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechts – Zur Übertragbarkeit des Regelungsgedankens des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Hamburg 2007.
- Köndgen, Johannes*, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, RabelsZ 56 (1992), 696 ff.
- , Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns – Eine juristisch-ökonomische Skizze, RabelsZ 64 (2000), 661 ff.
- König, Detlef*, Gewinnhaftung, in: Ficker, Hans Claudius/König, Detlef u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, 179 ff.
- , Ungerechtfertigte Bereicherung – Empfiehlt es sich, das Bereicherungsrecht im Hinblick auf seine Weiterentwicklung in Rechtsprechung und Lehre durch den Gesetzgeber neu zu ordnen? Welche bereicherungsrechtlichen Vorschriften außerhalb des BGB können in die Kodifikation zurückgeführt werden?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts – Band II, Köln 1981, 1515 ff.
  - , Ungerechtfertigte Bereicherung – Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, Heidelberg 1985.
- Koppensteiner, Hans-Georg*, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, 588 ff.
- , Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II), NJW 1971, 1769 ff.
- Koppensteiner, Hans-Georg/Kramer, Ernst A.*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988.
- Korch, Stefan*, Der Unternehmenskauf – Eine Einführung in Theorie und Praxis, JuS 2018, 521 ff.
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz,

- IPR-Gesetz, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO, 5. Aufl., Wien 2017 (zit. Koziol/Bydlinki/Bollenberger/Bearbeiter).
- Kraßer, Rudolf/Ann, Christoph*, Patentrecht, Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, 7. Aufl., München 2016.
- Krawielicki, Robert*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936.
- Krepold, Hans-Michael*, Zur Höhe des von der Bank an den Darlehensnehmer zu zahlenden Nutzungersatzes bei einem Widerruf eines Immobiliendarlehensvertrages, BKR 2017, 397 ff.
- Kübel, Franz Philipp von*, Bestärkungsmittel der Verträge, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, Berlin, New York 1980, 321 ff.
- , Entstehung von Schuldverhältnissen durch Vertrag, einseitiges Versprechen und unerlaubte Handlung – Unerlaubte Handlung, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, Berlin, New York 1980, 653 ff.
- , Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 3, Berlin, New York 1980, 655 ff.
- , Schuldverhältnisse aus Verträgen, welche auf eine Veräußerung von Sachen oder Rechten gerichtet sind – Kauf, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 2, Berlin, New York 1980, 1 ff.
- , Wirkungen der Schuldverhältnisse – Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse 1, Berlin, New York 1980, 849 ff.
- Lange, Heinrich*, Zur Umstellung des Bereicherungsanspruchs – Nachruf oder Mahnruf?, NJW 1951, 685 ff.
- Lange, Hermann*, Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers, JZ 1964, 640 ff.
- Larenz, Karl*, Zur Bedeutung des „Wertersatzes“ im Bereicherungsrecht, in: Ficker, Hans Claudius/König, Detlef u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978.
- , Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts – II. Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994.
- Law Commission*, Pre-judgment Interest on debt and damages – Item 4 of the Eighth Programme of Law Reform: Compound Interest (LAW COM No 287), London 2003.
- Lehmann, Matthias*, Anmerkung zu BGHZ 167, 312, JZ 2007, 525 ff.
- Lenzen, Gerhard Wilhelm*, Analoge Anwendung von §§ 987 ff. BGB auf Nutzungen aus Immaterialgütern und Gewerbebetrieben, Dissertation (Köln) 1978.
- Leser, Hans G.*, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörung, Tübingen 1975.
- Lieb, Manfred*, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen – Zugleich eine Stellungnahme zum „Flugreise“-Urteil des BGH, NJW 1971, 1289 ff.
- Lindenmann, Barbara*, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers – Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, Bern 2010.



- Linke, Hartmut*, Wertersatz statt Herausgabe des rechtsgrundlos geleisteten Gegenstandes?, JR 1982, 91 ff.
- Loenartz, Peter Josef*, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes – Eine theologisch-juristische Abhandlung, Trier 1885.
- Lorenz, Stephan*, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889 ff.
- , Das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen – Zur Anwendbarkeit von § BGB §285 BGB im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses, NJW 2015, 1725 ff.
- Malaurie, Marie*, Les resitutions en droit civil, Paris 1991.
- Mankowski, Peter/Schreier, Michael*, Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs. 2 BGB – Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht, AcP 208 (2008), 725 ff.
- Markworth, David*, Vorteilsausgleich bei Geltendmachung einzelner Schadenspositionen – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.6.2017 – V ZR 134/16, NJW 2017, 3442 ff.
- Martens, Sebastian A. E.*, Nutzungsherausgabe und Wertersatz beim Rücktritt, AcP 2010, 689 ff.
- Mayer, Stefan*, Entwicklung der Maßgeblichkeit in Deutschland, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, Köln 2005, 147 ff.
- Mayr, Robert von*, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, Leipzig 1903.
- Mayrhofer, Heinrich*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz – Mit vergleichenden Hinweisen auf das ausländische Recht, Wien 1966.
- McKendrick, Ewan*, Sale of Goods, in: Burrows, Andrew (Hrsg.), English private law, Oxford 2013, 665 ff.
- Medicus, Dieter*, Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen, JuS 1990, 689 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.
- Michalski, Lutz*, Anwendungsbereich, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, in: Heinze, Meinhard/Schmitt, Jochen (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter – zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden 1995, 577 ff.
- Ministère de la Justice*, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Journal officiel de la République française, 11 février 2016, Texte 25 sur 113, Paris 2016.
- Mommsen, Friedrich*, Beiträge zum Obligationenrecht – Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.
- , Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- , Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cuius periculum est, Braunschweig 1859.
- Mösl, Albert*, Der Fruchtbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Zur Begriffsbildung des BGB 1953.
- Motsch, Richard*, Neues Schuldrecht: Rücktritt vom Kauf, JR 2002, 221 ff.
- Mugdan, Benno* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899.

- (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – V. Band: Erbrecht, Berlin 1899.
- Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 2. Aufl., Halle (Saale) 1838.
- Müller-Chen, Markus/Huguenin, Claire* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatskontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318, Zürich, Basel, Genf 2016 (zit. Müller-Chen/Huguenin/Bearbeiter).
- Müller-Freienfels, Wolfram*, Zur Haftung des Käufers für Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrag, JherJb 89 (1941), 345 ff.
- Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München, 2018–2020, Hrsg.: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (zit. MüKo/Bearbeiter).
- 6. Band, 7. Aufl., München 2017 (zit. MüKo/Bearbeiter, 7. Aufl. 2017).
- 5. Band, 4. Aufl., München 2004 (zit. MüKo/Bearbeiter, 4. Aufl. 2004).
- Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., München 2016, Hrsg.: Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (zit. MüKo/Bearbeiter).
- Muscheler, Karlheinz*, Die Früchte des Vermächtnisses, in: ders. (Hrsg.), Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, Tübingen 2012, 169 ff.
- Musielak, Hans-Joachim*, Zum Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruchs, JA 2017, 1 ff.
- Nipperdey, Thomas*, Deutsche Geschichte 1866–1918 – Erster Band: Arbeitswelt und Bürgergeist, 3. Aufl., München 1993.
- Oetker, Hartmut*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994.
- Oertmann, Paul* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl., Berlin 1910.
- Ohly, Ansgar*, Privatrechtsdogmatik und geistiges Eigentum, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 987 ff.
- Olshausen, Eberhard von*, Das Neben-, Nach-, Mit- und Gegeneinander mehrerer Rechte wegen Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Baums, Theodor/Wertenbuch, Johannes u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 471 ff.
- Ostendorf, Heribert*, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen 1972.
- Osterloh-Konrad, Christine*, „Quelle“ und die Folgen: kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung, CR 2008, 545 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften) – Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, Göttingen 1966.
- Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., München 2020 (zit. Palandt/Bearbeiter).
- Peters, Frank*, Das Abzahlungsgesetz und der private Verkäufer, JZ 1986, 409 ff.
- , Die Erstattung rechtsgrundloser Zuwendungen, AcP 205 (2005), 159 ff.
- Petrazycki, Leo von*, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes u. d. Gesetzgebung – 3 civilrechtliche Abhandlungen, Berlin 1892.
- , Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, I. Band. Grundbegriffe, Berlin 1893.

- , Die Lehre vom Einkommen – Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, II. Band. Einkommensersatz, Berlin 1895.
- Pieckenbrock, Andreas/Rodi, Daniel*, Die Rechtsfolgen des Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Wertersatzes für die Kapitalüberlassung, WM 2015, 1085 ff.
- Pindyck, Robert/Rubinfeld, Daniel*, Microeconomics, 8. Aufl., Upper Saddle River 2013.
- Pinger, Winfried*, Wertersatz im Bereicherungsrecht (II), MDR 1972, 187 ff.
- Pioch, Christian*, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Baden-Baden 2016.
- Planck, Gottlieb*, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP 75 (1889), 327 ff.
- (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz – Band III, Sachenrecht, Berlin 1902.
- (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz – Band I, Einleitung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1903.
- Platschek, Johannes*, Eigentum – Früchte – Nutzungen: Das unverbrüchliche Substantialprinzip des BGB, JA 2009, 846 ff.
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law 1973.
- , Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014.
- Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes – CXXI.-CLXXI., Dresden 1864.
- Prütting, Jens*, Die verschärfte Haftung im Bereicherungsfolgenrecht – Eine systematische Neuerfassung unter Berücksichtigung vorgeschlagener Umgehungslösungen, AcP 216 (2016), 459 ff.
- Puchta, Georg Friedrich*, Lehrbuch der Pandekten, Leipzig 1863.
- Puck, Birgit*, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadensersatz und Irrtum, Wien 1996.
- Rabel, Ernst*, Das Recht des Warenkaufs – 1. Band, Berlin und Tübingen 1954.
- Raff, Thomas*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Tübingen 2017.
- , Investitionsschutz durch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JR 2019, 53 ff.
- Raue, Benjamin*, Die dreifache Schadensberechnung – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, Baden-Baden 2017.
- Reichel, Hans*, Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen B.G.B., JherJb 42 (1901), 205 ff.
- Reifner, Udo*, Zinsberechnung im Recht, AcP 214 (2014), 694 ff.
- Reimer, Jürgen*, Die aufgedrängte Bereicherung – Paradigma der „negatorischen“ Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz, Berlin 1990.
- Reinhardt, Rudolf*, Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen bei nichtigen Kaufverträgen, ZAkDR 1938, 508 ff.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*, Zweifelsfragen bei der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes, ZIP 1992, 217 ff.
- Reinking, Kurt/Eggert, Christopf*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge und beim Leasing, 14. Aufl., Köln 2020.
- Reuter, Dieter/Martinek, Michael*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983.

- /–, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband – Dreiecksverhältnisse – Bereicherungshaftung – Konkurrenzen – Erkenntnisleitende Grundgedanken – Reformvorstellungen, 2. Aufl., Tübingen 2016.
- Riehm, Thomas*, Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“, NJW 2019, 1105 ff.
- Riewert, Ina*, Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz nach § 325 BGB, Tübingen 2014.
- Roquette, Hermann* (Hrsg.), Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches – Systematischer Kommentar, Tübingen 1966.
- Roth, Günther*, Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht, in: Hablitzel, Hans/Wollenschläger, Michael (Hrsg.), Festschrift für Günther Küchenhoff – zum 65. Geburtstag am 21.8.1972, Berlin 1972, 371 ff.
- Roth, Herbert*, Ansprüche auf Rechtsfortsetzung und Mitverschulden, AcP 180 (1980), 263 ff.
- , Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht, in: Jayme, Erik/Laufs, Adolf u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer – zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, Heidelberg 1991.
- Röthel, Anne*, Bereicherungsausgleich für Nutzungen, Jura 2013, 1110 ff.
- , Die „verschärfte Haftung“ des Bereicherungsschuldners, Jura 2016, 260 ff.
- Rudhart, Ignaz*, Ueber die Eintheilung und Unterscheidung der Früchte in natürliche und bürgerliche nach ihren praktischen Folgen in Bezug auf Legislation, AGR 4 (1814), 314 ff.
- Rummel, Peter* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – 1. Band (§§ 1 bis 1174 ABGB), 3. Aufl., Wien 2000 (zit. *Rummel/Bearbeiter*).
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Wien, ab 2014.
- Rupietta, Dirk*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Unternehmenskaufverträge, Lohmar 2001.
- Rußmann, Dominik*, Erwerb mit Mitteln der Erbschaft, Tübingen 2017.
- Saint-Alary, Roger*, Fruits, in: Répertoire de droit civil, 1952, Paris.
- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen römischen Rechts – Vierter Band, Berlin 1841.
- , System des heutigen römischen Rechts – Sechster Band, Berlin 1847.
- , System des heutigen römischen Rechts – Siebenter Band, Berlin 1848.
- Schäfer, Christoph*, Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, Baden-Baden 2002.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg 2012.
- Schauhoff, Stephan*, Die Bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlangten Geldes – Zur Auslegung des § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, Berlin 1992.
- Schlechtriem, Peter*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa – Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1, Tübingen 2000.
- Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter – Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München 2019, Hrsg.: *Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich G.*, (zit. *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Bearbeiter*).
- Schlüter, Julius*, Der Fruchtbegriff bei Sachgesammtheiten, Vermögen und Erwerbsgeschäften 1920.
- Schmidt, Karsten*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014.
- Schmitt, Gottfried von*, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfes eines Einführungsgesetzes, in: Schubert, Werner

- (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1 und 2, Berlin, New York 1984, 95 ff. und 1 ff.
- , Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 1, Berlin, New York 1984, 1 ff.
- , Recht der Erbfolge – Änderungsvorschläge des Referenten zu dem dem Entwurfe von 1879, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, Berlin, New York 1984, 550 ff.
- , Recht der Erbfolge – Bemerkungen zu den Aenderungsvorschlägen des Referenten und zu der Begründung des Entwurfs, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Erbrecht 2, Berlin, New York 1984, 648 ff.
- Schmitz, Michael*, Grundsätze, Motive und historische Grundlagen wichtiger deutscher Gesetze, Jura 1987, 182 ff.
- Schmoekel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB – Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen 2003 (zit. HKK/Bearbeiter).
- (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB – Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241–432, Tübingen 2007 (zit. HKK/Bearbeiter).
- Schnauder, Franz*, Die Rückabwicklung eines Realkreditvertrages nach Verbraucherwiderauf, NJW 2015, 2689 ff.
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig*, Soziale Ausgestaltung des Erwerbs von Erzeugnissen, AcP 145 (1939), 27 ff.
- Schön, Wolfgang*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, Köln 1992.
- , Bereicherungszinsen der öffentlichen Hand, NJW 1993, 3289 ff.
- , Verzugszinsen der öffentlichen Hand, NJW 1993, 961 ff.
- , Eine Zukunft für das Maßgeblichkeitsprinzip, in: ders. (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, Köln 2005, 1 ff.
- Schöne, Torsten*, Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen – Herausgabe oder Wertersatz?, ZGR 86 (2000), 86 ff.
- Schubert, Werner*, Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin, New York 1978, 27 ff.
- , Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, New York 1980, IX ff.
- Schulz, Fritz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), 1 ff.
- Schulze, Reiner/Zoll, Fryderyk*, Europäisches Vertragsrecht, Baden-Baden 2015.
- Schwab, Martin*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F., JuS 2002, 630 ff.
- Schwimmann, Michael* (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar – mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG, 3. Aufl., Wien 2015 (zit. Schwimmann/Bearbeiter).
- Schwintowski, Hans-Peter*, Das Unternehmen im Bereicherungsausgleich, JZ 1987, 588 ff.

- Seiz, Sarah*, Bereicherungsrecht, Vorteilsausgleichung und Schadensweiterwälzung, Baden-Baden 2019.
- Sethe, Rolf*, § 26 Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, in: Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., München 2015.
- Siebert*, Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen bei nichtigem Kaufverträge – Ein Beitrag zur Rechtsstellung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer und zur Entsch. des Gr. Senats für Zivilsachen am RG. vom 30.1.1940 über den Anwendungsbereich des § 988 BGB, DGWR 1940, 241 ff.
- Soergel – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart, ab 1999 (zit. *Soergel/Bearbeiter*, 13. Aufl. – [Jahr der Veröffentlichung des Bandes]).
- Soergel – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Stuttgart, ab 1988 (zit. *Soergel/Bearbeiter*, 12. Aufl. – [Jahr der Veröffentlichung des Bandes]).
- Staudinger – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zit. *Staudinger/Bearbeiter* – [Stand]).
- Sorge, Christoph*, System und Struktur der Überlassungsverträge im BGB – Teil I, JA 2017, 801 ff.
- , System und Struktur der Überlassungsverträge im BGB – Teil II, JA 2017, 887 ff.
- Stadler, Astrid*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996.
- Staffel*, Zur Erläuterung der §§ 325, 326 B.G.B., AcP 92 (1902), 467 ff.
- Staudinger, Ansgar*, Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal, NJW 2020, 641 ff.
- Stieve, Aloys*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Straßburg 1899.
- Stoll, Hans*, Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs? – BGHZ 45, 212, JuS 1968, 504 ff.
- Stoll, Heinrich*, Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929), 141 ff.
- Strickler, Yves*, Les biens, Paris 2006.
- Strohal, Emil*, Zur Beurtheilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, JherJb 33 (1894), 361 ff.
- Syverson, Chad*, What Determines Productivity, Journal of Economic Literature XLIX (2011), 326 ff.
- Terré, François/Simler, Philippe*, Droit civil – Les biens, 9. Aufl., Paris 2014.
- Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves*, Droit civil – Les obligations, 10. Aufl., Paris 2009.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus*, System des Pandekten-Rechts – Erster Band, 2. Aufl., Jena 1805.
- , System des Pandekten-Rechts – Zweyter Band, 2. Aufl., Jena 1805.
- Thielmann, Georg*, Schadensersatz und Nutzungen bei der Wandlung Fragen des Haftungsbeginns und der Aufrechnung, VersR 1970, 1069 ff.
- Thunhart, Raphael*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, Berlin 2005.
- Tillkorn, Stephan*, Der Nutzungersatz im Kaufrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf, Baden-Baden 2013.
- Unterholzner, Domenikus*, Von der Erwerbung des Eigenthums an den Erzeugnissen, AcP 8 (1825), 309 ff.

- Virgo, Graham*, Restitution, in: Beale, Hugh G. (Hrsg.), Chitty on Contracts – Volume I: General Principles, 32. Aufl., London 2015, 2093 ff.
- Wacke, Andreas*, Gefahrerhöhung als Besitzverschulden – Zur Risikoverteilung bei Rückgabepflichten im Spannungsfeld der Zurechnungsprinzipien *casum sentit dominus*, *fur semper in mora* und *versari in re illicita*, in: Baumgärtel, Gottfried/Becker, Hans-Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin, New York 1984, 669 ff.
- Wackerbarth, Ulrich*, Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Autokaufvertrag, NJW 2018, 1713 ff.
- Wagner, Gerhard*, Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?, in: Baums, Theodor/Wertenbuch, Johannes u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 591 ff.
- , Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, München 2006.
- , Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.
- , Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 281 ff.
- Waltjen, Dagmar*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, AcP 175 (1975), 109 ff.
- Weber, Tobias*, Erkenntnisse zur Rechtsnatur des Commodumsanspruchs – Zugleich ein Beitrag zum Legitimationsgrund für Modifikationen von Primärleistungspflichten und für die Geltung des Traditionsprinzips im BGB 2014.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Vertragstreue – Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- , Der Mietvertrag als *enfant terrible* der Privatrechtsdogmatik? – Ein Systematisierungsversuch im Licht der allgemeinen Dauerschuld-Doktrin, JZ 2012.
- Wendehorst, Christiane*, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999.
- , Ungerechtfertigte Bereicherung, in: Schulze, Reiner/Bar, Christian von/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen – Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, 215 ff.
- , Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577 ff.
- Wendt, Heinz*, Die Bedeutung des Erbschaftsanspruchs für die allgemeine Güterzuordnung, in: Slapnicar, Klaus (Hrsg.), Tradition und Fortentwicklung im Recht – Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow am 21. August 1990, Rheinfelden, Berlin 1990, 229 ff.
- Wernecke, Frauke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, Berlin 2004.
- Westermann, Harm Peter*, Dogmatik im Sachenrecht, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, 617 ff.
- Wieacker, Franz*, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943), 57 ff.
- Wieczorek, Andreas*, Die Erlösherausgabe bei § 281 BGB – Eine Untersuchung zu Umfang und Grenzen des § 281 BGB, Frankfurt am Main 1995.
- Wieling, Hans Josef*, Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 169 (1969), 137 ff.

- , Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg 2007.
- Wilburg, Walter*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau – Festschrift der Universität Graz 1933/34, Graz 1934.
- , Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346 ff.
- Wilhelm, Jan*, Sachenrecht, Berlin 2016.
- Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 5. Aufl., Stuttgart 1879.
- , Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 5. Aufl., Stuttgart 1879.
- , Lehrbuch des Pandektenrechts – Dritter Band, 5. Aufl., Stuttgart 1879.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 1, Frankfurt am Main 1906.
- /–, Lehrbuch des Pandektenrechts – Band 2, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906.
- Winner, Martin*, Wert und Preis im Zivilrecht, Wien 2008.
- Wöhe, Günter/Bilstein, Jürgen/Ernst, Dietmar/Häcker, Joachim*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 11. Aufl., München 2013.
- Wöhe, Günter/Döring, Ulrich/Brösel, Gerrit*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl., München 2016.
- Wolf, Ernst*, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954), 97 ff.
- Würrthwein, Susanne*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? – Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, Tübingen 2001.
- Zimmermann, Reinhard*, Rückabwicklung nach Widerruf, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, Tübingen 2011, 167 ff.
- Zitelmann, Ernst*, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: System zum Selbststudium und zum Gebrauch bei Vorträgen – I. Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.
- Zunft, Fritz*, Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht, AcP 152 (1952/53), 289 ff.





## Sach-, Personen- und Vorschriftenverzeichnis

- ABGB
    - § 326 142
    - § 329 439, 441
    - § 330 142, 441, 451, 469
    - § 1050 255, 512
    - § 1051 255, 512
    - § 1064 255, 512
    - § 1437 469
    - Gefahrtragung und Nutzungsausgleich 255
    - Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 142, 441
  - Abschreibung, lineare
    - *Siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – anhand einer linearen Abschreibung
    - *Siehe* Fiktiver Aufwand für eine berechnete Güternutzung – lineare Abschreibung
  - Abzahlungsgeschäft *siehe* Nutzungsausgleich – bei Teilzahlungsgeschäften
  - AbzG
    - § 2 Abs. 2 S. 2 50, 91, 262, 276, 284, 287, 294, 303, 352, 524
    - *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Teilzahlungsgeschäften
  - actio quanti minoris *siehe* Gemeines Recht – actio quanti minoris
  - actio redhibitoria *siehe* Gemeines Recht – actio redhibitoria
  - ADHGB
    - Art. 289 80, 82
    - Art. 354 196
    - Art. 355 196
    - Fälligkeitszinsen 82
    - Rücktrittsrecht 196
  - ALR
    - I 2 § 110 30, 31
    - I 5 § 327 379
    - I 5 § 328 379
  - I 5 § 398 222
  - I 5 § 400 222
  - I 7 § 7 142
  - I 7 § 8 142
  - I 7 § 11 142
  - I 7 § 189 141, 147
  - I 7 § 190 141
  - I 7 § 229 183
  - I 9 § 220 22, 30
  - I 11 § 109 79
  - I 11 § 110 79
  - I 11 § 114 255
  - I 11 § 227 79
  - I 16 § 189 147
  - I 16 § 190 147
  - II 8 § 696 82
  - Einfluss auf BGB 137
  - Einfluss auf Nutzungsbegriff des BGB 30
  - Nutzungsausgleichspflicht des Bereicherungsschuldners 147
  - Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 141
  - Rücktrittsfolgenrecht 222
- Annahmeverzug *siehe* Gläubigerverzug
- Arbeitsfrüchte *siehe* fructus – industriales
- Aufwand, nutzungsbedingter
  - *Siehe* Nutzungsausgleich – Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands
  - *Siehe* Nutzungsausgleich – Zeitliche Zuordnung nutzungsbedingten Aufwands
- Ausbeute, sonstige *siehe* Früchte – Ausbeute, sonstige
- Bau auf fremdem Grund *siehe* Nutzungsausgleich – bei Bau auf fremdem Grund
- Bereicherungsrecht
  - Einheitslehre 270
  - Gegenleistungskondition 227, 385, 565

- Rechtswidrigkeitslehre 437
- Trennungslehre 270
- Vermögensmäßige Entscheidung, Lehre von der 242, 384, 497, 503, 565
- Wertbegriff, objektiver 271, 389, 398, 621
- Wertbegriff, subjektiver 271, 274, 280, 394
- Zuweisungsgehalt, Lehre vom 436
- *Siehe auch* Gefahrtragung – im Bereicherungsrecht
- *Siehe auch* Nutzungsausgleich – nach Bereicherungsrecht
- *Siehe auch* Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers – Widerspruch zum Bereicherungsrecht
- *Siehe auch* Saldotheorie
- *Siehe auch* Zuordnung des *commodum ex negotiatione* – nach Bereicherungsrecht
- Bereicherungsverbot
  - im Naturrecht 23
  - *Siehe auch* Schadensersatz – schadensersatzrechtliches Bereicherungsverbot und Nutzungsausgleich
- Besitzer *siehe* Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers
- Besitzschutz, possessorischer 13, 14, 124, 437
- Bestandteile 154, 314
- Bewertung von Gebrauchsvorteilen
  - anhand des tatsächlichen Wertverlusts 277
  - anhand einer linearen Abschreibung 275, 282, 299
  - anhand eines fiktiven Nutzungsentgelts 273, 282, 294
  - bei Geld 291, 306
  - bei Gütern mit unbegrenzter Nutzungsdauer 286
  - bei Immobilien 289
  - bei Pkw 275
  - Berücksichtigung von Kapitalkosten 302
  - zeitanteilige lineare Wertminderung *siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – anhand einer linearen Abschreibung
  - *Siehe auch* Fiktiver Aufwand für berechnete Güternutzung
- BGB
  - § 90 12, 338
  - § 92 32, 268
  - § 99 3, 15, 126, 310, 360, 488, 576, 603, 634, 635, 639, 641
  - § 99 Abs. 1 16, 20, 100, 314, 339, 342, 355, 456
  - § 99 Abs. 2 16, 20, 100, 130, 314, 339
  - § 99 Abs. 3 17, 96, 118, 130, 133, 339, 369, 399
  - § 100 3, 10, 15, 29, 310, 322, 336, 345, 360, 635, 639, 641
  - § 100 Alt. 2 3, 11, 28, 60, 87, 96, 128, 253, 261, 291, 303, 305, 310, 339, 353, 370, 406, 430, 529, 531, 537, 549, 554, 634, 636
  - § 101 100, 360, 361, 583, 642
  - § 102 4, 87, 93, 101, 126, 215, 311, 327, 333, 340, 346, 361, 369, 574, 586, 595, 635, 642
  - § 104 498
  - § 105 66
  - § 142 67, 124, 493
  - § 246 53, 76, 78, 365, 413, 532, 538
  - § 247 539, 639
  - § 248 542
  - § 249 424
  - § 251 424
  - § 254 108
  - § 273 63, 84
  - § 275 376, 390
  - § 276 44, 47, 381
  - § 281 Abs. 5 57, 233, 289, 304, 638, 643
  - § 281 a.F. *siehe* § 285
  - § 285 38, 40, 44, 48, 112, 251, 388, 423, 507, 512, 620
  - § 286 244, 254
  - § 287 S. 2 375, 376, 606
  - § 288 72, 76, 77, 80, 182, 362, 366, 413, 422, 506, 513, 539, 639
  - § 290 75, 76, 421
  - § 291 35, 77, 182, 292, 365, 417, 639, 643
  - § 292 34, 41, 99, 182, 185, 244, 272, 376, 501, 504, 511, 638, 643
  - § 300 505
  - § 301 550
  - § 302 34, 36, 48, 505, 550
  - § 311 Abs. 2 26
  - § 312e a.F. 59
  - § 313 382

- § 314 46, 490
- § 323 a.F. 175
- § 325 57, 233, 234, 289, 643
- § 326 a.F. 203
- § 327 S. 1 a.F. 202
- § 327 S. 2 a.F. 43, 47, 72, 378
- § 346 Abs. 1 46, 54, 124, 212, 215, 233, 265, 289, 310, 337, 355, 390, 423, 489, 494, **643**
- § 346 Abs. 2 46, 54, 97, 238, **381**, 412, 489, 494, 556, 571, **617**, 625, 640
- § 346 Abs. 2 S. 2 49, 238, 271, 274, 280, 289, 404, 406, 530
- § 346 Abs. 3 47, 92, 98, **381**, 479
- § 346 Abs. 4 98
- § 346 a.F. 42
- § 346 S. 2 a.F. 238
- § 347 Abs. 1 47, 109, 221, 222, 229, 265
- § 347 Abs. 2 S. 1 89, 332, 586
- § 347 Abs. 2 S. 2 93, 332
- § 347 a.F. 42, 71, 91, 221, 276, 378
- § 347 S. 3 a.F. 53, 71, 412
- § 350 a.F. 381
- § 351 a.F. 459
- § 352 a.F. 459
- § 353 a.F. 459
- § 355 59
- § 357a 60, 499
- § 357 Abs. 7 60, 479
- § 357 a.F. 54
- § 357c 60
- § 361a a.F. 52
- § 361b a.F. 52
- § 372 551
- § 433 Abs. 1 40, 244, 254, 289, 374, 511
- § 433 Abs. 2 81
- § 437 55
- § 438 571
- § 439 Abs. 5 56, 230, 304, 638
- § 441 Abs. 3 280, 530
- § 441 Abs. 4 58
- § 446 a.F. 78
- § 446 S. 1 132, 373, 383, 516, 573
- § 446 S. 2 31, 40, 81, 132, 245, 254, 373, 383, 507, 510, 511, 573, 644
- § 452 a.F. 30, 78, 255
- § 467 S. 1 a.F. 55, 262
- § 474 Abs. 1 231
- § 485 54
- § 487 Abs. 4 a.F. 55
- § 497 Abs. 4 363, 414
- § 503 Abs. 2 a.F. 50
- § 506 50, 524
- § 507 284, 524
- § 508 S. 4 50, 276
- § 536 489
- § 543 492
- § 546 41
- § 546a 505
- § 581 20, 316, 317, 455, 456, 640, 645
- § 596a 583
- § 597 505
- § 633 Abs. 2 a.F. 56
- § 634 Abs. 4 a.F. 55
- § 635 Abs. 4 56, 230, 638
- § 641 Abs. 4 78
- § 667 Alt. 2 111, 112, 115, 119
- § 677 119
- § 681 S. 2 112, 119
- § 687 Abs. 2 112, 119, 252, 391
- § 812 Abs. 1 14, 58, 62, **63**, 65, 68, 83, 117, 118, 168, 173, 175, 179, 188, 224, 226, 240, 252, 436, 497, 500
- § 816 Abs. 1 S. 1 112, 179, 253, 392, 620, 633
- § 818 Abs. 1 34, 39, 62, 63, 97, 124, 240, 265, 310, 324, 337, 355, 358, 366, 392, 438, 471, 620
- § 818 Abs. 2 34, 37, 62, 63, 97, 124, 240, 270, 274, 280, 293, 297, 389, 392, 413, 489, 497, 500, 563, 565, 620, 626, 640, 644
- § 818 Abs. 3 34, 47, **63**, 67, **93**, 98, 139, 160, 171, 174, 175, 179, 181, **223**, 227, 228, 242, 270, 274, 285, 296, 332, 368, 376, 379, **385**, 392, 438, 450, 497, 500, **563**, **588**, **630**
- § 818 Abs. 4 98, **182**, 190, 265, 272, 282, 376
- § 819 34, 98, **188**, 222, 227, 265, 272, 282, 365, 376, 408, 412, 417, 421
- § 820 35
- § 823 Abs. 1 99, 105
- § 848 375
- § 849 76
- § 859 13
- § 861 13, 14, 124, 436
- § 862 13
- § 894 167
- § 903 1, 13, 44, 109, 272, 374

- § 932 13
- § 935 179, 181, 268, 285, 440
- § 946 416
- § 947 416
- § 948 416
- § 950 386, 416
- § 951 179, 386, 416, 420
- § 953 314, 642
- § 954 314, 642
- § 955 314, 642
- § 956 314, 642
- § 957 314, 642
- § 985 14, 38, 65, 94, 168, 173, 283, 338, 642
- § 987 Abs. 1 35, 40, 42, 87, 97, 182, 186, 238, 265, 272, 274, 283, 310, 338, 355, 375, 436, 505, 511, 644
- § 987 Abs. 2 35, 42, 109, 182, 186, 221, 228, 265, 292, 338, 501, 504
- § 988 35, 65, 161, 170, 176, 225, 272, 285, 332, 338, 376, 437, 637, 645
- § 989 97, 186, 376, 379, 386
- § 990 35, 105, 108, 169, 188, 222, 282, 375, 376, 436, 505
- § 991 Abs. 1 177, 637, 645
- § 992 77, 105, 177
- § 993 35, 64, 99, 182, 318, 451, 453, 609, 611, 637, 645
- § 993 Abs. 1 21
- § 994 89, 163, 332, 416, 587, 595, 645
- § 995 90
- § 996 89, 332, 416, 588
- § 997 416
- § 998 101, 645
- § 1001 92
- § 1003 92
- § 1030 316, 645
- § 1036 317
- § 1039 20, 36, 317, 319
- § 1067 316
- § 1213 119
- § 1649 345
- § 1655 a.F. 345
- § 1936 426, 602
- § 1959 111
- § 2019 39, 390, 396, 423, 620, 632
- § 2020 38, 177, 265, 310, 337, 396, 423, 438, 624, 645
- § 2021 38, 93, 376, 624
- § 2022 39, 89
- § 2023 39, 99, 182, 376
- § 2024 39, 99, 188, 282, 376
- § 2154 40
- § 2170 40
- § 2174 376, 390
- § 2184 39, 99, 165, 338, 376, 511, 606, 637, 646
- § 2379 256
- § 2380 256
- BGB-E Bayern
  - II Art. 362 Abs. 3 464
  - III Art. 16 144
  - III Art. 100 144
  - III Art. 163 144
  - Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 464
- BGB-E Hessen 144, 463
  - Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 463
- Bordellpachtverträge
  - *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Nutzungsüberlassungsverträgen
  - *Siehe* Pachtvertrag – Bordellpachtverträge
- Bürgerliche Früchte *siehe* fructus – civiles
- Caemmerer, Ernst von 270, 380, 436
- Canaris, Claus-Wilhelm 74, 227, 297, 351, 367, 370, 389, 399, 404, 565, 615
- CISG
  - Art. 69 510
  - Art. 84 474
- CMBC *siehe* Codex Maximilianus Bavaricus Civilis
- Code civil
  - Art. 549 141, 440, 466
  - Art. 550 142
  - Art. 583 22
  - Art. 1183 (1804) 197
  - Art. 1184 196
  - Art. 1184 (1804) 195
  - Art. 1196 509
  - Art. 1197 510
  - Art. 1229 467, 491
  - Art. 1352-3 468
  - Art. 1352-6 468
  - Art. 1352-7 468
  - Art. 1378 (1804) 466

- Art. 1583 509
- Art. 1644 468
- Art. 1645 468
- Art. 1646 468
- Art. 1647 379
- Art. 1652 79
- Art. 2276 441
- Art. 2277 450
- action rédhitoire 465
- clause résolutoire 467
- Einfluss auf BGB 137
- Einfluss auf Fruchtbegriff des BGB 23
- Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 466
- nullité 465
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 142, 440
- résolution 195, 467, 491
- Schuldrechtsreform 2016 465, 467, 491
- Codex Maximilianus Bavaricus Civilis 142
- commodum ex negotiatione
  - Nutzungen als commodum ex negotiatione 251, 471
  - *Siehe auch* Surrogat – Umstellung einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf Surrogate
  - *Siehe auch* Zuordnung des commodum ex negotiatione
- commodum ex re 34, 367, 393, 471
- commodum, stellvertretendes
  - *Siehe* Zuordnung des commodum ex negotiatione – nach § 285 Abs. 1
- Cosack, Konrad 32, 291, 342
- Crome, Carl 324
- cuius periculum eius commodum *siehe* Gefahrtragung – und Nutzungsausgleich
- Darlehensvertrag 49, 54, 237, 364, 484, 494, 506, 525
  - Verbraucherdarlehensvertrag 49, 54, 61, 363, 488, 499, 638
  - *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Nutzungsüberlassungsverträgen
- Dauerschuldverhältnis 45, 49, 66, 484, 490, 493
  - *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Nutzungsüberlassungsverträgen
- DCFR *siehe* Draft Common Frame of Reference
- Deliktische Zinsen nach § 849 BGB 76
- Dernburg, Heinrich 18, 247
- Differenzmethode *siehe* Schadensersatz – Differenzmethode
- Draft Common Frame of Reference 451, 474, 492, 510
- Dreifache Schadensberechnung *siehe* Schadensersatz – Dreifache Schadensberechnung
- Dresdner Entwurf
  - Art. 168 194
  - Art. 169 194
  - Art. 182 194
  - Art. 297 247
  - Art. 462 464
  - Einfluss auf Rücktrittsfolgenrecht des BGB 200
  - Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 207, 464, 477
  - Nutzungsausgleich bei Wandlung 465
  - Schuldnerverzug und Nutzungsausgleich 247
- E I
  - § 217 538
  - § 244 186, 250
  - § 427 202, 208, 209, 222
  - § 463 256, 373
  - § 491 256
  - § 619 119
  - § 740 158
  - § 740 151
  - § 792 19, 32
  - § 793 31, 262
  - § 930 153, 154, 156, 161, 168
  - § 931 249
  - § 933 186
  - § 936 156, 163
  - § 939 180, 452
  - § 1878 157, 163
  - § 2081 157
  - § 2083 157
  - Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands 87, 89
  - Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 151

## E II

- § 637 119
- § 901 87
- § 2054 87
- Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands 87
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 158
- efficient breach *siehe* Vertragsbruch, effizienter
- Effizienz
  - *Siehe* Nutzungsausgleich – Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten
  - *Siehe* Vertragsbruch, effizienter
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 3, 35, 65, 99, 138, 140, 156, 163, 165, 268, 338, 376, 436, 447, 454, 586, 606, 637, 644
  - Fremdbesitzerexzess 162
  - Sperrwirkung 165, 268, 376, 416
  - *Siehe auch* Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers
  - *Siehe auch* Verwendungen – Verwendungsersatz
- Eingriffserwerb, Lehre vom 113, 252, 354
- Einheitslehre *siehe* Bereicherungsrecht – Einheitslehre
- Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten
  - Art. 250 196
  - Art. 251 196
  - Rücktrittsrecht 196
- EONIA 541
- Erbschaftsanspruch
  - *Siehe* Nutzungsausgleich – im Verhältnis Erbe-Erbschaftsbesitzer
  - *Siehe* Surrogation – dingliche
  - *Siehe* Surrogation – Mittelsurrogation
- Erbschaftskauf 256, 509
- Erhaltungskosten, gewöhnliche *siehe* Verwendungen – Erhaltungskosten, gewöhnliche
- Ersatzaussonderung 623
- Ersparniscommodum 253
- Erzeugnisse *siehe* Früchte – Erzeugnisse
- €STR 541
- Eviktion 142, 315, 320, 527
- EZB 73, 540
- Fälligkeitszinsen 83, 511
- Fiktiver Aufwand für berechtigte Güternutzung
  - Begriff der Gebrauchsvorteile als dogmatischer Anknüpfungspunkt 128, 261
  - Bestimmung aus der Perspektiv eines Vollrechtsinhabers 519
  - Kapitalkosten 302, 528
  - lineare Abschreibung 552
  - Notwendigkeit einer Regelung für Durchführung des Nutzungsausgleichs 126
  - *Siehe auch* Bewertung von Gebrauchsvorteilen
- Flume, Werner 229, 293, 384, 565
- Früchte
  - Ausbeute, sonstige 16, 20, 32, 36, 153, 315, 342
  - Einfluss des Fruchtziehenden auf die Fruchtenstehung 21
  - Erzeugnisse 16, 36, 154, 312, 314, 319, 328, 639
  - Fruchtbegriff des BGB 15
  - Fruchtbegriff im gemeinen Recht 17
  - Funktionen des Fruchtbegriffs 316
  - mittelbare Früchte 16, 39, 130, 253, 339, 360, 369, 399
  - organischer Fruchtbegriff 17
  - Raubfrüchte 456
  - Rechtsfrüchte 16, 100, 101, 126, 130, 314, 319, 339, 360
  - Sachfrüchte 16, 24, 100, 101, 126, 146, 310, 339, 342, 355, 443, 456
  - Übermaßfrüchte 36, 440, 453, 456, 457
  - unmittelbare Früchte 16, 100, 101, 126, 314, 319, 339
  - wirtschaftlicher Fruchtbegriff 17
  - Wirtschaftlichkeitskriterien 17
  - *Siehe auch* fructus
  - *Siehe auch* Nutzungen – Einordnung von Zinsen in den Nutzungsbegriff
  - *Siehe auch* Nutzungen – Grundsatz der Substanzerhaltung
- Fruchtgewinnungskosten 87, 101, 126, 129, 131, 160, 215, 311, 327, 333, 340, 346, 355, 369, 574, 586, 595, 635, 642
  - Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft 85, 332, 574, 595
  - *Siehe auch* Nutzungsausgleich – Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands

- Fruchtziehungskosten *siehe* Fruchtgewinnungskosten
- fructus
- civiles 17, 148, 312
  - consumti 23, 25, 141, 445, 447
  - extantes 25, 141, 447
  - fundi 327
  - industriales 21, 128, 215, 312, 443, 447, 448, 651
  - mere industriales 24, 443
  - mere naturales 22, 128, 214, 311, 651
  - naturales 16, 18, 22, 128, 214, 311, 448, 651
  - rei 24, 321, 443
- Gebrauchsvorteile
- Begriff der Gebrauchsvorteile im BGB 28
  - Gebrauch i.S.v. § 100 Alt. 2 BGB 264
  - *Siehe auch* Bewertung von Gebrauchsvorteilen
  - *Siehe auch* Fiktiver Aufwand für berechnete Güternutzung – Begriff der Gebrauchsvorteile als dogmatischer Anknüpfungspunkt
  - *Siehe auch* Nutzungen – Grundsatz der Substanzerhaltung
  - *Siehe auch* Verbrauch – und Gebrauch
- Gefahrtragung
- im Bereicherungsrecht 384
  - im Rücktrittsfolgenrecht 378
  - mortuus redhibetur 210, 379
  - und Nutzungsausgleich 132, 373, 516, 605
  - und Schuldnerverzug 376, 606
- Gegenleistungskondiktion *siehe* Bereicherungsrecht – Gegenleistungskondiktion
- Geld
- *Siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – bei Geld
  - *Siehe* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung – bei ertragsbringender Nutzung von Geld
- Gemeines Recht
- actio quanti minoris 192
  - actio redhibitoria 192, 210
  - condictio indebiti 198
  - condictio ob causam finitam 198
  - condictio sine causa 198
  - Einfluss auf BGB 137
  - Einfluss auf Rücktrittsfolgenrecht des BGB 200
  - Einordnung von Zinsen in den Fruchtbegriff 147, 360
  - Fruchtbegriff 17
  - Haftung des Verzugsschuldners für gezogene Früchte 246
  - lex commissoria 195
  - mortuus redhibetur 210, 379
  - Nutzungsausgleich ab Klageerhebung 183
  - Nutzungsausgleichspflicht des Bereicherungsschuldners 146
  - periculum est emptoris 509
  - Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 23, 141
  - Resolutivbedingung 195
  - Rückabwicklung unwirksamer Verträge 198
  - *Siehe auch* fructus
- Gesetzliche Zinstatbestände
- und Nutzungsausgleich 68
  - *Siehe auch* Deliktische Zinsen nach § 849 BGB
  - *Siehe auch* Fälligkeitszinsen
  - *Siehe auch* Nutzungszinsen
  - *Siehe auch* Prozesszinsen
  - *Siehe auch* Verzinsung empfangenen Geldes nach § 347 S. 3 BGB a.F.
  - *Siehe auch* Verzugszinsen
- Gewinn
- *Siehe* Nutzungen – Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff
  - *Siehe* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung – Begriff des Residuums
- Gewinnhaftung, präventive 112
- Gewinnungskosten *siehe* Fruchtgewinnungskosten
- Gläubigerverzug
- und Haftung für nicht gezogene Nutzungen 35, 37, 39, 48, 505, 550
  - und Nutzungsausgleich 551
- Glück, Christian-Friedrich von 148, 217, 361
- GmbHG
- § 15 335
  - § 30 342
  - § 31 342



- Göppert, Heinrich 19  
 Grotius, Hugo 24  
 Grundsatz der Substanzerhaltung. *Siehe*  
 Nutzungen – Grundsatz der Substanzerhaltung  
 Gut  
 – Begriff 12  
 – Berechtigung zum Innehaben eines Gutes 14  
 – Innehaben eines Gutes 14  
 Halmtaxe 100, 101, 583  
 HGB  
 – § 352 82, 363, 413  
 – § 353 80, 82  
 Husserl, Gerhart 1, 120, 439  
 HWiG, § 3 Abs. 3 Hs. 1 53  
 Industrialfrüchte *siehe* fructus –  
 industriales  
 Inflationsindexierung 536  
 InsO  
 – § 48 623  
 – § 143 190  
 Interesse, negatives *siehe* Negatives  
 Interesse  
 Jacubezky, Karl von 203  
 Jhering, Rudolf von 209  
 Johow, Reinhold 15, 30, 137, 139, 140, 152,  
 181, 184, 186, 262, 267, 321  
 Kapitalkosten *siehe* Fiktiver Aufwand für  
 berechtigte Güternutzung – Kapital-  
 kosten  
 Kipp, Theodor 251  
 Kohler, Josef 27, 110  
 Kompensationsmodell bei Veräußerungs-  
 verträgen  
 – im BGB-E Bayern 464  
 – im BGB-E Hessen 463  
 – im Code Civil 466  
 – im Dresdner Entwurf 207, 464, 477  
 – im Sächsischen BGB 207, 463, 470  
 – in den PICC 470  
 – in der Rechtsprechung des OGH 470  
 – keine Übernahme in das BGB 207  
 – Kritik 475  
 Koppensteiner, Hans-Georg 228, 394, 409,  
 413, 415, 612, 623  
 Kübel, Franz von 137, 139, 145, 151, 185,  
 198, 200, 207, 241, 245, 248, 374, 464, 508  
 Kurlbaum, Karl 154  
 Larenz, Karl 297  
 Leasingverträge *siehe* Nutzungsausgleich  
 – bei typengemischten Verträgen  
 Leihvertrag 37, 123, 176, 457, 506, 517  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei  
 Nutzungsüberlassungsverträgen  
 Leser, Hans G. 205, 218  
 lex commissoria *siehe* Gemeines Recht –  
 lex commissoria  
 Loenartz, Peter 24, 312, 443  
 Lösungsrecht  
 – Fehlen als Argument für Privilegierung  
 des redlichen unverklagten Besit-  
 zers 179, 268, 449, 653  
 – Fehlen im ABGB 450  
 – im Code civil 450  
 – im E I 180, 450  
 – im TE-SachR 180  
 – im ZGB 450  
 – Streichung durch die zweite Kommis-  
 sion 180  
 lucrum et casum sentit dominus *siehe*  
 Gefahrtragung – und Nutzungsaus-  
 gleich  
 Mandry, Gustav von 154, 158  
 Mietkauf *siehe* Nutzungsausgleich –  
 bei typengemischten Verträgen  
 Mietvertrag 68, 100, 145, 165, 506  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich –  
 bei Nutzungsüberlassungsverträgen  
 Minderung 280, 336, 459, 530  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich –  
 bei Minderung  
 Mittelsurrogation *siehe* Surrogation –  
 Mittelsurrogation  
 Mommsen, Friedrich 209  
 mortuus redhibetur *siehe* Gefahrtragung  
 – mortuus redhibetur  
 Nachlieferung *siehe* Nutzungsausgleich  
 – bei Nachlieferung und Neuherstellung  
 Naturalrestitution *siehe* Schadensersatz  
 – Naturalrestitution  
 Naturfrüchte *siehe* fructus – naturales

- Negatives Interesse
- und Nutzungsausgleich 212
  - und status quo ante contractum 208, 232, 461
- Neuherstellung *siehe* Nutzungsausgleich
- bei Nachlieferung und Neuherstellung
- Nießbrauch 16, 20, 118, 316, 546, 640, 645
- an verbrauchbaren Sachen 316
  - dingliche Zuordnung getrennter Früchte 314, 320
  - Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft 319, 456
- Nominalwertprinzip 536
- Nutzungen
- Einordnung von Kapitalerträgen in den Nutzungsbegriff 360
  - Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff 339
  - Einordnung von Zinsen in den Nutzungsbegriff 147, 360
  - Grundsatz der Substanzerhaltung 31, 133, 291, 358
  - Nutzungsbegriff des BGB 15, 29, 133, 322, 336, 345, 360
  - *Siehe auch* commodum ex negotiatione
    - Nutzungen als commodum ex negotiatione
  - *Siehe auch* Früchte
  - *Siehe auch* Gebrauchsvorteile
  - zeitliche Zuordnung 100
- Nutzungsausfallschaden *siehe* Schadensersatz – Nutzungsausfallschaden
- Nutzungsausgleich
- Anspruchsinhalt *siehe* Bestimmung des Wertes der Güternutzung
  - Begriff 11
  - bei Bau auf fremdem Grund 416, 421
  - bei Minderung 58
  - bei Nachlieferung und Neuherstellung 56, 233, 304, 644
  - bei Nutzungsüberlassungsverträgen 45, 49, 66, 237, 264, 284, 355, 364, 481, 523, 638, 643
  - bei Teilzahlungsgechäften 50, 61, 91, 262, 276, 284, 294, 302, 352, 524
  - bei typengemischten Verträgen 285, 525
  - bei unwirksamen Verträgen 61, 165, 223, 239
  - bei verschärfter Haftung 182, 282
  - bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen 243, 517
  - bei Wandlung 55, 276
  - bei widerrufenen Verbraucherverträgen 52, 58, 479, 480, 488, 499, 638
  - Berücksichtigung nutzungsbedingten Aufwands 83, 101, 329, 591, 596
  - Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten 431, 454, 516, 549, 615
  - Charakteristika des Nutzungsausgleichs 103
  - Haftung für nicht gezogene Nutzungen 35, 37, 48, 107, 549
  - im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 35, 61, 140, 156, 163
  - im Verhältnis Erbe-Erbschaftsbesitzer 38, 149, 157, 163
  - im Verhältnis Vermächtnisnehmer-Beschwerter 39, 149, 157, 163, 249, 637, 646
  - nach Bereicherungsrecht 34, 61, 146, 151, 158, 170, 223, 239
  - nach Rechtshängigkeit eines Herausgabeanspruchs 40, 182
  - nach Rücktrittsfolgenrecht 42, 220, 238
  - *Siehe auch* Bewertung von Gebrauchsvorteilen
  - *Siehe auch* Gefahrtragung – und Nutzungsausgleich
  - *Siehe auch* Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen
  - *Siehe auch* negatives Interesse – und Nutzungsausgleich
  - *Siehe auch* Saldotheorie – Auswirkungen auf Nutzungsausgleich
  - *Siehe auch* Schadensersatz – Nutzungsausfallschaden
  - *Siehe auch* status quo ante contractum – und Nutzungsausgleich
  - *Siehe auch* Surrogat – Umstellung einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf Surrogate 387
  - *Siehe auch* Wert der Güternutzung
  - *Siehe auch* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich
  - *Siehe auch* Zuordnung des commodum ex negotiatione – und Nutzungsausgleich 387
- Nutzungspfand 119

- Nutzungsrisiko 45, 67, 223, 230, 243, 365, 494, 497, 503  
 – *Siehe auch* Saldotheorie – und Nutzungsrisiko
- Nutzungsüberlassungsverträge *siehe* Nutzungsausgleich – bei Nutzungsüberlassungsverträgen
- Nutzungszinsen 78
- OR
- Art. 62 472
  - Art. 64 473
  - Art. 73 474
  - Art. 104 538
  - Art. 185 509
  - Art. 208 474
- Pachtvertrag 16, 19, 30, 68, 100, 118, 145, 165, 316, 497, 506, 516, 640  
 – Bordellpachtverträge 355  
 – dingliche Zuordnung getrennter Früchte 314, 320  
 – Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft 319, 456  
 – Pächter als Nutzungsausgleichsberechtigter 13  
 – *Siehe auch* Halmtaxe  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Nutzungsüberlassungsverträgen
- Petrazycki, Leo von 18, 81, 250, 261, 264, 323, 327, 339, 434, 445, 657
- PICC *siehe* Principles of International Commercial Contracts
- Pkw *siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – bei Pkw
- Planck, Gottlieb 31, 137, 151, 154, 186
- Principles of International Commercial Contracts  
 – Art. 7.3.6 470, 479  
 – Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 470
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 3, 35, 65, 268, 436, 440, 472, 645  
 – Ablehnung durch die naturrechtliche Restitutionslehre 24, 142, 443  
 – aktuell in anderen Rechtsordnungen 444  
 – Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft 21, 36  
 – im gemeinen Recht 23, 141  
 – Kritik 454  
 – *Siehe auch* Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – Fremdbesitzerexzess  
 – *Siehe auch* Lösungsrecht – Fehlen als Argument für Privilegierung des Besitzers  
 – und Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge 175, 462  
 – Wertungswiderspruch zum Bereicherungsrecht 139
- PrkG, § 1 536
- Produktionsprinzip 314, 316, 447  
 – *Siehe auch* Substantialprinzip
- Prozesszinsen  
 – problematische Koppelung an Verzugszinssatz 77, 187, 189, 365  
 – und Nutzungsausgleich 77, 187, 422, 639, 643
- Raubfrüchte *siehe* Früchte – Raubfrüchte
- Rechtswidrigkeitslehre *siehe* Bereicherungsrecht – Rechtswidrigkeitslehre
- Residuum *siehe* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung
- Resolutivbedingung *siehe* Gemeines Recht – Resolutivbedingung
- Rücktrittsfolgenrecht 4, 46, 200, 238  
 – Entstehung 200  
 – *Siehe auch* Gefahrtragung – im Rücktrittsfolgenrecht  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich – nach Rücktrittsfolgenrecht  
 – status quo ante contractum als Leitbild 202, 232, 465  
 – Verweisungen auf das Rücktrittsfolgenrecht 52  
 – vor Schuldrechtsmodernisierung 42
- Sachbestandteile *siehe* Bestandteile
- Sachdarlehensvertrag *siehe* Darlehensvertrag
- Sachen  
 – verbrauchbare 33, 268, 316  
 – vertretbare 148
- Sächsisches BGB  
 – § 72 30  
 – § 76 22  
 – § 188 142

- § 244 141
- § 308 141
- § 309 247
- § 743 247
- § 911 193
- § 912 193
- § 914 193
- § 1095 79
- § 1109 463
- § 1527 147
- Einfluss auf BGB 137
- Einfluss auf Fruchtbegriff des BGB 23
- Einfluss auf Nutzungsbegriff des BGB 30
- Einfluss auf Rücktrittsfolgenrecht des BGB 200
- Kompensationsmodell bei Veräußerungsverträgen 207, 463, 470
- Nutzungsausgleich bei Wandlung 465
- Nutzungsausgleichspflicht des Bereicherschuldners 147
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 141
- Schuldnerverzug und Nutzungsausgleich 247
- Saldotheorie 62, 98, 175, 219, 222, 384, 564, 590, 619, 626, 630, 632
- Auswirkungen auf Nutzungsausgleich 63
- *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei unwirksamen Verträgen
- und Nutzungsrisiko 223, 224
- und Vindikation 64
- Savigny, Friedrich Carl von 69, 185, 290, 534, 597
- Schadensersatz
  - Abzug neu für alt 231
  - Differenzmethode 57
  - dreifache Schadensberechnung 104, 112, 116
  - Naturalrestitution 424
  - Nutzungsausfallschaden 107, 235, 244, 277, 513
  - schadensersatzrechtliches Bereichsverbot und Nutzungsausgleich 104
  - *Siehe auch* Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers
- statt der ganzen Leistung und Nutzungsausgleich 57, 233, 638, 643
- Surrogationsmethode 57, 233
- und Haftung für nicht gezogene Nutzungen 108
- und Nutzungsausgleich 26, 70, 104, 212, 246, 251, 289, 457, 513, 527
- Vorteilsausgleich 231, 235, 288, 302
- Schenkungsvertrag 176, 457, 517
- Schmitt, Gottfried von 137, 140, 149, 157, 185
- Schuldnerverzug 69
  - *Siehe auch* Gefahrtragung – und Schuldnerverzug
  - *Siehe auch* Verzugszinsen
  - *Siehe auch* Verzugszinssatz
  - und Nutzungsausgleich 244, 246, 511
- Schuldrechtsreform, französische (2016) *siehe* Code civil – Schuldrechtsreform 2016
- Schulz, Fritz 113, 252, 254, 354, 512
- sharing economy 482
- Spätscholastik, spanische 23
- status quo ante contractum
  - *Siehe auch* Negatives Interesse – und status quo ante contractum
  - *Siehe auch* Rücktrittsfolgenrecht – status quo ante contractum als Leitbild
  - und Nutzungsausgleich 206, 461
- stellvertretendes commodum *siehe* commodum, stellvertretendes
- Stoll, Heinrich 205
- Strohal, Emil 209
- Substantialprinzip 143, 152, 314, 316
  - *Siehe auch* Produktionsprinzip
- Substanzerhaltung *siehe* Nutzungen – Grundsatz der Substanzerhaltung
- Surrogat
  - Nachverfolgung von Surrogaten 414, 424, 632
  - Umstellung einer Verpflichtung zum Nutzungsausgleich auf Surrogate 34, 38, 39, 44, 49, 134, 358, 415, 422, 632
- Surrogation
  - dingliche 39, 624, 632
  - Mittelsurrogation 390, 620
  - schuldrechtliche 623, 632
- Surrogationsmethode *siehe* Schadensersatz
  - Surrogationsmethode

- Tauschvertrag 65, 516, 584  
 TE-ErbR 149  
 – § 130 150, 157  
 – § 333 149  
 – § 334 185  
 Teilzahlungsgeschäft  
 – *Siehe* Nutzungsausgleich – bei Teilzahlungsgeschäften  
 – *Siehe* Nutzungsausgleich – bei typengemischten Verträgen  
 TE-SachR 140, 150, 155, 180, 262, 321  
 – § 20 30  
 – § 179 140, 143, 152  
 – § 180 140, 145  
 – § 181 184  
 – § 186 180  
 Thibaut, Anton Friedrich Justus 25  
 tracing *siehe* Surrogat – Nachverfolgung von Surrogaten  
 Trennungslehre *siehe* Bereicherungsrecht – Trennungslehre  
 Typengemischte Verträge *siehe* Nutzungsausgleich – bei typengemischten Verträgen  
 TzWrG, § 5 Abs. 5 S. 1 a.F. 53  
  
 Übermaßfrüchte *siehe* Früchte – Übermaßfrüchte  
 Unterholzner, Domenikus 25, 214, 448  
 Unternehmen  
 – *Siehe* Nutzungen – Einordnung von Unternehmensgewinnen in den Nutzungsbegriff  
 – *Siehe* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung – bei Nutzung eines fremden Unternehmens  
  
 Verarbeitung 133, 179, 386, 403  
 – *Siehe auch* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich  
 Verbindung *siehe* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich  
 Verbrauch 181  
 – *Siehe auch* Nutzungen – Grundsatz der Substanzerhaltung  
 – *Siehe auch* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich  
 – und Gebrauch 133, 266, 359, 453, 552  
  
 Verbraucherrechterichtlinie 49, 52, 58, 476, 481, 499  
 Verbraucherverträge *siehe* Nutzungsausgleich – bei widerrufenen Verbraucherverträgen  
 VerbrKrG, § 13 50  
 – *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Teilzahlungsgeschäften  
 Verlust *siehe* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung – Begriff des Residuums  
 Vermächtnisanspruch *siehe* Nutzungsausgleich – im Verhältnis Vermächtnisnehmer-Beschwerter  
 Vermengung *siehe* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich  
 Vermischung *siehe* Wertersatz für das genutzte Gut – und Nutzungsausgleich  
 Vermögensmäßige Entscheidung, Lehre von der *siehe* Bereicherungsrecht – Vermögensmäßige Entscheidung, Lehre von der  
 Vertragsbruch, effizienter 514  
 Verwendungen 151, 156, 160  
 – als nutzungsbedingter Aufwand 89, 95, 332, 586, 591, 595, 645  
 – Anrechnung von Nutzungen auf Verwendungsersatzanspruch 156, 163  
 – enger Verwendungsbegriff 163, 416  
 – Erhaltungskosten, gewöhnliche 91, 163, 587, 645  
 – notwendige 90, 93, 160, 645  
 – nützliche 160, 587  
 – Verwendungsersatz 39, 89, 93, 95, 146, 151, 156, 160, 166, 185, 193, 268, 332, 586, 591, 595, 645  
 Verwendungsersatz *siehe* Verwendungen – Verwendungsersatz  
 Verwendungsrisiko *siehe* Nutzungsrisiko  
 Verzinsung empfangenen Geldes nach § 347 S. 3 BGB a.F. 71, 412  
 Verzug  
 – *Siehe* Gläubigerverzug  
 – *Siehe* Schuldnerverzug  
 – *Siehe* Verzugszinsen  
 – *Siehe* Verzugszinssatz  
 Verzugszinsen 69  
 – und Nutzungsausgleich 72, 422, 506, 513

- Zweck des Verzugszinstatbestands 75
- Verzugszinssatz
- historische Entwicklung der Höhe 73
- Probleme bei statischer Ausgestaltung 72, 539
- und Nutzungsausgleich 506, 513, 639, 643
- und Zweck der Verzugszinstatbestands 74
- Vermutung für Nutzungsziehung in Höhe des Verzugszinssatzes 54, 362
- Vorteilsausgleich *siehe* Schadensersatz – Vorteilsausgleich
  
- Wandlung 379, 459
- *Siehe auch* Nutzungsausgleich – bei Wandlung
- Wegnahmerecht 416
- Wert der Güternutzung 125
- *Siehe auch* Fiktiver Aufwand für berechnete Güternutzung
- *Siehe auch* Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung
- Wertersatz für das genutzte Gut
- und Nutzungsausgleich 133, 401, 422, 624
- Verzinsung des Wertersatzanspruchs 134, 422, 631
- Wertminderung, zeitanteilige lineare *siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – anhand einer linearen Abschreibung
- Wertsicherungsklausel 536
- Widerruf *siehe* Nutzungsausgleich – bei widerrufenen Verbraucherverträgen
- Wilburg, Walter 270, 436
- Windscheid, Bernhard 18, 184, 193, 201, 216, 247, 465
- Wolff, Ernst 205
  
- Zahlungsverzugsrichtlinie 73, 539
- Zeitanteilige lineare Wertminderung *siehe* Bewertung von Gebrauchsvorteilen – anhand einer linearen Abschreibung
- ZGB
- Art. 714 509
- Art. 934 450
- Art. 938 439, 442, 450, 473
- Gefahrtragung und Nutzungsausgleich 509
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 442
- Zinskapitalisierung 542
- ZPO
- § 287 295, 350
- § 810 16
- Zufallsgefahr *siehe* Gefahrtragung – und Nutzungsausgleich
- Zuordnung des *commodum ex negotiatione*
- nach § 285 Abs. 1 BGB 390
- nach Bereicherungsrecht 34, 358, 392
- und Nutzungsausgleich 134, 367, 388, 396, 620, 636
- Zuordnung des Residuums bei produktiver Güternutzung
- Begriff des Residuums 129
- bei ertragsbringender Nutzung von Geld 358, 602
- bei Nutzung eines fremden Unternehmens 334, 599
- bei Nutzung fremder Güter in einem Unternehmen 352
- bei Vermietung fremder Immobilien 368, 603
- Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft 598
- Notwendigkeit einer Regelung für Durchführung des Nutzungsausgleichs 129, 307
- Risikobeeinflussung als zentrales Zuordnungskriterium 576
- Symmetrische Zuordnung von Gewinnen und Verlusten 573
- Ungeeignetheit des Fruchtbegriffs für Zuordnung des Residuums 310
- ZüricherGB 145
- § 509 143
- § 510 143
- § 1401 195
- § 1402 196
- Privilegierung des redlichen unverklagten Besitzers 142
- Rücktrittsrecht 195
- Zurückbehaltungsrecht 63, 84
- Zuweisungsgehalt, Lehre vom *siehe* Bereicherungsrecht – Zuweisungsgehalt, Lehre vom