

EBV: Nutzungen

-- Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen --

Teil 1 Eigentum: Vindikation der Nutzung	2
Teil 2 EBV: Nutzungsherausgabe	6
A. Haftung nach §§ 987, 990: Verschuldetes EBV (oder Ersatz des Verschuldens des EBV durch Rechtshängigkeit)	7
B. Haftung nach § 993 Abs. 1 Hs. 1: Übermaßfrüchte	16
C. Haftung nach § 988: Unentgeltlichkeit der Besitzerlangung	20
Teil 3 Bereicherungsrecht: Nutzungsherausgabe	35
A. Haftungsbegründung	37
B. Haftungsausfüllung	50
C. Problem: Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts	52
Teil 4 Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA): Nutzungsherausgabe	58
A. Echte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2 (über §§ 681 Satz 2, 677)	60
B. Unechte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2 (über §§ 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1)	61
Teil 5 Schadensersatz nach Deliktsrecht?	63
Teil 6 Ergebnis: Nutzungsherausgabe im EBV	64

Gliederung

Teil 1	Eigentum: Vindikation der Nutzung	6
Teil 2	EBV: Nutzungsherausgabe	6
A.	Haftung nach §§ 987, 990: Verschuldetes EBV (oder Ersatz des Verschuldens des EBV durch Rechtshängigkeit)	7
I.	Haftungsbegründung	8
	1. (Objektiver) Tatbestand: EBV	8
	a) Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache	8
	b) Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt	8
	2. Rechtswidrigkeit	8
	3. Verschulden (subjektiver Tatbestand)	8
	a) Variante 1: Verschulden bei Erwerb des Besitzes	9
	b) Variante 2: Verschulden nach Erwerb des Besitzes	12
	3z alternativ zu 3: Haftung des Besitzers ohne Verschulden des EBV	12
	4. Bei zweistufigem Fremdbesitz: Zusätzliche Haftungsvoraussetzung	13
II.	Haftungsausfüllung	14
	1. Nutzungen	14
	2. Gezogene Nutzungen	14
	a) Gezogene Nutzung noch vorhanden	14
	b) Gezogene Nutzung nicht herausgabefähig	15
	3. Nicht gezogene Nutzungen	16
	4. Wegfall der Bereicherung?	16
B.	Haftung nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 1: Übermaßfrüchte	16
I.	Haftungsbegründung	17
	1. (Objektiver) Tatbestand: EBV	17
	a) Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache	17
	b) Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt	17
	2. Rechtswidrigkeit	17

	EBV: Nutzungsherausgabe	3
	3. Verschulden (subjektiver Tatbestand)	18
II.	Haftungsausfüllung	18
	1. Übermaßfrüchte	18
	2. Herausgabe der gezogenen und noch vorhandenen Übermaßfrüchte (§ 818 Abs. 1)	19
	3. Wertersatz (§ 818 Abs. 2)	19
	4. Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)	20
C.	Haftung nach § 988: Unentgeltlichkeit der Besitzerlangung	20
I.	Haftungs begründung	21
	1. (Objektiver) Tatbestand: EBV	21
	a) Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache	21
	b) Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt	21
	2. Unentgeltlichkeit der Besitzerlangung	21
	a) Beurteilungskriterien	22
	b) Besitzerlangung ohne Rechtsgrund	25
	c) Originärer Besitzerwerb	29
	3. Rechtswidrigkeit	30
	4. Verschulden (subjektiver Tatbestand)	30
II.	Haftungsausfüllung	32
	1. Nutzungen	32
	2. Herausgabe der noch vorhandenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1)	32
	3. Wertersatz (§ 818 Abs. 2)	33
	4. Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)	33
III.	Hinweis: Vergleich des § 988 mit dem Bereicherungsrecht	34
Teil 3	Bereicherungsrecht: Nutzungsherausgabe	35
A.	Haftungs begründung	37
I.	(Objektiver) Tatbestand: Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache	37
	1. Entstehung einer Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache	38
	a) 1. Möglichkeit: Herausgabe der Muttersache aus Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1)	38
	b) 2. Möglichkeit: Herausgabe der Muttersache aus Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2)	39

	EBV: Nutzungsherausgabe	4
	2. Fortbestehen der Kondiktionslage im relevanten Zeitpunkt	49
II.	Verschulden (subjektiver Tatbestand)	49
B.	Haftungsausfüllung	50
I.	Herausgabe des gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1)	50
II.	Wertersatz (§ 818 Abs. 2)	50
III.	Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)	50
C.	Problem: Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts	52
I.	Gesetzliche Regelung: § 993 Abs. 1 Hs. 2	52
II.	Rechtssystematik: Widerspruch der Ausschlusswirkung zur Rechtslage in ähnlich gelagerten Fällen	53
III.	Streit über den Lösungsweg	54
	1. Meinung 1 (Rechtsprechung): Beibehaltung der Ausschlussregelung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 auch bei Nutzungen; aber Anwendung des § 988	54
	2. Meinung 2 (überwiegendes juristisches Schrifttum): partielle Durchbrechung der Ausschlusswirkung des EBV	56
	3. Meinung 3 (Mindermeinung im juristischen Schrifttum): kein Ausschluss des Bereicherungsrechts durch das EBV bei Nutzungen	57
	4. Stellungnahme	57
	5. Lösung des Beispiels „Zuchtstute 2“ nach dem Modell „Anspruchskonkurrenz“	59
Teil 4	Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA): Nutzungsherausgabe	60
A.	Echte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2 (über §§ 681 Satz 2, 677)	60
I.	Haftungsbegründung	60
II.	Haftungsausfüllung	61
III.	Anwendbarkeit?	61
B.	Unechte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2 (über §§ 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1)	61
I.	Haftungsbegründung	62
II.	Haftungsausfüllung	62
III.	Anwendbarkeit?	63

Teil 5	Schadenersatz nach Deliktsrecht?	63
Teil 6	Ergebnis: Nutzungsherausgabe im EBV	64

Teil 1

Eigentum: Vindikation der Nutzung

Anspruchsgrundlage: §§ 985, 986

Besteht die Nutzung der Sache aus einer weiteren Sache (also einer solchen „Frucht“ im Sinn des § 99, die den Sachbegriff („Körperlichkeit“) erfüllt), ist in Betracht zu ziehen, dass der Eigentümer der Muttersache auch das Eigentum an der „Tochtersache“ erlangt hat. Ein solcher (gesetzlicher) Eigentumserwerb kann sich z.B. aus § 953 ergeben. (Danach gehören die Erzeugnisse einer Sache dem Eigentümer der Sache, es sei denn, aus den Folgenormen, den §§ 954-957, ergibt sich etwas anderes, etwa dass der *Besitzer* der Muttersache Eigentümer der „Tochtersache“ wird, vgl. § 955.)

Wurde der Eigentümer der Muttersache Eigentümer der „Tochtersache“, steht ihm gegen den Besitzer der „Tochtersache“ ein Anspruch auf Herausgabe nach §§ 985, 986 zu.

Teil 2

EBV: Nutzungsherausgabe

Anders als der Ersatz von *Schäden* setzt die Herausgabe von *Nutzungen* nicht voraus, dass es während des EBV zu einem *weiteren* (zur Besitzentziehung oder -vorenthaltung hinzutretenden) Eingriff (in das Eigentum des Eigentümers der Sache) kommt. Der Anspruch auf *Schadensersatz* knüpft daran an, dass während des EBV „die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde [vom Besitzer] nicht herausgegeben werden kann“ (§ 989; „Eingriff nach § 989“). Ein derartiger *weiterer* Eingriff (der zusätzlich zur Eigentumsverletzung durch die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes,

d.h. dem EBV, hinzutritt) ist für den Anspruch auf *Herausgabe der Nutzungen* nicht erforderlich. Bei der Nutzungsherausgabe besteht daher kein Anlass, zwei Eingriffe (zwei Rechtsverletzungen) zu prüfen. Es gibt nur einen Eingriff, nämlich die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes der Muttersache.

A.

Haftung nach §§ 987, 990: Verschuldetes EBV

(oder Ersatz des Verschuldens des EBV durch Rechtshängigkeit)

- Anspruchsgrundlage: §§ 987, 990
- Kennzeichen dieser Haftung: Verschulden des Besitzers hinsichtlich des EBV

Im Unterschied zum Bereicherungsrecht: Verschulden des Besitzers (in qualifizierter Form, nämlich nach § 990 Abs. 1) im Hinblick auf das EBV erforderlich

(für den Besitzer ist das eine *Haftungserleichterung* gegenüber dem Bereicherungsrecht)

oder alternativ zum Verschulden: Rechtshängigkeit des Herausgabeverlangens des Eigentümers aus §§ 985, 986

- Rechtssatz (den die §§ 987, 990 bilden): Wenn der (unrechtmäßige) Besitzer das EBV verschuldet hat (im Sinn des § 990 Abs. 1) (insoweit Haftungserleichterung gegenüber Bereicherungsrecht), muss er die (tatsächlichen und potenziellen) Nutzungen herausgeben, ohne Nachteile abziehen zu können (insoweit *Haftungsverschärfung* gegenüber Bereicherungsrecht). Dasselbe gilt für Nutzungen nach Rechtshängigkeit.

I. Haftungsbegründung

1. (Objektiver) Tatbestand: EBV

a) *Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache*

- Anspruchsteller = Eigentümer der Muttersache
- Anspruchsgegner = Besitzer der Muttersache
- kein Recht (des Anspruchsgegners) zum Besitz der Muttersache

b) *Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt*

Dass zwischen Eigentümer und Besitzer zu irgendeinem Zeitpunkt ein EBV bestand, reicht nicht aus. Erforderlich ist, dass das EBV im Zeitpunkt derjenigen Handlung bestand, die als Nutzungsziehung durch den Besitzer in Betracht kommt.

2. Rechtswidrigkeit

Da dem Besitzer ein Recht zum Besitz fehlt (soeben unter 1), ist der Eingriff in das fremde Eigentum, der in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegt, immer rechtswidrig.

3. Verschulden (subjektiver Tatbestand)

Das EBV verpflichtet nur dann nach §§ 987, 990 zur Herausgabe der Nutzungen, wenn der Besitzer das EBV verschuldet hatte. Dem Besitzer muss im Hinblick

darauf, dass er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hatte, ein persönlicher Vorwurf gemacht werden können.¹

Anders als sonst im Zivilrecht (wie etwa im Deliktsrecht (Haftung nach § 823 Abs. 1) und im Recht der Pflichtverletzungen (§ 280 Abs. 1 und andere Normen)) beurteilt sich die subjektive Verantwortlichkeit für das EBV *nicht* nach dem Maßstab des § 276 BGB.

Vielmehr gilt ein spezieller Verschuldensmaßstab, der in § 990 Abs.1 festgelegt ist. Dort werden zwei Varianten (Zeitpunkt des Erwerbs des Besitzes; Zeit danach) differenziert. Beiden Varianten ist gemeinsam, dass sie höhere Anforderungen an das Verschulden stellen als § 276 (und damit auch als § 823 Abs. 1). Leichte Fahrlässigkeit reicht, anders als z.B. für die Haftung nach § 823 Abs. 1, in keinem Fall aus. Wie hoch das Verschulden genau sein muss, hängt von dem Zeitpunkt ab, an dem man die Verantwortlichkeit des Besitzers für das EBV misst. Das Verschulden kann alternativ zu zwei Zeitpunkten vorliegen.

a) Variante 1: Verschulden bei Erwerb des Besitzes

Satz 1 des § 990 Abs. 1

Das Verschulden (für das EBV) kann bereits bei Erwerb des Besitzes (und damit bei der Entstehung des EBV) vorgelegen haben (Satz 1 des § 990 Abs. 1).

In diesem Zeitpunkt bildet der „böse Glaube“ den Maßstab für das Verschulden (wörtlich: „nicht in gutem Glauben“). Was „böser Glaube“ bedeutet, erschließt sich aus § 932 Abs. 2. Danach liegt „böser Glaube“ vor, wenn der Besitzer vorsätzlich oder grob fahrlässig im Hinblick auf das Fehlen seines Besitzrechts handelte.

Vorsatz: Der Besitzer wusste (bei Erwerb des Besitzes), dass er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat.

1 Hinsichtlich des Verschuldens des EBV gilt bei Nutzungen dasselbe wie beim Schadensersatz. Die folgenden Ausführungen entsprechen daher denen in der Übersicht zum Schadensersatz im EBV (§§ 989, 990), dort unter A II 3.

Grobe Fahrlässigkeit: Bei Einhaltung einfachster Sorgfaltsregeln hätte der Besitzer erkennen können, dass er nicht der Eigentümer ist (bei Eigenbesitz) oder dass er dem Eigentümer gegenüber kein Recht zum Besitz hat (bei Fremdbesitz). Mit anderen Worten: Dem Besitzer musste sich aufdrängen, dass er nicht der Eigentümer der Sache ist (und damit kein aus dem Eigentum fließendes Besitzrecht hatte) (bei Eigenbesitz) oder dass er dem Eigentümer gegenüber kein Recht zum Besitz hat (bei Fremdbesitz).

Dieser Maßstab ist strenger als der sonst übliche (§ 276, der etwa im Deliktsrecht gilt), weil mindestens grobe Fahrlässigkeit (im Hinblick auf das Fehlen eines Rechts zum Besitz) verlangt wird, Fahrlässigkeit in ihrer einfachen Form („leichte Fahrlässigkeit“) also nicht ausreicht.

Unterscheidet man Eigen- und Fremdbesitzer, gilt für das Verschulden (im Hinblick auf das Fehlen eines Rechts zum Besitz):

-- *Eigenbesitzer*

Eigenbesitzer ist, wer die Sache für sich (und nicht für einen anderen) besitzen will (§ 872). Dieser Wille ist kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein natürlicher, den auch Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige bilden können.

Vorsatz: Der Besitzer, der für sich besitzen will, weiß, dass er nicht der Eigentümer der Sache ist. (Beispiel: der Dieb)

Fahrlässigkeit: Der Besitzer glaubt zwar, der Eigentümer der Sache zu sein. Dieser Irrtum über sein Eigentumsrecht beruht jedoch auf Fahrlässigkeit. Im Unterschied zum Deliktsrecht reicht nicht jede Form von Fahrlässigkeit (also auch leichte Fahrlässigkeit) aus. Vielmehr muss der Besitzer im Hinblick auf sein vermeintliches Eigentumsrecht grob fahrlässig gehandelt haben.

-- *Fremdbesitzer*

Fremdbesitzer ist, wer seinen Besitz nicht für sich, sondern für eine andere Person, die er als „Oberbesitzer“ akzeptiert, wahrnehmen will.

Vorsatz (hinsichtlich des EBV): Der Besitzer weiß (bei Erwerb des Besitzes), dass er kein Recht zum Besitz der Sache hat.

Fahrlässigkeit (hinsichtlich des EBV): Als der Besitzer den Besitz erlangt, glaubt er, er habe das Recht, die Sache als Fremdbesitzer zu besitzen. (Beispiel: Der Besitzer nimmt fälschlich an, es bestünde ein Mietvertrag, der ihn zum Besitz der Sache berechtigt.) Dieser Irrtum über sein Besitzrecht beruht (bei Erwerb des Besitzes) jedoch auf Fahrlässigkeit. Im Unterschied zum sonst üblichen Verschuldensmaßstab (§ 276, der etwa im Deliktsrecht gilt) reicht nicht jede Form von Fahrlässigkeit (also auch leichte Fahrlässigkeit) aus. Vielmehr muss der Besitzer (bei Erwerb des Besitzes) im Hinblick auf sein vermeintliches Besitzrecht grob fahrlässig gehandelt haben. (Begründung siehe oben.)

-- *Problem: „Erwerb“ des Besitzes bei Umwandlung von Fremdbesitz in Eigenbesitz?*

Wann Besitz „erworben“ wird, ist in folgender Konstellation zweifelhaft: Der Besitzer ist zunächst Fremdbesitzer; sein (natürlicher) Wille richtet sich also darauf, für einen Oberbesitzer zu besitzen. Er schwingt sich dann jedoch zum Eigenbesitzer auf, indem er seinen Besitzwillen ändert und nunmehr für sich besitzen will; diese Änderung wird nach außen erkennbar. Frage: Ist der Übergang vom Fremd- zum Eigenbesitz ein (erneuter) Besitz„erwerb“ mit der Folge, dass für die Prüfung des Verschuldens auf *diesen* Zeitpunkt abzustellen ist (mit der Folge, dass dann grobe Fahrlässigkeit für das Verschulden des EBV ausreicht)? Oder handelt es sich nicht um einen (neuen) Besitzerwerb, sodass auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der (ursprüngliche) Fremdbesitz erlangt wurde?²

Die überwiegende Rechtsmeinung geht dahin, die Änderung des Besitzwillens vom Fremd- zum Eigenbesitz als (erneuten) „Erwerb“ des Besitzes zu deuten.³ Formal stützt sie sich darauf, dass Eigenbesitz und Fremdbesitz unterschiedliche

2 Hierzu *Vieweg / Röthel*, Fälle zum Sachenrecht, 4. Aufl. 2017, Fall 18.

3 *Staudinger (Thole)*, BGB, § 990 Rn. 40 (Bearbeitung 2023). -- Für die Gegenansicht: *Gottwald*, Sachenrecht -- Prüfe dein Wissen, 16. Aufl. 2014, Fall 98.

Besitzformen darstellen. Schwerer wiegt die Überlegung, dass es rechtspolitisch fragwürdig wäre, wollte man den (unrechtmäßigen) Besitzer, der gutgläubig Fremdbesitz begründete, danach aber Eigenbesitzwillen entwickelt und hierbei grob fahrlässig sein fehlendes Besitzrecht verkennt, von einer Schadensersatzhaftung freistellen.

b) *Variante 2: Verschulden nach Erwerb des Besitzes*

Satz 2 des § 990 Abs. 1

Zu einem Verschulden des Besitzers für das EBV (und damit zur Schadensersatzhaftung nach §§ 989, 990) gelangt man auch, wenn den (unrechtmäßigen) Besitzer zwar beim Erwerb des Besitzes kein Verschulden vorgeworfen werden kann, aber in der Zeit danach. In dieser Variante reicht (grobe) Fahrlässigkeit aber nicht aus; erforderlich ist vielmehr, dass der Besitzer während der Besitzzeit (aber noch vor dem Sacheingriff) *Kenntnis* davon erlangte, dass er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat (Satz 2 des § 990 Abs. 1). Diese Verschuldensform entspricht dem Vorsatz. Zwar erfasst „Kenntnis“ zunächst nur die kognitive Seite des Vorsatzes. Wer trotz Kenntnis des fehlenden Besitzrechts die Sache in seinem Besitz behält, ist mit dem Eingriff in das fremde Eigentum aber auch einverstanden; damit liegt auch die voluntative Seite des Vorsatzes vor.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 990 Abs. 1 Satz 2 (Haftung nach § 989 „von der Erlangung der Kenntnis an“) ergibt, muss der Besitzer die Kenntnis vom Fehlen eines Besitzrechts *vor* dem Eingriff nach § 989 (Verschlechterung, Untergang, sonstige Herausgabeunmöglichkeit) erlangt haben. Für Eingriffe, die in die Zeit vor Kenntniserlangung fallen, besteht keine Haftung; sie liegen außerhalb der Zeit, ab der das EBV verschuldet war.

3z alternativ zu 3: Haftung des Besitzers ohne Verschulden des EBV

--- Die auf § 987 gestützte Haftung auf Nutzungen greift auch dann ein, wenn den Besitzer am EBV zwar kein Verschulden trifft, die (tatsächlichen oder

potenziellen) Nutzungen jedoch in die Zeit nach Rechtshängigkeit fallen. Hatte der Eigentümer seinen Anspruch aus §§ 985, 986 auf Herausgabe der Muttersache rechtshängig gemacht, sind die Nutzungen, die der Besitzer nach diesem Zeitpunkt zieht oder schuldhaft nicht zieht, auch ohne Schuld an dem EBV herauszugeben bzw. zu ersetzen.

- Rechtshängigkeit: Zustellung der Klage des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache (§§ 261, 253 ZPO)
- Diese Variante hat nur geringe Bedeutung.

4. Bei zweistufigem Fremdbesitz: Zusätzliche Haftungsvoraussetzung

Ist der Besitzer zweistufiger Fremdbesitzer, reicht sein Verschulden für das EBV (wie auch die eingetretene Rechtshängigkeit) nicht aus, die Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen nach §§ 987, 990 zu begründen.

- Fremdbesitz: Der Besitzer erkennt eine andere Person als Oberbesitzer an. Er übt seinen Besitz für diese andere Person aus; er erkennt an, dass er nur auf Zeit zum Besitz berechtigt ist und anschließend die Sache an die andere Person, den Oberbesitzer, zurückzugeben hat.
- Zweistufigkeit des Fremdbesitzes: Der Oberbesitzer ist nicht der Eigentümer der Sache, sondern eine hiervon verschiedene Person.

Zusätzlich erforderlich ist, dass auch zwischen dem Oberbesitzer und dem Eigentümer ein (vom Oberbesitzer) verschuldetes EBV besteht (§ 991 Abs. 1). Wie im Verhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer kann auch im Verhältnis zwischen Oberbesitzer und Eigentümer das Verschulden am EBV durch die Rechtshängigkeit der Herausgabeklage des Eigentümers (hier: gegen den Oberbesitzer) ersetzt werden.

Diese zusätzliche Voraussetzung dient dem Schutz des Oberbesitzers. Trifft den Oberbesitzer an dem EBV, das zwischen ihm und dem Eigentümer besteht, kein Verschulden, soll der unmittelbare Besitzer aus seinem EBV mit dem Eigentümer nicht auf Nutzungsherausgabe haften, damit der Oberbesitzer keinen

Regressansprüchen des unmittelbaren Besitzers gegen ihn, den Oberbesitzer, ausgesetzt sein kann.⁴

Im Rahmen des § 991 Abs. 1 zu prüfen:

- EBV zwischen Eigentümer und Oberbesitzer
- Verschulden des Oberbesitzers am EBV gemäß § 990 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2;
oder alternativ: Rechtshängigkeit des Herausgabebegehrens des Eigentümers aus §§ 985, 986 gegen den Oberbesitzer.

II. Haftungsausfüllung

Die Rechtsfolge, die von §§ 987, 990 angeordnet wird, ist die Herausgabe der Nutzungen, die der Besitzer tatsächlich gezogen hat oder hätte ziehen können. Damit diese Haftung ausgefüllt wird, müssen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein.

1. Nutzungen

- Nutzungsbegriff (§§ 100, 99)

2. Gezogene Nutzungen

a) *Gezogene Nutzung noch vorhanden*

Ist die Nutzung, die der Besitzer gezogen hat, noch vorhanden, hat der Besitzer die Nutzung an den Eigentümer herauszugeben.

⁴ Staudinger (*Thole*), BGB, § 991 Rn. 3 (Bearbeitung 2023).

Wie Nutzungen herauszugeben sind (d.h. durch welches Rechtsgeschäft), hängt davon ab, um welchen Gegenstand es sich bei der Nutzung handelt.

Nutzung ist eine Sache (d.h. ein körperlicher Gegenstand): Wie die Herausgabe rechtlich zu erfolgen hat, hängt von den Eigentumsverhältnissen an der Tochttersache ab.

- Tochttersache wurde Eigentum des Besitzers (etwa nach § 955): Herausgabe durch Übereignung der Tochttersache an den Eigentümer der Muttersache
- Tochttersache wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache (etwa nach § 953): Herausgabe durch Übertragung des Besitzes an den Eigentümer der Muttersache

In diesem Fall (Tochttersache wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache) steht der Herausgabeanspruch aus §§ 987, 990 in Anspruchskonkurrenz mit dem Herausgabeanspruch der §§ 985, 986 (bezogen auf die Tochttersache).⁵

Nutzung ist eine Forderung oder ein sonstiges Recht (also ein unkörperlicher Gegenstand): Herausgabe durch Übertragung der Forderung bzw. des sonstigen Rechts.

b) Gezogene Nutzung nicht herausgabefähig

Ist es nicht möglich, die Nutzungen herauszugeben -- weil sie ihrer Art nach nicht herausgegeben werden können (wie Gebrauchsvorteile) oder weil sie nicht mehr vorhanden sind --, hat der Besitzer Wertersatz zu leisten.

Ersatz des Werts der gezogenen Nutzungen (durch Geldzahlung)

- Bsp.: genossene Gebrauchsvorteile

⁵ Münchener Kommentar zum BGB (*Raff*), 8. Aufl., Band 8, 2020, § 987 Rn. 24. -- Zur Vindikation der Nutzungen oben Teil 1.

- Der Wertersatz ist von der Herausgabepflicht des § 987 Abs. 1 umfasst, obwohl dies aus dem Wortlaut nicht zu ersehen ist.
(Unterschied zum Bereicherungsrecht: Wertersatz für nicht mehr vorhandene Nutzungen in § 818 Abs. 2 ausdrücklich vorgesehen)

3. Nicht gezogene Nutzungen

- Ersatz, wenn Nutzziehung bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung der Sache möglich gewesen wäre (§ 987 Abs. 2)
- Die Ersatzpflicht besteht nur, wenn dem Besitzer an der Nichtziehung von Nutzungen ein Verschulden trifft (§ 987 Abs. 2).
Dieses Verschulden fehlt etwa bei Früchten, die der Besitzer gar nicht selbst, sondern allein der Eigentümer hätte ziehen können.

4. Wegfall der Bereicherung?

Eine inzwischen eingetretene „Entreicherung“ des Besitzers (durch Nachteile, die der Besitz der Sache mit sich brachte) bleibt bei §§ 987, 990 ohne Folgen. Diese Nachteile können die Nutzungshaftung des Besitzers aus §§ 987, 990 nicht verringern oder gar entfallen lassen; § 818 Abs. 3 gilt nicht..

Unterschied zum Bereicherungsrecht; dort: § 818 Abs. 3!

B.

Haftung nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 1: Übermaßfrüchte

- Anspruchsgrundlage: § 993 Abs. 1 Halbsatz 1
- Kennzeichen: Haftung auch bei unverschuldetem EBV; jedoch nur für die sog. Übermaßfrüchte

- Der gutgläubige Besitzer (der die Sache aufgrund eines entgeltlichen Vertrags erhalten hat) muss lediglich die sog. Übermaßfrüchte herausgeben, und zwar im Umfang nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Rechtsfolgenverweisung).

I. Haftungsbegründung

1. (Objektiver) Tatbestand: EBV

a) *Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache*

- Anspruchsteller = Eigentümer der Muttersache
- Anspruchsgegner = Besitzer der Muttersache
- kein Recht (des Anspruchsgegners) zum Besitz der Muttersache

b) *Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt*

Dass zwischen Eigentümer und Besitzer zu irgendeinem Zeitpunkt ein EBV bestand, reicht nicht aus. Erforderlich ist, dass das EBV im Zeitpunkt derjenigen Handlung bestand, die als Nutzungsziehung durch den Besitzer in Betracht kommt.

2. Rechtswidrigkeit

Da dem Besitzer ein Recht zum Besitz fehlt (soeben unter 1), ist der Eingriff in das fremde Eigentum, der in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegt, immer rechtswidrig.

3. Verschulden (subjektiver Tatbestand)

keine Anforderungen; Bösgläubigkeit (hinsichtlich des Besitzrechts) nicht erforderlich; Haftung auch des gutgläubigen (unrechtmäßigen) Besitzers; somit: verschuldensunabhängige Haftung

II. Haftungsausfüllung

Rechtsfolge: Haftung des Besitzers nach Bereicherungsrecht

§ 993 Abs. 1 Hs. 1 ist Anspruchsgrundlage. Nach dieser Norm bestimmen sich die Voraussetzungen der Herausgabehaftung (Haftungsbegründung). Der Verweis auf das Bereicherungsrecht ist (lediglich) Rechtsfolgenverweisung. Das bedeutet: Der Umfang, in dem die Nutzungen herauszugeben sind, wird durch das Bereicherungsrecht festgelegt (Haftungsausfüllung).

1. Übermaßfrüchte

Von der Herausgabepflicht des § 993 Abs. 1 Hs. 1 sind nicht alle Nutzungen erfasst, die der Besitzer gezogen hatte, sondern allein „Früchte“ und von diesen auch nur die „Übermaßfrüchte“.

- „Früchte“ der Sache: Definition in § 99 Abs. 1 und Abs. 3
ausgegrenzt: „Gebrauchsvorteile“, § 100
- „Übermaß“: Fruchtziehung im Übermaß

Die Regeln einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der (Mutter-) Sache werden überschritten (§ 993 Abs. 1 Hs. 1).

Bsp.: Abholzen eines Walds

2. Herausgabe der gezogenen und noch vorhandenen Übermaßfrüchte (§ 818 Abs. 1)

Soweit die Übermaßfrüchte noch vorhanden sind, hat der Besitzer sie dem Eigentümer herauszugeben (§ 818 Abs. 1). Wie die Herausgabe rechtlich umzusetzen ist, hängt von den Eigentumsverhältnissen an den Übermaßfrüchten ab.

- Übermaßfrucht wurde Eigentum des Besitzers (etwa nach § 955): Herausgabe durch Übereignung der Übermaßfrucht an den Eigentümer der Muttersache
- Übermaßfrucht wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache (etwa nach § 953): Herausgabe durch Übertragung des Besitzes an den Eigentümer der Muttersache

In diesem Fall (Übermaßfrucht wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache) steht der Herausgabeanspruch aus §§ 987, 990 in Anspruchskonkurrenz mit dem Herausgabeanspruch der §§ 985, 986 (bezogen auf die Tochtersache).⁶

- Die Früchte müssen Eigentum des Besitzers geworden sein (etwa nach § 955).
(Wurde dagegen der Eigentümer der Muttersache der Eigentümer der Früchte (etwa nach § 953), kann er die Früchte vom Besitzer nach § 985 herausverlangen.)

3. Wertersatz (§ 818 Abs. 2)

Sind die (Übermaß-) Früchte nicht mehr vorhanden, hat der Besitzer Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2).

⁶ Zur Vindikation der Nutzungen oben Teil 1.

4. Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)

Verringerung oder gar Entfallen der Haftung bei „Entreicherung“ (§ 818 Abs. 3)

- Entreicherung kann erstens dadurch eingetreten sein, dass das erlangte Etwas (ersatzlos) fortgefallen ist.
- Entreicherung kann zweitens dadurch erfolgt sein, dass das Erlangte zwar noch vorhanden ist, der Bereicherte aber Nachteile erlitten hat.
 - = Nachteile, die mit der Nutzung der Muttersache in Zusammenhang stehen. (Bei Kfz etwa Steuer und Versicherung). diese Nachteile kann der Besitzer von dem Wertersatz, den er schuldet, abziehen.
- Hinweis: Kommt § 818 Abs. 3 über § 993 Abs. 1 Halbsatz 1 zur Anwendung, kann der Besitzer allein solche Nachteile abzuziehen, die mit dem Ziehen der Nutzungen in Zusammenhang stehen. Ausgaben für die Erhaltung der Muttersache gehören nicht dazu.⁷ Daher ist es für den Eigentümer günstiger, die Herausgabe der Übermaßfrüchte nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 1 zu verlangen (als nach dem parallel anwendbaren⁸ § 818 Abs. 1).

C.

Haftung nach § 988: Unentgeltlichkeit der Besitzerlangung

- Anspruchsgrundlage: § 988
- Kennzeichen: Unentgeltlichkeit des Besitzerwerbs; kein Verschulden am EBV erforderlich

⁷ Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 35 (Bearbeitung 2023).

⁸ Siehe unten Teil 3, C.

- Hintergrund: Generell wird ein unentgeltlicher Rechtserwerb im Recht weniger geschützt als der entgeltliche. (Beispiele: § 816 Abs. 1 Satz 2; § 822. Nur am Rand: Plausibel ist das nicht.) In dieser Linie: Die EBV-Regeln sehen den unentgeltlichen Besitzer als weniger schutzwürdig an als den entgeltlichen. Daher haftet der unentgeltliche Besitzer auch ohne Verschulden des EBV auf Herausgabe der Nutzungen. Anders als bei verschuldetem EBV kann er jedoch einen Wegfall der Bereicherung zum Abzug bringen (§ 818 Abs. 3).

I. Haftungsbegründung

1. (Objektiver) Tatbestand: EBV

a) *Entstehen eines EBV (= Vindikationslage) hinsichtlich der Muttersache*

- Anspruchsteller = Eigentümer der Muttersache
- Anspruchsgegner = Besitzer der Muttersache
- kein Recht (des Anspruchsgegners) zum Besitz der Muttersache

b) *Bestehen des EBV im relevanten Zeitpunkt*

Dass zwischen Eigentümer und Besitzer zu irgendeinem Zeitpunkt ein EBV bestand, reicht nicht aus. Erforderlich ist, dass das EBV im Zeitpunkt derjenigen Handlung bestand, die als Nutzungsziehung durch den Besitzer in Betracht kommt.

2. Unentgeltlichkeit der Besitzerlangung

Unentgeltlichkeit der Erlangung des Besitzes an der Sache (§ 988)

a) *Beurteilungskriterien*

aa) *Überwiegende Auffassung*

Unentgeltlichkeit: wenn der Erwerber für die Erlangung des Besitzes keine Gegenleistung erbrachte und auch keine erbringen soll. (Umgekehrt: Entgeltlichkeit, wenn der Erwerber eine Gegenleistung erbrachte oder eine erbringen soll.⁹⁾)

Gegenleistung: eine Leistung, die der Erwerber des Besitzes erbracht hat oder (aufgrund der getroffenen Abreden, ob wirksam oder nicht) erbringen soll und die sich als Ausgleich für den Erwerb darstellt.

Ob der Vertrag (oder allgemeiner: das Rechtsverhältnis), der (bzw. das) der Besitzerlangung zugrunde liegt, besteht (d.h. wirksam ist) oder nicht, hat keine Bedeutung. Gefragt wird nur, ob das Rechtsverhältnis -- wenn es bestünde bzw. wirksam wäre -- entgeltlich oder unentgeltlich ist.

Beispiele:¹⁰

- entgeltlicher Vertrag (etwa Kaufvertrag); Besitzerlangung; Wirksamkeit des Vertrags; Gegenleistung erbracht oder noch nicht erbracht: Entgeltlichkeit
- entgeltlicher Vertrag (etwa Kaufvertrag); Vertrag unwirksam; Besitzerlangung; Gegenleistung noch nicht erbracht: Entgeltlichkeit (sowohl nach überwiegender Lit.-Meinung als auch nach Rechtsprechung)
- entgeltlicher Vertrag (etwa Kaufvertrag); Vertrag unwirksam; Besitzerlangung; Gegenleistung bereits erbracht: Entgeltlichkeit (überwiegende Lit.-Meinung; anders lange Zeit die Rechtsprechung: Unentgeltlichkeit; berühmter Streit zwischen Literatur und

9 Münchener Kommentar zum BGB (*Schwab*), 8. Aufl., Band 7, 2020, § 816 Rn.66; Erman (*Buck-Heeb*), BGB, 16. Aufl. 2020, § 816 Rn. 12.

10 Münchener Kommentar zum BGB (*Raff*), 8. Aufl., Band 8, 2020, § 988 Rn. 5-11; Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 6-23 (Bearbeitung 2023).

Rechtsprechung; möglicherweise aber Änderung der Rspr. im Jahr 2017: Bereicherungsanspruch als Ausgleich, der eine Unentgeltlichkeit ausschließt¹¹⁾

-- unentgeltlicher Vertrag; Erlangung des Besitzes aufgrund eines Schenkungsvertrags; aufgrund eines Leihvertrags: Unentgeltlichkeit, auch wenn der Vertrag unwirksam ist.¹²⁾

-- Inbesitznahme einer Sache aufgrund eines vermeintlichen gesetzlichen Erbrechts; das gesetzliche Erbrecht besteht nicht (etwa aufgrund eines anderslautenden Testaments) (Fall 5, Vererbter Pkw): Unentgeltlichkeit (h.M.)¹³⁾

Nach h.M. ist entscheidend, ob das Rechtsverhältnis -- wenn es bestünde bzw. wirksam wäre -- entgeltlich oder unentgeltlich wäre. Bestünde das Erbrecht (d.h. in Fall 5: wäre T Erbin geworden), dann wäre dieses Rechtsverhältnis unentgeltlich.

-- eigene Position: Ist das Rechtsverhältnis, welches der Besitzerlangung zugrunde liegt, unwirksam, liegt Entgeltlichkeit vor (gleichgültig, ob das Rechtsverhältnis, wäre es wirksam, entgeltlich oder unentgeltlich wäre). Ob eine Gegenleistung tatsächlich erbracht wurde, sollte auch keine Rolle spielen.

Diese Sichtweise wird aber sonst nicht vertreten (zu § 816 Abs. 1 Satz 2 oder zu § 988), wohl aber im Insolvenzrecht (zu § 134 InsO). Siehe sogleich.

11 BGH, 20.4.2017, IX ZR 252/16, Rn. 13 ff. (zu § 134 InsO).

12 Erman (*Buck-Heeb*), BGB, 16. Aufl. 2020, § 816 Rn. 13; Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 7 (Bearbeitung 2023): „Die etwaige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist irrelevant; für § 988 BGB genügt die tatsächliche Einigung über die Unentgeltlichkeit.“ -- Eigene Stellungnahme (unten): Die Unwirksamkeit auszublenden lässt sich kaum vertreten; Entgeltlichkeit, wenn Schenkungsvertrag unwirksam ist.

13 Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 15 (Bearbeitung 2023): „Der vermeintliche Erbe hat im Verhältnis zum wahren Erben immer unentgeltlich erworben.“ -- Eigene Stellungnahme (unten): Entgeltlichkeit.

bb) Eigene Stellungnahme

- Zweifel an der vorherrschenden Position: Dass die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Rechtsverhältnisses (etwa: Schenkungsvertrag; Erbrecht) für eine rechtliche Beurteilung (hier: der Unentgeltlichkeit) irrelevant sein soll, sollte Zweifel wecken. Bei rechtlichen Beurteilungen kommt es immer auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit an. Ist ein Rechtsverhältnis unwirksam, scheidet es als Grundlage für die Besitzerlangung aus. An seine Stelle tritt das Schuldverhältnis der ungerechtfertigten Bereicherung, und dieses ist nie unentgeltlich.

Ob der Besitz unentgeltlich oder entgeltlich erlangt wurde, hängt von dem Schuldverhältnis ab, in dessen Rahmen der Besitz erlangt wurde.

Herleitung:

- § 988 stellt darauf ab, dass der Besitz „unentgeltlich erlangt“ wurde. Die Erlangung des Besitzes ist ein tatsächlicher Vorgang oder (beim Erwerb des mittelbaren Besitzes) eine Verfügung. Nach dessen bzw. deren Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit zu fragen, ist wenig sinnvoll.¹⁴
- Entgeltlich oder unentgeltlich können nur Schuldverhältnisse (d.h. Rechtsverhältnisse, die Verpflichtungen begründen) sein. Nur zu Schuldverhältnissen lässt sich eine Aussage darüber treffen, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich (für einen der beiden Partner) sind. Maßgeblich ist also das Schuldverhältnis, in dessen Rahmen der Besitzer den Besitz erlangte. Ob *dieses* unentgeltlich ist oder nicht, ist die entscheidende Frage.

14 Man vergleiche die Diskussion im Anfechtungsrecht, dort zur Anfechtbarkeit wegen Unentgeltlichkeit nach § 134 InsO. Dort wird die „Unentgeltlichkeit“ einer „Leistung“ vorausgesetzt. Anerkannt ist, dass eine Leistung weder entgeltlich noch unentgeltlich sein kann. Siehe etwa *Jaeger (Henckel)*, Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 3: „Betrachtet man die Leistung . . . isoliert, ist sie weder entgeltlich noch unentgeltlich.“

- Richtig gestellt lautet die Frage: Welche Aussage lässt sich dem Schuldverhältnis (welches der Erlangung des Besitzes zugrunde liegt) zur Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit entnehmen?¹⁵
- Sieht das Schuldverhältnis eine „ausgleichende Zuwendung“ vor, also eine Zuwendung, die der Besitzer als Ausgleich für die Erlangung des Besitzes zu erbringen hat?¹⁶

Nur wenn die Antwort nein lautet, liegt Unentgeltlichkeit vor. Zu den typischen unentgeltlichen Schuldverhältnissen zählen Schenkung, Leihe und Auftrag.

- 2 Probleme verdienen genauer betrachtet zu werden: die rechtsgrundlose Erlangung des Besitzes; der originäre Besitzerwerb.

b) *Besitzerlangung ohne Rechtsgrund*

Meinungsstreit: ob der rechtsgrundlos erlangte Besitz der Unentgeltlichkeit gleichzustellen sei; Rechtsgrundlosigkeit = Unentgeltlichkeit?

Dieser Streit betrifft nur die Konstellation „entgeltliches Rechtsverhältnis; Unwirksamkeit dieses Rechtsverhältnisses“.

Beispiel: Besitzerlangung im Rahmen eines unwirksamen Kaufvertrags

15 Man vergleiche erneut das Insolvenzrecht. Dort ist dieser Ansatz weitgehend anerkannt. *Jaeger (Henckel)*, Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 3-4 („Es kommt . . . nicht darauf an, ob die Leistung selbst eine unentgeltliche Rechtshandlung ist, sondern ob sie auf eine unentgeltliche Causa bezogen werden kann.“); Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser / Freudenberg*), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 134 Rn. 19; *Bork (Bork)*, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 1. Aufl. 2006, Kapitel 6 Rn. 47 („Eine Leistung kann aus sich heraus weder entgeltlich noch unentgeltlich sein. . . . Die Leistung des Schuldners kann nur im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft betrachtet werden. . . . Entscheidend ist, ob im Kausalgeschäft eine ausreichende Gegenleistung vereinbart wurde.“). Soweit ersichtlich, gibt es keine Stimmen, die die Maßgeblichkeit des Schuldverhältnisses anzweifeln.

16 Zur Unentgeltlichkeit in § 134 InsO siehe die Erläuterungen durch: *Jaeger (Henckel)*, InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 8-31; Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser / Freudenberg*), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 134 Rn. 17-42 (insbesondere Rn. 17 und 17a).

Der Streit betrifft nicht die Konstellation „unentgeltliches Rechtsverhältnis; Unwirksamkeit dieses Rechtsverhältnisses“. In letztgenannten Fällen besteht Einvernehmen: Unentgeltlichkeit. (abweichend jedoch meine Stellungnahme unten)

Positionen in diesem Streit:

- Rechtsprechung (seit 1940): ja
abzulehnen; wird hier nicht näher ausgeführt;
Verweis auf die Lehrbücher und Kommentare ¹⁷
- Juristisches Schrifttum: nein

aa) *Überwiegende Tendenz im Schrifttum*

Differenzierung zwischen rechtsgrundlos entgeltlich und rechtsgrundlos unentgeltlich.

- War ein unentgeltliches Rechtsgeschäft beabsichtigt, dann liegt Unentgeltlichkeit auch dann vor, wenn das Rechtsgeschäft unwirksam ist und der Besitz daher rechtsgrundlos erlangt wurde („rechtsgrundlos unentgeltlich“).¹⁸
- War ein entgeltliches Rechtsgeschäft beabsichtigt, dann bleibt es bei der Entgeltlichkeit, auch wenn das Rechtsgeschäft unwirksam ist.¹⁹ Die Rechtsgrundlosigkeit führt in diesen Fällen nicht zur Unentgeltlichkeit. (In diesem Punkt weicht die Rechtsprechung ab: Sie nimmt in diesen Fällen Unentgeltlichkeit an.)

¹⁷ Etwa: Erman (*Buck-Heeb*), BGB, 16. Aufl. 2020, § 816 Rn. 10.

¹⁸ Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 7 (Bearbeitung 2023): „[F]ür § 988 genügt die tatsächliche Einigung über die Unentgeltlichkeit.“ Ebenso: Münchener Kommentar zum BGB (*Schwab*), 8. Aufl., Band 7, 2020, § 816 Rn. 71.

¹⁹ Teilweise wird dabei vorausgesetzt, dass die Gegenleistung bereits erbracht wurde. Siehe Münchener Kommentar zum BGB (*Raff*), 8. Aufl., Band 8, 2020, § 988 Rn. 5-11. Hatte der Erwerber des Besitzes noch nicht gegengeleistet, liege Unentgeltlichkeit vor.

- Hinweis: Die überwiegende Tendenz des Schrifttums findet oft dahin Ausdruck, dass „der rechtsgrundlose Erwerb entgegen der Rechtsprechung dem unentgeltlichen Erwerb nicht gleichzustellen“ sei.²⁰ Offenbar wird diese Aussage aber nicht so weit verstanden, wie sie formuliert ist. Beruht der Besitzerwerb auf einem unwirksamen Schenkungsvertrag, soll Unentgeltlichkeit vorliegen. Die im Schrifttum überwiegende Position lässt sich präziser wiedergeben mit: Entweder: Dass das Rechtsverhältnis, welches der Besitzerlangung zugrunde liegen sollte, unwirksam ist, begründet für sich genommen nicht die Unentgeltlichkeit. Oder: War ein entgeltliches Rechtsverhältnis beabsichtigt, führt dessen Unwirksamkeit nicht zur Unentgeltlichkeit.

bb) Eigene Stellungnahme

Man muss sich fragen, ob man nicht konsequenter vorgehen sollte: Ist das beabsichtigte Rechtsverhältnis unwirksam (z.B. unwirksamer Kaufvertrag), liegt immer (d.h. unabhängig vom Inhalt des beabsichtigten Vertrags) Entgeltlichkeit vor. Auch dann, wenn ein unentgeltliches Rechtsverhältnis beabsichtigt war (z.B. unwirksamer Schenkungsvertrag; fehlendes gesetzliches Erbrecht), führt die Unwirksamkeit zur Entgeltlichkeit. Zwischen „rechtsgrundlos entgeltlich“ und „rechtsgrundlos unentgeltlich“ zu differenzieren (bei ersterem: Entgeltlichkeit; bei zweitem: Unentgeltlichkeit) (so die überwiegende Tendenz im Schrifttum), erscheint wenig plausibel.

Begründung:

- Wird der Besitz ohne Rechtsgrund erlangt, ist es nicht so, dass kein Schuldverhältnis bestünde. Es besteht vielmehr ein Schuldverhältnis, nämlich das gesetzliche Schuldverhältnis der ungerechtfertigten Bereicherung (Kondiktionsschuldverhältnis).
- Dieses Schuldverhältnis verpflichtet denjenigen, der ohne Rechtsgrund etwas erlangt hat, das erlangte Etwas zurückzugewähren. Diese

²⁰ Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 12 (Bearbeitung 2023).

Rückgewährverpflichtung entsteht mit der (rechtsgrundlosen) Erlangung des Besitzes. Diese Verpflichtung sorgt dafür, dass der Besitzer den Besitz nicht ohne ausgleichende Verpflichtung erlangt. Die Verpflichtung zur Rückgewähr gleicht den erlangten Vorteil, nämlich den Besitz an der Sache, aus. Und umgekehrt: Als Ausgleich für den Besitzverlust erhält der Eigentümer -- hatte der Besitzer den Besitz ohne Rechtsgrund erlangt -- den Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr. Dieser Bereicherungsanspruch gleicht den Verlust aus, den der Eigentümer mit der Einbuße des Besitzes erlitten hatte.

- Vergleich mit § 816 Abs. 1 Sätze 1 und 2: Diese Vorschrift befasst sich mit der Verfügung eines Nichtberechtigten an einen Erwerber, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Nach Satz 1 hat der nichtberechtigt Verfügende das herauszugeben, was er aus dem Schuldverhältnis mit dem Erwerber erlangt hat. Erfolgte die Verfügung an den Erwerber rechtsgrundlos, ist das Schuldverhältnis zwischen nichtberechtigt Verfügendem und Erwerber das Bereicherungsschuldverhältnis. Aus diesem Schuldverhältnis erlangt der nichtberechtigt Verfügenden den Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 auf Rückgewähr. § 816 Abs. 1 Satz 1 geht also dahin, dass der nichtberechtigt Verfügende den Anspruch, der ihm aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 gegen den Erwerber auf „Rück“-Übereignung“ der Sache zusteht, an den Berechtigten abzutreten hat.²¹ Satz 2, Unentgeltlichkeit der Verfügung des Nichtberechtigten, greift (bei rechtsgrundloser Verfügung des Nichtberechtigten) nicht ein; es ist nicht so, dass der nichtberechtigt Verfügende nichts erlangt hätte. Das bedeutet: Die rechtsgrundlose Verfügung ist entgeltlich. -- Nichts anderes kann bei § 988 gelten.
- Ergebnis: Rechtsgrundlosigkeit ist Entgeltlichkeit. Wer den Besitz ohne Rechtsgrund erlangt, ist zu dessen Rückgewähr verpflichtet. Hierin liegt das Entgelt, das der rechtsgrundlose Besitzerwerber zu erbringen hat.

21 Vgl. Erman (*Buck-Heeb*), BGB, 16. Aufl. 2020, § 816 Rn. 10.

- Das ist meine persönliche Auffassung (die durch die parallele, möglicherweise aber auch etwas unterschiedliche Fragestellung bei § 134 InsO geprägt sein mag). Im Insolvenzrecht (§ 134 InsO) setzt der BGH Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit seit 2017 nicht mehr gleich. Vielmehr betont er dort, dass keine Unentgeltlichkeit vorliege, wenn der Empfänger der Leistung kraft Bereicherungsrechts zur Herausgabe verpflichtet ist.²² Aus dieser Perspektive ist es nicht ausgeschlossen, dass der BGH diese Erkenntnis auch auf § 988 übertragen wird. -- Für Klausuren und Hausarbeiten empfehle ich, der überwiegenden Tendenz des Schrifttums zu folgen.

c) *Originärer Besitzerwerb*

Überwiegende Auffassung:

Die irrtümliche Mitnahme einer fremden Sache aufgrund einer Verwechslung sei eine „unentgeltliche“ Besitzerlangung.²³

Eigene Stellungnahme:

- Diese Auffassung erscheint kritikwürdig. Sie verlässt die Grundlage, dass über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit das Schuldverhältnis entscheidet, in dessen Rahmen die Besitzerlangung steht. Die irrtümliche Mitnahme einer fremden Sache ist ein Besitzerwerb, der ohne Rechtsgrund (d.h. ohne Verpflichtung) erfolgt. Das maßgebliche Schuldverhältnis ist also das gesetzliche Kondiktionsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzerwerber. Da das Bereicherungsrecht den Besitzerwerber zur Herausgabe des Besitzes verpflichtet, war der Besitz nicht unentgeltlich, also nicht ohne Verpflichtung zu einer ausgleichenden Leistung, erlangt worden.

²² Erneut: BGH, 20.4.2017, IX ZR 252/16, Rn. 13 ff. (zu § 134 InsO).

²³ Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 9 (Bearbeitung 2023).

- Da (richtiger Ansicht nach) die Regelungen des EBV zur Nutzungsherausgabe keine Ausschlusswirkung entfalten, sondern (hinsichtlich Nutzungsherausgabe) Anspruchskonkurrenz mit dem Bereicherungsrecht besteht,²⁴ gibt es auch keinen Grund, die irrtümliche Mitnahme einer fremden Sache dem § 988 zu unterstellen. Der Weg ins Bereicherungsrecht steht bei Nutzungsherausgabe immer (also nicht nur bei Unentgeltlichkeit) offen. (Einer analogen Anwendung des § 992 bedarf es nicht.²⁵)

- wie oben: Es wird empfohlen, der überwiegenden Tendenz im Schrifttum zu folgen. Meine Stellungnahme dient hier nur als Anregung.

3. Rechtswidrigkeit

Da dem Besitzer ein Recht zum Besitz fehlt (soeben unter 1), ist der Eingriff in das fremde Eigentum, der in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegt, immer rechtswidrig.

4. Verschulden (subjektiver Tatbestand)

keine Anforderungen; Haftung auch bei unverschuldetem EBV

verschuldetes EBV (im Sinn des § 990 Abs. 1): Bei Erwerb des Besitzes wusste der Besitzer, dass er kein Recht zum Besitz hat, oder er verschloss sich dieser Erkenntnis grob fahrlässig (Satz 1). Fehlen diese Voraussetzungen, liegt Verschulden auch dann vor, wenn der Besitzer in der Zeit nach Besitzerwerb erfährt, dass er kein Besitzrecht hat (Satz 2). Das EBV ist unverschuldet, wenn keiner dieser beiden Verschuldensmaßstäbe erfüllt ist.

24 Dazu unten Teil 3, C.

25 So aber Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 10 f. (Bearbeitung 2023).

insoweit Übereinstimmung mit dem Bereicherungsrecht; auch dort verschuldensunabhängige Haftung²⁶

Problem: Greift § 988 nur ein, wenn das EBV unverschuldet war (also der Besitzer bei Besitzerwerb lediglich leicht fahrlässig oder ohne jedes Verschulden verkannte, dass er kein Recht zum Besitz hat, oder er in die Folgezeit auch keine Kenntnis vom Fehlen seines Besitzrechts erlangte), oder auch dann, wenn das EBV verschuldet war? (jeweils vorausgesetzt, dass der Besitz unentgeltlich erlangt worden war)

Für eine Beschränkung des § 988 auf das unverschuldete EBV spricht der Wortlaut. Dort wird auf die Nutzungen abgestellt, die der Besitzer „vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit“ zog. Da im EBV-Recht Rechtshängigkeit und Verschulden (im oben dargelegten Sinn) gleichgestellt sind (siehe § 990 Abs. 1), lässt sich der Text des § 988 dahin verstehen, dass sich die Vorschrift auf Nutzungen im unverschuldeten EBV beschränkt.²⁷ Gegen eine derartige Beschränkung spricht, dass eine Anwendung des § 988 auch im verschuldeten EBV (bei Unentgeltlichkeit des Besitzerwerbs) keine Störungen hervorruft. Gewiss haftet der Besitzer bei verschuldetem EBV (im Sinn des § 990 Abs. 1) nach §§ 987, 990, und gewiss geht diese Haftung über die des § 988 hinaus, weil der Besitzer keine Entreicherung abziehen kann. § 988 erlangt im verschuldeten EBV keine Bedeutung. Auf diesen Befund stößt man in den Fällen der Anspruchskonkurrenz aber nicht selten; er stört nicht und sollte daher nicht zur Unanwendbarkeit der Norm führen. Für diejenigen, die bei Nutzungen (im Gegensatz zu Schäden wegen Sacheingriffs) dem EBV-Recht trotz des Wortlauts des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 keine Ausschlusswirkung gegenüber dem Bereicherungsrecht einräumen,²⁸ bedeutet die parallele Anwendung des § 988 (neben §§ 987, 990) kein Problem, weil sie das Bereicherungsrecht ja ohnehin parallel anwenden.

26 Zur (schmalen) eigenständigen Bedeutung des § 988 neben dem Bereicherungsrecht siehe unten III (im hiesigen Teil 2, C).

27 Für diese Beschränkung: Jauernig (*Berger*), BGB, 18. Aufl. 2021, § 988 Rn. 2; Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 3 (Bearbeitung 2023).

28 Unten Teil 3, C III.

II. Haftungsausfüllung

Rechtsfolge: Haftung des Besitzers nach Bereicherungsrecht

§ 988 ist Anspruchsgrundlage. Nach dieser Norm bestimmen sich die Voraussetzungen der Herausgabehaftung (Haftungsbegründung). Der Verweis auf das Bereicherungsrecht ist (lediglich) Rechtsfolgenverweisung. Das bedeutet: Der Umfang, in dem die Nutzungen herauszugeben sind, wird durch das Bereicherungsrecht festgelegt (Haftungsausfüllung).

1. Nutzungen

Von der Herausgabepflicht des § 988 sind sämtliche Nutzungen erfasst, die der Besitzer (tatsächlich) gezogen hatte.

-- Nutzungsbegriff (§§ 100, 99)

2. Herausgabe der noch vorhandenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1)

Ist die Nutzung, die der Besitzer gezogen hat, noch vorhanden, hat der Besitzer die Nutzung an den Eigentümer herauszugeben (§ 818 Abs. 1).

Wie Nutzungen herauszugeben sind (d.h. durch welches Rechtsgeschäft), hängt davon ab, um welchen Gegenstand es sich bei der Nutzung handelt.

Nutzung ist eine Sache (d.h. ein körperlicher Gegenstand): Wie die Herausgabe rechtlich zu erfolgen hat, hängt von den Eigentumsverhältnissen an der Tochttersache ab.

-- Tochttersache wurde Eigentum des Besitzers (etwa nach § 955): Herausgabe durch Übereignung der Tochttersache an den Eigentümer der Muttersache

-- Tochttersache wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache (etwa nach § 953): Herausgabe durch Übertragung des Besitzes an den Eigentümer der Muttersache

In diesem Fall (Tochtersache wurde Eigentum des Eigentümers der Muttersache) steht der Herausgabeanspruch aus §§ 987, 990 in Anspruchskonkurrenz mit dem Herausgabeanspruch der §§ 985, 986 (bezogen auf die Tochtersache).²⁹

Nutzung ist eine Forderung oder ein sonstiges Recht (also ein unkörperlicher Gegenstand): Herausgabe durch Übertragung der Forderung bzw. des sonstigen Rechts.

3. Wertersatz (§ 818 Abs. 2)

Ist es nicht möglich, die Nutzungen herauszugeben -- weil sie ihrer Art nach nicht herausgegeben werden können (wie Gebrauchsvorteile) oder weil sie nicht mehr vorhanden sind --, hat der Besitzer Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2).

4. Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)

Verringerung oder gar Entfallen der Haftung bei „Entreicherung“ (§ 818 Abs. 3)

- Entreicherung kann erstens dadurch eingetreten sein, dass das erlangte Etwas (ersatzlos) fortgefallen ist.
- Entreicherung kann zweitens dadurch erfolgt sein, dass das Erlangte zwar noch vorhanden ist, der Bereicherte aber Nachteile erlitten hat.
 - = Nachteile, die die Nutzung der Muttersache für den Besitzer mit sich bringt (bei Kfz etwa Steuer und Versicherung); diese Nachteile kann der Besitzer von dem Wertersatz, den er schuldet, abziehen.
- Hinweis: Kommt § 818 Abs. 3 über § 988 zur Anwendung, kann der Besitzer allein solche Nachteile abzuziehen, die mit dem Ziehen der Nutzungen in Zusammenhang stehen. Ausgaben für die Erhaltung der

²⁹ Zur Vindikation der Nutzungen oben Teil 1.

Muttersache gehören nicht dazu.³⁰ Daher (= wegen des geringeren Umfangs des Entreichungseinwands des Besitzers) ist es für den Eigentümer günstiger, die Herausgabe der Nutzungen nach § 988 zu verlangen (als nach dem parallel anwendbaren³¹ § 818 Abs. 1).

III. Hinweis: Vergleich des § 988 mit dem Bereicherungsrecht

- Ist § 988 nicht überflüssig? Diese Frage stellt sich, wenn man hinsichtlich Nutzungsherausgabe das Bereicherungsrecht parallel zum EBV-Recht anwendet (so die überwiegende Literaturmeinung, anders die Rechtsprechung). Dann kommt die verschuldensunabhängige Haftung nach Bereicherungsrecht immer zur Anwendung, gleichgültig, ob der Besitz entgeltlich oder unentgeltlich erlangt worden war.
- Die Antwort lautet nein. Obwohl sich die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts und die des § 988 weitgehend decken, behält § 988 einen eigenständigen Regelungsbereich.
- Auf der Seite der Haftungsbegründung stellt § 988 den Eigentümer besser als das Bereicherungsrecht: Im EBV-Recht gibt es, anders als im Bereicherungsrecht, keine Subsidiarität gegenüber den Leistungsbeziehungen; § 988 greift also auch dann ein, wenn sich das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer als „Eingriff“ darstellt (zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer also keine Leistungsbeziehung vorliegt) und zwischen dem Besitzer und einer dritten Person eine Leistungsbeziehung besteht. Im Bereicherungsrecht wird in diesen Fällen die Eingriffskondition aber aufgrund des Vorrangs der Leistungsbeziehungen oft ausgeschlossen sein. Dann hat der Eigentümer aufgrund der Subsidiarität zu der Leistungsbeziehung keinen Anspruch aus Bereicherungsrecht (gestützt auf Eingriff) gegen den Besitzer, wohl

30 Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 35 (Bearbeitung 2023).

31 Siehe unten Teil 3, C.

aber aus § 988 (wenn man diese Vorschrift anwendet). (Fall Zuchtstute 2 Abwandlung)

- Auch auf der Seite der Haftungsausfüllung kann der Eigentümer bei § 988 besser dastehen als nach Bereicherungsrecht. Zwar gilt auch bei § 988 der Entreichungseinwand des § 818 Abs. 3. Dieser hat aber (wenn im Rahmen des § 988 angewendet) einen geringeren Umfang als bei der Nutzungsherausgabe, die auf § 818 Abs. 1 gestützt wird. Anders als bei Haftungsbegründung nach Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 im Hinblick auf die Muttersache, § 818 Abs. 1 im Hinblick auf die Nutzung) können bei der Haftung des Besitzers nach § 988 nach § 818 Abs. 3 diejenigen Aufwendungen nicht abgezogen werden, die der Besitzer zur Erhaltung der Muttersache machte. Der Besitzer kann allein solche Aufwendungen abziehen, die die Nutzungsziehung ermöglicht haben.³²

Teil 3

Bereicherungsrecht: Nutzungsherausgabe

Ein Anspruch auf Herausgabe (oder Ersatz) der Nutzungen, die der Besitzer gezogen hatte, könnte dem Eigentümer der Muttersache nach Bereicherungsrecht zustehen.

Anspruchsgrundlage: § 818 Abs. 1 ³³

- Anspruchsgrundlage ist nicht § 812 Abs. 1 Satz 1 Alternative 2 (Eingriffskondiktion)

32 Staudinger (*Thole*), BGB, § 988 Rn. 35 (Bearbeitung 2023).

33 Vgl. Münchener Kommentar zum BGB (*Schwab*), 8. Aufl., Band 7, 2020, § 818 Rn. 7: „Für die Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen bedarf es daher einer eigenständigen gesetzlichen Anordnung. Diese hält das Gesetz in § 818 Abs. 1 bereit.“

Zwar stellt das Nutzen einer fremden Sache einen Eingriff in das Eigentumsrecht des Sacheigentümers dar, sodass die Voraussetzungen einer Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2) vorliegen. Das Ergebnis dieser Nutzung der Sache -- also die „Frucht“ oder der „Gebrauchsvorteil“, § 100 -- ist aber nicht nach § 812 herauszugeben, sondern nach § 818 Abs. 1.

Aufbau von Rechtsgutachten:

In einem Rechtsgutachten empfiehlt sich, das Interesse des Eigentümers an der Rückgabe der Muttersache von seinem Interesse an der Herausgabe (oder dem Ersatz) der vom Besitzer gezogenen Nutzungen zu trennen und beide Interessen getrennt zu prüfen.

-- Ansprüche auf Herausgabe der Muttersache können aus Eigentumsrecht (§§ 985, 986) und aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1) bestehen.

Dabei stößt man auf folgendes Problem: Der Anspruch aus Bereicherungsrecht auf Herausgabe der Muttersache umfasst als Rechtsfolge auch die Herausgabe der Nutzungen (§ 818 Abs. 1). Diesen Inhalt des Bereicherungsanspruchs auf Herausgabe der Muttersache sollte man zunächst ausblenden – mit der Begründung, dass zunächst nur das Begehren des Eigentümers auf Herausgabe der Muttersache geprüft wird.

Würde man anders verfahren und die Erfassung der Nutzungen mitbehandeln, müsste man im Rahmen der Rechtsfolge des § 818 Abs. 1 die Frage erörtern, ob hinsichtlich der Nutzungen das Bereicherungsrecht überhaupt anwendbar ist oder durch das EBV-Recht verdrängt wird. Daraus ergäbe sich eine komplexe Prüfung, die sich kaum übersichtlich gestalten ließe. Daher sollte man die Begehren – Herausgabe der Muttersache und Herausgabe der Nutzung – im Rechtsgutachten trennen, jedenfalls in den Fällen, in denen sich Nutzungsherausgabeansprüche auch aus EBV-Recht ergeben können.

- Herausgabe der Nutzung: Anspruchsgrundlage § 818 Abs. 1. Tritt diese Anspruchsgrundlage in Konkurrenz zu Nutzungsherausgabeansprüchen aus EBV-Recht, ist die Anwendbarkeit des § 818 Abs. 1 zu thematisieren.³⁴

A. Haftungs begründung

I. (Objektiver) Tatbestand: Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache

Der Anspruch auf Nutzungsherausgabe oder –ersatz (§ 818 Abs. 1 bzw. Abs. 2) setzt voraus, dass bei Ziehung der Nutzungen eine Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache bestand. Der Anspruchsgegner musste also nach Bereicherungsrecht (d.h. nach § 812 Abs. 1) zur Herausgabe der Muttersache verpflichtet gewesen sein.

Das bedeutet:

- Der Anspruch aus § 818 Abs. 1 setzt voraus, dass ein anderer Anspruch aus Bereicherungsrecht vorliegt.
- Dieser andere Anspruch ist der Herausgabeanspruch nach § 812 Abs. 1 im Hinblick auf die Muttersache.

Begründung: Der Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1) knüpft an den Anspruch auf Herausgabe der Muttersache an.

Siehe den Wortlaut des § 818 Abs. 1: Die Kondiktion der (Mutter-) Sache „erstreckt“ sich auf die Nutzungen.

34 Hier unter C.

- Daher: Prüfung, ob ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 im Hinblick auf die Muttersache besteht.

1. Entstehung einer Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache

Eine Kondiktionslage hinsichtlich der Muttersache kann darin liegen, dass der Eigentümer vom Besitzer die Muttersache im Weg der Leistungskondiktion (Var. 1 des § 812 Abs. 1 Satz 1) oder im Weg der Nichtleistungskondition (Var. 2 des § 812 Abs. 1 Satz 1) herausverlangen kann.

a) 1. Möglichkeit: Herausgabe der Muttersache aus Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1)

aa) etwas erlangt

Der Anspruchsgegner muss die Sache (entweder das Eigentum oder den Besitz an ihr) erlangt haben.

bb) durch Leistung

Begriff der „Leistung“ im Bereicherungsrecht:

- „Leistung“ = bewusste und zweckgerichtete Zuwendung eines Vorteils
- bewusst: Jemand setzt einen Vorgang ins Werk, der beim Empfänger zu einer Vermögensvermehrung führt, und diese Wirkung ist dem Zuwendenden bewusst. Der Zuwendende hat das Bewusstsein, einen Gegenstand in ein fremdes Vermögen zu verbringen.
- zweckgerichtet: Dieser Vorgang wird von einer Willenserklärung (oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung; das ist umstritten) des Zuwendenden begleitet. Diese Willens- oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärung gibt den Zweck an, den der Zuwendende verfolgt. Beispiel: Die Zuwendung wird von der Erklärung begleitet, dass eine bestimmte Verpflichtung (aus einem

Schuldverhältnis) erfüllt werden soll. (In diesem Fall ist die Zweckerklärung eine Tilgungserklärung.)

Nicht jeder Zweck kann Gegenstand einer Zweckerklärung sein, die den Leistungsbegriff erfüllt. Ihr Inhalt muss vielmehr darin liegen, das Verpflichtungsverhältnis (Kausalverhältnis) (und damit den Rechtsgrund) anzugeben, in dessen Rahmen die Zuwendung erfolgt.³⁵ Legt die Zweckerklärung das Kausalverhältnis fest, lässt sich im nachfolgenden Schritt („ohne Rechtsgrund“) prüfen, ob das angegebene Kausalverhältnis die Rechtsgrundlage für die Zuwendung bildet oder nicht.

cc) ohne rechtlichen Grund

Für das erlangte Etwas gibt es keine schuldrechtliche Grundlage.

b) 2. Möglichkeit: Herausgabe der Muttersache aus Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2)

aa) etwas erlangt“

Der Anspruchsgegner muss die Sache (entweder das Eigentum oder den Besitz an ihr) erlangt haben.

bb) in sonstiger Weise, d.h. nicht durch Leistung

Nichtleistung: alle Fälle, in denen der Vorteil nicht durch eine Leistung des Anspruchsstellers (= Kondiktionsgläubigers) erlangt worden war.

³⁵ Grigoleit / Auer / Kochendörfer, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 25.

cc) auf dessen Kosten

Dass sich der Vorteil beim Anspruchsgegner (dem Kondiktionsschuldner) befindet, muss in den Zuweisungsgehalt der Rechte des Anspruchstellers (des Kondiktionsgläubigers) eingreifen.

Das ist z.B. dort der Fall, wo die Bereicherung des Erwerbers zu einem entsprechenden Verlust beim Anspruchsteller (Kondiktionsgläubiger) geführt hat.

dd) ohne rechtlichen Grund

Gemeint ist: Es gibt keine rechtliche Grundlage für das Behalten des „erlangten Etwas“.

ee) Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs wegen Nichtleistung zu anderweitig bestehenden Leistungsbeziehungen³⁶

Die Nichtleistungskondiktion wirft die Frage auf, wie sie sich zu einer (anderweitig bestehenden) Leistungsbeziehung verhält.

In Zweipersonenverhältnissen ist eine Konkurrenz zwischen einem Erlangen durch Leistung und einem Erlangen durch Nichtleistung nicht denkbar. Entweder hat der Empfänger den Vorteil durch Leistung erlangt oder durch Nichtleistung. Erweitert man den Blick auf Dreipersonenverhältnisse, können Leistung und Nichtleistung jedoch zusammentreffen, und zwar in zwei Varianten:

- (1) Zusammentreffen von Leistung und Nichtleistung beim Schuldner des Anspruchs aus NL-Kondiktion („schuldnerbezogene Subsidiarität“): Der Schuldner der NL-Kondiktion hat das bereicherungsrechtliche „Etwas“ durch *Leistung* einer anderen Person (als dem Anspruchsteller) erlangt.

³⁶ Die Abschnitte ee und ff sind inhaltsgleich mit den entsprechenden Abschnitten (Subsidiarität der Eingriffskondiktion) in der Übersicht zum gesetzlichen Eigentumserwerb (dort bei § 951).

m.a.W.: Im Verhältnis zum Anspruchsteller (des Bereicherungsanspruchs) hat der Bereicherte das Etwas durch Nichtleistung erlangt. Im Verhältnis zu einer anderen Person stellt sich die Bereicherung als Leistung dar.³⁷

(2) Zusammentreffen von Leistung und Nichtleistung beim Gläubiger des Anspruchs aus NL-Kondiktion („gläubigerbezogene Subsidiarität“): Der Gläubiger der NL-Kondiktion hat den Vermögensvorteil, der dann beim Anspruchsgegner (des Anspruchs aus NL-Kondiktion) zum erlangten „Etwas“ führt, durch Leistung weggegeben.

m.a.W.: Im Verhältnis zum Anspruchsgegner steht der Anspruchsteller in keiner Leistungsbeziehung, sondern in einem Verhältnis der Nichtleistung. Der Anspruchsteller steht jedoch in einem Leistungsverhältnis zu einer dritten Person.

Subsidiarität: Der „Eingriff“ als Grundlage für eine Bereicherungshaftung hat den Vorrang der Leistungsbeziehungen zu beachten.

-- Subsidiaritätsgrundsatz:

„Eine Bereicherung in ‚sonstiger Weise‘ [kommt] nur in Betracht, wenn der Bereicherungsgegenstand nicht schon durch Leistung zugewendet worden ist.“ (Dieser Satz bringt die schuldnerbezogene Subsidiarität zum Ausdruck.)

„Eine Eingriffskondiktion kommt nur in Betracht, wenn der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger überhaupt nicht, also von niemandem, geleistet worden ist. Was jemand durch Leistung erhalten hat, kann er nicht zugleich in sonstiger Weise erworben haben.“³⁸ (Dieser Satz bringt die schuldnerbezogene Subsidiarität zum Ausdruck.)

37 Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 24.

38 Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 16.

„Geleistetes kann nicht mit der Eingriffskondiktion zurückgefordert werden.“³⁹ (Dieser Satz bringt sowohl die schuldnerbezogene als auch die gläubigerbezogene Subsidiarität zum Ausdruck.)

-- Weitere Erläuterungen der Subsidiarität:

„Nach jenem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion kann, wer etwas durch Leistung erlangt hat, das Gleiche nicht in sonstiger Weise bekommen [haben], bzw. wer etwas geleistet hat, jedenfalls im Hinblick auf dieses „Etwas“ keinen Anspruch auf Nichtleistungskondiktion haben.

[D]er Grundsatz schuldnerbezogener Subsidiarität stößt in ... Teilen der Literatur auf Ablehnung, ergibt jedoch entgegen diese[m] [Meinungslager] guten Sinn und vermag sowohl den sachenrechtlichen Wertungen aus den §§ 932 ff., 951 Abs. 1 Satz 1 BGB als auch der Rechtsfortwirkungsfunktion der Nichtleistungskondiktion (argumentum e § 816 Abs. 1 BGB) gerecht zu werden.“⁴⁰

„D[er] Subsidiaritätsgrundsatz ist ... richtig. Er ist nicht nur ... eine Faustregel.“⁴¹

ff) Grenze der Subsidiarität der Eingriffskondiktion zu einer bestehenden Leistungsbeziehung

Wo die Grenze des Subsidiaritätsgrundsatzes verläuft, ist auch nach langjährigen Diskussionen nicht geklärt.⁴² Umstritten ist vor allem die Frage, ob „Wertungen aus dem Sachenrecht“ dazu führen können, dass eine anderweitige Leistungsbeziehung ausnahmsweise keinen Vorrang vor einer

39 Erman (*Buck-Heeb*), BGB, 16. Aufl. 2020, § 812 Rn. 83.

40 jurisPK-BGB (*Martinek*), 8. Aufl. 2017, § 812 Rn. 105 (Bearbeitung 2017). Fußnoten des Originals weggelassen.

41 *Reuter / Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1. Aufl. 1983, S. 406.

42 Einen Einblick in diese Diskussionen vermittelt Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 24-41.

Eingriffskondiktion genießt. Aus der Vielfalt der vertretenen Auffassungen verdienen hervorgehoben zu werden:

Meinung 1: „Sachenrechtliche Wertungen“

- Meinung 1 („Sachenrechtliche Wertungen“) Man orientiert sich an den „sachenrechtlichen Wertungen“ und stellt hierzu allein entweder auf das Abhandenkommen der Sache oder auf die Bösgläubigkeit des Erwerbers ab: War die Sache dem Eigentümer abhandengekommen oder war der Erwerber bösgläubig, dann stehe dem Eigentümer die Eingriffskondiktion gegen den Erwerber zu; der Eigentümer müsse sich nicht auf den Vorrang der Leistungsbeziehung (zwischen dem Erwerber und dem Dritten) verweisen lassen.

- Beispiel: D entwendet den Computer des E und verleiht ihn anschließend der nichtsahnenden B. Stellt man allein auf das Abhandenkommen ab, so hat hier E (neben der Vindikation, §§ 985, 986) auch einen Herausgabeanspruch aus Eingriffskondiktion gegen B -- trotz der Leistungsbeziehung zwischen D und B.⁴³

- Kritik: Diese „sachenrechtliche Parallelwertung“ geht zu weit. Sie steht mit dem Rechtsgedanken, der in § 816 Abs. 1 Satz 1 zum Ausdruck kommt, in Widerspruch. Dieser Norm (die für „Verfügungen“ eines Nichtberechtigten gilt) lässt sich der Gedanke entnehmen, dass nicht nur bei Verfügungen, sondern bei jeder Leistung eines Nichtberechtigten der

43 Beispiel und Lösung nach *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 7. – Ebenso *Grigoleit / Auer / Kochendörfer*, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 460. Dort das Beispiel: E verleiht D ihre Uhr; D verkauft und veräußert die Uhr an die bösgläubige B. In diesem Fall sei das Subsidiaritätsprinzip zu durchbrechen. Dafür spreche, dass B wegen ihrer Bösgläubigkeit die Uhr nicht von dem Nichtberechtigten D habe erwerben können. Trotz der Leistungsbeziehung D – B sei die Eingriffskondiktion E gegen B zuzulassen. -- In diesem Sinn ist möglicherweise auch das Obiter Dictum des RG, 30.1.1940, V 76/38, RGZ 163, 348 („Bauernhof - Zuckerrüben“), S. 360, zu verstehen: „Das gilt selbst dann, wenn die Sache dem Besitzer nicht von dem Eigentümer, sondern von einem Dritten verkauft worden ist . . .“

Berechtigte keinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger der Leistung, sondern (nur) gegen den Nichtberechtigten bekommt.⁴⁴

- Das genannte Beispiel ist dahin zu lösen, dass es bei dem Subsidiaritätsgrundsatz bleibt und die Leistung von D an B eine Nichtleistungskondition des E gegen B ausschließt.⁴⁵ Dafür spricht auch folgende Überlegung: Nehmen wir an, in dem genannten Beispiel wäre der Leihvertrag D an B unwirksam. Dann stünde dem D die Leistungskondition gegen B zu. Es ist nicht zu sehen, welche „sachenrechtlichen Wertungen“ diese Leistungskondition ausschließen könnten. Dass B aber sowohl aus einer Leistungskondition (gegenüber D) als auch aus Eingriffskondition (gegenüber E) zur Herausgabe verpflichtet ist, kann kaum richtig sein. Hier hilft nur der Subsidiaritätsgedanke: Die Eingriffskondition wird durch die Leistungsbeziehung verdrängt. (Ebenso wie dieses Beispiel zu lösen: Fälle Zuchtstute 1 und 2 zu der Frage, ob eine Eingriffskondition (des Eigentümers gegen den Besitzer) hinsichtlich der Zuchtstute vorliegt; Antwort: nein.)

Meinung 2: „Gesetzlicher Eigentumserwerb und sachenrechtliche Wertungen“

- Meinung 2: („Gesetzlicher Eigentumserwerb und sachenrechtliche Wertungen“) Der Subsidiaritätsgrundsatz wird allein in folgendem Fall durchbrochen: Der Eigentümer verliert sein Eigentum kraft Gesetzes (infolge der §§ 946 ff., also durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung), und die Sache war dem Eigentümer entweder

44 Reuter / Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1. Aufl. 1983, S. 402. -- Gleichfalls (insoweit) ablehnend: Staudinger (Lorenz), BGB, Vorbem. zu §§ 812 ff. Rn. 41 (Bearbeitung 2007); Medicus / Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 600.

45 Staudinger (Lorenz), BGB, Vorbem. zu §§ 812 ff. Rn. 41 (Bearbeitung 2007). Siehe dort auch die Besprechung eines ähnlichen Beispiels, das auf Medicus / Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 600, zurückgeht.

abhandengekommen oder der Erwerber war bösgläubig.⁴⁶ Ebenso wie Meinungslager 1 orientiert man sich auch in dieser Gruppe an „sachenrechtlichen Wertungen“. Das Abhandenkommen der Sache (§ 935) oder die Bösgläubigkeit des Erwerbers (§ 923 Abs. 2) reicht aber nicht aus, die Eingriffskondiktion des Berechtigten gegen den Erwerber wegen der Leistungsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Erwerber zu versagen. Erforderlich ist vielmehr, dass gesetzlicher Eigentumserwerb (Verbindung oder Verarbeitung) und Abhandenkommen bzw. Bösgläubigkeit zusammentreffen.⁴⁷ Die „sachenrechtlichen Wertungen“ durchbrechen die Subsidiarität also *nur im Kontext eines gesetzlichen Eigentumserwerbs*.

- Beispiel: Ein Dieb stiehlt junge Bullen, die dem E gehören, und verkauft sie an die nichtsahnende B. Diese schlachtet die Tiere und verarbeitet sie zu Fleisch- und Wurstwaren. Wertersatzanspruch des E gegen B aus § 951 in Verbindung mit Eingriffskondiktion?
- Im Ergebnis dürfte es richtig sein, in diesem Fall („Jungbullen-Fall“) die Leistungsbeziehung zwischen dem Dieb und dem Erwerber (Kaufvertrag) nicht als vorrangig gegenüber der Eingriffskondiktion des vormaligen Eigentümers der Jungbullen anzusehen. Dieser kann also Wertersatz vom Erwerber nach §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 verlangen.⁴⁸
- Diese Durchbrechung der Subsidiarität beruht auf folgender Überlegung: Der gesetzliche Eigentumserwerb bewirkt, dass der Eigentümer sein Eigentum und damit seinen Vindikationsanspruch gegen den Besitzer (= den Erwerber) verliert. Der Wertausgleichsanspruch, den der Eigentümer hierfür erhält (§ 951), setzt *grundsätzlich* voraus, dass die

46 Das ist der kritische Fall. Siehe Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 28. So gelagert war der Jungbullen-Fall des BGH; BGH, 11.1.1971, VIII ZR 261/69, BGHZ 55, 176 („Jungbullen“).

47 Vgl hierzu Staudinger (*Lorenz*), BGB, Vorbem. zu §§ 812 ff. Rn. 41 (Bearbeitung 2007). Diesen Zusammenhang betonten auch *Grigoleit / Auer / Kochendörfer*, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 433 und 457 f.

48 Vgl. auch *Medicus / Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 69 Rn. 33-38.

Eingriffskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer (Erwerber) nicht durch eine Leistungsbeziehung (hier: zwischen Besitzer und nichtberechtigtem Dritten) verdrängt wird. Besteht eine Leistungsbeziehung zwischen dem Besitzer (= Erwerber) und dem nichtberechtigten Dritten, ist eine Eingriffskondiktion des (vormaligen) Eigentümers gegen den Besitzer (Erwerber) und damit der Wertausgleichsanspruch des § 951 grundsätzlich ausgeschlossen (Subsidiarität der Eingriffskondiktion). Die Subsidiarität wird aber dann durchbrochen, wenn ohne den gesetzlichen Eigentumserwerb eine Vindikationslage (im Verhältnis Eigentümer – Besitzer) bestanden hätte. Lässt man in diesem Fall die Eingriffskondiktion zu, *ersetzt* sie den Vindikationsanspruch, der durch den gesetzlichen Eigentumserwerb untergegangen ist. Die Durchbrechung der Subsidiarität dient also dazu, dem Eigentümer einen Ersatz für den verlorenen Vindikationsanspruch zu geben.⁴⁹

- Maßgeblich ist also, wie sich die Eigentumsverhältnisse ohne den gesetzlichen Eigentumserwerb dargestellt hätten (hypothetische Rechtslage). Hätte ohne den gesetzlichen Eigentumserwerb der Besitzer (Erwerber) auf rechtsgeschäftlichem Weg kein Eigentum erlangt (wegen Abhandenkommens der Sache oder wegen Bösgläubigkeit des Besitzers = Erwerbers), hätte der Eigentümer die Sache beim Besitzer vindizieren können. Mit dem gesetzlichen Eigentumserwerb hat der Eigentümer diesen hypothetischen Vindikationsanspruch verloren. Diesen Verlust zu ersetzen, dient die Durchbrechung der Subsidiarität und die Zulassung der Eingriffskondiktion (des vormaligen Eigentümers gegen den Besitzer = Erwerber). Und umgekehrt: Ergibt die hypothetische Prüfung, dass der Erwerber auf (hypothetischem) rechtsgeschäftlichen Weg das Eigentum auch ohne den gesetzlichen Eigentumserwerb erlangt hätte (weil weder Abhandenkommen noch Bösgläubigkeit vorliegt, §§ 932 ff.), hätte der Eigentümer sein Eigentum ohnehin verloren. Dann hat der gesetzliche

⁴⁹ Grigoleit / Auer / Kochendörfer, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 461 und 463.

Eigentumserwerb keinen Vindikationsanspruch vernichtet. Es gibt keinen Grund, die Subsidiarität zur Leistungsbeziehung zu durchbrechen und dem Eigentümer die Eingriffskondition gegen den Besitzer (= Erwerber) zu geben.

- Die Aussage des Jungbullenfalls lautet: Liegt ein Fall des gesetzlichen Eigentumsverlusts vor (sodass Bereicherungsrecht über § 951 zur Anwendung gelangt) und wäre ein hypothetischer rechtsgeschäftlicher Erwerb vom Nichtberechtigten gescheitert (wegen Abhandenkommens oder wegen Bösgläubigkeit des Erwerbers), ist die Leistungsbeziehung (hier: zwischen D und dem Erwerber) nicht vorrangig. Der vormalige Eigentümer kann über § 951 und Eingriffskondition Wertersatz vom Erwerber verlangen.
- Diese Durchbrechung der Subsidiarität gilt nur in den Fällen des gesetzlichen Eigentumserwerbs. Dagegen bleibt es beim Vorrang einer bestehenden Leistungsbeziehung, wenn die Sache dem Eigentümer zwar abhandengekommen war, jedoch kein Fall des gesetzlichen Eigentumserwerbs vorliegt. (Lösung des Beispiels bei Meinung 1.)

Meinung 3: „Keine Begrenzung der Subsidiarität“

- Meinung 3 („Keine Begrenzung der Subsidiarität“): Der Subsidiaritätsgrundsatz gelte immer. „Die Kriterien des sachenrechtlichen Gutgläubensschutzes passen weder ‚vorn‘ (bei der Interessenlage) noch ‚hinten‘ (bei den Anforderungen) [um dem Subsidiaritätsgrundsatz Grenzen zu ziehen].“⁵⁰
- Kritik: Diese Position vermag den Jungbullen-Fall des BGH nicht zu erklären, obwohl sie ihn für richtig entschieden erachtet.⁵¹ (Sachverhalt oben bei Meinung 2.) Dort gab der BGH dem (vormaligen) Eigentümer

50 Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 32.

51 Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 25.

einen Anspruch aus Eingriffskondiktion (E gegen B), obwohl eine Leistungsbeziehung (zwischen D und B) existierte.

- Diese Entscheidung lässt sich *nicht* damit erklären, dass D der B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz leistete, sich die Leistungsbeziehung also auf den Besitz beschränkte und B das Eigentum mithin außerhalb der Leistungsbeziehung erlangte (sodass einer Eingriffskondiktion des E im Hinblick auf das Eigentum keine Leistungsbeziehung im Weg steht).⁵² Auch in den *Einbaufällen* wird nur der Besitz geleistet, nicht auch das Eigentum. Beispiel: Baustofflieferant E liefert Baumaterial unter Eigentumsvorbehalt an Bauunternehmer D, der die Materialien im Haus des nichtsahnenden Bauherrn B verbaut (mit der Folge, dass B gemäß § 946 Eigentümer wird). Auch hier hat B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz durch Leistung des D erlangt. Gleichwohl scheint unstrittig zu sein, dass die Eingriffskondiktion des Baustofflieferanten E gegen Bauherrn B hier durch die Leistungsbeziehung D – B verdrängt wird (obwohl D nur den Besitz, nicht auch das Eigentum leistete).⁵³ Für den Subsidiaritätsgrundsatz reicht aus, dass eine Leistungshandlung besteht; dass der Leistungserfolg nur den Besitz, nicht auch das Eigentum erfasst, hat (für die Reichweite des Subsidiaritätsgrundsatzes) keine Bedeutung.⁵⁴

Klausur

Solange über die Reichweite des Subsidiaritätsgrundsatzes Streit herrscht, wird empfohlen, die Konstellation des Jungbullen-Falls („Zusammentreffen von gesetzlichem Eigentumserwerb (Verbindung, Verarbeitung) und Abhandenkommen bzw. Bösgläubigkeit“) als Ausnahme von dem Subsidiaritätsgrundsatz einzusetzen. Zur Begründung lässt sich darauf

52 So aber Reuter / Martinek (*Reuter*), Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 32. -- Dagegen: *Grigoleit / Auer / Kochendörfer*, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 462 und 464.

53 BGH, 27.5.1971, VII ZR 85/69, BGHZ 56, 228 (Einbau-Fall).

54 *Grigoleit / Auer / Kochendörfer*, Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 462.

verweisen, dass in der genannten Konstellation die Eingriffskondition einen hypothetischen Vindikationsanspruch ersetzt: Ohne den gesetzlichen Eigentumserwerb hätte der Eigentümer sein Eigentum behalten, weil eine hypothetische rechtsgeschäftliche Übereignung durch den nichtberechtigten Dritten wegen Abhandenkommens bzw. Bösgläubigkeit gescheitert wäre. Da der Eigentümer durch den gesetzlichen Eigentumserwerb diesen hypothetischen Vindikationsanspruch verliert, verdient er Ersatz. Dieser Ersatz erfolgt, indem die Subsidiarität durchbrochen und der Eigentümer trotz der grundsätzlich vorrangigen Leistungsbeziehung mit der Eingriffskondition gegen den Besitzer (= Erwerber) ausgestattet wird.⁵⁵

2. Fortbestehen der Kondiktionslage im relevanten Zeitpunkt

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 auf Herausgabe der Muttersache muss in dem Zeitpunkt bestanden haben, in dem die Handlung erfolgte, die als Nutzungsziehung in Betracht kommt.

II. Verschulden (subjektiver Tatbestand)

- keine subjektiven Anforderungen!
- d.h.: kein Verschulden des Anspruchsgegners erforderlich
- Die Haftung nach § 812 oder nach § 818 Abs. 1 greift auch dann ein, wenn den Anspruchsgegner keinerlei Verschulden trifft.

Nach Bereicherungsrecht hat der Besitzer die Nutzungen auch dann herauszugeben, wenn er gutgläubig auf sein Besitzrecht vertraute.

⁵⁵ Siehe die Empfehlungen für die Fallbearbeitung bei *Grigoleit / Auer / Kochendörfer*, Schuldrecht III, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 498 ff.

B. Haftungsausfüllung

I. Herausgabe des gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1)

- Nutzungsbegriff (§§ 100, 99)
- Herausgabe nur der gezogenen Nutzungen, nicht auch potenzieller Nutzungen (Unterschied zu §§ 987, 990)

II. Wertersatz (§ 818 Abs. 2)

Ist es nicht möglich, die Nutzungen herauszugeben -- weil sie ihrer Art nach nicht herausgegeben werden können (wie Gebrauchsvorteile) oder weil sie nicht mehr vorhanden sind --, hat der Besitzer Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2).

III. Wegfall der Bereicherung des Besitzers (§ 818 Abs. 3)

Verringerung oder gar Entfallen der Haftung bei „Entreicherung“ (§ 818 Abs. 3)

- Entreicherung kann erstens dadurch eingetreten sein, dass das erlangte Etwas (ersatzlos) fortgefallen ist.
- Entreicherung kann zweitens dadurch erfolgt sein, dass das Erlangte zwar noch vorhanden ist, der Bereicherte aber Nachteile erlitten hat. Erfasst werden diejenigen Nachteile, die der Empfänger der ungerechtfertigten Bereicherung im Zusammenhang mit der ungerechtfertigten Bereicherung erlitten hat. Diese Nachteile darf der Empfänger seiner Verpflichtung, die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren, entgegenhalten: Solange der Empfänger keine Kompensation für die Nachteile erhalten hat,

muss er die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zurückgewähren. Besteht sowohl die ungerechtfertigte Bereicherung als auch der Nachteil, den der Empfänger erlitten hat, aus Geld, so werden beide Posten verrechnet: Die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgewähr verringert sich um den erlittenen Nachteil.

Damit das Rechtsinstitut „Wegfall der ungerechtfertigten Bereicherung“ eingreift, muss ein bestimmter Zusammenhang bestehen zwischen der ungerechtfertigten Bereicherung einerseits und dem Nachteil, den der Empfänger erlitten hat, andererseits. Wie dieser Zusammenhang beschaffen sein soll, ist in hohem Maß umstritten. Die größte Plausibilität besitzt das Konzept des Vertrauensschutzes: Erfasst werden diejenigen Nachteile, die der Empfänger erleidet, weil er darauf vertraut hat, dass er den Vermögensgegenstand (der die ungerechtfertigte Bereicherung darstellt) auf einer wirksamen schuldrechtlichen Grundlage (d.h. mit Rechtsgrund) erworben hat.⁵⁶

- Abzugsfähig: alle Aufwendungen, die der Erhaltung der Muttersache dienen
- Bsp.: bei Kfz: etwa Steuer und Versicherung.
- Der Entreichungseinwand aus § 818 Abs. 3 verdeutlicht, dass es für den Eigentümer günstiger ist, die Muttersache aus §§ 985, 986 und die Nutzungen aus §§ 987, 990 herauszuverlangen, als die Herausgabe der Muttersache auf § 812 Abs. 1 und die Herausgabe der Nutzungen auf § 818 Abs. 1 zu stützen. (Wenn der Eigentümer nach EBV-Recht vorgeht: kein Entreichungseinwand des Besitzers möglich. Verwendungen auf die Muttersache kann der Besitzer allein nach den Regeln über den Verwendungsersatz geltend machen.

56 Siehe Münchener Kommentar zum BGB (*Schwab*), 8. Aufl., Band 7, 2020, § 818 Rn. 136, 138, 150, 151 ff.

C. Problem: Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts⁵⁷

Das Bereicherungsrecht könnte unanwendbar sein, wenn gleichzeitig ein EBV vorliegt, d.h. wenn die Nutzungen während eines EBV gezogen wurden. Ob das Bereicherungsrecht in dieser Konstellation anwendbar ist oder durch die Nutzungsregelungen des EBV verdrängt wird, ist Gegenstand eines juristischen Meinungsstreits.

I. Gesetzliche Regelung: § 993 Abs. 1 Hs. 2

Konzentriert man sich auf den Wortlaut des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2, ergeben sich folgende Aussagen:

- Ausschlusswirkung des EBV für die Frage, ob Nutzungen, die der (unrechtmäßige) Besitzer aus der Sache gezogen hat (oder hätte ziehen können), an den Eigentümer herauszugeben (bzw. zu ersetzen) sind
- Die §§ 987 ff. treffen für die Ansprüche des Eigentümers auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe eine Sonderregelung, die abschließend ist, d.h. die Anwendbarkeit anderer Rechtsinstitute (Deliktsrecht bei Schadensersatz, Bereicherungsrecht und GoA-Recht bei Nutzungsherausgabe) ausschließt (§ 993 Abs. 1 Hs. 2).

Wie die folgende Überlegung zeigen wird, kann man – was die Nutzungen anbelangt – beim Wortlaut des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 nicht stehen bleiben.

⁵⁷ In einem Rechtsgutachten ist die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts an erster Stelle zu prüfen, bevor mit der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen begonnen wird.

II. Rechtssystematik: Widerspruch der Ausschlusswirkung zur Rechtslage in ähnlich gelagerten Fällen

- Vergleichsfall: Der Eigentümer verkauft und übereignet die Sache dem Käufer. Der zugrunde liegende Kaufvertrag ist nichtig; die Übereignung ist dagegen wirksam. (Der Käufer erlangt somit nicht nur Besitz, sondern wird auch Eigentümer.)
- Rechtslage: Der Besitzer (hier = Eigentümer) haftet nach Bereicherungsrecht. Wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrags hat er das Eigentum an der Sache ohne rechtlichen Grund erlangt. Die Sache hat er nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 an den früheren Eigentümer zurückzübertragen. Die Nutzungen aus der Sache hat er nach § 818 Abs. 1 herauszugeben. Da kein EBV besteht, steht die Geltung des Bereicherungsrechts außer Frage.
- Abwandlung des Beispiels: Nicht nur der Kaufvertrag, sondern auch die Übereignung ist unwirksam.⁵⁸

Rechtslage: Es besteht ein EBV. (Der Käufer hat kein Eigentum erworben; Eigentümer ist weiterhin der Verkäufer.) Somit hat der Käufer die Nutzungen (etwa aus dem Gebrauch der Sache) nicht herauszugeben, wenn er gutgläubig war (§§ 987, 990). Bereicherungsrecht, nach dem die Nutzungen auch bei Gutgläubigkeit herauszugeben wären, kommt hinsichtlich der Nutzungen nicht zur Anwendung (so die Anordnung in § 993 Abs. 1 Hs. 2).
- Vergleich beider Fälle: Erst-recht-Schluss: Wenn derjenige Käufer, der das Eigentum erlangt, die Nutzungen herausgeben muss, dann sollte das erst recht für denjenigen Käufer gelten, der das Eigentum nicht erlangt, sondern nur den Besitz.⁵⁹

58 RG, 30.1.1940, V 76/38, RGZ 163, 348) („Bauernhof - Zuckerrüben“).

59 Staudinger (*Thole*), BGB, Vorbem. zu §§ 987-993 Rn. 122 ff. (Bearbeitung 2023).

- Einvernehmen in Rechtsprechung und juristischem Schrifttum, dass auch in der Abwandlung der Käufer verpflichtet sein sollte, die Nutzungen herauszugeben.
- Kein Einvernehmen: auf welchem Weg man dieses Ziel ansteuern sollte

III. Streit über den Lösungsweg

1. Meinung 1 (Rechtsprechung): Beibehaltung der Ausschlussregelung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 auch bei Nutzungen; aber Anwendung des § 988

- Rechtsprechung: Erweiterung des § 988: Der entgeltliche rechtsgrundlose Besitzerwerb wird dem „unentgeltlichen“ gleichgestellt. Lösung somit über §§ 988, 818 Abs. 1.
- Kritik 1: Rechtsgrundlos bedeutet entgeltlich. Wer seinen Besitz rechtsgrundlos erlangt, ist gemäß Bereicherungsrecht zur Rückgewähr verpflichtet (§ 812 Abs. 1 Satz 1). Dem rechtsgrundlos Erlangten steht also eine Verpflichtung gegenüber, die den Wert des Erlangten (exakt) ausgleicht.⁶⁰
- Kritik 2: Den rechtsgrundlosen Besitzerwerb als „unentgeltlich“ einzuschätzen und damit dem § 988 zu unterstellen, schießt über das Ziel hinaus: Dann könnte der Eigentümer die Nutzungen des Besitzers auch in denjenigen Fällen herausverlangen, in denen ihm nach Bereicherungsrecht (wegen des Vorrangs von Leistungsbeziehungen) kein Bereicherungsanspruch gegen den Besitzer zusteht. Damit wird jedoch der Grund verlassen, dessentwegen man nach einer Korrektur des Gesetzes sucht.

⁶⁰ Siehe oben Teil 2, C I 1 c bb..

- Kritik 3: Im Dreipersonenverhältnis führt die Gleichstellung „rechtsgrundlos = unentgeltlich“ zu unplausiblen Ergebnissen.

Beispiel Zuchtstute 2, Grundfall: Dieb D verkauft und veräußert die Zuchtstute, die er dem E gestohlen hatte, an B. Im (gutgläubigen) Besitz des B bekommt die Zuchtstute mehrere Fohlen.

Lösungsmodell Rechtsprechung („Gleichstellung rechtsgrundlos mit unentgeltlich“): Ist der Kaufvertrag zwischen D und B wirksam, hat B den Besitz an der Zuchtstute nicht rechtsgrundlos erlangt. § 988 ist somit (auch nach dem Modell „Gleichsetzung“) nicht erfüllt. Wegen der Ausschlusswirkung, die das EBV auch für die Fragen der Nutzungsherausgabe entfaltet, kann E die Fohlen von B nicht herausverlangen.

Abwandlung: Der Kaufvertrag zwischen D und B ist unwirksam. Nach dem Modell „Gleichstellung“ steht dem E ein Anspruch aus § 988 auf Herausgabe der Fohlen zu.

Mangelnde Plausibilität: Warum der Eigentümer E bei unwirksamem Kaufvertrag D – B die Fohlen herausverlangen kann (via § 988), nicht jedoch bei Wirksamkeit dieses Kaufvertrags, lässt sich nicht erklären. Die Position des E sollte nicht davon abhängen, ob der Vertrag zwischen dem nichtberechtigten D und dem Besitzererwerber B wirksam ist. Dass die Unwirksamkeit des Vertrags D –B dem E Vorteile bringen soll, ist höchst unplausibel.⁶¹

- daher: Literatur: Um das beschriebene rechtssystematische Problem zu lösen, muss die Ausschlussregelung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 bei Nutzungen

61 *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. 121; Münchener Kommentar zum BGB (*Raff*), 8. Aufl., Band 8, 2020, § 988 Rn. 8.

ganz oder teilweise aufgehoben werden. (= Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 aus Gründen der Rechtssystematik)⁶²

2. Meinung 2 (überwiegendes juristisches Schrifttum): partielle Durchbrechung der Ausschlusswirkung des EBV

- Sperrwirkung des EBV-Rechts werde bei Nutzungen (nur) partiell aufgehoben.
- Sie gelte *nicht* gegenüber der *Leistungskondiktion*. Auch im EBV könne der Eigentümer aus § 818 Abs. 1 Nutzungsherausgabe vom Besitzer verlangen, vorausgesetzt, hinsichtlich der Muttersache liege eine Leistungskondiktion (im Verhältnis Eigentümer – Besitzer) vor.
- Liege zwischen Eigentümer und Besitzer dagegen eine *Nichtleistungskondiktion* (hinsichtlich der Muttersache) vor, bleibe es bei der Ausschlussanordnung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2; Nichtleistungskondiktion sei, soweit es um Nutzungsherausgabe gehe, im EBV nicht anwendbar.⁶³

Begründung: Die Regelungen des EBV zur Nutzungsherausgabe bildeten einen speziellen Fall der Nichtleistungskondiktion. Ihr Zweck liege darin, denjenigen (unrechtmäßigen) Besitzer, den kein Verschulden (im Sinn von § 990 Abs. 1) am EBV treffe, zu privilegieren. Dieses Regelungsanliegen dürfe nicht dadurch ausgehebelt werden, dass Bereicherungsrecht zur Anwendung gelange.⁶⁴

62 Übersicht zu den im Schrifttum vertretenen Positionen: Staudinger (*Thole*), BGB, Vorbem. zu §§ 987-993 Rn. 127 ff. (Bearbeitung 2023); Staudinger (*Lorenz*), BGB, Vorbem. zu §§ 812 ff. Rn. 40 f. (Bearbeitung 2007).

63 Auswahl: Staudinger (*Thole*), BGB, Vorbem. zu §§ 987-993 Rn. 131 ff. (Bearbeitung 2023); *Baur / Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 38; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 22 Rn. 45; *Medicus / Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 600.

64 *Wellenhofer*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 22 Rn. 45.

3. Meinung 3 (Mindermeinung im juristischen Schrifttum): kein Ausschluss des Bereicherungsrechts durch das EBV bei Nutzungen

- Inhalt: keinerlei Sperrwirkung des EBV-Rechts bei Nutzungen;
- Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts (auf Nutzungsherausgabe) auch im EBV⁶⁵

4. Stellungnahme

- Stellungnahme: Meinung 2 leidet darunter, dass nicht zu erklären ist, warum (für die Frage der Anwendbarkeit im EBV) die Eingriffskondiktion anders als die Leistungskondiktion gewertet werden sollte.⁶⁶ (Gerade der Fall „Bauernhof – Zuckerrüben“, der „Urfall“ zum Verhältnis EBV-Recht zu Bereicherungsrecht hinsichtlich Nutzungsherausgabe, ließe sich nach dieser Meinung nicht lösen. Wegen der Geisteskrankheit des Verkäufers stellte die Übereignung des Bauernhofs *keine* „Leistung“ dar.⁶⁷) Meinung 3 erscheint in sich schlüssiger.
- Unterschied zwischen den beiden Lagern des Schrifttums: Nach Meinung 3 kommt bei Nutzungen das Bereicherungsrecht in jedem Fall neben dem EBV-Recht zur Anwendung. Das bedeutet aber *nicht*, dass damit in jedem Fall ein Kondiktionsanspruch (des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Nutzungen) begründet wäre. Liegt (zwischen Eigentümer und Besitzer) eine Eingriffskondiktion (hinsichtlich der Muttersache) vor, ist *weiter* zu prüfen, ob die Eingriffskondiktion nicht durch eine Leistungsbeziehung verdrängt wird (Subsidiaritätsgrundsatz im Bereicherungsrecht). Das wird oft der Fall sein. (Fälle Zuchtstute 1 und 2: Eingriffskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer verdrängt durch

65 Auswahl: *Schapp / Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 140; *Westermann / Gursky / Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 30 Rn. 12.

66 *Schapp / Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 140 f.

67 Möglicherweise übersehen von *Wellenhofer*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 22 Rn. 19.

die Leistungsbeziehung zwischen Besitzer und dritter Person) (Die Eingriffskondiktion wird von einer anderweitigen Leistungsbeziehung allein dort nicht verdrängt, wo ein Fall des gesetzlichen Eigentumserwerbs vorliegt, Bereicherungsrecht also über § 951 zur Anwendung gelangt, *und* entweder die Sache dem Eigentümer abhandengekommen war oder der Erwerber bösgläubig war. = Grenze der Subsidiarität bei Zusammentreffen eines gesetzlichen Eigentumserwerbs mit entweder Abhandenkommen oder Bösgläubigkeit.) Zur Meinung 2 besteht also nur dort ein Unterschied, wo eine Eingriffskondiktion nicht durch Leistungsbeziehungen verdrängt wird. (Dann führt Meinung 3 führt zur Nutzungsherausgabe, Meinung 2 nicht.) In vielen Fällen wird eine Eingriffskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer wegen vorrangiger Leistungsbeziehung verdrängt sein. Dann führt Meinung 3 (keinerlei Sperrwirkung des EBV bei Nutzungen) zu demselben Ergebnis wie Meinung 2 (keine Sperrwirkung des EBV in der Frage nach Nutzungsherausgabe, soweit eine Leistungskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer in Frage steht, wohl aber Sperrwirkung gegenüber Eingriffskondiktion).

- Vindikationsrecht (§§ 985 ff.) und Kondiktionsrecht (§§ 812 ff.) passen in der Frage der Nutzungsherausgabe nicht zusammen. Welche Lösung rechtsdogmatisch am leistungsfähigsten ist, wird auch in Zukunft erörtert werden. Möglicherweise kommt es zu einer Fortentwicklung der Meinung 3 (konkurrierende Geltung beider Rechtsinstitute). Sie könnte darin liegen, die Nutzungsregelungen des Bereicherungsrechts im Licht der Nutzungsregelungen des EBV zu interpretieren.⁶⁸

68 Münchener Kommentar zum BGB (*Raff*), 8. Aufl., Band 8, 2020, § 988 Rn. 11.

5. Lösung des Beispiels „Zuchtstute 2“ nach dem Modell „Anspruchskonkurrenz“

Lösung des Beispiels „Zuchtstute 2“ nach dem Modell „Anspruchskonkurrenz“
(= Meinung3):

- Schaltet man die Ausschlusswirkung des EBV bei Nutzungsherausgabe aus und bejaht stattdessen Anspruchskonkurrenz etwa zum Bereicherungsrecht, ergibt sich: Dem E steht kein Anspruch aus (dem bei Nutzungen immer anwendbaren) Bereicherungsrecht, § 818 Abs. 1, auf Übereignung der Fohlen zu. Hinsichtlich der Muttersache hat E keinen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 (auf Herausgabe des Besitzes an der Zuchtstute). Zwar hat B den Besitz an der Zuchtstute im Verhältnis zu E im Weg des Eingriffs („in sonstiger Weise auf dessen Kosten“) erlangt. Da aber die Leistungsbeziehung D – B Vorrang genießt (völlig unabhängig von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Kaufvertrags D – B), tritt die Eingriffskondiktion E – B als subsidiär zurück.
- Ergebnis nach Modell „Anspruchskonkurrenz“: Nach EBV-Recht hat E keinen Anspruch auf Nutzungsherausgabe (mangels Bösgläubigkeit des B, §§ 987, 990). § 988 ist mangels Unentgeltlichkeit nicht anwendbar. Bereicherungsrecht (§ 818 Abs. 1) ist zwar anwendbar; wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung D – B kommt die Eingriffskondiktion E – B aber nicht zum Zug.

Teil 4

Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA): Nutzungsherausgabe

A. Echte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2 (über §§ 681 Satz 2, 677)

Anspruchsgrundlage: §§ 667 Variante 2, 681 Satz 2, 677 Halbsatz 1

Aus dem Rechtsinstitut der echten GoA kann sich ein Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe von Nutzungen ergeben. Dabei ist der (unrechtmäßige) Besitzer der „Geschäftsführer“, der Eigentümer der „Geschäftsherr“. Es geht hier um eine „unberechtigte“ echte GoA, d.h. um einen Besitz, der dem Interesse oder dem Willen des Eigentümers nicht entspricht (vgl. § 683 Satz 1 Halbsatz 1). Wäre die GoA berechtigt, vermittelte sie ein Recht zum Besitz. Die EBV-Regeln (auch die zur Nutzungsherausgabe) kämen nicht zur Anwendung.

I. Haftungsbegründung

Die Voraussetzungen einer GoA ergeben sich aus § 677:

- Führung eines „Geschäfts“
- Fremdheit des Geschäfts
- ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung
- Fremdgeschäftsführungswille (Wortlaut: Geschäftsführung „für den Eigentümer“)

Der Wille des Geschäftsführers muss dahin gehen, das Interesse einer anderen Person wahrzunehmen (Fremdbesitzer).

Daran fehlt es, wenn der Besitzer den Besitz für sich ausübt (Eigenbesitzer).

II. Haftungsausfüllung

- Pflicht des „Geschäftsführers“, das aus der Geschäftsführung Erlangte an den „Geschäftsherrn“ herauszugeben (§ 667 Variante 2). Dazu gehören die Nutzungen, die der Besitzer gezogen hat.
- (Außerhalb der Haftungsausfüllung durch § 667 Variante 2 liegen die potenziellen Nutzungen, die der Besitzer zu ziehen versäumte (Unterschied zu §§ 987, 990).)

III. Anwendbarkeit?

- dieselben Erwägungen wie zum Bereicherungsrecht
- Ergebnis: konkurrierende Anwendbarkeit der GoA-Regelungen neben den Regelungen zur Nutzungsherausgabe nach EBV

B. Unechte GoA: Herausgabe des Erlangten nach § 667 Var. 2

(über §§ 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1)

Anspruchsgrundlage: §§ 667 Var. 2, 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1

Aus dem Rechtsinstitut der unechten GoA kann sich ein Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe von Nutzungen ergeben. (Unechte GoA = Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1.) Dabei

ist der (unrechtmäßige) Besitzer der „Geschäftsführer“, der Eigentümer der „Geschäftsherr“.

I. Haftungsbegründung

Die Voraussetzungen ergeben sich aus § 677 und § 687 Abs. 2:

- Führung eines „Geschäfts“
- Fremdheit des Geschäfts
- ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung (§ 677)
- Kenntnis von der Fremdheit des Geschäfts

Der Besitzer muss wissen, dass er nicht berechtigt ist, die Sache zu nutzen (§ 687 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1).

- Eigengeschäftsführungswille

Der Besitzer muss das Geschäft (= die Nutzung der Sache) als eigenes führen wollen (Eigenbesitzer) (§ 687 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1).

II. Haftungsausfüllung

- Pflicht des „Geschäftsführers“, das aus der Geschäftsführung Erlangte an den „Geschäftsherrn“ herauszugeben (§ 667 Variante 2). Dazu gehören die Nutzungen, die der Besitzer gezogen hat.
- (Außerhalb der Haftungsausfüllung durch § 667 Variante 2 liegen die potenziellen Nutzungen, die der Besitzer zu ziehen versäumte (Unterschied zu §§ 987, 990).)

III. Anwendbarkeit?

- dieselben Erwägungen wie zum Bereicherungsrecht
- Ergebnis: konkurrierende Anwendbarkeit der GoA-Regelungen neben den Regelungen zur Nutzungsherausgabe nach EBV

Teil 5

Schadensersatz nach Deliktsrecht?

- Es kann Fälle geben, in denen der Eigentümer der Sache Nutzungsherausgabe bzw. –ersatz auch als Schadensersatz verlangen kann.
- Stellt die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes eine schuldhaftige Eigentumsverletzung dar (verschuldetes EBV), kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache nicht nur nach §§ 985, 986 und § 812, sondern auch als Schadensersatz nach § 823 verlangen. (Das ist unstreitig.) Begründung: Schadensersatz ist in erster Linie durch Naturalrestitution zu leisten (§ 249). Der Ersatzpflichtige (hier: der Besitzer) hat denjenigen Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte. Im Fall der schuldhaften Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes ist das die Übertragung des Besitzes an den Eigentümer.
- Generell umfasst die Schadensersatzpflicht auch die Herausgabe der Nutzungen, die dem Eigentümer entgangen sind. Die entgangenen Nutzungen gehören zum „Schaden“, den der Eigentümer durch die schuldhaftige Eigentumsverletzung (Sachentziehung) erlitten hat. Soweit die Herausgabe nicht möglich ist, richtet sich die Schadensersatzpflicht auf Wertersatz (§ 251 Abs. 1).

Teil 6

Ergebnis: Nutzungsherausgabe im EBV

- Die Regelungen des EBV über Nutzungen, die der Besitzer aus der Sache gezogen hat, nehmen andere Funktionen wahr als die Regelungen des EBV über den Ersatz von Schäden, die der Besitzer der Sache zufügte.
 - *Schadensersatz: Privilegierung* des Besitzers im unverschuldeten EBV (= des gutgläubigen (unrechtmäßigen) Besitzers). Abschirmung dieses Besitzers vor der Geltung des Deliktsrechts (§ 993 Abs. 1 Hs. 2). Keine Haftung für die Beschädigung, den Untergang oder die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache, obwohl schuldhaft begangen, wenn kein qualifiziertes Verschulden am EBV vorlag.
 - *Nutzungsherausgabe*: geringere Privilegierung. Inwieweit der Besitzer im unverschuldetem EBV (also der gutgläubige (unrechtmäßige) Besitzer) vor der Geltung des Bereicherungsrechts, welches kein Verschulden voraussetzt, abgesichert ist, ist innerhalb des juristischen Schrifttums umstritten. Überwiegend wird vertreten, dass der Besitzer nur von Ansprüchen aus Nichtleistungskondiktion geschützt sei; Ansprüchen aus Leistungskondiktion bleibe er dagegen ausgesetzt. (= partielle Abweichung vom Wortlaut des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2, der die Geltung des Bereicherungsrechts bei Nutzungen generell ausschließt) Ein anderes Meinungslager innerhalb des Schrifttums geht weiter und hält in der Frage der Nutzungen das Bereicherungsrecht generell für konkurrierend anwendbar. (= völlige Überwindung des Wortlauts des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2, der bei Nutzungen die Geltung des Bereicherungsrechts ausschließt)
- Anders die Rechtsprechung, die den rechtsgrundlosen Besitzerwerb als „unentgeltlich“ im Sinn des § 988 erfasst
- Die Herausgabepflicht nach Bereicherungsrecht (§ 818 Abs. 1) besteht unabhängig davon, ob der ungerechtfertigt Bereicherte (= Besitzer der

Sache) gutgläubig war oder nicht. (Unterschied zur Haftung auf Nutzungsherausgabe gemäß EBV: dort grundsätzlich Bösgläubigkeit (= genau: qualifiziertes Verschulden am EBV) erforderlich, §§ 987, 990)

- Wenn den Besitzer ein Verschulden am EBV trifft („bösgläubiger Besitzer“), reicht seine Haftung auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987, 990 weiter als die nach Bereicherungsrecht. Ihm steht der Einwand der Entreicherung (für Aufwand, den er für die Nutzung der Sache erbrachte) nicht zur Verfügung. §§ 987, 990 verweisen für den Umfang, in dem die Nutzungen herauszugeben sind, nicht auf das Bereicherungsrecht, sondern definieren den Umfang selbst. § 818 Abs. 3 ist damit nicht anwendbar.
- Regeln der GoA: gleichfalls konkurrierend anwendbar.