

Grundkurse

## Examenskurs BGB

Eine Darstellung zur Vermittlung von Examenswissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle

von  
Prof. em. Dr. Hans-Joachim Musielak, Prof. Dr. Wolfgang Hau

3. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66679 7

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

er nach § 404 berechtigt ist. Um dem Berechtigten eine **reibungslose Rückabwicklung** zu ermöglichen, wird man deshalb den Nichtberechtigten für verpflichtet halten, nicht nur seinen Bereicherungsanspruch abzutreten, sondern darüber hinaus die empfangene Gegenleistung für den Verfügungsgegenstand herauszugeben. Ist dies dem Nichtberechtigten zu riskant, weil er bis zur Erfüllung des gegen ihn gerichteten bereicherungsrechtlichen Anspruchs verpflichtet bleibt, so muss er die Rückabwicklung des nichtigen Grundgeschäfts selbst vornehmen, um den Verfügungsgegenstand an den Berechtigten herausgeben zu können.<sup>83</sup> Auch hier ergibt sich wiederum die bereits (→ Rn. 249) erörterte Frage, ob nicht anstelle der Kondiktion der Kondiktion der nicht berechtigt Verfügende zum **Wertersatz** verpflichtet ist.<sup>84</sup> Aus den bereits genannten Gründen ist diese Frage zu verneinen.

Besorgt der Nichtberechtigte die Rückabwicklung des nichtigen Verpflichtungsgeschäfts selbst und lässt sich im Beispielsfall (→ Rn. 311) den Laptop von G zurückgeben, so stellt sich die Frage, ob er dann zusammen mit dem Besitz auch das Eigentum an dem Gerät erhält oder ob das Eigentum dann unmittelbar auf E zurückfällt. Welche Antwort auf diese Frage zu geben ist, stellt ein sehr Streitiges Problem dar, das unter dem Stichwort „Rückerwerb des Nichtberechtigten“ erörtert wird (→ Rn. 571 ff.). **314**

Auch im Bereicherungsrecht ergibt sich die bereits an anderer Stelle (→ Rn. 182 ff.) **315** erörterte Frage, wie eine **gemischte Schenkung** zu behandeln ist.

**Beispiel:** A ist Alleinerbe des B. Er findet in dessen Nachlass einen Diamantring, dessen Wert 3.000 EUR beträgt. Er verkauft diesen Ring zu einem Freundschaftspreis von 300 EUR seinem Neffen N. Danach stellt sich heraus, dass dieser Ring dem E gehörte und B nur zur Aufbewahrung übergeben worden war. E verlangt Herausgabe seines Ringes von N. Mit Recht?

Die Frage ist zu bejahen, wenn die gemischte Schenkung als unentgeltliches Rechtsgeschäft behandelt und dem Berechtigten ein Anspruch nach § 816 I 2 zugestanden wird. Geht man bei der Lösung von der herrschenden **Zweckwürdigkeitstheorie** (→ Rn. 183) aus, kommt es darauf an, ob der unentgeltliche Charakter des Rechtsgeschäfts überwiegt; ist dies der Fall, kann der Berechtigte die Herausgabe vom Empfänger nach § 816 I 2 fordern.<sup>85</sup> Diese wohl hM wird von einer im Schrifttum vertretenen Auffassung mit der Begründung abgelehnt, dass sie auf ein Alles-oder-Nichts-Prinzip hinauslaufe, das nicht befriedigen könne. Vielmehr sei zu differenzieren: Hinsichtlich des entgeltlichen Teils sei der Berechtigte auf den Anspruch aus § 816 I 1 gegen den Verfügenden zu verweisen. Hinsichtlich des unentgeltlichen Teils habe der Erwerber dagegen aus § 816 I 2 und habe insoweit (bei Unteilbarkeit des Verfügungsgegenstandes) Wertersatz zu leisten, wobei er berechtigt sei, durch Herausgabe des erlangten Gegenstandes Zug-um-Zug gegen Abtretung des Anspruchs aus § 816 I 1 gegen den Verfügenden den Anspruch auf Wertersatz abzuwehren.<sup>86</sup> **316**

<sup>83</sup> So MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 60.

<sup>84</sup> So Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 70 II 2a (S. 205).

<sup>85</sup> BGH WM 1964, 614 (616); HK-BGB/Schulze § 816 Rn. 10; Staudinger/Lorenz, 2007, § 816 Rn. 28.

<sup>86</sup> Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 69 II 2c (S. 184 f.); Köhler/Lorenz PdW SchuldR II Fall 210 (S. 344 f.); jurisPK-BGB/Martinek § 816 Rn. 32; MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 67.

Im Beispielsfall gibt die hM also E einen Anspruch gegen N nach § 816 I 2 auf Herausgabe des Ringes. Wegen der von N gezahlten 300 EUR muss sich dieser an A halten. Die Gegenauffassung verweist dagegen E auf einen Anspruch gegen A, der gem. § 816 I 1 auf Herausgabe der erhaltenen 300 EUR gerichtet ist. E kann zusätzlich von N gem. § 816 I 2 Wertersatz verlangen, und zwar 2.700 EUR (§ 818 II), wobei N die dargestellte Wahlmöglichkeit zusteht.

### 3. Die wirksame Leistung an einen Nichtberechtigten (§ 816 II)

- 317 Erbringt der Schuldner seine Leistung schuldentilgend<sup>87</sup> nicht an den wirklichen Gläubiger, sondern an einen Nichtberechtigten, so erscheint es selbstverständlich, dass der Nichtberechtigte verpflichtet wird, die empfangene Leistung an den Berechtigten herauszugeben. Diese Rechtsfolge wird durch § 816 II angeordnet (→ GK BGB Rn. 1134 f.). Streitig ist die Frage, ob es auch im Rahmen des § 816 II dem Berechtigten gestattet ist, eine **zunächst unwirksam erbrachte Leistung** an einen Dritten durch **Genehmigung** wirksam werden zu lassen, um dann von dem Empfänger Herausgabe des Erlangten nach § 816 II zu fordern. Die praktische Bedeutung einer solchen Möglichkeit zeigt das folgende

**Beispiel:** S schuldet dem G 10.000 EUR. D verlangt von S Zahlung dieses Betrages aufgrund einer Abtretung durch G und legt eine notariell beglaubigte Abtretungserklärung vor. Dennoch lehnt S eine Zahlung an D ab und zahlt an G, weil dieser behauptet, die Abtretung an D sei unwirksam. In einem Rechtsstreit zwischen D und G wird geklärt, dass die Abtretung wirksam vorgenommen wurde. Inzwischen ist jedoch über das Vermögen des S das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Es besteht deshalb für D keine Aussicht, von S Geld zu erhalten. Dagegen ist G durchaus zahlungsfähig. Deshalb genehmigt D die Zahlung an G und verlangt von diesem die kassierten 10.000 EUR. Durch die Leistung an G erlischt nicht die Schuld des S. Insbesondere kann er sich nicht auf § 407 I berufen, da ihm eine beglaubigte Abtretungsurkunde vorgelegt wurde und er deshalb von der Abtretung Kenntnis hatte. Dass er insoweit wegen der Behauptung des G, die Abtretung sei unwirksam, Zweifel hatte, berechtigt ihn nicht, an den Altgläubiger zu zahlen. Allenfalls hätte er den geschuldeten Betrag hinterlegen dürfen.

- 318 Die hM lässt die Genehmigung einer unwirksamen Leistung an einen Nichtberechtigten zu.<sup>88</sup> Eine Gegenauffassung macht Bedenken geltend und verweist zum einen darauf, dass sich der Berechtigte durch die Genehmigung in der Insolvenz seines Schuldners eine Sonderdeckung verschaffe.<sup>89</sup> Könnte D im Beispielsfall die Leistung an G nicht genehmigen, müsste er seine Forderung als Insolvenzgläubiger im Insolvenzverfahren des S verfolgen, während der Insolvenzverwalter den an G gezahlten Betrag von diesem zurückfordern könnte, was die Insolvenzmasse zum Vorteil der anderen Insolvenzgläubiger vergrößerte. Des Weiteren wird der hM vorgeworfen, sie nehme dem Schuldner die ihm sonst zustehende Möglichkeit, auf den ihm durch

<sup>87</sup> Zu den Fällen, in denen das Gesetz das Freiwerden des Schuldners bei Leistung an einen Nichtberechtigten bestimmt, vgl. die Aufstellung von MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 78.

<sup>88</sup> BGH NJW 1972, 1197 (1199); 1983, 446 (447); Jülsch JA 2013, 324 (328 ff.); Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 69 II 3d (S. 186 f.); MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 89 ff.; jurisPK-BGB/Martinek § 816 Rn. 49; Bamberger/Roth/Wendehorst § 816 Rn. 30.

<sup>89</sup> Esser/Weyers SchuldR II 2 § 50 II 4 (S. 87).

§§ 407 ff. gewährten Schutz zu verzichten, nochmals an den wirklichen Gläubiger zu zahlen und vom Nichtberechtigten die von ihm erbrachte Leistung zu kondizieren (→ GK BGB Rn. 1390).<sup>90</sup>

Trotz dieser durchaus gewichtigen Bedenken ist der hM zuzustimmen. Sie kann sich insbesondere auf die in § 362 II getroffene Bestimmung berufen, die es dem Gläubiger ohne jede Einschränkung gestattet, die Erfüllung an einen Nichtberechtigten nachträglich zu genehmigen. Müsste aus insolvenzrechtlichen Gründen eine solche Genehmigung für unzulässig erklärt werden, wäre dafür eine entsprechende Regelung im Insolvenzrecht zu treffen. Dies ist aber nicht der Fall. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass der Gesetzgeber der Insolvenzordnung dieses Problem durchaus kannte, es jedoch ungeregelt ließ und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er die nachträgliche Genehmigung einer unwirksamen Leistung an einen Nichtberechtigten nicht ausschließen will. Ob die durch § 362 II iVm § 185 II 1 Alt. 1 zugelassene Möglichkeit der Genehmigung im Interesse des Schuldnerschutzes einzuschränken ist, stellt letztlich eine rechtspolitische Frage dar, die vom Gesetzgeber zu entscheiden ist. Die geltende gesetzliche Regelung gibt dafür nichts her.<sup>91</sup> Im Übrigen zeigt schon der Beispielfall, bei dem sich der Schuldner nicht auf § 407 berufen kann, dass selbst die Gegenauffassung, die im Interesse des Schuldnerschutzes die Genehmigung einer unwirksamen Leistung an einen Nichtberechtigten einschränken will, keinesfalls zu einem generellen Ausschluss einer Genehmigung im Rahmen des § 816 II gelangte. 319

## V. Das Verhältnis von Leistungs- und Nichtleistungskondition zueinander

Dass zwischen Leistungskondition und Nichtleistungskondition zu unterscheiden ist, lässt sich der gesetzlichen Regelung entnehmen, die darauf abstellt, ob der Bereicherungsvorgang „durch Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise“ (§ 812 I 1) vorgenommen wurde. Dies wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis beide Konditionsarten zueinander stehen. Nicht selten wird diese Frage dahingehend beantwortet, dass der Leistungskondition der Vorrang gebühre.<sup>92</sup> Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Anspruch aufgrund einer Nichtleistungskondition nur dann in Betracht kommen kann, wenn der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger überhaupt nicht, also von niemandem geleistet worden ist. Deshalb aber einen Grundsatz der **Subsidiarität der Nichtleistungskondition** aufzustellen, ist zumindest schief. Die Tatbestände der Leistungs- und der Nichtleistungskondition stehen durchaus gleichberechtigt nebeneinander. Dass sie einander ausschließen, ergibt sich 320

<sup>90</sup> Roth JZ 1972, 150; Koppensteiner/Kramer Ungerechtfertigte Bereicherung 100 f.

<sup>91</sup> So im Ergebnis auch MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 92 f. Die von Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 69 II 3d (S. 187) vorgeschlagene Lösung einer Anfechtung der Tilgungsbestimmung wegen Irrtums durch den Schuldner, um auf diesem Wege zu verhindern, dass ihm die Möglichkeit einer Kondition des an den Nichtberechtigten Geleisteten genommen wird, hängt davon ab, ob die Tilgungsbestimmung als Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung aufzufassen ist (→ Rn. 104).

<sup>92</sup> Vgl. nur BGH NJW 2005, 60 mwN.

mit logischer Zwangsläufigkeit aus der Unterschiedlichkeit dieser Tatbestände, die entweder durch Leistung des Bereicherungsgegenstandes oder in sonstiger Weise verwirklicht werden. Grundsätzlich erscheint es also angemessen, nicht von Vorrang oder Subsidiarität einer Kondiktionsart, sondern von **Alternativität** zu sprechen.<sup>93</sup> Es gibt jedoch auch Fälle, in denen dem Bereicherungsgläubiger gegen den Bereicherungsschuldner sowohl eine Leistungs- als auch eine Nichtleistungskondiktion zusteht.

**Beispiel:** K kauft von V ein Grundstück und saniert das auf dem Grundstück befindliche Haus. Der Kaufpreis beträgt 200.000 EUR. Die Sanierungsarbeiten kosten 50.000 EUR und führen zu einer Wertsteigerung der Immobilie in gleicher Höhe. Als festgestellt wird, dass der Kaufvertrag und die Übereignung nichtig sind, verlangt K von V Zahlung von 250.000 EUR Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Grundstücks.

Die Rückzahlung des Kaufpreises kann K nach § 812 I 1 Alt. 1 mit der *condictio indebiti* fordern. Dagegen ist die infolge der Sanierungsarbeiten bewirkte Wertsteigerung des Grundstücks nicht durch eine Leistung des K vorgenommen worden. Denn K wollte nicht auf diese Weise das Vermögen des V bewusst und zweckgerichtet mehren, sondern sein vermeintlich eigenes. Deshalb handelt es sich insoweit um eine Nichtleistungskondiktion in Form der Verwendungskondiktion (→ Rn. 293). Es stehen also eine Leistungskondiktion und eine Nichtleistungskondiktion nebeneinander; allerdings betreffen sie auch unterschiedliche Sachverhalte.<sup>94</sup>

- 321** In einem **Zwei-Personen-Verhältnis** fällt die Wahl zwischen einer Leistungs- und einer Nichtleistungskondiktion nicht schwer. Hat der Bereicherungsgläubiger das Vermögen des Bereicherungsschuldners durch seine Leistung vermehrt, kommt nur eine Leistungskondiktion in Betracht, andernfalls eine Nichtleistungskondiktion. Anders stellt sich das Problem in **Mehrpersonenverhältnissen** dar. Bei ihnen kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Leistung einer Person in die Rechtsposition einer anderen eingegriffen wird und dass Leistungskondiktion und Nichtleistungskondiktion miteinander konkurrieren.

**Beispiel:** A verpflichtet sich, auf dem Grundstück des B ein Haus zu einem Festpreis von 150.000 EUR zu errichten. A schließt mit C einen Werkvertrag, nach dem dieser den Rohbau errichten soll. Als diese Arbeiten ausgeführt sind, wird festgestellt, dass der Vertrag zwischen A und B nichtig ist. Inzwischen ist A zahlungsunfähig geworden. C verlangt von B Zahlung des Betrages, um den dessen Grundstück durch die Arbeiten des C wertvoller geworden ist. Mit Recht?

Es handelt sich hier um einen **Anweisungsfall**, in dem auf Weisung des A dem B durch C eine Leistung erbracht wird. Die Rückabwicklung muss folglich innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehung vorgenommen werden (→ Rn. 250 ff.). C kann sich nur an seinen Vertragspartner A wegen der von ihm ausgeführten Arbeiten halten. Dies wäre auch nicht anders, wenn auch der Werkvertrag zwischen A und C nichtig wäre.<sup>95</sup> In dem Beispielsfall hat der Bauhandwerker C in Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht aus dem Werkvertrag mit A seine Arbeitsleistung erbracht und dabei selbst sein Eigen-

<sup>93</sup> Vgl. dazu auch MüKoBGB/Schwab § 812 Rn. 57 f.; PWW/Leupertz § 812 Rn. 14 ff.

<sup>94</sup> BGH NJW 1999, 2890 (2892).

<sup>95</sup> MüKoBGB/Schwab § 812 Rn. 280.

tum an den verbauten Materialien durch Verbindung mit dem Grundstück des B aufgegeben (§ 946).

Die Rechtslage stellt sich aber anders dar, wenn nicht der Eigentümer selbst, sondern **322 ein Dritter den Einbau vornimmt**, ohne dass ihm dies gestattet ist. Dazu folgendes

**Beispiel:**<sup>96</sup> Bauhandwerker B führt Bauarbeiten auf dem Grundstück des E aus und verwendet dazu Baumaterialien, die ihm vom Baustoffhändler H unter Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel (→ Rn. 737) geliefert worden sind. Obwohl also nach der Vereinbarung mit H die Verwendung der Baumaterialien von einer Abtretung des Werklohns an H abhängig gemacht worden ist, vereinbart B in dem Werkvertrag mit E ein Abtretungsverbot für den Werklohn.<sup>97</sup> Als über das Vermögen des B das Insolvenzverfahren eröffnet wird, verlangt H von E Zahlung des Kaufpreises für die Baumaterialien. Dieser weigert sich mit dem Hinweis, er habe bereits den vereinbarten Werklohn an B gezahlt.

H hat durch den Einbau der Baumaterialien sein Eigentum nach § 946 verloren. Dies geschah unfreiwillig, da die Verwendung der Materialien dem B nur bei Abtretung des Werklohns gestattet war. Es ist deshalb zu klären, ob H gegen E einen Anspruch auf einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich seines Verlustes geltend machen kann (§ 951 I). In diesem Fall ergibt sich eine Konkurrenzsituation zwischen der Leistung, die der Bauhandwerker aufgrund des Werkvertrages mit E und der dabei vorgenommenen Verwendung der Baumaterialien diesem erbrachte, und dem Verlust des Eigentums des H an den Baumaterialien durch den Einbau, der nicht durch Leistung an den Grundstückseigentümer geschah. Auch im Verhältnis zwischen H und B beruhte der Eigentumsverlust nicht auf einer Leistung, weil sich H das Eigentum vorbehalten hatte.

Wenn auch der Rechtsverlust bei dem unbefugten Einbau vom Baumaterialien kraft **323** Gesetzes eintritt, also nicht durch eine Verfügung eines Nichtberechtigten, ergibt sich doch in den entscheidenden Punkten eine Übereinstimmung mit dem durch § 816 I 1 geregelten Fall.<sup>98</sup> Legt man daher das **Wertungsmodell des § 816 I 1** zugrunde, muss regelmäßig ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des sein Eigentum Verlierenden (hier: H) gegen den Grundstückseigentümer (E) verneint werden. Dabei wird von folgender Überlegung ausgegangen: Hätte der Handwerker (B) vor dem Einbau die Materialien dem Bauherrn (E) übereignet, hätte dieser bei gutem Glauben gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentum kondiktionsfest erworben (→ GK BGB Rn. 1132). H hätte deshalb gem. § 816 I 1 (nur) einen Anspruch gegen B. Ob nun der Grundstückseigentümer das Eigentum an den Baumaterialien durch eine vom Nichtberechtigten vollzogene Übereignung oder durch den von diesem vorgenommenen Einbau erlange, könne nicht ausschlaggebend sein.<sup>99</sup>

Auf der Grundlage dieses Wertungsmodells muss man jedoch folgerichtig **Ein- 324** **schränkungen** zulassen, wenn nach §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentum nicht erworben werden kann, weil die **Sache abhanden gekommen** (vgl. § 935 BGB) oder der **Erwer-**

<sup>96</sup> Nachgebildet dem vom BGHZ 56, 228 entschiedenen Fall.

<sup>97</sup> § 354a I HGB soll tatbestandlich nicht verwirklicht sein.

<sup>98</sup> *Koppensteiner/Kramer* Ungerechtfertigte Bereicherung 95; eingehend dazu MüKoBGB/*Schwab* § 816 Rn. 17 ff.

<sup>99</sup> *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 70 III 2a (S. 213); *Medicus/Lorenz* SchuldR II Rn. 1226; *Koppensteiner/Kramer* Ungerechtfertigte Bereicherung 107 f.

**ber bösgläubig** ist. In diesen Fällen wäre eine Verfügung des Nichtberechtigten nicht wirksam gewesen und anstelle eines Anspruchs des Berechtigten gegen den Nichtberechtigten nach § 816 I 1 stünde ihm ein Anspruch auf Herausgabe seines Eigentums nach § 985 zu. Verliert der Eigentümer sein Eigentum aufgrund des § 946, tritt an die Stelle der Vindikation die Kondiktion.<sup>100</sup> Somit muss deshalb eine Direktkondiktion des verlierenden Eigentümers zugelassen werden, wenn ihm die verbauten Materialien gestohlen worden sind oder wenn der Erwerber bösgläubig ist.

**325** Das **Verhältnis der Leistungs- und der Nichtleistungskondiktion** lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

- Sind an einem Bereicherungsverfahren nur **zwei Personen** beteiligt, entscheidet sich die Alternative zwischen den beiden Kondiktionsarten danach, ob der Bereicherungsgegenstand durch Leistung oder auf sonstige Weise erworben wurde.
- Auch wenn an einem Bereicherungsverfahren **mehr als zwei Personen** beteiligt sind, muss darauf gesehen werden, ob der Bereicherungsgegenstand dem Bereicherungsschuldner durch eine Leistung zugewendet wurde. Ist dies der Fall, ist ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich regelmäßig innerhalb dieses Leistungsverhältnisses zu vollziehen.
- Eine Bestätigung, aber auch zugleich eine **Ergänzung dieses Grundsatzes** folgt aus der in § 816 I 1 getroffenen Entscheidung, der über die von ihr erfassten Fälle hinaus Vorbildcharakter zuzusprechen ist. Danach gilt:
  - Wird durch eine wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten ein Rechtsverlust bewirkt, muss sich der dadurch Betroffene wegen eines Ausgleichs für diesen Verlust an den Nichtberechtigten halten und kann nicht den Erwerber in Anspruch nehmen. Fehlt dem Erwerb ein Rechtsgrund, ist der bereicherungsrechtliche Ausgleich im Leistungsverhältnis zwischen dem Nichtberechtigten und dem Erwerber vorzunehmen (→ Rn. 312).
  - Ist die Verfügung unwirksam, entfällt ein Anspruch gegen den Nichtberechtigten; der Berechtigte kann Herausgabe von dem Empfänger fordern.

**326** Diese Wertungen sind maßgebend für den **bereicherungsrechtlichen Ausgleich eines Eigentumsverlustes aufgrund von §§ 946 ff.** (→ Rn. 578, → Rn. 589). Dabei ist – wie ausgeführt – die Frage nach der Wirksamkeit der Verfügung zu ersetzen durch die hypothetische Betrachtung einer rechtsgeschäftlichen Übereignung anstelle der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung. Hätte der Erwerber Eigentum bei einer rechtsgeschäftlichen Übereignung erlangt, ist auch in gleicher Weise wie bei einer wirksamen Verfügung des Nichtberechtigten ein Direktanspruch des verlierenden Eigentümers ausgeschlossen. Scheiterte dagegen der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an der Bösgläubigkeit des Erwerbers oder am Abhandenkommen der Sache, so kann der verlierende Eigentümer mit der Eingriffskondiktion einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich von demjenigen fordern, der aufgrund von §§ 946 ff. Eigentum erworben hat.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Vgl. *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, 154 f.

<sup>101</sup> *Schildt* JuS 1995, 953 (954 f.); *Hombrecher* JURA 2003, 333 (336); *Esser/Weyers* SchuldR II 2 § 50 II 2a (S. 82 f.), IV (S. 90 f.); *Koppensteiner/Kramer* Ungerechtfertigte Bereicherung 108 f.; *Medicus/Lorenz* SchuldR II Rn. 1226; *Jauernig/Stadler* § 812 Rn. 86.

## VI. Zum Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruchs

### 1. Einleitende Hinweise

Das Bereicherungsrecht erfüllt die Funktion, Gegenstände, die sich zu Unrecht im Vermögen des Bereicherungsschuldners befinden, wieder demjenigen zuzuführen, dem sie gebühren. Dementsprechend ordnen die Grundnormen des Bereicherungsrechts, die §§ 812, 816, 817 und 822 an, dass der Schuldner an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben hat, was er konkret durch den Bereicherungsvorgang erlangt hat. Diese Herausgabeverpflichtung wird durch § 818 – ergänzt durch §§ 819 und 820 – modifiziert und erweitert. Die Grundlinien der bereicherungsrechtlichen Haftung sind bereits im GK BGB Rn. 1137 ff. beschrieben worden; darauf wird Bezug genommen. Im Folgenden sollen einzelne Fragen dieses Bereichs vertiefend behandelt werden. 327

### 2. Die Herausgabepflicht nach § 818 I und II

§ 818 I erweitert die sich aus der einzelnen Grundnorm ergebende Pflicht zur Herausgabe des Erlangten auf Nutzungen und Surrogate. Die Verpflichtung, **Nutzungen** herauszugeben, bezieht sich für die Zeit vor einer verschärften Haftung (vgl. § 818 IV iVm §§ 819, 820) nur auf die tatsächlich vom Bereicherungsschuldner gezogenen Nutzungen. Es kommt nicht darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger diese Nutzungen oder weitere gezogen hätte.<sup>102</sup> 328

Hat der Bereicherungsschuldner einen Gegenstand erhalten, der zur Nutzung bestimmt ist (zB Geld bei einem Darlehensvertrag, eine Sache bei einem Mietvertrag), so ist zu fragen, ob bei Nichtigkeit eines solchen Vertrages nicht bereits die abstrakte Nutzungsmöglichkeit und nicht erst die tatsächlich gezogenen Nutzungen erlangt und herauszugeben sind. Dies ist streitig.<sup>103</sup> Der BGH hat zu Recht die Auffassung abgelehnt, dass in Fällen, in denen die Nutzung als solche den primären Bereicherungsgegenstand bildet, der objektive Wert der Nutzungsmöglichkeit unabhängig vom Umfang der tatsächlich erlangten Nutzungen vom Bereicherungsschuldner erstattet werden müsste. Zur Begründung hat das Gericht darauf verwiesen, dass der nach dem Bereicherungsrecht vorzunehmende Ausgleich darauf gerichtet sei, eine tatsächlich erlangte rechtsgrundlose Bereicherung abzuschöpfen und sie demjenigen zuzuführen, dem sie nach der Rechtsordnung gebührt. Von einer Bereicherung iSv §§ 812 ff. könne nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensvermehrung erfahren hätte. Es gelte deshalb der Grundsatz, dass die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den wirklichen Betrag der Bereicherung hinaus führen dürfe. Mit diesem Grundsatz sei es jedoch unvereinbar, einen Bereicherungsausgleich von Nutzungen vorzunehmen, ohne zu berücksichtigen, ob dem Bereicherten tatsächlich Vorteile zugeflossen seien.<sup>104</sup> 329

<sup>102</sup> JurisPK-BGB/*Martinek* § 818 Rn. 12 mwN.

<sup>103</sup> Vgl. *Fevers/Gsell* NJW 2013, 3607 mN.

<sup>104</sup> BGH NJW 2013, 2021 (2023 Rn. 26 f.). Krit. dazu *Fevers/Gsell* NJW 2013, 3607 (3610 f.), die sich dafür aussprechen, bei der Frage, ob eine Nutzungsmöglichkeit erlangt worden sei, eine vom Bereicherungsschuldner autonom getroffene Nutzungsentscheidung zu berücksichtigen.

- 330 Hat der Bereicherungsschuldner rechtsgrundlos den **Besitz einer Sache erlangt**, ist er im Rahmen des Bereicherungsausgleichs verpflichtet, den Besitz an den Berechtigten zu übertragen. Ist ihm dies nicht möglich, ist zu fragen, ob der Berechtigte gem. § 818 II **Wertersatz** beanspruchen kann. Der BGH hat diese Frage zu Recht verneint. Denn dem Besitz kommt neben den Nutzungen, die aus der Sache gezogen werden und die der Bereicherungsschuldner – wie ausgeführt – wertmäßig auszugleichen hat, kein eigenständiger Wert zu. Bei der Besitzkondition kann nicht auf den entgangenen Gebrauchswert der Sache abgestellt werden, weil der Wert des Besitzes nicht mit dem Gebrauchswert der Sache gleichzusetzen ist. Vielmehr verwirklicht sich der Gebrauchswert der Sache durch die (herauszugebenden) Nutzungen, die aus der Sache gezogen werden.<sup>105</sup>
- 331 Bildet Geld den Bereicherungsgegenstand, sind die daraus gezogenen **Zinsen** Nutzungen, die nach § 818 I an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben sind. Wurden keine Zinsen erlöst, sondern durch **Tilgung von Schulden** Zinsaufwendungen erspart, so ist diese Ersparnis als Nutzung ebenfalls an den Bereicherungsgläubiger abzuführen.
- 332 Diese Rechtsfolge scheint völlig eindeutig und unproblematisch zu sein und dennoch lässt sich daran zweifeln, ob ersparte Zinsen Nutzungen des Geldes darstellen. Diese Zweifel können sich aus der Erwägung ergeben, dass durch die Zahlung von Schulden das Geld verbraucht und nicht „gebraucht“ iSv „genutzt“ wird. Der BGH<sup>106</sup> hat jedoch zu Recht unter Bezug auf Flume<sup>107</sup> eine solche Unterscheidung zwischen Gebrauch und Verbrauch als eine naturalistische Sichtweise abgelehnt, die der rechtlichen Bereicherungsproblematik nicht gerecht werde. Bei einer auf wirtschaftlicher Betrachtung aufbauenden Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners könne es keinen Unterschied machen, ob das erlangte Geld zinsbringend angelegt und damit das Vermögen des Schuldners vermehrt oder ob die Verminderung seines Vermögens dadurch vermieden wird, dass er eigene zu verzinsende Schulden tilgt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.<sup>108</sup>
- 333 Nach § 818 I sind auch **Surrogate** herauszugeben, also das, „was der Empfänger aufgrund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Erfasst werden namentlich der Gegenwert der eingezogenen Forderung, ein Pfanderlös, Leistungen von Versicherungen für die Beschädigung oder die Zerstörung des Bereicherungsgegenstandes sowie der Anspruch auf Herausgabe des entzogenen Bereicherungsgegenstandes.
- 334 Die streitige Frage, ob bei einer Weiterveräußerung des Bereicherungsgegenstandes die **erlangte Gegenleistung** als das herauszugebende Surrogat aufzufassen ist oder ob der Bereicherungsschuldner den Wert zu ersetzen hat, gewinnt praktische Bedeutung nur in Fällen, in denen die Gegenleistung den Wert des Bereicherungsgegenstandes übersteigt. Die Rechtsprechung und die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum sehen in der Gegenleistung das durch die Verfügung Erlangte (→ Rn. 301) und berufen sich zur Begründung auf den das Bereicherungsrecht be-

<sup>105</sup> BGH NJW 2014, 1095 (1096 Rn. 14) = JuS 2014, 548 (K. Schmidt).

<sup>106</sup> BGH NJW 1998, 2354 (2355).

<sup>107</sup> Flume, GS Knobbe-Keuck, 1997, 111 (129).

<sup>108</sup> Ebenso BGH NJW 1999, 2890 (2891); BayObLG NJW 1999, 1194 (1195); jurisPK-BGB/Martinek § 818 Rn. 36f.