THOMAS RAFF

Die gewöhnlichen Erhaltungskosten

Studien zum Privatrecht
71

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 71

Thomas Raff

Die gewöhnlichen Erhaltungskosten

Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Mohr Siebeck

Thomas Raff, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg, Krakau und Paris; 2011 Erstes Staatsexamen; Referendariat am Landgericht Heidelberg; 2015 Zweites Staatsexamen; 2016 Promotion; seit 2016 Notarassessor in der Pfalz.

e-ISBN PDF 978-3-16-155332-5
ISBN 978-3-16-154994-6
ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Vorwort

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Sommersemester 2016 zur Begutachtung vor. Die deutschen Kapitel sind auf dem Stand vom 31. 12. 2016. Die Teile zum französischen, österreichischen und polnischen Recht sind im Wesentlichen auf dem Stand vom 31. 12. 2015. Vereinzelt konnte neuere Literatur eingearbeitet werden. Insbesondere die Schuldrechtsreform in Frankreich ist berücksichtigt worden.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Christian Baldus,* für Betreuung, Bildung und Ausbildung seit dem zweiten Studiensemester. Zahlreiche Auslandsaufenthalte, u. a. in Krakau, Paris, Wien, Nancy und Poznań, wären ohne seine Mithilfe kaum möglich gewesen. In seiner Unbestechlichkeit in wissenschaftlichen wie politischen Fragen wird er mir immer ein Vorbild sein.

Zahlreichen weiteren Personen bin ich darüber hinaus zum Dank verpflichtet.

Herrn *Prof. Dr. Marc-Philippe Weller* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für weiterführende Hinweise zum französischen Recht, Herrn *Prof. Dr. Andreas Piekenbrock* unter anderem für zahlreiche Hinweise im Rahmen der Disputation.

Herr *Prof. Dr. Wojciech Dajczak* (Poznań) hat eine eingehende Stellungnahme zu meinem Abschnitt über das polnische Recht abgegeben, die mir in der Vorbereitung der Drucklegung äußerst wertvoll war. Ihm ist es auch zu verdanken, dass ich in Poznań mehrere Wochen am Abschnitt über das polnische Recht schreiben und zudem dort vor polnischen Studenten deutsches Recht unterrichten durfte.

Frau *Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud* und ihre Mitarbeiter haben meinen Aufenthalt am Institut für Zivilrecht der Universität Wien sehr gut betreut. Frau *Liliane Nau*, maître de conférences in Nancy, und die *école doctorale* des *Institut François Gény* ermöglichten mir einen sehr anregenden Forschungsaufenthalt in Nancy.

Herrn *Prof. Dr. Benoît Frydman* (Brüssel) danke ich für weiterführende methodologische Hinweise.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes e. V. förderte nicht nur mein Studium, sondern auch mein Promotionsvorhaben mit großzügigen Stipendien sowie u. a. einem Intensivsprachkurs in Rom, der mir dabei half, zentrale romanistische Texte aus dem italienischen Sprachraum zu meinem Thema zu erschließen.

Meinen Ausbildern in Kandel, den Herren Notaren *JR Dr. Robert Kiefer* und *Dr. Christian Pohl*, danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkos-

tenzuschusses. Auch danke ich ihnen für die fundierte praktische Ausbildung, die manchen Abschnitt in meiner Arbeit nachträglich noch beeinflusst hat.

Herr *Dr. Dominik Braun, LL.M.*, war ein kritischer Leser mehrerer Textstufen meiner Arbeit, ebenso wie mein Lebensgefährte, Herr *Ref. iur. Peter Störzer*, der auch die Formatierung meiner Arbeit sowie zahlreiche Gänge in die Bibliothek übernommen hat. Ohne ihn wäre die Arbeit nicht rechtzeitig fertig geworden.

Das Buch enthält Zusammenfassungen in mehreren Sprachen. Die Rohübersetzungen stammen teilweise von professionellen Übersetzern. Sie wurden dankenswerterweise überarbeitet bzw. erstellt von Frau *mag. Joanna Kruszyńska-Kola* (polnische Fassung), Herrn *Dr. Tommaso Beggio* (italienische Fassung) und *Herrn Ref. iur. Peter Störzer* sowie *Frau Gisela Kalich* (englische Fassung). Ihnen habe ich daher ebenfalls zu danken.

Dem Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Herrn *Dr. Franz-Peter Gillig* und Frau *Daniela Zeiler*, danke ich für die hervorragende Betreuung während der Lektorierung und Drucklegung.

Am meisten zu danken habe ich meiner Mutter, Frau *Charlotte Raff*. Ihr widme ich dieses Buch.

Thomas Raff, im Juni 2017

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis XXV

§ 1 Einleitung 1
A. Einführung 1
B. Fragen, Methoden 1
C. Überblick über den Gang der Untersuchung 11

§ 2 Der Verwendungsbegriff und die Verwendungskategorien 13
A. Einleitung 13
B. Der Verwendungsbegriff 14
C. Die Verwendungskategorien 28
D. Ergebnisse 69

§ 3 Die Zuordnung der Nutzungen zum redlichen Besitzer 70
A. Nutzungen 70
B. Zuordnungsfragen 71
C. Hintergründe des Privilegs des gutgläubigen Besitzers 82
D. Auswirkungen auf das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen . 91
E. Ergebnisse 91

§ 4 Das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 93
A. Einleitung 93
B. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten 93
C. Fruchtziehungskosten 116
D. Weitere Verrechnungsfragen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 119
E. Ergebnisse 123

§ 5 Weitere Verrechnungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch . . . 125
A. Einleitung 125
B. Gutgläubige Verwender 127
C. Bösgläubige Verwender 136

D. Exkurs: Verortung im Allgemeinen Teil 160
E. Ergebnisse 161

§ 6 Rückblicke 162
A. Einleitung 162
B. Das 19. Jahrhundert 162
C. Rom 240
D. Die Zwischenzeit 292
E. Ergebnisse 293

§ 7 Rechtsvergleichung 295
A. Methodische Vorfragen 296
B. Frankreich 304
C. Österreich 352
D. Polen 397
E. Zusammenfassung 431

§ 8 Die Bedeutung von Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung für die Gesamtkonzeption des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses 433
A. Einleitung 433
B. Stand der Forschung zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 434
C. Eigenständige Bedeutung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (Sacherhaltungsprinzip) 458
D. Ausblicke 477
E. Ergebnisse 480

§ 9 Zusammenfassung in Thesen 481

§ 10 Zusammenfassungen in fremden Sprachen 487
A. Quadro riepilogativo delle tesi principali 487
B. Le résumé 493
C. Podsumowanie: tezy 499
D. Abstract 505

Literaturverzeichnis 511
Verzeichnisse 553

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XXV

§ 1 Einleitung 1

A. Einführung 1

B. Fragen, Methoden 1
I. Problemaufriss zu §§ 994 Abs. 1 S. 2, 995 S. 2 BGB 2
1. Beispiele für gewöhnliche Erhaltungskosten und Lasten 2
2. Der Bezug zu den Nutzungen 3
a) Definition der gewöhnlichen Erhaltungskosten 4
b) Gründe für den Abzug 4
c) Die Frage nach dem Prinzip der Verrechnung 4
II. Andere Normenkomplexe im BGB 4
1. Das Prinzip der Verrechnung 5
2. Leistungsfähigkeit der vielfältigen Regelungssysteme 5
III. Rückblicke 5
1. 19. Jahrhundert 6
2. Römische Erfahrungen 6
IV. Rechtsvergleichung 7
1. Methoden 7
2. Länderauswahl 7
V. Mögliche Schlussfolgerungen aus der Anlage der Arbeit 9
1. Konzeptionelle Fragen 9
2. Auswirkungen auf die Konkurrenzen 10
VI. Methodenfragen 11

C. Überblick über den Gang der Untersuchung 11

§ 2 Der Verwendungsbegriff und die Verwendungskategorien 13

A. Einleitung 13

B. Der Verwendungsbegriff 14
I. Enger Verwendungsbegriff 15
II. Weiter Verwendungsbegriff 16

III. Weiter Verwendungsbegriff mit Einschränkungen auf der Rechtsfolgenebene . . . 17
IV. Stellungnahme . . . 17
1. Auslegung . . . 18
a) Wortlaut von §§ 994, 996 BGB . . . 18
b) Subjektiv-historische Auslegung . . . 18
c) Erweiternd-historische Auslegung . . . 19
d) Systematisch-teleologische Argumente . . . 22
2. Einschränkungen auf der Rechtsfolgenebene . . . 24
3. Hintergrund der Einschränkungslehren . . . 24
4. Vorschau: Ergebnisse der Rechtsvergleichung . . . 26
5. Exkurs: Kontinuität in der BGH-Rechtsprechung . . . 26
V. Ergebnis . . . 27

C. Die Verwendungskategorien . . . 28
I. Notwendige Verwendungen . . . 28
1. Die Notwendigkeit . . . 28
a) Ausgangspunkt . . . 28
b) Bedeutungswandel . . . 29
aa) Nationalökonomische Betrachtungsweise von Petrażycki 29
(1) Zur Person . . . 29
(2) Zur Sache . . . 30
(3) Einordnung . . . 31
(4) Bewertung . . . 33
bb) Rezeption der Lehre von Petrażycki in Lehre und Rechtsprechung . . . 35
(1) Schrifttum . . . 35
(2) Reichsgerichtliche Rechtsprechung . . . 36
(3) Aufnahme der Rechtsprechung in der Literatur . . . 38
(4) Zwischenfazit . . . 39
cc) Festhalten am gemeinrechtlichen Verständnis . . . 40
dd) Aktueller Stand der Dogmatik . . . 40
c) Bewertung . . . 42
2. Fortdauernder Erfolg . . . 43
3. Konzept von § 994 Abs. 1 BGB . . . 45
a) Bereicherungsrechtlicher Hintergrund . . . 46
aa) Stand der Forschung . . . 47
bb) Stellungnahme . . . 49
(1) Unwiderlegliche Vermutung . . . 49
(2) Prozessuale Bedenken . . . 50
(3) Der Bereicherungsanspruch . . . 51
b) Verlustabwälzung . . . 52
c) Vertypter Entreicherungstatbestand . . . 53
d) Sacherhaltung . . . 53

4. Fazit 55
II. Lasten als notwendige Verwendungen 56
III. Nützliche Verwendungen 57
1. Qualifikation der Werterhöhung 57
a) Sichtweise des Eigentümers 58
b) Sichtweise des Verwenders 58
c) Objektive Sichtweise 58
d) Objektiv-subjektive Sichtweise 58
e) Verschiebungen in den Kategorien 59
f) Stellungnahme 59
g) Zwischenergebnis 60
2. Bereicherungsrechtlicher Hintergrund 60
a) Rechtsnatur 61
b) Bereicherungsrechtliche Konkurrenzen 61
aa) Pinger und Canaris 62
bb) Stellungnahme 63
cc) Zwischenergebnis 65
c) Rückblickender Exkurs: Herkunft des subjektiven Denkens . 65
3. Exkurs: Abgrenzung zur Verarbeitung 67
4. Fazit 68
IV. Luxusverwendungen 68

D. Ergebnisse 69

§ 3 Die Zuordnung der Nutzungen zum redlichen Besitzer 70

A. Nutzungen 70

B. Zuordnungsfragen 71
I. Dingliche Zuordnung gem. § 955 Abs. 1 BGB 72
II. Schuldrechtliches Behaltendürfen gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB . . . 73
1. Der Grundsatz des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB 73
2. Korrekturen bei doppelnichtigen Rechtsgeschäften 74
a) Dogmatische Gründe 76
aa) Übersicht über die Literatur 76
bb) Stellungnahme 77
(1) Gesetzgebungsgeschichte und Folgerungen 77
(2) Bedeutung von Trennungs- und Abstraktionsprinzip . 79
(3) Praktische und teleologische Erwägungen 79
cc) Zwischenfazit 80
b) Strukturelle Schwächen des Bereicherungsrechts 80
c) Zwischenfazit 81
3. Ergebnis 81
III. Exkurs: Generelle Ersatzpflicht für den bösgläubigen Besitzer 81

C. Hintergründe des Privilegs des gutgläubigen Besitzers 82
I. Rangprinzip 83
II. Ausgleich für das Fehlen des Lösungsrechts 83
III. Zurechnungsprinzip 84
IV. Produktionsprinzip 84
V. Vertrauensschutzprinzip 87
VI. Putativeigentum 88
VII. Sacherhaltungs- und Investitionsschutz 89
VIII. Zwischenfazit 90

D. Auswirkungen auf das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen . 91

E. Ergebnisse 91

§ 4 Das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 93

A. Einleitung 93

B. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten 93
I. Einleitung 93
II. Die Abgrenzung der gewöhnlichen von den außergewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten 95
1. Periodizität 97
2. Vorhersehbarkeit 98
3. Umfang 98
4. Kombination von Anfall und Umfang 99
5. Bezug zu den Nutzungen 100
6. Die ordentlichen und außerordentlichen Lasten 101
7. Fazit: „Arbeitsbegriff“ 102
III. Erläuterung des Pauschalmechanismus der gewöhnlichen Erhaltungskosten 103
1. Vermeidung von Rechnungen 103
2. Prozessuale Vorteile 105
3. Materielle Begründung 106
4. Keine Abweichungen 106
IV. Hintergrundüberlegungen 108
1. Vorteilsausgleichung 109
2. Vertragsnachbildung 110
3. Erklärungsversuch mit der Eigengeschäftsführung (§ 687 BGB) . 111
4. Der Gedanke des Eigentumsschutzes 112
5. Bereicherungsrechtliche Überlegungen 113
6. § 994 Abs. 1 S. 2 BGB als Gefahrtragungsregel 114
7. Gewöhnliche Erhaltungskosten als Einkommensverwendungen . 114
8. Ausgleich der Produktionsfaktoren 115

9. Fazit 116

C. Fruchtziehungskosten 116
1. § 102 BGB 116
2. § 998 BGB 118
3. Zwischenergebnis 119

D. Weitere Verrechnungsfragen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 119
I. Nützliche Verwendungen und Nutzungen des gutgläubigen Besitzers 119
II. Nutzungen und Verwendungen des bösgläubigen Besitzers 120
III. Verhältnisse infolge von § 988 BGB 121
IV. Fazit 123

E. Ergebnisse 123

§ 5 Weitere Verrechnungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch . . . 125

A. Einleitung 125

B. Gutgläubige Verwender 127
I. Rückgewährschuldverhältnis bei gesetzlichem Rücktrittsrecht 127
1. Frühere Rechtslage 127
2. Heutige Rechtslage 128
a) Verwendungen und Nutzungen in § 347 BGB 128
b) Kombination von Rücktritt und Schadensersatz 131
c) Zwischenfazit 134
II. Erbschaftsanspruch 134
III. Fazit 136

C. Bösgläubige Verwender 136
I. Recht der Schuldverhältnisse 137
1. Rückgewährschuldverhältnis 137
2. Leihe 137
3. Pacht 139
a) Allgemeines 139
b) Landpachtvertrag 140
aa) Überblick über den Verwendungsersatz im Landpachtvertrag 140
bb) Die gewöhnlichen Ausbesserungen in § 586 Abs. 1 S. 2 BGB 141
cc) Abweichungen von § 994 Abs. 1 S. 2 BGB 142
4. Zwischenfazit zu vertraglichen Abwicklungsmechanismen 143
II. Sachenrecht 143
1. Vormerkung 143
2. Fund 145

3. Nießbrauch 146
a) Überblick über die Vorschriften zur Erhaltung des Nießbrauchgegenstands 146
b) § 1041 S. 2 BGB 147
aa) Vorhersehbarkeit 148
bb) Periodizität 148
cc) Umfang 149
dd) Verhältnis zu § 1050 BGB 149
ee) Verhältnis zu § 1049 BGB 150
ff) Beispiele 150
c) Rekurse auf die Wirtschaftlichkeit 151
d) Fazit zu den Regelungen des Nießbrauchs 152
4. Zwischenfazit zu den sachenrechtlichen Abwicklungsmechanismen 152
III. Erbrecht 152
1. Vor- und Nacherbschaft 152
a) Allgemeines 153
b) Gewöhnliche und außergewöhnliche Erhaltungskosten 153
c) Hintergründe der Unterscheidungskriterien 155
d) Zwischenfazit zu Vor- und Nacherbschaft 155
2. Vorvermächtnis/Nachvermächtnis 156
3. Erbschaftskauf 158
4. Zwischenfazit zu den erbrechtlichen Abwicklungsmechanismen . 159

D. Exkurs: Verortung im Allgemeinen Teil 160

E. Ergebnisse 161

§ 6 Rückblicke 162

A. Einleitung 162

B. Das 19. Jahrhundert 162
I. Gesetzgebungsgeschichte 163
1. Teilentwurf Sachenrecht (Johow) 164
a) Verwendungsersatz 164
b) Fruchtzuordnung 165
c) Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 166
d) Zwischenfazit 167
2. Regelungen des Ersten Entwurfs 167
a) Verwendungsersatz 167
aa) Erste Kommission 167
bb) Vorkommission des Reichsjustizamts 169
cc) Zwischenergebnis 169
b) Nutzungszuordnung 169

aa) Erste Kommission 169
(1) Die dingliche Seite 169
(2) Die schuldrechtliche Bestätigung 170
bb) Vorkommission des Reichsjustizamts 171
c) Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 172
aa) Erste Kommission, Querverbindungen zum Nießbrauch . 172
bb) Vorkommission des Reichsjustizamts 178
d) Zwischenfazit 179
3. Zweiter Entwurf 180
a) Verwendungsersatz 180
b) Nutzungszuordnung 182
c) Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 182
aa) Vor- und Nachteilsausgleichung 183
bb) Pauschallösung 185
cc) § 994 Abs. 1 S. 2 BGB als Gefahrtragungsregel 186
dd) Tilgung des wirtschaftlichen Rekurses 187
d) Zwischenfazit 187
4. Revision des Zweiten Entwurfs 187
5. Fazit zur Gesetzgebungsgeschichte 188
II. Pandektistik 188
1. Einleitung 188
2. Tour d'horizon 190
a) Glück, Pandekten (1807) 190
aa) Grundsätzliche Fragen 190
bb) Verwendungsersatz 190
cc) Fruchtzuordnung 191
dd) Verhältnis von Verwendungen und Früchten 191
ee) Bewertung 193
b) Thibaut, System des Pandekten-Rechts (8. Aufl. 1834) 193
c) Savigny 194
d) Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts (1. Aufl. 1827; 4. Aufl. 1831) 195
aa) Regelungen im Allgemeinen Teil 195
bb) Einzelheiten zum Verwendungsersatz und zur Nutzungszuordnung 196
cc) Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 196
dd) Bewertung 197
e) Puchta, Pandekten (3. Aufl. 1845) 197
aa) Einzelheiten 198
bb) Bewertung 198
f) Tigerström (1836) 199
g) Vangerow (1. Aufl. 1838; 7. Aufl. 1863/1876) 199
h) Heimbach (1843) 200

i) Sell (1844) 200
aa) Sells Konzeption des Verwendungsersatzes 200
bb) Auswirkungen auf die Einzelheiten des Verwendungsersatzes 201
cc) Bewertung 202
j) Arndts (1. Aufl. 1852; 6. Aufl. 1868; 10. Aufl. von Pfaff/Hofmann 1879) 203
k) Leist 203
aa) Konzeption 204
bb) Einzelheiten zum Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 204
cc) Die Verwendungskategorien 205
dd) Bewertung und Einordnung 207
(1) Konzeption 207
(2) Verhältnis von Verwendungen und Früchten 208
l) Windscheid (1. Aufl. 1862; 3. Aufl. 1870; 6. Aufl. 1887) 208
aa) Verwendungsersatz 209
(1) Überblick 209
(2) Materielle Sichtweise 209
(3) Konzeptionelle Festlegung 210
bb) Fruchtzuordnung 211
cc) Verhältnis von Verwendungen und Früchten 212
dd) Bewertung 215
m) Koeppen 216
aa) Die Begründung des Fruchtziehungsrechts bei Koeppen 216
bb) Ökonomische Überlegungen 216
cc) Bewertung 218
n) Brinz (2. Aufl. 1873) 218
o) Dernburg (1. Aufl. 1884; 5. Aufl. 1896) 219
aa) Konzeption in den ersten vier Auflagen 219
bb) Konzeptionsänderung 220
cc) Zwischenfazit 221
3. Bewertung 221
a) Verwendungsersatz 222
b) Zur Zuordnung der Früchte 223
c) Zur Verrechnung 223
d) Diskussion über den Standort des Verwendungsersatzes 224
e) Diskussion über die prozessuale Einkleidung 224
III. Territorialkodifikationen 225
1. CMC 225
a) Allgemeines 225
b) Überblick über die Regelungen zu Verwendungen und Nutzungen 225

c) Das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 227
d) Bewertung 229
2. ALR 229
a) Allgemeines 229
aa) Aufbau 229
bb) Konzeptionelle Stellungnahmen 230
cc) Praktische Bedeutung 231
b) Überblick über den Verwendungsersatz 231
c) Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 233
d) Bewertung 234
3. Sächsisches BGB 235
a) Allgemeines 235
b) Überblick 236
c) Das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen 237
d) Bewertung 239
4. Zusammenfassung 239
IV. Ergebnisse 240

C. Rom 240
I. Vorüberlegungen 240
II. Quellenanalyse 242
1. D. 6. 1. 48 – *Papinianus libro secundo responsorum* 242
a) Text 242
b) Inskription/Einordnung 244
c) Sachverhalt 244
d) Sachziel 245
e) Prozesssituation 246
f) Probleme der Stelle 248
aa) Verwendungsarten 248
bb) Verhältnis von Früchten und Sachverwendungen 250
(1) Papinians Lösung 250
(2) Überlegungen zur Fruchtzuordnung 255
(a) Julian (7 dig.), D. 22,1,25,1 255
(b) Pomponius (22 ad Quint. Muc.), D. 22,1,45 259
(c) Paulus (7 ad Plaut.), D. 41,1,48pr 260
(d) Paulus (23 ad edict.), D. 10,1,4,2 261
(e) Pap. (11 resp.), D. 20,1,1,2 262
(f) I. 2,1,35 263
(3) Schlussfolgerungen für das Verhältnis von Früchten und Verwendungen 264
(a) Arbeit, Boden und Kapital als Produktionsfaktoren 264
(b) Konzept der Vorteilsausgleichung 268
(c) Bildung von Unterkategorien 269

(d) Prozessuales Erklärungsmodell 269
(e) *Loco domini paene est* 270
(f) Zwischenergebnis 271
(4) Verbreiterung der Untersuchung 272
2. D. 6,1,65 pr. – *Papinianus libro secundo responsorum* 272
a) Text 272
b) Inskription/Einordnung 272
c) Sachverhalt 272
d) Prozesssituation 273
e) Rechtsprobleme 274
3. Weitere Quellen 275
a) Zur Verrechnung 275
aa) Pap. (11 resp.), D. 20,1,1,4 275
bb) aus der *hereditatis petitio* 276
(1) Quellenmaterial zu den Fruchtziehungskosten 277
(2) Quellenmaterial zu den Sachverwendungen 279
(3) Zwischenfazit 282
cc) aus dem Dotalrecht 282
dd) Zwischenfazit zur Verrechnung 284
b) Die gewöhnlichen Erhaltungskosten 285
aa) *actio de usufructu* 285
bb) *actio rei uxoriae* 286
(1) Neraz (2 membr.), D. 25,1,15 286
(2) Paul. (7 ad Sab.), D. 25,1,12 288
cc) *actio commodati contraria* 289
dd) Zwischenfazit zu dem *modicum*-Kriterium 290
III. Bewertung 291

D. Die Zwischenzeit 292

E. Ergebnisse 293

§ 7 Rechtsvergleichung 295

A. Methodische Vorfragen 296
I. Funktionelle Rechtsvergleichung 297
II. Kulturell-relative Rechtsvergleichung 299
III. Rückführung 302
IV. Zwischenergebnis 303

B. Frankreich 304
I. Einleitung 304
II. Die Vindikation und ihre Folgen 306
1. Bedeutung der *action en revendication* und ihrer Folgen 307
2. Gesetzliche Regelungen und dogmatische Einordnung 309

III. Begrifflichkeiten 311
1. *Bien* und *chose* 311
2. *Impenses*/*dépenses* 312
3. *Fruits*/*produits* 312
4. Der *compte de restitution* 313
IV. Verwendungsersatz 314
1. Die Regelung von Art. 555 C.civ. 314
a) Der Grundsatz 315
b) Das Privileg nach Art. 555 Abs. 4 C.civ. 315
c) Die Abgrenzung von den *impenses* 317
2. Die (komplementäre) *théorie des impenses* 319
a) Grundlagen und Herkunft der *théorie des impenses* 319
aa) Grundlagen und Herkunft im Allgemeinen 319
bb) Die Bedeutung von Art. 1381 C.civ im Besonderen. 322
b) Notwendige Verwendungen (*impenses nécessaires*) 323
c) Nützliche Verwendungen (*impenses utiles*) 327
aa) Voraussetzungen des Ersatzes 327
bb) Ersatzumfang 329
(1) Doppelte Beschränkung 330
(2) Objektiver Wert 331
(3) Zeitpunkt der Wertbestimmung 331
d) Luxusverwendungen (*impenses voluptuaires ou somptuaires*) 332
e) Zusammenfassung 332
V. Zuordnung der Früchte 333
1. Weitgehendes Fehlen von Begründungsansätzen 334
2. Pothiers frühe Begründungsversuche 334
3. Haftungsfreistellung 335
4. *Pro cultura et cura* 336
5. Fortsetzung der Regel „*la possession vaut titre*“ 336
VI. Verhältnis von Verwendungen und Früchten 337
1. Fruchtziehungskosten 337
2. Früchte und Sachverwendungen 338
a) Die Unterhaltungskosten 339
b) Genaue Verrechnung von Verwendungen und Früchten 341
c) Ablehnung der Verrechnungsthesen 341
d) Gründe für die Verrechnung 342
e) Zwischenfazit zur Verrechnung 344
f) Exkurs: Die sog. *école de l’exégèse* und der Einfluss der Pandektistik 345
VII. Vergleich mit dem Nießbrauch 347
1. Anwendungsprobleme heute 348
2. Redaktionsprozess 349
3. Fazit 350

VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse zum französischen Teil 350
IX. Exkurs: Änderungen durch die Schuldrechtsreform 351

C. Österreich 352
I. Einleitung 352
II. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 354
1. Voraussetzungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses 355
2. Praktische Funktion des Rechtsinstituts 356
III. Begriffe 359
1. Sachbegriff 359
2. Nutzungen 359
3. Aufwand 360
4. Lasten 361
5. Bauführung auf fremdem Grund, §§ 417 bis 419 ABGB 361
6. Redlichkeit 362
IV. Aufwandsersatz 362
1. Notwendiger Aufwand 363
2. Nützlicher Aufwand 364
3. Luxusaufwand 365
4. Verhältnis von Aufwandsersatz nach § 331 ABGB zu § 418 ABGB 366
5. Zusammenfassung 367
V. Nutzungszuordnung 367
1. Herrschender Ansatz in Rechtsprechung und Lehre 368
a) § 330 ABGB als lediglich sachenrechtliche Zuordnungsvorschrift 368
b) Normzweckorientierte Korrektur über das Bereicherungsrecht 368
aa) Fallkonstellationen 369
bb) Korrrekturmechanismus 370
cc) Begründung für die Zuordnung der Nutzungen 372
dd) Zwischenergebnis 373
2. Gegenansicht in der Literatur 373
3. Stellungnahme 374
a) Methodologie 374
b) Wortlaut 375
c) Systematik 375
d) Normzweck 376
e) Gesetzgebungsgeschichte 377
f) Hintergrund der Dogmatik 377
4. Zwischenfazit 381
VI. Verhältnis von Aufwand und Nutzungen 382
1. Bedeutung der Verrechnung von Aufwand und Nutzungen in Österreich 382

2. Geltendes Recht . . . 383
a) 19. Jahrhundert . . . 383
aa) Frühe Kommentare . . . 384
bb) Nach der beginnenden Pandektisierung . . . 386
cc) Zwischenergebnis . . . 386
b) Zeitgenössische Dogmatik . . . 387
c) Bewertung . . . 388
3. Gesetzgebungsgeschichte . . . 389
a) Vorentwürfe . . . 390
aa) Codex Theresianus . . . 390
bb) Entwurf Horten (1774) . . . 390
cc) Entwurf Martini . . . 391
b) ABGB . . . 392
aa) Diskussion um den Urentwurf (Teil II, § 53) – Erste Lesung . . . 392
bb) Diskussion um den Revisionsentwurf (Teil II, § 45) . . . 393
c) Bewertung . . . 393
d) Exkurs: Zeillers Erstkommentierung des ABGB . . . 394
VII. Zum Vergleich: Das Recht der Fruchtnießung, §§ 509 ff. ABGB . . . 395
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse zum österreichischen Recht . . . 395

D. Polen . . . 397
I. Einleitung . . . 397
II. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im polnischen Recht . . . 398
III. Der Verwendungsbegriff im polnischen Recht . . . 400
IV. Verwendungsersatz . . . 400
1. Ersatz für Sachverwendungen nach Art. 226 KC . . . 401
a) Notwendige Verwendungen . . . 403
b) Andere als notwendige Verwendungen . . . 404
2. Der Bau auf fremdem Grund, Art. 231 KC . . . 405
a) Konzeption . . . 405
aa) Anspruch des Eigenbesitzers . . . 406
bb) Anspruch des Eigentümers . . . 406
cc) Konkurrenzen . . . 407
dd) Rechtsnatur . . . 408
ee) Vorbilder . . . 408
b) Auslegungsschwierigkeiten . . . 409
aa) Bezugspunkt der Gutgläubigkeit . . . 409
bb) Gebäude/Einrichtung . . . 411
cc) Bedeutende Wertüberschreitung . . . 412
dd) Beschränkter Eigentumsübergang . . . 412
3. Fruchtaufwendungen . . . 413
V. Nutzungszuordnung . . . 413

VI. Begrenzung des Ersatzes für notwendige Verwendungen durch gezogene Nutzungen . . . 415
1. *Kodeks cywilny* von 1964 . . . 415
2. Rückblicke . . . 419
a) Kommissionsarbeiten von 1919–1939 (1941) . . . 419
aa) Entwurf nach erster Lesung von 1937 . . . 420
bb) Entwurf nach zweiter Lesung von 1939/1941 . . . 420
cc) Zwischenfazit . . . 421
b) Sachenrecht aus dem Jahr 1946 . . . 421
c) Vorentwürfe zum *Kodeks cywilny* . . . 424
3. Zwischenfazit . . . 425
VII. Vergleich mit dem Nießbrauch . . . 425
VIII. Exkurs: Konkurrenzen zum Bereicherungsrecht . . . 427
IX. Zusammenfassung der Ergebnisse zum polnischen Teil . . . 430

E. Zusammenfassung . . . 431

§ 8 Die Bedeutung von Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung für die Gesamtkonzeption des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses . . . 433

A. Einleitung . . . 433

B. Stand der Forschung zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis . . . 434
I. Kritik am Eigentümer-Besitzer-Verhältnis . . . 434
1. Kritik *de lege lata* . . . 435
2. Kritik *de lege ferenda* . . . 440
3. Zwischenfazit . . . 442
II. Positive Bewertung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses . . . 442
III. Stellungnahme . . . 445
1. Korrekturen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses über das Bereicherungsrecht . . . 446
a) Der Hang zur Universalität . . . 447
b) Bedürfnisse der Praxis . . . 450
c) Zusammenfassung . . . 454
2. Ausweichen auf die Geschäftsführung ohne Auftrag . . . 454
3. Ausweichen auf das Deliktsrecht . . . 457
IV. Zusammenfassung . . . 457

C. Eigenständige Bedeutung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (Sacherhaltungsprinzip) . . . 458
I. Beschreibung des Konzepts . . . 458
1. Die Befugnisse des gutgläubigen Besitzers . . . 458
2. Das Verhalten des gutgläubigen Besitzers . . . 460
a) Der Idealfall des vernünftig handelnden Besitzers . . . 460

b) Der unvernünftig handelnde Besitzer 461
3. Der Freiheitsgedanke hinter den Regelungen der §§ 987 ff. BGB 462
a) Forschungsstand 462
b) Bewertung 462
c) Querverbindungen zu anderen Normenkomplexen 464
4. Moralisch-ethische Fragen 465
5. Einschränkungen mit Blick auf bewegliche Sachen 466
6. Zwischenfazit 466
II. Folgerungen 466
1. Schutz des Güterverkehrs 467
2. Begrenzungsfunktionen 469
3. Auswirkungen auf die Konkurrenzen 470
a) Freie (Teil-)Konkurrenz 470
b) Vorrang der §§ 987 ff. BGB 471
aa) Die Scharnierfunktion der Verrechnung 471
bb) Exkurs: Der Schadensersatz 472
4. Zusammenfassung 473
III. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als Grund-Abwicklungsmechanismus 474

D. Ausblicke 477
I. Eindrücke 477
II. Vorsichtige Hypothesen 479

E. Ergebnisse 480

§ 9 Zusammenfassung in Thesen 481

§ 10 Zusammenfassungen in fremden Sprachen 487

A. Quadro riepilogativo delle tesi principali 487

B. Le résumé 493

C. Podsumowanie: tezy 499

D. Abstract 505

Literaturverzeichnis 511

Verzeichnisse 553

1. Stichwortverzeichnis 553

2. Römische Rechtsquellen 563

Digesten 563
Institutionen (Justinian) 564
Konstitutionen 564

3. Territorialkodifikationen 564
Codex Maximilianeus Bavaricus 564
Preußisches Allgemeines Landrecht 564
Sächsisches BGB 564

4. Gesetzesverzeichnis 565
ABGB 565
AEUV 565
BGB 565
Code civil 567
Grundgesetz 567
Kodeks cywilny (KC) 567
InsO 568
VermG 568
ZPO 568
ZVG 568

5. Personenverzeichnis 568

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	Alte Fassung
AJPI	L'Actualité juridique : Propriété immobilière (bis 1998)
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano ‚Vittorio Scialoja'
BT-DS	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift, 1933–1945, hrsg. vom Reichsminister der Justiz)
DP	Jurisprudence Dalloz
Dz. U.	Dziennik Ustaw (= polnisches Gesetzesblatt)
EvBl.	Evidenzblätter, Beilage zur ÖJZ, österreichische Entscheidungen enthaltend
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIUNF	Glaser/Unger (Hrsg.), Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HKK	Historisch-Kritischer Kommentar
IR	Informations Rapides (Leitsatzabdruck im Recueil Dalloz)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter (österreichische Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau
JRP	Journal für Rechtspolitik (österreichische Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KC	Kodeks cywilny (polnisches Zivilgesetzbuch)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reicht
MP	Monitor Prawniczy (Rechtsbeobachter, polnische Zeitschrift)
N.	Zbiór Orczeczeń Sądu Najwyższego, Orzeczenia Izby Pierwszej (Cywilnej), Entscheidungssammlung des poln. OGH, Entscheidungen der Ersten Kammer (für Zivilsachen) im Zeitraum zwischen den beiden Weltkriegen
n. F.	Neue Fassung
NJ	Neue Justiz, Zeitschrift in der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR seit 1946, in der Bundesrepublik bis heute fortgeführt

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar
NP	Nowe Prawo (Neues Recht, polnische Zeitschrift)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich, Polen; je nach Kontext)
OIR	*Orbis Iuris Romani* – Journal of Ancient Law Studies
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich (Sammlung der Rechtsprechung polnischer Gerichte)
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej (Sammlung der Entscheidungen der Kammer für Zivilsachen des poln. OGH)
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna oraz Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Gemeinsame Sammlung der Entscheidungen der Kammer für Zivilsachen sowie der Kammer für Verwaltung, Arbeit und Sozialversicherungen, 1962–1994, mit mehrfacher Änderung der Bezeichnung der Kammern)
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
PS	Przegląd Sądowy (Rechtsprechungsnachlese, poln. Zeitschrift)
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen – Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein
SNIC	Sąd Najwyższy Izba Cywilna (poln. OGH, Kammer für Zivilsachen)
Sp.	Spalte
StudZR	Heidelberger Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft
SZ	Sammlung Zivilsachen; Sammlung bürgerlich-rechtlicher Entscheidungen des österreichischen OGH
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego (Privatrechtsumwandlungen, poln. Zeitschrift)
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
unv.	unveröffentlicht
wobl	Wohnrechtliche Blätter (österreichische Zeitschrift)
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Zak	Zivilrecht aktuell (österreichische Zeitschrift)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische bzw. germanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§ 1 Einleitung

A. Einführung

Gem. § 985 BGB muss der Besitzer die Sache an den Eigentümer so herausgeben, wie sie ist. Das kann zu Problemen führen, wenn der Besitzer die Sache beschädigt, Nutzungen aus ihr gezogen oder Verwendungen auf sie getätigt hat.[1]

Lösungen bieten die detaillierten Vorschriften der §§ 987–1003 BGB. Der Besitzer muss an den Eigentümer nach §§ 987 ff. BGB u. U. Nutzungsersatz und nach §§ 989 ff. BGB ggf. Schadensersatz leisten. Umgekehrt erhält der Besitzer vom Eigentümer nach Maßgabe der §§ 994 ff. BGB Verwendungsersatz.

Innerhalb des Verwendungsersatzes nimmt § 994 BGB eine zentrale Stellung ein. Die Vorschrift gewährt dem gutgläubigen Besitzer Ersatz für notwendige Verwendungen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten, § 994 Abs. 1 S. 2 BGB, und die ordentlichen Lasten, § 995 S. 2 BGB, muss der gutgläubige Besitzer hingegen selbst tragen, solange ihm die Nutzungen verbleiben. Der Einfachheit halber wird fortan für die Erhaltungskosten und die Lasten dasselbe Attribut verwendet: gewöhnlich. Ein inhaltlicher Unterschied ist damit nicht verbunden.

Diese beiden Vorschriften sind bislang noch nicht monographisch untersucht worden, obwohl sich an sie eine Reihe nicht unbedeutender Fragen knüpfen, die skizziert werden wollen (B.), bevor der Gang der Untersuchung präsentiert wird (C.).

B. Fragen, Methoden

Die Fragen beginnen bei § 994 Abs. 1 S. 2 und § 995 S. 2 BGB (I.), betreffen weitere Normenkomplexe im BGB (II.), berühren strukturelle Defizite in der Debatte der Pandektistik (III.) und bedürfen nicht zuletzt deswegen der Rechtsvergleichung (IV.). Hieraus lassen sich möglicherweise konzeptionelle Schluss-

[1] Der Besitzer kann die Sache darüber hinaus beispielsweise veräußert haben. Diese Frage regelt das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht selbst, so dass es über § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB weitere Anspruchsgrundlagen nicht sperrt. Den Erlös, den der Besitzer aus der Veräußerung erzielt hat, kann der ehemalige Eigentümer nach § 816 Abs. 1 BGB für sich beanspruchen.

folgerungen für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis insgesamt ziehen (V.). Zuletzt seien Methodenfragen skizziert (VI.).

I. Problemaufriss zu §§ 994 Abs. 1 S. 2, 995 S. 2 BGB[2]

Der Besitzer trägt, wie eben gesehen, die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten, solange ihm die Nutzungen verbleiben. Entsprechend lässt sich das Tableau an Fragen in die nach den Kategorien der gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten (1.) und nach dem Bezug zu den Nutzungen aufteilen (2.).

1. Beispiele für gewöhnliche Erhaltungskosten und Lasten

Was Rechtsprechung und Lehre unter gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten verstehen, wird in § 4 ausführlich besprochen.

An dieser Stelle mag es zunächst genügen, sie innerhalb von § 994 Abs. 1 BGB einzuordnen. Die nächsthöhere Kategorie ist die Sachverwendung, die in § 994 Abs. 1 BGB erscheint und für die der gutgläubige Besitzer grundsätzlich Ersatz erhält, § 994 Abs. 1 S. 1 BGB. Allein für die gewöhnlichen Erhaltungskosten muss er nach S. 2 selbst aufkommen. Die Sachverwendung erfasst entsprechend gewöhnliche wie außergewöhnliche Erhaltungskosten, von denen die ersten dem Besitzer, die zweiten dem Eigentümer gesetzlich zugewiesen werden.

Gewöhnlich meint dabei alltagssprachlich dreierlei: erstens: „durchschnittlichen, normalen Verhältnissen entsprechend; durch keine Besonderheit hervorgehoben oder auffallend; alltäglich, normal“; zweitens: „gewohnt, üblich“; drittens: „in Art, Erscheinung, Auftreten ein niedriges Niveau verratend; ordinär“.[3] Unsere Fragen bewegen sich in der Nähe der ersten beiden Bedeutungsgruppen. Die Alltagssprache hilft aber, wie auf den ersten Blick ersichtlich, bei der Konkretisierung nicht weiter.

Es überrascht auch daher nicht, dass aus der Unterscheidung Abgrenzungsprobleme entstehen. So mögen an dieser Stelle Beispiele die erste Orientierung darin verschaffen, was Rechtsprechung und Lehre gemeinhin unter §§ 994 Abs. 1 S. 2, 995 S. 2 BGB subsumieren. Gewöhnliche Erhaltungskosten liegen im Austausch zerbrochener Fensterscheiben und einzelner beschädigter Dachplatten. Der Anstrich im Inneren und Äußeren eines Gebäudes, die turnusmäßige Wartung von Kraftfahrzeugen wie auch sonstige kleinere, typischerweise regelmäßig anfallende Reparaturen oder Fütterungs- und Pflegekosten für Tiere stellen ebenfalls gewöhnliche Erhaltungskosten dar. Schon außergewöhnlich sollen hingegen der Austausch aller altersschwachen Fenster durch neue und die Neubedeckung des gesamten Daches sein. Wird ein Haus komplett neu ver-

---

[2] Der Forschungsstand wird in § 4 dargestellt.

[3] *Duden*, www.duden.de; zuletzt abgerufen im Dezember 2015.

putzt, ist auch dies außergewöhnlich. Dasselbe gilt heutzutage wohl auch für eine Generalüberholung eines Kraftfahrzeuges sowie größere Operationen an Tieren.[4] Entsprechendes kann man über gewöhnliche und außergewöhnliche Lasten sagen: Gewöhnlich ist Zahlung von Hypothekenzinsen; ihre Tilgung ist hingegen außergewöhnlich.[5]

Die Kriterien, die eine praktikable Abgrenzung erlauben, werden ebenfalls ausführlich in § 4 erörtert.

2. Der Bezug zu den Nutzungen

§ 994 Abs. 1 S. 2 BGB stellt eine Querverbindung zwischen den Verwendungen und den Nutzungen her, indem er sagt, der redliche Besitzer trage die gewöhnlichen Erhaltungskosten, solange ihm die Nutzungen verblieben. Das bereitet Probleme:

Ist der redliche Besitzer darum bemüht, die Sache zu pflegen, insbesondere wiederkehrende Reparaturen vorzunehmen, kann das bedeuten, dass er die Sache an den Eigentümer herausgeben muss, ohne Ersatz für die getätigten Investitionen verlangen zu können. Kommt hinzu, dass die Nutzungen hinter den Erwartungen zurückbleiben (oder sich gar nicht erst einstellen), decken diese die Erhaltungskosten möglicherweise nicht. Auch kann es sein, dass der Besitzer diese kleineren Reparaturen gerade erst vorgenommen hat und der Eigentümer kurz darauf vorstellig wird, bevor der Besitzer die Nutzungen überhaupt ziehen kann.

Im umgekehrten Fall ist denkbar, dass ein sorgloser Besitzer die Sache ausbeutet (ohne freilich übermäßige Früchte im Sinne von § 993 Abs. 1 S. 1 HS. 1 BGB zu ziehen)[6] und gleichzeitig allfällige Reinvestitionen unterlässt. Dieser Besitzer trägt keinerlei Verluste davon.

Bedeutet das nun, dass die Norm einen nachlässigen gutgläubigen Besitzer schützt, einen sorgfältigen hingegen belastet? Man könnte auf den ersten Blick meinen, den gutgläubigen Besitzer treffe – überspitzt gesagt – die Obliegenheit, die Sache zu vernachlässigen und gleichzeitig einen möglichst hohen kurzfristigen Nutzen aus ihr zu ziehen. Denn den Besitzer trifft keine Rechtspflicht, die Sache zu erhalten, vgl. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Kommt er ihr gleichwohl nach, muss er einen typisierten Teil der Erhaltungskosten, nämlich die „gewöhnlichen“, tragen.

Die Frage, ob sich der gewissenhafte gutgläubige Besitzer selbst benachteiligt, stellt sich zwar *ex ante* betrachtet kaum: Denn der gutgläubige Besitzer

---

[4] Siehe hierzu und zu weiteren Beispielen bereits jetzt Staudinger (2013)/*Gursky*, § 994, Rn. 18 f. Im Einzelnen wird hierauf in § 4 zurückzukommen sein.

[5] Statt aller Staudinger (2013)/*Gursky*, § 995, Rn. 6. Weiteres folgt in § 4.

[6] Diese muss der Besitzer stets herausgeben, siehe näher in § 3 zur Nutzungszuordnung zum gutgläubigen Besitzer.

meint, Eigentümer zu sein.[7] Im Nachhinein kann sich aber derjenige glücklich schätzen, der die Sache vernachlässigt hat.

Mit einer vergleichend-historischen Untersuchung soll daher folgenden, eng zusammenhängenden Fragen nachgegangen werden:

a) Definition der gewöhnlichen Erhaltungskosten

Erstens ist zu klären, was gewöhnliche Erhaltungskosten und Lasten sind. Hierfür bedarf es einer praktikablen Definition. Hierfür wiederum ist eine Untersuchung des Verwendungsersatzes erforderlich, denn die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten sind Teil der notwendigen Verwendungen, §§ 994, 995 BGB.

b) Gründe für den Abzug

Zweitens ist zu fragen, warum Verwendungen und Nutzungen im Rahmen von § 994 Abs. 1 S. 2 BGB dergestalt zueinander in Beziehung gesetzt werden, dass der Besitzer, der gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB die Nutzungen behalten darf, Verwendungsersatz nur erhält, soweit die Verwendungen über die gewöhnlichen Erhaltungskosten hinausgehen.

c) Die Frage nach dem Prinzip der Verrechnung

Drittens ist vor allem zu fragen, ob darin, dass Verwendungen und Nutzungen dergestalt „verrechnet“ werden, ein privatrechtliches Prinzip[8] gesehen werden kann. „Verrechnen“ meint hier und auch sonst im Text grundsätzlich nicht eine technische Aufrechnung.[9]

II. Andere Normenkomplexe im BGB

Erster Teil der vergleichenden Untersuchung ist ein kursorischer Blick auf Abwicklungsinstitute im BGB. Er wird uns bei der Suche nach dem vorgenannten Prinzip (1.) auch zu der Frage führen, ob eine Vereinheitlichung der Verwendungsersatzregeln zur Reduktion von Komplexitäten beitrüge (2.).

---

[7] Das gilt freilich nur für den gutgläubigen Eigenbesitzer. Auf diesen ist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aber zugeschnitten. Fortan ist mit gutgläubigem Besitzer regelmäßig der gutgläubige Eigenbesitzer gemeint. Mit Blick auf den gutgläubigen Fremdbesitzer, für den das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach richtiger Auffassung ebenfalls gilt, ist stets die Grenze von dessen Besitzrecht mitzudenken, siehe mit Nachweisen § 2, Fn. 329 und den Text dort.

[8] Siehe dazu, was in dieser Arbeit unter Prinzip zu verstehen ist, § 5 A.

[9] Dort, wo die technische Aufrechnung eine Rolle spielt, wird dies deutlich gemacht.

1. Das Prinzip der Verrechnung

Die Frage nach der inneren Verbindung zwischen Nutzungen und Verwendungen[10] ist nicht nur eine Spezialfrage des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Es wäre zwar vorschnell, darin ein Grundprinzip des BGB erkennen zu wollen.[11] Gleichwohl ist der Konnex zwischen Nutzungen und Aufwand im BGB häufig zu finden.[12] So häufig er zu finden ist, so ist er doch noch nicht umfassend untersucht worden. Im großangelegten Werk von *Pichonnaz* zur *compensation*[13] sucht man Hinweise zu gegenseitigen Verrechnungen etwa vergeblich.

2. Leistungsfähigkeit der vielfältigen Regelungssysteme

Selbst wenn ein Prinzip zu finden sein sollte, bedeutet dies nicht notwendig, dass die differenzierenden Regeln zugunsten eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus aufzugeben wären. Die Vielfalt ist möglicherweise erforderlich, um auf die konkreten Anforderungen des jeweiligen Mechanismus zu reagieren. Das Vindikationsfolgenrecht könnte dies exemplarisch belegen.[14]

Im Vorgriff sei folgende Hypothese formuliert: Die Aufgabe differenzierender Abwicklungssysteme zugunsten eines oder weniger (und überhaupt: welcher?) mag zwar eine Abstrahierung bedeuten; dies muss aber nicht notwendigerweise die Rechtsanwendung vereinfachen.

Gerade im Bereich des Verwendungsersatzes könnte eine gewisse Neigung zu einer bereicherungsrechtlichen Nivellierung bestehender Unterschiede *de lege lata* auch in ihren Prämissen angreifbar sein. Denn auf die Kasuistik des Verwendungsersatzes zeitigten vielfältige Gesichtspunkte Einfluss.[15] Ausgehend vom Verwendungsersatz und der Nutzungszuordnung lassen sich so auch Erkenntnisse über die Leistungsfähigkeit des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses selbst gewinnen.[16]

III. Rückblicke

Die Arbeit versucht, die Erfahrungen der Rechtsgeschichte ein Stück weit nachzuzeichnen. Im Ansatz umgekehrt chronologische Rückblicke auf das 19. Jahr-

---

[10] Man kann auch fragen, wie Nutzungen und Schadensersatz miteinander in Verbindung stehen. Siehe dazu *Emmerich* (1967), S. 46 ff. und S. 85.

[11] So aber etwa *Gernhuber* (1996), S. 696 ff. (700); Erman (2000)/*Hefermehl*, § 994, Rn. 6. Dazu näher in § 5. Noch allgemeiner *Manigk* (1910), S. 10 ff., der dieses Prinzip auch in anderen „Rechtskreisen" des Altertums wie dem nestorianischen gefunden haben will. Da mir entsprechende Sprachkenntnisse fehlen, muss es bei diesem Hinweis bleiben.

[12] Vgl. *Schön* (1992), S. 116; *Gernhuber* (1996), S. 696 ff. (700 f.). Zu einzelnen Verrechnungsnormen im BGB siehe ausführlich § 5.

[13] *Pichonnaz* (2001).

[14] Siehe § 8.

[15] Vgl. die Aufstellung bei *González-Palenzuela Gallego* (1998), S. 243.

[16] Siehe § 2 C. I. 3.a) und § 8 B. III.1.

hundert (1.) und auf das klassische römische Recht (2.) müssen u. a. wegen des breit angelegten rechtsvergleichenden Ansatzes genügen.

1. 19. Jahrhundert

Die Entwicklungen im 19. Jahrhundert sind für das Verständnis des BGB heute von zentraler Bedeutung. Es wird im Anschluss an eine Analyse der Gesetzgebungsgeschichte zu untersuchen sein, ob die Pandektistik ein (systematisches) Vindikationsfolgenrecht entwickelt hat. Die Vermutung liegt nahe, dass manche Probleme, die wir heute in der Anwendung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses haben, mit einer unzureichenden dogmatischen Durchdringung im 19. Jahrhundert zu tun haben.[17]

Der Rückblick soll um eine horizontal-vertikal angelegte Vergleichung mit drei Territorialkodifikationen erweitert werden. Horizontal meint dabei den historischen, vertikal den zu einem gegebenen Zeitpunkt in der Vergangenheit vergleichenden Gesichtspunkt.

Die Berücksichtigung möglichst vieler Entscheidungen der Obergerichte erlaubt Einblicke in Erfahrungen, die angesichts der Konstanz der Fragestellung auch heute noch von praktischem Interesse sind.

2. Römische Erfahrungen

Die Beleuchtung des 19. Jahrhunderts genügt nicht. Es wird sich zeigen, dass die Pandektistik aus den römischen Quellen zwar ein konzises und weitgehend konstantes Verwendungsersatzsystem konstruieren konnte. Dies gelang ihr aber nicht in gleichem Maße für die Zuordnung der Früchte[18] zum redlichen Besitzer.[19] Ein System fand sie nur mit sehr weitgehender Quellenharmonisierung. Vermutlich deswegen ist es mit Blick auf die Analyse der Verrechnung von Verwendungen und Nutzungen nur bei Ansätzen verblieben.[20]

Es wird anhand einer Untersuchung der wichtigsten Quellen zur Verrechnung von Verwendungen und Früchten sowie zur Zuordnung der Früchte zum gutgläubigen Besitzer zu untersuchen sein, welche Fallentscheidungen „der Römer“ getroffen hat und ob gerade (angebliche) Widersprüche zwischen den einzelnen Fällen einen Systementwurf im 19. Jahrhundert verhindert haben.

---

[17] Dazu ausführlich in § 6 B.

[18] Im 19. Jahrhundert war der weite Nutzungsbegriff noch nicht anerkannt; daher wird dort nur von Früchten (im Sinne von § 99 BGB) gesprochen. Differenzierungen und Unterschiede auch gegenüber § 99 Abs. 1 BGB werden an geeigneter Stelle berücksichtigt, soweit dies erforderlich ist.

[19] Siehe nur *Benedek* (1988), S. 79 ff. (100): „In Anbetracht der unüberbrückbaren Meinungsunterschiede scheint unsere Feststellung, daß die Pandektistik des 19. Jahrhunderts dieses für sich als schwierig erwiesene Problem nicht bewältigen konnte, keineswegs übertrieben zu sein.“

[20] Ausführlich in § 6 zur historischen Entwicklung.

Mit Blick auf die Verrechnung von Verwendungen und Früchten wird weiter zu analysieren sein, ob die bis heute genannten römischen Quellen zum Abzug der Früchte von den Verwendungen die Erhebung der Verrechnung zum Prinzip tragen.[21]

IV. Rechtsvergleichung

Die Arbeit will dem Leser ferner Einblicke in die Erfahrungen anderer Länder bieten. Das birgt Probleme hinsichtlich der Methoden (1.) ebenso wie mit Blick auf die Auswahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen (2.).

1. Methoden

Die Rechtsvergleichung ist in dieser Arbeit im Ansatz funktional angelegt, ein *best solution approach*, der der Aufbruchsstimmung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts geschuldet ist, wird aber unterbleiben. Auch zur Absicherung der gewonnenen vertikalen Einblicke erfolgt daher ein Rückblick auf die römischen Wurzeln durch Analyse einzelner Quellen.[22]

2. Länderauswahl

Die Arbeit konzentriert sich auf dogmatische und praktische Erfahrungen in Frankreich, Österreich und Polen.[23] Die wechselseitige Rezeption der wissenschaftlichen Ergebnisse dieser Staaten wird *en passant* anhand der gewöhnlichen Erhaltungskosten nachzuverfolgen versucht. Spezifische Erkenntnisse werden aber nur in Ansätzen zu finden sein.[24]

Es mag zunächst überraschen, dass die *Common Law*-Tradition in der Dissertation nicht verarbeitet wird. Dafür gibt es mannigfaltige Gründe.

Erstens ist das *Common Law* nach herrschender Ansicht vom *Civil Law* grundverschieden.[25] Es lässt sich mit herkömmlicher kontinentaler Dogmatik nicht erfassen, wie *Bucher* betont.[26] Zweitens muss sich dieser Beitrag ohnehin beschränken. Er konzentriert sich daher auf ausgewählte Rechtsordnungen Kontinentaleuropas, deren Staaten Mitglieder der Europäischen Union sind und

---

[21] Siehe ausführlich § 6 C.

[22] Siehe zu den Methoden noch unter VI. und zur rechtsvergleichenden Methode ausführlich in § 7 A.

[23] Zur Wahl gerade dieser Länder sogleich im Text.

[24] Siehe § 7 B, C und D.

[25] Mit Blick auf die römische Wurzel und die Ausstrahlung des Gemeinen Rechts ist das aber umstritten. Grdl. hierzu sind die Arbeiten *Zimmermanns*, etwa *Zimmermann* (1993), S. 121 ff. m. w. N., der das *Common Law* als Teil des europäischen *ius commune* sieht. Dagegen und generell gegen die Existenz eines wahrhaft europäischen *ius commune* pointiert *Osler* (2007), S. 169 ff. (speziell zu *Zimmermann* S. 178 ff.). „Zum Einfluss kontinentalen Rechts auf Juristen und Rechtskultur der USA“ siehe ferner *Carrington* (1995), S. 529 ff.

[26] *Bucher* (2010), S. 251 ff. (253).

es auch bleiben wollen.[27] Zu den Unionsmitgliedern gehört momentan zwar auch noch Großbritannien. Der sog. „Brexit" steht aber bekanntlich vor der Tür.[28] Drittens verweigert sich Großbritannien namentlich einer differenzierten Integration weit stärker, als es die kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten tun.[29] Eine zunehmende Integration im Privatrecht ist angesichts der Anzahl der Mitgliedstaaten indes nur kleinschrittig über Kooperationen einiger weniger europäischer Staaten möglich (mit *opt in*-Eintrittskarten), will man zu gleichermaßen kulturell tragbaren wie praktikablen Lösungen gelangen.[30]

Aus diesen Gründen ist eine Beschränkung auf Nachbarländer Deutschlands angebracht, die Mitglieder der Europäischen Union sind und zudem innerhalb der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen jeweils für eine andere Tradition stehen (Frankreich für den Code civil, Österreich für das ABGB, Deutschland für das BGB) oder, inspiriert von diesen Rechtsordnungen, teils neuartige Lösungen vorschlagen (Polen für den Kodeks cywilny). Trotz der Unterschiede finden diese Länder – wohl anders als die *Common Law*-Staaten[31] – ihre gemeinsame Wurzel im römischen Recht[32] und sind aus diesem Grund möglicherweise empfänglicher für gemeinsame Lösungen.

Im Übrigen sind Deutschland, Frankreich, Österreich und Polen wechselseitig miteinander verflochten:[33] Frankreichs Code civil hatte bekanntlich

---

[27] Siehe sogleich.

[28] Zu den juristischen Folgen des Brexit vgl. jetzt *Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel* (2017).

[29] Zur differenzierten Integration siehe die grundlegenden Sammelbände, jeweils herausgegeben von *Baldus/Jung* (2007); *Baldus/Müller-Graff* (2011); *Cachard/Nau* (2012); *Jung* (2013) und *Schulze* (2014).

[30] Auch das ist kein Garant für die Annäherung. Gemeinsame Rechtsüberzeugungen setzen, wie *Ranieri* (2011), S. 564 ff., überzeugend nachgewiesen hat, eine gemeinsame juristische Bildung voraus. Dies hielt die Rechtswissenschaft in Europa im 19. Jahrhundert vor, so *Ranieri*. Ähnlich bereits *Zajtay* (1957), S. 361 ff. (371 ff.). Heute gibt es doch einige Unterschiede, die den Vereinigungsprozess zumindest hindern könnten. Allgemein zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten in der Juristenausbildung vgl. die Beiträge in *Baldus/Finkenauer/Rüfner* (2011). Auch *Kötz* (2002), S. 257 ff. (260 f.) hält einen intensiven einheitsstiftenden wissenschaftlichen Austausch zwischen den Staaten für erforderlich. Vom Wettbewerb der Rechtsordnungen untereinander etwa im Verbraucherrecht (halbzwingend) darf man hingegen nicht erwarten, dass er hinreichend einigkeitsstiftend wirke. Die Rechtswahl als Wettbewerbsfaktor kann die Kosten der Rechtsordnungsvielfalt nicht ausgleichen, siehe dazu nur *Kieninger* (2002), § 12 (Zusammenfassung).

[31] *Bucher* (2010), S. 251 ff. (253). Siehe ferner nochmals Fn. 25. Einführend zudem *Schrage* (2002), S. 693 ff. Zum Thema der Verwendungen finden sich aber etwa Rekurse *amerikanischer* Gerichte auf entsprechende Digestenstellen (insb. D. 6,1,48 und D. 6,1,65 pr.), vgl. *Evjen* (1980), S. 213 ff. (222 f.).

[32] Das gilt auch für Polen, das unter dem Einfluss Deutschlands, Frankreichs und Österreichs im 20. Jahrhundert eine unter rechtsvergleichenden Maßstäben vorbildlich erarbeitete Kodifikation hervorbrachte. Für die Zeit vor den polnischen Teilungen ist der Einfluss des römischen Rechts auf Altpolen allerdings nicht unumstritten: siehe dazu in deutscher Sprache *Sondel* (1982), S. 343 ff. m. w. N.

[33] Was nicht heißt, dass zwischen den Rechtsordnungen dieser Ländern nicht weiterhin

große Ausstrahlungswirkung in Deutschland, in Polen und sogar in Ansätzen in später wieder österreichischen Territorien. Umgekehrt hatte die Pandektistik große Erfolge auch in Frankreich.[34] Österreichs frühe Dogmatik blieb nicht unbeeinflusst von der französischen Rechtswissenschaft, bevor es später die pandektistische Literatur rezipierte.[35] Polen wiederum übernahm im 20. Jahrhundert Konzepte aus Deutschland, Frankreich und Österreich, die im langen 19. Jahrhundert Polens Teilungsmächte gewesen waren.[36]

Es wird darauf verzichtet, dem Vergleich Länderberichte voranzustellen. Die Paragrafen über die einzelnen Länder enthalten bereits einen wertenden Vergleich zum deutschen Recht. Damit wird eine komplexe Darstellung, verbunden mit Redundanzen, hoffentlich vermieden.[37]

V. Mögliche Schlussfolgerungen aus der Anlage der Arbeit

Die bis dorthin gewonnenen Ergebnisse der Arbeit werden Anlass geben, erneut über die Konzeption des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nachzudenken (1.). Ein Konzept, sollte es dieses geben, hätte naturgemäß Auswirkungen auf die bis heute stark umstrittenen Konkurrenzen der §§ 987 ff. BGB (2.).

1. Konzeptionelle Fragen

§ 994 Abs. 1 S. 2 BGB ist zwischen zwei Binnensystemen „eingekeilt“: zwischen dem Verwendungsersatz (§§ 994 bis 1003 BGB) und dem Nutzungsersatz (§§ 987 bis 993 BGB). Die Binnensysteme werden umspannt durch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis insgesamt (§§ 987 bis 1003 BGB). Die Systeme sind teilweise bereits grundlegenden Untersuchungen unterzogen worden.[38] Allerdings scheinen viele sich davor gescheut zu haben, das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aus sich selbst heraus erklären zu wollen.[39] Nicht selten hält man es für überflüssig.[40] Die genauere Analyse von Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung erlaubt möglicherweise Rückschlüsse darauf, dass das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis leistungsfähiger ist als gemeinhin angenommen.

---

teils große dogmatische Unterschiede bestehen können. Mit Blick etwa auf Frankreich arbeitet solche *Weller* (2013), S. 1021 ff., heraus.

[34] Zu den Einzelheiten mit Nachweisen siehe § 7 B.

[35] Zu den Einzelheiten mit Nachweisen siehe § 7 C.

[36] Zu den Einzelheiten mit Nachweisen siehe § 7 D.

[37] Diese Gefahren sieht etwa *Tschentscher* (2007), S. 807 ff. (812).

[38] Siehe für den Verwendungsersatz aus jüngerer Zeit *Verse* (1999) und *Greiner* (2000).

[39] Bereits *Schulz* (1909), S. 1 ff. (316) schreibt insbesondere zur unterschiedlichen Regelung der Folgen der *hereditatis petitio* und derjenigen der *rei vindicatio*: *„Rationelle Gründe für diese [betr. §§ 994 ff. BGB] zerfahrene Normierung anzugeben, ist nicht möglich, in der Regel versucht man es auch gar nicht. Was man als solche vorgebracht hat, ist unhaltbar.“*

[40] Siehe ausführlich in § 8 zur Gesamtkonzeption.

Es dürfte in §§ 987–1003 BGB insgesamt, d. h. nicht nur innerhalb von § 994 BGB, um die Sacherhaltung und das berechtigte Vertrauen in Investitionen gehen. Die doppelte Differenzierung in gut- und bösgläubigen Besitzer, notwendige und nützliche Verwendungen sorgt für eine spezifische Chancen- und Risikozuordnung zwischen Eigentümer und Besitzer. Um die Sache zu erhalten, bekommt jeder Besitzer Ersatz für notwendige Verwendungen, gleichsam als Prämie für seine Bemühungen. Ist er gutgläubig, erhöht sich nicht nur der Umfang dessen, was er an notwendigen Verwendungen ersetzt verlangen kann, sondern er darf zudem die Nutzungen als Rendite behalten.[41]

Genau hier greift § 994 Abs. 1 S. 2 BGB als Scharniernorm zwischen Nutzungen und Verwendungen ein. Sie nimmt eine Feinabstimmung zwischen Rendite und Investition vor. Warum das so ist und wie die Feinabstimmung funktioniert, wird in den folgenden Paragrafen untersucht.[42]

Am Schutz der Sache selbst und des berechtigten Vertrauens in die Investition haben nicht nur Eigentümer und Besitzer Interesse, sondern auch die Allgemeinheit. Es spricht viel dafür, dass die §§ 987 ff. BGB weder einseitig den gutgläubigen Besitzer privilegieren noch möglichst weitgehend den Eigentümer schützen wollen, sondern dass *die Sache selbst* im Vordergrund steht.[43] Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis will möglicherweise für eine optimale Sachnutzung in der Zeit sorgen, in der Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Als Notordnung hilft es auch dem bösgläubigen Besitzer, allerdings unter Rückbindung an die Interessen des Eigentümers, § 994 Abs. 2 BGB.

2. Auswirkungen auf die Konkurrenzen

Lässt sich für die §§ 987 ff. BGB ein einheitliches Konzept begründen, liegt die Vermutung nahe, dass das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis eine Spezialregelung ist, die möglichst immer, d. h. unter allen zur Verfügung stehenden dogmatischen Anstrengungen, innerhalb seines Anwendungsbereichs (Voraussetzung ist eine Vindikationslage) Vorrang vor allen anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen genießt.[44]

---

[41] Zur Ergänzung: Die Regeln zum Schadensersatz dienen wohl der Risikoverlagerung: Derjenige, der mit berechtigtem Vertrauen investiert (oder es auch unterlässt, § 903 BGB analog), nimmt die Verschlechterung der Sache in Kauf; muss er sie im Anschluss zurückgeben, § 985 BGB, so muss er für den Verlust nicht noch weiter gerade stehen; es genügt, dass die Sache weg ist. Anders liegt es freilich in den Fällen der §§ 989, 990 BGB. Dort besteht kein berechtigtes Vertrauen in die (Nicht-)Investition. Dazu noch exkursartig in § 8 C. II.3.b)bb).

[42] Einen noch viel allgemeineren Zusammenhang zwischen Rendite und Investition hat *Petrażycki* schon im ausgehenden 19. Jahrhundert herzustellen versucht, *Petrażycki* (1892 und 1893–1895); zu ihm näher *Baldus/Raff* (2017). Siehe auch ausführlich in § 2 C. I. 1.b) zur Definition der notwendigen Verwendungen.

[43] Siehe hier nur *Wilhelm* (2016), Rn. 1305, und ausführlicher in § 8 C. I.

[44] Dazu ausführlich in § 8 C. II.3.

VI. Methodenfragen

Die Arbeit ist vergleichend angelegt. Die zu vergleichenden Rechtsmassen nehmen nach den Paragrafen zum Verwendungsersatz, zur Nutzungszuordnung und zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten stets zu.

Zunächst wird *innerhalb* des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses untersucht, inwiefern Verwendungen und Nutzungen *außerhalb* von §§ 994 Abs. 1 S. 2, 995 S. 2 BGB zusammenspielen. Es geht hier um spezifische Fragen zu § 996 BGB.

Im Anschluss wird anhand von Beispielen aus dem Sachen-, dem Schuld- und dem Erbrecht untersucht, ob und inwiefern das „In-Verhältnis-Setzen" von Verwendungen und Nutzungen durch ein bürgerlich-rechtliches Grundprinzip regiert wird.

Danach verlässt die Untersuchung das geltende deutsche Privatrecht. In einer wiederum horizontal-vertikal angelegten Vergleichung soll erstens anhand von punktuellen Rückblicken ein Eindruck vom Diskurs über den Verwendungsersatz im 19. Jahrhundert gewonnen werden: Die Gesetzgebungsgeschichte wird mit den Beiträgen führender Pandektisten zum Verwendungsersatz und den praktischen Erfahrungen dreier Territorialkodifikationen (CMC, ALR und sächsisches BGB) verglichen. Zweitens wird anhand einer Digestenexegese versucht, auf den Erfahrungsschatz klassischer römischer Juristen zurückzugreifen. Kernfigur ist *Papinian*.

Diese Rückblicke sind im Übrigen als Beitrag zu den Untersuchungen von *Baldus* zur objektiv-historischen Auslegung[45] gedacht, die nur dort praktisch werden kann, wo die historischen Erfahrungen bereits analysiert sind. Die hier gewonnenen Ergebnisse könnten etwa zur Klärung der Diskussion über den sog. „engen" Verwendungsbegriff beitragen.[46]

Zuletzt wird die Analyse auf Erfahrungen in der französischen, der österreichischen und der polnischen Rechtsordnung zurückgreifen und jeweils zum deutschen Recht in Bezug setzen.[47]

C. Überblick über den Gang der Untersuchung

Hieraus ergibt sich folgender Untersuchungsgang: § 2 untersucht Verwendungsbegriff und -kategorien, § 3 die Zuordnung der Nutzungen zum gutgläubigen Besitzer und § 4 die gewöhnlichen Erhaltungskosten selbst. § 5 skizziert das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen in anderen Restitutionskom-

[45] Dazu *Baldus/Vogel* (2006), S. 237 ff.; *Baldus* (2010), Rn. 218–222.
[46] Siehe dazu ausführlich in § 2 B.
[47] Zur rechtsvergleichenden Methode siehe bereits oben unter IV.

plexen des BGB. § 6 sucht nach den historischen, § 7 nach den Erfahrungen anderer Länder. In § 8 werden konzeptionelle Schlussfolgerungen für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gezogen. § 9 wird die Ergebnisse der Arbeit zusammenstellen und § 10 ist für Zusammenfassungen in Fremdsprachen (Italienisch, Französisch, Polnisch und Englisch) vorgesehen.

§ 2 Der Verwendungsbegriff und die Verwendungskategorien

A. Einleitung

Um die gewöhnlichen Erhaltungskosten analysieren zu können, braucht es zunächst eine hinreichend präzise Beschreibung des Verwendungsersatzes. Die in § 994 Abs. 1 S. 2 BGB genannten gewöhnlichen Erhaltungskosten sind eine Unterkategorie der notwendigen Verwendungen, und diese wiederum sind von den nützlichen Verwendungen zu unterscheiden. Auch kann bereits der Verwendungsbegriff darüber entscheiden, welche Art von Maßnahmen überhaupt ins Verhältnis zu den Nutzungen gesetzt wird, denn nach der Rechtsprechung liegt im Bau auf fremdem Grund regelmäßig keine Verwendung.[1]

Für diese Zwecke kann nur eingeschränkt auf monographische Untersuchungen zum Verwendungsersatz aus der jüngeren Zeit[2] zurückgegriffen werden, weil sie §§ 994 ff. BGB unter bereicherungsrechtlichen Auguren behandeln.

Hier soll stattdessen versucht werden, den Verwendungsersatz aus sich heraus und namentlich in Abgrenzung zum Bereicherungsrecht zu begründen. Sollte das nicht gelingen, wäre ein pauschaler Ausgleichsmechanismus, wie § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ihn vorhält, ein Fremdkörper, denn das Bereicherungsrecht sieht mit § 818 BGB einen genauen Vermögensausgleich vor.[3]

Die Untersuchung erfolgt in zwei Teilen: Zuerst wird der Verwendungsbegriff analysiert (B.), bevor die einzelnen Verwendungskategorien mit Schwerpunkt auf den notwendigen Verwendungen analysiert werden (C.). Beide Teile behandeln jeweils auch die Frage, welche Rolle das Bereicherungsrecht spielt.

---

[1] Mir wird daher nicht klar, warum *Greiner* (2000), S. 30 eine begriffliche Erfassung der Verwendungen im Wesentlichen für überflüssig hält. Der Ersatzanspruch hänge „keineswegs von den Nuancen des Verwendungsbegriffs ab“. Das stimmt schon deswegen nicht, weil der BGH einen engen Verwendungsbegriff verfolgt.

[2] *Verse* (1999); *Greiner* (2000).

[3] Dazu näher in § 8 C. II.3.b)aa).

B. Der Verwendungsbegriff

Die Fragen um den Verwendungsbegriff sind seit langem umstritten.

Im Ausgangspunkt sind sich Rechtsprechung und Lehre zwar noch einig: Unter Verwendungen nach §§ 994 ff. BGB verstehen sie solche Aufwendungen auf eine Sache[4], die diese erhalten, wiederherstellen oder verbessern.[5]

Bereits strittig ist aber, was im Zusammenhang mit dem Verwendungsersatz unter Aufwendungen zu verstehen ist. Entgegen *Medicus*[6] und *Baldus*[7] sind das auch im Rahmen der §§ 994 ff. BGB freiwillige Vermögensopfer. Es erhellt nicht, aus welchen Gründen unfreiwillige Vermögenseinbußen, also Schäden, dem Verwendungsersatzbegriff unterfallen sollen. Verwendungen dienen allenfalls dazu, bereits eingetretene Schäden zu beseitigen und bleiben freiwillig. Der Aufwendungsbegriff ist mit der herrschenden Meinung als mit den anderen Aufwendungsbegriffen im BGB kongruent zu sehen.[8]

Eine aufgrund der verfahrenen Debatte schwierigere und im Einzelnen zu prüfende Frage ist, ob der Verwendungsbegriff ein enger (I.) oder ein weiter

---

[4] Statt vieler *Wilhelm* (2016), Rn. 1305. Für den ersten Entwurf zum BGB, der im Wesentlichen bereicherungsrechtliche Lösungen zum Verwendungsersatz vorsah (siehe § 6 B. I. 2.a) zur Gesetzgebungsgeschichte), präsentierten die Verfasser noch einen engeren Verwendungsbegriff, nach dem Verwendungen nur solche Geschäfte sein sollten, „deren wirthschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zu Gute kommt", Motive, Bd. 3, S. 411. Wie § 994 Abs. 1 BGB („die auf die Sache gemachten […] Verwendungen") zeigt, erhebt es allerdings nicht, ob die Verwendung bei Rückgabe noch einen Erfolg zeitigt. Daher ist die Vorstellung der Entwurfsverfasser auf der Grundlage der späteren Entwürfe und der heute gültigen Fassung zu eng. So richtig schon etwa Staudinger (1925)/*Kober*, § 994, S. 601 f.; *Lüning* (1909), S. 8 f. Nach *Feiler* (1968), S. 1 muss die Aufwendung „seiner Absicht nach – zumindest auch" – der Sache zugutekommen. Das überzeugt nicht, weil eine Aufwendung, die die Sache von vornherein nicht verbessern oder erhalten konnte, keine Verwendung sein kann. Das subjektive Element ist unnötig. Keine Stellung zum Verwendungsbegriff bezieht etwa *Verse*, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (1999).

Der Begriff „Verwendung" wird im BGB nicht einheitlich gebraucht. Dazu bereits *Florey* (1904), S. 12. Das interessiert für diese Untersuchung nur insoweit, als die Verwendung jedenfalls in §§ 994 ff. eine Aufwendung auf die Sache meint. Ausführlich zum Unterschied zwischen Verwendung und Aufwendung *Ballin* (1916), S. 2 ff.

[5] Mit unterschiedlichem Wortlaut, aber in der Sache jeweils identisch BGH, Urt. v. 10. 07. 1953 – V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (177; allerdings ein mietrechtlicher Fall); BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160; Grenzüberbau; die Frage der Gutgläubigkeit ist offengelassen worden); BGH, Urt. v. 23. 10. 1953 – V ZR 38/52, NJW 1954, S. 265 f. (265); BGH, Urt. v. 17. 09. 1954 – V ZR 35/54, JZ 1954, S. 708 (nur Ls); BGH, Urt. v. 9. 03. 1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104 (106); BGH, Urt. v. 3. 11. 1989 – V ZR 143/87, BGHZ 109, 179 (182 f.) = DNotZ 1990, S. 377 ff. (378); BGH, Urt. v. 24. 11. 1995 – V ZR 88/95, BGHZ 131, 220 (222 f.) = NJW 1996, S. 921 ff. (922); OLG Düsseldorf, Urt. v. 25. 03. 2003 – 24 U 100/01, BeckRS 2005, 01524; Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994–1003, Rn. 5.

[6] MüKo (2004)/*Medicus*, § 994, Rn. 7.

[7] MüKo (2013)/*Baldus*, § 994, Rn. 7.

[8] *Wieling* (2006), S. 592 mit Fn. 30; Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 16.

(II., III., IV.) sein soll.[9] Dahinter stecken bereits zwei ungelöste Kernfragen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: erstens die nach Sinn und Zweck der §§ 987 ff. BGB und zweitens – hiermit verbunden – die nach den Konkurrenzen. Beide Fragen können erst ganz am Ende der Arbeit beantwortet werden.[10] Hier folgt zunächst die Arbeit am Detail.

I. Enger Verwendungsbegriff

Mit dem engen Verwendungsbegriff ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemeint, nach der Verwendungen nur solche sein sollen, die den Zustand der Sache nicht verändern.[11] Was insbesondere den Bau auf fremdem Grund angeht,[12] nimmt der BGH eine Veränderung des Zustands dort an, wo der Zweck der Grundstücksnutzung durch den Bau ein anderer geworden ist.[13] Der BGH will sein Postulat namentlich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch belegen.[14]

Gleichzeitig sperrt die Rechtsprechung trotz des engen Verwendungsbegriffs andere Ausgleichssysteme wie einen Ersatzanspruch nach §§ 951, 812 BGB.[15]

---

[9] *Prütting* (2017), Rn. 550 spricht kaum mit Recht von „äußerst schwer lösbare[n] Probleme[n]". Es genügt, das Gesetz so anzuwenden, wie es ist, siehe im Folgenden.

[10] Siehe ausführlich in § 8 zur Gesamtkonzeption.

[11] Grdl. BGH, Urt. v. 10. 07. 1053 – V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (178); BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160); BGH, Urt. v. 20. 05. 1964 – VIII ZR 56/63, WM 1964, S. 707 ff. (709); BGH Urt. v. 16. 06. 1965 – VIII ZR 146/63, WM 1965, S. 1028 ff. (1029); BGH, Urt. v. 09. 03. 1983 – VIII ZR 11/82, JZ 1983, 440–442 (441) – ständige Rechtsprechung. Aus der jüngeren etwa: BGH, Urt. v. 14. 6. 2002 – V ZR 79/01, NJW 2002, S. 3478 ff. (zu § 347 a. F.); Urt. des OLG Brandenburg v. 17. 12. 2008 – 13 U 17/08, BeckRS 2009, 01225; OLG Frankfurt/Main, Urt. vom 04. 10. 2013 – 2 U 307/12, BeckRS 2014, 20060; Rz. 64; offen gelassen in BGH, Urt. v. 19. 09. 2014 – V ZR 269/13, NJW 2015, 229, Rz. 16. Die Abgrenzung kann schwierig sein. Das sieht auch der BGH, so dass er selbst Beispiele gibt für Bauwerke, die unter den Verwendungsbegriff fallen: Deiche etc., BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160). Der Verwendungsbegriff setzt sich auch in anderen Bereichen der Rspr. durch, ohne dass dadurch die Überzeugungskraft größer wäre: So soll etwa dem LG Gießen zufolge bereits die Pflasterung eines bisherigen Schotterwegs keine Verwendung mehr sein: Urt. v. 30. 11. 1994 – 1 S 486/94, NJW-RR 1995, S. 532 (zu § 601 BGB). Zur Kontinuität der BGH-Rechtsprechung siehe noch IV.5.

Dem engen Verwendungsbegriff folgen in der Literatur etwa *Emmerich* (1966), S. 146 ff. ohne nähere Begründung; *Waltjen* (1975), S. 109 ff. (132 ff.); *Huber* (1970), S. 515 ff. (519); unklar *Kupisch* (1977), S. 486 ff. (487); *Pinger* (1973), S. 100 ff.; *Neumann-Duesberg* (1965), S. 101 ff. (103); mit Einschränkungen auch RGRK/*Pikart*, § 994, Rn. 28.

[12] Das ist der Hauptfall. *Weber* (2013), § 16, Rn. 67 nennt noch die Verarbeitung der Kuh zu Wurst und Fleisch. Hier dürften aber durch Verarbeitung (§ 950) bereits neue Sachen entstanden und so der Anwendungsbereich von § 951 BGB eröffnet sein. Das Beispiel passt daher nicht.

[13] Insb. BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160 ff.). Offengelassen in BGH, Urt. v. 19. 09. 2014 – V ZR 269/13, NJW 2015, S. 229 ff.

[14] BGH, Urt. v. 10. 07. 1953 – V ZR 22/52, BGHZ 10, 171 (178); BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (161).

[15] BGH, Urt. v. 20. 05. 1983 – V ZR 291/81, JZ 1983, 707 ff. (708); Urt. v. 29. 9. 1995 – V

Der Bundesgerichtshof will offenbar einen Grundstückseigentümer davor schützen, für ein errichtetes Gebäude Wertersatz leisten zu müssen, das er nicht haben mag (Schutz vor aufgedrängter Bereicherung).[16] Hieraus entstehende Härten für den Besitzer korrigiert die Rechtsprechung über § 242 BGB.[17]

Vertreter der Literatur, die sich der Meinung des BGH anschließen (jedenfalls an dieser Stelle, nicht unbedingt später bei den Konkurrenzen), stellen zur Begründung, wenn sie sich überhaupt näher mit dem Thema auseinandersetzen,[18] auf angebliche „unerträgliche Härten" für den Eigentümer ab: Er werde quasi „enteignet", weil er hohe Summen aufbringen müsse, um die Verwendungsersatzansprüche zu befriedigen.[19] *Schanbacher* spricht sich offenbar deswegen für den engen Verwendungsbegriff aus, weil die §§ 994 ff. BGB seines Erachtens keinen Bereicherungsausgleich vorsehen (und damit die Regelungen zur aufgedrängten Bereicherung keine Anwendung finden können).[20] Auch gibt es Versuche, zwischen einem engeren Verwendungs- und einem weiteren Aufwendungsbegriff zu differenzieren.[21]

II. Weiter Verwendungsbegriff

Einen weiten Verwendungsbegriff verficht hingegen die herrschende Literatur, die keine Restriktionen vornehmen will.[22] Dies entspricht (wohl) der früheren

---

ZR 130/94, JZ 1996, S. 366 m. ausführlicher und im Wesentlichen ablehnender Anm. *Canaris* (1996), S. 344 ff. Dem BGH schließt sich auch insoweit an *Neumann-Duesberg* (1965), S. 101–104 (102 f.); a. A. *Schapp/Schur* (2010), Rn. 259; *Eckert* (2005), Rn. 241; wohl auch *Larenz* (1978), S. 209 f. (225 f.), der unabhängig vom Verwendungsbegriff die sog. Verwendungskondiktion zulassen und das Ergebnis über die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung korrigieren will.

[16] So *Wilhelm* (2016), Rn. 1308; *Haas* (1971), S. 45; vgl. ferner BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (161).

[17] OLG Rostock, Urt. v. 13. 09. 2007 – 7 U 96/06, NJOZ 2008, S. 1941 ff. (1955). Dagegen sprechen ganz grundsätzliche Bedenken. Zwar kann man § 242 grundsätzlich auf das Vindikationsfolgerecht anwenden, weil es nach dem inneren System im Schuldrecht steht (anderes gilt freilich für die Anwendung auf die Vindikation selbst, siehe MüKo/*Baldus*, Vor §§ 985 ff., Rn. 64 ff.). Aber die Rechtsunsicherheit, die die Rechtsprechung mit einem zunächst denaturierten Verwendungsbegriff erzeugt, um augenscheinlich rätselhafte Ergebnisse wieder über § 242 BGB zu korrigieren, ist enorm.

[18] *Emmerich* (1967), S. 146 f. etwa nimmt den engen Verwendungsbegriff wie selbstverständlich hin. Ohne Begründung auch *Pikart* (1966), S. 1234 ff. (1239, 1241) und *ders.* (1972), S. 454 ff. (458).

[19] *Pinger* (1973), S. 101.

[20] NK/*Schanbacher*, § 994, Rn. 4; in der Sache bereits *Westermann* (1966), S. 158.

[21] *Coester-Waltjen* (1975), S. 109 ff. (135 ff.).

[22] Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 8 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Baur/Stürner* (2009), § 11, Rn. 55; *Prütting* (2017), Rn. 555; *Weber* (2013), § 16, Rn. 67; *Rosenlöcher* (1991), S. 167: „rechtsschöpferisch ohne historisches Vorbild"; *Diderichs* (1973), S. 176 ff.; *Breetzke* (1954), S. 171 ff. (ablehnende Anm. zu BGHZ 10, 171 ff.); *Köbl* (1971), S. 305–315; *Graf von Rittberg* (1969), S. 32 ff. und S. 157 ff.; *Beißner* (1994), S. 18–29;

Rechtsprechung des Reichsgerichts[23] und deckt sich mit rechtsvergleichenden Ergebnissen.[24] Nach dieser Ansicht fällt demnach auch der Bau auf fremdem Boden in den Anwendungsbereich von §§ 994 ff. BGB.

III. Weiter Verwendungsbegriff mit Einschränkungen auf der Rechtsfolgenebene

Einige Literaturstimmen lehnen den Verwendungsbegriff der Rechtsprechung zwar ab. Sie sehen aber „Härten", die sie ausgleichen möchten, und zwar mit Hilfe der aufgedrängten Bereicherung.[25] *Tückmantel* will den Verwendungsersatzanspruch insoweit einschränken, als die Zahlungen enteignende Wirkungen hätten.[26] Vereinzelt wird auch auf § 1004 BGB abgestellt. Der Eigentümer der Sache solle gegen den Verwender einen Anspruch auf Beseitigung des Verwendungserfolgs haben.[27]

IV. Stellungnahme

Die Stellungnahme wird zunächst anhand der Auslegung der Tatbestände von §§ 994 ff. BGB überprüfen, ob der Verwendungsbegriff selbst eingeschränkt werden kann (1.). Im Anschluss daran ist zu fragen, ob zumindest auf der Rechtsfolgenebene Restriktionen zulässig sind (2.). Weiterhin ist grundsätzlicher zu eruieren, welche Beweggründe hinter den Einschränkungslehren stecken (3.). Danach erfolgt eine kurze Vorschau auf die Ergebnisse der Rechtsvergleichung (4.). Zuletzt ist in einem Exkurs die Kontinuität der BGH-Rechtsprechung zu beleuchten (5.).

Janasik (1998), S. 128–130; *Bechtloff* (2003), S. 218 (insb. auch gegen die Billigkeitslösung über § 242 BGB); *Wendehorst* (1999), S. 339 ff.; *Kaiser* (2000), S. 372 f.; *Wolf/Wellenhofer* (2015), § 11, Rn. 12; *Klaus Müller* (1997), Rn. 581; *Müller/Gruber* (2016), Rn. 965 ff. (970 ff.); BeckOGK(2017)/*Spohnheimer*, § 994, Rn. 36; Palandt/*Herrler*, § 994, Rn. 4.

[23] Das RG, Urt. v. 17. 08. 1936 – IV 120/36 RGZ 152, 100 (101 f.) definiert Verwendungen abstrakt als „Vermögensaufwendungen, die einer bestimmten Sache oder einem sonstigen bestimmten Gegenstande zugute kommen sollen". Zum Bau auf fremdem Grund lässt sich der Senat allerdings nicht aus.

[24] Siehe näher unter IV. 4.

[25] *Haas* (1976), S. 1 ff. (14 f.); unklar *Beißner* (1994), S. 29, die sich zwar dem weiten Verwendungsbegriff anschließt, aber die „Problematik, inwieweit Verwendungen zu ersetzen sind, nicht allein mit rein begrifflichen Erwägungen" gelöst wissen will.

[26] *Tückmantel* (1971), S. 125–135.

[27] Bereits *Wolff* (1900), S. 66; *Wolff/Raiser* (1957), S. 349 („störender Bau"); unklar OLG Celle, Urt. v. 2. 02. 1954 – 4 U 242/52, MDR 1954, S. 294 f. (dort ging es nur um § 1004 BGB gegen § 951 BGB; Erman (2010)/*Hefermehl*, § 1004, Rn. 10; unentschlossen *Jakobs* (1964), S. 175, dessen Ansicht zufolge zwar eine Beseitigungspflicht aus § 1004 BGB bestehen kann. Er meint, es gehe aber nicht um die Beseitigung einer Eigentumsstörung, sondern um eine „besondere Form des Bereicherungsausgleichs".

1. Auslegung

a) Wortlaut von §§ 994, 996 BGB

Für einen uneingeschränkten Verwendungsbegriff streitet zunächst der Wortlaut.

Verwenden meint rechtlich, auf eine Sache (freiwillige) Vermögensaufwendungen zu tätigen.[28] Eine Zweckänderung ist hierfür unerheblich, solange nicht durch Be- und Verarbeitung gem. § 950 BGB eine neue *bewegliche* Sache entsteht.[29] Die in § 950 Abs. 1 S. 2 BGB genannten Fälle des Schreibens, Zeichnens usw., die als Verarbeitung „gelten", erinnern zwar an den Rekurs des BGH auf die Zweckänderung, aber dahinter steckt kein Prinzip. § 950 BGB knüpft für den Eigentumsverlust an den Untergang der Sache an, verbunden mit der „Schaffung einer neuen".[30] Deswegen muss § 950 Abs. 1 S. 2 BGB die o. g. Fälle des Schreibens, Zeichnens usf. per *Fiktion* zur Verarbeitung erheben.

Im Übrigen ist der Gedanke des § 950 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf unbewegliche Sachen übertragbar. Denn Grundstücke können nicht verarbeitet werden: Der Bau auf fremdem Grund bewirkt lediglich „eine Funktions- und Wertänderung der fortbestehenden Sache".[31]

Auf einen natürlichen Sprachgebrauch, von dem manche übrigens meinen, für den Verwendungsersatz gebe es ihn nicht,[32] kommt es ebenfalls nicht an, denn er wird vom rechtlichen stets gestochen. Selbst wenn der natürliche Sprachgebrauch relevant wäre, könnte er gleichfalls für den weiten Verwendungsbegriff streiten.[33] Richtig stellt *Haas* hierzu fest:

> „[Der Sprachgebrauch] unterscheidet aber nicht, ob eine sachbezogene Aufwendung dem Verwendungszweck einer Sache entspricht oder deren Bestimmung grundlegend ändert; in jedem Fall kann man von einer Verwendung sprechen."[34]

Der Sprachgebrauch ist also schlechtestenfalls unergiebig, bestenfalls spricht er sogar gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

b) Subjektiv-historische Auslegung

Unabhängig davon, welche Aussagekraft die subjektiv-historische Auslegung überhaupt hat,[35] wird man mit ihr keine Einschränkungen des Verwendungsbegriffs auf der Tatbestandsebene erreichen können.

---

[28] Siehe bereits oben die Nachweise in Fn. 4, 5 und 8.

[29] Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 10.

[30] Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 8.

[31] Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 8. Siehe zur Abgrenzung von § 950 BGB und §§ 994 ff. BGB noch unter C. III.3.

[32] Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff., Rn. 8 m. w. N.; *Kindl* (1996), S. 201 ff. (202).

[33] *Wolf* (1966b), S. 188 ff. (193 f.).

[34] *Haas* (1976), S. 1 ff. (14 f.).

[35] Siehe dazu die Beiträge in *Baldus/Theisen/Vogel* (2013) sowie *Fleischer* (2011), S. 317–351.

In den Motiven wird eine Lösung des Problems der aufgedrängten Bereicherung allenfalls und vorsichtig auf Rechtsfolgenseite angeraten, nicht aber auf der Ebene des Verwendungsbegriffs.[36] Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Motive zum Ersten Entwurf ergangen sind, der noch ein anderes Konzept des Verwendungsersatzes vor Augen hatte.[37]

In den Protokollen, die für das heutige System des Verwendungsersatzes aussagekräftiger sind, findet man ferner als Beispiel für eine Verwendung gerade die Errichtung eines Gebäudes.[38] Das spricht gegen den engen Verwendungsbegriff.

c) Erweiternd-historische Auslegung

Aus grundsätzlichen methodologischen Erwägungen kann man dem BGH allerdings zustimmen, wenn er sich um den Willen des Gesetzgebers nicht schert. Würde er die vorgenannten Materialien zur Streitentscheidung heranziehen, hieße das (hier: für § 996 BGB), der Rechtsanwender wäre daran, was und wie Kaiser Wilhelm, der Reichstag und der Bundesrat 1896 dachten, heute noch gebunden.[39] Hierin läge eine besorgniserregende Versteinerung des Rechts.

Das bedeutet indes nicht, dass das historische Argument kein Gewicht hätte. Legt man erweiternd-historisch aus[40], so ist die Entwicklung des Instituts des Verwendungsersatzes zu berücksichtigen und zu fragen, welches Problem die §§ 994 ff. BGB im Jahre 1896 auf welche Weise lösen sollten.

Die historische Entwicklung wird später anhand von punktuellen Rückblicken näher dargestellt.[41] Hier kann es nur um eine Kurzfassung der Ergebnisse spezifisch zum Verwendungsbegriff gehen, und der Einfachheit halber ausnahmsweise auch chronologisch. Es sollen zwei Punkte herausgegriffen werden: die römische Entscheidungspraxis und die Kodifikationsgeschichte.

Die Digesten kennen zahlreiche Fälle zum Verwendungsersatz, von denen viele, wenn nicht die meisten, sich mit dem Bau auf fremdem Grund beschäftigen.[42] Die fallrechtlichen Lösungen sind aber nicht starr. Im Rom

---

[36] Mot., Bd. 3, S. 413 (= *Mugdan*, Bd. 3, S. 230). Darauf verweist zu Recht Soergel/*Stadler*, Vor § 994, Rn. 11.

[37] Siehe dazu ausführlich in § 6 B. I. 2.

[38] Prot., Bd. 3, S. 353 (= *Mugdan*, Bd. 3, S. 681 f.). Darin geht es um die Verrechnung der gezogenen Nutzungen mit den Verwendungen. Hierauf verweist zu Recht *Köbl* (1971), S. 306. Hier wird deutlich, dass das entstehungsgeschichtliche Argument auf tönernen Füßen stehen kann, weil Protokolle und Motive bisweilen selbst ausgelegt werden müssen und deswegen zur Bestätigung ganz unterschiedlicher Standpunkte in Betracht kommen. Dazu *Finkenauer* (2000), S. 305 ff. (306 m. Fn. 18).

[39] Zu allem ausführlich *Baldus* (2013a), S. 5 ff.

[40] *Baldus/Vogel* (2006), S. 237 ff.; *Baldus* (2010), Rn. 218–222. Die erweiternde historische Auslegung fragt nach der Herkunft und nach den gemachten Erfahrungen eines Rechtsinstitutes und nicht nach dem historischen Willen des Gesetzgebers.

[41] Siehe § 6.

[42] Das betont bereits *Sell* (1844), S. 272 ff. (291 f.); später etwa *Greiner* (2000), S. 78. Eini-

steht bekanntlich die Prozesssituation im Vordergrund.[43] Dementsprechend ist auch der Verwendungsersatz des vom Eigentümer verklagten Besitzers ein prozessuales Problem. Wenn der Eigentümer den Besitzer auf Herausgabe der Sache verklagt, kann der Besitzer mit der *exceptio doli*, d. h. mit dem Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, dem Eigentümer die von ihm getätigten notwendigen und nützlichen Verwendungen entgegen halten.

Die *exceptio doli* kann der Eigentümer aber entkräften. Er kann beispielsweise darauf einwenden, dass ihm zur Auslösung der Verwendungen des Besitzers nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, wie eine prominente Stelle von *Celsus* belegt.[44] In diesem Fall ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Eigentümer die *rei vindicatio* erhebt, ohne die Ablösung der Verwendungen anzubieten. *Celsus* verweist den Besitzer in diesem Fall auf das Wegnahmerecht.

Diese Flexibilität bedeutet indes nicht, dass Baumaßnahmen auf fremdem Grund keine Verwendungen wären. Die erwähnte *Celsus*-Stelle betrifft gerade einen solchen Fall. Allerdings erlaubt die Flexibilität Abstufungen auf der Rechtsfolgenebene.

Die Rechtsprechung zu § 996 BGB ist dagegen eine Alles-oder-Nichts-Lösung, und sie entscheidet sich ohne weitere Prüfung wechselseitiger Interessen

---

ge Digestenstellen, die sich mit dem Bau auf fremdem Grund beschäftigen seien als *partes pro toto* genannt: *Celsus* (3 dig.) D. 6,1,38; *Paul.* (21 ad ed.) D. 6,1,27,5; *Pap.* (2 resp.) D. 6,1,48; *Pap.* (2 resp.) D. 6,1,65pr.; *Paul.* (3 ad Plaut.) D. 10,3,14,1; *Paul.* (5 quaest.) D. 19,1,45,1.

[43] Auch bekannt als aktionenrechtliches Denken: *Bürge* (1999), S. 1 ff.; im Zusammenhang mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vgl. auch *Rosenlöcher* (1991), S. 167.

[44] *Celsus* (3 dig.) D. 6. 1. 38: In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum […].

Übersetzung von *Behrends/Kupisch/Knütel/Seiler*:

Du hast auf einem fremden Grundstück, das du in Unkenntnis seiner Fremdheit gekauft hast, gebaut oder ausgesät; dann wird es evinziert. Hier wird ein guter Richter nach Person und Sachlage verschieden entscheiden. Angenommen, der Eigentümer hatte vor, das gleiche zu tun; dann soll er die Aufwendungen erstatten, um das Grundstück wiederzubekommen, allerdings nur bis zur Höhe, in der das Grundstück wertvoller geworden ist, und falls das Grundstück mehr an Wert gewonnen hat, nur in Höhe der Aufwendungen. Angenommen, der Eigentümer ist ein armer Mann, der die väterlichen Hausgötter und die Gräber der Vorfahren aufgeben muß, wenn er die Aufwendungen zu erstatten gezwungen wird; dann genügt es, dir zu erlauben, wegzunehmen, was du kannst, solange nur das Grundstück dadurch nicht weniger wert wird, als wenn es von Anfang an nicht bebaut worden wäre […].

Siehe dazu etwa *Knackstedt* (1993), S. 28 ff., der die Stelle u. a. heranzieht, um zu einer Verengung des Verwendungsbegriffes zu gelangen. Ausführliche Exegese der *Celsus*-Stelle alsbald bei *Müller*, Wegnahmerecht (in Vorbereitung) und *Bürge* (1979), S. 53–58. Ob D. 6,1,38 ganz bestimmte philosophische Hintergründe aufweist, ist unklar. Dafür streitet *Behrends* (1997), S. 13 ff. (40 ff.), der Verbindungen zu *Q. Mucius Scaevolas societas vitae* zieht.

für die Nichts-Lösung: Beim Bau auf fremdem Grund erhält der Besitzer keinen Ersatz. Damit wird sie den Belangen des redlichen Besitzers nicht gerecht.

Celsus verweist, wie *Bürge* analysiert[45], den beklagten Besitzer nur dann auf das Wegnahmerecht oder den Wertersatz für die Nichtausübung des Wegnahmerechts, wenn der klagende Eigentümer die Verwendungen nicht ersetzen *konnte*. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Besitzer immer auf das Wegnahmerecht bei der Bauführung auf fremdem Grund beschränkt – und das, obgleich es heutzutage ein stumpferes Schwert ist als in der römischen Wirtschaft.[46]

Besonders schwierig wird die BGH-Lösung dort, wo ein Wegnahmerecht *per se* nicht möglich ist. Schon der römische Jurist hat in einem solchen Fall Schwierigkeiten, die individuelle Lage des Eigentümers zu berücksichtigen. Ein typisches Beispiel ist die Ausbildung von Sklaven.[47] Eine zeitgenössische Parallele besteht in der – teuren und praktisch wichtigen – Ausbildung von Hunden.[48] Wie würde der Gerichtshof zum Verwendungsbegriff entscheiden, wenn aus einem Schoßhund ein Blindenhund oder aus einem Wachhund ein Blindenhund würde? Wäre das nicht auch eine der Sachveränderung gleichzustellende Tierveränderung (vgl. § 90a BGB)? Oder würde er das Problem dann dorthin verlagern, wo es hingehört – in § 996 BGB?

Wir können bis hierher festhalten, dass die römischen Quellen zwar keinen uneingeschränkten Verwendungsersatz zugunsten des Besitzers kennen, aber den Schutz des Eigentümers nicht beim Begriff ansetzen, sondern bei der Frage des *dolus*. Modern gesprochen wäre dies eine Rechtsfolgenlösung.[49]

Später entwickeln mehrere Länder, u. a. Frankreich, Österreich und im 20. Jahrhundert auch Polen eine Sondervorschrift zum Bauen auf fremdem Grund.[50] Der Verwendungsbegriff *selbst* entwickelt sich dort hingegen nicht auf eine Verengung zu. Im Gegenteil: Dadurch, dass die Rechtsordnungen mitunter zwei Institute vorhalten, ergeben sich notwendigerweise Abgrenzungsprobleme.[51]

Es darf mit Blick auf das Vorstehende vermutet werden, dass der enge Verwendungsbegriff des BGH insgesamt ohne historisches Vorbild auskommen muss.[52]

---

[45] *Bürge* (1979), S. 62.

[46] Dazu alsbald *Müller*, Das Wegnahmerecht (in Vorbereitung). Zur römischen Wirtschaft siehe im Übrigen *Andreau* (2010).

[47] Siehe *Paul.* (2 ad Plaut.) D. 6,1,27,5; *Gai.* (7 ad ed. prov.) *D.* 6,1,28; *Pomp.* (21 ad Q. Muc.) D. 6,1,29 und nochmals *Gai.* (7 ad ed. prov.) D. 6,1,30.

[48] Dazu *Knütel* (2001), S. 209 ff. (216 f.).

[49] Dazu noch unter 2.

[50] Siehe ausführlich in § 7.

[51] Siehe für Frankreich § 7 B. IV. 1.c).

[52] Das erkennt auch *Greiner* (2000), S. 308 f. an, der im Übrigen dem BGH zugesteht, dass „praktisch … eben nicht das Grundstück verbessert, sondern eine neue Sache … hergestellt“ werde.

Träfe der enge Verwendungsbegriff zu, bedeutete dies zudem, dass es in Deutschland keine spezielle Regelung für den praktisch wichtigen Fall des Bauens auf fremdem Grund gäbe.[53]

d) Systematisch-teleologische Argumente

Gegen den engen Verwendungsbegriff sprechen auch systematisch-teleologische Argumente.

Zunächst ist mit Blick auf das Argument, es sei hart für den Eigentümer, wenn er sein Recht aufgeben müsse, hinzuzufügen, dass der Eigentümer im Falle der Zerstörung seiner Sache auch „leer ausgeht".[54] Billigkeit als Argument kann schon deswegen nicht genügen.

Ferner ist § 996 BGB Ausdruck des Vertrauensschutzes, den der gutgläubige Besitzer aus noch näher zu beschreibenden Gründen[55] verdient.[56] Dieser geht so weit, dass der Eigentümer nach §§ 1000 bis 1003 BGB sein Recht an den Besitzer verlieren kann. Dann kann es aber im Vorfeld schwerlich auf die individuellen Vorstellungen des Eigentümers ankommen, weil die Realisierung des Vermögenszuwachses in §§ 1000 bis 1003 BGB ausdrücklich vorgesehen ist.[57]

Nicht zuletzt entsteht Rechtsunsicherheit, wenn der BGH mittels *obiter dicta* Fallgruppen wieder in den engen Verwendungsbegriff hineindefiniert. Etwa soll der Bau eines Deiches eine Verwendung auf die Sache sein.[58] Oder – noch weitergehend: Der Aufbau eines zerstörten Hauses nach dem Krieg soll eine Verwendung sein, der erstmalige Bau hingegen gerade nicht.[59]

Das Problem wird noch größer, wenn man Fälle unterer Instanzen heranzieht. Bereits dort erwachsen einige der (ohnehin nicht zahlreichen) Verfahren zum Verwendungsersatz in Rechtskraft.

Die Beteiligten stritten etwa in einem Fall vor dem AG Bitburg hauptsächlich darüber, ob dem redlichen Besitzer Ersatz für Bepflanzungen und Aufforstun-

---

[53] *Haas* (1976), S. 1 ff. (16).

[54] Treffend *Brehm/Berger* (2014), § 8, Rn. 63.

[55] Siehe § 8 zur Gesamtkonzeption.

[56] Staudinger (2013)/*Gursky*, § 996, Rn. 8; *Wendehorst* (1999), S. 342.

[57] So *Wendehorst* (1999), S. 343.

[58] BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160); zu weiteren Fallgruppen, die die Schwierigkeiten noch einmal unterstreichen, *Häublein* (1999), S. 419–424 (420); Abgrenzungsschwierigkeiten sieht auch RGRK/*Pikart*, § 994, Rn. 28.

[59] BGH, Urt. v. 20. 05. 1964 – VIII ZR 56/63, WM 1964, S. 707 ff. (709); BGH, Urt. v. 13. 07. 1963 – VII ZR 128/65, WM 1967, S. 1147 ff. (1148). Dieser Abschichtung schließt sich *Knackstedt* (1993), S. 21 an. Wenn man die Kasuistik weitertreibt, kann man etwa fragen, wie viel Zeit zwischen der Zerstörung eines Hauses und seinem Wiederaufbau vergehen muss, damit der BGH noch von einer Verwendung spricht. Keine zulässige Verwendung soll es im Übrigen sein, wenn statt einer alten Laube eine neue Holzhütte errichtet wird, die fortan als Büro dient: OLG Brandenburg, Urt. v. 17. 12. 2008 – 13 U 17/08, BeckRS 2009, 01225.

gen zu leisten sei.[60] *Höser* diskutiert in seiner Anmerkung ausführlich, ob die Aufforstung eines ursprünglichen Wiesengrundstücks nicht eine Sachänderung und damit keine Verwendung darstelle.[61] Das AG Bitburg musste darüber im Ergebnis nicht entscheiden, weil sich die Parteien auf einen Vergleich geeinigt hatten. Aber schon die Diskussion über diese Frage kostet Ressourcen und stellt die Leistungsfähigkeit des engen Verwendungsbegriffs infrage.

Das LG Itzehoe gewährte dem redlichen Besitzer Verwendungsersatz gem. § 996 BGB dafür, dass er aus einem Moorgrundstück (Torfabbau war möglich) Weideland gewonnen hatte. Das LG erwähnte den Verwendungsbegriff des BGH noch nicht einmal.[62] Aus einem Moorgrundstück Weideland zu machen, ist aber allemal eine Zweckänderung im Sinne der BGH-Rechtsprechung.

Im Übrigen hält sich der Gerichtshof selbst nicht immer an seinen Verwendungsbegriff. In einem Fall aus dem Jahre 1997 verrechnete der Gerichtshof den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer aus § 988 BGB mit Aufwendungen des Besitzers auf die Sache. Nach Ansicht des 5. Zivilsenats genügt dafür ein „innerer Zusammenhang" zwischen Aufwendungen und Nutzungen. Um Verwendungen im Sinne von §§ 994 ff. BGB (es ging um den Bau einer Garage auf einem Grundstück) müsse es sich hierbei nicht handeln.[63]

Zuletzt spricht eine grundsätzlichere Überlegung gegen die Konstruktion des BGH. Indem der BGH von einer „Zustandsänderung" oder „Zweckänderung" spricht[64], transplantiert er empirische Kategorien in den Verwendungsbegriff. Die Literatur bringt die Vorgehensweise noch plastischer auf den Punkt, weil sie die Rechtsprechung mit dem Prädikat der „grundlegenden" Veränderungen versieht.[65] Das Wörtchen „grundlegend" meint nichts anderes als das Maß der Verwendungen, und genau darum geht es dem BGH in der Sache, wenn er den Verwendungsbegriff zuschneidet.

Mit solchen diffusen Maßstabsbegriffen weicht der BGH aber von präzisen sachenrechtlichen Entscheidungen ab, die in §§ 94, 946 f. zum Ausdruck kommen. Verbindet ein redlicher Besitzer eine bewegliche Sache mit dem Grundstück nach den in §§ 94, 946 BGB genannten Voraussetzungen, erstreckt sich das Eigentum des Grundstücks schon deswegen auf die Aufbauten, weil nach der Verbindung nur *eine* Sache vorliegt. Das geschieht unabhängig davon, wie

---

[60] AG Bitburg, 5 C 752/81 (unveröffentlicht, da durch Vergleich erledigt), referiert bei *Höser* (1984), S. 117 ff.

[61] *Höser* (1984), S. 117 ff. (121 f.).

[62] LG Itzehoe, Urt. v. 04. 09. 1981 – 3 O 262/80, JZ 1983, S. 308 f. mit Anm. *von Olshausen* (1983), S. 288 ff.

[63] BGH, Urt. v. 12. 12. 1997 – V ZR 81/97, JZ 1998, 685–686 m. Anm. *Gursky* (1998), S. 686–688.

[64] Siehe nochmals BGH, Urt. v. 26. 02. 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157 (160) m. w. N.

[65] Etwa NK/*Schanbacher*, § 994, Rn. 4.

maßvoll der Aufbau ist.[66] Die Sache mag dadurch verändert worden sein; dies ist aber kein sicheres Kriterium, um eine Verwendung von einer Nicht-Verwendung zu unterscheiden.

2. *Einschränkungen auf der Rechtsfolgenebene*

Auch mit Blick auf die oben skizzierte flexible Fallpraxis der römischen Juristen ist zu überprüfen, ob wenigstens auf der Rechtsfolgenseite, d. h. dem Umfang des Verwendungsersatzes, Einschränkungen zu machen sind, und zwar solche, die sich nicht unmittelbar aus §§ 994, 996 BGB ergeben.

Vieles spricht indes dafür, das Auslegungsergebnis des § 996 BGB nicht mit Hilfe der Rechtsfigur der aufgedrängten Bereicherung zu korrigieren.[67] Es ist bereits unklar, was unter ihr konkret zu verstehen ist.[68] Aber ganz unabhängig davon passen bereicherungsrechtliche Überlegungen nicht zu § 996 BGB.[69]

Auch § 1004 BGB eröffnet für den Eigentümer hier keine Ausweichmöglichkeit.

§ 1004 BGB dürfte schon nicht anwendbar sein[70], weil §§ 994 bis 1003 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers statuieren, das ihm seinen Verwendungsersatz sichern will. Dieser Mechanismus würde über die Zulassung des Beseitigungsanspruchs empfindlich gestört.

Wollte man § 1004 BGB gleichwohl anwenden, bestünde regelmäßig keine Beeinträchtigung des Eigentums, sondern eine Erhaltung oder Verbesserung der Sache.

Sollte man auch diese Ansicht nicht teilen, ergäbe sich aus §§ 1000 bis 1003 BGB jedenfalls eine Duldungspflicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB.

3. *Hintergrund der Einschränkungslehren*

Die Diskussion um den Verwendungsbegriff verschleiert das Problem, das darin liegt, dass der Eigentümer einen Verwendungserfolg nicht haben möchte.[71] Der Norm lässt sich, wie gesehen, eine Verengungsmöglichkeit kaum entnehmen.

---

[66] *Pinger* (1973), S. 102 will den engen Verwendungsbegriff mit einer Parallele zu den beweglichen Sachen gem. § 950 BGB rechtfertigen, wo keine Verwendung, sondern eine Verarbeitung vorliege. Dagegen zutreffend Staudinger (2013)/*Gursky*, Vor §§ 994 ff. Rn. 8, wonach die beweglichen Sachen untergehen, die verarbeitet worden sind, das Grundstück hingegen nur eine „Funktions- und Wertänderung“ erfährt.

[67] *Wendehorst* (1999), S. 342 f. Klar auch Soergel (1989)/*Mühl*, Vor §§ 994 ff., Rn. 3.

[68] Treffend *Wendehorst* (1999), S. 343: Mit dem „Schlagwort“ werde „kaum mehr als ein Problem umschrieben“.

[69] Dazu ausführlich unten C. I. 3. und C. III.2. Siehe ferner in § 8 B. III.1.

[70] Ausführlich *Köbl* (1971), S. 71–82; wohl auch *Wernecke* (2004), S. 154, 193 f.

[71] *Graf von Rittberg* (1969), S. 30 ff. ordnet die Konzeption der Rechtsprechung der Problematik der aufgedrängten Bereicherung im Rahmen des Verwendungsersatzes zu. Dass es darum in § 996 BGB in Wahrheit gar nicht geht, wird unten näher dargelegt, siehe C. III.2.

Wenn man den Eigentümer schützen möchte, muss dies auf anderem Wege geschehen.[72]

Schon die implizite Prämisse derer, die entweder den engen Verwendungsbegriff oder Ergebniskorrekturen befürworten, ist daher angreifbar. Deutlich wird das etwa an einer Äußerung von *Jakobs*: Der weite – objektiv orientierte – Verwendungsbegriff – habe einen „enteignende[n] Effekt"[73]. *Jakobs'* Aussage hat eine negative Konnotation. Allerdings ist der „enteignende Effekt" vom Gesetz so gewollt. *Michalski* schreibt trefflich, die §§ 987, 989, 990, 993 Abs. 1 Hs. 2. BGB zeigten, der Eigentümer müsse einiges „hinnehmen". Dies gelte auch für § 1001 BGB, wonach die Pflicht zum Verwendungsersatz mittels Verzicht auf die Sache abgewandt werden könne.[74]

§§ 1000 bis 1003 BGB sind denn auch die Normen, die den Eigentümer gegen Verwendungsersatzansprüche des Besitzers schützen, und zwar insoweit, als sein sonstiges Vermögen vom Verwendungsersatzanspruch des Besitzers unberührt bleibt.[75] Das bedeutet, dass die Haftung des Eigentümers auf die Sache beschränkt ist. Rechtsprechung und weite Teile der Literatur wollen dieses Ergebnis, wie gesehen, offenbar nicht hinnehmen. Im Hintergrund steckt ein anscheinend unbezwingbarer Wille, dem einzelnen das Eigentum an der Sache nicht nur in der jeweiligen Form, sondern auch vermögensmäßig[76] zu erhalten. Damit wird aber der Konflikt zwischen Eigentümer und Besitzer einseitig zugunsten des Eigentümers gelöst. Das widerspricht dem Privileg des gutgläubigen Besitzers, dessen Vertrauen in seine Berechtigung von §§ 994, 996, 1000 ff. BGB geschützt wird.[77] Die Einschränkung des Eigentums, die in den großzügigen Verwendungsersatzregeln zum Vorschein tritt, ist hinzunehmen.[78]

---

[72] Der Eigentumsschutz ist indes nicht das allein tragende Element der §§ 987 ff. BGB, siehe unten C. I. 1. und § 8 C.

[73] *Jakobs* (1967), S. 350 ff. (356).

[74] *Michalski* (1995), S. 577 ff. (626).

[75] *Hönn* (1988), S. 536; Soergel (1989)/*Mühl*, § 994, Rn. 2; Soergel/*Stadler*, § 994, Rn. 2; *Canaris* (1996), S. 344 ff. (348); BGH, Urt. v. 14. 12. 1954 – I ZR 134/53 NJW 1955, S. 340 ff. (342).

[76] Auf diesen Widerspruch zum ansonsten doch auf Interessenausgleich bedachten Zivilrecht verweist treffend Köbl (1971), S. 308: „Man sollte meinen, das Rechtsgefühl, das so empfindlich auf die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Grundeigentümers reagiert, nähme erst recht an einer wertmäßig beträchtlichen, grundlosen und unvergoltenen Vermögensverschiebung Anstoß. Die einseitige Besorgnis um die Interessen des Eigentümers ist um so befremdlicher, als hier im Grunde nicht eine völlig neuartige Interessenabwägung gefordert ist, sondern es der Grundstruktur nach um einen für das Zivilrecht durchaus typischen Interessenkonflikt geht […]."

[77] Siehe dazu auch noch näher § 8.

[78] Siehe dazu auch noch näher § 8.

4. Vorschau: Ergebnisse der Rechtsvergleichung

Eine kleine Vorschau auf die Ergebnisse der Rechtsvergleichung sei an dieser Stelle gestattet. Die Rechtsvergleichung wird zeigen, dass Frankreich, Österreich und Polen für den Bau auf fremdem Grund Sondervorschriften vorsehen und ihn dennoch als Sachverwendung ansehen.[79] Damit wird die Rechtsvergleichung ein bereits nach innerstaatlichen Regeln gewonnenes Auslegungsergebnis zum Problem in der Ausgangsrechtsordnung bestätigen.

Hier wird *en passant* ein Problem berührt (und beim Berühren soll es bleiben), das das Verhältnis von Rechtsvergleichung und Auslegung betrifft. Es wird vertreten, die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode zu etablieren.[80] Programmatisch spricht *Zweigert* sogar von einer „universalen Interpretationsmethode".[81] Dem stehen verfassungsrechtliche Regelungen entgegen, wie die Bindung an die in Deutschland geltenden Gesetze, Art. 20 Abs. 3 GG. Die Rechtsvergleichung hat keine normative Kraft.[82]

Gleichwohl erscheint es nicht untunlich, sie zur Bestätigung bereits gewonnener Auslegungsergebnisse heranzuziehen.[83]

5. Exkurs: Kontinuität in der BGH-Rechtsprechung

Man fragt sich, warum der Bundesgerichtshof an seiner seit langem von der herrschenden Lehre kritisierten Rechtsprechung festhält. *Krüger*, von 2005 bis 2012 Vorsitzender des zuständigen 5. Zivilsenats, hat selbst zugegeben, dass in den Judikaten des BGH eine Auseinandersetzung mit der vorgetragenen Kritik regelmäßig fehle und Gegenstimmen nur erwähnt würden.[84]

Er gibt aber zweierlei zu bedenken. Zum einen lasse sich aus Gründen der Rechtssicherheit eine ständige Rechtsprechung nicht nach Belieben ändern. Dies gehe nur ausnahmsweise, „wenn nämlich deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen"[85]. Zum anderen habe dies mit der „Grundentscheidung" des BGH zu tun, den Eigentümer vor zu hohen Ansprüchen auf Zahlung von Verwendungsersatz zu schützen.[86] *Krüger* führt weiter aus, dass viele, die den engen Verwendungsbegriff ablehnten, nach

---

[79] § 7 B. III.2. (zum französischen Recht), C. III.5. (zum österreichischen Recht) und D. III. (zum polnischen Recht).

[80] Vgl. dazu aus unionsrichterlicher Sicht *Stotz* (2015), § 22, Rn. 23 ff.

[81] *Zweigert* (1949/1950), S. 5 ff.

[82] *Großfeld* (1984), S. 289 ff. (295, 303 ff. m. w. N.).

[83] *Stoll* (2002), S. 429 ff. (442) spricht hier von einer „normativen Mitberücksichtigung". *Großfeld* (1984), S. 289 ff. (304) mit Verweis auf *Aubin* (1978), S. 458 ff. (467 m. Fn. 45), der meint, die Rechtsvergleichung diene dazu, „eine schon anderweitig getroffene Entscheidung zu rechtfertigen".

[84] *Krüger* (2005), S. 491 ff. (496 f.).

[85] *Krüger* (2005), S. 491 ff. (495).

[86] *Krüger* (2005), S. 491 ff. (497).

anderen Mechanismen, etwa mit der aufgedrängten Bereicherung, suchten, um den Eigentümer zu schützen.[87]

Mit letzterem hat Krüger recht. Ob allerdings das Gericht diese Frage entscheiden darf, wie *Krüger* selbst meint, ist zweifelhaft. Dass das Gesetz, wie von ihm und anderen festgestellt, für den engen Verwendungsbegriff offen ist,[88] erschließt sich nicht unbedingt. Abgesehen davon ist das Kriterium des engen Verwendungsbegriffs kaum hinreichend, um den Eigentümer vor hohen Ausgaben des Besitzers zu schützen.[89] Dieser könnte ja ein einstöckiges Gebäude um weitere Stockwerke ergänzen; auch das kostet viel Geld.

Der BGH hat in jüngerer Zeit zum engen Verwendungsbegriff nicht mehr explizit Stellung nehmen brauchen, sondern die Frage offen lassen können.[90] In einem Fall zu § 347 Abs. 2 BGB hat er den Bau auf fremdem Grund jedoch unter die „anderen Aufwendungen" gem. § 347 Abs. 2 BGB gefasst.[91] Das bedeutet: Der Bau auf fremdem Grund kann eine ersatzfähige Aufwendung im Rücktrittsfolgenrecht sein, nach bisheriger Rechtsprechung aber keine Verwendung im Vindikationsfolgenrecht. Bedenkt man, dass die Schwebelage im Vindikationsfolgenrecht viel länger dauern kann (die Verjährung der Vindikation beträgt 30 Jahre bei Grundstücken, § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) als bei Rückgewährschuldverhältnissen infolge eines Rücktritts, überzeugt diese prätorische Differenzierung noch weniger als bisher. In dem Judikat zum Rücktrittsfolgenrecht könnte daher die Ankündigung des BGH stecken, dass er den engen Verwendungsbegriff aufgeben werde. Das wäre wünschenswert.

Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.[92]

V. Ergebnis

Der enge Verwendungsbegriff des Bundesgerichtshofs ist im Ergebnis abzulehnen.

---

[87] *Krüger* (2005), S. 491 ff. (498).

[88] Neben *Krüger* (2005), S. 491 ff. (499) etwa *Canaris* (1996), S. 344 ff. (347).

[89] So auch *Beißner* (1994), S. 23.

[90] So in BGH, Urt. v. 19. 09. 2014 – V ZR 269/13, NJW 2015, S. 229 ff.

[91] BGH, Urt. v. 15. 03. 2013 – V ZR 201/11, NJW-RR 2013, S. 1318 ff. (1320). Dazu MüKo/*Raff*, § 994, Rn. 14.

[92] Der V. Senat wartet in der jüngeren Zeit mit, so scheint es, stärker dogmatisch begründeten Entscheidungen auf als früher, nimmt man einmal das verunglückte Urteil zur Anwendung von § 281 auf die Vindikation aus: BGH, Urt. v. 18. 03. 2016 – V ZR 89/15, NJW 2016, S. 3235 ff. mit Anm. *Baldus/Raff*, JR 2017, S. 429 ff.

C. Die Verwendungskategorien

Das Gesetz sieht in §§ 994 bis 996 BGB nur notwendige und andere Verwendungen vor.

Die Lehre tradiert jedoch in weiten Teilen die hergebrachten Kategorien. Sie zählt dazu zunächst die notwendigen Verwendungen (I.), zu denen auch die Lasten einer Sache gehören (II.). Ferner gehören hierzu die nützlichen Verwendungen (III.) und bei manchen auch die Luxusverwendungen (IV.). Ob an dieser Dreiteilung festgehalten werden sollte, wird bei der Behandlung der Luxusverwendungen unter IV. geklärt.

I. Notwendige Verwendungen

Der gutgläubige Besitzer erhält nach § 994 Abs. 1 BGB in sehr großzügiger Weise Ersatz für notwendige Verwendungen.[93]

Dies kann an zwei Elementen bemessen werden. Zum einen haben Rechtsprechung und herrschende Lehre ein weites Verständnis davon, wann eine Verwendung notwendig ist (1.). Zum anderen kann man dies daran sehen, dass der Erfolg der einmal vorgenommenen notwendigen Verwendungen nicht bis zur Rückgabe fortdauern muss (2.).

1. Die Notwendigkeit

Es wird zu zeigen sein, dass in der Kategorie der notwendigen Verwendungen ein heute vergessenes Rezeptionsproblem steckt. Dieses kann das teils zu weitgehende Verständnis von der Notwendigkeit erklären (b). Zunächst soll aber der heutige dogmatische Ausgangspunkt skizziert werden (a).

a) Ausgangspunkt

Notwendig sind jedenfalls solche Verwendungen, die dem Erhalt der Sache dienen.[94] Insoweit sind sich Rechtsprechung und Lehre vollkommen einig.

Inwiefern eine ökonomische Komponente die Sacherhaltung weiter umschreibt, ist unklar.

Nach *Gursky* gehören zu den notwendigen Verwendungen alle *„Aufwendungen, die objektiv erforderlich sind, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschließlich ihrer Nutzungsfähigkeit zu erhalten."*[95] Die wirtschaft-

---

[93] Die Regelungen für den bösgläubigen Besitzer werden nur punktuell und nur dort aufgerufen, wo sie für das Verhältnis zwischen Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung und für konzeptionelle Fragen relevant sind.

[94] So MüKo (2013)/*Baldus*, § 994, Rn. 15 ff.; Baur/Stürner (2009), § 11 A II 5. a) aa).

[95] Westermann/Gursky/Eickmann/*Gursky*, § 32, Rn. 11.

liche Gebrauchsfähigkeit wird so oder ähnlich von vielen in die Definition aufgenommen.[96]

Diese bis heute von der herrschenden Meinung tradierte ökonomische Komponente geht auf eine im Gesetzgebungsverfahren noch vorgesehene Legaldefinition der notwendigen Verwendungen zurück: Notwendig sind danach solche *„Verwendungen, die zur Erhaltung der Sache in deren wirtschaftlichem Bestande […] erforderlich sind“*.[97]

Die Tragweite des zusätzlichen Adjektivs „wirtschaftlich“ ist enorm. Dies kann aber nur ermessen werden, wenn man sich die dogmatische Entwicklung des Verwendungsersatzes seit der Entstehung des BGB vor Augen führt.

b) Bedeutungswandel

Tatsächlich hat die Kategorie der notwendigen Verwendungen im 20. Jahrhundert einen Bedeutungswandel vollzogen, der den Bezug auf die Wirtschaftlichkeit im Definitionsapparat in besonderer Weise auffüllen, namentlich die Rechtsprechung des Reichsgerichts geleitet haben könnte. Es geht um die nationalökonomische Betrachtungsweise bei *Petrażycki* (aa), die von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung rezipiert wurde (bb). Später kehren Rechtsprechung und ein Teil der Lehre zum gemeinrechtlichen Verständnis zurück (cc). Das fehlende Wissen um diese Rezeption erklärt den heutigen Stand der Dogmatik (dd).

Petrażycki wirkte zwar (als Dogmatiker) im ausgehenden 19. Jahrhundert. Sein Einfluss auf die Auslegung von § 994 BGB gleich zu Beginn des 20. Jahrhunderts ist aber so groß, dass er im Zusammenhang mit dem geltenden Recht untersucht werden soll.

aa) Nationalökonomische Betrachtungsweise von Petrażycki

(1) Zur Person

Leon von Petrażycki ist in Deutschland heute kaum noch bekannt. Er stammt aus Witebsk, das heute zu Weißrussland gehört. Seine Muttersprache war das Polnische, er wurde bei *Dernburg* promoviert[98] und habilitiert[99]; er erhielt

---

[96] BGH, Urt. v. 20. 06. 1975 – V ZR 206/74, BGHZ 64, 333 (339; ordnungsgemäße Bewirtschaftung); Staudinger (2013)/*Gursky*, § 994, Rn. 2; Soergel/*Stadler*, § 994, Rn. 4; *Brehm/Berger* (2014), § 8, Rn. 66; *Prütting* (2017), Rn. 551 („zur […] ordnungsgemäßen Bewirtschaftung […] erforderlich“); *Pikart* (1972), S. 454 ff. (458); *Ballin* (1916), S. 11; *Lenzen* (1978), S. 18; *Crome* (1905), S. 415 f.; *Dernburg* (1908), S. 430. Zur Rückabwicklung von Verträgen auch *Laimer* (2012), S. 47 ff. (64).

[97] Prot., Bd. 3, S. 3986 (= *Mugdan*, Bd. 3, S. 680 f.). Staudinger (2013)/*Gursky*, § 994, Rn. 2 verweist zudem auf die Rechtsregel in D. 50,16,79. Zur Gesetzgebungsgeschichte siehe im Übrigen § 6 B.

[98] Die Fruchtvertheilung (1892).

[99] Die Lehre vom Einkommen, Zwei Bände (1893–1895).

Lehrstühle in St. Petersburg und später in Warschau. Seine dogmatischen Qualifikationsschriften sind heute weithin vergessen, wohl weil *Petrażycki* im Anschluss daran nur noch theoretisch arbeitete.[100]

Gerade die dogmatischen Arbeiten sind aber von großem Interesse für den Verwendungsersatz und auch für das Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen.

(2) Zur Sache

Petrażycki schreibt in seiner Habilitationsschrift folgendes[101]:

„[Die Wirthschaft] ist keine einfache Summe zusammengebrachter Gegenstände, sondern ein Organismus, in welchem jeder Theil, jedes Organ seine bestimmte Function erfüllt. Der Zweck der Organisation ist die Production. Diese Function der Wirthschaft wird gestört, wenn im System ein Mangel besteht, ein Organ fehlt. In diesem Falle wird die ganze Wirthschaft in ihrer Wirkung desorganisiert, weil ohne einen nöthigen Gegenstand die anderen Theile ihre regelmässigen Functionen zu erfüllen nicht im Stande sind. So z. B. wenn auf einem Landgut ein Gebäude für das Vieh, für die Aufbewahrung und das Dreschen des Getreides fehlt, oder wenn diese Gebäude nicht zweckmässig eingerichtet, z. B. zu feucht sind, so kann dadurch in einem Jahre eine Mindereinnahme entstehen, welche vielfach den Werth des fehlenden Gebäudes oder der Reparatur des existirenden übersteigt. Jeder ordentliche Wirth, welcher eine mangelhaft eingerichtete Wirthschaft in seine Hände bekommt, sucht

das für die Production Fehlende zu ergänzen, das Mangelhafte zu verbessern, den zu erwartenden Mängeln vorzubeugen, die überflüssigen und störenden Gegenstände zu beseitigen, kurz, die Wirthschaft zu einem gesunden und seine Function regelmässig erfüllenden Organismus zu machen. Die einmaligen Ausgaben an Kapital, welche diese ordnende Thätigkeit verursacht, heissen technisch impensae necessariae.[102]

Derjenige Wirth, welcher solche gründliche Verbesserungen nicht vornimmt, sondern nur die Masse der übernommenen Kapitalstücke in ihrem ursprünglichen Zustande und Zusammenhang erhält, ist ein unordentlicher Wirth.“

An anderen Stellen wird Petrażycki noch deutlicher: „*ne cultura turbetur, ne aedificia diruantur*“.[103] Hieraus ergibt sich, dass *impensae necessariae* nach seinem Verständnis nicht nur die Erhaltung der einzelnen konkreten Sache

[100] Zu *Petrażycki* aus jüngerer Zeit vgl. v. a. die Beiträge in *Giaro* (2017).

[101] *Petrażycki* (1893), S. 297. Siehe zum Folgenden auch *Baldus/Raff* (2017).

[102] Im Original gesperrt.

[103] *Petrażycki* (1892), S. 182. Dazu schon *Baldus/Raff* (2017). *Petrażycki* behandelt den Verwendungsersatz in seiner „Fruchtvertheilung“ exkursartig ab S. 180, also im Rahmen einer Lehre von den Früchten. Das ist auf den ersten Blick erstaunlich und liegt auch quer zu den pandektistischen Darstellungen des 19. Jahrhunderts (dazu § 6 B. II.). Bei einer Betrachtungsweise des Verhältnisses von Rendite und Investition ist das indes nur konsequent, siehe bereits *Baldus/Raff* (2017). Der Blick auf die Verwendungen vom Nutzungsersatz aus hilft im Übrigen auch beim Verständnis der gewöhnlichen Erhaltungskosten. Siehe hierzu § 4.

bedeuten, sondern die Erhaltung wirtschaftlicher „Organismen“[104], (heute) nüchterner gesprochen, wirtschaftlicher Einheiten.[105]

Die wirtschaftliche Einheit ist heute etwa Teil der Definition des funktionellen Unternehmensbegriffs in Art. 101 ff. AEUV[106] und des Betriebs in § 613a BGB.[107] Genau solche Zusammenfassungen von Personal und Sachmitteln dürften *Petrażycki* vorgeschwebt haben.

Versteht man mit *Petrażycki* die notwendige Verwendung auf eine Sache als Maßnahme zur Erhaltung der jeweiligen (übergeordneten) wirtschaftlichen Einheit in einem zur ordentlichen Bewirtschaftung erforderlichen Zustand, hat das Auswirkungen auf § 994 Abs. 1 BGB. So kann insbesondere auch der Neubau von Gebäuden, die für die Fortführung eines Unternehmens von Bedeutung sein können, notwendig sein.[108]

(3) Einordnung

An anderer Stelle ist versucht worden, den nicht ganz klaren ökonomischen Hintergrund der Ideen Petrażyckis zu erhellen.[109] *Petrażycki* zitiert nur ganz wenige Wirtschaftswissenschaftler seiner Zeit: Er verweist im zweiten Band seiner Lehre vom Einkommen auf *Mataja* und *Pierstorff*,[110] die v. a. den damaligen Stand der Lehre zur Behandlung des Unternehmensgewinns dokumentieren. Er verweist zudem – grundsätzlicher – im Kapitel zu „Begriff und Wesen der Zinsen“[111] auf *John Stuart Mill*. Die Passage soll deswegen referiert werden, weil *Petrażycki* sich nur hier ausdrücklich und unter Nennung des Urhebers einer ökonomischen Theorie zuwendet:[112]

„Nach Vorgang von J. St. Mill[113] unterscheidet die Volkswirthschaftslehre zwischen stehendem und umlaufendem Kapital, je nachdem dasselbe nur einmal oder mehrere Male bei der Produktion resp. beim Erwerb mitwirken kann. Oder man sagt, dass beim umlaufenden Kapital die Substanz desselben (die bisherige Form) für den Producenten verloren geht, beim stehenden nur die Nutzung verbraucht wird. Als Beispiele des umlaufenden Kapitals führt man Geld, Waaren, Arbeitsstoffe an, als Beispiele des stehenden

---

[104] Typische Metapher des 19. Jahrhunderts; bei *Petrażycki* in seiner ersten Qualifikationsschrift, der Fruchtvertheilung (1892), ab S. 174 zu finden. Ab S. 175 folgen Beispiele.

[105] Näher beschrieben bei *Baldus/Raff* (2017).

[106] Dazu ausführlich Grabitz/Hilf/Nettesheim (2012)/*Stockenhuber*, Art. 101, Rn. 51 ff. Monographisch dazu alsbald *Braun*, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht (in Vorbereitung für 2017).

[107] Dazu ausführlich Staudinger (2016)/*Annuß*, § 613a, Rn. 45 ff.

[108] Siehe das Zitat von eben (auf einem Landgut wird ein Gebäude für das Vieh errichtet) und *Petrażycki* (1893), S. 298 ff. zu Beispielen aus römischen Quellen, die *Petrażycki* bespricht.

[109] *Baldus/Raff* (2017).

[110] *Petrażycki* (1895), S. 410, Fn. 1. Vgl. dazu *Baldus/Raff* (2017).

[111] *Petrażycki* (1895), S. 270–288.

[112] *Petrażycki* (1895), S. 275 f.

[113] „J. St. Mill, Principles of political economy, b. I, ch. VI, § 1.“

Kapitals – Werkzeuge, Maschinen. Die Unterscheidung bezieht sich nicht etwa auf die objektiven Eigenschaften der Sachen, sondern auf das Verhältnis des wirthschaftenden Subjektes zu ökonomischen Gütern. Eine Nähmaschine ist eine Waare und als solche umlaufendes Kapital im Verhältniss zum Maschinenhändler. Sie ist stehendes Kapital für die Schneiderin, welche sie zum Nähen gebraucht."

Hieran sieht man, dass *Petrażycki* über die wirtschaftswissenschaftlichen Theorien der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Bilde gewesen sein muss.[114] Damals wurde namentlich von Juristen angemahnt, sich mit nationalökonomischen Theorien auseinanderzusetzen, was denn auch geschah.[115] Es tauchen im Werk *Petrażyckis* immer wieder Wendungen auf, die an damalige Debatten erinnern. So schreibt er etwa in der „Fruchtvertheilung" wieder über die wirtschaftliche Einheit:[116]

„Das Gebäude, der Organismus sind Sinnbilder des Vermögens in einem entwickelten Verkehr. Um unseren Gedanken anschaulich zu machen, betrachten wir ein Vermögen in einer Zeit der besonders entwickelten ökonomischen Cultur, in unserer Zeit, und zwar ein Vermögen, welches am wirthschaftlichen Verkehr teilnimmt, welches nicht in der Erde vergraben oder in Strümpfen verborgen, oder in einer Bank niedergelegt ist, sondern ein wirtschaftliches Leben lebt."

Ab 1860, also zeitlich nur wenig vor den Arbeiten *Petrażyckis*, diskutierten Juristen und Ökonomen über den erforderlichen Grad der Bildung und der sittlichen Entwicklung des Menschen für die Frage, welche wirtschaftlichen Freiheiten ihm zu gewähren seien.[117] Vielleicht hat *Petrażycki* auch diese Debatte gekannt; sie kann den Gebrauch der o. g. Metaphern vom „entwickelten Verkehr" und von der „besonders entwickelten ökonomischen Cultur" erklären.[118]

Petrażycki darüber hinaus einer bestimmten Schule zuordnen zu wollen, ist nicht einfach. Sein Rekurs auf *Mill* lässt einerseits klassisch-liberales Gedankengut vermuten.[119]

---

[114] *Schön* (1992), S. 24 ist der Auffassung, dass *Böhm-Bawerks* „Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Güterlehre" (1881) die Grundlage u. a. für *Petrażyckis* Arbeiten bildete. Allerdings lässt sich das nicht mit Sicherheit belegen. *Petrażycki* (1892), S. 90 und öfter, zitiert ferner *Koeppens* Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* (siehe dazu ausführlich in § 6 B. II.2.m)), der seinerseits nationalökonomische Standardliteratur, namentlich *Roscher*, zitiert. Auch diese dürfte *Petrażycki* bekannt gewesen sein.

[115] Hierzu *Hofer* (2001), S. 74–131.

[116] *Petrażycki* (1892), S. 175.

[117] *Schmoller* (1874), S. 225 ff. (269) plädiert dafür, dass wirtschaftliche Freiheit ein hohes Maß an Bildung voraussetzt; differenzierend *Roscher* (1918), § 16, Anm. 5 (S. 45). Hierzu und zur Einordnung *Hofer* (2001), S. 84–90.

[118] Zu *Mill* einführend *de Marchi* (1989), S. 266 ff.

[119] Auch *Petrażycki* (1895), S. 424 f. mit Fn. 1 am Ende deutet auf die bei Hofer beschriebene Debatte über die Bildungsvoraussetzungen hin: „In diesem Kampfe Aller gegen Alle siegt der ökonomisch und geistig Stärkere. Die geistige Stärke wird zum grossen Theil durch die ökonomische bedingt (Erziehung, Bildung)."

Seine Arbeit mit typischen Metaphern wie „Induction“[120], „Kampf“[121], „Organisch“[122] und „Lebens“-Metaphern[123] erinnert andererseits nicht nur an die historische Schule der Rechtswissenschaft, sondern auch an diejenige der jungen Volkswirtschaftslehre.[124] Hierzu passen inhaltlich *Petrażyckis* transversales Arbeiten schon in seinen dogmatischen Schriften, namentlich sein Essay zur „Civilpolitik“[125] sowie methodisch sein induktives, gerade nicht modellorientiertes Vorgehen[126].

Eine nationalistische Ausrichtung, wie sie bei manchen Vertretern der historischen Schule gefunden werden kann[127], lag ihm schon wegen seiner Biographie jedoch fern. An einer Stelle meint man auch, einen Einfluss des Sozialismus zu erkennen, wenn er einerseits einen möglichst weitgehenden Ersatz notwendiger Verwendungen befürwortet, andererseits den Ersatz nützlicher Verwendungen begrenzt halten möchte.[128]

Es wird nach alldem beim an anderer Stelle mitgeteilten Befund bleiben, dem zufolge *Petrażycki* mit ökonomischen Kategorien experimentiert.[129]

(4) Bewertung

Soweit *Petrażycki* mit dem „Organismus” hantiert, modern gesprochen, mit der wirtschaftlichen Einheit, ist das ein auf den ersten Blick eingängiges Bild. Allerdings gibt uns das BGB von 1900 vor, in Buch 3 die Fragen aus dem Blickwinkel der Sache zu beleuchten. Die „wirtschaftliche Einheit”, die vorrangig interessiert, ist die Sache selbst gem. § 90 BGB.[130]

Petrażyckis Theorem vom „ordentlichen Wirth“, das, bezogen auf die wirtschaftliche Einheit, sein Werk durchzieht, schillert. Es auf Leistungsfähigkeit hin bewerten zu wollen, fällt schwer. Die Rezipienten (dazu sogleich) von *Petrażycki* übernehmen weithin seine Begriffsbildungen, die zu Verschiebun-

---

120 *Petrażycki* (1893), S. 53 („inductiv“); S. 344.

121 *Petrażycki* (1895), S. 7 („Socialkampf“); S. 55.

122 Etwa *Petrażycki* (1893), S. 186, 274, 297.

123 Etwa *Petrażycki* (1893), S. 289.

124 Hierzu *Winkel* (1977), S. 82–121.

125 *Petrażycki* (1895), S. 437–628.

126 Die historische Schule wollte gerade anders als die klassisch-liberale Theorie kein ideales Modell der Volkswirtschaft entwickeln, sondern induktiv anhand der Geschichte Spezifika auch einzelner nationaler Wirtschaften erarbeiten, vgl. *Winkel* (1977), S. 33 f.

127 Vgl. *Winkel* (1977), S. 119 f.

128 *Petrażycki* (1893), S. 314: „Der Ersatz der *impensae utiles* würde […] nicht nur künstlich die natürliche Tendenz der Aufzehrung der kleinen Wirthschaften durch den Grossbetrieb stärken, sondern auch eigenartige sittliche Folgen herbeiführen. Wenn der reiche Kapitalist seinen Gegner (z. B. den Eigenthümer des verpfändeten oder verpachteten Grundstückes) durch die *impensae utiles* willkürlich zu expropriiren im Stande ist, dann ist durch das Civilrecht eine Sanction für den herzlosen und rücksichtslosen Egoismus gegeben.“

129 *Baldus/Raff* (2017).

130 Anderes gilt für Verweisungen auf die §§ 987 ff. BGB, siehe dazu sogleich unter bb)(2) aus der Rechtsprechung.