



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die gewöhnlichen
Erhaltungskosten und Lasten
Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im
Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“**

Dissertation vorgelegt von Thomas Raff

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel:

„Die gewöhnlichen Erhaltungskosten – Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“

Dissertation vorgelegt von Thomas Raff

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Die gesamte Arbeit ist zur Veröffentlichung im Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, Schriftenreihe: Studien zum Privatrecht, vorgesehen. Sie soll dort 2017 erscheinen.

Zunächst sollen die wesentlichen Thesen der Arbeit skizziert werden (A), bevor auf Kritikpunkte in den Voten eingegangen wird (B). Auf Nachweise wird hier verzichtet; insoweit ist auf die Druckfassung der Arbeit zu verweisen.

A. Thesen der Arbeit

Es gibt mit § 994 Abs. 1 S. 2 BGB und mit dem ihn ergänzenden § 995 S. 2 BGB zwei Normen, mittig im Vindikationsfolgenrecht liegend, die bislang nicht systematisch untersucht worden sind.

Die Ergebnisse meiner Forschungen zu diesen Normen sowie, hiervon ausgehend, zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis lassen sich ganz grob und vieles weglassend wie folgt zusammenfassen:

1. Der gutgläubige Besitzer erhält Ersatz für notwendige und nützliche Verwendungen, §§ 994, 996 BGB. Dabei ist ein **weiter Verwendungsbegriff** anzulegen, der auch den Bau auf fremdem Grund erfasst.

2. Dem gutgläubigen Besitzer verbleiben gleichzeitig die Früchte – dinglich und schuldrechtlich, §§ 955, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Dies liegt vor allem daran, dass dem Besitzer ein Ausgleich für seine Tätigkeit (sog. **Produktionsprinzip**) geschuldet ist, und daran, dass seine Sacherhaltungs- und Investitionsbemühungen zugunsten der Sache, die dann dem **Eigentümer zugute** kommen, belohnt werden sollen.

3. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB legt dem Eigentümer aber nur auf, dem gutgläubigen Besitzer die außergewöhnlichen notwendigen Verwendungen zu ersetzen; die gewöhnlichen Erhaltungskosten muss der Besitzer selbst tragen, § 994 Abs. 1 S. 2 BGB. Zur **Veranschaulichung**: Die komplette Dachreparatur muss der vindizierende Eigentümer ersetzen, der Austausch einzelner Dachplatten ist dem Besitzer überlassen.

4. Hieraus ergibt sich ein **Dilemma**: Der **faule Besitzer**, der die Sache nicht erhält, sie verkommen lässt und Nutzungen zieht, soweit es eben geht, wird scheinbar

bevorzugt, weil er keine gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen muss, aber zugleich nach den vorgenannten Normen alle Nutzungen behalten darf.

Doch ist dies die Folge der **freiheitsstiftenden Funktion von § 903 BGB**. Der gutgläubige Besitzer darf, und insoweit gilt § 903 BGB auch für ihn, mit der Sache tun und lassen, was er will, solange er nicht weiß, dass es nicht seine ist. Das Gemeinwesen geht gleichwohl davon aus, dass er die Sache sinnvoll einsetzen wird, d.h. langfristig angelegt investieren wird, um die Sache in einem nutzungsfähigen Zustand zu erhalten. Dass der gutgläubige Besitzer sich anders entscheiden kann, ist mitbedingtes Risiko dieser Freiheit.

5. Geht man also vom **vernünftigen Besitzer** aus, erklärt sich auch, *warum* der Besitzer die gewöhnlichen Erhaltungskosten selbst trägt. **Ökonomisch** deswegen, weil er die Nutzungen nicht nur aufgrund seiner eigenen Produktivität ziehen konnte, sondern weil er auch die Faktoren Boden und Kapital (d.h. die Muttersache, die dem Eigentümer gehört) ausnutzte (**Ausgleich der Produktionsfaktoren**). Juristisch deswegen, weil § 994 Abs. 1 S. 2 BGB so die zentrale Funktion erfüllt, der auch § 985 BGB dient, nämlich dem **Schutz des Eigentümers**: Der Besitzer zahlt über § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ganz pauschal – und damit streitvermeidend – ein Stück weit für seine Nutzungen; der Eigentümer zahlt nur für die außergewöhnlichen Investitionen.

6. Gewöhnliche Erhaltungskosten sind, um schließlich eine Definition zu versuchen,

alle Verwendungen, die typischerweise regelmäßig wiederkehren, ohne dass ihr Umfang ein Maß erreicht, das aus den Nutzungen schlechterdings nicht mehr bedient werden kann. Es handelt sich um Kosten, die vorhersehbar sind und in Bewirtschaftungspläne eingestellt werden.

7. Hinter dem Gedanken, dass der gutgläubige Besitzer die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten tragen muss, steckt ein bürgerlich-rechtliches **Prinzip**, das lautet:

Wer Nutzungen aus einer Sache zieht und behalten darf, muss zumindest einen Teil der Kosten zur Erhaltung dieser Sache tragen.

Dass dem offenbar so ist, ergab eine Vergleichsuntersuchung innerhalb des BGB anhand zahlreicher Abwicklungsverhältnisse aus vier von fünf Büchern: So muss der Nießbraucher die gewöhnlichen Unterhaltungskosten tragen (§ 1042 BGB), gerade weil er die Früchte zieht. Umgekehrt erhält der Sachrückgewährschuldner nach Rücktritt auch Ersatz für die gewöhnlichen Erhaltungskosten (§ 347 BGB), weil er die gezogenen Nutzungen *nicht* behalten darf.

8. **Prinzip** wird dabei verstanden als ein allen hier untersuchten Regelungen zugrundeliegender Gedanke. Es geht nicht um ein Prinzip, das „über den Dingen steht“, es geht auch nicht um einen „normstrukturellen Entscheidungsspielraum“ (wie es die Grundrechte für *Alexy* sind; das Zitat stammt im Übrigen von *Hofmann*), sondern um das Fundament. In der Tendenz sei an **Esser**, Grundsatz und Norm in

der richterlichen Rechtsfortbildung, erinnert, denn es geht v.a. um den hinter den Normen liegenden Gedanken.¹

9. So stellt sich in ganz groben Zügen die Situation im geltenden deutschen bürgerlichen Recht dar. Da es meines Wissens an systematischen Studien fehlt, waren Ausflüge in die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung unerlässlich, hier: in die Pandektistik, die wichtigsten deutschen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, das römische Recht, das französische, das österreichische und das polnische Recht. Größere Quellenanalysen, insbesondere auch die zumindest als **Untersuchungsobjekt (und nicht als Auslegungselement!) höchst interessanten Gesetzgebungsmaterialien aller hier untersuchter Rechtsordnungen** erklären den Umfang der Arbeit.

10. Im **19. Jahrhundert** gibt es keine systematische Debatte über das Verhältnis von Früchten und Verwendungen, schon gar nicht übergreifend; aber auch mit Blick auf Einzelsysteme (d.h. beispielsweise Vindikationsfolgen, Ususfruktus, Leihe, Verwahrung, *hereditatis petitio* etc.) finden sich nur wenige wirklich aussagekräftige Studien. Sogar zum Verwendungsersatz selbst gibt es wenig, das über die **Nacherzählung der Verwendungsersatzkategorien** (notwendige, nützliche und luxuriöse) hinausginge. *Savigny* und *Windscheid*, die bekanntlich größten deutschsprachigen Juristen des 19. Jahrhunderts, vertreten im Bereich der Fruchtzuordnung zum gutgläubigen Besitzer zudem kaum haltbare Meinungen (um ein plastisches Vergleichsbeispiel von heute zu nennen, nämlich den engen Verwendungsbegriff des BGH: die ganz h.M. lehnt ihn zu Recht ab, sie muss ihn aber trotzdem umfassend diskutieren, was Ressourcen bindet; will sagen: Die übrigen Autoren müssen sich im 19. Jahrhundert auf vielen Seiten an den natürlich genial geschriebenen Thesen *Windscheids* und *Savignys* abarbeiten und kommen im Übrigen kaum weiter).

11. Erst ganz spät, parallel zur Entstehung des BGB, kommen mit **Dernburgs Schüler Petrażycki** und dann mit den späteren Auflagen in *Dernburgs* Lehrbüchern neue innovative Thesen in die Debatte, Thesen, die bis heute im Kern richtig und zentral sind und die in einer **Kryptorezeption** durch das Reichsgericht in Teilen bis heute in der Dogmatik fortwirken. Diese Thesen kann man auf einen Gedanken zusammenschmelzen: Beim Verwendungsersatz geht es um den Schutz von wirtschaftlichen Organismen, modern gesprochen um den **Schutz wirtschaftlicher Einheiten**. Zu trennen ist danach nur zwischen Sach- und Fruchtverwendungen; Erhaltungskosten seien im Kern Nutzungsziehungskosten und vom Besitzer zu tragen, die übrigen Sacherhaltungskosten seien dagegen Kapitalverwendungen und von dem zu tragen, dem das Kapital gebührt – da der Produktionsfaktor Kapital hier weit verstanden wird und auch den Boden umfasst, ist das der wahre Eigentümer. So wird § 994 Abs. 1 BGB zumindest erklärbar.

¹ Statt von Prinzip von einem Rechtsgrundsatz zu sprechen, wäre vielleicht missverständlich, denn dieser würde automatisch der Lückenfüllung dienen können. Aber das ist gefährlich, würde man so doch schnell einen generellen Ausgleich von Nutzungen und Verwendungen im Sinne von § 818 BGB konstruieren können, was gerade abgelehnt werden soll.

12. Weit mehr gilt: So wird das **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** m.E. **insgesamt** besser **erklärbar**. Es geht um die **Sacherhaltung** und – weiter getrieben – für den gutgläubigen Besitzer auch um den **Schutz des berechtigten Vertrauens in die Investition**. Es geht nicht um ein Privileg des gutgläubigen Besitzers; dieses ist nur Reflex des Sacherhaltungsgedankens. Und damit erhält das Wort Vindikationsfolgenrecht Sinn: Es geht natürlich um eine schuldrechtliche Abwicklung, aber bezogen auf eine *Sache*, deren Bedeutung für die Wirtschaft das sorgsam austarierte System der §§ 987 bis 1003 BGB im Blick hat. *Hans Hattenhauer* hat plastisch von einer „Reparaturwerkstatt“ gesprochen, in der die Vindikationsfolgen abgewickelt werden. Und genau vor diesem Hintergrund lassen sich die §§ 1000 bis 1003 BGB gut verstehen. Wenn der Eigentümer die Verwendungen nicht ablösen will, kann er dem Besitzer, der die Investitionen ja getätigt hat, die Sache zur Verwertung überlassen. Und was ist sinnvoller, als demjenigen die Sache zu belassen, der sie im konkreten Zustand am optimalsten nutzen kann?

13. **Caveat**: Es geht hier **nicht** um eine undogmatische, d.h. ohne Rückbindung an das Gesetz stattfindende sog. **ökonomische Analyse des Rechts** – die übrigens nicht von den Amerikanern, sondern auch von *Leon von Petrażycki* erfunden wurde – sondern es geht um eine **objektiv-historische Auslegung** im Anschluss an Leon von *Petrażycki*, der seine Ergebnisse auf einer gar nicht mal so schlechten Analyse der römischen Quellen aufbaut; es geht ferner um eine objektiv-historische Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien, insbesondere der Referate von *Johow* und es geht um eine Analyse der Geschichte des eng verwandten Nießbrauchs.

14. Um die bisherigen Ergebnisse weiterzutreiben: Wo liegen v.a. die Erträge der Rechtsvergleichung, das heißt der Analyse des französischen, österreichischen und polnischen Rechts? Im Kern v.a. darin, dass das **vermeintlich** so überragend **wichtige Bereicherungsrecht** in diesen Staaten in der Praxis (ich rede jetzt nicht von der wissenschaftlichen Debatte) teilweise auf der **Liste bedrohter Rechtsinstitute** steht.

15. Die Analysen belegen das Bedürfnis der Praxis nach **brauchbaren, d.h. ausdifferenzierten Restitutionssystemen**, und es gibt, ob nun schon textlich vorgesehen (wie in Polen und Österreich) oder erst in der Praxis entwickelt (in Frankreich), ein existentes Anwendungsfeld für das Vindikationsfolgenrecht. Das mag, ausgehend von der verkrusteten Debatte über die völlig überbewerteten §§ 812, 818 BGB, kontraintuitiv sein, aber beispielsweise die Lektüre von Entscheidungen des polnischen OGH, in denen der Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts gegenüber dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis eingedampft wird, ist sehr anregend.

16. Und konkret zu dem Verhältnis von Verwendungen und Nutzungen ergibt die Rechtsvergleichung zudem im Kern folgendes:

17. In Frankreich und Österreich, den beiden ältesten hier untersuchten Kodifikationen, gibt es **textlich keine Verrechnung von Verwendungen und Nutzungen**; in Frankreich hat die Praxis mit der Kategorie der *dépenses d'entretien*, funktional: Erhaltungskosten, aus dem *usufruit* entlehnt, weitergeholfen. In Österreich hat jedenfalls die Wissenschaft durch eine weitgehende bereicherungsrechtliche Überformung eine Verrechnung von Verwendungen und Nutzungen dadurch überflüssig gemacht, dass der redliche Besitzer die dinglich eingehobenen

Nutzungen in vielen Fällen über das Bereicherungsrecht angeblich zurückerstatten muss. Das *law in action* hat hier – von außen betrachtet – freilich nichts mit dem *law in the books* zu tun.

18. In **Polen** wiederum gibt es keine zusätzliche Kategorie der gewöhnlichen Erhaltungskosten: Der gutgläubige Besitzer muss sich vom Ersatz seiner notwendigen Verwendungen alle eingehobenen Nutzungen abziehen lassen. Der Unterschied zu § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ist übrigens nicht nur gradueller Natur, sondern enthält auch **eine andere Beweislastverteilung**. Bei § 994 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Eigentümer darlegen und beweisen, dass es bei den vom Besitzer geltend gemachten Verwendungen um gewöhnliche Erhaltungskosten geht, denn es ist eine dem Eigentümer günstige Rechtsfolge. Im polnischen Recht muss der Besitzer darlegen und beweisen, dass seine Verwendungen über die gezogenen Nutzungen hinausgehen, denn hierin liegt eine für ihn günstige Rechtsfolge. Die Darlegungs- und Beweislast sorgt also für eine gegenüber der deutschen Regelung zusätzliche Verschärfung zulasten des gutgläubigen Besitzers. Freilich muss gesagt werden, dass das Fallmaterial im polnischen Recht zeigt, dass die Nutzungen typischerweise über den getätigten Verwendungen liegen, so dass der Besitzer einen tatsächlichen Mehrwert hat, den er behalten darf. Auch dies belegt, dass das oben vorgestellte **Investitionsschutzmodell** auch die **polnischen Regelungen beschreiben** kann.

B. Kritikpunkte in den Voten

Schon in dieser Zusammenfassung zu verwerfen sind auch Kritikpunkte aus den Voten zur Dissertation. Sie können hier im Gegensatz zur Druckfassung nicht allesamt aufgegriffen werden; hier soll es v.a. um Systemfragen gehen, und zwar im Kern um zwei.

Zum einen ist das Verhältnis zwischen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Geschäftsführung ohne Auftrag zu vertiefen (I.), zum anderen ist zu fragen, in welchem Umfang dem Bereicherungsrecht eine Auffangfunktion im System der gesetzlichen Schuldverhältnisse zukommt (II.).

I. Abgrenzung zur Geschäftsführung ohne Auftrag

19. *Von Bar* u.a. schreiben in einem Buch, das den Titel **Draft Common Frame of Reference** trägt, folgendes:

„This Book [**The Benevolent intervention in another’s affairs**] applies where a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal [...].“

20. Das ist im Ergebnis ziemlich deutsch, denn es geht um ein objektiv fremdes Geschäft (benefiting another) und ein subjektives Element (predominant intention). Es ist sogar auf den ersten Blick recht eng, denn *von Bar* u.a. unterstreichen das **altruistische Moment**.

21. Allerdings geht es in eine andere Richtung sehr weit: Der Gestor kann schon dann Ersatz seiner Aufwendungen fordern, wenn es einen *objektiven* „reasonable ground for acting“ gab. Ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kann, sofern er nicht ohne Weiteres erkennbar ist, das Entstehen des Aufwendungsersatzanspruchs nicht verhindern (Art V. - 1:101 (1)(a)(2) DCFR).

22. Und insoweit ist eine Verwandtschaft zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis unterstrichen: Es ist der Wille des Eigentümers jedenfalls dann egal, wenn der Besitzer gutgläubig ist und investiert – der Eigentümer kann dann entweder bezahlen oder das Verwendungssubstrat dem Besitzer überlassen; Zwischenlösungen, die ihm bequem wären, gibt es nicht.

23. So mag die Verwendung auf eine fremde Sache durchaus ein objektive fremdes Geschäft sein. Ein subjektiv fremdes Element fehlt aber, deutlich für den gutgläubigen Besitzer, nach wohl herrschender Meinung auch für den bösgläubigen Besitzer, denn dieser mag zwar ein Bewusstsein haben, ein fremdes Geschäft zu führen (was nach *Loyal* reichen soll, um den Anwendungsbereich der §§ 677 ff. zu eröffnen), aber der *Wille*, ein fremdes Geschäft zu führen, fehlt ihm.

24. Für die Geschäftsführung ohne Auftrag gilt m.E. zwingend, dass erst ein bestehendes subjektives Element auf Seiten des *Geschäftsführers*, mindestens ein Fremdgeschäftsführungsbewusstsein, den Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB begründen kann.

Bergmann erhebt den **Fremdgeschäftsführungswillen** mit Recht zum „**konstituierenden Strukturprinzip der fremdnütziger Interessenwahrnehmung**“. Freilich muss auch tatsächlich ein subjektives Element mindestens des Fremdgeschäftsführungsbewusstseins vorhanden sein – ein rein normatives Tätigwerden im fremden Interessenkreis ist nicht ausreichend, um den §§ 677 ff. hinreichend gegenüber den §§ 987 ff. abzugrenzen (Das übersieht namentlich *Bergmann*.).

25. Mir erscheint es ferner richtig, die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend eng zu verstehen, nämlich dass objektive und subjektive Elemente korrespondieren: Sowohl das objektive als auch das subjektive Element müssen *positiv* festgestellt werden.

26. Sieht man das anders, ist eine Nähe zwischen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Geschäftsführung ohne Auftrag freilich nicht weit, dann nämlich, wenn man das **subjektive Element vermutet**.

27. **Anwendungserleichterungen** zugunsten der Geschäftsführung ohne Auftrag darf es jedoch **weder auf objektiver Ebene noch mit Blick auf die Beweislast oder das Beweismaß auf der subjektiven Ebene** geben. Dem BGH ist seine Rechtsprechung zum auch-fremden Geschäft, gepaart mit der Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens, bekanntlich spätestens im **Erbensucher**-Fall um die Ohren geflogen, so dass er eine spezifische **Anwendbarkeit** der GoA konstruieren musste, um seine Rechtsprechung beibehalten zu können. Hier zeigen sich übrigens auch rechtsvergleichend interessante Denkkontraste, die näherer Beleuchtung harren: In Frankreich bekam der Erbensucher von der Cour de cassation Ersatz

seiner Aufwendungen. Dort hat der Ansatz, den offenbar auch der DCFR verfolgt, größeren Erfolg: Was *objektiv* dem Geschäftsherrn nutzt, das muss er dem Geschäftsführer dann auch vergüten. Das ist aber nur richtig, wenn der Geschäftsführer gutgläubig ist; ein bösgläubiger Besitzer ist – wie es etwa § 996 BGB zeigt – zu bestrafen.

28. Und so ist die Abgrenzung zwischen den §§ 987 ff. und den §§ 677 ff. BGB im Ergebnis unproblematisch: Die Geschäftsführung ohne Auftrag setzt ein objektiv fremdes Geschäft voraus, das sich zuvörderst mit dem Willen, ansonsten mit dem Interesse des Geschäftsherrn deckt, und sie setzt weiters voraus, dass der Geschäftsführer auch *weiß* und *will*, dass er für einen anderen handelt. Fehlt es an der subjektiven Komponente und geht es um die Restitution von Sachen, greifen stattdessen die §§ 987 ff. BGB.

II. Abgrenzung zum Bereicherungsrecht

29. Konkurrenzprobleme zwischen Rechtsinstituten entstehen, wie gesehen, regelmäßig dort, wo die Voraussetzungen des jeweiligen Instituts weit verstanden werden und wo bestehende Konkurrenzregeln korrigiert werden sollen. Damit sind wir beim Bereicherungsrecht und §§ 993, 996 BGB sowie ganz generell bei einem weiteren Kritikpunkt an dieser Arbeit: Die Frage nach dem Abwicklungsmechanismus, der eingreift, wenn kein Anwendungsbereich so recht eröffnet sein sollte.

30. *Praktisch* dürfte momentan das Bereicherungsrecht, insbesondere die im 20. Jahrhundert erst erfundene Eingriffskondiktion sowie sonstige in der Wissenschaft typisierte Nichtleistungskonditionen oder aber „die“ Nichtleistungskondiktion selbst eingreifen, wenn man mit anderen – also: spezielleren Abwicklungsregimen – nicht weiterkommt (und zwar: auch nicht über Analogien).

31. Gerade die Eingriffskondiktion hat namentlich im Immaterialgüterrecht eine zentrale Rolle erhalten. Auch die Leistungskondiktion greift in Deutschland in vielen Fällen, und zwar wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips.

32. Damit hat das **Bereicherungsrecht** *in Deutschland* und übrigens auch *in Österreich* (dazu sogleich) eine Funktion erhalten, die weder die Realitäten des klassischen römischen Rechts noch System und Text mehrerer heute geltender Kodifikationen widerspiegeln.

33. So hat **Frankreich** in seiner gerade veröffentlichten, aber noch nicht in Kraft getretenen Schuldrechtsreform dem Bereicherungsrecht keineswegs eine bedeutendere Rolle verschafft, als es in der Rechtsprechung hatte – es hat nur die Rechtsprechung in Text gegossen (was im Übrigen im doppelten Sinne „positiv“ ist). Und die Rolle des Bereicherungsrechts in der Rechtsprechung und der Wissenschaft war und ist in Frankreich nach allem, was ich übersehen kann, nicht sonderlich groß.

34. **Polen** hat nach 1945 ganz bewusst das Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht übernommen – es war von seiner Leistungsfähigkeit in Theorie und Praxis schlicht nicht überzeugt. Zwar gibt es im *kodeks cywilny* einen Abschnitt über **Bereicherungsrecht**, das aber ein **Schattendasein** führt und nur auf massiven

Einfluss des Posener Juristen **Ohanowicz** überhaupt ins Gesetz gekommen ist. Heute wird er dafür gefeiert; warum, ist unklar.

35. So gibt es in Frankreich und Polen, die – mit unterschiedlicher Tendenz – dem Konsensprinzip folgen, jeweils unterschiedliche Rückabwicklungsmechanismen. Und das Bereicherungsrecht kommt so gut wie nicht vor. Es steht in den *traités* zum Schuldrecht immer weit am Schluss und füllt ein paar müde Seiten.

36. In **Österreich** liegt die Bedeutung des Bereicherungsrechts an Deutschland, aber nicht so, wie man vielleicht denken mag, denn die österreichische Wissenschaft ist in ihrer Liebe zum Bereicherungsrecht wohl noch konsequenter als Deutschland gewesen. Ausschlaggebend hierfür ist **Walter Wilburg**, der die Eingriffskondition in Deutschland erfunden und nach Österreich mitgenommen hat. Bei uns wird von *Caemmerer* häufig an erster Stelle genannt, aber das ist unrichtig.

37. Wollte man nun aber skizzieren, wie die Dogmatik aussehen könnte, wenn man sie neu schreiben dürfte? Die Frage lautet: Wie sähe das Bereicherungsrecht in Deutschland und Österreich **ohne die Forschungen von Walter Wilburg** aus? Dann wäre das **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** wohl das wichtigste **Leitmotiv im Restitutionsrecht**, und zwar aus folgenden Gründen:

38. Es greift systematisch dort am besten ein, wo das Eigentumsübergangssystem dem Traditionsprinzip oder dem Konsensprinzip folgt. Und einem von beiden gehört die Zukunft in Europa; viele Generationen von Staatsexamenskandidaten würden das wohl schon jetzt gerne unterschreiben.

39. **Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hält unter einem Dach Lösungen für die wichtigsten Fragen in einer Mehrfachdifferenzierung vor: (vereinfacht) für den Schadens-, den Nutzungs- und den Verwendungsersatz differenzierend zwischen dem gut- und dem bösgläubigen Besitzer und für den Verwendungsersatz zusätzlich noch zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen unterscheidend.**

40. In den von mir untersuchten Rechtsordnungen finden sich diese Differenzierungen überall (in unterschiedlicher Intensität), und zwar vor allem dadurch, dass sie in der Praxis judiziert werden. Diese Differenzierungen erfüllen offenbar zwei **Aufgaben**: Erstens **geben** sie dem **Praktiker ein System**, an dem er sich orientieren kann. Zweitens wird es von der **Rechtswirklichkeit so auch akzeptiert**, um vorsichtig zu sein und nicht das große Wort der Gerechtigkeit in den Mund nehmen zu müssen.

41. Und so kann das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis überall dort mühelos eingreifen, wo eine Sache Restitutionsgegenstand ist.

42. Und greift man noch weiter aus, kann es auch bei einem **weit verstandenen Sachbegriff (wie etwa in Österreich)** seine Dienste tun, nämlich im **Immaterialgüterrecht**. Schäden entstehen auch dort, Nutzungen werden auch dort gezogen und selbst Verwendungen sind denkbar – denn der Markenschutz etwa will alle fünf Jahre verlängert werden, und das kostet schließlich Geld. Man denke ferner etwa an die Patentvindikation, für die Judikate zu §§ 994 ff. BGB bekannt sind, weil darauf verwiesen wird.

43. Wir können also festhalten: Das Bereicherungsrecht in Deutschland verdankt seine Rolle einem engen Sachbegriff und dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip; in Österreich liegt es v.a. am Einfluss von *Wilburg*. Beides sind geschichtliche Zufälligkeiten; beides muss nicht richtig sein; beides muss v.a. nicht für immer so sein. Aber: Solange es so ist, müssen Wissenschaft und Praxis damit selbstverständlich umgehen, und zwar **so nah am Text wie möglich**.

44. Fazit: **Die Zukunft gehört ausdifferenzierten Restitutionssystemen**; das zeigen jüngste Reformen (in Deutschland zum Widerrufsfolgenrecht und in Frankreich wohl auch zur Revision des Schuldrechts – nichts verschwand; es wurde nur systematisch kodifiziert).

45. Das bedeutet nicht, dass es nicht auch Aufgabe der Wissenschaft sein kann, gemeinsame Prinzipien dieser Restitutionssysteme freizulegen, aber nicht gewaltsam und apriorisch zugunsten des Bereicherungsrechts (das im Übrigen zwischen den einzelnen Staaten auch sehr unterschiedlich ist), sondern nachdem die Details abgearbeitet worden sind.