Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Roman Schister

von

Wartau (St.Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Vito Roberto

und

Prof. Dr. Arnold F. Rusch

Dissertation Nr. 5144

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2021

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 25. Mai 2021

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen
als Band 2 der Schriftenreihe «Eximius».
ISBN 978-3-03891-344-3 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-8487-7250-6 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand als Dissertation während meiner Zeit als Assistent von Prof. Dr. Vito Roberto am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen. Ihm, der diese Dissertation als Referent betreute, gebührt ein besonderer Dank für das lebhafte und vielseitige Arbeitsumfeld, das er mir bot, die wertvollen Hinweise, die gewährten Freiheiten und sein wachsames Auge, mit dem er stets den Fortschritt meines Dissertationsvorhabens verfolgte. Zu Dank verpflichtet bin ich sodann auch meinem Korreferenten Prof. Dr. Arnold F. Rusch, dessen Tür immer für eine Diskussion angetroffener Schwierigkeiten offenstand. Bedanken möchte ich mich auch bei Roger Sutter. Er hat das Lektorat besorgt. Herzlichen Dank schulde ich schliesslich all jenen, die mir im Entstehungsprozess dieser Dissertation mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben, allen voran meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut, insbesondere Daniela De Marco, Nadia Kuźniar, Sebastian Reichle und Bernhard Stehle für die Durchsicht des Manuskripts, sowie meiner Familie.

St. Gallen, im Januar 2021 *Roman Schister*

Inhaltsübersicht

Vorwort v
Inhaltsverzeichnis ix
Abkürzungsverzeichnis xv
Zusammenfassung xix
Résumé xx
Abstract xxi

Einleitung 1

A. Problemstellung 1
B. Antwort des Gesetzes im Überblick 2
C. Aufbau der Arbeit 4

Erstes Kapitel: Grundlagen 7

A. Begriff des «Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses» 7
B. Betroffene Sachen 12
C. Unrechtmässiger Besitz 14
D. Primärer Herausgabeanspruch 26
E. Bedeutung des guten bzw. bösen Glaubens 28
F. Bedeutung des vermuteten Rechts 64

Zweites Kapitel: Nutzungsherausgabe 67

A. Überblick 67
B. Begriff der Nutzungen 67
C. Ansprüche bei gutgläubigem Eigenbesitz 77

D. Ansprüche bei gutgläubigem Fremdbesitz 89
E. Ansprüche bei bösgläubigem Besitz 91

Drittes Kapitel: Schadenersatz 99

A. Überblick 99
B. Haftungsvoraussetzungen 99
C. Haftungsfolgen 109

Viertes Kapitel: Verwendungsersatz 125

A. Überblick 125
B. Begriff der Verwendungen 126
C. Arten von Verwendungen 131
D. Ansprüche bei Gutgläubigkeit 138
E. Ansprüche bei Bösgläubigkeit 155

Fünftes Kapitel: Einzelfragen 161

A. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund im römischen Recht . . . 161
B. Rechtsnatur der Ansprüche 170
C. Zielsetzung und Grundgedanken 173
D. Stellung in der Rechtsordnung 186
E. Durchsetzung der Ansprüche 193

Sechstes Kapitel: Zusammenfassung 197

A. Anfängliche Problemstellung 197
B. Anspruchsgrundlagen 198
C. Ansprüche bei Gutgläubigkeit 200
D. Ansprüche bei Bösgläubigkeit 202
E. Einzelfragen 203

Literaturverzeichnis 205
Materialienverzeichnis 219

Inhaltsverzeichnis

Vorwort v
Inhaltsübersicht vii
Abkürzungsverzeichnis xv
Zusammenfassung xix
Résumé xx
Abstract xxi

Einleitung 1

A. Problemstellung 1
B. Antwort des Gesetzes im Überblick 2
C. Aufbau der Arbeit 4

Erstes Kapitel: Grundlagen 7

A. Begriff des «Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses» 7
I. Ursprung im deutschen Recht 7
II. Unzureichende Terminologie des Gesetzes 8
III. Terminologie im schweizerischen Schrifttum 9
IV. Verwendung des Begriffs «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» . 12
B. Betroffene Sachen 12
C. Unrechtmässiger Besitz 14
I. Mehrere Besitzer 14
II. Besitzdiener 15
III. Rückwirkend unrechtmässiger Besitz (Vertragsungültigkeit) . 17
IV. Nicht-so-Berechtigter (Vertragsverletzung) 25
V. Nicht mehr rechtmässiger Besitz (Vertragsablauf) 26

D. Primärer Herausgabeanspruch 26
E. Bedeutung des guten bzw. bösen Glaubens 28
I. Begriff des guten Glaubens 29
1. Keine Legaldefinition 29
2. Grundlagen der Begriffsbestimmung 30
3. Äusseres Element: Defekt in der Rechtsposition 30
a. Rechtsmangel oder Defekt in der Rechtsposition . . 30
b. Nachteilige Rechtswirkungen 31
4. Subjektives Element: Unkenntnis des Defekts 33
a. Unkenntnis des Defekts oder fehlendes Unrechtsbewusstsein 33
b. Sachverhalts- oder Rechtsirrtum 35
c. Fahrlässige Unkenntnis des Defekts 36
5. Günstige Rechtswirkung? 39
6. Dichotomie von Gut- und Bösgläubigkeit 39
7. Zwischenfazit zum Begriff des guten Glaubens 40
II. Gutgläubigkeit im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 40
III. Einzelfragen 43
1. Zeitpunkt 43
a. Nachträgliche Bösgläubigkeit 43
i. Übertritt zur Bösgläubigkeit und Abklärungspflichten 44
ii. Bedeutung der Rechtshängigkeit 47
b. Nachträgliche Gutgläubigkeit 49
2. Zurechnung fremden Bewusstseins 51
a. Vorbesitz und Mitbesitz 51
b. Organe von juristischen Personen 52
c. Hilfspersonen des Besitzers 53
i. Gutgläubiger Besitzdiener 53
ii. Bösgläubiger Besitzdiener 54
d. Personengesellschaften 56
e. Besitzmittlungsverhältnis 56
3. Urteilsunfähige Personen 59
4. Deliktischer Besitz 60
5. Unentgeltlicher Besitz 63
F. Bedeutung des vermuteten Rechts 64

Zweites Kapitel: Nutzungsherausgabe 67
A. Überblick 67
B. Begriff der Nutzungen 67
I. Früchte 69
1. Fehlende Legaldefinition 69
2. Natürliche/unmittelbare Früchte 70
a. Erzeugnisse 70
b. Erträgnisse 72
3. Zivile/mittelbare Früchte 74
II. Gebrauchsvorteile 75
III. Verbrauch als Nutzung 76
IV. Veräusserung als Nutzung 76
C. Ansprüche bei gutgläubigem Eigenbesitz 77
I. Natürliche/unmittelbare Früchte 77
II. Zivile/mittelbare Früchte 79
III. Gebrauchsvorteile 80
IV. Vorteile durch Eigenverbrauch 80
V. Veräusserungserlös 84
VI. Weitere Surrogate 88
D. Ansprüche bei gutgläubigem Fremdbesitz 89
I. Ungültiger Vertrag mit dem Berechtigten 89
II. Besitzerwerb vom Nichtberechtigten 89
E. Ansprüche bei bösgläubigem Besitz 91
I. Natürliche/unmittelbare Früchte 91
II. Sonstige Nutzungen 92
III. Versäumte Nutzungen 94
IV. Verschulden des bösgläubigen Besitzers 97

Drittes Kapitel: Schadenersatz 99
A. Überblick 99
B. Haftungsvoraussetzungen 99
I. Haftungsvoraussetzungen im Allgemeinen 99
1. Rechtswidrigkeit 100
2. Rechtsgutverletzung 100

3. Kausalität 101
4. Verschulden 102
II. Haftungsvoraussetzungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 102
1. Gutgläubiger Eigenbesitzer 102
2. Gutgläubiger Fremdbesitzer 103
3. Bösgläubiger Besitzer 105
a. Zufallshaftung bei Kenntnis des Eigentümers . . . 105
b. Verschuldenshaftung bei fehlender Herausgabemöglichkeit 108
C. Haftungsfolgen 109
I. Mögliche Schadenspositionen 109
1. Verschlechterung der Sache 109
2. Untergang der Sache 111
3. Veräusserung der Sache und Rechtsverfolgungskosten gegen Dritte 112
4. Vorenthaltungsschaden 113
5. Ansprüche betreffend die gezogenen natürlichen Früchte 116
II. Form des Schadenersatzes 116
III. Schadensberechnung 117
IV. Schadenersatzbemessung 122
V. Mehrheit von Schädigern 122

Viertes Kapitel: Verwendungsersatz 125

A. Überblick 125
B. Begriff der Verwendungen 126
C. Arten von Verwendungen 131
I. Notwendige Verwendungen 131
1. Im Allgemeinen 131
2. Notwendigkeit als Abgrenzungskriterium 132
3. Erneuerung von Anlagen 134
II. Nützliche Verwendungen 136
III. Andere Verwendungen 137
D. Ansprüche bei Gutgläubigkeit 138
I. Notwendige und nützliche Verwendungen 139
1. Ersatzfähige Verwendungen 139

2. Höhe des Ersatzanspruchs 139
3. Anrechnung der bezogenen Früchte 141
4. Zinsen 142
5. Wechsel von Eigentümer und Besitzer 145
6. Besitzmittlungsverhältnisse 146
7. Geltendmachung des Ersatzanspruches 148
8. Zurückbehaltungsrecht 150
II. Übrige Verwendungen 152
1. Rechtsfolge der Wegnahme 152
2. Anwendungsbereich des Wegnahmerechts 152
3. Wahlmöglichkeit des Eigentümers 153
III. Fehlender Herausgabeanspruch des Eigentümers 154
E. Ansprüche bei Bösgläubigkeit 155
I. Notwendige und nützliche Verwendungen 155
II. Übrige Verwendungen 157
III. Geltendmachung der Ansprüche 160

Fünftes Kapitel: Einzelfragen 161

A. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund im römischen Recht 161
I. Vindikationsklage 162
II. Nebenansprüche 164
1. Nutzungsherausgabe 165
a. Natürliche Früchte 165
b. Zivile Früchte 166
2. Schadenersatz 167
3. Verwendungsersatz 169
B. Rechtsnatur der Ansprüche 170
I. Gesetzliches Schuldverhältnis 170
II. Schuldrechtliche Natur der Ansprüche 171
III. Quasiakzessorische Natur der Ansprüche 172
C. Zielsetzung und Grundgedanken 173
I. Diskussion in Deutschland 173
II. Übergeordnete Funktion 174

III. Privilegierung des gutgläubigen Besitzers 175
1. Keine Nutzungsherausgabepflicht 175
2. Ausschluss der Haftung 179
IV. Schlechterstellung des bösgläubigen Besitzers 180
1. Zufallshaftung 180
2. Unsorgfältige Mindernutzung 181
3. Reduzierter Verwendungsersatz 183
D. Stellung in der Rechtsordnung 186
I. Ausschliesslichkeit im Anwendungsbereich 186
II. Verhältnis zum Herausgabeanspruch 188
III. Verhältnis zu den Bestimmungen über den Fruchterwerb . 188
IV. Verhältnis zum allgemeinen Bereicherungsrecht 189
V. Verhältnis zum allgemeinen Deliktsrecht 190
VI. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag 192
VII. Verhältnis zum Vertragsrecht 193
E. Durchsetzung der Ansprüche 193
I. Verjährung 193
1. Verjährung nach Art. 60 und 67 OR 193
2. Verjährung des Herausgabeanspruchs an natürlichen Früchten 194
II. Gerichtsstand 195

Sechstes Kapitel: Zusammenfassung 197

A. Anfängliche Problemstellung 197
B. Anspruchsgrundlagen 198
C. Ansprüche bei Gutgläubigkeit 200
D. Ansprüche bei Bösgläubigkeit 202
E. Einzelfragen 203

Literaturverzeichnis 205
Materialienverzeichnis 219

Abkürzungsverzeichnis

§/§§	Paragraf/Paragrafen
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (Österreich)
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (Deutschland)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AllgPersönlR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck Online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
CC(S)	Code civil (suisse)/(Swiss) Civil Code (siehe ZGB)

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations (siehe OR)
CR	Commentaire romand
D.	Digesta Iustiniani
d. h.	das heisst
DAR	Deutsches Autorecht
E.	Erwägung
ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (Deutschland)
ErbbauVO	Erbbaurechtsverordnung (siehe ErbbauRG)
et seqq.	et sequentia (siehe f./ff.)
f./ff.	folgender/folgende
Fn.	Fussnote
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GVP/SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001, SR 221.214.1
KuKo	Kurzkommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
N	Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220

PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926 (Liechtenstein)
pr.	principium
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18. Juni 1993 (Produktehaftpflichtgesetz), SR 221.112.944
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (Prostitutionsgesetz; Deutschland)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SchlT	Schlusstitel
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ss	suivant(e)s (siehe f./ff.)
SZR	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
Tit. fin.	Titre final (siehe SchlT)
usw.	und so weiter
Vor	Vorbemerkungen
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. März 1951 (Wohnungseigentumsgesetz; Deutschland)
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung), SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Zusammenfassung

Hat der Eigentümer eine ihm gehörende Sache vom unberechtigten Besitzer zurückerlangt, ist die wirtschaftliche Situation zwischen den beiden noch nicht vollständig geklärt. Der Besitzer hat die Sache während der Zeit des unrechtmässigen Besitzes nutzen können, ohne den Eigentümer hierfür zu entschädigen. Möglicherweise hat er die Sache sogar beschädigt oder vernichtet. Denkbar ist auch, dass der Besitzer eigenes Vermögen in die Sache investiert hat, von der er nun nicht mehr profitieren kann.

Mit diesen Problemen beschäftigen sich die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Art. 938 ff. ZGB). Diese Dissertation untersucht einerseits die Grundlagen und Inhalte der gegenseitigen Ansprüche von Eigentümer und Besitzer im geltenden Recht, weist andererseits aber auch auf Unklarheiten und Ungereimtheiten hin. Wo es sinnvoll ist, werden Hinweise auf die entsprechenden Regeln im deutschen Recht gegeben.

Der Autor schlägt an mehreren Stellen Lösungen vor, die von der herrschenden Lehre abweichen. So will er ungültige Verträge generell vom Anwendungsbereich der Nebenansprüche bei unberechtigtem Besitz ausnehmen. Ferner soll der gutgläubige Besitzer die Vorteile, die er aus dem Verbrauch oder der Veräusserung der Sache zieht, nach allgemeinem Bereicherungsrecht herausgeben müssen. Der bösgläubige Besitzer soll indessen keinen Ersatz für versäumte Früchte schulden, die der Eigentümer selbst auch nicht gezogen hätte, dafür aber ein Wegnahmerecht für die nützlichen und übrigen Verwendungen haben.

Résumé

Si le propriétaire a récupéré une chose auprès du possesseur illégitime, la situation économique entre les deux n'a pas encore été totalement clarifiée. Le possesseur a pu utiliser la chose pendant la période de possession non autorisée sans que le propriétaire ne soit indemnisé pour cela. Il peut même avoir endommagé ou détruit la chose. Il est également concevable que le possesseur ait investi ses propres ressources dans la chose dont il ne peut plus bénéficier.

Ces problèmes sont traités par les normes relatives à la relation propriétaire-possesseur («Eigentümer-Besitzer-Verhältnis»; art. 938 ss CC). D'une part, cette thèse examine le fondement et le contenu des obligations mutuelles du propriétaire et du possesseur dans le droit actuel, mais d'autre part, elle attire également l'attention sur les ambiguïtés et les incohérences. Lorsque cela s'avère utile, elle fait référence aux règles correspondantes du droit allemand.

L'auteur propose des solutions à plusieurs problèmes qui s'écartent de la doctrine dominante. Par exemple, il veut exclure de manière générale les contrats invalides du champ d'application des droits accessoires en cas de possession non autorisée. En outre, le possesseur de bonne foi devrait être obligé de restituer les avantages tirés de la consommation ou de l'aliénation de la chose, conformément aux règles générales sur l'enrichissement illégitime. Le possesseur de mauvaise foi, cependant, ne devrait pas être obligé de verser une indemnité pour les fruits non perçus que le propriétaire lui-même n'aurait pas obtenus, mais il devrait avoir le droit d'enlever les impenses utiles et somptuaires.

Abstract

Even if the owner has successfully recovered his property from the unlawful possessor, the financial situation between the two parties is not settled. The possessor has been able to use the object during the period of unlawful possession without compensating the owner for this. He may have damaged or destroyed the object. Moreover, he may have invested his own assets in order to cover the maintenance costs of the object or to improve its condition. Yet, he can no longer benefit from his investment.

The legal answers to these problems are provided by the provisions on the so-called owner-possessor relationship («Eigentümer-Besitzer-Verhältnis»; art. 938 et seqq. CC). This thesis examines the principles of the claims both parties have against one another under Swiss law, but it also draws the reader's attention to ambiguities and inconsistencies. Where it makes sense, references are made to the corresponding rules in German law.

At several points, the author proposes solutions that deviate from the prevailing doctrine. For example, he suggests to generally exclude invalid contracts from the scope of application of the provisions on the owner-possessor relationship. Furthermore, he argues that the *bona fide* possessor should have to surrender the benefits he derives from the consumption or alienation of the object to the owner according to enrichment law. Meanwhile, the possessor in bad faith should not owe compensation for missed fruits, which the owner himself would not have produced. Additionally, the possessor in bad faith should have a right to remove the *impensae utiles* and *voluptuariae* before returning the object.

Einleitung

A. Problemstellung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht. Die Ansprüche, die dieses Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausmachen, knüpfen an den primären Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den unberechtigten Besitzer an. Sie regeln einerseits, was der Eigentümer neben der Sache selbst vom Besitzer verlangen kann, andererseits aber auch, welche Rechte der Besitzer gegen den Eigentümer hat.

Ausgangslage bildet dabei immer ein Fall, in dem das Eigentum und der Besitz an einer Sache auseinanderfallen. Solche Fälle können sich aus mehrerlei Gründen ergeben. Der häufigste Grund dürfte in der Praxis die willentliche Überlassung der Sache durch Vertrag oder aus Gefälligkeit sein. Möglich ist aber auch das ungewollte Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum, etwa weil dem Eigentümer die Sache gestohlen oder abhandengekommen und an einen neuen Besitzer gelangt ist.

Wenn Eigentum und Besitz nicht bei derselben Person liegen, muss anhand des bestehenden Vertragsverhältnisses bzw. der einschlägigen Gesetzesnormen geprüft werden, ob der Besitz rechtmässig ist. So hat etwa der Mieter während des laufenden Mietvertrags rechtmässigen Besitz an der Mietsache. Der Dieb, der die Sache dem Eigentümer gegen dessen Willen abgenommen hat, hat unrechtmässigen Besitz. Bedeutsam für die hier interessierende Thematik sind nur jene Fälle, in denen der Besitz unrechtmässig ist. In diesen Fällen sieht das Recht unterschiedliche Mechanismen vor, wie die Sache ihren Weg zum Eigentümer zurückfindet. Zu denken ist dabei in erster Linie an die Vindikationsansprüche und die Instrumente des Besitzschutzes und Besitzrechtsschutzes.

Hat der Eigentümer der Sache seine Ansprüche auf Herausgabe erfolgreich geltend gemacht, hat er zwar die Sache wieder in seinem Besitz, sieht sich aber allenfalls mit weiteren Fragen konfrontiert. Regelmässig dürfte er nämlich feststellen, dass er trotz der Rückgabe der Sache wirtschaftlich nicht in der gleichen Lage ist, wie er es wäre, hätte der unrechtmässige Besitz gar nie bestanden. Gleichermassen dürfte sich auch der herausgabeverpflichtete Besitzer fragen, ob er durch die Herausgabe der Sache eine wirtschaftliche Einbusse erlitten habe, für die er eine Entschädigung zugute hat. Im Einzelnen stellen sich aus Sicht der beiden beteiligten Parteien folgende Schwierigkeiten:

1) Hat der unrechtmässige Besitzer die Sache beschädigt oder gar zerstört, erleidet der Eigentümer einen Schaden. Hier stellt sich die Frage, ob der Besitzer für diesen Schaden einzustehen hat. Darüber hinaus hat sich die Vermögenslage des Eigentümers möglicherweise auch schon wegen der Vorenthaltung an sich verschlechtert, etwa weil er sich ein Ersatzobjekt hat mieten müssen.

2) Wirft eine Sache natürliche (Beeren, Früchte, Eier, Heu usw.) oder zivile (Zinsen, Dividenden, Miet- und Pachterträge usw.) Früchte ab, profitiert für die Zeit des Besitzes der Besitzer von diesen. Wäre die Sache beim Eigentümer gewesen, hätte er den Genuss an diesen Nutzungen gehabt. Der Eigentümer wird sich daher fragen, ob er einen Ersatzanspruch gegen den unrechtmässigen Besitzer für diese Vorteile hat.

3) Schliesslich ist auch denkbar, dass sich nicht die Vermögenssituation des Besitzers auf Kosten des Eigentümers verbessert, sondern umgekehrt der Besitzer eigene Mittel für die Sache aufgewendet hat, die er nun zurückgeben muss. Infrage kommen etwa Investitionen, um die Sache zu erhalten oder gar zu verbessern. Mit der Rückgabe profitiert letztlich der Eigentümer von ersparten Kosten, die er – im Falle der Erhaltungskosten – selbst zu tragen gehabt hätte, oder vom Genuss einer nun besseren Sache.

B. Antwort des Gesetzes im Überblick

Das schweizerische Recht hält die rechtlichen Antworten auf diese Fragen in den Art. 938–940 ZGB bereit. Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

Art. 938 ZGB – III. Verantwortlichkeit, 1. Gutgläubiger Besitzer, a. Nutzung
[1] Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig.
[2] Was hiebei untergeht oder Schaden leidet, braucht er nicht zu ersetzen.

Art. 939 ZGB – III. Verantwortlichkeit, 1. Gutgläubiger Besitzer, b. Ersatzforderungen
[1] Verlangt der Berechtigte die Auslieferung der Sache, so kann der gutgläubige Besitzer für die notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz beanspruchen und die Auslieferung bis zur Ersatzleistung verweigern.
[2] Für andere Verwendungen kann er keinen Ersatz verlangen, darf aber, wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann.
[3] Die vom Besitzer bezogenen Früchte sind auf die Forderung für die Verwendungen anzurechnen.

Art. 940 ZGB – III. Verantwortlichkeit, 2. Bösgläubiger Besitzer
[1] Wer eine Sache in bösem Glauben besitzt, muss sie dem Berechtigten herausgeben und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten.
[2] Für Verwendungen hat er eine Forderung nur, wenn solche auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären.
[3] Solange der Besitzer nicht weiss, an wen er die Sache herausgeben soll, haftet er nur für den Schaden, den er verschuldet hat.

Die Bestimmungen finden sich am Ende des Besitzrechts und knüpfen an die Normen zum Besitzrechtsschutz an. Wie ein Blick auf den Randtitel zeigt, macht das Gesetz eine wesentliche Unterscheidung danach, ob der unberechtigte Besitzer gut- oder bösgläubig gewesen ist. Inhaltlich sieht es eine wesentliche Privilegierung des gutgläubigen unberechtigten Besitzers vor.

So muss der gutgläubige Besitzer weder für die Nutzung der Sache noch für den Schaden, der durch die Verschlechterung der Sachsubstanz oder den Untergang bewirkt wird, Ersatz leisten (Art. 938 ZGB). Massgeblich für die Beurteilung, was der unberechtigte Besitzer mit der Sache tun darf, ist sein guter Glaube in das vermutete Nutzungsrecht. Folglich muss der Besitzer, der sich gutgläubig für den Eigentümer hat halten dürfen – der Eigenbesitzer –, im Anwendungsbereich von Art. 938 ZGB grundsätzlich überhaupt keinen Ersatz leisten, denn das Eigentum würde ihm gestatten, im Rahmen der Rechtsordnung mit der Sache zu tun, was ihm beliebt (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Auch der gutgläubige Fremdbesitzer, der sich zwar nicht für den Eigentümer gehalten, aber trotzdem aufgrund eines Vertrags zur Nutzung berechtigt gesehen hat, wird weitgehend geschützt. Für ihn richtet sich der Umfang der Privilegierung nach den dinglichen oder

persönlichen Rechten, die er sich vorgestellt hat. Zu denken ist etwa an den Besitzer, der glaubt, er sei der Mieter einer Sache. Anders als der gutgläubige Eigenbesitzer darf er die Sache nicht zerstören, sie aber sehr wohl regelmässig nutzen.

Neben dem Haftungsprivileg kommt dem gutgläubigen Besitzer ein weitgehender Anspruch auf Ersatz der getätigten Verwendungen zu (Art. 939 ZGB). Für die notwendigen und nützlichen Investitionen ist er voll zu entschädigen. Für die darüberliegenden hat er immerhin ein Wegnahmerecht.

Derweil muss der bösgläubige Besitzer «für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten» (Art. 940 Abs. 1 ZGB), und für die Verwendungen ist sein Ersatzanspruch auf die notwendigen Auslagen beschränkt (Art. 940 Abs. 2 ZGB). Aus Art. 940 Abs. 3 ZGB *e contrario* ergibt sich sodann, dass der bösgläubige Besitzer sämtlichen Ersatz unbesehen seines Verschuldens schuldet. Er haftet mit anderen Worten auch für den Zufall. Die Haftung geht also deutlich weiter, als wenn der Besitzer nach der allgemeinen Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 ff. OR haften würde.

Diese grundsätzliche Unterscheidung zwischen Gut- und Bösgläubigkeit hätte der Gesetzgeber nicht machen müssen, sie ergibt aber aus rechtspolitischen Überlegungen Sinn. Wer in gutem Glauben der Auffassung ist, eine Sache gehöre ihm, darf mehr mit dieser Sache anstellen als jemand, der weiss, dass er die Sache eigentlich nicht haben dürfte. Im Einzelnen sind die Tragweite der Art. 938 ff. ZGB, ihr Anwendungsbereich und ihr Normzweck – vermutlich gerade weil dem gesamten Normenkomplex letztlich ein Wertungsentscheid des Gesetzgebers zugrunde liegt – umstritten.

C. Aufbau der Arbeit

Die soeben aufgezeigte Problemstellung und die skizzierten Antworten des Gesetzes kratzen lediglich an der Oberfläche der Thematik. Die bereits angesprochenen Aspekte und weitere essentielle Fragen, die den Rahmen dieses ersten groben Überblicks sprengen würden, werden in dieser Arbeit beleuchtet.

Im ersten Kapitel stehen die Grundlagen und die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen im Mittelpunkt, die erfüllt sein müssen, um überhaupt etwas für sich aus den Art. 938 ff. ZGB gewinnen zu können. Zunächst wird besprochen, was unter dem Begriff «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» zu verstehen ist und weshalb er auch in der Schweiz – wo er üblicherweise nicht verwendet wird – seine Daseinsberechtigung hat. Anschliessend sind die Grundvoraussetzungen für einen Anspruch aus den Art. 938 ff. ZGB zu diskutieren. Neben der Frage, für welche Sachen die Bestimmungen anwendbar sind, wann unrechtmässiger Besitz vorliegt und wie sich die Nebenansprüche zum Hauptanspruch verhalten, liegt ein besonderer Fokus auf der Bedeutung von gutem und bösem Glauben.

Das zweite, dritte und vierte Kapitel beschäftigt sich je mit einem der oben angesprochenen möglichen Ansprüche. Zunächst werden die Ansprüche des Eigentümers gegen den unberechtigten Besitzer behandelt, also der Anspruch auf Nutzungsherausgabe (zweites Kapitel) sowie der Anspruch auf Schadenersatz (drittes Kapitel). Das vierte Kapitel widmet sich der Kehrseite der Medaille und behandelt die Ansprüche des unberechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer auf Verwendungsersatz.

Ziel dieser ersten vier Kapitel ist es, den Regelungsgehalt der Art. 938 ff. ZGB aufzuarbeiten und die wesentlichen Punkte systematisch wiederzugeben. Wo es sachdienlich ist, werden neben den Verweisen auf die schweizerische Literatur und Rechtsprechung auch Hinweise auf den Meinungsstand in Deutschland gegeben.

Nachdem in den ersten vier Kapiteln die Grundzüge aufgezeigt worden sind, wendet sich das fünfte Kapitel einigen Spezialfragen zu. Hierbei werden auch Diskussionen, die bisher nur im deutschen Recht ausführlich geführt wurden, aufgegriffen und mit Blick auf das schweizerische Recht beleuchtet. Zu nennen ist insbesondere die Schwierigkeit der dogmatischen Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses in das Gesamtgefüge der Rechtsordnung. So stellen sich etwa Abgrenzungs- und Konkurrenzschwierigkeiten bei der Anwendung der Art. 938 ff. ZGB gegenüber den allgemeinen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 ff. OR, jenen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR und aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR). Darüber hinaus können Probleme entstehen, wenn sich der unrechtmässige Besitz im

Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis ergibt. Auf konkrete Schwierigkeiten wird jeweils auch bei der Besprechung der Themen im zweiten, dritten und vierten Kapitel hingewiesen. Aufgabe des fünften Kapitels wird es sein, diese einzelnen Punkte in den Gesamtkontext zu stellen. Die Arbeit schliesst mit einigen Hinweisen betreffend die Durchsetzung der Ansprüche ab. Dabei werden namentlich die Frage der Verjährung und jene der örtlichen Zuständigkeit für die klageweise Durchsetzung der Ansprüche besprochen.

Das sechste Kapitel der Arbeit fasst die gewonnenen Erkenntnisse zusammen und bietet eine Gesamtbetrachtung der geltenden Rechtslage zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht. Der Anspruch ist jedoch nicht nur, eine Anleitung für die schnelle Rechtsfindung zu geben, sondern auch auf bestehende Unklarheiten hinzuweisen und mögliche Lösungsansätze zu skizzieren.

Erstes Kapitel
Grundlagen

A. Begriff des «Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses»

I. Ursprung im deutschen Recht

Der Begriff «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» ist in der Schweiz nicht gebräuchlich.[1] Seinen Ursprung hat er in der deutschen Rechtslehre. Dort wird er – mehr oder weniger einheitlich – verwendet, um das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer einer Sache und dem unberechtigten Besitzer, der diese Sache herauszugeben hat, zu beschreiben.

In den Details gibt es Diskussionen darüber, welche Bestimmungen des Gesetzes unter dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis verstanden werden sollen. Bisweilen wird vertreten, es fielen sämtliche Regelungen der §§ 985–1003 BGB unter den Begriff.[2] Andere Stimmen sprechen sich hingegen für eine Beschränkung auf die §§ 987–1003 BGB aus.[3] Folgt man der ersten Auffassung, bezieht man den in § 985 BGB geregelten Vindikationsanspruch ebenfalls in den Begriff mit ein, folgt man der zweiten, will man bloss die reinen Nebenfolgen der Vindikation darunter fassen. Wie bei jedem Auffassungsstreit über die Terminologie ist es für die Rechtsanwendung auch hier letztlich ohne Belang, welcher Auffassung der Vorzug gegeben wird. Die ganz überwiegende Mehrheit folgt heute

1 Er wird aber bisweilen verwendet (siehe etwa *Polydor-Werner* [1988], 63).

2 So etwa Staudinger-*Gursky* (2013), Vor § 985 BGB, N 3.

3 So etwa *Herrmann* (2013), 73; *Lorenz* (2013), 495; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 985 BGB, N 9; MüKo-*Raff* (2020), Vor § 987 BGB, N 1.

jedoch dem engeren Begriffsverständnis und fasst bloss die Nebenfolgen unter das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.[4]

Aus dogmatischer Sicht ist dieses engere Verständnis überzeugend, weil der primäre Herausgabeanspruch seiner Struktur nach völlig anders ausgestaltet und mit den Nebenfolgen als Sekundäransprüchen grundsätzlich nicht verwandt ist.[5] Vielmehr bildet der Herausgabeanspruch eine Anspruchsvoraussetzung für die Nebenansprüche.[6]

II. Unzureichende Terminologie des Gesetzes

Sämtliche Aspekte, die im deutschen Recht in den §§ 987 ff. BGB geregelt werden, finden sich im schweizerischen Recht in den Art. 938 ff. ZGB. Das Gesetz verwendet für diese Bestimmungen den Randtitel «Verantwortlichkeit». Es wäre daher ohne Weiteres möglich, diesen Begriff auch für die vorliegende Arbeit zu übernehmen.

Der Begriff «Verantwortlichkeit» ist jedoch im Zusammenhang mit dem Geflecht an Rechten und Pflichten, das die Art. 938 ff. ZGB ordnen, problembehaftet. So wurde vorgebracht, er zeichne ein unvollständiges Bild, da er den Eindruck erwecke, es werde bloss eine Partei durch das Gesetz in die Pflicht genommen.[7] Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Vielmehr erlegt das Gesetz sowohl der herausgabeberechtigten als auch der herausgabepflichtigen Partei Rechte und Pflichten auf. Zu denken ist insbesondere an die Pflicht des Herausgabeberechtigten, dem Herausgabepflichtigen die getätigten Verwendungen zu ersetzen. Gerade beim Verwendungsersatz kommt hinzu, dass mit Verantwortlichkeit in der Regel primär Schadenersatzansprüche assoziiert werden. Hier will der Begriff nicht richtig passen. Darüber hinaus lässt sich auch mit Recht fragen, ob es angebracht ist, allgemein von «Verantwortlichkeit» zu sprechen, wenn doch die erste Bestimmung zu den Nebenansprüchen ebendiese Verantwortlichkeit für den gutgläubigen Besitzer weitgehend ausschliesst.[8]

4 Siehe die Nachweise in der vorstehenden Fussnote.
5 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 985 BGB, N 9.
6 Hierzu sogleich Abschnitt D.
7 *Utku* (1939), 7, für den französischen Begriff «responsabilité».
8 *Utku* (1939), 7.

Eigentliche Verantwortlichkeitsansprüche begründet nur Art. 940 ZGB für den bösgläubigen Besitzer.[9]

III. Terminologie im schweizerischen Schrifttum

Wie bereits einleitend bemerkt, hat sich in der schweizerischen Literatur bis anhin kein so ausdrucksstarker Begriff wie in Deutschland herausgebildet. Hierfür gibt es mehrere denkbare Gründe.

Ein Grund mag in der – verglichen mit Deutschland – sehr überschaubaren Anzahl wissenschaftlicher Abhandlungen über das Thema liegen. Die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare beschränken sich darauf, die bedeutendsten Ansprüche der Art. 938 ff. ZGB aufzuzeigen. In der Regel verwenden sie dabei entweder die Terminologie des Gesetzes oder den zutreffenden Begriff «Nebenansprüche».[10] Unter den Monografien finden sich derweil lediglich drei nennenswerte Werke: *Eduard L. Keller* verfasste 1940 an der Universität Zürich eine Dissertation mit dem Titel «Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB unter Berücksichtigung des geltenden deutschen Rechts».[11] *Kemalettin Utku* legte ein Jahr zuvor an der Universität Genf eine Dissertation vor;[12] er sprach statt von «Verantwortlichkeit» bzw. «responsabilité» gesamthaft von «la restitution de la possession».[13] Die dritte monografische Publikation wurde von *Barbara Lindenmann* 2010 als Dissertation mit dem Titel «Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers» an der Universität Bern eingereicht.[14] *Lindenmann* übernahm im Titel die Begriffswahl des Gesetzgebers. In ihrer Arbeit fokussierte sie sich jedoch primär auf die Ansprüche gegen den gutgläubigen Besitzer bzw. dessen weitgehendes Haftungsprivileg nach Art. 938 ZGB sowie

9 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3a.

10 Siehe etwa *Sutter-Somm* (2014), N 1473 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3a; *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 2.274 ff.; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 335 ff.; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 4.

11 *Keller* (1940).

12 *Utku* (1939).

13 *Utku* (1939), 7.

14 *Lindenmann* (2010). Die wichtigsten Erkenntnisse der Dissertation sind anschliessend auch in die Neuauflage des Berner Kommentars eingeflossen und haben dort die Ausführungen von *Emil W. Stark* ergänzt.

die historischen Ursprünge und weniger auf das Gesamtgefüge zwischen herausgabeberechtigter und herausgabepflichtiger Partei. Inhaltlich scheint *Lindenmann* den Begriff «Verantwortlichkeit» inzwischen jedoch auch für Art. 938 ZGB nicht mehr für sachgerecht zu halten.[15]

Ein weiterer Grund, dass in der Schweiz der Ausdruck «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» nicht verwendet wird, liegt unzweifelhaft darin, dass das schweizerische Recht in den Art. 938 ff. ZGB mehr regelt als das deutsche Recht in den §§ 987 ff. BGB. Während das deutsche Recht unmittelbar am Vindikationsanspruch (§ 985 BGB) anknüpft,[16] der dem Eigentümer vorbehalten ist, verlangt das schweizerische Recht – weiter gefasst – einen irgendwie gearteten Herausgabeanspruch. Dieser muss nicht zwingend auf Art. 641 Abs. 2 ZGB gestützt werden. Denkbar ist insbesondere auch eine Rückgabe im Rahmen einer Besitzschutz- (Art. 927 ZGB) oder Besitzrechtsklage (Art. 934 bzw. Art. 936 ZGB). Das Zivilgesetzbuch regelt damit gleichzeitig auch das Verhältnis zwischen zwei Besitzern. Das deutsche Recht kennt hierfür gesonderte Bestimmungen, wenngleich die Nebenansprüche, die neben die Besitzrückgabe treten, durch einen umfassenden Verweis auf die §§ 987 ff. BGB geregelt werden (§ 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB). Das sogenannte «Besitzer-Besitzer-Verhältnis» hat in Deutschland indessen eine geringe Bedeutung und wird kritisch betrachtet.[17]

Diese Kritik bezieht sich nicht bloss auf das Besitzer-Besitzer-Verhältnis im engeren Sinne, also die Nebenansprüche, sondern auch auf das, was in der Schweiz (und teilweise auch in Deutschland)[18] allgemein als Besitzrechtsklage bekannt ist. In Bezug auf die praktische Bedeutung der Besitzrechtsklage unterscheiden sich die Auffassungen in Deutschland und der Schweiz denn auch

15 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3a.

16 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 31.

17 Geradezu vernichtend MüKo-*Raff* (2020), § 1007 BGB, N 1: «Die Funktion des § 1007 ist unklar und umstritten. Unzweifelhaft handelt es sich um eine praktisch wenig bedeutsame Norm. Die Erklärung für beides liegt darin, dass historisch nicht zusammengehörige Elemente überflüssigerweise und ungeschickt in einen neuen Zusammenhang gebracht wurden.» Zur geringen Bedeutung der Besitzrechtsklage in der deutschen Rechtsprechung siehe insbesondere MüKo-*Raff* (2020), § 1007 BGB, Fn. 6; ferner auch Staudinger-*Thole* (2019), § 1007 BGB, N 1 und 7.

18 Kritisch schon zum Begriff Staudinger-*Thole* (2019), § 1007 BGB, N 7, mit weiteren Hinweisen auf die deutsche Literatur.

eklatant. Während das deutsche Schrifttum regelmässig darauf hinweist, der § 1007 BGB biete gegenüber der Vindikationsklage nach § 985 BGB eine kaum feststellbare Beweiserleichterung und werde daher nur äusserst selten angewendet,[19] wird in der Schweiz bisweilen geschrieben, die Besitzrechtsklage gewähre dem Eigentümer willkommene Beweiserleichterungen, welche die Vindikationsklage in den Hintergrund treten liessen.[20]

In der Praxis wird in der Regel ohnehin nicht messerscharf zwischen den beiden Ansprüchen unterschieden. Tritt der Eigentümer als Kläger auf, stellt er schlicht das Rechtsbegehren auf Herausgabe der Sache.[21] Ob sich der Rückgabeanspruch auf sein Eigentumsrecht oder den früheren Besitz stützt, braucht er nicht zu spezifizieren. Die Rechtsanwendung ist Sache des Gerichts. Wird die Rechtssache nun im ordentlichen Verfahren erledigt, darf das Gericht lediglich im Rahmen der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zur Klärung und Vervollständigung der Parteivorbringen auffordern. Für den klagenden Eigentümer bedeutet dies, dass ihn das Gericht nicht auffordern wird, weitere Beweise in den Prozess einzuführen, wenn es die Voraussetzungen der Besitzrechtsklage als nicht erfüllt erachtet.[22] Der Eigentümer ist mit anderen Worten in jedem Fall gut beraten, ohnehin von sich aus alles vorzubringen, was sein Eigentum beweist. Andernfalls geht er ein unnötiges Risiko ein, dass die Klage abgewiesen wird. Ob das Gericht schliesslich die Herausgabe gestützt auf die Vindikation oder die Besitzrechtsklage anordnet, bleibt ihm überlassen. Rein praktisch präsentiert sich die Situation in der Schweiz kaum anders als in Deutschland: Auf dem Papier mag der klagende Eigentümer mit der Besitzrechtsklage reduzierte Beweisanforderungen haben, faktisch ist das Ausmass der Beweiserleichterung indessen geringer, als gemeinhin angenommen wird.

19 Staudinger-*Thole* (2019), § 1007 BGB, N 1; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 1007 BGB, N 1; MüKo-*Raff* (2020), § 1007 BGB, N 1 ff.; siehe auch *Wieling/Finkenauer* (2020), N 13.9.

20 *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 2.298; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 324.

21 *Sutter-Somm* (2014), N 1460; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 930 ZGB, N 43; BSK-*Ernst* (2019), Art. 934 ZGB, N 2; siehe auch schon *Hinderling* (1966), 37 f.

22 *Sutter-Somm* (2014), N 1460.

IV. Verwendung des Begriffs «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis»

Ohnehin behauptet der Begriff «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» nicht, dass der zugrunde liegende Hauptanspruch eine Vindikationsklage sei. Vielmehr will er ausdrücken, *wer* die beteiligten Parteien sind. Und dies dürften in der Schweiz und in Deutschland in der absoluten Mehrzahl der Fälle der Eigentümer, der früher einmal Besitz an der Sache gehabt hat, und der derzeitige Besitzer sein. Zweifellos sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein Nichteigentümer klagt, z. B. weil das Eigentum noch nicht begründet werden konnte. Diese dürften indessen die Minderheit der Fälle darstellen.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich denn auch auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, insbesondere auch im Sinne einer Vereinfachung der ohnehin schon teilweise komplexen, mehrstufigen Besitzverhältnisse. Es wird daher der einprägsame deutsche Begriff des «Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses» übernommen und jeweils die Rechtslage anhand dieser beiden Parteien diskutiert. Stets im Hinterkopf zu behalten ist freilich, dass der Herausgabeanspruch im Einzelfall auch einem Nichteigentümer zustehen kann. Für diese Personen gelten die Ausführungen zum Eigentümer sinngemäss.

B. Betroffene Sachen

Die Eingliederung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses in die Bestimmungen zum Besitzrecht[23] wirft die Frage auf, auf welche Sachen sich die Nebenansprüche überhaupt beziehen können. Einzelne Bestimmungen des Besitzrechts, insbesondere jene zum Rechtsschutz, beschränken sich in der Anwendung auf bewegliche Sachen.[24] Für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gibt es keine solche Einschränkung. Die Art. 938 ff. ZGB entfalten ihre Wirkung sowohl bei Fahrnis als auch bei Grundstücken.[25] Bei Grundstücken kommt es aufseiten

23 Siehe soeben Einleitung, Abschnitt B.

24 Daher auch der Ausdruck «Fahrnisklage»; siehe anstelle vieler *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 256.

25 *Sutter-Somm* (2014), N 1475; CR-*Pichonnaz* (2016), Art. 938 ZGB, N 4; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 21; KuKo-*Domej/Schmidt* (2017), Art. 938 ZGB, N 1; *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 2.276; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 337; *Steinauer* (2019), N 659.

des beklagten Besitzers nicht auf einen Eintrag im Grundbuch an; die Sachherrschaft ist ausreichend, um ihn in Anspruch zu nehmen.[26]

Sodann bringt die Ausgestaltung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses als Regel im Besitzrecht die Frage mit sich, wie es um die Nebenansprüche bei der Störung von Dienstbarkeiten und Grundlasten steht. Art. 919 Abs. 2 ZGB stellt die tatsächliche Ausübung des Rechts bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten dem Sachbesitz gleich.[27] Die Bedeutung dieser Norm ist im Schrifttum umstritten. Ein Teil der Lehre befürwortet die uneingeschränkte Anwendung der Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auf Grunddienstbarkeiten und Grundlasten,[28] ein bedeutender Teil lehnt sie jedoch auch ab.[29] Zustimmung verdient die vermittelnde Auffassung von *Stark/Lindenmann*,[30] die auf die Grundvoraussetzung eines Herausgabeanspruchs, der den Nebenansprüchen zugrunde liegt, hinweisen. Die Nebenansprüche spielen demnach nur dort eine Rolle, wo positive Grunddienstbarkeiten, solche, bei denen Sachbesitz gegeben ist, betroffen sind. Bei negativen Grunddienstbarkeiten, solchen ohne Sachbesitz, oder Grundlasten ist für die Anwendung der Nebenansprüche kein Platz. Hier fehlt es an der Möglichkeit, die Sache herauszugeben. Bedeutung erlangen können die Art. 938 ff. ZGB somit etwa bei einer Nutzniessung

26 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 21.

27 Das Gesetz erwähnt persönliche Dienstbarkeiten nicht. Sie scheinen daher auf den ersten Blick von der Anwendung von vornherein ausgeschlossen. Dieser Auffassung wird jedoch zutreffend durch den Hinweis auf Art. 781 Abs. 3 ZGB, der die «anderen Dienstbarkeiten» den Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten unterstellt, begegnet (siehe BK-*Stark/Lindenmann* [2016], Art. 919 ZGB, N 74, mit weiteren Hinweisen). In den Fällen, in denen der Berechtigte ohnehin Sachbesitz hat, reduziert sich die praktische Bedeutung dieser Frage sodann auf ein Minimum, da hier die Besitzregeln schon wegen des Besitzes als solchem zur Anwendung gelangen; ein Ausweichen auf den Rechtsbesitz ist gar nicht erforderlich (siehe BK-*Stark/Lindenmann* [2016], Art. 919 ZGB, N 75, mit weiteren Hinweisen; auch schon *Huber*, Erläuterungen II [1914], 378).

28 ZK-*Homberger* (1938), Art. 919 ZGB, N 35; *Hinderling* (1977), 413; BK-*Stark* (2001), Art. 919 ZGB, N 93 und 108; *Sutter-Somm* (2014), N 1193, der jedoch auf die geringe praktische Bedeutung hinweist.

29 ZK-*Wieland* (1909), Art. 919 ZGB, N 3b; *Huber*, Erläuterungen II (1914), 378; BK-*Ostertag* (1917), Art. 919 ZGB, N 28; KuKo-*Domej/Schmidt* (2017), Art. 919 ZGB, N 21; BSK-*Ernst* (2019), Art. 919 ZGB, N 47.

30 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 919 ZGB, N 108.

oder einem Wohnrecht,[31] das noch nicht ausgeübt worden ist, nicht aber bei einer Wasserlieferungspflicht des Quellgrundstücks oder einem Sägerecht.[32]

C. Unrechtmässiger Besitz

Die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bestehen nur gegen den unrechtmässigen Besitzer. Unrechtmässiger Besitz liegt immer dann vor, wenn dem Besitzer die dingliche oder obligatorische Berechtigung zum Besitz fehlt und er die Sache daher jemand anderem herausgeben muss.[33] Für die Zeit, in welcher der Besitzer zum Besitz berechtigt ist, kommen die Art. 938 ff. ZGB hingegen nicht unmittelbar zur Anwendung. Vielmehr beurteilt sich in diesem Zeitraum das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nach dem zugrunde liegenden Vertrag (z. B. dem Miet- oder Pachtvertrag), damit zusammenhängend nach den dispositiven Normen des Vertragsrechts und allenfalls auch nach dem Delikts- und Bereicherungsrecht.[34] Prinzipiell nicht ausgeschlossen ist es indessen, dass im Rahmen der Vertragsauslegung für die Regeln betreffend die Nutzungsherausgabe und den Verwendungsersatz eine den Art. 938 ff. ZGB ähnliche oder gar entsprechende Vertragsregel gefunden wird.[35]

Schwierigkeiten ergeben sich naturgemäss dort, wo die Berechtigung zum Besitz nicht sofort klar wird, weil die Rechtslage in personeller oder zeitlicher Hinsicht getrübt ist.

I. Mehrere Besitzer

Der unrechtmässige Besitz kann sich bei jedem Besitzer einstellen. Es ist unerheblich, ob es sich um einen mittelbaren oder unmittelbaren, einen selbstän-

31 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 919 ZGB, N 108.

32 Zur Qualifikation der Wasserlieferungspflicht und des Sägerechts als Grundlasten BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 919 ZGB, N 81, mit weiteren Hinweisen.

33 *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 337.

34 Dies ist auch in Deutschland die ganz herrschende Auffassung (siehe die zahlreichen Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung bei Staudinger-*Thole* [2019], Vor § 987 BGB, N 32; anderer Auffassung insbesondere *Dimopoulos-Vosikis* [1966], 258 ff.).

35 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 54, mit weiteren Hinweisen.

digen oder unselbständigen Besitzer handelt.[36] Es ist auch denkbar, dass zur selben Zeit mehrere Personen Besitz an einer Sache haben. In diesen Konstellationen ist für jeden Besitzer zu prüfen, ob gegen ihn ein Herausgabeanspruch gegeben ist. Hat der Eigentümer einen solchen Anspruch, steht es ihm auch offen, gegen den jeweiligen Besitzer die Nebenansprüche aus Art. 938 ff. ZGB geltend zu machen. Dabei erhält der Eigentümer jedoch etwaige Schäden und Nutzungen nur einmal ersetzt.[37]

Beispiel:[38] X. besetzt seit einiger Zeit unrechtmässig das Haus von E. X. hat mit Y., der von der unrechtmässigen Besetzung weiss, einen Mietvertrag über das Haus geschlossen. E. verlangt nun die Räumung und Rückgabe des Hauses. E. kann als Eigentümer den mittelbaren Besitzer X. auf Herausgabe der Rechtsfrüchte, d. h. des Mietzinses, oder den unmittelbaren Besitzer Y. auf Entschädigung der tatsächlich gezogenen Nutzungen, d. h. den objektiven Mietwert,[39] verklagen. Diese Ansprüche sind zwar unterschiedlich hoch, decken aber zum Teil die gleichen Positionen ab. E. muss sich entscheiden, von wem er welchen Teil verlangen will, damit er keine doppelte Befriedigung erhält. Intern wäre in einem zweiten Schritt basierend auf dem Mietvertrag von X. und Y. zu klären, wer welchen Teil der Entschädigung zu tragen hat.[40]

II. Besitzdiener

Von der Besitzerstellung abzugrenzen ist der Fall der Besitzdienerschaft. Die Stellung des Besitzdieners ist – anders als im deutschen Recht[41] – nicht im Gesetz geregelt. Gemeint ist damit eine Person, die den Besitz im Namen und für Rechnung eines anderen ausübt, ohne selber Rechte an der Sache geltend zu machen.[42] Der Besitz im Rechtssinne verbleibt hierbei bei der Person, für

36 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 22.

37 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 23; für das deutsche Recht Soergel-*Stadler* (2007), § 987 BGB, N 27; MüKo-*Raff* (2020), § 991 BGB, N 8.

38 Angelehnt an Bundesgerichtshof, Versäumnisurteil V ZR 218/13 vom 14. März 2014.

39 Bundesgerichtshof, Urteil XII ZR 142/95 vom 22. Oktober 1997, NJW-RR 1998, 803, 804 f.

40 Hierzu auch *Hürlimann-Kaup* (2008), N 325.

41 § 855 BGB: «Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.»

42 Anstelle vieler *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 2.23; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 105.

welche der Besitzdiener die Sache vorübergehend in Gewahrsam hat. Klassische Beispiele für Besitzdienerschaft liegen etwa vor beim Boten mit Bezug auf die zu überbringende Sache, beim Serviceangestellten, der die Getränke im Restaurant überbringt, oder bei der Putzkraft im Hinblick auf das Mobiliar der zu reinigenden Wohnung.[43]

Aufgrund dieser gelockerten Sachherrschaft kommen dem Besitzdiener keine Rechte und Pflichten zu, die ihren Ursprung in der Besitzerstellung haben. Vermittelte Ansprüche hat der Besitzer selbst geltend zu machen. Ebenso ist gegen ihn zu klagen, wenn unberechtigter Besitz gegeben ist. Folglich wären sowohl der Herausgabeanspruch als Primäranspruch als auch die Nebenansprüche gestützt auf Art. 938 ff. ZGB direkt gegen den Besitzer zu richten.[44]

Dies bedeutet indessen noch nicht, dass der Besitzdiener zur Feststellung der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gänzlich irrelevant wäre. Zum einen ist sein Wissensstand bei der Beurteilung der Gut- oder Bösgläubigkeit dem Besitzer unter Umständen zuzurechnen.[45] Zum anderen muss zumindest hinsichtlich des Haftungsprivilegs bei Gutgläubigkeit (Art. 938 ZGB) eine gewisse Ausstrahlungswirkung auf den Besitzdiener bestehen. Andernfalls könnte es zu unbilligen Ergebnissen kommen, in denen der Eigentümer vom Besitzer nichts fordern kann, da Art. 938 ZGB einem Anspruch im Wege steht, während der Besitzdiener seinerseits voll aus Delikts- und/oder Bereicherungsrecht haften könnte.[46]

> *Beispiel:*[47] Der Angestellte A. der juristischen Person B. AG erwirbt für diese leicht fahrlässig, aber gutgläubig von X. eine Sache, die dem E. abhandengekommen ist. Einige Zeit später hat die B. AG für die Sache keinen Bedarf mehr, und A. wirft sie weg. E. hätte in diesem Fall die Rückgabe der Sache z. B. gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB oder Art. 934 Abs. 1 ZGB verlangen können. Folglich sind gegenüber der Besitzerin, der B. AG, auch Ansprüche aus Art. 938 ff. ZGB möglich. Da die Gutgläubigkeit des A. im Zeitpunkt des Erwerbs der B. AG zugerechnet wurde und die B. AG im guten Glauben, Eigentümerin zu sein, die Sache auch vernichten durfte, schuldet sie für den Untergang keinen Ersatz (Art. 938 Abs. 2 ZGB). Billigt man den Art. 938 ff. ZGB gar keine Wirkung für den Besitzdiener zu, könnte E. an

43 *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 105 f.
44 *Utku* (1939), 14; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 22.
45 Siehe hierzu hinten Abschnitt E.III.2.e.
46 *Moebus/Schulz* (2013), 198; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 41 ff.
47 Angelehnt an Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 41.

der B. AG vorbei deren Angestellten A. in Anspruch nehmen, der aus Art. 41 Abs. 1 OR für die leicht fahrlässige Eigentumsverletzung Ersatz leisten müsste.

III. Rückwirkend unrechtmässiger Besitz (Vertragsungültigkeit)

Ein Sonderproblem in zeitlicher Hinsicht stellt sich, wenn der Besitzer die Sache vom Eigentümer aufgrund eines Vertrags erhalten hat, der sich nachträglich als ungültig herausstellt. Zu denken ist insbesondere an die Fälle der Handlungsunfähigkeit einer Partei (Art. 17 ff. ZGB), an die Ungültigkeit wegen eines Form- oder Inhaltsmangels (Art. 11 ff. bzw. Art. 20 OR) sowie an die Anfechtung wegen Willensmängeln (Art. 23 ff. OR).[48]

Mit Wegfall der Vertragsgrundlage entfällt in diesen Fällen auch die Berechtigung am Besitz, und zwar in der Regel *ex tunc*.[49] Wollte der Eigentümer mit dem Vertrag das Eigentum übertragen, hat er aus dogmatischer Sicht die ganze Zeit über einen Vindikationsanspruch gehabt.[50] Das Kausalitätsprinzip bringt es mit sich, dass der herausgabepflichtige Besitzer aufgrund des ungültigen Vertrages gar nie Eigentümer der Sache geworden ist.[51] Wollte der Eigentümer mit dem Vertrag die Sache lediglich zum Gebrauch überlassen, hat seine Eigentümerstellung ohnehin ohne Unterbruch bestanden. Sein Vindikationsanspruch ist jedoch vertraglich ausgeschlossen gewesen. Durch das Dahinfallen des Vertrags wird diese vertragliche Barriere nachträglich aufgehoben, und der Eigentümer hätte die Sache – aus dogmatischer Sicht – ab deren Übergabe zurückfordern können.

48 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 26.

49 Für die Formungültigkeit etwa BGE 106 II 146, 151, E. 3; BGE 112 II 330, 334, E. 2b; für die Inhaltsmängel etwa BGE 97 II 108, 115, E. 4; siehe auch *Koller* (2017), N 14.26; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 31.27 ff., 32.35 ff. und 39.23. Gerade bei Dauerverträgen kann die Wirkung auch *ex nunc* eintreten (siehe etwa für den Arbeitsvertrag Art. 320 Abs. 3 OR). Ein Teil der Lehre und das Bundesgericht (BGE 129 III 320, 328 f., E. 7.1.2) wollen diese Bestimmung analog bei anderen Dauerverträgen anwenden (siehe die Hinweise bei *Koller* [2017], N 14.28, mit kritischen Bemerkungen).

50 Im deutschen Recht, das vom Abstraktionsprinzip ausgeht, ist zu unterscheiden: Liegt einfache Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts vor, ist das Eigentum an den neuen Besitzer übergegangen. Liegt hingegen ein doppelungültiges Geschäft vor, bei dem sowohl das Grundgeschäft als auch die Übertragung nichtig sind, ist das Eigentum noch immer beim ursprünglichen Eigentümer. Siehe anstelle vieler *Wieling/Finkenauer* (2020), N 1.26.

51 Anstelle vieler *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 1.76.

Die herrschende Lehre will in diesen Fällen die Art. 938 ff. ZGB uneingeschränkt zur Anwendung bringen.[52] Von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Bestimmungen geht auch das Bundesgericht aus.[53]

Die Schwierigkeit im Zusammenhang mit der rückwirkend eintretenden Unrechtmässigkeit des Besitzes ist folgende: Sind die Gründe der Ungültigkeit keiner der Vertragsparteien bewusst gewesen, ist der Besitzer in aller Regel gutgläubig. Für ihn greift somit das Haftungsprivileg von Art. 938 ZGB. Er schuldet dem Eigentümer weder Ersatz für den entstandenen Schaden noch eine Nutzungsvergütung. Das kann im Ergebnis zu sonderbaren Resultaten führen, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen.[54]

Beispiel Haus:[55] E. hatte der B. ein Haus verkauft. Später stellte sich heraus, dass der Grundstückkaufvertrag an einem Formmangel litt und nichtig war. B. hatte das Haus in der Zwischenzeit während mehrerer Monate bewohnt. E. verlangte neben der Rückgabe der Sache eine Entschädigung für die Nutzung des Hauses. Für die Zeit, in der B. gutgläubig nichts von dem Formmangel wissen konnte, schuldet sie keine solche Vergütung. Eine solche ist erst ab Eintritt der Bösgläubigkeit, mithin ab dem Zeitpunkt, in dem sie die wahre Rechtslage erkannte oder erkennen musste, geschuldet.

Beispiel Auto:[56] Die E. AG vermietete dem B. ein Auto. Der Vertrag stellte sich nach über drei Jahren als nichtig heraus. Die Vermieterin vindizierte das Fahrzeug und verlangte eine Nutzungsentschädigung. Der Mieter B. machte gestützt auf seine Gutgläubigkeit geltend, er schulde nach Art. 938 Abs. 1 ZGB nichts. Das Bundesgericht behalf sich in diesem Fall, indem es ein faktisches Vertragsverhältnis annahm und eine Nutzungsentschädigung basierend auf den vertraglichen Regeln festsetzte.[57]

52 ZK-*Wieland* (1909), Art. 919 ZGB, N 1; BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 4; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 1; BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 2; *Sutter-Somm* (2014), N 1475; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 339; anderer Ansicht BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 6a.

53 BGE 54 II 246, 248 ff. (betreffend einen ungültigen Liegenschaftskauf); BGE 84 II 369, 377, E. 4a (betreffend einen nichtigen Liegenschaftskauf); BGE 110 II 244, 247, E. 2b (betreffend einen nichtigen Auto-Leasing-Vertrag).

54 *Hartmann* (2005), N 592.

55 Angelehnt an BGE 84 II 369.

56 Angelehnt an BGE 110 II 244; siehe auch *Hartmann* (2005), N 595.

57 BGE 110 II 244, 247 f., E. 2c.

Wie das zweite Beispiel zeigt, war die kostenfreie Nutzungsmöglichkeit bei der Vertragsungültigkeit auch dem Bundesgericht nicht ganz geheuer. Den Ausweg über das faktische Vertragsverhältnis, den es im soeben skizzierten Fall gefunden hatte, verwarf es indessen einige Jahre später wieder: In BGE 129 III 320 hatte das Gericht einen Fall zu beurteilen, in dem sich ein Unternehmen gegenüber der Stadt Zürich zur Entsorgung von Klärschlamm verpflichtet hatte. Die Stadt Zürich hatte den Vertrag wegen Grundlagenirrtums (Bestechung des entscheidenden Beamten durch das Unternehmen) angefochten.[58] Wenngleich in diesem Fall die Art. 938 ff. ZGB keine Rolle spielten, hatte sich das Bundesgericht dennoch mit der Frage zu beschäftigen, wie mit der Entschädigung bei einem bereits ganz oder teilweise abgewickelten, entgeltlichen Dauerschuldverhältnis zu verfahren ist. Denn so viel war klar: «Geht es um die Anfechtung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse, etwa im Bereiche von Dienstleistungen, von entgeltlichen Gebrauchsüberlassungen, von Leibrenten und Verpfründungen oder von einfachen Gesellschaften, stösst eine Rückabwicklung nach reinen Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen in aller Regel auf erhebliche praktische Schwierigkeiten oder erweist sich gar als unmöglich.»[59] Das Bundesgericht kam zu dem Ergebnis, dass hier von einer ausserordentlichen Kündigung *ex nunc* auszugehen sei,[60] wodurch der bereits abgewickelte Teil als voll gültig zu betrachten sei. Ein Ausweichen auf ein faktisches Vertragsverhältnis sei in diesen Fällen nicht nötig.[61]

In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2011 befasste sich das Bundesgericht sodann umfassend mit den Rückerstattungsansprüchen, die infolge Ungültigkeit wegen Form- oder Willensmängeln entstehen. Dabei kam es zum Schluss, dass entgegen der teilweise in der Lehre anzutreffenden Meinung, es liege ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis vor, die Bestimmungen über die Vindikation und die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung

58 BGE 129 III 320, 321 f., Sachverhaltselement A.

59 BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.2.

60 BGE 129 III 320, 328 f., E. 7.1.2.

61 BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.2; kritisch zu dieser «Kündigungstheorie» *Hürlimann-Kaup* (2008), N 296 ff., mit weiteren Hinweisen.

gelangen.[62] Die Anwendung der im voranstehenden Absatz geschilderten Kündigungstheorie bezeichnete das Gericht explizit als Ausnahmeregel, die «aus Praktikabilitätsgründen» ausschliesslich bei einem mindestens teilweise erfüllten Dauerschuldverhältnis, im Rahmen dessen «Dienste erbracht oder Unterlassungspflichten beachtet wurden, die in natura nicht zurückerstattet werden können», am Platz ist.[63] Im Umkehrschluss dürfte dies bedeuten, dass bei der Ungültigkeit von Dauerschuldverhältnissen über Sachen ebenfalls das Regime von Vindikation und ungerechtfertigter Bereicherung zur Anwendung gelangt.[64]

Mit den unbilligen Resultaten, die bei der Anwendung von Art. 938 Abs. 1 ZGB im Rahmen der Rückabwicklung ungültiger Verträge eintreten können, hat sich insbesondere *Lindenmann* beschäftigt. Sie schlägt vor, diese Fälle durch teleologische Reduktion aus dem Anwendungsbereich des Haftungsprivilegs von Art. 938 Abs. 1 ZGB auszunehmen.[65] Sie begründet dies im Rahmen einer ausführlichen Auslegung anhand der verschiedenen Auslegungsmethoden gründlich. Die wesentlichen Elemente ihrer Argumentation sind:

1) Aus rechtshistorischer Sicht war das Kausalitätsprinzip keineswegs der immer geltende Grundsatz im schweizerischen Recht. Vielmehr erachteten unter dem alten Obligationenrecht von 1883 Lehre und Rechtsprechung das Abstraktionsprinzip als massgeblich.[66] Vom abstrakten Charakter der Übereignung ging sodann auch der Gesetzgeber aus, als er das heute noch geltende Zivilgesetzbuch beriet.[67] Lehre und Rechtsprechung folgten dieser Auffassung weiterhin mehrheitlich.[68] Erst 1929 änderte sich dies grundlegend, als das Bundesgericht mit BGE 55 II 302 zum Kausalitätsprinzip

62 BGE 137 III 243, 247, E. 4.4.
63 BGE 137 III 243, 250, E. 4.4.4.
64 *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 339.
65 *Lindenmann* (2010), 82 ff.; nun auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 31 ff.
66 BGE 25 II 438, 447, E. 6; BGE 34 II 809, 812, E. 1; *von Tuhr/Peter* (1979), 500; *Lindenmann* (2010), 85, mit weiteren Hinweisen; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 32.
67 *Huber*, Vorträge (1914), 119 f.; *Lindenmann* (2010), 86.
68 Siehe etwa BK-*Leemann* (1920), Art. 714 ZGB, N 23 f.; *von Tuhr* (1921), 68.

überging.[69] Das bedeutet, dass aus einer entstehungsgeschichtlichen Perspektive der Gesetzgeber noch davon ausging, bei einem ungültigen Grundgeschäft habe der (vormalige) Eigentümer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Da dieser Kondiktionsanspruch keine Grundlage für die Anwendbarkeit der Art. 938 ff. ZGB bildete, stellte sich auch die soeben aufgezeigte Problematik nicht ein.[70]

2) Nach allgemeiner Auffassung knüpfen die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis an der Legitimationswirkung des Besitzes an.[71] Der Besitzer soll abhängig von seinem guten Glauben in seinen Dispositionen geschützt werden, zu denen er sich berechtigt gesehen hat. Der Besitzer – insbesondere jener, der sich auf das Haftungsprivileg stützt – macht also geltend, er sei in dem entstandenen Rechtsschein zu schützen, den die Besitzerstellung vermittelt hat.[72] Dass dieser Schutz existiert, ist allgemein anerkannt.[73] Ebenso anerkannt ist indessen, dass es keinen allgemeinen Schutz in das Vertrauen gibt, ein Vertrag sei gültig zustande gekommen.[74] Hier tut sich ein Konflikt auf: Gewährt man dem Vertragspartner, der im Rahmen der Vertragsabwicklung eine Sache übereignet erhalten hat, Vertrauensschutz unter den Art. 938 ff. ZGB, stellt man ihn systematisch besser als die Vertragsgegenseite. Gleichzeitig umgeht man so den grundsätzlich nicht bestehenden Gutglaubensschutz im Hinblick auf die Vertragsgültigkeit einseitig.[75] *Lindenmann* schlägt daher vor, den Gutglaubensschutz auf

69 BGE 55 II 302, 306 ff., E. 2.

70 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 34.

71 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 393; BK-*Stark* (2001), Vor Art. 938 ZGB, N 8a; *Lindenmann* (2010), 87 f.; *Sutter-Somm* (2014), N 1484; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8a; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 4; für das deutsche Recht siehe etwa Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 8.

72 Hierzu auch *Rusch* (2008), N 7 ff. und 55 ff.; *Rusch* (2010), 219 ff., mit kritischen Bemerkungen zur Legitimationswirkung des Besitzes ab 248 ff.; siehe auch *Lindenmann* (2010), 87.

73 Das ergibt sich bereits ausgehend von Art. 919 Abs. 1 ZGB aus dem Gesetz. Siehe auch die Hinweise in der vorstehenden Fussnote.

74 *Hegetschweiler* (1912), 19; *Lindenmann* (2010), 89 f. Ausnahmen bestehen freilich an einzelnen Stellen wie etwa im Rahmen der Stellvertretung (siehe hierzu *Rusch* [2010], 80 ff.; *Koller* [2017], N 19.2 ff.).

75 Im Ergebnis auch so *Lindenmann* (2010), 89 f.

Drei-Personen-Konstellationen zu beschränken, wo die Interessen der dritten Partei geschützt werden müssen, und im Zwei-Parteien-Verhältnis auf den vertragsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen.[76] Diese Argumentation überzeugt. Ergänzt werden müsste einzig, dass es richtigerweise wohl nicht darauf ankommt, ob drei oder mehr Personen an dem Verhältnis beteiligt sind, sondern darauf, ob Eigentümer und Besitzer miteinander rechtserheblichen Kontakt hatten (z. B. zum Abschluss eines Vertrags). Auf diese Weise ist sichergestellt, dass der Besitzer etwa auch dann in seinem guten Glauben geschützt wird, wenn er ohne Kontakt zu einem Mittelsmann gutgläubig Besitz an fremdem Eigentum erlangt hat (z. B. indem er eine Sache, von der er glaubt, sie sei derelinquiert worden, an sich nimmt).

3) Schliesslich weist *Lindenmann* auf eine Reihe von Wertungswidersprüchen hin:[77]

   a) Zunächst ist an die Fälle zu denken, in denen das Gesetz bei Untergang des Eigentums dem ehemaligen Eigentümer einen Kondiktionsanspruch zuweist. Das tut das Zivilgesetzbuch etwa in den Art. 726 und 727 ZGB bei Verarbeitung, Verbindung und Vermischung. Die dritten Absätze dieser Bestimmungen behalten jeweils Ansprüche aus Delikt (Art. 41 ff. OR) und ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) vor. Der ursprüngliche Eigentümer kann vom neuen Eigentümer unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten einerseits Wertersatz für die Sache selbst und andererseits Nutzungsersatz verlangen.[78] Hierdurch wird nun aber der Nichteigentümer merkwürdigerweise bessergestellt als der Eigentümer, der wegen Art. 938 ZGB diese Ansprüche gegen den gutgläubigen Besitzer gerade nicht hat. Mit anderen Worten ist nun derjenige mit der an sich stärkeren Rechtsposition (dem dinglichen Eigentumsrecht) schlechtergestellt als der mit dem rein obligato-

76 *Lindenmann* (2010), 90; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 34.
77 *Lindenmann* (2010), 90 ff.
78 Siehe hierzu etwa *von Tuhr/Peter* (1979), 494 f.; *Koller* (2017), N 30.51.

rischen Bereicherungsanspruch.[79] Für diese Ungleichbehandlung gibt es keine sachlichen Gründe.[80]

b) Ein weiterer kaum begründbarer Wertungswiderspruch ergibt sich sodann mit Blick auf die Gewährleistungsrechte unter dem Kaufvertrag.[81] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Käufer alternativ zu den Gewährleistungsrechten nach Art. 197 ff. OR auch einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend machen, weil die Mängelfreiheit Geschäftsgrundlage geworden ist.[82] Entscheidet sich der Käufer für die Wandelung, hat er nach Art. 208 Abs. 1 OR Ersatz für die gezogenen Nutzungen zu leisten. Ficht er den Vertrag an und muss der Verkäufer vindizieren, schuldet der Käufer nach Art. 938 Abs. 1 ZGB wiederum keinen Ersatz für die gezogenen Nutzungen. Diese unterschiedliche Behandlung ergibt schon wenig Sinn, weil der Käufer in beiden Fällen dasselbe will: Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises.[83] Besonders stossend ist aber, dass das Vorgehen über den Grundlagenirrtum in der Regel gewählt wird, weil die ordentlichen Gewährleistungsansprüche bereits verjährt sind. Der Käufer profitiert also gleich doppelt: Er kann Mängelansprüche länger geltend machen, als es das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht vorsieht, und muss darüber hinaus – anders als der Käufer, der die Mängelrechte rechtzeitig geltend macht – noch nicht einmal für die Nutzung der Sache bezahlen.[84]

c) Schliesslich finden sich im Gesetz an einigen Stellen explizite Anordnungen, dass eine Nutzungsvergütung geschuldet ist. So bestimmt etwa Art. 40*f* Abs. 2 OR, dass der Kunde beim Widerruf von Haustürgeschäften einen «angemessenen Mietzins» schuldet, sofern er die Sache

79 *Hartmann* (2005), N 632.
80 *Lindenmann* (2010), 91 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 35.
81 *Lindenmann* (2010), 93 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 36.
82 BGE 114 II 131, 134, E. 1a.
83 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 36; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 59.5.
84 Die Vorteile des Käufers bei diesem Vorgehen werden einzig dadurch beschränkt, dass sein Kondiktionsanspruch bezüglich des Kaufpreises zehn Jahre nach Bezahlung verjährt (Art. 67 Abs. 1 OR; siehe BGE 114 II 131, 142, E. 3).

bereits gebraucht hat.[85] Darüber hinaus verweist Art. 16 Abs. 3 KKG für den Fall eines Abzahlungskaufs, einer auf Kredit beanspruchten Dienstleistung oder eines Leasingvertrags auf ebendiese Bestimmung zu den Haustürgeschäften.[86] Es ist kaum einzusehen, weshalb der Gesetzgeber ausgerechnet bei diesen Konsumentenverträgen das Privileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB ausschliessen und es gleichzeitig bei Verträgen mit Nichtkonsumenten gelten lassen wollte.[87]

Die vorgebrachte Kritik an der herrschenden Auffassung ist gerechtfertigt und wohlbegründet. Bei der Rückabwicklung (teilweise) bereits vollzogener synallagmatischer Verträge rechtfertigt es sich nicht, die beiden Parteien ungleich zu behandeln. Beide sind in ihrem Vertrauen auf den Bestand des Vertrags gleichermassen enttäuscht worden; keine verdient den Vorzug. Es ist indessen nicht erforderlich – wie es das Bundesgericht getan hat –, auf Konstrukte wie ein faktisches Vertragsverhältnis[88] oder die Umdeutung in eine ausserordentliche Kündigung[89] auszuweichen. Vielmehr ist es angezeigt, den Art. 938 Abs. 1 ZGB durch sachgerechte Auslegung auf den passenden Anwendungsbereich zu reduzieren, wie es *Lindenmann* vorgeschlagen hat.[90] Als Folge hiervon kommen bei der Rückabwicklung ungültiger, (teilweise) erfüllter Verträge nicht die Bestimmungen der Art. 938 ff. ZGB mit ihrem Haftungsprivileg zur Anwendung, sondern die allgemeinen Regeln des Eigentums- und Bereicherungsrechts: An den noch vorhandenen natürlichen Früchten hat der Eigentümer auch Eigentum erlangt (Art. 643 Abs. 1 ZGB); er kann sie vindizieren. Die verbrauchten Früchte und die weiteren Nutzungen kann er aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen (Art. 62 Abs. 1 OR), freilich unter dem Vorbehalt der Ent-

85 *Hartmann* (2005), N 262 und 615; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 37; BSK-*Koller-Tumler* (2020), Art. 40*f* OR, N 3.

86 *Hartmann* (2008), 320; *Lindenmann* (2010), 95 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 37; siehe auch *Koller* (2017), N 7.66 ff.

87 *Lindenmann* (2010), 95 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 37.

88 BGE 110 II 244.

89 BGE 129 III 320.

90 Einlässlich *Lindenmann* (2010), 99 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 39.

äusserung (Art. 64 OR). Hinsichtlich des Verwendungsersatzes an den Besitzer ist Art. 65 OR anwendbar.[91]

IV. Nicht-so-Berechtigter (Vertragsverletzung)

Im deutschen Recht wird bisweilen vertreten, die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis seien analog anwendbar, wenn der rechtmässige Fremdbesitzer die ihm zustehenden Rechte überschritten hat. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom «Nicht-so-Berechtigten».[92]

> *Beispiel:*[93] Der rechtmässige Mieter A. einer Sache zerstört diese. Nach der Lehre der Nicht-so-Berechtigung würden sich die Konsequenzen analog nach den §§ 987 ff. BGB richten.

Der ganz überwiegende Teil der Lehre vertritt hingegen, dass in solchen Fällen kein Bedarf für die Anwendung der Nebenansprüche zur Vindikation bestehe, da die Interessen des Eigentümers bereits hinreichend durch die allgemeine Schadenersatzpflicht bei Vertragsverletzung, das Delikts- und das Bereicherungsrecht geschützt seien.[94]

Was die herrschende Lehre zum deutschen Recht vertritt, gilt auch in der Schweiz. Zunächst ist festzuhalten, dass auch hierzulande eine direkte Anwendbarkeit der Art. 938 ff. ZGB ausgeschlossen ist. Hierzu mangelt es an einem anspruchsbegründenden Herausgabeanspruch. Es kommt folglich nur eine entsprechende Anwendung infrage. Allerdings ist auch hierfür kein Bedarf ersichtlich. Ist der Besitzer zum Besitz berechtigt, definiert das Grundverhältnis zwischen den Parteien auch den Umfang der erlaubten Besitzausübung. Wird diese überschritten, greifen die Bestimmungen über die Vertragsverletzung. Im

91 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 41; siehe zum Ganzen für das deutsche Recht auch *Michalski* (1995), 587 ff.

92 Siehe die Hinweise bei Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 57. Den Ursprung hat diese Auffassung bei *Wolff* (1932), 290. Damit soll der Begriff klarer vom in Deutschland ebenfalls diskutierten «Fremdbesitzerexzess» abgegrenzt werden. Hierunter ist der Exzess des unrechtmässigen Besitzers über das von ihm vermutete Besitzrecht hinaus zu verstehen (hierzu hinten Kapitel 2, Abschnitt D.II, und Kapitel 3, Abschnitt B.II.2).

93 Entnommen aus Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 57.

94 *Köbl* (1971), 101 ff.; Soergel-*Stadler* (2007), Vor § 987 BGB, N 10; Erman-*Ebbing* (2017), Vor § 987 BGB, N 20; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 59, mit weiteren Hinweisen; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 987 BGB, N 15; MüKo-*Raff* (2020), Vor § 987 BGB, N 22 ff.

soeben gemachten Beispiel würde der Mieter vertragsbrüchig, da er die Sache nicht zurückgibt, und schuldete Schadenersatz nach Vertragsrecht. Es besteht für diese Fälle keine Lücke, zu deren Schliessung es einer analogen Anwendung der Art. 938 ff. ZGB bedürfte.

Gleiches gilt – wie die herrschende deutsche Lehre zu Recht vertritt – auch für Konstellationen, in denen der rechtmässige Besitzer jederzeit mit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer rechnen muss (z. B. wenn der Verleiher der Sache wegen dringenden und unvorhergesehenen Eigengebrauchs bedarf; Art. 309 Abs. 3 OR).[95]

V. Nicht mehr rechtmässiger Besitz (Vertragsablauf)

Ebenfalls umstritten ist in der deutschen Rechtslehre, ob der Eigentümer seine Ansprüche gegen den Besitzer nach Vertragsablauf (z. B. mit einem Mieter oder Pächter) auf die Bestimmungen über die Vindikationsnebenfolgen stützen kann.[96]

In der Schweiz ist die Rechtslage derweil klar: Rechtsprechung[97] und Lehre[98] belassen den Art. 938 ff. ZGB keinen Anwendungsbereich, wenn der Besitz ursprünglich berechtigt gewesen ist. Hier richten sich sämtliche Rechtsfolgen nach dem durch Kündigung oder Zeitablauf untergegangenen Titel bzw. den dazugehörigen dispositiven Gesetzesbestimmungen.

D. Primärer Herausgabeanspruch

Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis regelt reine Sekundäransprüche.[99] Diese können nur geltend gemacht werden, wenn die Sache basierend auf einem

95 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 60.

96 Siehe zum Meinungsstand Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 64 ff.; ferner *Michalski* (1995), 580 ff.

97 BGE 75 II 38, 44, E. 1; Bundesgericht, Urteil 5A_88/2011 vom 23. September 2011, E. 7.1.

98 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 1 f.; *Utku* (1939), 9; *Hinderling* (1977), 509; *Sutter-Somm* (2014), N 1475; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 341; *Steinauer* (2019), N 658.

99 Anstelle vieler BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13.

Primäranspruch zurückgefordert werden kann.[100] Das ergibt sich einerseits implizit aus dem Wortlaut der Art. 938 ff. ZGB und andererseits aus der Gesetzessystematik. Das deutsche Recht spricht hier aufgrund der enger gefassten §§ 987 ff. BGB von der sogenannten «Vindikationslage»,[101] im schweizerischen Recht ist es angebrachter, allgemein vom Herausgabeanspruch zu sprechen.

Der Herausgabeanspruch, der den Nebenansprüchen zugrunde liegt, kann unterschiedlichen Ursprungs sein. Besonders naheliegend und daher vorab zu nennen ist der Rückgabeanspruch gestützt auf das materielle Eigentumsrecht, die Vindikation nach Art. 641 Abs. 2 ZGB. Seinen Herausgabeanspruch kann der Eigentümer jedoch nicht bloss über die Vindikationsklage geltend machen, sondern auch durch Besitzschutz- und Besitzrechtsklage (Art. 927, 934 und 936 ZGB).[102] Hierbei beruft sich der Eigentümer nicht unmittelbar auf sein Eigentumsrecht, sondern auf seinen (früheren) Besitz an der Sache.[103] Bei Grundstücken, die in das Grundbuch aufgenommen sind, gilt dasselbe für die Klage gestützt auf den Grundbucheintrag (Art. 937 Abs. 1 ZGB).[104]

Neben diesen dinglichen und besitzrechtlichen Herausgabeansprüchen verweist das Gesetz im Erbrecht an zahlreichen Stellen auf die Bestimmungen zu den Nebenansprüchen. Zu nennen ist zunächst die Erbschaftsklage nach Art. 598 ff. ZGB. Hier normiert Art. 599 Abs. 1 ZGB, dass der Besitzer im Falle der Klageguteheissung die Erbschaft oder die Erbschaftssachen nach den Besitzregeln herauszugeben hat. Damit ist auch auf die Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis verwiesen. Ähnliche Verweisungen finden sich in Art. 547 Abs. 1 ZGB betreffend die Rückerstattungspflicht nach Aufhebung der Verschollenerklärung, Art. 560 Abs. 2 ZGB hinsichtlich der Herausgabepflicht der gesetzlichen gegenüber den eingesetzten Erben für die Erbschaftssachen sowie

100 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13; siehe auch zur Qualifikation als quasiakzessorische Ansprüche hinten Kapitel 5, Abschnitt B.III.

101 Anstelle vieler Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 31 ff. Beim «Besitzer-Besitzer-Verhältnis», wo die Ansprüche nach §§ 987 ff. BGB aufgrund des Verweises in § 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB ebenfalls Anwendung finden, passt der Begriff nicht.

102 *Sutter-Somm* (2014), N 1475; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 338.

103 Zur Frage, ob damit tatsächlich die viel diskutierte Beweiserleichterung erreicht wird, siehe vorne Abschnitt A.III.

104 *Sutter-Somm* (2014), N 1475.

Art. 630 Abs. 2 ZGB, der die Anrechnung von Schäden, Nutzungen und Verwendungen bei der Ausgleichung regelt.[105]

E. Bedeutung des guten bzw. bösen Glaubens

Der Umfang der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hängt massgeblich vom guten oder bösen Glauben des herausgabepflichtigen Besitzers ab. Das ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut. Damit sind die Rechtsfolgen einer bestimmten Rechtssituation davon abhängig, wozu sich der Besitzer im Sinne einer durch das Gericht vorzunehmenden Wertung hat berechtigt sehen dürfen. Hat sich der Besitzer vorwurfsfrei für an der Sache berechtigt halten dürfen, weist ihm das Gesetz den Weg zu Art. 938 und 939 ZGB, die dem Besitzer umfassende Privilegien hinsichtlich der Haftung und des Verwendungsersatzes einräumen. Hat der Besitzer um die mangelnde Berechtigung gewusst oder hätte er bei gehöriger Aufmerksamkeit darum wissen müssen, trifft ihn das schärfere Regime von Art. 940 ZGB.[106]

Im Einzelfall kommt daher der Beurteilung, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig gewesen ist, eine grosse Bedeutung zu. Die Art. 938 ff. ZGB halten indessen keine Antwort auf die Frage bereit, was der gute und der böse Glaube sind und wie sie sich feststellen lassen. Dieser Frage ist vorab allgemein nachzugehen, bevor spezifische Schwierigkeiten mit Blick auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis diskutiert werden.

105 Die Verweisung in Art. 630 Abs. 2 ZGB ist zu Recht als wenig sachgerecht kritisiert worden, da das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sich ganz fundamental danach richtet, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig gewesen ist. Für den Vorempfänger der Erbschaft kann diese Unterscheidung derweil nicht sinnvoll gemacht werden. Siehe hierzu etwa *Piotet* (1978), 326 f.; BK-*Eitel* (2004), Art. 630 ZGB, N 41; BSK-*Forni/Piatti* (2019), Art. 630 ZGB, N 6. Im Übrigen sind die Verweise im Erbrecht jedoch sachgerecht.

106 *Sutter-Somm* (2014), N 1480; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 4 ff.

I. Begriff des guten Glaubens

1. Keine Legaldefinition

Die fehlende Begriffsdefinition der Gut- und Bösgläubigkeit betrifft nicht nur die Art. 938 ff. ZGB. In der Tat hält das gesamte Zivilgesetzbuch für die zentrale Frage, was unter dem guten und was unter dem bösen Glauben zu verstehen ist, keine Antwort bereit. Es bestimmt in Art. 3 ZGB lediglich:[107]

> **Art. 3 ZGB – II. Guter Glaube**
> [1] Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten.
> [2] Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen.

Hierdurch wird aber der gute Glaube nicht definiert.[108] Die Bestimmung setzt den Begriff vielmehr als gegeben voraus und stellt nur – aber immerhin – eine gesetzliche, widerlegbare Vermutung auf, dass dort, wo für die Rechtsfolgen an den guten Glauben angeknüpft wird, von der Gutgläubigkeit ausgegangen wird.[109] Der Art. 3 ZGB fusst denn auch nicht auf der gesetzgeberischen Vorstellung, dass alle Rechtsunterworfenen jederzeit redlich geschäften würden, und normiert daher auch keinen allgemeinen Gutglaubensschutz.[110] Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit der Vermutung die Beweisschwierigkeiten adressieren, die entstehen würden, müsste das Vorliegen des guten Glaubens – ein bloss innerer, dem Beweis kaum zugänglicher Umstand – in einem Verfahren rechtsgenüglich dargetan werden.[111]

107 Es liesse sich fragen, ob es den Art. 3 ZGB in dieser Form überhaupt gebraucht hätte. Zumindest kommen die umliegenden Rechtsordnungen – mit Ausnahme von Liechtenstein, wo Art. 3 ZGB in Art. 3 PGR überführt wurde – ohne eine entsprechende Bestimmung aus. Vielmehr wird dort vom guten Glauben einzig in Einzelvorschriften gesprochen; siehe hierzu BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 7.

108 BGE 99 II 131, 146, E. 6d; BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 11; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 7.

109 Die französische Fassung von Art. 3 Abs. 1 ZGB erscheint diesbezüglich klarer und nennt explizit die «Entstehung» und die «Auswirkungen» eines Rechts: «La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit.»

110 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 11 f.; siehe auch *Ginter/Roberto* (2003), 55.

111 SHK-*Hausheer/Jaun* (2003), Art. 3 ZGB, N 35; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 2.

Wenngleich die gesetzliche Vermutung von Art. 3 ZGB nicht hilft, den Begriff des guten Glaubens fassbar zu machen, ist immerhin klar, dass die Vermutung auch bei den Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis greift. Ohne den Beweis des Gegenteils ist damit der gute Glaube des unrechtmässigen Besitzers anzunehmen. Will der Eigentümer sich das Haftungsprivileg des (vermeintlich) gutgläubigen Besitzers nicht entgegenhalten lassen, ist es an ihm, die Bösgläubigkeit des Besitzers darzutun.[112]

2. Grundlagen der Begriffsbestimmung

Rein wörtlich handelt es sich bei dem Ausdruck «guter Glaube» um die Fortführung der römisch-rechtlichen *«bona fides»*. Inhaltlich hat der Begriff jedoch zwischenzeitlich eine Bedeutungsverschiebung erfahren.[113] In den Einzelheiten finden sich daher auch heute unterschiedliche Auffassungen darüber, wie der gute Glaube definiert werden soll.

Unbestritten ist immerhin, dass es bei der Beurteilung des guten Glaubens auf einen inneren, mentalen Zustand bezüglich eines äusseren Umstandes ankommt. Der Gutgläubige hat irrtümlich etwas Rechtserhebliches für zutreffend gehalten, das es nicht ist. Wird in der Folge der gute Glaube des Irrenden geschützt, kommt es zur Heilung des bestehenden Mangels und die ansonsten bestehende, nachteilige Rechtsfolge bleibt aus oder wird zumindest abgeschwächt.[114]

3. Äusseres Element: Defekt in der Rechtsposition

a. Rechtsmangel oder Defekt in der Rechtsposition

Für die angesprochene Fehlannahme findet sich in der älteren Literatur und Rechtsprechung häufig der Begriff des «Rechtsmangels».[115] *Koller* hat diesen

112 Siehe z. B. BGE 84 II 369, 379, E. 4b: «La bonne foi étant présumée, il appartenait à l'intimé d'établir que l'acheteuse était de mauvaise foi ou que sa bonne foi était incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle (art. 3 CC).» Siehe auch *Ginter/Roberto* (2003), 55.

113 Siehe hierzu etwa BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 16 ff.

114 *Koller* (1985), N 2 und 28.

115 Siehe etwa BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 31 ff.; BGE 99 II 131, 147, E. 6d.

Begriff mit Verweis auf drei Gründe kritisiert, dann mangels einer passenden Alternative[116] aber trotzdem von «Rechtsmangel» gesprochen. Vorgebracht hat er zusammengefasst, der Begriff passe nicht, weil er a) verkenne, dass sich die irrige Vorstellung nicht bloss auf eine Rechtslage, sondern auch auf die tatsächlichen Verhältnisse beziehen könne; b) der Eindruck erweckt werde, der Mangel betreffe stets die Frage des Rechtserwerbs oder des Rechtsbestands; und c) die Erwartung geweckt werde, es müsse immer etwas fehlen bzw. «mangeln», während durchaus auch eine teilweise Besserstellung möglich sei.[117] Darüber hinaus hat *Honsell* zutreffend angeführt, dass der Begriff «Rechtsmangel» in der gesetzlichen Terminologie bereits durch die Art. 192 ff. OR belegt ist.[118] Er schlägt daher vor, vom «Defekt in der Rechtsposition» zu sprechen, wenngleich er zu Recht eine «terminologische Zwanghaftigkeit» als wenig gewinnbringend ablehnt.[119]

b. Nachteilige Rechtswirkungen

Zusammengefasst meint der Defekt in der Rechtsposition einen «rechtserheblichen Umstand, dessen besonderes Kennzeichen darin besteht, dass er eine nachteilige Rechtswirkung erzeugt».[120] Er stellt die absolute Grundlage dar, wenn eine Rechtsfolge basierend auf dem guten Glauben geltend gemacht werden soll. Ohne einen solchen Defekt stellen sich die entsprechenden Schwierigkeiten gar nicht erst ein.

> *Beispiel:* Hat die Besitzübertragung mit Wissen und Willen des Eigentümers stattgefunden und wurde so das Eigentum gültig übertragen, muss nicht nach der Gutgläubigkeit des Erwerbs gefragt werden. Relevant wird diese hingegen etwa, wenn die Übertragung nicht gewollt war, weil z. B. ein Dritter die Sache von einem Besitzer erworben hat, dem der Eigentümer die Sache anvertraut hat, ohne jedoch eine Ermächtigung zum Verkauf einzuräumen.[121] Hier liegt eben ein Defekt in der Rechtsposition vor.

116 *Koller* (1985), N 51.
117 *Koller* (1985), N 51.
118 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 13.
119 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 13.
120 *Koller* (1985), N 6.
121 Dies wäre ein Anwendungsfall von Art. 933 ZGB; siehe auch BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 31.

Der Defekt kann sich durch unterschiedliche Verhaltensweisen von unterschiedlichen Beteiligten ergeben:

1) Der Gutgläubige verhält sich selbst rechtswidrig. Diese Fallgruppe liegt immer vor, wenn der Gutgläubige unberechtigterweise in ein fremdes Recht eingreift. Zu denken ist hier etwa an die Person, die sich für den Eigenbesitzer an einer eigentlich fremden Sache hält.[122]

2) Ein anderer Beteiligter verhält sich rechtswidrig. Diese Fallgruppe ist im Besitzrecht besonders relevant, gehen doch die Instrumente des Besitzrechtsschutzes regelmässig auf solches Verhalten zurück (z. B. Verkauf einer fremden Sache an einen gutgläubigen Dritten).[123]

3) Ein anderer Beteiligter verhält sich zwar nicht rechtswidrig, erzeugt aber durch mangelhaftes Verhalten einen falschen Rechtsschein. Diese Fälle sind häufiger im Vertragsrecht anzutreffen, etwa wenn die Vollmachtsurkunde trotz Erlöschen nicht zurückgefordert wird (Anschein der Fortdauer der Vollmacht).[124]

Jäggi fasst basierend auf den drei identifizierten Verhaltensweisen den guten Glauben zusammen als «das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels»[125]. Diese Auffassung wurde auch vom Bundesgericht rezipiert.[126] Hinzuweisen ist indessen darauf, dass sich der Rechtsmangel nicht – wie vor allem in der älteren Lehre vertreten – in den soeben skizzierten Verhaltensweisen erschöpft. Vielmehr kommt es auf den geschaffenen Umstand als solchen an. Relevant ist mit anderen Worten nicht die gesetzte Ursache, sondern das eintretende Ergebnis, das sich dem Irrenden präsentiert.[127]

122 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 32, nennt als weitere Fallgruppen den unrechtmässigen Eingriff in eine fremde Rechts*sphäre* und den Verstosses gegen die öffentliche Ordnung.

123 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 33.

124 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 34; siehe auch *Rusch* (2010), 80 ff.

125 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 30.

126 BGE 99 II 131, 147, E. 6d: «Der gute Glaube besteht nach dieser Definition darin, dass trotz eines Rechtsmangels das Unrechtsbewusstsein fehlt.» Siehe auch BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 9.

127 Im Ergebnis so auch BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 14.

Dieses Ergebnis kann konkret darin bestehen, dass – würde das Gesetz für den Fall der Gutgläubigkeit nicht etwas anderes vorsehen – ein Recht nicht entsteht, eine Pflicht nicht entfällt, ein Recht untergeht oder eine Pflicht entsteht.[128] Denkbar ist auch, dass nicht bloss ein einziger Nachteil eintritt; ein Defekt kann auch dazu führen, dass dem Betroffenen mehrere Nachteile entstehen[129] oder neben Nachteilen auch Vorteile bestehen.[130] Dies lässt sich am besten anhand eines Beispiels veranschaulichen:

> *Beispiel:*[131] Wird eine Sache von einer nicht berechtigten Person veräussert, kann der Erwerber – wenn es nicht die Normen zum Schutz des guten Glaubens gäbe – grundsätzlich kein Eigentum an der Sache begründen. Der Defekt im vorliegenden Fall ist das fehlende Eigentum des Veräusserers und damit verbunden die fehlende Befugnis, dieses Eigentum zu übertragen. Die gezeitigte nachteilige Rechtsfolge ist einerseits das Ausbleiben des Eigentumserwerbs durch den Erwerber und andererseits die Pflicht, die Sache herauszugeben und darüber hinaus Ersatz für den Schaden und die Nutzungen zu leisten. Bei der ersten Wirkung besteht der Nachteil im Ausbleiben einer günstigen Rechtsfolge, bei der zweiten im Hinzutreten einer ungünstigen Rechtsfolge.

4. Subjektives Element: Unkenntnis des Defekts

Zur Annahme der Gutgläubigkeit reicht es freilich nicht aus, aus objektiver Sicht einen Defekt in der Rechtsposition auszumachen. Vielmehr muss auf subjektiver Ebene noch eine irgendwie geartete Fehlvorstellung desjenigen hinzukommen, der gutgläubig sein will.

a. Unkenntnis des Defekts oder fehlendes Unrechtsbewusstsein

Hinsichtlich dieses subjektiven Elements finden sich im Wesentlichen wiederum zwei Herangehensweisen.

Die ältere – und mittlerweile wieder aufstrebende – Lehre stellt auf die *Unkenntnis* des rechtlichen Defekts ab. Gutgläubig ist damit, wer um den rechtlichen

128 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 14.
129 *Koller* (1985), N 31.
130 *Koller* (1985), N 32.
131 Angelehnt an BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 53.

Defekt nicht gewusst hat und nicht davon hat wissen müssen (also keine fahrlässige Unkenntnis des Defekts hat).[132] Demgegenüber stellt insbesondere *Jäggi* nicht auf die Kenntnis ab, sondern auf das *Unrechtsbewusstsein*.[133] Das Bundesgericht ist ihm darin in BGE 99 II 131 gefolgt.[134] Im Ergebnis bedeutet ein Abstellen auf das Unrechtsbewusstsein die Abkehr von dem rein «psychologischen» Element des Wissens und die Einführung einer ethischen Komponente, bei der es um eine moralische Beurteilung des (falschen) Rechtsgefühls einer Person geht.[135] Untersucht wird also, ob ein «unredliches, moralisch zu missbilligendes Handeln»[136] ausgemacht werden kann.[137] Es kommt nicht darauf an, ob der Betroffene nach objektiven Gesichtspunkten vom Defekt hat Kenntnis haben müssen, sondern darauf, ob sein Verhalten noch in irgendeiner Weise zu billigen gewesen ist. Im äussersten Fall sind auch Konstellationen denkbar, in denen sich der unrichtig Handelnde des Defekts bewusst gewesen, aber dennoch einer «vertretbaren Ansicht» gefolgt ist.[138]

Die Auffassung von *Jäggi* ist abzulehnen und der älteren Meinung der Vorzug zu geben. Es bedarf nicht des Unrechtsbewusstseins, um nicht gutgläubig zu sein. Vielmehr ist es bereits ausreichend, wenn Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Tatbestandes vorliegt, der eine bestimmte Rechtsfolge nach sich zieht.[139] Die Gegenmeinung leidet vor allem an dem Mangel, dass zum einen die Gefahr einer «Prämierung von Rechtsblindheit» besteht[140] und zum anderen Rechtsfortbildung betrieben wird, wo sie nicht angebracht ist. Auf den zweiten Punkt hat namentlich *Hofer* hingewiesen: Lässt man im Rahmen des Gutglaubensschutzes zu, dass selbst bei Kenntnis des Defekts die Entschuldbarkeit geprüft wird, werden durch die Hintertür auch Formen des Irrtums

132 *Reichel* (1926), 315; ZK-*Egger* (1930), Art. 3 ZGB, N 4; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 2; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 36; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 15; siehe auch *Koller* (1985), N 60, mit weiteren Hinweisen.

133 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 35 ff.; ihm folgend *Deschenaux* (1967), 210 f.

134 Kritisch zu dieser Entscheidung *Koller* (1985), N 61.

135 *Deschenaux* (1967), 210.

136 BGE 57 II 253, 256, E. 2.

137 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 29.

138 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 41.

139 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 36; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 15 f.

140 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 15.

geschützt, die das Gesetz eigentlich nicht schützen will.[141] Das mag im Einzelfall zwar zu billigen Ergebnissen führen. Es ist allerdings nicht angezeigt, diese Form der Billigkeitsrechtsprechung auf dem Wege einer Begriffsumdeutung des guten Glaubens zu erreichen, zumal es sich beim Gutglaubensschutz nach schweizerischem Recht gerade um eine Ausnahme handelt.[142] Darüber hinaus bezweckt der Gutglaubensschutz, wo er spielt, in erster Linie einen Schutz des Rechtsverkehrs.[143] Aus heutiger Sicht hat dieser Schutz unbesehen von moralisch-ethischen Gesichtspunkten zu erfolgen. Die moralische Bewertung des Verhaltens der Verkehrsteilnehmer ist – mit Ausnahme der wenigen Bestimmungen, wo sie vom Gesetzgeber explizit angeordnet wird[144] – ein Relikt der Vergangenheit.[145] Ganz abgesehen davon lässt sich eine Berücksichtigung des Unrechtsbewusstseins kaum praktikabel durchführen, ohne eine rein zufällige Rechtsprechung zu riskieren.

b. Sachverhalts- oder Rechtsirrtum

Es lässt sich sodann fragen, worauf sich die Unkenntnis des Defekts beziehen muss. Denkbar ist einerseits, dass es einzig auf die sachlichen Umstände ankommt, die eine gewisse Rechtsfolge nach sich ziehen, während das Wissen um die rechtlichen Folgen selbst bedeutungslos bleibt. Andererseits könnte die mangelnde Kenntnis auch in einem Rechtsirrtum begründet liegen.

Richtigerweise besteht für einen Schutz des Rechtsirrtums kein Platz,[146] denn die Rechtsunterworfenen haben das Recht zu kennen. Sobald daher der Erwerber einer Sache weiss, dass sie gestohlen ist, ist er bösgläubig, da er den Defekt

141 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 32.

142 Siehe vorne Abschnitt E.I.1; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 32; im Ergebnis auch so *Lindenmann* (2010), 120.

143 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 58 f.; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 12 ff.; *Rusch* (2008), N 5; *Rusch* (2010), 60.

144 Zu denken ist etwa an die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Verträgen nach Art. 20 Abs. 1 OR, wenngleich auch hier der Anwendungsbereich immer enger wird; siehe etwa *Reichle/Schister* (2017), 19 ff.

145 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 32.

146 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 15.

in der Rechtsposition kennt. Es hilft ihm nichts, dass er glaubt, er könne gestohlene Sachen gültig zu Eigentum erwerben *(error iuris nocet)*.[147]

Die gegenteilige Auffassung würde zu einer sonderbaren Differenzierung führen, in welcher gefragt werden müsste, welches Recht der Irrende gutgläubig nicht hat kennen müssen. Das Recht müsste sich damit selbst bescheinigen, so wenig nachvollziehbar zu sein, dass es den Rechtsunterworfenen nicht zugemutet werden kann, es zu kennen. Das kann – zumindest im Privatrecht[148] – nicht die gültige Prämisse sein.

c. Fahrlässige Unkenntnis des Defekts

Das Gesetz selbst regelt in Art. 3 Abs. 2 ZGB sodann den Fall, in dem eine Person wegen der eigenen Unachtsamkeit nicht vom Defekt in der Rechtsposition gewusst hat. Es sieht vor, dass zwar durchaus Gutgläubigkeit vorliegt, allerdings versagt es die Anwendung des Gutglaubensschutzes.[149] Im Ergebnis erfährt die unachtsame Person dieselbe Behandlung wie die bösgläubige.[150]

Die zentrale Frage bei der Beurteilung, ob jemand gutgläubig ist, der nicht geradezu Kenntnis von einem Defekt in der Rechtsposition gehabt hat, ist damit, ob das geforderte Mass an Aufmerksamkeit eingehalten worden ist.[151] Das Gesetz äussert sich hierzu nur ganz ausnahmsweise, etwa in Art. 970 Abs. 3 ZGB, wonach die Einwendung, man habe den Grundbucheintrag nicht gekannt, unzulässig ist.[152] In der Regel muss sich daher das Gericht im Einzelfall ein Werturteil darüber bilden, ob den erforderlichen Obliegenheiten nachgekommen

147 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 15; anders aber BGE 54 II 246, 248; BGE 84 II 369, 379, E. 4b; zum deutschen Recht Bundesgerichtshof, Urteil III ZR 186/72 vom 28. Mai 1976, BGHZ 67, 152 = NJW 1977, 31, 34; Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 266/11 vom 12. April 2013, NJW 2013, 2182, 2183.

148 Die Berücksichtigung des Rechtsirrtums hat allenfalls im Strafrecht einen verdienten Platz (siehe BSK-*Honsell* [2018], Art. 3 ZGB, N 15).

149 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 106; *Deschenaux* (1967), 226; *Koller* (1985), N 138 f.; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 32 f.

150 BGE 113 II 397, 399, E. 2a; BGE 121 III 345, 348, E. 2b; BGE 122 III 1, 3, E. 2a; BGE 131 III 418, 421, E. 2.3.1; *Lindenmann* (2010), 121; siehe auch mit gleichem Ergebnis *Hegetschweiler* (1912), 5 und 10; ZK-*Egger* (1930), Art. 3 ZGB, N 4; *Hinderling* (1977), 510.

151 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 113.

152 BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 115.

worden ist.[153] Dabei hat es nach allgemeiner Auffassung einen objektiven Massstab anzulegen.[154] Abzustellen ist auf einen Menschen mit durchschnittlichen Fähigkeiten, der sich in der zu beurteilenden Situation befunden hat; besondere Eigenschaften der tatsächlichen Person sollen ausser Betracht bleiben.[155] Berücksichtigen soll das Gericht zudem, sofern dies im zu beurteilenden Fall erforderlich ist, auch die zeitlichen Umstände.[156]

Grundsätzlich bestehen keine Erkundigungs- oder Abklärungspflichten, wenn im konkreten Fall keine Verdachtsmomente vorliegen. Die Rechtsprechung verlangt aber in gewissen Branchen eine höhere Aufmerksamkeit. Hierzu zählt etwa der Handel mit Antiquitäten oder Luxusoccasionen[157] und wohl auch jener mit Kunst.[158]

Der so ermittelte objektive Aufmerksamkeitsmassstab soll im Anschluss an das Verhalten derjenigen Person angelegt werden, die sich auf den guten Glauben beruft. Liegt ihr Verhalten innerhalb der tolerierten Grenze, besteht Schutz des guten Glaubens. Andernfalls schliesst Art. 3 Abs. 2 ZGB eine Berufung darauf aus.

Es stellt sich unmittelbar die Anschlussfrage, ob es noch einen Spielraum gibt, innerhalb dessen die harschen Rechtsfolgen des Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht eintreten. Mit anderen Worten: Welcher Grad der Fahrlässigkeit ist erforderlich,

153 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 116; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 116.

154 Anstelle vieler BGE 79 II 59, 64, E. 3; BGE 131 III 418, 421 f., E. 2.3.2; *Deschenaux* (1967), 230; *Koller* (1985), N 146 ff.; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 50; *Lindenmann* (2010), 121; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 117; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 37.

155 BGE 131 III 418, 421 f., E. 2.3.2; *Koller* (1985), N 146 f.; SHK-*Hausheer/Jaun* (2003), Art. 3 ZGB, N 42; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 117; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 37; bezüglich der Abklärungspflichten und der Provenienzforschung im Kunstmarkt *Müller-Chen* (2003), 1271 f., mit einem Beispiel.

156 Siehe etwa Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 5. Februar 1941, ZR 1942, 198, 202, wo das Gericht ausführte, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt sei in Kriegszeiten wegen der Warenverknappung eher erhöht als vermindert (bestätigt durch Bundesgericht, Urteil vom 11. September 1941, ZR 1942, 198, 203 ff.); siehe auch ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 50; SHK-*Hausheer/Jaun* (2003), Art. 3 ZGB, N 49; *Rusch* (2010), 61 f.; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 118.

157 Siehe etwa BGE 122 III 1.

158 *Müller-Chen* (2003), 1272.

um von einer pflichtwidrigen Unkenntnis des Defekts in der Rechtsposition auszugehen?

Die herrschende Auffassung im schweizerischen Recht ist streng und schliesst bereits bei leichter Fahrlässigkeit den Schutz des guten Glaubens aus.[159] Demgegenüber gilt nach deutschem Recht bloss jener Besitzer als bösgläubig, der grobfahrlässig von seinem fehlenden Besitzrecht nicht gewusst hat.[160] In einem Fall zum § 932 Abs. 2 BGB (gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten) bezeichnete der Bundesgerichtshof das zur Debatte stehende Verhalten einmal als «ein Handeln, bei dem die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich großem Masse verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Falle jedem hätte einleuchten müssen».[161]

Im Ergebnis erscheint jedoch fraglich, ob sich nach schweizerischem Recht derart häufig ein anderes Ergebnis einstellt als nach deutschem Recht, wie aufgrund der bisherigen Ausführungen angenommen werden könnte. Der Grund hierfür liegt in der «doppelten Wertung», die das Gericht vornehmen muss. Zunächst hat es festzulegen, was der objektive Aufmerksamkeitsmassstab umfasst. In einem zweiten Schritt hat es das interessierende Verhalten auf der relativ breiten Fahrlässigkeitsskala einzuordnen. Ob es nun bei der Festlegung der erforderlichen Aufmerksamkeit etwas strenger ist und dafür die leichte Fahrlässigkeit genügen lässt oder umgekehrt, ist für das Ergebnis zweitrangig. Letztlich muss das Gericht im Sinne von Art. 4 ZGB nach freiem Ermessen beurteilen, ob die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit vorgelegen hat.[162]

159 *Deschenaux* (1967), 231; *Piotet* (1968), 101 f.; *Koller* (1985), N 149; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 59; siehe schon *Reichel* (1926), 317; BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 127, verlangt derweil eine deutliche Verletzung der gebotenen Aufmerksamkeit.

160 Siehe etwa *Wolff/Raiser* (1957), 330; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 7, mit zahlreichen Hinweisen; siehe auch *Harder* (1981), 282.

161 Bundesgerichtshof, Urteil IV ZR 170/52 vom 11. Mai 1953, BGHZ 10, 14 = NJW 1953, 1139, mit weiteren Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts; siehe auch MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 6.

162 BGE 94 II 297; BGE 116 II 459; BGE 122 III 1, 3, E. 2a/aa; BGE 137 III 145, 149, E. 3.3.2; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 38.

5. Günstige Rechtswirkung?

Jäggi zählt neben den genannten objektiven und subjektiven Elementen, die er «Rechtsmangel» und «Unrechtsbewusstsein» nennt, auch noch die günstige Rechtswirkung zur Begriffsdefinition des guten Glaubens. Dies überzeugt nicht. So gibt es zahlreiche Fälle, in denen eine Partei zwar gutgläubig sein mag, ihr das Gesetz aber keinen Gutglaubensschutz gewährt. In diesen Fällen kommt es auch nicht zu einer günstigen Rechtswirkung. Zutreffend ist immerhin, dass in den Fällen, in denen Gutglaubensschutz besteht, in der Regel eine Besserstellung vorgesehen ist. Zum Begriffsmerkmal wird die günstige Rechtswirkung deswegen jedoch nicht.[163]

6. Dichotomie von Gut- und Bösgläubigkeit

Die herrschende Lehre sieht in der Gut- und Bösgläubigkeit zwei komplementäre Begriffe.[164] Dass die Abbildung von Lebenssachverhalten im Recht nicht immer stur nach einem Schwarz-Weiss-Schema erfolgen kann, ergibt sich von selbst. Eine Abgrenzung zwischen jenen, die bloss fahrlässig nicht gutgläubig sind, weil sie etwa nicht die nötige Sorgfalt haben walten lassen, und jenen, die geradezu arglistig gehandelt haben, erscheint wünschenswert.[165]

Rechtlich stellt sich indessen ein gravierendes Problem: Die hier interessierenden Art. 938 ff. ZGB halten bloss eine Lösung für den gutgläubigen Besitzer und eine Lösung für den bösgläubigen Besitzer bereit. Dazwischen findet sich nichts.[166] Es muss daher zumindest für die Bestimmung der anwendbaren

163 Hierzu auch BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 18.

164 Siehe etwa BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 43; *Deschenaux* (1967), 212; *Koller* (1985), N 5 und 132; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 2; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 20. Folgt man der Auffassung *Jäggis* und knüpft für die Bestimmung der Gutgläubigkeit am Unrechtsbewusstsein an, erscheint die Dichotomie besonders fraglich, lässt doch gerade das Unrechtsbewusstsein eine Vielzahl an Abstufungen zu (siehe BSK-*Honsell* [2018], Art. 3 ZGB, N 20).

165 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 20; siehe hierzu auch die Abstufungen bei *Koller* (1985), N 80 ff.; ferner *Roberto* (2008), 29.

166 Dass das Gesetz von einer Dichotomie ausgeht, zeigt sich auch an anderen Stellen: So spricht das Zivilgesetzbuch etwa in der Marginalie zu Art. 936 ZGB vom «bösen Glauben», in der Bestimmung selbst heisst es dann: «Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat […]». Ebenso spricht z. B. Art. 64 OR in seiner deutschen Fassung davon, dass der Bereicherte bei der Entäusserung «nicht in gutem Glauben war». In der fran-

Rechtsfolgen von einem komplementären Begriffspaar ausgegangen werden. Die unterschiedlichen Grade der Vorwerfbarkeit müssen im Rahmen der fahrlässigen Unkenntnis des Defekts geprüft werden.[167]

7. Zwischenfazit zum Begriff des guten Glaubens

Zusammengefasst fehlt es am guten Glauben – und es liegt ohne Weiteres Bösgläubigkeit vor –, wenn der Erwerber einer Sache um den Defekt in der Rechtsposition weiss oder hätte davon wissen müssen. Bei der Beurteilung kommt es lediglich auf die Sachverhaltselemente an; der Rechtsirrtum macht den Irrenden nicht gutgläubig, wenn er rechtlich aus den Umständen hätte auf den Defekt in der Rechtsposition schliessen müssen. Einen gewissen Ermessensspielraum haben die Gerichte bei der Festsetzung des objektiven Aufmerksamkeitsmassstabs, der bei fahrlässiger Unkenntnis des Defekts angelegt werden muss. Im Ergebnis wird es sich jedoch entscheiden müssen, den Betroffenen entweder als gut- oder als bösgläubig zu betrachten, denn eine dritte Variante sieht das Gesetz nicht vor.

II. Gutgläubigkeit im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses kommt es nach dem Gesagten darauf an, ob der unberechtigte Besitzer in gutem Glauben gewesen ist. Dieser gute Glaube bezieht sich auf sein Recht, die Sache zu besitzen und zu nutzen, die Rechtsposition, die im hier interessierenden Fall möglicherweise defekt ist. Anders als bei Art. 933 ZGB[168] geht es dabei nicht (nur) um die Gutgläubigkeit mit Bezug auf die Berechtigung des Veräusserers, die Sache zu veräussern, sondern um die Annahme, zum Besitz berechtigt zu sein, sie zu gebrauchen und zu nutzen.[169] Gegenstand der Beurteilung ist damit die Vorstellung des

zösischen und der italienischen Fassung verwendet der Gesetzgeber dagegen die Wendungen «de mauvaise foi» beziehungsweise «di mala fede». Siehe hierzu auch *Koller* (1985), N 5; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 4; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 7.

167 Siehe hierzu vorne Abschnitt E.I.4.c.

168 Hierzu *Rusch* (2008), N 44 f.; *Rusch* (2010), 241.

169 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 7; *Hinderling* (1977), 510 f.; *Lindenmann* (2010), 122; *Sutter-Somm* (2014), N 1480; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 5; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 8; *Steinauer* (2019), N 664.

Besitzers über sein eigenes Besitzrecht. Beim Eigenbesitzer ist also der Mangel seiner Eigentümerstellung, beim Fremdbesitzer das fehlende dingliche oder obligatorische Besitzrecht zu untersuchen.[170]

Für die Beurteilung der Gutgläubigkeit des *Eigenbesitzers* kann daher bedeutsam sein:

1) Erwirbt der Eigenbesitzer die Sache von einem Vorbesitzer, sind seine Kenntnisse der Veräusserungsbefugnis des Rechtsvorgängers zu prüfen.[171]

2) Nimmt der Eigenbesitzer eine Sache an sich, ohne mit einem Vorbesitzer darüber zu verhandeln, ist seine Gutgläubigkeit hinsichtlich der Aneignungsmöglichkeit zu prüfen. Nimmt er etwa eine vermeintlich derelinquierte Sache an sich, obwohl sie der Eigentümer lediglich verloren hat, liegt Gutgläubigkeit vor.[172]

3) Der Vollständigkeit halber ist auch auf diesen Fall hinzuweisen: Erwirbt der Besitzer eine Sache vom tatsächlich Berechtigten, stellt sich aber der Vertrag als Grundlage der Eigentumsübertragung als ungültig heraus, läge das Augenmerk auf der Frage, ob der Besitzer von dem Wirksamkeitshindernis gewusst hat.[173] Solche Fälle sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht unter dem Haftungsprivileg nach Art. 938 Abs. 1 ZGB zu erledigen.[174] Das ändert aber nichts an der Frage nach der Gutgläubigkeit des Besitzers. Vielmehr fehlt es einfach an den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 938 Abs. 1 ZGB.[175] Die Frage der Gutgläubigkeit ist jedoch auch unter allgemeinem Bereicherungsrecht bedeutsam, namentlich bei der Frage, ob eine mittlerweile nicht mehr bestehende Bereicherung dem Bereicherungsgläubiger herauszugeben ist oder nicht (Art. 64 OR).

170 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 4.
171 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 13.
172 *Lindenmann* (2010), 123; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 13.
173 *Lindenmann* (2010), 122; für das deutsche Recht etwa Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 13, mit der dort wichtigen Unterscheidung zwischen einfacher und doppelter Nichtigkeit.
174 Siehe vorne Abschnitt C.III.
175 Siehe hierzu auch *Lindenmann* (2010), 123.

Beim *Fremdbesitzer* indes bezieht sich der zu untersuchende Defekt auf die Annahme, ein absolutes oder relatives Recht zum Besitz zu haben. Zu den praktisch bedeutsamsten Fällen dürften jene der Gebrauchsüberlassungsverträge zählen. Hier gilt das soeben zum Eigenbesitzer Gesagte sinngemäss: Bestehen schon rechtserhebliche Zweifel an der Befugnis des Vertragspartners, die Sache einem anderen zum Gebrauch zu überlassen, mangelt es am guten Glauben. Hat der Vertragspartner die Befugnis, die Sache zum Gebrauch zu überlassen, stellt sich aber der Vertrag als unwirksam heraus, ist auch hier zu fragen, ob dem Fremdbesitzer die Unwirksamkeitsgründe bekannt gewesen sind oder hätten bekannt sein müssen.[176] Auch diese Fälle sind mit Blick auf die Rechtsfolgen zwischen den Vertragsparteien nach der hier vertretenen Auffassung nicht nach Art. 938 ff. ZGB zu behandeln.[177]

Daneben bestehen weitere mögliche Ursachen des Defekts in der Rechtsposition bei den Normen, die auf die Art. 938 ff. ZGB verweisen. Art. 547 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass bei Aufhebung der Verschollenheit die Eingewiesenen die Erbschaft nach den Besitzregeln herauszugeben haben. Hier ist zu prüfen, ob die Eingewiesenen die Voraussetzungen der Verschollenerklärung als gegeben haben erachten dürfen.[178] Bei der Auslieferung von Erbschaftssachen an die eingesetzten Erben (Art. 560 Abs. 3 ZGB) beurteilt sich die Gutgläubigkeit der Intestaterben danach, ob sie vom besseren Recht der eingesetzten Erben gewusst haben oder hätten wissen müssen (z. B. von einem entsprechenden Testament).[179] Wie bereits angedeutet,[180] ist schliesslich unklar, was mit dem Verweis in Art. 630 Abs. 2 ZGB gewollt ist. Unter den Ausgleichspflichtigen lassen sich weder Gut- noch Bösgläubige identifizieren, da sie zu Lebzeiten gültige Berechtigte an den jeweiligen Sachen geworden sind.[181]

176 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 14.
177 Siehe vorne Abschnitt C.III.
178 ZK-*Escher* (1960), Art. 547 ZGB, N 8; BK-*Tuor/Picenoni* (1964), Art. 547 ZGB, N 8; *Lindenmann* (2010), 124; siehe auch *Meier* (1924), 35 ff.
179 ZK-*Escher* (1960), Art. 599 ZGB, N 23; BK-*Tuor/Picenoni* (1964), Art. 599 ZGB, N 12; *Lindenmann* (2010), 123 f.
180 Siehe vorne Fn. 105.
181 *Piotet* (1978), 326 ff.; BK-*Eitel* (2004), Art. 630 ZGB, N 44 ff.; *Lindenmann* (2010), 124 und 174 ff.

III. Einzelfragen

1. Zeitpunkt

Von besonderer Bedeutung für die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist der Zeitpunkt, zu dem der gute bzw. der böse Glaube vorhanden gewesen sein muss, um die einen oder die anderen Rechtsfolgen nach sich zu ziehen.

Mit Blick auf den besitzrechtlichen Herausgabeanspruch (Art. 933, 934 und 936 ZGB) ist der gute Glaube im Zeitpunkt des Besitzerwerbs massgebend.[182] Die Qualifikation als gut- oder bösgläubig gilt dann unbeschränkt für die gesamte Zeit des Besitzes. Wird der einmal Gutgläubige im Lauf der Zeit bösgläubig, hat dies keinen Einfluss auf seine Besitzberechtigung *(mala fides superveniens non nocet)*.[183]

Dies gestaltet sich bei den Nebenansprüchen anders: Hier, wo sich die Gutgläubigkeit auf die Berechtigung zum Besitz und zur Nutzung bezieht, ist für einen laufenden Zeitraum zu ermitteln, ob Gut- oder Bösgläubigkeit vorliegt.[184] Es ist also möglich, von einstigem gutem zu bösem Glauben zu wechseln. Seltener – aber theoretisch denkbar – ist auch der umgekehrte Fall.[185] Entsprechend treten für den einen Zeitraum die Rechtsfolgen der Art. 938 und 939 ZGB, für den anderen jene von Art. 940 ZGB ein. Im Rahmen der Nebenansprüche gelten damit die Grundsätze *mala fides superveniens nocet* und *bona fides superveniens nocet*.

a. Nachträgliche Bösgläubigkeit

Im schweizerischen Recht ergibt sich der Grundsatz, dass die nachträgliche Bösgläubigkeit ebenfalls schadet, nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut. Das deutsche Recht hingegen regelt den Fall explizit in § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB.

182 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7; siehe auch *Rusch* (2008), N 44 f.; *Rusch* (2010), 241 ff.

183 Siehe die Nachweise in der vorstehenden Fussnote.

184 *Sutter-Somm* (2014), N 1480 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7; KuKo-*Domej/Schmidt* (2017), Art. 938 ZGB, N 2; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 8; siehe auch BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 133; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.53.

185 *Simonius/Sutter* (1995), N 9.53.

§ 990 BGB – Haftung des Besitzers bei Kenntnis
[1] War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbs an nach den §§ 987, 989. *Erfährt der Besitzer später, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an.*[186]
[2] […]

Die schärfere Haftung des bösgläubigen Besitzers tritt ab dem Moment der Kenntnis ein, dass der Besitz unberechtigt ist. Für das schweizerische Recht gilt nichts anderes. Das ergibt sich aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Abgestellt werden soll eben auf den guten Glauben an das vermutete Recht.

Beispiel: Erfährt der Eigenbesitzer nachträglich, dass er eine abhandengekommene Sache wegen der fehlenden Veräusserungsberechtigung des Veräusserers nicht zu Eigentum erworben hat, darf er sie nicht zerstören. Andernfalls haftet er nach Art. 940 ZGB. Anders wäre die Rechtslage freilich, wenn die Sache dem Nichtberechtigten anvertraut worden wäre. Hier hätte der Erwerber wegen Gutgläubigkeit im Erwerbszeitpunkt nach Art. 933 ZGB Eigentum erlangt. Folglich besteht nicht einmal ein Herausgabeanspruch gegen ihn; die Art. 938 ff. ZGB kommen mithin nicht zur Anwendung.

i. Übertritt zur Bösgläubigkeit und Abklärungspflichten

Herausfordernd ist es sodann, festzustellen, ab welchem Zeitpunkt von der nachträglichen Kenntnis der fehlenden Berechtigung auszugehen ist. Eng damit verbunden ist auch die Frage, ob bei der nachträglichen Bösgläubigkeit eine fahrlässige Unkenntnis möglich ist – mithin, ob vom Besitzer eine gewisse Aufmerksamkeit und besondere Abklärungen gefordert werden, die den Zeitpunkt der Bösgläubigkeit nach vorne verlegen.

Nach deutschem Recht reicht für die nachträgliche Bösgläubigkeit nur positive Kenntnis aus. Ist jemand nur durch (grobe) Fahrlässigkeit in Unkenntnis des Defekts in der Rechtsposition, kommt es nicht zur Haftungsverschärfung.[187] In

186 Hervorhebung durch den Autor hinzugefügt.
187 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 43, mit Verweis auf Reichsgericht, Urteil 371/03 vom 16. Januar 1904, RGZ 56, 317; *Wacke*, Mala fides (1981), 234.

einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 hat der Bundesgerichtshof sodann festgehalten, dass sich die Kenntnis nicht nur auf die Tatsachenelemente beziehen müsse, sondern auch auf die daraus abgeleitete Rechtsfolge.[188]

Für etwaige Erkundungspflichten – selbst bei nachträglichen Zweifeln – ist daher kein Platz.[189] Der Bundesgerichtshof formulierte es in einer Leitentscheidung aus dem Jahr 1958 so:

> «Der Besitzer einer Sache hat von den seine Nichtberechtigung zum Besitz begründenden Umständen und damit vom Mangel seines Rechts zum Besitz allerdings nicht schon dann Kenntnis i. S. von § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB erlangt, wenn diese Umstände ihm gegenüber lediglich behauptet oder ihm in einer solchen Weise übermittelt werden, daß er berechtigten Anlaß hat, an der Richtigkeit dieser Umstände zu zweifeln. Die Kenntnis der Umstände und des sich aus ihnen ergebenden Mangels des Rechts zum Besitz muß aber dann als erlangt gelten, wenn dem Besitzer die Rechte des Eigentümers durch liquide Beweise dargetan oder er über den Mangel seines Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt wird, daß sich ein redlich Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde.»[190]

Hintergrund dieser Überlegung ist die starke Legitimationswirkung, die das Recht dem Besitz zubilligt und auf die sich der Besitzer beim Erwerb verlassen hat: Der Besitzer soll sich daher grundsätzlich beim Besitzerwerb fragen, ob er zum Besitz berechtigt wird. Anschliessend ist es jedoch kaum statthaft, ihm die Pflicht aufzuerlegen, fortwährend weiter über seine Berechtigung nachzudenken.[191]

Dies alles muss auch unter schweizerischem Recht gelten. Die Rechtsprechung scheint in eine ähnliche Richtung zu gehen. Zumindest deutet darauf die Entscheidung des Bundesgerichts BGE 94 II 297 hin, in der das Gericht eine Klage auf Herausgabe von Bildern zu beurteilen hatte, die im Rahmen der Judenverfolgung durch die nationalsozialistischen Behörden 1941 versteigert und

188 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 266/11 vom 12. April 2013, NJW 2013, 2182, 2183: «So erfordert etwa die Kenntnis davon, nicht zum Besitz berechtigt zu sein (§ 990 I 2 BGB) oder etwas rechtsgrundlos empfangen zu haben (§ 819 I BGB), nicht nur das Wissen um die tatsächlichen Umstände, aus denen auf die Nichtberechtigung zu schließen ist, sondern auch die Kenntnis dieser Rechtsfolge selbst.»

189 Erman-*Ebbing* (2017), § 990 BGB, N 17; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 43, mit weiteren Hinweisen; MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 20.

190 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 27/57 vom 22. Januar 1958, BGHZ 26, 256 = NJW 1958, 668.

191 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 20.

anschliessend in die Schweiz verbracht worden waren. Vor Bundesgericht war unbestritten, dass sich der Erwerber im Erwerbszeitpunkt in gutem Glauben befunden hatte.[192] Der Kläger brachte indessen vor, er hätte dem Besitzer vor Ablauf der Ersitzungsfrist von Art. 728 Abs. 1 ZGB mehrmals mitgeteilt, er sei der rechtmässige Eigentümer an den Bildern. Hierdurch sei der gute Glaube noch vor Ablauf der Frist zerstört worden; die Gemälde hätten folglich nicht ersessen werden können.[193] Das Bundesgericht befand jedoch, dass die Mitteilungen für sich allein nicht ausreichten, um die Bösgläubigkeit hervorzurufen. Es habe lediglich eine Pflicht bestanden, zu prüfen, ob der Anspruch allenfalls begründet sei.[194] Diesen Pflichten sei der Beklagte im konkreten Fall nachgekommen, «indem er auf das erste Schreiben […] hin von diesem nähere Auskunft verlangte und sich in der Folge mit den Vorbringen […] ernsthaft auseinandersetzte».[195]

Auf den ersten Blick mag diese Rechtsprechung den Eindruck erwecken, nach schweizerischem Recht gäbe es auch bei der nachträglichen Bösgläubigkeit Aufmerksamkeitspflichten, die bei (leicht) fahrlässiger Verletzung die Rechtsfolgen des bösen Glaubens hervorrufen. Die Entscheidung besagt jedoch das genaue Gegenteil: Das Bundesgericht verlangte lediglich, dass die Vorbringen des Klägers geprüft werden müssen. Den bösen Glauben hätte es wohl nur bejaht, wenn im Rahmen dieser Prüfung positive Kenntnis der fehlenden Berechtigung eingetreten wäre.[196] Auf diese Weise sind denn auch die Hinweise in der Literatur zu verstehen, die bösen Glauben ab dem Moment annehmen, «da

192 BGE 94 II 297, 310, E. 5e.

193 BGE 94 II 297, 300, Sachverhaltselement B.

194 BGE 94 II 297, 310 f., E. 5e.

195 BGE 94 II 297, 311, E. 5e; siehe auch BGE 54 II 246, 249, wonach auch die Klage an sich noch keine Bösgläubigkeit bewirkt.

196 Ähnlich auch Handelsgericht Zürich, Urteil vom 28. September 1944, ZR 1945, 227, 230 f., mit weiteren Hinweisen: «Immerhin braucht er nicht allen möglichen Zweifeln nachzugehen, die aus den vorhandenen Umständen gegen das Recht des Verkäufers erhoben werden könnten, sondern nur solchen, deren Nichtbeachtung als eine erhebliche Verletzung der im Verkehr üblichen und erforderlichen Sorgfalt erscheint.»

der Besitzer die ihm bekannt gewordenen Hinweise nicht mehr in gutem Glauben als unrichtig bzw. ungerechtfertigt betrachten darf oder da er die sich aus verdächtigen Umständen ergebende Prüfungspflicht nicht erfüllt».[197]

ii. Bedeutung der Rechtshängigkeit

Das deutsche Recht macht für die Rechtsfolgen sodann eine Unterscheidung zwischen dem verklagten gutgläubigen Besitzer und dem nicht verklagten gutgläubigen Besitzer.[198] Gemäss § 987 BGB hat der Besitzer die Nutzungen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gezogen werden, an den Eigentümer herauszugeben (Abs. 1). Abs. 2 der Bestimmung regelt, wie bei Nutzungen, die nach den «Regeln einer ordnungsgemässen Wirtschaft» nicht gezogen worden sind, zu verfahren ist. § 989 bestimmt hinsichtlich des Schadenersatzes, dass der Besitzer dem Eigentümer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an für den Schaden verantwortlich ist, der wegen Verschlechterung oder Untergangs[199] der Sache entsteht. Wegen des Verweises auf diese beiden Bestimmungen in § 990 BGB bedeutet dies im Wesentlichen, dass der gutgläubige Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit gleichbehandelt wird wie der bösgläubige.

Der rechtliche Gedanke hinter dieser Lösung ist folgender: Die Klage des Eigentümers auf Herausgabe warnt[200] den Besitzer, dass er die Sache unter Umständen herauszugeben hat.[201] Nach dieser Warnung soll er «gewissermassen als Verwalter einer fremden Sache»[202] gelten und sich entsprechend verhalten.

197 So etwa BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7a, die gleichzeitig auf eine reduzierte Sorgfaltspflicht während der Besitzzeit hinweisen; siehe auch *Keller* (1940), 25; anderer Ansicht *Utku* (1939), 24.

198 Genau genommen handelt es sich bei den einschlägigen §§ 987 und 989 BGB im deutschen Recht um den Grundtatbestand, auf den § 990 BGB für den bösgläubigen Besitzer verweist.

199 Das Gesetz nennt präzisierend auch alle anderen Gründe, wegen denen die Sache nicht herausgegeben werden kann.

200 Der Bundesgerichtshof hat im Urteil VI ZR 256/52 vom 3. März 1954, BeckRS 1954, 31198776, hierfür den Begriff der «Warnwirkung» aus der Lehre übernommen.

201 Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 1; MüKo-*Raff* (2020), § 987 BGB, N 1.

202 Hierzu *von Savigny* (1847), 120 f.: «Jedem Beklagten, auch wenn er noch so fest von seinem Recht überzeugt ist, kann man ohne Unbilligkeit zumuthen, daß er die Möglichkeit bedenke, den Prozeß zu verlieren, und für diesen möglichen Fall sich als den Verwalter eines fremden Gutes ansehe, dem eine besondere Sorgfalt obliegt.» Siehe auch Denkschrift BGB, 132 = Mugdan (1899), 978.

Die Haftungsverschärfung nach Klageanhebung ist dabei keine neue Erfindung des deutschen Gesetzgebers. Sie geht vielmehr auf das klassische römische Recht zurück: Während der Kläger und Eigentümer mit der *rei vindicatio* grundsätzlich nur die Sachherausgabe fordern konnte, haftete der Besitzer für die Verschlechterung der Situation des Eigentümers ab dem Zeitpunkt der Litiskontestation. Er hatte den Eigentümer so zu stellen, als wäre die Herausgabe *cum omni causa* zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erfolgt.[203]

Anders als das deutsche Recht äussert sich das Zivilgesetzbuch nicht dazu, ob mit der Rechtshängigkeit ein anderer Haftungsmassstab für den gutgläubigen Besitzer gelten soll. Es stellt sich daher die Frage, ob eine entsprechende Regelung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes auch nach schweizerischem Recht gilt. Denn: Die Interessenlage ist nach hiesigem Recht die gleiche wie nach deutschem – oder auch römischem – Recht.[204]

Für eine Übernahme der Rechtshängigkeit als Aufgriffskriterium in das schweizerische Recht ist kein Platz.[205] Bereits aus den Erläuterungen *Hubers* zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuchs ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine solche Norm «nicht als notwendig» erachtet hat.[206] Die damalige Überlegung orientierte sich insbesondere an den eintretenden Rechtsfolgen: Eine Gleichstellung mit dem bösgläubigen Besitzer schien nur dort angezeigt, wo der Beklagte durch die Anhebung der Klage auch tatsächlich bösgläubig wird, er sich der Klage mit anderen Worten nicht gutgläubig widersetzen kann.[207] Diese Begründung erscheint schlüssig, weil sie auf unnötige Automatismen bei äusserst wertungsbedürftigen Sachverhalten verzichtet.

Bei Lichte betrachtet darf es denn auch keinen Unterschied machen, ob ein Eigentümer mit einem (vermeintlichen) Herausgabeanspruch erst über einen längeren Zeitraum aussergerichtlich gegen den Besitzer vorgeht oder – weil er

203 *Paulus*, D. 50, 16, 35; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.15; MüKo-*Raff* (2020), Vor § 987 BGB, N 10; siehe hierzu hinten Kapitel 5, Abschnitt A.

204 Das hat etwa *Utku* (1939), 26, vorgeschlagen.

205 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 394; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7b; siehe aber ZK-*Wieland* (1909), Art. 940 ZGB, N 6.

206 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 394.

207 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 394.

womöglich schlicht klagefreudiger ist – direkt an das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörden gelangt. Viel sinnvoller scheint es, bei der Klage oder der aussergerichtlichen Anzeige, die Rechte des Besitzers würden bestritten, allgemein zu beurteilen, ob der Besitzer bei gehöriger Prüfung positive Kenntnis von dem Mangel erhalten hat und somit bösgläubig geworden ist. Allzu hohe Anforderungen an die Prüfung sind dabei, wie vorne gezeigt wurde, nicht zu stellen.[208] Die Frage der Rechtshängigkeit geht daher nach schweizerischem Recht in der Frage nach der nachträglichen Bösgläubigkeit auf.[209]

b. Nachträgliche Gutgläubigkeit

In der Literatur wird bisweilen vertreten, der bösgläubige Besitzer könne nachträglich gutgläubig werden.[210] Zur Erläuterung werden regelmässig die zwei nachfolgenden Beispiele angeführt.

> *Beispiel Erbschaft:*[211] X. ist Tochter von E. und hat bösgläubig unberechtigten Besitz an einer Sache, die dem E. gehört. E. verstirbt, und X. geht gutgläubig davon aus, gesetzliche Erbin zu sein. Ein Jahr später wird ein Testament entdeckt, das die Sache dem B. zuweist. Zwischen dem Zeitpunkt des Todes von E. und dem Zeitpunkt der Kenntnis des Testaments war X. gutgläubig.
>
> *Beispiel Organpersonen:*[212] A. ist Verwaltungsrätin der X. AG. Bösgläubig erwirbt sie für die Gesellschaft eine Sache von E. Ein Jahr später wird der Verwaltungsrat neu besetzt. B., die keine Kenntnisse über die Transaktion zwischen der X. AG und E. hat, wird neu einziges Verwaltungsratsmitglied. Die juristische Person soll nach dem Abgang von A. gutgläubig sein.

Diese Beispiele, obwohl teilweise im gleichen Atemzug genannt, behandeln zwei völlig verschiedene Fälle. Vermutlich enthält das erste Beispiel betreffend

208 Siehe vorne Abschnitt E.III.1.a.i.

209 *Pulaşlı* (1979), 28, führt dies auf eine generell eher «gutglaubensfreundliche» Haltung des schweizerischen Rechts im Vergleich zum deutschen zurück.

210 *Utku* (1939), 78; *Lindenmann* (2010), 127; *Sutter-Somm* (2014), N 1481; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 10; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7.

211 *Utku* (1939), 78; *Lindenmann* (2010), 127; *Sutter-Somm* (2014), N 1481; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7.

212 *Sutter-Somm* (2014), N 1481; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 7.

die Erbschaft gar die einzige Konstellation, in der eine nachträgliche Gutgläubigkeit ernstlich angenommen werden kann, da hier ein nachträglicher Eigentums- oder Besitzrechtserwerbsgrund hinzutritt, in den der Besitzer vertrauen darf.

Das zweite Beispiel betreffend die Organpersonen überzeugt nicht. Zunächst stellen sich hier schwierige Zurechnungsfragen, da juristische Personen für sich genommen weder gut- noch bösgläubig sein können; sie können keine Unkenntnis über einen rechtlichen Defekt haben. Vielmehr muss ihnen das Verhalten der Personen, die für sie handeln, zugerechnet werden.[213] In diesem Fall wäre es jedoch sachgerecht, die einmal eingetretene Bösgläubigkeit bei der juristischen Person zu belassen, selbst wenn ihre Organe ausgetauscht werden. Andernfalls kommt es zu dem unbilligen Ergebnis, dass die Bösgläubigkeit der juristischen Person nach Ausscheiden der Organperson letztlich von deren Arbeitsweise abhängt: Hat sie die Gründe für die Bösgläubigkeit dokumentiert, müssen diese auch die neuen Organe kennen; war sie dagegen nachlässig und hat nichts aufgezeichnet, entfällt die Bösgläubigkeit.[214]

In der deutschen Literatur wird sodann vorgebracht, der nachträgliche gute Glaube könne sich auch ergeben, wenn der Besitzer neue Informationen erhalte, die ihn veranlassen, sich für berechtigt zu halten.[215] Ein anderer Teil der Lehre lehnt dies hingegen ab.[216] Die Meinungsverschiedenheit dürfte geringe praktische Auswirkungen haben, denn selbst wenn man nachträgliche Informationen zur Heilung der Bösgläubigkeit zulässt, muss eine derart zuverlässige Kenntnis des vermeintlichen Besitzrechts eintreten, dass ohne Fahrlässigkeit darauf vertraut werden darf. Das gelingt dem einmal Bösgläubigen in der Regel

213 Hierzu sogleich Abschnitt E.III.2.b.

214 Für den bösgläubigen Angestellten im Ergebnis wie hier Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 96; siehe auch Soergel-*Stadler* (2007), § 990 BGB, N 14 f.; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 990 BGB, N 23.

215 Erman-*Ebbing* (2017), § 990 BGB, N 19; MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 19.

216 Soergel-*Stadler* (2007), § 990 BGB, N 13 ff.; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 96; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 990 BGB, N 23.

nicht.[217] Sollte es dem einst Bösgläubigen im Einzelfall gelingen, diesen Nachweis zu erbringen, darf er aber auch nicht für seine ursprüngliche Fehlannahme (bösgläubig zu sein) bestraft werden.[218]

Einig ist man sich in der Debatte immerhin dahingehend, dass blosses Vergessen des Grunds für den bösen Glauben nicht zur nachträglichen Gutgläubigkeit führt.[219]

2. Zurechnung fremden Bewusstseins

Wer die Gutgläubigkeit für sich beansprucht, macht in der Regel einen eigenen Irrtum geltend. Hierauf sind die Bestimmungen über den Gutglaubensschutz zugeschnitten.[220] Denkbar ist aber auch eine Reihe von Fällen, in denen der gute Glaube bei jemand anderem vorgelegen hat als dem unberechtigten Besitzer, der hier interessiert.

a. Vorbesitz und Mitbesitz

Für die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit kommt es grundsätzlich auf die Kenntnislage des aktuellen Besitzers an. Die Bösgläubigkeit des Vorbesitzers muss sich der gegenwärtige Besitzer nicht anrechnen lassen.[221] Ist der Vorbesitzer bösgläubig gewesen und hat er keine Veräusserungsbefugnis gehabt, fragt sich also bloss, ob der aktuelle Besitzer selbst hiervon gewusst hat.[222]

Liegt unrechtmässiger Mitbesitz vor, hat der Eigentümer gegen jeden der Besitzer einen Herausgabeanspruch, der den Anwendungsbereich der Art. 938 ff. ZGB eröffnet. Jeder einzelne Mitbesitzer kann dabei für sich gut-

217 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 19.
218 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 19.
219 Anstelle vieler Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 94.
220 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 136.
221 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 48.
222 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 48.

oder bösgläubig sein.[223] Sind mehrere Besitzer bösgläubig, haften sie für den gleichen Schaden und die gleichen Nutzungen solidarisch.[224]

b. Organe von juristischen Personen

Juristische Personen können als solche weder Gut- noch Bösgläubigkeit entwickeln, weil ihnen die Fähigkeit abgeht, sich über einen rechtserheblichen Umstand zu irren. Vielmehr handeln sie durch ihre Organe (Art. 55 ZGB). Aus dem Grundsatz, dass das Organhandeln der Gesellschaft zugerechnet wird, folgt auch das Prinzip der Wissensvertretung.[225] Das Wissen der Organperson gilt grundsätzlich als Wissen der juristischen Person.[226]

In persönlicher Hinsicht reicht bei mehreren Organmitgliedern grundsätzlich das Wissen einer Organperson aus.[227] Mit der neueren Lehre ist diesbezüglich indessen eine Einschränkung vorzunehmen: Direkt zugerechnet werden können nur die Kenntnisse jener Organpersonen, die effektiv mit der Angelegenheit befasst gewesen sind und von ihr gewusst haben. Das Wissen nicht beteiligter Organpersonen kann allenfalls im Rahmen eines Fahrlässigkeitsvorwurfs bedeutsam sein, wenn eine Pflicht zur Weitergabe des Wissens bzw. zur Erkundung bejaht wird.[228]

223 *Lindenmann* (2010), 125; *Sutter-Somm* (2014), N 1481; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 48.

224 *Lindenmann* (2010), 125; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8; siehe hierzu auch hinten Kapitel 3, Abschnitt C.V.

225 BK-*Riemer* (1993), Art. 54 ZGB, N 47; BSK-*Huguenin/Reize* (2018), Art. 54/55 ZGB, N 19; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 49.

226 BGE 89 II 239, 251, E. 8; BGE 104 II 190, 197, E. 3b; BGE 109 II 338, 341 f., E. 2a (auch bezüglich qualifizierter Mitarbeiter); BK-*Riemer* (1993), Art. 54 ZGB, N 47; BSK-*Huguenin/Reize* (2018), Art. 54/55 ZGB, N 19.

227 ZK-*Egger* (1930), Art. 3 ZGB, N 9; BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 141; BK-*Riemer* (1993), Art. 54 ZGB, N 49; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 40; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 6; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 50.

228 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 141; *Watter* (1991), 112 f.; BK-*Riemer* (1993), Art. 54 ZGB, N 49; *Abegglen* (2004), 46 ff.; BSK-*Huguenin/Reize* (2018), Art. 54/55 ZGB, N 19; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 50; einlässlich auch *Stoffel-Visperterminen* (1963), 153 ff.; *Walter* (2005), insbesondere 236 ff.

In zeitlicher Hinsicht muss sich die juristische Person sodann einerseits auch das Wissen zurechnen lassen, das eine Organperson mit in die Organstellung eingebracht hat, andererseits aber auch all das Wissen, das mittlerweile ausgeschiedene Organpersonen während ihrer Zeit bei der juristischen Person dieser haben zufliessen lassen.[229] Freilich gilt auch in diesen Fällen die sachliche Einschränkung, dass die Wissenszurechnung nur erfolgt, wenn die betreffende Organperson von den relevanten Angelegenheiten gewusst hat oder hätte wissen müssen.[230]

Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit Organen schliesslich noch auf die allenfalls bestehende persönliche Verantwortung der Organpersonen. Nach Art. 55 Abs. 3 ZGB bleiben auch Klagen gegen die Mitglieder eines Organs möglich. Da gegen sie jedoch kein Herausgabeanspruch besteht, fallen auch die Nebenansprüche nach Art. 938 ff. ZGB ausser Betracht. Allerdings steht dem Herausgabeberechtigten offen, gegen die handelnden Organe aus unerlaubter Handlung für den erlittenen Schaden und ungerechtfertigter Bereicherung für die möglicherweise entgangenen Nutzungen vorzugehen.[231]

c. Hilfspersonen des Besitzers

Macht sich der Besitzer eine Hilfsperson zunutze, die als seine Besitzdienerin agiert, stellen sich Schwierigkeiten insbesondere, wenn die beiden unterschiedliche Kenntnisse der Sachlage haben.[232] Sind beide gut- oder bösgläubig, ergeben sich keine Schwierigkeiten.

i. Gutgläubiger Besitzdiener

Die Art. 938 ff. ZGB stellen auf die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Besitzers ab. Hat der Besitzer daher einen gutgläubigen Besitzdiener, während er selbst bösgläubig ist, stellen sich keine Probleme. In diesen Fällen nützt dem selbst bös-

229 BK-*Riemer* (1993), Art. 54 ZGB, N 49; für Deutschland siehe die Hinweise bei Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 73.

230 So auch Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 246/87 vom 8. Dezember 1989, BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975, 976.

231 Siehe hierzu aus der deutschen Rechtsprechung Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 256/69 vom 31. März 1971, BGHZ 56, 73 = NJW 1971, 1358; MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 29.

232 Zur Thematik einlässlich *Stoffel-Visperterminen* (1963), 51 ff.

gläubigen Besitzer die Gutgläubigkeit des Besitzdieners nichts.[233] Es kommt zur strengeren Folge von Art. 940 ZGB. Das ergibt sich im Übrigen auch aus der Sachlogik: Offensichtlich kann sich der Bösgläubige nicht durch Vorschieben eines Besitzdieners, den er über die tatsächlichen Umstände im Unklaren lässt, das Haftungsprivileg des gutgläubigen Besitzers erschleichen.[234]

ii. Bösgläubiger Besitzdiener

Schwieriger einzuordnen ist der umgekehrte Fall: Der Besitzer selbst ist gutgläubig, während der Besitzdiener bösgläubig handelt.

Im deutschen Recht sind die Rechtsfolgen dieser Sachlage umstritten. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1955 hat der Bundesgerichtshof festgehalten, dass sich der gutgläubige Besitzer die Bösgläubigkeit des Besitzdieners zurechnen lassen müsse, «wenn der Besitzer bei der Auswahl und Überwachung des Besitzdieners nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat».[235] Fünf Jahre später weitete das Gericht den Anwendungsbereich aus. Anhand eines Falls, bei dem es um bösgläubige Angestellte eines Unternehmens ging, rechnete das Gericht das Wissen des Besitzdieners zu, «wenn [der Besitzherr] den Besitzdiener im Rechtsverkehr vollkommen selbständig für sich hat handeln lassen und der Besitzdiener im Rahmen der ihm zur freien Entscheidung zugewiesenen Tätigkeit den Besitz für den Besitzherrn erworben hat».[236] Inhaltlich stützte das Gericht seine Entscheidung massgeblich auf die analoge Anwendung von § 166 BGB, einer Bestimmung aus dem Stellvertretungsrecht.

§ 166 BGB – Willensmängel; Wissenszurechnung
[1] Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

233 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 138; ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 37; SHK-*Hausheer/Jaun* (2003), Art. 3 ZGB, N 29; *Lindenmann* (2010), 126.

234 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 21.

235 Bundesgerichtshof, Urteil IV ZR 188/54 vom 9. Februar 1955, BGHZ 16, 259 = NJW 1955, 866, 866, Leitsatz c.

236 Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 51/59 vom 9. Februar 1960, BGHZ 32, 53 = NJW 1960, 860, 860, Leitsatz b; bestätigt in Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 236/62 vom 15. Januar 1964, BGHZ 41, 17 = NJW 1964, 1277.

> [2] Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.

Der überwiegende Teil der deutschen Lehre folgt heute der Auffassung des Bundesgerichtshofs, einige Stimmen wollen auf die Beschränkung des mit eigener Entscheidungsgewalt ausgestatteten Besitzdieners verzichten, wiederum andere wollen für die Wissenszurechnung statt oder neben § 166 BGB den § 831 BGB heranziehen.[237]

Im Ergebnis verdient die Auffassung des Bundesgerichtshofs und des überwiegenden Teils der deutschen Lehre Zustimmung. Die Zurechnung des Handelns und des Wissens des Stellvertreters erfolgt aus der Überlegung heraus, dass sich derjenige, der sich fremder Hilfe bedient, auch mit den daraus folgenden Nachteilen abfinden muss. Dies trifft für den vertragsrechtlichen Stellvertreter ebenso zu wie für den Besitzdiener.[238]

Diese Grundüberlegung der Wissenszurechnung gilt auch unter schweizerischem Recht. Hat der Besitzer einen Vertreter eingesetzt, muss er sich dessen Wissen vollständig zurechnen lassen.[239] Dies muss zumindest für solche Fälle gelten, in denen der Besitzdiener mit Blick auf die auszuführenden Geschäfte einen gewissen Handlungsspielraum gehabt hat, der es ihm erlaubte, die eigene Bösgläubigkeit zu betätigen. Ist der Besitzdiener dagegen reines Mittel zum Zweck gewesen, das sich über die Umstände der Transaktion nicht im Klaren war, fällt eine Zurechnung ausser Betracht.

Die Bösgläubigkeit des Besitzdieners schadet dem unmittelbaren Besitzer derweil nur im Zeitpunkt, in dem er sich seiner bedient. Überlässt der Besitzdiener z. B. nach dem Erwerb die Sache dem Besitzer und steht er mit diesem nicht

237 Siehe hierzu die Übersicht bei Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, 59 ff.; siehe auch *Lorenz* (1994), 550 ff.

238 Siehe etwa *Raiser* (1961), 27 f.; *Pinger* (1974), 187; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 68.

239 BGE 26 II 462; BGE 37 II 126; für die Wissenszurechnung beim Anwalt: BGE 56 II 96; BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 137; *Rusch* (2013), 569; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 47; für die Beschränkung auf Spezialvollmachten siehe BSK-*Watter* (2020), Art. 32 OR, N 25, mit weiteren Hinweisen.

mehr in einer näheren Verbindung, so wäre es unbillig, die spätere Bösgläubigkeit des Besitzdieners dem Besitzer zuzurechnen. *De facto* würde ihm eine dauerhafte Nachforschungspflicht auferlegt werden, die gerade nicht besteht.[240] Besteht die Repräsentationsfunktion dagegen fort, muss dem Besitzer auch die nachträgliche Bösgläubigkeit des Besitzdieners zugerechnet werden.[241]

d. Personengesellschaften

Generell können Personenmehrheiten ohne Rechtspersönlichkeit nur in ihrer Gesamtheit gut- oder bösgläubig sein.[242] Gutgläubig ist die Gemeinschaft nur, wenn alle Mitglieder gutgläubig sind.[243] Der Grund hierfür ist derselbe wie bei der Stellvertretung: Bei Personenmehrheiten ist jeder entweder Vertretener oder Vertreter.[244] Ist der Vertreter bösgläubig, muss sich das der gutgläubige Vertretene zurechnen lassen; ist der Vertreter gutgläubig, der Vertretene hingegen bösgläubig, greift der Gutglaubensschutz ebenfalls nicht. Ausnahmen sind denkbar, wo ein Mitglied nicht mit der Geschäftsführung betraut ist, etwa beim Kommanditär in der Kommanditgesellschaft.[245]

e. Besitzmittlungsverhältnis

Liegt ein Besitzmittlungsverhältnis vor, sind mehrere Konstellationen denkbar: a) Der mittelbare und der unmittelbare Besitzer sind als bösgläubig einzustufen. b) Sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare Besitzer sind gutgläubig. c) Der mittelbare Besitzer ist bösgläubig, während der unmittelbare gutgläubig ist. d) Der mittelbare Besitzer ist gutgläubig, während der unmittelbare bösgläubig ist. Sodann lassen sich beliebig viele weitere Konstellationen mit mehrstufigen Besitzverhältnissen konstruieren.

240 Siehe hierzu vorne Abschnitt E.I.4.c; *Lorenz* (1994), 553 f.
241 *Lorenz* (1994), 554.
242 BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 52.
243 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 143; *Deschenaux* (1967), 225; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 52.
244 ZK-*Baumann* (1998), Art. 3 ZGB, N 39; anderer Ansicht BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 143.
245 *Deschenaux* (1967), 225.

Die Varianten a) und b) bereiten keine Schwierigkeiten, da die Gesinnung bei beiden Besitzern dieselbe ist und insofern eine Klage des Herausgabeberechtigten gegen beide denselben Anforderungen genügen muss. In diesen Fällen kann der Eigentümer wählen, gegen welchen Besitzer er vorgehen möchte.

Beispiel:[246] E. hatte dem X. ein Haus vermietet. X. (mittelbarer Besitzer) vermietete einen Raum in dem Haus an den Y. (unmittelbarer Besitzer) weiter. Daraufhin hatte E. den Mietvertrag mit X. gültig gekündigt und anschliessend – infolge der Weigerung von X. und Y., auszuziehen – eine gerichtliche Ausweisung erwirkt. E. verlangte daraufhin Ersatz für die Nutzung über den Zeitraum der Miete hinaus. Der Bundesgerichtshof urteilte: «Der Eigentümer hat […] unter den Voraussetzungen der §§ 987, 991 BGB die Wahl, entweder den mittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Rechtsfrüchte – hier: Mietzins aus dem Untermietverhältnis – in Anspruch zu nehmen oder von dem unmittelbaren die tatsächlich gezogenen Nutzungen – hier: Mietwert der innegehabten Räume – herauszuverlangen, und ihm ist es verwehrt, beides zu häufen und nebeneinander sowohl den einen als auch den anderen Anspruch geltend zu machen.»[247]

Grössere Schwierigkeiten bereiten die Fallkonstellationen c) und d). Dem Grundsatz nach gilt auch im Besitzmittlungsverhältnis das zum Mitbesitz Gesagte:[248] Die Haftung eines jeden Besitzers richtet sich nach dessen eigenen Merkmalen betreffend die Gut- oder Bösgläubigkeit.[249] Das deutsche Recht schränkt diesen Grundsatz jedoch ein:

§ 991 BGB – Haftung des Besitzmittlers

[1] Leitet der Besitzer das Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ab, so findet die Vorschrift des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

[2] War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

246 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 85/65 vom 6. November 1968, BeckRS 1968, 31175477.

247 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 85/65 vom 6. November 1968, BeckRS 1968, 31175477, N 2c, mit Hinweisen; fortgeführt und präzisiert in Bundesgerichtshof, Versäumnisurteil V ZR 218/13 vom 14. März 2014, BeckRS 2014, 9240, Leitsatz 1: «Der Eigentümer kann, von einem – bösgläubigen bzw. auf Herausgabe verklagten – Untermieter, der lediglich einen Teil des dem Hauptmieter überlassenen Hauses in Besitz hat(te), nur die auf diesen Teil entfallenden Nutzungen herausverlangen.»

248 Siehe vorne Abschnitt E.III.2.a.

249 Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 2; siehe auch *Lorenz* (1994), 554 f.

Abs. 1 dieser Bestimmung bewirkt einen Ausschluss der verstärkten Haftung des unmittelbaren Besitzers hinsichtlich der Nutzungen,[250] solange die Voraussetzungen für diese Haftung nicht auch beim mittelbaren Besitzer vorliegen. Der bösgläubige Unterbesitzer profitiert folglich vom guten Glauben des Oberbesitzers.[251] Die Rechtsidee hinter dieser Bestimmung ist einerseits, den mittelbaren Besitzer vor einem etwaigen Regress des unmittelbaren Besitzers wegen Vertragsverletzung zu bewahren.[252] Andererseits soll der Eigentümer nicht bessergestellt werden, als wenn der Oberbesitzer die Nutzungen selbst gezogen hätte. Diese dürfte er wegen seines guten Glaubens auch behalten.[253]

> *Beispiel:*[254] X. betrachtet sich gutgläubig als Eigentümer eines Autos, das dem tatsächlichen Eigentümer E. gestohlen worden ist. In der Folge vermietet X. das Auto an den Y., der von dem Diebstahl weiss und daher bösgläubig ist. E. verlangt die Herausgabe des Fahrzeugs und macht Nebenansprüche geltend. Von X. kann er die gezogenen Rechtsfrüchte (Mietzins) nicht verlangen, da er gutgläubig gewesen ist; Y. schuldet wegen § 991 Abs. 1 BGB keine Nutzungsentschädigung.

Die Überlegung, den gutgläubigen mittelbaren Besitzer nicht für den bösen Glauben des unmittelbaren Besitzers zu «bestrafen», überzeugt grundsätzlich. Allerdings muss die praktische Bedeutung dieser Regel infrage gestellt werden.[255] Es bestünde regelmässig überhaupt kein Regressanspruch: Wenn der Bösgläubige im Wissen um die fehlende Verfügungsmacht des unmittelbaren Besitzers mit diesem einen Vertrag schliesst, kann er im Anschluss freilich nicht ebendiesen Rechtsmangel als Grundlage für einen Ersatzanspruch heranziehen. Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben,[256] kann für das konkrete Beispiel der Miete jedoch auch aus den Bestimmungen über

250 Und nur hinsichtlich der Nutzungen, nicht auch des Schadenersatzes; siehe Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 12.

251 Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 3 und 6.

252 Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 1.

253 Protokolle BGB III, 341 f. = Mugdan (1899), 674 f.; MüKo-*Raff* (2020), § 991 BGB, N 2.

254 Entnommen aus *Lorenz* (2013), 497; ein ähnliches Beispiel zur Pacht findet sich bei Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 3.

255 In der deutschen Rechtsprechung gibt es – soweit ersichtlich – denn auch keine Entscheidungen, in denen eine Besserstellung des bösgläubigen unmittelbaren Besitzers erfolgt wäre. Wo der § 991 BGB angewendet wird, liegt in der Regel Bösgläubigkeit beider Besitzer vor. *Hönn* (1988), 532, bezeichnet die Regel als rechtspolitisch fragwürdig.

256 Siehe etwa *Honsell* (2017), 118 f.; BSK-*Honsell* (2018), Art. 2 ZGB, N 49.

die Mangelhaftigkeit der Mietsache im Besonderen Teil des Obligationenrechts entnommen werden.[257] Im deutschen Schrifttum wurde daher vorgeschlagen, § 991 Abs. 1 BGB auf Fälle, in denen ein Regressanspruch besteht, einzuschränken.[258] Ein anderer Teil will jedoch beim weitergehenden Wortlaut bleiben.[259]

Das schweizerische Zivilgesetzbuch hält keine dem deutschen Recht entsprechende Bestimmung bereit, und im Schrifttum ist die Frage kaum diskutiert. Aus denselben Gründen wie im deutschen Recht ist die Regelung derweil auch in der Schweiz anzuwenden. Der bösgläubige unmittelbare Besitzer wird damit dem Eigentümer gegenüber nicht nach Art. 940 ZGB haftbar, wenn der mittelbare Besitzer gutgläubig gewesen ist.[260]

Im umgekehrten Fall führt die Gutgläubigkeit des unmittelbaren Besitzers dazu, dass für ihn die Regeln des gutgläubigen Besitzers gelten, für den bösgläubigen mittelbaren Besitzer hingegen jene nach Art. 940 ZGB.

Eine dem deutschen § 991 Abs. 2 BGB nachempfundene Bestimmung für den gutgläubigen unmittelbaren Besitzer gibt es im schweizerischen Recht nicht. Gleichwohl schuldet auch in der Schweiz der gutgläubige unmittelbare Besitzer dem Eigentümer Ersatz des Schadens, den er in Verletzung seines angenommenen Rechts bewirkt hat, denn diesbezüglich befreit ihn das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB nicht.[261]

3. Urteilsunfähige Personen

Der Urteilsunfähige kann grundsätzlich weder gut- noch bösgläubig sein, da er sich über die rechtserheblichen Umstände kein Urteil bilden kann.[262] Er kann

257 Rechtsmängel werden wie Sachmängel behandelt (siehe etwa ZK-*Higi/Wildisen* [2019], Art. 258 OR, N 33); für das deutsche Recht siehe explizit § 536b Satz 1 BGB.

258 Soergel-*Stadler* (2007), § 991 BGB, N 2; Erman-*Ebbing* (2017), § 991 BGB, N 8; MüKo-*Raff* (2020), § 991 BGB, N 7; *Wieling/Finkenauer* (2020), N 12.46.

259 Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 10; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 991 BGB, N 7.

260 BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 1; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8; anderer Ansicht *Utku* (1939), 79.

261 Siehe hierzu hinten Kapitel 3, Abschnitt B.II.2.

262 BK-*Jäggi* (1966), Art. 3 ZGB, N 134; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 135; BSK-*Honsell* (2018), Art. 3 ZGB, N 46.

weder relevante Kenntnis noch Unkenntnis von dem Defekt in der Rechtsposition haben.

Ausserhalb der Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses würde für den Urteilsunfähigen immerhin eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR in Betracht kommen; eine Verantwortlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung ist nicht von vornherein ausgeschlossen.[263] Bei strikter Auslegung würde der urteilsunfähige unberechtigte Besitzer damit jedoch schlechtergestellt werden als der urteilsfähige gutgläubige unberechtigte Besitzer. Das ist nicht sachgerecht. Dementsprechend ist dem Urteilsunfähigen richtigerweise das Haftungsprivileg von Art. 938 ZGB ebenfalls zu gewähren, selbst wenn er aus rein dogmatischer Sicht nicht gutgläubig ist.[264] Gleichzeitig untersteht der Urteilsunfähige nicht der Haftung für den bösgläubigen Besitzer, soweit hierdurch eine Haftung begründet wird, die über die Billigkeitshaftung von Art. 54 OR hinausgeht.

Handelt nicht der Urteilsunfähige selbst, sondern dessen gesetzlicher Vertreter (z. B. der Beistand), beurteilt sich die Gutgläubigkeit einzig nach den Kenntnissen des Vertreters.[265]

4. Deliktischer Besitz

Während das schweizerische Zivilgesetzbuch lediglich Rechtsfolgen für den gutgläubigen Besitzer und solche für den bösgläubigen Besitzer bereithält, gibt es im deutschen Recht mit § 992 BGB eine besondere Abstufung: den deliktischen Besitzer.

> **§ 992 – Haftung des deliktischen Besitzers**
> Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

263 *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (2015), N 9.35; siehe auch *Lindenmann* (2010), 124 f., mit weiteren Hinweisen.

264 *Lindenmann* (2010), 125; BK-*Hofer* (2012), Art. 3 ZGB, N 135. In Deutschland kommt man zu demselben Ergebnis (siehe hierzu die Übersicht bei Staudinger-*Thole* [2019], § 990 BGB, N 86 ff.).

265 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 933 ZGB, N 77; siehe für Deutschland *Pinger* (1974), 187; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 85, mit weiteren Hinweisen.

Mit der verbotenen Eigenmacht meint das Gesetz, was es in § 858 Abs. 1 BGB definiert: «Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht […], handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).» Die verbotene Eigenmacht muss sich dabei – da die Bestimmung das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer regeln will – gegen den Eigentümer oder dessen Besitzmittler richten.[266]

Die zweite Variante, jene der Straftat, greift dann, wenn der Besitzerwerb auf eine strafbare Handlung zurückzuführen ist, die den Schutz des Eigentums bezweckt.[267] Nicht ausreichend ist damit regelmässig die blosse Verletzung von Ordnungsvorschriften, von Bestimmungen über das Zollwesen oder von Bewirtschaftungsgesetzen.[268] Typische Beispiele einschlägiger Tatbestände sind Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betrug, Nötigung zur Sachherausgabe usw.[269]

Die Rechtsfolgen, die sich bei Vorliegen der Voraussetzungen einstellen, ergeben sich wegen der Rechtsgrundverweisung in § 992 BGB[270] aus den Bestimmungen über die unerlaubte Handlung. Im Wesentlichen kommt es an drei Punkten zu einer Haftungsverschärfung:

1) Der gutgläubige[271] und der verklagte Besitzer haften, wenn sie die Sache durch verbotene Eigenmacht oder Straftat erlangt haben, schon für (leicht) fahrlässig verursachte Schäden an der Sache.[272]

2) Lag schon in der Besitzentziehung eine verschuldete unerlaubte Handlung, kommt wegen des Rechtsgrundverweises auch § 848 BGB zum Tragen: Der Besitzer haftet für die zufällige Beschädigung und den zufälligen Untergang der Sache.[273]

266 Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 14; MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 4.
267 Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 20; MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 7.
268 Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 20; MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 7.
269 Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 22; MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 8.
270 Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 3, mit weiteren Hinweisen.
271 Beispiele zu gutgläubiger verbotener Eigenmacht sind denkbar, wie etwa Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 2, aufzeigt: «Der Täter nimmt eigenmächtig eine Sache weg, die er irrtümlich und ohne grobe Fahrlässigkeit für sein Eigentum hält.»
272 MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 13.
273 MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 14.

3) Der § 989 BGB sieht vor, dass der gutgläubige unberechtigte Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit für den Schaden verantwortlich ist, «der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann». Die Norm geht nicht von einem umfassenden Schadensbegriff aus. Nicht zu ersetzen ist insbesondere der sogenannte «Vorenthaltungsschaden», der die Nutzungen umfassen würde, die nur der Eigentümer hätte ziehen können.[274] Auch bei bösgläubigem unberechtigtem Besitz ist dieser Posten nur eingeschränkt zu ersetzen, nämlich wenn die strengere Verzugshaftung nach § 990 Abs. 2 BGB eintritt.[275] Andernfalls verweist § 990 Abs. 1 BGB auf die Rechtsfolgen von § 989 BGB. Unter dem Deliktsrecht ist der Vorenthaltungsschaden indessen ab der unerlaubten Handlung zu ersetzen.[276]

Ausgehend von der deutschen Regelung stellt sich auch hier die Frage, ob eine Abbildung im schweizerischen Recht vorzunehmen ist. Basierend auf dem Gesetzeswortlaut ist dies – wie bereits erwähnt – nicht möglich. Eine Übernahme ist aber auch ansonsten nicht angezeigt. Zunächst ist auf die im schweizerischen Schrifttum anzutreffende Feststellung hinzuweisen, dass der unberechtigte Besitzer, der seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat erlangt hat, ohnehin meist bösgläubig sein wird.[277] Als Folge beurteilt sich die Haftung nach Art. 940 ZGB. Dieser enthält bereits eine Zufallshaftung und bietet eine Anspruchsgrundlage für alle möglichen Schadenspositionen.

274 Für den unter § 992 BGB zu ersetzenden Schaden Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 26; MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 15; für die Ausnahme des Vorenthaltungsschadens bei § 989 BGB etwa MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 19.

275 MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 38.

276 MüKo-*Raff* (2020), § 992 BGB, N 15; Staudinger-*Thole* (2019), § 992 BGB, N 26 f. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass nur diejenigen entgangenen Nutzungen des Eigentümers zu ersetzen sind, die er tatsächlich gezogen hätte. Für andere Nutzungen, die der Eigentümer nicht gezogen hätte, der Besitzer aber gezogen hat, fehlt es am erforderlichen Schaden (siehe Staudinger-*Thole* [2019], § 992 BGB, N 29 ff.).

277 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8; anders aber im Beispiel von BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 3, wo der Besitzer die Eigenmacht ausübt, weil er sich für den wahren Eigentümer hält.

Eine weitere Verschärfung – wie im deutschen Recht – ist daher weder möglich noch erforderlich.

5. Unentgeltlicher Besitz

Ein weiterer Sonderfall, den das deutsche Recht kennt, ist der unentgeltliche unberechtigte Besitz. Die Unentgeltlichkeit hat streng genommen keinen Zusammenhang mit der Frage des guten Glaubens, wird aber wegen der soeben besprochenen Sonderkonstellationen des deutschen Rechts kurz hier besprochen. Für den unentgeltlichen Besitzer sieht das deutsche Recht vor:

> **§ 988 BGB – Nutzungen des unentgeltlichen Besitzers**
> Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Wurde der Besitz unentgeltlich erlangt, kommt es zu einer Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht.[278] Als Folge davon hat der Besitzer dem Eigentümer alle Nutzungen herauszugeben, die er zwischen dem Entstehen des Herausgabeanspruchs und dem Eintritt der schärferen Haftung wegen Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit gezogen hat. Immerhin profitiert er von der Beschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB).[279] Diese Nutzungen dürfte der gutgläubige unberechtigte Besitzer ohne Weiteres behalten. Der hinter dieser Regelung stehende Rechtsgedanke des Gesetzgebers war, dass der unentgeltliche Besitzer für die Sache und die damit verbundenen Vorteile nichts hat aufwenden müssen und daher weniger Schutz verdient als ein entgeltlicher Besitzer.[280]

Auch hier findet sich im schweizerischen Recht keine entsprechende Bestimmung. Die Frage der Unentgeltlichkeit ist daher im schweizerischen Recht

278 Staudinger-*Thole* (2019), § 988 BGB, N 24.
279 Staudinger-*Thole* (2019), § 988 BGB, N 25.
280 Protokolle BGB III, 350 = Mugdan (1899), 679; Staudinger-*Thole* (2019), § 988 BGB, N 1; MüKo-*Raff* (2020), § 988 BGB, N 1.

irrelevant.[281] Eine Übernahme der deutschen Regelung auf dem Wege der Auslegung kommt nicht in Betracht, weil die Wertentscheidung, ob der unentgeltliche Besitzer weniger schutzbedürftig ist, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollte. Es kann jedenfalls nicht von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden, die geschlossen werden müsste. Dementsprechend beurteilen sich die Rechtsfolgen des unentgeltlichen unberechtigten Besitzers ebenfalls entlang der allgemeinen Linien von Gut- und Bösgläubigkeit.

F. Bedeutung des vermuteten Rechts

Art. 938 ZGB sieht eine deutliche Haftungsreduktion für den unberechtigten Besitzer vor, der gutgläubig ist und die Sache «seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt». Massgeblich für die Beurteilung der Rechtsfolgen ist also nicht nur der gute Glaube an das Besitzrecht, sondern vielmehr auch dessen Umfang. Danach bestimmt sich, wie weit die zulässige Ausübung der Sachherrschaft und damit einhergehend die Haftungsprivilegierung geht.[282]

Möglich ist dabei, dass der Besitzer seine Berechtigung aus einem dinglichen oder obligatorischen Anspruch herleitet. Zu denken ist etwa an vermutetes Eigentum, eine Nutzniessung, ein Wohnrecht oder Ansprüche aus Pacht, Miete oder Leihe.[283] Anhand des jeweils vermuteten Rechts ist sodann die erlaubte Möglichkeit des Gebrauchs und der Nutzung zu ermitteln.

> *Beispiel Eigentum und Miete:* Vertraut der Besitzer gutgläubig in ein Eigentumsrecht, darf er die Sache z. B. auch zerstören, denn das Eigentum lässt in den Schranken der Rechtsordnung sämtliche Verfügungen über die Sache zu (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Der Mieter andererseits ist zur Rückgabe der Sache verpflichtet; er darf sie nicht zerstören.

Überschreitet der unberechtigte Besitzer das vermutete Recht, greift das Haftungsprivileg von Art. 938 ZGB für diesen Exzess nicht.[284] Der Besitzer hat dann Schadenersatz zu zahlen, und zwar basierend auf den allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubte Handlung. Das ergibt sich daraus, dass das Haftungsprivileg nach Art. 938 ZGB nur im Rahmen seines Anwendungsbereichs als *lex*

281 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 4.
282 *Lindenmann* (2010), 132; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 9.
283 *Lindenmann* (2010), 132 f.
284 *Lindenmann* (2010), 134; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 11.

specialis vorgeht.[285] Ist der Anwendungsbereich nicht gegeben, muss wieder die generelle Regel zur Anwendung kommen.[286]

> *Beispiel Miete:* V. hat von Eigentümer E. ein Auto gestohlen. Dieses vermietet er dem X. weiter. Nach drei Monaten zerstört X. das Auto. Weitere drei Monate später verlangt E. das Auto gestützt auf seinen Eigentumsanspruch heraus. In diesem Fall lag – objektiv betrachtet – unberechtigter Besitz von V. (mittelbar) und X. (unmittelbar) vor; der Vertrag mit V. hilft X. hinsichtlich der Rückgabepflicht gegenüber E. nicht. Da X. gutgläubig davon ausgehen durfte, dass V. zur Vermietung berechtigt gewesen ist, schuldet er jedoch keine Nutzungsentschädigung (Art. 938 Abs. 1 ZGB). Für die Eigentumszerstörung, zu der er nicht gutgläubig berechtigt gewesen ist, schuldet er indessen Schadenersatz nach Art. 41 Abs. 1 OR.

Schliesslich ist der Ausdruck «dem vermuteten Rechte gemäss» richtigerweise als «dem vermuteten Rechtsverhältnis gemäss» bzw. – wie es bisweilen heisst – «der vermuteten Rechtslage gemäss»[287] auszulegen. Gemeint ist damit, dass sich der Besitzer nicht bloss die Rosinen des vermuteten Rechts herauspicken kann; er muss auch die Verpflichtungen, die damit einhergehen, erfüllen.[288] Zu denken ist dabei etwa an die Bezahlung eines Nutzungsentgelts, aber auch an andere Pflichten.

285 Die herrschende Lehre nimmt an, dass sich die Haftung direkt aus Art. 938 ZGB ergibt; siehe hierzu hinten Kapitel 5, Abschnitt D.V.

286 Insofern ist im schweizerischen Recht das Ergebnis zu beobachten, das auch in Deutschland unter der Lehre zum sogenannten Fremdbesitzerexzess erreicht wird, nämlich die unmittelbare Anwendung des Deliktsrechts auf den Teil des Exzesses. Siehe zur Diskussion des Fremdbesitzerexzesses etwa *Katzenstein* (2004), 8 ff.; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 88 ff.; gegen die Lehre des Fremdbesitzerexzesses *Wilhelm* (2004), 650; zum Problem auch monografisch *Arndt* (2015), insbesondere 13 ff.; MüKo-*Raff* (2020), § 991 BGB, N 21, der eine analoge Anwendung von § 991 Abs. 2 BGB befürwortet; differenzierend *Köbl* (1971), 176 ff.

287 Siehe etwa BK-*Stark* (2001), Vor Art. 938 ZGB, N 10; *Lindenmann* (2010), 133 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 10.

288 *Holenstein* (1983), 140, Fn. 371; *Polydor-Werner* (1988), 54 ff.; BK-*Stark* (2001), Vor Art. 938 ZGB, N 10; *Lindenmann* (2010), 133 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 10; siehe auch schon *Huber*, Erläuterungen II (1914), 393: «Was er dabei verbraucht, aufbraucht, aufgehen lässt, mit Einschluss der Fruchtziehung, dafür hat er, soweit ihn sein guter Glaube und sein vermeintliches Recht decken, niemandem Rechenschaft abzulegen. Nur insofern, als er seinem vermeintlichen Rechte gemäss etwas als Entgelt schuldete, wie z. B. als Pächter, muss er sich dabei auch zugunsten des vermeintlichen Berechtigten im Verhältnis zur Rückleistungspflicht behaften lassen.»

Beispiel:[289] Der Besitzer vermutet, einen Mietvertrag geschlossen zu haben, während tatsächlich eine Leihe vorliegt. Er kann sich nun nicht dem jederzeitigen Beendigungsrecht bei unbestimmtem Gebrauch nach Art. 310 OR widersetzen und gleichzeitig keinen Mietzins zahlen.

Kommt der Besitzer den Pflichten des Rechtsverhältnisses, in das er zu vertrauen angibt, nicht nach, muss dies als Indiz gegen dessen Bestehen gewertet werden. Dies ist erforderlich, da andernfalls der gutgläubige unberechtigte Besitzer bessergestellt wäre als der tatsächlich berechtigte Besitzer, der seine Pflichten ebenfalls erfüllen muss.[290]

289 BK-*Stark* (2001), Vor Art. 938 ZGB, N 10.
290 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 18.

Zweites Kapitel
Nutzungsherausgabe

A. Überblick

Nachdem nun die Grundlagen der Ansprüche nach den Art. 938 ff. ZGB besprochen sind, ist in einem nächsten Schritt auf die erste Anspruchsgruppe einzugehen: die Pflicht des unrechtmässigen Besitzers, dem Eigentümer die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Das Gesetz beschäftigt sich damit in den Art. 938 und 940 ZGB. Es verwendet dabei den Begriff der «Nutzungen» jedoch nicht. In Art. 938 Abs. 1 ZGB schliesst das Gesetz die Herausgabepflicht für den gutgläubigen Besitzer insoweit aus, als er die Sache «seinem vermuteten Rechte gemäss *gebraucht* und *nutzt*».[291] In Art. 939 Abs. 3 ZGB spricht es sodann im Zusammenhang mit der Anrechnung auf die Verwendungen von den «bezogenen *Früchte[n]*», womit auf dasselbe abgezielt wird; und auch in Art. 940 Abs. 1 ZGB ist für die Herausgabepflicht des bösgläubigen Besitzers von den «bezogenen oder versäumten *Früchte[n]*» die Rede.

B. Begriff der Nutzungen

Da das Gesetz nicht umschreibt, was alles zu den herausgabepflichtigen Nutzungen gehört, ist vorab der Bedeutung dieses Begriffs nachzugehen. Damit

291 Hervorhebung durch den Autor hinzugefügt. Siehe auch die Marginalie der Bestimmung, die von «Nutzung» in der Einzahl spricht. Damit ist rein sprachlich weniger ein Bezug auf die Nutzungen im Sinne von Vorteilen zu verstehen, als vielmehr der Gebrauch an sich. Siehe hierzu etwa *Reichel* (1901), 303; *Lindenmann* (2010), 128.

sind alle materiellen und ideellen Vorteile gemeint, die eine Sache der unberechtigten Person verschafft.[292] Das Bürgerliche Gesetzbuch umschreibt es so:

> **§ 100 BGB – Nutzungen**
> Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.

«Nutzungen» ist demnach ein Überbegriff für sämtliche Früchte und Vorteile, welche aus dem Gebrauch einer Sache oder eines Rechts entstehen. Besonders bedeutsam sind die sogenannten natürlichen und zivilen Früchte, es kommen jedoch auch andere Vorteile in Betracht. Zu denken ist etwa daran, dass der unberechtigte Besitzer ein Haus bewohnen oder ein Fahrzeug gebrauchen kann, ohne Miete dafür bezahlen zu müssen.[293] Dem Besitzer fällt nicht direkt ein Vorteil im Sinne einer Frucht oder eines Entgelts für die Gebrauchsüberlassung an. Er profitiert, weil er selbst nicht für die Sache aufkommen muss.

Wie einleitend erwähnt, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, im Normtext von «Nutzungen» zu sprechen. Stattdessen spricht er an den relevanten Stellen bloss von «Früchten». Es lässt sich daher fragen, ob für die Nebenansprüche überhaupt auf den weitergehenden Begriff der Nutzungen abzustellen ist. Dies ist mit Blick auf das Regelungsziel der Art. 938 ff. ZGB zu bejahen und ergibt sich aus der Wendung «seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt». Abzustellen ist eben nicht auf eine gekünstelte Unterscheidung, sondern auf die berechtigte Vermutung, die als geschützt ermittelt worden ist, und zwar umfassend und mit allen möglichen Nutzungspositionen. Gleiches muss sich aus Art. 940 ZGB ergeben: Wenn der Gesetzgeber den bösgläubigen Besitzer zum Ersatz allen Schadens und aller Früchte verpflichtet, wollte er ihm sicherlich nicht jene Nutzungen belassen, die nicht unter die Früchte fallen.[294]

292 Siehe etwa *Reichel* (1901), 303 f.; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 26; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 4; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 4.

293 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 26; siehe auch Bernischer Appellationshof, Urteil vom 15. November 1917, ZBJV 1918, 228, 230 f., wo das Gericht den Anspruch auf das Nutzungsentgelt für ein Pferd mit dem Gegenanspruch auf Bezahlung des Futtergelds in Höhe von drei Franken pro Tag als ausgeglichen erachtete; siehe auch die eingängigen Beispiele bei *Hönn* (1988), 530 ff.

294 Im Ergebnis völlig unbestritten; siehe etwa *Lindenmann* (2010), 128 ff.; *Sutter-Somm* (2014), N 1483; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 4; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 4 ff.

I. Früchte

1. Fehlende Legaldefinition

Das schweizerische Zivilgesetzbuch verwendet den Fruchtbegriff an mehreren Stellen im Sachenrecht,[295] ohne diesen umfassend zu definieren.[296] Auch hier kann das deutsche Recht aushelfen.

§ 99 BGB – Früchte
[1] Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen wird.
[2] Früchte eines Rechts sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäss gewährt, insbesondere bei einem Recht auf Gewinnung von Bodenbestandteilen die gewonnenen Bestandteile.
[3] Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterteilt die Früchte damit in zweifacher Hinsicht: Erstens differenziert es zwischen den sogenannten Sach- (Abs. 1) und Rechtsfrüchten (Abs. 2). Zweitens unterscheidet es zwischen den unmittelbaren (Abs. 1 und 2) und den mittelbaren (Abs. 3) Früchten. Die erste Unterscheidung ist dem schweizerischen Recht fremd. *Meier-Hayoz* bezeichnet den Begriff der Rechtsfrucht gar als «völlig überflüssig» und als «irreführend, weil [er] die Tatsache verdunkelt, dass es sich um Erträgnisse einer Sache handelt».[297] Die zweite Unterscheidung zwischen den unmittelbaren und den mittelbaren Früchten geht hingegen auf das römische Recht zurück und wird auch in der Schweiz regelmässig vorgenommen. Auf dem Wege der Rezeption des gemeinen Rechts haben denn auch die römisch-rechtlichen Bezeichnungen *fructus naturales* (natürliche Früchte) für die unmittelbaren und *fructus civiles* (zivile Früchte) für die mittelbaren Früchte überdauert.[298]

295 Neben den Normen zu der hier interessierenden Thematik der Nebenansprüche bei unrechtmässigem Besitz (Art. 938 ff. ZGB) wird der Begriff auch im Zusammenhang mit dem Umfang des Eigentums (Art. 643 ZGB), den Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 687 ZGB), der Nutzniessung (Art. 756 und 768 ZGB) und dem Pfandrecht (Art. 892 ZGB) genannt.

296 Ansatzweise definiert sind lediglich die natürlichen Früchte in Art. 643 Abs. 2 ZGB (siehe BK-*Meier-Hayoz* [1981], Art. 643 ZGB, N 1).

297 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 25, mit weiteren Hinweisen.

298 Siehe etwa *Honsell* (2015), 51; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 28.16; ferner BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 2; weiterführend auch hinten Kapitel 5, Abschnitt A.II.1.

2. Natürliche/unmittelbare Früchte

Die Aussage im vorstehenden Abschnitt, das schweizerische Recht definiere die Früchte nicht, muss in einer Hinsicht eingeschränkt werden: Das Zivilgesetzbuch umschreibt in Art. 643 Abs. 2 ZGB unter dem Randtitel «Umfang des Eigentums» die natürlichen Früchte.[299] Dazu gehören demnach «die zeitlich wiederkehrenden Erzeugnisse und die Erträgnisse, die nach der üblichen Auffassung von einer Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen werden».[300] Dem Wortlaut nach wird damit zwischen zwei Varianten der natürlichen Früchte unterschieden: den Erzeugnissen und den Erträgnissen.

a. Erzeugnisse

Von Erzeugnissen beziehungsweise Früchten im engeren Sinne[301] ist die Rede, wenn eine Sache eine andere Sache hervorbringt und eine wiederkehrende Produktion möglich ist. Die erzeugende Sache wird dabei Haupt-,[302] Stamm-[303] oder Muttersache[304] genannt; die erzeugte Sache ist die Frucht. Die Produktion der Erzeugnisse erfolgt primär aufgrund der biologischen Anlagen der Stammsache, die ihr die Fähigkeiten geben, Früchte hervorzubringen. Sie kann mit oder ohne Zutun des Menschen erfolgen.[305] Erforderliches Wesensmerkmal eines Erzeugnisses ist hingegen, dass die Früchte wiederkehrend erzeugt werden können. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang üblicherweise von einem «Erfordernis der Periodizität» gesprochen.[306] Der Begriff der Periodizität ist an den Wortlaut der französischen («produits périodiques») und italienischen («prodotti periodici») Gesetzesfassung von Art. 643 Abs. 2 ZGB angelehnt. Er ist aber insofern unpassend, als der Begriff «periodisch» eine

299 Ebenfalls bloss von den natürlichen Früchten sprechen Art. 756 ZGB mit Bezug auf die Nutzniessung und Art. 892 Abs. 2 ZGB im Zusammenhang mit dem Faustpfand.

300 Inhaltlich entspricht dies dem § 99 Abs. 1 BGB (siehe etwa MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 2 ff.).

301 Siehe etwa BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 6.

302 So etwa BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 6.

303 So etwa BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 4.

304 So etwa MüKo-*Stresemann* (2018), § 99 BGB, N 2.

305 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 6.

306 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 7; *Rey* (2007), N 461.

gewisse Regelmässigkeit impliziert. Auf eine Regelmässigkeit im Sinne gewisser Zeitabstände kommt es jedoch nicht an.[307] Vielmehr ist es ausreichend, dass die Stammsache überhaupt imstande ist, die Fruchtbildung zu wiederholen. Ausschlaggebend ist dabei die theoretische Möglichkeit einer Neubildung der Früchte, die anhand des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen ist. Insbesondere darf die Neuproduktion nicht einen unnatürlichen, über Gebühr langen Zeitraum dauern.[308] Ob eine individualisierte Stammsache – z. B. aufgrund eines genetischen Defekts – bloss zur einmaligen Produktion von Früchten in der Lage ist, ist für die Bestimmung der hervorgebrachten Sachen als Früchte bedeutungslos, solange Sachen der gleichen Gattung in der Regel mehrmals Früchte tragen.[309]

Zu den Erzeugnissen zählen nach dem Gesagten pflanzliche Produkte wie z. B. Obst, Gemüse, Getreide, Hülsenfrüchte und dergleichen.[310] Diese Produkte werden von ihrer Stammsache, in der Regel ist dies das Grundstück, dessen Bestandteil der früchtetragende Baum, Strauch usw. bildet, mehrmals hervorgebracht. Bei anderen organischen Produkten kann das Kriterium der Wiederkehr eine differenzierte Beurteilung gebieten. So sind etwa Bäume in der Regel keine Früchte des Grundstücks, weil sie nicht genügend regelmässig reproduziert werden können.[311] Anders zu beurteilen sind die Fälle, in denen Bäume auf erwerbsmässig bewirtschafteten Flächen angebaut und in verhältnismässig

307 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 7; BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 6.

308 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 7; *Rey* (2007), N 461; *Sutter-Somm* (2014), N 127; BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 6.

309 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 7.

310 Dieses Verständnis der natürlichen Früchte findet sich bereits im römischen Recht (siehe hierzu *Honsell* [2015], 51).

311 Hierin unterscheidet sich das schweizerische Recht vom deutschen, das dem Kriterium der wirtschaftlichen Bestimmung oder Erzeugung auf Begriffsebene keine Bedeutung beimisst (siehe etwa MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 3; BK-*Meier-Hayoz* [1981], Art. 643 ZGB, N 8; eine Korrektur dieses weiten Begriffsverständnisses erfolgt dort über die Regelung bezüglich der sogenannten Übermassfrüchte). Zu den Früchten zählt nach deutschem Recht daher auch z. B. das Holz, das durch Kahlschlag des Waldes gewonnen wird. Keine Erzeugnisse sind aber auch nach deutschem Recht Sachen, die durch Eingriff in die Substanz der Muttersache gewonnen werden wie z. B. das Fleisch des geschlachteten Tieres oder der Kies aus der Kiesgrube. Diese fallen unter die zweite Alternative von § 99 Abs. 1 BGB: die bestimmungsgemässe Ausbeutung (MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 4).

rascher Weise reproduziert werden wie etwa bei einer Baumschule.[312] Gleiches muss auch gelten, wenn Holzarten aufgrund ihrer biologischen Eigenschaften schnell nachwachsen und daher innerhalb nützlicher Frist wirtschaftlich genutzt werden können (z. B. Bambus).

b. Erträgnisse

Unter den Erträgnissen beziehungsweise Früchten im weiteren Sinne sind Sachen zu verstehen, die aus der bestimmungsgemässen Nutzung einer anderen Sache hervorgehen, ohne Letztere in ihrer Substanz zu beeinträchtigen.[313]

Zu der Substanz einer Sache gehört alles, was erforderlich ist, damit diese ihre wirtschaftliche Bestimmung über längere Zeit erfüllen kann.[314] Diese Umschreibung macht bereits deutlich, dass keine ewige Erhaltung der Stammsache gefordert ist. Vielmehr ist die Bedingung der Substanzschonung auch erfüllt, wenn eine Sache letztlich erschöpft ist, sofern nur die wirtschaftliche Nutzung über einen bestimmten Zeitraum möglich ist. Entscheidend ist somit nicht der physische Substanzbegriff, sondern der wirtschaftliche.[315] Es kommt mit anderen Worten auf die «naturgemässe und verkehrsübliche Nutzung»[316] oder – wo ein entsprechendes Verhältnis vorliegt – auf die Parteiabrede[317] an.

> *Beispiel:*[318] Durch die Ausbeutung einer Kiesgrube wird die physische Substanz nach und nach vermindert; neuer Kies wächst nicht an. Wird die Kiesgrube indessen über einen hinreichend langen Zeitraum ausgebeutet, ist das wirtschaftliche Erfordernis der Substanzschonung erfüllt.

Zu den Erträgnissen werden die anorganischen Bodenbestandteile wie der erwähnte Kies, Steine im Allgemeinen, Lehm, Torf, Erz, Kohle und dergleichen gezählt.[319] Ein Teil der Lehre zählt auch tierische Produkte wie etwa Milch,

312 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 8; BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 6.
313 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 9; *Rey* (2007), N 462; BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 7.
314 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 10; *Sutter-Somm* (2014), N 127.
315 *Piotet* (1977), 609 f.
316 MüKo-*Stresemann* (2018), § 99 BGB, N 4.
317 BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 7.
318 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 11.
319 BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 7.

Eier, Honig, Wolle, Federn oder Dünger zu den Erträgnissen.[320] Andere Stimmen ordnen diese Produkte bei den Erzeugnissen ein.[321] Die Einteilung bei den Erzeugnissen überzeugt mehr. Das Tier, auf das die sachenrechtlichen Regeln gemäss Art. 641a ZGB sinngemäss Anwendung finden, produziert die genannten Sachen über einen längeren Zeitraum immer wieder, und das teilweise sogar täglich wie etwa bei Hühnereiern oder Milch. Die bei den Erträgnissen massgebliche Abgrenzung nach dem Substanzeingriff mag auf diese tierischen Produkte denn auch nicht so recht passen. Eier und Milch würden vom Tier früher oder später ähnlich einem Apfel beim Baum ohnehin abgeworfen; beim Honig wird – wenn überhaupt – in die Substanz des Bienenstocks, nicht aber der Biene eingegriffen. Diskutieren mag man über Federn und Wolle, wenngleich auch hier der Vergleich mit nachwachsenden Früchten bedeutend näher liegt als jener mit einer endlichen Kiesgrube.[322]

Letztlich ist eine scharfe Grenzziehung zwischen den Erzeugnissen und den Erträgnissen für die Zwecke dieser Abhandlung nicht erforderlich, weshalb

320 So etwa BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 15; BSK-*Wolf/Wiegand* (2019), Art. 643 ZGB, N 7. Im Übrigen gelten auch die Jungen des Muttertiers als dessen Früchte (für die gleiche Rechtslage im deutschen Recht etwa MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 2). So hat das Bundesgericht in einer – durchaus unterhaltsamen – Entscheidung aus dem Jahr 2002 geurteilt (Bundesgericht, Urteil 5P.451/2001 vom 11. Februar 2002, E. 3c): «Bei natürlicher Betrachtungsweise kann keinem Zweifel unterliegen, dass das von einer Kuh geborene Kalb deren Frucht im Sinne von Art. 643 Abs. 1 ZGB ist und dass das Kalb vor der Geburt als Bestandteil im Sinne von Art. 643 Abs. 3 ZGB zu gelten hat.» Das dürfte bei natürlich gezeugten Kälbern relativ klar sein (*von Zedtwitz* [2002], 234). Im konkreten Fall ging es jedoch um Embryonen, die der Viehzüchter Y. zuvor (in der Absicht, die Embryonen später weiterzuverwenden) aus seiner Kuh hatte ausspülen lassen und die anschliessend im Zuge einer Verwechslung in Kühe des Viehzüchters Z. implantiert worden waren (Bundesgericht, Urteil 5P.451/2001 vom 11. Februar 2002, Sachverhaltselement A). Y. versuchte erfolglos, die in der Folge geborenen Kälber von Z. herauszuverlangen. Das Bundesgericht befand, auch die Kälber, die durch Einsetzen eines Embryos von einer Kuh geboren werden, seien als Früchte der Kuh zu betrachten. Dies anders zu sehen, bezeichnete das Gericht als «abwegig» (Bundesgericht, Urteil 5P.451/2001 vom 11. Februar 2002, E. 3c). Allzu abwegig erscheint die gegenteilige Auffassung indes nicht. So hat *von Zedtwitz* (2002), insbesondere 234 f., unter Bezugnahme auf die gesetzgeberischen Wertungsentscheidungen, die den Art. 677, 678 und 727 ZGB zugrunde liegen, aufgezeigt, dass die Fruchteigenschaft auch hätte verneint werden können. Siehe hierzu auch *Koller* (2003), insbesondere 65 ff., der im Ergebnis der Lösung des Bundesgerichts den Vorzug geben will.

321 Zum Beispiel *Liver* (1977), 44; *Rey* (2007), N 463; *Sutter-Somm* (2014), N 127.

322 In diese Richtung auch *Piotet* (1977), 609 f.

auch die Frage nach der Einteilung der tierischen Produkte offenbleiben kann. Entscheidend ist nämlich nicht die Differenzierung zwischen diesen beiden Kategorien, sondern die Qualifikation einer Sache als natürliche Frucht überhaupt, denn alle natürlichen Früchte sind Nutzungen im rechtlich relevanten Sinne.

3. Zivile/mittelbare Früchte

Unter den zivilen (auch bürgerlichen, uneigentlichen, juristischen oder mittelbaren)[323] Früchten ist ganz allgemein «der Gewinn aus der rechtlichen Benutzung einer Sache» zu verstehen.[324] Sie werden im Zivilgesetzbuch nirgends ausdrücklich[325] erwähnt.[326] Trotzdem ist heute unbestritten, dass auch die zivilen Früchte im Rahmen der Nutzungsherausgabe zu berücksichtigen sind. Aus dem blossen Fehlen einer Legaldefinition ergibt sich nicht, dass der Rechtsordnung die zivilen Früchte unbekannt wären. Vielmehr wird der Begriff stillschweigend vorausgesetzt.[327] Das zeigt sich bereits dadurch, dass der Gesetzgeber in Art. 643 ZGB von den *natürlichen* Früchten spricht. Gäbe es die zivilen Früchte tatsächlich nicht, wäre jede Eingrenzung auf die natürlichen von Beginn weg obsolet. Der Gesetzgeber hätte schlicht von «Früchten» sprechen können. Im Übrigen sind auch die Materialien so zu verstehen. Man wollte die zivilen Früchte nicht

323 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 22.

324 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 63. Gemeint ist damit dasselbe wie § 99 Abs. 3 BGB für das deutsche Recht bestimmt: «Erträge, welche eine Sache […] vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt».

325 In Art. 757 ZGB spricht das Gesetz von «Zinsen» und «anderen periodischen Leistungen», in Art. 773 ZGB vom «Ertrag aus Forderungen». In Art. 213 und 275 OR sowie Art. 102 SchKG verwendet das Gesetz den Ausdruck «Erträgnis». Siehe auch BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 22, der insbesondere auf die unglückliche Begriffswahl des «Erträgnisses» hinweist.

326 Dies geht auf den Grundsatz zurück, wonach nach schweizerischem Recht nur *res corporalis* Sachen im Rechtssinne sein können. Diese können ihrerseits nur körperliche Sachen als Früchte hervorbringen (siehe BK-*Meier-Hayoz* [1981], Art. 643 ZGB, N 1). Entsprechend weist auch *Huber*, Erläuterungen II (1914), 63, darauf hin, dass die zivilen Früchte nicht in den Bestimmungen über den Umfang des Eigentums zu regeln gewesen wären.

327 Anstelle vieler BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 1; *Rey* (2007), N 460. Insoweit unpräzise ist daher die Aussage des Bundesgerichts in BGE 46 II 473, 475, E. 1, wo das Gericht meinte: «Allerdings kennt es [das schweizerische Recht] den Begriff der zivilen Frucht als allgemeinen Rechtsbegriff nicht.»

bei den Bestimmungen «zum Umfang des Eigentums»[328] regeln. Diese Entscheidung steht jedoch einer Berücksichtigung bei den Nutzungen nicht entgegen.

Unter die zivilen Früchte fallen vor allem die wiederkehrenden Gegenleistungen für die Überlassung einer Sache. Zu denken ist insbesondere an Miet- und Pachtzinsen.[329] Ferner fallen darunter Sparzinsen,[330] Dividenden und Lizenzgebühren.[331]

II. Gebrauchsvorteile

Der eingangs zitierte[332] § 100 BGB nennt als weitere Kategorie der Nutzungen neben den natürlichen und zivilen Früchten die Gebrauchsvorteile. Hierunter ist jeder materielle oder immaterielle Vorteil zu verstehen, den eine Sache durch ihren Gebrauch vermittelt und der nicht zu den Früchten zählt.[333] Solche Gebrauchsvorteile bestehen etwa im Vorteil des Wohnens, den das Bewohnen eines Hauses gewährt,[334] dem Vorteil des erleichterten Transports beim Besitz eines Fahrzeugs[335] oder dem Schutz vor der Witterung beim Tragen von Kleidern.[336]

328 *Huber*, Erläuterungen II (1914), 63.

329 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 23; MüKo-*Stresemann* (2018), § 99 BGB, N 6.

330 In Deutschland ist umstritten, ob Darlehenszinsen mittelbare Sachfrüchte sind. Ein Teil der Lehre hält mit der Begründung dafür, es werde ebenfalls eine Sache zum Ge- bzw. Verbrauch überlassen, für die eine Gegenleistung erfolgt (so etwa *Neuner* [2020], N 27.11; MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 6). An anderer Teil sieht die Zinszahlung als unmittelbare Rechtsfrucht aus dem Kapitalforderungsrecht (so etwa Staudinger-*Stieper* [2017], § 99 BGB, N 17). In diesem Fall wären die Früchte als Rechtsfrüchte im Sinne von § 99 Abs. 2 BGB anzusehen. Die Einordnung ist deshalb bedeutsam, weil nach deutschem Recht der Besitzer dem Eigentümer dem Grundsatz nach lediglich die Sachfrüchte, nicht aber die Rechtsfrüchte herausgeben muss (MüKo-*Stresemann* [2018], § 99 BGB, N 6).

331 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 23. Siehe auch Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 45/10 vom 17. Dezember 2010, NJW 2011, 749, 750, wo der Gerichtshof die Erträge, die als Abgeltung für die Nutzung eines Grundstücks als Filmkulisse bezahlt worden waren, als mittelbare Sachfrüchte qualifizierte; kritisch Staudinger-*Stieper* (2017), § 99 BGB, N 18.

332 Siehe vorne die Vorbemerkungen zu Abschnitt B.

333 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 26; MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 2 f.

334 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 26; MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 2.

335 MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 2.

336 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 26; mit weiteren Beispielen auch *Lindenmann* (2010), 130; siehe auch *Würthwein* (2001), 102 ff.

Der Gebrauch ist vom Verbrauch abzugrenzen. Die Unterscheidung richtet sich danach, ob durch die konkrete Nutzung die Substanz der Stammsache geschont oder in diese eingegriffen wird. Im erstgenannten Fall liegt Gebrauch vor, im zweitgenannten Verbrauch. Umstritten ist bisweilen, ob es sich bei der gewöhnlichen Abnutzung um Gebrauch oder Verbrauch handelt.[337]

III. Verbrauch als Nutzung

Wird bei der Nutzung der Sache nach den bisher skizzierten Kriterien[338] in deren Substanz eingegriffen, liegt Verbrauch der Sache vor. Auch hierdurch können dem Besitzer vermögenswerte Vorteile entstehen. Sie stellen jedoch keine Nutzungen im rechtlichen Sinne dar, da sich der unberechtigte Besitzer den Vorteil hier nicht aus den zusätzlich anfallenden Früchten (oder dem blossen Gebrauch), sondern aus der Sachsubstanz holt.[339] Darüber hinaus fällt der Verbrauch üblicherweise auch nicht unter die gewöhnliche Verwendung des Wortes «nutzen».[340]

Dieses Begriffsverständnis ist im deutschen Recht völlig selbstverständlich und auch zutreffend.[341] Gleichwohl wird in der schweizerischen Rechtsprechung und auch in der herrschenden Lehre der Vermögensvorteil durch Verbrauch der Sache unter das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB genommen.[342]

IV. Veräusserung als Nutzung

Ähnliches, wie soeben für die Vermögensvorteile durch Verbrauch gesagt wurde, gilt auch für die Vorteile durch Veräusserung der Sache. Auf begriff-

337 Siehe vertieft *Würthwein* (2001), 105 f.; *Lindenmann* (2010), N 130.

338 Bestimmungsgemässe Ausbeute einer Kiesgrube ist zulässig, normale Abnutzungserscheinungen zählen nicht als Eingriff in die Substanz usw.

339 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 9 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 23.

340 *Koller* (2010), 211 f.; *Lindenmann* (2010), 145; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 23.

341 Siehe beispielhaft Bundesgerichtshof, Urteil IV ZR 218/53 vom 3. Juni 1954, BGHZ 14, 7 = NJW 1954, 1194; *Würthwein* (2001), 105 f.; MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 6; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 100 BGB, N 4 und 9.

342 Hierzu sogleich Abschnitt C.IV.

licher Ebene sind auch diese keine Nutzungen im rechtlichen Sinn, denn der Vorteil wird aus der Sachsubstanz gezogen.[343]

Inhaltlich bildet die Frage, ob der Verkaufserlös als Nutzung unter dem Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB steht, im schweizerischen Recht indes seit Langem einen Streitgegenstand. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts bejaht diesen Schutz;[344] die mittlerweile wohl herrschende Lehre geht jedoch davon aus, dass keine Nutzung vorliegt.[345]

C. Ansprüche bei gutgläubigem Eigenbesitz

Geht der Besitzer gutgläubig davon aus, der Eigentümer der Sache zu sein, gewährt ihm Art. 938 Abs. 1 ZGB die volle Freistellung von jedweden Ersatzansprüchen für den Gebrauch und die Nutzung der Sache. Denn: Das zugrunde liegende vermutete Eigentumsrecht würde ihm, so es denn tatsächlich bestünde, volle Gebrauchs- und Nutzungsrechte gewähren (Art. 641 Abs. 1 ZGB).[346]

I. Natürliche/unmittelbare Früchte

Die gezogenen natürlichen Früchte muss der gutgläubige Eigenbesitzer nicht herausgeben. Vielmehr noch erwirbt er an den getrennten natürlichen Früchten

343 Für das deutsche Recht MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 6; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 100 BGB, 9.

344 BGE 71 II 90, 97, E. 5; BGE 84 II 369, 378, E. 4a; siehe auch BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 16; BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 15 ff., mit weiteren Hinweisen; *Sutter-Somm* (2014), N 1483; wohl auch *Huber*, Erläuterungen II (1914), 393; siehe zu *Huber* jedoch die Hinweise bei *Lindenmann* (2010), 149.

345 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12; *Utku* (1939), 30; *Keller* (1940), 39 f.; *Simonius* (1950), 59 ff.; *Hinderling* (1977), 512; *von Tuhr/Peter* (1979), 503; *Holenstein* (1983), 138; *Koller* (1985), N 543; *Chappuis* (1991), 70 f.; *Schmid* (1992), N 1479; *Nietlispach* (1994), 385 f.; *Simonius/Sutter* (1995), N 12.41; *Piotet* (2004), 686 f.; *Lindenmann* (2010), 148 ff., mit weiteren Hinweisen; *Koller* (2017), N 30.55; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 25 ff.; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 6; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 64 OR; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 58.5.

346 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 13; *Lindenmann* (2010), 142. Die nachfolgend einzeln besprochenen Ansprüche folgen weitgehend der logischen und stringenten Gliederung bei BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 18 ff.

selbst Eigentum. Das deutsche Recht ordnet den Eigentumserwerb durch den gutgläubigen Eigenbesitzer in § 955 BGB explizit an.[347] Dort heisst es:

> **§ 955 BGB – Erwerb durch gutgläubigen Eigenbesitzer**
> Wer eine Sache im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein anderer vermöge eines Rechts an der Sache zum Fruchtbezug berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Eine solche Norm fehlt im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Der Art. 643 bestimmt lediglich, dass die Früchte mit der Trennung dem Eigentümer der Stammsache zufallen (Abs. 1). Zum Erwerb durch den gutgläubigen Besitzer äussert sich die Bestimmung nicht. Trotzdem fällt das Eigentum auch in der Schweiz nach völlig unbestrittener Auffassung dem gutgläubigen Besitzer zu.[348]

Durch die Stellung als Eigentümer scheiden dingliche Herausgabeansprüche des tatsächlichen Eigentümers der Stammsache von vornherein aus. Eine obligatorische Herausgabe- bzw. Ersatzpflicht wird von Art. 938 Abs. 1 ZGB sodann ausgeschlossen. Der Besitzer kann folglich sämtliche gezogenen und noch vorhandenen Früchte behalten. Er schuldet dem Eigentümer für diese und für die verbrauchten, gar nicht gezogenen oder veräusserten Früchte nichts.[349]

Früchte, die bei der Herausgabe noch nicht von der Stammsache getrennt worden sind, muss der gutgläubige Besitzer mit dieser herausgeben. Sie sind

347 MüKo-*Oechsler* (2020), § 955 BGB, N 8. Über die §§ 957 i. V. m. 956 BGB ergibt sich eine analoge Eigentumszuweisung an den gutgläubigen Fremdbesitzer, der seine persönliche Berechtigung zur Fruchtziehung von einem Nichtberechtigten erhalten hat.

348 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 11; ZK-*Haab* (1977), Art. 643 ZGB, N 12 ff.; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 53; *Lindenmann* (2010), 142; *Sutter-Somm* (2014), N 342; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 20; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 704; siehe auch *Utku* (1939), 35 f.; zum dazugehörigen juristischen Ausspruch «Wer sät, der mäht» *Wacke*, Säen (1981), 286 ff.

349 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 15; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12; *Lindenmann* (2010), 142 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 19 f.; das deutsche Recht regelt dies ausdrücklich in § 101 Ziff. 1 BGB.

gemäss Art. 643 Abs. 3 ZGB Bestandteil der Stammsache und teilen deren rechtliches Schicksal.[350]

Da das Haftungsprivileg von Art. 938 ZGB am guten Glauben anknüpft, ändert die Rechtslage auch hinsichtlich der Herausgabepflicht der natürlichen Früchte mit Wegfall der Gutgläubigkeit *(mala fides superveniens)*.[351] Ab diesem Zeitpunkt muss der Besitzer die noch nicht getrennten Früchte herausgeben. Er erwirbt an ihnen bei Trennung auch kein Eigentum mehr. Zuvor getrennte, noch vorhandene oder fällige Früchte kann der nachträglich bösgläubig gewordene Besitzer hingegen behalten, denn diese sind angefallen, als er noch gutgläubig gewesen ist.[352]

II. Zivile/mittelbare Früchte

Nach dem umfassenden Privileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB darf der gutgläubige Eigenbesitzer auch sämtliche zivilen Früchte behalten, die er aus der Sache zieht. Wäre er nämlich tatsächlich Eigentümer, stünden ihm diese Einkünfte ebenfalls zu.[353]

In zeitlicher Hinsicht richtet sich die Aufteilung der Früchte auch unter dem schweizerischen Recht nach der Regel, wie sie das deutsche Recht in § 101 Ziff. 2 BGB vorschreibt. Demnach hat der Besitzer grundsätzlich Anspruch auf die Früchte, die während der Gutgläubigkeit fällig geworden sind; bei Entschädigungen für die Gebrauchsüberlassung (z. B. Mietzinsen), Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmässigen Erträgen richtet sich der Anspruch anteilmässig nach der gutgläubigen Besitzzeit.[354]

350 ZK-*Haab* (1977), Art. 643 ZGB, N 10; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 31; *Lindenmann* (2010), 143; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 21.

351 Hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt E.III.1.a.

352 *Hegetschweiler* (1912), 79; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 55; *Lindenmann* (2010), 143; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 21.

353 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 11 f.

354 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 14; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 13, mit Verweis auf Art. 757 ZGB; *Keller* (1940), 53 f.; *Lindenmann* (2010), 144; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 22.

III. Gebrauchsvorteile

Entscheidet sich der gutgläubige Eigenbesitzer, die Sache nicht (gegen Entgelt) einem Dritten zum Gebrauch oder zur Nutzung zu überlassen, sondern sie selbst zu nutzen, entsteht ihm ein Vorteil. Für diese Vorteile schuldet der Besitzer nach dem Wortlaut von Art. 938 Abs. 1 ZGB ebenfalls keinen Ersatz. Diese Wertung des Gesetzgebers ist sachgerecht. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich bei den Gebrauchsvorteilen um das Äquivalent zu den zivilen Früchten, wenn er die Sache selbst nutzt und keinen Mietzins zieht. Darf der gutgläubige Besitzer das eine behalten, muss ihm auch das andere verbleiben.[355]

IV. Vorteile durch Eigenverbrauch

Wie bereits vorne dargetan wurde, gehört der Verbrauch der Sache richtiger Ansicht nach nicht zum Nutzungsbegriff im juristischen Sinne.[356] Für die Beurteilung der Rechtsfolgen ist indes nicht bloss auf die Begrifflichkeiten abzustellen; sie bieten diesbezüglich in der Regel wenig Erkenntnisgewinn. Vielmehr ist anhand der gegenständlichen Normen zu fragen, ob und inwieweit die Vorteile durch Eigenverbrauch zu ersetzen sind.

Diese Frage ist im schweizerischen Recht umstritten. Das Bundesgericht befand in einer älteren Entscheidung, dass Art. 938 Abs. 1 ZGB den gutgläubigen Eigenbesitzer in allem schütze, «was ihm die Sachen an Vorteil boten, sei es zufolge Gebrauchs, Vermietung oder anderer Nutzung oder auch ganzen oder teilweisen Verbrauchs».[357] Auch die ältere und wohl noch herrschende Lehre erkennt dem gutgläubigen Besitzer Schutz vor der Erstattungspflicht für Vorteile, die sich aus dem Verbrauch der Sache ergeben, zu.[358] Zunehmend finden sich jedoch

355 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 14; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 13; *Keller* (1940), 53 f.; *Lindenmann* (2010), 144; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 22.

356 Siehe vorne Abschnitt B.III.

357 BGE 71 II 90, 97, E. 5.

358 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 119; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12; BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 17; *Huber*, Erläuterungen II (1914), 393, billigte dem Besitzer den Schutz bei Verbrauch der Sache in den Erläuterungen zum Vorentwurf noch zu: «Was er dabei verbraucht, […] dafür hat er […] niemandem Rechenschaft abzulegen.» In der Botschaft ZGB, BBl 1904 IV, 94, findet sich die entsprechende Passage zum Verbrauch hingegen nicht mehr.

auch Stimmen, welche die Vorteile aus dem Verbrauch nicht unter das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB stellen wollen.[359]

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung sind sich in diesem Punkt bemerkenswert einig; ausführliche Meinungsverschiedenheiten wie in der Schweiz finden sich dort nicht. Der Verbrauch gilt nicht als Nutzung. Stellt der Verbrauch nicht eine bestimmungsgemässe Ausbeute und damit eine Frucht im Sinne von § 99 Abs. 1 BGB dar, erfolgt der Ausgleich entweder über die Schadenersatznormen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses oder das allgemeine Bereicherungsrecht.[360]

Die neuere schweizerische Lehre gelangt zum selben Ergebnis wie das deutsche Recht. Der Eigentümer hat im Falle des Verbrauchs einen Anspruch aus Eingriffskondiktion gegen den gutgläubigen Besitzer.[361] Im Wesentlichen werden hierfür als Gründe angeführt:

359 *Utku* (1939), 31; *von Tuhr/Peter* (1979), 495, Fn. 126; *Chappuis* (1991), 70; *Koller* (2010), 211 f.; *Lindenmann* (2010), 144 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 23 f.; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 6; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 59.5; offen gelassen bei *Sutter-Somm* (2014), N 1484, Fn. 4472.

360 Anstelle vieler *Köbl* (1971), 282 f.; Soergel-*Stadler* (2007), § 987 BGB, N 11; Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 23; aus der Rechtsprechung Bundesgerichtshof, Urteil IV ZR 218/53 vom 3. Juni 1954, BGHZ 14, 7 = NJW 1954, 1194, mit weiteren Hinweisen: «Die §§ 987 bis 993 BGB regeln das Verhältnis des Eigentümers gegenüber dem nicht rechtmäßigen Besitzer insoweit, als es sich um die Frage der Nutzungen und des Schadensersatzes wegen Beschädigung der Sache und der Unmöglichkeit ihrer Herausgabe handelt. Zu derartigen Ansprüchen gehören aber Bereicherungsansprüche wegen des Verbrauchs oder der Veräußerung der Sache nicht […]. Rechtsirrig ist es auch, den von der Klägerin geforderten Wertersatz als Anspruch auf Herausgabe einer Nutzung anzusehen. Zu den Nutzungen i. S. des § 100 BGB gehört zwar der Gebrauch, nicht aber der Verbrauch einer Sache […] Der Anspruch der Klägerin wegen ihres von der Beklagten verbrauchten Treibstoffs ist somit, da eine unerlaubte Handlung des Verkaufsleiters der Beklagten nicht festgestellt ist, auf Grund der Vorschriften der §§ 812 ff. BGB zu beurteilen.»

361 *Utku* (1939), 31; *von Tuhr/Peter* (1979), 495, Fn. 126; *Chappuis* (1991), 70; *Koller* (2010), 211 f.; *Lindenmann* (2010), 144 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 23 f.; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 6; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 59.5; offen gelassen bei *Sutter-Somm* (2014), N 1484, Fn. 4472.

1) Verbrauch stellt nach dem allgemeinen Wortverständnis keine Nutzung dar und fällt somit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 938 Abs. 1 ZGB.[362]

2) Verbrauch muss nicht zwingend Konsum der Sache bedeuten. Er kann auch durch Einsatz der Sache als Ressource für neue Sachen bestehen. Hierbei drohen Wertungswidersprüche im Vergleich mit den Bestimmungen betreffend Verarbeitung, Einbau, Verbindung und Vermischung von Sachen. Diese Regelungen behalten eine Ersatzpflicht nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 726 Abs. 3 ZGB und Art. 727 Abs. 3 ZGB für die Verarbeitung sowie die Verbindung und Vermischung) bzw. eine Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung (Art. 672 Abs. 1 ZGB für den Einbau, der durch Verweis in Art. 678 Abs. 1 ZGB auch für die Aussaat auf fremdem Boden gilt) vor.[363]

   Beispiel:[364] Der gutgläubige Besitzer B. hat in der irrigen Annahme, der Eigentümer der Milch von E. zu sein, die Milch getrunken. Hierfür kann der wahre Eigentümer E. nach Art. 938 Abs. 1 ZGB keinen Ersatz verlangen. Der gutgläubige Besitzer B., der die Milch mit weiterer Milch vermischt, zu Käse verarbeitet und erst diesen gegessen hat, schuldet dagegen Wertersatz, weil er durch die Vermischung mit eigener Milch und die anschliessende Verarbeitung selbst Eigentum an der Sache erlangt hat.

3) Verbrauch führt – anders als etwa die Vernichtung der Sache – zu einem Surrogat im Vermögen des Besitzers, an dem der Eigentümer jedoch keinen Vindikationsanspruch mehr hat. Der Besitzer ist durch Ersparnis bereichert.[365] Auch hier stellt sich wiederum eine mehr oder weniger zufällige Rechtsfolge ein: Ist der Besitzer sparsam, kann der Eigentümer die Sache noch herausverlangen; ist der Besitzer verschwenderisch und verbraucht die Substanz, erhält der Eigentümer nichts mehr.

362 *Koller* (2010), 211 f.; *Lindenmann* (2010), 145; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 23.
363 *Lindenmann* (2010), 146 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 24.
364 Entnommen aus BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 24.
365 BGE 129 III 646, 651 ff., E. 4.2 f.; ZK-*Oser/Schönenberger* (1929), Art. 64 OR, N 3; *von Tuhr/Peter* (1979), 473 f., 503; *Koller* (2010), 212; *Lindenmann* (2010), 146 f.; *Koller* (2017), N 30.17; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 62 OR, N 7.

> *Beispiel:*[366] B. ist vermeintlicher Erbe des umfassenden Weinvorrats von Erblasser X. Einige Zeit später stellt sich heraus, dass aufgrund letztwilliger Verfügung B. in Tat und Wahrheit keinen Anspruch auf den Weinvorrat gehabt hätte. Hat B. den Wein zwischenzeitlich getrunken, würde er keinen Ersatz schulden. Er hat den Wein mithin kostenfrei genossen, und die wahren Erben erhielten nichts. Wäre der Wein noch vorhanden, wäre er samt und sonders an die wahren Erben herauszugeben.

Alle diese Gründe sprechen dafür, den Verbrauch nicht unter das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB zu stellen. Es gibt für die auftretenden Ungleichbehandlungen keinen vernünftigen Grund. Insbesondere lässt sich ein solcher auch weder aus dem Wortlaut («Nutzung» umfasst den Verbrauch nicht) noch dem Sinn und Zweck der Bestimmung herleiten. Ziel der Art. 938 und 939 ZGB ist es bei korrekter Betrachtung nicht, den Besitzer auf Kosten des Eigentümers zu bereichern.[367] Das Gesetz will einzig erreichen, dass der Besitzer nicht aufgrund von Dispositionen, die er basierend auf seinem guten Glauben in die eigene Besitzberechtigung vorgenommen hat, finanziell schlechtergestellt wird. Eine materiell-rechtliche oder faktische Verschiebung des Eigentums ist nicht gewollt.[368] Nichts Gegenteiliges kann auch daraus abgeleitet werden, dass das Gesetz dem gutgläubigen Besitzer die natürlichen und zivilen Früchte überlässt. Diese treten nämlich – anders als beim Verbrauch – als neue Sachen zu der Stammsache hinzu und werden in der Regel nur durch das Zutun des Besitzers ermöglicht (z. B. der Besitzer pflückt die Äpfel, melkt die Kühe, vermietet das Auto usw.). Im Übrigen will das Gesetz nicht einmal hier eine (allzu grosse) «Bereicherung»[369] zulassen. Vielmehr muss sich selbst der gutgläubige Besitzer beim Verwendungsersatz die bezogenen Früchte anrechnen lassen. Es kommt also gar zu einer (teilweisen) Korrektur der Eigentumszuweisung der Früchte an den Besitzer. Wenn man aber schon bei den Früchten, die eigene, neue Sachen sind und für die der Besitzer Mittel eingesetzt hat, dem Besitzer

366 Angelehnt an ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12; *Koller* (2010), 212.

367 Siehe auch *Lindenmann* (2010), 148 und 152, mit weiteren Hinweisen; sowie hinten Kapitel 5, Abschnitt C.

368 Hierfür wäre z. B. der Art. 933 ZGB zuständig.

369 Rechtlich handelt es sich nicht um eine Bereicherung, da die neue Sache originär dem Besitzer zu Eigentum zugewiesen wird und somit gar keine Bereicherung auf Kosten eines anderen vorliegt.

nicht alles ohne Weiteres überlassen will, dann muss dies erst recht beim Verbrauch der Stammsache gelten.

Richtig ist es daher, den gutgläubigen Besitzer für den Verbrauch der Sache nach dem allgemeinen Bereicherungsrecht haften zu lassen, da der Art. 938 ZGB hierfür keine einschlägige Regelung enthält.

Der Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen bedeutet im Übrigen nicht, dass der gute Glaube des Besitzers überhaupt keine Rolle mehr spielen würde. Auch das Bereicherungsrecht kennt Mittel und Wege, um der besonderen Lage Rechnung zu tragen und eine angemessene, differenzierte Lösung zu finden. Zu denken ist insbesondere an Art. 64 OR, der die Bereicherungshaftung bei Wegfall des Vorteils beschränkt.[370]

V. Veräusserungserlös

Ähnlich umstritten wie die Rechtslage hinsichtlich der gezogenen Vorteile aus dem Verbrauch der Sache ist die Frage nach dem Veräusserungserlös.

Das Bundesgericht hat im bereits zitierten BGE 71 II 90[371] dafürgehalten, dem gutgläubigen Besitzer auch den gesamten Veräusserungserlös zu belassen.[372] Die Lehre folgt dem teilweise.[373] Ganz überwiegend geht sie heute indessen von der Pflicht zur Herausgabe des Verkaufserlöses aus.[374]

370 Weiterführend etwa *Rusch* (2013), 568 ff.; *Koller* (2017), N 30.54 ff.

371 Siehe vorne Abschnitt C.IV.

372 BGE 71 II 90, 97, E. 5; siehe auch Handelsgericht Zürich, Urteil vom 28. September 1944, ZR 1945, 227, 228 ff.; BGE 84 II 369, 378, E. 4a, mit weiteren Hinweisen: «Peu importe qu'il se soit enrichi de ce fait: tant qu'il se borne à user du droit qu'il croit avoir, la loi le dispense de toute obligation d'indemniser le véritable titulaire, de sorte que celui-ci ne saurait faire valoir une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime.» Siehe auch BGE 110 II 244, 247, E. 2b.

373 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 16; BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 15 ff., mit weiteren Hinweisen; *Sutter-Somm* (2014), N 1483; wohl auch *Huber*, Erläuterungen II (1914), 393; siehe zu *Huber* jedoch die Hinweise bei *Lindenmann* (2010), 149.

374 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12; *Utku* (1939), 30; *Keller* (1940), 39 f.; *Simonius* (1950), 59 ff.; *Hinderling* (1977), 512; *von Tuhr/Peter* (1979), 503; *Holenstein* (1983), 138; *Koller* (1985), N 543; *Chappuis* (1991), 70 f.; *Schmid* (1992), N 1479; *Nietlispach* (1994), 385 f.; *Simonius/Sutter* (1995), N 12.41; *Piotet* (2004), 686 f.; *Lindenmann* (2010), 148 ff., mit weiteren Hinweisen; *Koller* (2017), N 30.55; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 25 ff.; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 6; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 64 OR; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 58.5.

Richtiger Ansicht nach ist wie beim Verbrauch zu verfahren und der Veräusserungserlös als Ganzes nicht zu den Nutzungen der Sache zu zählen. Der Art. 938 ZGB regelt auch hier den Sachverhalt überhaupt nicht, weshalb allgemeines Bereicherungsrecht zur Anwendung kommt. Diesen Befund vermögen auch die im Schrifttum, das die gegenteilige Meinung vertritt, anzutreffenden Einwände nicht zu entkräften.

1) *Stark*[375] sieht im folgenden Beispiel einen systematischen Widerspruch, der gegen eine Herausgabepflicht des Veräusserungserlöses spreche: Besitzt der Landwirt gutgläubig eine Kuh, die ein Kalb wirft, darf er dieses als Frucht behalten oder es verkaufen; besitzt er indessen gutgläubig ein fremdes Kalb, das er aufzieht und dann verkauft, muss der Kaufpreis an den tatsächlichen Eigentümer herausgegeben werden. Dieses Beispiel geht an der Sache vorbei: Der Erlös aus dem Verkauf einer natürlichen Frucht ist keine Nutzung im Sinne von Art. 938 Abs. 1 ZGB. Vielmehr verkauft der Landwirt hier eine ihm gehörige Sache, da er mit Anfallen der Frucht originär Eigentum am Kalb erworben hat; die Stammsache, die Mutterkuh, existiert indessen noch und kann herausgegeben werden. Das ist im zweiten Fall anders. Hier ist der Verkaufserlös an die Stelle der Kuh getreten. Der vermeintliche systematische Widerspruch liegt gar nicht vor.[376]

2) Sodann greifen *Stark*[377] und *Sutter-Somm*[378] das Beispiel von *Homberger*[379] auf: Es sei unstimmig, dass der vermeintliche Erbe den Wein in seinem Besitz trinken oder vernichten dürfe, ohne in Anspruch genommen zu werden, beim Verkauf aber für den Veräusserungserlös belangt werde. Ihnen ist insofern zuzustimmen, als sich bei Verbrauch und Veräusserung tatsächlich keine unterschiedliche Rechtsfolge einstellen sollte; beide Male liegt ein Surrogat für die Stammsache vor, das den Besitzer auf Kosten des Eigentümers bereichert, im einen Fall ist es die Ersparnis, im anderen der Erlös.[380]

375 BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 16.
376 *Lindenmann* (2010), 150; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 28.
377 BK-*Stark* (2001), Art. 938 ZGB, N 16.
378 *Sutter-Somm* (2014), N 1483.
379 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12, der selbst übrigens für die Herausgabe des Verkaufserlöses plädiert.
380 Siehe hierzu schon vorne Abschnitt C.IV.

Diese Fälle sind jedoch nicht mit der Zerstörung der Sache vergleichbar, bei der eben gerade keine Bereicherung eintritt. Für diese sieht Art. 938 Abs. 2 ZGB daher eine Haftungsbefreiung vor. Es ist nicht widersprüchlich, denjenigen, der die Sache verbraucht oder veräussert hat, auf die Herausgabe des Surrogats haften zu lassen.

3) Nicht restlos klar ist schliesslich, was *Sutter-Somm*[381] mit der Begründung meint, der Veräusserungserlös sei dem gutgläubigen Veräusserer zu belassen, weil das vermutete Recht auch das Veräusserungsrecht umfasse. Zutreffend ist es, dass das tatsächliche Eigentumsrecht auch die Möglichkeit der Veräusserung geben würde. Ein materielles Veräusserungsrecht begründet Art. 938 Abs. 1 ZGB aber auch bei Gutgläubigkeit nicht; dieses müsste sich aus anderen Normen oder Rechtsgeschäften ergeben.[382] Andernfalls käme es – entgegen der gesetzlichen Ordnung von Art. 933 ZGB – nicht mehr auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers und den Umstand, ob die Sache anvertraut oder abhandengekommen ist, sondern nur noch auf die Gutgläubigkeit des Veräusserers an. Im Ergebnis wäre dann aber die Sache auch vindikationsfest, weil sie basierend auf einer tatsächlichen Veräusserungsbefugnis erworben worden wäre. Ein solches materielles Veräusserungsrecht lässt sich daher allein schon wegen der Systematik des Besitzrechtsschutzes nicht erblicken.[383]

Demnach hat der gutgläubige Besitzer den Verkaufserlös nach allgemeinem Bereicherungsrecht herauszugeben. Hinsichtlich der Durchsetzung seines Anspruchs stellt sich nun jedoch die Frage, ob der Eigentümer im Falle der Veräusserung direkt Ersatz vom Zwischenbesitzer (d. h. dem veräussernden Besitzer) fordern kann. Dies ist nicht der Fall, denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts[384] steht die Bereicherungsklage nur zur Verfügung, wenn dem präsumtiven Bereicherungsgläubiger kein anderer Anspruch – egal, ob

381 *Sutter-Somm* (2014), N 1483.

382 Zu denken ist etwa an Art. 933 ZGB.

383 Zutreffend *Lindenmann* (2010), 152 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 30; siehe auch *Simonius* (1950), 58; *Holenstein* (1983), 141.

384 BGE 102 II 329, 338, E. 5c; BGE 114 II 152, 156, E. 2c/aa; BGE 126 III 119, 121 f., E. 3b; BGE 135 III 474, 480, E. 3.3.1.

gegen den Bereicherungsschuldner oder einen Dritten – zusteht.[385] Andernfalls fehlt es an der erforderlichen Entreicherung.[386] Der bereicherte Zwischenbesitzer kann sich somit gegen einen Kondiktionsanspruch wehren, solange die Vindikation gegen den nunmehrigen Besitzer der Sache offensteht.[387] Diese Vindikationsmöglichkeit kann der Eigentümer derweil selbst beseitigen, indem er die Veräusserung an den Dritten nachträglich genehmigt.[388] Entscheidet sich der Eigentümer hierfür, tritt die Bereicherung beim Veräusserer definitiv ein, und er ist der Kondiktionsklage des Eigentümers ausgesetzt.[389] Ein solches Vorgehen ist vor allem dann sinnvoll, wenn der Eigentümer die abhandengekommene Sache vom Besitzer nur gegen Bezahlung des Erwerbspreises im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB abfordern kann, während der präsumtive Bereicherungsschuldner und Zwischenbesitzer keinen solchen Anspruch auf Zahlung einer Auslösesumme hat.[390]

Die Höhe der Bereicherungsschuld richtet sich ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Besonders bedeutsam ist mithin Art. 64 OR. Demnach kann der Eigentümer vom gutgläubigen Zwischenbesitzer die Rückerstattung nur insoweit fordern, als der Zwischenbesitzer zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist. Es ist in einem zweistufigen Verfahren vorzugehen: Zunächst ist die Bereicherungsforderung zu berechnen; im Anschluss sind die Abzüge wegen nicht mehr vorhandener Bereicherung vorzunehmen.[391]

385 Siehe hierzu etwa *Larese* (1971), 235; *von Tuhr/Peter* (1979), 521; *Koller* (2017), N 30.21, der sich indessen für Anspruchskonkurrenz ausspricht; *Gauch/Schluep/Schmid* (2020), N 1500; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 62 OR, N 37; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 59.4. Anders verhält es sich bezüglich des Schadenersatzanspruchs bei unzulässiger Veräusserung der Sache (siehe hierzu hinten Kapitel 3, Abschnitt C.I.3).

386 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 31.

387 *Lindenmann* (2010), 154.

388 Analog der im deutschen Recht explizit vorgesehenen Möglichkeit in § 185 Abs. 2 BGB.

389 *Lindenmann* (2010), 155; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 57.4.

390 *Lindenmann* (2010), 155; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 31.

391 Siehe etwa *Chappuis* (1991), 85.

Ausgangspunkt für die Feststellung der Bereicherungsforderung bildet der objektive Wert (Verkehrs- oder Marktwert) der veräusserten Sache.[392] Dieser muss nicht gleich dem Veräusserungspreis im konkreten Fall sein, dürfte ihm aber häufig entsprechen.[393] Liegt der Veräusserungspreis über dem objektiven Wert, kommt der Gewinn, der z. B. durch die besondere Geschäftstüchtigkeit des gutgläubigen Besitzers, sein Verkaufsgeschick, das Kundennetz, eine gute Verkaufsorganisation oder schlicht durch Zufall entstanden ist, dem Besitzer zu.[394] Liegt der Veräusserungspreis unter dem objektiven Wert, schuldet der gutgläubige Besitzer hierfür keinen Ersatz, denn er ist in diesem Umfang nicht bereichert.

VI. Weitere Surrogate

Nach dem bisher Gesagten ist klar, dass der gutgläubige Besitzer – wie beim Verbrauch und der Veräusserung – alle weiteren Surrogate ebenfalls an den Eigentümer herauszugeben hat. Zu denken ist hierbei etwa an Schadenersatzzahlungen[395] oder Versicherungsleistungen,[396] die der Besitzer als Wertersatz für die Beschädigung der Sache erhalten hat.[397]

392 *von Tuhr/Peter* (1979), 503 f.; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 64 OR, N 4; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 58.5 und 58.9; *Koller* (2017), N 30.74: «Herauszugeben ist also immer nur das, was an die Stelle des ursprünglich Erlangten tritt.»

393 *Holenstein* (1983), 114, 119 und 142; *Schmid* (1992), N 1480; *Lindenmann* (2010), 156; *Gauch/Schluep/Schmid* (2020), N 1517a.

394 ZK-*Oser/Schönenberger* (1929), Art. 64 OR, N 4; *von Tuhr/Peter* (1979), 503, Fn. 18; *Holenstein* (1983), 114 f.; *Koller* (1985), N 543; *Roberto* (2008), 30 f.; *Lindenmann* (2010), 156; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 64 OR, N 4a; *Gauch/Schluep/Schmid* (2020), N 1517c; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 59.17. Eine Gewinnherausgabe wegen Geschäftsanmassung (Art. 423 Abs. 1 OR) fällt richtiger Auffassung nach ausser Betracht (siehe hierzu BSK-*Oser/Weber* [2020], Art. 423 OR, N 8, mit weiteren Hinweisen).

395 *Utku* (1939), 31; *Hinderling* (1977), 513.

396 *Utku* (1939), 30; *von Tuhr/Peter* (1979), 503; *Koller* (1985), N 539 ff.; *Koller* (2017), N 30.55; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 58.5.

397 *Lindenmann* (2010), 162; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 32; für das deutsche Recht einlässlich *Köbl* (1971), 281 ff.

D. Ansprüche bei gutgläubigem Fremdbesitz

I. Ungültiger Vertrag mit dem Berechtigten

Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Art. 938 ff. ZGB bei der Ungültigkeit eines Vertrags zwischen dem tatsächlich an einer Sache Berechtigten und einem unberechtigten Besitzer nicht zur Anwendung gelangen. Vielmehr richten sich die Rechtsfolgen nach den allgemeinen Regeln über die Vindikation und die Kondiktion.[398]

Nachdem sich bei der Gültigkeit eines solchen Vertrages sodann offensichtlich keine Probleme ergeben, die über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geregelt werden müssen, verbleibt für den gutgläubigen Fremdbesitzer nur noch die Rechtslage zu besprechen, die gilt, wenn der Besitz von einem Nichtberechtigten erworben worden ist.

II. Besitzerwerb vom Nichtberechtigten

Hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze kann auf das vorhin zum Eigenbesitzer Gesagte verwiesen werden.[399] Auch der gutgläubige Fremdbesitzer schuldet dem Eigentümer für alle Nutzungen, die er gemäss seinem vermuteten Recht zu ziehen berechtigt gewesen ist, keine Entschädigung.

Das relevante vermutete Recht ergibt sich in dieser Konstellation aus dem gutgläubig angenommenen beschränkten dinglichen oder persönlichen Recht.[400] Denkbar ist etwa, dass der unmittelbare Besitzer mit dem Oberbesitzer einen Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassungsvertrag (z. B. Miete oder Pacht) abgeschlossen hat.[401] Dieser Vertrag gewährt dem Besitzer ein obligatorisches Recht zur Nutzung der Sache, das dem Herausgabeanspruch des Eigentümers indessen nicht entgegengehalten werden kann.[402] Umfasst das vermutete Recht die

398 Hierzu ausführlich vorne Kapitel 1, Abschnitt C.III.

399 Siehe vorne Abschnitt C.

400 *Sutter-Somm* (2014), N 1483.

401 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 37. Sofern erforderlich, sind zur Bestimmung der Rechte und Pflichten freilich auch die dispositiven Bestimmungen des Vertragsrechts heranzuziehen (ZK-*Homberger* [1938], Art. 938 ZGB, N 14; *Keller* [1940], 54; *Lindenmann* [2010], 167).

402 *Lindenmann* (2010), 165.

Fruchtziehung, erwirbt der Fremdbesitzer mit der Trennung der Früchte Eigentum an diesen, da diese nun selbständige Fahrnis sind.[403] Gleichermassen darf er die zivilen Früchte behalten, sofern dies vertraglich vorgesehen ist.[404]

> *Beispiel:* X. ist unberechtigter Besitzer des Grundstücks von E. X. verpachtet das Grundstück an den gutgläubigen Y. Y. darf die gezogenen Früchte behalten, da ihm dieses Recht als berechtigter Pächter auch zugestanden hätte.

Geht der Fremdbesitzer über das vermutete Recht hinaus, z. B. indem er Früchte zieht, obwohl er es nicht dürfte, greift das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB nicht mehr. Er ist dann grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln zu behandeln.[405] Schwierigkeiten können jedoch bestehen, wenn der Oberbesitzer ebenfalls gutgläubig ist. Steht ihm gemäss seinem vermuteten Recht ein Anspruch auf die vom Fremdbesitzer zu Unrecht gezogenen Früchte zu, so fallen sie dem Oberbesitzer zu, da der Eigentümer hier nicht bessergestellt werden darf, als wenn der Oberbesitzer die Sache selbst dem vermuteten Recht gemäss genutzt hätte.[406]

> *Beispiel:* X. ist gutgläubiger Eigenbesitzer des Grundstücks von E. X. vermietet das Haus auf dem Grundstück an den gutgläubigen Y. Vertraglich ist vereinbart, dass X. die Früchte der Bäume zustehen, die sich ebenfalls auf dem Grundstück befinden. Pflückt Y. die Früchte, handelt er ausserhalb seines vermuteten Rechts. Er schuldet dem Eigentümer E. gleichwohl keinen Ersatz für die Früchte, da X. einen Anspruch auf sie gehabt hätte.

Besteht zwischen dem Oberbesitzer und dem unmittelbaren Fremdbesitzer die Vereinbarung, dass die Nutzung entgeltlich erfolgt, hat der Oberbesitzer zunächst einen vertraglichen Anspruch auf Bezahlung dieser Vergütung. Darf der Oberbesitzer gutgläubig die zivilen Früchte der Sache ziehen, so hat der Eigentümer einen Anspruch weder gegen den gutgläubigen Fremdbesitzer (wegen der Gebrauchsvorteile) noch gegen den gutgläubigen Oberbesitzer (wegen der zivilen Früchte).[407] Umfasst das gutgläubig vermutete Recht des

403 ZK-*Haab* (1977), Art. 643 ZGB, N 11; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 55.

404 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 14; ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 11; *Keller* (1940), 53 f.; *Lindenmann* (2010), 165 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 38 f.

405 Siehe hierzu auch vorne Kapitel 1, Abschnitt C.IV.

406 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 40; siehe für das deutsche Recht explizit § 991 Abs. 1 BGB; dazu auch schon vorne Kapitel 1, Abschnitt E.III.2.e.

407 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 38.

Oberbesitzers indessen die Ziehung der zivilen Früchte nicht, kann der Eigentümer von ihm die zivilen Früchte herausverlangen oder den unmittelbaren Besitzer zur Leistung einer Nutzungsvergütung anhalten.[408]

E. Ansprüche bei bösgläubigem Besitz

Gemäss Art. 940 Abs. 1 ZGB muss der bösgläubige Besitzer dem Eigentümer die Sache herausgeben «und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten». Das Gesetz normiert damit eine äusserst umfassende Herausgabe- und Ersatzpflicht, die an einzelnen Stellen weiter geht, als es die allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung oder die Geschäftsführung ohne Auftrag würden.[409] Dies trifft namentlich mit Blick auf die Ersatzpflicht nicht gezogener Nutzungen zu.

Den Nutzungsbegriff als solchen teilt sich der bösgläubige Besitzer mit dem gutgläubigen. Hinsichtlich der einzelnen Herausgabeansprüche ergeben sich jedoch Unterschiede.

I. Natürliche/unmittelbare Früchte

Anders als der gutgläubige Besitzer, der seinem vermuteten Recht gemäss die Früchte ziehen darf, erwirbt der bösgläubige an den natürlichen Früchten mit der Trennung kein Eigentum. Das Eigentum an den Früchten fällt an den Eigentümer der Stammsache.[410] Der Eigentümer der Stammsache hat aus diesem Grund einen eigenen Vindikationsanspruch an den noch vorhandenen natürlichen Früchten. Er kann sie *in natura* herausverlangen.[411]

408 *Hürlimann-Kaup* (2008), N 313, 317 und 321; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 38.
409 *Simonius/Sutter* (1995), N 9.57; *Sutter-Somm* (2014), N 1492.
410 BK-*Leemann* (1920), Art. 643 ZGB, N 19; BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 53 und 61; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 24; siehe auch *Utku* (1939), 93.
411 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 24; für das deutsche Recht etwa *Wolff/Raiser* (1957), 331.

Sind die natürlichen Früchte nicht mehr vorhanden, schuldet der bösgläubige Besitzer Wertersatz.[412] Sind die Früchte durch Verbrauch untergegangen, beurteilt sich die Höhe des Wertersatzes nach der eingetretenen Ersparnisbereicherung. Sind sie veräussert worden, so hat der bösgläubige Besitzer[413] nach der herrschenden Lehre den gesamten Verkaufserlös herauszugeben, und zwar mitsamt einem etwaigen Gewinn, der z. B. seiner eigenen Tüchtigkeit zuzuschreiben ist. Dies ergibt sich aus den Bestimmungen über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR).[414]

II. Sonstige Nutzungen

An den weiteren Nutzungen erwirbt der Eigentümer der Stammsache regelmässig kein Eigentum. Vielmehr fallen die zivilen Früchte in das Eigentum des bösgläubigen Besitzers, weil er das Geld von seinem Vertragspartner erhält und mit eigenem vermischt (sofern überhaupt mit Sachen bezahlt wird).[415] Die Gebrauchsvorteile stellen sodann ohnehin eine blosse Ersparnis beim Besitzer dar. Es kommt daher bloss Geldersatz infrage.[416]

Hinsichtlich der Bewertung der herauszugebenden Nutzungen ist zu unterscheiden: Die zivilen Früchte, die wegen Gebrauchsüberlassung an einen Dritten angefallen sind, muss der bösgläubige Besitzer in voller Höhe herausgeben. Hat der bösgläubige Besitzer die Sache, z. B. ein Haus, zu einem überhöhten Mietzins vermietet, schuldet er dem Eigentümer auch die Herausgabe des über den objektiven Mietwert hinausgehenden Anteils.[417]

412 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 24; *Steinauer* (2019), N 687, hierzu auch hinten Kapitel 3, Abschnitt C.I.2.

413 BGE 129 III 422, 425, E. 4; *Holenstein* (1983), 168 ff.; *Chappuis* (1991), 21 ff.; *Schmid* (1992), N 792 ff.; ZK-*Schmid* (1993), Art. 423 OR, N 34 ff.; *Nietlispach* (1994), 29 ff., 120 ff.; *Bürgi-Wyss* (2005), 208 ff.; *Roberto* (2008), 28 f.; CR-*Héritier Lachat* (2012), Art. 423 OR, N 8; CHK-*Jenny/Maissen/Huguenin* (2016), Art. 423 OR, N 11; *Honsell* (2017), 371; siehe auch *Rusch* (2013), 574 f.

414 *Honsell* (2017), 371; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 64 OR, N 4a; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 58.10 und 59.16 f.

415 *Utku* (1939), 93.

416 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 25.

417 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 10; für Deutschland Bundesgerichtshof, Urteil XII ZR 76/08 vom 12. August 2009, BeckRS 2009, 24196, N 24 ff., mit weiteren Hinweisen; siehe auch *Würthwein* (2001), 116 ff.; Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 43.

Schwieriger ist es, den Betrag zu ermitteln, den der bösgläubige Besitzer dem Eigentümer herauszugeben hat, wenn er die Sache nicht gegen Geld einem Dritten überlassen, sondern selbst genutzt hat. Hier ist ein objektiver Gebrauchswert festzusetzen, der die Grundlage für den Entschädigungsanspruch bildet. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die sich der bösgläubige Besitzer erspart hat.[418] Entsteht der Gebrauchsvorteil durch Nutzung einer Sache, die normalerweise vermietet oder verpachtet wird, bemisst sich die Erstattung nach dem objektiven Miet- oder Pachtwert der Sache.[419] Geschuldet ist dabei der volle Miet- bzw. Pachtzins. Der Eigentümer erhält somit einen Gewinnanteil, aber auch eine Entschädigung für die übliche, mit dem Gebrauch der Sache verbundene Abnutzung, die in den Mietzins einkalkuliert ist.[420] Dem ist insofern Rechnung zu tragen, als der Eigentümer auch unter dem Titel des Schadenersatzes einen Anspruch auf Entschädigung für die Abnutzung geltend machen könnte.[421] Eine doppelte Entschädigung steht ihm freilich nicht zu. Gleiches gilt mit Blick auf einen etwaigen Schadenersatzanspruch, wenn der Eigentümer die Sache selbst vermietet hätte. Ein solcher entgangener Gewinn wäre zu ersetzen. Der Eigentümer kann jedoch nicht den entgangenen Gewinn und die Nutzungsentschädigung verlangen, da er die Sache nicht zweimal hätte vermieten können.

Wird die gegenständliche Sache üblicherweise nicht vermietet oder kann sie aus anderen Gründen nicht vermietet werden, so ist der Gebrauchswert nach richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB) zu schätzen.[422] Ausgangspunkt der Bewertung können dabei etwa die Kosten bilden, die für eine ähnliche Nutzung üblicherweise bezahlt werden, oder eine lineare Teilwertabschreibung.[423]

418 MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 10, mit weiteren Hinweisen.

419 Siehe etwa BGE 48 II 235; BGE 64 II 132, 136 f., E. 5; *Koller* (2017), N 30.79; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 34 f.; MüKo-*Stresemann* (2018), § 100 BGB, N 12, jeweils mit weiteren Hinweisen.

420 Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 36.

421 Siehe sogleich Kapitel 3, Abschnitt C.I.1.

422 Siehe auch Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 38; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 987 BGB, N 69.

423 Einlässlich *Würthwein* (2001), 118 ff.; siehe auch *Hartmann* (2005), N 606 ff.

Beispiel: Wird der Parkplatz von einem bösgläubigen Besitzer in Beschlag genommen, wäre es denkbar, die Gebrauchsvorteile anhand der eingesparten Gebühren für einen öffentlichen Parkplatz zu berechnen.[424] Wird ein Fahrzeug genutzt, kann sich der Gebrauchsvorteil aus dem anteiligen Betrag ergeben, der für den Erwerb und die Nutzung des Fahrzeugs hätte aufgewendet werden müssen. Der Wert ergäbe sich aus der Formel: Gebrauchsvorteil = Verkaufspreis × gefahrene Kilometer ÷ erwartete Gesamtfahrleistung.[425] Ergänzend sind freilich weitere Vorteile hinzuzurechnen, die der Besitzer in dieser Zeit erfahren hat. Zu denken ist etwa an den bereits vorhandenen Treibstoff bei Besitzerlangung, an Versicherungen oder Parkplatzgebühren, die der Eigentümer entrichtet hat.

Ein Spezialproblem stellt sich schliesslich, wenn der bösgläubige Besitzer die Sache einem Dritten für eine Summe überlässt, die unter dem objektiven Wert liegt, den er selbst als Gebrauchsvorteil herauszugeben hätte, der objektive Mietwert mithin höher ist als der tatsächlich verlangte. Hier muss davon ausgegangen werden, dass der bösgläubige Besitzer die Früchte nicht gezogen hat, die hätten gezogen werden können. Es ist nach den entsprechenden Regeln vorzugehen.[426]

Leitet der bösgläubige Besitzer seinen Besitz von einem mittelbaren Besitzer ab, beurteilt sich die Möglichkeit des Eigentümers, eine Nutzungsvergütung zu fordern, – wie schon erwähnt[427] – nach der Gutgläubigkeit des Oberbesitzers. Steht die Vergütung dem Oberbesitzer seinem vermuteten Recht gemäss zu, ist an ihn zu leisten. Bei einem bösgläubigen Oberbesitzer kann der Eigentümer gegen diesen oder den unmittelbaren Besitzer vorgehen.

III. Versäumte Nutzungen

Der bösgläubige Besitzer schuldet nach dem Wortlaut von Art. 940 Abs. 1 ZGB auch Ersatz für die «versäumten» Früchte. Auch hier sind wiederum nicht bloss die natürlichen Früchte gemeint, sondern alles, was unter den Begriff der Nutzungen im Allgemeinen fällt.[428] Denkbar sind im Wesentlichen zwei Arten von versäumten Früchten: a) Früchte, die der Eigentümer selbst gezogen hätte,

424 *Schwarz/Ernst* (1997), 2551.
425 Siehe etwa Oberlandesgericht Koblenz, Hinweisbeschluss 3 U 1448/13 vom 12. März 2014, BeckRS 2014, 10865; Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 38.
426 Hierzu sogleich Abschnitt E.III.
427 Siehe hierzu schon vorne Abschnitt D.II.
428 *Lindenmann* (2010), 180; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 21.

der bösgläubige Besitzer jedoch nicht; b) Früchte, die der Eigentümer nicht gezogen hätte und der bösgläubige Besitzer auch nicht.

Hinsichtlich der ersten Kategorie stellen sich keine Probleme. Früchte, die der Eigentümer selbst gezogen hätte, aber nicht hat ziehen können, weil ihm sein Eigentum bösgläubig vorenthalten worden ist, kann er als Schadenersatz geltend machen. Es handelt sich um einen ersatzpflichtigen entgangenen Gewinn, der seinen Ursprung in der Eigentumsverletzung hat.[429]

Weiterer Ausführungen bedarf die zweite Kategorie. Die herrschende Lehre nimmt unter Verweis auf den Gesetzestext an, die Ersatzpflicht erstrecke sich auch auf die versäumten Früchte, die noch nicht einmal der Eigentümer selbst gezogen hätte.[430] Massstab für die Festsetzung des geschuldeten Ersatzes bilde dabei, was der bösgläubige Besitzer bei einer «sorgfältigen Bewirtschaftung» durch die Sache verdient hätte. Danach habe sich der bösgläubige Besitzer, so er denn die Sache nicht selbst gebraucht, zu fragen, ob er sie vermieten oder auf andere Weise einem Dritten überlassen könne. Sachen, die normalerweise nicht vermietet werden (und für die auch anderweitig kein Ertrag anfallen würde), führten zu keiner Ersatzpflicht.[431]

> *Beispiel:*[432] Hat B. Besitz an einem Haus, für das er selbst keine Verwendung hat, muss er es vermieten. Unterlässt er dies, so schuldet er dem Eigentümer E. gleichwohl den objektiven Mietwert der Sache. Ist B. hingegen bösgläubiger Besitzer eines nicht registrierten Fahrzeugs, so treffe ihn keine Pflicht, dieses anzumelden und zu vermieten.

Immerhin entlassen diese Stimmen den bösgläubigen Besitzer aus der Haftung, sofern die Vermietung aufgrund äusserer Umstände (wie etwa einer schwierigen Marktlage) nicht möglich ist.[433]

429 Siehe sogleich Kapitel 3, Abschnitt C.I.4.

430 *Hinderling* (1977), 515; *Lindenmann* (2010), 180; *Sutter-Somm* (2014), N 1493; *Steinauer* (2019), N 688; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 22; anderer Auffassung BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 9; *Hartmann* (2005), N 636; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 10; kritisch auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 11; *Utku* (1939), 95.

431 *Sutter-Somm* (2014), N 1493; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 23.

432 Entnommen aus BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 23.

433 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 23.

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Zunächst gilt es, sich noch einmal vor Augen zu führen, dass der Eigentümer in den hier interessierenden Fällen aus der Sache selbst keine Nutzungen gezogen hätte. Das Verhalten des bösgläubigen Besitzers schädigt ihn diesbezüglich folglich nicht. Gleichzeitig ist der bösgläubige Besitzer aber auch nicht bereichert. Verlangt man nun mit der herrschenden Lehre, dass der bösgläubige Besitzer in dieser Konstellation die versäumten Früchte herausgeben muss, bewirkt man nicht einen Ausgleich von in Schieflage geratenen Vermögensverhältnissen, sondern die blosse finanzielle Bestrafung des bösgläubigen Besitzers.[434] Mit dem Urteil, das sei vom Gesetzgeber so gewollt, sollte man indessen nicht allzu schnell bei der Hand sein. Immerhin ist im schweizerischen Recht breit akzeptiert, dass dem Haftpflichtrecht keine pönale Funktion zukommt.[435] Dem Bereicherungsrecht ist die Idee einer Straffunktion sodann völlig fremd. Es zielt allein auf Zuweisung eines unrechtmässigen Vorteils an die berechtigte Person.[436] In die Nähe einer Bestrafung rückt die Gewinnherausgabepflicht bei der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag (Geschäftsanmassung; Art. 423 Abs. 1 OR). Hier wäre es indessen Tatbestandsmerkmal, dass ein Gewinn erzielt worden ist.[437] Diese Grundprinzipien der Rechtsordnung im hier vorliegenden Fall zu durchbrechen, ist nicht angemessen. Sachgerechter ist es, den Art. 940 Abs. 1 ZGB teleologisch so auszulegen, dass lediglich für jene versäumten Früchte Ersatz geschuldet ist, die der Eigentümer gezogen hätte. Insofern ist in dem Satzteil «für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten» in Art. 940 Abs. 1 ZGB lediglich eine Präzisierung der vorangehenden Wendung «für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden» zu sehen.[438]

434 *Sutter-Somm* (2014), N 1493, spricht denn auch von einem «pönalen Charakter».

435 Anstelle vieler *Roberto* (2018), N 2.79 ff.; siehe auch *Hinderling* (1977), 517, mit dem Hinweis, dass der pönale Charakter einer privatrechtlichen Regelung nicht entspräche; ferner auch *Roberto* (2008), 28.

436 Siehe etwa *Koller* (2017), N 30.1.

437 Siehe etwa CHK-*Jenny/Maissen/Huguenin* (2016), Art. 423 OR, N 4; BGE 129 III 422, 425, E. 4; BGE 133 III 153, 161, E. 3.2.

438 *Utku* (1939), 95, Fn. 6, schlägt vor, die Passage «qu'il a negligé de percevoir», also den Teil betreffend die versäumten Früchte, zu streichen.

IV. Verschulden des bösgläubigen Besitzers

Der bösgläubige Besitzer haftet für die Nutzungsherausgabe unabhängig von seinem Verschulden, sofern er weiss, an wen die Sache herauszugeben ist. Ist der Eigentümer der Stammsache unbekannt, haftet der bösgläubige Besitzer nur bei Verschulden (Art. 940 Abs. 3 ZGB).

Besonders bedeutsam ist dies mit Blick auf die Früchte, die der bösgläubige Besitzer gezogen hat. Wie bereits erwähnt,[439] hat an diesen Früchten der Eigentümer der Stammsache das Eigentum. Der bösgläubige Besitzer hat diese also ohne Weiteres herauszugeben. Weiss er, wem er die Sache überlassen müsste, könnte er dieser Pflicht sofort nachkommen. Tut er dies nicht, hat er von Gesetzes wegen für alles einzustehen, was die Herausgabe zu einem späteren Zeitpunkt verunmöglicht. Er haftet dabei auch für den Zufall, sofern sich dieser nicht auch bei rechtmässiger Rückgabe an den Eigentümer bei diesem verwirklicht hätte.[440]

Weiss der bösgläubige Besitzer nicht, wem er die Sache und die Früchte geben muss, schränkt das Gesetz die Haftung auf jene Fälle ein, in denen der Besitzer die Rückgabe verschuldet verunmöglicht hat.[441]

439 Siehe vorne Abschnitt C.I.
440 *Sutter-Somm* (2014), N 1492; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 26.
441 Näheres hierzu sogleich in Kapitel 3, Abschnitt B.II.3.

Drittes Kapitel
Schadenersatz

A. Überblick

Die Art. 938 und 940 ZGB befassen sich mit dem Schadenersatz, den der Besitzer dem Eigentümer zu leisten hat. Damit adressieren die Bestimmungen die deliktische Komponente des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Sie konkretisieren das allgemeine Haftpflichtrecht, die dort entwickelten Grundsätze der Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen gelten indes auch hier.[442]

B. Haftungsvoraussetzungen

I. Haftungsvoraussetzungen im Allgemeinen

Der allgemeine Haftungstatbestand ist erfüllt, wenn vier Haftungsvoraussetzungen gegeben sind: a) die Rechtswidrigkeit; b) die Rechtsgutverletzung; c) die Kausalität zwischen Rechtswidrigkeit und eingetretener Rechtsgutverletzung; und d) das Verschulden des Schädigers.[443]

442 Grundsätzlich gelten die Prinzipien des Schadenersatzrechts in allen Bereichen des Zivilrechts (*Roberto* [2008], 23).

443 Die Terminologie folgt hier der neueren Lehre (siehe etwa *Roberto* [2018], N 3.4 ff.). Dieser scheint sich neuerdings auch das Bundesgericht anzuschliessen (BGE 143 III 254, 257, E. 3.2). Die herkömmliche Lehre verwendet hingegen die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit, des Schadens, der Kausalität und des Verschuldens. Diese Terminologie verwenden auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 3 ff., für die Nebenansprüche bei unrechtmässigem Besitz. Im Ergebnis stellen sich keine Unterschiede ein.

1. Rechtswidrigkeit

Rechtswidrigkeit bedeutet Verstoss gegen das rechtlich Erlaubte. Die Auffassungen, was genau darunter zu verstehen ist, gehen auseinander. Geht man vom Erfolgsunrecht aus, knüpft die Rechtswidrigkeit an die Beeinträchtigung des Rechtsgutes an. Die Zerstörung einer Vase wegen mangelnder Vorsicht beim Abstauben ist rechtswidrig, weil in ein absolut geschütztes Rechtsgut (das Eigentum) eingegriffen worden ist. Folgt man dem Verhaltensunrecht, ist nicht der Umstand, dass ein Rechtsgut beeinträchtigt worden ist, massgeblich, sondern das Verhalten, das zu der Rechtsgutverletzung geführt hat. Vorgeworfen wird nicht, dass die Vase kaputt ist, sondern, dass beim Putzen nicht die nötige Sorgfalt an den Tag gelegt worden ist.[444]

In der neueren Lehre wird mehrheitlich dem Verhaltensunrecht der Vorzug gegeben.[445] Dem soll auch hier gefolgt werden. Wie sogleich detailliert zu zeigen sein wird, legen die Bestimmungen von Art. 938 ff. ZGB insbesondere fest, welche Verhaltensweisen vom unberechtigten Besitzer gefordert werden. Dabei ist – wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt – vorrangig zwischen gutem und bösem Glauben zu unterscheiden.

2. Rechtsgutverletzung

Die Rechtsgutverletzung bezieht sich auf den Eingriff in ein rechtlich geschütztes Interesse.[446] Das Gesetz definiert nicht abstrakt, welche Interessen geschützt sind. Es lassen sich jedoch zahlreiche Rechtsgütergruppen identifizieren. Die bedeutendsten sind a) die persönlichen Rechtsgüter wie das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die persönliche Ehre usw.; b) das Eigentum; und c) das Vermögen.[447]

444 Ausführlich zum Ganzen *Roberto* (2018), N 4.1 ff.; siehe auch *Oftinger/Stark* (1995), N 4.23 ff.; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 298 ff.

445 *Fellmann/Kottmann* (2012), N 276 ff. und 334 f.; CHK-*Müller* (2016), Art. 41 OR, N 44; *Roberto* (2018), N 4.8.

446 *Roberto* (2018), N 5.1.

447 *Roberto* (2018), N 5.3; detailliert zu den persönlichen Rechtsgütern N 5.12 ff., zum Eigentum N 5.54 ff. und zum Vermögen N 5.65 ff.; siehe auch *Fellmann/Kottmann* (2012), N 153 ff.; BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 76 ff., wo die verschiedenen Schädigungsarten unter dem Begriff des Schadens diskutiert werden.

Für die Zwecke des hier interessierenden Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist das verletzte Rechtsgut naturgemäss das Eigentum. Eine Verletzung des Eigentums ist gegeben, wenn die Sache des Geschädigten zerstört oder beschädigt wird, aber auch schon die Wegnahme, Vorenthaltung oder Störung des Besitzes an der Sache begründen die erforderliche Rechtsgutverletzung.[448] Da für die Anwendbarkeit der Art. 938 ff. ZGB immer ein Herausgabeanspruch vorausgesetzt wird, der Besitzer also gerade nicht über sein Eigentum verfügen kann, ist diese Haftungsvoraussetzung notwendigerweise immer erfüllt. Sie wird im Folgenden keinen Anlass mehr zu Diskussionen geben.

3. Kausalität

Im Rahmen der Kausalität wird geprüft, ob die eingetretene Rechtsgutverletzung auf das rechtswidrige Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist. Nach herrschender Auffassung beginnt diese Prüfung beim natürlichen Kausalzusammenhang, der fragt, ob das rechtswidrige Verhalten *condicio sine qua non* für die Rechtsgutverletzung gewesen ist. Im Rahmen dieser Beurteilung, bei der alles als Schädigungsursache gilt, was nicht weggedacht werden kann, ohne dass die Rechtsgutverletzung entfällt, resultiert zumeist eine schier unüberschaubare Liste an möglichen Ursachen.[449] Diese soll in einem zweiten Schritt durch Prüfung der Adäquanz eingeschränkt werden.[450]

Das Bundesgericht verwendet zur Umschreibung der Adäquanz den Textbaustein: «Nach allgemeinen Grundsätzen gilt ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.»[451] Diese Umschreibung wird auch im Schrifttum regelmässig verwendet,[452] wenngleich sie wegen ihres geringen Erkenntniswerts kritisiert wird.[453]

448 *Roberto* (2018), N 5.54.
449 *Oftinger/Stark* (1995), N 3.10 ff.; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 407 f.; *Roberto* (2018), N 6.3.
450 *Oftinger/Stark* (1995), N 3.14; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 409 f.; *Roberto* (2018), N 6.36.
451 Anstelle vieler BGE 145 III 72, 81, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen.
452 Siehe etwa *Oftinger/Stark* (1995), N 3.15; *Roberto* (2018), N 6.37.
453 Siehe *Roberto* (2018), N 6.54 ff., mit weiteren Hinweisen.

4. Verschulden

Folgt man dem Verhaltensunrecht, reduziert sich die Bedeutung des Verschuldens auf die Urteilsfähigkeit des Schädigers. Die Frage, ob der Schädiger pflichtgemäss gehandelt hat, ist im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu prüfen.[454] Nach herkömmlichem Verständnis wäre unter dem Prüfpunkt des Verschuldens neben der Urteilsfähigkeit als subjektive Komponente die Vorwerfbarkeit als objektive Komponente[455] zu beurteilen.[456]

Das Gesetz erwähnt das Verschulden in den hier interessierenden Bestimmungen bloss in Art. 940 Abs. 3 ZGB. Danach haftet der bösgläubige Besitzer nur bei Verschulden, wenn er nicht weiss, wem er die Sache herausgeben muss. Andernfalls haftet er auch für den Zufall. Der hinter dieser Bestimmung stehende Rechtsgedanke konkretisiert das Verhalten, das vom Besitzer gefordert wird: Wenn der bösgläubige Besitzer nicht weiss, wem er die Sache auszuhändigen hat, gebietet sich ein anderes Verhalten, als wenn er die Sache ohne Verzögerung herausgeben könnte. Das wirkt sich auch auf seine Haftung aus.

II. Haftungsvoraussetzungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

1. Gutgläubiger Eigenbesitzer

Hat sich der Besitzer gutgläubig für den uneingeschränkten Alleineigentümer halten dürfen, fällt jeder Schadenersatzanspruch gegen ihn ausser Betracht. Der Besitzer wird vom Recht so behandelt, als wäre er tatsächlich der Eigentümer der Sache. Mit dem Eigentum ist das Recht verbunden, mit der Sache im Rahmen der Rechtsordnung tun und lassen zu können, was man will (Art. 643 Abs. 1 ZGB). Die Sache kann gebraucht, verbraucht, beschädigt, weggeworfen, veräussert oder vernichtet werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Schädigung im Rahmen einer strafbaren Handlung erfolgt.[457]

454 *Roberto* (2018), N 7.1.

455 *Oftinger/Stark* (1995), N 5.40.

456 *Fellmann/Kottmann* (2012), N 528 und schon 525, wo es heisst: «Seiner Funktion nach ist das Verschulden primäres Zurechnungskriterium der Haftung.» Siehe auch *Oftinger/Stark* (1995), N 5.1 ff.; BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 166 ff.

457 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 9.

Beispiel:[458] Der gutgläubige Eigenbesitzer B. zündet das vermeintlich ihm gehörende Fahrzeug des Eigentümers E. in der St. Galler Innenstadt an. Dadurch hat er mutmasslich eine Gemeingefahr herbeigeführt und den Tatbestand der Brandstiftung (Art. 221 Abs. 1 StGB) erfüllt.[459] E. hat gegen ihn trotzdem keine Ansprüche.

Art. 938 Abs. 2 ZGB lässt die Rechtswidrigkeit bei all diesen Verhaltensweisen entfallen, weshalb für den Schaden, der hierdurch beim Eigentümer entsteht, auch kein Ersatz zu leisten ist.[460]

Geht der Eigenbesitzer nicht von einer uneingeschränkten Alleineigentumsposition aus, gilt das soeben Gesagte nur eingeschränkt. Nimmt der Besitzer an, Miteigentümer einer Sache zu sein, darf er die Sache nicht derart beeinträchtigen, dass die Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeit der übrigen Miteigentümer beschränkt wird (Art. 648 Abs. 1 ZGB).[461] Gleiches gilt, wenn er mit einer späteren Herausgabepflicht rechnen muss, wie etwa beim Vorerbe.[462] Diese Fälle sind jedoch nicht eine Ausnahme von der Regel. Vielmehr handelt es sich dabei um eine stringente Anwendung des Grundsatzes, dass sich die Haftung nach dem gutgläubig vermuteten Recht richtet. In den skizzierten Konstellationen wäre auch der tatsächlich Berechtigte schadenersatzpflichtig, wenn er die Sache z. B. vorsätzlich zerstören würde.

2. Gutgläubiger Fremdbesitzer

Anders als der Eigenbesitzer muss der Fremdbesitzer ganz natürlich davon ausgehen, dass er die Sache irgendwann einem anderen wieder zurückgeben muss. Wie er während der Dauer des Besitzes berechtigt ist, mit der Sache umzugehen, richtet sich derweil auch hier nach dem gutgläubig vermuteten Rechtsverhältnis.[463] Dieses definiert, was für die Haftpflicht als rechtswidriges Verhalten anzusehen ist.

458 Siehe auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 9.
459 Hierzu etwa *Donatsch/Thommen/Wohlers* (2017), 35 ff.
460 BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 2.
461 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 10.
462 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 10, mit weiteren Hinweisen.
463 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 11; siehe auch schon ausführlich vorne Kapitel 1, Abschnitt F.

Zu prüfen ist damit auch hier, von welcher Rechtslage der Besitzer gutgläubig hat ausgehen dürfen. Zumeist leitet er seine Berechtigung aus einer Vereinbarung mit seinem Oberbesitzer ab. Diese Vereinbarung definiert die Rechte und Pflichten zwischen dem Oberbesitzer und dem unmittelbaren Fremdbesitzer bindend, kann aber dem Eigentümer, der die Sache zurückfordert, mit Blick auf das Besitzrecht an der Sache nicht entgegengehalten werden. Hinsichtlich der Nebenfolgen wird das Vertrauen des unmittelbaren Besitzers in die Nutzungsmöglichkeiten gemäss der Vereinbarung jedoch geschützt. Sieht sich der Besitzer als Mieter, Pächter, Entlehner, Aufbewahrer in einem Hinterlegungsvertrag oder auch als Nutzniesser oder Pfandgläubiger, so treffen ihn die entsprechenden vertraglichen und gesetzlichen Pflichten zur Behandlung und Rückgabe der Sache.[464]

Im Ergebnis bedeutet das bezüglich der Schadenersatzpflicht, dass sich die Verhaltenspflichten gegenüber dem Eigentümer nach dem Verhältnis zwischen dem Oberbesitzer und dem unmittelbaren Fremdbesitzer richten. Schuldet der Fremdbesitzer dem Oberbesitzer nichts, kann auch der Eigentümer keine Ansprüche geltend machen.[465] Ist vertraglich eine Haftungsbeschränkung vereinbart worden, gilt diese folglich auch gegenüber dem Eigentümer.[466]

Hat der Fremdbesitzer seine Nutzungsbefugnisse überschritten, besteht ein Haftungsanspruch. Dieser ist an zwei Stellen denkbar: beim herausgabeberechtigten Eigentümer und beim Oberbesitzer, der seinen Anspruch auf die Vertragsverletzung stützen könnte. In der älteren Lehre wurde vertreten, der Anspruch des Oberbesitzers gehe durch Legalzession auf den Eigentümer über.[467] Einen solchen Forderungsübergang sieht das Gesetz jedoch nicht vor. Eine Zession

464 Siehe etwa Art. 257*f* OR und Art. 267 OR (Miete), Art. 283 OR und Art. 299 OR (Pacht), Art. 306 OR und Art. 309 f. OR (Leihe), Art. 474 ff. OR (Hinterlegungsvertrag), Art. 752 und 764 ZGB (Nutzniessung), Art. 889 f. ZGB (Faustpfand); BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 12; siehe auch *Hürlimann-Kaup* (2008), N 321 ff., mit Hinweisen zum Mietvertrag; BSK-*Ernst* (2019), Art. 938 ZGB, N 3, mit einigen Grenzfällen.

465 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 14; *Keller* (1940), 38; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 12; für das deutsche Recht etwa *Wolff/Raiser* (1957), 335; Staudinger-*Thole* (2019), § 991 BGB, N 28 ff.

466 *Hürlimann-Kaup* (2008), N 321 ff., mit dem Beispiel eines Ausschlusses der leichten Fahrlässigkeit bei der Automiete.

467 BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 8.

von Gesetzes wegen fällt daher ausser Betracht. Dem Eigentümer kommt vielmehr ein eigener Anspruch zu.[468] Hat der Fremdbesitzer den Schadenersatz bereits an den Oberbesitzer bezahlt, hat der Eigentümer keinen Anspruch mehr gegen den Fremdbesitzer, denn durch die Zahlung des Schadenersatzes ist die Sache wieder dem vermuteten Recht gemäss gebraucht.[469] Der Eigentümer hat in dieser Konstellation den Schadenersatz vom Oberbesitzer zu fordern. Wie bereits ausgeführt,[470] stellt die Schadenersatzzahlung ein Surrogat für die Sachsubstanz dar. Dieses darf der Oberbesitzer unabhängig von seiner Gut- oder Bösgläubigkeit nicht behalten, sondern hat es nach allgemeinem Bereicherungsrecht herauszugeben.

3. Bösgläubiger Besitzer

Der bösgläubige Besitzer geniesst das Privileg von Art. 938 Abs. 2 ZGB nicht. Damit kommt es nicht zum Wegfall der Rechtswidrigkeit, die das Gesetz für den gutgläubigen Besitzer vorsieht. Vielmehr verwirklicht sich der Gedanke, dass der bösgläubige Besitzer die Sache sofort herauszugeben hat. Tut er dies nicht, wird er für sämtliche Schäden ersatzpflichtig, die auf die rechtswidrige Vorenthaltung zurückzuführen sind. Dabei erlegt das Gesetz dem bösgläubigen Besitzer unterschiedliche Verhaltenspflichten auf, je nachdem, ob er weiss, wem die Sache herauszugeben ist oder nicht.

a. Zufallshaftung bei Kenntnis des Eigentümers

Weiss der bösgläubige Besitzer, wem er die Sache zu überlassen hat, verleiht das Gesetz der Rückgabepflicht Nachdruck, indem es den Besitzer für alle durch die Vorenthaltung verursachten Schäden haften lässt, selbst wenn sie nur zufällig eingetreten sind.[471] Diese Zufallshaftung von Art. 940 Abs. 1 ZGB erinnert an die Haftung des Schuldners im Verzug, sofern dieser verschuldet ist (Art. 103

468 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 14; *Keller* (1940), 54; *Hürlimann-Kaup* (2008), N 321; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 16.

469 *Hürlimann-Kaup* (2008), N 321; siehe auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 14.

470 Siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt C.VI.

471 Anstelle vieler ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 6; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 10; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 6.

OR).[472] Diese Ähnlichkeit erstaunt nicht, sind doch die Fälle wertungsmässig gleich zu sehen. In beiden Konstellationen wüsste der präsumtiv Haftpflichtige, wem die Sache zu übergeben wäre; die Übergabe erfolgt wegen seines blossen Unwillens oder Unvermögens indes nicht. Beim Schuldnerverzug hat der Schuldner immerhin noch die Möglichkeit, darzutun, dass ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Gelingt ihm dies, greift die Zufallshaftung nicht (Art. 103 Abs. 2 OR). Dem entspricht die Möglichkeit des bösgläubigen Besitzers, zu zeigen, dass er die Sache nicht hat herausgeben können, weil der Eigentümer nicht ermittelt werden konnte oder unerreichbar war. Liegt ein solcher Fall vor, greift Art. 940 Abs. 3 ZGB, der die Haftung nur bei einer Verletzung der gebotenen Sorgfalt vorsieht.[473] Andernfalls ist der Ausweg für den bösgläubigen Besitzer einfach: Will er der strengen Haftung entkommen, muss er die Sache umgehend zurückgeben.

Im deutschen Recht spiegelt sich diese Parallele zwischen Schuldnerverzug und herausgabeunwilligem Besitzer gar im Gesetz wider. § 990 BGB, der sich mit der Haftung des bösgläubigen Besitzers beschäftigt, verweist für die Schadenersatzfolgen in Abs. 1 zunächst auf § 989 BGB. Dieser sieht ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit[474] eine Verschuldenshaftung für den Fall vor, dass «die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm [dem verklagten Besitzer] nicht herausgegeben werden kann». Die möglichen Ansprüche sind also beschränkt: Zum einen ist auf Stufe der Haftungsvoraussetzungen ein Verschulden des Besitzers erforderlich; Zufallsschäden werden nicht dem Besitzer angelastet.[475] Zum anderen wird lediglich der Schaden aus Verschlechterung oder Untergang der Sache sowie sonstiger Unmöglichkeit

472 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 6; *Schenker* (1988), N 303 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 12; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 6; siehe auch die weiteren Bestimmungen, die eine Haftung für den Zufall vorsehen, wie etwa Art. 306 OR für die Gebrauchsleihe, Art. 420 Abs. 3 OR für die Geschäftsführung ohne Auftrag oder Art. 474 für den Hinterlegungsvertrag; siehe auch *Pinger* (1974), 186, der explizit von «Leistungsstörungsrecht» spricht.

473 Siehe hierzu sogleich Abschnitt B.II.3.b.

474 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt E.III.1.a.ii.

475 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 29.

der Rückgabe ersetzt. Kein Anspruch besteht insbesondere auf den Vorenthaltungsschaden.[476] § 990 Abs. 2 BGB sieht sodann vor, dass eine weitergehende Haftung wegen Verzugs unberührt bleibt. Tritt der Verzug ein, schuldet der bösgläubige Besitzer auch Ersatz des Vorenthaltungsschadens und haftet für den Zufall.[477]

Nach deutschem Recht ist folglich für die Haftungsausweitung erforderlich, dass der bösgläubige Besitzer im Verzug ist. Das schweizerische Recht nimmt dies derweil für jeden bösgläubigen Besitzer an, der die Sache zurückgeben könnte. Im Ergebnis liegen den beiden Normen dieselben Wertungsgesichtspunkte zugrunde: Wer willentlich nicht liefert, hat für allen Schaden einzustehen.[478] Aus rein praktischer Sicht dürfte übrigens auch im deutschen Recht häufig eine dem schweizerischen Recht ähnliche Lage bestehen, kann doch die den Verzug auslösende Mahnung im Einzelfall auch entbehrlich sein (§ 286 Abs. 2 BGB). So muss z. B. der Dieb nicht gemahnt werden.[479]

Keine Haftung des bösgläubigen Besitzers besteht immerhin, wenn er sich auf das rechtmässige Alternativverhalten berufen kann.[480] Damit fehlt es bereits am natürlichen Kausalzusammenhang,[481] denn selbst wenn die Vorenthaltung des Eigentums weggedacht wird, kommt es zur Eigentumsverletzung.

Beispiel: B. ist Nachbar von E., dem Eigentümer einer wertvollen Vase. B. hat die Vase von E. gestohlen und bewahrt sie in seinem Haus auf. Es kommt zu einem Erdbeben, bei dem die Vase zerstört wird. Das Eigentum von E. wäre auch in seinem Haus vernichtet worden. B. haftet folglich nicht.

476 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 89/15 vom 18. März 2016, BGHZ 209, 270 = NJW 2016, 3235, 3236; Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 12 und 50; MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 4.

477 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 102 f.

478 BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 6, spricht von einer «ungetreuen Innehabung».

479 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 105, mit weiteren Hinweisen.

480 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 7; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.57; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 10; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 6; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 102; siehe zum rechtmässigen Alternativverhalten etwa BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 149h; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 510 ff.; *Roberto* (2018), N 6.24 ff.

481 BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 149h.

b. Verschuldenshaftung bei fehlender Herausgabemöglichkeit

Kann der bösgläubige Besitzer die Sache nicht zurückgeben, weil er den Eigentümer nicht kennt, besteht die Haftung nach Art. 940 Abs. 3 ZGB nur bei Verschulden. Es ist in diesen Fällen anhand der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen zu beurteilen, ob dem unberechtigten Besitzer die Schädigung vorgeworfen werden kann.[482] Dabei will ihn das Gesetz jedoch noch immer zur Rückgabe anhalten. Rechtswidrig ist daher jedes Verhalten, das gegen die «objektiven Regeln einer ordnungsgemässen Bewirtschaftung»[483] verstösst. Den bösgläubigen Besitzer trifft mit anderen Worten die Pflicht, die Sache so gut wie möglich zu erhalten, damit er sie dem Eigentümer zu gegebener Zeit herausgeben kann. Auf dieses zusätzliche Element der Bewirtschaftungspflicht bezieht sich denn auch das Verschuldenserfordernis des Gesetzes, nicht schon auf seine Bösgläubigkeit.[484] Wird gegen die Verhaltenspflicht verstossen und kommt es zu einer kausalen Schädigung, haftet der bösgläubige Besitzer.

Richtigerweise kommt diese eingeschränkte Haftung nicht nur dem bösgläubigen Besitzer zugute, der nicht weiss, wem er die Sache herausgeben muss. Art. 940 Abs. 3 ZGB ist auch anwendbar, solange der Besitzer den Berechtigten nach Treu und Glauben bei allen zumutbaren Ermittlungen nicht ausfindig machen kann.[485] Ferner schuldet auch derjenige, der die Sache nicht zurückgeben kann, z. B. weil der Eigentümer nicht erreichbar ist, nicht mehr als die ordnungsgemässe Bewirtschaftung bis zum Zeitpunkt der Rückgabemöglichkeit.[486]

> *Beispiel:* Der bösgläubige Besitzer B. hat die wertvolle Briefmarkensammlung von E. gefunden, konnte diesen jedoch nicht ausfindig machen. Nach zwei Jahren beschliesst B. eigenmächtig, die Sammlung zu vernichten. E. hat gegen B. einen Schadenersatzanspruch, weil dieser zur Aufbewahrung verpflichtet gewesen wäre. Mit seinem Handeln hat er die Briefmarkensammlung in kausaler Weise zerstört. Hat dagegen B. nicht beschlossen, die Sammlung zu vernichten, sondern ist sie untergegangen, weil ein Blitz beim Einschlag das ganze Haus von B. in Brand gesetzt hat, haftet er nicht.

482 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 12 *e contrario*.
483 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 19.
484 BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 13.
485 BGE 120 II 191, 195 f., E. 3c/cc.
486 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 18, mit dem Beispiel, dass sich der Eigentümer im Ausland befindet und die Grenzen geschlossen sind.

Schliesslich wird vertreten, die Haftung aus Verschulden sei nicht am Platz, wenn der bösgläubige Besitzer den Berechtigten nicht kennt, aber gar nicht die Absicht hat, die Sache zurückzugeben. Dies ergebe sich aus dem Sinn der Gesetzesnorm.[487] Es muss jedoch auch hier danach differenziert werden, ob der unberechtigte Besitzer versucht hat, den Eigentümer zu finden, dann aber wegen mangelnden Erfolgs beschlossen hat, die Sache zu behalten, oder ob er von Beginn weg gar keine Anstrengungen unternommen hat, den Eigentümer zu ermitteln. Im zweitgenannten Fall handelt er treuwidrig und ist der schärferen Haftung zu unterstellen. Hat er es dagegen redlich versucht und den Berechtigten trotzdem nicht gefunden, kann weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Norm auf das Ausbleiben der Haftung nach Art. 940 Abs. 3 ZGB geschlossen werden. Die fehlende Absicht zur Rückgabe ist damit für die Beurteilung der Haftungsbeschränkung nur mittelbar relevant.

C. Haftungsfolgen

I. Mögliche Schadenspositionen

1. Verschlechterung der Sache

Denkbar ist zunächst, dass sich im Zuge des rechtswidrigen Eigentumseingriffs durch den unberechtigten Besitzer der Zustand der Sache verschlechtert und sich deren Funktionstauglichkeit vermindert.[488] Der Wertverlust kann dabei eintreten, weil der unberechtigte Besitzer übermässig auf die Sache einwirkt, aber auch, weil er es unterlässt, die notwendigen und üblichen Pflege- und Reparaturarbeiten auszuführen.[489] So stellt etwa der Korrosionsschaden an einem Fahrzeug infolge mangelnder Wartung, die Werteinbusse eines Rennpferdes infolge mangelnder Bewegung[490] oder die unterlassene Ausbesserung eines Dachlecks, das zu weiteren Wasserschäden am Haus führt,[491] eine ersatzpflichtige Verschlechterung dar.

487 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 17, mit Verweis auf *Hinderling* (1977), 516.
488 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 7; zur Substanzbeeinträchtigung *Stehle* (2016), N 132 ff.
489 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 7; MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 4, je mit weiteren Hinweisen.
490 Zu diesen beiden Beispielen Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 7.
491 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 6.

Dem Grundsatz nach ist auch die gewöhnliche, durch den Gebrauch des Besitzers verursachte Abnutzung der Sache eine ersatzpflichtige Verschlechterung.[492] Diesbezüglich ist indessen zu berücksichtigen, dass die gewöhnliche Abnutzung möglicherweise auch im Rahmen der Herausgabe der Gebrauchsvorteile zu ersetzen ist. Handelt es sich um einen bösgläubigen Eigenbesitzer, ist die gewöhnliche Abnutzung im objektiven Mietwert oder der linearen Teilabschreibung bereits einkalkuliert.[493] Der Fremdbesitzer bezahlt die gewöhnliche Abnutzung in der Regel mit dem Nutzungsentgelt, das er seinem Oberbesitzer zu entrichten hat.[494] Freilich kann der Eigentümer die Entschädigung für ein und dieselbe Sache nicht zweimal fordern. Vielmehr wird der entsprechende Teil der Nutzungsentschädigung auf den Schadenersatz angerechnet. Der Eigentümer erhält unter dem Titel des Schadenersatzes lediglich den über die Gebrauchsvorteile hinausgehenden Teil ersetzt.[495] Alternativ liesse sich auch argumentieren, die gewöhnliche Abnutzung der Sache stelle gar keine Sachverschlechterung dar,[496] wodurch sich eine Doppelentschädigung gar nicht ergäbe, oder der Eigentümer habe die Wahl, ob er die Nutzungsherausgabe oder den Schadenersatz fordern will.[497]

Möglich ist ferner, dass die Sache nicht aufgrund körperlicher Einwirkung an Wert verliert, sondern eine rechtliche Verschlechterung erfolgt, etwa weil der unrechtmässige Besitzer sie mit einem Recht belastet hat (z. B. einem Pfandrecht). Hierin liegt grundsätzlich ebenfalls ein Schaden, der zu ersetzen ist.[498]

492 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 7; MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 4. Die Abnutzung, die durch blossen Zeitablauf ohnehin eingetreten wäre, fällt indessen nicht darunter.

493 Siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt E.II.

494 Siehe z. B. für die Miete Art. 267 Abs. 1 OR bzw. für die Pacht Art. 299 OR.

495 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 55.

496 Siehe für den Pachtvertrag *Loos* (1963), 991, wonach im Pachtzins zum Teil auch ein «Kaufpreis» stecke.

497 So etwa Erman-*Hefermehl* (2000), § 989 BGB, N 2, mit weiteren Hinweisen; ähnlich auch Erman-*Ebbing* (2017), § 989 BGB, N 8; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 989 BGB, N 6.

498 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 8; BK-*Zobl/Thurnherr* (2010), Art. 884 ZGB, N 873; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 7.

Kein ersatzfähiger Schaden besteht dagegen, wenn die Sache bloss wegen der schlechten Marktentwicklung an Wert verliert. Hier mangelt es an der erforderlichen (natürlichen) Kausalität, die der unberechtigte Besitzer zu vertreten hätte.[499]

2. Untergang der Sache

Die Sache kann auf unterschiedliche Weise untergehen. Der offensichtliche Fall ist ihre körperliche Zerstörung. Ausser im Fall des gutgläubigen Eigenbesitzers besteht kein Recht, die Sache zu vernichten. Dementsprechend ist der Wert der zerstörten Sache zu ersetzen. Dasselbe gilt, wenn die Sache physisch zwar noch vorhanden, aber durch Beschädigung in ihrem Wert derart herabgesetzt ist, dass wirtschaftlich von einem Totalausfall ausgegangen werden muss.[500]

Zu ersetzen ist auch der Schaden, der im Zusammenhang mit dem Verbrauch der Sache eintritt.[501] Hierbei ist jedoch wiederum zu beachten, dass dem Eigentümer nach der hier vertretenen Auffassung auch ein Anspruch aus Bereicherungsrecht zusteht.[502] Bei den Verbrauchsvorteilen handelt es sich nicht um Nutzungen im Sinne von Art. 938 ff. ZGB. Der gutgläubige Eigenbesitzer schuldet zwar keinen Schadenersatz, weil er aufgrund seiner Stellung nicht rechtswidrig gehandelt hat. Er hat aber die Bereicherung nach Art. 62 ff. OR herauszugeben. Beim gutgläubigen Fremdbesitzer und dem bösgläubigen Besitzer liegt Rechtswidrigkeit vor, denn sie dürften dem vermuteten Recht nach die Sache (in aller Regel) nicht verbrauchen. Der Schadenersatzanspruch ist derweil auf den Teil begrenzt, der über die Nutzungsherausgabe hinausgeht.

499 BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 8; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 12, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

500 Soergel-*Stadler* (2007), § 989 BGB, N 13; Erman-*Ebbing* (2017), § 989 BGB, N 10; Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 13.

501 Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 5. Februar 1941, ZR 1942, 198, 203; siehe auch die Erwägungen des Bundesgerichts hierzu in ZR 1942, 198, 204 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 7; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 13; MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 7.

502 Siehe schon vorne Kapitel 2, Abschnitt C.IV.

3. Veräusserung der Sache und Rechtsverfolgungskosten gegen Dritte

Veräussert der unrechtmässige Besitzer eine Sache an einen Dritten, so hat der Eigentümer möglicherweise auch gegen diesen einen Herausgabeanspruch (Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 934 ZGB oder Art. 936 ZGB). Er kann seine Sache also zurückerlangen, wodurch bei ihm mit Blick auf den Sachwert selbst kein Schaden entsteht (die Abnutzung vorbehalten). Möglicherweise hat der Eigentümer jedoch Kosten für die Rechtsdurchsetzung zu tragen. Ebenso erhält er die Sache unter Umständen nur gegen Bezahlung eines Lösegelds zurück. Dies ist namentlich der Fall, wenn der neue Besitzer die Sache bei einer Versteigerung, auf einem Markt oder bei einem Kaufmann erworben hat, der mit Sachen der nämlichen Art handelt (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Für diese Kosten der Rechtsverfolgung und auch für die Auslösesumme haftet der bösgläubige Besitzer in vollem Umfang.[503]

Kann der Eigentümer die Sache vom derzeitigen Besitzer gar nicht fordern, weil dieser gültig Eigentum erworben hat (z. B. weil es sich um eine anvertraute Sache gehandelt hat und der jetzige Besitzer beim Erwerb gutgläubig gewesen ist [Art. 933 ZGB]) oder er schlicht nicht ausfindig gemacht werden kann, schuldet der Zwischenbesitzer Schadenersatz in Höhe des Sachwertes.[504] Hat der bösgläubige Besitzer im Rahmen der Veräusserung einen höheren Preis erzielt als den Betrag, welchen der Eigentümer als Schadenersatz erhält, kann der Eigentümer zusätzlich die Gewinnherausgabe gestützt auf Art. 423 OR verlangen.[505]

Bedeutsam kann für den Eigentümer in dieser Konstellation schliesslich die Frage sein, ob er alle rechtlichen Schritte gegen den derzeitigen Besitzer der Sache unternehmen muss, bevor er Schadenersatz vom Zwischenbesitzer fordern kann. Zu dieser Frage hat sich das Bundesgericht bereits in einer alten Entscheidung von 1912 geäussert:

503 BGE 38 II 465, 468, E. 1; BGE 45 II 263, 265; BGE 79 II 59, 61, E. 1; BGE 84 II 253, 260, E. 2, mit Hinweisen auf nicht publizierte Entscheidungen; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 7; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 9a; *Steinauer* (2019), N 692.

504 *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 9a.

505 *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 7; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 9a; siehe hierzu auch *Bürgi-Wyss* (2005), 254; *Roberto* (2008), 28 f.; *Honsell* (2017), 371 f.; BSK-*Oser/Weber* (2020), Art. 423 OR, N 8.

> Zunächst hielt es fest: «Weiterhin ist auch die vom Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Passivlegitimation […] abzuweisen, weil […] die Eigentumsklage nicht nur gegen den unselbständigen oder unmittelbaren Besitzer (Detentor), sondern auch (und sogar in erster Linie) gegen den selbständigen oder mittelbaren (‹juristischen›) Besitzer (Possessor) gerichtet werden kann, und weil übrigens der bösgläubige Erwerber sich der Sache entäussert hat, dadurch seiner Verpflichtung zu deren Rückerstattung, bezw. zum Ersatz ihres Wertes, nicht enthoben wird.»[506] Anschliessend fuhr es fort: «Die Beklagte ist daher nicht berechtigt, die Klägerin auf eine Klage gegen die Zürcher Kantonalbank zu verweisen […]. Vielmehr ist es Sache der Beklagten, die Titel von dem zu Gunsten der Kantonalbank darauf haftenden Pfandrecht zu befreien und der Klägerin daran den unbeschwerten Besitz zu verschaffen.»[507]

Die angesprochene Entscheidung erging zwar mit Blick auf die Verpfändung einer Sache. Inhaltlich muss jedoch für die Veräusserung das Gleiche gelten: Der bösgläubige Zwischenbesitzer kann sich seiner Schadenersatzpflicht nicht durch den Hinweis entziehen, der Eigentümer habe den Rechtsweg gegen den derzeitigen unmittelbaren Besitzer nicht vollständig ausgeschöpft.[508]

4. Vorenthaltungsschaden

In der Literatur findet sich häufig der Hinweis, bei bösgläubigem Besitz stehe der Schaden im Vordergrund, der darauf zurückzuführen ist, dass der Eigentümer die Sache während des Besitzes nicht hat gebrauchen können (sogenannter Vorenthaltungsschaden).[509] Dies legt auch der Wortlaut von Art. 940 Abs. 1 ZGB nahe, der dem Eigentümer «allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden» zuspricht. Bisweilen wird auch gesagt, der unberechtigte Besitzer habe den «Nutzungsausfall» zu ersetzen.[510] In der Regel wird daran anschliessend einschränkend erwähnt, die Ersatzfähigkeit sei auf Fälle beschränkt, in denen sich aus der fehlenden Gebrauchsmöglichkeit ein «wirtschaftlicher Nutzen» ergeben hätte. Beispielhaft wird dann etwa der Mähdrescher genannt, der über

506 BGE 38 II 465, 468, E. 1.

507 BGE 38 II 465, 468, E. 1.

508 BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 5; *Utku* (1939), 86; *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 8. Anders verhält es sich bezüglich des Anspruchs auf Nutzungsherausgabe für den Verkaufserlös (siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt C.V).

509 Siehe etwa *Sutter-Somm* (2014), N 1494; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 343; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 4.

510 BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 7.

die Wintermonate vorenthalten wurde, oder der Zweitregenschirm des Eigentümers. Im einen Fall sei kein Nutzen vereitelt worden, weil im Winter das Feld nicht bestellt werden müsse, im anderen, weil der Eigentümer noch einen anderen Regenschirm zur Verfügung gehabt habe, der seinen Zweck ebenso erfüllt habe. Folglich sei auch kein Schadenersatz geschuldet.[511]

Die Einschätzungen sind zwar im Ergebnis richtig, heben jedoch zu wenig hervor, dass es vorliegend nicht darum geht, ob der Eigentümer die Sache sinnvoll hätte nutzen können, sondern darum, ob überhaupt ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist. Das ist bei einem blossen Verlust von Gebrauchsvorteilen nicht der Fall. Aus dogmatischer Sicht begründen solche verlorenen Gebrauchsvorteile keine relevante Vermögensveränderung, die im Sinne der Differenztheorie zu einem Schaden führen würde.[512] Im schweizerischen Recht werden denn auch keine (rein fiktiven) Nutzungsentschädigungen als Schadenersatz anerkannt.

> *Auszug aus BGE 126 III 388:* «Comme l'ont relevé pertinemment certains auteurs, la perte de l'usage d'un bien ne représente que la source possible d'un dommage, mais pas le dommage en soi […]. En indemnisant cette perte, on ferait perdre à la notion de dommage consécutif au défaut tout lien concret avec une diminution de la fortune nette.»[513]

Anders als dies der Wortlaut von Art. 940 Abs. 1 ZGB auf den ersten Blick vermuten liesse, besteht für den entgangenen Nutzen an sich kein Anspruch auf Schadenersatz. Denkbar ist indessen, dass der Eigentümer einen solchen Anspruch nicht als Schaden geltend machen kann, aber auf dem Weg der Nutzungsherausgabe trotzdem Ersatz erhält, weil die Sache in dieser Zeit zivile Früchte abgeworfen hat oder vom unberechtigten Besitzer selbst genutzt worden ist.[514]

Als Schaden zu berücksichtigen sind hingegen die allenfalls getätigten konkreten Aufwendungen, die wegen der Vorenthaltung der Sache gemacht worden

511 So etwa *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 4; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 7.

512 *Fellmann/Kottmann* (2012), N 2372; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 18.11; siehe auch *Roberto* (2019), 1244 ff.; einlässlich *Roberto* (1997), 191 ff., insbesondere 208 f.; siehe zu den Begründungsversuchen über die Kommerzialisierungs- bzw. Frustrationstheorie *Roberto* (2018), N 24.5 ff.; für das deutsche Recht *Würthwein* (2001), insbesondere 224 ff.

513 BGE 126 III 388, 393, E. 11a; siehe auch BGE 127 III 403, 405, E. 4a; BGE 132 III 379, 384, E. 3.3.2.

514 Siehe hierzu vorne Kapitel 2, Abschnitt E.II.

sind. Anders als für die rein fiktiven Kosten für die entgangene Nutzung besteht hier ein Ersatzanspruch. Zu denken ist vorab an den Fall, dass der Eigentümer sich in der Zeit der Vorenthaltung eine Ersatzsache gemietet hat. Für diese kann er die effektiven Mietkosten verlangen, sofern sich die Aufwendungen im Rahmen des Erforderlichen und Angemessenen halten,[515] und zwar zusätzlich zu der Nutzungsherausgabe. Den Eigentümer trifft auch hier die allgemein anerkannte Schadenminderungspflicht.[516] Hierin zeigt sich auch, warum im eingangs erwähnten Mähdrescherfall tatsächlich kein Schadenersatz geschuldet ist: Braucht der Eigentümer den Mähdrescher im Winter nicht, mietet er auch keinen zu. Tut er dies doch, verstösst er gegen die Schadenminderungspflicht; die Kosten werden ihm nicht ersetzt. Anzumerken ist freilich, dass selbst unter diesen Gesichtspunkten nicht jede noch so kleine Minderungsmöglichkeit genutzt werden muss. Vielmehr kommt es darauf an, wie ein vernünftig Handelnder versuchen würde, die Kosten so gering wie möglich zu halten.[517] Allenfalls wären im genannten Beispiel auch die Mietkosten für den Winter zu ersetzen, wenn die Rückgabe des Mähdreschers für wenige Monate nur ein geringes Sparpotenzial mit sich brächte.

Hätte der Eigentümer die Sache nicht selbst gebraucht, sondern gegen Entgelt einem anderen überlassen, so ist der entgangene Gewinn zu ersetzen.[518] Überhaupt besteht die Haftpflicht für sämtliche Früchte, die der Eigentümer selbst aus der Stammsache gezogen hätte.[519] Hat sie auch der unberechtigte Besitzer bezogen, sind sie freilich nach Art. 940 Abs. 1 ZGB herauszugeben. Handelt es sich um noch vorhandene natürliche Früchte, kommt dem Eigentümer der Stammsache an den Früchten ein eigener Vindikationsanspruch zu.[520]

515 *Roberto* (1997), 209 f.; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 2369.

516 Hierzu etwa *Roberto* (2018), N 30.14 ff.

517 *Fellmann/Kottmann* (2012), N 2485; *Roberto* (2018), N 30.20; siehe auch Bundesgericht, Urteil 5A_45/2009 vom 29. Juni 2009, E. 3.2.2: «Grenze dieser Obliegenheit zur Schadenminderung bildet die Zumutbarkeit.»

518 *Roberto* (2018), N 28.34 ff. Diesen Schadenersatz kann der Besitzer nicht zusätzlich zu der Nutzungsentschädigung verlangen, da andernfalls eine doppelte Entschädigung für ein und dieselbe Sache ausgerichtet würde.

519 Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 102; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 990 BGB, N 41; MüKo-*Raff* (2020), § 990 BGB, N 38.

520 Hierzu sogleich Abschnitt C.I.5.

Ein Vorenthaltungsschaden kann lediglich bei bösgläubigem Besitz auftreten. Bei gutgläubigem Besitz ist die haftungsbegründende Vorenthaltung nicht rechtswidrig.

5. Ansprüche betreffend die gezogenen natürlichen Früchte

Wie bereits vorne ausgeführt wurde, erwirbt bei bösgläubigem Besitz der Eigentümer der Stammsache auch das Eigentum an den gezogenen natürlichen Früchten.[521] Folglich besteht auf dieser zweiten Ebene der Früchte wiederum die Möglichkeit einer deliktsrechtlich relevanten Eigentumsverletzung. Die Rechtswidrigkeit hinsichtlich dieser Eigentumsverletzungen beurteilt sich nach dem gleichen Massstab wie jenem für die Stammsache: Weiss der Besitzer, wem er die Früchte herauszugeben hätte, haftet er auch für die zufällige Beschädigung; weiss er es nicht, hat er die Früchte nach den Regeln einer ordnungsgemässen Wirtschaft zu verwalten. Hierzu gehört etwa, dass er verderbliche Früchte rechtzeitig verkauft und die erzielten Einkünfte beiseitelegt.[522]

II. Form des Schadenersatzes

Inhaltlich bestimmt sich der Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubte Handlung. Ziel dieser Bestimmungen ist es primär, einen erlittenen Schaden wiedergutzumachen, d. h. Ausgleich zu leisten.[523] Vor diesem Hintergrund ist es durchaus denkbar, Schadenersatz *in natura* zu verlangen.[524] Eine solche Naturalrestitution käme im Rahmen der Nebenansprüche insbesondere infrage, wenn die Sache verschlechtert worden, also noch vorhanden ist, und der Eigentümer den Besitzer befähigt sieht, die Reparaturarbeiten selbst auszuführen. In der Regel liegt es jedoch mangels entsprechender

521 Siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt E.I.

522 Siehe auch *Utku* (1939), 96.

523 Siehe etwa *Roberto* (2018), N 2.64.

524 Im schweizerischen Recht ist dies – anders als noch im römischen – grundsätzlich möglich (siehe etwa BGE 100 II 134, 142 f., E. 6b, und BGE 107 II 134, 139, E. 4, für die Wiederherstellung eines Grundstücks; BGE 110 II 183, 187 f., E. 3, wo anstelle der nicht mehr erhältlichen Goldbarren die Lieferung neuer Goldbarren angeordnet wurde; *Honsell/Isenring/Kessler* [2013], N 8.6; *Roberto* [2018], N 21.1).

Kenntnisse im Interesse weder des Eigentümers noch des unberechtigten Besitzers, die Naturalrestitution zu fordern.[525] Letztlich fällt es in das Ermessen des Gerichts, die Ersatzart festzulegen (Art. 43 Abs. 1 OR). In der Praxis lassen sich jedoch nur wenige Beispiele finden, in denen die Rechtsprechung auf Naturalrestitution erkannt hat.[526] Die weitaus häufigere Form ist der Wertersatz in Geld.[527]

III. Schadensberechnung

Ist Geldersatz zu leisten, stellt sich als Nächstes die Frage nach der Höhe des Ersatzes.

Nach in der Schweiz ganz vorherrschender Meinung ist der Schaden anhand der Differenzhypothese zu ermitteln.[528] Vorzunehmen ist demnach ein Vergleich des Vermögensstandes, wie er sich nach der Schädigung präsentiert, mit jenem, der vorläge, wäre es nicht zu der Schädigung gekommen.[529] Ein solcher Gesamtvermögensvergleich wird in der Praxis wegen der offensichtlichen Unzulänglichkeiten nicht durchgeführt.[530] Vielmehr ist auf die Vermögensveränderung im Zusammenhang mit den konkret interessierenden verletzten Rechtsgütern bzw. Gegenständen abzustellen.[531] Einschränkend zu bemerken ist hier, dass für gewisse Fallgruppen die Schadensberechnung nur abstrakt erfolgen kann

525 Siehe etwa *Oftinger/Stark* (1995), N 2.96; *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 5; *Roberto* (2018), N 21.2.

526 BK-*Brehm* (2013), Art. 43 OR, N 19a.

527 Dasselbe gilt freilich auch für das deutsche Recht (siehe hierzu etwa Staudinger-*Thole* [2019], § 989 BGB, N 46).

528 Anstelle vieler BGE 104 II 198, 199, E. a; BGE 115 II 474, 481, E. 3a; BGE 116 II 441, 444, E. 3a/aa; BGE 127 III 73, 76, E. 4a; BGE 129 III 331, 334, E. 2.2; *Oftinger/Stark* (1995), N 2.2 ff.; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 72; BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 69 ff.; *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.9; *Roberto* (2018), N 23.1; zu den alternativen Möglichkeiten siehe etwa *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.12 ff., mit weiteren Hinweisen.

529 *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 1.28, mit weiteren Hinweisen.

530 Zu den Unzulänglichkeiten *Roberto* (2018), N 23.5 ff.

531 Siehe auch BGE 129 III 131, 132, E. 2.

(wie etwa im Zusammenhang mit dem Erwerbsausfall, wo auf Tabellen abgestellt wird).[532] Für die vorliegend bedeutsamen Verletzungen ist eine konkrete Berechnung in der Regel jedoch ohne Weiteres möglich.

Damit ist aber noch nicht gesagt, wie hoch der zu ersetzende Schaden ist. Dies hängt massgeblich davon ab, was der Eigentümer verlangt: Will er den Zustand vor der Schädigung wiederhergestellt oder die Werteinbusse ersetzt erhalten; verlangt er mit anderen Worten Restitution oder Kompensation?[533]

Mit der Restitution wird die Vermögenseinbusse des Herausgabeberechtigten nicht nur wertmässig aufgewogen, sondern auch die Vermögenszusammensetzung wieder auf den Stand gebracht, der vor der Rechtsgutverletzung bestanden hat. Die beschädigte Sache wird wiederhergestellt oder durch eine andere, gleichwertige ersetzt.[534] Die Kompensation hat demgegenüber lediglich den Ausgleich der erlittenen Werteinbusse durch Geld zum Ziel. Diese Werteinbusse kann freilich deutlich geringer sein als das Wiederherstellungsinteresse.[535]

> *Beispiel:* Das Auto von A. ist mehrere Jahre alt und hat noch einen Wert von 1000 Franken. X. beschädigt das Auto von A., da er bei einem Rückfahrmanöver unvorsichtig ist. Dabei wird die Heckklappe des Autos eingedrückt. Die Reparatur würde 800 Franken kosten (Restitution); die Werteinbusse beträgt dagegen nur 300 Franken (Kompensation).

Lässt sich eine Sache reparieren, sind dem Eigentümer grundsätzlich die anfallenden Reparaturkosten zu ersetzen.[536] Dabei ist indessen eine Begrenzung nach der Angemessenheit der Reparaturaufwendungen vorzunehmen, namentlich wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, der Eigentümer sich also auch eine andere gleichwertige Sache anschaffen könnte. Diesfalls sind die zu bezahlenden Reparaturkosten auf die Wiederbeschaffungskosten[537] abzüglich des

532 *Roberto* (2018), N 28.3.

533 Hierzu grundlegend *Degenkolb* (1890), 1 ff.; siehe auch *Roberto* (1997), 9 ff. und 136; *Roberto* (2018), N 28.4 ff.

534 *Roberto* (2018), N 28.6.

535 *Roberto* (2018), N 28.8.

536 *Oftinger/Stark* (1995), N 6.367; *Landolt/Roberto* (2016), 85.

537 Ein etwaiger Liebhaberwert (Affektionswert) bleibt bei der Ermittlung des Sachwerts unberücksichtigt (siehe etwa *Oftinger/Stark* [1995], N 6.379; *Honsell/Isenring/Kessler* [2013], N 8.46; *Roberto* [2018], N 28.2). Ausgenommen sind freilich die Fälle, in denen der Liebhaberwert von

Restwerts der Sache und des Mehrwerts der neuen Sache zu beschränken.[538] Andernfalls würde der Schaden nicht gemindert, sondern auf dem Rücken des Besitzers unnötig vergrössert. Lässt sich die Sache nicht ersetzen, kann eine entsprechende Grenze nicht ermittelt werden. Der Besitzer hat somit die Reparaturkosten in voller Höhe zu übernehmen. Die Grenze bildet hierbei der Zustand, der vor der Schädigung bestanden hat.[539]

Bisweilen gleicht die Reparatur nicht jede Vermögensbeeinträchtigung aus. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Sache wegen der Eigenschaft, dass sie repariert worden ist, auf dem Markt einen geringeren Wert hat. Man spricht vom sogenannten merkantilen Minderwert. Er lässt sich regelmässig bei Fahrzeugen oder technischen Geräten beobachten. Für diesen Minderwert hat der Besitzer den Eigentümer zu kompensieren, und zwar unabhängig davon, ob der Eigentümer die Sache verkaufen will oder nicht.[540]

Ist die gebrauchte Sache untergegangen oder derart beschädigt worden, dass wirtschaftlich von einem Totalschaden ausgegangen werden muss, hat der Eigentümer Anspruch auf eine entsprechende Sache. Der Zustand hat dabei so zu sein, wie er es gewesen ist, als die Eigentumsverletzung, mithin die Vorenthaltung, begonnen hat. Handelt es sich um eine wertbeständige Sache, schuldet der Besitzer daher den Wert einer neuen Sache.[541] Ist die Sache nicht wertbeständig gewesen, ist nur der Zeitwert geschuldet.[542]

mehreren geteilt wird, die Sache mithin Sammlerqualität hat (*Honsell/Isenring/Kessler* [2013], N 8.46). Ebenso ist an die Regelung von Art. 43 Abs. 1bis OR zu denken, wonach das Gericht bei Tieren den Affektionswert berücksichtigen kann. Andernfalls ist eine Berücksichtigung der erlittenen Unbill im Rahmen der Genugtuung denkbar (*Oftinger/Stark* [1995], N 6.379, mit weiteren Hinweisen).

538 *Roberto* (2018), N 28.11, mit Hinweis auf Bundesgericht, Urteil 4A_61/2015 vom 25. Juni 2015, E. 3.1.

539 *Roberto* (1997), 146 f., mit weiteren Hinweisen.

540 BGE 64 II 137, 138 f., E. 3c; anders BGE 145 III 225, 229 f., E. 3.2.2 (betreffend eine Liegenschaft); siehe auch BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 78b; *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.51; *Roberto* (2018), N 28.25 ff.; *Roberto* (2019), 1242 ff.; *Roberto/Pavataj* (2019), insbesondere 987 ff.; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 18.8; vertieft *Roberto* (1997), 163 ff.

541 *Oftinger/Stark* (1995), N 6.363; *Roberto* (2018), N 28.29; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 18.2.

542 *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 18.2.

Bei Sachen, für die kein Gebrauchtmarkt besteht, wird sich der Eigentümer kaum anders zu behelfen wissen, als eine Ersatzsache in neuer Qualität zu besorgen. In diesen Fällen muss der Besitzer nicht den Anschaffungspreis für die Neuware ersetzen. Dieser ist um den Wert, der durch den vormaligen Gebrauch bereits verzehrt worden ist, zu korrigieren (sogenannter «Abzug neu für alt»).[543] Diese Abschreibung ist nach den Ansätzen, die für das jeweilige Wirtschaftsgut üblich sind, vorzunehmen. Je nachdem kann sie linear oder degressiv erfolgen.[544]

Bisweilen wird vertreten, dem Eigentümer sei trotz vorheriger Nutzung der Neuwert zu ersetzen, wenn ihm die Anschaffung gebrauchter Ware nicht zuzumuten sei (z. B. bei Kleidern).[545] Warum dies so sein sollte, ist nicht einzusehen. Hier würde aus reiner Billigkeit vom Grundsatz abgewichen, dass der Geschädigte durch den Schadenersatz nicht bereichert werden soll.[546] Denkbar ist ein solches Vorgehen aus praktischer Sicht einzig bei ohnehin niedrigen Preisen, wie sie etwa bei Kleidern vorkommen mögen, und aus dogmatischer Sicht, wenn die Sache zwar gebraucht worden ist, aber dem Eigentümer noch lange gedient hätte.[547]

Behilft sich der Eigentümer für die Zeit der rechtswidrigen Eigentumsvorenthaltung mit einer Ersatzsache, wird er diese in der Regel mieten. Die effektiven Mietkosten sind ihm vom Besitzer zu erstatten.[548] In der Rechtsprechung ist derweil gerade mit Blick auf die praktisch bedeutsamen Fälle der Vorenthaltung von Fahrzeugen eine gewisse Zurückhaltung auszumachen. So soll Ersatz nur geschuldet sein, wenn der Geschädigte aus wirtschaftlichen Gründen auf

543 Aus der Rechtsprechung etwa BGE 127 III 73, 77, E. 5b; *Oftinger/Stark* (1995), N 6.60 ff.; *Fellmann/Kottmann* (2012), N 1394 f.; *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.47; *Roberto* (2018), N 28.30; weiterführend *Roberto* (1997), 167 f.

544 *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.47.

545 *Oftinger/Stark* (1995), N 6.363.

546 Ebenso BK-*Brehm* (2013), Art. 42 OR, N 45; *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.48; *Roberto* (2018), N 28.31; *Schwenzer/Fountoulakis* (2020), N 18.2.

547 *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.48; *Roberto* (2018), N 28.31.

548 Wie bereits besprochen (siehe vorne Abschnitt C.I.4), kann der Eigentümer jedoch keine fiktiven Mietkosten als Schadenersatz geltend machen. Diese stellen aus dogmatischer Sicht schon gar keinen Schaden dar.

das Fahrzeug angewiesen ist[549] und ihm darüber hinaus die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel nicht zugemutet werden kann.[550] Geboten ist es hier, den ersatzfähigen Schaden an der Schadenminderungspflicht des Eigentümers festzumachen.[551] Zu berücksichtigen ist hierbei auch die Dauer, für die der eigene Wagen nicht benutzt werden kann. Liegt nur eine kurze Reparaturzeit vor, dürfte es eher zumutbar sein, auf einen Ersatzwagen zu verzichten und die öffentlichen Verkehrsmittel zu benutzen, als wenn das Fahrzeug mehrere Monate nicht zur Verfügung steht. Immerhin darf bei der Beurteilung auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass es die Schadenminderungspflicht im Einzelfall gerade gebietet, Ersatzwaren zu mieten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ansonsten die Produktionsanlagen stillstehen und entsprechend der Gewinnausfall vergrössert wird.[552]

Hätte der Eigentümer mit der Sache einen Gewinn gemacht, falls sie ihm nicht vorenthalten worden wäre, so ist ihm dieser entgangene Gewinn ebenfalls zu ersetzen. Da es sich hier häufig um rein hypothetische Abläufe handelt, stellen sich naturgemäss schwierige Fragen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, mit welcher ein Gewinn ohne die Rechtsgutverletzung tatsächlich hätte realisiert werden können.[553] Ebenso ergeben sich Schwierigkeiten im Hinblick auf die Beweislast, die für den Schaden beim Eigentümer liegt. Gelingt es dem Eigentümer jedoch, diese Schwierigkeiten zu überwinden, ist Ersatz geschuldet. Der Klarheit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass unter dem Titel des Schadenersatzes nur jener Gewinn interessiert, den der Eigentümer gemacht hätte. Der

549 *Oftinger/Stark* (1995), N 6.373; BK-*Brehm* (2013), Art. 43 OR, N 80; *Roberto* (2018), N 28.38.

550 Beispielhaft Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 9. Dezember 1964, GVP/SG 1964, 29, 32: «Wenn der Kläger sich die Anschaffung und Inbetriebsetzung eines Autos kosten liess, um das Ziel zu verwirklichen, dass der minderjährige Sohn sich täglich drei Stunden weniger lang auf dem Weg zum und vom Arbeitsplatz aufhalten musste, so geht sein Interesse daran, auch nicht vorübergehend auf die Verwirklichung dieses Zieles verzichten zu müssen, dem Interesse des Beklagten an der Einsparung einer Ersatzwagen-Miete zweifellos vor.»

551 Siehe auch *Honsell/Isenring/Kessler* (2013), N 8.54.

552 BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 78a.

553 Einlässlich zur Problematik *Roberto* (1997), 157 ff.

Gewinn, den (nur) der unberechtigte Besitzer aus dem Verkauf der Sache gezogen hat, ist bei Bösgläubigkeit[554] aus Art. 423 Abs. 1 OR (Geschäftsanmassung) herauszugeben, denn hier handelt es sich dogmatisch nicht um Schaden.[555]

IV. Schadenersatzbemessung

Wie die Schadensberechnung richtet sich auch die Schadensersatzbemessung nach den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, mithin sind die Art. 43 und 44 OR anwendbar.[556] Denkbar ist insbesondere, dass die Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens herabgesetzt wird.[557] Dieses Mitverschulden kann auch schon darin begründet liegen, dass der Eigentümer seinen eigenen Besitz an der Sache leichtsinnig aufgegeben hat.[558] Bei der Annahme, eine solche Leichtsinnigkeit begründe eine Haftungsreduktion, ist jedoch Zurückhaltung am Platz. Denkbar ist sie womöglich, wenn der Eigentümer die Sache einem notorischen Dieb anvertraut hat, der sie ihm dann nicht zurückgibt. Gleichwohl ist auch in solchen Fällen von einer übermässigen Strenge dem Eigentümer gegenüber abzusehen.

V. Mehrheit von Schädigern

Erfolgt die Schädigung einer vorenthaltenen Sache durch Zusammenwirken mit Drittschädigern, die mit dem unrechtmässigen Besitz nichts zu tun haben,

554 Zur Debatte, ob auch bei Gutgläubigkeit der Gewinn herauszugeben wäre, siehe die umfassenden Literaturhinweise zum Meinungsstand bei BSK-*Oser/Weber* (2020), Art. 423 OR, N 8; siehe auch *Roberto* (2008), 28 f.; *Honsell* (2017), 371 f.

555 Siehe schon vorne Abschnitt C.I.3.

556 BGE 84 II 253, 264, E. 5; ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 9; *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 15a; *Steinauer* (2019), N 692; für das deutsche Recht siehe etwa Reichsgericht, Urteil (VII) VI 357/27 vom 29. November 1927, RGZ 119, 152 = BeckRS 1927, 100414, N 6; Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 60 ff., mit weiteren Hinweisen; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 989 BGB, N 17; MüKo-*Raff* (2020), § 989 BGB, N 22.

557 Die weiteren Herabsetzungsgründe haben in der Rechtsprechung eine weit weniger grosse Bedeutung, als dies im Schrifttum bisweilen vertreten wird (siehe hierzu die eingehende Rechtsprechungsanalyse bei *Roberto* [2018], N 32.1 ff., sowie spezifisch zur Bedeutung des leichten Verschuldens als Reduktionsgrund *Roberto/Schister* [2014], 431 ff.).

558 Staudinger-*Thole* (2019), § 989 BGB, N 61; siehe auch Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 190/60 vom 21. Februar 1962, BeckRS 1962, 31190126.

besteht Solidarität nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts (Art. 50 f. OR).[559]

> *Beispiel:* B. hat das Mobiltelefon von Eigentümerin E. gestohlen. Bei einem Beziehungsstreit mit seiner Freundin K. gerät diese so in Rage, dass sie das Telefon mit einem Hammer zertrümmert. B. haftet für die Beschädigung solidarisch mit K. Er aufgrund von Art. 940 Abs. 1 ZGB, sie aus Art. 41 Abs. 1 OR. Die anteilige Schadenstragung ist eine Frage des Innenverhältnisses.

Solidarität ist auch möglich für mehrere unberechtigte Besitzer, soweit sie den gegenständlichen Schaden gemeinsam verursacht haben. Zu denken ist in erster Linie an unberechtigten Mitbesitz an ein und derselben Sache. Entsteht in dieser Konstellation z. B. ein Vorenthaltungsschaden, haften beide auf das Ganze. Im Übrigen haften die unrechtmässigen Besitzer bloss für die Schädigungen, die während ihrer Besitzzeit entstanden sind. Die Schadenersatzansprüche gehen mithin nicht auf den Nachbesitzer über.[560]

559 BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 9; für die Folgen siehe etwa *Roberto* (2018), N 18.1 ff.
560 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 13.

Viertes Kapitel
Verwendungsersatz

A. Überblick

Während der Dauer des unberechtigten Besitzes hat der Besitzer möglicherweise Aufwendungen getätigt, die der Sache zugutegekommen sind. Er hat sie unterhalten, vielleicht sogar verbessert. Wäre die Sache in dieser Zeit beim Eigentümer gewesen, hätte unweigerlich dieser für die Erhaltungskosten aufkommen müssen. Haben die Investitionen zu einer Verbesserung des Zustands geführt, profitiert nach der Herausgabe der Eigentümer von dem höheren Sachwert.

Die Art. 939 und 940 ZGB beschäftigen sich daher auch mit der Ersatzpflicht für Verwendungen. Geklärt wird in diesen Bestimmungen, für welche eingesetzten Ressourcen der Besitzer einen Gegenanspruch gegen den Eigentümer hat. Es geht darum, einen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Parteien zu schaffen.[561]

Auch hier gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Besitzer eine bessere Stellung: Er kann im Wesentlichen für die notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz beanspruchen. Die darüber hinausgehenden Verwendungen, sogenannte Luxusinvestitionen, darf er immerhin wieder entfernen, sofern dies möglich ist, ohne die Sache zu beschädigen. Der bösgläubige Besitzer auf der anderen Seite erhält bloss die notwendigen Verwendungen ersetzt. Für alles

561 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 7.

Weitere hat er nach der herrschenden Lehre weder einen Ersatzanspruch noch ein Wegnahmerecht.

B. Begriff der Verwendungen

Wie der Nutzungsbegriff ist auch der Verwendungsbegriff im schweizerischen Recht nicht im Gesetz definiert. Dieses Mal hilft auch das deutsche Recht nicht aus, denn im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich ebenfalls keine Legaldefinition. Gemeinhin wird im deutschen Recht unter «Verwendungen» ein Unterfall der «Aufwendungen» verstanden. Während Letztere vermögenswerte Leistungen umfassen, die einer *Sache oder einer Person* zukommen können, beschränken sich Erstere auf Investitionen in *Sachen*.[562] In der Schweiz wird diese Unterscheidung in der Regel nicht strikt gemacht. Manchmal wird von «Verwendung», manchmal von «Aufwendung», «Aufwand» oder «Auslage» gesprochen.[563]

Für die vorliegende Thematik hat der Begriff nach schweizerischem Recht völlig einhelliger Auffassung nach denselben Gehalt wie im deutschen Recht. Verwendungen sind demnach alle Leistungen, die aus freien Stücken im Interesse der fremden Sache getätigt werden.[564] Auf Ebene der Begriffsbestimmung ist dabei nicht erforderlich, dass es sich um nützliche Investitionen handelt.[565] Die Frage der Nützlichkeit hat lediglich einen Einfluss darauf, ob für die eingesetzten Mittel allenfalls Ersatz verlangt werden kann.

Beispiele:[566] a) Droht ein baufälliges Haus einzustürzen und errichtet der Besitzer eine Stützvorrichtung, so ist diese aus einer nachträglichen Betrachtung zweifelsohne unnütz gewesen, wenn das Haus gleichwohl in sich zusammenbricht. Die Investition kann aber aus

562 Siehe etwa Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 89/59 vom 21. Dezember 1960, BGHZ 34, 122 = NJW 1961, 499, 500; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 31; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 10, mit weiteren Hinweisen; einlässlich *Wolf* (1966), 193 ff.; siehe auch *von Tuhr* (1914), 61.

563 *von Tuhr/Peter* (1979), 130, mit Hinweisen auf die entsprechenden Gesetzesbestimmungen.

564 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 2; *Utku* (1939), 40; *Keller* (1940), 65 ff.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 2; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 2; siehe auch ZK-*Oser/Schönenberger* (1929), Art. 65 OR, N 2; zur Unterscheidung zwischen einem engen und einem weiten Verwendungsbegriff siehe *Hönn* (1988), 536.

565 MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 10.

566 MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 10.

einer *ex-ante*-Betrachtung dennoch nützlich oder notwendig gewesen sein, womit Ersatz geschuldet wäre. b) Dasselbe gilt, wenn der Besitzer ein erkranktes Tier von einem Tierarzt untersuchen lässt, und das Tier in der Folge trotzdem stirbt.

Die Freiwilligkeit der Leistung bezieht sich nicht auf die Frage, ob der Besitzer bewusst jemand anderen hat begünstigen wollen, sondern nur darauf, ob die Investition *im Interesse der Sache* – wenn auch im Glauben, selbst davon zu profitieren – aus freien Stücken gemacht worden ist.[567] Anders als bei der Nutzungsherausgabe, wo primär die Bereicherungsüberlegung im Vordergrund steht, knüpft der Verwendungsersatz denn auch direkt an der Investition des Besitzers an.[568] Zu einer Bereicherung aufseiten des Eigentümers muss es im Zeitpunkt der Herausgabe nicht gekommen sein. Der Eigentümer schuldet daher auch Ersatz, wenn die einmal bestehende Wertvermehrung der Sache dereinst nicht mehr vorhanden ist.[569]

Keine Verwendungen liegen hingegen vor, wenn der Besitzer nicht aus dem eigenen Vermögen in die Sache investiert, sondern aus jenem eines Fremden, z. B. indem er abhandengekommenes Material eines Dritten in die Sache einbaut. In diesen Fällen hat der ehemalige Eigentümer des Materials einen Wegnahme- oder Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer der Stammsache (Art. 671 f. ZGB).[570]

Als Verwendungen kommen verschiedene Leistungen in Betracht. Zu denken ist zunächst an Investitionen, die getätigt werden, um die Sache zu erhalten, wie etwa Kosten für Wartung, Sicherung und Verwahrung der Sache.[571] Dazu gehören auch die Kosten für den Unterhalt, wie sie z. B. für die Bestellung eines Feldes oder die Fütterung von Tieren, die bekanntermassen keine Sachen sind, aber auf die die sachenrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 641a ZGB ebenfalls angewendet werden, entstehen können. Im Rahmen der Unterhaltskosten sind auch die Aufwendungen zu berücksichtigen, die getätigt werden, um die

567 MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 12, mit weiteren Hinweisen.
568 *Helm* (1968), 73; *Pinger* (1973), 163; *Pinger* (1974), 185 f.; *Haas* (1976), 4; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 33.
569 *Wolff/Raiser* (1957), 339; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 7.
570 Siehe für das deutsche Recht hierzu *Wolf* (1966), 202, mit weiteren Hinweisen; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 35.
571 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 3; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 2.

Früchte der Sache zu ziehen.[572] Von Verwendungen wird auch dann gesprochen, wenn die Leistungen über den blossen Erhalt hinausgehen und zu einer körperlichen Veränderung an der Sache führen. Beispiele sind Ausgaben für den Umbau der Sache, die Neuanlage, die Ausbesserung oder die Verbindung mit einer anderen Sache.[573] Darüber hinaus können Verwendungen auch in weiteren Leistungen bestehen, namentlich dem Bestreiten von Lasten der Sache (z. B. Bezahlen von Steuern und Abgaben) oder dem Tragen von Ausgaben, die den Erhalt eines Rechts sichern (z. B. Bezahlen von Hypothekarzinsen).[574]

Die deutschen Gerichte hatten sich auch schon mit der Frage zu beschäftigen, ob Transportkosten Verwendungen seien. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1983 befand der Bundesgerichtshof, es müsse differenziert werden: Dienen die Transportkosten der Erhaltung oder Verbesserung der Sache, sind sie ersatzpflichtige Verwendungen. Ist indessen nur der reine Ortswechsel angestrebt, liegen keine Verwendungen vor.[575]

Verwendungen können – müssen aber nicht – in direkten Geldleistungen bestehen, die der Besitzer im Interesse der Sache tätigt. Denkbar ist auch, dass der Besitzer andere Aktiven in die Sache investiert, wie etwa Saatgut oder Futtermittel, das er bereits hat, oder aber die eigene Arbeitskraft einsetzt.[576] Möglich ist auch, dass der Besitzer keine seiner übrigen Aktiven *verbraucht* (wie etwa beim Futtermittel), aber sein Eigentum für die Sache *gebrauchen* muss. Infrage kommen hierbei etwa Lagerräume oder Stellplätze wie eine Garage.[577] Hinsichtlich solcher Leistungen und beim Einsatz persönlicher Arbeit ist im Einzelfall eine sorgfältige Abwägung vorzunehmen, ob von ersatzfähigen Verwendungen ausgegangen werden kann. Diese Abgrenzung richtet sich danach, ob für

572 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 4.

573 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 3; siehe hierzu auch die Beispiele bei *Utku* (1939), 44.

574 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 3; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 2.

575 Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 11/82 vom 9. März 1983, BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479, 1479 f.; siehe auch MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 21.

576 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 2; *von Tuhr/Peter* (1979), 131 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 3; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 2; als Beispiel aus der Praxis siehe Bernischer Appellationshof, Urteil vom 15. November 1917, ZBJV 1918, 228, 230 f.

577 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 3.

eine ähnliche Leistung auf dem Markt üblicherweise eine Vergütung bezahlt worden wäre.[578]

Beispiele zum Gebrauch der Aktiven des Besitzers: a) B. hat unrechtmässigen Besitz am Fernseher von Eigentümer E. Er kann bei der Herausgabe für den «Standplatz» in seiner Wohnung keinen Verwendungsersatz verlangen. Hierfür würde auch auf dem Markt keine Entschädigung bezahlt. b) Hat B. dagegen unberechtigten Besitz an einem Pferd des Eigentümers E., kann er für den Platz in seinem (professionell geführten) Stall Verwendungsersatz verlangen, denn für Stallplätze wird auf dem Markt eine Miete bezahlt. Platziert er das Pferd dagegen unter einem Unterstand neben seinem privaten Gartenhäuschen, ist kein Verwendungsersatz geschuldet.

Beispiel zur eigenen Arbeitsleistung: B. ist unberechtigter Besitzer am Wohnwagen von Eigentümerin E. Er beschliesst, die Innenwände selbst neu zu streichen, hat jedoch keine Ahnung von Malerarbeit. Für die Arbeit ist kein Verwendungsersatz geschuldet, denn B. hätte seine Arbeit auf dem Markt nicht gegen Entgelt anbieten können. Ein Ersatz der Materialkosten ist hingegen möglich.[579]

Unerheblich ist derweil, ob dem Besitzer wegen des Gebrauchs seiner Aktiven für die Sache oder der aufgewendeten Zeit ein anderer Gewinn entgangen ist. Andernfalls entstünde die seltsame Situation, dass für dieselbe Arbeit – abhängig von der Person des Besitzers, seines Berufs und der übrigen Lebensumstände – ein unterschiedlich hoher Verwendungsanspruch bestünde.[580]

Einen Grenzfall hatte der Bundesgerichtshof Anfang der 80er-Jahre zu beurteilen. Damals ging es um die Frage, ob die reinen Verwaltungskosten für die Sache ebenfalls Verwendungen seien. Das Gericht sprach den Verwaltungskosten, insbesondere den damals interessierenden Inventarisierungskosten, die Verwendungsqualität ohne grosse Umschweife ab.[581] Vereinzelt wurde diese Entscheidung kritisiert. So meint etwa *Raff*, die Rechtsprechung sei «zweifelhaft», da ein Inventar in vielen Fällen «Ausweis für die Existenz einer Sache»

578 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 5; *von Tuhr/Peter* (1979), 131; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 5; siehe auch BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 2; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 47 ff., mit weiteren Hinweisen auf den Meinungsstand; siehe auch Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 89/59 vom 21. Dezember 1960, BGHZ 34, 122 = NJW 1961, 499, 500 ff.; Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 3/76 vom 4. Mai 1977, BGHZ 68, 323 = NJW 1977, 1240, 1241.

579 Siehe zu diesem Beispiel auch Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 51.

580 Für das deutsche Recht ebenso Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 51.

581 Bundesgerichtshof, Urteil IVa ZR 199/81 vom 25. Mai 1983, BeckRS 1983, 785, N 12.

sei.[582] Die Aussage ist sicherlich richtig. Sie betrifft jedoch nur marginal die Frage, ob die Auslagen der Sache zugutekommen. Häufig dient die Inventarisierung vornehmlich dem Besitzer, der sich einen Überblick über sein (vermeintliches) Vermögen verschaffen will. In diesen Fällen ist nicht einzusehen, weshalb der Eigentümer bei der Herausgabe Ersatz für diese Auslagen leisten soll. Auch hier ist im Einzelfall zu beurteilen, ob es sich bei den entstandenen Verwaltungskosten um Verwendungen im soeben definierten Sinn handelt. In der Regel sind sie es jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht.

Schliesslich kann eine Verwendung auch darin bestehen, dass der Besitzer für die Sache neue Verbindlichkeiten eingegangen ist, die im Zeitpunkt der Sachherausgabe noch nicht bezahlt sind. Auch diese Positionen belasten das Vermögen des Besitzers, denn für die Verbindlichkeiten haftet er persönlich.[583]

Nicht zu den Verwendungen zählen die Auslagen, die im Rahmen des Rechtsgeschäfts entstanden sind, das zum Besitz an der Sache geführt hat. Dies ist aus systematischen Überlegungen auch erforderlich, denn andernfalls würde die Regelung des Art. 934 Abs. 2 ZGB, die eine Auslösesumme für die Herausgabe der Sache nur vorsieht, wenn sie öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann übertragen worden ist, ins Leere laufen.[584] Der Besitzer könnte immer Ersatz verlangen.

Schadenersatzzahlungen, die der unberechtigte Besitzer leisten muss, weil die Sache eine Schädigung verursacht hat, sind ebenfalls keine Verwendungen. Solche Fälle sind namentlich im Rahmen der Tierhalterhaftung (Art. 56 OR) und der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) denkbar. Diesen Leistungen fehlt es an der Freiwilligkeit.[585] Darüber hinaus wollen diese Haftungen auch denjenigen in die Pflicht nehmen, der den Genuss aus der Sache gezogen und dabei die erforderliche Sorgfalt nicht hat walten lassen.[586] Dieser Sorgfaltspflicht ist bei unberechtigtem Besitz jedoch der Besitzer selbst nicht nachgekommen,

582 MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 25.

583 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 2; *von Tuhr/Peter* (1979), 131 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 5.

584 Siehe auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 6.

585 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 6.

586 Siehe hierzu etwa *Roberto* (2018), N 10.16 ff. für die Werkeigentümerhaftung und N 13.1 für die Tierhalterhaftung.

weshalb es sich auch nicht rechtfertigt, die Schadenersatzzahlungen auf den Eigentümer zu überwälzen. Die Kosten, die dem Besitzer zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht erwachsen sind, können ihrerseits freilich ersatzfähig sein.

Wie der Schadenersatz, den der unberechtigte Besitzer Dritten zu bezahlen hat, stellen auch die Kosten, die ihm selbst entstehen, weil er oder sein Eigentum von der Sache geschädigt wird, keine ersatzfähigen Verwendungen dar.[587]

C. Arten von Verwendungen

Wie schon das (wohl nachklassische) römische Recht[588] unterscheidet das Zivilgesetzbuch drei Arten von Verwendungen: die notwendigen Verwendungen *(impensae necessariae)*, die nützlichen Verwendungen *(impensae utiles)* und die luxuriösen oder anderen Verwendungen *(impensae voluptuariae)*.

I. Notwendige Verwendungen

1. Im Allgemeinen

Zu den notwendigen Verwendungen gehören alle Ausgaben, die «objektiv erforderlich sind, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschliesslich ihrer Nutzungsfähigkeit zu erhalten».[589] Inhaltlich gleichbedeutend ist die ebenfalls anzutreffende Umschreibung, wonach es um die Erhaltung und ordnungsgemässe Bewirtschaftung der Sache geht.[590] Primär ist damit etwa an Reparaturkosten, die für eine beschädigte Sache anfallen, die Kosten für die Fütterung von Tieren, aber auch die Kosten für die Rettung von Sachen bei einem Grossbrand zu denken.[591]

587 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 6.

588 *Ulpian*, D. 25, 1, 14; *Windscheid/Kipp* (1906), 995 f.; *Sutter-Somm* (2014), N 1486; siehe auch hinten Kapitel 5, Abschnitt A.II.3.

589 Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 3, mit weiteren Hinweisen; ähnlich auch Soergel-*Stadler* (2007), § 994 BGB, N 4; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 26 ff.; *Wieling/Finkenauer* (2020), N 12.57.

590 Siehe etwa BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 3; ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 6; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 9; für das deutsche Recht *Wolff/Raiser* (1957), 338 f.; *Lange* (1967), 61.

591 *Utku* (1939), 46.

2. Notwendigkeit als Abgrenzungskriterium

Ob Verwendungen als notwendig, nützlich oder reine Luxusverwendung gelten, ist im Einzelfall unter Würdigung aller Umstände zu prüfen. Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung des Gerichts.[592] Bei seiner Prüfung hat das Gericht einen objektiven Massstab anzuwenden.[593] Relevant ist dabei eine Beurteilung, wie sie im Zeitpunkt, als die Verwendung getätigt wurde, zu machen gewesen ist (*ex-ante*-Beurteilung).[594] Stellt sich *ex post* heraus, dass die Verwendung keine Besserung erreicht hat, ist dies ohne Belang. Keine Bedeutung hat ferner, ob der Besitzer aus subjektiver Sicht die Verwendung für erforderlich gehalten hat oder nicht.[595] Ebenso wenig hilft es dem Besitzer, wenn ihm von einer fachkundigen Person eine überflüssige oder nicht erfolgversprechende Reparatur als sinnvoll und notwendig empfohlen wird. Die Verwendung wird hierdurch nicht objektiv notwendig.[596]

Die Frage, ob eine Verwendung objektiv geboten ist, beurteilt sich auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Es reicht nicht, dass eine Investition erforderlich ist, um die Funktionstüchtigkeit der Sache und ihre Sachsubstanz zu erhalten. Vielmehr muss sie darüber hinaus auch wirtschaftlich sinnvoll sein.[597]

592 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12.

593 Wohl unzutreffend ist die Formulierung bei ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 6 und 8, wonach es auf die «ortsübliche Anschauung» ankomme; kritisch auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12; siehe ferner Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 88/95 vom 24. November 1995, BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921, 922; Erman-*Ebbing* (2017), § 994 BGB, N 12; Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 15; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 30, mit weiteren Hinweisen auf das deutsche Schrifttum.

594 Siehe etwa Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 88/95 vom 24. November 1995, BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921, 922; Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil 10 U 131/97 vom 14. November 1997, BeckRS 1997, 11900.

595 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12; Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 15, mit weiteren Hinweisen.

596 So aber Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil 10 U 131/97 vom 14. November 1997, BeckRS 1997, 11900, mit der Begründung, es gehe «im Rahmen des § 994 BGB darum, dass die Verluste, die normalerweise auch jeder andere Eigentümer der Sache durch Erhaltungs- und Bewirtschaftungsaufwendungen erlitten hätte, abgewälzt werden können»; so auch Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 15.

597 BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 994 BGB, N 45; Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 16.

Beispiel Autolack:[598] Die teure Beseitigung von Rost oder die komplette Neulackierung eines Autos sind ohne Weiteres objektiv erforderlich, um weiteren Rostschäden vorzubeugen, können aber wegen des Alters des Fahrzeugs wirtschaftlich unsinnig sein. Keine notwendige Verwendung liegt auch dann vor, wenn die Neulackierung nicht wegen vorhandenen Rostschäden vorgenommen wird, sondern weil sich der Besitzer bloss eine neue Farbe wünscht.[599]

Beispiel Haus:[600] Dagegen sind Erhaltungsausgaben für ein Gebäude nicht bereits deshalb wirtschaftlich sinnlos, weil die Restnutzungsdauer des Hauses abgelaufen ist. Vielmehr hat auch ein solches Gebäude regelmässig noch einen Wert, wenn es nicht zum Abbruch bestimmt ist, sondern dem Eigentümer zur Nutzung zurückgegeben wird.

Wird die Notwendigkeit einer Verwendung bejaht, betrifft diese Qualifikation lediglich die Frage, ob der Eigentümer dem Besitzer für die getätigten Investitionen Ersatz schuldet. Notwendigkeit meint indes nicht, dass der Besitzer hat tätig werden müssen. Unterlässt er dies, beurteilen sich die Folgen nach den Bestimmungen und Ausführungen zum Schadenersatz. Der Eigenbesitzer würde folglich nichts schulden, denn er hätte im Rahmen seines vermuteten Rechts die Sache auch verfallen lassen dürfen.[601]

Als notwendige Verwendungen kommen beispielhaft in Betracht:[602]

- Kosten für Ausbesserungen am Haus, wie etwa die Reparatur eines defekten Dachs oder den Ersatz einer Heizungsanlage;[603]
- Abschlepp- und Aufbewahrungskosten eines beschädigten Fahrzeugs;[604]
- allgemeine Wartungskosten für ein Auto, wie etwa für den Einbau eines neuen Kühlers, eines neuen Bremszylinders oder eines Austauschgetriebes (nicht aber die Beträge für reine Betriebsmittel wie Kraftstoff oder Öl);[605]

598 *Hönn* (1988), 531; Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 16.
599 Siehe zu dieser Variante auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12.
600 Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 88/95 vom 24. November 1995, BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921, 922.
601 Siehe auch MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 31: «Da das Gesetz erwartet, dass der redliche Besitzer wie ein vernünftiger Eigentümer handelt, muss es im Einzelfall hinnehmen, dass er unvernünftig ist.»
602 Siehe hierzu die Übersicht bei BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 994 BGB, N 46, mit weiteren Hinweisen.
603 Bundesgerichtshof, Urteil IX ZR 19/95 vom 9. November 1995, NJW-RR 1996, 336.
604 Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil 14 U 613/12 vom 19. März 2013, BeckRS 2013, 5097.
605 Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil 3 U 116/77 vom 11. April 1978, DAR 1978, 324; siehe auch Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 19.

- Ersatz vollständig abgefahrener Reifen bei einem Motorrad;[606]
- Kosten für die Fütterung von Tieren;[607]
- Tierarztkosten;
- Kosten für die Restaurierung eines Gemäldes, das ansonsten weiter an Wert verlöre.[608]

3. Erneuerung von Anlagen

Besondere Probleme können bei der Beurteilung auftreten, ob auch umfassende Modernisierungen oder Erweiterungen zu den notwendigen Verwendungen zählen. Bisweilen wird vorgebracht, für die Erstellung solcher neuen Anlagen treffe dies zu.[609] Im deutschen Recht gehen die Diskussionen diesbezüglich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1927 zurück. Damals hatte das Gericht zu beurteilen, ob der Umbau einer Gastwirtschaft in ein Hotel als notwendige Verwendung für das Grundstück anzusehen sei. Es bejahte dies.

> *Auszug aus Reichsgericht, Urteil VI 518/26 vom 20. Mai 1927:* «Denn mit Fug behauptet die Revision, daß notwendig nicht bloß diejenigen Verwendungen sind, die den Untergang oder die Verschlechterung der körperlichen Sache verhüten sollen, sondern auch solche, die den lebenswichtigen Interessen des Betriebs dienen, in dessen Zweck das Grundstück gestellt ist. Auch solche Verwendungen kommen seiner wirtschaftlichen Erhaltung mittelbar zugute, da, wenn ein Grundstück wirtschaftlich einem bestimmten Zweck – hier dem Gastwirtschaftsbetrieb – gewidmet ist, alle Aufwendungen für die Erfüllung und Förderung dieser Bestimmung auch dem Grundstück selbst förderlich sind. […] Wie diese als notwendig anzusehen ist, wenn sie die Sache vor dem Verfall schützt, so ist die Aufwendung für den im Grundstück bestimmungsgemäß unterhaltenen Betrieb dann notwendig, wenn sie den Zweck hat, diesen am Leben zu erhalten oder so auszugestalten, daß er nutzbringend bleibt und die vorgesehene Bestimmung des Grundstücks aufrechterhält. Dazu können auch Erweiterungen und Umbauten gehören, wenn sie das erforderliche oder auch nur geeignete Mittel sind, um den Betrieb lebensfähig zu erhalten oder gewinnbringender zu gestalten. Denn nicht nur was aufgewendet werden muß, um den alten Zustand zu erhalten, sondern auch, was verausgabt wird, um ihn zeitgemäß einzurichten, ist notwendig.»[610]

606 *Ginter/Roberto* (2003), 56.
607 Amtsgericht Bad Homburg, Urteil 2 C 1180/01 vom 11. April 2002, NJW-RR 2002, 894.
608 *Harder* (1972), 399.
609 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 3.
610 Reichsgericht, Urteil VI 518/26 vom 20. Mai 1927, BeckRS 1927, 100236, N 10.

Diese Ausdehnung des Begriffs der notwendigen Verwendungen wird von Teilen des deutschen Schrifttums akzeptiert.[611] Andere Stimmen weisen zu Recht darauf hin, dass so die Grenze zwischen den notwendigen und den nützlichen Verwendungen unnötig verwischt werde.[612] In Deutschland regelt das Gesetz die notwendigen Verwendungen in § 994 BGB.

> **§ 994 BGB – Notwendige Verwendungen**
> [1] Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.
> [2] Macht der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginn der in § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dem Grundsatz nach hat der Eigentümer die notwendigen Verwendungen (mit Einschränkungen) also zu ersetzen. Demgegenüber bestimmt § 996 BGB für die nützlichen Verwendungen:

> **§ 996 BGB – Nützliche Verwendungen**
> Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der in § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

Die nützlichen Verwendungen sind also nur unter einer doppelten Voraussetzung geschuldet: Zum einen muss der Besitzer im Zeitpunkt der Vornahme gutgläubig und unverklagt gewesen sein; zum anderen muss bei der Herausgabe noch eine Werterhöhung vorhanden sein. Mit anderen Worten liegt nach deutschem Recht das Verwendungserfolgsrisiko bei solchen Investitionen für die Zeit bis zur Rückgabe beim Besitzer.[613]

In der Schweiz ist die Abgrenzung zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen bei Gutgläubigkeit ohne Belang. Art. 939 Abs. 1 ZGB spricht für beide Ersatz zu. Bedeutsam ist die Differenzierung jedoch beim bösgläubigen

611 Soergel-*Stadler* (2007), § 994 BGB, N 5; Erman-*Ebbing* (2017), § 994 BGB, N 5; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 994 BGB, N 36; siehe auch die weiteren Hinweise bei Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 5; für die frühe Rezeption siehe auch die Hinweise bei *Raff* (2017), 38.

612 Ausführlich *Raff* (2017), 36 ff., insbesondere 42 f., mit weiteren Hinweisen; Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 6, mit weiteren Hinweisen; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 36 f.

613 Staudinger-*Thole* (2019), § 996 BGB, N 4.

Besitzer, da Art. 940 Abs. 2 ZGB nur für die notwendigen Verwendungen einen Anspruch vorsieht.[614] Der Einsicht, die sich in Deutschland mittlerweile durchzusetzen beginnt,[615] dass der Umfang der notwendigen Verwendungen nicht zu umfassend verstanden werden sollte, ist auch für die Schweiz zu folgen. Andernfalls ergäbe sich ein Wertungswiderspruch im Anwendungsbereich von Art. 940 ZGB. Hier würde letztlich dem Eigentümer das gesamte Risiko für den Erfolg auch umfassender Erneuerungen auferlegt. Gerade das soll aber nach dem Normzweck die Ausnahme bleiben.[616] Bei Erneuerungen von Anlagen und umfassenden Modernisierungen ist daher anhand des allgemeinen objektiven Massstabes die Notwendigkeit zu ermitteln. Im Zweifel ist sie bei derartigen Projekten zu verneinen.

II. Nützliche Verwendungen

Nützliche Verwendungen sind zwar nicht zum Erhalt des wirtschaftlichen Bestandes der Sache und der Funktionstüchtigkeit objektiv erforderlich, werden aber trotzdem «nach den Grundsätzen einer umsichtigen Bewirtschaftung zum Vorteil der Sache [gemacht], insbesondere zur Steigerung ihres Wertes oder Ertrages».[617]

Wie bei der Beurteilung der notwendigen Verwendungen ist eine objektive *ex-ante*-Beurteilung vorzunehmen, um zu bestimmen, ob eine Verwendung nützlich gewesen ist.[618] Ebenso ist es für die Zwecke der Qualifikation unerheblich, ob aufgrund der Verwendungen im Zeitpunkt der Herausgabe noch ein Wertzuwachs an der Sache besteht.[619]

614 Siehe auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 9.

615 Bezüglich erster Tendenzen in der Rechtsprechung siehe *Raff* (2017), 41 f.

616 Für das deutsche Recht siehe Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 6.

617 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 7; siehe auch *Utku* (1939), 48 f.; *Keller* (1940), 75; *von Tuhr/Peter* (1979), 131; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 10; ferner *Wolff/Raiser* (1957), 340.

618 Siehe hierzu *Utku* (1939), 49, mit dem zutreffenden Beispiel, dass nicht von einer nützlichen Verwendung ausgegangen werden kann, wenn der Besitzer auf einem Grundstück in der Schweiz tropische Palmen anpflanzt, für deren Bewirtschaftung hohe Kosten anfallen.

619 Im Ergebnis richtig, aber fälschlicherweise schon beim Begriff diskutiert bei BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 10; siehe auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 8; *Keller* (1940), 77.

Als nützliche Verwendungen kommen beispielhaft in Betracht:
- Bodenverbesserungen und Bachverbauungen;[620]
- Erneuerung von Anlagen zum Zwecke des wirtschaftlichen Erhalts eines Betriebs, etwa der Umbau von einem Restaurant in ein Hotel;[621]
- Bau eines Schuppens auf einem Grundstück;[622]
- Einbau eines Heugebläses in eine Scheune, namentlich wenn Arbeitskräfte, welche die Arbeit ansonsten erledigen würden, rar und verhältnismässig teuer sind;[623]
- Durchführen eines kompletten Frühjahresservices bei einem Motorrad.[624]

III. Andere Verwendungen

Verwendungen, die nach den soeben besprochenen Kriterien weder notwendig noch nützlich sind, gelten nach dem Gesetz als «andere Verwendungen» (Art. 939 Abs. 2 ZGB). Zu denken ist hierbei insbesondere an die sogenannten «Luxusverwendungen», wobei nach der Terminologie des Gesetzes eigentlicher Luxus nicht verlangt ist. Vielmehr kommt es darauf an, dass eine Investition nicht in eine der beiden anderen Kategorien fällt.[625]

Diese Verwendungen erfolgen mit anderen Worten nicht nach einer objektiven, sich an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierenden Abwägung zugunsten der Sache, sondern primär aufgrund der persönlichen Vorlieben des Besitzers.[626]

Als andere Verwendungen kommen beispielhaft in Betracht:
- Wechsel der Tapeten, weil dem Besitzer die alten nicht gefallen;[627]
- Neulackierung eines Fahrzeugs, weil dem Besitzer die alte Farbe nicht gefällt;[628]

620 *Utku* (1939), 48; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 10.
621 Siehe hierzu ausführlich vorne Abschnitt C.I.3.
622 BGE 54 II 246, 250, wo der Fall eines ungültigen Grundstückkaufvertrags zu beurteilen war. Nach der hier vertretenen Auffassung richten sich die Rechtsfolgen hierfür nach den Bestimmungen über das Bereicherungsrecht. Siehe auch *Utku* (1939), 48.
623 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 10, mit dem Hinweis, dass hier allenfalls auch eine notwendige Verwendung vorliegen könnte.
624 *Ginter/Roberto* (2003), 56.
625 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 11.
626 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 14; ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 18; *von Tuhr/Peter* (1979), 131.
627 *Utku* (1939), 49.
628 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12.

- Errichten von Statuen und Springbrunnen in der Gartenanlage zum persönlichen Vergnügen;[629]
- Anbringen eines Hartschalengepäckkoffers an einem Motorrad, weil der Besitzer sich einen solchen wünscht;[630]
- Anpflanzen exotischer Pflanzen, die hohe Wartungskosten mit sich bringen;[631]
- Errichten eines unverhältnismässig teuren Anbaus, damit die Kinder getrennt von den Eltern leben können.[632]

Die Grenze zwischen den nützlichen und den anderen Verwendungen ist freilich ebenso fliessend wie jene zwischen den notwendigen und den nützlichen. Einzelne der soeben genannten Beispiele können – je nach Beschaffenheit der Sache – auch nützliche Verwendungen darstellen. So würde das Anpflanzen exotischer Pflanzen beim Besitz einer Orangerie selbstredend keine Luxusverwendung darstellen. Der Abgrenzung liegt letztlich auch eine gewisse Billigkeit mit Blick auf die Rechtsfolgen zugrunde. Der Gesetzgeber wollte dem Eigentümer nicht aufbürden, für rein subjektiv sinnvolle Verwendungen aufkommen zu müssen.[633] Diesem Gedanken hat das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung Rechnung zu tragen.

D. Ansprüche bei Gutgläubigkeit

Art. 939 Abs. 1 ZGB gibt dem gutgläubigen unrechtmässigen Besitzer einen Anspruch auf Ersatz sämtlicher notwendiger und nützlicher Verwendungen. Für andere Verwendungen steht ihm kein Vergütungsanspruch zu; immerhin kann er die Verwendungen aber wieder von der Sache wegnehmen, bevor sie an den Eigentümer zurückgeht.

629 *Utku* (1939), 49.
630 *Ginter/Roberto* (2003), 56.
631 *Utku* (1939), 49.
632 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 12.
633 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 13.

I. Notwendige und nützliche Verwendungen

1. Ersatzfähige Verwendungen

Für die notwendigen und nützlichen Verwendungen schuldet der Eigentümer Ersatz, selbst wenn die Vorteile, die mit ihnen erzielt wurden, im Zeitpunkt der Herausgabe nicht mehr vorhanden sind.[634]

Hinsichtlich der nützlichen Verwendungen unterscheidet sich das schweizerische Recht damit von der Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses sieht in § 996 BGB für alle anderen als die notwendigen Verwendungen eine Ersatzpflicht nur vor, wenn der Besitzer zu der Zeit der Vornahme gutgläubig gewesen und bei der Herausgabe noch eine Werterhöhung vorhanden ist.[635]

Jedwede Leistung des Besitzers, die nach der *ex-ante*-Betrachtung notwendig oder nützlich gewesen ist, ist daher nach schweizerischem Recht in Anschlag zu bringen.

2. Höhe des Ersatzanspruchs

Die Höhe des Ersatzanspruches richtet sich zunächst nach dem Wert, den die Verwendungen im Zeitpunkt der Investition gehabt haben.[636] Handelt es sich um eine Leistung in Geld, ist der bezahlte Betrag massgeblich, soweit und solange es sich dabei um eine Ausgabe für die Sache gehandelt hat. Bezahlt der Besitzer dagegen einen erhöhten Preis, weil er z. B. auf ein Gegengeschäft hofft, so ist der über dem Marktpreis liegende Teil nicht Verwendung auf die Sache, sondern eine Investition in eigenen Angelegenheiten.[637]

634 *Utku* (1939), 51; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 9 f.

635 Hierzu auch Soergel-*Stadler* (2007), § 996 BGB, N 1; Staudinger-*Thole* (2019), § 996 BGB, N 2 ff.; damit ergibt sich im schweizerischen Recht auch eine einheitliche Wertung mit Blick auf Art. 65 Abs. 1 OR, der bei gutem Glauben ebenfalls vollen Ersatz für nützliche Verwendungen vorsieht (ZK-*Homberger* [1938], Art. 939 ZGB, N 8).

636 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 14.

637 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 14.

Hat der Besitzer andere Aktiven als Geld auf die Sache verwendet (z. B. Saatgut oder Futtermittel), so bestimmt sich der zu leistende Ersatz nach dem Handelswert der Sache zur damaligen Zeit.[638] Dabei hat der Besitzer einen Anspruch auf Entschädigung in Geld; Naturalien muss er sich nicht bieten lassen. Dies ergibt sich schon aus der Interessenlage, die das Gesetz zu regeln hat: Der Besitzer, der z. B. 500 Franken für Saatgut oder Futter ausgegeben hat, könnte mit dem *in natura* zurückgegebenen Saatgut oder Futter nichts mehr anfangen, da er die Sache an den Eigentümer zurückgeben muss. Er wird damit überhaupt nicht entschädigt, denn er erhält etwas, das für ihn von geringerem Wert oder gar wertlos ist.[639] Für eigene Arbeiten des Besitzers[640] ist ein objektiver Wert zu finden, den er für seine Arbeit auf dem Markt hätte als Lohn verlangen können.[641]

Schwierigkeiten können auftreten, wenn die Verwendung darin liegt, dass der Besitzer eine persönliche Schuld eingegangen ist, die noch nicht getilgt worden ist. In diesen Fällen wird eine vollständige Entlastung des unberechtigten Besitzers nur erreicht, wenn der Eigentümer die Schuld übernimmt. Zahlt er dem Besitzer lediglich die Summe, die dieser (voraussichtlich) dem Vertragspartner schuldet, riskiert der Besitzer immer noch, einen höheren Preis zahlen zu müssen oder wegen etwaigen Vertragsverletzungen in die Pflicht genommen zu werden. Besonders augenscheinlich ist diese Problematik, wenn für die Sache ein Werkvertrag geschlossen wurde, bei dem sich der Werklohn nach Regiearbeit bestimmt.[642] Hier lässt sich der Ersatzbetrag in Geld im Voraus nicht vernünftig bestimmen. Freilich bedarf es zur Schuldübernahme der Mitwirkung des Gläubigers (Art. 176 OR). Kommt die Schuldübernahme nicht zustande, ist für den Besitzer Vorsicht geboten. Nötigenfalls wird er von seinem Zurückbehaltungsrecht[643] Gebrauch machen müssen.[644]

638 *Utku* (1939), 54; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 14.
639 *Utku* (1939), 54.
640 Siehe zur Frage, ob es sich hierbei überhaupt um Verwendungen handelt, vorne Abschnitt B.
641 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 9.
642 Siehe hierzu auch *Utku* (1939), 55.
643 Hierzu sogleich Abschnitt D.I.8.
644 *Utku* (1939), 55.

3. Anrechnung der bezogenen Früchte

Der Besitzer hat keinen uneingeschränkten Anspruch auf Ersatz der gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen. Vielmehr hat er sich die Vorteile, die er aus der Sache gezogen hat, auf seinen Verwendungsersatzanspruch anrechnen zu lassen. Damit sorgt der Gesetzgeber für einen Interessenausgleich zwischen Eigentümer und Besitzer,[645] indem er dem Eigentümer – untechnisch ausgedrückt – gestattet, für die Verwendungen mit den vorenthaltenen Früchten zu bezahlen. Der Gedanke hinter diesem Korrektiv trägt auch dem Umstand Rechnung, dass gerade die nützlichen Verwendungen häufig mit Blick auf die Fruchtziehung gemacht werden, die Verwendungen mithin zwar im Sinne der Sache erfolgen, wirtschaftlich jedoch letztlich dem Besitzer zugutekommen. Gleichzeitig werden die Nutzungen regelmässig verwendet, um für die Kosten aufzukommen, die mit der Ziehung der Vorteile im Zusammenhang stehen.[646] Entsprechend ist auch eine Gegenüberstellung der Kosten und Vorteile durchaus angebracht.[647]

Das Gesetz spricht in Art. 939 Abs. 3 ZGB nur davon, dass die «bezogenen *Früchte*»[648] auf die Forderung für die Verwendungen anzurechnen seien. Dieser Wortlaut ist zu eng. Auch bei der Anrechnung sind sämtliche Nutzungen zu berücksichtigen, die der Besitzer aus der Sache gezogen hat.[649] Ins Gewicht fallen daher neben den natürlichen namentlich auch die zivilen Früchte und die Gebrauchsvorteile.[650]

Für die Bestimmung des Anrechnungswertes ist – wie bei den Verwendungen – jede einzelne Nutzung zum Wert anzurechnen, den sie im Zeitpunkt des

645 Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 1.

646 Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 36, mit weiteren Hinweisen.

647 Im deutschen Recht werden die gewöhnlichen Erhaltungskosten gemäss § 994 Abs. 1 BGB gar pauschalisiert gegen die Nutzungen aufgewogen (siehe hierzu Staudinger-*Thole* [2019], § 994 BGB, N 33 ff.).

648 Hervorhebung durch den Autor hinzugefügt.

649 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 10; *Keller* (1940), 111; *Sutter-Somm* (2014), N 1489; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 16; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 6; *Steinauer* (2019), N 678.

650 Siehe zum Begriff der Nutzungen vorne Kapitel 2, Abschnitt B.

Anfalls gehabt hat. Der Wert im Zeitpunkt der Rückgabe ist derweil bedeutungslos.[651]

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, der Besitzer habe sich auch alle Früchte anrechnen zu lassen, die er schuldhaft zu ziehen unterlassen hat.[652] Dies sei erforderlich, weil der Besitzer absichtlich einen sich ihm anbietenden Vorteil ausser Acht gelassen habe.[653] Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie entspricht zunächst nicht dem Wortlaut des Gesetzes, der eine Anrechnung nur für die *bezogenen* Früchte vorsieht. Darüber hinaus passt sie auch nicht zu der Grundannahme, dass der Besitzer die Sache seinem vermuteten Recht gemäss gebrauchen kann. Will er keine Früchte ziehen, muss er das nicht tun.[654] Vermutlich hatten die Autoren, die dieser Ansicht das Wort reden, den Fall vor Augen, in dem der Besitzer Verwendungen für die Fruchtziehung macht, dann die Früchte jedoch nicht zieht. Hierfür ist, sofern der Besitzer die Früchte schon im Zeitpunkt der Verwendung nicht hat ziehen wollen, tatsächlich kein Ersatz geschuldet, weil die Verwendungen objektiv weder notwendig noch nützlich gewesen sind.

Beispiele: a) Der gutgläubige Eigenbesitzer B. wässert beflissentlich die Tomatenstauden auf dem Grundstück von E. Bei einem Sturm werden die Stauden vernichtet. Es ist Verwendungsersatz geschuldet, da in einer *ex-ante*-Betrachtung die Bewässerung notwendig gewesen ist. b) B. hat gar keine Absicht, die Tomaten jemals zu ernten, lässt sie aber trotzdem täglich giessen. Die Tomaten fallen ab und verrotten. Es sind weder die Früchte noch die Verwendungen zu berücksichtigen.

4. Zinsen

Wie soeben besprochen,[655] ist für die Ersatzleistung der Wert zum Zeitpunkt, als die Verwendung gemacht worden ist, massgebend. Sind die verwendeten Leistungen mittlerweile teurer geworden (z. B. durch Inflation), hat der Besitzer keinen Anspruch auf den bei Herausgabe der Sache höheren Wert.[656] Wohl

651 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 10; *Utku* (1939), 70 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 17; *Sutter-Somm* (2014), N 1489.
652 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 10; *Utku* (1939), 70; *Keller* (1940), 111.
653 *Keller* (1940), 111.
654 Im Ergebnis wie hier BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 15.
655 Siehe vorne Abschnitt D.I.2.
656 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 9; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 14.

aber sind die Verwendungen zu verzinsen, da andernfalls kein vollständiger finanzieller Ausgleich erzielt wird.[657]

Bisweilen wird vertreten, die Verwendungen seien erst zu verzinsen, wenn Gebrauch und Nutzung der Sache durch den Besitzer aufhören, weil die Sache herausgegeben wird oder die Nutzungsberechtigung durch nachträgliche Bösgläubigkeit wegfällt. Davor bestehe für den unberechtigten Besitzer kein Vermögensnachteil, der eine Verzinsung rechtfertigen würde.[658] Diese Auffassung entspricht im Kern der deutschen Regelung der Verzinsung von Aufwendungen in § 256 BGB.

> **§ 256 BGB – Verzinsung von Aufwendungen**
> Wer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstands ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten.

Inhaltlich liesse sich diese Auffassung durchaus vertreten. Das schweizerische Gesetz hält jedoch keine dem deutschen Recht entsprechende Vorschrift bereit. Vielmehr sieht es etwa in Art. 402 und 422 OR vor, dass auf Verwendungen Zinsen geschuldet sind, und zwar ab dem Zeitpunkt der Vornahme.[659] Der dort angesprochene Zins ist weder Vertrags- noch Verzugszins, sondern Teil der Verwendung selbst.[660] Da sich die Interessenlage in den genannten Bestimmungen nicht wesentlich von jener bei Art. 939 ZGB unterscheidet, ist im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung auch im Rahmen der Verwendungsansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von Verzinsung ab Vornahme der Verwendung auszugehen.[661]

657 *von Tuhr/Peter* (1979), 133; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 22; siehe auch *Utku* (1939), 55 f.

658 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 12; *Keller* (1940), 110 f.

659 Siehe hierzu etwa BK-*Gautschi* (1964), Art. 422 OR, N 8a; BK-*Fellmann* (1992), Art. 402 OR, N 51; BSK-*Oser/Weber* (2020), Art. 422 OR, N 5.

660 BK-*Gautschi* (1964), Art. 422 OR, N 8a; BK-*Fellmann* (1992), Art. 402 OR, N 51.

661 So auch *Utku* (1939), 56; *Sutter-Somm* (2014), N 1489; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 23; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 5; *Steinauer* (2019), N 679.

Im Übrigen ist von einer Übernahme der deutschen Regelung auch deshalb abzusehen, weil dort ganz allgemein von einer anderen Art der Berücksichtigung von Nutzungen beim Ausgleich der Verwendungen ausgegangen wird. Anders als nach schweizerischem Recht nimmt § 994 Abs. 1 BGB die gewöhnlichen Erhaltungskosten pauschal für die Zeit, in welcher der Besitzer die Nutzungen gezogen hat, von der Ersatzpflicht aus.[662] Damit sollen die gegenseitigen Vorteile pauschalisiert ausgeglichen werden.[663]

Das schweizerische Recht stellt stattdessen – wie gesehen – auf eine vermögensmässige Anrechnung der Vorteile aus den Nutzungen ab. Statt den Zinsausschluss aus Deutschland zu übernehmen, der dort in ein stimmiges System eingegliedert ist, sind nach hiesigem Recht den verzinsten Verwendungen die verzinsten anrechenbaren Nutzungen gegenüberzustellen.[664] Hiergegen spricht weder der Einwand bei *Utku*, die Früchte würden mit der Trennung in das Eigentum des Besitzers übergehen,[665] noch jener bei *Homberger*, eine Verzinsung von Verwendungen und Nutzungen würde zu mühsamen Berechnungen führen.[666]

Der erste Einwand verfängt einerseits nicht, weil das Gesetz schon für die Früchte selbst, an denen der Besitzer Eigentum hat, die Anrechnung vorsieht. *Utku* bezeichnet dies als «Billigkeitsentscheidung»,[667] lässt aber offen, warum eine solche nicht auch die Zinsen umfassen kann. Andererseits ist diesem Einwand entgegenzuhalten, dass es im Rahmen der hier vorzunehmenden obligatorischen Korrektur der Eigentumszuweisung an den unberechtigten Besitzer durchaus angebracht ist, den andernorts ebenfalls gängigen Zins in die Berechnung einzubeziehen. Dass der Besitzer nun ein dingliches Eigentumsrecht an den Früchten hat, ändert daran nichts.

662 Siehe hierzu vertieft Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 33 ff.

663 Kritisch hierzu *Raff* (2017), 109 f.; MüKo-*Raff* (2020), § 994 BGB, N 48; siehe auch Staudinger-*Thole* (2019), § 994 BGB, N 36.

664 *Sutter-Somm* (2014), N 1489; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 23; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 5; *Steinauer* (2019), N 679; bei der Annahme, die Verwendungen seien zu verzinsen, will ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 12, die Nutzungen auch verzinst haben; anderer Ansicht *Utku* (1939), 56.

665 *Utku* (1939), 56.

666 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 12.

667 *Utku* (1939), 56.

Der zweite Einwand geht an der Sache vorbei: Bloss weil sie etwas mühsam und kompliziert ist, ist nicht eine an sich richtige Lösung in den Wind zu schlagen.[668] Mühsame Rechtsfindung ist der Nährboden für Streiterledigung durch Vergleich, nicht für Verwässerung der Rechtsfolgen.

Der Zinssatz beträgt fünf Prozent.[669]

5. Wechsel von Eigentümer und Besitzer

Das Zivilgesetzbuch äussert sich nicht zu der Frage, wie hinsichtlich der Verwendungen zu verfahren ist, wenn Eigentümer oder Besitzer wechseln. Im deutschen Recht sind die diesbezüglichen Rechtsfolgen in § 999 BGB geregelt.

> **§ 999 BGB – Ersatz von Verwendungen des Rechtsvorgängers**
> [1] Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte.
> [2] Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.

Demnach kann der herausgabepflichtige Besitzer sämtliche Verwendungen ersetzt verlangen, die seine Vorbesitzer gemacht haben. Erforderlich ist, dass eine eigentliche Rechtsnachfolge eintritt, sei es durch Universalsukzession oder durch Einzelrechtsnachfolge. Keine Rechtsnachfolge liegt vor bei blosser Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder bei Überlassung der Sachherrschaft ohne Veräusserung der Sache.[670] Der Besitzer übernimmt alsdann alle Rechte, die mit den Verwendungen im Zusammenhang stehen, mitsamt einem etwaigen Wegnahmerecht.[671] Der Umfang des übernommenen Ersatzanspruchs richtet sich dabei nach den Verhältnissen, wie sie für den jeweiligen Vorbesitzer massgebend gewesen sind.[672]

668 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 23.

669 Art. 104 Abs. 1 OR analog; BK-*Gautschi* (1964), Art. 422 OR, N 8b; *Sutter-Somm* (2014), N 1489; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 24; anderer Ansicht *Hinderling* (1977), 514; BK-*Stark* (2001), Art. 939 ZGB, N 24, die einen mittleren Zinssatz anwenden wollen.

670 Soergel-*Stadler* (2007), § 999 BGB, N 3; Staudinger-*Thole* (2019), § 999 BGB, N 5, mit weiteren Hinweisen; MüKo-*Raff* (2020), § 999 BGB, N 3 f.; *Wieling/Finkenauer* (2020), N 12.67.

671 *Wolff/Raiser* (1957), 341; Staudinger-*Thole* (2019), § 999 BGB, N 10; MüKo-*Raff* (2020), § 999 BGB, N 6.

672 Staudinger-*Thole* (2019), § 999 BGB, N 10.

In der Schweiz fehlt es an einer § 999 Abs. 1 BGB entsprechenden Bestimmung. Gleichwohl wird eine entsprechende Regel anerkannt.[673] Zu berücksichtigen sind auch unter schweizerischem Recht lediglich die Nettoansprüche, die der Vorbesitzer im Zeitpunkt des Besitzübergangs gehabt hätte. Die Nutzungen, die der Rechtsvorgänger aus der Sache gezogen hat, treffen folglich auch den letzten, herausgabepflichtigen Besitzer.[674] Diese Lösung erscheint sinnvoll, da sie einerseits dem Umstand Rechnung trägt, dass der letzte Besitzer wirtschaftlich betrachtet die Nettoeffekte von zuvor gemachten Verwendungen und gezogenen Nutzungen mit dem Erwerb bezahlt und übernommen hat.[675] Andererseits verhindert sie auch rein zufällige Rechtsfolgen, da der Eigentümer nicht im einen Fall wenig Ersatz zu leisten hat, weil die Sache häufig die Hand gewechselt hat, und im anderen viel, weil eine lange Besitzdauer vorgelegen hat.

Der gegenteilige Fall, der im deutschen Recht in § 999 Abs. 2 BGB geregelt wird,[676] ist auch im schweizerischen Recht gleich zu lösen: Wechselt der Eigentümer, schuldet der neue Eigentümer auch Ersatz für die Verwendungen, die vor seinem Erwerb gemacht worden sind.[677]

6. Besitzmittlungsverhältnisse

Die Bestimmungen betreffend den Verwendungsersatz sind auf die Fälle von unrechtmässigem Eigenbesitz zugeschnitten.[678] Herausforderungen können sich daher ergeben, wenn ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt.

> *Beispiel:* Der gutgläubige Eigenbesitzer B. vermietet das Auto des Eigentümers E. dem ebenfalls gutgläubigen X. Der unmittelbare Besitzer X. lässt am Ende der Mietdauer einen Rostschaden reparieren, für den er nach dem Mietvertrag nicht hätte aufkommen müssen. Noch vor der Rückgabe an B. verlangt E. das Auto von X. heraus. Kann nun B. den Verwendungsanspruch gegen E. geltend machen oder muss er sich an X. halten?

673 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 13 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 19; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 7.
674 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 19.
675 In diese Richtung auch Motive BGB III, 416 = Mugdan (1899), 232.
676 Hierzu etwa *Wolff/Raiser* (1957), 341.
677 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 19.
678 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 22.

Hierzu wird im schweizerischen Recht teilweise vertreten, der unselbständige unmittelbare Besitzer könne wie der selbständige mittelbare Besitzer alle Verwendungen in Rechnung stellen, wenn ihm die Sache abverlangt wird, auch diejenigen des jeweils anderen Besitzers.[679] Das ist mit Blick auf die Anrechnungspflicht für die gezogenen Nutzungen konkretisierungsbedürftig.

Richtet sich der Herausgabeanspruch des Eigentümers bei bestehendem Besitzmittlungsverhältnis gegen den mittelbaren Eigenbesitzer, so kann dieser Ersatz auch für die Verwendungen verlangen, die der unmittelbare Fremdbesitzer gemacht hat.[680] Die Abrechnung erfolgt dann im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer.

Für den unmittelbaren Fremdbesitzer hingegen muss sichergestellt werden, dass er nicht besser dasteht, als wenn das angenommene Besitzrecht wirksam gewesen wäre.[681] Für die Verwendungen gilt damit dieselbe Grundüberlegung wie für die Nutzungen.[682] Grundsätzlich kann der Fremdbesitzer daher nur für jene Verwendungen Ersatz verlangen, für die er auch unter dem Rechtsverhältnis mit seinem Oberbesitzer einen Anspruch gehabt hätte.[683]

> *Fortführung des obigen Beispiels:* X. könnte für die Reparaturkosten auch von E. Ersatz verlangen. Hätte es sich dagegen um gewöhnlichen Unterhalt gehandelt, für den er gegen B. keinen Anspruch gehabt hätte, könnte er die Verwendungen nicht vom Eigentümer E. ersetzt verlangen. Andernfalls würde er nicht – wie vom Gesetz vorgeschrieben – dem vermuteten Recht gemäss behandelt, sondern im Vergleich zu diesem bessergestellt.

Eine Ausnahme wird man dort machen müssen, wo die Verwendung im Hinblick auf eine voraussichtlich lange Nutzungsdauer gemacht worden ist. Wird

679 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 13; *Utku* (1939), 73 f.; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 7.

680 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 8; ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 13; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 20; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 7.

681 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 22, mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung und Literatur.

682 Siehe schon vorne Kapitel 2, Abschnitt D.II.

683 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 22; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 994 BGB, N 56.

diese Nutzungsdauer verkürzt und der berechtigterweise erwartete Vorteil frustriert, besteht ein Verwendungsersatzanspruch gegen den Eigentümer auch dann, wenn er gegen den Oberbesitzer nicht bestanden hätte.[684]

Beispiel:[685] Der Mieter M. hat auf die Mietsache Verwendungen getätigt, die er während der vereinbarten Mietdauer von fünf Jahren hätte nutzen können. Vertraglich hätte er für diese Verwendungen gegen seinen Vermieter V. keinen Ersatzanspruch gehabt. Nach einem Jahr verlangt der Eigentümer E. die Sache heraus. M. kann alle Verwendungen anrechnen, für die er auch einen Anspruch gegen V. gehabt hätte. Zudem hat er einen Ersatzanspruch für die ausserordentliche Verwendung, die andernfalls V. geltend machen könnte. Hierdurch vereinen sich die Verwendungsansprüche für die Verbesserung und die Nutzungsvorteile, die hiervon in Abzug zu bringen sind, wieder in der Person des unmittelbaren Fremdbesitzers.

7. Geltendmachung des Ersatzanspruches

Will der unberechtigte Besitzer Ersatz für die gemachten Verwendungen verlangen, kann er dies nur tun, wenn der Eigentümer die Sache herausverlangt oder anderweitig wiedererlangt hat.[686] Es handelt sich insofern um einen bedingten Anspruch.[687] Der Besitzer muss folglich darauf warten, dass der Eigentümer aktiv wird. Er hat keine Möglichkeit, dem Eigentümer die Verwendungen aufzuzwingen, um eine möglicherweise hohe Ersatzzahlung zu erhalten.[688]

Macht der Eigentümer die Herausgabe geltend, hat der unberechtigte Besitzer nach schweizerischem Recht umgehend zu reagieren. Gibt er die Sache dem Eigentümer vorbehaltlos zurück, wird darin in aller Regel ein (stillschweigen-

684 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 22; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 994 BGB, N 56; im Ergebnis auch so BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 20.

685 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 20.

686 Siehe auch die Formulierung von § 1001 BGB, der dem Besitzer die Möglichkeit der Geltendmachung von Verwendungen nur einräumt, «wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt» hat.

687 *Sutter-Somm* (2014), N 1487; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 25; *Steinauer* (2019), N 680.

688 *Sutter-Somm* (2014), N 1487; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 25.

der) Verzicht auf Verwendungsersatz gesehen.[689] Das erscheint kritisch, sind doch Verzichte generell nicht zu vermuten.[690]

Demgegenüber gewährt das deutsche Recht dem Besitzer nach Rückgabe der Sache eine kurze Bedenkzeit, ob er Verwendungsansprüche geltend machen will.

> **§ 1002 BGB – Erlöschen des Verwendungsanspruchs**
> [1] Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstück mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.
> [2] […]

Eine solche Klagemöglichkeit kann für das schweizerische Recht wohl nicht auf dem Wege der Lückenfüllung übernommen werden.[691] Sie wäre im Gesetz vorzusehen. Stattdessen hat sich der unberechtigte Besitzer nötigenfalls auf sein Recht zu stützen, die Sache zurückzubehalten, bis der Eigentümer Verwendungsersatz geleistet hat.

Eine Ausnahme hiervon ist für jene Fälle zu machen, in denen der Besitz an der Sache vom unrechtmässigen Besitzer nicht freiwillig an den Eigentümer übertragen worden ist. In diesen Fällen hat der Besitzer überhaupt keine Möglichkeit, seinen Anspruch anzumelden. Er kann ihn daher nachträglich selbständig geltend machen.[692] Das kann sich etwa ergeben, wenn die Sache verloren geht und der Eigentümer sie findet oder wenn sich der Eigentümer die Sache eigenmächtig zurückholt. Der Besitzer muss sich dann nicht auf die Fahrnis- bzw. Besitzschutzklage stützen, um zu seinem Verwendungsersatz zu kommen[693]

689 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 13; *Keller* (1940), 93 ff.; *Sutter-Somm* (2014), N 1487; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 33; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 8; anderer Ansicht ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 16; *Hinderling* (1977), 514; differenzierend *Utku* (1939), 61 f.; für Art. 65 OR, wo die Situation dieselbe ist, *Koller* (2017), N 30.93, mit dem Hinweis, dass es sich um eine Naturalobligation handle.

690 Siehe etwa *Hinderling* (1977), 514.

691 So aber wohl ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 16.

692 *Sutter-Somm* (2014), N 1487; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 25 und 33; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 8.

693 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 33.

(auch wenn er dies könnte, da er für die Zeit, in der er das Zurückbehaltungsrecht hat, an der Sache besser berechtigt ist).[694]

8. Zurückbehaltungsrecht

Wie soeben besprochen, muss der unberechtigte Besitzer seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer bei Forderung der Herausgabe geltend machen. Leistet der Eigentümer nicht vollständige Zahlung oder Sicherheit,[695] kann der Besitzer die Sache nach Art. 939 Abs. 1 ZGB zurückbehalten.

Das dinglich wirkende[696] Zurückbehaltungsrecht von Art. 939 Abs. 1 ZGB stellt keinen Anwendungsfall des Retentionsrechts nach Art. 895 ff. ZGB dar.[697] Anders als das Retentionsrecht nach Art. 895 ff. ZGB steht das Zurückbehaltungsrecht dem Regelungsgehalt der Art. 938 ff. ZGB entsprechend auch bei Grundstücken (demgegenüber Art. 895 Abs. 1 ZGB) und Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt (demgegenüber Art. 896 ZGB), zur Verfügung.[698] Sodann ist eine Verwertung der Sache nach schweizerischem Recht ausgeschlossen (demgegenüber Art. 898 ZGB), weil es bis zum Zeitpunkt der Herausgabe der Sache an einer Forderung fehlt, für welche die Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet werden könnte.[699]

Sobald der Besitzer die Sache zurückbehält, um seinen Verwendungsersatzanspruch durchzusetzen, fällt er aus dem Anwendungsbereich von Art. 938 ff. ZGB. Er kann sich nun nicht mehr gutgläubig zum Gebrauch und zur Nutzung der

694 *Sutter-Somm* (2014), N 1487; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 28.

695 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 17; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 27; für das deutsche Recht *Wolff/Raiser* (1957), 342; Soergel-*Stadler* (2007), § 1000 BGB, N 4; anderer Ansicht BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 11.

696 BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 8.

697 BK-*Ostertag* (1917), Art. 939 ZGB, N 11; ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 17; *Utku* (1939), 57 ff.; *Keller* (1940), 96 f.; *Hinderling* (1977), 514; *Sutter-Somm* (2014), N 1488; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 26; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 8; *Steinauer* (2019), N 680.

698 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 17; *Keller* (1940), 96 f.; *Hinderling* (1977), 514; *Sutter-Somm* (2014), N 1488; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 26; *Steinauer* (2019), N 680; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 8.

699 *Sutter-Somm* (2014), N 1488; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 26; anders im deutschen Recht (siehe § 1003 BGB).

Sache berechtigt sehen, womit die Art. 938 und 939 ZGB nicht mehr einschlägig sind. Gleichzeitig ist er jedoch auch nicht bösgläubig, weshalb sich die weiteren Folgen nicht nach Art. 940 ZGB richten.[700] Vielmehr leitet er sein Recht zum Besitz nun daraus ab, dass ihm das Gesetz die Sache als Sicherheit bis zur Zahlung gibt. In Ermangelung spezifischer Normen für dieses Stadium sind daher analog die Bestimmungen über das Faustpfand anzuwenden.[701]

Nach diesen Bestimmungen darf der Besitzer die Sache nun nicht mehr gebrauchen und nutzen. Vielmehr hat er sie zu verwahren. Verschlechtert sich der Zustand der Sache oder geht sie gar unter, schuldet der Besitzer Schadenersatz, sofern ihm nicht der Entlastungsbeweis gelingt (Art. 890 Abs. 1 ZGB analog). Bei eigenmächtiger Veräusserung oder Weiterverpfändung haftet der Besitzer für allen hieraus entstandenen Schaden unabhängig von seinem Verschulden (Art. 890 Abs. 2 ZGB analog).[702] Die natürlichen Früchte, die während der Zeit der Zurückbehaltung anfallen, muss der Besitzer dem Eigentümer herausgeben; an ihnen erwirbt er mit der Trennung kein Eigentum mehr (Art. 892 Abs. 2 ZGB analog). Trotz des Wortlauts von Art. 892 Abs. 2 ZGB beschränkt sich die Herausgabepflicht nicht bloss auf die natürlichen Früchte; auch die zivilen Früchte sind dem Eigentümer zu überlassen.[703] Für Verwendungen, die nun noch gemacht werden, kann der Besitzer schliesslich nach den Bestimmungen über die (echte) Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR) Ersatz verlangen.[704] Demnach schuldet der Eigentümer weiterhin für die notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz, soweit sie den Verhältnissen angemessen gewesen sind. Auch hier ist eine objektive Beurteilung vorzunehmen,[705] wobei freilich den veränderten Umständen Rechnung zu tragen ist. Dem Besitzer dürfte hierdurch in der Regel ein engerer Ermessensspielraum bezüglich der möglichen Verwendungen verbleiben als noch unter Art. 939 ZGB.

700 *Sutter-Somm* (2014), N 1488; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 28; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 9.
701 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 28; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 9.
702 BSK-*Bauer/Bauer* (2019), Art. 890 ZGB, N 2.
703 BSK-*Bauer/Bauer* (2019), Art. 892 ZGB, N 10.
704 BSK-*Bauer/Bauer* (2019), Art. 890 ZGB, N 6.
705 BSK-*Oser/Weber* (2020), Art. 422 OR.

II. Übrige Verwendungen

Hinsichtlich der übrigen Verwendungen («Luxusverwendungen») hat der unberechtigte Besitzer dem Grundsatz nach keinen Verwendungsanspruch. Das Gesetz stattet ihn aber in Art. 939 Abs. 2 ZGB mit einem Wegnahmerecht aus. Kommt dieses dem Besitzer zu, kann der Eigentümer in einem zweiten Schritt entscheiden, ob er die Wegnahme dulden oder stattdessen Ersatz leisten will. Damit verhindert das Gesetz, dass der Eigentümer für Verwendungen, die in erster Linie im Interesse des Besitzers gemacht worden sind, über Gebühr hohen Ersatz leisten muss.[706]

1. Rechtsfolge der Wegnahme

Das Wegnahmerecht kann lediglich dort eine Rolle spielen, wo die Verwendungen des Besitzers zum Bestandteil der Sache geworden sind. Handelt es sich um reine Zugehör, liegt überhaupt keine Verwendung vor; die Sache kann ohne Weiteres entfernt werden.[707]

Durch die Wegnahme wird die Verbindung der Verwendungssache mit der Hauptsache wieder aufgehoben. Hierbei verliert der Eigentümer der Hauptsache das Eigentum an der Verbindungssache – dem ehemaligen Bestandteil – wieder, und der Besitzer kann sich diese zu Eigentum aneignen.[708]

2. Anwendungsbereich des Wegnahmerechts

Das Wegnahmerecht steht dem gutgläubigen Besitzer grundsätzlich für alle übrigen Verwendungen zur Verfügung. Das Gesetz schränkt den Anspruch jedoch schon im Wortlaut auf jene Fälle ein, in denen die Wegnahme ohne Beschädigung der Hauptsache möglich ist.[709] Damit ist freilich nicht gemeint, dass es an der Hauptsache zu keiner Veränderung kommen darf; diese ist der

706 Siehe auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 19.

707 *Sutter-Somm* (2014), N 1490, Fn. 4500.

708 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 642 ZGB, N 59 f. und 82; *Sutter-Somm* (2014), N 1490; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 35; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 11.

709 *Simonius/Sutter* (1995), N 9.55; *Sutter-Somm* (2014), N 1490; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 35.

Wegnahme geradezu immanent. Wohl aber muss die Hauptsache auch nach der Wegnahme noch ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch dienen können.[710]

Ausgeschlossen ist die Wegnahme ferner, wenn dem Besitzer jedes berechtigte Interesse an ihr abgeht, etwa weil die weggenommene Sache für ihn völlig wertlos wird. Zu denken ist hierbei etwa an die Wegnahme einer Tapete, die der Besitzer hat aufziehen lassen, weil ihm die alte nicht gefallen hat. Die Überbleibsel nach der Entfernung sind wertlos. Hier liegt Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vor.[711]

Hat der Besitzer kein Wegnahmerecht, fallen die übrigen Verwendungen ersatzlos an den Eigentümer.[712]

3. Wahlmöglichkeit des Eigentümers

Besteht nach den genannten Kriterien ein Wegnahmerecht des Besitzers, kann der Eigentümer die Wegnahme dennoch verhindern, indem er für die Verwendungen Ersatz leistet. Die Höhe dieses Ersatzes bestimmt sich nach den Grundsätzen, die bereits für die notwendigen und nützlichen Verwendungen erläutert wurden.[713] Darüber hinaus sind die gezogenen Nutzungen auch auf diese Art der Verwendungen anzurechnen.[714]

Da das Wegnahmerecht nur bis zum Zeitpunkt der Rückgabe der Sache an den Eigentümer besteht,[715] muss der Eigentümer – so er die Wegnahme nicht gestatten und Ersatz leisten will – den Ersatz sofort bezahlen. Will er die Höhe

710 Besteht die Gefahr einer Schädigung und könnte die Sache im Falle der Verwirklichung der Gefahr wieder instand gestellt werden, muss dem Besitzer die Möglichkeit offenstehen, Sicherheit zu leisten und die Wegnahme vorzunehmen (siehe BK-*Stark/Lindenmann* [2016], Art. 939 ZGB, N 36).

711 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 19; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.55; SHK-*Hausheer/Jaun* (2003), Art. 2 ZGB, N 93 ff.; *Sutter-Somm* (2014), N 1490; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 35; BSK-*Ernst* (2019), Art. 939 ZGB, N 11; siehe auch BK-*Hausheer/Aebi-Müller* (2012), Art. 2 ZGB, N 207 ff.

712 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 37.

713 Siehe hierzu vorne Abschnitt D.I.2.

714 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 20; *Utku* (1939), 71; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 37.

715 ZK-*Homberger* (1938), Art. 939 ZGB, N 20.

des Verwendungsersatzanspruchs durch ein Gericht klären lassen, kann er die Ersatzsumme nicht hinterlegen.[716] In diesen Fällen verbleibt die Sache im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts beim Besitzer, bis sämtliche Verhältnisse geklärt sind und Zug um Zug erfüllt wird.

III. Fehlender Herausgabeanspruch des Eigentümers

Ein unsäglicher Schwebezustand kann sich ergeben, wenn sowohl Eigentümer als auch Besitzer um den bestehenden Herausgabeanspruch wissen, der Eigentümer den Anspruch jedoch nicht geltend macht (z. B. aus Furcht vor hohen Verwendungsersatzansprüchen). Das deutsche Recht hält zur Überwindung dieses Schwebezustandes in § 1003 BGB ein selbständiges Befriedigungsrecht für den Besitzer bereit.[717]

> **§ 1003 BGB – Befriedigungsrecht des Besitzers**
> [1] Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablauf der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.
> [2] […]

Setzt der Besitzer eine Frist zur Genehmigung der Verwendungen, hat der Eigentümer im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, um zu reagieren: a) Er genehmigt die Verwendungen, womit die Rechtsfolgen nach § 1001 Satz 1 BGB eintreten, d. h. der Ersatzanspruch des Besitzers für Verwendungen wird fällig und kann klageweise durchgesetzt werden.[718] b) Er genehmigt die Verwendungen nicht, und der Besitzer kann in die Sache vollstrecken.[719] Der Eigentümer kann selbstverständlich auch ganz grundsätzlich bestreiten, Verwendungsersatz zu schulden. In diesem Fall muss der Besitzer zunächst auf Feststellung des geschuldeten Verwendungsersatzanspruchs klagen. Anschliessend kann er (nochmals) Frist ansetzen, und es ergeben sich die soeben skizzierten Möglichkeiten.[720]

716 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 37.
717 Siehe auch *Hönn* (1988), 533, mit einem anschaulichen Beispiel.
718 Siehe hierzu Staudinger-*Thole* (2019), § 1003 BGB, N 21 ff.
719 Siehe hierzu Staudinger-*Thole* (2019), § 1003 BGB, N 7 ff.
720 Siehe hierzu Staudinger-*Thole* (2019), § 1003 BGB, N 25 ff.

In der Schweiz fehlt es – wie vorhin besprochen[721] – an einer solchen Vollstreckungsmöglichkeit. Man behilft sich daher mit einem stillschweigenden Verzicht auf die Rückgabe der Sache. Ein solcher wird immer dann angenommen, wenn der Eigentümer trotz Rückbehalts der Sache während längerer Zeit nichts unternimmt.[722] Bei der Annahme eines solchen Verzichts ist freilich Vorsicht geboten, kann doch die Grenze bloss bei einem Verstoss gegen Treu und Glauben bzw. Rechtsmissbrauch als überschritten gelten.[723]

E. Ansprüche bei Bösgläubigkeit

Art. 940 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass der bösgläubige Besitzer bloss einen Verwendungsersatzanspruch hat, wenn die Verwendungen «auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären».

I. Notwendige und nützliche Verwendungen

Im Vergleich zum gutgläubigen Besitzer hat der bösgläubige einen sehr beschränkten Verwendungsersatzanspruch. Er erhält nur die notwendigen Verwendungen ersetzt. Grundsätzlich gelten hier dieselben Kriterien zur Bestimmung der Notwendigkeit, die vorne allgemein skizziert wurden.[724] Die herrschende Lehre will allerdings aufgrund des Wortlauts von Art. 940 Abs. 2 ZGB nicht auf einen objektiven Massstab abstellen, sondern auf einen subjektiven, der sich an den Bedürfnissen des Eigentümers orientiert.[725] Diese Auffassung überzeugt nicht restlos. Richtigerweise sind zwei Sachverhaltsvarianten zu unterscheiden:

1) Weiss der bösgläubige Besitzer, wem er die Sache herauszugeben hat, ist ihm ein Verwendungsersatzanspruch tatsächlich nur für jene Verwendungen zu gewähren, die auch für den Eigentümer notwendig gewesen wären.

721 Siehe vorne Abschnitte D.I.7 und 8.
722 *Keller* (1940), 102 f.; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 939 ZGB, N 30.
723 Siehe hierzu BSK-*Honsell* (2018), Art. 2 ZGB, N 49.
724 Siehe vorne Abschnitt C.I.
725 ZK-*Wieland* (1909), Art. 940 ZGB, N 4; BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 12; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.59; *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 30; anderer Ansicht ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 14; *Utku* (1939), 97 f.

Das fliesst aus der gesetzgeberischen Überlegung, dass der Besitzer in diesem Fall die Sache sofort herauszugeben hätte und, wenn er dies nicht tut, zum vollständigen Erhalt der Sache in dem Zustand, wie der Eigentümer sie zugute hätte, verpflichtet ist. Diesem Gedanken folgt auch die verschärfte Haftung des bösgläubigen Besitzers.[726] Anders ausgedrückt: Der Besitzer hätte die theoretische Möglichkeit, die vorzunehmenden Verwendungen mit dem Eigentümer abzusprechen. Das wird er aus offensichtlichen Gründen nicht tun. Dann soll aber der Eigentümer nicht schlechtergestellt werden, als wenn er selbst über die Verwendungen hätte entscheiden können. Die für ihn unnötigen Ausgaben gehen zulasten des Besitzers.[727]

2) Weiss der bösgläubige Besitzer nicht, wem er die Sache herauszugeben hat, kann ihm nicht die Willenslage einer ihm unbekannten Person entgegengehalten werden. Hier muss es ihm gestattet sein, sämtliche Verwendungen zu tätigen, die nach objektiven Gesichtspunkten notwendig sind.[728]

Dieser Auffassung steht – anders, als die herrschende Lehre zu glauben scheint – der Wortlaut von Art. 940 Abs. 2 ZGB nicht entgegen. Mit der Formulierung «wenn solche [Verwendungen] auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären» ist noch nichts darüber gesagt, wonach sich die Notwendigkeit richtet: nach den persönlichen Ansichten des Eigentümers oder jenen einer objektiv handelnden Drittperson. Sodann spricht auch die Abstufung, die der Gesetzgeber in Art. 940 Abs. 3 ZGB gemacht hat, dafür, dass bei den Verwendungen ebenfalls eine Unterscheidung nach der Kenntnis des Herausgabeberechtigten gemacht werden muss.

Für rein nützliche Verwendungen hat der bösgläubige Besitzer nach dem Gesetz keinen Verwendungsanspruch.[729] Allerdings ist auch hier eine Einschränkung notwendig: Wenn eine Verwendung aus objektiven Überlegungen zwar nicht notwendig, sondern nur nützlich gewesen ist, der Eigentümer sie aber gleichwohl selbst vorgenommen hätte, steht dem bösgläubigen Besitzer hierfür ein

726 Siehe vorne Kapitel 3, Abschnitt B.II.3.a.
727 Siehe auch *Utku* (1939), 98 f.; für das deutsche Recht einlässlich *Haas* (1976), 1 ff.
728 Siehe auch *Utku* (1939), 99.
729 *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 31; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 12.

Verwendungsersatzanspruch zu.[730] Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass weder die Art. 938 und 939 ZGB für den gutgläubigen Besitzer noch Art. 940 ZGB für den bösgläubigen Besitzer das Ziel verfolgen, eine der beiden Parteien auf Kosten der anderen zu bereichern. Vielmehr geht es darum, einen angemessenen Interessenausgleich sicherzustellen.[731] Im Übrigen verträgt sich diese Auffassung auch mit dem von der herrschenden Lehre vertretenen Standpunkt, der Verwendungsersatzanspruch richte sich danach, was der Eigentümer subjektiv als notwendig erachtet habe.

Keinen Anspruch hinsichtlich der nützlichen Verwendungen kann der bösgläubige Besitzer indes aufgrund von Art. 65 Abs. 1 OR geltend machen, der ihm im Umfang des noch vorhandenen Mehrwertes Ersatz zusprechen würde. Hier geht die Regelung von Art. 940 Abs. 2 ZGB vor.[732] Die unterschiedliche Behandlung ist hinzunehmen.

II. Übrige Verwendungen

Ebenfalls keinen Anspruch auf Verwendungsersatz hat der bösgläubige Besitzer für die übrigen Verwendungen. Anders als dem gutgläubigen Besitzer will die herrschende Lehre ihm diesbezüglich aber auch kein Wegnahmerecht zugestehen.[733] Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Verwendungen «freiwillig» gemacht worden und die verwendeten Sachen wegen des Akzessionsprinzips Eigentum des Eigentümers der Stammsache geworden seien.[734] Beide Argumente sind inhaltlich zutreffend, rechtfertigen aber nicht, dem bösgläubigen Besitzer das Wegnahmerecht gänzlich zu verweigern. Dies aus folgenden Gründen:

730 Siehe auch *Utku* (1939), 99, mit dem Beispiel, dass der bösgläubige Besitzer Vieh hat impfen lassen, ohne dass eine konkrete Gefahr für eine Erkrankung bestanden hat, der Eigentümer die Impfung aber selbst auch vorgenommen hätte.

731 Siehe hierzu sogleich Kapitel 5, Abschnitt C.

732 Siehe hierzu Kapitel 5, Abschnitt D, insbesondere Abschnitt D.IV.

733 BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 12; ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 15; *Utku* (1939), 99 f.; *Keller* (1940), 101; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.59; *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 31; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 12.

734 Siehe etwa *Simonius/Sutter* (1995), N 9.59; *Sutter-Somm* (2014), N 1496.

1) Wie bereits mehrfach angesprochen,[735] verfolgt nach der hier vertretenen Auffassung Art. 940 ZGB nicht das Ziel, eine der beiden Parteien zu bereichern; es geht um Interessenausgleich. Die Bereicherung des Eigentümers kann einzig dort gewollt sein, wo ihm eine solche aufgedrängt wird, mithin ein Schutzbedürfnis besteht. Einen solchen Schutz braucht er aber nur, wenn die Verwendungen für ihn keinen Nutzen haben, es sich also um übrige Verwendungen handelt, und die Wegnahme nicht möglich ist.

2) In ähnlichen Sachlagen sieht das Gesetz ein Wegnahmerecht des bösgläubigen Besitzers ebenfalls vor. Zu denken ist hier insbesondere an den Art. 65 Abs. 2 OR, der das Wegnahmerecht für übrige Verwendungen bei ungerechtfertigter Bereicherung gewährt, soweit die Stammsache hierdurch nicht beschädigt wird.[736] Freilich ist diese Bestimmung in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar anzuwenden. Wenig überzeugend ist die unterschiedliche Behandlung der Fälle indes allemal.

3) Es ist fraglich, ob dem Kriterium der freiwilligen Leistung grosse Bedeutung beigemessen werden kann. Selbstredend hat der Besitzer die Verwendung freiwillig gemacht, das ist – wie bereits gezeigt wurde[737] – begriffsnotwendig. Daraus jedoch eine Art «Schenkungsabsicht» zu konstruieren, ist verfehlt, zumal der bösgläubige Besitzer die Verwendung wohl gerade nicht dem Eigentümer überlassen, sondern selbst davon hat profitieren wollen.[738] Freiwilligkeit spielt sodann eine Rolle im Bereicherungsrecht, wo für die freiwillige Leistung einer Nichtschuld eine Kondiktionssperre besteht (Art. 63 Abs. 1 OR).[739] Der Ausschluss eines Wegnahmerechts lässt sich hierüber jedoch auch nicht herleiten, denn diese Bestimmung regelt gerade nicht, ob eine Schuld tatsächlich bestanden hat oder nicht. Sie beschäftigt

735 Siehe hierzu Kapitel 2, Abschnitt C.IV, und Kapitel 4, Abschnitt E.I.

736 Siehe hierzu *Koller* (2017), N 30.92 ff.; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 65 OR, N 4 ff.

737 Siehe hierzu vorne Abschnitt B.

738 Siehe aber für das entsprechende Argument schon im römischen Recht *Gaius*, D. 41, 1, 7, 12; *Verse* (1999), 16, mit weiteren Hinweisen; weiterführend hinten Kapitel 5, Abschnitt A.II.3 (Fn. 815).

739 Hierzu vertieft *Koller* (2017), N 31.26 ff.; BSK-*Schulin/Vogt* (2020), Art. 63 OR, N 2 ff.

sich einzig mit den Rechtsfolgen, wenn deren Nichtbestand feststeht und trotzdem freiwillig geleistet wird.

4) Dass das Wegnahmerecht nicht von der Bösgläubigkeit des Besitzers abhängen muss, um einen angemessenen Ausgleich zu erzielen, zeigt schliesslich ein Blick in das deutsche Recht. Dieses regelt das Wegnahmerecht in § 997 BGB. Ausgeschlossen wird es einzig für den gewöhnlichen Erhaltungsaufwand, bei Nutzlosigkeit für den Besitzer (z. B. Abtrennen der Tapete) und bei Abwendung durch den Eigentümer, indem er Wertersatz leistet (Abs. 2).[740] Auf die Qualität des Besitzes kommt es nicht an. Vielmehr gilt: «Gerade der Unredliche oder Verklagte bedarf des Wegnahmerechts, weil und soweit er keinen Verwendungsersatz erhält.»[741]

Aus diesen Gründen ist dem bösgläubigen Besitzer auch nach schweizerischem Recht ein Wegnahmerecht für die übrigen Verwendungen (in diesem Kontext mitsamt den nützlichen) zuzugestehen.[742] Ist die Wegnahme nicht möglich, weil sie zur Beschädigung der Sache führt, schuldet der Eigentümer keinen Ersatz. Ist sie möglich, kann er anstelle der Wegnahme dem Besitzer den Wert der Verwendungen ersetzen.[743]

Steht lediglich die Wegnahme von Zugehör zur Debatte, stellen sich die hier skizzierten Probleme nicht. Zugehörsachen stellen keine Verwendungen dar und können ohne Weiteres weggenommen werden.[744]

740 Zu den Voraussetzungen Staudinger-*Thole* (2019), § 997 BGB, N 3 ff.

741 MüKo-*Raff* (2020), § 997 BGB, N 8; siehe auch Staudinger-*Thole* (2019), § 997 BGB, N 6. Schon unter römischem Recht hatte der bösgläubige Besitzer ein Wegnahmerecht für die nützlichen und übrigen Verwendungen (siehe hinten Kapitel 5, Abschnitt A.II.3).

742 Im Ergebnis auch so *Hinderling* (1977), 517; *Steinauer* (2019), N 695.

743 Siehe hierzu schon Abschnitt D.II.3.

744 Siehe auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 15; *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 31; *Steinauer* (2019), N 683.

III. Geltendmachung der Ansprüche

Wie beim gutgläubigen Besitzer sind auch die Verwendungsersatzansprüche des bösgläubigen Besitzers bedingt. Sie sind von der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs abhängig.[745]

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem bösgläubigen Besitzer nach herrschender Auffassung nicht zu.[746] Das überzeugt, denn wer sich eine Sache bösgläubig beschafft hat, soll sie anschliessend nicht als Sicherheit für seine eigenen Gegenansprüche verwenden können.

Anders als *Keller* vertritt, ist es nicht zwingend erforderlich, auch das Zurückbehaltungsrecht zu gewähren, wenn ein Wegnahmerecht des bösgläubigen Besitzers bejaht wird.[747] Die beiden Instrumente verfolgen unterschiedliche Ziele und greifen unterschiedlich hart in die Sache ein. Während der Besitzer im einen Fall die gesamte Sache zum blossen Zweck der Sicherung für längere Zeit behält, gibt er sie im anderen Fall sofort zurück, freilich vermindert um das, was ihm nach der hier vertretenen Auffassung zusteht.

Gewährt man dem bösgläubigen Besitzer kein Zurückbehaltungsrecht, ist er in der gleichen Situation wie der gutgläubige Besitzer, der die Sache nicht durch Besitzübereignung an den Eigentümer zurückgegeben hat: Er hat kein Druckmittel, mit dem er den Eigentümer anhalten könnte, seine Ansprüche vor Rückgabe der Sache zu befriedigen.[748] Konsequenterweise muss ihm daher gestattet werden, seinen Verwendungsersatzanspruch in jedem Fall auch noch geltend zu machen, nachdem der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat.[749]

745 *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 33.

746 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 14; *Utku* (1939), 100; *Hinderling* (1977), 516 f.; *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 33; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 12; anderer Auffassung *Keller* (1940), 97 f.; BK-*Stark* (2001), Art. 940 ZGB, N 33; *Steinauer* (2019), N 694.

747 *Keller* (1940), 98.

748 Siehe hierzu vorne Abschnitte D.I.7 und 8.

749 *Utku* (1939), 100; *Sutter-Somm* (2014), N 1496.

Fünftes Kapitel
Einzelfragen

A. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund im römischen Recht

Die soeben besprochenen Lösungsansätze, die das Gesetz für die Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bereithält, sind wie die zugrunde liegenden Probleme keineswegs neu. Bereits das römische Recht hatte sich mit denselben Fragen zu beschäftigen. Denn: Schon damals konnten Besitz *(possessio)* und Eigentum *(dominium, proprietas)* auseinanderfallen.[750] Die sich stellenden Rechtsfragen sind über die vergangenen 2000 Jahre dieselben geblieben. Verändert haben sich – bedingt durch den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt – lediglich die Sachen, über die gestritten wird.

Über das gemeine Recht[751] sind die Leitgedanken des römischen Rechts denn auch mit mehr oder weniger grossen Weiterentwicklungen in den modernen Kodifikationen Deutschlands und der Schweiz noch vorzufinden.[752]

750 *Ulpian*, D. 41, 2, 12, 1: «Nihil commune habet proprietas cum possessione.» Übersetzt: «Das Eigentum hat mit dem Besitz nichts zu tun.» Siehe auch *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.1.

751 Siehe hierzu *Keller* (1940), 15 f.

752 Zur Bedeutung des römischen Rechts für das kontinentaleuropäische Recht siehe etwa *von Jhering* (1866), 1: «Drei Mal hat Rom der Welt Gesetze diktiert, drei Mal die Völker zur Einheit verbunden, das erste Mal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staates, das zweite Mal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das dritte Mal in Folge der Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter zur Einheit des Rechts; das erste Mal mit äusserem Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes.»

Nachfolgend wird lediglich überblicksartig skizziert, wie das römische Recht die gegenseitigen Ansprüche von Eigentümer und Besitzer bei der Vindikation handhabte. Dies erlaubt es, Parallelen und Differenzen im Vergleich zu den heute geltenden Normen zu identifizieren und allenfalls einen weiteren Blick aus einem anderen Winkel auf die hinter den Regeln liegenden Wertungen zu erhalten. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Quellen und den unterschiedlichen Forschungsstandpunkten kann derweil nicht geboten werden.[753]

I. Vindikationsklage

Aufbauend auf der Unterscheidung zwischen Besitz und Eigentum kannte auch das (klassische)[754] römische Recht verschiedene Rechtsbehelfe zum Schutz von Besitz und Eigentum. Die Klageform, die am stärksten Recht, dem Eigentum, anknüpfte, war die *rei vindicatio* als Klage des nichtbesitzenden quiritischen Eigentümers[755] gegen den besitzenden Nichteigentümer.[756] Mit ihr wurde verlangt, einerseits das Eigentum an der Sache festzustellen und andererseits die Herausgabe anzuordnen oder zumindest dem Kläger eine Geldsumme zu verschaffen, um ihn für den Verlust der Sache zu entschädigen.[757] Die Klage richtete sich gegen den Besitzer der Sache, wobei nicht jede Besitzerstellung ausreichte. Erforderlich war zunächst Interdiktenbesitz; in der Spätklassik reichte auch die blosse Detention aus, um die Passivlegitimation zu begründen.[758]

753 Einlässlich etwa *Rosenlöcher* (1991), 12 ff.

754 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.1.

755 Als quiritisches Eigentum bezeichnete man im römischen Recht das Eigentum, das nur den römischen Bürgern (den Quiriten) zugänglich war. Es konnte grundsätzlich nur an Fahrnis und italischen Grundstücken erworben werden. Nichtrömer, die sogenannten Peregriner, wurden nach Massgabe des *ius gentium* geschützt; an Provinzgrundstücken war lediglich der Erwerb eigentumsähnlicher Besitzrechte und Nutzungsrechte möglich. Siehe zum Ganzen etwa *Honsell* (2015), 57 f.

756 Diese herkömmliche und weitverbreitete Formulierung findet sich etwa bei *Kaser* (1981), 80; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.1; siehe auch *Lindenmann* (2010), 20.

757 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.1.

758 *Ulpian*, D. 6, 1, 9: «Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.» In der Übersetzung von *Wollschläger* (1995), 559: «Ich meine indessen, man kann gegen alle klagen, weil sie die Sache innehaben und zur Rückgewähr in der Lage sind.» Einlässlich *Kaser* (1981), 80 ff., insbesondere 93 ff., der sich auch mit der Frage beschäftigt, zu welchem Zeitpunkt der Besitz gegeben sein muss.

Der Interdiktenbesitz zeichnete sich dadurch aus, dass er durch prätorische Klagen (sogenannte *interdicta*) gegen die eigenmächtige Entziehung oder Störung geschützt war.[759] Zu den Interdiktenbesitzern zählte zunächst der Eigenbesitzer, der die Sache in seiner Gewalt hatte und nicht gewillt war, sie einem anderen herauszugeben. Hierunter fielen etwa der wirkliche Eigentümer, der gutgläubige Besitzer, der sich fälschlicherweise als Eigentümer betrachtete, aber auch der bösgläubige Besitzer, der die Sache behalten wollte, wie z. B. ein Dieb oder Räuber.[760] Daneben waren auch gewisse Fremdbesitzer Interdiktenbesitzer, namentlich der Erbpächter, der Prekarist, der Pfandgläubiger und der Sequester.[761]

Der «Detentor» war blosser Inhaber einer Sache.[762] Ihm fehlte es an dem für die *possessio civilis* erforderlichen gültigen Erwerbstitel[763] und dem beim Interdiktenbesitz vorhandenen prätorischen Rechtsschutz.[764] Als Detentoren galten daher alle Fremdbesitzer, die nicht zu den Interdiktenbesitzern zählten. Nennenswerte Beispiele sind etwa der Entleiher, Mieter, Pächter, Verwahrer, Geschäftsführer ohne Auftrag, Auftragnehmer oder der Werkunternehmer.[765] In diesen Fällen kam der Interdiktenschutz lediglich dem Besitzer zu, von dem die Detention hergeleitet wurde, etwa dem Vermieter in einem Mietverhältnis.[766]

Formell verlangte der Kläger vom Richter, das Eigentum festzustellen und den Beklagten zur Zahlung einer Geldsumme zu verurteilen. Die Herausgabe

759 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.11.
760 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.12.
761 Vorliegend wird nicht auf die einzelnen Merkmale dieser Besitzformen eingegangen. Siehe hierzu *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.13 ff. Die Regelung der Passivlegitimation zeigt im Übrigen, dass das römische Recht noch nicht wie heute zwischen materiellem und prozessualem Recht unterschied. Vielmehr standen die beiden in einer wechselwirkenden Beziehung.
762 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.17.
763 *Honsell* (2015), 52; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.17. In den deutschsprachigen Kodifikationen findet sich die Detention am prominentesten im österreichischen Recht widergespiegelt (siehe *Honsell* [2015], 52). Dort regelt § 309 ABGB die sogenannte «Innehabung»: «Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.»
764 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.17.
765 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.18.
766 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 29.18.

in natura wurde von der Klageformel nicht erfasst *(«tantam pecuniam iudex […] condemnato»)*.[767] Diese Besonderheit ist auf das Vollstreckungswesen des römischen Rechts zurückzuführen, das die Einzelzwangsvollstreckung nicht kannte.[768] Entsprechend gab es auch in den Prozessen bloss Geldurteile.[769] Den Römern war jedoch ebenso klar wie uns, dass der Eigentümer seine Sache zurückerhalten will. Entsprechend erliess der Richter ein *arbitrium de restituendo*, mit dem er den Unterlegenen aufforderte, die Sache zurückzugeben.[770] Kam der Beklagte dieser Aufforderung nicht nach, blieb es bei der Geldleistung, zu der er verurteilt worden war.[771] Dies gereichte dem Kläger zum Vorteil. Wäre der Verurteilte zwar zur Herausgabe in der Lage gewesen, verweigerte sie aber trotzdem, oder konnte er die Sache aus sonstigem *dolus* (Arglist) nicht mehr herausgeben, konnte der Kläger den Wert mittels eidlicher Schätzung festsetzen und somit sein Affektionsinteresse geltend machen. In den Fällen der *culpa* (Fahrlässigkeit) bestimmte der Richter die Ersatzsumme.[772] Die Sache fand den Weg also nicht zwangsweise zurück zu ihrem ursprünglichen Eigentümer. Wurde die Rückgabe verweigert, hatte im Ergebnis «der Kläger dem Beklagten die Sache, wenn auch um einen hohen Preis, verkauft».[773]

II. Nebenansprüche

Die Vindikationsklage ging auf *restituere*. Nach römischem Verständnis umfasste dieses nicht bloss die (wertmässige) Zurückgabe der Sache, sondern die Wiederherstellung des ganzen Interesses des Klägers. Neben der Sache selbst waren z. B. auch die Gebrauchsvorteile sowie die natürlichen und zivi-

767 *Honsell* (2015), 70.
768 *Honsell* (2015), 70.
769 *Honsell* (2015), 70; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.19.
770 *Honsell* (2015), 70.
771 Institutionen 4, 17, 2; *Honsell* (2015), 71; siehe auch *Lindenmann* (2010), 20.
772 *Paulus*, D. 12, 3, 2; *Markian*, D. 12, 3, 5, 3; *Kaser* (1981), 102, insbesondere Fn. 90; zum Ganzen auch *Lindenmann* (2010), 20.
773 *Honsell* (2015), 71.

len Früchte zu ersetzen,[774] denn dem Beklagten durfte für die Zeit nach der Klageanhebung kein Gewinn verbleiben.[775]

Hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen unterschied das römische Recht nach dem Zeitpunkt der Prozessbegründung *(litis contestatio)*. Dieser Zeitpunkt war auch massgeblich für die Festsetzung des Umfangs des Restitutionsinteresses. Der Kläger sollte so gestellt werden, wie wenn ihm die Sache im Zeitpunkt der Klageanhebung herausgegeben worden wäre.[776]

1. Nutzungsherausgabe

a. Natürliche Früchte

Für die Herausgabe der natürlichen Früchte, die vor der Prozesseinleitung gezogen wurden, sah das römische Recht keine Sonderregel vor. Vielmehr waren die Früchte selbst ebenfalls zu vindizieren, wenn der Eigentümer der Stammsache an ihnen ebenfalls Eigentum erworben hatte. Der Eigentumsanspruch an den Früchten konnte zusammen mit der Klage betreffend die Hauptsache oder in einem gesonderten Verfahren geltend gemacht werden.[777]

Grundsätzlich fielen die Früchte einer Stammsache deren Eigentümer zu.[778] An einigen Stellen wurde dieser Grundsatz jedoch durchbrochen, so etwa wenn gutgläubiger unrechtmässiger Besitz vorlag: Fielen die Früchte an, während die Stammsache im Besitz eines gutgläubigen Eigenbesitzers *ex iusta causa* war, gehörten die Früchte nach klassischem Recht ihm *(«bonae fidei possessor fructus suos facit»)*, denn «[…] dann ist kraft natürlicher Vernunft anerkannt worden, daß die Früchte, die er gezogen hat, als Ausgleich für die Bearbeitung

774 *Gaius*, D. 6, 1, 20; *Papinian*, D. 6, 1, 6, 4; *Paulus*, D. 50, 16, 81; *Paulus*, D. 50, 16, 35; *Pomponius*, D. 50, 16, 246, 1; *Ulpian*, D. 6, 1, 17, 1; *Kaser* (1968), 6 ff.; *Wimmer* (1995), 105 ff.; *Lindenmann* (2010), 20 f.

775 Siehe hierzu etwa *Paulus*, D. 6, 1, 35, 1; *Ulpian*, D. 6, 1, 17, 1; *Kaser* (1981), 130; *Wimmer* (1995), 106; *Lindenmann* (2010), 21.

776 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.15; Überbleibsel dieses Anknüpfungselements finden sich heute noch z. B. im deutschen Recht, wo im Falle der Gutgläubigkeit zwischen dem verklagten und dem unverklagten Besitzer unterschieden wird (siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt E.III.1.a.ii).

777 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.17.

778 *Lindenmann* (2010), 22, mit weiteren Hinweisen.

und Pflege des Bodens ihm gehörten».[779] Für die Früchte, die vom gutgläubigen Besitzer vor Einleitung des Prozesses gezogen worden waren, standen dem Eigentümer folglich keine Ansprüche zu. Im späteren Recht wurde dieser Grundsatz dahingehend eingeschränkt, dass der gutgläubige Besitzer *ex iusta causa* zwar die nicht gezogenen und die vor der Prozessbegründung gezogenen, mittlerweile aber verbrauchten Früchte nicht zu ersetzen hatte; die noch vorhandenen Früchte, die sogenannten *fructus extantes*, hatte er hingegen herauszugeben.[780] Dasselbe galt für den gutgläubigen Besitzer, der die Sache ohne gültigen Rechtsgrund vom Eigentümer tradiert erhalten hatte, bereits seit der Zeit des klassischen Rechts.[781]

Der bösgläubige Besitzer wurde nicht Eigentümer der Früchte, weshalb gegen ihn ein Vindikationsanspruch des Eigentümers bezüglich der noch vorhandenen natürlichen Früchte zur Verfügung stand.[782]

Für die Zeit nach der Klageanhebung kam es nicht mehr auf den guten oder bösen Glauben des Besitzers an.[783] Der Beklagte schuldete die Herausgabe sämtlicher Früchte, die er seit der *litis contestatio* gezogen hatte. Darüber hinaus war er nun zu einer ordnungsgemässen Bewirtschaftung der Sache verpflichtet und schuldete Ersatz für sämtliche Früchte, die zu ziehen er unterlassen hatte, während der Eigentümer sie hätte ziehen können.[784] Hierin zeigt sich der Ausfluss des *restituere*-Anspruchs.[785]

b. Zivile Früchte

An den zivilen Früchten, die vor Klageanhebung angefallen waren, hatte der Eigentümer keinen Vindikationsanspruch. Die Münzen, die dem Besitzer als Entgelt für die Nutzung überlassen worden waren, standen in dessen Eigentum.

779 Institutionen 2, 1, 35 (hier abgedruckt die Übersetzung von *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* [1997], 57); siehe auch *Julian*, D. 22, 1, 25, 1 f.; *Paulus*, D. 7, 4, 13; *Paulus*, D. 41, 1, 48 pr.; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 36.6; vertieft *Kaser* (1947), 248 ff.; *Lindenmann* (2010), 22.

780 Institutionen 2, 1, 35; *Diokletian/Maximian*, C. 3, 32, 22; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 36.6.

781 *Kaser* (1947), 250; *Lindenmann* (2010), 22; siehe auch einlässlich *Karlowa* (1901), 420 ff.

782 *Diokletian/Maximian*, C. 4, 9, 3; *Gordian* C. 9, 32, 4, 2; *Lindenmann* (2010), 22 f.

783 *Kaser* (1968), 9 f., 196 f.; *Lindenmann* (2010), 21 f.

784 Institutionen 4, 17, 2; *Lindenmann* (2010), 22, mit weiteren Hinweisen.

785 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.17.

Er erwarb dieses derivativ von seinem Vertragspartner durch Übertragung *ex iusta causa*.[786] Auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des (mittelbaren) Besitzers kam es für den Eigentumserwerb an dem Geld nicht an.[787]

Der gutgläubige Besitzer war sodann auch keiner obligatorischen Herausgabepflicht unterworfen. Er durfte die zivilen Früchte für die Zeit vor der Klageerhebung behalten. Gegen den bösgläubigen Besitzer stand dem Eigentümer indes ein Kondiktionsanspruch zu.[788]

Nach Anhebung der Klage schuldete der Besitzer – wie bei den natürlichen Früchten – die Herausgabe der zivilen Früchte unabhängig von seinem guten oder bösen Glauben nach den Grundsätzen einer ordnungsgemässen Bewirtschaftung.[789]

2. Schadenersatz

Im klassischen römischen Recht bestand für Schäden, die wegen Beschädigung oder Zerstörung der Sache vor dem Zeitpunkt der *litis contestatio* eintraten, zumindest aus der Vindikationsklage keine Ersatzpflicht. Mit der *rei vindicatio* konnte einzig die Rückgabe der Sache verlangt werden. Der Eigentümer konnte sich allenfalls mit der *lex Aquilia*, die grundlegende Regelungen für die Haftung bei Verletzung von Sklaven und Sachgütern enthielt,[790] behelfen. Dabei war es unerheblich, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig gewesen war.[791] Für den redlichen Besitzer blieb die Rechtslage auch im späteren römischen Recht gleich. Er durfte die Sache vor der Klageanhebung so verwenden, wie es ihm dem vermuteten Recht gemäss zustand. Den bösgläubigen Besitzer hingegen liess man nun auch im Rahmen der *rei vindicatio* für alle durch *dolus* (Arglist) oder *culpa* (Fahrlässigkeit) verursachten Schäden haften.[792]

786 *von Petražycki* (1892), 120; *Lindenmann* (2010), 23.
787 *Papinian*, D. 12, 6, 55; *Lindenmann* (2010), 19 und 23.
788 *Papinian*, D. 12, 6, 55; *Lindenmann* (2010), 23.
789 *Wimmer* (1995), 107; *Lindenmann* (2010), 21.
790 Siehe hierzu etwa *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 62.10 ff.; *Lindenmann* (2010), 25.
791 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.16; siehe auch *Lindenmann* (2010), 25.
792 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.16.

Für die Zeit nach Prozesseinleitung unterschied man hinsichtlich der Schadenersatzpflicht nicht zwischen dem gut- und bösgläubigen Besitzer. Beide hafteten für arglistig oder fahrlässig verursachte Schäden.[793] Umstritten war, ob die Haftung nach der *litis contestatio* auch für den Zufall galt. Während die prokulianische Rechtsschule für die Zufallshaftung einstand, beschränkte die sabinianische Rechtsschule den Ersatzanspruch auf Fälle von *dolus* oder *culpa*.[794] Allerdings stellten die Sabinianer zur Beurteilung des Verschuldenserfordernisses nicht auf die Vorwerfbarkeit des schädigenden Ereignisses als solches ab. Sie liessen es schon genügen, dass der Besitzer zumindest die Unterlassung oder Verzögerung der Rückgabe verschuldet hatte.[795]

Auch hier zeigt sich, dass das *restituere* den Massstab der Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer vorgab. Hätte der Besitzer die Sache dem Eigentümer im Zeitpunkt der Klageanhebung herausgegeben, wäre es nicht zu der Schädigung gekommen, die der Besitzer durch Unterlassung oder Verzögerung der Rückgabe bewirkt hatte. Dies trifft auch auf den Zufall zu, solange sich dieser nicht auch beim Eigentümer selbst verwirklicht hätte.[796] Auf diesem Gedanken beruht auch die Überlegung von *Ulpian*, dass Ersatz geschuldet sei, wenn der Eigentümer die Sache bei rechtzeitiger Rückgabe verkauft hätte:[797]

> «Es ist aber richtiger, daß Wertersatz doch geleistet werden muß, falls der Kläger [den Sklaven] nach Rückerhalt verkauft hätte und einen Verzug hinnehmen mußte. Denn wenn der Besitzer ihm [den Sklaven rechtzeitig] zurückgewährt hätte, dann hätte er ihn verkauft und seinen Wert erlangt.»[798]

Schliesslich galt schon unter römischem Recht, dass der Besitzer sämtliche Surrogate, die er während der Zeit des Prozesses für die Sache erhielt, herauszugeben hatte, da er sich andernfalls auf Kosten des Eigentümers bereichert hätte.[799] Er schuldete daher z. B. den Verkaufserlös, wenn er sich der Sache entledigte,

793 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.16.
794 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.16.
795 *Kaser* (1981), 129; zum Ganzen auch *Lindenmann* (2010), 24.
796 *Kaser* (1981), 128 f.; siehe auch *Lindenmann* (2010), 24.
797 Hierzu auch *Wimmer* (1995), 58 ff.
798 *Ulpian*, D. 6, 1, 15, 3; hier in der Übersetzung von *Wollschläger* (1995), 561.
799 Siehe hierzu etwa *Paulus*, D. 6, 1, 35, 1; *Kaser* (1981), 130.

aber auch die Ersatzleistungen und -ansprüche im Falle einer Beschädigung der Sache durch Dritte.[800]

3. Verwendungsersatz

Machte der Eigentümer die Herausgabe der Sache und der Früchte geltend, sah auch das römische Recht gewisse Gegenansprüche des Herausgabepflichtigen vor. Für den Verwendungsersatz unterschied das römische Recht – wenn auch nicht direkt im Zusammenhang mit der *rei vindicatio*[801] – zwischen den *«impensae necessariae»*, den *«impensae utiles»* und den *«impensae voluptuariae»*.[802]

Unter den *«necessariae»* wurden im Allgemeinen diejenigen Verwendungen verstanden, die zum Werterhalt der Sache notwendig waren und die auch der wahre Eigentümer hätte tätigen müssen.[803] Unter den *«utiles»* wurden Verwendungen verstanden, welche den Wert der Sache erhöhten, sei es, weil dadurch ein höheres Einkommen erzielt werden konnte oder weil der Substanzwert der Sache anstieg.[804] Die *«voluptuariae»* umfassten schliesslich die Luxusverwendungen.[805]

Der gutgläubige Besitzer konnte vom Eigentümer Ersatz für die notwendigen und nützlichen Verwendungen verlangen, die er vor der Klageeinleitung gemacht hatte.[806] Zur Durchsetzung seiner Ansprüche konnte sich der gutgläubige Besitzer auf die *exceptio doli* stützen; er durfte die Sache so lange zurückbehalten, bis sein Verwendungsersatzanspruch befriedigt war.[807] Eine selbständige Klage auf Ersatz der Verwendungen war dem römischen Recht fremd.[808]

800 *Ulpian*, D. 6, 1, 17 pr.; *Ulpian*, D. 6, 1, 17, 1; *Kaser* (1981), 131; *Lindenmann* (2010), 24.
801 Siehe hierzu *Verse* (1999), 13 f., mit weiteren Hinweisen.
802 *Paulus*, D. 50, 16, 79; siehe auch *Keller* (1940), 14; *Jakobs* (1967), 351; kritisch zu dieser Dreiteilung im römischen Recht *Bürge* (1979), 28 ff.
803 *Paulus*, D. 50, 16, 79 pr.; *Ulpian*, D. 25, 1, 14.
804 *Paulus*, D. 50, 16, 79, 1.
805 *Paulus*, D. 50, 16, 79, 2.
806 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.18; siehe auch *Windscheid/Kipp* (1906), 995 f.; *Rosenlöcher* (1991), 47; *Lindenmann* (2010), 26.
807 *Papinian*, D. 6, 1, 65 pr.; *Paulus*, D. 6, 1, 27, 5; *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.18; siehe auch *Rosenlöcher* (1991), 51; *Verse* (1999), 21; *Lindenmann* (2010), 26.
808 *Verse* (1999), 21.

Wie unter heutigem Recht musste sich der gutgläubige Besitzer die gezogenen Nutzungen auf seinen Verwendungsersatzanspruch anrechnen lassen.[809]

Für die verbleibenden Verwendungen, die *«voluptuariae»,* hatte der gutgläubige Besitzer zwar keinen Ersatzanspruch, es kam ihm aber immerhin ein Wegnahmerecht, das sogenannte *ius tollendi,* zu.[810] Freilich war auch dieses Wegnahmerecht ausgeschlossen, wenn die Wegnahme für den Besitzer nutzlos gewesen oder in rein schikanöser Absicht ausgeübt worden wäre.[811]

Der bösgläubige Besitzer hatte nur einen Anspruch auf die notwendigen Verwendungen, die er vor Anhebung der Klage getätigt hatte.[812] Eine Ausnahme bestand einzig für den Dieb: Er hatte auch auf die notwendigen Verwendungen keinen Anspruch.[813] Für die nützlichen Verwendungen wurde dem bösgläubigen Besitzer kein Ersatzanspruch zuerkannt. Hauptsächlich wurde dies damit begründet, dass der bösgläubige Besitzer sich seinen Schaden selbst zuzuschreiben habe.[814] Bisweilen wurde auch argumentiert, es liege eine (fingierte) Schenkung vor.[815] Immerhin beliess man auch dem bösgläubigen Besitzer das *ius tollendi*, und zwar für die nützlichen und die übrigen Verwendungen.[816]

B. Rechtsnatur der Ansprüche

I. Gesetzliches Schuldverhältnis

Wie die voranstehenden Kapitel gezeigt haben, klären die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ein ganzes Bündel an Rechtsfragen, die im

809 *Papinian*, D. 6, 1, 48.
810 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021), N 37.18; siehe auch *Rosenlöcher* (1991), 52 f.; *Lindenmann* (2010), 26.
811 *Celsus*, D. 6, 1, 38; siehe auch *Keller* (1940), 15.
812 *Gordian*, C. 3, 32, 5, 1; siehe auch *Keller* (1940), 14; *Verse* (1999), 15.
813 *Alexander Severus*, C. 8, 51, 1; siehe auch *Windscheid/Kipp* (1906), 995; *Verse* (1999), 15.
814 *Gaius*, D. 41, 1, 7, 12; *Ulpian*, D. 6, 1, 37.
815 *Gaius*, D. 41, 1, 7, 12; *Verse* (1999), 16, mit weiteren Hinweisen; siehe zu dieser Argumentation unter dem geltenden Recht vorne Kapitel 4, Abschnitt E.II (Fn. 738).
816 *Alexander Severus*, C. 3, 32, 3; *Gordian*, C. 3, 32, 5; *Ulpian*, D. 6, 1, 37; *Rosenlöcher* (1991), 52 f.; *Verse* (1999), 17 und 19, mit weiteren Hinweisen; für die Verwendungsersatzansprüche während der Prozesszeit siehe *Kaser* (1968), 99 ff.; zur anderslautenden Auffassung unter geltendem schweizerischem Recht siehe vorne Kapitel 4, Abschnitt E.II.

Zusammenhang mit dem unrechtmässigen Besitz auftreten können. Es besteht ab dem Zeitpunkt des Herausgabeanspruchs ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer.[817] Einige der Ansprüche, die im Rahmen dieses Schuldverhältnisses bestehen, erinnern an die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung, einige an jene der ungerechtfertigten Bereicherung, wiederum andere an jene der Geschäftsführung ohne Auftrag.

In der schweizerischen Literatur wird vor diesem Hintergrund diskutiert, welcher Rechtsnatur dieses Schuldverhältnis sei. Bisweilen wird vertreten, die Nebenansprüche nach Art. 938 ff. ZGB seien «ihrem Wesen nach eine Haftung aus unerlaubter Handlung».[818] Andernorts heisst es, sie seien besitzrechtlicher Natur.[819] Trotz dieser Verortung als besitzrechtliche Ansprüche sei es indes möglich, dass sich die Verjährung nach den Regeln über die unerlaubte Handlung oder die ungerechtfertigte Bereicherung richte.[820]

Die Einordnungsversuche sind für sich genommen von geringem Erkenntniswert. Bedeutung erlangen sie dort, wo Fragen nach den Rechtsfolgen zu beantworten sind, welche die Art. 938 ff. ZGB nicht selbst regeln. Neben der angesprochenen Verjährung ist dabei etwa auch an die Frage der Akzessorietät zu denken.

II. Schuldrechtliche Natur der Ansprüche

Die Ansprüche des Eigentümers knüpfen zwar an sein dingliches Recht an, gleichwohl sind die Nebenansprüche selbst schuldrechtlicher Natur.[821]

Eine Ausnahme mag freilich darin erblickt werden, dass der bösgläubige Besitzer die gezogenen, noch vorhandenen natürlichen Früchte an den Eigentümer

817 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 23 ff.

818 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 3; wohl auch *Utku* (1939), 11 f.; *Keller* (1940), 36.

819 *Lindenmann* (2010), 71; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 12.

820 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 12; siehe auch *Hinderling* (1977), 509.

821 *Utku* (1939), 11; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 12; anders *Keller* (1940), 36. Diese Einordnung ist auch in Deutschland akzeptiert, wo die Verknüpfung der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis mit dem dinglichen Vindikationsanpruch noch deutlicher ist (siehe hierzu etwa *Heck* [1960], 278; Staudinger-*Thole* [2019], Vor § 987 BGB, N 16; MüKo-*Raff* [2020], Vor § 987 BGB, N 5).

der Stammsache gestützt auf dessen Eigentum an den Früchten herausgeben muss.[822] Dieser Anspruch ergibt sich schon aus Art. 641 Abs. 2 ZGB. Der Wortlaut von Art. 940 Abs. 1 ZGB, der bezüglich der natürlichen Früchte die Rückgabe (nochmals) anordnet, ist insofern eher weit gefasst.[823]

Wird dieser Fall ausgenommen, verbleiben tatsächlich bloss noch schuldrechtliche Ansprüche zwischen Eigentümer und Besitzer. Hieraus ergibt sich, dass diese nach schuldrechtlichen Grundsätzen verjähren müssen. Eine Unverjährbarkeit wie beim Vindikationsanspruch nach schweizerischem Recht fällt ausser Betracht.[824]

III. Quasiakzessorische Natur der Ansprüche

Die Ansprüche nach den Art. 938 ff. ZGB sind reine Nebenansprüche. Sie treten neben den primären Herausgabeanspruch an der vorenthaltenen Sache hinzu. Bei diesem Primäranspruch kann es sich um einen dinglichen Eigentumsherausgabeanspruch handeln oder einen besitzrechtlichen Anspruch nach den Art. 927, 934 oder 936 ZGB. Denkbar sind auch andere Ansprüche, für die das Gesetz die Rechtsfolgen der Art. 938 ff. ZGB vorsieht.[825]

Die Normen, die das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausmachen, sind wegen ihrer Qualität als Sekundäransprüche akzessorischer Natur.[826] Sie werden im schweizerischen Schrifttum zutreffend als *quasi*akzessorisch bezeichnet,[827] weil sie nicht davon abhängen, ob der Herausgabeanspruch noch besteht. Vielmehr reicht es aus, dass ein Herausgabeanspruch für eine gewisse Zeitspanne bestanden hat.[828] Diese Zeitspanne legt denn auch die Dauer und den Umfang der Nebenansprüche fest: Eigentümer und Besitzer sind sich gegenseitig ab der

822 Siehe hierzu vorne Kapitel 2, Abschnitt E.I; siehe auch für das deutsche Recht *Wolff/Raiser* (1957), 337 f.
823 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 1a.
824 Zur Frage der Verjährung sogleich Abschnitt E.I.
825 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt D.
826 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 4.
827 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13.
828 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 4; *Utku* (1939), 11; *Keller* (1940), 36; *Hartmann* (2005), N 11; *Lindenmann* (2010), 71 f.; *Sutter-Somm* (2014), N 1477; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13.

Begründung des Herausgabeanspruchs – die Geltendmachung der Herausgabe ist nicht erforderlich[829] – bis zu dessen Untergang verpflichtet. Dabei ist nicht nur an die Übergabe der Sache an einen neuen Besitzer zu denken, sondern auch an den Erwerb des Eigentums durch den Besitzer selbst.[830]

> *Beispiel gutgläubiger Erwerb einer anvertrauten Sache:* E. ist Eigentümerin eines Autos. Sie vermietet das Fahrzeug ihrem Freund X. für einen Ausflug über das Wochenende. X. verkauft das Auto anschliessend der gutgläubigen B. B. erwirbt nach Art. 933 ZGB Eigentum an dem Auto. Gegen B. bestehen weder ein Herausgabeanspruch noch ein Nebenanspruch; sie ist Eigentümerin der Sache. Die Verantwortlichkeit von X. richtet sich derweil nach dem Mietvertrag zwischen E. und X.[831]

> *Beispiel gutgläubiger Erwerb einer gestohlenen Sache:* E. ist Eigentümerin eines Autos. Als sie es an der Tankstelle offen stehen lässt, um zu bezahlen, stiehlt X. das Auto. X. nutzt das Auto selbst während zwei Jahren, bevor er es der gutgläubigen B. verkauft. E. hatte während zwei Jahren einen Herausgabeanspruch gegen X. Für diese Zeit sind auch die Nebenansprüche geschuldet. Gegen B. bestehen der Herausgabeanspruch und die Nebenansprüche während weiterer drei Jahre. Anschliessend erwirbt sie nach Art. 934 Abs. 1 ZGB Eigentum am Fahrzeug.

Im zweiten Beispiel zeigt sich die bloss quasiakzessorische Natur der Ansprüche. Selbst wenn der Primäranspruch untergeht, bleiben die Sekundäransprüche für die Zeit der besseren Berechtigung erhalten.[832]

C. Zielsetzung und Grundgedanken

I. Diskussion in Deutschland

Für das schweizerische Recht wurde bisher kaum diskutiert, was die Zielsetzung der Art. 938 ff. ZGB ist und welche gesetzgeberischen Grundgedanken hinter ihnen stehen. Im deutschen Recht finden sich hierzu derweil zahlreiche Äusserungen in der Literatur.

829 *Sutter-Somm* (2014), N 1477.

830 *Sutter-Somm* (2014), N 1477; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13.

831 Siehe zur Anwendbarkeit der Art. 938 ff. ZGB bei Vertragsverletzungen vorne Kapitel 1, Abschnitt C.IV.

832 Siehe *Utku* (1939), 11; *Sutter-Somm* (2014), N 1477; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 13; siehe für das deutsche Recht auch Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 14.

Die ganz überwiegende Mehrheit der Autoren sieht die Privilegierung des gutgläubigen und unverklagten unrechtmässigen Besitzers als Leitgedanke der §§ 987 ff. BGB.[833] Das zeige sich vor allem in der reduzierten Nutzungsherausgabepflicht und dem Haftungsprivileg bei Verschlechterung oder Untergang der Sache. Demgegenüber finden sich im Schrifttum andere Auffassungen, wonach etwa nicht der Privilegierungsgedanke im Vordergrund stehe, sondern das «Prinzip der Sacherhaltung und -verbesserung».[834] Der Schutz des gutgläubigen Besitzers erfolge demnach nicht um seiner selbst willen, sondern wegen des allgemeinen Interesses an Sacherhaltung und Sachverbesserung.[835] Nennenswert ist sodann die Auffassung von *Pinger,* nach der die Normen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses neben die Bestimmungen über die unerlaubte Handlung und die ungerechtfertigte Bereicherung treten und so die Nutzungsherausgabe- und Schadenersatzpflicht des Besitzers verschärfen würden.[836]

Die Erkenntnisse aus Deutschland lassen sich nur beschränkt auf die Schweiz übertragen, da für die Ermittlung des Regelungszwecks ein umfassender Vergleich zwischen den Rechtsfolgen nach den allgemeinen Regeln und den besonderen Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses vorzunehmen ist.[837] Stattdessen sind die Leitgedanken des schweizerischen Rechts in einem Vergleich ebendieser Bestimmungen im hiesigen Recht zu suchen.

II. Übergeordnete Funktion

Wie bereits einleitend erwähnt, wollen die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch nach schweizerischem Recht die wirtschaftlichen Folgen regeln, die durch die Herausgabe der Sache noch nicht berücksichtigt worden sind.[838]

833 Siehe etwa *Heck* (1960), 282; *Michalski* (1995), 634 f.; *Hönn* (1988), 529 f.; *Katzenstein* (2004), 7 ff.; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 7, mit weiteren Hinweisen; BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 987 BGB, N 2.

834 Hierzu ausführlich *Raff* (2017), 458 ff.; siehe auch MüKo-*Raff* (2020), Vor § 987 BGB, N 14 f.

835 *Raff* (2017), 466.

836 Siehe die Übersicht bei *Pinger* (1973), 131 ff. Die Auffassung *Pingers* ist weitgehend abgelehnt worden (siehe etwa Staudinger-*Thole* [2019], Vor § 987 BGB, N 12 f.).

837 Mit einem übersichtlichen Vergleich *Heck* (1960), 278 ff.

838 Siehe hierzu Einleitung, Abschnitte A und B.

Hätte der Gesetzgeber auf eine gesonderte Regelung verzichtet, wäre die juristische Lösung für diese Probleme in den allgemeinen Regeln über die unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR), die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) oder die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zu suchen.[839] Die einschlägigen Art. 938 ff. ZGB gehen diesen Bestimmungen, wo sie eine abweichende Regelung enthalten, jedoch als *leges speciales* vor.[840]

Ein Vergleich zwischen den allgemeinen Regeln und den besonderen Bestimmungen betreffend die Nebenansprüche zeigt, dass Letztere insbesondere den gutgläubigen Besitzer besserstellen, an einigen Stellen jedoch auch den bösgläubigen schlechter.[841]

III. Privilegierung des gutgläubigen Besitzers

Verglichen mit den allgemeinen Regeln privilegieren die Art. 938 und 939 ZGB in ihrem Anwendungsbereich den gutgläubigen Besitzer in zweierlei Hinsicht: a) Er hat ein umfassendes Recht, die Nutzungsvorteile zu behalten. b) Er schuldet für die Schädigungen, die aus der Nutzung gemäss dem vermuteten Recht entstehen, keinen Schadenersatz.[842]

1. Keine Nutzungsherausgabepflicht

Im schweizerischen Recht wird die Eigentumszuweisung der Früchte an den gutgläubigen Besitzer nicht explizit im Gesetz geregelt.[843] In der Regel wird sie für den gutgläubigen Besitzer, der seinem vermuteten Recht entsprechend zur Fruchtziehung berechtigt gewesen ist, auf Art. 938 Abs. 1 ZGB gestützt.[844] Ohne diese Regel würde das Eigentum an den natürlichen Früchten dem Eigentümer der Stammsache zufallen (Art. 643 Abs. 1 ZGB). Solange diese Früchte noch vorhanden sind, hätte der Eigentümer daran einen Vindikationsanspruch.

839 *Sutter-Somm* (2014), N 1474; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 336; *Steinauer* (2019), N 658; siehe auch *Utku* (1939), 12; BGE 84 II 369, 377 f., E. 4.

840 Siehe hierzu sogleich Abschnitt D.

841 *Sutter-Somm* (2014), N 1474.

842 Siehe etwa *Lindenmann* (2010), 73 ff.; *Sutter-Somm* (2014), N 1474.

843 Siehe hierzu schon vorne Kapitel 2, Abschnitt C.I.

844 Siehe etwa BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 53; *Rey* (2007), N 473.

Würde der Besitzer die Sachen verbrauchen, träte anstelle des Vindikations- ein Kondiktionsanspruch.[845] Auch die weiteren Nutzungen, namentlich die zivilen Früchte und die Vorteile aus eigenem Gebrauch, führen regelmässig zu einer Bereicherung des gutgläubigen Besitzers. Hier hätte der Eigentümer einen Anspruch aus Art. 62 OR gegen den gutgläubigen Besitzer. Die Gutgläubigkeit hilft ihm betreffend die Rückerstattungspflicht nicht. Sie würde erst bei der Festsetzung des Rückerstattungsbetrags eine Rolle spielen; eine bereits entäusserte Bereicherung hätte der gutgläubige Besitzer nicht zurückzuerstatten (Art. 64 OR). Darüber hinaus wäre die Gutgläubigkeit beim Verwendungsersatzanspruch nach Art. 65 OR bedeutsam.[846]

Diese Vindikations- und Kondiktionsansprüche werden durch Art. 938 Abs. 1 ZGB beiseitegeschoben. Die Gesetzesmaterialien äussern sich zu den Gründen für diese Privilegierung nicht.[847] Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Begründungsansätze.

Mit Blick auf die (natürlichen) Früchte wird auf deren Vergütungscharakter für die aufgewendete Arbeit und das eingesetzte Material des gutgläubigen Besitzers hingewiesen. Dieser Gedanke finde sich einerseits im Gesetz wieder, da dieses die gezogenen Nutzungen auf den Verwendungsersatz anrechnen lasse (Art. 939 Abs. 3 ZGB), andererseits liessen sich entsprechende Überlegungen auch rechtshistorisch nachweisen.[848] So war das Produktionsprinzip bereits im römischen Recht vorhanden (z. B. rechtfertigte *Justinian* den Fruchterwerb des gutgläubigen Grundstückbesitzers mit der aufgewendeten Bodenkultur und Pflege: «*Naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura*»).[849] Im altdeutschen Recht galt der Grundsatz «Wer sät, der mäht». Garten- und Feldfrüchte galten als angemessener Lohn für die getane Arbeit.[850] Wie *Lindenmann* zu Recht entgegnet, vermag diese Überlegung allenfalls für die Früchte zu überzeugen, wenn tatsächlich Verwendungen auf die Sache gemacht worden sind, um den Ertrag zu steigern, insbesondere bei natürlichen Früchten.

845 *Koller* (2017), N 32.8 ff.
846 Siehe auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3.
847 Siehe Botschaft ZGB, BBl 1904 IV, 94.
848 *Lindenmann* (2010), 73 f.
849 Institutionen 2, 1, 35; *Wacke*, Säen (1981), 286; *Lindenmann* (2010), 73 f.
850 *Wacke*, Säen (1981), 286; *Lindenmann* (2010), 74.

Bei zivilen Früchten und reinen Gebrauchsvorteilen passt das Argument indes nicht durchwegs.[851]

Bisweilen wird auch vertreten, der gutgläubige Besitzer werde vor der Nutzungsherausgabepflicht bewahrt, um ihm «einen gewissen Ausgleich für das Entgelt zu gewähren, das er für den Besitzerwerb entrichtet hat und das er möglicherweise von seinem Vertragspartner nicht zurückerlangen kann».[852] Diese Überlegung greift freilich nur dort, wo die Besitzübertragung gegen ein Entgelt stattgefunden hat.[853] Ist die Sache dem Besitzer z. B. geschenkt worden, braucht er die «Absicherung» gegen den drohenden Verlust bei der Geltendmachung seiner Rechtsgewährleistungsansprüche gar nicht. Zu denken ist darüber hinaus auch an die Pflicht des Eigentümers, dem gutgläubigen Besitzer eine Auslösesumme zu bezahlen, wenn er die abhandengekommene Sache bei einer öffentlichen Versteigerung, auf einem Markt oder von einem Kaufmann, der mit Waren gleicher Art handelt, erworben hat (Art. 934 Abs. 2 ZGB).[854] Diese Pflicht bewahrt den gutgläubigen Besitzer schon weitgehend vor dem Ausfallrisiko seines Vorbesitzers.[855]

Vorgebracht wird weiter, dass das Haftungsprivileg aus Praktikabilitätsüberlegungen angezeigt sei. So könne eine aufwendige und komplizierte Berechnung des Werts der gezogenen Nutzungen unterbleiben.[856] Das Argument scheint etwas für sich zu haben, greift allerdings insofern zu kurz, als im Rahmen des Verwendungsersatzes zum Zweck der Abrechnung ohnehin eine Berechnung der Nutzungen vorgenommen werden muss (Art. 939 Abs. 3 ZGB).[857] Darüber

851 *Lindenmann* (2010), 74.
852 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 7; siehe auch *Heck* (1960), 284; *Köbl* (1971), 226 f.; *Apathy* (1978), 520; *Thunhart* (2005), 69 f.; *Lindenmann* (2010), 75.
853 *Lindenmann* (2010), 75.
854 *Lindenmann* (2010), 75 f.
855 *Hartmann* (2002), 138.
856 *Simonius* (1950), 62, mit dem Hinweis, andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Besitzer wegen mangelnder Dokumentation den Ersatz aus dem eigenen Vermögen leisten müsse; siehe auch *Hinderling* (1977), 512; *Bürgi-Wyss* (2005), 253; *Thunhart* (2005), 70; *Lindenmann* (2010), 76.
857 *Lindenmann* (2010), 76.

hinaus lässt sich fragen, ob die reine Vereinfachung einen Ausschluss der Vergütungspflicht tatsächlich rechtfertigt. In Fällen, in denen die Nutzungen verhältnismässig einfach zu berechnen sind (z. B. Vergütung gefahrener Kilometer bei einem Fahrzeug oder objektiver Mietzins bei einer Wohnung), ist dies nicht sachgerecht.[858] Für kleinere Verwendungen, die tatsächlich mühsam zu berechnen wären, hätte die Praxis wohl auch durch pauschalisierte Ansätze im Sinne einer abstrakten Berechnung eine Lösung finden können.[859]

Schliesslich wird auch vertreten, der gutgläubige Besitzer müsse vor der Nutzungsherausgabe geschützt werden, wenn er die angefallenen Vorteile im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit in den Betrieb reinvestiert habe. Andernfalls drohe er in finanzielle Schieflage zu geraten.[860] Dies mag zwar zutreffen, klärt indessen nicht, weshalb auch der Konsument, der die Nutzungen nicht in einen Betrieb investiert hat, keine Nutzungsherausgabe schuldet.[861]

Die vorstehend erläuterten Gründe sind allesamt eher praktischer Natur und vermögen das bestehende Privileg des gutgläubigen Besitzers nicht umfassend zu begründen.[862] Ob und inwiefern diese Gründe den Gesetzgeber bei der Redaktion des Art. 938 Abs. 1 ZGB getragen haben, lässt sich nicht feststellen. Die Materialien geben hierüber keinen Aufschluss. Denkbar ist letztlich auch, dass sich der Gesetzgeber von reinen Billigkeitsüberlegungen hat leiten lassen[863]

858 *Thunhart* (2005), 71 f., der zutreffend darauf hinweist, dass gerade im modernen Wirtschaftsleben häufig genaue Vorstellungen und Abrechnungen darüber bestehen, welche Vorteile durch eine Sache entstanden sind; *Lindenmann* (2010), 76.

859 Illustrativ hierzu Bernischer Appellationshof, Urteil vom 15. November 1917, ZBJV 1918, 228, 230 f., wo das Gericht den Anspruch auf das Nutzungsentgelt für ein Pferd mit dem Gegenanspruch auf Bezahlung des Futtergelds in Höhe von drei Franken pro Tag als ausgeglichen erachtete.

860 *von Petražycki* (1892), 185 ff.; *Apathy* (1978), 519; *Lindenmann* (2010), 76.

861 *Lindenmann* (2010), 76 f.

862 *Lindenmann* (2010), 77.

863 So ausdrücklich für das deutsche BGB in der Denkschrift BGB, 132 = Mugdan (1899), 978: «Diese Befreiung des redlichen Besitzers von der Haftpflicht ist durch die Billigkeit und das Bedürfniß des Verkehres geboten und entspricht im Wesentlichen auch dem geltenden Rechte […].»

und der starken Legitimationswirkung des Besitzes hat Nachdruck verleihen wollen.[864]

2. Ausschluss der Haftung

Die Ausnahme des gutgläubigen Besitzers von der Schadenersatzpflicht für sämtliche Schädigungen, die er im Rahmen der Ausübung seines vermuteten Rechts verursacht hat, wird in der Regel mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz *«quasi rem suam neglexit»* begründet.[865] Der Besitzer soll so behandelt werden, als hätte er eine Sache beschädigt, über die er tatsächlich hat verfügen dürfen. Damit trägt das Gesetz auch hier der Publizitätsfunktion des Besitzes Rechnung.[866] Es umschreibt positiv-rechtlich den Sorgfaltsmassstab, der unter der Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit zu prüfen ist, und verneint das rechtswidrige Verhalten in all jenen Fällen, in denen der gutgläubige Besitzer innerhalb seines vermuteten Rechts gehandelt hat.[867]

Unter schweizerischem Recht lässt sich durchaus fragen, ob hier tatsächlich eine Haftungserleichterung gegenüber dem allgemeinen Haftpflichtrecht erreicht wird. Häufig könnte dem gutgläubigen Besitzer auch unter dem allgemeinen Haftpflichtrecht kein Vorwurf gemacht werden. Er befindet sich in der irrigen Sachverhaltsvorstellung, die Sache beschädigen zu dürfen. Folgt man dem hier vertretenen Haftungskonzept, wird man ihm in der Regel keine rechtswidrige Handlung vorwerfen können; folgt man der traditionellen Lehre, wird es am Verschulden mangeln.[868]

864 *Sutter-Somm* (2014), N 1484, der zutreffend darauf hinweist, dass die Idee der Verkehrssicherheit kaum hinter der Regelung stehen kann, da diese auch bei vollständigem Ausgleich der Nutzungen gewährleistet bliebe; siehe auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 8a.

865 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 8; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.54; Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 8; siehe auch die Hinweise bei *Pinger* (1973), 9; für das deutsche Recht mit Beispielen zur unberechtigten Veräusserung *Harder* (1981), 269 ff.

866 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 8.

867 Siehe hierzu schon vorne Kapitel 3, Abschnitt B.II.1.

868 Siehe etwa BK-*Brehm* (2013), Art. 41 OR, N 176; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 42; anderer Ansicht wohl *Oftinger/Stark* (1995), N 5.32.

Denkbar erschiene eine Haftung einzig dort, wo mit Bezug auf die Gutgläubigkeit zur Gebrauchs- und Benutzungsbefugnis ein anderer Sorgfaltsmassstab angewendet wird als für die Vorwerfbarkeit unter allgemeinem Deliktsrecht. So gilt nach deutschem Recht als gutgläubiger Besitzer, wer nicht grobfahrlässig in Unkenntnis der fehlenden Berechtigung gewesen ist.[869] Die Haftpflicht nach den allgemeinen Regeln ergäbe sich jedoch schon bei leichter Fahrlässigkeit.[870] Wie bereits ausgeführt, genügt nach schweizerischem Recht auch hinsichtlich der fahrlässigen Unkenntnis der fehlenden Nutzungsberechtigung die leichte Fahrlässigkeit.[871] Es ist indessen fraglich, inwiefern angesichts des weiten Ermessensspielraums der Gerichte in solchen Fällen eine Haftung des als gutgläubig eingestuften Besitzers bejaht werden würde.

IV. Schlechterstellung des bösgläubigen Besitzers

Verglichen mit den allgemeinen Regeln stellt der Art. 940 ZGB den bösgläubigen Besitzer – zumindest nach herrschender Auffassung – in drei Punkten schlechter: a) Der bösgläubige Besitzer haftet auch für den Zufall, sofern er weiss, wem die Sache herauszugeben ist. b) Er hat für die unsorgfältigen Mindernutzungen aufzukommen, selbst wenn der Eigentümer die Nutzungen nicht gezogen hätte. c) Er kann für nützliche Verwendungen keinen Ersatz verlangen und hat für die übrigen Verwendungen kein Wegnahmerecht.[872]

1. Zufallshaftung

Weiss der bösgläubige Besitzer, wem er die Sache herauszugeben hat, und gibt er sie trotzdem nicht zurück, haftet der Besitzer auch für die zufällige Beschädigung der Sache.[873] Hierdurch wird die Haftung im Vergleich zu der Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR verschärft; gemeinhin wird von einer Verschärfung zu einer Kausalhaftung gesprochen.[874]

869 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt E.I.4.c.
870 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 8, mit weiteren Hinweisen.
871 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt E.I.4.c.
872 Bezüglich der beiden letzten Punkte siehe *Sutter-Somm* (2014), N 1474.
873 Siehe vorne Kapitel 3, Abschnitt B.II.3.a.
874 *Sutter-Somm* (2014), N 1495; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 348.

Weitet man den Blick jedoch auf die Zufallshaftung bei Verzug (Art. 103 OR) aus, erscheint fraglich, ob Art. 940 Abs. 1 ZGB tatsächlich zu einer Haftungsverschärfung gegenüber den allgemeinen Regeln führt. Der Herausgabeanspruch an der Sache könnte auch als ganz gewöhnliche Forderung des Eigentümers angesehen werden, die bereits im Zeitpunkt der Vorenthaltung fällig ist. Da die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre sodann akzeptieren, dass eine Mahnung in Fällen der Sachvorenthaltung gestützt auf den Grundsatz *«fur semper in mora»* nicht erforderlich ist, würden die Verzugsfolgen sofort eintreten.[875] Es bestünde damit auch nach allgemeinem Obligationenrecht eine Haftung für den Zufall.

Das deutsche Recht sieht eine entsprechende Haftungsverschärfung in § 990 Abs. 2 BGB explizit unter Verweis auf den Verzug (§ 286 ff. BGB) vor.[876]

2. Unsorgfältige Mindernutzung

Nach der herrschenden Auffassung schuldet der bösgläubige Besitzer dem Eigentümer neben der Herausgabe der gezogenen Nutzungen auch Ersatz für die versäumten Früchte.[877] Diese Ersatzpflicht wird zum einen mit dem Wortlaut von Art. 940 Abs. 1 ZGB begründet. Dieser lautet: «Wer eine Sache in bösem Glauben besitzt, muss […] für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten.» Dabei ist mit «Früchten» freilich auch hier jede Art der Nutzung gemeint.[878] Zum anderen stelle die Lösung «die logische Konsequenz des

875 BGE 131 III 12, 23, E. 9.2; *von Tuhr/Escher* (1974), 140 f.; *Koller* (2017), N 55.41; BK-*Weber/Emmenegger* (2020), Art. 102 OR, N 147; BSK-*Widmer Lüchinger/Wiegand* (2020), Art. 102 OR, N 11; *Schenker* (1988), N 56, mit dem Hinweis, dass der Grundsatz im heutigen Verzugsrecht keinen Platz mehr habe, da sich die Folgen der Vorenthaltung durch den Dieb nach Art. 940 ZGB richten würden. Gegen eine Anwendung des Grundsatzes *«fur semper in mora»* auf Forderungen aus unerlaubter Handlung *Gauch/Schluep/Emmenegger* (2020), N 2725.

876 Siehe hierzu etwa *Lange* (1967), 60; Staudinger-*Thole* (2019), § 990 BGB, N 101 ff.

877 ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 11; *Hinderling* (1977), 515; *Lindenmann* (2010), 180; *Sutter-Somm* (2014), N 1474 und 1493; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 22 ff.; *Steinauer* (2019), N 688; anderer Ansicht BK-*Ostertag* (1917), Art. 940 ZGB, N 9; *Hartmann* (2005), N 636; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 10.

878 Siehe etwa BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 22.

Gedankens dar, dass der bösgläubige Besitzer für die sorgfältige Bewirtschaftung der Sache voll haftet».[879]

Lässt man diese Auslegung zu, begründet Art. 940 Abs. 1 ZGB eine Haftungsverschärfung gegenüber den allgemeinen Bestimmungen. Unter dem allgemeinen Haftpflichtrecht könnte nur dann von einem ersatzfähigen Schaden ausgegangen werden, wenn der Eigentümer selbst die Nutzungen gezogen hätte. Haftet der bösgläubige Besitzer auch für die Früchte, die nach den Grundsätzen einer ordnungsgemässen Wirtschaft hätten gezogen werden können, selbst wenn sie der Eigentümer nicht gezogen hätte, schuldet er Ersatz eines Nichtschadens. Mit anderen Worten bereichert sich der Eigentümer auf Kosten des bösgläubigen Besitzers, denn dieser muss den Ersatz offensichtlich aus eigenem Vermögen leisten. Dieser Gedanke steht im Widerspruch zum Prinzip des Bereicherungsverbots, das im Haftpflichtrecht allgemein anerkannt ist.[880]

Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Art. 940 Abs. 1 ZGB nicht so verstanden werden, dass dieser allgemeine Grundsatz bei bösgläubigem Besitz nicht mehr gelten soll. Die Ersatzpflicht für versäumte Früchte lässt sich daher nicht als verschärfte Schadenersatzpflicht auffassen.[881] Ebenso wenig lässt sich die Ersatzpflicht für nicht gezogene Früchte als verschärfte Rückerstattungspflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Gewinnherausgabepflicht aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag auffassen. Der bösgläubige Besitzer hat sich in dieser Situation weder bereichert noch einen Gewinn erzielt.[882]

879 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 23.

880 BGE 71 II 86, 89, E. 4; BGE 131 III 12, 16, E. 7.1; BGE 134 III 489, 491, E. 4.2; *Oftinger/Stark* (1995), N 2.79; BK-*Brehm* (2013), Art. 42 OR, N 27; *Roberto* (2018), N 2.69; siehe auch *Roberto* (2008), 24.

881 Für das deutsche Recht *Pinger* (1973), 176; Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 70; MüKo-*Raff* (2020), § 987 BGB, N 29; anderer Ansicht *Dimopoulos-Vosikis* (1966), 156 ff.

882 Siehe hierzu schon vorne Kapitel 2, Abschnitt E.III.

Am ehesten liesse sich die verschärfte Haftung damit begründen, dass der Gesetzgeber eine schlichte Wertzuweisung habe vornehmen wollen.[883] Der Eigentümer soll demnach einen Anspruch darauf haben, was abstrakt an Nutzungen hätte gezogen werden können. Dies führt indessen zu sonderbaren Ergebnissen, bei denen das Ausmass der Haftungsverschärfung für den einzelnen bösgläubigen Besitzer bzw. die Bereicherungsmöglichkeit des Eigentümers letztlich davon abhängt, ob der Eigentümer selbst rational nach den gebotenen wirtschaftlichen Grundsätzen gehandelt hätte: Hätte der Eigentümer dies getan, hätte er ohnehin einen Schadenersatzanspruch gegen den bösgläubigen Besitzer und es käme zu keiner Verschärfung. Hätte er es nicht getan, gestattet ihm das Gesetz, sich auf Kosten des Besitzers einen Vorteil zu verschaffen. Diese Wertung lässt sich im Lichte der Grundzüge, welche die gesamte Rechtsordnung durchziehen, insbesondere des Bereicherungsverbots im Haftpflichtrecht, nicht rechtfertigen.[884] Daher muss die Wendung «für […] die versäumten Früchte Ersatz leisten» in Art. 940 Abs. 1 ZGB teleologisch auf das Verständnis reduziert werden, dass Ersatz nur für jene versäumten Nutzungen geschuldet ist, die der Eigentümer gezogen hätte.[885]

3. Reduzierter Verwendungsersatz

Eine Schlechterstellung des bösgläubigen Besitzers wird schliesslich in den eingeschränkten Möglichkeiten gesehen, Verwendungsersatz zu verlangen.[886] Im Vergleich mit den Bestimmungen über den Verwendungsersatz bei ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 65 OR) und der unechten Geschäftsführung ohne

883 Staudinger-*Thole* (2019), § 987 BGB, N 70; siehe hierzu auch Motive BGB III, 405 = Mugdan (1899), 225 f.: «Der Besitzer soll Sorge tragen, daß die Sache und die zu derselben hinzutretenden Nutzungen […] keine Minderung erleiden, daß vielmehr die bei wirthschaftlichem Verfahren zu erzielende Vergrößerung des Vindikationsobjektes durch Ziehung der Nutzungen eintrete.»

884 Siehe hierzu BGE 71 II 86, 89, E. 4; BGE 131 III 12, 16, E. 7.1; BGE 134 III 489, 491, E. 4.2; *Oftinger/Stark* (1995), N 2.79; BK-*Brehm* (2013), Art. 42 OR, N 27; *Roberto* (2018), N 2.69.

885 Siehe auch ZK-*Homberger* (1938), Art. 940 ZGB, N 11; *Utku* (1939), 95; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 10; für eine Hinnahme der Ungleichbehandlung explizit *Nietlispach* (1994), 385.

886 *Sutter-Somm* (2014), N 1474.

Auftrag (Art. 423 Abs. 2 OR)[887] erhält der bösgläubige Besitzer nach Art. 940 Abs. 2 ZGB nur die notwendigen, nicht aber die nützlichen Verwendungen ersetzt. Anders als dort hat er für die anderen Verwendungen kein Wegnahmerecht.[888]

Der primäre Gedanke hinter dem Anspruch auf Verwendungsersatz ist es, einen Interessenausgleich zwischen dem Eigentümer und dem unrechtmässigen Besitzer zu schaffen.[889] Der Eigentümer bedarf eines gewissen Schutzes vor Ausgaben, über die er nicht selbst hat entscheiden können und die für ihn womöglich völlig nutzlos sind; der unrechtmässige Besitzer soll für Investitionen, die er aus dem eigenen Vermögen getätigt hat und von denen er wegen der Herausgabe nicht mehr profitieren kann, einen gewissen Ersatz erhalten.[890] Dabei geht es nicht darum, eine Bereicherung des Eigentümers zu verhindern, sondern die Verluste des Besitzers auf ihn abzuwälzen. Das ergibt sich daraus, dass die Wertsteigerung im Zeitpunkt der Herausgabe nicht mehr vorhanden sein muss.[891] Im Übrigen spricht auch die Pflicht, die gezogenen Nutzungen auf die Verwendungen anzurechnen, die sowohl für den gutgläubigen als auch für den bösgläubigen Besitzer gilt, gegen einen gesetzgeberischen Willen, eine der beiden Parteien zu bereichern.

Vor dem Hintergrund dieses Grundgedankens des Verwendungsersatzes ist die Regelung im schweizerischen Recht zu sehen. Folgt man der herrschenden Auffassung, bezweckt Art. 940 Abs. 2 ZGB tatsächlich eine massive Schlechterstellung des bösgläubigen Besitzers. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Schlechterstellung indes nur auf einen Teilbereich beschränkt: Die Beschränkung der Ersatzpflicht auf die notwendigen Verwendungen ist zwar im Sinne

887 Dort ist der Anspruch für den Verwendungsersatz freilich auf die noch bestehende Bereicherung des Geschäftsherrn begrenzt (siehe etwa BK-*Gautschi* [1964], Art. 423 OR, N 9d).

888 *Keller* (1940), 101; *Sutter-Somm* (2014), N 1496; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 31; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 12.

889 Siehe hierzu vorne Kapitel 4, Abschnitt A.

890 Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 7.

891 *Raff* (2017), 61; siehe auch Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 994 BGB, N 9; anderer Ansicht *Dimopoulos-Vosikis* (1966), 195 ff.

der Ansicht des Gesetzgebers, den Eigentümer schützen zu müssen, verständlich und richtig. Der Eigentümer bedarf aber zu seinem Schutz keines Ausschlusses des Wegnahmerechts für die nützlichen und anderen Verwendungen.[892] Können diese ohne Beschädigung der Sache weggenommen werden, droht ihm keine Vermögensverschlechterung, vor der er bewahrt werden müsste. Vielmehr besteht dann die Gefahr einer Bereicherung auf Kosten des bösgläubigen Besitzers, die an sich nicht zu rechtfertigen ist.[893] Von Ausgleich bleibt dann nicht mehr viel übrig.

Richtigerweise wird Art. 940 Abs. 2 ZGB daher so angewendet, dass für nützliche und andere Verwendungen zunächst das Wegnahmerecht geprüft wird. Besteht ein solches, steht es dem Eigentümer offen, die Wegnahme zu gestatten oder Ersatz zu leisten. Kann die Wegnahme nicht ohne Beschädigung erfolgen oder wäre sie rechtsmissbräuchlich, fallen die Verwendungen ersatzlos an den Eigentümer. Hierdurch ist seinem Interesse auf Schutz vor aufgedrängten Verwendungsersatzzahlungen Genüge getan.[894]

Aus denselben Überlegungen sind dem bösgläubigen Besitzer auch jene nützlichen Verwendungen zu ersetzen, die der Eigentümer selbst ebenfalls vorgenommen hätte.[895]

Zusammengefasst besteht der Zweck des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach schweizerischem Recht damit primär in der Privilegierung des gutgläubigen Besitzers.[896] Der bösgläubige wird zum Schutz des Eigentümers insoweit schlechtergestellt, als er keinen generellen Ersatzanspruch für nützliche Verwendungen hat. Darüber hinaus wollen Art. 938 ff. ZGB keine Schlechterstellung des bösgläubigen Besitzers bewirken.

892 Siehe auch *Jakobs* (1967), 373 f. und 380 f.

893 Siehe hierzu schon vorne Kapitel 4, Abschnitte E.I und II.

894 Für eine solche Lösung auch *Hinderling* (1977), 517; *Steinauer* (2019), N 695.

895 Siehe hierzu schon vorne Kapitel 4, Abschnitt E.I.

896 Zur Rechtfertigung des Gutglaubensschutzes am Beispiel des Erwerbs von anvertrauten Sachen siehe *Hartmann* (2002), 138 ff.; mit besonderer Berücksichtigung des Kunstmarkts *Müller-Chen* (2003), 1275 ff.

D. Stellung in der Rechtsordnung

I. Ausschliesslichkeit im Anwendungsbereich

Ist im Zusammenhang mit einem Herausgabeanspruch über die Nebenansprüche zu entscheiden, kommt den Bestimmungen von Art. 938 ff. ZGB herrschender Auffassung nach Vorrang gegenüber den allgemeinen Regeln (Art. 41 ff. OR, Art. 62 ff. OR und Art. 419 ff. OR) zu.[897]

Diese Ausschliesslichkeit ist, sofern der Anwendungsbereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses eröffnet ist, auch erforderlich: Wie soeben gezeigt wurde,[898] liegt der Normzweck der Art. 938 ff. ZGB nämlich in erster Linie in einer Privilegierung des gutgläubigen Besitzers. Bestünde Alternativität mit den allgemeinen Bestimmungen, könnte der Eigentümer z. B. die dem Besitzer zugewiesenen Nutzungsvorteile auf dem Weg der allgemeinen Bereicherungsansprüche geltend machen.[899]

Freilich kann die Ausschliesslichkeit nach dem Grundsatz *«lex specialis derogat legi generali»* nur dann greifen, wenn überhaupt ein Spezialitätsverhältnis vorliegt. Der untersuchte Sachverhalt muss daher sowohl in den Anwendungsbereich der allgemeinen als auch jenen der speziellen Norm passen.[900] Liegt ein Sachverhalt nicht im Anwendungsbereich der speziellen Norm (hier der Art. 938 ff. ZGB), kommen ohne Weiteres die allgemeinen Bestimmungen zum Tragen. Für die hier interessierenden Fälle bedeutet das insbesondere, dass auch etwa für den gutgläubigen Besitzer nicht jeder Rückgriff auf das allgemeine Delikts- und Bereicherungsrecht von vornherein ausgeschlossen ist.[901]

897 BGE 84 II 369, 377 f., E. 4a; *Hinderling* (1977), 508 f.; *Chappuis* (1991), 66 f.; *Schmid* (1992), N 1471; *Nietlispach* (1994), 125, 357 und 385; *Simonius/Sutter* (1995), N 9.48; *Bürgi-Wyss* (2005), 251; *Hartmann* (2005), N 11; *Sutter-Somm* (2014), N 1474; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 3; *Steinauer* (2019), N 658; siehe auch *Koller* (2017), N 33.25; anderer Ansicht *Holenstein* (1983), 138 ff.

898 Siehe vorne Abschnitt C.

899 Auch in Deutschland ist die Ausschliesslichkeit der §§ 987 ff. BGB dem Grundsatz nach anerkannt, wenngleich auch dort an gewissen Stellen eine Ausnahme gemacht wird (siehe hierzu *Köbl* [1971], 297 ff.; Staudinger-*Thole* [2019], Vor § 987 BGB, N 104 ff., mit weiteren Hinweisen; betreffend den Verwendungsersatz auch *Canaris* [1996], 344 ff.).

900 *Kramer* (2019), 126.

901 Siehe auch *Lindenmann* (2010), 104.

Hinsichtlich der Haftungsprivilegierung in Art. 938 ZGB erscheint die Spezialität bei genauer Betrachtung fraglich. Der Norm fehlen auf den ersten Blick die Tatbestandsmerkmale, die im allgemeinen Bereicherungsanspruch enthalten sind. Sie vermittelt dem Wortlaut nach keinen Anspruch, sondern schliesst einen solchen bloss aus, nämlich dann, wenn der gutgläubige Besitzer die Sache seinem vermuteten Recht gemäss genutzt hat. Denkbar sind nun zwei Überlegungen: a) Art. 938 Abs. 1 ZGB enthält ungeschrieben einen Bereicherungsanspruch mit denselben Voraussetzungen wie Art. 62 Abs. 1 OR und der zusätzlichen Einschränkung, dass ein solcher nur bei einer Bereicherung ausserhalb des vermuteten Rechts greift.[902] b) Art. 938 Abs. 1 ZGB ist nicht die Anspruchsgrundlage selbst, sondern lediglich eine Konkretisierung dessen, was nach Art. 62 Abs. 1 OR ungerechtfertigt ist. Von einer eigentlichen *lex specialis* im technischen Sinn kann wohl nur im ersten Fall gesprochen werden. Die Frage ist in der Schweiz – soweit ersichtlich – bislang nicht diskutiert worden. Es ist eher von der zweiten Variante auszugehen, da Art. 938 Abs. 1 ZGB seinem Wortlaut nach lediglich eine Bereicherungshaftung ausschliessen soll.[903] Dogmatisch korrekt folgt daraus, dass sich die Haftung im Falle des Nutzungsexzesses nicht aus Art. 938 ZGB, sondern aus Art. 62 Abs. 1 OR ergibt, da eine solche Bereicherung eben keine durch Art. 938 Abs. 1 ZGB gerechtfertigte ist.[904] Darüber hinaus ergeben sich keine Unterschiede, würde man bei gegenteiliger Auffassung doch die allgemeinen Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung – wie gesagt – implizit in den Art. 938 Abs. 1 ZGB übernehmen.

Bezüglich der Ansprüche aus unerlaubter Handlung gilt das soeben Gesagte sinngemäss. Hier nimmt der Art. 938 Abs. 2 ZGB[905] der schädigenden Hand-

902 So wohl *Lindenmann* (2010), 104.

903 So auch die Terminologie bei ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 12: «[…] da ja gerade in diesem Recht die Rechtfertigung für die Bereicherung liegt.» *Utku* (1939), 39: «Car, cet enrichissement n'est pas sans cause, il découle directement de la loi.» BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 2: «Art. 938 kann als Rechtfertigungsgrund betrachtet werden; er hebt die an sich bestehende Rechtswidrigkeit auf.» Siehe auch BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 16; *Lindenmann* (2010), 104.

904 *Polydor-Werner* (1988), 57.

905 Je nach Auffassung auch schon der Art. 938 Abs. 1 ZGB (siehe etwa ZK-*Homberger* [1938], Art. 938 ZGB, N 16; *Keller* [1940], 38).

lung die Rechtswidrigkeit, solange sie innerhalb des vermuteten Rechts erlaubt gewesen wäre.

II. Verhältnis zum Herausgabeanspruch

Ein bestehender Herausgabeanspruch ist Grundlage, um die Nebenansprüche nach Art. 938 ff. ZGB geltend zu machen. Er bildet den Primäranspruch für die Sekundäransprüche des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.[906]

Der primäre Herausgabeanspruch und die Nebenansprüche bestehen unabhängig nebeneinander und können grundsätzlich eigene Schicksale haben. Das ergibt sich schon aus der unterschiedlichen Rechtsnatur und Intention dieser Ansprüche: Während etwa der Vindikationsanspruch ein dinglicher Anspruch ist,[907] handelt es sich bei den Nebenansprüchen um rein obligatorische Ansprüche.[908] Sie unterliegen der Verjährung,[909] während die Vindikation keiner zeitlichen Beschränkung unterworfen ist.[910] Geht derweil der Vindikationsanspruch infolge gutgläubigen Erwerbs unter (z. B. nach Art. 933 oder 934 Abs. 1 ZGB), können die Nebenansprüche für die Zeit des einmal bestandenen Herausgabeanspruchs weiterhin geltend gemacht werden.[911]

III. Verhältnis zu den Bestimmungen über den Fruchterwerb

Die Bestimmungen über den Fruchterwerb können im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses Bedeutung erlangen, wenn die Herausgabepflicht von Früchten zu klären ist.

Das schweizerische Recht regelt das Eigentum an natürlichen Früchten in Art. 643 ZGB. Danach bilden die Früchte bis zur Trennung einen Bestandteil der Stammsache (Abs. 3). Mit der Trennung fallen sie grundsätzlich in

906 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt D.
907 Anstelle vieler *Schmid/Hürlimann-Kaup* (2017), N 654.
908 Siehe vorne Abschnitt B.II; ferner auch BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 12.
909 Hierzu sogleich Abschnitt E.I.
910 BGE 48 II 38, 46 f., E. 2c; siehe anstelle vieler auch *Sutter-Somm* (2014), N 63; *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 4.121.
911 Siehe hierzu vorne Abschnitt B.III.

das Eigentum des Eigentümers der Stammsache (Abs. 1). Man spricht in diesem Zusammenhang vom Substantialprinzip.[912] Denkbar ist indessen auch ein Fruchterwerb durch einen Dritten. In den hier interessierenden Konstellationen betrifft dies vor allem den gutgläubigen Besitzer. Sieht er sich zur Fruchtziehung berechtigt, so fällt ihm das Eigentum an den getrennten Früchten zu.[913] Derweil erwirbt kein Eigentum, wer sich nicht zur Fruchtziehung hat berechtigt sehen dürfen, d. h. der bösgläubige Besitzer.

Die Frage der Eigentümerstellung ist deshalb bedeutsam, weil der Eigentümer der Stammsache einen eigenständigen Vindikationsanspruch wegen der Früchte hat, solange er auch deren Eigentümer ist. In diesen Fällen besteht kein Platz für die Anwendung der Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.[914] Auf der anderen Seite schliesst Art. 938 Abs. 1 ZGB auch eine obligatorische Ersatzpflicht für die gezogenen und noch vorhandenen Früchte beim gutgläubigen Besitzer aus.

IV. Verhältnis zum allgemeinen Bereicherungsrecht

Grundsätzlich verschafft sich der unrechtmässige Besitzer durch die Nutzung der Sache eine Bereicherung auf Kosten des Eigentümers. Diese mag in gezogenen Früchten oder Gebrauchsvorteilen liegen. Wie erwähnt, macht Art. 938 Abs. 1 ZGB die Bereicherung jedoch bei Nutzungen, die dem vermuteten Recht entsprechen, zu einer gerechtfertigten.[915] Innerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 938 Abs. 1 ZGB ist diese Privilegierung abschliessend. Es besteht insbesondere keine Anspruchskonkurrenz mit allgemeinen Bereicherungsansprüchen, die nicht eingeschränkt wären.

Wie bereits besprochen, fallen lediglich die natürlichen und zivilen Früchte sowie der Genuss der Gebrauchsvorteile unter den Begriff der Nutzungen und sind damit vom Haftungsprivileg des gutgläubigen Besitzers nach Art. 938

912 Siehe etwa BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 42.
913 BK-*Meier-Hayoz* (1981), Art. 643 ZGB, N 53.
914 BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 24; für das deutsche Recht Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 110.
915 Siehe vorne Abschnitt D.I.

Abs. 1 ZGB erfasst.[916] Die Vorteile, die der gutgläubige Besitzer aus dem Verbrauch der Sache, der Veräusserung oder anderen Surrogaten wie etwa Schadenersatzzahlungen zieht, stellen demgegenüber keine Nutzungen dar. Sie liegen ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 938 Abs. 1 ZGB. Der gutgläubige Besitzer schuldet hierfür – nach der hier vertretenen Auffassung – Ersatz nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung.[917]

Ebenfalls nach den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung sind die Nutzungen herauszugeben, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass ungültige Verträge nicht in den Anwendungsbereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses fallen.[918]

Sodann ergibt sich der Bereicherungsanspruch des Eigentümers gegen den gutgläubigen Fremdbesitzer im Nutzungsexzess aus dem allgemeinen Bereicherungsrecht, wenn man der hier vertretenen Meinung folgt und in Art. 938 Abs. 1 ZGB keine eigene Haftungsgrundlage, sondern lediglich eine Rechtfertigungsnorm sieht.[919]

Keinen Einfluss haben die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf den Kondiktionsanspruch, der an die Stelle eines Vindikationsanspruchs tritt, etwa weil das Eigentum im Rahmen von Vermengung, Vermischung oder Verarbeitung untergegangen ist.[920]

V. Verhältnis zum allgemeinen Deliktsrecht

Grundsätzlich besteht in jeder Vorenthaltung des Eigentums bereits eine rechtswidrige Handlung, die nach Art. 41 Abs. 1 OR zu einer Schadenersatzpflicht

916 Siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt C.

917 Bezüglich der abweichenden herrschenden Meinung, die zumindest den Verbrauch ebenfalls als Nutzung dem gutgläubigen Besitzer belassen möchte, siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt C; siehe auch *Lindenmann* (2010), 104 f.; für die gleiche Situation im deutschen Recht Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 114 ff.

918 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitt C.III.

919 Siehe hierzu vorne Abschnitt D.I; für das deutsche Recht auch Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 101 ff.

920 Für das deutsche Recht etwa BeckOK-*Fritzsche* (2020), § 987 BGB, N 49; siehe hierzu auch Bundesgerichtshof, Urteil VIII ZR 261/69 vom 11. Januar 1971, BGHZ 55, 176 = NJW 1971, 612.

führen kann.[921] Wie bei der soeben besprochenen Frage des Verhältnisses zwischen den Art. 938 ff. ZGB und dem allgemeinen Bereicherungsrecht nimmt Art. 938 Abs. 2 ZGB im Falle des gutgläubigen Besitzes jeder Handlung, die im Rahmen des vermuteten Rechts zulässig gewesen wäre, die Rechtswidrigkeit.[922] Innerhalb seines Anwendungsbereichs gilt die Privilegierung abschliessend; es bestehen namentlich keine konkurrierenden Ansprüche aus der Verschuldenshaftung ohne die Rechtfertigung von Art. 938 Abs. 2 ZGB.[923]

Überschreitet der gutgläubige Fremdbesitzer seine Befugnisse gemäss dem vermuteten Recht und beschädigt er die Sache, wird er durch Art. 938 Abs. 2 ZGB nicht mehr von der Haftung befreit. Sein Verhalten wird grundsätzlich rechtswidrig, da er nun gegen die geltenden Sorgfaltspflichten gemäss Vertrag mit seinem Oberbesitzer verstossen hat. Dem Eigentümer steht ein eigener Schadenersatzanspruch zu, der neben den vertraglichen Anspruch des Oberbesitzers tritt.[924] Die herrschende Lehre will in diesen Fällen des Exzesses die Haftung des Fremdbesitzers anhand der vertraglichen Haftung gegenüber dem Oberbesitzer beurteilen.[925] Konsequent wäre es indessen, die Haftung ausserhalb des Haftungsprivilegs nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, da der Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem unmittelbaren Fremdbesitzer gerade nicht wirkt, keine Legalzession stattfindet und nach der hier vertretenen Auffassung Art. 938 Abs. 2 ZGB lediglich die Rechtswidrigkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR ausschliesst, jedoch keine eigene Haftung begründet.[926] Dies ändert freilich nichts daran, dass innerhalb des vermuteten Rechts das Haftungsprivileg greift und die allgemeinen Ansprüche ausgeschlossen bleiben.[927]

921 Siehe vorne Kapitel 3, Abschnitt B.I.1.

922 *Lindenmann* (2010), 106; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 2; siehe vorne Abschnitt D.I.

923 Siehe für das deutsche Recht, wo das allgemeine Deliktsrecht ebenfalls ausgeschlossen ist, Staudinger-*Thole* (2019), Vor § 987 BGB, N 152 ff.

924 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 14; *Keller* (1940), 54; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 13; anderer Ansicht BK-*Ostertag* (1917), Art. 938 ZGB, N 8, der fälschlicherweise Legalzession des Anspruchs des Oberbesitzers annimmt.

925 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 14; *Keller* (1940), 54; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 938 ZGB, N 13; zur Problematik der Haftungsfreizeichnung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer im deutschen Recht *Katzenstein* (2004), 11 ff.

926 Siehe hierzu vorne Abschnitt D.I.

927 Für die Lösung im deutschen Recht siehe etwa *Wolff/Raiser* (1957), 336; mit einlässlicher Kritik *Harder* (1981), 273 ff.

Hinsichtlich des bösgläubigen Besitzers enthält Art. 940 Abs. 1 ZGB eine spezielle Zufallshaftung, die der Verzugshaftung gleicht und strenger ist als jene nach Art. 41 Abs. 1 OR. Grundsätzlich dürften bei einer Schädigung durch den bösgläubigen Besitzer häufig auch die Voraussetzungen der allgemeinen Verschuldenshaftung erfüllt sein. Nach der hier vertretenen Ansicht ist daher zwischen der Haftung aus Art. 940 Abs. 1 ZGB und jener aus Art. 41 Abs. 1 OR Alternativität anzunehmen, denn die Haftung nach Art. 940 Abs. 1 ZGB ist durchwegs strenger als die allgemeine Verschuldenshaftung.[928] In der Regel wird der Eigentümer daher ohnehin auf den Art. 940 Abs. 1 ZGB zurückgreifen.

Hinsichtlich der Haftung nach Art. 940 Abs. 3 ZGB ergeben sich keine Unterschiede zur Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR. Die Konkurrenzfrage stellt sich daher nicht.

VI. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Da der Besitzer die Geschäfte in den hier interessierenden Fällen regelmässig im eigenen Interesse tätigt, kommt eine echte Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Betracht, wohl aber eine Geschäftsanmassung nach Art. 423 OR. Berührungspunkte ergeben sich insbesondere beim bösgläubigen Besitzer, da nach heute herrschender Meinung der gutgläubige Eigengeschäftsführer nicht unter die Herausgabepflicht von Art. 423 OR fällt.[929] Insoweit dem bösgläubigen Besitzer bei der Geschäftsführung ein Gewinn entsteht, namentlich bei der Veräusserung der fremden Sache, kann der Eigentümer diesen gestützt auf Art. 423 OR herausverlangen.[930]

928 In diese Richtung geht auch Handelsgericht Zürich, Urteil vom 28. September 1944, ZR 1945, 227, 227 f., wonach sich die Schadenersatzpflicht des bösgläubigen Besitzers wohl auch über Art. 41 OR begründen liesse. BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 4, nehmen jedoch Spezialität an; siehe auch *Kramer* (2019), 128 f.; für das deutsche Recht *Michalski* (1995), 609; *Arndt* (2015), 18 ff.

929 BGE 129 III 422, 425, E. 4; *Holenstein* (1983), 168 ff.; *Chappuis* (1991), 21 ff.; *Schmid* (1992), N 792 ff.; ZK-*Schmid* (1993), Art. 423 OR, N 34 ff.; *Nietlispach* (1994), 29 ff., 120 ff.; *Bürgi-Wyss* (2005), 208 ff.; *Roberto* (2008), 28 f.; CR-*Héritier Lachat* (2012), Art. 423 OR, N 8; CHK-*Jenny/Maissen/Huguenin* (2016), Art. 423 OR, N 11; *Honsell* (2017), 371.

930 Siehe vorne Kapitel 3, Abschnitt C.I.3; ferner *Chappuis* (1991), 66 ff.; *Schmid* (1992), N 1488; ZK-*Schmid* (1993), Art. 423 OR, N 193; *Sutter-Somm* (2014), N 1494; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Art. 940 ZGB, N 7; BSK-*Ernst* (2019), Art. 940 ZGB, N 9a.

VII. Verhältnis zum Vertragsrecht

Besteht oder bestand zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer ein Vertragsverhältnis, aufgrund dessen eine Sache rechtmässig im Besitz des Besitzers gewesen ist, richten sich sowohl die Rückgabe als auch die Nebenfolgen nach den vertraglichen Pflichten.[931] Denkbar ist freilich, den Vertrag nötigenfalls mit Regeln betreffend die Nutzungen und den Verwendungsersatz zu ergänzen, die jenen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ähnlich sind, sofern der Vertrag diese Fragen nicht regelt.[932]

E. Durchsetzung der Ansprüche

I. Verjährung

1. Verjährung nach Art. 60 und 67 OR

Das Zivilgesetzbuch regelt die Verjährung der Ansprüche nach Art. 938 ff. ZGB nicht ausdrücklich. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, die Ansprüche wären – wie der Vindikationsanspruch[933] – unverjährbar.[934] Dies muss umso mehr gelten, als die Nebenansprüche keine dinglichen, sondern obligatorische Ansprüche sind.[935] Ginge man von Unverjährbarkeit aus, würde sich eine merkwürdige Ungleichbehandlung gegenüber anderen persönlichen Ansprüchen, insbesondere auch jenen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, einstellen.[936]

931 Siehe hierzu vorne Kapitel 1, Abschnitte C.IV und V; anderer Ansicht *Dimopoulos-Vosikis* (1966), 269 ff., 274, der im deutschen Recht die Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auch bei gültigen Verträgen anwenden will, die ein Besitzrecht vermitteln; kritisch hierzu etwa *Michalski* (1995), 578 f.

932 Hierzu auch MüKo-*Raff* (2020), Vor § 987 BGB, N 39 ff.; Bundesgerichtshof, Urteil V ZR 269/13 vom 19. September 2014, NJW 2015, 229, 230 f.

933 Für die Unverjährbarkeit des Vindikationsanspruchs anstelle vieler *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 4.121.

934 *Sutter-Somm* (2014), N 1478; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 19.

935 Siehe vorne Abschnitt B.II.

936 *Simonius/Sutter* (1995), N 9.49; *Sutter-Somm* (2014), N 1478; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 19.

Die herrschende Ansicht,[937] wonach die Verjährungsbestimmungen der Art. 60 und 67 OR auch auf die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis angewendet werden sollen, überzeugt daher im Allgemeinen.[938]

Für die Ansprüche, die mit der unerlaubten Handlung verwandt sind (namentlich jene aus Art. 938 Abs. 2 ZGB, Art. 940 Abs. 1 und 3 ZGB), gilt somit die Verjährungsfrist von Art. 60 OR. Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt mit Ablauf von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Person des Ersatzpflichtigen (relative Verjährungsfrist), jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren nach Ende der Schädigung (absolute Verjährungsfrist). Im Falle eines strafrechtlich relevanten Verhaltens kommen die längeren Verjährungsfristen des Strafrechts zur Anwendung (Art. 60 Abs. 2 OR). Eine Anwendung der besonderen Verjährungsfristen für Personenschädigungen nach Art. 60 Abs. 1bis OR ist bei der vorliegend interessierenden Thematik kaum denkbar.

Die weiteren Ansprüche, die primär bereicherungsrechtlicher Natur sind (Art. 938 Abs. 1 ZGB, Art. 939 ZGB und Art. 940 Abs. 2 ZGB), verjähren nach Art. 67 Abs. 1 OR mit Ablauf von drei Jahren ab Kenntnis des Anspruchs (relative Verjährungsfrist), in jedem Fall aber zehn Jahre nach dessen Entstehung (absolute Verjährungsfrist).

2. Verjährung des Herausgabeanspruchs an natürlichen Früchten

Nicht restlos zu überzeugen vermag die analoge Anwendung jedoch bei der Herausgabepflicht der (natürlichen) Früchte, die den bösgläubigen Besitzer trifft. Der bösgläubige Besitzer wird anders als der gutgläubige nicht Eigentümer der Früchte. Vielmehr fällt das Eigentum dem Eigentümer der Stammsache zu.[939] Sind die Früchte noch vorhanden, hat der Eigentümer einen dinglichen Herausgabeanspruch auf die Früchte *in natura*. Dieser dingliche Anspruch verjährt nach schweizerischem Recht nicht.[940]

937 ZK-*Homberger* (1938), Art. 938 ZGB, N 5; *Lindenmann* (2010), 174; *Sutter-Somm* (2014), N 1478; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 19; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 10; *Steinauer* (2019), N 666.

938 Siehe auch BGE 81 II 431, 435 ff., E. 3, für die wesensverwandten Ansprüche aus Art. 672 ZGB.

939 Siehe vorne Kapitel 2, Abschnitt E.I.

940 Anstelle vieler *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* (2017), N 4.121.

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der bösgläubige Besitzer nicht mehr über die Früchte verfügt, weil sie untergegangen sind. In diesem Fall hat der Herausgabeberechtigte bloss Anspruch auf Geldersatz. Die Eigentumszerstörung führt grundsätzlich zu einem deliktischen Anspruch. Hier ist die Anwendung von Art. 60 OR wiederum statthaft. Ähnliches liesse sich über die weiteren Nutzungen sagen, wobei der Herausgabeanspruch bei diesen häufig bereicherungsähnlich ist. Die Ungleichbehandlung danach, ob die Früchte noch vorhanden sind oder nicht, ist systembedingt hinzunehmen.

II. Gerichtsstand

Wie im Laufe der Abhandlung gezeigt worden ist, müssen die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht zwingend gegen die Person geltend gemacht werden, welche die Sache zum Zeitpunkt der Klage besitzt.[941] Vielmehr können die Nebenansprüche gegen jeden erhoben werden, gegen den einmal ein Herausgabeanspruch bestanden hat. Gleichermassen ist es auch nicht zwingend, dass die Nebenansprüche gegen den aktuellen Besitzer zeitgleich mit dem Herausgabeanspruch geltend gemacht werden. Denkbar ist es auch, schrittweise zu klagen, wenngleich dies aus prozessökonomischen Überlegungen die Ausnahme bleiben dürfte. Für die Frage der örtlichen Zuständigkeit ist es indessen bedeutsam, ob die Nebenansprüche mit dem Herausgabeanspruch geltend gemacht werden oder in einem gesonderten Verfahren zu beurteilen sind.

Werden die Nebenansprüche zusammen mit dem zugrunde liegenden Herausgabeanspruch eingeklagt, liegt objektive Klagenhäufung vor. In diesen Fällen erklärt Art. 15 Abs. 2 ZPO jedes Gericht örtlich für alle Aspekte der Klage zuständig, das für einen der Ansprüche zuständig ist.

Die Zuständigkeit für die Herausgabeansprüche ergibt sich aus Art. 29 f. ZPO.[942] Verlangt der Eigentümer die Rückgabe eines Grundstückes, ist gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a ZPO das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre, zuständig. Will der Eigentümer

941 Siehe vorne Abschnitt B.III.

942 *Sutter-Somm* (2014), N 1479; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 43; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 10a.

eine bewegliche Sache herausverlangen, liegt die örtliche Zuständigkeit nach Art. 30 Abs. 1 ZPO beim Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort der gelegenen Sache.[943]

Werden die Nebenansprüche nach den Art. 938 ff. ZGB selbständig geltend gemacht, stellt sich die Frage, ob ebenfalls eine besondere örtliche Zuständigkeit aufgrund von Art. 29 und 30 ZPO besteht. Das ist nicht der Fall, weil es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen nicht um dingliche Ansprüche (Art. 29 Abs. 1 Bst. a ZPO) oder Klagen über den Besitz handelt (Art. 30 Abs. 1 ZPO).[944] In der Literatur wird vertreten, es handle sich vielmehr um «eigenständige sachenrechtliche Forderungen», bei denen sich die örtliche Zuständigkeit mangels einer besonderen Gerichtsstandsvereinbarung nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 10 ZPO bemesse.[945] Passender dürfte es sein, auch hier von schuldrechtlichen Ansprüchen zu sprechen. Am Ergebnis ändert dies indessen nichts. Dem Grundsatz nach ist das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei zuständig (Art. 10 Abs. 1 Bst. a und b ZPO).

943 *Sutter-Somm* (2014), N 1479; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 43; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 10a.

944 *Sutter-Somm* (2014), N 1479; BK-*Stark/Lindenmann* (2016), Vor Art. 938 ZGB, N 43; BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 10a.

945 *Sutter-Somm* (2014), N 1479; *Steinauer* (2019), N 666; kritisch hierzu BSK-*Ernst* (2019), Vor Art. 938 ZGB, N 10a.

Sechstes Kapitel
Zusammenfassung

A. Anfängliche Problemstellung

Am Anfang dieser Arbeit stand folgendes Problem: Dem Eigentümer wird eine Sache, die ihm gehört, unrechtmässig vorenthalten. Er fordert sie vom derzeitigen Besitzer zurück, stellt aber fest, dass die wirtschaftliche Situation zwischen ihm und dem Besitzer noch nicht bereinigt ist. In der Regel wird der unberechtigte Besitzer die Sache während der Besitzdauer in irgendeiner Form genutzt haben, möglicherweise hat er natürliche oder zivile Früchte gezogen oder schlicht die Vorteile des eigenen Gebrauchs genossen. Hierfür will der Eigentümer entschädigt werden. Allenfalls wird die Sache nicht in dem Zustand zurückgegeben, den der Eigentümer erwarten würde. Sie kann beschädigt oder gar völlig zerstört sein. Hier wird der Eigentümer unumwunden an einen Schadenersatzanspruch denken. Der unberechtigte Besitzer auf der anderen Seite hat möglicherweise Investitionen für die Sache aus dem eigenen Vermögen getätigt, von denen er nach der Rückgabe nicht mehr profitieren kann. Für die Mittel, die etwa für den Unterhalt der Sache oder deren Verbesserung aufgewendet worden sind, will der Besitzer mithin seinerseits Ersatz erhalten.

Das Recht hält für alle diese Nebenfolgen der Herausgabe Antworten bereit, die zusammengefasst das sogenannte «Eigentümer-Besitzer-Verhältnis» bilden. Den einzelnen Ansprüchen, die dieses Verhältnis ausmachen, ist diese Arbeit nachgegangen.

B. Anspruchsgrundlagen

Das erste Kapitel hat sich mit den Anspruchsgrundlagen beschäftigt. Dabei hat sich gezeigt, dass die einschlägigen Nebenansprüche nach Art. 938 ff. ZGB nur zur Anwendung gelangen, wenn a) der Eigentümer einen primären Herausgabeanspruch gegen den Besitzer hat; und b) der Besitz unrechtmässig ist.

Der *Herausgabeanspruch* des Eigentümers kann sich aus unterschiedlichen Rechtsgründen ergeben. Er kann zunächst aus seinem materiellen Eigentumsrecht klagen und die Sache nach Art. 641 Abs. 2 ZGB vom Besitzer vindizieren. Alternativ kann er sich auch auf seinen früheren Besitz stützen und mit der Besitzschutz- (Art. 927 ZGB) oder der Besitzrechtsklage (Art. 934 oder 936 ZGB) gegen den Besitzer vorgehen. Daneben sieht das Gesetz an anderen Stellen, namentlich im Erbrecht, vor, dass die Verhältnisse nach den Art. 938 ff. ZGB zu klären sind.[946]

Sämtliche Ansprüche des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses bestehen nur bei *unrechtmässigem Besitz*. Ist der Besitzer zum Besitz berechtigt, gibt es keinen Grund, nach den Art. 938 ff. ZGB vorzugehen.[947]

Die Besitzberechtigung mag etwa daher rühren, dass der Besitzer tatsächlicher Eigentümer der Sache geworden ist. Erwirbt er z. B. gutgläubig eine Sache, die der Eigentümer jemandem anvertraut hat, von einem unberechtigten Dritten, so wird der Erwerber selbst Eigentümer (Art. 933 ZGB). Der Besitz ist berechtigt, und der bisherige Eigentümer hat keinen Herausgabeanspruch.

Ebenso kann der Besitz rechtmässig sein, weil er vertraglich eingeräumt worden ist. Fragen können sich in diesem Zusammenhang ergeben, wenn der Vertrag nicht (mehr) gültig gelebt wird. Verträge können verletzt werden oder auslaufen. Wenn etwa der Mieter die Mietsache veräussert oder sie nach Ablauf der Mietdauer nicht zurückgibt, ist er vertragsbrüchig. Man mag ihn daher in gewisser Weise als «unberechtigten Besitzer» wahrnehmen. Gleichwohl gehören diese Fälle nicht hierher. Die Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien sind nach dem Vertrag zu bestimmen.[948]

946 Siehe Kapitel 1, Abschnitt D.
947 Siehe Kapitel 1, Abschnitt C.
948 Siehe Kapitel 1, Abschnitte C.IV und V.

Denkbar ist auch, dass sich ein Vertrag nachträglich als ungültig herausstellt, mithin rückwirkend dahinfällt. Der Vertrag, der den Besitz hat rechtmässig werden lassen, fehlt folglich. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre wollen diese Fälle als unrechtmässigen Besitz im hier interessierenden Sinne verstehen und die Rechtsfolgen von Art. 938 ff. ZGB eintreten lassen – mit sonderbaren Konsequenzen: Ist der Besitzer gutgläubig gewesen, was wegen des Vertrauens in den Vertrag in der Regel der Fall ist, schuldet er keinen Nutzungsersatz. Der Eigentümer hätte indes für die Verwendungen aufzukommen. Immerhin müsste er dies nur tun, soweit die Verwendungen die gezogenen Nutzungen des Besitzers übersteigen. Gleichwohl ist dies nicht sachgerecht. Nach der hier vertretenen Auffassung gehören diese Fälle denn auch nicht in den Anwendungsbereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Sie sind nach allgemeinem Bereicherungsrecht zu beurteilen.[949]

Sind Herausgabeanspruch und unrechtmässiger Besitz gegeben, ist eine Unterscheidung nach der *Gut- oder Bösgläubigkeit* des unberechtigten Besitzers vorzunehmen. Der gutgläubige Besitzer wird vom Gesetz privilegiert; der bösgläubige für sein Verhalten sanktioniert. Ob guter oder böser Glaube vorliegt, muss mit Blick auf das Recht des Besitzers, die Sache in seiner Verfügungsmacht zu haben, zu gebrauchen und zu nutzen, erfolgen. Es stellt sich anders ausgedrückt die Frage: Durfte der Besitzer nach objektiven Gesichtspunkten davon ausgehen, die Sache verwenden zu dürfen? Das Gesetz vermutet das Bestehen des guten Glaubens zugunsten des unrechtmässigen Besitzers. Wenn der Besitzer jedoch weiss oder bei der gehörigen Aufmerksamkeit wissen müsste, dass er keinen Anspruch auf die Sache hat, ist er bösgläubig. Bezüglich der Abgrenzung von Gut- und Bösgläubigkeit stellen sich viele Einzelfragen, etwa im Hinblick auf den Zeitpunkt der Gut- bzw. Bösgläubigkeit oder die Zurechnung des Wissens von Drittpersonen. Diesen Fragen hat sich das erste Kapitel am Ende gewidmet.[950]

949 Siehe Kapitel 1, Abschnitt C.III.
950 Siehe Kapitel 1, Abschnitt E.

C. Ansprüche bei Gutgläubigkeit

Die Kapitel zwei bis vier haben jeweils eine Anspruchsart behandelt: Das zweite stand im Zeichen der Nutzungsherausgabe an den Eigentümer, das dritte befasste sich mit der Schadenersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer und das vierte mit dem Verwendungsersatzanspruch des unrechtmässigen Besitzers. Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auch nach Gut- und Bösgläubigkeit gliedern und zusammenfassen.

Der gutgläubige Besitzer wird grundsätzlich von jeglicher Haftung befreit, die nach allgemeinem Bereicherungs- oder Deliktsrecht gegenüber dem Eigentümer bestehen würde, solange er die Sache innerhalb des vermuteten Rechts nutzt. Hat er sich als Eigentümer gesehen (Eigenbesitzer), hat er mit der Sache machen dürfen, was er wollte, denn das Eigentumsrecht ist im Rahmen der Rechtsordnung umfassend (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Ist er lediglich als Fremdbesitzer aufgetreten, bestimmt sich die Haftung nach dem Rechtsgeschäft, das seine Vermutung zur Berechtigung begründet hat. Sofern das vermutete Recht es erlaubt, darf der Besitzer alle *Nutzungen*, d. h. die natürlichen und zivilen Früchte sowie die gezogenen Gebrauchsvorteile, behalten. Er schuldet weder Natural- noch Wertersatz hierfür.[951] Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre wollen den gutgläubigen Besitzer sodann auch nicht für die gezogenen Vorteile aus dem Verbrauch oder der Veräusserung der Sache haften lassen. Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Besitzer dagegen Ersatz für diese Vorteile zu leisten. Diese abweichende Auffassung rechtfertigt sich, weil der Besitzer den Vorteil nicht aus einem Vermögenswert zieht, der zu der Stammsache hinzutritt (wie etwa einer natürlichen oder zivilen Frucht). Vielmehr bereichert er sich beim Verbrauch auf Kosten des Eigentümers durch Eingriff in die Sachsubstanz, während er bei der Veräusserung einen anderen Vermögenswert als Surrogat erhält. Müsste der unberechtigte Besitzer diese Vermögenswerte nicht herausgeben, käme es letztlich zu rein zufälligen Rechtsfolgen, die davon abhängen, ob die Sache noch vorhanden ist oder nicht. Im einen Fall hätte der Besitzer ihren Sachwert nach der Abwicklung nicht mehr, im anderen Fall in Form der Bereicherung oder des Surrogats dagegen schon. Richtigerweise gelten die Vorteile aus Verbrauch und Veräusserung der Sache nicht als Nutzungen. Sie fallen

951 Siehe Kapitel 2, Abschnitte C.I–III.

somit nicht unter das Haftungsprivileg von Art. 938 Abs. 1 ZGB, und der gutgläubige Besitzer ist nach allgemeinem Bereicherungsrecht zur Herausgabe der erlangten Vorteile verpflichtet.[952]

Über den im Rahmen des vermuteten Rechts freien Nutzungsgenuss hinaus hat der gutgläubige Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der gemachten *notwendigen und nützlichen Verwendungen*. Das bedeutet, der Besitzer bekommt alles, was er zum Erhalt der Nutzungsfähigkeit der Sache und zur Steigerung ihres Werts oder Ertrags investiert hat, vom Eigentümer erstattet, sofern die Investitionen im Rahmen einer «umsichtigen Bewirtschaftung» angezeigt gewesen sind.[953] Immerhin kann der Eigentümer den geforderten Verwendungsersatz gegen die gezogenen Nutzungen aufrechnen, und der Besitzer erhält nur etwas, wenn die Verwendungen die Nutzungen übersteigen.[954] Zur Sicherung seines Anspruchs steht dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht zu: Er muss die Sache erst herausgeben, wenn der Eigentümer die Verwendungen vollständig ersetzt oder Sicherheit dafür geleistet hat.[955]

Keinen Anspruch auf Verwendungsersatz hat der gutgläubige Besitzer für die *übrigen Verwendungen*, die sogenannten Luxusverwendungen. Er darf diese aber vor der Rückgabe wieder von der Sache wegnehmen, sofern die Sache dadurch nicht beschädigt wird und die Wegnahme nicht rein schikanös wäre. Ist die Wegnahme möglich, kann der Eigentümer entscheiden, ob er sie dulden oder alternativ Ersatz leisten will. Ist die Wegnahme nicht möglich, fällt die Verwendung ersatzlos an den Eigentümer.[956]

Beim gutgläubigen Besitzer bereitet die Schadenersatzpflicht nur beschränkte Schwierigkeiten, da das Gesetz auch hier alle Handlungen, die dem vermuteten Recht gemäss zulässig gewesen wären, für rechtmässig erklärt. Der Eigenbesitzer darf die Sache folglich sogar zerstören, ohne Schadenersatz zu schulden. Verbraucht oder veräussert er sie, schuldet er ebenfalls keinen Schadenersatz, aber er hat – wie soeben gesehen – die so entstandene Bereicherung nach den

952 Siehe Kapitel 2, Abschnitte C.IV und V.
953 Siehe Kapitel 4, Abschnitt D.
954 Siehe Kapitel 4, Abschnitt D.I.3.
955 Siehe Kapitel 4, Abschnitt D.I.8.
956 Siehe Kapitel 4, Abschnitt D.II.

allgemeinen Regeln zu ersetzen. Die Haftung des Fremdbesitzers richtet sich massgeblich nach dem Rechtsgeschäft, aus dem er seine Besitzberechtigung herleitet. Überschreitet er die vermutete Befugnis, wird der Fremdbesitzer auch dem Eigentümer gegenüber ersatzpflichtig.[957]

D. Ansprüche bei Bösgläubigkeit

Der bösgläubige Besitzer hat keinen Anspruch auf den Genuss der *Nutzungen*. Er muss sie dem Eigentümer herausgeben. Anders als der gutgläubige Besitzer erwirbt er an den natürlichen Früchten noch nicht einmal Eigentum. Diese Früchte kann der Eigentümer daher eigenständig vindizieren, sofern sie noch vorhanden sind. Sind sie nicht mehr vorhanden, schuldet der bösgläubige Besitzer wie bei den zivilen Früchten und den sonstigen Nutzungen Wertersatz.[958]

Nach herrschender Auffassung soll der bösgläubige Besitzer aufgrund des Wortlauts von Art. 940 Abs. 1 ZGB gar noch mehr in die Pflicht genommen werden und Ersatz für die nicht gezogenen Nutzungen leisten, selbst wenn der Eigentümer diese auch nicht gezogen hätte. Die hier vertretene Meinung verneint eine solche Pflicht. Zu ersetzen sind nicht gezogene Nutzungen nur, wenn der Eigentümer sie gezogen hätte, und zwar als Schadenersatz. Alles andere würde auf eine blosse Bestrafung des bösgläubigen Besitzers hinauslaufen, einen Zweck, der dem schweizerischen Schadensrecht grundsätzlich fremd ist.[959]

Das Gesetz beschränkt den *Verwendungsersatzanspruch* des bösgläubigen Besitzers sodann auf die notwendigen Verwendungen. Für nützliche und andere Verwendungen besteht kein Ersatzanspruch. Darüber hinaus will die herrschende Lehre dem bösgläubigen Besitzer für diese Verwendungen noch nicht einmal ein Wegnahmerecht zubilligen. Dem wird hier entgegengetreten. Richtiger Auffassung nach hat der bösgläubige Besitzer ebenfalls ein Wegnahmerecht, und zwar für die nützlichen und die übrigen Verwendungen, da es nicht im Sinne des Gesetzes ist, den Eigentümer zulasten des Besitzers zu bereichern. Seinem

957 Siehe Kapitel 3, Abschnitte B.II.1 und 2.
958 Siehe Kapitel 2, Abschnitte E.I und II.
959 Siehe Kapitel 2, Abschnitt E.III.

Schutz ist Genüge getan, weil die Wegnahme nur zulässig ist, wenn sie ohne Beschädigung erfolgen kann.[960]

Hinsichtlich des *Schadenersatzanspruchs* ist zu differenzieren: Weiss der bösgläubige Besitzer, wem er die Sache herausgeben muss, sieht das Gesetz eine Zufallshaftung vor.[961] Andernfalls besteht «lediglich» eine Haftung für Verschulden.[962] Die Differenzierung ist gerechtfertigt und spiegelt die Situation beim verschuldeten Schuldnerverzug wider, bei welchem der Schuldner ebenfalls genau weiss, wem er die Sache zu liefern hat, es aber trotzdem unterlässt. Zu ersetzen hat der bösgläubige Besitzer alle Schäden, die im Zusammenhang mit der Verschlechterung oder dem Untergang der Sache stehen, aber auch den Vorenthaltungsschaden, der dem Eigentümer entstanden ist. Zu denken ist hierbei etwa an Ausgaben, die dieser für die Miete von Ersatzgegenständen hat zahlen müssen, oder an den entgangenen Gewinn, weil er die Sache nicht hat vermieten können.[963]

E. Einzelfragen

Das fünfte Kapitel hat sich schliesslich einigen Einzelfragen zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zugewendet. Neben der rechtshistorischen[964] und gesetzessystematischen[965] Verortung wurden auch die praktisch bedeutsamen Themen der Verjährung und des Gerichtsstands für etwaige Klagen besprochen.

Da es sich bei den Nebenansprüchen um schuldrechtliche Ansprüche handelt, unterliegen sie der *Verjährung*. Je nach Inhalt richtet sich die Frist entweder nach Art. 60 oder 67 OR.[966]

Die Ansprüche müssen nicht zwingend zusammen mit dem Herausgabeanspruch geltend gemacht werden. Entscheidet sich der Eigentümer, die Klage

960 Siehe Kapitel 4, Abschnitt E.
961 Siehe Kapitel 3, Abschnitt B.II.3.a.
962 Siehe Kapitel 3, Abschnitt B.II.3.b.
963 Siehe Kapitel 3, Abschnitt C.I.
964 Siehe Kapitel 5, Abschnitt A.
965 Siehe Kapitel 5, Abschnitt D.
966 Siehe Kapitel 5, Abschnitt E.I.

auf Herausgabe mit jener auf die Nebenansprüche zu kombinieren, liegt objektive Klagenhäufung vor. Der *Gerichtsstand* bestimmt sich nach Art. 29 f. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ZPO. Werden die Nebenansprüche eigenständig eingeklagt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 10 ZPO.[967]

967 Siehe Kapitel 5, Abschnitt E.II.

Literaturverzeichnis

Abegglen Sandro, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen: Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Stämpfli: Bern 2004

Apathy Peter, Das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten, JBl 1978, 517

Arndt Björn, Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess: Zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung, Monsenstein und Vannerdat: Münster 2015

Baumann Max/Dürr David/Lieber Viktor/Marti Arnold/Schnyder Bernhard, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung: Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1998 (zitiert als ZK-*Bearbeiter*)

Behrends Okko/Knütel Rolf/Kupisch Berthold/Seiler Hans Hermann, Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 1: Institutionen, 2. Aufl., C. F. Müller: Heidelberg 1997

Brehm Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2013 (zitiert als BK-*Brehm*)

Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2017 (zitiert als KuKo-*Bearbeiter*)

Bürge Alfons, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht, Schulthess: Zürich 1979

Bürgi-Wyss Alexander Christoph, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Schulthess: Zürich 2005

Canaris Claus-Wilhelm, Das Verhältnis der §§ 994 ff. BGB zur Aufwendungskondiktion nach § 812 BGB: Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 29. 9. 1995 – V ZR 130/94, JZ 1996, 344

Caroni Pio/Schöbi Felix/Emmenegger Susan/Tschentscher Axel/Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E./Hofer Sibylle/Hrubesch-Millauer Stephanie/Wolf Stephan/Koller Thomas/Schmid-Tschirren Christina/Walter Hans Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung: Art. 1–9 ZGB, Stämpfli: Bern 2012 (zitiert als BK-*Bearbeiter*)

Chappuis Christine, La restitution des profits illégitimes: Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Helbing Lichtenhahn: Basel 1991

Degenkolb Heinrich, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes: Zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes, AcP 1890, 1

Deschenaux Henri, Der Einleitungstitel, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1967, 1

Dimopoulos-Vosikis Haralambos, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, Carl Heymann: Köln 1966

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Schulthess: Zürich 2017

Egger August, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht: Art. 1–89 ZGB, 2. Aufl., Schulthess: Zürich 1930 (zitiert als ZK-*Egger*)

Eitel Paul, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ausgleichung: Art. 626–632 ZGB, Stämpfli: Bern 2004 (zitiert als BK-*Eitel*)

Escher Arnold, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Erbgang: Art. 537–640 ZGB, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1960 (zitiert als ZK-*Escher*)

Fellmann Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag: Art. 394–406 OR, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 1992 (zitiert als BK-*Fellmann*)

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Stämpfli: Bern 2012

Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 2016 (zitiert als CHK-*Bearbeiter*)

Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 11. Aufl., Schulthess: Zürich 2020

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Aufl., Schulthess: Zürich 2020

Gautschi Georg, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag: Art. 407–424 OR, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 1964 (zitiert als BK-*Gautschi*)

Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2018 (zitiert als BSK-*Bearbeiter*)

Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB/Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2019 (zitiert als BSK-*Bearbeiter*)

Ginter Petra/Roberto Vito, Grundfälle zum Besitzer-Eigentümer-Verhältnis, ius.full 2003, 50

Gursky Karl-Heinz, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, Eigentum 3: §§ 985–1011 BGB, Sellier/de Gruyter: Berlin 2013 (zitiert als Staudinger-*Gursky*)

Haab Robert/Simonius August/Scherrer Werner/Zobl Dieter, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Eigentum: Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Schulthess: Zürich 1977 (zitiert als ZK-*Bearbeiter*)

Haas Günter, Die Verwendungsersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und die aufgedrängte Bereicherung, AcP 1976, 1

Harder Manfred, Das restaurierte Gemälde, JuS 1972, 395

Harder Manfred, Quasi rem suam neglexit: Überlegungen zur Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz bei Veräußerung fremder Sachen, in: Jürgen Damrau/Alfons Kraft/Walther Fürst (Hrsg.), Festschrift Otto Mühl, W. Kohlhammer: Stuttgart 1981, 267

Hartmann Stephan, Der Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten: Zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen, recht 2002, 136

Hartmann Stephan, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen: Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Schulthess: Zürich 2005

Hartmann Stephan, Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht: Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, ZSR I/2008, 307

Hau Wolfgang/Poseck Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 56. Aufl., C. H. Beck: München 2020 (zitiert als BeckOK-*Bearbeiter*)

Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1–10 ZGB, Stämpfli: Bern 2003 (zitiert als SHK-*Hausheer/Jaun*)

Heck Philipp, Grundriß des Sachenrechts, Scientia: Aalen 1960 (Nachdruck der Ausgabe von 1930)

Hegetschweiler Otto, Der Schutz des guten Glaubens: Nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Sauerländer: Aarau 1912

Helm Johann Georg, Rezension zu: Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, AcP 1968, 71

Herrmann Elke, Kernstrukturen des Sachenrechts, Mohr Siebeck: Tübingen 2013

Higi Peter/Bühlmann Anton/Wildisen Christoph, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Miete: Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Schulthess: Zürich 2019 (zitiert als ZK-*Bearbeiter*)

Hinderling Hans, Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, Helbing Lichtenhahn: Basel 1966

Hinderling Hans, Der Besitz, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1977, 403

Holenstein Patrizia, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Schulthess: Zürich 1983

Homberger Arthur, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Besitz und Grundbuch: Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Schulthess: Zürich 1938 (zitiert als ZK-*Homberger*)

Honsell Heinrich, Römisches Recht, 8. Aufl., Springer: Berlin/Heidelberg 2015

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 10. Aufl., Stämpfli: Bern 2017

Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Schulthess: Zürich 2013

Hönn Günther, Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JA 1988, 529

Hrubesch-Millauer Stephanie/Graham-Siegenthaler Barbara/Roberto Vito, Sachenrecht, 5. Aufl., Stämpfli: Bern 2017

Huber Eugen, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band 2, 2. Aufl., Bücher: Bern 1914 (zitiert als *Huber*, Erläuterungen II)

Huber Eugen, Zum schweizerischen Sachenrecht: Drei Vorträge mit Anmerkungen, Stämpfli: Bern 1914 (zitiert als *Huber*, Vorträge)

Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft: Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 2016 (zitiert als CHK-*Bearbeiter*)

Hürlimann-Kaup Bettina, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Schulthess: Zürich 2008

Jakobs Horst Heinrich, Die Begrenzung des Verwendungsersatzes, AcP 1967, 350

Karlowa Otto, Römische Rechtsgeschichte: Privatrecht und Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess, Band 2/1: Privatrecht, Veit: Leipzig 1901

Kaser Max, Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht, SZR 1947, 219

Kaser Max, Restituere als Prozessgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht, 2. Aufl., C. H. Beck: München 1968

Kaser Max, Nochmals über Besitz und Verschulden bei den «actiones in rem», SZR 1981, 77

Kaser Max/Knütel Rolf/Lohsse Sebastian, Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch, 22. Aufl., C. H. Beck: München 2021

Katzenstein Matthias, Die Drittwirkung von Haftungsbeschränkungen nach § 991 Abs. 2 BGB: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, AcP 2004, 1

Keller Eduard L., Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB: Unter Berücksichtigung des geltenden deutschen Rechts, Dissertation, Universität Zürich 1940

Klumpp Steffen/Singer Reinhard/Stieper Malte, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung: §§ 90–124; 130–133 BGB, Sellier/de Gruyter: Berlin 2017 (zitiert als Staudinger-*Bearbeiter*)

Koller Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Universitätsverlag: Freiburg 1985

Koller Alfred, Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SJZ 2010, 209

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2017

Koller Thomas, «Eine Kuh macht Muh, viele Kühe machen Mühe»! Oder vom sachenrechtlichen Umgang mit dem Embryotransfer bei Tieren, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Festschrift Heinz Rey, Schulthess: Zürich 2003, 53

Köbl Ursula, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB: Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Duncker Humblot: Berlin 1971

Kramer Ernst, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Stämpfli/Manz/C. H. Beck: Bern/Wien/München 2019

Landolt Hardy/Roberto Vito, Haftpflichtrecht: In a nutshell, 2. Aufl., Dike: Zürich 2016

Lange Heinrich, Sachenrecht des BGB, W. Kohlhammer: Stuttgart 1967

Larese Wolfgang, Fahrnisersitzung und Bereicherungsklage, SJZ 1971, 233

Leemann Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Eigentum: Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 1920 (zitiert als BK-*Leemann*)

Lindenmann Barbara, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers: Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich, Weblaw: Bern 2010

Liver Peter, Das Eigentum, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1977, 1

Liver Peter/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Jäggi Peter/Huber Hans/Friedrich Hans-Peter/Kummer Max, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung: Art. 1–10 ZGB, Stämpfli: Bern 1966 (zitiert als BK-*Bearbeiter*)

Loos Gerold, Die Behandlung der Wertänderung von Pachtgegenständen im Betriebspachtvertrag, NJW 1963, 990

Lorenz Stephan, Mala fides superveniens im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Wissenszurechnung von Hilfspersonen, JZ 1994, 549

Lorenz Stephan, Grundwissen Zivilrecht: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2013, 495

Meier Ernst, Der gute und böse Glaube im Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Dissertation, Universität Zürich 1924

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen: Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Stämpfli: Bern 1981 (zitiert als BK-*Meier-Hayoz*)

Michalski Lutz, Anwendungsbereich, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, in: Meinhard Heinze/Jochem Schmitt (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Gitter, Chmielorz: Wiesbaden 1995, 577

Moebus Christine/Schulz Patrick, Die Haftung des redlichen Besitzmittlers nach § 991 Abs. 2 BGB, Jura 2013, 189

Mugdan Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3: Sachenrecht, Decker: Berlin 1899

Müller-Chen Markus, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 2003, 1267

Neuner Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., C. H. Beck: München 2020

Nietlispach Markus, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Stämpfli: Bern 1994

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Schulthess: Zürich 1995

Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Schulthess: Zürich 1929 (zitiert als ZK-*Oser/Schönenberger*)

Ostertag Fritz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Besitz und Grundbuch: Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 1917 (zitiert als BK-*Ostertag*)

Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil II: Art. 457–977 CC/art. 1–61 Tit. fin. CC, Helbing Lichtenhahn: Basel 2016 (zitiert als CR-*Bearbeiter*)

Pinger Winfried, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses: Die §§ 987–1003 als wechselseitig haftungsverschärfendes Schuldverhältnis, C. H. Beck: München 1973

Pinger Winfried, Die Rechtsnatur der §§ 987–1003 BGB, MDR 1974, 184

Piotet Paul, La bonne foi et sa protection en droit privé suisse, SJZ 1968, 81

Piotet Paul, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1977, 519

Piotet Paul, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1978

Piotet Paul, Les fruits acquis de bonne foi et l'enrichissement fixant l'étendue d'une obligation, in: Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Hrsg.), Paul Piotet: Contributions choisies, Schulthess: Zürich 2004, 685

Polydor-Werner Susanne, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Schulthess: Zürich 1988

Pulaṣlı Hasan, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Lang: Frankfurt am Main 1979

Raff Thomas, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten: Verwendungsersatz und Nutzungszuordnung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Mohr Siebeck: Tübingen 2017

Raiser Ludwig, Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs VIII ZR 51/59 vom 9. Februar 1960, JZ 1961, 24

Reichel Hans, Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen B.G.B., JherJb. 42 (1901), 205

Reichel Hans, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Edgar Tatarin-Tarnheyden (Hrsg.), Festschrift Rudolf Stammler, de Gruyter: Berlin 1926, 281

Reichle Sebastian/Schister Roman, Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?, ex ante 2/2017, 19

Rey Heinz, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band 1: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 2007

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 1993 (zitiert als BK-*Riemer*)

Roberto Vito, Schadensrecht, Helbing Lichtenhahn: Basel 1997

Roberto Vito, Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, sic! Sondernummer 2008, 23

Roberto Vito, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 2018

Roberto Vito, Ersatzfähigkeit abstrakter Schäden: Merkantiler Minderwert, Nutzungsausfall und Schadensregulierung, AJP 2019, 1241

Roberto Vito/Pavataj Burim, Merkantiler Minderwert: Bemerkungen zu BGE 145 III 225, AJP 2019, 985

Roberto Vito/Schister Roman, Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund, HAVE 2014, 431

Rosenlöcher Sibylle, Die Entwicklung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Lang: Frankfurt am Main 1991

Rusch Arnold F., Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, Jusletter 28. Januar 2008

Rusch Arnold F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Dike: Zürich 2010

Rusch Arnold F., Der entreicherte Bereicherte, ZSR I/2013, 563

Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Sachenrecht: §§ 854–1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 7. Aufl., C. H. Beck: München 2017 (zitiert als MüKo-*Bearbeiter*)

Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil: §§ 1–240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., C. H. Beck: München 2018 (zitiert als MüKo-*Bearbeiter*)

Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Sachenrecht: §§ 854–1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., C. H. Beck: München 2020 (zitiert als MüKo-*Bearbeiter*)

Schenker Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Universitätsverlag: Freiburg 1988

Schmid Jörg, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Universitätsverlag: Freiburg 1992

Schmid Jörg, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1993 (zitiert als ZK-*Schmid*)

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 5. Aufl., Schulthess: Zürich 2017

Schwarz Günter Christian/Ernst Astrid, Ansprüche des Grundstücksbesitzers gegen «Falschparker», NJW 1997, 2550

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli: Bern 2020

Simonius August, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Festschrift Theo Guhl, Schulthess: Zürich 1950, 41

Simonius Pascal/Sutter Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Helbing Lichtenhahn: Basel 1995

Soergel Hans Theodor/Siebert Wolfgang (Hrsg.), Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 15/1: Sachenrecht 2/1: §§ 985–1017 BGB, ErbbauVO, 13. Aufl., W. Kohlhammer: Stuttgart 2007 (zitiert als Soergel-*Bearbeiter*)

Stark Emil W., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz: Art. 919–941 ZGB, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 2001 (zitiert als BK-*Stark*)

Stark Emil W./Lindenmann Barbara, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz: Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2016 (zitiert als BK-*Stark/Lindenmann*)

Stehle Bernhard, Der Gegenstand der Betriebshaftpflichtversicherung: Mit besonderem Augenmerk auf dem Begriff des Sachschadens, Schulthess: Zürich 2016

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Band 1: Introduction à l'étude des droits réels, possession et registre foncier, dispositions générales sur la propriété, propriété par étages, 6. Aufl., Stämpfli: Bern 2019

Stoffel-Visperterminen Leo, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Dissertation, Universität Freiburg 1963

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Eigentum und Besitz, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2014

Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2012 (zitiert als CR-*Bearbeiter*)

Thole Christoph, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: §§ 985–1011 BGB, Otto Schmidt/de Gruyter: Berlin 2019 (zitiert als Staudinger-*Thole*)

Thunhart Raphael, Die Nutzungsvergütung: Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, Duncker Humblot: Berlin 2005

Tuor Peter/Picenoni Vito, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Erbgang: Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 1964 (zitiert als BK-*Tuor/Picenoni*)

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Schulthess: Zürich 2015

Utku Kemalettin, La restitution de la possession selon les art. 938–940 CCS, Dissertation, Universität Genf 1939

Verse Dirk A., Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, Mohr Siebeck: Tübingen 1999

von Jhering Rudolph, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Band 1, 2. Aufl., Breitkopf und Härtel: Leipzig 1866

von Petražycki Leo, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten: Vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung, Drei civilrechtliche Abhandlungen, H. W. Müller: Berlin 1892

von Savigny Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Band 6, Veit: Berlin 1847

von Tuhr Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Duncker Humblot: München/Leipzig 1914

von Tuhr Andreas, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte, ZSR 1921, 40

von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1974

von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1979

von Zedtwitz Clemens, Rinder-Embryonentransfer: Was ist Sache?, BGE 5P.451/2001, recht 2002, 230

Wacke Andreas, Mala fides superveniens non nocet – scientia superveniens nocet, JA 1981, 233 (zitiert als *Wacke*, Mala fides)

Wacke Andreas, Wer sät, der mäht, JA 1981, 286 (zitiert als *Wacke*, Säen)
Walter Maria, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Stämpfli: Bern 2005
Watter Rolf, Chinese Walls bei Universalbanken?, SJZ 1991, 109
Weber Rolf H./Emmenegger Susan, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung: Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 2020 (zitiert als BK-*Weber/Emmenegger*)
Westermann Harm Peter (Hrsg.), Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Aschendorff: Münster 2000 (zitiert als Erman-*Bearbeiter*)
Westermann Harm Peter/Grunewald Barbara/Maier-Reimer Georg (Hrsg.), Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl., Otto Schmidt: Köln 2017 (zitiert als Erman-*Bearbeiter*)
Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2020 (zitiert als BSK-*Bearbeiter*)
Wieland Carl, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht: Art. 641–977 ZGB, Schulthess: Zürich 1909 (zitiert als ZK-*Wieland*)
Wieling Hans Josef/Finkenauer Thomas, Sachenrecht, 6. Aufl., Springer: Berlin 2020
Wilhelm Jan, Die Lehre vom Fremdbesitzerexzess, JZ 2004, 650
Wimmer Markus, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten, Böhlau: Köln 1995
Windscheid Bernhard/Kipp Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts: Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1, 9. Aufl., Rütten und Loening: Frankfurt am Main 1906
Wolf Manfred, Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem, AcP 1966, 188
Wolff Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 3: Das Sachenrecht, 9. Aufl., Elwert: Marburg 1932
Wolff Martin/Raiser Ludwig, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, 10. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 1957
Wollschläger Christian, Digeste 6, in: Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 2: Digesten 1–10, C. F. Müller: Heidelberg 1995

Würthwein Susanne, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, Mohr Siebeck: Tübingen 2001

Zobl Dieter/Thurnherr Christoph, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Fahrnispfand: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, Stämpfli: Bern 2010 (zitiert als BK-*Zobl/Thurnherr*)

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV, 1 (zitiert als Botschaft ZGB)

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen (zitiert als Denkschrift BGB)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 3: Sachenrecht (zitiert als Motive BGB III)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3: Sachenrecht (zitiert als Protokolle BGB III)

Lebenslauf

Roman Schister
geboren am 25. Mai 1991, von Wartau (SG)

Ausbildung

2010–2013	Bachelor of Arts in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften an der Universität St. Gallen (HSG)
2013–2016	Master of Arts in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften an der Universität St. Gallen (HSG)
2016–2021	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaft an der Universität St. Gallen (HSG)
2018	Forschungsaufenthalt an der Universität Edinburgh, Schottland (UK)
2020	Anwaltspatent des Kantons St. Gallen

Berufserfahrung

2012–2018	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (HSG)
seit 2016	Unterrichtsassistent/Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St. Gallen (HSG)
2018–2019	Auditor/ausserordentlicher Gerichtsschreiber am Kreisgericht See-Gaster, Uznach (SG)
seit 2019	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (HSG)