Scienti alienum esse solum potest culpa obici (Inst. 2.1.30). Sachenrecht oder Bereicherungsrecht ?

Eltjo J.H. SCHRAGE
(*Universiteit van Amsterdam*)

Wenn der Mieter Verwendungen auf die Mietsache vorgenommen hat, erhebt sich nach Mietende die Frage nach der rechtlichen Lage dieser Verwendungen. Hat der Mieter noch irgendein Recht an den Nebensachen ? Hat er ein Recht auf Vergütung der Aufwände ? Aus sachenrechtlicher Sicht gibt es kaum ein Problem : *superficies solo cedit* (D.43.17.3.7). Wenn der Mieter auf einem gemieteten Grundstück ein Haus gebaut hat, wird das Haus Eigentum dessen, dem das Grundstück gehört. Oder *accessio cedit principali* (D.33.8.2 ; D.34.2.19.13). Wenn der Mieter etwas als Zubehör oder Nebensache mit einer Hauptsache verbunden hat, wird auch die Nebensache Eigentum dessen, dem die Hauptsache gehört. So schon seit den Tagen des römischen Rechts, siehe Inst.2.1.30, dem Titel : *de rerum divisione* entnommen.

Inst.2.1.30

Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare : et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit, certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset : nam scienti alienum esse solum potest culpa obici, quod temere aedificaverit(f) *in eo solo, quod intellegeret alienum esse.*

Aus sachenrechtlicher Sicht kein Problem, sondern eine klare Antwort auf unserer Frage, mit einer Begründung versehen : Wer wissend und fließend auf das Grundstück eines Anderen baut, verliert das Eigentum an den verwendeten Sachen, weil es mit seiner Genehmigung veräußert geachtet wird.

Die sachenrechtliche Antwort läßt aber die obligationen-rechtliche Seite unserer Frage unberührt. Hat der Mieter Recht auf eine Vergütung ? Die Antwort auf diese Frage läßt sich nicht ohne weiteres dem gerade zitierten Text, Inst.2.1.30, entnehmen. D.19.2.19.4 scheint auf erstem Blick auch hier eine klare Antwort zu geben :

> D.19.2.19.4 (Ulp., *l.32 ad ed.*)
> *Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat ? Et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.*

Der Mieter hat wegen seiner Verwendungen auf die Mietsache nach Mietende im Regelfall ein *ius tollendi,* ein Wegnahmerecht ; ob ihm dazu die *actio conducti* zusteht, ist umstritten. Mayer Maly hat darauf hingewiesen, daß im vergangen Jahrhundert namentlich die Klassizität der als labeonisch überlieferten Entscheidung als solche in Frage gestellt wurde. Diese entspringe einer analogen Anwendung der Regeln über Impensenersatz bei der *rei vindicatio* oder der *hereditatis petitio.* Folgerichtig könne der Mieter gegen die übereilte, auf Enträumung zielende Eigentumsklage eines Vergütung verweigernden Eigentümers die *exceptio doli* erheben (D.19.2.62.pr. und D.44.4.14), hatte aber keine Klage auf Vergütung zur Verfügung. Der zur *rei vindicatio* passivlegitimierte *conductor*, der am Ende der Mietzeit die Herausgabe der gemieteten Sache verweigerte, hatte Anspruch auf Impensenersatz. Hierzu stand ihm eine *exceptio doli* zur Verfügung, nicht aber die *actio conducti*[1].

Ein Ersatzanspruch scheidet auch dann aus, wenn er sein Recht auf Vergütung aus irgendeinem Grund nicht ausübt. Nochmals,

[1] Th. MAYER MALY, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* [Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten IV], Wien-München 1956, S.170.

soweit nichts besonders. Den Privatrechtlern ist diese Regelung aus mehreren modernen Rechtssystemen vertraut, weil diese im vorletzten Jahrhundert über das *ius commune* hinaus der römischrechtlichen Regelung übernommen haben. Auch das moderne niederländische Recht steht in der genannten Hinsicht noch fest auf römischem Boden.

Es kann sich aber unter besonderen Umständen noch etwas anderes ergeben. Unter besonderen Umständen. Dies geschah etwa im niederländischen Fall von HR 17 September 1993, NJ 1993, 740 : Der Eigentümer, zugleich Vermieter (Reimes), war ebenfalls Geschäftsführer der Mieterin (Goos GmbH). Ein Interessenkonflikt war dadurch absehbar. Angesichts des bevorstehenden Konkurses des Goos GmbH beendete Reimes das Mietverhältnis. Als Eigentümer/ Vermieter hatte Reimes ein Interesse daran, daß er als Geschäftsführer der Mieterin deren Wegnahmerecht nicht ausüben würde. Die Mieterin unterlieb deshalb die Wegnahme, und Reimes erlangte so in seiner Qualität von Eigentümer eine Bereicherung in Höhe von ca. NLG 1.000.000. Der Konkursverwalter aber klagte gegen Reimes auf Herausgabe dieses Betrages, und zwar aus ungerechtfertigter Bereicherung. Kann diese Klage gegenüber dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Erfolg haben ?

Wie gesagt : das niederländische Recht entstammt der Regelung des *ius commune* und stimmt damit im großen und ganzen überein. Die *sedes materiae* ist im Bereich des *ius commune* vornehmlich der vor kurzem zitierte Text Inst.2.1.30. Obwohl auf erstem Blick der Mieter kein Eigenbesitzer, sondern nur Fremdbesitzer ist, und ihm deswegen die Passivlegitimation zur *rei vindicatio* oder *hereditatis petitio* fehlt, wurde der auf erster Bitte Herausgabe verweigernde Mieter anscheinend mit einem Eigenbesitzer identifiziert. Zu diesem Text schrieben die mittelalterlichen Juristen ihre Kommentare. Die meisten Glossatoren waren (und das erstaunt nicht) der Meinung, daß der gutgläubige Eigenbesitzer eines Grundstücks die Herausgabe seiner Aufwendungen nur einredeweise geltend machen kann und eine Klage auch dann ausscheidet, wenn der Eigentümer das Grundstück ohne Erstattung der Aufwendungen auf irgendeinem Wege zurückerhalten hat. Der bösgläubige Besitzer hat weder Klage noch Einrede, weil er sein

Eigentum an den aufgewendeten Sachen schließlich bewußt aufgegeben hat.

GL. AEDIFICAVERIT AD INST. 2.1.30 (... de novo faciendo)

Primo casu in bona fide habeo exceptionem, non actionem, secundum Joan., ut supra proxi § [Inst. 2.1.29) et ff. de condict. indeb. l. Si in area [D. 12,6,33] et ff. de doli mali except. 1. Paulus [D. 44,4,14. Sed Martinus etiam actionem dabat et est pro eo ff. de pet. haer. 1. Haereditas § 1 [D.5,3,50,11 et : ff. si pars haer. pet. 1. fi. [D. 5,4,101 et : C. de rei vindi. 1. ij et 1. Domum [C. 3,32,3 & 5]... Si vero mala fide, tunc nec excipiendo, nec agendo conservo, ut hic, nam neminem mihi potui obligare, ut ff. communi div. 1. In hoc iudicium [D. 10,3,14] secundum Ioannem. Sed Martinus etiam dabat negotiorum gestorum actionem , ut ff. de negot. gest. 1. Si pupilli § Sed et si quis [D.3,5,6,3].

Dem Mieter steht nur ein Wegnahmerecht zu. Anderer Meinung war der berühmte Glossator Martinus Gosia. Ausweislich der Accursischen Glosse und der *Dissensiones Dominorum* ist unter seinem Namen eine abweichende Interpretation von Inst.2.1.30 hervorgebracht, indem die Erstattung von Aufwendungen in Verbindung mit der Geschäftsführung ohne Auftrag gebracht wird, um so dem Besitzer sowohl Einreden als auch eine Klage zu ermöglichen. Diese Interpretation sprengt den Rahmen des Sachenrechts, in dem der Text Inst.2.1.30 zu Hause war. Diese Lösung unseres Problems weicht von dem anscheinend klaren Institutionentext ab. Martinus Gosia hat das Sachenrecht mit dem Bereicherungsrecht in Verbindung gebracht.

Dissensiones Dominorum, Cod. Chis. §73 (Ed. Hänel S.173):

Ubi autem quis de sua materia aedificat in alieno solo, sed mala fide, dicunt Quidam : si animo donandi, nihil repetit ; si autem non donandi animo, per exceptionem sibi conservat expensas. Martinus utilem dat ei negotiorum gestorum actionem, ut. D. de Doli except., 1. Paulus [D. 44,4,14] et D. de negotiis gest., 1. fi. et 1. Si pupilli [D. 3,5,6]..... Respondent : si vero mala fide aedificet, omni modo videtur donasse expensas, idest, irrevocabiliter dedisse. Rogerius, Placentinus, Albericus, Iacobus, Bulgarus, Ugo.

Obwohl angeblich Rogerius, Placentinus, Albericus, lacobus, Bulgarus, Ugo, Azo und Accursius der Gegenmeinung waren, hat Martinus den Keim für eine bereicherungsrechtliche statt einer rein sachenrechtlichen Lösung unseres Problems gelegt.

Inde lacrimae : deswegen die Tränen. Sowohl die Accursische Glosse, als die *Dissensiones Dominorum* und die von Seckel und Palmieri herausgegebenen Distinktionen weisen alle in dieselbe Richtung : ein einsamer Kampf von Martinus gegen den Musterverbund aller anderen Glossatoren.

Seckel, Distinctiones Glossatorum, S.295, 305 ; Palmieri, Scripta Anecdota Glossatorum [BIMAe] II, S. 167-168 (nach Hs Siena I H.13) :

Si vero bone fidei edificator possidere desierit et possessio ad dominum pervenerit, dicunt quidam, ut Ugo, eum nullam habere actionem directam vel utilem, quoniam nullo alio modo quam per retentionem impensas servare poterit, quia neminem sibi obligare proposuit, ut D. de condictione indebiti, l. Si in area [D. 12,6,33] et D. de doli exceptione, l. Paulus [D. 44,4,14] et D. de communi dividundo, l. In hoc iudicium et l. Si quis cum esistimaverit [D. 10,3,14 & 29] et D. de re vendicatione l. Sin autem § In rem et l. Sumptus [D. 6,1,27,5 & D. 6,1,48]. Alii vero ex equitate dant ei, ut Martinus, utilem negotiorum gestorum, licet non possideat, ut D. de negotiis gestis, l. ult. [D. 3,5,49]…

Ein kleiner Seitensprung erlauben Sie mir aber : es ist auffällig, daß die Erwähnungen *ut Ugo* und *ut Martinus* in den Handschriften die die älteste Version dieser Distinktion erhalten, fehlen, wie auch in einer anderen, ebenfalls von Seckel publizierte *distinctio*, die möglicherweise die älteste ist. Auf Grund dieser Einzelheiten liegt es auf der Hand, anzunehmen, daß die später nur unter dem Namen des Martinus Gosia überlieferte Lehre, nach der die *actio negotiorum gestorum utilis* als Bereicherungsklage galt sowohl für den gut- als für den bösgläubigen Besitzer, der auf das Grundstück eines anderen gebaut hat, anfänglich weiter verbreitet war als auf Grund der späteren Tradition angenommen wird. Vielleicht läßt sich hier an das kanonische Recht denken, auf das vor einigen Jahren hier in der Türkei Robert Feenstra im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung angespielt hat. Damit wäre, aber hier ist alles rein hypothetisch, eine vor kurzem von Ennio Cortese entwickelte Hypothese im Einklang, nach der Martinus nicht sosehr der moderne, den Text des Corpus Iuris Civilis frei interpretierende Meister der *aequitas* sei, als eher der altmodische Jurist, der nicht über seine kanonischen Lehren hinauskommt und der dem erst vor viel kürzerer Zeit wiederentdeckten Corpus Iuris Civilis immer feindlich gegenüberstehend geblieben ist.

Wie dem auch sei, den mittelalterlichen Quellen läßt sich ein Konflikt zwischen Sachenrecht und Bereicherungsrecht entnehmen, daß bis auf den heutigen Tag seine Bedeutung nicht verloren hat. Angelus Aretinus zitiert den einflußreichen Cynus de Pistoia, und stimmt ihm zu, daß die bereicherungsrechtliche Lösung unseres Falles den Vorzug verdient.

Angelus a Gambilionibus de Aretio. *Commentaria Institutionum*, Venetiis 1580, ad Inst.2.1.30 :

Tamen isto casu quando fuit semper male fidei, advertendum est. Dixit Joannes quod donare videtur, et ideo non repetit. Sed Martinus dicit quod immo repetit, nisi probetur quod fecerit animo donandi. Glosa tenet opinionem Joanni, sed Cynus dicit quod Martinus dicit verum, nam aliquis potest in alieno aedificare scienter et non animo donandi. Pone quod in fundo commodato vel locato mala fide feci, quia non domini cogitatione, [ut C. de fur. l. Cum apud [C.7,72,10]] Tamen sic aedifico, ut pleniorem usum habeam, tunc repetere possum. Sic intelligitur dicta[l. 2 in fi. C. de rei vend. [C. 3,32,2]]. Sed ubi sine causa possideam, non repeto, quia tunc videor donare. Et ideo in hoc membro, quando aedificat mala fide, distingue : aut habuit aliquam causam possidendi, aut non habuit. Si non habuit, tunc non repetit, ut hic….

Die Autorität des Azo und der Accursischen Glosse ist aber noch keineswegs hinuntergegangen. Auch heutzutage haben wir noch Fälle, die entweder auf dem sachenrechtlichen oder auf dem bereicherungsrechtlichen Wege ihre Lösung finden müssen.

In Deutschland gab es vor einigen Jahren einen in diesem Kontext ähnlichen Konflikt zwischen Sachenrecht und Bereicherungsrecht — zwischen der Regel *superficies solo cedit* (§§93, 94 ; 946 BGB) auf der einen, und der Leistungs- und Nichtleistungskondiktion (812ff BGB) auf der anderen Seite, zu der dann noch die Sonderregelung tritt, daß jemand als Eigenbesitzer die Verwendungen vorgenommen hat (994ff BGB).

Illustrativ ist nämlich die Grindelhochhaus-entscheidung des BGH (BGHZ 41,157) : Ein Bauherr hatte ein Gebäude so weit über die Grenze gebaut, daß es zum Teil auf dem Grundstück des Nachbarn stand. Der Nachbar verlangte Herausgabe seines Grundstücks. Der Bauherr machte ein Zurückbehaltungsrecht mit der Begründung geltend, der Überbau habe den Wert des überbauten Grundstücks erheblich erhöht. Deswegen könne er nach dem Wortlaut des §994 BGB 'für die ... notwendigen

Verwendungen ... Ersatz verlangen'. Ist der Überbau in diesem Sinne eine 'notwendige Verwendung' auf das Fremdstück oder kann ihn der Bauherr als wesentlichen Bestandteil nur gemäß §997 abtrennen und sich aneignen ? Die Lage war in der damaligen Wirklichkeit um so komplizierter, als es sich um ein Wohnhaus handelte und ein Wegnahmerecht spezialgesetzlich ausgeschlossen war, aber diese Komplikation dürfen wir hier beiseite lassen.

Obwohl das Endergebnis in beiden Fällen befriedigend ist, wurden dennoch der niederländische und der deutsche Fall auf unterschiedener Weise gelöst. In der Grindelhochhausentscheidung nahm der BGH — was auf den ersten Blick erstaunt — keine 'Verwendung' an. Er behalf sich, indem er dem Bauherr einen 'auf §242 BGB beruhenden Ausgleichsanspruch' gewährte, der sich nach dem Wert des Wegnahmerechts bemaß, also dem Wert der eingebrachten Sachen nach Abbruch abzüglich der Abbruchkosten. Das deutsche Recht argumentiert und entscheidet also hauptsächlich auf sachenrechtlicher, nicht auf bereicherungsrechtlicher Grundlage. Beim niederländischen Fall verhielt es sich umgekehrt. In Anbetracht der besonderen Umstände, daß Reimes sich in seiner Qualität von Eigentümer der vermieteten Sachen einen Vorteil verschaffte, indem er in seiner Qualität von Geschäftsführer der Mieterin versäumte, die Verwendungen nach Mietende wegzunehmen, wurde nicht sachenrechtlich, sondern bereicherungsrechtlich argumentiert. Reimes wurde als bereichert, sogar als ungerechtfertigt bereichert, angesehen. Im Ergebnis wurde die Bereicherung in der Weise subjektiv bestimmt, als die Nützlichkeit des Verwendungserfolges für den Eigentümer entscheidend war.

Es ist zum einen eine höchstinteressante Frage, warum diese beiden Lösungen so verschieden argumentiert sind. Daß die Antwort sich vornehmlich in der Dogmengeschichte auffinden läßt, liegt auf der Hand. Aber wenn auch die Konkurrenz der sachenrechtlichen, bzw. bereicherungsrechtlichen Ansprüche vom Gesetzgeber beabsichtigt sein mögen, kann diese Antwort heute kaum mehr befriedigen. In jüngster Zeit ist gerade für eine Konkurrenzlösung plädiert worden[2], und es liegt auf der Hand,

---

[2] DIRK A. VERSE, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis : eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtsvergleichender Sicht* [Max Planck

dabei Martinus Gosia nicht aus den Augen zu verlieren, denn seine Lehre ist, obwohl von der Mehrheit seiner Zeitgenossen verworfen, dennoch bekannt geblieben. In einer handschriftlich zugefügten, in Lund zurückgefundenen Randbemerkung zur Inleidinge schreibt Grotius, daß ein Besitzer, sei er auch bösgläubig, auf die notwendigen Kosten und Verbesserungen klagen kann, wenn er die Sachen zurückgeben muß[3]. Mindestens auffällig ist, daß Grotius einige Seiten früher noch bemerkte, daß derjenige, der bösgläubigerweise auf fremdem Boden gebaut hat, einen Anspruch nur wegen notwendiger Kosten hat[4]. Deswegen bleibt eigentlich im unklaren, ob Grotius in seiner handschriftlichen Bemerkung zu Inleidinge 3.1.15 unter Verbesserungen auch die *impensae utiles* begriffen hat. Wenn so, dann wäre damit zu rechnen, daß beide Äußerungen zu einander in Widerspruch stünden, daß Grotius sogar seine frühere Bemerkung widerrufen hätte. Klar ist jedenfalls, daß Simon Groenewegen Inst.2.1.30 zum Teil für abgeschafft hielt[5]. Damit erreichte er eine erneute Frage nach dem Verhältnis zwischen den sachen-, bzw. bereicherungsrechtlichen Antworten zu unserer Frage.

In Deutschland sieht heutzutage die herrschende Lehre die Verwendungsersatzregelung der §§994ff BGB[6] als Sonder-

---

Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 72] Tübingen 1999. DERS., [*Improvement and Enrichment*], in : *Restitution Law Review* 6 [1998], S.85-103.

[3] H. GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* III.1.15 (ED. DOVRING, FISCHER, MEIJERS) : Hieruit comt dat een bezitter, schoon ter quader trouwe, de begeven zaecke wedergevende, mach eyschen de nodige kosten ende verbeteringen by hem gedaen.

[4] H. GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* II.10.8 (ED. DOVRING, FISCHER, MEIJERS) : maer die sulcks ter quader trouw heeft gedaen, heeft geen verhael dan van nodige kosten.

[5] S. GROENEWEGEN, *De Legibus Abrogatis ad INST.2.1.30* : *Cum iure naturae aequum sit neminem cum alterius iniuria fieri locupletiorem ... idem hodie is, qui sciens in alieno solo aedificavit, pretium materiae et mercedes fabrorum non amittit, sed quascunque utiles impensas non modo per exceptionem retinere, verum etiam per actionem petere potest*.

[6] §994 BGB : 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 Eintritte der

regelung zu den §§812ff BGB[7] und damit die §§BGB 994ff als vom Gesetzgeber abschließend gedachte Regelung. Es lassen sich mehrere systematische Argumente gegen diese These einer *lex specialis* anführen. Wichtig ist wohl zuletzt der Fall BGH NJW 1996, 52 : Nach dem Wortlaut des Mietvertrages sollte der Mieter spätestens nach Ablauf der Mietzeit das Grundstück erwerben können. Mangels notarieller Beurkundung war dieser Vertrag nach §313.1, §125.1 BGB nichtig. In Unkenntnis der Nichtigkeit nahm der Mieter im Hinblick auf den erwarteten Erwerb Verwendungen in erheblichem Umfang vor. Als die Übertragung ausblieb, erhob sich die Frage nach Rückerstattung dieser Verwendungen. Ein auf §§994, 996 gestützter Anspruch schied nach dem BGH aus, weil der Eigentümer den Besitz an dem Grundstück nicht wiedererlangt hatte. Wegen der Ausschließlichkeit der §§994ff lehnte der BGH auch einen Bereicherungsanspruch ab.

Wäre nun aber der Mietvertrag nicht mit der verbindlichen Kaufoption, sondern nur mit einer bloßen Aussicht auf dem Erwerb des Fremdstücks verbunden gewesen, dann wäre der Mieter nicht nur durch die mietrechtliche Verwendungsersatzvorschrift des §547, sondern auch bereicherungsrechtlich geschützt
gewesen. Also steht der Mieter falls einer verbindlichen Kaufoption vollkommen mit leeren Händen, indem er im Falle einer bloßen unverbindlichen Aussicht Rechtsschutz genießen sollte. Können beide Fälle wirklich so unterschiedlich behandelt werden ? Auch beim nichtigen Mietvertrag seien die bereicherungsrechtlichen Bestimmungen anwendbar, könne das Bereicherungsrecht auch Grundlage für den Verwendungsersatz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis dienen, um den durch die BGB 994ff hervorgerufenen Wertungswiderspruch zu vermeiden.

Bemerkenswert ist hier die Übereinstimmung dieser Lösung mit dem französischen und englischen Recht. In beiden Rechts-

---

Rechtshängigkeit … notwendige Verwendungen, so bestimmt die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

[7] §812 BGB : Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen [Kosten etwas ohne rechtlichten Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

systemen fehlen Sonderbestimmungen wie die §§994ff BGB. Das hängt schon damit zusammen, daß das Verhältnis zwischen den Begriffen Eigentümer und Besitzer in den drei Rechtssystemen verschieden ist. Im französischen wie im englischen Recht hat der Verwender gegen den Eigentümer keinen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, sondern nur ein pfandrecht-ähnliches *droit de rétention* oder *lien*. Es ist aber heute, d.h. seit den Tagen des Martinus Gosia eine offene Frage, ob nicht die Tauglichkeit des Bereicherungsrechts als Grundlage für den Verwendungsersatz (innerhalb wie außerhalb des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses) steht und fällt mit der Behandlung der aufgedrängten Bereicherung, demgegenüber man namentlich im Bereich des Common law sehr zurückhaltend ist.

In Frankreich und in ltalien herrscht insoweit bekanntlich eine ziemlich strenge Auffassung : Der gutgläubige Besitzer kann ohne weiteres Rückerstattung der objektiven Wertvermehrung verlangen, nur vom bösgläubigen Besitzer kann der Eigentümer die Entfernung der von ihm unerwünschten 'Verbesserungen' verlegen (art.555 Code civil ; art.936 Codice civile). In Deutschland und England wird die Frage einer Bereicherung subjektiv beurteilt. In England spricht man von *incontrovertible benefit* und von *free acceptance*. Der Umfang der Haftung des Bereicherten bei der Leistungskondiktion wie der Verwendugskondiktion ist in Deutschland in §§818-819 BGB technisch ähnlich geregelt.

Diese Technik aus dem bereicherungsrechtlichen Bereich läßt sich auf die Grindelhochhausentscheidung übertragen. Zunächst sei zu fragen, ob der Eigentümer das Grundstück ohnehin verkaufen wollte und auf Grund der Verbesserung einen höheren Preis realisiert hat. In diesem Fall stehe der Mehrerlös dem Verwender zu. Wollte der Eigentümer nicht verkaufen, sei er nur zur Abführung des Mehrwerts verpflichtet, wenn er sich ohne weiteres vollwertigen Ersatz verschaffen könne. Sei auch das nicht der Fall, könne der Verwender die volle Werterhöhung des Grundstücks nicht abschöpfen. Sei der Eigentümer nicht zur Realisierung des Gewinns verpflichtet, scheide ein Wertersatzanspruch nach Verwendungen völlig aus. Dem Entreicherten verbleibe dann lediglich das (bei Gebäuden meist wertlose) Wegnahmerecht.

Diese Lösung scheint gelungen. Außerordentlich interessant ist noch, ob ähnliches auch in dreigliedrigen Verhältnissen gilt, insbesondere bei der Beteiligung von Werkunternehmern. Dabei ist aber als besondere Schwierigkeit zu berücksichtigen, daß in Deutschland die Versionsklage nicht zugelassen sei. Es verdient deshalb Erwägung, ob nicht eine Lösung über pfandrechtsähnliche Verhältnisse zwischen Eigentümer und Werkunternehmer zu bevorzugen sei. Es bleibt aber eine offene Frage, ob die behauptete Spezialität des Verwendungsersatzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und damit sein Vorrang gegenüber dem Bereicherungsrecht heutzutage noch materielle Berechtigung habe, das heißt, ob nicht alle Fragen in diesen Verhältnissen vielmehr auf dem von Martinus Gosia gewiesenen und von Groenewegen weitergeführten Wege bereicherungsrechtlich zu lösen seien. Dadurch seien nämlich schlüssige, einfache Ergebnisse ohne die durch BGB 994ff hervorgerufenen Wertungswidersprüche gewährleistet.