

### III. Die Pflichten des unredlichen Bereicherten

#### A. Schadenersatzpflicht nach § 335 ABGB

##### 1. Maßgeblichkeit des § 335

Mit Blick auf die eingangs geschilderten Problemfälle<sup>32)</sup> ist zunächst zu prüfen, ob auch die bloße Wertveränderung einer Sache nach § 335 zu beurteilen ist. Eine eingetretene Werterhöhung könnte ein „erlangter Vorteil“, ein Wertverlust oder ein „Schaden“ iSd § 335 sein.

Hier ist im Besonderen die missliche Lage des Verkäufers in Erinnerung zu rufen: Dieser hat keine Möglichkeit, über die Sache zu disponieren, da der Käufer sein Anfechtungsrecht noch nicht ausgeübt hat. Aufgrund der ihm entzogenen Dispositionsmöglichkeit hat er keinen Einfluss darauf, in welchem Zustand (mit welchem Wert) er die Sache zurückbekommt. Hätte er die Sache noch innegehabt, hätte er sie jederzeit veräußern können. Mit einem Verkauf hätte er unter Umständen einen hohen Erlös erzielt oder zumindest seinen Vermögensverlust minimiert.

Diese missliche Ausgangslage mag dazu verleiten, den Wertverlust **per se** als Schaden anzusehen, der vom unredlichen Bereicherten gemäß § 335 zu ersetzen ist. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Zunächst sollen aber die sachenrechtlichen Normen (§§ 329 ff) näher erläutert werden, auf die § 1437 verweist. Daraus wird dann zu schließen sein, was deren Ausgestaltung für die vorliegende bereicherungsrechtliche Konstellation bedeutet.

##### a) Die Ersatzpflicht nach § 335 – ein inhaltlicher Überblick

Der unredliche Besitzer muss gemäß § 335 die Sache mit allen erlangten Vorteilen herausgeben. Weiters muss er den Schaden, der durch seinen Besitz entstanden ist, ersetzen. Dies umfasst den Schaden **an der Sache selbst** sowie jene Vermögensnachteile, die **durch das bloße Vorenthalten** verursacht wurden.<sup>33)</sup> Der Unredliche muss auch die Vorteile erstatten, die der Eigentümer erlangt hätte („fructus neglecti“). Dies wird nach hM<sup>34)</sup> als Schadenersatzanspruch verstanden, der auch den Ersatz des entgangenen Gewinns erfassen soll.<sup>35)</sup>

---

<sup>32)</sup> Siehe Sachverhaltskonstellationen I.C.

<sup>33)</sup> *Spielbühler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 1; *Klicka* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 4; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 335 Rz 5.

<sup>34)</sup> Zur Darstellung siehe *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 115 f.

<sup>35)</sup> *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 335 Rz 4.

§ 335 erweist sich als sehr scharfe Haftungsregelung: Einerseits wäre entgangener Gewinn anders als im Schadenersatzrecht (§ 1324) schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen, wenn bereits diese – wie die hM<sup>36)</sup> annimmt – zur Unredlichkeit führt. Andererseits wird die Zurechnung verschärft, da der Unredliche auch dann ersatzpflichtig wird, wenn die Sache bei ihm durch einen **Zufall** untergeht, der die Sache beim Eigentümer nicht getroffen hätte.<sup>37)</sup> Diese Haftung greift unabhängig davon ein, ob die Sache beim unredlichen Besitzer stärker gefährdet war.<sup>38)</sup>

Einen Vorteil muss der unredliche Bereicherte nach dem Wortlaut des § 335 dann herausgeben, wenn er diesen ohne den Besitz der Sache nicht erlangt hätte. Das heißt, der Besitz der Sache musste kausal für den Vorteil des Bereicherten sein. Die Pflicht zur Herausgabe **jedweden Vorteils**, der durch den Besitz eingetreten ist, träfe aber selbst den Unredlichen zu hart – so zumindest die hA: Diese will daher nicht strikt auf die Kausalität abstellen. Jedenfalls dann, wenn die Wertsteigerung maßgeblich auf die Leistungen des Unredlichen zurückzuführen ist, soll die Bereicherung je nach Wert des Beitrags auf die Beitragenden aufgeteilt werden.<sup>39)</sup> Auch der Unredliche hat daher unter Umständen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 336). Die Höhe orientiert sich nach hA aber – anders als in § 331 – nach dem subjektiven Vorteil des Eigentümers.<sup>40)</sup>

## b) Conclusio für die hier untersuchten Problemfälle

Schon aus dem inhaltlichen Überblick ergibt sich eine notwendige Prämisse für die weitere Untersuchung. Wie oben dargelegt, tritt eine Wertveränderung einer volatilen Sache durch verschiedene äußere Umstände ein. Ein Wertverlust ist daher allenfalls ein Schaden, der **durch Zufall** eintritt. Für diesen haftet der Unredliche aber nur eingeschränkt. Selbst wenn man also den bloßen Wertverlust als Schaden iSd § 335 sehen könnte, müsste für eine Ersatzpflicht des Bereicherten vorausgesetzt werden, dass dieser **unredlich** ist und dass der Zufallsschaden beim Verkürzten – also beim Veräußerer der volatilen Sache – nicht eingetreten wäre.

<sup>36)</sup> Zur Darstellung des Meinungsstands siehe unten VII.A.1.a).

<sup>37)</sup> Zeiller, Commentar III/1 81; Wilburg in *Klang* VI<sup>2</sup> 486.

<sup>38)</sup> Spielbüchler in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 1; so auch Lurger in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 335 Rz 5; *Eccher* in KBB<sup>2</sup> § 335 Rz 2; aA *Iro*, Besitzerwerb 118; *Oberhofer*, Sonderhaftpflicht für Besitzer? JBl 1996, 156.

<sup>39)</sup> *F. Bydlinski*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252 (253 ff); *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 1; *Eccher* in KBB<sup>3</sup> § 335 Rz 3; *Klicka* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 1; OGH 2 Ob 404/67 JBl 1969, 272; 1 Ob 65/97h SZ 70/48; 2 Ob 198/98a SZ 73/3; 8 Ob 2/00b JBl 2001, 172; 3 Ob 190/04v MietSgl 56.116; 3 Ob 104/07a.

<sup>40)</sup> *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 336 Rz 3; *Eccher* in KBB<sup>3</sup> § 336 Rz 1; *Klicka* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 2.

Neben der Frage der Unredlichkeit<sup>41)</sup> erscheint hier vor allem die letztere Voraussetzung problematisch. Die Wertentwicklung der volatilen Sache wird wie gesagt nicht vom Bereicherten herbeigeführt oder verursacht. Die Sache hätte ebenso an Wert verloren, wenn sie im Besitz des Verkürzten verblieben wäre, er hätte den Wertverlust selbst nicht abwenden können. Der bloße Wertverlust der Sache allein kann daher noch nicht zur Ersatzfähigkeit nach § 335 führen, da er auch beim Verkürzten eingetreten wäre.

Der Verkürzte hätte allenfalls einen ihm entstehenden Vermögensnachteil abwenden können, indem er die Sache zu einem günstigen Zeitpunkt verkauft hätte, als diese noch mehr wert war als zum Zeitpunkt der Rückstellung. Er hätte dann statt der im Wert geminderten volatilen Sache den höheren Verkaufserlös in seinem Vermögen.

Selbst wenn also § 335 auch den Fall der Wertveränderung erfassen sollte, setzt dies einen Kausalitätsnachweis voraus, der wohl oft schwierig zu erbringen sein wird: Es müsste zunächst bewiesen werden,<sup>42)</sup> dass der Verkürzte die Sache vor Rückstellung verkauft hätte und dass dieser Verkauf günstiger gewesen wäre. Gelingt dieser Beweis, so ist der hypothetische Verkaufspreis zu ermitteln, um die Schadenshöhe bestimmen zu können. Da viele volatile Sachen einen Kurswert haben, wird man zu diesem Zweck den Zeitpunkt ihres hypothetischen Verkaufs beweisen müssen. Nur dann ließe sich beurteilen, wie der Verkürzte ohne das unredliche Behalten durch den Bereicherten stünde.

### **c) Wertveränderung als Schaden bzw Vorteil iSd § 335?**

#### **aa) Wertverlust als Schaden**

Der „Schaden“ iSd § 335 scheint vom allgemeinen, weiten Schadensbegriff des ABGB nicht weiter abzuweichen: Erfasst ist der Schaden, der an der Sache selbst entsteht, sowie jener, der durch die bloße Nichtrückstellung im sonstigen Vermögen des Eigentümers eintritt, also etwa der entgangene Gewinn.<sup>43)</sup> Schon *Zeiller*<sup>44)</sup> verweist in seiner Kommentierung zu § 335 ausdrücklich auf die §§ 1323, 1324, was eine Gleichsetzung des Schadensbegriffs des § 335 mit jenem des allgemeinen Schadenersatzrechts nahelegt („so haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen“).<sup>45)</sup> Schaden ist demnach ein Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person entsteht (§ 1293).

---

<sup>41)</sup> Zur Beurteilung der Unredlichkeit siehe unten VII.

<sup>42)</sup> Zur Frage der Beweislastverteilung siehe unten III.F.

<sup>43)</sup> *Zeiller*, Kommentar II/1 80; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 1.

<sup>44)</sup> *Zeiller*, Kommentar II/1 80.

<sup>45)</sup> *Zeiller*, Kommentar II/1 80. Durch *Zeillers* Verweis auf § 1323 wird zudem deutlich, dass auch im Rahmen des § 335 die Wertungen des allgemeinen Schadenersatzrechts – wie das in § 1323 normierte Primat der Naturalrestitution – zu beachten sind. Auch darauf wird noch zurückzukommen sein.

Das Festhalten am allgemeinen, weiten Schadensbegriff im Zusammenhang mit dieser besitzrechtlichen Sondernorm leuchtet vor allem deshalb ein, da in § 335 keine Abweichung vom allgemeinen Schadensbegriff intendiert war, sondern eine **Verschärfung der Haftung**: Die Ursache des eingetretenen Schadens muss „*wenigstens in entfernter Weise, in der Unredlichkeit des Besitzers*“ liegen; schon dann ist eine Haftung gegeben. Und eben diese intendierte Verschärfung der Haftung legt nahe, am allgemeinen **weiten Schadensbegriff des ABGB festzuhalten**, nicht aber ihn einzugrenzen. Letzteres würde ja den besonders verwerflich handelnden Unredlichen<sup>46)</sup> gegenüber einem „normalen“ Schädiger begünstigen.

Vor diesem Hintergrund ist nun die höchstgerichtliche Entscheidung 7 Ob 115/97 zu lesen, in der der OGH die Frage behandelte, wann der Wertverlust einer unredlich gehaltenen Sache einen Ersatzanspruch gemäß § 335 nach sich ziehen kann:

Der Beklagte hatte im Haus der Kläger mit befristetem Vertrag bis 31. 3. 1993 eine Wohnung gemietet. Am 25. 3. 1993 verkauften die Kläger einem Kaufinteressenten diese Wohnung um öS 1,587.400,-. Dabei vertrauten die Kläger darauf, dass der Beklagte die Wohnung rechtzeitig zum 31. 3. 1993 räumen würde. Der Beklagte kam jedoch in weiterer Folge mehreren Räumungsaufforderungen nicht nach und verblieb nach Ablauf des Mietverhältnisses in der Wohnung. In weiterer Folge wurde der Vertrag über den Verkauf der Wohnung rückgängig gemacht. Die Wohnung konnte erst am 20. 4. 1995 nach Räumung um öS 1,400.000,- verkauft werden.

Die Kläger begehren neben dem Zinsenverlust den Differenzbetrag zwischen dem vom Erstinteressenten gebotenen Kaufpreis von öS 1,587.400,- und dem nunmehrigen Kaufpreis von öS 1,400.000,-.

Der OGH sprach aus, der Beklagte sei unredlicher Besitzer und hafte daher gemäß § 335 für den positiven Schaden und den entgangenen Gewinn. Zu ersetzen sei in diesem Fall jener Schaden, der durch Verzögerung des Verkaufs bzw durch die Versäumung einer besonders günstigen Verkaufsgelegenheit oder durch Schwankungen in der Nachfrage entstanden ist.

Der OGH bejahte daneben zwar eine (freilich völlig unzweifelhafte) Vertragsverletzung des Beklagten, erachtete aber auch § 335 als einschlägig. Als Schaden sah das Höchstgericht jenen Vermögensnachteil an, der durch Versäumen einer günstigeren Verkaufsgelegenheit eingetreten ist.

Die Ansicht des OGH ist konsequent und richtig, da der Schadensbegriff des § 335 grundsätzlich dem allgemeinen folgen muss. Und damit erfasst der allgemeine weite Schadensbegriff auch jenen Vermögensnachteil, der aufgrund des Entzugs der Dispositionsmöglichkeit eintritt.<sup>47)</sup> Dies fügt sich nahtlos in die Ansicht Zeillers zu § 335, wonach „*nicht nur in Rücksicht der Substanz [der*

<sup>46)</sup> Vgl nur Zeiller, Commentar II/1 80: „*Da der unredliche Besitzer wissentlich, oder aus einer auffallenden, dem bösen Vorsatze gleichkommenden, Sorglosigkeit die fremde Sache besitzt [...]*“.

<sup>47)</sup> Vgl nur Binder/Reidinger in Schwimann, ABGB IV<sup>3</sup> § 918 Rz 87.