

Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen

Volker Wiese

Seit nunmehr mehreren Jahren beschäftigt der so genannte VW-Dieselskandal die deutschen Gerichte. Aus zivilrechtlicher Sicht hat damit insbesondere auch die eigentlich schon seit längerem diskutierte Frage nach der richtigen Art der Bemessung von Gebrauchsvorteilen wieder erheblich an Bedeutung gewonnen.¹ Dies liegt vor allem an den Gerichtsverfahren, in denen Käufer gegen Rückgabe des von ihnen erworbenen PKWs den von ihnen gezahlten Kaufpreis zurückhalten wollten. Nachdem Gerichte verbreitet der Ansicht gefolgt sind, die manipulierte Abgassoftware begründete einen zum Rücktritt berechtigenden Mangel,² oder gar einen Grund zur Arglistanfechtung des PKW-Kaufs erwogen haben,³ war in diesen Verfahren auch zu klären, in welcher Höhe sich die Käufer Gebrauchsvorteile anspruchsmindernd anrechnen lassen müssen.⁴

-
- 1 Siehe aus letzter Zeit insbesondere BGH, Urt. v. 24.10.2023 – VI ZR 131/20, BeckRS 2023, 35173; Urt. v. 19.12.2022 – VIII ZR 227/21, BeckRS 2022, 42085; Beschl. v. 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, NJW 2022, 194; Urt. v. 29.9.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 = NJW 2022, 463; Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 720/20, NJW-RR 2021, 1386.
 - 2 Siehe nur BGH, Urt. v. 26.1.2022 – VIII ZR 140/20, BeckRS 2022, 2329 Rn. 17; Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133; OLG Hamm, Urt. v. 1.4.2020 – 30 U 33/19, BeckRS 2020, 11615; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 31.8.2018 – 25 U 17/18, NJW-RR 2019, 114; OLG Nürnberg, Urt. v. 24.4.2018 – 6 U 409/17, NZV 2018, 315; OLG Köln, Beschl. v. 27.3.2018 – 18 U 134/17, BeckRS 2018, 4574; OLG München, Beschl. v. 23.3.2017 – 3 U 4316/16, BeckRS 2017, 105163.
 - 3 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, BeckRS 2021, 34009; KG, Urt. v. 26.9.2019 – 4 U 70/19, BeckRS 2019, 28351. I.d.R haben die Gerichte die Voraussetzungen einer Arglistanfechtung mangels dem Verkäufer zurechenbarer Täuschungshandlung indes abgelehnt, siehe OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.2.2022 – 17 U 553/19, NJW-RR 2022, 822; OLG Koblenz, Urt. v. 27.4.2020 – 12 U 800/19, BeckRS 2020, 7065; Urt. v. 7.9.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54; OLG Hamm, Urt. v. 1.4.2020 – 30 U 33/19, BeckRS 2020, 11615; OLG München, Urt. v. 3.7.2019 – 3 U 4029/18, NJOZ 2020, 574.
 - 4 Zur Parallelproblematik der Anrechnung von Gebrauchsvorteilen bei Ansprüchen auf Schadensersatz siehe nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 8/20, BeckRS 2021, 921; Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962; OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.11.2020 – 17 U 635/19, NJW-RR 2021, 474; Urt. v. 14.7.2020 – 17 U 554/19, BeckRS 2020, 37996; Urt. v. 24.3.2020 – 17 U 394/19, BeckRS 2020, 14354; OLG Braunschweig, Urt. v. 29.9.2020 – 7 U 337/18, NJOZ 2021, 237; OLG München, Urt. v. 15.7.2020 – 20 U 2914/19, BeckRS

Denn übergehen dürfen die Gerichte dieses Thema nicht. So verpflichten etwa § 346 Abs. 1 und § 818 Abs. 1 BGB denjenigen, der eine erhaltene Leistung nach Rücktritt oder Anfechtung zurückgeben muss, ausdrücklich dazu, auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Zu den Nutzungen zählen nach § 100 BGB aber nicht nur die Früchte, sondern auch die Gebrauchsvorteile einer Sache. Da Gebrauchsvorteile jedoch – anders als Früchte – körperlich nicht in Erscheinung treten⁵ und daher als solche auch nicht herausgegeben werden können, geht es der Sache nach um ein reines Bemessungsproblem. Dieses Problem soll im Folgenden in das Zentrum dieses Beitrags gestellt werden.⁶ Die Ausführungen sollen sich dabei grundsätzlich auf das Regime des Rücktrittsrechts konzentrieren, auch wenn die Grundproblematik darüber hinaus natürlich auch eine besondere Bedeutung im Bereicherungsrecht und im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hat. Zum Teil wird sich zur besseren Illustration einzelner Problemstellungen auch auf diese Rechtsgebiete ergänzend bezogen.

2020, 16257; Urt. v. 17.12.2019 – 18 U 3363/19, BeckRS 2019, 33717; OLG Bamberg, Urt. v. 11.1.2022 – 5 U 323/21, BeckRS 2022, 426; Urt. v. 22.5.2020 – 1 U 114/19, BeckRS 2020, 33157; OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2020 – 34 U 150/19, BeckRS 2020, 20422; OLG Naumburg, Urt. v. 2.7.2020 – 2 U 190/19, BeckRS 2020, 28579; OLG Jena, Urt. v. 17.7.2020 – 4 U 25/19, BeckRS 2020, 24038; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.4.2020 – 7 U 395/19, BeckRS 2020, 31961; KG, Urt. v. 10.3.2020 – 14 U 85/19, BeckRS 2020, 6153; Urt. v. 25.2.2020 – 14 U 81/19, BeckRS 2020, 6164; OLG Celle, Urt. v. 18.3.2020 – 7 U 200/19, BeckRS 2020, 25616; OLG Koblenz, Urt. v. 20.3.2020 – 8 U 1378/19, BeckRS 2020, 5598; OLG Oldenburg, Urt. v. 4.3.2020 – 3 U 90/19, BeckRS 2020, 6169; Urt. v. 14.2.2020 – 6 U 299/19, BeckRS 2020, 6576.

5 Vgl. *Röder*, Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2021, S. 29; *Kaiser*, in: *Löwisch* (Red.), *Staudinger BGB*, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung, Berlin 2012, § 346 Rn. 251; *Mansel*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Jauernig BGB*, 19. Aufl., München 2023, Anm. zu §§ 99-103 Rn. 1; *Lobinger*, in: *Pfeiffer* (Red.), *Soergel BGB*, Bd. 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328-432, 13. Aufl., Stuttgart 2009, § 346 Rn. 51; *Metzger*, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer* (Hrsg.), *Erman BGB*, 17. Aufl., Köln 2023, § 346 Rn. 32.

6 Die folgenden Ausführungen gehen im Kern auf einen Vortrag zurück, den der Autor zu Zeiten einer besonders markant geführten Debatte um Haftungsfragen, die im Zusammenhang mit der Nutzung unzulässiger Abschalteinrichtungen in der Motorsteuerung von Diesel-Fahrzeugen durch die Volkswagen-AG standen, vor der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gehalten hat. Der Autor ist dem Kollegium der Fakultät vor allem für die anschließende gewinnbringende Diskussion und für die mit ihm geteilten Gedanken zu der Thematik dankbar. Aus diesem Grund sei auch dieser Beitrag der Fakultät zu ihrem 50-jährigen Bestehen gewidmet.

Im Einzelnen wird folgend dargelegt:

Erstens die im Allgemeinen anerkannten Methoden zur Bemessung von Gebrauchsvorteilen und die Gründe, warum sie sich auf diese Art etabliert haben.

Anschließend wird zu den Konstellationen übergeleitet, deren Behandlung weniger klar und im Einzelnen höchst umstritten ist.

Abschließend wird der Beitrag in einigen kurzen Thesen enden, die die wichtigsten Erkenntnisse kurz zusammenfassen sollen.

I. Der weitgehend unstrittige Ausgangspunkt: Die Veranschlagung von Gebrauchsentgelten

Im Kern ist man schon seit jeher stets davon ausgegangen, dass sich Gebrauchsvorteile anhand von Entgelten bemessen lassen müssten, die man üblicherweise für eine Gebrauchsüberlassung bezahlen würde.⁷ Denn es soll sich – und hierin ist man sich im Ergebnis auch einig – bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen um die Bemessung einer ersparten Aufwendung handeln.⁸ Der Nutzende soll das herausgeben, was er ansonsten aufgewendet hätte, um den Gebrauch des Gegenstands zu bezahlen. Und normalerweise, so lässt sich dieser Gedankengang abschließen, wendet man eine Mietzahlung auf, um eine bestimmte Sache nutzen zu können.⁹

Dieser an sich bestechende Gedankengang unterliegt allerdings einem entscheidenden Fehler. Immer dann, wenn man keine fremde Sache nutzen will, für die man ansonsten bereit ist, Mietzahlungen aufzuwenden, sondern man eine Sache ankaufst, um sie als eigene zu nutzen, bildet ein Mietpreis nicht mehr dasjenige ab, was man bereit gewesen ist, für die

7 Vgl. BGH, Urt. v. 22.3.1954 – IV ZR 137/53, JR 1954, 460; Urt. v. 5.7.1978 – VIII ZR 180/77, WM 1978, 1208 (1209); Urt. v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, NJW 2009, 1266 (1270). Deutlich auch Röder, Nutzungsausgleich (Fn. 5), S. 273: „universelle Anerkennung als potentieller Maßstab für die Bewertung von Gebrauchsvorteilen“.

8 Vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 (1583); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (251); Stremann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limpert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 100 Rn. 10.

9 In diesem Sinne schon BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (333 f.), jedenfalls sofern das genutzte Gut üblicherweise vermietet zu werden pflegt. Ohne letztere Einschränkung BGH, Urt. v. 11.4.1973 – VIII ZR 60/72, NJW 1973, 1078 (1079).

Nutzung zu zahlen.¹⁰ Dies liegt daran, dass sich Mietpreise typischerweise aus unterschiedlichen Kalkulationsposten zusammensetzen,¹¹ die man sich selbst bei der Nutzung eigener Sachen so nicht in Rechnung stellt.¹²

Dies gilt zum Beispiel mit aller Deutlichkeit hinsichtlich des im Mietpreis enthaltenen Gewinnanteils,¹³ den ein Vermieter seinen Mietern in Rechnung stellen wird, damit sich das Vermietungsgeschäft für ihn überhaupt lohnt.¹⁴ Bei der Nutzung eigener Sachen muss man sich selbst gegenüber keinen Gewinn generieren und erspart deshalb in diesem Umfang auch keine ansonsten getätigten Aufwendung.

Ähnliches gilt im Hinblick auf Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Wartungskosten,¹⁵ die bei der Nutzung eigener Sachen schon deswegen jedenfalls nicht in demselben Umfang wie bei einer Vermietung anfallen werden, weil man selten besondere für die Nutzung des eigenen Gegenstands gesondert anfallende Geschäftskosten hat und man sowieso wohl eher eine zu starke Abnutzung der eigenen Gegenstände zu vermeiden sucht, also sorgsamer mit seinen eigenen Sachen umgeht, als man dies üblicherweise mit angemieteten Sachen tut, sodass auch Wartungs- und Instandhaltungskosten bei der Nutzung eigener Sachen weit geringer zu bemessen sind, als dies in Mietentgelten typischerweise verkörpert ist.

Schließlich steckt in Mietpreisen noch ein weiterer bedeutender Kostenposten, der das Bedürfnis nach Amortisation des angeschafften und vermieteten Gutes betrifft.¹⁶ Weil Güter typischerweise nach geraumer Zeit und

10 Deutlich etwa schon OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967. Siehe auch BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54); Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252). Der Sache nach auch schon RG, Urt. v. 4.10.1932 – II 160/32, RGZ 138, 28 (32 f.).

11 Vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 13; auch schon Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (334 ff.).

12 Vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55).

13 Vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (55); vgl. auch BGH, Urt. v. 16.9.1966 – VIII ZR 103/64, WM 1966, 1174 (II77); Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

14 So schon zutreffend OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967. Vgl. auch BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

15 Vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – II U 11/69, NJW 1969, 1967; *Thunhart*, Die Nutzungsvergütung: Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, Berlin 2005, S. 49. Vgl. ferner BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (335).

16 Vgl. schon RG, Urt. v. 4.10.1932 – II 160/32, RGZ 138, 28 (33 f.); Beschl. v. 16.5.1942 – GSE 4/42, RGZ 169, 141 (143 f.). Vgl. ferner BGH, Urt. v. 22.12.1955 – II ZR 237/54, BGHZ 19, 330 (334 f.). Alternativ kann auch auf den Posten einer Verzinsung des

Abnutzung ihre Eigenschaft verlieren, überhaupt noch sinnvoll genutzt werden zu können, muss ein Vermieter sich durch die Mietzahlungen seine Anschaffung amortisieren lassen, um einen finanziellen Verlust am Ende der Nutzbarkeit des Gegenstands zu verhindern. Typischerweise wird ein Vermieter daher den zu vermietenden Gegenstand anhand bestimmter Referenzwerte abschreiben müssen und diesen Abschreibungswert muss er einer Mietzahlung als Mindestmaß zugrunde legen.

Der Grundgedanke der Amortisation beziehungsweise der Abschreibung trifft auch auf denjenigen zu, der für sich selbst angeschaffte Güter nutzt. Nur ist die Referenz eine andere. Es geht nicht um die Amortisationskosten eines Vermieters, sondern um die Amortisation einer Investition, die der Nutzende selbst getätigt hat.

Diese kurze Darlegung dient einer wichtigen Erkenntnis: Jemand, der eine Sache als eigene nutzt, wird niemals Aufwendungen in Höhe vollständiger Mietpreise ersparen. Dies kann nämlich allenfalls nur dann unterstellt werden, wenn man unbefugt und in Kenntnis von der fehlenden Befugnis eine fremde Sache nutzt. Deshalb ist es zum Beispiel auch richtig, Gebrauchsvorteile, die man als bösgläubiger Besitzer im Rahmen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach § 987 Abs. 1 BGB herauszugeben hat, anhand von fiktiven Mietpreisen zu bemessen.¹⁷ Bei der Rückabwicklung gescheiterter Kaufverträge nach § 346 BGB verbietet sich hingegen diese Methode. Gebrauchsvorteile sind hier nach grundsätzlich anderen Maßstäben zu bemessen.

II. Die erste Korrektur: Abschreibung bei angeschafften Verbrauchsgütern

So verwundert es auch nicht, dass mittlerweile unbestritten ist, die Bemessung von Gebrauchsvorteilen von normalen Gütern, die durch den Gebrauch verbraucht werden, also abgeschrieben werden können, anhand einer Abschreibungskalkulation zu bemessen.¹⁸ Dieser Gedanke ist schon deshalb zutreffend, weil es richtig ist, dass derjenige, der eine eigene Sache

Anlagekapitals abgestellt werden, so z.B. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.7.1969 – 11 U 11/69, NJW 1969, 1967.

17 Näher *Spohnheimer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), beck-online Großkommentar BGB, Stand: 1.2.2023, § 987 Rn. 83 ff.

18 Grundlegend BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (54 f.); Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239 f.); Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252).

nutzt, seinen Kapitaleinsatz durch die Nutzung amortisiert sehen will, also durch den Gebrauch den Vorteil erzielen will, der in der Abschreibung des investierten Kaufpreises steckt.

Die Berechnung der zu bemessenden Gebrauchsvorteile endet deshalb in für die Praxis gut handhabbaren einfachen Formeln, denen eine Abschreibung der Investition an bestimmten Referenzwerten, zum Beispiel die Zeit¹⁹ oder die gefahrenen Kilometer,²⁰ zugrunde liegt. Besonders plastisch ist hierbei die Formel, die bei der Abschreibung von Kraftfahrzeugen genutzt wird:²¹

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit den gefahrenen Kilometern, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamt- beziehungsweise Restnutzungsmöglichkeit, ausgedrückt in Kilometern.

Erreicht wird durch diese Formel, dass jedem mit dem Kfz fahrbaren Kilometer ein bestimmter Wert zugrunde gelegt werden kann, den es anschließend lediglich gilt, im Hinblick auf die tatsächlich gefahrenen Kilometer aufzuaddieren.

Bewirkt wird auf diese Art eine lineare Abschreibung des Kaufpreises über die Referenz der gefahrenen Kilometer.²² Sowohl die Abschreibung des Kaufpreises, und nicht des Wertes des Kfz, als auch die Linearität der Abschreibung sind richtig. Ersteres entspricht nämlich nicht nur der in § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich angeordneten Zugrundelegung der Gegenleistung bei der Wertberechnung,²³ sondern greift auch den zutref-

19 Vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235; Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2001 – 22 U 52/99 und 78/99, NJW 2002, 612 (614); Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69; OLG Köln, Urt. v. 18.2.1998 – 13 U 174/97, NJW-RR 1999, 774; OLG Koblenz, Urt. v. 4.10.1991 – 2 U 403/88, NJW-RR 1992, 688; Urt. v. 2.5.1991, 5 U 1265/90, NJW-RR 1992, 760; OLG München, Urt. v. 16.1.1987 – 23 U 4988/86, CR 1989, 288 (289).

20 Vgl. Gaier, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 3, 2022, § 346 Rn. 81; Lobinger (Fn. 5), § 346 Rn. 54.

21 Siehe nur BGH, Urt. v. 24.10.2023 – VI ZR 131/20, BeckRS 2023, 35173 Rn. 29; Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 720/20, NJW-RR 2021, 1386 Rn. 6; Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 8/20, BeckRS 2021, 921 Rn. 13 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.3.2003 – 14 U 154/01, NJW 2003, 1950 (1951); OLG Hamm, Urt. v. 5.8.2010 – 28 U 22/10, NJOZ 2011, 447 (449); Gaier (Fn. 20), § 346 Rn. 81; Reinking/Eggert, Der Autokauf: Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 14. Aufl., Köln 2020, Rn. 1167.

22 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.3.2003 – 14 U 154/01, NJW 2003, 1950 (1951); Reinking/Eggert, Autokauf (Fn. 21), Rn. 1162.

23 BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 Rn. 26 und Rn. 28; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 25.9.2019 – 17 U 45/19, BeckRS 2019, 22222 Rn. 42.

fenden Gedanken auf, dass es um die Bemessung der Gebrauchsvorteile aus einer getätigten Investition geht. Zweiteres, also die Linearität der Abschreibung, beruht zu Recht auf dem Gedanken, dass sich der Gebrauchsvorteil bei der Nutzung eigener Sachen nutzungsanteilig gleichmäßig verteilt, und somit eine möglicherweise degressive Wertentwicklung des abgenutzten Gegenstands nicht aufgreift.²⁴ Dies ist in allen diesen Grundsätzen auch weitestgehend anerkannt und umstritten.

1. Die umstrittene Konstellation der bloßen Nutzungsmöglichkeit

Jenseits dieser anerkannten Grundsätze herrscht freilich erstaunlich viel Streit und Unsicherheit, wie man in besonderen Konstellationen bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen vorgehen sollte.

Diese Unsicherheiten entstehen dem Grunde nach sogar bereits dann, wenn die zuvor beschriebene Abschreibungsformel nicht an der Referenz der gefahrenen Kilometer, sondern an dem Referenzwert „Zeit“ beziehungsweise „Nutzungsdauer“ ausgerichtet wird. Denn man ist sich uneinig, ob hier Gebrauchsvorteile nur dann generiert oder „gezogen“ werden, wenn der Nutzende den Gegenstand tatsächlich benutzt,²⁵ also zum Beispiel ein gekauftes Pferd tatsächlich reitet.²⁶ Als Alternative steht allerdings durchaus im Raum, bereits die bloße Möglichkeit zur Nutzung zu bewerten,²⁷ weil es eben auch ein Gebrauchsvorteil sein kann, die Möglichkeit zu haben, ein Pferd jederzeit reiten zu können.²⁸

Nach vorherrschender Meinung soll diese Art der Differenzierung sogar eine besondere und entscheidende Bedeutung zukommen. Denn auf letzteres, also auf die bloße Möglichkeit zur Nutzung, soll es nur ankommen, wenn es um die Rückabwicklung gescheiterter Gebrauchsüberlassungsverträge gehe, bei denen der Wert der Gebrauchsüberlassung als Hauptleistung

24 So zu Recht *Wackerbarth*, Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Autokaufvertrag, NJW 2018, 1713 (1713 f.); *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 81; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.2.2004 – 13 U 92/02, NJOZ 2004, 1355; abw. OLG Celle, Urt. v. 10.1.1991 – 7 U 10/90, NZV 1991, 230.

25 So *Raff*, in: *Säcker* et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 8, 2023, § 987 Rn. 17; *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 263; wohl auch *Schwab*, in: *Säcker* et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 7, 2024, § 818 Rn. 101.

26 So wohl *Fritzsche*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 100 Rn. 6.

27 So wohl *Streemann* (Fn. 8), § 100 Rn. 3 f.

28 *Mössner*, in: *Gsell* et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB (Fn. 17), Stand: 1.5.2023, § 100 Rn. 5.2.

zu bemessen sei.²⁹ Ansonsten, etwa bei der Rückabwicklung gescheiterter Kaufverträge, so ist die herrschende Sicht wohl zu verstehen,³⁰ dürfe man nur das Ausmaß der tatsächlichen Benutzung des Gegenstands betrachten.

Dieser Ansatz überzeugt letztlich kaum. Es ist einerseits nämlich schon nicht richtig, dass man bei der Gebrauchsüberlassung als Hauptleistung stets nur für die bloße Möglichkeit einer Nutzung bezahlt. Ohne weiteres ist etwa denkbar, dass bei der Anmietung eines PKW ein Entgelt – zumindest auch – für jeden tatsächlich gefahrenen Kilometer fällig wird. Andererseits erschließt sich nicht ohne weiteres, wie nach dem Ansatz der herrschenden Meinung die Gebrauchsvorteile bemessen werden sollen, die bei der Rückabwicklung beispielsweise eines Pferdekaufs herauszugeben sind. Geht es hier wirklich nur um die tatsächlich gerittenen Kilometer? Sind das Satteln, Striegeln und Füttern des Pferds denn irrelevant? Wie steht es um die Freude, das Pferd beim Galoppieren auf der Weide zu beobachten? Da § 253 Abs. 1 BGB, der lediglich die schadensersatzrechtliche Entschädigung betrifft,³¹ bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen nicht gilt,³² können jedenfalls immaterielle Vorteile des Gebrauchs durchaus einer finanziellen Bewertung zugeführt werden.³³ Letztlich wird ja die Gegenleistung, also der Kaufpreis abgeschrieben, und nicht danach gefragt, warum man die Investition in die Nutzung getätigt hat. Gerade ein Pferd mag man zum Beispiel lediglich aus reiner Freude erworben haben und es – jedenfalls in heutiger Zeit sehr realistisch – nicht nur als Transportmittel einsetzen wollen.

29 In diesem Sinne *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 74; näher auch *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 71 und § 347 Rn. 8; *Faust*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), *juris PraxisKommentar BGB*, 10. Aufl., Saarbrücken 2023, § 346 Rn. 48. Dass hier Gebrauchsvorteile möglicherweise gar keine Nutzungen i.e.S., sondern vielmehr unmittelbar nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB zu ersetzen sind, spielt im Ergebnis bei der Bemessung keine entscheidende Rolle, so zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 253.

30 Vgl. *Schall*, in: Gsell et al. (Hrsg.), *BeckOGK BGB* (Fn. 17), Stand: 1.10.2023, § 346 Rn. 507. Siehe aber auch *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 112, der jedenfalls der Rechtsprechung insofern eine einer Praktikabilität geschuldeten Inkonsistenz attestiert.

31 Siehe nur *Schulze*, Nutzungsausfallentschädigung – Zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB, *NJW* 1997, 3337 (3338).

32 Zutreffend *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 119; a.A. offenbar *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 273.

33 Zu Recht daher OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.3.2008 – 1 U 198/07, *NJW* 2008, 1964 (1965); OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, *NJW-RR* 1998, 128 (129). Der Sache nach auch schon OLG Hamburg, Urt. v. 28.5.1953 – 2 U 70/53, *MDR* 1953, 288. Siehe auch *Stresemann* (Fn. 8), § 100 Rn. 3; *Fritzsche* (Fn. 26), § 100 Rn. 5.

Letztlich scheint hinter den Differenzierungen der vorherrschenden Meinung nur die Suche nach der für die Bemessung von bestimmten Gebrauchsvorteilen angemessenen Methode zu stecken. Ist eine gescheiterte Gebrauchsüberlassung zu bewerten, so ist der Nutzende so zu stellen, als wenn er eine fremde Sache genutzt hat. Gebrauchsvorteile sind anhand von Mietpreisen zu ermitteln. Bei einem gescheiterten Kauf ist indes der Gebrauchsvorteil, der auch hier durch die bloße Nutzungsmöglichkeit zum Ausdruck kommt, anhand der Abschreibung des Kaufpreises zu ermitteln. Dass es bei Kfz um die Abschreibung anhand der tatsächlichen Kilometer geht, ist in diesem Zusammenhang eine der praktischen Handhabung geschuldet Besonderheit, weil man eben Fahrzeuge typischerweise nicht längere Zeit bloß herumstehen lässt. Die Abschreibung über jeden der gefahrenen Kilometer drückt daher im Ergebnis recht treffend aus, dass man ein Kfz eben nicht nur gekauft hat, um tatsächlich zu fahren, sondern auch, um die Möglichkeit zu haben, jederzeit fahren zu können.³⁴

2. Die umstrittene Konstellation bei mangelhaften Sachen

Sehr umstritten ist des weiteren die Frage danach, wie Gebrauchsvorteile zu bemessen sind, nachdem man eine mangelhafte Sache erworben und trotz des Mangels genutzt hat. Der Bundesgerichtshof³⁵ ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, man müsse in einem ersten Schritt zunächst einmal die Abschreibung nach üblichen Maßstäben vornehmen, also unter Ausblendung des Mangels.³⁶ In einem zweiten Schritt soll es dann darum gehen, den gerade erst ermittelten Wert des Gebrauchsvorteils im Hinblick auf jeden durch den Mangel gestörten Nutzungsabschnitt analog der Re-

34 Konsequent daher auch *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 262: Werde ein Fahrzeug nicht ausschließlich zur Nutzung im Straßenverkehr erworben (z.B. Liebhaberobjekte oder Wohnmobile), könne die Nutzungsvergütung nicht bzw. nicht ausschließlich mit Hilfe der linearen Teilwertabschreibung unter Zugrundelegung zu fahrender und gefahrener Kilometer berechnet werden. So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69; *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 36.

35 Grundlegend BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240).

36 So auch *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 117; *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 80. Für Hausgrundstücke ebenfalls *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 267; anders soll dies wohl bei Gütern des täglichen Gebrauchs sein, *dies.* (Fn. 5), § 346 Rn. 258.

geln zur Mietpreisminderung und unter Zugrundelegung der Schätzungsmaßstäbe des § 287 ZPO herabzusetzen.³⁷

Abgelehnt³⁸ hat der Bundesgerichtshof jedenfalls den wiederholt vertretenen Ansatz,³⁹ der Abschreibung nicht den vollen Kaufpreis, sondern einen nach kaufvertragsrechtlichen Maßstäben geminderten Preis zugrunde zu legen. Denn es könne sein, so der Bundesgerichtshof, dass der in einem geminderten Kaufpreis zum Ausdruck kommende mangelbedingte Minderwert nicht mit der tatsächlichen Nutzungseinbuße korreliert.⁴⁰ Es könne sich zum Beispiel um einen verhältnismäßig geringen Mangel handeln, der aber die Nutzbarkeit des Gegenstands außerordentlich einschränkt. Und umgekehrt könne man sich leicht einen bedeutenden Mangel vorstellen, der die Nutzbarkeit dem Grunde nach unberührt lässt. Da-her sei es nicht richtig, einen geminderten Kaufpreis der Abschreibung zugrunde zu legen, sondern die Bewertung der jeweiligen Nutzungsabschnitte zu mindern.

So einsichtig diese Argumentation des Bundesgerichtshofs auf den ersten Blick erscheint, so sehr hinterlässt sie doch durchgreifende Bedenken. Die im ersten Schritt zu vollziehende Abschreibung anhand der normalen Umstände hat nämlich zur Folge, dass der Nutzende an seiner ursprünglich getätigten Investitionsentscheidung zunächst einmal festgehalten wird, ob-gleich sich die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, die ja dessen Investitionsentscheidung zugrunde liegt, durch den Mangel von Anfang an gestört war. Damit bezahlt der Nutzende über die Abschreibung seiner Gebrauchsvorteile in vollem Umfang die Mängel, die sich als nutzungsirre-levant erweisen.⁴¹

37 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240). Zustimmend etwa *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 438; *Gaier* (Fn. 20), § 346 Rn. 80; *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 117.

38 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240).

39 Siehe nur OLG Köln, Urt. v. 18.2.1998 – 13 U 174/97, NJW-RR 1999, 774 (775); *Hager*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), AnwaltKommentar BGB, Bd. 2: Schuldrecht, Baden-Baden 2005, § 346 Rn. 22. In diesem Sinne wohl auch *Grüneberg*, in: ders. et al., BGB, 82. Aufl., München 2023, § 346 Rn. 10; *Reischl*, Grundfälle zum neuen Schuldrecht – 3. Teil: Der Rücktritt, JuS 2003, 667. Vgl. ferner *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 258.

40 BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (240 f.). Zustimmend *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 267; *Faust*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, 5. Aufl., Saarbrücken 2011, § 346 Rn. 117.

41 Dies übergeht etwa *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 438.

Gerade der VW-Dieselskandal bringt dieses Problem mehr als anschaulich auf den Tisch. So ist es ja geradezu Sinn und Zweck der eingesetzten Schummelsoftware, dem Käufer des PKW eine ungestörte Nutzung trotz dieses Mangels zu ermöglichen. Denn die Software soll ja hauptsächlich nur bewirken, dass die Allgemeinheit mit überhöhten Abgas- und Feinstaubwerten überzogen wird, aber für den Käufer der Wagen mit normalem Spritverbrauch und der üblichen „Spritzigkeit“ gefahren werden kann. Nach dem vom Bundesgerichtshof gewählten Ansatz käme daher der Mangel „Schummelsoftware“ bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile gar nicht zum Tragen.⁴² Fährt mit anderen Worten der Käufer den VW-Diesel bis zum Ende seiner prognostizierten Gesamtnutzungsdauer, dann kann er sich den Rücktritt sparen: Über die Gebrauchsvorteile zahlt er nämlich den kompletten und unverminderten Kaufpreis und der Verkäufer wird so gestellt, als hätte er durch den Mangel niemals das Äquivalenzverhältnis zum Nachteil des Käufers beeinflusst. Sollte jedenfalls der durch die Schummelsoftware bewirkte Mangel irgendeine messbare Wertminderung des PKW mit sich bringen,⁴³ kann dies letztlich so nicht richtig sein.⁴⁴

Einzig überzeugen kann daher, die Abschreibung grundsätzlich selbst der durch den Mangel gestörten Äquivalenz anzupassen. Denn hätte der Käufer gewusst, dass er eine nur mangelhafte Sache nutzen wird, dann hätte er den Rechtsbehelf der Minderung ausüben, durch die Minderung selbst die Äquivalenz entsprechend anpassen und der Amortisation seiner Investition einen dem Mangel angepassten Abschreibungswert zugrunde legen können.

Dieser Grundsatz gilt auch völlig unabhängig davon, ob der Mangel für die Benutzung der Sache direkt relevant ist oder nicht. Man stelle sich nur einmal anhand eines anderen Beispiels vor, man investiere sehr viel Geld in den Ankauf eines PKW, weil einer der Vorbereiter der Papst gewesen sein soll.⁴⁵ Wenn nun der entscheidende und erheblich wertmindernde Mangel des PKW darin liegen soll, dass es sich gar nicht um den Papst-

42 So denn auch ausdrücklich OLG Koblenz, Urt. v. 27.4.2020 – 12 U 800/19, BeckRS 2020, 7065 Rn. 57 ff.; OLG Köln, Urt. v. 10.3.2020 – 4 U 219/19, BeckRS 2020, 3439 Rn. 115.

43 Noch weitergehend sogar *Fervers/Gsell*, Vorteilsausgleich und Nutzungsvorteil bei manipulierten Dieselfahrzeugen, NJW 2020, 1393 (1395 ff.).

44 Krit. auch *Harke*, Herstellerhaftung im Abgasskandal, VuR 2017, 83 (91f.).

45 Schlagzeilen machte z.B. vor einiger Zeit die Veräußerung eines „Papstautos“ zu einem ungewöhnlich hohen Preis. Es handelte sich um einen VW-Golf, der dem späteren Papst Benedikt XVI. gehört hatte und der für fast 190.000 EUR bei Ebay versteigert sein sollte; siehe jedenfalls https://de.wikipedia.org/wiki/EBay#Kuriose_

wagen handelt, sondern ein normaler gebrauchter VW-Golf überlassen wurde, dann würde man im Rücktrittsfall beim Ausblenden dieses für das Fahren der einzelnen Kilometer an sich irrelevanten mangelbegründenden Umstands bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile doch wieder genau so gestellt, als hätte man einen mangelfreien Papstwagen gefahren. Dies kann nicht richtig sein, sondern belegt vielmehr mit aller Klarheit, dass für die Abschreibung *jeder Mangel* Relevanz erlangen muss, der sich über die Minderung in einer Herabsetzung der Gegenleistung widerspiegeln wird.

Dem Ansatz des Bundesgerichtshofs ist allerdings insofern durchaus Recht zu geben, dass es Mängel geben kann, die insgesamt eher ein geringes Ausmaß aufweisen, aber eine konkrete Nutzung über Gebühr erschweren oder gar unmöglich machen. Startet beispielsweise ein Fernsehgerät nicht, obgleich es nur den Mangel eines defekten, aber höchst einfach auszuwechselnden Anschaltknopfs aufweist, oder bleibt das Bild nur schwarz-weiß, dann ist ein Fernsehgenuss entweder vollkommen unmöglich oder doch zwar möglich, aber nur mit höchst eingeschränktem Gewinn, wiewohl eine Minderung des Kaufpreises im Hinblick auf den Mangelunwert rechnerisch zu vernachlässigen wäre. Für diesen Fall, aber auch nur für diesen, erscheint es richtig, die Bemessung der gezogenen Gebrauchsvorteile in dem vom Bundesgerichtshof propagierten zweiten Schritt mietrechtsanalog anzupassen. Man darf aber nicht, so wie es der Bundesgerichtshof tut, einfach in einem ersten Schritt die durch einen Mangel an sich gestörte Äquivalenz insgesamt ausblenden, nur weil es Sonderfälle gibt, die den soeben aufgezeigten zweiten Schritt im Einzelfall erfordern.

3. Der umstrittene Umgang mit Verwendungen und Aufwendungen

Neben den Mängeln wird ein weiterer Gesichtspunkt bei der Bemessung von Gebrauchsvorteilen in einem regelmäßig nur höchst unzutreffenden Ausmaß in Literatur und Rechtsprechung gewürdigt: Es geht um den Zusammenhang zwischen Aufwendungen, die auf den Nutzungsgegenstand getätigten werden, und der Rückwirkung dieser Zusatzinvestition auf die Rechenformel, anhand derer der Wert von Gebrauchsvorteilen errechnet wird.

Versteigerungen (Abruf: Februar 2024) und *v. Oertzen/Windeknecht*, Oldtimer in der Nachfolgeplanung, ZEV 2020, 540 in Fn. 9 m.w.N.

In der allgemeinen Formel

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit der tatsächlichen Nutzung, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamtnutzungsmöglichkeit, spielen die Auf- und Verwendungen des Nutzenden ersichtlich keine Rolle. Dies erscheint freilich schon auf den ersten Blick höchst inkonsistent.

Ausgangspunkt der Abschreibungsformel ist ja gerade der Gedanke, dass der Nutzende seinen Anschaffungspreis über die Nutzung amortisiert, weshalb es ja zu Recht der Anschaffungspreis, und zwar in der Form des Bruttokaufpreises, also einschließlich der Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer,⁴⁶ ist, der zur Grundlage der Abschreibung wird. Freilich erschöpft sich die Investitionsentscheidung eines Nutzenden niemals in dem reinen Anschaffungspreis. Von vornherein muss jedem klar sein, dass man für die Nutzung zumindest auch die notwendigen Verwendungen aufwenden wird, die Voraussetzung der Nutzung sind.

So ist zum Beispiel jedem klar, dass sich die Investition in den Kauf eines PKW nicht in einem Kaufpreis erschöpft. Wer den PKW nutzen will, der wird Wartungs-, Unterbringungs- und Instandhaltungskosten aufwenden, Pflichtversicherungen bezahlen und die Kfz-Steuer begleichen, also Aufwendungen betreiben,⁴⁷ die typischerweise regelmäßig wiederkehren (sog. Erhaltungskosten)⁴⁸. Der Vorteil, der aus dem Gebrauch des PKW gezogen wird, ist also insgesamt wesentlich höher, als er in der Abschreibung des reinen Kaufpreises zum Ausdruck kommt. Wer einen PKW nutzen will, der ist bereit, auch die

46 Siehe nur BGH, Urteil vom 26.6.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 (51 f.): selbst bei einem vorsteuerabzugsberechtigten Käufer. Siehe ferner BGH, Urt. v. 9.4.2014 – VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn. 18: Zustimmung, aber im Ergebnis dasselbe ergebe sich auch aus der Kontrollrechnung, den Nutzungswert auf der Grundlage des Nettokaufpreises zu berechnen und den so ermittelten Betrag um die Mehrwertsteuer zu erhöhen.

47 Zu Wartungs-, Unterbringungs- und Instandhaltungskosten, die jedenfalls dem Erhalt der Gebrauchsfähigkeit der Sache dienen und deshalb notwendige Verwendungen darstellen, siehe nur BGH, Urt. v. 11.1.1978 – VIII ZR 123/75, NJW 1978, 1256 (1257); *Thole*, in: ders. (Hrsg.), *Staudinger BGB*, Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011, Neubearbeitung, Berlin 2023, § 994 Rn. 34; *Raff* (Fn. 25), § 994 Rn. 53; *Metzger* (Fn. 5), § 347 Rn. 7; *Fritzsche* (Fn. 26), § 994 Rn. 47.1. Dies muss letztlich auch für gesetzlich angeordnete Steuern und Pflichtversicherungen gelten, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch notwendige Voraussetzung sind. So zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 38 f.; a.A. *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 51; *Gaier* (Fn. 20), § 347 Rn. 20 (für die Haftpflichtversicherung).

48 Siehe nur *Raff* (Fn. 25), § 994 Rn. 52; *Thole* (Fn. 47), § 994 Rn. 33.

regelmäßig notwendig werdenden Verwendungen und Lasten zu zahlen, um überhaupt nutzen zu können.

Im Gesetz wird dieser Zusammenhang zwischen Nutzungen und notwendigen Verwendungen auch in § 994 BGB klar zum Ausdruck gebracht. Wenn es dort in Absatz 1 Satz 2 heißt, dass die gewöhnlichen Erhaltungskosten, also zum Beispiel die Fütterungskosten eines erworbenen Pferds,⁴⁹ für die Zeit nicht zu ersetzen sind, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, dann bedeutet dies mit anderen Worten nichts anderes, als dass der Besitzer seine Investition in die gewöhnlichen Erhaltungskosten im Allgemeinen in den Nutzungen wiederfinden wird.⁵⁰ Denn § 994 Abs. 1 S. 2 BGB liegt nichts anderes als ein Verbot der Doppelkompensation zugrunde: Der Besitzer soll nicht dadurch doppelt kompensiert werden, dass er einerseits die Gebrauchsvorteile *behält*, aber andererseits die Erhaltungskosten ersetzt *erhält*.⁵¹

Überraschenderweise hat der Gesetzgeber die aus dem Bereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis stammende Regel des § 994 BGB nicht ihrem Sinn entsprechend in das Rücktrittsrecht und die dortigen für die Bemessung von Gebrauchsvorteilen relevanten Regelungen übernommen.⁵² Im Rücktrittsrecht, genauer gesagt in § 347 Abs. 2 S. 1 BGB, ist lediglich angeordnet, dass der Nutzende seine kompletten notwendigen Verwendungen, also einschließlich der Erhaltungskosten komplett ersetzt verlangen kann.⁵³ Kann der Rücktretende allerdings die Erhaltungskosten ersetzt verlangen und werden die Erhaltungskosten nicht in der Wertberechnung der Gebrauchsvorteile zum Ausdruck gebracht, dann erfährt der Nutzende im Bereich des Rücktrittsrechts genau die Art der Doppelkompensation, die ihm im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aus guten Gründen versagt bleibt. In der Literatur wurde dies auch einmal treffend auf die Aussage gebracht:

49 Vgl. RG, Urt. v. 9.11.1933 – IV 269/33, RGZ 142, 201 (205); BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 Rn. 41.

50 Siehe nur *Raff* (Fn. 25), § 994 Rn. 48 f.; *Thole* (Fn. 47), § 994 Rn. 36; *Spohnheimer* (Fn. 17), Stand: 1.2.2024, § 994 Rn. 67.2. Krit. *Gsell/Fervers*, Ein Dreieck ist ein Dreieck, ist ein Dreieck – schafft das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ab!, ZfPW 2021, 1 (31 f.).

51 So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 22 U 48/94, NZV 1995, 69.

52 BT-Drs. 14/6040, S. 197: Der Rechtsgedanke des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB treffe nicht zu, da der Rückgewährschuldner die Nutzungen ja herausgeben oder vergüten müsse.

53 Siehe nur BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn. 41; OLG Hamm, Urt. v. 10.2.2005 – 28 U 147/04, NJW-RR 2005, 1220 (1222); *Lobinger* (Fn. 5), § 347 Rn. 40; *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 48; *Schmidt*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 347 Rn. 5.

Wer Rückgewähr eines Pferdes schuldet, werde durch § 347 BGB so gestellt, als hätte er ein eigenes Pferd reiten können, ohne es zu füttern.⁵⁴

Es erscheint daher nicht als richtig, die Erhaltungskosten nicht in der Abschreibungsformel, die zur Bemessung von Gebrauchsvorteilen verwendet wird, mit aufzunehmen.⁵⁵ Weil der Nutzende im Rücktrittsrecht diese notwendigen Verwendungen nach § 347 BGB ersetzt bekommt, müssen diese Verwendungen vielmehr zu dem Kaufpreis hinzugezählt werden, um eine Doppelkompensation zu vermeiden.⁵⁶ Dem Rückgewährschuldner droht hierdurch auch keinerlei Unbilligkeit. Denn die Verwendungen hat ihm der Rücktrittsgegner bereits von der Zeit der Vornahme der Verwendung an nach § 256 S. 1 BGB zu verzinsen. Auch dies rechtfertigt sich eigentlich nur, wenn man auf Seiten des Rückgewährschuldners bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile zwingend berücksichtigt, dass seine Investitionsentscheidung aus der Summe aus dem gezahlten Kaufpreis *plus* der Erhaltungskosten besteht.

Im Übrigen ist § 256 BGB in seinem Satz 2 auch zu entnehmen, wie man mit sonstigen Aufwendungen umgehen sollte, die nicht zu den notwendigen zählen, aber, weil sie werterhöhend noch in dem Gebrauchsgegenstand verkörpert sind, nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB dem Rückgewährschuldner ebenfalls zu ersetzen sind.⁵⁷ Denn angeordnet ist in § 256 S. 2 BGB, dass Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen des Gegenstands ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten sind.⁵⁸ Dies bedeutet doch umgekehrt nichts anderes, als dass davon ausgegangen werden

54 Treffend *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 48. Krit. dazu *Schall* (Fn. 30), § 347 Rn. 61, mit der Erwägung, der Rückgewährschuldner stünde bei Berücksichtigung des Gedankens des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB so, als hätte er das Pferd durch das Reiten gar nicht abgenutzt, nachdem ihm nach § 347 Abs. 2. S. 1 BGB ja gar keine Nutzungen verbleiben. Dies übergeht freilich, dass nach der herkömmlichen Abschreibungsformel die Erhaltungskosten bei der Bemessung der herauszugebenden Nutzungen gerade nicht berücksichtigt, also nicht mit abgeschrieben werden.

55 Im Ansatz auch *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 36, mit dem Hinweis, es seien allgemein notwendige Verwendungen bei der Berechnung des Nutzungsvorteils als Abzugsposten berücksichtigungsfähig.

56 In diesem Sinne wohl auch *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 268; tendenziell auch *Faust* (Fn. 40), § 347 Rn. 48.

57 Etwas oberflächlich daher OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.10.2021 – 4 U 2130/21, BeckRS 2021, 39849 Rn. 3 und 10 im Zusammenhang mit frustrierten Aufwendungen.

58 Näher dazu etwa *Krüger*, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo BGB (Fn. 8), Bd. 2, 2022, § 256 Rn. 12; *Bittner/Kolbe*, in: Löwisch (Hrsg.), Staudinger BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304, Leistungsstörungsrecht I, Neubearbeitung, Berlin 2019, § 256 Rn. 16.

muss, dass sich in den Nutzungen bei werterhöhenden Aufwendungen zwar nicht die Investition in die Aufwendung selbst wiederspiegelt, aber doch der in der Investition steckende Zins.⁵⁹

Dieser Ansatz erscheint zutreffend und überzeugend; es soll dieser Gedanke auch noch an einem anderen Beispiel weiter vertieft werden, nämlich hinsichtlich der Nutzung wertbeständiger Güter, also insbesondere Immobilien, die sich durch den Gebrauch im Wert nicht verzehren.

III. Der Umgang mit wertbeständigen Gütern

Sofern es um die Ermittlung der Gebrauchsvorteile geht, die aus der Nutzung wertbeständiger Güter gezogen werden, versagt die Abschreibungsmethode.⁶⁰ Der Kaufpreis, den der Nutzende bereit war, in den Gegenstand zu investieren, kann nicht abgeschrieben werden, weil der Kaufpreis am Ende der Nutzung immer noch in der genutzten Sache verkörpert ist.⁶¹ Man nutzt beispielsweise eine Immobilie im Wert des Kaufpreises von einer Million Euro über mehrere Jahrzehnte und die Immobilie ist am Ende dieser Nutzung regelmäßig jedenfalls nicht weniger wert als eine Million Euro.⁶² Die Ab-

59 Etwas anders wohl *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 268, jedenfalls bei Grundstücken, die bebaut werden, da auch hier eine direkte Abschreibung des gebauten Hauses bevorzugt wird.

60 So zu Recht *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 272; *Faust* (Fn. 29), § 346 Rn. 119. Vgl. auch BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 14 (bei Immobilien); OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, NJW-RR 1998, 128 (bei Liebhaberobjekten wie Oldtimern). Anders – allerdings im Zusammenhang mit Immobilien und der Problematik im Schadensersatzrecht – wohl BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 = NJW 2017, 3438 Rn. 26 m. abl. Anm. *Markworth*; Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239 f.).

61 Siehe dazu BGH, Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250 (252): Der Abschreibungsmethode „entspricht es, daß die Bekl. sich ... mit der Zahlung des (vollständigen) Kaufpreises die Möglichkeit erkaufte haben würde, die Anlagen bis zum Eintritt ihrer Gebrauchsuntauglichkeit zu nutzen.“

62 Vgl. *Metzger* (Fn. 5), § 346 Rn. 34: keine messbare Abnutzung bei Grundstücken. Anders für Sondereigentum insoweit OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.5.2016 – 9 U 51/15, BeckRS 2016, 126777 Rn. 25, das von einer „abnutzungsbedingte[n] Wertminderung, die die Immobilie während [der] ... Nutzungsdauer“ erfährt, ausgeht. Anders jedenfalls für Wohnungseigentum wohl ebenfalls BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239): Es sei „auch rechtlich bedenkenfrei, dass das sachverständig beratene BerGer. die Gesamtnutzungsdauer für die vom Zedenten erworbene Eigentumswohnung mit 80 Jahren angesetzt hat“. Krit. demgegenüber mit guten Gründen *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 56, schon weil die Lebensdauer herkömmlicher Bauten regelmäßig 80 Jahre bei weitem überschreite.

schreibung des Kaufpreises drückt hier also nicht dasjenige aus, was der Nutzende bereit war, in die Nutzung zu investieren.⁶³

Bei wertbeständigen Gütern versucht die weit überwiegende Meinung daher, Gebrauchsvorteile nicht anhand einer Abschreibung, sondern anhand fiktiver Mietpreise zu ermitteln.⁶⁴ Dies kann jedoch aus den bereits geschilderten Argumenten letztlich nicht überzeugen: Auch derjenige der eine Immobilie kauft, nutzt eigenes und nicht fremdes Vermögen. Die Zugrundelegung von Mietpreisen ist zu hoch angesetzt und zu teuer und entspricht nicht der gewählten Art der Investitionsentscheidung.⁶⁵

Freilich hat der Nutzende den Kaufpreis aufgewendet, um in die Nutzung der Immobilie eintreten zu können. Deshalb hat er sich entweder ein Darlehen besorgt, also Geld gemietet, um den Kaufpreis zu bezahlen, oder er hat auf die Anlage eines ihm bereits zustehenden Gelds verzichtet und Opportunitäten generiert. Genau in diesem Umfang war er also bereit, in die Nutzung zu investieren.⁶⁶ Ist das nutzende Gut selbst wertbeständig, geht es um die Opportunität, die daraus entsteht, dass man für die Nutzung eine zeitlang auf das Innehaben des Kaufgelds verzichtet. Dies wird in der Literatur zum Teil auch so behauptet,⁶⁷ und zwar völlig zu Recht.

Denn letztlich erklärt das Abstellen auf die Opportunität, also auf den Ertrags- beziehungsweise Zinsverlust des eingesetzten Kapitals, auch die zuvor angesprochene Regel des § 256 S. 2 BGB: Wer vom Rücktrittsgegner den Wertbestand einer Investition vollkommen zurückerhält, der hat sich so

63 In diesem Sinne auch *Markworth* (Fn. 60), NJW 2017, 3442; BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 16. Siehe ferner in diesem Urteil Rn. 17 f.: Es liege auch kein Widerspruch zu BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 = NJW 2006, 53 (siehe oben Fn. 60 und 62) vor, weil es sich bei der dort relevanten Berücksichtigung von Gebrauchsvorteilen im Schadensersatzrecht um eine andere Problematik als im Kauf- oder Bereicherungsrecht handeln soll.

64 BGH, Urt. v. 31.3.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 16; OLG Köln, Urt. v. 26.5.1997 – 7 U 185/96, NJW-RR 1998, 128. Einschränkend *Kaiser* (Fn. 5), § 346 Rn. 272: nur bei Gegenständen, die auch üblicherweise vermietet oder verpachtet werden.

65 In diesem Punkt zu Recht BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157 Rn. 28: „Die Entscheidung des Käufers, das Grundstück zu kaufen und nicht zu mieten, schließt damit den Rückgriff auf den Mietwert aus“. So auch schon BGH, Urt. v. 6.10.2005 – VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235 (239).

66 So wohl im Ergebnis auch *Thunhart*, Nutzungsvergütung (Fn. 15), S. 43.

67 Prächtig etwa *Lobinger* (Fn. 5), § 346 Rn. 56; siehe auch *Thunhart*, Nutzungsvergütung (Fn. 15), S. 42 ff. Krit. gegenüber der Berücksichtigung eines Anlagezinses, jedenfalls wenn eine Abschreibung des Objekts möglich ist, *Schwab* (Fn. 25), § 818 Rn. 101, speziell gegen derartige Überlegungen *Röder*, Nutzungsausgleich (Fn. 5), S. 527 ff. Sofern abgeschrieben werden kann, handelt es sich jedoch nicht um die hier betrachteten wertbeständigen Güter. Siehe auch *Schall* (Fn. 30), § 346 Rn. 432.1.

zu behandeln, als stecke in den gezogenen Nutzungen der Zins, den man mithilfe einer Investition hätte erzielen können.

IV. Fazit

Abschließend seien die wichtigsten Gesichtspunkte dieser Abhandlung noch einmal pointiert zusammengefasst.

Erstens: Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen anhand fiktiver Mietpreise ist nur dann angezeigt, wenn der Nutzende die Sache bewusst als eine ihm nicht gehörende nutzt und deshalb die Stellung eines Mieters usurpiert. Dies ist grundsätzlich der Fall beim bösgläubigen Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (vgl. § 987 Abs. 1 BGB), aber auch im Rahmen des Rücktrittsrechts nach Kenntnis oder Kennenmüssen vom Rücktrittsgrund, allerspätestens aber nach Ausübung des Rücktritts selbst.

Zweitens: Die Bemessung von Gebrauchsvorteilen hat in den praktisch bedeutsamsten Szenarien einer Nutzung eigener Vermögenswerte durch eine Abschreibung zu erfolgen. Die allgemeine Formel

Gebrauchsvorteil ist gleich der gezahlte Preis, multipliziert mit der tatsächlichen Nutzung, geteilt durch die mittels einer Prognose festzulegende Gesamtnutzungsmöglichkeit,

ist allerdings zu ergänzen. Ausgangspunkt der Abschreibung ist nicht nur der gezahlte Kaufpreis, sondern der Kaufpreis *plus* die Erhaltungskosten.

Drittens: Ist das genutzte Gut gegenüber der Nutzung wertbeständig, bewirkt der Gebrauch also keinen Wertverzehr beim Gut, dann sind Gebrauchsvorteile anhand einer Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ersetzen. Es geht um den Zins des gezahlten und nunmehr zurückzugewährenden Kaufpreises, erneut *plus* der Erhaltungskosten.