

§ 34	Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62-67)	651
I.	Allgemeines	652
	1. Funktion und Stellung des Bereicherungsrechts im Gesetz	652
	2. Komparatistische Hinweise	654
	3. Gegenstand der Bereicherungsansprüche	656
II.	Allgemeine Voraussetzung der Bereicherungsansprüche	656
	1. «Grundlosigkeit» der Vermögensverschiebung	656
	2. Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung	658
III.	Abgrenzungsfragen	659
	1. Einteilung des Bereicherungstatbestände	659
	2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen	660
	3. Bereicherungsrechtlicher Grundtatbestand gemäss OR 62-67 im Verhältnis zu kondiktionsrechtlichen Verweisungen und Sonderregeln	663
IV.	Insbesondere Tatbestände und Voraussetzungen der Leistungskondiktion	665
	1. Verhältnis der allgemeinen Leistungskondiktion des heutigen Rechts zu den gemeinrechtlichen Kondiktionstypen	665
	2. Insbesondere die Voraussetzung des Irrtums (OR 63/I) bzw. des Ausfalls des Leistungsgrundes (OR 62/II)	668
	3. Erweiterung: Sonderfall der Rückforderung des (seitens des Leistungsempfängers) verwerflich Erworbenen	673
	4. Sonderfrage: Kondiktion von Forderungen	675
	5. Sonderfrage: Zulässigkeit der «actio de in rem verso»?	677
V.	Ausschlussgründe der Leistungskondiktion (OR 66, 63/II)	678
	1. Der Grundsatz des Ausschlusses der Rückforderung des zur Verfolgung missbilligter Zwecke Hingegebenen (OR 66)	678
	2. Die bundesgerichtliche Praxis zu OR 66	680
	3. Keine Rückforderung bei Erfüllung sittlicher oder verjährter Pflichten (OR 63/II)	683
VI.	Die übrigen Kondiktionsfälle («Nicht-Leistungskondiktion»)	684
	1. Allgemeines	684
	2. Eingriffskondiktion	684
	3. Zufallskondiktion	685
VII.	Rechtsnatur und Umfang des Bereicherungsanspruchs	686
	1. Grundsatz: Anspruch auf Naturalrestitution	686
	2. Obligatorische Natur des Bereicherungsanspruchs	687
	3. Berechnung des Bereicherungsanspruchs; Ersatzanspruch bei vereitelter Vindikation	688
	4. «Bereicherung» als Vermögens-Differenzgrösse	690
	5. Bei der Bereicherungs-Festsetzung zu berücksichtigende Aktivposten	691
	6. Umfang der Berücksichtigung von Abzugsposten; «Entreicherungseinrede» im Sinne von OR 64	693
	7. Ersatz der Verwendungen (OR 65 bzw. ZGB 938-940)	696
VIII.	Verjährung (OR 67)	697
	1. Entstehungsgeschichte von OR 67; Kritik	697
	2. Der Lauf der Zehnjahresfrist	698
	3. Der Lauf der Einjahresfrist	699
	4. Unverjährbarkeit des Bereicherungsanspruchs als Einredetatbestand (auch zu OR 67/II)	701
	5. Verlängerung der Fristen von OR 67/I bei Bereicherung infolge von Straftaten (analog OR 60/II)	701
	6. Zum Anwendungsbereich von OR 67	701

§ 34 Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62-67)

Literatur

Schweizerische: B. VON BÜREN, Bemerkungen zu Art. 66 OR, SJZ 58 (1962), p. 225 ff.; P. CARRY, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, thèse Genève 1927 (mit Hinweis auf ältere Literatur); F. CHAUDET, Condictio data causa non secuta. Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'article 62 al. 2 CO, thèse Lausanne 1973; J. COSTEDE, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, Bern 1977; A. JANNER, Wandlungen der Bereicherungslehre im schweizerischen Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 16, Basel 1942; L. KAUFMANN-BÜTSCHLI, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, Bern 1983; M. KELLER/P. SCHAUFELBERGER, Ungerechtfertigte Bereicherung, Basel/Frankfurt a. M. 1982; F. VON ORELLI, Die Eingriffskondiktion im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1974; P. SCHAUFELBERGER, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Zürich 1981; M. A. WENNER, Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität, Diss. Zürich 1977; J. G. WITTMANN, Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht, Diss. Zürich 1943.

Ausländische und rechtsvergleichende: V. BEUTHIEN, Zuwendender und Leistender, JZ 68, p. 323 ff.; G. BOEHMER, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 2/II, Tübingen 1952 (Doppelkondiktion oder Einheitskondiktion, § 22); E. VON CAEMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für E. Rabel, Bd. 1, Tübingen 1954, p. 333 (= Gesammelte Schriften, Bd. 1, Tübingen 1968, p. 209 ff.); DERS., Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift für H. Dölle, Bd. 1, Tübingen 1963, p. 135 ff. (= Gesammelte Schriften, Bd. 1, p. 336 ff.); DERS., Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für G. Boehmer, Bonn 1954, p. 145 ff. (= Gesammelte Schriften, Bd. 1, p. 295 ff.); DERS., Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 62, p. 385 ff.; C. W. CANARIS, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für K. Larenz, München 1973; A. FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, Berlin/Tübingen 1970; W. FRIEDMANN, Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Heft 3, Berlin/Leipzig 1930; P. HAY, Ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 88, Frankfurt a. M. 1977; H. HONSELL, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, München 1974; D. KÖNIG, Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 33, Frankfurt a. M. / Berlin 1967; H.-G. KOPPENSTEINER / E. A. KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung 2. A., Berlin/New York 1988; B. KUPISCH, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, zur Leistungskondiktion im Drei-Personen-Verhältnis, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 45, Berlin / München 1978; DERS., Ungerechtfertigte Bereicherung, Geschichtliche Entwicklungen, Heidelberg 1987; TH. MAYER-MALY, Rechtsirrtum und Bereicherung, Festschrift für H. Lange, München 1970, p. 293 ff.; D. MEDICUS, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Bd. II, München 1977 (Juristische Schulung H. 50); H. REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, München 1975 (Juristische Schulung H. 38); B. RENGIER, Wegfall der Bereicherung, AcP 177, p. 418 ff.; W. SCHUBERT, Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, ZS der Savigny-Stiftung

für Rechtsgeschichte, Bd. 92 (CV), Rom. Abt., Weimar 1975; W. SIMSHÄUSER, Windscheids Voraussetzungslehre rediviva, AcP 172, p. 19 ff.; A. VON TUHR, Actio de in rem verso, zugleich Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, Freiburg i. Br. 1895; G. WELKER, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, ... zugleich ein Beitrag zur Struktur der Leistungskondiktion, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 17, Berlin 1974; W. WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934.

I. Allgemeines

1. Funktion und Stellung des Bereicherungsrechts im Gesetz

a) An vorderster Stelle der Entstehungsgründe von Obligationen stehen die Verträge, an deren Seite die unerlaubten Handlungen (Delikte) treten. Als Entstehungsgründe von untergeordneter Bedeutung werden seit alters die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag aufgefasst. Im Gemeinen Recht werden diese beiden letzteren Typen von Anspruchs-Entstehungsgründen überwiegend als vertragsähnlich («obligationes quasi ex contractu») verstanden und oft auch im Zusammenhang des Vertragsrechts behandelt. Im Gegensatz dazu behandelt das OR die «ungerechtfertigte Bereicherung» («Kondiktion») als Tatbestand des *Quasi-Delikts*, was die systematische Stellung im Gesetz (Regelung im Anschluss an das Deliktsrecht) wie auch das Anstreben einer Symmetrie in Einzelanordnungen¹ zeigt. Mit dem Recht der unerlaubten Handlungen hat das Bereicherungsrecht gemein, dass die Rechtsfolgen unabhängig vom Willen der Beteiligten und ohne rechtsgeschäftliche Grundlage entstehen, so dass man bei den Bereicherungs- wie den Deliktsansprüchen von Ansprüchen «ex lege» sprechen kann².

b) Während beim Deliktsrecht der Schaden des Anspruchsberechtigten Ansatzpunkt der Ausgleichsregelung ist, geht das Bereicherungsrecht grundsätzlich von der *Bereicherung* des Kondiktionsschuldners aus. Der Bereicherungsanspruch ist nicht auf den Betrag der Vermögensverminderung des Entreicherten maximiert; vielmehr ist jede Bereicherung zurückzuerstatten, sofern sie nur aus dem Vermögensbereich des Ansprechers stammt. Das Kondiktionsobjekt mag ausnahmsweise für den Verpflichteten grossen, den Berechtigten bloss geringen vermögensmässigen Wert haben. Umgekehrt gleicht der auf die Höhe der Bereicherung begrenzte Bereicherungsanspruch nicht immer die volle Benachteiligung des Entreicherten aus,

¹ Die unglückliche einjährige Verjährungsfrist von OR 67 in Analogie zu OR 60! dazu unten Ziff. VIII/1.

² Die Geschäftsführung ohne Auftrag («negotiorum gestio») wird - systemwidrig - nicht im Allgemeinen Teil des OR, sondern im Besonderen Teil unter den «Einzelnen Vertragsverhältnissen» im Anschluss an den Auftrag behandelt (OR 419-424); Vorstellung des «quasi-Vertrags» oder «quasi-Auftrags».

weshalb man nicht schadenersatzrechtliche Grundsätze auf das Bereicherungsrecht übertragen darf.

c) Bereicherungsansprüche bestehen grundsätzlich unabhängig von der Frage, weshalb die auszugleichende Bereicherung entstanden ist. Insbesondere wird nicht vorausgesetzt, dass der Bereicherte zur Entstehung der Bereicherung beigetragen hat³ oder gar, dass diesen ein Verschulden trifft. Daher ist bei der Leistungskondition nicht nach den Gründen des Dahinfallens des von den Parteien bei der Leistungserbringung vorausgesetzten Leistungsgrundes zu fragen, entscheidend ist allein die Feststellung, dass der vorausgesetzte Leistungsgrund nicht bestand⁴.

d) Die auszugleichende Bereicherung und Entreicherung sind zwar faktische, aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten zu ermittelnde Grössen, die indessen im Rahmen der gegebenen privatrechtlichen Rechtslage festzustellen sind; zu berücksichtigen ist die durch Verträge geschaffene Rechtslage⁵, ebenso die sachenrechtlichen Eigentumsverhältnisse. Wer eine Sache gekauft und erhalten, aber nicht bezahlt hat, ist (solange der Vertrag aufrecht bleibt) nicht bereichert, da die Kaufpreisschuld sein Vermögen belastet; ebenso besteht weder Bereicherung noch Entreicherung, wenn sich eine Sache rechtsgrundlos beim Nichteigentümer befindet: Sie kann vom Eigentümer vindiziert (d. h. nach sachenrechtlichen Grundsätzen herausgefordert) werden⁶.

Werden Bereicherungsansprüche durch obligatorische oder dingliche Rechte des Betroffenen ausgeschlossen, so gilt Gleiches nicht von Deliktsansprüchen nach OR 41 ff.: Diese treten in Konkurrenz zu den Bereicherungsansprüchen, und der Anspruchsberechtigte kann sich kumulativ auf beide Rechtsgrundlagen berufen⁷.

e) Aufgabe des Bereicherungsrechts ist es, bei ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen einen Ausgleich zu schaffen. Dabei ist dieser Ausgleich zum vornherein auf einen engen Kreis klar begrenzter Tatbestände beschränkt, die dadurch charakterisiert sind, dass die Entreicherung (Schädigung) des Anspruchsberechtigten unmittelbar auf die Bereicherung eines anderen zurückzuführen ist und die Vermögensverschiebung einer Rechtfertigung entbehrt. Zum vornherein ist der Gedanke auszuschliessen, dass das Bereicherungsrecht ein Notventil sei, mit dem allgemein unbillige rechtliche Ergebnisse korrigiert werden könnten. Es lassen sich

³ Wie der französische Text von OR 62/I meinen lassen könnte («Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui ...»).

⁴ Anders nur, wenn der Gesetzgeber in besonderen Tatbeständen besondere Rückleistungsgrundsätze aufstellt; vgl. dazu unten Ziff. III/3. - Die verfehlte Frage nach dem Grund des Fehlens gültiger causa hat insbesondere auf die Handhabung von OR 66 in der Praxis einen unheilvollen Einfluss ausgeübt (Rückschluss auf Verwirkung von Bereicherungsansprüchen in Fällen von Vertragsnichtigkeit aufgrund von OR 20); vgl. dazu unten Ziff. V/1.

⁵ Nicht festzustehen scheint mir, ob dem Bestehen vertraglicher Vereinbarung der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag gleichzustellen ist. v. TUHR nimmt dies an und hält die Regeln von OR 62 ff. im Falle der Anwendbarkeit von OR 419-423 als ausgeschlossen (v. T./P., § 54/IV/4).

⁶ Vgl. auch unten Ziff. III/2/a und b sowie v. T./P., § 54/IV/1, 2.

⁷ Vgl. auch unten Ziff. III/2/c.

dadurch nicht etwa die Folgen ungünstiger Verträge, fehlgeschlagener Spekulationen oder einseitig treffende Schläge des Schicksals ausgleichen. Selbstverständlich fällt es auch ausser Betracht, mit der Kondiktion rechtliche Nachteile, die vom Gesetzgeber gewollt oder in Kauf genommen sind, zu beheben: Die Nachteile, die jemand infolge *Verjährung* seiner Ansprüche, *Verwirkungsfolgen*, *Eigentumsverlust* (durch Ersitzung, gutgläubigen Erwerb anvertrauter Sachen usw. seitens Dritter) erfährt, sind nicht zu beseitigen, sowenig als mit der Kondiktion die Auswirkungen eines unrichtigen, aber rechtskräftigen richterlichen Urteils abgewendet werden können⁸.

f) Im Falle von Vermögensverschiebungen, die mit Wissen und Willen des Betroffenen erfolgen, erlangt Bereicherungsrecht (als sogenannte «Leistungskondiktion», unten Ziff. IV) zusätzliche Bedeutung, wo die Leistung ins *Eigentum* des Empfängers übergeht, was im Normalfall bei *Sachübereignung* nicht zutrifft («Kausalität der Eigentumsübertragung, dazu § 4/VIII/4). Dies kommt vorab in folgenden Fällen in Betracht:

- Vermögensübergang infolge von nicht dem Kausalitätsprinzip unterliegenden, «*abstrakten*» Verfügungen (in der Schweiz bei der *Zession*, oben § 31/III/4, in Deutschland darüber hinaus in allen Fällen des Erwerbs dinglicher Rechte)⁹, bei Besitzübertragung¹⁰;
- bei Geldleistungen und Leistung sonstiger vertretbarer Sachen, die im gegebenen Fall durch Vermischung in das Vermögen des Empfängers übergegangen sind (ebenso bei allen anderen Formen originären Eigentumserwerbs zu Lasten eines Dritten), sodann die Leistung von Sachen, die infolge Verbrauchs oder Weiterveräußerung nicht zurückerstattet werden können;
- bei Dienstleistungen und anderen Verhaltensweisen, die ohne Rechtsgeschäft (Verfügung) zu einer Bereicherung eines Dritten führen oder mit denen sich jemand bereichert.

2. Komparatistische Hinweise

Das schweizerische und deutsche Bereicherungsrecht beruht weitgehend auf dem römischen Kondiktionsrecht, das in einer Reihe gesondert herausgestellter Tatbestandstypen die zu Ausgleich Anlass gebenden Fallgruppen erfasste¹¹. Die naturrechtliche Theorie versuchte zum Teil die Aufstellung eines allgemeinen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsprinzips, worauf letztlich die in OR und BGB weitgehend

⁸ Vgl. dazu v. T./P., § 52/IX.

⁹ Vgl. dazu auch unten Ziff. III/2/a.

¹⁰ Vgl. unten Ziff. 3.

¹¹ Vgl. dazu die Lehrbücher zum Römischen Recht und die Pandektenliteratur; weiterhin unten Ziff. IV/1; aus den Quellen bes. Dig. 12, 4-6; Dig. 13, 1-3.

(wenn auch nicht vollständig) verwirklichte Loslösung von einer beschränkten Typenzahl von Kondiktionstatbeständen zurückgeht. Auch die Beschränkung der Kondiktionsansprüche auf die vorhandene Bereicherung (Entreicherungseinrede nach OR 64) hat im Naturrecht ihre Wurzel. Als nicht realisierbar hat sich dagegen das Bestreben erwiesen, in einer Generalklausel sämtliche Vermögensverschiebungen, die nicht durch eine (wie auch immer verstandene) *causa* gerechtfertigt sind, einer Ausgleichspflicht zu unterstellen.

Das *französische Recht* kennt eine summarische Regelung der «*répétition de l'indu*» (CC art. 1376 ff.), im wesentlichen erfassend die Fälle der Leistungskondiktion (vgl. unten Ziff. III/1), während andere Tatbestände allenfalls über die Geschäftsführung ohne Auftrag (CC art. 1372 ff.) abgewickelt werden (vgl. auch unten Ziff. III/2d).

Im *anglo-amerikanischen Rechtskreis*, der in diesem Bereich von romanistischer Tradition nicht beeinflusst ist, fehlt ein allgemeiner Kondiktionstatbestand¹². In der Entscheidungspraxis wurden die wichtigsten Fälle trotzdem erfasst, wobei die dogmatische Begründung fallweise unterschiedlich ist und sich die herausgestellten Prinzipien zum Teil überschneiden. Auf der Ebene des *Common Law* steht (wohl unter kontinentalem Einfluss) die Figur des «Quasi-Contract» im Vordergrund; auch wenn ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen ist, muss nach vertraglichen Prinzipien die Bereicherung (in Form von Geld) zurückerstattet werden. In einer abundanten Praxis (die zum Teil älter ist als die Vorstellung des «Quasi-Contract» in England) haben sich als besonders wichtige Fallgruppen herauskristallisiert die «*action for money had and received*» (jemand hat aufgrund nichtigen Vertrages oder durch Drohung, Täuschung usw. Geld erhalten und muss dieses zurückerstatten¹³), die Klage *quantum meruit* (zum Ausgleich einer Bereicherung aus geleisteten Diensten) oder *quantum valebat* (Vergütung des Werts einer Sachleistung)¹⁴.

Auf der Ebene des *Equity-Rechts* haben bestimmte Ansprüche aus «*Constructive Trust*» (Fingierung eines Treuhandverhältnisses), der den Trustee zur Herausgabe eines aus dem Vermögen eines anderen oder für dessen Rechnung erhaltenen Vermögenswertes verpflichtet (wobei diesfalls im Gegensatz zur kontinentalen Kondiktion der Anspruch auf Herausgabe dinglicher Natur, d. h. im Konkurs privilegiert ist), bereicherungsrechtliche Funktion¹⁵.

¹² Der Terminus «*unjust enrichment*» wird zwar angetroffen, hat jedoch nur die Funktion der Beschreibung von Sachverhalten, ohne einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu formulieren.

¹³ Von der Rückforderung sind jedoch grundsätzlich ausgenommen rechtsirrtümlich erbrachte Leistungen.

¹⁴ Die genannten Entscheidungsgruppen weisen auch in Richtung der Argumentation mit *faktischem Vertragsverhältnis*, die zum Bereicherungsrecht Affinität besitzt. Vgl. oben § 16.

¹⁵ Vgl. die Vertragslehrbücher zum Stichwort «Quasi-Contract» usw., die Lehrbücher zu Equity oder Trust zum Begriff «Constructive Trust». Rechtsvergleichend sei allgemein (d. h. auch für das französische Recht) besonders auf die einlässliche Darstellung des Bereicherungsrechts bei ZEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 263-330 hingewiesen - aus der Lit. vgl. G. F. PALMER, *Law of Restitution*, 4 vol., Boston 1978.

3. Gegenstand der Bereicherungsansprüche

Mit der Kondiktion soll «ungerechtfertigtes Haben» ausgeglichen werden, und zwar soweit als möglich *in natura* durch Rückgängigmachung der nicht gerechtfertigten Vermögensverschiebung (unten Ziff. VII/1). Das bedeutete vorab, dass ungerechtfertigte Eigentumsübertragung (oder Pfandbestellung bzw. Einräumung eines sonstigen beschränkten dinglichen Rechts) durch Rückübereignung usw. rückgängig zu machen waren. Dieser wichtigste Anwendungsfall der Kondiktion entfällt in der Schweiz infolge der heutigen «kausalen» Auffassung der Verfügungen über dingliche Rechte: Ist das Verpflichtungsgeschäft ungültig und damit die Verfügung (Einräumung des Rechts) rechtsgrundlos, ist letztere ohne weiteres unwirksam; der Begünstigte der Verfügung hat kein dingliches Recht erlangt und der «Verfügende» sein Recht nicht eingebüsst, so dass dieser, im Fall der Eigentumsübertragung, sein Eigentum *vindiziert, nicht kondiziert*¹⁶. Im Bereich des Sachenrechts scheint mir dagegen die Kondiktion bei der materiellrechtlich nicht gerechtfertigten Besitzübertragung ihren Anwendungsbereich zu bewahren: Da bei der Besitzeinräumung unerachtet des auch hier vorausgesetzten intentionalen Elements der Einräumung der faktischen Sachherrschaft entscheidende Bedeutung zukommt, kann die Wirksamkeit der Besitzübertragung nicht «kausalisiert», d. h. von einem gültigen Rechtsgrund abhängig gemacht werden. Dies bedeutet, dass bei ungerechtfertigter Besitzübertragung durch einen *Nicht-Eigentümer* dieser seinen Besitz nur durch Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückerlangen kann¹⁷.

Besteht die Bereicherung in einer Forderung, so ist Gegenstand des Bereicherungsanspruchs die Forderung selbst (vgl. dazu unten Ziff. IV/4). In allen Fällen der Unmöglichkeit der Herstellung des gesollten Zustandes *in natura* tritt *Ersatzleistung in Geld* an dessen Stelle (vgl. dazu unten Ziff. VII/3ff.).

II. Allgemeine Voraussetzung der Bereicherungsansprüche

1. «Grundlosigkeit» der Vermögensverschiebung

a) Abgesehen von der Direktheit der Vermögensverschiebung, d. h. der Unmittelbarkeit des Kausalzusammenhangs zwischen Entreicherung des Anspruchsberechtigten

¹⁶ Vgl. vorstehend Ziff. 1 und oben § 4/VIII/4.

¹⁷ So kann z. B. der Mieter, der mit einem Dritten einen (z. B. infolge dessen Geschäftsunfähigkeit) ungültigen Mietvertrag schliesst, die diesem überlassene Sache weder aufgrund des nichtigen Vertrages noch gestützt auf Besitzrecht zurückfordern (während der Eigentümer vindizieren könnte), braucht daher einen Kondiktionsanspruch.

und Bereicherung des Verpflichteten (dazu unten Ziff. 2), setzen sämtliche Bereicherungsansprüche gleichermassen voraus, dass die in Frage stehende Vermögensverschiebung «*ohne Grund*» (grundlos, ohne Rechtsgrund, «*sine causa*») erfolgt sei; es liegt auf der Hand, dass die Erfüllung rechtlicher Pflichten (insbesondere Erfüllung von gültigen Verträgen) keinen Rückleistungsanspruch zulässt. Die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung ist notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung der Kondiktion. Die Leistungskondiktion ist nur unter der Voraussetzung des Nachweises eines Irrtums des Leistenden gegeben, wobei diesem die Beweislast obliegt¹⁸.

b) Der Begriff des Rechtsgrundes, der *causa*, deren Fehlen Kondiktionsvoraussetzung ist, soll indessen nicht im technisch-präzisen Sinn verstanden werden, den er in den sonstigen Zusammenhängen besitzt (vgl. dazu oben § 5). Hinreichender Grund einer Leistung, welcher die Kondiktion ausschliesst und damit einen «Rechtsgrund des Behaltens» beim Empfänger abgibt, ist auch eine *Naturalobligation* oder eine *sittliche Pflicht* (OR 63/II, unten Ziff. V/3).¹⁹

c) Die *causa*, deren Entfallen einen Rückforderungsanspruch begründet, darf nicht als Rechtsgrund im objektiven Sinn verstanden werden, sondern stellt einen *subjektiven* Tatbestand dar: die Intentionen des Leistenden, die bei der Leistungserbringung ausschlaggebend waren²⁰. Sind die die Leistung veranlassenden Momente verwirklicht, kann nicht zurückgefordert werden, selbst wenn dieselben keinen hinreichenden (d. h. rechtlich zwingenden) Grund zur Leistung abgaben, wie umgekehrt die Tatsache, dass ein hinreichender Grund der Leistungserbringung fehlte, für sich noch keinen Kondiktionsgrund abgibt, wenn nicht der Leistende irrte (d. h. auf nicht verwirklichte subjektive Gründe zur Leistung vertraute)²¹.

¹⁸ Dies wird verkannt in BGE 105 II 105, der im Ergebnis vom beklagten Leistungsempfänger den Nachweis eines «Grundes des Behaltens» fordert. Vgl. dazu BUCHER, ZSR 1983, 332 ff.

¹⁹ Als eine die Rückforderung ausschliessende *causa* muss auch das Erbringen einer Gegenleistung betrachtet werden, unerachtet der Gültigkeit des den Leistungsaustausch veranlassenden Vertrages, sofern der Ansprecher die Gegenleistung nicht zurückzuerstatten bereit ist. Das gleiche Resultat wird zusätzlich durch den Gesichtspunkt begründet, dass Kondiktionsansprüche aus synallagmatischen Verträgen dem obligatorischen Retentionsrecht im Sinne von OR 82 (BGB §§ 273, 320) unterliegen (vgl. oben § 18/IX).

²⁰ In diesem Sinne insbesondere BGE 105 II 92, wonach der Mieter Anspruch für bauliche Aufwendungen hat, die ohne Abrede über die Kostentragung, aber in Erwartung eines längerfristigen Mietverhältnisses gemacht worden sind.

²¹ OR 63 und unten Ziff. IV/2. - Wenn jemand im Hinblick auf eine geplante Heirat eine Zuwendung macht, ist die Heirat nicht Rechtsgrund im technischen Sinn dieser Zuwendung, wohl aber das Nichtzustandekommen der Heirat ein Dahinfallen der «subjektiven *causa*» des Leistenden und damit Anlass der Rückforderung. Daher die traditionelle Möglichkeit der Rückforderung einer vor der Heirat übertragenen Mitgift im Römischen Recht (Dig. 23, 3, 7, 3 bis 9 pr.; KASER, § 59/II/4) und zutreffend der in gleiche Richtung weisende BGE 82 II 436 f. E. 7, 8 (ungerechtfertigt aus den hier im Text genannten Gründen die Kritik bei G./M./K., p. 198: Nicht-Verwirklichung von Motiven einer Zuwendung stellen den Tatbestand des Entfallens der - subjektiven! - *causa* der Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne dar und können daher Grundlage einer Rückforderung sein); zum Ganzen auch FLUME, p. 155, 161, 699 f.

d) Viele der Besonderheiten und Schwierigkeiten des Bereicherungsrechts rühren daher, dass als Hauptvoraussetzung des Bereicherungsanspruchs nicht etwas Positives, sondern ein *negativer Umstand* (Fehlen eines Grundes der Vermögensverschiebung) erscheint. Die Zahl der in Frage kommenden Rechtsgründe einer Vermögensverschiebung ist unbegrenzt, das Fehlen jeglichen Rechtsgrundes daher direkt unmöglich zu beweisen (Beweis negativer Tatsachen ist ohnehin höchstens indirekt möglich; «*negativa non sunt probanda*»). Die Typisierung der Bereicherungstatbestände erfolgt daher (ohne dass die traditionelle Doktrin sich hierüber hinreichend klar wäre) vorab unter dem Gesichtspunkt der Art des Nachweises des Fehlens eines Rechtsgrundes der auszugleichenden Vermögensverschiebung.

Die Schwierigkeit des Negativbeweises könnte dadurch umgangen werden, dass man dem Bereicherten den Nachweis überbindet, dass er die zur Diskussion stehende Bereicherung aus gutem Rechtsgrund erworben habe, wobei im Falle des Scheiterns des Nachweises die Bereicherung infolge ihrer Grundlosigkeit herauszugeben wäre. Eine derartige Regel stände in Widerspruch zum unabdingbaren Rechtsgrundsatz, dass derjenige, der von einem anderen etwas haben will, die Voraussetzungen seines Anspruchs darzutun hat, während derjenige, der eine Sache oder Leistung in Händen hält, die Vermutung für sich hat, dass sie rechtens erworben sei. Wollte man von diesem Fundamentalprinzip, das im Sachenrecht in der aus dem Besitz fliessenden Eigentumsvermutung (ZGB 930) Ausdruck findet und allgemein in ZGB 8 formuliert ist, abgehen, würde jedermann, der etwas erwirbt, gezwungen sein, sich den Beweis des Rechtsgrundes des Erwerbs zu sichern; es würde der Grundsatz, dass bei Unklarheit der Rechtslage und im Zweifel am gegenwärtigen Zustand nichts geändert und der *status quo* erhalten bleiben soll, in sein Gegenteil verkehrt und damit zwangsläufig Streitlust geschürt. Die Belastung des Ansprechers mit der Beweislast hinsichtlich der Rechtsgrundlosigkeit ist ein Grundprinzip des Bereicherungsrechts, das ausnahmslos durchgehalten werden muss²².

2. Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung

Damit ein Rückforderungsanspruch entsteht, muss die Bereicherung des Beklagten zulasten des Vermögens des Klägers entstanden sein; es muss, wie oft gesagt

²² Dieses bereicherungsrechtliche Grundprinzip macht sich auch ausserhalb des Bereicherungsrechts bemerkbar. Wenn in BGE 83 II 210 festgehalten wird, dass der Nachweis der Aushändigung von Geld zur Begründung des Rückforderungsanspruches nicht genüge, sondern vom Kläger insbesondere auch der Abschluss des angeblichen Darlehensvertrages nachgewiesen werden müsse, liegt darin die zutreffende Haltung, dass es nicht angehe, denjenigen, der Geld erhalten habe, unter der Drohung der Rückleistungspflicht zum Nachweis des Grundes der erhaltenen Zuwendung zu verpflichten. - Vgl. auch unten Ziff. IV/2.

Nicht zu rechtfertigen ist BGE 105 II 105, wo aus der Feststellung der Nichtexistenz eines Schenkungsvertrages (ohne Vorliegen eines Irrtums) ein Rückleistungsanspruch abgeleitet wird. - So wie hier AGVE 1984, Nr. 7 (= SJZ 1986, p. 197 [Nr. 29]). Vgl. auch SM 1950, p. 332.

wird, ein Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung²³ gegeben sein oder, vorsichtiger ausgedrückt, wenigstens ein *Sachzusammenhang* bestehen, nur dann kann man von einer Vermögens*verschiebung* sprechen, die es kondiktionsrechtlich auszugleichen gilt²⁴.

Mit diesem Erfordernis soll ausgeschlossen werden, dass positive und negative Vermögensveränderungen, die zwar auf eine gemeinsame Ursache zurückgehen, unter sich jedoch keinen direkten Zusammenhang aufweisen, in die Betrachtungen einbezogen werden: Der Regensommer begünstigt den Hügelbauern und vernichtet die Ernte des den Nassacker bebauenden Landwirts, ohne dass dieser gegen den ersteren einen Anspruch haben dürfte, sowenig wie der Haussier bei eingetretenem Kurssturz einen Anspruch gegen den Baissier.

III. Abgrenzungsfragen

1. Einteilung der Bereicherungstatbestände

Der Nachweis des Fehlens eines Rechtsgrundes gestaltet sich verschieden, je nachdem der Entreicherte selber die Vermögensverschiebung bewirkt (eine Leistung erbracht) hat, oder ob diese ohne sein Zutun eingetreten ist. Im ersten, weitaus wichtigsten Fall spricht man von *Leistungskondiktion*, der alle übrigen Fälle der *Nicht-Leistungskonditionen* gegenübergestellt werden können.

Leistungskonditionen sind am häufigsten gegeben, wenn im Hinblick auf sich nachträglich als unwirksam herausstellende Verträge Vorleistungen erbracht wurden oder wenn der Leistende sonstwie irrte, sei es in der Leistung selber, seiner Leistungspflicht, der Person des Leistungsempfängers usw. Angesichts der unbegrenzten Zahl möglicher Rechtsgründe der Leistung und der Unmöglichkeit, deren gesamthaftes Fehlen darzutun, erfolgt der Nachweis der Abwesenheit - einer *causa* durch eine *indirekte, zweistufige Beweisführung*.- Der Ansprecher hat zu zeigen, dass *erstens* die Leistung im Hinblick auf einen bestimmten Rechtsgrund erfolgte und dass *zweitens* gerade dieser Rechtsgrund tatsächlich nicht verwirklicht war²⁵. Bei Leistungskonditionen ist danach zu unterscheiden, ob die Bereicherung durch *freiwillige* oder *unfreiwillige* Leistung des Entreicherten ausgelöst wurde. Zur letzteren Gruppe gehören die Fälle der *condictio ob turpem vel iniustam causam* (unten Ziff. IV/3), der Versäumung des Rechtsvorschlages bzw. der Aberkennungsklage usw. Diese fallen insofern aus dem allgemeinen Rahmen der Leistungskondiktion, als bei ihnen die Voraussetzung eines Irrtumnachweises entfällt (unten Ziff. IV/1/c).

²³ So etwa v. T./P., § 52/I, p. 473 Anm. 4.

²⁴ Zur Bedeutung der kondizierbaren Bereicherung vgl. unten Ziff. VII/3 ff.

²⁵ Die im Römischen Recht bzw. der gemeinrechtlichen Doktrin entwickelten Kondiktionstypen (vgl. unten Ziff. IV/1) sind eine Typisierung der Art der Führung dieses Doppelbeweises.

Nicht-Leistungskonditionen (Ansprüche wegen Bereicherung in sonstiger Weise) lassen sich etwa danach unterscheiden, ob die Vermögensverschiebung durch *Zufall*, als welchen auch das Tun eines unbeteiligten Dritten gilt, bewirkt worden ist (sog. *Zufallskondiktion*)²⁶ oder ob der Bereicherte sich den Vorteil selber verschafft hat (sog. *Eingriffskondiktion*)²⁷. Eine Zwischenstellung zwischen Leistungs- und Zufallskondiktion nimmt der Fall der *Aufwendungen* für eine vermeintlich erworbene fremde Sache ein. Die hier genannten Fälle unterscheiden sich von den Leistungskonditionen dadurch, dass das Fehlen eines Rechtsgrundes der Leistung sofort ersichtlich wird: Zufall fragt nicht nach Rechtsgrund, weshalb zufällige Verschiebungen den Nachweis der Rechtsgrundlosigkeit gewissermassen in sich tragen, ebenso Übergriffe, deren Unberechtetheit offenkundig ist. Deshalb ist in Fällen der Nicht-Leistungskondiktion der Nachweis des bei der Leistung vorausgesetzten, nachher jedoch nicht gegebenen Rechtsgrundes überflüssig, er wird ersetzt durch den Nachweis der Zufälligkeit (Ungewolltheit seitens des Entreicherten) der Vermögensverschiebung, allenfalls Unberechtetheit des Eingriffs des Bereicherten²⁸.

2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen

a) zu Vindikation

Mit der Kondiktion sollen Vermögensverschiebungen, d. h. eine ungerechtfertigte Vermögensvermehrung und -verminderung ausgeglichen werden. Hiezu besteht kein Anlass, wenn eine Sache zwar in den Besitz eines Nichtberechtigten übergegangen ist, dieser jedoch kein Eigentum erworben, sein Vermögen nicht vermehrt hat: der nach wie vor berechtigte *Eigentümer* macht, um die Sache zurückzuerlangen, sein dingliches Eigentumsrecht geltend und braucht sich nicht auf einen (lediglich obligatorisch wirkenden) Bereicherungsanspruch zu stützen²⁹.

Da Kondiktion nur Platz greift, wo Herausgabeanspruch aus Eigentum oder Besitzrecht³⁰ versagt, ist der Anwendungsbereich des Kondiktionsrechts in Deutschland weitaus grösser als in der Schweiz, angesichts der dortigen abstrakten Auffassung

²⁶ Beispiel: Das dem Ansprecher zustehende geringere Quantum Heizöl fliesst durch Zufall bzw. Fehlmanipulation in das grössere Quantum des Bereicherten ein und wird gemäss ZGB 727/II dessen Eigentum.

²⁷ Es lässt jemand seine Herde auf der Weide des Nachbarn grasen; der Dieb löst aus der Vermietung des gestohlenen Autos Mietzins.

²⁸ Vgl. unten Ziff. IV/1/d und VI.

²⁹ Das für das Eigentum Gesagte gilt sinngemäss auch für beschränkte dingliche Rechte und den Besitz. - Vgl. zur Abgrenzung E. STARK, Vorbem. vor ZGB 930-937, N. 64 ff. - Kondiktion wird durch Vindikationsmöglichkeit zwischen den gleichen Parteien gegenstandslos, nicht jedoch ausgeschlossen, wenn der Entreicherte bei Dritten vindizieren könnte; vgl. unten Anm. 117.

³⁰ Zum Verhältnis zu ZGB 672 vgl. BGE 105 II 94.

des Eigentumserwerbs bleibt die Eigentumsübertragung auch dann gültig, wenn das Grundgeschäft (z. B. Kaufvertrag) nichtig ist, so dass das Eigentum kondiziert werden muss. Demgegenüber reduziert sich in der Schweiz die Anwendung des Bereicherungsrechts auf die Fälle, in denen trotz Rechtsgrundabhängigkeit des Eigentumserwerbs der Leistungsempfänger bei nichtigem Grundgeschäft sein Vermögen vermehrt³¹. Die Kondiktion hat zudem gegenüber der Vindikation eine subsidiäre, ergänzende Funktion: Ist letztere infolge Verbrauchs oder Veräusserung der Sache nicht mehr möglich, kann ein Bereicherungsanspruch an deren Stelle treten³².

Zum Verständnis des Bereicherungsrechtes ist im übrigen die Feststellung erlaubt, dass Kondiktion und Vindikation gleiche Funktion haben und sachlogisch soweit als möglich einheitlichen Grundsätzen unterstellt sein sollen und dass sie sich in der Rechtstradition in enger Verbindung entwickelt haben³³.

b) zu vertraglichen Ansprüchen

Soweit jemand eine erbrachte Leistung auf vertraglicher Grundlage zurückfordern kann, kann und braucht er sich nicht auf Bereicherungsrecht zu stützen³⁴. Der Vermieter fordert die Mietsache aufgrund des Mietvertrages zurück (allenfalls vindiziert er sein Eigentum; oben lit. a), ebenso der Darlehensgeber das Darlehen gestützt auf den Darlehensvertrag. Gleichermassen sind *Akontozahlungen* vertraglich abzurechnen, da sie regelmässig unter der vertraglichen stillschweigenden Vereinbarung erbracht wurden, derzufolge der Empfänger abzurechnen und den Überschuss zu restituieren verpflichtet ist³⁵. Bereicherungsrecht greift dann ein, wenn infolge irgendwelcher Umstände (Dissens, Willensmangel, inhaltliche Unzulässigkeit des Vertrags, fehlende Handlungsfähigkeit eines Kontrahenten usw.) der Vertrag ungültig ist und vertragliche Ansprüche abgeschnitten werden.

Kein Bereicherungsanspruch wird begründet, wenn laufende Konten, insbesondere im Kontokorrentverhältnis, zu Unrecht belastet oder kreditiert werden, in

³¹ Vgl. dazu auch oben Ziff. 1 in fine. - Der Unterschied, wonach eine zu Unrecht geleistete Sache in Deutschland nach Bereicherungsgrundsätzen zurückgefordert, in der Schweiz vindiziert wird, wirkt sich praktisch hauptsächlich im *Konkurs des Empfängers* aus, wo in Deutschland der Konkurs die geleistete Sache erfasst, der Anspruch des Leistenden in eine Geldforderung umgewandelt und nur im Umfang des Konkursergebnisses befriedigt wird, während in der Schweiz eine Aussonderung des Eigentums des Leistenden möglich ist. Vgl. auch oben § 4/VIII/4.

³² Vgl. unten Ziff. VII/3/c.

³³ Zum Römischen Recht vgl. KASER, § 48/II/3/a (Kondiktion geht auf die empfangene *certa res* oder *pecunia*). Hier wurzelt der Grundsatz der Naturalrestitution (vgl. unten Ziff. VII/1). Diese Feststellung soll z. B. Zurückhaltung in der Zulassung der Entreicherungseinrede gemäss OR 64 nahelegen und eine analogieweise Anwendung einzelner sachenrechtlicher Grundsätze bei der Berechnung der Bereicherung begründen.

³⁴ Vgl. oben Ziff. I/1/d.

³⁵ Umgekehrt als hier betreffend Akontozahlung BGE 107 II 220; ähnlich wie hier v. T./P., § 54/IV, Z 1 (bei A. 32 ff.). Vgl. dazu auch BUCHER, ZSR 1983, p. 331 f.

welchem Fall ein Vertragsanspruch in der Höhe des berechtigten Kontostandes besteht. Kondiktionsrechtliche Grundsätze beginnen erst mit der Liquidierung der laufenden Rechnung, d. h. der Ausrichtung des Schluss-Saldos, allenfalls der Saldoanerkennung zu wirken (vgl. oben § 22/IV/5/b).

c) zu *Deliktsansprüchen*

Insbesondere in Fällen von Eingriffskondiktion tritt diese in Konkurrenz zu Deliktsansprüchen des Betroffenen³⁶; im allgemeinen wird die Berufung auf Bereicherungsrecht günstiger sein: Dieses setzt zwar voraus, dass der Anspruch eine Bereicherung des Beklagten nachweist, hat jedoch den Vorteil, dass der Verschuldensnachweis entfällt. Das Bereicherungsrecht ist die notwendige Ergänzung des Deliktsrechts, um in Fällen der Deliktsunfähigkeit (Urteilsunfähigkeit, ZGB 18) desjenigen, der in fremdes Vermögen eingreift, den Ausgleich zu gewährleisten: Der deliktsunfähige Dieb müsste nach Deliktsgrundsätzen keinen Schadenersatz leisten und könnte gestohlenen Geld, wenn es durch Vermischung in sein Vermögen übergegangen ist, behalten³⁷.

d) zu *Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag*

In der neueren Rechtsgeschichte haben sich das Recht der Kondiktion und der Geschäftsführung ohne Auftrag in engem Zusammenhang entwickelt³⁸. Besonders deutlich wird dies im französischen Recht, wo nur die «*répétition de l'indu*» (CC art. 1376 ff.) bereicherungsrechtlich konzipiert ist, während weitere Fälle über die «*gestion d'affaires*» im Sinne von CC art. 1372 ff. erfasst werden³⁹.

Im Rahmen der *echten* Geschäftsführung ohne Auftrag überschneidet sich der Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe des für seine Rechnung Erworbenen teilweise mit dem Bereicherungsanspruch, ebenso allenfalls der Anspruch des Geschäftsführers auf Verwendungsersatz. M. E. erlaubt das OR die Annahme von Anspruchskonkurrenz in dem Sinne, dass der Ansprecher sich wahlweise auf OR 62 ff. wie auch auf OR 419-423 oder aber gegebenenfalls, nur auf letztere Bestimmungen berufen kann⁴⁰. Bei der *unechten* Geschäftsführung (die gegen den Willen

³⁶ Ansprüche aus Delikt und aus Bereicherung («Quasi-Delikt») stehen gleichberechtigt nebeneinander. Die Priorität des einen oder anderen Behelfs kann nicht begründet werden. So auch KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 13; v. T./P., § 54/IV/3, bei A. 39; GUHL, in Voraufgaben; a. M. G./M./K., p. 196, die sich für Subsidiarität der Bereicherung aussprechen.

³⁷ Die gemeinrechtliche *condictio furtiva* muss als selbstverständlicher Bestandteil unseres Bereicherungsrechts aufgefasst werden, obwohl sie im Gesetz (sei es aus Versehen, sei es als selbstverständlich vorausgesetzt) nicht genannt wird. Vgl. unten Ziff. VI/2.

³⁸ Beide Fälle werden meist als «*obligatio quasi ex contractu*» verstanden.

³⁹ Beide Figuren werden vom CC zusammengefasst und im Kapitel über die Quasi-Kontrakte geregelt. - Vgl. zum folgenden auch oben Ziff. I/2 und v. T./P., § 54/IV/4.

⁴⁰ A. M. aber v. TUHR, a.a.O. (zit. oben Anm. 5).

Während das BGB auf Vorstellung der *Schuldverhältnisse* hin konzipiert ist und daher dazu einlädt, jedes vorkommende Schuldverhältnis in bestimmtem Sinne (d. h. als vertragliches, deliktisches, kondiktionsrechtliches usw.) zu qualifizieren, ist das OR auf die *Obligation* (oder ihr positives Gegenstück, den Anspruch) ausgerichtet: Die Feststellung, dass eine bestimmte (z. B. kondiktionsrechtliche) Anspruchsgrundlage besteht, schliesst nicht aus, dass auch die Voraussetzungen eines anderen Anspruchstypus (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag) gegeben sein können.

des Geschäftsherrn oder gegen dessen Interesse erfolgt) hat der Geschäftsanmasser alles Erlangte (nicht nur seine Bereicherung) herauszugeben (OR 423/I), während er selber (ähnlich wie nach Kondiktionsrecht) nur im Falle der Bereicherung des Geschäftsherrn (der z. B. Auslagen erspart hat) einen (bereicherungsrechtlichen) Anspruch auf Verwendungsersatz erlangt. In der Regel wird die Berufung auf Geschäftsführungsregeln für den Geschäftsherrn günstiger sein (zumal hier nicht die einjährige Verjährung von OR 67 gilt)⁴¹. Der Geschäftsherr wird sich etwa in den folgenden Fällen auf OR 423/I stützen: Der Dieb verkauft ein Gemälde, dessen Wert dem Eigentümer nicht bekannt gewesen war, besonders günstig (abzuliefern ist der ganze Erlös); der Dieb vermietet das gestohlene Auto (abzuliefern ist der gesamte Mietertrag, auch wenn der Eigentümer nicht vermietet hätte, daher nicht in diesem Umfang geschädigt ist); jemand verwendet die einem anderen zustehenden Immaterialgüterrechte (der Verletzte hat Anspruch auf den ganzen Gewinn)⁴².

3. Bereicherungsrechtlicher Grundtatbestand gemäss OR 62-67 im Verhältnis zu kondiktionsrechtlichen Verweisungen und Sonderregeln

Im vom Gesetzgeber vorausgesetzten Regelfall findet das Bereicherungsrecht direkte Anwendung. In einer Reihe von Sondertatbeständen verweist der Gesetzgeber auf Bereicherungsrecht, wobei zu untersuchen ist, ob dieses unverändert anzuwenden ist oder ob umgekehrt im Bereich der Verweisung eine besondere Handhabung Platz zu greifen hat bzw. ob der Gesetzgeber sogar direkte Abweichungen statuiert. Gemeinsam ist den vom Gesetzgeber normierten Sondertatbeständen, dass in der Regel der Bereicherungsfall (die Rechtsgrundlosigkeit der Zuwendung und die daraus folgende Rückleistungspflicht) als gegeben vorauszusetzen ist und Bereicherungsrecht nur hinsichtlich des Ausmasses der Rückleistung bestimmend wird.

In folgenden Fällen sind die bereicherungsrechtlichen Grundsätze *vermutungsweise unverändert* anzuwenden: ZGB 94/II (Rückleistung von Zuwendungen bei Auflösung einer Verlobung), ZGB 515/II und 528/II (Rückforderung von Gegenleistungen bei Auflösung eines Erbvertrages durch Tod des Begünstigten oder bei Herabsetzung); weiterhin etwa die Fälle von ZGB 528/I, 565/II, 726/III und 727/III (Vorbehalt des Bereicherungsrechts bei Verbindung und Vermischung), OR 31 (beidseitige

⁴¹ Vgl. zur Überschneidung der Anspruchsgrundlagen den illustrativen Tatbestand von BGE 55 II 265.

⁴² In den genannten Beispielen würde, da ein Schaden in Höhe des erzielten Erlöses nicht leicht nachweisbar ist, eine deliktsrechtliche Klage vermutungsweise weniger einbringen, «Vorteile» i. S. von OR 423/I sind ev. umfassender zu verstehen als «Bereicherung» i. S. von OR 62 ff.

Rückforderung bei Vertragsauflösung wegen Willensmängel)⁴³, OR 39/III (Vorbehalt der Kondiktion bei vollmachtloser Stellvertretung), OR 119/II (Rückforderung erbrachter Leistungen bei Unmöglichwerden der Gegenleistung; vgl. oben § 23/IV/2), OR 249/I (Anspruch auf Rückleistung bei Aufhebung der Schenkung), OR 423/II (Leistungspflicht des Geschäftsherrn bei unechter Geschäftsführung ohne Auftrag), OR 508/III, 514/II, 679/II.

In einer Reihe von Fällen statuiert der Gesetzgeber eine Ordnung, welche in *gewissem Umfang* von derjenigen von OR 62-67 abweicht: ZGB 411/I statuiert eine Rückleistungspflicht des Vertragspartners eines Bevormundeten oder Unmündigen, welche strenger konzipiert ist als eine solche nach Bereicherungsrecht; der Handlungsunfähige selber haftet nur nach Kondiktionsgrundsätzen⁴⁴. Bei Vertragsauflösung kann im Falle der Übervorteilung der Bewucherte «das Geleistete» (scil. unter Ausschluss der Entreicherungseinrede von OR 64) zurückverlangen⁴⁵; ähnlich auch die Herausgabepflicht hinsichtlich des «bezogenen Nutzens» bei Nichtzustandekommen eines Vertrages wegen Nichteintrittes einer Bedingung (OR 153/II).

Eigentliche, die Ordnung von OR 62-67 durch andere Grundsätze ersetzende *Sondervorschriften* finden sich in ZGB 94/III (Ausschluss der Rückforderung von Geschenken bei Auflösung der Verlobung durch Tod), ZGB 672 (Ersatzpflicht des Grundeigentümers bei Bauen mit fremdem Material), ZGB 938 bis 940 (Ersatzpflicht des gut- bzw. bösgläubigen Besitzers, Verwendungsersatz)⁴⁶, SchKG 86 (Rückforderung des auf Schuldbetreibung hin bezahlten Betrages im Umfang der Leistung, nicht der Bereicherung)⁴⁷. Die praktisch wichtigste Abweichung vom

⁴³ Vgl. oben § 13/IV/3/b und auch unten Ziff. IV/2/b.

⁴⁴ Vgl. dazu BUCHER, ZGB 17/18 N. 195-199.

⁴⁵ Vgl. dazu oben § 14/III/3.

⁴⁶ Die bereicherungsrechtlichen Grundsätze werden im Falle der Möglichkeit der Sachrestitution durch jene von ZGB 938-940 ausgeschlossen; so ausdrücklich BGE 84 II 377 E. 4. Diese Auffassung, die altüberlieferter Tradition entsprechen dürfte, vermag sachlich nicht mehr voll zu überzeugen: Gewiss soll der gutgläubige Besitzer aufgrund der blossen Tatsache, dass er eine fremde Sache benutzt und allenfalls ein fremdes Recht verletzt hat, nicht ersatzpflichtig werden. Indessen wird durch nichts gerechtfertigt die Folge, dass er seine dadurch ersparten Aufwendungen (z. B. im Falle des Bewohnens einer fremden Liegenschaft einen minimalen Mietwert) nicht ersetzen soll. Dass dieser Grundsatz in der Tradition noch nicht verwirklicht ist, erklärt sich dadurch, dass die Kondiktion traditionell auf Naturalrestitution ausgerichtet (der Vindikation gewissermassen parallel geschaltet) ist und die Vorstellung des Ersatzes ersparter Aufwendungen erst in einem funktionalisierten «Vermögenswertdenken» des 19. und 20. Jahrhunderts möglich wird. Eine subsidiäre Anwendung von OR 62 ff. auf die ersparten Aufwendungen (nicht, was weiter gehen würde, auf den Wert der gezogenen Früchte bzw. den objektiv berechneten Benutzungswert) scheint daher gerechtfertigt und mit dem Wortlaut von ZGB 938/I vereinbar (die Ersatzpflicht wird nicht durch die Tatsache des Gebrauchs der fremden Sache, sondern durch ersparte Aufwendungen ausgelöst). - Kritisch auch v. BÜREN, p. 310 Ziff. 4/b.

⁴⁷ Durch SchKG 86 wird das Kondiktionsrecht nicht ausgeschlossen, sondern ergänzt. Ist die Klage aus SchKG 86 (nach Ablauf eines Jahres ab Zahlung) verjährt, ist immer noch Klage aus OR 63/I möglich, wenn die Verjährungsfrist von OR 67 (die mit Kenntnis vom Anspruch zu laufen beginnt) noch nicht abgelaufen ist. Sie unterliegt im Gegensatz zur Klage nach SchKG 86 der Entreicherungseinrede von OR 64.

Bereicherungsrecht findet sich im Recht der synallagmatischen Verträge: beim *Rücktritt vom Vertrag* infolge Leistungsstörungen kann die volle eigene Leistung zurückgefordert werden, nicht bloss die beim Empfänger vorhandene Bereicherung (OR 109/I)⁴⁸, Anwendungsfälle sind etwa OR 195 Ziff. 1 und 2 (Ersatzanspruch des Käufers bei Entwehrung), OR 208/I, II (Rückleistungspflicht bei Wandelung).

In anderen Fällen wird kraft gesetzlicher Anordnung ein *bereicherungsrechtlicher Leistungsmassstab* eingesetzt, ohne dass dem Wesen nach kondiktionsmässige Leistungsausgleichung vorliegen würde, so z. B. ZGB 497, ZGB 528/I, ZGB 579/III (Haftung gutgläubiger Erben bei Ausschlagung gegenüber Nachlassgläubigern für Vorempfänge); ZGB 590/II, OR 422/III, SchKG 291/III.

IV. Insbesondere Tatbestände und Voraussetzungen der Leistungskondiktion

1. Verhältnis der allgemeinen Leistungskondiktion des heutigen Rechts zu den gemeinrechtlichen Kondiktionstypen

a) *Gemeinrechtliche Tradition*

Das Römische und das ihm folgende Gemeine Recht haben die Kondiktion nur bei Zutreffen bestimmter typisierter Voraussetzungen zugelassen, die im Lauf der Geschichte natürlich Wandlungen unterworfen waren⁴⁹. Im Rahmen der heute als Leistungskondiktion aufgefassten Fälle standen folgende Typen im Vordergrund⁵⁰:

- *condictio indebiti* (Dig. 12, 6) erlaubt die Rückforderung des Geleisteten, wenn der Leistende eine Schuld zu erfüllen vermeinte, diese jedoch nicht bestand, Beispiele vgl. unten Ziff. 2/g⁵¹.

⁴⁸ Das gleiche gilt umgekehrt für eine vom im Verzug befindlichen Schuldner erbrachte Teilleistung im Falle des Rücktritts des Gläubigers wegen Verzugs der Restleistung, oben § 20/VI/7/b.

⁴⁹ Vgl. die Lehrbücher des Römischen Rechts, etwa KASER, § 48.

⁵⁰ Ich folge hier vorab der Darstellung von K. v. CZYHLARZ, Institutionen des röm. Rechts (1. Aufl. 1888, 19. Aufl. 1933, bearbeitet von M. San Nicolò), p. 255 f., die für die zur Zeit der Entstehung von OR und BGB massgebenden Auffassungen typisch sein dürfte.

⁵¹ Die *condictio indebiti* als Möglichkeit, eine nichtgeschuldete Leistung zurückzufordern, bietet den Ansatzpunkt zu Verallgemeinerungen; festzuhalten bleibt, dass der Tatbestand im Sinne der Tradition nur dann verwirklicht ist, wenn die zurückzufordernde Leistung nicht nur nicht geschuldet war, sondern der Leistende im Glauben, sie zu schulden, geleistet hat.

- *condictio ob causam datorum* oder *condictio causa data causa non secuta* (Dig. 12, 4; «Kondiktion bei vorausgesetzter, aber nicht eingetretener causa») erlaubt Rückforderung einer Leistung, wenn diese im Hinblick auf eine erwartete, aber nicht erbrachte Gegenleistung gegeben worden war (im Römischen Recht wohl mit dem Hauptanwendungsfall der Leistung im Rahmen eines Innominatkontraktes, der nicht klagbar war, im Falle der Abwicklung gegenüber einer Rückforderungsklage eine *exceptio pacti* gab, sofern man selber erfüllt hatte, jedoch Rückforderung (*condictio*) erlaubte, wenn die Gegenleistung ausblieb).
- *condictio ob iniustam causam* (Dig. 12, 5), mit der eine Leistung, deren Entgegennahme (vom Empfänger aus gesehen) zu missbilligen ist, zurückgefordert werden kann (Rückforderung wucherischer bzw. durch öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht zugelassener Zinse).
- *condictio ob turpem causam* (Dig. 12, 5), womit rechtlich zu missbilligendes Haben beseitigt werden soll (z. B. Rückforderung eines erpressten Löse- oder Schweigegeldes unerachtet des eingetretenen Erfolges).

Gegenüber diesen mehr oder weniger technisch eingegrenzten Fallgruppen tritt im Justinianischen Recht die *condictio sine causa* (Dig. 12, 7) auf, welche weitere, sonst nicht erfasste Kondiktionen zulassen soll. In der *condictio sine causa* gehen auch weitere Kondiktionstypen auf wie die *condictio de bene dependens* (Ersatz von Aufwendungen) oder der *condictio causa finita* (Rückforderung bei weggefallenem Grund, z. B. bei Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks). Es ist aber festzuhalten, dass damit zu keiner Zeit eine allgemeine bereicherungsrechtliche Generalklausel geschaffen werden sollte; als Beispiele werden auch hier Fälle genannt, wo die Leistung im Hinblick auf einen bestimmten, nicht verwirklichten Rechtsgrund erfolgt ist (Hingabe von 100, die der Empfänger als Schenkung auffasst, während sie der Geber als Darlehen versteht: die vom Geber gedachte causa - Darlehensvertrag - ist nicht verwirklicht).

b) Umschreibung der Kondiktionsvoraussetzungen im Gesetz (OR 62/63)

Der schweizerische Gesetzgeber hat nicht am *numerus clausus* der Kondiktionstypen festgehalten, andererseits keine Formel einer Generalklausel gefunden, auf die er vertrauen mochte. Resultat ist eine beispielhafte Aufzählung, die an das überlieferte Schema anknüpft, aber nicht als erschöpfende Aufzählung oder als geschlossenes System verstanden werden darf. In OR 63 wird die traditionelle *condictio indebiti* aufgenommen und im übrigen (d. h. in OR 62/II) angespielt auf die *condictio causa data causa non secuta* («aus einem nicht verwirklichten Grund»), die *condictio ob causam finitam* («aus einem nachträglich weggefallenen Grund») und sodann die *condictio sine causa* («ohne jeden gültigen Grund»). Besonders letztere Formel ist missverständlich, da derjenige Jurist, der den Sinn des gemeinrechtlichen Vorbildes nicht kennt, zu schliessen geneigt wäre, dass auch im Falle der Leistungskondiktion als Basis des Rückforderungsanspruches das blosse Fehlen einer gültigen causa genüge, während vorauszusetzen ist, dass die zurückzufordernde

Leistung im Hinblick auf einen bestimmten, sich als nicht vorhanden erweisenden Rechtsgrund erbracht worden ist (zu den Auswirkungen im einzelnen vgl. unten Ziff. 2).

c) Gegensatz von Leistungskondiktion und sonstigen Kondiktionstatbeständen

Die Sachlogik fordert eine unterschiedliche Behandlung der Kondiktionstatbestände, je nachdem die auszugleichende Vermögensverschiebung durch den Entreicherten selber veranlasst worden ist oder nicht. Während die Nicht-Leistungskonditionen lediglich den Nachweis mangelnder rechtlicher Rechtfertigung («fehlender causa») der Vermögensverschiebung voraussetzen, verlangen die Fälle von Leistungskonditionen durchwegs, dass die erbrachte Leistung nicht bloss grundlos erfolgt sei, sondern vielmehr, dass sie im Hinblick auf einen bestimmten, jedoch nicht vorhandenen Rechtsgrund geleistet wurden (dazu die folgende Ziff. 2). Die in OR 62/I vorangestellte Regel bedeutet nicht: «Jede ohne Rechtsgrund erfolgte Vermögensverschiebung ist auszugleichen.» Wäre dies so, hätte die Sondernorm von OR 63/I, insbesondere das dort statuierte Irrtumserfordernis, jede Bedeutung verloren. Richtigerweise sind die Leistungskondiktionsfälle, wie in OR 63/I und OR 62/II geregelt, als Sondertatbestände zu verstehen, welche die allgemeine Regel von OR 62/I ausschalten in dem Sinne, dass bei vom Entreicherten ausgehenden Bereicherungstatbeständen eine zusätzliche Bedingung des Rückforderungsanspruchs statuiert ist (dazu folgende Ziff. 2).

d) Beweislast hinsichtlich Fehlens des Grundes der Bereicherung

Die Unterscheidung der Leistungskonditionen von den übrigen Kondiktionstatbeständen ist schliesslich hinsichtlich der *Beweislast-Verteilung* wichtig: Die freiwillige Leistung (im Betreibungsverfahren die Unterlassung des Rechtsvorschlages) begründet die Vermutung, dass die getilgte Schuld als solche tatsächlich besteht, die Leistung auf gutem Rechtsgrund beruht. Wird die Leistung zurückgefordert, hat der Kondizierende zu beweisen, dass der bei der Leistung vorausgesetzte Rechtsgrund fehlt. Beweisrechtlicher Fundamentalgrundsatz ist, dass nicht derjenige, der eine empfangene Leistung behalten will, den Grund des Behaltens (die Gültigkeit des Erwerbsgrundes) nachweisen muss, vielmehr derjenige, der zurückfordert, einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch darzutun hat, der seinerseits einen *Irrtum hinsichtlich des Leistungsgrundes* voraussetzt.

Bei den übrigen, nicht auf einer Leistung des Entreicherten beruhenden Konditionen besteht diese Vermutung nicht: der Ansprecher hat nur die für den fraglichen Kondiktionstatbestand typischen Merkmale (z. B. die Wegnahme einer Sache heimlich, mit Gewalt oder unter Drohung, die zufällige oder durch Dritte bewirkte Verschiebung einer Sache in das Vermögen des Empfängers usw.) nachzuweisen, während der Empfänger, der sich der Herausgabe widersetzt, einen *Rechtsgrund des Behaltens* beweisen muss⁵².

⁵² Vgl. auch oben Ziff. III/1, II/1/d.

2. Insbesondere die Voraussetzung des Irrtums (OR 63/I) bzw. des Ausfalls des Leistungsgrundes (OR 62/II)

a) Funktion der Voraussetzung

Das Wissen des Leistenden um das Fehlen einer Pflicht zur Leistung (d. h. das Bewusstsein der Freiwilligkeit der Leistungserbringung) schliesst einen Bereicherungsanspruch aus⁵³. Aus diesem Grund ist der *Nachweis des Irrtums* (Nachweis der Abwesenheit dieses Wissens) Kernstück der «*condictio indebiti*». Das Irrtumserfordernis hat grundlegende Auswirkungen:

aa) Es wird die fundamentale Beweisregel, dass derjenige, der etwas erhalten, den status quo verändern will, die rechtlichen Grundlagen seines Anspruchs dartun muss, auch hinsichtlich der Rückforderung vom Kläger erbrachter Leistungen gewahrt. Die Tatsache des Erhalts der Leistung mit dem Willen des Leistenden wird als Ausweis dafür genommen, dass ein hinreichender Grund für die Leistung vorlag und das Behaltendürfen gerechtfertigt ist; ohne diese Regel müsste der Empfänger der Leistung beweisen, dass ein gültiger Erwerbsgrund vorlag⁵⁴. Der Grundsatz, dass nicht das Behalten, sondern die kondiktionsweise Rückleistung der Rechtfertigung bedarf, bringt ein *Element der Stabilität*, wie auch der Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, das insbesondere bewirkt:

- dass der Empfänger einer Leistung sich nicht den Beweis einer Rechtfertigung des Empfangens sichern muss;
- dass der Empfänger einer Leistung, der diese zurück- oder weitergibt, sich für die Herausgabe nicht den Beweis sichern muss⁵⁵;
- dass der Empfänger einer Leistung diese selbst dann behalten kann, wenn die Parteien sich nicht auf einen bestimmten Leistungsgrund geeinigt haben (solange nicht der Leistende, für den Empfänger erkennbar, die Leistung im Hinblick auf

⁵³ Das Herausstellen der «*condictio indebiti*» in der kontinentalen Rechtstradition geht zurück auf den Titel Dig. 12, 6, der seinerseits von ULPIAN bestimmt ist (zit. Dig. 12, 6, 1): «... si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem (scil. *condictio indebiti*) condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.» (Wen jemand in Unkenntnis eine Nichtschuld bezahlt, kann er mit dieser Klage zurückfordern wenn er jedoch im Bewusstsein, nichts zu schulden, bezahlt, entfällt die Rückforderung).

⁵⁴ Analogie zur Vermutung des Eigentums aufgrund des Besitzes (ZGB 930/I, vgl. auch oben Ziff. II/1/d).

⁵⁵ Dies ist die Erklärung dafür, weshalb es normal ist, dass der Mitarbeiter, der für sein Unternehmen einen auf seinen Namen ausgestellten Scheck einlöst, sich bei Ablieferung des Geldes keine Quittung ausstellen lässt: Der Beweis der Einlösung des Schecks, d. h. des Erhalts einer Leistung, begründet für sich allein noch keine Rückleistungspflicht.

einen bestimmten, nicht gegebenen Leistungsgrund erbracht hat und dieser ausfällt)⁵⁶.

bb) Es wird die willentlich durch eine Verfügung ohne gültigen Rechtsgrund geschaffene Rechtslage aufrechterhalten, auch wenn infolge der Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung diese ungültig ist (vgl. oben § 4/VIII/4); der Freiwilligkeit und Irrtumsfreiheit der Leistung kommt im Ergebnis die Funktion eines gültigen Rechtsgrundes der Verfügung zu⁵⁷. Damit wird zum Beispiel bewirkt, dass die einem Urteilsunfähigen gemachte Schenkung nicht zurückgefordert werden kann, weil der Schenkende nicht irrtümlich oder im Hinblick auf einen ausgefallenen Leistungsgrund

⁵⁶ Vgl. dazu auch oben Ziff. II/1/c. - Zur Illustration ein Beispiel aus der Praxis: Ein Mann gibt einer jungen Dame grössere Beträge zur Ausstattung einer Wohnung (vom Gegenanwalt blumig «Liebesnest» genannt), wobei über den rechtlichen Grund (Schenkung? Darlehen? Ersatz gemachter Aufwendungen?) nicht gesprochen wird. Nach Abkühlung der Beziehungen fordert der ehemalige Verehrer, jeder Lebensart bar, das Geld zurück. Die Gerichte haben in vier Instanzen die Klage abgewiesen und im Sinne der hier vertretenen Auffassung eine *condictio sine causa* verneint, obwohl die Vereinbarung eines bestimmten Rechtsgrundes der Leistung nicht erwiesen war. Das Bundesgericht: «*Der Bereicherungskläger hat nach OR 62/II als Voraussetzung seines Anspruchs den Rechtsgrund, auf der die Zuwendung beruhte, sowie dessen Fehlen zu beweisen*» (p. 5 E. 3 des nichtveröffentlichten Urteils vom 10.2.1972 i. S. Chr. gegen V. M.). - Im Gegensatz hiezu wird in BGE 105 II 105 dem Empfänger der Nachweis eines «Grundes des Behaltens» zugeschoben, aus dem angeblichen Nichtzustandekommen eines Schenkungsvertrages ein Kondiktionsanspruch abgeleitet, obwohl die verfügende Person irrtumsfrei eine Zuwendung veranlasst hatte.

Das Irrtumserfordernis korrigiert die allzu schematische Regel, dass bei Nichtigkeit eines Vertrages (z. B. Formnichtigkeit) die erbrachten Leistungen zurückzuerstatten seien: Wenn beide Parteien ihre Leistungen erbracht haben, wird dies im Regelfall im Hinblick auf den Erhalt der Gegenleistung, nicht auf die rechtliche Geltung des zugrundeliegenden Geschäfts geschehen sein, so dass bei Aufrechterhaltung des Leistungsaustausches eine Rückforderung mangels Irrtums nicht zusteht. Wird umgekehrt eine Sachleistung (z. B. übereignetes Grundstück) infolge des Kausalitätsprinzips vindiziert werden, besteht in jedem Fall ein Kondiktionsanspruch hinsichtlich des bezahlten Preises.

⁵⁷ Diese Wirkung müsste nicht bloss im Bereich der obligatorisch wirkenden Konditionen, sondern auch bei Sach-Rückforderungen gelten, die in Deutschland der Kondiktion, in der Schweiz jedoch aufgrund der Rechtsgrundabhängigkeit der Sachübereignung der *Vindikation* unterliegen (oben Ziff. III/2/a). Wer eine von ihm freiwillig übereignete Sache zurückfordert, hat damit den Nachweis gemäss OR 63/I (Irrtum bei der Leistung) oder OR 62/II (Ausfallen des vorausgesetzten Leistungsgrundes) zu erbringen, womit verhindert wird, dass der Empfänger sich den Beweis eines gültigen Erwerbsgrundes sichern muss (Kondiktionsrecht als Ergänzung von ZGB 930). Es wird auch bewirkt, dass etwa im Fall der Nichtigkeit eines Kaufvertrages über ein Grundstück (z. B. infolge Formmangels wegen unrichtiger Verurkundung des Kaufpreises) im Falle der Abwicklung des Vertrages die Parteien die Leistungen nicht zurückfordern können. Während das Bundesgericht die Rückforderung nur unter dem Gesichtspunkt von ZGB 2 prüft (und dabei freilich durchwegs zu einem Ausschluss gelangt, vgl. die Zusammenstellung der Praxis bei BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, in ZBGR 1975, p. 65 ff.), wäre Rückabwicklung ganz allgemein auszuschliessen unter dem Gesichtspunkt fehlenden Irrtums bei der Leistungserbringung (darüber hinaus fällt auch in Betracht, dass nach Bereicherungsrecht Fehlen einer *causa* nicht zwangsläufig Vertragsungültigkeit bedeuten muss, sondern der *Erhalt der Gegenleistung* als solche betrachtet werden kann; vgl. dazu oben Ziff. II/1/c, IV/1/c).

geleistet hat⁵⁸. Die im Rahmen eines ungültigen Vertrages erbrachte Leistung braucht nicht zurückerstattet zu werden, wenn sie - wie im Regelfall - nicht im Hinblick auf die Gültigkeit des Vertrages, sondern in Erwartung der (tatsächlich erfolgten) Gegenleistung erbracht wird.

b) Verhältnis der Tatbestände von OR 63/I und OR 62/II zueinander

Leistungskonditionen setzen den Nachweis voraus, dass der Kondizierende *im Hinblick auf einen bestimmten Rechtsgrund*⁵⁹ *geleistet hat und dieser Grund der Leistung ausgefallen ist*. Die Fälle der Leistungskondition nach OR 62/II und OR 63/I sind als Einheit zu sehen; der aus diesen Gesetzesvorschriften abzuleitende gemeinsame Gesichtspunkt ist jener des Ausfalls *des bei der Leistung vorausgesetzten Leistungsgrundes*⁶⁰. Glaubte der Leistende im Sinne von OR 63/I, die von ihm erbrachte Leistung zu schulden, stand das Fehlen des Leistungsgrundes objektiv bereits im Zeitpunkt fest, wurde jedoch vom Leistenden irrtümlich verkannt. Dieser Sachverhalt ist gleich zu betrachten wie die in OR 62/II exemplifikativ genannten und in gemeinrechtlicher Tradition stehenden Bereicherungstypen; im Falle des «nicht verwirklichten Grundes» liegt, wie bei der Leistung auf vermeintliche Schuld, der Grund der Leistung im Zeitpunkt deren Erbringung nicht vor, mit dem Unterschied, dass der vorausgesetzte Grund nicht eine aktuelle Leistungspflicht darstellt (Beispiel: Leistung im Hinblick auf einen mit einem urteilsfähigen Minderjährigen geschlossenen Vertrag, der vom gesetzlichen Vertreter nicht genehmigt wird). Beim «nachträglich weggefallenen Grund» ist die causa der Leistung bei deren Erbringung gegeben, wird jedoch nachträglich aufgehoben (Beispiel: Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängel). Der in OR 62/II weiterhin genannte Fall der «Leistung ohne jeden Grund» deckt sich sachlogisch weitgehend mit dem «nicht verwirklichten Grund» (dazu folgend lit. c)⁶¹.

⁵⁸ Dies sollte auch bei Schenkung von Sachen bezüglich deren Vindikation gelten.

⁵⁹ Der dahingefallene Rechtsgrund darf nicht allzu technisch verstanden werden. Es reicht eine psychologische Kausalität, wie z. B. eine bevorstehende Heirat, welche Grund der Zuwendung bildete (BGE 82 II 436).

⁶⁰ Der Leistungsgrund kann nicht nur in einer Leistungspflicht bestehen, sondern auch in der Erwartung einer freiwilligen Gegenleistung. Dazu BGE 105 II 96, wo dem Mieter ein Rückforderungsanspruch für die in Erwartung einer längeren Mietdauer getätigten Aufwendungen zugebilligt wurde. Anders aber in BGE 104 II 202, wo der Mieter einen zehnjährigen Vertrag im ersten Jahr selbst gebrochen hat.

⁶¹ In der gemeinrechtlichen Tradition ist der Typus der «Leistung ohne jeden Grund» hauptsächlich für Dissensstatbestände gedacht, während derjenige des «nicht verwirklichten Grundes» das Ausbleiben der Gegenleistung im Rahmen der nicht klagbaren, wohl aber erfüllbaren Innominatkontrakte erfassen sollte.

c) «Fehlender Rechtsgrund» einer Leistung allein kein Kondiktionsgrund im Rahmen der Leistungskonditionen

Festzuhalten ist, dass in OR 62/II keine Generalklausel in dem Sinne erblickt werden darf, dass sämtliche «ohne jeden Grund» erbrachten Leistungen zurückgefordert werden können. Der Kondizierende muss vielmehr im Prozess beweisen, dass er im Hinblick auf einen bestimmten Grund (z. B. Bestehen eines zur fraglichen Leistung verpflichtenden Vertrages) geleistet hat und dieser als gegeben vorausgesetzte Grund nicht besteht. Dieser Schluss folgt aus der gemeinrechtlichen Tradition der «*condictio sine causa*» (vgl. oben Ziff. IV/1/a), ergibt sich aber auch aus dem Umstand, dass das Fehlen jeglichen Rechtsgrundes angesichts der unbegrenzten Zahl möglicher *causae* als solcher gar nicht erbracht werden kann, sondern nur das Fehlen eines bestimmten Rechtsgrundes beweisbar ist⁶². Insbesondere ist es unzulässig, im Prozess dem Beklagten den Beweis darüber zuzuschieben, dass er eine empfangene Leistung aufgrund guter *causa* erhalten hat, wer eine Leistung entgegennimmt, ist nicht verpflichtet, den Empfang zu rechtfertigen, um die Leistung behalten zu können⁶³.

d) Beweislast

Aus dem Fehlen von beweisrechtlichen Sondervorschriften ergibt sich, dass der Kondizierende zu beweisen hat, dass er irrtümlich oder im Hinblick auf eine ausgefallene *causa* geleistet hat. Diese Beweislastverteilung ist sachlogisch geboten, da nur so die Zwecke des Irrtumserfordernisses gewahrt werden⁶⁴.

e) Kein Irrtumserfordernis bei unfreiwilliger Leistung

Ein Irrtumsnachweis entfällt aus sachlogischen Gründen bei allen *unfreiwilligen Leistungen*, insbesondere den Zahlungen im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens⁶⁵ oder einer unter Zwang oder Drohung erbrachten Leistung. Der gezwungenermassen Leistende braucht nicht einmal das Fehlen eines Rechtsgrundes nachzuweisen⁶⁶; vielmehr hat der den Zwang Ausübende, der die erzwungene Leistung

⁶² Vgl. oben Ziff. II/1/d.

⁶³ Lediglich bei Leistung unter Rückforderungsvorbehalt wird eine von jedem Irrtumsnachweis unabhängige Rückforderungsmöglichkeit geschaffen (unten Anm. 71).

⁶⁴ Sie beruht auf guter gemeinrechtlicher Tradition, vgl. (infolge Fehlens von Sondervorschriften) Dresd. E. § 976 ff., sächsisches BGB §§ 1519 ff., ausdrücklich (wie heute OR 63/I) aOR 72/I und Zürich. PGB § 1222.

⁶⁵ Ein Irrtumsnachweis hinsichtlich des unterlassenen Rechtsvorschlages wird nicht gefordert, SchKG 86, und hat auch im Rahmen einer Kondiktionsklage gemäss OR 63 diesfalls keinen Platz.

⁶⁶ Dieser Nachweis wäre - vgl. oben Ziff. 2/c, II/1/d - nur im Hinblick auf einen bestimmten Rechtsgrund möglich, den der unfreiwillig Leistende gar nicht besitzt.

behalten will, den Behaltensgrund (d. h. das Bestehen seiner Forderung und den Rechtsgrund der Leistung) nachzuweisen⁶⁷.

f) *Kein Irrtumserfordernis bei Leistung eines Urteilsunfähigen*

Der (hinsichtlich seiner Leistung) Urteilsunfähige kann nicht «irren», weil seine Motive rechtlich nicht anerkannt werden; es liegt ein Fall von Zufallskondition vor (dazu unten Ziff. VI/3). Andererseits ist volle Handlungsfähigkeit (Mündigkeit) nicht Voraussetzung eines kondiktionsbegründenden Irrtums.

g) *Beispiele und Einzelfragen*

aa) Aus der einheitlichen Betrachtung der Kondiktionstypen gemäss OR 62/II und der *condictio indebiti* gemäss OR 63/I ergeben sich auch Folgerungen für das Verständnis des *Irrtumserfordernisses*:

Zum vornherein fällt ausser Betracht, dass *Verschulden* des Kondizierenden den Anspruch ausschliesse und bloss entschuldbarer Irrtum zur Kondiktion berechtige, da auch bei den anderen Fällen («sine causa» etc.) die Frage nicht gestellt wird, ob das Fehlen des Rechtsgrundes hätte erkannt werden können oder nicht und das Bereicherungsrecht seinem Wesen nach beidseitig verschuldensunabhängig konzipiert ist⁶⁸. Der Gefahr der Schädigung des Kondiktionsgegners ist durch die Entreicherungsseinrede gemäss OR 64 (unten Ziff. VII/6) vorgebeugt.

bb) Der Grund der falschen Annahme einer Leistungspflicht ist gleichgültig, insbesondere ist auch *Rechtsirrtum* ebenso erheblich wie irgendeine unrichtige faktische Annahme⁶⁹. Eine analoge Anwendung der Willensmängel-Regelung findet nicht statt, insbesondere darf nicht entsprechend OR 23/24 gefordert werden, dass der Irrtum des Leistenden «wesentlich» gewesen sei.

cc) Eine differenzierte Betrachtung erfordert die Frage, wieweit eine im *Zweifel über die Leistungspflicht* erbrachte Leistung kondiziert werden kann. Eine Auffassung, welche den Bereicherungsanspruch diesfalls allgemein ablehnt⁷⁰, geht zu

⁶⁷ Bei Leistungen im Betreibungsverfahren begründet das Unterlassen des Rechtsvorschlages die Vermutung, dass eine Leistungspflicht bestehe, so dass dem Rückfordernden der Beweis der Nichtschuld überbunden ist.

⁶⁸ Im Sinne der Zulassung von Bereicherungsansprüchen trotz Schuldhaftigkeit des Irrtums die Praxis seit BGE 64 II 127 E. 5. Dort auch Hinweise auf abweichende Auffassungen und komparatistische Dokumentation, p. 129. Vgl. auch Dresd. E. § 976, der die Kondiktion zulässt «ohne Unterschied, ob der Irrthum entschuldbar oder unentschuldbar gewesen ist, Thatsachen oder Rechtssätze betroffen hat». Anders noch Zürich. PGB § 1220, wonach die Rückforderung entfällt, wenn der «Irrthum ... keine Entschuldigung verdient».

⁶⁹ BGE 64 II 127 E. 5 lit. a; 70 II 272; 98 Ia 193 E. 4/b. Vgl. auch Dresd. E. § 976 (zit. vorausgehende Anm.) und - abweichend - Zürich. PGB § 1221.

⁷⁰ So insbes. v. T./P., § 52/IV/3 bei Anm. 75. KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 62, bejahen einen Rückforderungsanspruch nur bei Anbringung eines Vorbehalts, sonst sei er rechtsmissbräuchlich.

weit. Jemand kann leisten, obwohl er sich Rechenschaft gibt, dass der Grund der Leistung zweifelhaft ist, der Rückforderungsanspruch ist dann begründet, wenn der Leistende das Nichtbestehen des in Betracht gezogenen Leistungsgrundes nachweist.

Zweifel über die Leistungspflicht vermögen nur unter zusätzlichen Voraussetzungen die Kondiktion auszuschliessen: Wenn der Leistende zum Ausdruck bringt, dass er unerachtet der Frage des Bestehens einer Pflicht hiezu definitiv und ohne Rückforderungsvorbehalt eine Leistung erbringen will und bereit ist, ohne Rücksicht auf eine bestimmte causa zu leisten⁷¹. Hier ist Kondiktion ausgeschlossen, weil die zweifelhafte Leistungspflicht nicht Ursache der Leistung war, sondern diese schenkungshalber oder ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Rechtsgrund erfolgt (vgl. dazu auch oben lit. a/aa, c). Ebenso ist zwar die im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage erbrachte Leistung im Sinne v. TUHRS⁷² nicht rückforderbar, wenn sie «dem Frieden zuliebe» und in der Absicht vergleichsweiser Streiterledigung erfolgt (Leistungsgrund ist diesfalls nicht die streitige Leistungspflicht, sondern die Absicht der Streiterledigung); die Leistung ist indessen kondizierbar, wenn dieser Zweck nicht verwirklicht werden kann, d. h. wenn ein rechtsgültiger Vergleich schliesslich nicht zustande kommt oder von der Gegenpartei nicht eingehalten wird⁷³.

dd) Zur Frage der Rückforderung eines in Verletzung von Höchstpreisvorschriften bezahlten Überpreises vgl. unten Ziff. 3/b.

3. Erweiterung: Sonderfall der Rückforderung des (seitens des Leistungsempfängers) verwerflich Erworbenen

a) Von den römischen bzw. gemeinrechtlichen Kondiktionstypen hat der schweizerische Gesetzgeber neben der *condictio indebiti* (OR 63/I) in OR 62/II nur die *condictiones sine causa*, *causa data causa non secuta* und *ob causam finitam* beispielshalber erwähnt. Nicht genannt ist die *condictio ob turpem causam* bzw. *ob iniustam causam*⁷⁴. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber diesen in der gemeinrechtlichen Tradition fest verwurzelten Kondiktionstypus nicht ausschliessen

⁷¹ Erbringt jemand bei unklarer Rechtslage eine Leistung unter Rückforderungsvorbehalt, ersetzt dies den Irrtumsnachweis im Sinne von OR 63/I: Der Kondizierende hat nur nachzuweisen, dass der zur Zeit der Leistung zwischen den Parteien diskutierte Grund der Leistung nicht verwirklicht ist.

⁷² v. T./P., a.a.O.

⁷³ Die m. E. für das heutige Recht zutreffende Auffassung wird im Dresd. E. § 976 zum Ausdruck gebracht, wonach Kondiktion zulässig ist, «wenn die Leistung im Zweifel über das Bestehen einer rechtlichen Verbindlichkeit hiezu bewirkt worden ist, sofern nicht aus den Umständen erhellt, dass die Leistung auch für den Fall des Nichtbestehens der Verbindlichkeit bewirkt werden wollte». Ähnlich bereits sächsisches BGB § 1523.

⁷⁴ Anders das BGB, das in § 817 Satz 1 auf diesen Kondiktionstyp ausdrücklich Bezug nimmt. Ähnlich ABGB § 1174/I Satz 3 und Zürich. PGB § 1230.

wollte (wozu kein sachlicher Anlass bestand), vielmehr wurde unbedachterweise angenommen, dieser Fall würde von der exemplifikativen Umschreibung der Kondiktionstypen in OR 62/63 mit erfasst⁷⁵.

Die *Anwendungsfälle* der *condictio ob turpem vel iniustam causam* können ohne weiteres dem unter dieser Überschrift stehenden Titel der Digesten (Dig. 12, 5) entnommen werden: Geld, das gegeben wird, um die Begehung eines Verbrechens abzuwenden oder um die Herausgabe einer hinterlegten Sache oder eines (dem Leistenden zustehenden) Dokumentes zu erlangen (Dig. 12, 5, 2 pr. und 1)⁷⁶. Auf die gleiche Linie zu stellen ist der Rückforderungsanspruch des Übervorteilten gemäss Sondernorm von OR 21/I oder desjenigen, der einen durch irgendwelche Preiskontrollvorschriften nicht zulässigen Überpreis bezahlt hat.

Die traditionelle *condictio ob iniustam causam* erfasst sowohl Fälle, bei denen eine rechtlich anerkannte *causa* überhaupt fehlt (das erpresste Lösegeld) wie auch solche, bei denen nur die Art des Erlangens der Leistung zu missbilligen ist (die durch unzulässige Retention erwirkte Honorarzählung).

b) Der Tatbestand der Rückforderung des *in Verstoss gegen Höchstpreisvorschriften bezahlten Überpreises* ist wohl unter den im Gesetz zwar nicht genannten, aber auch in der Schweiz anzuerkennenden Typus der *condictio ob iniustam causam* zu subsumieren und dementsprechend die Kondiktion zuzulassen. Dieses Resultat dürfte auch dem legislatorischen Zweck der entsprechenden Höchstpreisvorschriften oft am besten dienen (dazu BGE 79 II 204 f., 84 II 179 ff.). Infolge der Nichterwähnung im Gesetz sieht sich die Praxis indessen veranlasst, die Kondiktion unter dem Blickwinkel des Irrtums des Zahlenden zu betrachten und damit oft zu einer Verweigerung der Kondiktion zu gelangen⁷⁷. Massgeblich müsste letztlich sein, ob der Preisvorschriften statuierende öffentlich-rechtliche Erlass eine Rückforderung von zuviel Bezahltem vorbehalten will oder nicht⁷⁸.

c) Im Zusammenhang mit der *condictio ob turpem vel iniustam causam* ist auch die von der Praxis zur Rechtfertigung oder Interpretation von OR 66 berufene Parömie «*in pari turpitudine melior est causa possidentis*» (bei gleicher Verwerflichkeit

⁷⁵ Wie oben Ziff. 1 und 2 gezeigt, hätte die Bezugnahme auf die in OR 62/II und 63/I genannten Kondiktionstypen durch den generellen Hinweis auf den Ausfall der bei der Leistung als Leistungsgrund vorausgesetzten *causa* ersetzt werden können. Die im Vordergrund stehenden Anwendungsfälle der *iniusta vel turpis causa* werden davon nicht erfasst: Der bei der Leistung vorausgesetzte Rechtsgrund ist gegeben, nur wird er von der Rechtsordnung nicht anerkannt, gibt keinen «Grund des Behaltens» für den Empfänger, der verwerflich gehandelt hat, ab.

⁷⁶ Würde ein Anwalt ihm anvertraute (nicht geldwerte) Akten unzulässigerweise nur unter der Voraussetzung der Bezahlung einer Honorarnote herausgeben, könnte die Zahlung ohne Nachweis eines Irrtums zurückgefordert werden, vgl. dazu sogleich im Text.

⁷⁷ So BGE 93 II 107 und 85 IV 106. Die Kondiktion wurde (als *condictio indebiti* gemäss OR 63/I) gutgeheissen infolge Unkenntnis der Höchstpreisvorschrift seitens des Zahlenden in BGE 98 Ia 192.

⁷⁸ Vgl. dazu BUCHER, ZSR 1983, p. 297-300.

- Die Rückforderung ausdrücklich vorbehaltend BewG (Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland) Art. 26/IV lit. b.

ist der Besitzer in besserer Rechtslage) zu sehen. Der Satz findet sich nicht in den römischen Quellen, sondern wurde vom Gemeinen Recht entwickelt. Es kommt ihm indessen nicht die allgemeine und weittragende Bedeutung zu, welche ihm heute gerne beigelegt wird. Seine Bedeutung lag ausschliesslich darin, bei den *condictiones ob iniustam vel turpem causam* demjenigen Partner, auf dessen Seite die Verwerflichkeit begründet lag, die Klage abzuschneiden. Es ist eine Ironie der Kodifikationsgeschichte, dass in der Gesetzgebung der genannte Kondiktionstypus vergessen wurde, dessen Einschränkung dagegen beibehalten, als allgemeiner Grundsatz herausgestellt und von der Praxis zu einem Prinzip mit weittragenden und unkontrollierten Konsequenzen gemacht wurde⁷⁹.

4. Sonderfrage: Kondiktion von Forderungen

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass die Bereicherung *in natura*, nicht umgerechnet in deren Geldwert, zurückzuerstatten ist⁸⁰. Besteht die Bereicherung darin, dass dem Bereicherten zu Unrecht eine Forderung zugekommen ist, muss dieser Vorgang rückgängig gemacht, d. h. die Forderung rückziediert werden⁸¹.

Die grundlos zugekommene Forderung kann sich *gegen einen Dritten* richten; dies ist der Fall, wenn der Entreicherte dem Bereicherten eine Forderung *grundlos zediert* hat⁸². Fehlte es an einem gültigen Grundgeschäft der Zession, so ist diese durch Retrozession rückgängig zu machen⁸³. Eine Klage auf Rückzession wird allerdings kaum praktisch werden⁸⁴.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung kann auch dadurch entstehen, dass der Entreicherte zugunsten des Bereicherten eine zwar gültige, jedoch im Sinne des Bereicherungsrechts grundlose *Forderung gegen sich selber* begründet. Dies kann nur

⁷⁹ Vgl. dazu im weiteren unten Ziff. V/1 und 2. - Grotesk ist es, dass dieser Grundsatz dazu führen kann, dass gerade auch in jenen Fällen die Kondiktion abgeschnitten wird, für welche die *condictio ob iniustam vel turpem causam* wesensmässig bestimmt ist: z. B. die Rückforderung des Überpreises im Rahmen eines gegen Höchstpreisvorschriften verstossenden Geschäfts. Vgl. die Hinweise bei V. BÜREN, Bemerkungen zu Art. 66 OR, in SJZ 58/1962, p. 225-229, bes. 226 Anm. 4 und 5; im übrigen auch oben lit. b.

⁸⁰ Dieses selbstverständliche kondiktionsrechtliche Prinzip gelangt in der Schweiz fast in Vergessenheit, weil sich angesichts der Kausalität des Eigentumserwerbs kaum Beispiele von Sachkonditionen finden lassen. Es findet noch Anwendung bei abstrakten Forderungszuwendungen (Zession) und abstrakten Forderungsbegründungen. Vgl. dazu das Folgende.

⁸¹ Keineswegs wird, vor Inkasso, der Forderungsbetrag selbst geschuldet; Kondiktionsgegenstand ist die Forderung einschliesslich des ihr innewohnenden Risikos der Einbringlichkeit.

⁸² Dies wäre anders, wenn man die Zession als kausale Verfügung betrachten wollte, welche Auffassung indessen abzulehnen ist. Vgl. § 31/III/4.

⁸³ Was nach Ansicht des Verfassers ohne Errichtung einer neuen Zessionsurkunde sollte geschehen dürfen; vgl. oben § 31/III/2/c.

⁸⁴ Vgl. § 31/VII/2.

im Rahmen echter abstrakter Forderungsbegründung geschehen, z. B. durch Wechselakzept oder in den seltenen Fällen, da der Schuldner materiell-abstrakt sich zu einer bestimmten Leistung verpflichtet⁸⁵. Die Möglichkeit «abstrakter» Forderungen führt zwangsläufig dazu, dass im Sinne des Bereicherungsrechts «sine causa»⁸⁶ eine gültige Forderung *begründet* werden kann und diesfalls die Bereicherung in einer Forderung des Bereicherten gegen den Entreicherten besteht⁸⁷, vorausgesetzt, dass auch hier die sonstigen Voraussetzungen der Leistungskondiktion (z. B. Irrtum der Forderungsbegründung) gegeben sind. Dies bedeutet nun keineswegs, dass der Bereicherungsanspruch durch Klage auf Abtretung der Forderung an den Entreicherten (den Schuldner) geltend gemacht werden muss. Vielmehr erwächst letzterem eine *Einrede*, mit der er dem Anspruch des Gläubigers aus der sine causa bestehenden Forderung seinen (bereicherungsrechtlichen) Anspruch auf Abtretung (bzw. Nichtgeltendmachung) eben dieser Forderung entgegenhalten kann⁸⁸. Auf diese Situation ist OR 67/II ausgerichtet: Es soll auch noch nach Jahr und Tag (d. h. nach Ablauf der einjährigen Frist der Kondiktionsverjährung gemäss OR 67/I) der Schuldner der sine causa begründeten Forderung die Einrede erheben können⁸⁹.

Praktische Bedeutung erlangt die Kondiktion von Forderungen gegen den Entreicherten insbesondere bei Wechselakzepten: Liegt die Bereicherung in der grundlosen Hingabe eines Wechsels, hat der Entreicherte gegenüber dem bereicherten Wechselnehmer eine Einrede gemäss OR 979 (vgl. auch OR 1007) und eine Forderung nach OR 62 f. auf Rückgabe des Wechsels (vgl. unten Ziff. VII/1; zum Ganzen v. T./P., § 23/III, § 52/VIII/4). Der auf den Wechsel bezogene Rückforderungsanspruch verjährt binnen eines Jahres gemäss OR 67/I, dagegen entsteht ein neuer Bereicherungsanspruch mit eigenem Fristenlauf mit der Einlösung des Wechsels.

⁸⁵ Vgl. dazu oben § 5/IV/1, 2/d. - In den «normalen» Fällen schuld begründender Verträge besteht der Anspruch nur im Rahmen des gesamten Schuldverhältnisses und entfällt bei Ungültigkeit des begründenden Vertrages, ohne zu einer Bereicherung zu führen.

⁸⁶ Vgl. dazu oben Ziff. IV/1/b, 2/c.

⁸⁷ Umgekehrt würde ich, anders als die überwiegende Auffassung in Deutschland, eine Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim Erlass nicht für sinnvoll oder notwendig halten (vgl. dazu oben § 22/I/5), so dass sich bei Grundlosigkeit des Schuldverhältnisses eine Aufhebungsmöglichkeit nach den Regeln der Willensmängel ergibt (falls nicht Dissens vorliegt), die im Falle erfolgreicher Irrtumsanfechtung zu Vertragsnichtigkeit und damit automatischem Weiterbestand (ex tunc) der «aufgehobenen» Forderung führt.

⁸⁸ Ein Verrechnungstatbestand im eigentlichen Sinne kann nicht angenommen werden, da es genau genommen an der Gleichartigkeit der Forderungen fehlt.

⁸⁹ Nach dem wohlbegründeten Grundsatz «Forderung vergeht - Einrede besteht», die z. B. im Rahmen des Kaufrechts in OR 210/II Ausdruck findet.

OR 67/II ist nicht «sinnlos», wie G./M./K., p. 204 annehmen: Ohne diese Bestimmung könnte derjenige, der eine abstrakte Schuld (z. B. durch Novierung einer vorbestehenden Schuld, Wechselakzept od. dgl.) begründet hat, nach Ablauf eines Jahres nicht mehr einwenden, dass die Forderungsbegründung im Sinne des Kondiktionsrechts sine causa erfolgt sei. - Zum Ganzen auch v. T./P., § 32/III.

5. Sonderfrage: Zulässigkeit der «actio de in rem verso»?

Das Römische Recht erkannte die *actio de in rem verso* zu, wenn ein Gewaltunterworfenener (Hauskind, Sklave) eine erlangte Vertragsleistung zugunsten des Gewalthabers verwendet und damit dessen Bereicherung bewirkt hatte. Von hier ausgehend wurde eine der «Versionsklage» entsprechende Klage gegen den Bereicherten allenfalls auch gewährt, wenn die Leistung an eine unabhängige Person gegangen und von dieser an einen Dritten (insbesondere dessen Geschäftsherrn) geleitet worden war⁹⁰. Das ALR statuierte einen allgemeinen Anspruch auf Ersatz nützlicher Verwendungen⁹¹; ähnlich heute noch ABGB § 1041. Der französische CC enthält keine Regel, indessen hat 1892 die Cour de Cassation im berühmt gewordenen «Fall Boudier» im praktischen Ergebnis eine Versionsklage gutgeheissen⁹².

Das schweizerische OR wie das deutsche BGB haben einen der *actio de in rem verso* entsprechenden Ausgleichsanspruch nicht zuerkannt⁹³. Auch die Praxis hat bisher keine Konzession gemacht. In BGE 87 II 20 hat das Bundesgericht, ohne auf die hier besprochene Theorie einzugehen, einen Versionsanspruch abgewiesen: Wer einem Darlehensbetrüger Geld aushändigt, kann nicht von demjenigen, der vom Betrüger aus diesem Geld eine «Gewinnbeteiligung» ausgerichtet erhalten hat, diesen Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen⁹⁴. Ebenso ist gemäss BGE 106 II 29 ein Gläubiger, dessen Schuldner sich die Mittel zur Tilgung seiner Schuld durch unrechtmässige Verfügung über das von ihm verwaltete Bankkonto eines Dritten verschafft, diesem gegenüber nicht ungerechtfertigt bereichert.

⁹⁰ Zur *actio de in rem verso* im Römischen bzw. Gemeinen Recht vgl. WINDSCHEID, II, § 373 Anm. 11, § 484, evtl. § 421 Anm. 2, KASER, § 49/II/1/b; Dig. 15, 3 («de in rem verso»). Die Klage wird als selbständiger Typus, nicht als Kondiktionsklage verstanden. Weiterhin D. KÖNIG, Der Bereicherungsanspruch des Drittempfängers einer Vertragsleistung nach französischem Recht (Arb. z. Rvgl. Bd. 133, Frankfurt a. M. / Berlin 1967); A. v. TUHR, *Actio de in rem verso*, zugleich Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, Freiburg i. Br. 1895.

⁹¹ ALR I, 13 § 262: «Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück-, oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt.»

⁹² Dazu FERID, Bd. 2, p. 936 f): «Ein Händler hatte einem Gutspächter Dünger geliefert, der zur Bestellung der gepachteten Felder verwendet wurde. Da der zahlungsunfähige Pächter seine Verpflichtungen auch gegenüber dem Eigentümer nicht erfüllte, wurde der Pachtvertrag gemäss Art. 1184 aufgelöst. Der Händler verklagte den Eigentümer, an den die mit dem gelieferten Dünger bestellten Felder zurückgefallen waren, aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Mit dieser Klage drang der Händler durch.» Vgl. dazu weiter ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 274 ff.

⁹³ Zur Bedeutung von BGB § 822 vgl. das Folgende.

⁹⁴ Vgl. auch v. T./P., § 54/II/2.

Dagegen ist zu fordern, dass die in BGB § 822 niedergelegten Regeln⁹⁵ auch in der Schweiz angewendet werden⁹⁶. Es geht darum, nach Möglichkeit zu verhindern, dass bei Entäusserung der Bereicherung der Entreicherte leer ausgeht; insbesondere sollte derjenige, der gestohlenen Geld u. ä. (in gutem Glauben) geschenkt erhält und durch Vermischung originär Eigentum erwirbt, die Bereicherung herausgeben müssen⁹⁷.

V. Ausschlussgründe der Leistungskondition (OR 66, 63/II)

1. Der Grundsatz des Ausschlusses der Rückforderung des zur Verfolgung missbilliger Zwecke Hingegebenen (OR 66)

Wie bereits aOR 75 sagt OR 66: «Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.» Diese Gesetzesvorschrift ist sachlich gerechtfertigt, soweit sie die Rückforderung einer Gegenleistung für ein verwerfliches oder widerrechtliches Verhalten («Gauernerlohn») ausschliesst. Die Gerichtsbarkeit ist nicht dazu da und dem Richter soll nicht die Aufgabe zugemutet werden, in Verhältnissen allseitiger Korruption Ordnung zu schaffen.

Der auf lange Tradition zurückgehende Rechtsgedanke ist zwar in seinem eigentlichen Anwendungsgebiet gerechtfertigt; im übrigen muss die ausweitende, weder sachlich zu begründende noch mit dem Gesetz zu vereinbarende Auslegung, welche das Bundesgericht dieser Bestimmung gegeben hat, bedauert werden.

Entstehungsgeschichtlich geht OR 66 auf die *condictio ob iniustam causam* bzw. *ob turpem causam* zurück (vgl. dazu oben Ziff. IV/1/a und IV/3), in deren Rahmen eine Einschränkung notwendig war, um demjenigen Teil, der verwerflich gehandelt hatte, die Rückforderung abzuschneiden⁹⁸. Dieser (in der Folge in die

⁹⁵ BGB § 822: «Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.» - Damit wird der Hauptbereich der *actio de in rem verso* allerdings nicht abgedeckt, da nicht bei Vertragsansprüchen, sondern nur im Fall von Bereicherungsansprüchen nach § 822 gegen den Empfänger vorgegangen werden kann.

⁹⁶ Zur Begründung vgl. v. T./P., § 54/II/1.

⁹⁷ Dabei scheint es richtiger, anders als in BGB § 822 nicht darauf abzustellen, ob infolge der Zuwendung der Entreicherte seinen Bereicherungsanspruch eingebüsst hat, als vielmehr darauf, ob der Anspruch gegen den primär Verpflichteten nicht einbringlich ist.

⁹⁸ So sollte mit der *condictio ob turpem causam* zwar der Geber eines erpressten Lösegeldes zurückfordern können, nicht jedoch (infolge der eigenen Verwerflichkeit) der Dieb, der ein Schweigegeld bezahlt hatte. In dieser Richtung schon ULPPIAN in Dig. 12, 5, 2 pr. gegenüber PAULUS Dig. 12, 5, 1. Dirnenlohn kann nicht zurückgefordert werden; vgl. dazu Dig. 12, 5, 4, 3: «illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.». Verwerflich ist, dass die Dirne sich zur Dirne macht, nicht, dass sie als solche Geld nimmt.

Parömie «in pari turpitudine melior est causa possidentis» gekleidete) Gedanke hat sich in der Gesetzgebung in den Vordergrund gedrängt und schliesslich sich auch dann noch halten können, als die *condictiones ob iniustam vel turpem causam* als Sondertypen im Gesetz keine Erwähnung mehr fanden (oben Ziff. IV/3). Der vom Gesetzgeber verfolgte Gedanke ist einfach und sowohl aufgrund der pandektistischen Tradition wie des Gesetzestextes leicht zu erfassen: Es soll derjenige nicht zurückfordern können, der mit der Hingabe einen verwerflichen Zweck verfolgt hat und dessen Leistungsgrund damit seinerseits verwerflich war, die *condictio ob iniustam vel turpem causam* soll damit auf jene Fälle beschränkt werden, in denen die Verwerflichkeit des Leistungszweckes nur beim Empfänger, nicht auch beim Leistenden liegt.

Hinsichtlich der Gewinnung des Massstabes der in OR 66 genannten «*Unsittlichkeit*» kann auf § 15/V/2 verwiesen werden. Die weiterhin genannte «*Rechtswidrigkeit*» des Erfolges ist dann gegeben, wenn der Leistende erreichen will, dass der Empfänger durch die Leistung bewegt eine durch das Strafgesetz oder Sonderbestimmungen pönalisierte Tat begehe⁹⁹.

Von v. TUHR u. a. wird die Auffassung vertreten, dass eine im Hinblick auf einen wegen Sitten- bzw. Rechtswidrigkeit gemäss OR 20 nichtigen Vertrag erbrachte Leistung nicht zurückgefordert werden könne¹⁰⁰. Obwohl im Ergebnis wenigstens teilweise zutreffend, ist diese Betrachtungsweise bereits im Ansatz verfehlt: Das Bereicherungsrecht soll seinem Wesen nach Zuwendungen rückgängig machen; es bezieht sich demnach auf Verfügungsgeschäfte, während ein hiezu verpflichtendes gültiges Verpflichtungsgeschäft in jedem Kondiktionsfall fehlt, da sonst die Bereicherung nicht ungerechtfertigt wäre. Der Grund, weshalb eine *causa* fehlt, hat im Bereicherungsrecht grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben. Massgebend ist, ob im Zeitpunkt der Leistungserbringung, d. h. des Vollzugs des Verfügungsgeschäfts, die Zuwendung zu einem verwerflichen Zweck erfolgt oder nicht, was keineswegs bei allen Leistungen aufgrund von gemäss OR 20 nichtigen Verträgen für beide Parteien zutrifft. Zum vornherein muss im übrigen unberücksichtigt bleiben, ob der der Leistung zugrundeliegende Vertrag in geschehener Form nicht hätte geschlossen werden dürfen, weil in ihm z. B. eine übermässige Beschränkung der persönlichen Freiheit des einen Vertragspartners liegt und der Vertrag gemäss ZGB 27 für diesen nicht bindend ist (vgl. dazu oben § 15/VII) oder weil der eine Vertragspartner (z. B. mangels der erforderlichen Bewilligung zum fraglichen Geschäft) den Vertrag nicht

⁹⁹ Wieweit nicht mit Strafsanktionen bedrohte, sondern durch sonstige ausdrückliche Gesetzesnorm verpönte Verhaltensweisen ebenfalls in Betracht kommen, möge offenbleiben.

¹⁰⁰ v. T./P., § 52/VI/2; ähnlich auch ZR 81, Nr. 54.

hätte schliessen dürfen¹⁰¹. Die Tatsache, dass eine Leistung im Hinblick auf einen gemäss OR 20 nichtigen Vertrag erbracht wurde, sollte nicht als Ausschlussgrund der Rückforderung betrachtet werden, setzt doch Kondiktion immer Fehlen eines gültigen Leistungsgrundes, d. h. hier Fehlen eines Vertrages, voraus. So könnten nach der hier abgelehnten Auffassung die Parteien dann kondizieren, wenn sie den aufgrund von OR 20 beanstandeten Vertrag überhaupt nicht geschlossen und die gleichen Leistungen vertragslos erbracht hätten¹⁰².

Ist das in Frage stehende Geschäft *rechtswidrig*, so beurteilt sich die Frage, ob die eine oder beide der unzulässigerweise erbrachten Leistungen zurückgefordert werden können, nicht nach OR 20 oder OR 66, sondern in Auslegung der das Geschäft verbotenden öffentlich-rechtlichen Norm¹⁰³. Wie in richtiger Sicht der Dinge Vertragsnichtigkeit nur angenommen werden soll, wenn Wortlaut oder Zweck des fraglichen öffentlich-rechtlichen Erlasses diese Rechtsfolge fordert¹⁰⁴, muss noch eher gelten, dass die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen nur dann versagt ist, wenn der fragliche öffentlich-rechtliche Erlass diese Sanktion verlangt¹⁰⁵.

2. Die bundesgerichtliche Praxis zu OR 66

Während die meisten Entscheidungen des Bundesgerichts eine sinngemässe Verwirklichung des in OR 66 liegenden Gedankens darstellen, verkennen umgekehrt einige wenige das Wesen der Rückforderungsbeschränkung (BGE 74 II 26, besonders schlimm neuestens BGE 102 II 402). Generell ist die Rechtsprechung von der Irrmeinung beeinflusst, OR 66 als Ausfluss von OR 20 zu betrachten, was zu dem

¹⁰¹ Das hier für Vertragsnichtigkeit aufgrund von OR 20 Gesagte gilt auch im Falle von «Formnichtigkeit» von Verträgen, deren Abschluss missbilligenswert ist: Wird bei einem Grundstückkauf aus Gründen der «Steuerersparnis» der Kaufpreis zu niedrig verkündet und ist daher der Vertrag nichtig (vgl. dazu OR/BT, § 5/III/2/f, g), ist Rückforderung des Bezahlten nicht aufgrund von OR 66, sondern wegen Mangels des Irrtums bei der Zahlung (oben Ziff. IV/2) ausgeschlossen, sofern das Motiv der Zahlung (Erlangung der Gegenleistung) aufrecht bleibt (selbst die Grundbuchberichtigungsklage entfällt aus gleichen Überlegungen aufgrund von ZGB 2; vgl. OR/BT, § 5/III/2/g).

¹⁰² Im Ausland wird klar erkannt, dass die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unzulässigkeit des Inhalts für sich allein noch keinen Grund darstellen kann, die Rückforderung abzuschneiden. Vgl. BGB § 817 und ABGB § 1174 sowie Doktrin und Praxis hiezu, etwa WILBURG, in Klangs Komm. zum ABGB, § 1174 N. B/I/3; GSCHNITZER, Lehrb. des österr. bürg. Rechts, Schuldrecht, Bes. Teil, Wien / New York 1963, § 37/E/4, p. 138.

¹⁰³ Vgl. dazu oben IV/3 und Hinweise Anm. 78.

¹⁰⁴ Vgl. dazu oben § 15/IV/3 und Anm. 69.

¹⁰⁵ BGE 79 II 204/5 und 84 II 179 ff. mit Beispiel eines Erlasses, der Rückforderung zulässt (diese Möglichkeit ist sachlogisch bei den Erlassen mit der Tendenz der Preislimitierung gefordert). Die in BGE 82 II 76 E. 4 vertretene Auffassung, dass mangels einer die Rückforderung erlaubenden öffentlichrechtlichen Norm OR 66 durchgreife, stellt die Verhältnisse auf den Kopf!

im Bereicherungsrecht unzulässigen Abstellen auf die Gründe des Fehlens einer gültigen causa der Zuwendung führt. Sodann besteht die Tendenz, den Anwendungsbereich von OR 66 über seine ursprüngliche Funktion der Eingrenzung der *condictio ob turpem vel iniustam causam* weit hinausgehend zu einem formalisierten und wertender Kontrolle entzogenen Rechtsprinzip zu machen.

Im folgenden seien die wichtigsten höchstrichterlichen Entscheidungen zu OR 66 skizziert¹⁰⁶:

- *BGE 37 II 67 E. 4*: Jemand zahlt seinem Schwiegervater grössere Beträge, um diese dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Rückforderungsklage wird unter Berufung auf aOR 75 abgewiesen, was v. TUHR zutreffend als zu weitgehend kritisiert (v. T./P., § 52, p. 492 bei Anm. 114). Wäre auch im Konkursfall (zulasten der Gläubiger) so entschieden worden?
- *BGE 41 II 486*. Klient, der mit seinem Anwalt ein (für diesen) verbotenes *pactum de quota litis* geschlossen hat, kann das Geleistete, soweit nicht als tarifmässiges Honorar des Anwaltes gerechtfertigt, zurückfordern. Dieser (richtig entschiedene) Fall, der trotz Vertragsmängel die Rückforderung zulässt, zeigt deutlich, dass die Vertragsungültigkeit kein taugliches Kriterium des Rückforderungsausschlusses ist, und zwar nicht bloss im Einzelfall, sondern schlechthin.
- *BGE 66 II 258 ff.* Der (nach Erbteilung) bezahlte Lohn für eine erfolgreiche Beihilfe bei Erbschleicherei kann gemäss OR 66 nicht zurückgefordert werden (E. 2); Einsicht in die Verwerflichkeit wird beim Leistenden nicht vorausgesetzt (E. 3).
- *BGE 74 II 26 f. E. 2, 3*. Eine Geldleistung zur Beschaffung von Gold an eine Person, die gemäss damals geltendem Bundesratsbeschluss nicht zum Goldhandel konzessioniert war, kann nicht zurückgefordert werden. Unhaltbar¹⁰⁷! Eine Abschwächung erfolgt in *BGE 75 II 295*, wo die Bedenklichkeit der Regel des *BGE 74 II 26* erkannt wird. - Im übrigen statuiert E. 3, p. 295 f. die Regel, dass eine *Schuldanererkennung*, welche zur Rückerstattung einer nicht kondizierbaren Leistung verpflichtet, ein OR 66 überspielender selbständiger Forderungstitel sei¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Neben den nachfolgend genannten Entscheidungen vermerken die Register der Bundesgerichtsentscheidungen noch die folgenden: (zu aOR 75) *BGE 19*, p. 383 f., *20*, p. 610 E. 3-5, *25 II 830 E. 2*, *26 II 143 E. 2*, *29 II 478 f. E. 5*. Zu OR 66 neben den unten genannten insbesondere *79 II 204/5* und *95 II 41*.

¹⁰⁷ Zur Begründung wird sogar das Römische Recht in Anspruch genommen (p. 28: «Damit - scil. durch OR 66 - wird der schon im römischen Recht geltende Grundsatz <in pari turpitudine melior est causa possidentis> auch für das schweizerische Recht anerkannt»). Zu Unrecht, wie oben Ziff. IV/3c gezeigt wurde. - Auf die zitierte Parömie beruft sich die Praxis auch sonst gerne (z. B. *BGE 95 II Nr. 6*, p. 42).

¹⁰⁸ Im Tatbestand gemäss *BGE 75 II 293 f.* war derjenige, der im Rahmen einer unzulässigen, Goldtransaktion empfangene Goldstücke nicht zurückgab, wegen Veruntreuung bestraft worden, was jedoch unter Zugrundelegung der Praxis gemäss *BGE 74 II 26* nicht mehr zugänglich ist, kann man doch eine Sache, die man nicht schuldet, auch nicht veruntreuen (*BGE 75 II 295* spricht euphemistisch von einem «stossenden Zwiespalt» bezüglich Ausschluss der Kondiktion trotz feststehender Veruntreuung).

- *BGE 76 II 369 E. 5* bringt zum Ausdruck, dass eine als Schweigegeld erbrachte und dabei gemäss OR 66 an sich nicht rückforderbare Leistung doch kondiziert werden kann, wenn sie unter Drohung (mit Erstattung von Strafanzeige) geleistet worden war (Anwendung von ZGB 2).
- *BGE 84 II 180*. Dieser Entscheid, der im übrigen die intertemporalrechtliche Anwendbarkeit des BRB über Massnahmen gegen die Bodenspekulation betrifft, bezeichnet «die vom Gesetz getroffene Ordnung» (scil. OR 66, gemeint im Verständnis des Bundesgerichts) «als eine gesetzgeberisch fragwürdige Lösung, da sie je nach den Umständen zu moralisch unbefriedigenden Ergebnissen führen kann» (p. 184)¹⁰⁹.
- *BGE 95 II 38*. Ausschluss der Rückforderung von Leistungen mit schmiergeldähnlichem Charakter.
- *BGE 99 Ia 418*. Der Beauftragte, der zu sittenwidrigem Zweck (Auszahlung von Bestechungsgeldern) Geld erhält, dies jedoch nicht instruktionsgemäss verwendet, kann dem Rückforderungsanspruch OR 66 nicht entgegenhalten.
- *BGE 102 II 402 ff.* Von einer Kleinkreditbank wurde im Verstoss gegen die (inzwischen aufgehobene) Bestimmung von Art. 3/I der VO vom 10.1.1973 über Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte ein Darlehen eingeräumt, ohne dass ein früheres bereits vollständig zurückerstattet gewesen wäre. Nach dem Bundesgericht ist der Darlehensvertrag nichtig und daher die Rückforderung der hingegebenen Darlehensvaluta nach OR 66 ausgeschlossen, was, wie gesehen, nicht schlüssig ist: Massgeblich ist allein, ob die Geldhingabe als solche (Darlehensausbezahlung) einen «rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg» anstrebte, was keinesfalls angenommen werden kann¹¹⁰. Weiterhin muss im Falle der Annahme eines «rechtswidrigen Erfolges» wenigstens dann, wenn die Rechtswidrigkeit nicht auf gemeinem Strafrecht oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern nur auf Sondererlassen beruht¹¹¹, für eine Rückforderungs-Verweigerung verlangt werden, dass der den fraglichen Erfolg

¹⁰⁹ Es gelangt hier zum Ausdruck, dass das gesetzgeberische Ziel eines öffentlich-rechtlichen Erlasses die Rückforderbarkeit einer Leistung und nicht deren Ausschluss verlangen kann (p. 185), woraus zu folgern wäre, dass (entgegen *BGE 82 II 76 E. 4*, oben Anm. 105) OR 66 nicht zur Anwendung kommt, wenn nicht der Sinn der öffentlich-rechtlichen Norm den Ausschluss der Kondiktion fordert.

¹¹⁰ Nicht das Ergebnis der Darlehensüberlassung als solches ist widerrechtlich, sondern nur die Modalitäten der Einräumung des Darlehens. An der Wurzel der Fehlüberlegungen steht wohl auch hier die Berücksichtigung des Grundes des Fehlens eines gültigen Vertrages (Nichtigkeit des Darlehensvertrages nach OR 20), welcher Gesichtspunkt im Kondiktionsrecht ausserhalb der Betrachtungen zu bleiben hat (vorstehend Ziff. 1).

¹¹¹ Der englische Jurist unterscheidet zwischen einem «*malum prohibitum*» und einem «*malum per se*», d. h. einer Verhaltensweise, die ein Übel an sich ist, und einer solchen, die bloss ein Übel ist, weil es dem Gesetzgeber gefallen hat, sie zu untersagen und damit als Übel zu erklären. Der tiefe Sinn, der dieser Unterscheidung zugrunde liegt, sollte auch auf dem Kontinent mehr bedacht werden.

untersagende Gesetzeserlass die Rückforderung ausschliesse¹¹², im gegebenen Fall schloss die fragliche Verordnung einen Rückforderungsanspruch nicht aus (der angestrebte Erfolg wurde mit scharfen Bussanktionen gesichert)¹¹³.

3. Keine Rückforderung bei Erfüllung sittlicher oder verjährter Pflichten (OR 63/II)

Das Gesetz schliesst die Rückforderung aus, wenn jemand eine verjährte Schuld bezahlt oder eine sittliche Pflicht erfüllt hat. Es liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Naturalobligation erfüllt wurde, die zwar nicht klagbar war, jedoch im Falle deren Erfüllung eine Einrede gewährt¹¹⁴.

Im Falle der *Erfüllung einer verjährten Schuld* hilft es dem leistenden Schuldner nicht, dass er um die Verjährung nicht wusste. In jedem Fall erfüllt er eine gültige Schuld; die verjährungsrechtliche Betrachtungsweise, dass eine verjährte Schuld vorerst eine voll gültige Schuld sei und erst durch die Erhebung der Verjährungseinrede unwirksam gemacht werde, will gerade diesem Sachverhalt Rechnung tragen.

Die *Erfüllung sittlicher Pflicht* ist insofern ausdehnend zu verstehen, als damit auch alle von Rechts wegen als unklagbare Verbindlichkeiten ausgestalteten Schulden dazu gerechnet werden, so die Forderung des Heiratsvermittlers (OR 416), wie jene aus Spiel und Wette (OR 513). Auch hier ist ein die Leistung veranlassender Irrtum unerheblich (der Leistende glaubte, zur Leistung verpflichtet zu sein), wenn nur eine sittliche Pflicht zu deren Erbringung vorlag. Dagegen wäre eine Rückforderungsklage gutzuheissen, wenn eine Leistung aufgrund einer angenommenen sittlichen Pflicht erbracht wurde, die nicht besteht¹¹⁵.

¹¹² Umgekehrt muss die Rückforderung nicht, um möglich zu sein, ausdrücklich zugelassen werden, wie dies im in BGE 84 II 180 zu beurteilenden Erlass zutraf.

¹¹³ Aufgrund welcher nichtiger Umstände nach der bundesgerichtlichen Praxis jemand um seinen Bereicherungsanspruch gebracht wird, mag im übrigen daraus ersehen werden, dass die Entscheidung des an die Vorinstanz zurückgewiesenen Falles im Ergebnis davon abhängt, ob der Darlehensnehmer bei Abschluss des fraglichen Darlehensvertrages die frühere Darlehensschuld durch teilweise Verrechnung mit dem neuen Darlehen tilgte oder aber vorgängig der Aushändigung des neuen Darlehens die alte Darlehensschuld in bar zurückzahlte (dies vielleicht mit Geld, das ihm von einem Dritten für einige Minuten zur Verfügung gestellt war). - Vgl. im übrigen auch Voraufgabe, p. 623 f.

¹¹⁴ Auch die Regel von Art. 109 von MUNZINGERS Entwurf von 1870 «Ist eine Schuld irrtümlich bezahlt worden, bevor sie fällig war, so findet eine Rückforderung nicht statt» hat (trotz deren Nichtaufnahme ins Gesetz) zweifellos Geltung.

¹¹⁵ Vgl. dazu ZR 81, Nr. 54.

VI. Die übrigen Kondiktionsfälle («Nicht-Leistungskondiktion»)

1. Allgemeines

Die vorstehend besprochenen Leistungskonditionen unterliegen einheitlichen Gesichtspunkten; insbesondere sind sie gegenüber den sonstigen Kondiktionsfällen an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft. Hier sind die (praktisch weniger bedeutsamen) verbleibenden Kondiktionstatbestände zu nennen, die nicht auf einer Leistung des Entreicherten, sondern umgekehrt auf einem Eingriff des Bereicherten («*Eingriffskondiktion*»; im folgenden Ziff. 2) oder auf Zufall («*Zufallskondiktion*»; unten Ziff. 3) beruhen. An Stelle des Nachweises des Fehlens eines bei Leistungserbringung vorausgesetzten Rechtsgrundes tritt der Nachweis der *Rechtsverletzung* bzw. der *Zufälligkeit* der Vermögensverschiebung.

Die Abgrenzung zwischen Eingriffs- und Zufallskondiktion ist gelegentlich zweifelhaft¹¹⁶. Die Abgrenzung spielt auch nur in Sondersituationen eine praktische Rolle: Bei der Zufallskondiktion fällt eine Erstreckung der Verjährung auf die Dauer strafrechtlicher Verjährung ausser Betracht (vgl. dazu unten Ziff. VIII/5), der Bereicherte haftet nicht für zufälligen Untergang (unten Ziff. VII/6/g) usw.

2. Eingriffskondiktion

Die in der romanistischen Tradition unbestrittene *condictio furtiva* wird im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, ist aber unzweifelhaft in der Generalklausel von OR 62/I miterfasst. Sie erlangt (gegenüber dem Deliktsanspruch) Bedeutung im Falle der Verschuldensunfähigkeit des Diebes, soweit das Gestohlene (infolge Veräusserung, Verbrauchs usw.) nicht vindiziert werden kann¹¹⁷. Obwohl die Eingriffskondiktion grundsätzlich verschuldensunabhängig ist, muss auf Zufallskondiktion erkannt werden, wenn dies für den Bereicherten, den kein Verschulden trifft (der gutgläubig eingegriffen hat), günstiger ist.

Praktische Bedeutung dürfte die Eingriffskondiktion vor allem bei Immaterialgüterrechten besitzen: Unbefugte Publikationen unter Verletzung von Urheberrechten,

¹¹⁶ Zum Beispiel wenn der die Vermögensverschiebung bewirkende Dritte Hilfsperson im Sinne von OR 55 des Bereicherten ist, jedoch ohne dessen Instruktion gehandelt hat, in welchem Fall man statt an Zufallskondiktion (Handlung eines Dritten) an Eingriffskondiktion denken mag.

¹¹⁷ Der Eigentümer ist sogar dann nicht verpflichtet, gegen den derzeitigen Besitzer der Sache vorzugehen und diese zu vindizieren, wenn ihm dies möglich wäre (dazu auch oben § 23/VI/4). Wenn er die Vindikation nachträglich doch noch nachholt, hätte der gemäss ZGB 934/I die Sache verlierende Erwerber einen Schadenersatzanspruch gegen den ihm veräussernden Dieb, der Dieb einen Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer. Im Sinne einer Weiterführung der in der *actio de in rem verso* enthaltenen Gedanken (vgl. dazu oben Ziff. IV/5) wäre eine Direktklage des Erwerbers gegen den Eigentümer vorzuziehen.

Benutzung patentrechtlich geschützter Verfahren oder markenrechtlich geschützter Zeichen, Nachahmung geschützter Muster und Modelle usw. Eine gleiche Behandlung erfordert auch die kommerzielle Verwendung von Personenbildnissen usw., welche nach den Regeln des Persönlichkeitsschutzes (ZGB 28) nicht ohne Zustimmung des (oder der) Abgebildeten hätte erfolgen dürfen.

Herauszugeben ist (nach Wahl des Verletzten) entweder der (Zusatz-)Gewinn, den der Verletzte durch seine Rechtsverletzung erzielt hat, oder aber der Betrag, der einer in vergleichbaren Fällen üblichen vertraglichen Entschädigung (als Autorenhonorar, Lizenzgebühr usw.) entspricht¹¹⁸.

Als einen Fall von Eingriffskondiktion betrachte ich auch das bösgläubige Konsumieren bzw. die bösgläubige Veräusserung einer gutgläubig erworbenen abhanden gekommenen Sache¹¹⁹; wenn der Erwerber, nach Erlangen der Kenntnis, dass die Sache abhanden gekommen ist (insbesondere während des Prozesses über das Herausgabebegehren), diese konsumiert oder derart veräussert, dass der Eigentümer keine Möglichkeit hat, sie vom neuen Empfänger herauszuverlangen, sollte der Handelnde, der damit die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers vereitelt, nach den Grundsätzen von OR 62 ff. haften (vgl. auch BGB § 819/I).

Den Fällen der Eingriffskondiktion ist gemeinsam, dass der Bereicherte, der sich über die Unberechtetheit des erlangten Vermögensvorteils Rechenschaft gibt oder geben musste, keine Entreichereinrede im Sinne von OR 64 erheben kann und für Zufall haftet (vgl. dazu unten Ziff. VII/6/g).

3. Zufallskondiktion

In dieser Gruppe sind jene Kondiktionstatbestände zusammenzufassen, bei denen die Bereicherung ohne Zutun des Entreicherten (wie bei der Leistungskondiktion) oder des Bereicherten (wie bei der Eingriffskondiktion) zustande gekommen ist. Dabei mag die Vermögensverschiebung durch Handlungen Dritter¹²⁰ oder aber (in wohl sehr seltenen Fällen) ohne jede menschliche Beteiligung bewirkt worden sein; Beispiele hierfür sind etwa der ungerechtfertigte Vermögenszuwachs, der durch

¹¹⁸ Vgl. im übrigen unten Ziff. VII/3; oben § 23/VI/4 und Anm. 37. - Im Falle unbefugter Verwendung von Personenbildnissen kommt weiterhin ein Genugtuungsanspruch gemäss OR 49 in Frage.

¹¹⁹ Jemand kauft gutgläubig eine gestohlene Sache, die er gemäss ZGB 934/I (unter Vorbehalt von ZGB 934/II entschädigungslos) dem Eigentümer herausgeben muss, während weder im Falle der Weiterveräusserung der Erlös noch im Falle des Verbrauchs Ersatz geschuldet wird. Vgl. BGE 71 II 90 sowie die sachenrechtlichen Ansprüche gemäss ZGB 940.

¹²⁰ Als «Dritte» haben auch «eigene Leute», d. h. Arbeitnehmer oder Beauftragte des Bereicherten zu gelten; die Gesichtspunkte von OR 101 haben in vorliegendem Zusammenhang zurückzutreten.

zufällige Vermischung von fremdem Bargeld beim Besitzer der Barschaft¹²¹ oder im Falle der nicht notifizierten Zession durch Zahlung des debitor cessus an den Zedenten bei diesem entsteht¹²².

Besonders bedeutsam sind hier vor allem auch die von einem *Urteilsunfähigen* bewirkten Leistungen (z. B. im Vollzug eines wegen fehlender Geschäftsfähigkeit ungültigen Vertrages). Dessen Verhalten ist, da nicht ihm zurechenbar, als zufällig zu qualifizieren; die Frage nach der Irrtümlichkeit der Leistungserbringung darf nicht gestellt werden (oben Ziff. IV/2/f).

In den Bereich der Zufallskondiktion oder Eingriffskondiktion fallen an sich die Vermögensverschiebungen, wie sie sich ergeben aus *Verbauen von Material auf dem Grundstück eines Dritten* und aus der *Vermischung* bzw. Verbindung beweglicher Sachen, die ins Eigentum des Eigentümers des einen Teils der Sachen übergehen (ZGB 727/II). Zum verbauten Material vgl. die Regeln von ZGB 671-673, die nicht bloss sachenrechtlichen Gehalt haben, sondern zum Teil auch Abweichungen von den Kondiktionsprinzipien von OR 62 ff. aufstellen¹²³. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang zu nennen das traditionelle Beispiel des Weidens von Vieh auf fremdem Grund.

VII. Rechtsnatur und Umfang des Bereicherungsanspruchs

1. Grundsatz: Anspruch auf Naturalrestitution

Der Anspruch geht auf Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung *in natura*, d. h. auf Rückerstattung der zu Unrecht ins Vermögen des Bereicherten gelangten Vermögensobjekte. Wertersatz tritt erst dann an Stelle dieser Vermögensobjekte selbst, wenn Naturalrückerstattung nicht mehr möglich ist.

Da infolge der kausalen Auffassung der Fahrnisübereignung im Falle der Rechtsgrundlosigkeit der Eigentumsübertragung diese ungültig ist und der «Veräusserer» diese aufgrund seines Eigentums zurückverlangt, bleiben in der Schweiz nur folgende Fälle von auf *Naturalrestitution* bezogenen Kondiktionstatbeständen:

¹²¹ Hier nimmt Literatur und Praxis in langer Tradition (entgegen dem Wortlaut von ZGB 727) nicht Miteigentum der Eigentümer beider Geldmassen, sondern Alleineigentum (mit originärem Eigentumserwerb) des Empfängers des fremden Geldes an; vgl. ZOBL, ZGB 727 N. 84 und dort Zitierte, v. T./P., § 52/VIII/2. Das dort für die durch Handlung des Erwerbers bewirkte Vermischung Gesagte muss a fortiori auch für die zufällige Vermischung gelten.

¹²² Die in der Voraufgabe (p. 627) vertretene Auffassung, wonach die Verwertung von nicht dem Schuldner zustehenden Vermögenswerten einen Fall ausgleichender Eingriffskondiktion darstellt, lässt sich wohl nicht halten; vgl. die Kritik hiezu von KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 74 f.

¹²³ Insbesondere ist in derartigen Tatbeständen die kurze Sonderverjährung nach OR 67 nicht gegeben.

- eine zu Unrecht erfolgte Forderungsabtretung schafft den Anspruch auf Rückzession;
- ein *abstraktes Schuldversprechen* (vgl. oben § 5/IV) muss durch Verzichtserklärung (Schulderlassvertrag gemäss OR 115) aufgehoben und der Schuldschein zurückgegeben werden, und in gleichem Sinn ist ein Wechsel zurückzuerstatten;
- falls der *Schulderlassvertrag* als eine abstrakte Verfügung verstanden wird¹²⁴, muss eine ungerechtfertigterweise erlassene Schuld vom zu Unrecht bereicherten Schuldner wieder neu begründet werden;
- bei gemäss ZGB 727/II durch Verbindung bzw. Vermischung ins Eigentum des Empfängers übergebenen vertretbaren Sachen¹²⁵, sei die Vermischung durch Zufall oder Eingriff des Empfängers veranlasst worden, in welchem Fall der Eigentümer des ihm entzogenen Quantum nicht auf den Anspruch eines Ersatzwertes verwiesen ist, sondern (gleiche Qualität vorausgesetzt) Herausgabe eines entsprechenden Quantum verlangen kann;
- besteht die Bereicherung in einer Forderung gegen einen Dritten, stellt die Forderung selber (und nicht deren Geld- oder gar Nominalwert) die Bereicherung dar und kann (soll) daher als solche kondiziert werden (vgl. als Tatbestand z. B. Fall gem. BGE 87 II 137; dazu auch unten Anm. 139);
- ist die Entreichungseinrede gem. OR 64 (dazu unten Ziff. 6/k) dadurch begründet, dass der entreicherte Bereicherte Vermögenswerte veräussert, dadurch aber seinerseits Forderungen erlangt hat (Verkauf, Schenkungen), können m. E. die fraglichen Ansprüche (auf Bezahlung des Kaufpreises, im Fall von Schenkungen, die ihrerseits infolge Urteilsunfähigkeit ungültig sind, auf Rückerstattung) ihrerseits als Bestandteil der Bereicherung betrachtet und in natura kondiziert werden.

Ein weiterer Fall von Naturalrestitution ergäbe sich bei Widerruf einer Schenkung, sofern man hier nicht einen Rückforderungsanspruch eigener Art annehmen will.

2. Obligatorische Natur des Bereicherungsanspruchs

Der Bereicherungsanspruch ist obligatorischer Natur und richtet sich auf Rückerstattung des rechtsgrundlos Erworbenen¹²⁶. Bei rechtsgrundloser *Zession* wird

¹²⁴ So v. T./P., § 53/I. Hier wird demgegenüber die Auffassung vertreten, dass beim Schulderlass nicht zwischen Verpflichtung und Verfügung unterschieden werden muss (oben Ziff. IV/4, Anm. 87 und § 22/I/5), was dazu führt, dass bei Vertragsungültigkeit die Wirkungen des Schulderlasses automatisch nicht eintreten, die vermeintlich erlassene Forderung weiterbesteht.

¹²⁵ Als Beispiel kommt etwa in Frage ein Quantum Rohöl, das mit einer weit grösseren Menge vermischt wird und damit im Eigentum am grösseren Quantum gewissermassen aufgeht.

¹²⁶ Die nicht-dingliche Wirkung der Kondiktion zeigte sich vor allem bei der (in der Schweiz nicht mehr aktuellen) Sachkondiktion, die, anders als die Vindikation, im Konkurs des Kondiktionsgegners keine Aussonderung erlaubte.

im Konkurs der Anspruch auf Rückzession umgewandelt in einen Geldanspruch (SchKG 211/I), und dies selbst dann, wenn die fragliche Forderung noch in der Konkursmasse vorhanden ist und in natura retrozediert werden könnte. Aus der obligatorischen Natur folgt auch, dass der Bereicherungsanspruch keine «sachverfolgende Wirkung» hat, d. h. bei Weiterzession der rechtsgrundlos abgetretenen Forderung sich nur gegen den Erst-, nicht aber den Zweitcessionar richtet.

Besteht die Bereicherung in einer Forderung des Gemeinschuldners gegenüber dem Entreicherten¹²⁷, kann der Anspruch auf Erlass der Forderung (bzw. auf Rückgabe des Schuldscheins oder Wechsels) nach Konkurseröffnung nicht mehr in natura durchgesetzt werden. Indessen erwächst dem Entreicherten gegenüber der Klage der Konkursverwaltung eine Einrede¹²⁸. Die Begründung kann darin erblickt werden, dass der Entreicherte der Forderung der Konkursverwaltung seinen in eine Geldforderung umgewandelten (SchKG 211/I) Bereicherungsanspruch in gleicher Höhe zur Verrechnung stellen kann (die Voraussetzungen gemäss SchKG 213 sind gegeben). Sollte die Konkursverwaltung eine Wechselbetreibung anheben und der Belangte infolge der Nichtbewilligung des Rechtsvorschlags (SchKG 182) zur Leistung gezwungen sein, würde dadurch ein neuer Bereicherungsanspruch, der sich gegen die Konkursmasse richtete, entstehen¹²⁹.

3. Berechnung des Bereicherungsanspruchs; Ersatzanspruch bei vereitelter Vindikation

a) Beruht die Bereicherung auf einer Zuwendung von Geld oder ohne weiteres geldwertmässig zu beziffernden Leistung, ist (unter Vorbehalt der «Entreicherungseinrede», unten Ziff. 6) der fragliche Geldbetrag zurückzuerstatten.

b) In Geldwert zu vergüten sind jene Bereicherungen, die *ihrer Natur nach nicht zurückerstattet werden können*, wie die durch Arbeits- oder Dienstleistungen dem Empfänger entstandenen oder vom Bereicherten selber durch Verletzung von Immaterialgüterrechten erlangten Wertvorteile¹³⁰. Die Höhe der Leistung zum Ausgleich der Bereicherung ist diesfalls so zu bemessen, wie sie in vergleichbaren Fällen vertraglich vereinbart zu werden pflegt. Im Falle von Arbeitsleistungen fällt es m. E. in der Regel nicht in Betracht, die Höhe der Entschädigung auf die vom Arbeitnehmer versäumten anderweitigen Einkünfte oder die vom Arbeitgeber durch die

¹²⁷ Oben Ziff. IV/4.

¹²⁸ So auch im Ergebnis v. T./P., § 54/I in fine.

¹²⁹ Das heisst, der Gläubiger ist vorweg voll zu befriedigen. Vgl. v. T./P., § 52/X Anm. 152 («Aus Bereicherung der Konkursmasse entsteht eine Masseschuld»). Die Konkursverwaltung handelte, wenn sie den rechtsgrundlos erlangten Wechsel geltend machen würde, in Widerspruch zur materiellen Rechtslage, was nicht zum Nachteil des Wechselschuldners bzw. zur ungerechtfertigten Bevorteilung der Konkursgläubiger führen darf.

¹³⁰ Das erstere ist etwa dann der Fall, wenn der zur Leistungserbringung veranlassende Vertrag ungültig ist.

Arbeitsleistung tatsächlich erlangten Vorteile der Arbeitsleistung zu maximieren. Die Ent- bzw. Bereicherung besteht darin, dass ein unter anderen Umständen bezahlter Lohn weder empfangen noch ausgerichtet worden ist. Ähnliche Überlegungen müssen bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten gelten, wo der Verletzer eine übliche Entschädigung auch dann ausrichten soll, wenn die von ihm abgewickelte Transaktion mit Verlust abgeschlossen hat¹³¹. Als obere Begrenzung muss jedoch der Wert der erbrachten Leistung im Vermögen des Bereicherten gelten¹³².

Das hier bei der Bereicherungsberechnung im Zusammenhang von Arbeitsleistungen, Persönlichkeitsverletzungen usw. vorgeschlagene weitgehende Abstellen auf Verhältnisse, wie sie bestünden, wenn ein Vertrag geschlossen worden wäre, liegt auf der Linie, wie er von der Lehre von *den faktischen Vertragsverhältnissen* gewiesen wird¹³³; im Arbeitsrecht wird heute in OR 320/III durch Sondernorm vorgesehen, dass bei ungültigen Verträgen die vereinbarte Lohnsumme zu entrichten ist, solange das Arbeitsverhältnis faktisch andauert. Diese Lösung ist sachgemäss; sie zeigt, dass es ein Fehlargument wäre, anzunehmen, das für den Fall des Versagens vertraglicher Grundlagen vorgesehene Kondiktionsrecht dürfe im praktischen Ergebnis nicht Ausgleichsprinzipien mit vertragsähnlichen Wirkungen statuieren.

c) Infolge des Grundsatzes der «Kausalität» der Übertragung dinglicher Rechte (dazu oben § 4/VIII/4; § 34/III/2/a) wird beim Entfallen des Rechtsgrundes der Übereignung einer Sache der Veräusserer als Eigentümer betrachtet, dem ein Vindikationsanspruch (und nicht wie nach BGB ein Kondiktionsanspruch) auf Sachrückleistung zusteht. Dieser Vindikationsanspruch kann sich jedoch in einen Bereicherungsanspruch verwandeln, wenn Sachrückleistung ausgeschlossen, Vindikation unmöglich ist. Während bei einem zufälligen Untergang der Eigentümer die Gefahr trägt, ist bei *Verbrauch* oder *Veräusserung* der Sache deren Empfänger bereichert; der Vindikationsanspruch verwandelt sich in einen Bereicherungsanspruch auf die an Stelle der Sache tretende Bereicherung als deren «Surrogat»¹³⁴.

¹³¹ Daneben hat der Verletzte die Wahl, den effektiv erzielten Gewinn herauszuverlangen, vgl. oben Ziff. VI/2. Konkurrierend mit Kondiktionsansprüchen kann der Betroffene auch Ansprüche aus *unechter Geschäftsführung ohne Auftrag* erheben, die ihm gemäss OR 423/I die Möglichkeit geben, die vom *gestor* erlangten Vorteile «sich anzueignen», was im Falle eines im Vermögen des Geschäftsführers eingetretenen Gewinns als Anspruch auf Herausgabe der vollen Bereicherung nach Kondiktionsprinzipien zu lesen ist.

¹³² So limitieren BGE 105 II 99, 104 II 204 den Ersatzanspruch (hier des Mieters für gemachte Aufwendungen) auf die im Mietobjekt eingetretene Wertvermehrung.

¹³³ Vgl. dazu oben § 16.

¹³⁴ Zu Einzelfragen vgl. unten Ziff. 5/b, Ziff. 6/g sowie die Lit. zu dem im Ergebnis ähnlichen BGB § 818/II. Bei bösem Glauben des Empfängers (d. h. dessen Wissen um seine Rückleistungspflicht und damit Verschulden) kann neben einer Eingriffskondiktion auch ein *Deliktsanspruch* in Frage kommen, was vor allem bei Fehlen einer Bereicherung Bedeutung erlangt.

4. «Bereicherung» als Vermögens-Differenzgrösse

a) Soweit die Rückerstattung nicht, wie es der Kondiktion ursprünglich entspricht¹³⁵, in natura erfolgen kann, ist auf den Begriff der «Bereicherung» abzustellen; die auf eine bestimmte Sache bezogene Rückerstattungspflicht wandelt sich bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution in eine «Wertausgleichspflicht»¹³⁶. «Bereicherung» ist eine Differenzgrösse zwischen zwei Vermögenszuständen: Dem (infolge der Bereicherung eingetretenen) *Istzustand* und dem *hypothetischen Vergleichszustand*, in dem sich das Vermögen des Bereicherten ohne die auszugleichende Vermögensverschiebung befände¹³⁷.

Da der Bereicherungsbegriff von einem Sachbezug abstrahiert und auf den «funktionalisierten» Vermögensbegriff abstellt¹³⁸, sind die einzelnen Positionen in ihrem *wirtschaftlichen Wert* einzusetzen, Forderungen von zweifelhafter Einbringlichkeit daher z. B. nicht zum Nominalbetrag¹³⁹.

b) Bei Kondiktionsfällen, die durch Nichtigkeit eines synallagmatischen Vertrages ausgelöst sind, ist zu fragen, wieweit die eigenen Aufwendungen oder Verluste im Zusammenhang mit dem Vertrag als Abzugsposten bei der Berechnung der Bereicherung zu berücksichtigen sind. Die Frage wird sich nur dann stellen, wenn der genannte Gesichtspunkt nicht durch den Vindikations- oder Bereicherungsanspruch des Gegners bereits hinreichende Berücksichtigung findet. Während die sog. *Zweikondiktionentheorie*¹⁴⁰ die Ansprüche der beiden Partner isoliert betrachten will und damit bei nicht «kondiktionsfähiger» Vermögensverminderung des einen Partners zu Unbilligkeit führen kann, vermeidet dies die sog. *Saldotheorie*, indem sie die vertragsbedingten Aufwendungen oder Vermögenseinbussen jedes Partners als Abzugsposten gegenüber dem gegnerischen Bereicherungsanspruch zulässt, Diese letztere Auffassung verdient grundsätzlich wohl den Vorzug¹⁴¹.

¹³⁵ Vgl. dazu oben Ziff. 1.

¹³⁶ BECKER, OR 64 N. 2. Allgemeine Ausführungen sodann auch in BGE 73 II 108/110.

¹³⁷ Wie bei dem ebenfalls eine Differenzgrösse darstellenden Schadensbegriff sind auch hier die beiden Vergleichsgrössen und damit die Differenz nicht zu bestimmen ohne Rücksicht auf die die Differenz auslösenden Gründe; die Bestimmung eines Schadens wie einer Bereicherung ist abhängig von der Frage, welche *Kausalfaktoren* in die Betrachtung einbezogen werden. Vgl. insbesondere unten Ziff. 5, 6.

¹³⁸ «Vermögen» ist kein Begriff der traditionellen Privatrechtsdogmatik, daher mehrdeutig und weiterer Untersuchung bedürftig. Als Vermögen ist hier zu betrachten die rechnerische Grösse, die sich in einem bestimmten Zeitpunkt als Überschuss aller Aktiven über alle Passiven einer Person ergibt. Vgl. dazu KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 22 ff.

¹³⁹ Unter diesem Gesichtspunkt nicht zu halten BGE 87 II 142, wo eine uneinbringliche Forderung wie eine einbringliche behandelt wurde. Vgl. dazu auch Bemerkung unten Ziff. 6/i.

¹⁴⁰ Die «Zweikondiktionentheorie» wurde in der Schweiz vorab von v. TUHR (v. T./P., § 53/II/3/e und A 39) vertreten.

¹⁴¹ Vgl. dazu auch BGE 110 II 247 und weiterhin BUCHER, Komm. ZGB 17/18 N. 191. - Immerhin ist der Vorbehalt anzubringen, dass der Anwendungsbereich der Regel nicht leicht abzugrenzen ist und die Abzugsfähigkeit von Vermögensverminderungen fallweise bestimmt werden muss.

c) Die beiden vermögensmässigen Vergleichszustände sind auf den *selben Zeitpunkt* zu berechnen. Massgebend kann nicht der Moment des Eintritts der Bereicherung sein, sondern nur jener der «Rückforderung», wie aus OR 65 folgt¹⁴². Abzustellen ist m. E. auf jenen Zeitpunkt, von dem an infolge privater Anspruchserhebung der Bereicherte mit der Rückerstattung rechnen musste; vergrössert sich in der Folge während des Prozesses die Bereicherung, muss der Anspruchsberechtigte die Möglichkeit haben, auch diese weitere Bereicherung zu beanspruchen¹⁴³. Dagegen kann eine nach privater Anspruchserhebung eingetretene Bereicherungsverminderung vom Bereicherten nicht eingewendet werden, soweit er im Sinne von OR 64 von da an mit Rückerstattung rechnen musste¹⁴⁴.

5. Bei der Bereicherungs-Festsetzung zu berücksichtigende Aktivposten

a) Die (im Falle unmöglicher Naturalrestitution) durch Kondiktion auszugleichende Vermögensdifferenz lässt sich einerseits zurückführen auf direkt oder indirekt aus dem Vermögen des Entreicherten stammende vermögensvermehrnde Posten, die ihrerseits wertmässig durch Abzugsposten gemindert werden. Letztere erfordern eine gesonderte Betrachtung (im folgenden Ziff. 6).

In diesem Sinne können als vermögensvermehrnde Posten gelten: Der Betrag einer grundlosen, ins Vermögen des Empfängers übergegangenen Geldzahlung, die ungerechtfertigte Gutschrift auf Bank oder Post (soweit diese nicht auf Grund der Rechtsbeziehungen zwischen Kontoinhaber und Bank bzw. Post zu stornieren ist), der Wert einer durch Verbindung oder Vermischung gemäss ZGB 727/II ins Vermögen des Empfängers übergehenden Sache.

b) Als Grundsatz muss sodann die Regel gelten, dass im Falle der Unmöglichkeit der Rückgabe einer (infolge des Kausalitätsprinzips im Eigentum des Entreicherten verbliebenen) Sache aus irgendwelchen vom Bereicherten gesetzten Gründen der (Ersatz-)Wert der Sache zurückzuerstatten ist. In diesem Sinne ist der Bereicherungsanspruch ein direktes Surrogat des infolge Unmöglichkeit der Herausgabe in natura untergegangenen Vindikationsanspruchs.

Diese Regel führt vorab dazu, dass der Bereicherte grundsätzlich nicht geltend machen kann, die Bereicherung (bzw. die erhaltene Sache) sei von ihm verbraucht worden und daher die Bereicherung nicht mehr vorhanden¹⁴⁵. Die vermögensmässige Bereicherungsberechnung als Wertdifferenz hat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass vermutungsweise die gleichen Aufwendungen oder Verfügungen ohne den

¹⁴² So auch BGE 73 II 108.

¹⁴³ Bis zu jenem Zeitpunkt, in dem nach kantonalem Prozessrecht der Kläger letztmals neue Fakten behaupten kann.

¹⁴⁴ Vgl. auch unten Ziff. 5.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 71 II 153 E. 6, wo zu Recht nicht berücksichtigt wurde, dass die Bereicherung (bestehend in grundlos empfangenem Geld) «für Krankheit verbraucht worden» sei.

ungerechtfertigten Empfang vorgenommen worden wären und in entsprechendem Wert das sonstige Vermögen des Bereicherten belastet hätten¹⁴⁶ (dazu auch unten Ziff. 6/g).

Durch die Erweiterung des Bereicherungsbegriffs und den Übergang zu «funktionalisierender» Betrachtungsweise, welche im Falle unmöglicher Naturalrestitution nicht mehr einzelne Sachwerte isoliert, sondern deren vermögensmässige Auswirkungen gesamthaft betrachtet, scheint mir zu folgen, dass im Falle des (gutgläubigen) *Wegschenkens einer Sache* die Bereicherung nicht wegfällt, sondern deren Wert mindestens teilweise als Bereicherung des Schenkenden aufzufassen ist¹⁴⁷. Vermutungsweise wäre ohne den Bereicherungstatbestand eine entsprechende Schenkung aus dem sonstigen Vermögen des Bereicherten gemacht worden; jedenfalls hat dieser die Genugtuung, den Beschenkten erfreut oder verpflichtet zu haben¹⁴⁸.

c) Bestandteil der Bereicherung sind, soweit die Bereicherung in der eindeutigen Verfügbarkeit einer Geldsumme und nicht einfach in einer wertmässigen (wenn auch schliesslich durch Geldzahlung auszugleichenden) Bereicherung besteht, die *Zinse*, die der Bereicherte gezogen hat¹⁴⁹. Vom Zeitpunkt der Inverzugsetzung an sind nach üblichen Regeln *Verzugszinse* zu bezahlen¹⁵⁰; bis dahin kann nicht kurzerhand auf den gesetzlichen Ansatz von 5% abgestellt werden, sondern es ist vom Kondizierenden ein entsprechender Bereicherungsnachweis zu erbringen¹⁵¹. Sofern nach den Umständen die Vermutung besteht, das Geld sei zinstragend angelegt worden, kann ein erfahrungsgemässer Satz auch ohne konkreten Nachweis zugrunde gelegt werden¹⁵². Beanspruchte der Bereicherte während der Dauer der ungerechtfertigten Verfügbarkeit des Bereicherungsbetrages Bankkredite, ist der Bereicherungsanspruch nicht in Höhe des Ansatzes der Aktivzinse, sondern der im konkreten Fall *vermiedenen Passivzinse* zu beziffern.

¹⁴⁶ Wieweit die Einwendung zu hören ist, die entsprechenden Aufwendungen und Verfügungen wären ohne die Empfangnahme der ungerechtfertigten Leistungen unterblieben, gehört zu den sich praktisch wohl häufig stellenden, delikaten Fragen des Bereicherungsrechts. Dazu unten Ziff. 6 lit. d und BGE 82 II 440.

¹⁴⁷ Anders hier die ältere Literatur, z. B. v. T./P., § 53/II/3/a bei Anm. 31 und ihm folgend anscheinend BGE 73 II 109 (Entscheidungsgehalt nicht erkennbar).

¹⁴⁸ Vgl. aber die Möglichkeit des Gegenbeweises des Bereicherten, dass die Verwendung unterblieben wäre; unten Ziff. 6/d.

¹⁴⁹ Oder nach den unten Ziff. 6 zu besprechenden Grundsätzen bösgläubig zu ziehen unterlassen hat. - Zur Einbeziehung der Zinsen in die Berechnung der Bereicherung im allgemeinen BGE 40 II 259/60 und 61 II 20 sowie weitere dort Zit.

¹⁵⁰ OR 104 und oben § 20/V/2.

¹⁵¹ BGE 80 II 159 letzter Absatz.

¹⁵² BGE 84 II 186 E. 4.

6. Umfang der Berücksichtigung von Abzugsposten, «Entreicherungseinrede» im Sinne von OR 64

a) Im römischen Recht war die Bereicherung auf Erstattung des gesamten Empfangenen ausgerichtet, während die Möglichkeit der Beschränkung auf das bei Prozessbeginn noch Vorhandene nur in Ausnahmefällen möglich war¹⁵³. In der Neuzeit wurde die ursprüngliche, an die Naturalrestitution anknüpfende und auch im Falle deren Unmöglichkeit sich an der Grösse des Ersatzwertes orientierende Betrachtungsweise durch vermögensmässiges Denken abgelöst und die Regel statuiert wurde, dass *Bereicherung im Sinne von Vermögensvermehrung* herauszugeben sei¹⁵⁴; erst hier erlangt die Frage Bedeutung, welche Vermögensminderungsposten bei der Berechnung der Bereicherung (vgl. dazu oben Ziff. 4) eingesetzt werden können. Es darf nicht leichthin ein Wegfall der Bereicherung angenommen werden; im Zweifel ist die Bereicherung mit dem Umfang des «Empfangenen» gleichzusetzen. Bei entgegengesetzter Auffassung würde der Unterschied zwischen den Kondiktionstatbeständen und den Fällen, in denen der Gesetzgeber «Rückleistung des Empfangenen» anordnet¹⁵⁵, ohne hinreichende innere Rechtfertigung zu gross. Immer muss in dieser Frage dem *richterlichen Ermessen* Spielraum verbleiben¹⁵⁶, der auch die Umstände, die zur Bereicherung geführt haben, mitberücksichtigen und im Falle eines missbilligen Verhaltens der Bereicherten für die Entreicherungseinrede strenge Voraussetzungen statuieren wird.

b) Ohne weiteres kann der Bereicherte jene Kosten in Abzug bringen, die ihm im Zusammenhang der Entgegennahme und Lagerung der ungerechtfertigten Leistung entstanden sind¹⁵⁷, gleichermassen sind vorweg abzuziehen die Kosten, welche mit der Rückerstattung verbunden sind¹⁵⁸. Der Frage des *Verwendungsersatzes* ist OR 65/I gewidmet (vgl. dazu unten Ziff. 7).

¹⁵³ Vgl. M. KASER, Römisches Privatrecht, Bd. I (2. Aufl.), p. 598, Bd. II (1. Aufl.) p. 307 f.

¹⁵⁴ Wohl unter humanistischem und vor allem naturrechtlichem Einfluss, der auch im Deliktsrecht eine Wandlung gebracht hatte in dem Sinne, dass Schadenersatzleistung auf den «Schaden» der Betroffenen zu beschränken sei und nicht zu einer «Bereicherung» des Ersatzberechtigten führen dürfe. Diese Denkweise ist erst in einem vermögensmässig («kapitalistisch») denkenden Zeitalter möglich; im Deliktsrecht fiel dieser Konzeption der früher im Vordergrund stehende Genugtuungsaspekt zum Opfer, der erst in der neuesten Rechtsgeschichte (Persönlichkeitsschutz, Genugtuungspraxis zu OR 47 und 49) wiederum Eingang findet.

¹⁵⁵ Vgl. dazu oben Ziff. III/3.

¹⁵⁶ Soweit Abzugsposten berücksichtigt werden und der Bereicherte nicht alles «Empfangene» erstatten muss, ist der Kondizierende in fraglichem Umfang meist geschädigt. Beruht daher der Kondiktionstatbestand auf einem infolge Irrtumsanfechtung nachträglich dahingefallenen Vertrag, kann der Gegner des Irrenden diesen Differenzposten gemäss OR 26 als Schaden geltend machen, falls der Irrtum schuldhaft ist (Parallele dazu oben § 20/VI/7/b bei Anm. 199).

¹⁵⁷ Fracht, Zoll usw.; vgl. v. T./P., § 53/II/3 bei Anm. 36.

¹⁵⁸ Falls der Bereicherungsanspruch auf Sachrückerstattung geht, handelt es sich um eine Holschuld, d. h. der Bereicherte ist nicht zur Rückschaffung verpflichtet.

c) Was von einer empfangenen Leistung *durch Zufall* unterging, braucht der Empfänger nicht wertmässig zu ersetzen; der Bereicherte soll, wie schon aus dem Bereicherungsbegriff folgt und unbestrittener Tradition entspricht, keine Gefahr tragen¹⁵⁹. Probleme ergeben sich jedoch bei in Ersatzwerten sich verwirklichenden Risiken: Die mit dem indebite erhaltenen Geld gekauften Aktien sinken im Kurs, ein daraus gewährtes Darlehen wird notleidend. Derartige Umstände sind dann zu berücksichtigen, wenn ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Verlust nachgewiesen ist, es z. B. feststeht, dass die Aktien ohne den grundlosen Empfang nicht gekauft worden wären.

d) Dem Empfänger einer grundlosen Leistung, der diese dergestalt verwendet hat, dass sie nicht in natura zurückerstattet werden kann und der daher grundsätzlich deren Wert schuldet (vgl. oben Ziff. 5/b), steht der Nachweis offen, dass ohne den Empfang die entsprechende Verwendung unterblieben wäre (OR 64,- zur Voraussetzung des «guten Glaubens» vgl. lit. g): Er kann dartun, dass er ohne den Erhalt der grundlosen Zahlung eine damit finanzierte Ferienreise nicht unternommen, eine bestimmte Schenkung nicht ausgerichtet¹⁶⁰, ein Automobil nicht angeschafft hätte¹⁶¹. Aber selbst wenn dieser Nachweis erbracht ist, bleibt immer noch ein ausgleichender, nach richterlichem Ermessen zu bestimmender Rest: Das Vergnügen der Ferienreise und die Stillung des (vielleicht sonst auf andere Weise befriedigten) Reisebedürfnisses verbleibt dem Bereicherten, wie dieser den Wert des angeschafften Autos behält und den Zweck der Schenkung erreicht hat.

e) Der Bereicherte kann bei klar erwiesenem Kausalzusammenhang allenfalls als Abzugsposten geltend machen den *Schaden, der ihm durch den Bereicherungstatbestand* (bzw. die Abwicklung des zur Kondiktion Anlass gebenden ungültigen Geschäfts) verursacht worden ist: Der grundlos übertragene Hund hat - vor der Weiterveräusserung - den Bereicherten gebissen, die Kuh dessen übriges Vieh angesteckt¹⁶².

f) Die Vermögensminderung kann beim Bereicherten schliesslich durch die Tatsache des Rückgängigmachens der Transaktion ausgelöst werden (sog. *Rückforderungsschaden*), weil der Betroffene auf die Beständigkeit des Erwerbs vertraut und

¹⁵⁹ Zu Einschränkungen des Grundsatzes beim *bösgläubigen* Bereicherten vgl. unten lit. g in fine. - Dem Untergang der empfangenen Leistung durch Zufall muss gleichgestellt werden die *Verfügung* (Konsumieren, Weggeben usw.) durch den *urteilsunfähigen Bereicherten*, in welchem Fall nicht von «Entäusserung» bzw. fehlendem gutem Glauben gesprochen werden kann (ZGB 18). Vgl. die analoge Regelung von ZGB 938 für die Stellung des gutgläubigen Besitzers.

¹⁶⁰ Dies gilt nicht nur bei Erhalt von Geld, das zu einer Schenkung bzw. zum Kauf des Schenkobjekts verwendet wird, sondern auch bei Wegschenken der grundlos erhaltenen Sache selbst, in welchem Fall der Wert in die Bereicherungsrechnung eingesetzt wird (vgl. oben Ziff. 5/a).

¹⁶¹ Hier besteht ein weiter richterlicher Ermessensspielraum. Vgl. die hiezu in BGE 82 II 439 f. angestellten Überlegungen.

¹⁶² A. M. KOPPENSTEINER/KRAMER, p. 135, welche die Abzugsfähigkeit verneinen, weil der Schaden nicht mit dem Vertrauen auf die «Beständigkeit des Erwerbs» zusammenhängt. Vgl. weiterhin REEB, p. 119.

entsprechende Dispositionen getroffen hat (Verpassen anderer Gelegenheit des Kaufs oder Verkaufs usw.)¹⁶³.

g) Gemäss OR 64 können durch *Verfügungen des Bereicherten* bewirkte Verminderungen der Bereicherung nur bei «*gutem Glauben*» des Bereicherten berücksichtigt werden. Der für den Zeitpunkt der Verfügung zu bestimmende gute Glaube bezieht sich vorerst auf das Vorhandensein eines Rechtsgrundes des Empfangs der Leistung oder der Erlangung des Besitzes an der Sache, in der Folge jedoch auch auf die Rechtfertigung des Habens und Behaltens. Guter Glaube kann verloren werden, wenn nachträglich das Haben als grundlos erkannt oder wenigstens zweifelhaft wird (OR 64: «mit der Rückerstattung rechnen musste»)¹⁶⁴.

Im Falle der *nachträglichen Unmöglichkeit* statuiert OR 119/II einen Rückerstattungsanspruch des freiwerdenden Schuldners nach Bereicherungsgrundsätzen, während aOR 145/II noch Erstattung der «empfangenen Gegenleistung» anordnete. Die Konzeption des aOR ist insofern auch heute noch als wirksam zu betrachten, als jemand, der seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat, nicht definitiv damit rechnen darf, die ihm zugekommene Vorleistung behalten zu dürfen; die Entreicherungseinrede ist m. E. daher selbst dann zu versagen, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Verfügung über die ihm vorleistungshalber zugekommenen Gegenleistung nicht mit dem Unmöglichwerden seiner eigenen Leistung und dem daraus resultierenden Bereicherungsanspruch des Gegners rechnen musste.

h) Die Entreicherungseinrede ist nicht in sämtlichen Zusammenhängen an «guten Glauben» im besprochenen Sinn geknüpft. Die oben lit. a und b genannten Fälle werden nicht erfasst: Notwendige Aufwendungen können auch vom Bösgläubigen in Abzug gebracht werden¹⁶⁵. Guter Glaube ist jedenfalls gefordert, wenn die Unmöglichkeit der Naturalrestitution auf *Verfügungen des Bereicherten* zurückgeht (oben lit. d: Verkauf, Verschenken, Konsum usw.).

Bei bösgläubigem Haben können nicht bloss bereicherungsmindernde Verfügungen des Bereicherten nicht berücksichtigt werden, sondern dieser haftet u. U. auch für *Zufall*, welcher die empfangene Sache trifft: Insbesondere bei Fällen der Eingriffskondiktion («*fur semper in mora*») und wenn der Bereicherte Möglichkeit und Anlass zur Rückerstattung hätte, rechtfertigt es sich, ihn für den Ersatzwert haften zu lassen, wenn die (im Eigentum des Ansprechers verbleibende) Sache bei ihm untergeht oder sich verschlechtert.

¹⁶³ Ähnlich die Lage bei Bezahlung einer fremden Schuld in der Meinung, selber zu schulden, wenn der Gläubiger in Vertrauen auf gültige Tilgung Beweismittel vernichtet usw. Vgl. dazu v. T./P., § 53/II/3/lit. f bei A. 41-44.

¹⁶⁴ OR 64 nimmt die Beweisregel von ZGB 3 auf. Die Anforderungen an den Beweis sind nicht hoch zu schrauben; die Möglichkeiten der Entreicherungseinrede sind unter Kontrolle zu halten. «Mit der Rückerstattung rechnen» muss der Partner eines synallagmatischen Vertrages meist bis zur Erbringung der eigenen Leistung. BGE 82 II 437: Wer im Hinblick auf eine Heirat eine Zuwendung erhält, muss bis zum Eheschluss mit dessen Nichtzustandekommen rechnen.

¹⁶⁵ Anders allerdings dann, wenn eine Nichtannahme oder sofortige Herausgabe möglich und korrekterweise geboten gewesen wäre.

i) Die Entreichereungseinrede ist m. E. nicht nur verwirkt, wenn der Bereicherte *selber* diese im Sinne von OR 64 bösgläubig ausgelöst hat, sondern auch, wenn die Entreichereung *in seinem Bereich* (seiner Familie, seinem Betrieb usw.) bewirkt worden ist, dessen Risiken zu tragen dem Kondiktionsgegner nicht zugemutet werden darf^{166, 167}.

k) Falls aus den vorstehend genannten abzugsfähigen Entreichereungstatbeständen dem «entreicherten Bereicherten» kompensatorisch vermögenswerte Vorteile anwachsen, sind diese als *Surrogat der ursprünglichen Bereicherung* zu betrachten und nehmen deren Platz ein, d. h. sind dem Entreicherten geschuldet und müssen soweit als möglich auf diesen übertragen werden: Ist z. B. eine aufgrund nichtigen Kaufs oder Schenkung übertragene Sache vom Empfänger veräußert worden, könnte dessen Kaufpreisforderung in natura als Gegenstand der Kondiktion betrachtet werden; hat umgekehrt der Veräußerer den aufgrund nichtigen Verkaufs erhaltenen Kaufpreis verschenkt und ist diese Schenkung infolge Urteilsunfähigkeit des Schenkers ungültig, könnte auch hier der Rückforderungsanspruch kondiziert werden (vgl. auch oben Ziff. 1 in fine).

7. Ersatz der Verwendungen (OR 65 bzw. ZGB 938-940)

OR 65 (wie früher aOR 74) regelt den Ersatzanspruch desjenigen, der für eine grundlos zu Eigentum erworbene Sache, die auf Kondiktion herauszugeben ist, Aufwendungen gemacht hat. Da nach der «kausalen» Auffassung der Eigentumsübertragung jedoch bezogen auf Sachen ein Kondiktionstatbestand gar nicht eintreten kann, weil diese im Eigentum des vermeintlichen Veräußerers bleiben und von diesem zu vindizieren sind, findet diese Regel heute keine Anwendung mehr¹⁶⁸; für die herauszugebende Sache gemachte Aufwendungen sind nach den sachenrechtlichen

¹⁶⁶ Andererseits wird in BGE 44 II 141 richtigerweise die von Organen einer juristischen Person vorgenommene Entäußerung von Vermögenswerten dieser selber zugerechnet und ein Abzug nicht gestattet.

¹⁶⁷ In diesem Sinne unhaltbar BGE 45 II 451, wo dem Bereicherten die Entreichereungseinrede aufgrund der Tatsache zugebilligt wurde, dass der von ihm bevollmächtigte und mit der Abwicklung des sich als nichtig erweisenden Vertrages betraute Notar eine für Rechnung des Bereicherten bestimmte Zahlung veruntreut hatte. Unter diesem Blickwinkel könnte man dagegen BGE 87 II 142 (vgl. dazu oben Ziff. 4/A, 139) insoweit für gerechtfertigt halten, als man den Makler, der den sich als nichtig erweisenden Kaufvertrag vermittelt hatte und von dem eine Rückzahlung der zu Unrecht bezogenen Provision nicht zu erwarten war, als «zu den Leuten des Bereicherten» gehörend versteht, was im Falle des Mäklers wohl zu weit geht. Dieser ist (im Gegensatz zum Notar in BGE 45 II 451) weder vom Geschäftsherrn bevollmächtigt noch diesem untergeordnet, sondern entfaltet seine Vermittlertätigkeit nach eigenem Gutdünken und auf eigenes Risiko.

¹⁶⁸ Ausnahme ist der originäre Eigentumserwerb durch Vermischung; vgl. oben Ziff. 1 in fine.

Grundsätzen von ZGB 938-940 zu entschädigen (die allerdings von denjenigen von OR 65 nicht grundlegend abweichen)¹⁶⁹.

Eine *übertragene Anwendung von OR 65* kommt allenfalls bei *Forderungen* in Betracht, die infolge Grundlosigkeit der Zession auf den Veräusserer rückzuübertragen sind: Als nützliche Aufwendungen können allenfalls die Ausgaben betrachtet werden, welche der Zessionar bei der Geltendmachung der Forderung im Prozess gemacht hat; notwendige Ausgaben sind jene im Zusammenhang von Verjährungsunterbrechung entstandenen¹⁷⁰.

VIII. Verjährung (OR 67)

1. Entstehungsgeschichte von OR 67; Kritik

In der Revision hat der Gesetzgeber ohne jedes historische oder aktuelle ausländische Vorbild¹⁷¹ die Kondiktionsansprüche einer kurzen Sonderverjährung unterworfen. Diese Bestimmung gehört zu den bedauerlichsten Fehlleistungen der Revision; es kann dieser Schritt nur als eine begriffsjuristisch-schematische Übertragung deliktsrechtlicher Prinzipien (OR 60) auf den vom Gesetzgeber (in der Sache zu Unrecht)¹⁷² als «Quasi-Delikt» aufgefassten Kondiktionstatbestand verstanden werden, während eine sachliche Rechtfertigung dieser Regelung nicht zu ersehen ist. Ist schon die einjährige deliktsrechtliche Verjährung in der Schweiz ungewöhnlich kurz und kaum zu rechtfertigen (haftpflichtrechtliche Sonderregelungen verlängern denn

¹⁶⁹ Die Ausschliesslichkeit der Anwendbarkeit von ZGB 938 f. wird festgehalten in BGE 84 II 377 E. 4 (vgl. auch dort zit. Literatur).

¹⁷⁰ Die anzuwendenden Regeln müssen sachlich abgestimmt werden auf die Grundsätze betreffend die dem Bereicherten zu gestattenden Abzugsposten (oben Ziff. 6). - In Analogie zum Retentionsrecht im Sinne von ZGB 895 im Falle der Kondiktion von grundlos übereigneten Sachen (vgl. BECKER, OR 65 N. 7) kann der Bereicherte die Rückzession von einer Zug-um-Zug erfolgenden Vergütung seiner Aufwendungen abhängig machen.

¹⁷¹ K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975, Bd. I, § 300; vgl. im übrigen auch §§ 291 ff.

¹⁷² Bereicherungsansprüche haben mit Deliktsansprüchen wenig gemein; Bereicherungsausgleich unterscheidet sich in allen wesentlichen Punkten von Schadenersatzleistung (vgl. v. T./P., § 53/III/3 bei Anm. 51). Deshalb ist in den historischen Vorbildern und den ausländischen Rechten der Bereicherungstatbestand überwiegend als «quasi-vertraglicher» Sachverhalt verstanden worden (vgl. oben Ziff. I/2 und III/2/d sowie Anm. 39); die Fälle der «Eingriffskondiktion» (oben VI/2), welche alle in für eine Annäherung an das Deliktsrecht sprechen, sind demgegenüber praktisch wenig bedeutsam. - Die Fragwürdigkeit von OR 67 mag illustriert werden durch die Tatsache, dass Bereicherungsansprüche in Deutschland der ordentlichen *dreissigjährigen* Verjährungsfrist unterliegen. Vgl. zur Kritik noch BUCHER, in ZSR 1983/II, p. 280 f.

auch regelmässig die Verjährungsfrist, meist auf zwei Jahre)¹⁷³, sind die Ergebnisse im Bereicherungsrecht noch weit unerträglicher. Der Unterschied liegt darin, dass es bei Deliktstatbeständen dem Geschädigten nicht am Bewusstsein fehlen wird, dass er einen Schadenersatzanspruch besitzt und diesen auch beförderlich geltend machen muss. Im Gegensatz dazu setzt die Einsicht, einen Kondiktionsanspruch zu besitzen, und der Wille, diesen rechtswirksam geltend zu machen, rechtliche Würdigung voraus, die schwierig sein kann und beim juristischen Ganz- oder Halblaien nicht vorausgesetzt werden darf. Dieser wird nicht ohne weiteres verstehen, weshalb eine aufgrund vertraglicher Vereinbarung erbrachte eigene Leistung plötzlich nach ausservertraglichen Grundsätzen und unter ausservertraglichen Verjährungsfristen zurückgefordert werden muss, wenn der Vertrag wegen fehlender Handlungsfähigkeit eines Partners oder wegen Unmöglichkeit der vertraglichen Gegenleistung ungültig ist¹⁷⁴ oder nicht abgewickelt werden kann¹⁷⁵, besteht die Bereicherung in einer *Forderung*¹⁷⁶, wird dem Entreicherten das Bewusstsein meist abgehen, dass die Situation nur durch Rückzession bereinigt werden kann¹⁷⁷. Die schlimmsten Folgen der Regel von OR 67 können dadurch vermieden werden, indem man den Lauf der einjährigen Verjährungsfrist erst beginnen lässt, wenn nicht bloss der Entreicherte den Umfang der auszugleichenden Entreichering und Bereicherung kennt und beweisen kann, sondern darüber hinaus nachweislich das subjektive Bewusstsein besitzt, dass der Ausgleich in dargelegtem Sinn nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen erfolgen muss. In dieser Hinsicht zeigt die bundesgerichtliche Praxis bereits Ansätze¹⁷⁸. Vgl. dazu unten Ziff. 3.

2. Der Lauf der Zehnjahresfrist

OR 67/I statuiert - in Analogie zur Deliktsverjährung von OR 60 - eine sogenannte absolute¹⁷⁹ Frist von zehn Jahren, die mit «Entstehung» des Bereicherungsanspruchs

¹⁷³ Eine Verjährungsfrist von 5 Jahren statuierte auch BewB 20 III; vgl. dazu BGE 110 II 335. Allerdings wiederum geändert in BewG Art. 26 IV.

¹⁷⁴ Dies bei *ursprünglicher* Unmöglichkeit im Sinne von OR 20/I.

¹⁷⁵ Bei *nachträglicher* zufälliger Unmöglichkeit, OR 119, falls man überhaupt Bereicherungsverjährung annehmen wollte (dazu unten Ziff. 6).

¹⁷⁶ Vgl. dazu oben Ziff. IV/4.

¹⁷⁷ Vgl. dazu oben § 31/III/2/c. - Im Falle der Bereicherung in Form einer Forderung gegen den Entreicherten spielt die Verjährung des Kondiktionsanspruchs allerdings keine Rolle, da OR 67/II eine unverjährende Einrede begründet. Vgl. dazu unten Ziff. 4.

¹⁷⁸ Vgl. dazu auch SJZ 1984, p. 373 f.

¹⁷⁹ Die absolute Frist von 10 Jahren ist als Frist für die erstmalige Geltendmachung bzw. Unterbrechung aufzufassen. Im Gegensatz zum Strafrecht ist eine Erstreckung durch mehrmalige Unterbrechung über diese 10-Jahresfrist hinaus nicht ausgeschlossen. Vgl. dazu oben § 25.

zu laufen beginnt, dies unerachtet der weiteren, bloss bei der Einjahresfrist erheblichen subjektiven Elemente der Kenntnis des Entreicherten vom Kondiktionstatbestand, der Person des Kondiktionsgegners und der Notwendigkeit kondiktionsmässiger Ausgleichung (dazu unten Ziff. 3).

Bei der *Leistungskondiktion* entsteht der Anspruch im Zeitpunkt der Leistung, falls diese bereits ursprünglich grundlos war; fällt der anfänglich gegebene Rechtsgrund dahin¹⁸⁰, beginnt der Fristenlauf mit dem Dahinfallen des Vertrages als dem Eintritt der Rechtsgrundlosigkeit der früher erbrachten Leistung¹⁸¹. Ist der Kondizierende im Besitze der (ebenfalls rechtsgrundlosen) Gegenleistung, beginnt die Verjährung erst mit deren Rückerstattung (vgl. unten Ziff. 3).

Bei der *Eingriffskondiktion* wird der Fristenlauf durch den Eingriff ausgelöst. Im Falle des Entzugs einer fremden Sache, die im bisherigen Eigentum verbleibt, entsteht der Bereicherungsanspruch mit Untergang des Vindikationsanspruchs des Eigentümers, d. h. bei Untergang (Verbrauch) oder Veräusserung der Sache, von welchem Zeitpunkt an die Frist zu berechnen ist¹⁸².

Im Zusammenhang der Zehnjahresfrist muss die Bereicherung nicht bereits ziffermässig bekannt sein, wohl aber als solche feststehen. Bei *andauerndem Bereicherungsfall* (z. B. bei ungerechtfertigtem Bezug von Energie usw.) ist dies erst der Fall, wenn der Zustand ein Ende genommen hat, so dass die Verjährung erst in diesem Zeitpunkt beginnen kann.

3. Der Lauf der Einjahresfrist

Die Einjahresfrist läuft frühestens vom gleichen Zeitpunkt an wie die Zehnjahresfrist (oben Ziff. 2); der Beginn des Fristenlaufs setzt aber weiterhin «*Kenntnis*» des Anspruches seitens des Entreicherten voraus. Aus den in Ziff. 1 genannten Gründen muss dieser Voraussetzung weittragende Bedeutung zuerkannt und der Fristenlauf

¹⁸⁰ Den Tatbestand nachträglicher Unmöglichkeit gemäss OR 119/I, II, möchte ich von der Kondiktionsverjährung ausnehmen, da diesfalls der Vertrag keineswegs ungültig wird, sondern nur der synallagmatische Leistungsaustausch entfällt (vgl. dazu auch § 23/IV und unten Ziff. 6).

¹⁸¹ Bei Vertragsanfechtung wegen Willensmängel ist dies frühestens der Zeitpunkt der Abgabe der Anfechtungserklärung. Die Regel, dass diesfalls «Auflösung ex tunc» erfolge, d. h. die Rückabwicklung so zu geschehen hat, wie wenn nie ein Vertrag geschlossen worden wäre, vermag die Tatsache nicht zu beseitigen, dass bis zum Moment der Anfechtungserklärung die erbrachte Leistung nicht rechtsgrundlos war. Das Gesagte muss um so eher gelten, als die Willensmängel-Anfechtung keiner absoluten Verwirkungsfrist unterworfen ist, theoretisch auch mehr als zehn Jahre nach Empfang einer Leistung und damit in einem Zeitpunkt erfolgen könnte, in dem bei entgegengesetzter Auffassung die Leistungskondiktion bereits verjährt wäre. Dies wäre jedenfalls hinsichtlich des Kondiktionsanspruchs des Gegners des Irrenden inakzeptabel.

¹⁸² Die Dauer ungerechtfertigten Besitzes der im Eigentum des Veräusserers verbliebenen Sache ist auf die Verjährung der Kondiktionsansprüche nicht anzurechnen. So auch v. T./P., § 54/III und Anm. 28.

möglichst hinausgeschoben werden in dem Sinne, dass hinreichende Kenntnis nicht bereits angenommen wird, wenn der Betroffene die Entreicherung und Bereicherung sowie die Person des Kondiktionsgegners kennt (und überdies auch die zur erfolgreichen Klageerhebung erforderlichen Beweismittel besitzt), sondern dass er auch das Bewusstsein hat, zur Wahrung der eigenen Rechtsposition sei ein kondiktionsmässiger Ausgleich (z. B. durch Rückzession) oder allenfalls Klage erforderlich. In diese Richtung weisen zahlreiche Entscheidungen des Bundesgerichts: BGE 63 II 258 ff. (solange nicht der genaue Umfang der eigenen Entreicherung bekannt ist, läuft die Einjahresfrist nicht), BGE 82 II 428 f. E. 9/a (Frist läuft erst von sicherer Kenntnis des Bereicherungsanspruches einschliesslich einer gewissen «Überlegungsfrist» zur Auswertung zugegangener Informationen), BGE 70 II 123/4 E. 3, BGE 105 II 95 (bei im Hinblick auf eine lange Vertragsdauer durch den Mieter gemachten Aufwendungen beginnt der Bereicherungsanspruch erst mit der unerwarteten Kündigung zu laufen und nicht schon mit der Bezahlung der Handwerker), BGE 109 II 432 (effektive Kenntnis, nicht «kennen müssen»).

Im Falle der Bereicherung, die durch nachträgliche Vertragsanfechtung wegen Willensmängel eintritt, beginnt für den Gegner des Irrenden der Fristenlauf frühestens mit Erhebung der Anfechtung¹⁸³. Aber auch der vom Willensmangel betroffene Vertragspartner, der von der Entdeckung des Irrtums an sich ein Jahr Zeit lassen darf, um sich über das Geltendmachen des Willensmangels zu entscheiden (OR 31/I, II), hat keinen Anlass zur Erhebung des Kondiktionsanspruches, solange er nicht die Anfechtung angesprochen hat¹⁸⁴, so dass man die Frist erst von der Anfechtungserklärung an laufen lassen darf¹⁸⁵. - Das Gesagte gilt nur hinsichtlich der Rückforderung einer einseitig erbrachten Vertragsleistung. Ist der Kondizierende im Besitz einer (im Hinblick auf den dahingefallenen Vertrag erbrachten) Gegenleistung, wird der Kondiktionsanspruch erst durch deren Rückerstattung ausgelöst: Vorher besteht keine Entreicherung, wie auch der kondiktionsauslösende Irrtum sich nicht auf die Vertragsgeltung, sondern den Erhalt der Gegenleistung bezieht (vgl. auch oben Ziff. IV/2/a und Anm. 56).

Falls man bei *nachträglicher Unmöglichkeit* von Vertragsleistungen gemäss OR 119 den Rückforderungsanspruch bereits erbrachter Gegenleistung OR 67 unterwerfen will¹⁸⁶, bedeutet dies, dass die Verjährung erst zu laufen beginnt mit rechtskräftiger

¹⁸³ Vgl. auch oben Ziff. 2 Anm. 181.

¹⁸⁴ Der Betroffene kann diesen Anspruch nicht erheben, ohne gleichzeitig eine implizierte Anfechtungserklärung abzugeben (BGE 64 II 135 E. 3). Auch wenn man die Überlegungsfrist von OR 31 für zu lange hält, geht es nicht an, dass man ihren Lauf auf den Lauf der - ihrerseits zu kurzen - Verjährungsfrist anrechnet und demjenigen, der befugterweise ein Jahr Überlegungsfrist für sich beansprucht, zu einer Geltendmachung des durch die Anfechtungserklärung erst entstandenen Kondiktionsanspruches überhaupt keine Zeit mehr lässt.

¹⁸⁵ Anders als hier BGE 82 II 428 E. 9, wo (allerdings nur als obiter dictum, da im Ergebnis Verjährung aus anderen Gründen verneint wird) die Einjahresfrist von Erlangung sicherer Kenntnis von Anfechtungsgründen an gerechnet wird.

¹⁸⁶ Vgl. die dagegen sprechenden Argumente unten Ziff. 6 und oben § 23/IV/4.

Entscheidung über die Erfüllungs- bzw. Schadenersatzklage in dem Sinne, dass die in Frage stehende Leistung einerseits unmöglich ist, andererseits der Pflichtige die Unmöglichkeit nicht «zu verantworten» hat (d. h. dem Schuldner der Exkulpationsbeweis gelungen ist); bis dahin hat der Gläubiger keine Gewissheit, dass er auf eine Leistungskondition verwiesen ist.

Die von OR 67 für Beginn des Fristenlaufs geforderte subjektive Gewissheit um den Bestand des Bereicherungsanspruchs muss im Falle von *Gesamthandverhältnissen* bei *allen* Gesamthändern gegeben sein, da diese nur gemeinsam wirksam den Bereicherungsanspruch geltend machen können¹⁸⁷.

4. Unverjährbarkeit des Bereicherungsanspruchs als Einredetatbestand (auch zu OR 67/II)

Besteht die Bereicherung darin, dass der Bereicherte rechtsgrundlos eine Forderung gegen den Entreicherten besitzt, kann dieser ohne zeitliche Begrenzung bei Geltendmachung des Anspruchs den Kondiktionstatbestand (Rechtsgrundlosigkeit und Irrtümlichkeit der Forderungsbegründung) einwenden (OR 67/II)¹⁸⁸.

Der im übrigen verjährte Kondiktionsanspruch kann unter den Voraussetzungen von OR 120/III zur Verrechnung gestellt werden, was insbesondere gewährleistet, dass bei Vertragsungültigkeit die Rückforderungsansprüche beider Partner verrechenbar bleiben.

5. Verlängerung der Fristen von OR 67/I bei Bereicherung infolge von Straftaten (analog OR 60/II)

Die Verjährungsregel von OR 67 ist schematisch OR 60 nachgebildet (oben Ziff. 1). Der Gesetzgeber hat indessen unterlassen, auch ein OR 60/II entsprechendes Prinzip zu statuieren und die zivilrechtliche Verjährung auf die Dauer einer allenfalls parallel laufenden *strafrechtlichen Verjährung* zu verlängern. Dies kann vor allem bei der *condictio furtiva* aktuell werden. Mit Grund wird daher auch die Herübernahme der Regel von OR 60/II ins Bereicherungsrecht postuliert¹⁸⁹.

6. Zum Anwendungsbereich von OR 67

Die kurze Sonderverjährung von OR 67 greift grundsätzlich immer Platz, wenn Rechtsgrundlage der Rückforderung die in OR 62-66 statuierten Bereicherungsgrundsätze

¹⁸⁷ So für den Fall der *Erbengemeinschaft* BGE 49 II 40.

¹⁸⁸ Ähnlich BGB § 821. Vgl. auch oben Ziff. IV/4. Es liegt der alte Grundsatz zugrunde *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* (vgl. *Dig.* 44, 4, 5, 6).

¹⁸⁹ BECKER, OR 67 N. 4 mit Hinweis auf ZR 28/160.

sind; umgekehrt greift die einjährige Verjährung nicht ein, wenn ein Kondiktionstatbestand kraft gesetzlicher Sonderanordnung vorliegt. Die Anwendung von OR 67 scheidet nicht nur aus, wenn der Gesetzgeber OR 62 ff. ausschliesst, zum Beispiel durch die Regel, dass das «Geleistete», «Empfangene» herauszugeben oder Schadenersatz zu leisten sei (vgl. etwa OR 195 Ziff. 1 und 2, 208/I, II und weitere oben Ziff. III/3 genannte Fälle), sondern auch, wenn er eine OR 62 ff. nur teilweise ersetzende Regelung aufstellt wie in ZGB 411 (Rückleistungspflicht bei Geschäften beschränkt Handlungsunfähiger)¹⁹⁰. Die Praxis hat richtigerweise zum Beispiel wechselrechtliche Bereicherungsansprüche nicht der Regel von OR 67 unterstellt¹⁹¹; der Grundsatz restriktiver Anwendung verjährungsverkürzender Sonderregeln verdient ganz allgemein Anerkennung.

Während es aufgrund der gesetzlichen Regelung selbstverständlich ist, dass der auf Rückerstattung des «Geleisteten» gerichtete Anspruch im Falle des Rücktritts vom Vertrag (OR 109/I) nicht der Bereicherungsverjährung unterliegt¹⁹², erheben sich Zweifel bei nachträglicher Unmöglichkeit im Sinne von OR 119. Die in der Revision eingeführte Regel, dass nicht das «Empfangene» herauszugeben sei (so aOR 145), sondern der Empfänger der Gegenleistung nach Bereicherungsgrundsätzen hafte, lässt ausser acht, dass nachträgliche Unmöglichkeit nicht den Vertrag, sondern lediglich die Pflicht des Schuldners der unmöglichen Leistung untergehen lässt, und auch dies nur bei Gelingen des Exkulpationsbeweises. Sind die für ausserkontraktliche Verhältnisse berechneten Bereicherungsgrundsätze daher schon an sich fehl am Platz, kann es noch weniger in Frage kommen, in Fällen gültigen Vertrages - während des Andauerns der vertraglichen Beziehungen - den Anspruch auf Rückleistung wegen Vereitelung des Vertragszwecks der im vertraglichen Bereich ausserhalb jeder Erwartung liegenden Delikts- bzw. Bereicherungsverjährung zu unterwerfen; besser versteht man OR 119 einengend nur als eine Verweisung auf die kondiktionsrechtlichen Prinzipien der Berechnung des Herausgabeanspruchs (insbes. die Zulassung der Entreicherungseinrede gemäss OR 64), nicht jedoch als eine Verweisung auf die Gesamtheit des Kondiktionsrechts¹⁹³.

Im Falle von *Konkurrenz* von vertraglichen und kondiktionsrechtlichen Ansprüchen hat OR 67 selbstverständlich vor der generellen Verjährung von OR 127 zurückzutreten¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Vgl. BUCHER, Komm. ZGB 17/18 N. 199.

¹⁹¹ BGE 53 II 119 lit. b (für aOR 813, ungefähr entsprechend OR 1052).

¹⁹² So auch BGE 60 II 27 ff., 61 II 255 f.

¹⁹³ Für eine wörtliche Anwendung der Kondiktionsregeln unter Einschluss von OR 67 spricht sich BGE 63 II 258 aus (wobei im Ergebnis die Verjährung verneint wurde); zu dieser Entscheidung auch oben § 23/IV/4 Anm. 25. - Zu den Schwierigkeiten der praktischen Anwendung von OR 67 in Fällen von OR 119 vgl. oben Ziff. 3 in fine.

¹⁹⁴ In diesem Sinne BGE 98 II 32 E. 6.