

Festschrift  
RUDOLF WELSER

zum 65. Geburtstag

Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

ao. Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl

Sonderdruck



Wien 2004

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# Die Konditionssperre von Art 63 Abs 1 OR

Alfred Koller, St. Gallen

## Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Die Voraussetzungen des Rückforderungsausschlusses auf Seiten des Leistungsempfängers
- III. Die Voraussetzungen des Rückforderungsausschlusses auf Seiten des Leistenden

Art 63 Abs 1 OR normiert einen Kondiktionsausschluss, wie ihn auch das österreichische Recht kennt (§§ 1431 und 1432 ABGB). Lehre und Rechtsprechung zu den soeben erwähnten Bestimmungen können mit Gewinn auch für die Auslegung von Art 63 Abs 1 OR herangezogen werden. Entsprechendes gilt auch in vielen anderen Bereichen. Der Schreiber greift insbesondere immer wieder auf den „*Koziol/Welser*“ zurück. Es ist mir daher eine Freude und Ehre, dem Jubilar den vorliegenden Beitrag zu widmen.

## I. Einleitung

1. Wer eine Nichtschuld bezahlt, kann das Geleistete nach Art 62 Abs 1 OR zurückfordern (*condictio indebiti*). Vorbehalten ist der Fall, dass der Leistende irrtumsfrei (in Kenntnis der Nichtschuld) und freiwillig bezahlt hat (Art 63 Abs 1 OR). Art 63 Abs 1 OR errichtet – nebst Art 66 OR – eine sog Konditionssperre, welche den Bereicherungsanspruch trotz an sich gegebener Voraussetzungen ausschließt. Das Bundesgericht hat zwar in BGE 123 III 107 E 3 a angenommen, Art 62 Abs 1 OR werde bei der *condictio indebiti* durch Art 63 Abs 1 OR verdrängt. Art 63 Abs 1 OR ist nach dieser Auffassung gleichzeitig Anspruchsgrundlage und Konditionssperre. Dagegen hat sich mit guten Gründen *Huwiler* gewandt<sup>1</sup>). Die Kontroverse braucht hier, da nicht von praktischem Interesse, nicht vertieft zu werden. Immerhin sei der Hinweis erlaubt, dass auch der Schreiber die besagte BGE schon im „*Guhl*“ im Sinne *Huwilers* kritisiert hat<sup>2</sup>). Anspruchsgrundlage der Leistungskondition ist somit nach der hier vertretenen Ansicht Art 62 Abs 1

1) *Huwiler*, Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, in *Liber Amicorum* für Hermann Schulin (2002) 41.

2) *Koller* in *Guhl*, Schweizerisches Obligationenrecht<sup>9</sup> (2000) § 27 Rz 15.

OR; Art 63 Abs 1 OR wirkt nicht anspruchsbegründend, sondern anspruchvernichtend.

2. Art 63 Abs 1 OR ist Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots, stellt somit nichts anderes als eine Konkretisierung von Art 2 Abs 2 ZGB dar<sup>3)</sup>: Wer eine Nichtschuld im Wissen um die fehlende Leistungspflicht freiwillig bezahlt, handelt widersprüchlich, wenn er im Nachhinein seine Entscheidung revidieren und das Geleistete zurückfordern will (*venire contra factum proprium*). Das Widersprüchliche liegt darin, dass der (Schein-)Schuldner beim (Schein-)Gläubiger vorerst das Vertrauen erweckt, er dürfe die erbrachte Leistung behalten, das Geleistete dann jedoch zurückfordert und damit den beim Gegner begründeten Besitz- und Vertrauenstatbestand zerstören will.

Vor diesem Hintergrund können die Voraussetzungen der Konditionssperre von Art 63 Abs 1 OR in zwei Kategorien eingeteilt werden: Auf Seiten des *Leistungsempfängers* ist vorausgesetzt, dass er nach den Umständen davon ausgehen durfte, er dürfe die Leistung definitiv behalten. Auf Seiten des *Leistenden* ist vorausgesetzt, dass er die Leistung freiwillig und irrtumsfrei erbracht hat. Beide Erfordernisse werden im Folgenden näher dargestellt.

## II. Die Voraussetzungen des Rückforderungsausschlusses auf Seiten des Leistungsempfängers

Der Leistungsempfänger darf die nicht geschuldete Leistung – wie gesagt – immer dann nicht behalten, wenn er mit ihrer Rückerstattung rechnen musste. Daraus folgt:

- Einmal setzt der Ausschluss der Rückforderung eine *Leistung solvendi causa* voraus, also zwecks Schuldtilgung<sup>4)</sup>. Verfolgt der Leistende – erkennbar – auch oder nur einen anderen Zweck, so kann er das Geleistete zurückfordern, wenn sich dieser (weitere) Zweck nicht realisiert. Denn der Leistende handelt nicht missbräuchlich, wenn er nach Nichterreichung seiner Zwecke die (zweckgebundene) Leistung zurückfordert. Eine Rückforderung ist daher zulässig, *wenn jemand zwecks Erfüllung eines (ungültigen) zweiseitigen Vertrags leistet und die erwartete Gegenleistung ausbleibt*<sup>5)</sup>. Dass die Leistung in Kenntnis der fehlenden Schuld und zudem freiwillig erfolgt ist, schließt in solchen Fällen die Rückforderung nicht aus. Der Gegenpartei geschieht dadurch kein Unrecht, im Gegen-

3) *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>8</sup> (2003) Rz 1535, unter Hinweis auf Pra 1991, 85; ebenso *Jauernig/Schlechtriem*, BGB<sup>10</sup>, § 814 Rz 1; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983) 133, mit Bezug auf § 814 BGB.

4) *Von Tuhr/Peter*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, F (1979) 478.

5) BGE 115 II 28; BGE 119 II 21 f; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (2003) Rz 31.41; *Koller in Guhl*, Schweizerisches Obligationenrecht<sup>9</sup>, § 27 Rz 20; *Koller*, BR 1990, 46 f, Nr 47; ebenso für das österreichische Recht *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>11</sup> II 264, und für das deutsche Recht BGH NJW 80, 451; *Jauernig/Schlechtriem*, BGB<sup>10</sup>, § 814 Rz 2, lit cc. – Art 63 Abs 1 OR ist im umschriebenen Sinne teleologisch zu reduzieren (s zu diesem Vorgang *Kramer*, Juristische Methodenlehre [1998] 161 f; aus der Rechtsprechung vgl BGE 121 III 219).

teil würde sie selbst rechtsmissbräuchlich handeln, „wenn sie gleichzeitig die erbrachte Leistung behalten und ihre eigene Leistung verweigern wollte“<sup>6)</sup>.

*Beispiel* (in Anlehnung an BGE 115 II 28): Am 10. August 1984 schloss M mit D einen Kaufvertrag in einfacher Schriftform über ein Grundstück ab. Der Käufer M sollte an den Kaufpreis bis 15. August 1984 eine Anzahlung von Fr 10.000.– machen, eine weitere Anzahlung von Fr 50.000.– bis 1. Dezember 1984. Als die zweite Anzahlung ausblieb, erklärte der Verkäufer D, der Kaufvertrag sei formungültig und er werde ihn nicht erfüllen. In der Folge verlangte M die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von Fr 10.000.–. D widersetzte sich. Das Bundesgericht hiess die Klage von M gut, obwohl dieser im Zeitpunkt der Zahlung gewusst hatte, dass er mangels öffentlicher Beurkundung (noch) nicht zur Leistung verpflichtet war. Die Rückforderung war zulässig, weil M in Erwartung der Grundstücksübereignung geleistet hatte, diese dann aber ausblieb.

Welchen Zweck der Leistende mit der Zahlung verfolgt, beurteilt sich nach den Kriterien, die für die Auslegung von Willenserklärungen gelten. In erster Linie kommt es somit darauf an, ob der Leistungsempfänger den wirklichen Willen des Leistenden erkannt hat. Subsidiär ist auf das Vertrauensprinzip abzustellen und also zu fragen, auf welchen Willen der Leistungsempfänger schließen durfte bzw musste<sup>7)</sup>. Hat der Leistende nicht solvendi causa leisten wollen, ist die Leistung aber normativ als Leistung solvendi causa aufzufassen, so kann er die mit der Leistung einhergehende Zweckbestimmung, welche eine rechtsgeschäftliche oder zumindest rechtsgeschäftsähnliche Handlung ist, anfechten (Art 23 OR) und die Leistung zurückfordern. Er wird dann aber allenfalls nach Art 26 OR schadenersatzpflichtig.

- Leistet jemand auf eine *künftige Schuld*, so leistet er zwar solvendi causa, jedoch in der – erkennbaren – Erwartung, die Schuld gelange später zur Entstehung. Ist dies wider Erwarten nicht der Fall, so ist die Rückforderung zulässig (vgl BGE 111 II 337 E 1, wo der Käufer den Kaufpreis bezahlt hatte, noch bevor die gemäß Lex Friedrich erforderliche Bewilligung vorlag). Dass der Leistende im Zeitpunkt der Leistung um den Nichtbestand der Schuld gewusst und freiwillig geleistet hat, ändert nach der ratio legis von Art 63 Abs 1 OR wiederum nichts<sup>8)</sup>.
- Die Rückforderung ist sodann nur ausgeschlossen, wenn die Zahlung *vorbehaltlos* erfolgt ist. Hat der Schein-Schuldner – wie in ZR 1921/119 – „unter Vorbehalt seiner Rechte“ geleistet, also die allfällige Rückforderung für den Fall, dass die Schuld nicht bestehen sollte, in Aussicht gestellt, so ist die Rückforderung zulässig<sup>9)</sup>. Auch diese Einschränkung folgt aus der ratio legis von Art 63 Abs 1 OR: Wer sich eine spätere Rückforderung vorbehält, der handelt nicht widersprüchlich, wenn er später

6) *Koller*, Vom Formmangel und seinen Folgen, in *Der Grundstückkauf*<sup>2</sup> (2001) § 3 Rz 93.

7) Vgl *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse<sup>3</sup> (1996) 125 unten f, Fall 147.

8) *Koller in Guhl*, Schweizerisches Obligationenrecht<sup>9</sup>, § 27 Rz 21, mit Hinweis auf BGE 119 II 20.

9) Vgl ZR 1970, 249; BGHZ 83, 278 (282); *von Tuhr/Peter*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil F 484; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>8</sup> Rz 1535; *Honsell/Mader in Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> VII, § 1431 Rz 8.

die Leistung tatsächlich zurückfordert, nachdem sich die Schuld als nicht bestehend herausgestellt hat. Auf Seiten des Leistungsempfängers ist kein Vertrauenstatbestand zu schützen.

- Wenn schon eine unter Vorbehalt erfolgte Zahlung zurückgefordert werden kann, so gilt dies noch viel mehr für eine Zahlung, deren *Rückforderung* sich der Leistende *von vornherein ausbedungen* hat. Wenn daher jemand einen nichtigen Darlehensvertrag erfüllt, so steht Art 63 Abs 1 OR der Rückforderung nicht entgegen. Denn der übereinstimmende Parteiwille geht in einem solchen Fall auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in einem späteren Zeitpunkt. Der Empfänger der Leistung weiß von allem Anfang an, dass er diese wird zurückgeben müssen. Es fehlt daher – wie bei der Vorbehaltszahlung – an einem schutzwürdigen Vertrauenstatbestand. Dementsprechend kann im Rückforderungsbegehren des Darlehensgebers kein *venire contra proprium factum* gesehen werden. Ganz im Gegenteil würde der Darlehensnehmer missbräuchlich handeln, wollte er das Darlehen behalten.

Dass dies der Rechtslage entspricht, folgt mittelbar aus dem Konsumkreditrecht: Ist der Kreditvertrag nichtig, „so hat die Konsumentin oder der Konsument die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen“ (Art 15 Abs 2 KKG). Die Rückzahlungspflicht besteht generell, auch wenn der Kreditgeber bei Hingabe um die Nichtigkeit des Vertrags gewusst hat. Bei anderen Krediten als Konsumkrediten muss die Zulässigkeit der Rückforderung *a fortiori* gelten. Fragen kann man sich höchstens, ob die Rückforderung der Darlehensvaluta zumindest „bis zum Ablauf der Kreditdauer“ ausgeschlossen ist. Dies ist für den Normalfall zumal dann zu verneinen, wenn der Darlehensnehmer bei Erhalt der Valuta von der Nichtigkeit des Vertrags Kenntnis hatte. Denn dann fehlt es wiederum an einem schutzwürdigen Vertrauenstatbestand<sup>10)</sup>.

### III. Die Voraussetzungen des Rückforderungsausschlusses auf Seiten des Leistenden

Das auf eine Nichtschuld Geleistete<sup>11)</sup> kann nur dann nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung *freiwillig* und *irrtumsfrei* erfolgt ist. Die Kondiktion bleibt also zulässig, wenn die Leistung zwar irrtumsfrei, aber unfreiwillig oder freiwillig, aber irrtümlich, erfolgt ist. Das bedeutet im Einzelnen:

- *Unfreiwillig* sind vorab Leistungen, welche in einer Notlage (Art 21 OR) oder unter einer Drohung (Art 29 OR) erbracht werden<sup>12)</sup>. Es muss „eine

10) Bei einem nichtigen Konsumkredit schuldet der Kreditnehmer weder Zinsen noch Kosten (Art 15 Abs 2 KKG). Er darf also das Darlehen gratis verwenden. Für andere als Konsumkredite gilt dies nicht: Der Darlehensgeber hat einen Bereicherungszins zugute (Art 62 OR).

11) Beweispflichtig für den Nichtbestand der Schuld ist der Leistende, s BGE 119 II 305 f = Pra 1994, 739.

12) BGE 129 III E 3.2.

eigentliche Zwangslage gegeben sein“, welche die Leistung als „einzig möglichen und zumutbaren Ausweg erscheinen“ lässt<sup>13)</sup>. Zu denken ist etwa an eine Schutzgelderpressung. Unfreiwillig leistet der Schuldner aber vor allem auch dann, wenn er im Betreibungsverfahren keinen Rechtsvorschlag erhoben hat oder dieser durch Rechtsöffnung beseitigt worden ist und er deshalb zur Leistung gezwungen ist. In einem solchen Fall wird jedoch Art 63 Abs 1 OR durch Art 86 Abs 1 SchKG verdrängt. Danach kann der Betriebene „innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozesswege den bezahlten [nicht geschuldeten] Betrag zurückfordern“. Die Rückforderung hängt ausschließlich vom Nachweis der Nichtschuld ab (Art 86 Abs 3 SchKG). Der Irrtumsnachweis erübrigt sich, da die Zahlung voraussetzungsgemäß unfreiwillig erfolgt ist (um die Fortsetzung der Betreibung zB durch Pfändung und Pfandverwertung abzuwenden). Art 86 SchKG gibt daher nur wieder, was nach Art 63 Abs 1 OR ohnehin gelten würde<sup>14)</sup>.

- *Irrtümlich* erfolgt eine Leistung, wenn der Leistende sie im Glauben vornimmt, er sei dazu verpflichtet. Ob der Irrtum auf einer Verkennung der Sachlage (Sachverhaltsirrtum) oder der Rechtslage (Rechtsirrtum) beruht, ist einerlei<sup>15)</sup>. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Irrtum verschuldet ist oder nicht. Mit anderen Worten steht die Rückforderung auch dem *fahrlässig* Irrenden offen<sup>16)</sup>. Selbst grobe Irrtümer schließen die Kondiktion nicht aus.

Keinem Irrtum unterliegt, wer den Nichtbestand der Leistungspflicht kennt oder auch nur für zweifelhaft hält: Wer zweifelt, irrt nicht. Wer also im Bewusstsein, dass die Leistungspflicht womöglich nicht besteht, leistet, kann nichts zurückfordern<sup>17)</sup>.

Die Gründe, eine Leistung im Bewusstsein der fehlenden oder zweifelhaften Leistungspflicht zu erbringen, können unterschiedlich sein. Denkbar ist beispielsweise, dass die Leistung erfolgt, um Auseinandersetzungen mit dem „Gläubiger“ zu entgehen<sup>18)</sup>. Man stelle sich einen Mieter vor, der eine Mietzinserhöhung für nichtig hält, trotzdem aber zahlt, weil er sich nicht auf einen Streit mit dem Vermieter einlassen will. Denkbar ist ferner etwa, dass der „Schuldner“ zwar um das Fehlen der

13) BGE 123 III 108. Ebenso SJZ 1969, 312 oben.

14) Vgl zB BGE 61 II 4.

15) BGE 107 II 258 mwN; BGE 113 II 189 = Pra 1988, 624.

16) BGE 64 II 121, bestätigt in BGE 129 III 646 (649) E 3.2.

17) *Schulin* in Basler Kommentar, Art 63 OR Rz 4 mwN; ferner zB *Escher* in Zürcher Kommentar, Art 565 ZGB Rz 5; von *Tuhr/Peter*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I<sup>3</sup> 484; differenzierend von *Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (1964) 299; *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (1988) 672 f.

18) Vgl *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>8</sup> Rz 1536; von *Tuhr/Peter*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I<sup>3</sup> 484, mit Hinweis auf ZR 1958, 129 und ZR 1960, 43; *Koller* in *Guhl*, Schweizerisches Obligationenrecht<sup>9</sup>, § 27 Rz 18 mit Hinweis auf SJZ 1973, 55; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse<sup>3</sup> 125 Fall 147; *Honsell/Mader* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> VII, § 1431 Rz 10 („um des lieben Friedens willen“).

Schuld weiß, es jedoch aus anderen Gründen für richtig hält, die „Schuld“ zu erfüllen. Der Mieter beispielsweise, der um die Nichtigkeit einer Mietzinserhöhung wegen eines Formmangels weiß, zahlt trotzdem, weil er die Erhöhung als solche für gerechtfertigt hält oder weil der Vermieter in Geldnöten steckt und er diesem nicht noch weitere Schwierigkeiten machen will.

In der Lehre wird zT gesagt, wer bewusst und freiwillig eine Nichtschuld zahle, tätige eine Schenkung<sup>19)</sup>. In Wirklichkeit handelt es sich um eine „Behaltenscausa eigener Art“<sup>20)</sup>. Leistet der Schuldner – wie in Art 63 Abs 1 OR vorausgesetzt – *solvendi causa*, so muss der Leistungsempfänger nicht auf einen Schenkungswillen schließen; es fehlt damit an der für einen Schenkungsvertrag erforderlichen Schenkungsofferte. Dementsprechend kann in der Entgegennahme der Leistung auch kein Schenkungsakzept gesehen werden. Im ersten der obigen Beispiele wird niemand auch nur an eine Schenkung denken. Im zweiten Beispiel ist zwar eine Freigiebigkeit des Mieters festzustellen, diese bringt er jedoch nicht zum Ausdruck. Mangels Schenkungsofferte kommt eine Schenkung wiederum nicht in Betracht.

19) So schon *Bluntschli* in seinem Kommentar zu § 1220 PBG: „Ist die Zahlung nicht aus Irrthum, sondern mit Bewusstsein der Nichtverbindlichkeit geschehen, so findet keine Rückforderung statt. Jene ist als Schenkung aufzufassen.“

20) *Honsell/Mader* in *Schwimmann*, ABGB<sup>2</sup> VII, § 1431 Rz 9.