

# AJP/PJA

4/2006, S. 468 ff.

## Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

### [468] Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR

Prof. Dr. ALFRED KOLLER, St. Gallen \*

#### ▪ Résumé

*Une prestation indue versée en toute connaissance de cause et volontairement n'exclut pas toujours la répétition. Par ailleurs, on suppose plutôt que le bénéficiaire de la prestation ne devait pas s'attendre à être contraint de restituer l'indu. Ainsi, celui qui exécute un contrat nul volontairement et en connaissance de cette nullité peut répéter l'indu s'il n'y a pas de contre-prestation. En effet, le bénéficiaire savait d'avance qu'il ne recevrait la prestation qu'eu égard à la contre-prestation ( ATF 115 II 28 ).*

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)

#### ▪ INHALTSÜBERSICHT

##### I. Einleitung

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

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

#### 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. 3a 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 Schreibende den besagten 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 OR**; **Art. 63 Abs. 1 OR** wirkt nicht anspruchsbegründend, sondern anspruchsvernichtend.

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 auf seine Entscheidung zurückkommen 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. 2 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 Nichterreichen seiner Zwecke die (zweckgebundene) Leistung zurückfordert. Eine Rückforderung ist daher zulässig, *wenn jemand zwecks Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags leistet und die erwartete Gegenleistung ausbleibt* (**BGE 115 II 28, 119 II 21 f.**)<sup>5</sup>. Dass die Leistung in Kenntnis der fehlenden Schuld und zudem [469] freiwillig erfolgt ist, schliesst in solchen Fällen die Rückforderung nicht aus. Der Gegenpartei geschieht dadurch kein Unrecht, im Gegenteil 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 ff.**): 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 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, Nr. 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 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 zurückgeben muss. 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>.

### [470] 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](#)) gemacht werden ([BGE 129 III 646](#) (649) E. 3.2). Es muss "eine eigentliche Zwangslage gegeben sein", welche die Leistung als "einzig möglichen und zumutbaren Ausweg erscheinen" lässt ([BGE 123 III 108](#)<sup>12</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 z.B. durch Pfändung und Pfandverwertung abzuwenden). [Art. 86 Abs. 3 SchKG](#) gibt daher nur wieder, was nach [Art. 63 Abs. 1 OR](#) ohnehin gelten würde (vgl. z.B. [BGE 61 II 4 ff.](#)).

-- *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 ([BGE 107 II 258](#) m.w.Nw., [113 II 189](#) = [Pra 1988, 624](#)). Auch kommt nichts darauf an, ob der Irrtum verschuldet ist oder nicht. Mit anderen Worten steht die Rückforderung auch dem *fahrlässig* Irrrenden offen ([BGE 64 II 121](#), bestätigt in [BGE 129 III 646](#) (649) E. 3.2). 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>13</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>14</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 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 z.T. gesagt, wer bewusst und freiwillig eine Nichtschuld zahle, tätige eine Schenkung<sup>15</sup>. In Wirklichkeit handelt es sich um eine "Behaltenscausa eigener Art"<sup>16</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 fällt eine Schenkung wiederum ausser Betracht.

#### Fussnoten:

- \* Der vorliegende Beitrag ist die auf den neusten Stand von Lehre und Rechtsprechung gebrachte, inhaltlich nur unwesentlich veränderte Fassung eines Beitrags, den ich für die FS für Rudolf Welser (Wien 2004) verfasst habe.
- 1 BRUNO HUWILER, Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, in: Liber Amicorum für Hermann Schulin, Zürich 2002, 41.
- 2 THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/J.N. DRUEY, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 27 Rz 15.
- 3 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, Rz 1535, unter Hinweis auf [Pra 1991, 85](#); ebenso OTHMAR J AUERNIG/PETER SCHLECHTRIEM, Kommentar zum BGB, 10. A., München 2003, N 1 zu § 814 BGB; DIETER REUTER/MICHAEL MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983, 133, mit Bezug auf § 814 BGB.
- 4 ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I, 3. A., Zürich 1979, 478.
- 5 INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, Rz 31.41; GUHL/KOLLER (FN 2), § 27 Rz 20; ALFRED KOLLER, BR 1990, 46 f., Nr. 47; ebenso für das österreichische Recht KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht, 12. A., II, 274 f. und für das deutsche Recht BGH, NJW 80, 451; JAUERNIG/SCHLECHTRIEM (FN 3), N 2 zu § 814 BGB, lit cc. – [Art. 63 Abs. 1 OR](#) ist im umschriebenen Sinne teleologisch zu reduzieren (s. zu diesem Vorgang ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2.A., Bern 2005, 192 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. [BGE 121 III 219](#)).
- 6 ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, § 3 Rz 93.
- 7 Vgl. DIETER MEDICUS, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 3. A., München 1996, 125 unten/126, Fall 147.
- 8 GUHL/KOLLER (FN 2), § 27 Rz 21, mit Hinweis auf [BGE 119 II 20](#).
- 9 Vgl. ZR 1970, 249; BGHZ 83, 278, 282; VON TUHR/PETER (FN 4), 484; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 3), Rz 1535; SCHWIMANN/HONSELL/MADER, ABGB. 2. A., N 8 zu § 1431 ABGB.
- 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 ([BGE 119 II 305 f.](#) = [Pra 1994, 739](#)).
- 12 Ebenso SJZ 1969, 312 oben.
- 13

HERMANN SCHULIN, Basler Kommentar, N 4 zu Art 63 OR m.w.Nw.; ferner z.B. ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art 565 ZGB; VON TUHR/PETER (FN 4), 484; differenzierend BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 299; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 672 f.

14 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 3), Rz 1536; VON TUHR/PETER (FN 4), 484, mit Hinweis auf ZR 1958, 129 und ZR 1960, 43; GUHL/KOLLER (FN 2), § 27 Rz 18 mit Hinweis auf SJZ 1973, 55; MEDICUS (FN 7), 125 Fall 147; SCHWIMANN/HONSELL/MADER (FN 9), N 10 zu § 1431 ABGB ("um des lieben Friedens willen").

15 So schon JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (1808-1881) in seinem Kommentar zu § 1220 des Privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zürich: "Ist die Zahlung nicht aus Irrthum, sondern mit Bewusstsein der Nichtverbindlichkeit geschehen, so findet keine Rückforderung statt. Jene ist als Schenkung aufzufassen."

16 SCHWIMANN/HONSELL/MADER (FN 9), N 9 zu § 1431 ABGB.