

# Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen

Alfred Koller, Professor an der Universität St. Gallen

Wird ein nicht oder nicht gültig zustande gekommener Vertrag erfüllt oder ein gültig zustande gekommener Vertrag nachträglich rückwirkend aufgelöst, so ist er – auf Begehren einer Partei – rückabzuwickeln. Nach Massgabe welcher Regeln die Rückabwicklungsansprüche verjähren, ist nicht im Einzelnen geklärt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist schwer überschaubar und aus Sicht des Autors widersprüchlich<sup>1</sup>. Im Folgenden werden daher die wichtigsten Rückabwicklungstatbestände herausgegriffen und im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beleuchtet. Die angesprochene Problematik betrifft zwar beliebige Verträge, wohl überdurchschnittlich häufig aber Grundstückskaufverträge und damit einen für das Baurecht zentralen Vertragstyp.

1. An erster Stelle interessieren Fälle, in denen ein Vertrag erfüllt wird, obwohl er **nicht oder nicht gültig zustande gekommen** ist. Bei den Rückabwicklungsansprüchen handelt es sich um Bereicherungsansprüche. Dementsprechend findet hinsichtlich der Verjährung Art. 67 OR<sup>2,3</sup> Anwendung. Das heisst: Die Rückabwicklungsansprüche verjähren ein Jahr ab Kenntnis des Anspruchs und spätestens 10 Jahre nach Entstehung desselben. Wer beispielsweise formnichtig ein Grundstück kauft, kann den Preis nach Bereicherungsrecht zurückverlangen; dieser Anspruch verjährt nach Art. 67 OR. Vorbehalte sind in zweierlei Hinsicht anzubringen:

- Sachleistungen können vindiziert werden, weil nach schweizerischem Recht die Eigentumsübertragung einen gültigen Rechtsgrund voraussetzt und daher das Eigentum nicht übergeht, wenn der Vertrag, in dessen Erfüllung geleistet wurde, nicht gültig zustande gekommen ist. Der Vindikationsanspruch verjährt als dinglicher Anspruch nicht, doch geht er allenfalls zufolge Ersitzung unter. Wer also beispielsweise formnichtig eine Sache verkauft, kann diese – vorbehaltlich der Ersitzung durch den Käufer – beliebig lange zurückfordern.
- Haben die Parteien mit der Möglichkeit der Ungültigkeit gerechnet und für diesen Fall die Rückabwicklung vereinbart, so handelt es sich bei diesen Rückabwicklungsansprüchen um vertragliche und es findet daher Art. 127 OR i. V.m. Art. 130 OR Anwendung (vgl. Art. 81 Abs. 1 WKR). Die Rückabwicklungsansprüche verjähren also 10 Jahre ab Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR) bzw. erstmöglicher Fälligkeit (Art. 130 Abs. 2 OR). Das ist allerdings nicht unbestritten. Nach anderer Ansicht bleibt es auch in diesem Fall bei der bereicherungsrechtlichen Verjährung<sup>4</sup>.

Angenommen, zwei Parteien schliessen einen Vertrag in einfacher Schriftlichkeit, halten es aber für möglich, dass öffentliche Beurkundung erforderlich ist, und vereinbaren daher für diesen Fall die Rückgabe bereits erbrachter Leistungen. Genügt die Schriftform tatsächlich nicht und sind daher die Leistungen zurückzugeben, so gilt hinsichtlich der Verjährung Art. 127/130 OR, nicht das Bereicherungsrecht.

Das Gesagte gilt sinngemäss auch in Fällen, in denen ein Vertrag wegen Übervorteilung oder wegen eines Willensmangels angefochten wird (zweifelnd neuerdings BGE 129 III 328, wo das Bundesgericht einen vertraglichen Rückforderungsanspruch in Betracht zieht).

2. Zweiter, hier interessierender Fall ist der folgende: Es wird im Hinblick auf einen **erst noch abzuschliessenden Vertrag** geleistet, in der Folge scheitert jedoch der Vertragsabschluss. Das Bundesgericht nimmt hier wiederum bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche an (BGE 119 II 20, 129 III 264 E. 4.2, *condictio ob causam futuram*) und bringt demgemäss Art. 67 OR zur Anwendung. Im Grundsatz ist dem zuzustimmen. Vorzubehalten sind aber Fälle, in denen die Parteien für den Fall, dass es nicht zum Vertragsabschluss kommen sollte, die Rückabwicklung vereinbart haben<sup>5</sup>. In einem solchen Fall verdrängt m.E. Art. 127 OR i. V.m. Art. 130 OR den Art. 67 OR. Eine ausdrückliche Rückabwicklungsvereinbarung ist nicht erforderlich. Es genügt, dass der Rückabwicklungswille in irgendeiner Weise geäussert wurde. Auch ein konkret nachweisbarer hypothetischer Parteiwille reicht aus. Das Bundesgericht anerkennt diesen Vorbehalt allerdings nicht, sondern bringt Bereicherungsrecht generell zur Anwen-

<sup>1</sup> M.E. nicht überzeugend auch der neuste Entscheid (Praxis 2005, S. 248 ff.).

<sup>2</sup> Genauer: Art. 67 Abs. 1 OR. Wo im Folgenden von Art. 67 OR die Rede ist, ist immer dessen Abs. 1 gemeint.

<sup>3</sup> Das ist die ganz herrschende Auffassung (Nachweise bei STEPHAN HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, S. 320 Anm. 94). A. A. ist das Bezirksgericht Höfe (SJZ 1984, S. 373 ff.). Es meint, für Ansprüche auf Rückforderung von Leistungen, die eine Vertragspartei in Hinsicht auf die vermeintliche Gültigkeit eines in Wirklichkeit ungültigen Vertrages erbracht habe, sei generell Vertragsrecht massgeblich. Art. 67 OR gelte lediglich im «Fall der Eingriffskondition» (S. 374). Indes bezieht sich Art. 67 OR «ohne jeden Zweifel» (KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, S. 717) auch auf die Fälle von Art. 62 Abs. 2 OR, also die Leistungskonditionen. Ähnlich wie das Bezirksgericht Höfe auch DOMENICO ACOCELLA, Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 2003, S. 494 ff.

<sup>4</sup> Vgl. SemJud 1999 I, S. 348 lit. d, SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 720 f., und DANIEL SCHWANDER, Praxis 2003, S. 987, in verwandtem Zusammenhang (siehe unten im Text Ziff. 4 mit Anm. 18).

<sup>5</sup> Faktisch dürfte die *condictio ob causam futuram* geringe Bedeutung haben. Denn wer eine Leistung mit einem künftigen Zweck erbringt und diesen Zweck offenlegt, der kann das Geleistete bei Zweckvereitelung regelmässig vertraglich zurückverlangen; legt er aber den Zweck nicht offen, so entfällt auch ein Kondiktionsanspruch (vgl. § 812 Abs. 1 BGB). Ein vertraglicher Rückforderungsanspruch besteht immer dann, wenn die Parteien die Zweckvereitelung in Rechnung gestellt haben und daher zumindest der hypothetische Parteiwille auf Rückabwicklung gerichtet ist (siehe zur Problematik GERHARD WELKER, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, Diss. Berlin 1974, S. 17). Nach herrschender Ansicht schliesst ein vertraglicher Rückforderungsanspruch die Kondiktion aus. M.E. besteht hingegen Anspruchskonkurrenz.

zung, selbst dann, wenn die Parteien die Rückgabe der Leistungen *ausdrücklich* vereinbart haben (BGE 119 II 20, bestätigt in 129 III 264 E. 4.2).

BGE 119 II 20 betraf folgenden Sachverhalt: Ein Architekt war am Kauf eines Grundstücks interessiert. Im Hinblick auf den Abschluss eines Kaufvertrags erbrachte er dem Eigentümer des Grundstücks eine Zahlung von Fr. 12000.–. In einer mit «Quittung/Vereinbarung» überschriebenen Urkunde wurde vorgesehen, dass die erbrachte Anzahlung zurückerstattet wird, «sollte die Eintragung [Grundbucheintragung = Eigentumsübertragung] nicht zustandekommen». In der Folge kam es nicht zum Vertragsabschluss, der Architekt verlangte daher die Anzahlung zurück. Der Grundstückseigentümer machte geltend, beim Rückforderungsanspruch handle es sich um einen Bereicherungsanspruch, dieser aber sei nach Art. 67 OR verjährt. Das Bundesgericht ist ebenfalls von einem Bereicherungsanspruch ausgegangen, kam aber zum Schluss, die Verjährung sei nach Art. 67 OR noch nicht eingetreten. M.E. hätte Art. 127 i.V.m. Art. 130 OR zur Anwendung gebracht werden müssen – eben deshalb, weil die Parteien – ausdrücklich – abgemacht hatten, dass die Anzahlung bei Scheitern des Grundstückskaufs zurückzugeben ist.

3. Mit dem eben behandelten Fall verwandt ist der folgende: Zwei Parteien schliessen einen **suspensiv-bedingten Vertrag**. Die Entstehung der Leistungspflichten hängt also davon ab, dass ein künftiges, ungewisses Ereignis eintritt. In der Folge erfüllt eine Partei den Vertrag vorzeitig, also noch vor Eintritt der Bedingung und damit in einem Zeitpunkt, in dem sie noch gar nicht leisten müsste. Tritt die Bedingung nicht ein, so ist die Leistung zurückzugeben. Beim Rückabwicklungsanspruch handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch. Denn wer freiwillig im Voraus leistet, tut dies unter dem erkennbaren Vorbehalt, dass die Bedingung eintritt. Man kann auch sagen, die vorzeitige Leistung erfolge resolutiv-bedingt. Das führt hinsichtlich der Verjährung zur Anwendung von Art. 127/130 OR. Das ist freilich nicht unbestritten. Insbesondere SPIRO will Bereicherungsrecht, also Art. 67 OR, zur Anwendung bringen<sup>6</sup>.

Zur Illustration ein Beispiel: Ein Vater verspricht seinem Sohn Fr. 10000.– für den Fall, dass der Sohn die Matura schafft. Nach zwei Tagen kommt der Sohn zum Vater und sagt, er sei ein bisschen in Geldnot, ob er die Fr. 10000.– nicht bereits vorzeitig beziehen könne. Der Vater willigt ein. Schafft der Sohn die Matura nicht, so hat er die Fr. 10000.– zurückzugeben. Der Rückforderungsanspruch ist ein vertraglicher und verjährt daher nach Massgabe von Art. 127 und 130 OR. Dies auch dann, wenn die Rückgabe für den Fall des Prüfungsmisserfolgs nicht noch ausdrücklich vereinbart wurde. Denn aus der ursprünglichen Abmachung ergibt sich – für den Sohn erkennbar – der Wille des Vaters, das Geld allenfalls zurückzubekommen. Das genügt nach dem allgemeinen Grundsatz, dass ein vertraglicher Anspruch auch auf stillschweigender Abmachung oder dem hypothetischen Parteiwillen beruhen kann.

4. Mit dem eben behandelten Fall nahe verwandt ist der folgende: Zwei Parteien schliessen einen Vertrag. Dabei soll die eine Partei **suspensiv-bedingt**, die andere Partei **resolutiv-bedingt** zur Leistung verpflichtet sein. Mit anderen Worten soll das Vertragsschicksal von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängen. Die eine Partei aber soll leisten, bevor sich das Vertragsschicksal entscheidet, die andere Partei hingegen erst, wenn sich zeigt, dass der Vertrag definitiven Bestand hat. In einem solchen Fall entspricht es zumindest dem hypothetischen Parteiwillen, dass bei Scheitern des Vertrags die Leistung, welche die eine Partei bereits erbracht hat, zurückzugeben ist. Der Rückabwicklungsanspruch ist also ein vertraglicher, was hinsichtlich der Verjährung wiederum zur Anwendung von Art. 127 OR führt<sup>7</sup>. Das Bundesgericht hat sich freilich in einem neusten Entscheid für die Anwendung von Art. 67 OR entschieden (BGE 129 III 264, der sachlich allerdings in Widerspruch zu BGE 126 III 119<sup>8</sup> steht)<sup>9</sup>.

BGE 129 III 264 betraf folgenden Sachverhalt: Mit Vertrag vom 3. Juni 1991 räumte V dem K für Fr. 370000.– ein Kaufrecht an einem Stockwerkeigentumsanteil ein. Das Kaufrecht war bis 31. August 1992 befristet. Ferner war vorgesehen, dass K eine erste Rate von Fr. 5000.– am 1. Juli, eine zweite Rate von Fr. 32000.– am 31. Januar 1992 zu bezahlen hat, den Rest bei allfälliger Ausübung des Kaufrechts. Die Ausübungsfrist wurde in der Folge um ein Jahr, also bis 31. August 1993, verlängert und ferner abgemacht, dass K weitere Ratenzahlungen zu erbringen hat. K übte das Kaufrecht nicht rechtzeitig aus. Zweieinhalb Jahre später verlangte er die geleisteten Ratenzahlungen von insgesamt Fr. 52000.– zurück und setzte diesen Betrag in Betreuung. V erhob die Verjährungseinrede. Diese wurde vom Kantonsgericht Freiburg in Anwendung von Art. 127 OR abgewiesen. Es hat der Sache nach angenommen, die Anzahlungen seien resolutiv-bedingt erfolgt, nämlich

<sup>6</sup> SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 720.

<sup>7</sup> Gleich im Ergebnis, aber mit abweichender Begründung ACOCCELLA, zit. in Anm. 3, S. 496.

<sup>8</sup> In BGE 126 III 119 ging es um die Rückzahlung zuviel bezahlter Akontozahlungen: Mit einem Arbeitnehmer war abgemacht worden, er erhalte ein festes Monatsgehalt von Fr. 4500.– netto. Ausserdem werde ihm nach Abschluss des Geschäftsjahres ein Gewinnanteil von 50% des Reingewinnes ausgerichtet, sodann sollte akonto Gewinnbeteiligung monatlich eine Zahlung von 1000.– erfolgen. Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses stellte sich heraus, dass ein Verlust resultiert hatte. Der Arbeitgeber verlangte daher die als akonto Gewinnbeteiligung bezahlte Summe heraus. Dieser Anspruch wurde vom Bundesgericht als vertraglicher qualifiziert. Die Vorinstanz hatte demgegenüber noch einen Bereicherungsanspruch angenommen, und zwar eine *condictio ob causam futuram*. Richtigerweise hätte – wenn schon – eine *condictio ob causam finitam* angenommen werden müssen, denn die Akontozahlung war *solvendi causa* (gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung) erfolgt, nicht freiwillig im Hinblick auf eine möglicherweise entstehende Schuld (dann *condictio ob causam futuram*; KARL LARENZ, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. [vorletzte] Aufl., München 1981, S. 555, unter Hinweis auf RGZ 85, 43 [Zahlung eines Vorschusses auf einen erwarteten Gewinn]). Gleich wie das Bundesgericht hat der deutsche BGH mit Bezug auf Akontozahlungen bei einem Bauwerkvertrag entschieden (BauR 2002, S. 1407 f.): Die Kläger schlossen mit dem Beklagten einen Vertrag über die Errichtung eines Wohnhauses zu einem Pauschalpreis. Der Beklagte hat den Bau nicht fertiggestellt. Hierauf verlangten die Kläger die zuviel bezahlten Akontozahlungen zurück. Der BGH hat – entgegen den Vorinstanzen – einen vertraglichen Rückforderungsanspruch angenommen. – Entsprechendes gilt etwa für die Pflicht zur Rückzahlung einer Mietvorauszahlung (anders § 557a BGB) oder die Pflicht zur Rückgabe einer Mietkaution, welche vom Vermieter nicht beansprucht wird: Die Rückgabepflicht «wird man dem Mietvertrag durch Auslegung entnehmen können» (DIETER MEDICUS, JuS 1990, S. 692, Text und Anm. 21). Zu pauschal daher BGE 127 III 421, 426, wonach «die Rückforderung von zuviel bezahlten Darlehens- oder Pachtzinsen stets als Bereicherungsanspruch und nicht als Forderung aus Darlehens- oder Pachtvertrag» zu behandeln ist (unter Hinweis auf BGE 64 II 132, 136 und 52 II 228, 232). – Nach BGE 127 III 421, 427 ist ein Rückabwicklungsanspruch bereicherungsrechtlicher Natur, sofern der Vertrag «bedingungslos erfüllt» wurde. In BGE 129 III 264 traf dies zweifellos nicht zu (Erfüllung unter der Bedingung, dass ein unbedingter Kaufvertrag zustandekommt). Auch in BGE 129 III 503 hätte wohl eine bedingte Leistung (Zahlung unter dem Vorbehalt, dass die erforderliche Bewilligung gemäss BGGB erteilt wird) und dementsprechend (zusätzlich, vgl. oben Anm. 4) ein vertraglicher Rückforderungsanspruch angenommen werden müssen.

<sup>9</sup> Nach diesem Entscheid findet Vertragsrecht höchstens dann Anwendung, wenn die Rückabwicklung *ausdrücklich* vorbehalten wird (für Bereicherungsrecht auch in diesem Fall DANIEL SCHWANDER, zit. in Anm. 4, S. 987); die Frage wurde freilich offen gelassen. Nach der hier vertretenen Ansicht besteht kein Anlass, ausdrückliche Vereinbarungen anders als stillschweigende zu behandeln. Zwar verlangt das Gesetz in Ausnahmefällen eine ausdrückliche Erklärung (z.B. Art. 214 Abs. 3, 369 OR; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, Bern 1996, Rn. 242), lässt also eine stillschweigende nicht genügen; vorliegend besteht allerdings für eine derartige Unterscheidung keine Notwendigkeit.

## 6 Der Aufsatz/L'article

unter dem vertraglichen Vorbehalt, dass das Kaufrecht rechtzeitig ausgeübt wird. Das Bundesgericht hat demgegenüber einen Bereicherungsanspruch angenommen und die Verjährungseinrede gestützt auf Art. 67 OR geschützt<sup>10</sup>. Es fehlt allerdings eine überzeugende Begründung, weshalb es sich beim Rückabwicklungsanspruch nicht um einen vertraglichen handelte. Vor allem fehlt auch eine überzeugende Auseinandersetzung mit BGE 114 II 152 und 126 III 119. Beide Entscheide legten eine vertragliche Lösung nahe (vgl. Anm. 7 betr. BGE 126 III 119 und unten Ziff. 6 betr. BGE 114 II 152)<sup>11</sup>.

Aus dem Gesagten folgt ohne Weiteres: Ist ein Vertrag, der vollständig resolutiv-bedingt ist, vorzeitig erfüllt worden, so verjähren die Rückforderungsansprüche nach der hier vertretenen Ansicht gemäss Art. 127/130 OR, nach bundesgerichtlicher Ansicht hingegen nach Art. 67 OR<sup>12</sup>.

5. Ein fünfter Fall, der im vorliegenden Kontext interessiert, ist der folgende: Ein (gültiger) Vertrag wird ganz oder teilweise erfüllt. In der Folge tritt eine Partei vom Vertrag zurück. Mit dem Rücktritt fällt der Vertrag dahin und die Leistungen sind dementsprechend zurückzuerstatten. Ist der Rücktritt gestützt auf ein *vertragliches*, also vertraglich vorbehaltenes **Rücktrittsrecht** erfolgt, so ist das Rückabwicklungsverhältnis ebenfalls ein vertragliches. Denn mit der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts wird gleichzeitig auch – zumindest stillschweigend – verabredet, dass im Falle eines Rücktritts die Leistungen zurückzugeben sind<sup>13</sup>. Das führt nach der hier vertretenen Ansicht zur Verjährungsordnung von Art. 127/130 OR. SPIRO will hingegen auch in einem solchen Fall Art. 67 OR zur Anwendung bringen<sup>14</sup>.

6. Damit ist noch nichts gesagt zur Rechtslage, wenn ein **gesetzliches Rücktrittsrecht** ausgeübt, also beispielsweise der Rücktritt nach Art. 83 oder 109 OR erklärt wird. Folgt man dem Bundesgericht, so ist zu unterscheiden:

– Hat das Rücktrittsrecht seinen Grund in einer Vertragsverletzung des Gegners, so kommt Art. 127 OR zur Anwendung<sup>15</sup>. Denn beim Rückabwicklungsanspruch handle es sich diesfalls um einen vertraglichen Anspruch: Der Vertrag werde, sagt das Bundesgericht, in ein Rückabwicklungsverhältnis umgestaltet und behalte eine auf Rückgängigmachung seiner Wirkungen gerichtete Wirkungskraft (BGE 114 II 131, 152 im Anschluss an BGE 60 II 27, 29, 61 II 255, 257). Wenn also beispielsweise eine Vertragspartei wegen Schuldnerverzugs der Gegenpartei vom Vertrag zurücktritt (Art. 107 Abs. 2 OR), so soll für den Rückabwicklungsanspruch (Art. 109 Abs. 1 OR) Art. 127 OR gelten.

Das Bundesgericht meint, beim Schadenersatzanspruch aus Art. 109 Abs. 2 OR handle es sich um einen vertraglichen Anspruch, dasselbe müsse auch mit Bezug auf den Rückabwicklungsanspruch nach Art. 109 Abs. 1 OR gelten (BGE 60 II 27 ff.)<sup>16</sup>. Indes beruht auch jener Anspruch nicht auf dem Vertragswillen und ist insofern nicht als vertraglicher aufzufassen. Er ist lediglich hinsichtlich gewisser Rechtsfragen wie ein vertraglicher Anspruch zu behandeln, so etwa hinsichtlich der Verjährung (Art. 127 OR)<sup>17</sup>. Ihn deshalb als vertraglichen Anspruch zu bezeichnen, ist zwar gängiger Sprachgebrauch, wirkt aber eher verwirrend und verschleiert den Blick darauf, dass es sich um einen eigenständigen gesetzlichen Anspruch mit eigenständigen Rechtsproblemen handelt. Dasselbe gilt auch für den Anspruch aus Art. 97 OR<sup>18</sup>. Wo gesetzliche Ansprüche in jeder Hinsicht vertragsrechtlichen Modalitäten folgen (vgl. z. B. Art. 399 Abs. 3 und 422 OR), mag man von vertragsgleichen Ansprüchen sprechen.

– Hat hingegen das Rücktrittsrecht seinen Grund nicht in einer Vertragsverletzung des Gegners, so findet Bereicherungsrecht Anwendung, so beispielsweise beim Rücktritt nach Art. 83 OR (BGE 64 II 264). Wenn also eine Vertragspartei vor Fälligkeit ihrer Schuld zahlungsunfähig wird und die Gegenpartei aus diesem Grund zurücktritt, so verjährt der Anspruch nach Art. 67 OR.

Ich halte diese Unterscheidung nicht für gerechtfertigt<sup>19</sup>. Nach meinem Dafürhalten handelt es sich bei den Rückabwicklungsansprüchen generell um Bereicherungsansprüche. Die Verjährung richtet sich allerdings trotzdem nicht nach Art. 67 OR, sondern nach Art. 127/130 OR. Beide Punkte bedürfen der Erläuterung:

– Wird von einem *gesetzlichen* Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht, so kann man nicht sagen, die Parteien hätten die Möglichkeit einer störungsbedingten Rückabwicklung ins Auge gefasst. Dementsprechend kann man auch nicht sagen, dass sich die Rückabwicklungsansprüche auf den Parteiwillen zurückführen lassen. Vielmehr ist es so, dass durch den Rücktritt der Vertrag dahinfällt (so ausdrücklich Art. 109 OR) und daher den Leistungen jetzt der Rechtsgrund fehlt (BGE 25 II 399 mit Bezug auf Art. 124 aOR, den Vorgänger von Art. 109 OR). Dementsprechend sind die Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren (*condictio ob causam finitam*)<sup>20</sup>. Darauf, ob der Rücktrittsgrund in einer Vertragsverletzung zu se-

<sup>10</sup> Beigefügt sei noch Folgendes: K und V hatten nach Ablauf der verlängerten Ausübungsfrist, also nach dem 31. August 1993, über den Abschluss eines Kaufvertrags verhandelt und K hatte weitere Anzahlungen von rund 20000.– erbracht. Auch diese verlangte er zurück. Insoweit handelte es sich um einen Bereicherungsanspruch (*condictio ob causam futuram*, oben Ziff. 2). Das hat auch das Kantonsgericht Freiburg angenommen.

<sup>11</sup> In BGE 129 III 328 zieht das Bundesgericht in Betracht, die Rückabwicklungsansprüche im Falle einer Vertragsanfechtung nach Art. 31 OR als vertragliche zu behandeln (oben Ziff. 1 a. E.); der «formale Konsens» würde gegebenenfalls das vertragliche Rückabwicklungsverhältnis begründen. Ich halte diese Ansicht für verfehlt, sicher aber scheint eines: Es ist widersprüchlich, einerseits ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis aus einem «formalen Konsens» herzuleiten, andererseits beim bedingten Vertrag ein bereicherungsrechtliches Rückabwicklungsverhältnis anzunehmen, obwohl doch der bedingte Vertrag volle Bindungswirkung entfaltet und lediglich die Vertragswirkungen allenfalls entfallen (vgl. ACOCELLA [Anm. 3], S. 496, mit dem Hinweis, dass die beiden Entscheide im zeitlichen Abstand von gut einem Monat gefällt wurden). Noch weniger lässt sich begründen, weshalb in BGE 119 II 20 und in anderen Entscheiden selbst eine ausdrückliche Rückabwicklungsvereinbarung nicht zu einem vertraglichen Rückforderungsanspruch führte.

<sup>12</sup> Wie hier SemJud 1999, S. 347, sowie ein Grossteil der neueren deutsche Lehre, etwa DIETER MEDICUS, Schuldrecht II Besonderer Teil, 11. Aufl., München 2003, Rn. 647. Demgegenüber sprach sich die ältere deutsche Lehre einheitlich für eine rein bereicherungsrechtliche Lösung aus (siehe WELKER, zit. in Anm. 5, S. 38 unten).

<sup>13</sup> DIETER MEDICUS, JuS 1990, S. 694.

<sup>14</sup> SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 720/721.

<sup>15</sup> Anders wiederum SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 721.

<sup>16</sup> Analog für das deutsche Recht beispielsweise MEDICUS, JuS 1990, S. 694 I. Sp.

<sup>17</sup> Anders SPIRO, zit. in Anm. 3, §§ 295 ff., S. 688 ff.

<sup>18</sup> Aus analoger Überlegung ist es wenig sinnvoll, gesetzliche Pflichten allgemeiner Natur (z. B. Art. 328 OR) als vertragliche aufzufassen; richtig ist es hingegen, gewisse allgemeine Pflichten wenigstens teilweise nach vertragsrechtlichen Grundsätzen zu abnden (vgl. ALFRED KOLLER, Die Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, Anm. 94 und 100).

<sup>19</sup> Ebenso SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 719 oben, 720 oben. Während jedoch nach der hier vertretenen Ansicht durchwegs Art. 127 OR zur Anwendung kommt (s. sogleich im Text), spricht sich SPIRO für die generelle Anwendung von Art. 67 OR aus (siehe S. 718 [Wandelung], 719 Anm. 83 [Rücktritt nach Art. 83 OR]).

<sup>20</sup> Dass der Vertrag dahinfällt, bedeutet nicht, dass es nun so zu halten ist, wie wenn er nie geschlossen worden wäre. Vielmehr hat er bis zum Rücktritt rechtswirksam Bestand gehabt. Zum Zuge kommt daher nicht die *condictio indebiti*, sondern eben die *condictio ob causam finitam*. Anders freilich BGE 109 II 29, wo das Bundesgericht konsequenterweise angenommen hat, der Verkäufer könne die von ihm erbrachte

hen ist oder nicht, kommt es nicht an. Dass diese Sicht der Dinge die gesetzesgemässe ist, ergibt sich für einen Sonderfall aus Art. 249 OR.

Art. 249 OR regelt den Widerruf einer bereits vollzogenen Schenkung. Macht der Schenker von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, tritt er also vom Vertrag zurück, so kann er «das Geschenkte, soweit der Beschenkte noch bereichert ist, zurückfordern». Beim Rückforderungsanspruch handelt es sich nach ganz herrschender Ansicht um einen Bereicherungsanspruch, nicht einen vertraglichen Anspruch. Ob der Widerrufsgrund in vertragswidrigem Verhalten des Schenkers (Verstoss gegen Auflagen, Art. 249 Ziff. 1) oder in sonstigen Umständen (deliktisches Verhalten des Beschenkten oder Verstoss gegen familienrechtliche Pflichten, Art. 249 Ziff. 2 und 3) beruht, ist einerlei. Art. 249 OR kennt also die vom Bundesgericht getroffene Unterscheidung nicht.

- Bereicherungsansprüche verjähren nach Art. 67 OR, falls sie ihre Anspruchsgrundlage in Art. 62 OR haben. Haben sie hingegen eine besondere Anspruchsgrundlage (z.B. Art. 109 Abs. 1, 249 OR), so findet grundsätzlich die allgemeine Verjährungsordnung von Art. 127/130 OR Anwendung<sup>21</sup>. Denn Art. 127/130 OR kommen auf «alle Forderungen» zur Anwendung, für die das Bundeszivilrecht «nicht etwas anderes bestimmt» (Art. 127 OR). Vorbehalten sind nicht nur besondere Verjährungsregeln wie z.B. Art. 210 OR und Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG, vielmehr kommen Art. 127/130 OR auch dort nicht zum Zuge, wo sich die analoge Anwendung von Art. 67 Abs. 1 OR aufdrängt. Die Analogie ist im Allgemeinen dort am Platze, wo der Bereicherungsanspruch ohne vertragliche Bindung durch «Zufallkontakt» entstanden ist, also beispielsweise bei den Tatbeständen von Art. 672 ZGB (BGE 81 II 435 ff.) und Art. 423 Abs. 2 OR (BGE 86 II 18, 26). Hingegen sollte Art. 67 OR dort nicht angewendet werden, wo es um die Rückabwicklung gültiger, aber nachträglich dahingefallener Verträge geht. Art. 127/130 OR finden daher insbesondere dann Anwendung, wenn ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgeübt wird<sup>22</sup>. Dementsprechend verjähren beispielsweise die Ansprüche aus Art. 107 Abs. 2/109 Abs. 1 OR und Art. 83 OR nach Art. 127/130 OR (ebenso BGE 67 II 176 mit Bezug auf den wechselrechtlichen Bereicherungsanspruch).

Beispiel: K kauft von V ein Auto für Fr. 20'000.- und begleicht den Kaufpreis, während das Auto erst später geliefert werden soll. Da die Autolieferung trotz Nachfristansetzung ausbleibt, tritt K vom Vertrag nach Art. 109 OR zurück und verlangt die Fr. 20'000.- zurück. Bei diesem Anspruch handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht nicht um einen vertraglichen Anspruch, sondern um einen besonderen Bereicherungsanspruch. Hinsichtlich der Verjährung gilt aber trotzdem Art. 127/130 OR.

- 7. Ein letzter Fall: Wird bei einem Austauschvertrag die Leistung der einen Partei **durch Zufall unmöglich**, so fällt der Vertrag – gleich wie beim Rücktritt – dahin (Art. 119 Abs. 2 OR). Hat die Gegenpartei ihre Leistung bereits erbracht, so kann sie diese zurückfordern. Dabei handelt es sich nach dem unzweideutigen Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 OR um einen Bereicherungsanspruch (*condictio ob causam finitam*). Es handelt sich jedoch wiederum um einen besonderen Bereicherungsanspruch, der hinsichtlich der Verjährung Art. 127/130 OR untersteht. Das Bundes-

gericht will demgegenüber Art. 67 OR anwenden (BGE 63 II 258), wohl wiederum aus der (unausgesprochenen) Überlegung heraus, dass das Dahinfallen des Vertrags nicht durch eine Vertragsverletzung verursacht ist<sup>23</sup>.

**8. Überblickt** man das Gesagte, so stellt man fest, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in sich widersprüchlich ist. Ein erster Widerspruch besteht darin, dass (teilweise) auch dort bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche angenommen werden, wo die Parteien die Rückforderung vertraglich vereinbart haben, dass umgekehrt vertragliche Rückabwicklungsansprüche angenommen werden, wo es an einer vertraglichen Rückabwicklungsvereinbarung fehlt. Ein zweiter Widerspruch besteht darin, dass bei vergleichbaren gesetzlichen Rückabwicklungstatbeständen nicht generell entweder Bereicherungs- oder Vertragsrecht angewendet wird, sondern stattdessen teilweise Bereicherungsrecht (etwa hinsichtlich der Rückabwicklung nach Art. 119 Abs. 2 OR), teilweise Vertragsrecht (etwa hinsichtlich der Rückabwicklung nach Art. 109 Abs. 2 OR). Dazu kommt, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist. Denn es lässt sich nur schwer vorhersehen, ob im Einzelfall mit einer bereicherungsrechtlichen oder vertragsrechtlichen Verjährung zu rechnen ist. Beispielsweise ist für den Rechtsunterworfenen völlig unabschbar, ob das Bundesgericht einer vertraglichen Rückabwicklungsvereinbarung verjährungsrechtlich Beachtung schenkt oder nicht. Widersprüche und Rechtsunsicherheit können m.E. nur beseitigt werden, wenn *erstens* vertragliche Rückabwicklungsvereinbarungen verjährungsrechtlich generell zur Anwendung von Art. 127 OR führen, wenn *zweitens* die Rückabwicklung ungültiger oder einseitig unverbindlicher Verträge hinsichtlich der Verjährung generell bereicherungsrechtlich (Art. 67 OR) abgewickelt wird und wenn *drittens* die Rückabwicklung nachträglich dahingefallener Verträge verjährungsrechtlich generell dem allgemeinen Verjährungsrecht (Art. 127/130 OR) unterworfen wird. Art. 128 OR sollte nie angewendet werden, da Rückabwicklungsansprüche weder nach Wortlaut noch ratio legis dieser Bestimmung unterstehen<sup>24</sup>.

(Sach-)Leistung vindizieren (Kausalitätsprinzip). Nach anderen Rechtsordnungen ist die hier abgelehnte Ansicht herrschend, so etwa in Frankreich (vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HORNUNG, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl., München 2004, N 9a mit Anm. 26 zu Art. 81). Wie es sich nach WKR verhält, ist umstritten (vgl. SCHLECHTRIEM-LESER/HORNUNG, a. a. O.).

<sup>21</sup> So neustens auch HUWILER, BasK, N 7 zu Art. 67 OR.

<sup>22</sup> Im Falle eines Teilrücktritts gilt das Gesagte entsprechend. Konsequenterweise muss man annehmen, dass auch der durch Minderung entstehende Rückforderungsanspruch nach Art. 127/130 OR verjährt (a.A. BGE 107 II 220 ff., Art. 67 OR).

<sup>23</sup> Zutreffend hält SPIRO, zit. in Anm. 3, S. 720, fest, dass eine «verschiedene Behandlung der Rückforderung nach Art. 109 und nach Art. 119 OR weder zu begründen noch wünschenswert ist». Indes sollte – entgegen SPIRO – nicht auf Art. 67 OR, sondern Art. 127/130 OR abgestellt werden. Nach HARTMANN, zit. in Anm. 3, Rn. 873, ist die unterschiedliche Behandlung der Rückforderung aus Art. 109 bzw. 119 Abs. 2 OR de lege lata hinzunehmen, de lege ferenda aber zu beseitigen.

<sup>24</sup> A. A. HARTMANN, zit. in Anm. 3, Rn. 866 mit Hinweisen zum Meinungsstand.