

# Der entreicherte Bereicherter

Arnold F. Rusch\*

ZSR 2013, 563 ff.

**Schlagwörter:** Bereicherung, Bereicherungswegfall, Bereicherungsentäusserung, Surrogat, Ersparnisbereicherung, Rückforderungsschaden, Bereicherungsschaden

## A. Problemstellung und Einführung

Der Wegfall und die Entäusserung der Bereicherung sind in Art. 64 OR geregelt: „*Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste.*“

Wer das ohne Grund erhaltene Geld gutgläubig für eine Vergnügungsreise verwendet, hat nichts zu befürchten. Er hat im *Vertrauen auf die Beständigkeit des Erwerbs* gehandelt und das Geld für etwas verbraucht, das er ohne Bereicherung nicht vorgenommen hätte. Diese *Kausalität des Vertrauens zur Vertrauensdisposition* fehlt hingegen beim sparsamen und vorsichtigen Bereicherungsschuldner, der das Geld für notwendige Ausgaben des Alltags verwendet. Art. 64 OR erfasst jedoch auch Fälle, die mit dem Vertrauenschutz nichts zu tun haben, wie z.B. den Bereicherungsschaden und den zufälligen Wegfall der Bereicherung. Die hier vertretene Meinung orientiert sich daran, dass sich auch der bösgläubige Bereicherungsschuldner auf den *Wegfall* der Bereicherung berufen kann, nicht aber auf deren willentliche *Entäusserung*.

## B. Konzeption des Art. 64 OR

### I. Rückerstattung in natura

Die Klage auf Rückerstattung der ungerechtfertigten Bereicherung richtet sich auf *das Erhaltene*, d.h. die Bereicherung ist *in natura* zurückzuerstat- [ZSR 2013, 563/564] ten.<sup>1</sup> Bei Geld ist dies in den allermeisten Fällen nicht mehr relevant – dort ist Wertersatz geschuldet.<sup>2</sup> Nur bei der abstrakten Zession kommt der bereicherungsrechtlichen Rückerstattung *in natura* doch noch Bedeutung zu. Es entsteht dann ein Anspruch auf Rückzession einer *indebita* zedierten Forderung.<sup>3</sup> Ist diese Rückerstattung *in natura* nicht möglich – wie z.B. bei Gebrauchsvorteilen oder Arbeitsleistungen, ist der *Wert* oder das *Surrogat* zurückzuerstatten.

---

\* Rechtsanwalt PD Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten Fribourg und Zürich.

<sup>1</sup> Vgl. SCHULIN HERMANN, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel/Genf/München 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER), OR 64 N 2, m.w.H.; vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, N 1513 f.; vgl. VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 501.

<sup>2</sup> Vgl. BSK-SCHULIN (Fn. 1), OR 64 N 3.

<sup>3</sup> Vgl. die weiteren Beispiele bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 1), N 1514.

## II. Bereicherungsgegenstand und Vermögensvermehrung

Der *Bereicherungsgegenstand* und die *Vermögensvermehrung* sind nicht identisch.<sup>4</sup> Wer bösgläubig sich in ein Luxushotel schleicht oder in einem Flugzeug als blinder Passagier mitfliegt, ist um den Hotelaufenthalt und die Flugreise bereichert. Dass ausser dem Erlebnis nichts davon übrig geblieben ist, er sich diesen Luxus niemals hätte leisten können und folglich auch nichts erspart hat, ist für die Bestimmung des „erlangten Etwas“, also des Bereicherungsgegenstandes, nicht relevant – es würde nur den bösgläubigen Bereicherungsschuldner privilegieren.<sup>5</sup> Die allfällig fehlende *Vermögensvermehrung* spielt erst beim *Umfang des Bereicherungsanspruchs* eine Rolle: Sie ist keine Voraussetzung der *Bereicherungsentstehung*, sondern eine Einwendung, die dem Schutz des Bereicherungsschuldners dient.<sup>6</sup> Er kann sich unter den Voraussetzungen des Art. 64 OR darauf berufen, dass die Bereicherung nicht oder nicht mehr vorhanden ist.<sup>7</sup> Die Höhe der noch vorhandenen Bereicherung beurteilt sich gemäss Art. 64 OR im Zeitpunkt der Rückforderung, die auch aussergerichtlich erfolgen kann.<sup>8</sup> [ZSR 2013, 564/565]

## C. Kategorien

### I. Bereicherungswegfall

#### 1. Allgemein

Die herrschende Lehre wendet Art. 64 OR nur zugunsten des *gutgläubigen* Bereicherungsschuldners an.<sup>9</sup> KOLLER, BUCHER und PETITPIERRE haben indes gezeigt, dass sich *auch der bösgläubige Bereicherungsschuldner* auf Art. 64 OR berufen kann.<sup>10</sup> Es besteht ein Unterschied zwischen dem *Wegfall* und der *Entäusserung* der Bereicherung. Die Entäusserung setzt eine willentliche Vertrauensdisposition voraus, während der Wegfall der Bereicherung sich auch ohne Willensmoment ereignen kann.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. HOLENSTEIN PATRIZIA, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Diss. Zürich 1983, 71 und 120 f.

<sup>5</sup> Dieses Beispiel bei HARTMANN STEPHAN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern 2005, Zürich 2005, N 242, Fn. 63, m.w.H., der dies mit dem Rechtsmissbrauch löst; vgl. die Wertung in BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70 in NJW 1971, 609 ff., 610 f.; SCHAUFELBERGER PETER CARL, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981, 47 f., ermittelt die Bereicherung gleich wie den Schaden mit der Differenzhypothese. Er setzt damit die Bereicherung der Vermögensvermehrung gleich, was den bösgläubigen Bereicherungsschuldner privilegiert und deshalb abzulehnen ist; vgl. die Kritik bei HOLENSTEIN (Fn. 4), 44 f.

<sup>6</sup> Vgl. HOLENSTEIN (Fn. 4), 120.

<sup>7</sup> Vgl. HOLENSTEIN (Fn. 4), 119 f.

<sup>8</sup> Vgl. BSK-SCHULIN (Fn. 1), OR 64 N 10, VON TUHR/PETER (Fn. 1), 511, BECKER HERMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VI, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941 (zitiert: BK-BECKER), OR 64 N 3.

<sup>9</sup> Vgl. HARTMANN (Fn. 5), N 359 und BÜRGY-WYSS ALEXANDER CHRISTOPH, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2005 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 191, 152, beide m.w.H.

<sup>10</sup> Vgl. KOLLER ALFRED, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985 = Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 70, Freiburg 1985, N 531; vgl. PETITPIERRE GILLES, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, 1. A., Basel 2003 (zitiert: CR-VERFASSER, 1. A.), OR 64 N 35; vgl. BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 695; vgl. auch BUSSY ANDRÉ, Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Lausanne 1922, N 213.

<sup>11</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 10), N 519, 531; vgl. CR-PETITPIERRE (1. A., Fn. 10), OR 64 N 27; vgl. CR-CHAPPUIS BENOÎT, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, 2. A., Basel 2012 (zitiert: CR-VERFASSER, 2. A.), OR 64 N 21; ganz deutlich in BGE 45 II 447 ff., 452 und Urteil des Walliser Kantonsgerichts, 7. März 1984, ZWR 1984, 124 ff., 125.

Diese Interpretation deckt sich nicht nur mit dem *Wortlaut*, sondern auch mit der *Entstehungs geschichte* sowie *systematischen* und *rechtsvergleichenden Überlegungen*.

Art. 73 altOR (1881) lautet wie folgt: „(1) *Die Rückerstattung kann nur in so weit gefordert werden, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäussert hat. (2) Vollen Ersatz hat er zu leisten, wenn er schon beim Empfange nicht in gutem Glauben war.*“ Dies zeigt deutlich, dass es einen Bereicherungswegfall geben konnte, auf den sich zumindest auch der nach Empfang *bösgläubig gewordene* Bereicherungsschuldner berufen konnte. SCHNEIDER/FICK zeigen, dass das Wort „böswillig“ in Art. 73 aOR ein gerichtetes Handeln voraussetzt: „*Böswillig, d.h. in der Absicht, die Wirksamkeit der in Aussicht stehenden Rückforderungsklage zu beeinträchtigen.*“<sup>12</sup> Eine sehr ähnliche Form des Artikels fand auch den Weg in den Entwurf des neuen OR.<sup>13</sup> Die frühe Kommentierung des [ZSR 2013, 565/566] heutigen Art. 64 OR durch FICK/VON MORLOT zeigt passend dazu zwei Schritte der Beweisführung – die Geltendmachung des blosen Wegfalls der Bereicherung stand allen Bereicherungsschuldner offen: „*Der Bereicherte hat die Möglichkeit des Entlastungsbeweises, dass er nicht mehr bereichert sei (...) Der Rückfordernde kann diesen Beweis durch den Nachweis böswilliger Entäusserung entkräften.*“<sup>14</sup>

Ein Blick auf das deutsche Bereicherungsrecht zeigt eine ähnliche Regelung. Der Wegfall der Bereicherung ist generell in § 818 Abs. 3 BGB geregelt, ohne Differenzierung zwischen gutem und bösem Glauben. Erst § 819 BGB statuiert eine verschärzte Rückerstattungspflicht, sofern der Bereicherungsschuldner positive Kenntnis des Mangels hatte<sup>15</sup> und verweist auf § 818 Abs. 4 BGB, also auf *die allgemeinen Prinzipien*. Diese sehen indes eine Zufallshaftung nur bei Verschulden vor.<sup>16</sup>

BGE 93 II 373 ff., 378 behandelt einen Fall des Bereicherungswegfalls, der nicht auf einer willentlichen Entäusserung beruht. Es ging um Holz, das an Wert verloren hatte. Da der Bereicherungsschuldner jedoch *schon beim Empfang des Holzes bösgläubig* war, konnte er sich in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext des früheren OR nicht darauf berufen.<sup>17</sup> Dies harmoniert mit dem Verschuldensgedanken – wer im bösen Glauben annimmt, trifft ein Verschulden. Erfährt der Bereicherungsschuldner erst später von der fehlenden *causa* der Bereicherung und fällt die Bereicherung nachher durch Zufall weg, kann sich auch der bösgläubige Bereicherungsschuldner auf den Wegfall der Bereicherung berufen.<sup>18</sup> Nach Eintritt des Verzuges haftet aber auch er für Zufall, es sei denn, am Verzug treffe ihn kein Verschulden oder der Zufall hätte sich auch beim Gläubiger ereignet – gleich wie bei Art. 103 Abs. 2 OR. Wer beispielsweise unberechtigt um eine Fremdwährungssumme bereichert ist, trägt nach Eintritt des verschuldeten Verzugs das Risiko der Kursverschlechterung.<sup>19</sup> Die Wertung, den Bereicherungsschuldner für den zufälligen Untergang nicht einstehen zu lassen, harmoniert mit Art. 119 Abs. 1 OR und dem Sachgewährleistungsrecht. Auch der gültige Vertrag schafft es nicht, im Falle einer Wandlung [ZSR 2013, 566/567] das Risiko des zufälligen Untergangs auf den Käufer übergehen zu lassen (Art. 207 Abs. 1 OR). Ohne Vertrag soll dies erst recht nicht gelten.

Ebenfalls hilfreich ist die Parallele zur sachenrechtlichen Lösung in Art. 940 ZGB. STARK hält dazu

<sup>12</sup> SCHNEIDER ALBERT/FICK HEINRICH, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1891, aOR 73 Ziff. 2.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 1079 Entwurf OR 1909 (BBl 1909 III 775): „*Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, ohne dass dargetan werden kann, er habe sich böswillig der Bereicherung entäussert. Vollen Ersatz hat er zu leisten, wenn er schon beim Empfange nicht in gutem Glauben war.*“

<sup>14</sup> FICK HEINRICH/VON MORLOT U., Das Schweizerische Obligationenrecht, Titel 1-22, Zürich 1915, OR 64 Ziff. 14 f.

<sup>15</sup> Vgl. LORENZ STEPHAN, Kommentar zu §§ 812-822 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2007 (zitiert: STAUDINGER-LORENZ), BGB 819 N 6 lit. a und 8.

<sup>16</sup> Vgl. LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, zweiter Halbband, 13. A., München 1994, 295 f.; vgl. CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Gegenleistungskondiktion, in: Pfister Bernhard/Will Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, 19 ff., 27; vgl. STAUDINGER-LORENZ (Fn. 15), BGB 818 N 52.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 93 II 373 ff., 378 und Urteil des Walliser Kantonsgerichts, 7. März 1984, ZWR 1984, 124 ff., 125.

<sup>18</sup> So auch KOLLER (Fn. 10), N 533, Fn. 644; vgl. CR-PETITPIERRE (1. A., Fn. 10), OR 64 N 35.

<sup>19</sup> Vgl. das Beispiel in BGE 106 II 36 ff., 41; vgl. CR-PETITPIERRE (1. A., Fn. 10), OR 64 N 41.

fest: „*Der bösgläubige Besitzer wird wie ein Schuldner im Verzug behandelt.*“<sup>20</sup> Selbst im Verzug gibt es aber keine verschuldensunabhängige Haftung für den Zufall. Wer von Anfang an bösgläubig ist, haftet auch für Zufall, weil in der *verhinderbaren* Annahme der Bereicherungsleistung bereits ein Verschulden liegt.<sup>21</sup> Wer erst später bösgläubig wird, haftet ab diesem Moment gleich wie bei Art. 103 OR für den Zufall, es sei denn, er befindet sich unverschuldet im Verzug oder der Zufall hätte sich auch beim Gläubiger ereignet (Art. 103 Abs. 2 OR).<sup>22</sup> Art. 940 Abs. 3 ZGB bestärkt diese Sichtweise mit dem deutlichen Hinweis, dass die unverschuldete Unkenntnis über die Person des Berechtigten keine Haftung für Zufall bewirkt. Ein Verschulden ergibt sich aber schnell – Lehre und Rechtsprechung bejahen es, wenn man die Sache hält, obwohl man mit zumutbaren Anstrengungen den richtigen Besitzer kennen und sie ihm übergeben könnte, auch wenn dieser die Sache noch nicht herausverlangt hat.<sup>23</sup> Die Übernahme dieser sachenrechtlichen Ansicht wäre auch für das Bereicherungsrecht eine Bereicherung. Sie bildet sozusagen eine Brücke zwischen der h.L und der hier vertretenen Meinung und nähert die beiden Ansichten einander an.

## 2. Bereicherungswegfall durch Zahlungsunfähigkeit?

Es stellt sich die Frage, ob sich der Bereicherungsschuldner in der Insolvenz stets auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.<sup>24</sup> Bei einer Überschuldung existiert noch ein Aktivvermögen, das die Schulden nicht deckt. Auf das Ausmass der Deckung kann es aber nicht ankommen, sondern vielmehr darauf, ob die Bereicherung noch vorhanden ist.<sup>25</sup> Dasselbe gilt für die fehlende Liquidität. Genügt wenigstens die *vollkommene Vermögenslosigkeit*? Wer absolut nichts mehr hat, [ZSR 2013, 567/568] kann sich wohl auf die Entreicherung berufen,<sup>26</sup> es sei denn, er befand sich schon bei der Annahme im bösen Glauben. Dies alles gilt aber nur für den *Wegfall*, nicht für die *Entäusserung* der Bereicherung – diese setzt stets den guten Glauben voraus. Darauf richtet sich der Fokus der nachfolgenden Überlegungen.

# II. Bereicherungsentäusserung

## 1. Guter Glaube

Art. 64 OR verlangt für die Entreicherungseinrede – genau betrachtet handelt es sich um eine *Einwendung*, nicht eine *Einrede*<sup>27</sup> – einen Wegfall der Bereicherung, macht aber eine Ausnahme für die *Entäusserung der Bereicherung im bösen Glauben* (zur Definition der Entäusserung und zur Unterscheidung der Entäusserung vom Bereicherungswegfall siehe oben, C.I.1). Der gute Glaube muss im Zeitpunkt der Entäusserung vorliegen.<sup>28</sup> Er richtet sich auf die fehlende Rückerstattungspflicht und

---

<sup>20</sup> BK-STARK, ZGB 940 N 12.

<sup>21</sup> Vgl. BUSSY (Fn. 10), N 227; vgl. CR-PETITPIERRE (1. A., Fn. 10), OR 64 N 41.

<sup>22</sup> Vgl. CR-PETITPIERRE (1. A., Fn. 10), OR 64 N 40 ff. Die zweite Einschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 940 Abs. 1 ZGB („*allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden*“). Diese Kausalität fehlt, wenn die Sache beim Gläubiger das gleiche Schicksal ereilt hätte.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 120 II 191 ff., 195 f.; vgl. CR-CHAPPUIS (2. A., Fn. 11), OR 64 N 47; vgl. BK-STARK, ZGB 940 N 9; vgl. BUCHER (Fn. 10), 695.

<sup>24</sup> Vgl. dazu ausführlich und generell verneinend zum deutschen Recht MOSSLER PATRICK, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, Diss. Bonn 2006 = Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 100, Tübingen 2006, 4 ff.; verneinend für den Fall der Illiquidität BGH, Urteil vom 15. März 2002 - V ZR 396/00 in NJW 2002, 1872 ff., 1874, bejahend bei Überschuldung BGH, Urteil vom 19. März 1958 - V ZR 62/57 in NJW 1958, 1725 f., 1725; vgl. zur Vermögenslosigkeit ebenso bejahend OLG Nürnberg, Urteil vom 6. Juni 1989 - 3 U 275/89 in NJW-RR 1989, 1137; vgl. zur Vermögenslosigkeit eines Kindes BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 - IVb ZR 571/80 in NJW 1981, 2183 f., 2184.

<sup>25</sup> Vgl. MOSSLER (Fn. 24), 4 f.

<sup>26</sup> A.M. BGE 19 843 ff., 846 und MOSSLER (Fn. 24), 6.

<sup>27</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 10), N 495, Fn. 601, m.w.H.

<sup>28</sup> Vgl. Urteil BGer 9C\_308/2011, E. 5.1.

damit auf die Beständigkeit des Erwerbs.<sup>29</sup> Der gute Glaube wird zwar vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Die Berufung auf den guten Glauben ist jedoch nicht möglich, wenn die bereicherte Person aufgrund der Umstände nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Ausnahmen rechtfertigen sich zum Schutz handlungsunfähiger Personen. Wer sich nicht vertraglich binden kann, dessen böser Glaube muss unschädlich sein.<sup>30</sup>

Die für die Beurteilung des guten Glaubens relevanten Umstände können beispielsweise in einer gleichzeitigen oder kurz aufeinander folgenden Doppelzahlung eines Monatslohnes liegen – eine Berufung auf den guten Glauben dürfte hier kaum möglich sein.<sup>31</sup> Es könnten überdies Indizien vorliegen, die auf eine irrtümliche Leistung deuten.<sup>32</sup> Bei Lohnzahlungen ist abzuwagen, wie kompliziert die Lohnrechnung ausfällt, ob die Auszahlung erkennbar unter Vorbehalten oder Bedingungen erfolgt ist und ob der Lohn regelmässig in identischer Höhe ausgezahlt wird, so dass ein „*Ausreisser*“ auffallen müsste.<sup>33</sup> Problematisch ist [ZSR 2013, 568/569] deshalb die Anwendung des Art. 64 OR auf provisorische Lohnfortzahlungen während verwaltungsrechtlicher Prozesse um die Rechtmässigkeit der Entlassung von Beamten. Das St. Galler Verwaltungsgericht gewährte für die Dauer des Prozesses eine Lohnfortzahlung über das Datum der Entlassung hinaus und verwies auf die Rückforderbarkeit des Lohnes im Rahmen des Art. 64 OR, sollte sich die Entlassung als ungültig erweisen.<sup>34</sup> Dies suggeriert, dass der entlassene Lehrer auch bei gerechtfertigter Entlassung gutgläubig sein könnte. Nach den gängigen Massstäben muss er aber das gesamte Geld zurückerstatten. Die Gültigkeit der Entlassung ist sogar Gegenstand eines Prozesses. Er muss folglich von Anfang an damit rechnen, dass die Lohnfortzahlung *sine causa* erfolgt.

Die in Art. 64 OR enthaltene Formulierung „*...oder mit der Rückerstattung rechnen musste*“ zeigt vordergründig einen Bezug zu Art. 3 Abs. 2 ZGB, betrifft jedoch einen anderen Fall, in dem die Bereicherung *erst nachträglich ungerechtfertigt wird*.<sup>35</sup> Es sind dies Fälle bedingter Leistungen oder Leistungen im Hinblick auf künftige Ereignisse, der Erwerb aus künftigem Rechtsgrund,<sup>36</sup> Akontozahlungen<sup>37</sup> und nichtige Darlehensverträge. Der Borger weiss, dass er die Darlehensvaluta auch bei gültigem Vertrag zurückerstatten müsste.<sup>38</sup>

## 2. Wissens- und Entäusserungszurechnung

Die Entäusserung braucht nicht unbedingt durch den Bereicherungsschuldner selbst vorgenommen zu werden. Bedient sich der Bereicherter eines Vertreters oder einer Hilfsperson, stellt sich die Frage nach der Zurechnung des Wissens und der Entäusserungshandlung. Der Vertretene muss sich den bösen

---

<sup>29</sup> Vgl. HAHN ANNE-CATHERINE, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zitiert: CHK-VERFASSER), OR 64 N 7; vgl. BGE 93 II 373 ff., 378 f.; vgl. BGE 133 V 205 ff., 217.

<sup>30</sup> Vgl. die Hinweise bei SPRAU HARTWIG, in: PALANDT OTTO (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. A., München 2013 (zitiert: PALANDT-VERFASSER), BGB 819 N 4; vgl. LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 312; vgl. die Beispiele in KG, Urteil vom 13. März 1998 - 17 U 9667-97 in NJW 1998, 2911 f. und OLG Nürnberg, Urteil vom 6. Juni 1989 - 3 U 275/89 in NJW-RR 1989, 1137.

<sup>31</sup> Vgl. BURGER FLORIAN, Rückforderungen von Überzahlungen – eine Bestandesaufnahme, WBL 2007, 567 ff., 574, Fn. 101, m.w.H.

<sup>32</sup> So in BGE 93 II 373 ff., 378 f.; vgl. auch Urteil BGer B.28/06, E. 4.2. sowie B.93/06, E. 5.5.

<sup>33</sup> Vgl. BURGER (Fn. 31), 574 f.; vgl. das Beispiel in BGE 130 V 414 ff., 420, bei dem die offensichtliche Abweichung dem Empfänger hätte auffallen müssen.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen, 6. Juli 2006, SGVP 2006 Nr. 10, 48 ff., 50.

<sup>35</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 10), N 522 f.; vgl. VON TUHR/PETER (Fn. 1), 511 und BUSSY (Fn. 10), N 217 f.; vgl. BK-BECKER (Fn. 8), OR 64 N 6; vgl. BGE 82 II 430 ff., 437.

<sup>36</sup> Vgl. Kantonsgericht Wallis, Urteil vom 7. März 1984, ZWR 1984, 124 f.; vgl. RJN 2008, 153 ff., 158.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_349/2009, E. 2.

<sup>38</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 16), 21; vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1982 - VII ZR 60/81 in NJW 1982, 1585 ff., 1586; vgl. BGH, Urteil vom 12. November 1984 - II ZR 96/84 in NJW 1985, 1828 ff., 1829.

Glauben des Vertreters anrechnen lassen.<sup>39</sup> Bei juristischen Personen kommt es auf den bösen Glauben der Organe an.<sup>40</sup> Dies ist durch den Ausnahmeharakter des Gutglaubensschutzes und die Zielsetzung des Verkehrsschutzes gerechtfer- [ZSR 2013, 569/570] tigt.<sup>41</sup> Eine restriktive Wissenszurechnung ist umso weniger angezeigt, als Art. 64 OR ohnehin schon sehr grosszügig ist – der teilweise vorhandene Billigkeitsgedanke sollte nicht überstrapaziert werden. Richtigerweise ist zwischen der Zurechnung der *Entäusserungshandlung* und der *Wissenszurechnung bezüglich der Bösgläubigkeit* zu trennen. Ist der Vertretene bösgläubig, muss er sich auch die Entäusserung durch die Hilfsperson anrechnen lassen. Ist der Vertreter bösgläubig, muss sich der Vertretene dessen bösen Glauben bei seiner eigenhändigen Entäusserung der Bereicherung anrechnen lassen.<sup>42</sup> Nachfolgend sind die Wertungen in zwei Fällen zu analysieren.

Im ZR 1934 Nr. 150 zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um Auszahlungen, die eine Bank unberechtigterweise aufgrund eines ohne genügende Vertretungsbefugnis handelnden *Direktors und Verwaltungsrates der Kontoinhaberin* ausführte. Die Kontoinhaberin hatte stets den Erfüllungsanspruch gegen die unsorgfältige Bank und war somit nicht geschädigt. Die Bank machte geltend, die Kontoinhaberin sei um die durch die Anweisungen des Direktors getilgten Forderungen bereichert. Die Kontoinhaberin berief sich auf den Wegfall der Bereicherung – die Veruntreuungen ihres Direktors seien höher als die Bereicherung. Das Handels- und das Bundesgericht bejahten einen genügenden Kausalzusammenhang zwischen dem Eintritt und dem Wegfall der Bereicherung.<sup>43</sup> Für den Wegfall genügten auch Vermögensnachteile, die bloss mittelbar mit dem Erwerb der Bereicherung oder deren Rückerstattung zusammenhängen: „(...) bei Feststellungen der Minderung sollen somit alle schädlichen Nebenwirkungen des grundlosen Erwerbs der Bereicherung berücksichtigt werden, die in einem juristisch beachtenswerten Kausalzusammenhang zur Bereicherung stehen.“<sup>44</sup> Dies zeigt zweierlei: *Erstens* geht es um einen Bereicherungsschaden, der in keinem Zusammenhang zum Vertrauen in die Bereicherung steht (siehe dazu unten, bei C.III). *Zweitens* wird die Bösgläubigkeit des ungetreuen Direktors und Verwaltungsrates bei der Entäusserung der Bereicherung der juristischen Person als Kontoinhaberin nicht zugerechnet. Es stellt sich die Frage, ob dies *ausnahmsweise* richtig ist. Die Bank war bezüglich der Vertretungsmacht des Direktors bösgläubig – rechnet man der Kontoinhaberin den bösen Glauben ihres Vertreters bei der Entäusserung zu, käme dies am Schluss der bezüglich der Vertretungsmacht des Direktors bösgläubigen Bank zugute. Hinzu kommt, dass im Ergebnis der nicht vertretungsbefugte Vertreter den Vertretenen den- [ZSR 2013, 570/571] noch binden könnte.<sup>45</sup> Die Bank muss im Ergebnis richtigerweise für ein Risiko der Veruntreuung einstehen, das sie natürlich und adäquat kausal mitverursacht hatte und mit erhöhter Sorgfalt hätte eindämmen können. Im Sinne eines Ausgleichs wäre denkbar, der Bank einen Anspruch auf Zession der Schadenersatzforderung der Kontoinhaberin gegen den Direktor als Surrogat zuzusprechen.

Das Bundesgericht rechnete das Wissen, nicht aber die Entäusserung der Bereicherung durch den

<sup>39</sup> Vgl. BAUMANN MAX, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, 3. A. Zürich 1998 (zitiert ZK-BAUMANN), ZGB 3 N 37 ff., m.w.H.; vgl. SJ 1985, 91 ff., 94 f.; vgl. ZR 1970 Nr. 95, 242; Ausnahmen sind gerechtfertigt bei der Rückforderung von Unterhaltszahlungen des Registervaters gegen das Kind, dessen Vertreterin die bezüglich der Abstammung bösgläubige Mutter ist, vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 - IVb ZR 571/80 in NJW 1981, 2183 f., 2184.

<sup>40</sup> Vgl. ZK-BAUMANN (Fn. 39), ZGB 3 N 37 ff., m.w.H.; die Frage nach der Zurechnung des Wissens von Organen und Hilfspersonen ist stark umstritten, vgl. dazu HOFER SYBILLE, Berner Kommentar, Band I, 1. Abteilung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, ZGB 3 N 142 ff., m.w.H. und zur Wissenszurechnung bei Art. 63 OR RUSCH ARNOLD F., Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009; 131 ff., 152 ff.; vgl. BUSSY (Fn. 10), N 225; vgl. STAUDINGER-LORENZ (Fn. 15), BGB 819 N 9.

<sup>41</sup> Vgl. ZK-BAUMANN (Fn. 39), ZGB 3 N 36.

<sup>42</sup> Vgl. SCHWAB MARTIN, Münchener Kommentar zu § 812 ff. BGB, 6. A., München 2013 (zitiert: MK-SCHWAB), BGB 819 N 7-10.

<sup>43</sup> Vgl. ZR 1934, Nr. 150, 323 ff., 325 ff.

<sup>44</sup> ZR 1934, Nr. 150, 323 ff., 325 f.; vgl. auch Kantonsgericht BL, Urteil vom 20. September 2011, CAN 2012, Nr. 8, E. 6.2.

<sup>45</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 16), 36, MK-SCHWAB (Fn. 42), BGB 819 N 10; diese Lösung hätte vielleicht auch für den Sachverhalt in Kantonsgericht SG, Urteil vom 15. August 2011, BZ.2008.3 gepasst.

bösgläubigen Vertreter in BGE 45 II 447 ff., 452 den Vertretenen zu: „*Si, en vertu des principes sur la représentation, on peut à la rigueur opposer aux défendeurs la connaissance que leur mandataire a eue de la nullité de la vente et par conséquent de l'éventualité de la répétition du prix de vente qu'il touchait pour leur compte, par contre il est de toute impossibilité de leur imputer l'acte qu'il a commis en disposant indûment des fonds à son profit. En effet, en ce faisant, il n'agissait naturellement plus en sa qualité de représentant, mais au contraire pour son compte personnel et en violation flagrante de ses obligations de mandataire. Bien loin qu'ils se soient sciemment dessaisis de l'enrichissement, ils en ont été dépouillés contre leur gré et l'on ne saurait, sans faire violence à la loi, les soumettre à la responsabilité spéciale édictée par l'art. 64 contre celui qui s'est volontairement défait de l'objet de la restitution, sachant qu'il pourrait avoir à le rendre.*“ Dieser Entscheid ist unstimmig und nur haltbar, wenn man die Bereicherungsklage im Sinne einer reinen Billigkeitshaftung versteht.<sup>46</sup> Die Vertretenen hatten zweifellos einen Anspruch auf Ersatz gegen den ungetreuen Beaufragten. Dass dieser nichts mehr wert ist, können die Vertretenen dem Bereicherungsgläubiger nur schwer entgegenhalten. Aufgrund der Entäusserung im bösen Glauben durch den von ihnen ausgesuchten Vertreter dürfte ihnen die Berufung auf Art. 64 OR nicht offen stehen – dieses Risiko sollten richtigerweise die Vertretenen selber tragen.

### 3. Rückforderungsschaden

Die Rückerstattung soll den Bereicherungsschuldner nicht schlechter stellen, als er ohne Bereicherung stünde. Dieser Gedanke kommt in BGE 82 II 430 ff. gut zur Geltung. Im Hinblick auf die bevorstehende Heirat erwarb der künftige Schwiegersohn die Metzgerei zu einem besonders tiefen Preis. Die Heirat blieb aus und die Erben des Verkäufers klagten auf Rückerstattung des Zuwendungsteils. Der Käufer machte erfolgreich geltend, die Bereicherung sei weggefallen, [ZSR 2013, 571/572] weil er aufgrund des günstigen Kaufpreises *teurer* renoviert habe.<sup>47</sup> Andere denkbare Konstellationen sind die Aufgabe oder Verschenkung eines anderen Gutes, weil man sich mit der Bereicherung ein neues kaufen konnte.<sup>48</sup> Auch dies wäre im obigen Entscheid zu berücksichtigen gewesen – der Käufer hat seine Eltern dazu gebracht, die eigene Metzgerei zu verkaufen, um mit ihm im neuen Betrieb zu leben und zu arbeiten. Dies hätte er nicht getan, wenn er die andere Metzgerei zum Marktpreis hätte kaufen müssen.<sup>49</sup> Es kommt folglich darauf an, ob die Vertrauensdisposition *kausal zur eingetretenen Bereicherung* getroffen worden ist.<sup>50</sup> Tatsächlich misst das Bundesgericht aber mit zwei Ellen. Der künftige Schwiegersohn musste mit der Rückerstattung rechnen, weil die Zuwendung im Hinblick auf die zukünftige, aber ausgebliebene Heirat erfolgte. Dann kann er sich aber auch nicht darauf berufen, wegen der Schenkung zu teuer renoviert zu haben.<sup>51</sup>

Dennoch ist in gewissen Fällen eine Korrektur nach *Risikogesichtspunkten* notwendig. Wenn der Mieter die ungültige Kostenabwälzung vom Vermieter zurückfordert, kann sich dieser nicht darauf berufen, er hätte im Vertrauen auf die Endgültigkeit der Zahlung auf mögliche Mietzinserhöhungen verzichtet. Das Risiko einer ungültigen Kostenabwälzung oder Mietzinserhöhung kann er nicht dem Mieter aufbürden.<sup>52</sup>

### 4. Surrogat

An Stelle des ursprünglich Erlangten kann ein Surrogat treten. Diesen Fall behandelt das Bundesge-

<sup>46</sup> Vgl. dazu KOLLER (Fn. 10), N 520, Fn. 626; vgl. BUCHER (Fn. 10), 696, der diesen Entscheid als „unhaltbar“ bezeichnet; vgl. zur Billigkeit im Bereicherungsrecht kritisch HONSELL HEINRICH, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, in: VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, 25 ff., 25 f.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 82 II 430 ff., 439 und ZR 1934 Nr. 150, 323 ff., 325 f.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 73 II 108 ff., 109 f.; vgl. die Beispiele bei VON TUHR/PETER (Fn. 1), 510.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 82 II 430 ff., 432.

<sup>50</sup> Vgl. dazu ausführlich ZR 1934 Nr. 150, 326 f.; vgl. HARTMANN (Fn. 5), N 548.

<sup>51</sup> Diese Kritik bei KOLLER (Fn. 10), N 523.

<sup>52</sup> Vgl. dazu BGE 107 II 255 ff., 258; deutlich BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 199/04 in NJW-RR 2005, 1464 ff., 1466.

richt in BGE 87 II 137 ff., 142. Der Käufer eines Grundstücks berief sich auf einen Grundlagenirrtum und verlangte die Anzahlung zurück. Der Verkäufer machte einen Wegfall der Bereicherung geltend, weil er eine Mäklerprovision ausrichten musste. Diese kann der Verkäufer aufgrund der Anfechtung des Kaufvertrages vom Mäkler zurückfordern. Die Bereicherungsforderung gegen den Mäkler tritt als partielles *Surrogat* für den erhaltenen Kaufpreis ein.<sup>53</sup> Das Bundesgericht ging auf das Argument des Verkäufers nicht ein, dass dieser Anspruch aufgrund der schlechten Liquidität des Mäklers kaum voll einbringlich sein würde. Dieses Problem hätte durch Abtretung des Anspruchs an den Bereicherungsgläubiger gelöst werden können, wie es das Bundesgericht auch schon geschützt hat. Der Anspruch auf Rückerstattung der Bereicherung besteht dann als Anspruch auf *Zession des Surrogaten- [ZSR 2013, 572/573] spruchs*.<sup>54</sup> Auch die Ersparnisbereicherung lässt sich so interpretieren. Hat man das erhaltene Geld für die Schuldentilgung oder für ohnehin anzuschaffende Güter verwendet, ist man um die Ersparnis bereichert, die man herausgeben muss (siehe unten).

Dies legt eigentlich nahe, auch andere, insbesondere rechtsgeschäftlich erlangte Surrogate kondizierbar zu machen (so genanntes *commodum ex negotiatione*, im Gegensatz zu den oben behandelten *commoda ex re*).<sup>55</sup> Die Unterscheidung zwischen dem *commodum ex re* und dem *commodum ex negotiatione* ist jedoch künstlich. Geht eine Sache unter und erhält man dafür eine Versicherungsleistung, taugt diese zweifellos als stellvertretendes *commodum*, obwohl sie genauso auf einer vertraglich verhandelten Grundlage besteht – auch die Versicherungsleistung ist ein durch den Versicherungsfall bedingter, vertraglich ausgehandelter Anspruch.<sup>56</sup> Die Regelung im deutschen § 818 Abs. 1 BGB erwähnt nur die Herausgabe des Ersatzes für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung, nicht aber, was aufgrund einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Gegenleistung beruht.<sup>57</sup> Ist die Herausgabe der Bereicherung in *natura* aufgrund eines Rechtsgeschäfts nicht mehr möglich, muss der Bereicherungsschuldner Wertersatz leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).<sup>58</sup>

Die Bereicherung besteht bei *commoda ex negotiatione* grundsätzlich noch im objektiven Wert der erworbenen Sache. Dafür ist sicher Wertersatz geschuldet. Ist es dennoch möglich, die aus dem *indebita* erhaltenen Geld erworbene Sache in *natura* anstelle des Wertersatzes herauszuverlangen? Im ähnlichen Fall der Erbschaftsklage ist auch das *rechtsgeschäftliche* Surrogat von der Erbschaftsklage nach Art. 598 ff. ZGB erfasst.<sup>59</sup> Die Kondition des Wertersatzes zwingt den Bereicherten, in sein Stammvermögen zu greifen. Das ist unbillig, wenn er die Sache ohne Bereicherung gar nicht gekauft hätte – hätte er die Sache ohnehin gekauft, liegt eine Ersparnisbereicherung vor. Er würde bei einer Verurteilung zum Wertersatz gleichsam zum *Erwerb auch ohne Bereicherung* gezwungen, obwohl die Bereicherung gerade das massgebliche Motiv des Er- [ZSR 2013, 573/574] werbs war.<sup>60</sup> Dies entspricht

<sup>53</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 10), N 547 f.; vgl. auch ZR 1934 Nr. 151, 327 ff., 329 f.; vgl. BUCHER (Fn. 10), 696.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 45 II 447 ff., 451; vgl. ZR 1934 Nr. 151, 327 ff., 329 f.; vgl. BUCHER (Fn. 10), 696; vgl. auch MK-SCHWAB (Fn. 42), BGB 818 N 162 und BGH, Urteil vom 28. April 1988 - I ZR 79/86, NJW 1989, 453 ff., 456.

<sup>55</sup> Vgl. zur Unterscheidung LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 266 und PFAMMATTER PAUL, Der Anspruch auf das stellvertretende *Commodum*, Diss. Bern 1983, 103.

<sup>56</sup> Dieser Gedanke bei BOLLENBERGER RAIMUND, Das stellvertretende *Commodum*, Habil. Wien 1998, Wien 1999, 245 f., m.w.H.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1982 - III ZR 61/81, NJW 1983, 868 ff., 870.

<sup>58</sup> Vgl. MK-SCHWAB (Fn. 42), BGB 818 N 43, LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 264 ff., BOLLENBERGER (Fn. 56), 261 ff.; vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1982 - III ZR 61/81, NJW 1983, 868 ff., 870; vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1979 - VII ZR 285/78, NJW 1980, 178 ff., 178 *e contrario*, BGH, Urteil vom 11. April 1957 - II ZR 182/55, NJW 1957, 1026 ff., 1027.

<sup>59</sup> Vgl. CHK-GÖKSU (Fn. 29), ZGB 598-600 N 6, FORNI ROLANDO/PIATTI GIORGIO, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 4. A., Basel/Genf/München 2011, ZGB 599 N 5, BGE 116 II 259 ff., 261 f.

<sup>60</sup> Vgl. VON TUHR/PETER (Fn. 1), 503 f., insb. Fn. 19, der die Herausgabe des rechtsgeschäftlich erworbenen Surrogats bejaht: „Nach § 818 II BGB sind nicht die angeschafften Sachen geschuldet, sondern das dafür verausgabte Geld (...). Es scheint mir aber dem Bereicherungsgedanken zu widersprechen, wenn der Beklagte eigenes Geld zahlen und dafür eine Sache behalten müsste, die er ohne den grundlosen Erwerb nicht angeschafft hätte.“; so auch KOLLER (Fn. 10), N 547 f.; a.M. PFAMMATTER (Fn. 55), 103.

einem Rückforderungsschaden (siehe dazu oben, C.II.3). Es wäre aber auch unbillig, wenn der Bereicherete unter Berufung auf Art. 64 OR die aus der ungerechtfertigten Bereicherung getätigten, noch vorhandenen Anschaffungen behalten könnte, während der Bereicherungsgläubiger blos einen möglicherweise nicht eintreibbaren und vielleicht sogar geminderten Anspruch auf den Wertersatz hätte.<sup>61</sup> Richtig ist deshalb, dem Bereicherungsgläubiger *zumindest wahlweise* einen Anspruch auf Herausgabe des rechtsgeschäftlich erworbenen Surrogates zu gewähren, sofern sich der Bereicherungsschuldner auf den Wegfall der Bereicherung beruft. Dies setzt auch die richtigen Anreize. Der Bereicherete muss darlegen, inwiefern er sich der Bereicherung entäussert hat und welche Surrogate er erworben hat. Dabei zeigt sich auch, ob er damit Ausgaben erspart hat, die er auch ohne Bereicherung getätigt hätte. Der Herausgabeanspruch erleichtert überdies die prozessuale Erledigung, weil Bemessungsfragen entfallen.

## 5. Ersparnisbereicherung

Das Bundesgericht berücksichtigt den Wegfall der Bereicherung für diejenigen Ausgaben nicht, die *ohnehin* getätigt worden wären. Hier hat sich der Terminus der *Ersparnisbereicherung* durchgesetzt.<sup>62</sup> Dies deckt sich mit den gängigen Wertungen des Vertrauensschutzes. Zwischen dem Vertrauen und der Vertrauensdisposition muss eine *natürliche Kausalität* bestehen. Es geht darum, ob die Disposition auch dann vorgenommen worden wäre, wenn die wirkliche Rechts- oder Sachlage bekannt gewesen wäre.<sup>63</sup> Aus der Entäusserung der Bereicherung resultiert in diesen Fällen eine entsprechende Ersparnis. Die Beklagte machte in BGE 61 II 12 ff. geltend, sie hätte das zurückzuerstattende Geld für die ärztliche Be- [ZSR 2013, 574/575] handlung ihres Mannes eingesetzt und sei deshalb nicht mehr bereichert. Das Bundesgericht räumte ein, dass die Beklagte zwar das Geld nicht mehr habe, „*allein sie hat dann eben andere Mittel erspart, die sie sonst für die betreffenden, nach ihrer Darstellung notwendigen Ausgaben hätte aufwenden müssen, und ist somit um den Betrag der Ersparnis bereichert.*“<sup>64</sup> Mit anderen Worten war der Erhalt des Geldes für die Ausgabe nicht kausal.

Wie aber verhält es sich bei bereicherten Personen, die permanent knapp bei Kasse sind und deshalb immer alles ausgeben müssen? Diese Personen haben vielleicht auch die ganze Bereicherung für den täglichen Konsum und damit für notwendige Dinge ausgegeben. Insofern wäre dieser Bereicherungswegfall nach der oben zitierten Rechtsprechung unbeachtlich. Sie hätten das Geld jedoch nicht ausgegeben, wenn sie es nicht erhalten hätten – sie haben dadurch nichts anderes gespart. Die Entäusserung der Bereicherung verhält sich folglich natürlich und adäquat-kausal zum Erhalt der Bereicherung.<sup>65</sup> Insbesondere beim Übergenuss von Lohn- oder Unterhaltszahlungen kann eine Rückforderung eine nicht gewollte Härte auslösen, weil häufig alles ausgegeben und der Lebenszuschnitt den verfügbaren Mitteln angepasst wird.<sup>66</sup>

Tatsächlich hat die Rechtsprechung in solchen Fällen schon von einer Rückerstattungspflicht abgesehen. In Österreich schliesst die Rechtsprechung beim gutgläubigen Verbrauch von *Zahlungen mit*

---

<sup>61</sup> Dies hat sich so ereignet im Sachverhalt BGH, Urteil vom 20. Oktober 1958 – III ZR 101/57 in MDR 1959, 109 f., 110. Es ging um Möbel, die ein Beamter angeschafft hat, aber nur mit grossem Verlust wieder verkaufen können, um die Bereicherungsforderung tilgen zu können – immerhin hätte der Bereicherungsgläubiger nach der hier vertretenen Meinung einen Anspruch auf die Möbel gehabt, statt gar nichts zu erhalten; es wäre vielleicht auch im Entscheid Pra 1991, Nr. 16, 85 f. der Fall gewesen: Der Bereicherungsschuldner machte geltend, er hätte das Geld in den Bau eines Hauses in Jugoslawien gesteckt. Das Bundesgericht hielt fest, dass dies nur eine Rolle spielt, wenn das Haus weniger als die darin investierten Gelder wert wäre: „*Ob die in Jugoslawien investierten Gelder realisiert und in die Schweiz transferiert werden können, ist nicht eine Frage des Nochvorhandenseins der Bereicherung, sondern lediglich der faktischen Möglichkeit, die Bereicherung zurückzuerstatte.*“

<sup>62</sup> Vgl. HONSELL (Fn. 46), 29; vgl. auch BGE 61 II 12 ff., 20.

<sup>63</sup> Vgl. RUSCH ARNOLD F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich 2010, 68; vgl. RJN 2008, 153 ff., 159 f.

<sup>64</sup> BGE 61 II 12 ff., 20; vgl. BGE 71 II 147 ff., 153; vgl. BGE 102 V 91 ff., 100 und SJ 1998, 677 ff., 681; vgl. RJN 2008, 153, 159; vgl. CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 9.

<sup>65</sup> Vgl. BURGER (Fn. 31), 572.

<sup>66</sup> Vgl. dazu RUSCH (Fn. 63), 387, 390 f., m.w.H.

*Unterhaltscharakter* die Rückforderung aus.<sup>67</sup> Diese Rechtsprechung sollte jedoch für alle *indebite* erfolgten Zahlungen Geltung haben. Der deutsche Bundesgerichtshof hat die in diesen Fällen auch für die Schweiz verallgemeinerungsfähigen Voraussetzungen, die nicht nur auf Zahlungen mit Unterhaltscharakter anwendbar sind, wie folgt festgehalten: „*Allerdings ist (...) zuzugeben, dass der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs zum Wegfall der Bereicherung führen kann (...). Das setzt jedoch voraus, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewendet wurde und nicht in anderer Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist (...).*“<sup>68</sup> [ZSR 2013, 575/576]

### III. Bereicherungsschaden

Das Paradebeispiel des *indebite* geleisteten Hundes, der beim Empfänger den Teppich zerfetzt, ist für das Schweizer Bereicherungsrecht nicht passend.<sup>69</sup> In der Schweiz gilt das Prinzip der kausalen Tradition. Folglich verdrängt die *Vindikation* die *Kondiktion* in den meisten Fällen.<sup>70</sup> Denkbar ist der Bereicherungsanspruch in den Fällen, in denen die Vindikation wegen Vermischung oder Verarbeitung nicht zur Verfügung steht. Falls Weizen, der zusammen mit eigenem Weizen vermischt wird, diesen verunreinigt oder zerstört, wäre ein Bereicherungsschaden denkbar.<sup>71</sup> Ebenso verursacht die Kondiktion einer *indebite* zedierten Forderung einen Schaden, wenn der Zessionar aufgrund der Gläubigereigenschaft Steuern bezahlen musste.<sup>72</sup> Der ob Fn. 43 f. behandelte Fall hat gezeigt, dass auch zu Unrecht ausgerichtete Geldzahlungen Auslöser für Veruntreuungen sein können.<sup>73</sup> Risikoüberlegungen spielen bei der Berufung auf den Bereicherungsschaden folglich wie schon beim Rückforderungsschaden eine wesentliche Rolle (vgl. oben, ob Fn. 52). Diese Nachteile passen zwar nicht zum oben beschriebenen Vertrauenschutz, doch berücksichtigen Lehre und Rechtsprechung sie dennoch.<sup>74</sup> Es fehlen das Vertrauen in die Endgültigkeit der Bereicherung und eine zum Vertrauen kausale Disposition der bereicherten Person.<sup>75</sup> Die Berücksichtigung derartiger Schäden lässt sich indes generell nicht auf die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs zurückführen und bewirkt eine auservertragliche Haftung ohne Verschulden. Im Unterschied zum Bereicherungswegfall, der die Bereicherung als solche wegfallen lässt, bewirken diese Ereignisse einen *Schaden* – und diesen sollte man nicht nach Bereicherungsrecht beurteilen.<sup>76</sup> [ZSR 2013, 576/577]

---

<sup>67</sup> Vgl. dazu HONSELL (Fn. 46), 31 f., m.w.H.; vgl. zur Rechtslage in Österreich BURGER (Fn. 31), 571 ff.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 177/06 in NJW 2008, 3213 ff., 3219, Tz. 70; vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2003 - V ZR 235/02 in NJW 2003, 3271 f., m.w.H.; vgl. STAUDINGER-LORENZ (Fn. 15), BGB 818 N 34 und PALANDT-SPRAU (Fn. 30), BGB 818 N 55, je m.w.H.

<sup>69</sup> Vgl. dazu CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 10, GILLIARD LAURENT OLIVIER, La disparition de l'enrichissement, Diss. Lausanne 1985, 132, HONSELL (Fn. 46), 27.

<sup>70</sup> Vgl. BUCHER (Fn. 10), 660 f.; vgl. CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 2, 10.

<sup>71</sup> Dieses Beispiel bei HARTMANN (Fn. 5), N 550 und BÜRGY-WYSS (Fn. 9), 153.

<sup>72</sup> Vgl. MK-SCHWAB (Fn. 42), BGB 818 N 142 f. und LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 300. Das Bundesgericht erwähnt dies in einem ähnlichen Fall, in dem der Registervater gegen den leiblichen Vater des Kindes auf Herausgabe der Bereicherung durch ersparte Unterhaltszahlungen klagte. Kann der leibliche Vater den teilweisen Wegfall der Bereicherung geltend machen, weil er die Alimente vom steuerpflichtigen Einkommen nicht abziehen konnte? Das Bundesgericht liess mangels entsprechender Vorbringen den möglichen Einwand in BGE 129 III 646 ff., 655 unberücksichtigt.

<sup>73</sup> Vgl. ZR 1934 Nr. 150, 323 ff., 326 ff.

<sup>74</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 10), N 510; vgl. ZR 1934, Nr. 150, 323 ff., 325 f.; dagegen CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 10.

<sup>75</sup> Vgl. GILLIARD (Fn. 69), 108; vgl. LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 300.

<sup>76</sup> So CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 10, GILLIARD (Fn. 69), 132 und LARENZ/CANARIS (Fn. 16), 300.

## D. OR 64 und die Rückabwicklung von Schuldverträgen

### I. Notwendigkeit einer Reduktion

Bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge mit Kondiktion und Vindikation stellt sich die Frage, ob der Verkäufer die Kaufsache vindizieren kann, auch wenn er sich auf den Wegfall der Bereicherung beruft. Die Lehre schlägt hier die Abwicklung der Leistungen nach Art. 82 OR vor, was zu einem Zurückbehaltungsrecht führt.<sup>77</sup> Die Anwendung der *Zweikondiktionen-* oder der *Saldotheorie* ist nicht angezeigt, weil sich in der Schweiz praktisch nie zwei Bereicherungsansprüche gegenüber stehen.<sup>78</sup> Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 64 OR nicht zu grosszügig ist und der Einschränkung bedarf.

### II. CANARIS' Theorie zur Gegenleistungskondiktion

CANARIS hat richtigerweise darauf hingewiesen, dass der Wegfall der Bereicherung auch beim gutgläubigen Bereicherungsempfänger im Bewusstsein erfolgt, „*die eigene Leistung endgültig verloren zu haben.*“<sup>79</sup> Wer also das *indebita* erhaltene Geld mit vollen Händen für ausserordentliche, zur Bereicherung kausale Ausgaben verwendet, tut dies im Bewusstsein, die eigene Vertragsleistung endgültig hingegeben zu haben. Der anzugedeihende Schutz kann deshalb auch nicht weiter gehen. Die Berufung auf Art. 64 OR muss ihm versagt bleiben. Hat er dieses Bewusstsein nicht und rechnet noch mit einer Rückerstattung der eigenen Vertragsleistung, so ist er nicht gutgläubig bezüglich der Endgültigkeit des eigenen Erwerbs.<sup>80</sup> Lediglich beim zufälligen und folglich nicht zurechenbaren Untergang der Bereicherung spielt dieses Bewusstsein keine Rolle.<sup>81</sup> Diese Interpretation des guten Glaubens entspricht zwar nicht der herrschenden Lehre, ist aber in sich stimmig. Aufgrund der fehlenden Ausrichtung auf zwei sich gegenüberstehende Kondiktionen ist diese Theorie auch in der Schweiz anwendbar. Im umgekehrten Falle, bei dem sich der Käufer der Kaufsache freiwillig entäußert oder sie zerstört hat und deshalb die Vindikation ins Leere zielt, funktioniert sie mangels Bereicherungsanspruch nicht. [ZSR 2013, 577/578]

### E. Beweis des Wegfalls

Art. 64 OR erwähnt, dass der Empfänger „*(...) nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist (...).*“ Die Beweislast für den Wegfall der Bereicherung trifft den Bereicherungsschuldner, denn dieser leitet daraus Rechte im Sinne von Art. 8 ZGB ab.<sup>82</sup> Bezuglich des guten Glaubens kommt ihm überdies die Gutglaubensvermutung des Art. 3 Abs. 1 ZGB zu Gute.

Bei der *Ersparnisbereicherung* ist die Zuteilung der Beweislast schwieriger. Trifft den Entreicherter die Beweislast, dass der Bereicherte *um die Ersparnisse* bereichert worden ist? Der Ausnahmeharakter des Art. 64 OR gebietet, dass der Bereicherte nicht nur die Entäußerung beweisen muss, sondern auch die fehlende Ersparnis und damit die Kausalität zwischen Bereicherung und Entäußerung,<sup>83</sup>

<sup>77</sup> Vgl. BSK-SCHULIN (Fn. 1), OR 64 N 11, m.w.H.; vgl. HONSELL (Fn. 46), 30.

<sup>78</sup> Vgl. CHK-HAHN (Fn. 29), OR 64 N 11; vgl. BGE 110 II 244 ff., 247.

<sup>79</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 16), 20; vgl. die Beschreibung bei MK-SCHWAB (Fn. 42), BGB 818 N 241 f.

<sup>80</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 16), 20 f., 30. Er benutzt als Unterscheidungsmerkmal zwischen zufälliger und zurechenbarer Handlung in einer Handlung, die „*bei Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit ein Verschulden darstellen würde.*“ (30).

<sup>81</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 16), 26.

<sup>82</sup> Vgl. BSK-SCHULIN (Fn. 1), OR 64 N 23; vgl. BK-BECKER (Fn. 8), OR 64 N 5; vgl. GILLIARD (Fn. 69), 144; vgl. BGE 92 II 168 ff., 179 f.; vgl. BGE 61 II 12 ff., 20; vgl. Urteil des Zürcher Sozialversicherungsgerichts vom 13. Februar 2008, KK.2006.00029, E. 4.5; zur entsprechenden Behauptungslast vgl. Pra 1991, Nr. 16, 85 f. sowie BGE 87 II 137 ff., 140 f.

<sup>83</sup> Vgl. dazu STAUDINGER-LORENZ (Fn. 15), BGB 818 N 48; vgl. Urteil BGH vom 17. Januar 2003 - V ZR 235/02 in NJW 2003, 3271 ff.; vgl. BAG, Urteil vom 12. Januar 1994 - 5 AZR 597/92 in NJW 1994, 2636 ff., 2637; vgl. MK-SCHWAB (Fn.

Für den Wegfall der Bereicherung existieren diverse *Beweiserleichterungen*. Im Entscheid ZR 1934 Nr. 150 liess das Obergericht für den Bereicherungsschaden den Nachweis genügen, dass der Direktor die unrechtmässig erhaltenen Beträge zur Verschleierung von Unterschlagungen anderer Gelder verwendet hat. Die Arbeitgeberin des Direktors musste folglich den Kausalzusammenhang zwischen der Bereicherung und den einzelnen Unterschlagungen nicht nachweisen.<sup>84</sup> Die blosse Verwendung der Auszahlungen entspricht lediglich einem Indiz für die Kausalität. Es handelt sich dabei um eine natürliche Vermutung, dass die Verwendung zur Verschleierung auch für die Kausalität der Bereicherung für die Entreicherung steht. Generell genügt für den typisch verlaufenden Kausalzusammenhang das Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*.<sup>85</sup> Für den Beweis des Wegfalls der Bereicherung beim Übergenuss von Unterhalts- und Lohnzahlungen gelten im Ausland ebenfalls Beweiserleichterungen, die auf natürlichen Vermutungen basieren.<sup>86</sup>

Wie löst man den Fall eines Bereicherungswegfalls bei einer Zahlung, die teils *cum causa* und teils *indebite* erfolgt? Jemand erhält gutgläubig Fr. 10'000, wobei er nur Anspruch auf Fr. 7'000 gehabt hätte. Er legt Fr. 6'000 ins Sparschwein für schlechte Zeiten, gönnt sich aber aus Freude über die Zahlung Ferien für Fr. 4'000. Er müsste beweisen, dass er die Ferien ausgerechnet mit dem [ZSR 2013, 578/579] nichtgeschuldeten Geld bezahlt hat oder dass er die Ferien gerade *wegen der besonders hohen Zahlung* gewählt hat (Kausalität der Bereicherung für die Entreicherung). Die Beweislast für die Entreicherung und dafür, dass er die Ausgabe nicht ohnehin getätigt hätte, trägt der Bereicherungsschuldner.<sup>87</sup> Da dies im Alltag sehr schwierig ist, könnte man dem Bereicherungsschuldner bei gescheitertem Beweis mit einer lediglich *umgekehrt prozentualen Rückerstattungspflicht* helfen. Umgekehrt deshalb, weil die Veranlassung und Kausalität zur Bereicherungsentäuscherung weniger wahrscheinlich sind, wenn der Bereicherungsschuldner lediglich einen kleinen Teil *indebite* erhalten hat. Er müsste im obigen Beispiel also 7/10 von Fr. 3'000 zurückerstatten, was sicher strittig sein dürfte, aber auch einfach und praktikabel.

### Zusammenfassung

Art. 64 OR wirft nach wie vor viele Fragen auf. Die vorliegende Abhandlung definiert die Bereicherung und behandelt die Entreicherung in drei Phänomenen mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Folgen. Der Entreicherung durch *Entäusserung* setzt den guten Glauben voraus, diejenige durch *Wegfall* nicht; der durch die Bereicherung verursachte *Schaden* soll für die Belange des Art. 64 OR gar keine Rolle spielen. Erwägungen zur Rückabwicklung von Verträgen und zur Beweislast runden die Abhandlung ab.

### Résumé

L'étendue de la répétition de l'enrichissement illégitime est source de multiples querelles. La présente étude définit l'enrichissement et décrit sa disparition sous trois aspects, dont chacun connaît des exigences et des conséquences différentes. Seulement le dessaisissement nécessite la bonne foi de l'enrichi. Dans le cas d'une diminution involontaire, c'est-à-dire d'une détérioration ou bien d'une perte involontaire, le recours à l'art. 64 CO reste ouvert même pour l'enrichi de mauvaise foi. Si l'enrichissement en tant que tel cause un préjudice, il n'y a pas de lien de connexité avec la confiance. Toute réduction de l'obligation de restituer doit être exclue. Des considérations concernant le fardeau de la preuve et l'enrichissement illégitime dans la résolution d'un contrat complètent cette étude.

---

<sup>82</sup>), BGB 818 N 161; vgl. GILLIARD (Fn. 69), 144, der die Frage offen lässt.

<sup>84</sup> Vgl. ZR 1934, Nr. 150, 323 ff., 327.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 107 II 269 ff., 272 f.; vgl. CHK-GÖKSU (Fn. 29), ZGB 8 N 4.

<sup>86</sup> Vgl. STAUDINGER-LORENZ (Fn. 15), BGB 818 N 34, 48, m.w.H.; vgl. PALANDT-SPRAU (Fn. 30), BGB 818 N 55, m.w.H.; vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 177/06 in NJW 2008, 3213 ff., 3219, Tz. 70.

<sup>87</sup> Vgl. dazu GILLIARD (Fn. 69), 144.