

## Drei Fragen des Bereicherungsrechts

*Heinrich Honsell, Zürich*

### **I. Bereicherung und Billigkeit**

Ich widme diese Skizze dem verehrten und lieben Kollegen *Hermann Schulin*, der sich um das schweizerische Obligationenrecht im Allgemeinen und das Bereicherungsrecht im Besonderen grosse Verdienste erworben hat.

Wir sprechen von ungerechtfertigter Bereicherung, wenn jemand etwas ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen eines anderen erlangt hat; z.B. wenn er in der irrigen Annahme, etwas schuldig zu sein, eine Leistung erbracht hat (Leistungskondiktion). Ferner wenn jemand durch Eingriff in fremdes Recht bereichert ist (Eingriffskondiktion), z.B. wenn jemand irrig eine fremde Sache verbraucht oder das Immaterialgüterrecht eines Dritten verwendet hat. In beiden Fällen bedarf es eines Rechtsmittels, um die ungerechtfertigte Bereicherung wieder rückgängig zu machen. Das sind die Kondiktionen von Art. 62 ff. OR. Ähnliche Vorschriften finden sich mit Modifikationen in allen kontinentaleuropäischen Kodifikationen (§§ 812 ff. BGB; 1431 ff. ABGB; Art. 2033, 2041 Codice civile; Art. 1736 f. Code civil; Art. 1526 ff. span. Código civil; Art. 473 ff. port. Código civil; Art. 908 ff. griech. ZGB; Art. 6.4.3.1 NBW).

Nach einer verbreiteten Auffassung haben die modernen Bereicherungsansprüche einen besonderen Bezug zur Billigkeit<sup>1</sup>. Diese Meinung geht auf den alten Naturrechtssatz des Pomponius zurück: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* – nach Naturrecht ist es billig, dass sich niemand aus dem Schaden eines anderen widerrechtlich bereichert<sup>2</sup>. Der Satz erinnert an das *neminem laedere*, geht aber noch darüber hinaus, weil das *laedere* hier mit einem eigenen Vorteil verbunden ist. Er gehört in der Tat zum Kernbestand des bei allen Völkern geltenden Naturrechts<sup>3</sup> und enthält ein ethisches Postulat. Da im Grunde jede wirtschaftliche Tätigkeit darauf abzielt, aus fremdem Geld eigenes

---

<sup>1</sup> BGHZ 36, 235; 55, 128; BGHZ 111, 380, 312; BGH Betrieb 1986, 1719, 1720; Palandt/THOMAS Kom. BGB Einf 2 vor § 812; die h.L. hingegen bezeichnet diese Betrachtungsweise als überholt, MünchKomm/Lieb § 812 Rn 19 f.; LARENZ/CANARIS Schuldrecht II § 87 I 1 d, 129; Erman/H.P. WESTERMANN Komm. BGB vor § 812 Rn 2.

<sup>2</sup> Pomp. D. 50, 17, 206; s. auch Ulp. D. 2, 15, 8, 22; dazu zuletzt WOLLSCHLÄGER Symptotica Wieacker (1985) 41 ff.

<sup>3</sup> Zum Naturrecht zuletzt HONSELL, Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte, FS Koppensteiner (2001) 593 ff; zur „goldenen Regel“: „was du nicht willst, dass man dir tu“, das füg‘ auch keinem andern zu“ s. MAYER-MALY Rechtsphilosophie (2001) 47 ff.

zu machen, wird ausdrücklich hinzugefügt, dass dies nicht widerrechtlich geschehen dürfe. Die Frage ist nur, ob der Erwerb rechtmässig ist oder nicht. Der Satz ist insofern zu eng, als die ungerechtfertigte Bereicherung nicht notwendig einen entsprechenden Schaden des Gegners voraussetzt<sup>4</sup>. Ungerechtfertigt darf man sich auch ohne Zufügung eines Schadens nicht bereichern<sup>5</sup>.

Das österreichische ABGB greift die Maxime in den Rückabwicklungsvorschriften der §§ 121, 1447 Satz 3 ABGB auf, ohne dass freilich in Österreich die Behauptung aufgestellt würde, Bereicherungsansprüche hätten einen besonderen Bezug zur Billigkeit<sup>6</sup>. Hingegen wird namentlich im schweizerischen<sup>7</sup> und deutschen Bereicherungsrecht<sup>8</sup> immer noch die Auffassung vertreten, es handle sich um eine von Billigkeit geprägte Ausgleichsordnung, deren Interpretation im besonderen Masse unter dem Grundsatz von Treu und Glauben stehe. Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Konnex des Bereicherungsanspruchs zur Billigkeit nicht enger ist als bei irgendwelchen anderen Ansprüchen<sup>9</sup>. Das Bereicherungsrecht ist kein Billigkeitsrecht, sondern ein technisches Rückabwicklungsinstrument für die Fälle fehlgeschlagener Leistung oder des Eingriffserwerbs.

## **II. Die Beschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung**

Die Kondiktion entfällt, wenn der gutgläubige Schuldner nicht mehr bereichert ist (Art. 64 OR; § 818 Abs. 3 BGB; § 1437 i.V.m. § 329 ABGB; Art. 2041 Codice civile, Art. 909 griech. ZGB, Art. 6.4.3.1 NBW). Der gutgläubige Bereicherungsschuldner muss also nicht herausgeben, was er erlangt hat, sondern lediglich, was von dem Erlangten noch vorhanden ist. Die Beschränkung der Herausgabepflicht auf die noch vorhandene Bereicherung wird sogar als das Wesen des Bereicherungsanspruchs betrachtet<sup>10</sup>. Der gutgläubige Kondiktionsschuldner darf sogar Nachteile, die in Zusammenhang mit dem rechtsgrundlosen Erwerb stehen, von der

---

<sup>4</sup> Vgl. OGH SZ 44/92; 55/37.

<sup>5</sup> WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934) 6.

<sup>6</sup> Vgl. Schwimann/HONSELL/MADER Kommentar zum ABGB (2. Aufl. 1997) vor § 1431 Rn 4 f.

<sup>7</sup> BGE 70 II 117, 122; 73 II 108, 109; 82 II 430; 88 I 216; zur Literatur s. KAUFMANN-BÜTSCHLI Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht (1983) 72 ff.

<sup>8</sup> S. Fn 1.

<sup>9</sup> Treffend sagen ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996) 564, dass die Beziehungen des Bereicherungsanspruchs zur Billigkeit nicht "intimer" seien als die anderer Ansprüche auch; s. noch FLUME AcP 194, 1994, 432 mit Fn 16.

<sup>10</sup> Vgl. zum Beispiel Staudinger/LORENZ Komm. BGB § 818 Rn 33; MünchKomm/LIEB BGB § 818 Rn 47.

herauszugebenden Bereicherung abziehen: So, wenn der „rechtsgrundlos erlangte Hund seinen Teppich zerbissen hat“<sup>11</sup>

Die Begünstigung des Bereicherungsschuldners beruht auf der irrigen Auffassung, dass es sich nur um einen Billigkeitsanspruch handle, der eingeschränkt werden müsse<sup>12</sup>. Auch Art. 62 OR spricht nur von Herausgabe der „Bereicherung“ und Art. 64 OR präzisiert, dass der Rückerstattungsanspruch entfällt, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Die generelle Privilegierung des gutgläubigen Kondiktionsschuldners ist nicht einleuchtend, denn sie wäre allenfalls dort gerechtfertigt, wo er die Sache im Vertrauen auf einen lukrativen Erwerb verbraucht hat.

Die heutige Gesetzeslage ist das Ergebnis falscher Verallgemeinerung, zu welcher man durch pandektistisches Streben nach Abstraktion gelangt ist. Werfen wir daher zunächst einen Blick auf die Wurzeln des heutigen Rechts.

Die Kondiktionen des klassischen Rechts waren – anders als die modernen Bereicherungsklagen – im Grundsatz nicht auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt, sondern auf Rückgabe der grundlos geleisteten Sache oder Wertersatz gerichtet. Die Besonderheit, die später den Kondiktionen den Namen gab (Bereicherungsansprüche), war für die römischen Kondiktionen nicht typisch. Eine Privilegierung durch Beschränkung der Rückgabeverpflichtung *in quantum locupletior factus est* („um wieviel er reicher geworden ist“), also auf die noch vorhandene Bereicherung, wurde z.B. gewährt, wenn ein Mündel eine Leistung ohne Genehmigung des Vormunds angenommen hat<sup>13</sup>. Ferner bei der Schenkung unter Ehegatten, die nach römischer Auffassung nichtig war. Eine Privilegierung gab es weiter für den gutgläubigen Eigenbesitzer<sup>14</sup>, der die Sache gleichwohl herausgeben muss. Er musste (quasi zur Entschädigung der trotz seiner Gutgläubigkeit mangels Ersitzung bestehenden Herausgabepflicht) verbrauchte Früchte nicht ersetzen, sondern nur das noch Vorhandene herausgeben<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Beispiel von FLUME FS Niedermeyer (1953) 103, 155. Diese Meinung ist abzulehnen, weil der Käufer das Risiko von Schäden unabhängig von der Gültigkeit des Vertrages übernommen hat; so richtig MünchKomm BGB/Lieb § 818 Rn 68 mNw.

<sup>12</sup> S. Protokolle zum BGB II 706 f., wo gesagt wird, der Bereicherungsanspruch dürfe, weil er nur aus Gründen der Billigkeit gewährt werde, nicht dazu führen, dass der Bereicherte aus der Rückforderung Schaden erleide; s. noch Planck/LANDOIS Komm. BGB § 818, Anm. 5a; MünchKomm BGB/LIEB § 818 Rn 48.

<sup>13</sup> NIEDERLÄNDER, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht (1953); FLUME FS Niedermeyer (1953) 103, 116 ff., 124 ff.; s. noch G. H. MAIER, Prätorische Bereicherungsklagen (1932); KASER, Römisches Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 598 f.

<sup>14</sup> Vgl. ; das gilt nach einem SC Iuventianum auch für den Erbschaftsbesitzer, vgl. D. 5, 3, 20, 6.

<sup>15</sup> I. 4, 7, 2 ...si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratione consumptorum neque non perceptorum ... – wenn er aber ein gutgläubiger Besitzer war, werden verbrauchte und nicht gezogene Früchte nicht berücksichtigt ... ; KASER, Römisches Privatrecht I 427 mit Fn 21.

und er haftete nicht für Schäden<sup>16</sup> und schuldhaft nicht gezogene Früchte, weil er gleichsam seine eigene Sache vernachlässigt hatte (quia quasi suam rem neglexit nulla querela subiecta est<sup>17</sup>). Das ist noch heute so, z.B. im schweizerischen (Art. 938 ZGB), deutschen (§§ 987, 989 BGB) oder österreichischen Recht (§ 329 ABGB). Schliesslich musste der Eigentümer bei angemasseter Eigengeschäftsführung auch nützliche Aufwendungen nicht ersetzen, sondern haftete wiederum nur auf die noch vorhandene Bereicherung<sup>18</sup>. Auch das gibt es heute noch (§§ 687 Abs. 2, 684 S. 1 BGB; Art. 423 Abs. 2 OR). Endlich gab es eine der modernen Bereicherungshaftung vergleichbare Haftungsbeschränkung bei einigen prätorischen Bereicherungsklagen, die auf *quanto locupletior factus est* oder *in id quod ad eum pervenit* gerichtet waren<sup>19</sup>.

Damit sind die römischen Beispiele im Wesentlichen aufgezählt. Die generelle Privilegierung des gutgläubigen Kondiktionsschuldners in § 818 BGB, Art. 65 OR, § 1437 ABGB (usw.) entsprang einer falschen Verallgemeinerung, zu der man erst im gemeinen Recht<sup>20</sup> gelangt ist, und die noch heute die Ursache zahlreicher Unklarheiten und Streitfragen ist.

Der allgemeinen Fassung von Art. 64 OR liegt keine nachvollziehbare Wertung zugrunde. Das Vertrauen in die Beständigkeit eines Erwerbs wird nur in bestimmten Fällen geschützt und kann insbesondere nicht dazu führen, dass man seine eigene Leistung zurückfordern darf, auch wenn man die Gegenleistung nicht mehr zurückgeben kann. Weiter missachtet der Gesetzgeber das Postulat der Einheit der Rechtsordnung und der Widerspruchsfreiheit, denn nach Art. 141<sup>bis</sup> StGB macht sich sogar strafbar, „wer Vermögenswerte, die ihm ohne seinen Willen zugekommen sind, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet“. Diese unklare Norm geht indessen in der entgegengesetzten Richtung zu weit und muss jedenfalls dahin eingeschränkt werden, dass sie Bewusstsein der Unrechtmässigkeit voraussetzt.

Die Privilegierung des gutgläubigen Kondiktionsschuldners ist für den Regelfall nicht angebracht, weil es nicht darum geht, ein relevantes Vertrauen auf die Beständigkeit des Erwerbes zu schützen. Daher gibt es verschiedene Versuche, dem Kondiktionsschuldner die Berufung auf die Entreicherung abzuschneiden. Der blosse Hinweis auf den Verbrauch des Geldes genügt nicht. Schon die Römer haben das erkannt: quod ait oratio „consumpsisse“ sic accipere

---

<sup>16</sup> Gai. D. 6, 1, 36, 1; Paul. D. 6, 1, 21; KASER, Römisches Privatrecht I 436.

<sup>17</sup> Ulp. D. 5, 3, 31, 3.

<sup>18</sup> Ulp. D. 3, 5, 5, 5, 5.

<sup>19</sup> S. nur KASER, Römisches Privatrecht I 600.

<sup>20</sup> H.L. s. etwa GLÜCK Pandekten Bd. 13 § 835, S. 152 ff.; WINDSCHEID Pandekten II § 424.

debemus, ne is, qui donationem accepit locupletior factus sit“<sup>21</sup>- wenn das Gesetz sagt „verbraucht haben“ so ist dies so zu verstehen, dass derjenige, der das Geschenk erhalten hat, nicht mehr bereichert sein darf.

Es ist also zu prüfen, ob der Schuldner durch Verwendung des rechtsgrundlos Erlangten, meist handelt es sich um Geld, nicht andere Aufwendungen erspart hat (sog. *Ersparnisbereicherung*)<sup>22</sup>. Wer geltend macht, er habe das Geld ausgegeben, muss sich fragen lassen, ob er die Ausgabe nicht in jedem Falle, also auch aus eigenen Mitteln getätigt und mithin diese Mittel gespart oder Schulden vermieden hätte. Der Ersparniseinwand gilt für alle gewöhnlichen Lebenshaltungskosten. Dieser Aspekt versagt indes, wenn der Empfänger das Erlangte für etwas verwendet, was er sich sonst nicht geleistet hätte, z.B. eine Luxusreise. Es ist merkwürdig, dass der Empfänger der Haftung entgehen kann, wenn er eine möglichst unwirtschaftliche Verwendung dazutut. Dies zeigt, dass der ganze Ansatz falsch ist. Es handelt sich nur um eine Notlösung, welche unsinnige Ergebnisse des Art. 64 OR vermeidet.

Eine andere Krücke zur Überwindung der Ungereimtheiten von Art. 64 OR ist die sog. *Saldotheorie*. Mit ihr vermeidet man z.B. das befremdliche Ergebnis, dass beim nichtigen Kaufvertrag der Käufer den Kaufpreis auch dann noch zurückfordern kann, wenn die Sache bei ihm untergegangen ist. Nach der sog. Zweikondiktionentheorie sind die beiden Kondiktionen, die bei Nichtigkeit eines synallagmatischen Vertrages entstehen, voneinander unabhängig. Danach behält der redliche Empfänger einer Sachleistung, der bei zufälligem Untergang oder Verlust der Sache nicht mehr bereichert ist und auch von der Verpflichtung zum Wertersatz befreit ist, die Kaufpreiskondiktion. Die Zweikondiktionentheorie verkehrt die Gefahrtragungsregeln in ihr Gegenteil und beachtet nicht, dass für den Übergang von Gefahr und Nutzen nicht die Gültigkeit des Vertrages massgeblich ist, sondern die faktische Übergabe. Das unbillige und gegen das Verbot des venire contra factum proprium verstossende Ergebnis, dass der Käufer den Kaufpreis kondizieren kann, obwohl er die bei ihm untergegangene Sache nicht mehr zurückgeben kann, vermeidet die Saldotheorie<sup>23</sup>, die, wenn auch mit dogmatisch anfechtbaren Konstruktionen, insoweit zutreffend ist, als sie jedenfalls im Ergebnis den Gedanken eines faktischen Synallagmas berücksichtigt, das bei der Rückabwicklung nichtiger

---

<sup>21</sup> Ulp. D. 24, 1, 32, 9.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 119 II 437, 442 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID OR AT N 1437; SCHWENZER OR AT N 58.12. Diese Figur finden wir auch im österreichischen und deutschen Recht; vgl. Schwimann/HONSELL/MADER § 1437 ABGB N 22; MünchKomm BGB/LIEB § 818 N 73 ff. mit zahlreichen Nachweisen in Fn 227 ff.

<sup>23</sup> Für sie SCHWENZER 58.17; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 1527. Für die Zweikondiktionentheorie hingegen von TUHR/PETER, 507 ff.; BGE 110 II 244, 247 hat die Frage offen gelassen.

gegenseitiger Verträge zu beachten ist<sup>24</sup> und das eine isolierte Betrachtung der beiden Konditionen (bzw. als Folge des Prinzips der kausalen Tradition<sup>25</sup> im schweizerischen Recht: der Vindikation und der Kondiktion<sup>26</sup>) nicht zulässig ist.. Die Bezeichnung „Saldotheorie“ indes ist irreführend, denn saldiert werden können nur Geldforderungen. Regelmässig handelt es sich aber um eine Sach- und eine Geldleistung, so dass keine Saldierung, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht in Betracht kommt. Die Saldotheorie ist eine umständliche Hilfskonstruktion, die nur zufällig zum richtigen Ergebnis führt und insbesondere bei einseitiger Vorleistung keine Lösung bietet<sup>27</sup>. Eine Mittelmeinung lässt die Kaufpreiskondiktion auch bei zufälligem Untergang der Kaufsache zu, gibt aber dem Verkäufer eine Kondiktion auf Wertersatz.<sup>28</sup> Sie lässt also nicht einseitig den Einwand der Entreicherung zu. Dies ist sachgerecht und führt namentlich in den Fällen der Vorleistung, in denen der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, und daher nicht kondiziert werden kann, zu angemessenen Lösungen.

Die Beschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung bei den römischen Bereicherungsklagen war – wie wir gesehen haben – nur in Fällen vorgesehen, in denen der Empfänger wegen eines besonderen Vertrauens oder aus sonstigen Gründen schutzwürdig war: so namentlich beim vermeintlich lukrativen Erwerb. In einem alten Schulbeispiel findet jemand, der gerade Geburtstag hat, vor seiner Wohnungstüre einen Geschenkkorb mit Wein und Delikatessen. Er hält dies für eine Aufmerksamkeit seines Kaufmanns und trinkt eine Flasche Wein

---

<sup>24</sup> Ansätze hierzu finden sich auch in BGE 110 II 244=Pra 1985 Nr. 7 dazu HONSELL OR BT (6. Aufl. 2001) § 6 I 2 d.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 55 II 302; dazu HONSELL OR BT § 6 I 2 d.

<sup>26</sup> Auf die hieraus resultierenden Detailprobleme kann hier nicht eingegangen werden. Gegen eine isolierte Betrachtung der beiden Rechtsbehelfe bei der Rückabwicklung ein und desselben Vertrages auch BGE 83 II 25; danach hat der Käufer nach Art. 2 ZGB gegenüber der Vindikation ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Kaufpreises; dazu HONSELL OR BT § 6 I 2 d; SCHWENZER OR AT 58.21; zur Vindikation s. auch unten III.

<sup>27</sup> Vgl. HONSELL MDR 1970, 717 ff.; ders. NJW 1973, 350; ders. JuS 1982, 810, 814.

<sup>28</sup> So BYDLINSKI in Klang Komm. zum ABGB IV/2, 699 f.; HARRER JBL 1983, 238; Schwimann/HONSELL/MADER § 1437 N 23 ff. Auch nach dem Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sollen für den analogen Fall des Rücktritts die Ausschlussgründe der §§ 350 bis 353 BGB aufgehoben und durch einen Rücktritt gegen Wertersatz ersetzt werden. Beim Kauf können also die beiden Ansprüche verrechnet werden, was auf einen Ausschluss der (einseitigen) Rückforderung hinausläuft. Das gilt nach § 346 Abs. 1 Nr. 3 Entwurf u.a. dann, wenn der empfangene Gegenstand untergegangen ist. Damit hätte sich der Gesetzgeber beinahe von dem verfehlten Prinzip *mortuus redhibetur* des § 350 BGB und des Art. 207 Abs. 1 OR verabschiedet, welche den Rücktritt und die Wandlung trotz Untergangs zulassen (richtig dagegen Art. 1647 Code civil und Art. 1492 Codice civile). Leider wird die sachgerechte Gefahrtragungsregel des § 346 Abs. 1 Nr. 3 in Abs. 2 Nr. 3 praktisch wieder vollständig zurückgenommen. Danach entfällt nämlich der Wertersatz, wenn die Sache trotz eigenüblicher Sorgfalt (§ 277 BGB) des Rücktrittsberechtigten untergegangen oder verschlechtert worden ist. Anders ausgedrückt: Bei einfacher Fahrlässigkeit des Rücktrittsberechtigten ist die Kaufpreistrückforderung (ohne Wertersatz) trotz durch ihn verschuldeten Untergangs der Sache nicht ausgeschlossen. Diese Regelung geht in der verkehrten Richtung noch weit über das BGB hinaus. Anstatt dem Käufer sachgerecht das Risiko des Untergangs in seiner eigenen Herrschaftssphäre aufzuerlegen, wird er sogar von der Haftung für Fahrlässigkeit befreit. Derartiges sieht nicht einmal § 351 BGB oder Art. 207 OR vor.

aus dem Korb. Am andern Tag stellt sich das Ganze als Missverständnis heraus. Der Geschenkkorb hätte beim Nachbarn abgeliefert werden sollen. Dies ist einer der klassischen Fälle, in denen man auch nicht mit ersparten Aufwendungen argumentieren kann. Ein anderer Fall, den wir ebenfalls schon aus dem römischen Recht kennen, ist der Minderjährige, der ohne Zustimmung seiner Eltern eine Sache kauft. Die Eltern können den Kaufpreis zurückfordern, auch wenn die Sache verbraucht oder untergegangen ist und deshalb nicht mehr zurückgegeben werden kann, weil der Minderjährigenschutz Vorrang hat. Es liegt auf der Hand, dass derart enge Fälle einer Entreicherung nicht verallgemeinert werden können. Art. 64 OR ist ebenso wie § 818 Abs. 3 BGB eine eminente gesetzgeberische Fehlleistung, verursacht durch falsche Verallgemeinerung. Allerdings gibt es einige Grenzfälle, so hat der österreichische OGH bei Lohn-, Gehalts-, Pensions- und Unterhaltszahlungen, die gutgläubig verbraucht worden sind, in ständiger Rechtsprechung den Wegfall der Bereicherung und damit die Nichtrückforderbarkeit solcher Leistungen mit der bemerkenswerten Begründung bejaht<sup>29</sup>, das Gehalt eines österreichischen Eisenbahnbeamten sei so knapp bemessen, dass etliche Bedürfnisse ungedeckt bleiben müssten. Käme es zu einer Zuvielzahlung (in österreichischer Terminologie ein sog. „Übergenuß“) würden stets Bedürfnisse gedeckt, die sonst unbefriedigt bleiben müssten. Mit dieser Argumentation entfällt der Ersparnisgedanke<sup>30</sup>. Auch die Rsp. des deutschen Verwaltungsgerichts (betreffend die Gehälter des öffentlichen Dienstes) geht von einer Vermutung des Wegfalls der Bereicherung aus, wenn die Überzahlung verhältnismässig geringfügig ist und im fraglichen Zeitraum keine besonderen Rücklagen gebildet oder aus dem Rahmen fallenden Auslagen gemacht wurden<sup>31</sup>.

### III. Die Subsidiarität der Kondiktion

Rechtsprechung und h.L. nehmen an, dass der Kondiktionsanspruch gegenüber anderen Ansprüchen subsidiär sei.<sup>32</sup> Diese verfehlte Lehre hat die Schweizer Doktrin aus Deutschland

---

<sup>29</sup> SZ 11/686 = Judikat 33 neu; weitere Nachweise bei Schwimann/HONSELL/MADER § 1437 N 18.

<sup>30</sup> Interessant ist, dass diese Judikatur auch in prosperierenden Zeiten, in denen auch die österreichischen Beamten nicht schlecht verdienen, nie zurückgenommen wurde, Schwimann/HONSELL/MADER § 1437 N 19 mwN.

<sup>31</sup> BVwGE 8, 261, 267; 13, 107, 111; weitere Nachweise bei MünchKomm BGB/LIEB Rn 83a). Zu ähnlichen Entscheidungen im französischen und englischen Recht s. ZWEIGERT/KÖTZ 585 ff.

<sup>32</sup> BGE 114 II 156, 159; 110 II 228, 234; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 1500; NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht (1994) 378; OR-SCHULIN Art. 62 N 37; dagegen GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht (9. Aufl. 2000) 230; KELLER/SCHAUFELBERGER Ungerechtfertigte Bereicherung (3. Aufl. 1990) 4 f.; differenzierend VON TUHR/PETER OR AT 519 ff.; SCHWENZER OR AT 59.03 ff.; zweifelnd auch R. WEBER ZSR 1992 I 331, 364.

importiert.<sup>33</sup> Dort ist sie indes längst aufgegeben. Man unterscheidet zwischen Anhängern absoluter Subsidiarität, welche die Kondiktion hinter jedwedem Anspruch zurücktreten lassen, von Anhängern der relativen Subsidiarität, welche dies nur im Einzelfall annehmen.<sup>34</sup> Das Subsidiaritätsdogma ist ebenso unbegründet, wie die These von der Billigkeit. Im Zivilrecht herrscht Anspruchskonkurrenz. Gesetzeskonkurrenz oder Subsidiarität kommen grundsätzlich nur in Betracht, wo dies aus normlogischen Gründen notwendig oder vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet ist.

Von der Frage der Gesetzeskonkurrenz oder der Subsidiarität zu unterscheiden ist die ganz andere Frage, ob tatbestandlich überhaupt eine Kondiktion gegeben ist. So ist neben vertraglichen Ansprüchen eine Kondiktion schon begrifflich ausgeschlossen. Liegt ein Vertrag vor, so fehlt es nicht am Rechtsgrund. Das gilt auch für vertragliche Rückgewähransprüche. Wo der Gesetzgeber diese anordnet, geht er davon aus, dass es sich nicht um einen Nichtigkeitsgrund handelt, sondern dass der Vertrag aufgehoben werden muss.<sup>35</sup> Die Judikatur baut diesen Ansatz bisweilen aus, um an Bereicherungsansprüchen vorbeizukommen.<sup>36</sup> Die Anspruchskonkurrenz mit Deliktsansprüchen ist selbstverständlich. Dies spielt insbesondere bei der Eingriffskondiktion eine Rolle, die sich vom Deliktsanspruch in zweierlei Hinsicht unterscheidet: anders als der Deliktsanspruch nach Art. 41 OR verlangt sie kein Verschulden und setzt keinen Schaden voraus. Letzteres spielt namentlich im Immaterialgüterrecht eine Rolle, wenn es um die Herausgabe des Verletzergewinns<sup>37</sup> geht, der nicht notwendig einem Schaden des Verletzten entsprechen muss. Bei den Herausgabe- bzw. Wertersatzansprüchen nach Art. 726, 727, 672 ZGB handelt es sich der Sache nach um Eingriffskondiktionen, so dass man daneben keine Ansprüche aus Art. 62 OR benötigt. Lässt man sie gleichwohl zu, so liegt Anspruchskonkurrenz vor<sup>38</sup>. Anspruchskonkurrenz besteht schliesslich auch, soweit der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung nebeneinander erfüllt sind<sup>39</sup>.

Liegen die Voraussetzungen der Vindikation nach 641 Abs. 2 ZGB vor, so scheidet eine Kondiktion auf Rückübereignung wiederum schon tatbestandlich aus. Dies ist gerade der Un-

---

<sup>33</sup> Vgl. insbesondere OERTMANN Komm. BGB vor § 812 N 4.; man findet die Subsidiarität allerdings auch in Art. 2042 Codice civile.

<sup>34</sup> Näher von TUHR/PETER OR AT 519 f. Fn 31.

<sup>35</sup> Allerdings kann hier eine *condictio ob causam finitam* (Wegfall des Grundes) konkurrieren.

<sup>36</sup> BGE 109 II 30. S. dazu KNELLWOLF ZSR 1990 I 389 ff.

<sup>37</sup> Dazu NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht (1994); SCHLUEP *Mél. Piotet* (1990) 173 ff.; R. WEBER ZSR 1992 I 331 ff.

<sup>38</sup> So BGE 99 II 131, 137; SCHWENZER OR AT 59.05, 59.08.

terschied zwischen dem schweizerischen Prinzip der kausalen Tradition<sup>40</sup> und dem deutschen Abstraktionsprinzip. Schlägt das Fehlen der causa auch auf die sachenrechtliche Seite durch, so wird der Käufer nicht Eigentümer. Er ist unberechtigter Besitzer und der Verkäufer kann weiterhin als Eigentümer vindizieren. Anders im deutschen Recht. Nach dem Abstraktionsprinzip hat der Kausamangel auf den sachenrechtlichen Übereignungsvertrag keine unmittelbare Auswirkung. Der Käufer, der sine causa übereignet hat, muss Rückübereignung nach §§ 812 ff. BGB verlangen. Im schweizerischen Recht hat m.a.W. der Käufer kein Eigentum „erlangt“, sondern lediglich Besitz. Eine Besitzkondiktion<sup>41</sup> kann auch mit der Vindikation konkurrieren, doch besteht für sie kaum ein praktisches Bedürfnis.

---

<sup>39</sup> HONSELL, OR 332; SCHULIN/VOGT Tafeln OR I 60 d; BUCHER OR AT 662 f.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 55 II 306.

<sup>41</sup> Sie wird in Deutschland allgemein zugelassen, obwohl sie dort wegen des Abstraktionsprinzips noch weniger Bedeutung hat; vgl. etwa RGZ 129, 307, 3111; BGH NJW 1953, 58; MünchKomm/LIEB Rn 292 Fn 746; Staudinger/LORENZ Komm. BGB § 812 Rn 73; Palandt/THOMAS Komm. BGB § 812 Rn 19.