

Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen

Der Beitrag befasst sich mit dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, welcher dem vertragstreuen Gläubiger unter gegebenen Voraussetzungen nach den Regeln des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zusteht. Zunächst werden Problempunkte der Austausch- und Differenztheorie dargelegt. Insbesondere wird untersucht, inwiefern das "Aufrechterhalten des Vertrags", welches nach gesetzlicher Regelung mit dem Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse verbunden ist, dem Gläubigerinteresse entspricht. Anschliessend werden weitere Probleme der Surrogations- und der Differenztheorie erörtert. Die Schadenersatzbehelfe des Gläubigers bei Nichterfüllung werden sodann gesamthaft einer kritischen Würdigung unterzogen. Als Folge der Kritik und gestützt auf die in BGE 114 II 152 ff. geänderte Auffassung zur Wirkung des Rücktritts befürwortet die Verfasserin die Zusprechung des positiven Vertragsinteresses auch bei Rücktritt.

L'article traite du droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat. L'auteur examine différentes théories et s'interroge en particulier sur l'intérêt du créancier au maintien du contrat. Se référant à l'arrêt paru aux ATF 114 II 152 (relatif aux effets de la résiliation), l'auteur postule, en conclusion, que l'intérêt positif soit alloué même lorsqu'il y a résiliation.

Hj. P.

Lic. iur. Elisabeth Glättli, Rechtsanwältin (Winterthur)

**** SJZ 93 (1997) Seite 233 ****

1. Übersicht zu den heutigen Wahlmöglichkeiten des Gläubigers bei Nichterfüllung und Problemstellung ¹

Das Obligationenrecht sieht bei pflichtwidrigem Ausbleiben der Leistung in einem zweiseitigen Vertrag im allgemeinen Teil die folgende Regelung vor:

Erfüllt der Schuldner seine Leistungspflicht nicht, weil die Leistung aus ihm zurechenbaren Gründen nachträglich unmöglich geworden ist, so steht dem Gläubiger nach Art. 97 Abs. 1 OR ein Schadenersatzanspruch zu. Dieser sog. "Schadenersatz wegen Nichterfüllung" richtet sich auf den Ersatz des positiven Vertragsinteresses; er umfasst den Wert der Leistung und allen weiteren, durch die Nichterfüllung adäquat verursachten Schaden, insbesondere auch den Gewinn, welchen der Gläubiger nachweislich mit der nicht erbrachten Leistung erzielt hätte ². Im Verzugsfall, d.h. wenn die Leistung zur Zeit der Fälligkeit aus anderen Gründen nicht erfolgt, kann der Gläubiger zum einen auf nachträglicher (Real-)Erfüllung bestehen und diese nebst dem Ersatz des Verspätungsschadens weiterhin einfordern. Statt dessen kann der Gläubiger aber auch, nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist, bei Verschulden des Schuldners gleich wie nach Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder auch, unabhängig von einem Verschulden des Schuldners, vom Vertrag zurücktreten (Art. 107OR). Tritt der Gläubiger vom Vertrag zurück, so kann er seine eigene Leistung zurückfordern und hat seinerseits eine allfälligerweise erbrachte Leistung zurückzuerstatten (Art. 109 Abs. 1 OR). Als Schadenersatz kann er bei Rücktritt, Vertretenmüssen des Schuldners vorausgesetzt, nur das negative Vertragsinteresse geltend machen (Art. 109 Abs. 2 OR). Das Rücktrittsrecht (einschliesslich des Schadenersatzanspruches) steht dem Gläubiger nach einer gewichtigen und zu befürwortenden Lehrmeinung auch bei Unmöglichkeit zu ³.

**** SJZ 93 (1997) Seite 234 ****

Der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung und damit der Ersatz des positiven Vertragsinteresses steht dem Gläubiger somit nur offen, wenn er nicht zurücktritt. In der Lehre findet sich deshalb regelmässig der Satz, dass Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur "unter Aufrechterhalten des Vertrags" geschuldet sei ⁴. In diesem Beitrag wird dieses Wahlrecht auf Schadenersatz unter Aufrechterhalten des Vertrags, welches dem Gläubiger alternativ zum Rücktritt offensteht, einer näheren Betrachtung unterzogen. Insbesondere ist zu prüfen, ob diese Regelung in zweiseitigen Verträgen angemessen ist, und ob es gerechtfertigt ist, den auf die Leistung

verzichtenden Gläubiger bzw. den Gläubiger einer nicht mehr erbringbaren Obligation am Vertrag zu behaften und Schadenersatz nur im Austausch gegen die eigene Leistung zu gewähren, oder ob aus dogmatischen Gründen sowie auf einer anderen Gewichtung des Gläubigerinteresses nicht einer anderen Lösung der Vorzug gegeben werden müsste.

2. Probleme der heutigen Regelung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung

2.1. Probleme der "Aufrechterhaltung des Vertrags" (Surrogationstheorie)

Nach heutiger Auffassung bleibt der Vertrag bei einem Begehren auf Schadenersatz aufrecht. Die unmögliche oder vom Gläubiger abgelehnte ursprüngliche Leistung wird in ihr (Geld-)Surrogat umgewandelt, welches dem Gläubiger gegen dessen Leistung und nebst Ersatz des weiteren Schadens zu erstatten ist (Austausch- oder Surrogationstheorie). Gläubiger wie Schuldner bleiben somit zum Erbringen ihrer Leistung weiterhin verpflichtet, nur wird die Leistung des Schuldners in ein Surrogat (ihren Geldwert) umgewandelt⁵. Dieser Vorgang wird auch als Umwandlung der Primär- in eine Sekundärleistung bezeichnet⁶. Bei dieser Konzeption des Schadenersatzes, welche zu einer Modifikation des Schuldverhältnisses führt, ist Bestandteil des Schadenersatzes nebst dem weiteren Schaden immer der Ersatz für die nicht erbrachte Leistung in der einen oder anderen Form (subjektiver oder objektiver Geldwert der Leistung; in einzelnen Fällen ist auch eine Verpflichtung zur Naturalrestitution denkbar). Diese Lösung wirft in verschiedener Hinsicht Probleme auf.

2.1.1. Vereinbarkeit der Regelung mit dem Gläubigerinteresse

Zu untersuchen ist, ob das so modifizierte Schuldverhältnis (Aufrechterhaltung des Vertrags mittels Umwandlung der schuldnerischen Leistung in ihr Geldsurrogat) den Interessen des Gläubigers entspricht. Eine systematische Analyse verschiedener Gläubiger-Schuldner-Konstellationen ergibt folgendes Bild:

a) Im Regelfall fordert der Gläubiger einer typischen oder charakteristischen Leistung Schadenersatz. Der Gläubiger einer charakteristischen Leistung, d.h. einer anderen als einer Geldleistung, geht in der Regel einen Vertrag ein, weil er der Realleistung selbst bedarf, sei es für den Eigenbedarf oder den Eigenkonsum, sei es zwecks eines geplanten Weiterverkaufs. In beiden Fällen ist dem Gläubiger am Erhalt der ursprünglich vereinbarten, realen Leistung gelegen. Im Fall des Eigenbedarfs möchte beispielsweise der Käufer eines Fahrrads ein Fahrrad und nicht den Geldwert eines Fahrrads, die Mieterin von Skiern die Übergabe der Skier und nicht deren Mietwert. Mit dem Geldwert der Leistung wird das ursprüngliche Vertragsinteresse des Gläubigers nicht befriedigt⁷. Der Gläubiger muss vielmehr regelmässig einen Drittvertrag abschliessen, möchte er sein Ziel, in den Besitz der realen Leistung zu kommen, trotz der im Vertrag aufgetretenen Leistungsstörung verwirklichen. Da der Gläubiger den Vertrag nicht um des Geldwerts der Leistung willen einging, hat er kein Interesse an der modifizierten Aufrechterhaltung des Vertrags. Statt auf den Geldwert der gesamten Leistung richtet sich das Interesse des Gläubigers bei Schadenersatz lediglich auf die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis (d.h. seiner eigenen Leistung) und dem (höheren) objektiven Wert der Leistung oder den (höheren) Kosten des nun nachzuholenden Ersatzgeschäftes.

**** SJZ 93 (1997) Seite 235 ****

Sein Interesse richtet sich mit anderen Worten nur auf den letztlich (und in Berücksichtigung seiner eigenen Leistung) entgangenen Vermögenswert oder Preisvorteil. -- Ging der Gläubiger den Vertrag ein, um durch Weiterverkauf der Leistung einen Gewinn zu erzielen, so hat er an der in den Geldwert umgewandelten gesamten Ersatzleistung ebenfalls kein Interesse. Denn in diesem Fall war ihm von vorneherein nur an einem Weiterverkauf gelegen, welchen er aber mit der Sekundärleistung ebenfalls nicht mehr durchführen kann. Den Interessen des Gläubigers wäre bei diesen Umständen Genüge getan, wenn er als Schaden lediglich die Differenz zwischen seinen Erwerbskosten (der eigenen Leistung) und dem geplanten Weiterverkaufspreis, somit den entgangenen Gewinn, als Schadenersatz fordern könnte.

Bei dieser Interessenlage ist es nicht sinnvoll, den schadenersatzfordernden Gläubiger, welcher mit der in ihren Geldwert umgewandelten Leistung nichts anfangen kann, am Vertrag zu behaften, ihm den Geldwert der gesamten unterbliebenen Leistung zuzusprechen und Schadenersatz nur im Austausch gegen die eigene Leistung zu gewähren. In beiden Fällen würde es genügen, vom Aufrechterhalten des Vertrags abzusehen und Leistung und Gegenleistung nur zur Berechnung des Differenzschadens zu berücksichtigen. Da der Gläubiger bei der heutigen Konzeption des Schadenersatzes die von ihm zu erbringende Leistung ohnehin mit der Schadenersatzforderung verrechnen wird, ist die Aufrechterhaltung des Vertrags lediglich ein Umweg zur Berechnung des "Nettoschadens", d.h. der letztlich bestehenden Differenz aus Vor- und Nachteilen aus dem

Schadensereignis. Die Aufrechterhaltung des Vertrags ist jedoch sowohl auf Grund des nun völlig anderen Vertragsinhalts als auch auf Grund der Interessenlage fiktiv. Statt die Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung der eigentlichen Schadensberechnung bzw. der Vorteilsanrechnung zuzuweisen, wird mit der heutigen Regelung eine aus Gläubigersicht verfehlte und weitgehend fiktive Vorstellung (der "Aufrechterhaltung des Vertrags") aufrechterhalten.

Beispiel: K geht am 23. Juli 1987 mit einem Garagisten (V) einen Vertrag zum Kauf eines Ferraris zum Preis von Fr. 400 000.-- ein. Die Übergabe ist auf Ende 1988 vorgesehen. Nachdem K den Wagen entgegen der Vereinbarung bis Ende 1988 nicht erhalten hat, verlangt sie vom Garagisten V im Laufe des Jahres 1989 mehrmals, aber erfolglos, die Übergabe. Schliesslich setzt sie ihm eine Frist bis 3. Januar 1990, um den Ferrari zu liefern, und verlangt nach ungenutzt verstrichener Frist Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Wie sich später herausstellte, hatte Garagist V den Ferrari bereits im Mai 1989 erhalten, diesen aber wenige Tage später seinem Bruder verkauft, welcher ihn seinerseits im Juli 1989 weiterveräusserte. Das Gericht beziffert den Wert des Wagens zur Zeit der Verzichtserklärung von K mit Fr. 700 000.--. K hat kein Interesse, anstelle des Wagens mit diesem Wert der Leistung vorlieb zu nehmen, da sie damit den Wagen selbst nach wie vor nicht erhält. K hat aber ein Interesse an der Erstattung des ihr aus der Nichterfüllung entstandenen Vermögensverlustes. Sie begehrt den ihr letztlich entgangenen Vermögenswert und somit die Differenz zwischen ihrer eigenen Leistung und dem Wert der Leistung zur Zeit der Verzichtserklärung. Das Interesse von K richtet sich nur auf die Fr. 300 000.--⁸. Ks Interesse wäre dasselbe, wenn sie selbst nach Vertragsschluss einem Dritten versprochen hätte, diesem den Wagen nach Erhalt zu einem Preis von Fr. 700 000.-- weiterzuveräussern.

Ein Blick auf die Bestimmungen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung im besonderen Teil zeigt, dass die hier dargestellte tatsächliche Interessenlage auch der Ausgestaltung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung im besonderen Teil zugrundeliegt. Diesen Bestimmungen zufolge wird der Vertrag bei einem Schadenersatzbegehren nicht tatsächlich aufrechterhalten: Sowohl im Kauf-, Miet-, Arbeits- und Werkvertragsrecht ist Schadenersatz wegen Nichterfüllung der typischen Leistung bei Beendigung des Vertrags und unter Befreiung von den Leistungspflichten geschuldet. Eine modifizierte Aufrechterhaltung des Vertrags, bei welchem der Schuldner nun den Geldwert der Leistung und der Gläubiger seinerseits seine (Geld-)Leistung zu erbringen hätte, findet nicht statt. So wird es im Kaufrecht dem Gläubiger in Art. 191 Abs. 2 und 3 OR von vorneherein erlaubt, nur die Differenz einzufordern; diese Regelung gilt nach überwiegender Auffassung auch für den bürgerlichen Verkehr⁹. Führen Leistungsstörungen in Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeits- oder Mietverhältnis zu einer fristlosen Kündigung, so wird der Vertrag durch die ausserordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung beendet, und die Vertragsparteien werden vom Erbringen ihrer Leistungspflichten ebenfalls befreit. Der Schadenersatz berechnet sich unter Anrechnung sämtlicher Vor- und Nachteile der ausserordentlichen

**** SJZ 93 (1997) Seite 236 ****

Beendigung¹⁰. Auch in diesen Fällen wird der Vertrag nicht mittels eines modifizierten Austauschverhältnisses aufrechterhalten. Ebenso ist im Werkvertragsrecht bei einem Schadenersatzbegehren ein Aufrechterhalten des Vertrags und die Erstattung des Geldwerts der typischen Leistung nicht denkbar.

b) Für den Gläubiger einer Geldleistung, welcher selbst eine typische Leistung schuldet, ist Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Sinne der Austauschtheorie zum vorneherein nicht denkbar, da eine Geldleistung nicht in Schadenersatz umgewandelt werden kann und sich bei einem Schadenersatz unter Aufrechterhalten des Vertrags das Austauschverhältnis nicht verändern würde. Infolge des gleichbleibenden Austauschverhältnisses hat der Gläubiger einer ausgebliebenen Geldleistung an einem Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhalten des Vertrags auch kein Interesse. Für ihn ist ein Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur interessant, wenn das Schadenersatzbegehren gleichzeitig zur Beendigung des Vertrags führt und er selbst vom Erbringen seiner eigenen Leistung befreit wird.

Da eine Geldleistung nie unmöglich werden kann, kann bei Nichterfüllung einer Geldleistung sodann nur Verzug vorliegen. Hat der Gläubiger im Verzugsfall ein Interesse am Aufrechterhalten des Vertrags (sei es, dass er seine eigene typische Leistung erbringen will, sei es, dass er um des Entgelts willen am Vertrag festhalten will), so wird er aber bei Ausbleiben der Leistung nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, sondern ein solches Interesse mit der (verschuldensunabhängigen) Erfüllungsklage nebst dem Begehren auf Ersatz des Verspätungsschadens durchsetzen. Auch bei dieser Konstellation besteht somit kein Interesse des Gläubigers an einem Schadenersatz "unter Aufrechterhalten des Vertrags", soweit er überhaupt denkbar ist.

Beispiel: Arbeitnehmerin A ist Belästigungen ihres Vorgesetzten ausgesetzt. Dieser befindet sich zudem im Verzug mit der Bezahlung des Lohnes, welcher nach vertraglicher Vereinbarung Mitte Monat hätte bezahlt werden sollen. Nach einem weiteren Vorfall mit ihrem Vorgesetzten kündigt A fristlos. Das Gericht schützt ihre Klage auf Schadenersatz. A steht somit der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu, ohne dass sie ihre eigene Leistung erbringen muss. Hätte der Gesetzgeber diese Regelung in Art. 337b und c OR nicht vorgesehen, hätte sie mit einer Schadenersatzklage nach den allgemeinen Regeln von Art. 107 Abs. 2 OR nichts erreichen können, denn dann wäre sie immer noch zu ihrer eigenen (realen) Leistung verpflichtet gewesen. Auch wenn der Arbeitnehmerin nur daran gelegen wäre, (nach Monatsmitte) wegen des Zahlungsverzuges gegen ihren Arbeitgeber vorzugehen, so hätte ihr ein Schadenersatzbegehren ebenfalls nichts genützt. Denn sie bliebe ja weiterhin zum Erbringen ihrer Leistung verpflichtet, während umgekehrt auch die Leistung des Arbeitgebers unverändert fortbestehen würde. Um etwas zu erreichen, müsste A in diesem Fall entweder ebenfalls fristlos kündigen (vgl. Art. 337aOR) oder den ausstehenden Lohn mit der Erfüllungsklage einfordern.

Die Interessenlage, dass für den Gläubiger einer Geldleistung, welcher selbst eine typische Leistung zu erbringen hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur dann sinnvoll ist, wenn der Vertrag nicht aufrechterhalten wird und auch der Gläubiger seinerseits von seiner Leistungspflicht entbunden wird, findet sich wiederum -- und im Gegensatz zur Regelung im allgemeinen Teil -- im besonderen Teil verwirklicht: So kann der Verkäufer bei Zahlungsverzug nach Art. 215OR seine eigene Leistung behalten und lediglich die Differenz zwischen vertraglich vereinbartem Entgelt und anderweitig erzielttem Verkaufspreis oder dem Marktpreis der Kaufsache geltend machen. Auch diese Regelung gilt nach überwiegender Meinung

**** SJZ 93 (1997) Seite 237 ****

ebenfalls für den bürgerlichen Kauf¹¹. Die gleiche Rechtslage findet sich in den Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeits- oder Mietvertrag. Der Arbeitnehmer, welchem zu Unrecht fristlos gekündigt wurde, oder welcher seinerseits zu Recht fristlos kündigte, ist nicht mehr verpflichtet, seine Arbeitsleistung zu erbringen; der Vertrag wird mit der fristlosen Kündigung beendet¹². Der Schadenersatzanspruch, welcher sich auf das positive Vertragsinteresse richtet, umfasst (nebst weiterem Schaden) die Differenz zwischen der (gleichbleibenden) Leistung des Arbeitgebers und allfälligen Vorteilen, welche sich der Arbeitnehmer infolge der von ihm nicht mehr zu erbringenden Leistung anrechnen lassen muss (Art. 337c Abs. 2 OR). Auch der Vermieter kann sich bei Zahlungsverzug des Mieters (in den Schranken von Art. 257dOR) von seiner Leistungspflicht befreien. Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, steht ihm dabei für die Zeit bis zur ordentlichen Kündigung ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu, welcher sich infolge der Beendigung des Mietverhältnisses ebenfalls nach der Differenzmethode berechnet¹³.

c) Stehen sich Gläubiger und Schuldner in einem Tauschvertrag gegenüber, so besteht für den schadenersatzfordernden Gläubiger grundsätzlich die gleiche Interessenlage wie im ersten Fall (a), da er als Gläubiger einer charakteristischen Leistung Schadenersatz fordert: Das Aufrechterhalten des Vertrags ist auch hier dem Gläubiger grundsätzlich nicht dienlich, da er statt der realen Gegenleistung nur noch das Geldsurrogat erhält, welches sein ursprüngliches Vertragsinteresse nicht befriedigt. Beim Tauschvertrag kann jedoch eine spezielle Situation insofern bestehen, als der Gläubiger ein Interesse haben kann, seine eigene typische Leistung loszuwerden. Diesem Interesse kann er -- anders als der Gläubiger einer Geldleistung wie in der zuvor besprochenen Konstellation (b) -- dann nicht mit der Erfüllungsklage Nachachtung verschaffen, wenn die Gegenleistung unmöglich geworden ist, denn eine Erfüllungsklage setzt eine mögliche Leistung voraus¹⁴. In diesem Fall ist dem Gläubiger mit dem Schadenersatz unter Aufrechterhalten des Vertrags gedient, weil er auf diese Weise die Möglichkeit hat, seine eigene Leistung loszuwerden¹⁵.

Beispiel: Weil S einen Kellerraum zu einem Tisch-Tennis-Raum umgestalten möchte, möchte sie das darin befindliche Mobiliar veräussern. Sie findet einen Vertragspartner, welcher ihr im Gegenzug für das Mobiliar eine in beschränkter Auflage vorhandene Lithographie verspricht. Ihrem Vertragspartner wird es nun aber verschuldetermassen unmöglich, ihr die versprochene Lithographie zu liefern, da er sie in der Zwischenzeit einer Verwandten verschenkt hat. Obwohl die Interessen von S hinsichtlich des Bildes mit dem Geldwert der Lithographie nicht befriedigt werden, ist ihr mit einem Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhalten des Vertrags gedient, weil es ihr damit möglich ist, ihr Mobiliar dennoch loszuwerden.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gläubiger mit der Aufrechterhaltung des Vertrags mittels einer Sekundärleistung in der Regel nicht gedient ist. Im praktisch wichtigsten Fall, in welchem der Gläubiger einer charakteristischen Leistung Schadenersatz fordert, führt das Aufrechterhalten des Vertrags zu einem den Gläubiger benachteiligenden neuen Austauschverhältnis. Sein ursprüngliches

Vertragsinteresse war auf den Erhalt der charakteristischen Leistung gerichtet, aber nicht auf ein Austauschverhältnis Geld gegen Geldwert der Leistung, bei welchem das ursprünglich begründete Synallagma nicht mehr aufrecht bleibt¹⁶. Beim Tauschvertrag ist grundsätzlich die gleiche Interessenlage gegeben, da der vertragstreue Teil ebenfalls Schadenersatz für das Ausbleiben einer charakteristischen Leistung fordert. Allerdings kann der Gläubiger einer unmöglich gewordenen Tauschleistung ein Interesse am Erbringen seiner eigenen (charakteristischen) Leistung haben, weshalb in diesem einzigen Ausnahmefall das Aufrechterhalten des Vertrags seinen Interessen dient¹⁷. Für einen Gläubiger einer Geldleistung ist Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhaltung

**** SJZ 93 (1997) Seite 238 ****

des Vertrags nicht interessant und zudem wesensgemäss nicht denkbar, da er zu keiner Änderung der bestehenden beidseitigen Leistungspflichten führen würde.

Somit besteht seitens des Gläubigers in allen anderen Fällen als der genannten Konstellation im Tauschvertrag kein Interesse an der modifizierten Aufrechterhaltung des Vertrags¹⁸. Aus Gläubigersicht wäre es deshalb zu befürworten, dem Gläubiger Schadenersatz unter Befreiung von seiner Leistungspflicht zuzugestehen, und Fragen der Berücksichtigung der eigenen Leistung beim Schadenersatz für den höheren objektiven Wert der Leistung, für ein teureres Deckungsgeschäft oder für den entgangenen Wert der Leistung im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu lösen.

2.1.2. Weitere Probleme der Surrogationstheorie

Da das Aufrechterhalten des Vertrags und das Erbringen der eigenen Leistung des Gläubigers verlangt, dass die unmögliche oder abgelehnte Leistung in jedem Fall in Geld umgewandelt wird, setzt die Surrogationstheorie voraus, dass die Leistung immer in ihren Geldwert umgewandelt werden kann. Dies ist in vielen Fällen schwierig oder wirkt gekünstelt, namentlich dann, wenn der Leistung kein eigentlicher selbständiger Wert oder ein Marktpreis zukommt (wie kann etwa eine persönliche Dienstleistung oder eine individuell zusammengestellte Reise anders als gerade nach dem im konkreten Fall vereinbarten Entgelt bewertet werden?). Zudem muss, wenn der Gläubiger seine Leistung erbringt, die Herabsetzung (nach Art. 43 f. OR) zumindest im Betrag der eigenen Leistung des Gläubigers ausgeschlossen werden, damit der Gläubiger, welcher seine volle Leistung erbringt, durch eine Herabsetzung unter den Wert der Leistung nicht benachteiligt wird¹⁹.

2.2. Probleme der Differenztheorie

Seit langem lässt die Lehre beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung auch die Differenztheorie zu²⁰. Der Gläubiger kann danach wählen, ob er den Vertrag aufrechterhalten und damit seine eigene Leistung erbringen will, oder ob er seine eigene Leistung zurückbehalten will, und nur die Differenz als Schaden geltend machen will. Ausgeschlossen ist die Differenztheorie, wenn der Gläubiger schon geleistet hat.

Diese Lösung trägt auf den ersten Blick dazu bei, die oben aufgezeigten Probleme der Surrogationstheorie zu lösen. Sie ist jedoch nicht unproblematisch:

-- Zunächst ist nach schweizerischer Lehre der Anwendungsbereich der Differenztheorie unklar. Ein Teil der Lehre bezieht sie ausdrücklich nur auf den Fall, in welchem der Gläubiger selbst eine Sachleistung zu erbringen hat²¹, während ein anderer Teil der Lehre sie in allen Fällen von Gläubigerkonstellationen als anwendbar erachtet²². Sodann ist nach einigen Autoren nicht klar, ob die Differenztheorie tatsächlich zum Erlöschen der Leistungspflicht führt, oder ob sie nur dazu beiträgt, dass die eigene (Sach-)Leistungspflicht des Gläubigers ebenfalls in eine Geldleistung umgewandelt wird²³.

**** SJZ 93 (1997) Seite 239 ****

In letzterem Falle würde sie nur zu einer Modifikation der Austauschtheorie führen, dergestalt, dass auch der vertragstreue Gläubiger seine eigene typische Leistung in ein Surrogat umwandeln und mit dem vom Schuldner zu erbringenden Surrogat verrechnen könnte.

-- Der gewichtigste Einwand gegen die Differenztheorie geht dahin, dass bei der Differenztheorie eine dogmatische Begründung für das Erlöschen der Leistungspflichten fehlt. Wohl kann man mit der fehlenden causa argumentieren²⁴; Tatsache ist jedoch, dass ein Erlöschensgrund wie der Rücktritt, aber auch die Kündigung, fehlt. Das Erlöschen der Leistungspflichten hinterlässt bei der Differenztheorie ein dogmatisches Begründungsdefizit.

-- Mit letzterem Einwand verbunden ist, dass die Differenztheorie keine gesetzliche Grundlage hat²⁵ und letztlich auch nicht dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung entspricht²⁶, sondern dem von ihm mit der Revision eingeschlagenen Weg gerade zuwiderläuft, da die Differenztheorie in ihrem Anwendungsbereich nicht mehr vom Rücktritt abgegrenzt werden kann²⁷.

2.3. Zusammenfassende Kritik der heutigen Wahlmöglichkeiten des Gläubigers

Die heutige Regelung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung leidet an einer unzutreffenden Gewichtung der Gläubigerinteressen. Möchte der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen und damit das positive Vertragsinteresse fordern, hat er dafür seine eigene Leistung zu erbringen, erhält aber eine völlig andere Leistung als die ursprüngliche Leistung, zu deren Gunsten er den Vertrag ursprünglich eingegangen war. Dieses modifizierte Austauschverhältnis trägt im Regelfall den Gläubigerinteressen nicht Rechnung. Möchte der Gläubiger dagegen ebenfalls von seiner Leistungspflicht entbunden sein und seine Leistung behalten, muss er den Rücktritt wählen, doch wird er diesfalls beim Schadenersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse verwiesen und kann namentlich nicht den entgangenen Gewinn geltend machen. Die Differenztheorie sowie die Verrechnungsmöglichkeit führen zwar im Ergebnis zu der interessengerechteren Lösung, bei welcher der Gläubiger seine Leistung nicht zu erbringen hat und klageweise nur die Differenz geltend machen kann. Die Differenztheorie ist jedoch hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlage zu Recht umstritten und leidet an einem dogmatischen Begründungsdefizit hinsichtlich des Erlöschens der Leistungspflichten. Sie ermöglicht quasi "durch die Hintertür" einen Rücktritt ohne Beschränkung des Schadenersatzanspruches auf das negative Vertragsinteresse und führt im Ergebnis zu der nach heutiger Auffassung verpönten Zusprache des positiven Vertragsinteresses bei Rücktritt.

3. Lösungsvorschlag: Zusprechung des positiven Vertragsinteresses auch bei Rücktritt

3.1. Lösungsvorschlag

Im vorstehenden Teil hat sich ergeben, dass der vom Gesetz neben dem Rücktritt vorgesehene Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, welcher unter Aufrechterhaltung des Vertrags geschuldet ist, im Regelfall dem Gläubigerinteresse nicht entspricht. Umgekehrt lässt die aus Gläubigersicht an sich wünschenswerte Differenztheorie in dogmatischer Hinsicht viele Fragen offen. Es ist deshalb nach einer Lösung zu suchen, welche die Vorteile der Differenztheorie in sich trägt, namentlich die Entbindung des Gläubigers vom Erbringen seiner Leistung und der Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung bei der Schadensberechnung, aber den dogmatischen Bedenken der Differenztheorie zu begegnen vermag.

Eine solche Lösung besteht darin, dem Gläubiger auch bei Rücktritt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse zuzugestehen. Der Rücktritt ist ein gesetzlicher vorgesehener Befreiungsgrund, welcher die Parteien von den gegenseitigen Leistungspflichten befreit, wenn nicht ohnehin nur, wie regelmässig in Dauerschuldverhältnissen, die Kündigung möglich ist. Mit der Zulassung eines auf

**** SJZ 93 (1997) Seite 240 ****

das positive Vertragsinteresse gerichteten Schadenersatzanspruches bei Rücktritt würde der oben aufgezeigten Interessenlage, wonach am Aufrechterhalten des Vertrags und am modifizierten Austauschverhältnis kein Interesse besteht, Rechnung getragen. Da der Rücktritt zu einer Befreiung von den Leistungspflichten führt, würde sich die Differenztheorie erübrigen, und es hätte darüber hinaus auch der Gläubiger, welcher seine Leistung schon erbracht hat, die Möglichkeit, seine Interessen bei einer verschuldeten Nichterfüllung vollumfänglich zu wahren. Leistung und Gegenleistung wären bei dieser Lösung einzig im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen. Da der Schadenersatz somit nur noch im "Differenz-" oder Nettoschaden besteht und nicht mehr den gesamten Wert der Leistung umfasst, würde bei dieser Lösung auch die Notwendigkeit eines Ausschlusses der Herabsetzung entfallen. Diese Lösung verlangt allerdings die Überwindung des Dogmas, dass sich Rücktritt und Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse ausschliessen, was im folgenden darzulegen ist.

3.2. Überwindung des Dogmas "Rücktritt und positives Vertragsinteresse schliessen sich aus"

Das Dogma des Ausschlusses des positiven Vertragsinteresses bei Rücktritt geht auf die Begründer des BGB zurück. Diese waren der Auffassung, der Rücktritt schliesse jeglichen Schadenersatzanspruch aus, da der Vertrag bei Rücktritt mit Wirkung ex tunc vernichtet werde und aus einem nicht bestehenden Vertrag auch keine Schadenersatzansprüche mehr entstehen könnten²⁸. Bei der Revision des OR von

1911 wurde dieser Grundsatz übernommen. Allerdings wurde für das schweizerische Recht insofern ein Mittelweg gefunden, als man dem Gläubiger nicht jeglichen Schadenersatzanspruch versagte, sondern ihm den Schadenersatzanspruch "bei Dahinfallen des Vertrags", somit auf das negative Vertragsinteresse, zugestand.

Zentral für den Ausschluss des positiven Vertragsinteresses bei Rücktritt war auch für die schweizerische Rechtsauffassung der Gedanke, dass der Rücktritt den Vertrag rückwirkend vernichte und dass deshalb nur der Schadenersatzanspruch bei Dahinfallen des Vertrags geltend gemacht werden könne²⁹. Die Auffassung, dass der Rücktritt zur rückwirkenden Vertragsaufhebung führe, war bis vor kurzem auch für die Schweiz massgeblich. Dementsprechend waren die Rückleistungspflichten der ungerechtfertigten Bereicherung unterstellt³⁰, was jedoch zu unbefriedigenden Resultaten führte³¹. Den Schadenersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse betrachtete man allerdings schon bei dieser Rechtsauffassung wie heute als vertraglichen Schadenersatzanspruch³², was sich mit dem rückwirkenden Dahinfallen des Vertrags nicht verträgt. In jüngerer Zeit erfolgte jedoch eine grundlegende Änderung der Auffassung zum Rücktritt. Das Bundesgericht schloss sich in BGE 114 II 152 ff. der Lehre an, wonach der Rücktritt nicht mehr zum Dahinfallen des Vertrags führe, sondern nur noch zu einer Umgestaltung des Vertrags. Das Vertragsverhältnis wird durch die Rücktrittserklärung in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Die Leistungspflichten erlöschen (gleich wie bei einer Kündigung) ex nunc; die Ex-tunc-Wirkung äussert sich dieser Auffassung zufolge lediglich in der Rückerstattungspflicht des Empfangenen. Im übrigen aber bleibt der Vertrag bestehen, und die Rückleistungspflichten unterstehen nicht mehr der ungerechtfertigten Bereicherung, sondern sind vertraglicher Natur³³. Mit dieser neuen

**** SJZ 93 (1997) Seite 241 ****

Auffassung zur Wirkung des Rücktritts (der sog. "Umwandlungstheorie") ist nun auch eine widerspruchsfreie Begründung der Vertragsnatur des Schadenersatzanspruches auf das negative Vertragsinteresse verbunden.

Mit dieser grundlegenden Änderung zur Auffassung der Wirkungen des Rücktritts verliert das Dogma des Ausschlusses von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse seine Grundlage und seine Rechtfertigung. Denn führt der Rücktritt nicht mehr zur rückwirkenden Aufhebung des Vertrags, so werden der Bestand des Vertrags und der vertraglichen Pflicht, deren Verletzung die Schadenersatzpflicht hervorruft, nicht mehr verneint. Damit wird die dem Dogma zugrundeliegende Auffassung, bei Rücktritt sei der Schadenersatzanspruch ausgeschlossen, weil der Rücktritt den Vertrag ex tunc auflöse und aus einem nicht bestehenden Vertrag keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden könnten, hinfällig. Die Voraussetzung des effektiven Aufrechterhaltens der verletzten Pflicht auch in der Zukunft ist dagegen keine notwendige Bedingung des Schadenersatzanspruches auf das positive Vertragsinteresse³⁴. Ist aber für den Schadenersatzanspruch nur von Bedeutung, dass die Vertragspflicht für die Vergangenheit nicht verneint wird, nicht aber, dass sie auch in der Zukunft tatsächlich aufrecht bleibt, so ist bei der neueren Lehre zum Rücktritt aus rechtsdogmatischer Sicht kein Grund ersichtlich, weshalb dem Gläubiger nicht auch bei Rücktritt das positive Vertragsinteresse zugesprochen werden könnte. Vielmehr sollte es dem Gläubiger möglich sein, nach seiner Wahl das positive oder das negative Vertragsinteresse geltend zu machen. Positives und negatives Vertragsinteresse schliessen sich wesensgemäss auf Grund ihres Kausalverlaufes ohnehin aus. Die beiden Schadenersatzansprüche gründen aber in der gleichen Pflichtverletzung. Weshalb die Verletzung ein und derselben Vertragspflicht das eine Mal -- beim Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse -- nur bei tatsächlichem Aufrechterhalten der verletzten Pflicht zu einem Schadenersatzanspruch führt, das andere Mal -- beim negativen Vertragsinteresse -- aber die blosser Pflichtverletzung für die Zusprache des Schadenersatzes genügt, ist nicht einsehbar. Es ist auch keineswegs zwingend, dass bei Rücktritt nur "rückwärts" gerichtete Schadenersatzansprüche auf das negative Vertragsinteresse geltend gemacht werden könnten. Denn auch der entgangene Gewinn oder der entgangene Preisvorteil eines günstig gewählten Kaufzeitpunktes sind ein Schaden, welcher dem Gläubiger bleibend entstehen kann, selbst wenn er seine eigene Leistung zurückbehalten konnte oder zurückerhalten hat. Dies ist ganz offensichtlich dann der Fall, wenn der Gläubiger eine Geldleistung zu erbringen hätte³⁵. Aber auch dann, wenn der Gläubiger selbst eine typische Leistung zu erbringen hat, steht das Zurückbehalten der eigenen Leistung dem Schadenersatzanspruch nicht entgegen³⁶.

Vielfach wird in diesem Zusammenhang und namentlich gegen einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse bei Rücktritt angeführt, der Gläubiger dürfe nicht ohne seine Leistung zu erbringen das positive Vertragsinteresse und damit den entgangenen Gewinn aus dem Geschäft geltend machen³⁷.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Gläubiger auch nach der Differenztheorie oder bei der Verrechnung die eigene Leistung nicht mehr erbringen muss. Es wird hier sein Beitrag, welchen er für die Leistung hätte aufwenden müssen, schlicht in Abzug gebracht³⁸. Zum zweiten hat sich der Gläubiger, auch wenn man ihm einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse bei Rücktritt zugesteht, die (zurückbehaltene oder zurückerhaltene) eigene Leistung nach den Regeln der Vorteilsanrechnung anrechnen zu lassen, wenn der geforderte Zusammenhang mit dem geltend gemachten Schaden besteht. Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn der Gläubiger den entgangenen Gewinn (den entgangenen Vermögenswert bzw. Preisvorteil) geltend macht. In Fällen, in denen eine gewinnbringende Weiterverwendung der eigenen Leistung möglich ist, hat sich der Gläubiger darüber hinaus auch diesen Wert anrechnen zu lassen, so dass die Möglichkeit, zweimal einen Gewinn zu erzielen, grundsätzlich nicht besteht bzw. auf in der weiten Zukunft liegende Fälle beschränkt ist³⁹.

Damit bestehen keine Gründe gegen einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse auch bei Rücktritt. Notwendig ist die Erkenntnis, dass Rücktritt und Schadenersatz verschiedene Funktionen haben. Der Rücktritt führt zur Befreiung von den Leistungspflichten, der Schadenersatz bezweckt die Schadloshaltung des vertragstreuen Gläubigers für Schäden, welche ihm trotz rückgängig gemachtem Vertrag entstanden sind⁴⁰. Anerkennt man, dass nach der heutigen Auffassung der Rücktritt den Vertrag und die Vertragsverletzung nicht mehr ins juristische Nichts befördert, sondern dass der Vertrag mit der Rücktrittserklärung ex nunc in ein Liquidationsstadium übergeht, und legt man sich Rechenschaft darüber ab, dass das Aufrechterhalten des Vertrags im Sinne des tatsächlichen Erbringens der beidseitigen Leistungen keine zwingende Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung sein kann, so lässt sich das Dogma des Ausschlusses des positiven Vertragsinteresses bei Rücktritt nicht mehr aufrechterhalten.

3.3. Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht

Auf die historischen Hintergründe, weshalb der Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhalten des Vertrags namentlich von der damaligen deutschen Lehre kaum in Frage gestellt wurde und sich so lange gehalten hat, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Ebenfalls können die Hintergründe der Revision des aOR, welches bei Rücktritt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse zuließ, an dieser Stelle nicht erörtert werden. Festzuhalten ist jedoch, dass ein materieller Reformbedarf nicht bestand⁴¹ und bei der Revision übereilt und wohl etwas unbedacht zur Übernahme des deutschen Rechts gegriffen wurde.

Die hier nicht im einzelnen angeführten historischen Gründe, insbesondere aber die nicht interessengerechte heutige Lösung sowie die mittlerweile geänderte Rechtsauffassung zum Rücktritt, nach welcher das Dogma des Ausschlusses von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse seine Logik verliert, rechtfertigen es, bei Art. 109 Abs. 2 OR eine unechte Lücke anzunehmen und diese im Sinne eines zusätzlichen Schadenersatzanspruches auf das positive Vertragsinteresse zu füllen. Die heutige Lösung basiert auf einem überkommenen Dogma, welches in keiner Weise der tatsächlichen Interessenlage gerecht wird und gesetzlich nicht vorgesehener Konstruktionen bedarf, um praktikabel zu sein. Eine Reihe von Autoren schliesst sich dieser Kritik an⁴². Auch in der deutschen Lehre wird die heutige Lösung als gesetzgeberische Fehlentscheidung erkannt und ebenfalls die Verbindung von Rücktritt und einem Schadenersatzanspruch auf das

positive Vertragsinteresse gefordert⁴³. Im übrigen wird im Anwendungsbereich der Differenztheorie schon seit langem ein faktisches Rücktrittsrecht unter Zusprache eines Schadenersatzanspruches auf das positive Vertragsinteresse anerkannt. Die hier vorgeschlagene Lösung hat deshalb im Ergebnis nur zur Folge, dass auch ein Gläubiger, welcher seine Leistung schon erbracht hat, diese zurückfordern und dennoch das positive Vertragsinteresse geltend machen kann. Dass es aber für die Zusprechung des positiven Vertragsinteresses eine Rolle spielen soll, ob der Gläubiger seine Leistung lediglich zurückbehält (und dem Wert nach anrechnet) oder ob er sie -- weil er sie bereits erbracht hat -- zurückfordert (und mit ihrem Wert ebenfalls in Rechnung stellt), ist in den Fällen, wo trotz der Vorleistung des Gläubigers der Rücktritt zulässig ist, nicht einsehbar⁴⁴. Eine Gleichbehandlung der beiden Fälle erscheint vielmehr aber angezeigt. Damit stehen der vorgeschlagenen Gesetzeskorrektur, die sich weitgehend auf eine bereits eingelebte Rechtsüberzeugung stützt, keine Gründe entgegen⁴⁵. Sie ist jedoch der Gesetzeskorrektur durch die Differenztheorie aus dogmatischen und rechtspolitischen Gründen sowie aus Gründen der Transparenz vorzuziehen.

De lege ferenda ist das Rücktrittsrecht auch bei Unmöglichkeit zu verankern, und dem Gläubiger bei Rücktritt wahlweise ein Schadenersatzanspruch auf das positive oder negative Vertragsinteresse

zuzugestehen.

In rechtsvergleichender Sicht ist anzumerken, dass die schweizerische und deutsche Lösung, welche dem Gläubiger bei Rücktritt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse versagen, im Kreis ihrer Nachbarländer die Ausnahme bilden. Frankreich, Italien und Österreich sowie die skandinavischen Länder lassen bei Rücktritt einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse zu⁴⁶, ferner ebenso das Wiener Kaufrecht (WKR)⁴⁷.

¹ Grundlegende hier zitierte Literatur: Becker, Hermann: Berner Kommentar (2. A. Bern 1941); Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. A. Zürich 1988); Engel, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse* (Neuchâtel 1973); Gauch/Schlupe: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II (6. A. Zürich 1995); Guhl/Merz/Koller/Druey: Das Schweizerische Obligationenrecht (8. A. Zürich 1991); Keller/Schöbi: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts (3. A. Basel und Frankfurt a.M. 1988); Oser/Schönenberger: Zürcher Kommentar (2. A. Zürich 1929); Wiegand, Wolfgang: Die Leistungsstörungen, recht 1983 1 ff., 118 ff., 1984 18 ff., und ders. in Honsell/Vogt/Wiegand (Hg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1- 529OR (Basel 1992); von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (3. A. Zürich 1974). Dissertationen (Auswahl): Barth, Hans Rudolf: Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung (Zürich 1957) Ehrat, Felix R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109OR (Zürich 1990); Lemp, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges (Bern 1939); Schenker, Franz: Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzuges im schweizerischen Obligationenrecht (Freiburg 1988); Wiemken, Helmut: Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Basel 1931). Die in den folgenden Fussnoten nur mit Namen zitierte Literatur bezieht sich auf die hier angegebenen Werke. Weitere Literaturverweise finden sich in den Fussnoten.

² Statt vieler Bucher 342 f; Gauch/Schlupe N 2673 ff., N 2710; von Tuhr/Escher 99; OR-Wiegand N 37 und 46 zu OR 97.

³ Dafür: Bucher 339 f; Ehrat N 232 ff., N 236; Göschke, R.: Über Art. 107 bis 109OR, ZBJV 60 (1924) 14 ff. und 68 ff., 28; Guhl/Merz/Koller 223; Oser/Schönenberger N 9 zu Art. 97 OR; Wiegand recht 1984 21; wohl auch Gauch/Schlupe N 3163 und OR-Wiegand N 3 Einl zu 97-109 OR, dagegen: von Tuhr/Escher 105 Fn 79. Kann der Gläubiger im Verzugsfall beim blossen Ausbleiben der Leistung nach Belieben die Leistungsbeziehung beenden, so muss dies erst recht für den Unmöglichkeitsfall gelten, wo feststeht, dass die Leistung objektiv nicht mehr zu erbringen ist. Diese Wertungseinheit der beiden Vertragsverletzungstatbestände findet sich auch im deutschen, österreichischen und französischen Recht (§§ 325 f. BGB, §§ 918 und 920 ABGB, Art. 1184 cc fr.).

⁴ Becker N 40 zu OR 107; Bucher 343 und 364; Gauch/Schlupe N 3049, 3052 und N 3127; Keller/Schöbi 275; von Tuhr/Escher 104 f. und 154 f; OR-Wiegand N 47 zu OR 97. Diese Konsequenz ergibt sich im Unmöglichkeitsfall auch daraus, dass die Leistungspflichten nach Art. 119OR nur bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit erlöschen (vgl. auch Martin, Alfred: Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, ZSR 33 (1914) 67 ff., 88; OR-Wiegand N 47 zu OR 97).

⁵ Statt vieler Gauch/Schlupe N 2677, N 3052 ff. und Angaben in der vorhergehenden Fn.

⁶ Bucher 328 (welcher auch von "vikarierendem Schadenersatz" spricht, 343); Gauch/Schlupe N 2677; OR-Wiegand N 47 zu OR 97.

⁷ Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil (14. A. München 1987) 339; van den Daele, Probleme des gegenseitigen Vertrags (Hamburg 1968) 89. Von Ausnahmefällen der Naturalrestitution sei hier abgesehen (vgl. aber Fn 18).

⁸ Verkürzter Sachverhalt nach BGE 120 II 296 ff.

⁹ Engel, Pierre: *Contrats de droit suisse* (Bern 1992) 23; Giger, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (2. A. Bern 1979) N 20 zu OR 191; Koller, Alfred, in Honsell/Vogt/Wiegand (zit. in Fn 1) N 15 zu OR 191; Schönle, Herbert: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürich 1993) N 15 zu OR 191; Tercier, Pierre: Les contrats spéciaux (2. A. Zürich 1995) N 304; dagegen Keller/Siehr: Kaufrecht (3. A. Zürich 1995) 39. Das Bundesgericht hat sich dazu nicht in aller Klarheit geäußert. Immerhin schloss es in seine Ausführungen, wonach zur Bestimmung des Werts der Leistung auch im bürgerlichen Verkehr die Kriterien von Art. 191 Abs. 2 und 3 OR angewendet werden können, auch die Differenztheorie ein (BGE 120 II 299 f.).

¹⁰ Kündigt der Arbeitgeber berechtigt fristlos, so wird der Vertrag ohne weiteres mit sofortiger Wirkung beendet. Kündigt der Arbeitnehmer unberechtigt fristlos, so tritt ungeachtet der Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens die gleiche Rechtslage ein (Rehbinder, Manfred: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Bern 1992) N 1 zu Art. 337d OR). Trotz der faktischen und rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitgeber vollen Schadenersatz, d.h. das positive Vertragsinteresse, fordern (Rehbinder, a.a.O., N 1 zu Art. 337b OR; Streiff/von Kaenel: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht (5. A. Zürich 1992) N 4 zu Art. 337b OR). Dabei versteht es sich infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses von selbst, dass dem Arbeitgeber keine selbständige Forderung auf den Wert der Arbeitskraft bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zusteht und der Vertrag nicht in so modifizierter Form aufrechterhalten wird. Im Betrag des Viertels des Monatslohnes kann der Arbeitgeber lediglich von der Umkehr der Beweislast für den eingetretenen Schaden profitieren (Art. 337dOR). Auch im Mietrecht wird durch eine fristlose Kündigung durch die Mieterin das Mietverhältnis beendet. Unabhängig von dieser Beendigung des Vertragsverhältnisses ist auch hier voller Schadenersatz im Sinne des Erfüllungsinteresses zu leisten (Higi, Peter: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürich 1994) N 24 zu Art. 259e OR). Damit steht auch dem Mieter kein Anspruch auf den Wert der Leistung im Austausch gegen die eigene Leistung zu. Sofern er als Schaden den Verlust eines günstigen Mietzinses geltend macht, berechnet sich dieser als Differenzanspruch (Higi, a.a.O., N 13 zu Art. 259e OR). Auch bei einer Leistungsstörung, die zum Nichtantritt der Mietsache führt, ist der Gläubiger, wenn er nach Art. 258OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, nicht zum Entrichten des Mietzinses gegen Ersatz des Mietwerts gehalten. Er kann auch hier lediglich die Differenz geltend machen, weshalb das Begehren auf Schadenersatz zu einer sofortigen faktischen Beendigung des Mietverhältnisses führt, ohne dass der Mieter kündigen muss (Engel (zit. in Fn 9) 136; Züst, Martin: Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen (St. Gallen 1992) N 234 und N 245; vgl. auch Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder, SVIT-Kommentar (Zürich 1991) N 24 zu Art. 258 OR).

¹¹ Cavin, Pierre: Kauf, Tausch, und Schenkung, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1 (Basel/Stuttgart 1977) 58; Engel (zit. in Fn 9) 52 Giger (zit. in Fn 9); Honsell, Heinrich: Obligationenrecht Besonderer Teil (3. A. Bern 1995) 54; OR-Koller (zit. in Fn 9) N 13 zu Art. 215; Tercier (zit. in Fn 9) N 600; dagegen Keller/Siehr (zit. in Fn 9) 45; von Tuhr/Escher 105.

¹² Rehbinder (zit. in Fn 10) N 2 zu Art. 337c OR; Streiff/von Kaenel (zit. in Fn 10) N 3 zu Art. 337c OR. Bei der berechtigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer bemisst sich der Schadenersatzanspruch gleich wie nach Art. 337cOR (Rehbinder, a.a.O., N 4 zu Art. 337b OR).

¹³ Ausführlich SVIT-Kommentar (zit. in Fn 10) N 45 zu Art. 257d OR; ferner Zihlmann, Peter, in Honsell/Vogt/Wiegand (zit. in Fn 1) N 3 zu Art. 257d OR.

¹⁴ Von Tuhr/Escher 87.

¹⁵ Mit den gleichen Argumenten lehnt die deutsche Lehre die strikte Differenztheorie, wonach in allen Fällen die Differenztheorie angewendet, d.h. von der Surrogationstheorie gänzlich abgesehen werden soll, ab (z.B. Emmerich, Volker: Recht der Leistungsstörungen (3. A. München 1991) 134 f; vgl. auch Wiemken 117).

¹⁶ Die an die Stelle der ursprünglichen Leistung tretende Ersatzleistung ist mit anderen Worten kein gleichwertiger Ersatz für die ursprüngliche Leistung (van den Daele (zit. in Fn 7) 89). Es wird auch gesagt, durch die Nichterfüllung gehe die causa für die eigene Leistung des Gläubigers verloren, weshalb auch die Leistungspflicht des Gläubigers erlöschen müsse (Wiegand recht 1983 131; vgl. dazu nachfolgend 2.2.).

¹⁷ Vgl. auch Lemp 58 f; Wiemken 122.

¹⁸ Ein weiterer, ebenfalls seltener Fall, wo der Schadenersatz unter Aufrechterhalten des Vertrags zuzusprechen ist, liegt zudem vor, wenn ausnahmsweise die Naturalrestitution verlangt und der Schuldner zu einer erfüllungsähnlichen Leistung verurteilt wird (vgl. dazu Barth 71; Becker N 22 f. zu OR 99; Lemp 208 f.).

¹⁹ Vgl. Keller/Schöbi 276; insb. auch Brunner, Hans-Ulrich: Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung (Freiburg 1991) N 215, und Ehrat N 313, welche die Herabsetzung im Betrag des "Werts der Leistung" ausschliessen, sowie Schenker N 649 f., welchem in seiner Folgerung, den Schadenersatzanspruch nur bei geringer Herabsetzung zuzulassen, allerdings nicht zugestimmt werden kann.

²⁰ Bucher 381; Gauch/Schlupe N 3072; Giger (zit. in Fn 9) N 20 zu OR 191 und N 26 ff. zu OR 215; Guhl/Merz/Koller 239; Wiegand recht 1983 4; OR-Wiegand N 54 zu OR 97 und N 18 zu OR 107; ferner auch Bosshardt, Oskar: Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109), SJZ 30 (1933) 82 ff., 82; Göschke (zit. in Fn 3) 85 f; Guhl, Theo: Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz, FS Wieland (Basel 1934) 134 ff., 145 f., 148; Lemp 43 ff., 58; Schenker N 673 ff.; Secrétan, Roger: Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure, JdT 95 (1947) 34 ff., 44 ff; Becker N 51 zu OR 97 nur im Falle der Unzumutbarkeit des Bereithaltens der eigenen Leistung; dagegen Keller/Schöbi 275; Oser/Schönenberger N 23 zu OR 107; von

Tuhr/Escher105. Da sich die Frage des Zurückbehaltens der eigenen Leistung auch bei Leistungsunmöglichkeit stellt, gilt die Differenztheorie auch bei Unmöglichkeit (Barth 200 f; OR-Wiegand N 55 zu OR 97).

21 Bucher 380; Gauch/Schlupe N 3058 ff. (vgl. aber N 3073); Guhl/Merz/Koller 239; Honsell (zit. in Fn 11) 50 und 54 f.

22 Ausdrücklich anwendbar in allen Fällen, d.h. auch dann, wenn der Gläubiger selbst eine Geldleistung zu erbringen hat, ist die Differenztheorie nach Giger (zit. in Fn 9) N 20 zu OR 191, Schenker N 616 und 669, Wiegand recht 1983 131. Ein anderer Teil schweizerischer Autoren geht eher stillschweigend davon aus, dass die Differenztheorie auch gilt, wenn der Gläubiger seinerseits eine Geldleistung schuldet: Barth 175 ff. und Lemp 155, welche die Differenztheorie im Zusammenhang mit der Vorteilsanrechnung behandeln; Fellmann, Walter: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Bern 1992) N 320 zu OR 398, welcher auch dem Auftraggeber ein Vorgehen nach der Differenztheorie zugesteht; ferner OR-Koller (zit. in Fn 9) N 15 zu OR 191, nach welchem Art. 191 Abs. 2 OR Ausfluss allgemeiner Grundsätze ist und deshalb auch ohne weiteres auf den bürgerlichen Verkehr anzuwenden ist; Gauch/Schlupe N 3073, welche für die Verneinung der strikten Differenztheorie auch Literatur zu Art. 191 OR zitieren.

23 So z.B. wenn von "Verrechnung" gesprochen wird (Bucher 380 f; Ehrat N 301), da sich hier immer noch zwei bestehende Forderungen gegenüberstehen. Dagegen führt die Differenztheorie nach einhelliger deutscher Lehre und nach einem anderen Teil der schweizerischen Lehre zu einer Befreiung von den gegenseitigen Leistungspflichten (z.B. Emmerich 134 f; Esser/Schmidt: Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2 (7. A. Heidelberg 1993) 121; Larenz (zit. in Fn 7) 341; Palandt Kurz-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (55. A. München 1996) N 10 zu § 325 BGB; Soergel-Wiedemann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (12. A. Stuttgart/Berlin/Köln 1990) N 22 f. zu § 325 BGB; für das schweizerische Recht namentlich Gauch/Schlupe N 3063; Giger (zit. in Fn 9) N 17 zu OR 191, N 20 und 29 zu OR 215; Schenker N 616 und 669; Wiegand recht 1983 131).

24 s. dazu insbesondere Wiegand recht 1983 131; van den Daele (zit. in Fn 7) 89 f.

25 Van den Daele (zit. in Fn 7) 85; Esser/Schmidt (zit. in Fn 23) 122.

26 Vgl. auch Bosshardt (zit. in Fn 20) 81 f; Secrétan (zit. in Fn 20) 43; Wiegand recht 1983 130.

27 Darauf kann an dieser Stelle nicht im einzelnen eingegangen werden. Es sei hier lediglich darauf verwiesen, dass die Wahl des Schadenersatzes unter Anwendung der Differenztheorie von einigen Autoren auch als viertes Wahlrecht bezeichnet wird, welches in Rücktritt und Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse bestehe (Bucher ZSR 102 II (1983) 282; Göschke (zit. in Fn 3) 86; Jost, Arthur: Vom Anwendungsbereich des Art. 107OR, SJZ 45 (1949) 235 ff., 235; Keller/Siehr (zit. in Fn 9) 45; Oser/Schönenberger N 23 zu OR 107).

28 Mugdan, B: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1899) 116 (Anm. zu § 369, Motive 1. Lesung 211); z.B. auch Emmerich (zit. in Fn 15) 132 f., und Münch-Komm-Emmerich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (3. A. München 1994) N 51 zu § 325 BG; Larenz (zit. in Fn 7) 339; Soergel-Wiedemann (zit. in Fn 23) N 25 zu § 325 BGB; ausführlich Leser, Hans G: Der Rücktritt vom Vertrag (Tübingen 1975) 139 ff; Zweigert/Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung, Band II: Institutionen (2. A. Tübingen 1984) 216.

29 Vgl. z.B. Honegger, Eduard: Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht (Zürich 1926) 52 und 83; Ringier, Hans: die nichterfüllbare Obligation im schweizerischen Obligationenrecht (Zofingen 1905) 65 ff; Voser, Fritz: Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht (Aarau 1914) 78 und 87.

30 Becker N 2 und 5 f. zu Art. 109 OR; Comment, Albert: De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux (Bern 1924) 144; Honegger (zit. in Fn 29) 78 f; Guhl/Merz/Kummer (7. A.) 198; Oser/ Schönenberger N 4 zu Art. 109 OR; von Tuhr/Escher 155 f; vgl. dazu auch Gauch/Schlupe N 1568 und BGE 114 II 157 .

31 So insbesondere hinsichtlich Art. 64 und Art. 67 Abs. 1 OR (das Bundesgericht wandte auf die Rückerstattungspflicht allerdings nicht die einjährige Verjährungspflicht des Art. 67 Abs. 1 OR, sondern die zehnjährige Verjährungsfrist an, BGE 60 II 27 ff., 61 II 257 ff.).

32 BGE 60 II 29, 61 II 257; Becker N 8 zu OR 109; von Tuhr/Escher 157; vgl. auch Gauch/Schlupe N 1572.

33 BGE 114 II 158 . Zum ganzen Gauch/Schlupe N 1570 f. und Gauch, Peter: Wirkungen des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruches bei Schuldnerverzug, recht 1989 122 ff., 124 f; Glasl, Daniel: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht (Zürich 1992) 90 ff; Weber, Rolf H., Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen -- Rechtsnatur und Rechtsfolgen, ZBJV 127 (1991) 634 ff. Die Lehre hat sich dieser Auffassung (der sog. "Umwandlungstheorie") überwiegend angeschlossen (dafür: Bucher 378; Gauch/Schlupe N 1570 f. und Gauch recht 1989 122 ff; Glasl, a.a.O., 90 ff; Schenker N 702 ff; Suter, Esther: Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug (Zürich 1991) 127; Weber ZBJV 127 (1991) 642; Wiegand recht 1984 13; OR-Wiegand N 4 zu OR 109 dagegen: Ehrat N 396 ff; Keller/Schöbi 278; Knellwolf, Markus: Zur Wirkung des Rücktritts, ZSR 109 I (1990) 389 ff., welche sich für die dingliche Wirkung des Rücktritts aussprechen). Auch im deutschen Recht ist die Umwandlungstheorie anerkannt, z.B. Emmerich (zit. in Fn 15) 129, Larenz (zit. in Fn 7) 404 ff.

34 Vgl. die Differenztheorie und die Schadenersatzansprüche bei Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses.

35 Hier kann es keine Rolle spielen, ob der Gläubiger seine Leistung tatsächlich erbringt, oder ob er sie nur anrechnet. Dies sei an einem Beispiel aus dem Mietrecht erläutert: Nach Art. 258OR kann der Mieter vor Mietantritt bei Verzug des Vermieters oder schweren Mängeln der Mietsache wählen, ob er zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung wählen will. Sowohl Schadenersatz wegen Nichterfüllung als auch der Rücktritt führen zu einer sofortigen Beendigung des Vertrags (vgl. Fn 10). Der Mieter wird den Rücktritt bzw. das negative Vertragsinteresse wählen, wenn er bereits erhebliche Investitionen für die Mietsache (z.B. Renovationen) getätigt hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung wird er dagegen fordern, wenn er von einem besonders günstigen Mietzins profitiert hätte. Soll es für die Wahl eines dieser beiden Schadenersatzansprüche eine Rolle spielen dürfen, ob der Gläubiger seine eigene (Geld-) Leistung (z.B. eine bereits geleistete Mietzinszahlung) bereits erbracht hat?

36 Denn es hat sich ja bereits gezeigt, dass ein Schadenersatz wegen Nichterfüllung ohne Befreiung des Gläubigers vom Erbringen seiner eigenen Leistung gar nicht denkbar ist (vgl. oben 2.1.1. b). Zudem lässt die Lehre gerade für diese Fälle die Differenztheorie zu, welche ebenfalls zum Zurückbehalten der Leistung führt. Ein Schaden kann auch hier entstehen, wenn der Gläubiger die zurückbehaltene Leistung nicht mehr in gleicher Weise gewinnbringend einsetzen kann (Beispiel: V verkauft K einen Computer. K bezahlt nicht, worauf V vom Vertrag zurücktritt. Sind die Preise mittlerweile gesunken, erleidet V einen Schaden, auch wenn er den Computer behält). Obwohl hier der Gläubiger auch mit der Erfüllungsklage vorgehen könnte, ist es offensichtlich, dass unser Recht dem vertragstreuen Gläubiger solche Schadenersatzansprüche zubilligt, wenn der Schuldner die Erfüllung ungerechtfertigt verweigert (oben 2.1.1. b).

37 So z.B. Ringier (zit. in Fn 29) 66 f; Keller, Max: Das negative Vertragsinteresse im Verhältnis zum positiven Interesse (Zürich 1949) 182 f; Keller/Siehr (zit. in Fn 9) 45; Oser/Schönenberger N 7 zu OR 109. Vor Erlass des revOR wandte sich von Tuhr mit diesem Argument gegen die Zulassung der Differenztheorie im bürgerlichen Verkehr (von Tuhr, Andreas: Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags? DJZ 1904 762 f.).

38 Simonius, August: Über den Ersatz des "aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens, ZSR 37 (1918) 225 ff., 260; vgl. im weiteren auch vorne Fn 35 und 36.

39 Vgl. auch Art. 215 Abs. 1 und Art. 337c Abs. 2 OR. Zur Anrechnung des Werts der Leistung, namentlich auch des anderweitig erzielten Weiterverkaufsgewinnes, s.z.B. Barth 176 ff; Lemp 54 und 188 ff; für das Mietrecht auch SVIT-Kommentar (zit. in Fn 10) N 45 zu Art. 257d OR. Im weiteren ist anzufügen, dass sich auch ein Deckungsverkauf nach Treu und Glauben zu richten hat, weshalb auch einer Verschleuderung der Leistung durch den Gläubiger (einem sog. "ungedeckten" Verkauf) Grenzen gesetzt sind. Im Kaufrecht kommt Kaufleuten die Vermutung zugute, dass sie ohnehin mehrere Geschäfte hätten tätigen können, was zu einer Verkürzung möglicher Einreden führt. Der Schuldner kann jedoch auch bei der abstrakten Schadensberechnung nach Art. 215 Abs. 2 OR einwenden, der Gläubiger habe in Wahrheit einen kleineren Schaden erlitten (Giger (zit. in Fn 9) N 62 und 69 zu OR 215; Lemp 196; OR-Koller (zit. in Fn 9) N 21 zu OR 215).

40 Huber, Ulrich: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I (Köln 1981) 763.

41 z.B. Bucher ZSR 102 II (1983) 282.

42 Biedermann, Ernst: Der Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen Schuldnerverzuges (Diss. Zürich 1909) 136 ff; Bosshardt (zit. in Fn 20) 82; Bucher ZSR 102 II (1983) 282 Fn 31; Cavin (zit. in Fn 11) 58; Engel 496; Gilliard, François: La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Freiburg 1982) 113 ff., 126; Göschke (zit. in Fn 3) 21 f; Honegger (zit. in Fn 29) 83 f; Martin (zit. in Fn 4) 126 f; Secrétan (zit. in Fn 20) 43; Simonius (zit. in Fn 38) 258 ff; Wiemken 94 ff., 122 ff.

43 Huber (zit. in Fn 40) 763; Larenz (zit. in Fn 7) 340 und 342 f; Soergel-Wiedemann (zit. in Fn 23) N 25 und 32 zu § 325 BGB; Staudinger-Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (12. A. Berlin 1979 ff.) N 38 zu § 325 BGB; vgl. auch Münch-Komm-Emmerich (zit. in Fn 28) N 76 zu § 325 BGB, welcher sich -- im Fall einer bereits erbrachten Vorleistung des Gläubigers -- für die Rückerstattung der erbrachten Leistung und eine Schadensberechnung nach der Differenztheorie ausspricht.

44 Vgl. auch oben bei Fn 35 ff.

45 Sollte man diese Rechtsänderung auf Grund des bestehenden Rechts als zu weitgehend empfinden, verbleibt nur die Lösung der Differenztheorie. Dabei soll die Differenztheorie auf alle Gläubiger-Schuldner-Konstellationen anwendbar sein und im Sinne einer Befreiung von den Leistungspflichten verstanden werden (vgl. oben 2.2.). Bei dieser Lösung verbleiben aber die dogmatischen Einwände (2.2). sowie die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung eines Gläubigers, welcher bereits geleistet hat, hinsichtlich des Schadenersatzanspruches gerechtfertigt ist.

46 Larenz (zit. in Fn 7) 340; §§ 918-921 ABGB, Art. 1184 ccfr, Art. 1453 Abs. 1 ccit.

47 Der Schadenersatzanspruch (Art. 74 WKR) steht dem Gläubiger kumulativ zum Rücktritt und zu anderen Rechtsbehelfen zu (Art. 45 Abs. 1 und 2, Art. 61 Abs. 1 und 2 WKR) und umfasst auch das positive Vertragsinteresse (von Caemmerer/Schlechtriem: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (München 1990) N 3 zu Art. 74).