

Fall 1

Viktor verkauft Kurt den VW Käfer am Telefon. Nach einer Woche fragt Kurt Sie in der Anwaltskanzlei, wie es jetzt weitergehen solle. Er möchte gerne das Fahrzeug. *Was sagen Sie ihm?*

Käufer Kurt hat jetzt den vereinbarten Kaufpreis von Fr. 10'000 angeboten und den Käfer herausverlangt, doch übergibt Viktor ihm den VW Käfer nicht. *Welche Optionen hat Kurt?*

Welche Wahlrechte stehen Kurt nach Ablauf der Nachfrist offen? Welches Recht soll er wählen, wenn er für Fr. 100 einen Wagen mieten musste, den Käfer aber noch will? Welches, wenn Kurt den Käfer mit Fr. 2'000 Gewinn hätte weiterverkaufen können, das aber nicht mehr geht? Welches, wenn er stattdessen einen VW Polo gekauft hat, sich aber über die Kosten des Vertragsschlusses mit Viktor ärgert (ein Bahnbillet für Fr. 100)?

Lösungsvorschlag 1

Was sagen Sie ihm?

Ohne Abmachung der Erfüllungszeit kann jede Partei die Erfüllung sofort verlangen (Art. 75 OR). Der Austausch findet jedoch Zug um Zug statt (Art. 82, 184 Abs. 2 OR).

Welche Optionen hat Kurt?

Mit dem Aufforderung, Zug um Zug zu leisten, hat Kurt eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR ausgesprochen. Viktor befindet sich jetzt im Verzug.

Kurt kann die Erfüllung des Käfers verlangen, jetzt mitsamt Verspätungsschaden (Art. 103 Abs. 1 OR).

Er kann aber auch eine Nachfrist zur Erfüllung setzen, um die Wahlrechte zu erhalten (Art. 107 Abs. 1 OR). Nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist hat er folgende Optionen: Kurt kann, wie er es schon vor der Nachfristsetzung konnte, die Erfüllung (also den VW Käfer) plus Verspätungsschaden wählen (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR: „*Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.*“). Der Verspätungsschaden besteht vorliegend in den Kosten für den Ersatzwagen, den er mieten musste. Es ist aber auch möglich, den entgangenen Gewinn aus dem nicht mehr möglichen Weiterverkauf des VW Käfer über den Verspätungsschaden hereinzuholen.¹

¹ BK-Weber, OR 103 N 31: „Der Gläubiger vermag den entgangenen Gewinn, den er bei rechtzeitiger Leistung erzielt hätte, als Verspätungsschaden gegenüber dem Schuldner geltend zu machen (ZWR 1994 180, 182; OR-Wiegand N 6; Becker N 14; Guhl/Merz/Koller 234; Bucher, OR AT, 360 Anm. 125; Gauch/Schlupe/Rey N 2987; von Büren 369; Engel, Traité, 691 f; Keller I 269; Larenz, Schuldrecht I, 353; Staudinger/Löwisch, § 286 N 19 ff).“ und N 32: „Beispiele: Produktionsrestriktionen wegen verspäteter Lieferung einer Maschine und daraus folgende Beeinträchtigung des Gewinnertrages (von Büren 369; Gauch, Werkvertrag, N 665); Verlust von Kunden, die bei Rechtzeitigkeit gewinnbringende Geschäfte abgeschlossen hätten, wegen verspäteter Lieferung (von Büren 369); verminderte Mieteinnahmen wegen verspäteter Fertigstellung eines Bauwerks (Gauch, Werkvertrag, N 665) oder zeitweises Leerstehen der Wohnung nach vorzeitiger Vertragsauflösung (ZR 1953 Nr. 39); Einkommensausfall des Taxihalters wegen verspäteter Autoreparatur (Schenker N 274; Esser/Schmidt, Tb. 2, 111 Anm. 63); entgangener Gewinn, der bei rechtzeitiger Lieferung einer Sache aus deren Wiederverkauf gezogen worden wäre (Schwenzer, N 66.03).“; ZWR 1994 180 ff., 182: „Aux termes de l'art. 106 CO, lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt

Wenn er den erwähnten Gewinn gänzlich als Schadenersatz (und nicht als Erfüllung und Verspätungsschaden wie vorhin) will, könnte er auf die Leistung verzichten. Er muss dafür *sofort* nach Ablauf der Frist eine Erklärung abgeben (Art. 107 Abs. 2 OR): „Viktor, ich will den Käfer nicht mehr.“ Sodann hat er das Wahlrecht zwischen positivem und negativem Interesse. Wenn er das pos. Interesse („Ich will so gestellt sein, wie wenn Du richtig erfüllt hättest.“) wählt, dann sagt er: „Ich will Fr. 12'000, bezahle aber den Kaufpreis von Fr. 10'000.“² Das ist die Lösung gemäss Austauschtheorie, bei der man die eigene Leistung *in natura* noch erbringen muss. Oder er zieht den Wert seiner Leistung ab, also den Wert der Kaufpreiszahlung in der Höhe von Fr. 10'000, und verlangt direkt nur den entgangenen Gewinn (Differenztheorie). Sofort ist ersichtlich, dass die Resultate nach Differenz- und Austauschtheorie im Ergebnis identisch sind und dass man die Forderungen gemäss Art. 120 OR verrechnen könnte. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger thematisieren dies in N 2780: *„Die Theorien führen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn die Gläubigerin eine Sach- oder Arbeitsleistung schuldet, die sie bei Anwendung der Austauschtheorie tatsächlich erbringen müsste. Schuldet die Gläubigerin eine Geldleistung, so führen beide Theorien zum selben Ergebnis: Nach der Austauschtheorie stehen sich die ursprüngliche Geldforderung des säumigen Schuldners und die Schadenersatzforderung der Gläubigerin zur Verrechnung gegenüber (Nr. 3217 f.). Nach der Differenztheorie wird die Geldforderung des Schuldners von der Schadenersatzforderung abgezogen, der Gläubigerin steht der Restbetrag zu.“*

Kurt kann aber auch, nachdem er auf die Leistung verzichtet hat, das negative Interesse mit dem Rücktritt gemäss Art. 109 OR wählen. Dann erhält er die Kosten des Vertragsschlusses ersetzt – hier geht es um ein Bahnbillet.

Fall 2

Verkäufer Viktor hat den von Kurt *bereits bezahlten* VW Käfer nicht geliefert. Kurt mahnt ihn und setzt ihm gleichzeitig eine Nachfrist von sieben Tagen zur Lieferung des Käfers.

Welche Wahlrechte stehen Kurt nach Ablauf der Nachfrist offen? Welches Recht soll er wählen, wenn er für Fr. 100 einen Wagen mieten musste, den Käfer aber noch will? Welches, wenn er den Käfer mit Fr. 2'000 Gewinn hätte weiterverkaufen können, das aber nicht mehr geht? Welches, wenn er stattdessen einen VW Polo gekauft hat, sich aber über die Kosten des Vertragsschlusses mit Viktor ärgert (ein Bahnbillet für Fr. 100)?

Lösungsvorschlag 2

Kurt kann, wie er es schon vorher konnte, die Erfüllung plus Verspätungsschaden wählen (siehe oben, Fall 1).

moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (al. 1). Si ce dommage supplémentaire peut être évalué à l'avance, le juge a la faculté d'en déterminer le montant en prononçant sur le fond (al. 2). Le dommage supplémentaire, au sens de cette disposition, correspond à l'intérêt que l'exécution de l'obligation en temps utile pouvait représenter pour le créancier et résulte aussi bien d'une perte subie (damnum emergens) que d'un gain manqué (lucrum cessans) (...).“

² Das positive Interesse beschreibt BK-Weber, OR 107 N 166, wie folgt: *„Als Folge des Verzichts auf die Leistungserbringung ist vom Schuldner das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen, das sich inhaltlich aus dem Ersatz des Leistungswertes und des Verspätungsschadens (Schaden, der seine Ursache in der pflichtwidrigen Verspätung hat, selbst wenn nicht real erfüllt wird) zusammensetzt (Gauch/Schluemp/Rey N 3056; Schenker, Schadensberechnung, 39). Das positive Vertragsinteresse entspricht wertmässig der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, wie er bestünde, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, und dem tatsächlichen Vermögensstand infolge der zeitlichen Leistungsstörung (...).“*

Er kann auch, wenn er es sofort erklärt, auf die Erfüllung verzichten: „Viktor, ich will den Käfer nicht mehr.“ Sodann hat er das Wahlrecht zwischen pos./neg. Interesse. Wenn er das pos. Interesse wählt, dann sagt er: „Ich will Fr. 12'000 und habe den Kaufpreis von Fr. 10'000 schon bezahlt.“ (Austauschtheorie). Die Differenztheorie steht ihm nicht mehr offen, weil er schon erfüllt hat – er kann nicht mehr einfach seine Leistung (die Bezahlung des Kaufpreises) abziehen.³

Wenn er den Rücktritt wählt, erhält er den Kaufpreis zurück (Art. 109 Abs. 1 OR). Das negative Interesse stellt ihn so, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte. Typische Schadensposten stellen hier die Kosten des Vertragsschlusses dar (das Bahnbillet).

Fall 3

Verkäufer Viktor hat den VW Käfer angeboten, doch Kurt bezahlt den Kaufpreis von Fr. 10'000 nicht.

Welche Wahlrechte stehen Viktor offen? Welches Recht soll er wählen, wenn er den Käfer für 12'000 dem Dritten Daniel hätte verkaufen können, dies aber im Vertrauen auf den Vertrag mit Kurt nicht getan hat? Welches, wenn er mit dem Verkauf an Kurt Fr. 1'000 Gewinn gemacht hätte?

Lösungsvorschlag 3

Aufgrund der kaufrechtlichen Sonderregel in Art. 214 Abs. 1 OR ist eine Nachfrist nicht notwendig: „Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Verträge zurückzutreten.“ Die Lehre versteht den Rücktritt hier untechnisch im Sinne des Verzichts auf die Leistung.⁴ Viktor kann also nicht nur zurücktreten, sondern verfügt über alle Wahlrechte:

Viktor kann nach wie vor auf Erfüllung (Zahlung des Kaufpreises) plus Verspätungsschaden klagen (Art. 107 Abs. 2 OR). Viktor kann aber auch, wenn er es sofort erklärt (Art. 214 Abs. 2 OR: „Er hat jedoch dem Käufer, wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, sofort Anzeige zu machen.“; gleich wie in Art. 107 Abs. 2 OR) auf die Leistung Kurts verzichten: „Kurt, ich will den Kaufpreis nicht mehr“. Er muss das positive Interesse wählen, wenn er den Gewinn von Fr. 1'000 aus dem Geschäft mit Kurt im Visier hat. Wenn Kurt richtig erfüllt hätte, wäre Viktor um Fr. 1'000 reicher. Mit der Austauschtheorie geht das so: Viktor liefert seine Leistung, d.h. den VW Käfer, *in natura* und erhält Fr. 10'000 *als Schadenersatz*. Das sieht gleich aus wie die Erfüllung, doch erhält Viktor hier Schadenersatz, nicht den Kaufpreis. Mit der Differenztheorie zieht Viktor den Wert des Käfers ab (Fr. 9'000) und verlangt nur noch die Differenz von Fr. 1'000.

Viktor muss das negative Interesse wählen (Art. 109 Abs. 2 OR: „Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist,

³ Vgl. BK-Weber, OR 107 N 194: „Die zwischenzeitlich herrschende Rechtsprechung und Lehre lässt die Differenztheorie, deren gesetzliche Nichtberücksichtigung wohl auf ein Versehen zurückzuführen ist (vgl. die Nachweise bei Bucher, OR AT, 1. Aufl. 335 Anm. 171; Biedermann 126, 145 f; BBl 1909 III 736), aber nur zur Anwendung kommen, wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat.“

⁴ Vgl. BSK-Koller, OR 214 N 2: „Bar- und Praenumerandokauf. Hier kann der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers «ohne weiteres» vom Verträge zurücktreten. Eine Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 ist nicht vorausgesetzt. Der Verkäufer wird insoweit gegenüber der allgemeinen Regelung begünstigt. Abgesehen hiervon entspricht Art. 214 (Abs. 1/2) dem Art. 107: Einmal muss der Verkäufer dem Käufer «sofort» («unverzüglich») i.S.v. Art. 107 Abs. 2) Mitteilung machen, wenn er auf dessen Leistung verzichten will. Zum andern entspricht das «Rücktrittsrecht» von Art. 214 Abs. 1 inhaltlich dem Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 (Merz Th., 71, 96). Der Verkäufer, der auf die Leistung des Käufers verzichten will, kann somit – bei Verschulden des Käufers – den Vertrag auflösen, die eigene Leistung zurückbehalten (Rücktritt im technischen Sinn) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 109 Abs. 2; BGE 90 II 294); oder er kann am Vertrag festhalten, die eigene Leistung erbringen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (Austauschtheorie; BGER, SJ 1987, 607 f. E. 2b; ZBJV 1913, 285, 295 mit eingehender Begründung; BK-Giger, N 42).“

dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.“), wenn er den entgangenen Gewinn aus dem Geschäft mit dem Dritten Daniel will. Er will dann so gestellt sein, wie wenn er den Vertrag mit Kurt nie geschlossen hätte. Dann aber hätte er den VW Käfer mit Fr. 3'000 Gewinn dem Dritten Daniel verkauft – wenn er schon beim Verkauf an Kurt für Fr. 10'000 einen Gewinn von Fr. 1'000 erzielt hätte, dann bedeutet dies, dass der VW Käfer für ihn einen Wert von Fr. 9'000 aufwies.

Fall 4

Verkäufer Viktor hat den VW Käfer bereits geliefert, doch Kurt bezahlt den Kaufpreis von Fr. 10'000 nicht. Viktor mahnt ihn und setzt ihm gleichzeitig eine Nachfrist von sieben Tagen zur Bezahlung des Käfers.

Welche Wahlrechte stehen Viktor nach Ablauf der Nachfrist offen? Welches Recht soll er wählen, wenn er den Käfer für 12'000 dem Dritten Daniel hätte verkaufen können, dies aber nicht tun konnte, weil er den VW Käfer bereits Kurt geliefert hat? Wie sieht eigentlich das positive Interesse aus, wenn Viktor den Käfer selber für Fr. 9'000 erworben hat?

Lösungsvorschlag 4

Wie immer kann Viktor immer noch die Erfüllung des Kaufpreises verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Im vorliegenden Fall ergibt sich durch Art. 214 Abs. 3 OR allerdings bei den übrigen Wahlrechten eine Einschränkung: *„Ist der Kaufgegenstand vor der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer nur dann wegen Verzuges des Käufers von dem Verträge zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat.“*

In der Lehre heisst es, der Verkäufer sei auf die Wahl der Erfüllung plus Verspätungsschaden eingeschränkt: *„Beim Kreditkauf (...) kann der Verkäufer (ohne entsprechenden Vorbehalt, N 7) nach Übergabe der Kaufsache nicht mehr wegen Zahlungsverzugs zurücktreten (...). Er ist darauf beschränkt, den Kaufpreis zu betreiben und Schadenersatz wegen Verzugs zu fordern (Art. 104 ff.). Damit tritt insb. gegenüber dem insolventen Käufer eine für den Verkäufer unbefriedigende Lage ein. Die Regelung des Abs. 3 zielt auf die Vermeidung der komplizierten Rückabwicklung nach erfolgter Ingebrauchnahme, vor allem aber nach Weiterveräusserung durch den Käufer, die dieser – wenn er noch mit einem Rücktritt rechnen müsste – aufzuschieben hätte (...).“*⁵ Gemäss Huguenin kann Viktor dennoch auf die Leistung Kurts verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse, nicht aber den Rücktritt verlangen: *„Die übrigen Rechtsbehelfe von Art. 107 Abs. 2 OR stehen der Verkäuferin jedoch nach wie vor offen. Macht die Verkäuferin Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend, so hat sie nach Massgabe der Austauschtheorie zu verfahren: Sie kann die Sache nicht zurückverlangen, sondern nur Geldersatz für ihren Erfüllungsanspruch geltend machen (...). Die Wirkung ist im Wesentlichen dieselbe, wie wenn die Verkäuferin «auf Erfüllung beharrt und den Käufer nach Art. 103/106 [OR] auf Ersatz des Verspätungsschadens belangt.“*⁶

Viktor muss also sagen: *„Kurt, ich verzichte auf Deine Leistung. Ich will das positive Interesse! Ich will Fr. 10'000. Da ich den Wagen bereits geliefert habe, kann ich nur die Austauschtheorie wählen.“* Das sieht gleich aus wie die Erfüllung, doch ist der Kaufpreis hier als Schadenersatz geschuldet. Der Rücktritt steht ihm aufgrund des Art. 214 Abs. 3 OR nicht offen, es sei denn, er hätte einen entsprechenden Vorbehalt gemacht.

⁵ KUKO-Stark, OR 214 N 5.

⁶ Huguenin, OR, N 2542.