

Die Verzichtsfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR und deren Abänderung durch Vertrag

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	2
I. Präzisierung des Themas	4
II. Die Verzichtsfolgen im Überblick	5
III. Austausch- oder Differenztheorie?	7
IV. Zeitpunkt der Wahlentscheidung(en)	11
V. Endgültigkeit der Wahlentscheidung?	13
VI. Auslegung der Wahlerklärung	16
VII. Vertragliche Regelung der Verzichtsfolgen	18
VIII. Anhang: der Entscheid BGE 123 III 16 ff.	19

LITERATURVERZEICHNIS

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im folgenden nicht aufgeführt. – **Zitierweise:** Die Autoren werden nur mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Schweizerische Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (ZürK, BerK, BasK) zitiert (z.B. KRAMER, BerK, N ... zu Art. ... OR).

BOSSHARDT OSKAR, Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109), SJZ 1933/34, S. 81 ff.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988.

BUZ VEDAT, Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners (Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff.), recht 1997, S. 197 ff.

FUNK FRITZ, Handkommentar des Obligationenrechtes, Aarau 1928.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A. Zürich 1995.

GLASL DANIEL, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Diss. Zürich 1992.

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer, §§ 1–48 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/MERZ/KOLLER).

– Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht, in FG zum siebenzigsten Geburtstag von Carl Wieland, Basel 1934, S. 134 ff. (zit. GUHL, FG Wieland).

JAUERNIG OTHMAR, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 8. A. München 1997 (zit. JAUERNIG/BEARBEITER).

KISSSLING CHRISTA, Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff., AJP 1997, S. 1287 ff.

KOLLER ALFRED, Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR, ZSR 1997 I, S. 495 ff. (zit. KOLLER, ZSR 1997 I).

– Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).

KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. A. Wien 1995.

LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. A. München 1987.

- LESER HANS GEORG, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975
(zit. LESER, Rücktritt).
- Lösung vom Vertrag, in FS für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag,
Köln etc. 1985, S. 373 ff. (zit. LESER, FS Wolf).
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. A. München ab 1992
(zit. MÜNCHKOMM/BEARBEITER).
- SCHENKER FRANZ, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im
schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,
Bern 1998.
- SOERGEL HANS THEODOR/SIEBERT WOLFGANG, Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. A. Stuttgart etc. ab
1987 (zit. SOERGEL/BEARBEITER).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obli-
gationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Leistungsstörungen, recht 1983, S. 1 ff., 118 ff., recht
1984, S. 13 ff.

I. Präzisierung des Themas

1. Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit den Verzichtsfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR, nicht mit der Verzichtsproblematik insgesamt. Es wird also unterstellt, dass ein rechtsgültiger Verzicht erfolgt ist. Die Voraussetzungen eines solchen Verzichts¹ (Verzug, Nachfristansetzung, sofortige Verzichtserklärung usw.) bleiben ausser Betracht.

Bei der Darstellung der Verzichtsfolgen wird immer davon ausgegangen, dass es sich beim Gläubiger, welcher den Leistungsverzicht ausgesprochen hat, um einen **Sachleistungsgläubiger** (z.B. Käufer, Besteller) handelt, beim Schuldner, auf dessen Leistung verzichtet wurde, um einen **Geldleistungsschuldner** (Verkäufer, Unternehmer). Der umgekehrte Fall bleibt ausser Betracht, ebenso der Leistungsverzicht bei reinen Sachleistungs- und reinen Geldleistungsverträgen. Schliesslich wird auch der ganze Bereich der Dienstleistungsverträge nicht in die Ausführungen einbezogen. Zwar hat Art. 107 Abs. 2 OR – abgesehen von Sonderbestimmungen – generelle Bedeutung. Seine praktische Anwendung hängt aber teilweise von den in Frage stehenden Schulden ab². Das rechtfertigt die vorgenommene Themenbeschränkung. Allerdings gelten die nachstehenden Ausführungen mutatis mutandis weitgehend auch für die hier nicht behandelten Fallvarianten.

2. Es gibt verschiedene **Sonderbestimmungen** zu Art. 107 Abs. 2 OR. Inhaltliche Abweichungen finden sich jedoch, was die hier allein interessierenden Verzichtsfolgen anbelangt, nur wenige. So ist etwa die mietrechtliche Sonderbestimmung von Art. 258 Abs. 1 OR eine reine Verweisregel, welche klarstellt, dass dem Mieter, der infolge Verzugs des Vermieters auf die Mietsache verzichtet, ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR offensteht. Entsprechendes gilt für Art. 366 Abs. 1 OR. Auch diese Bestimmung ist nichts anderes als eine Verweisregel, des Inhalts, dass dem Besteller, der zufolge Herstellungsverzugs des Unternehmers auf das Werk verzichtet, die Rechte aus Art. 107 Abs. 2 OR zustehen³. Eine inhaltliche Abweichung findet sich namentlich im Kaufrecht, und hier auch nur für den kaufmännischen Verkehr (Art. 190 Abs. 1 OR, vgl. Anm. 39 und 40). Art. 191 Abs. 2 und 3 OR weichen zwar *prima vista* von Art. 107 Abs. 2 OR ab, in Wirklichkeit sprechen sie jedoch einen Gedanken aus, welcher zwar im Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 OR nicht zum Ausdruck kommt, in der Bestimmung aber enthalten ist (unten III).

¹ S. dazu neustens KOLLER, BerK, N 222 ff. zu Art. 366 OR.

² Vgl. z.B. Anm. 18.

³ Statt vieler GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996, Nr. 675, m.w.Nw.

Aus dem Gesagten folgt: Art. 107 Abs. 2 OR hat für den hier interessierenden Fall, dass ein Sachleistungsgläubiger, der seinerseits eine Geldleistung schuldet, auf die Leistung des Schuldners verzichtet, beinahe uneingeschränkte Geltung. Es bestehen nur wenige Einschränkungen. Auf einzelne davon werde ich im jeweiligen Kontext hinweisen.

II. Die Verzichtsfolgen im Überblick

Art. 107 Abs. 2 OR ist in Verbindung mit Art. 109 OR zu lesen. Demgegenüber betrifft die «dazwischen liegende» Bestimmung, Art. 108 OR, nicht die Verzichtsfolgen, sondern die Voraussetzungen des Verzichts und ist daher vorliegend ohne Bedeutung.

1. Verzichtet der Gläubiger auf die Leistung des Schuldners gemäss Art. 107 Abs. 2 OR, so ist hinsichtlich der Verzichtsfolgen zu **unterscheiden**, ob der Schuldner den Verzug verschuldet hat oder nicht:

a) **Fehlt es an einem Verschulden**, so kann der Gläubiger seine eigene Leistung zurückbehalten oder, falls er sie bereits erbracht hat, zurückfordern (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 1 OR). Weitere Rechte, namentlich Schadenersatzansprüche, stehen ihm nicht zu⁴.

Beispiel: Der Verkäufer einer Maschine, welcher ins Ausland liefern soll, kann wegen eines vorübergehenden Exportverbotes nicht leisten und kommt in Verzug. Konnte er das Verbot bei Aufwendung der üblichen Sorgfalt nicht vorhersehen, so ist sein Verzug unverschuldet. Das schliesst einen Verzicht des Käufers auf die Kaufsache gemäss Art. 107 Abs. 2 OR nicht aus. Gegebenenfalls steht jedoch dem Käufer lediglich das Recht zu, den Kaufpreis zurückzubehalten oder aber ihn zurückzufordern, falls er ihn bereits bezahlt hat. Weitergehende Rechte hat er nicht.

Beim Rückforderungsanspruch handelt es sich nach früherer Lehre um einen Bereicherungsanspruch⁶. Nach heute herrschender Ansicht ist er hingegen vertraglicher Natur⁷. Das ist namentlich in der Verjährungsfrage von Bedeutung.

⁴ Weiteres bei KOLLER, BerK, N 392 ff. zu Art. 366 OR.

⁵ Nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 OR setzt allerdings der Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses kein Verschulden voraus. Eine wörtliche Interpretation trifft jedoch die Rechtslage nicht (BECKER, BerK, N 40 zu Art. 107 OR; SCHENKER, Nr. 630; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3023, m.w.Nw.; a.A. KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A. Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 276 [zu deren Ansicht s. KOLLER, BerK, N 409 zu Art. 366 OR]).

⁶ Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 240; GLASL, S. 19 ff.

⁷ Grundlegend BGE 114 II 152 ff.; seither z.B. SCHWENZER, Nr. 66.33; WIEGAND, BasK, N 4 ff. zu Art. 109 OR.

b) Ist ein **Verschulden zu bejahen**, so hat der Gläubiger die Wahl zwischen zwei Vorgehensweisen:

- Erste Möglichkeit: Er kann seine eigene Leistung zurückbehalten oder zurückfordern, genau wie bei fehlendem Verschulden, und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR). Er kann also verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte⁸. Hat beispielsweise der Käufer einer Sache einen Anwalt eingeschaltet, um die Kaufsache zu erhalten, so bilden die Anwaltskosten Teil des negativen Vertragsinteresses, wenn der Käufer schliesslich auf die Leistung verzichtet.
- Zweite Möglichkeit: Der Gläubiger kann seine eigene Leistung erbringen bzw., falls bereits erbracht, beim Schuldner belassen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen. D.h. er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag (richtig) erfüllt worden wäre⁹. Zum positiven Vertragsinteresse gehört beispielsweise ein Weiterverkaufsgewinn, den der Käufer einer Sache gemacht hätte, wenn der Vertrag ordnungsgemäss abgewickelt worden wäre.

Nicht vorgesehen ist nach dem Gesetzeswortlaut die Möglichkeit, dass der Gläubiger das positive Vertragsinteresse ersetzt verlangt und gleichzeitig seine eigene Leistung zurückbehält bzw. zurückfordert. Mit anderen Worten steht dem Gläubiger, will er das positive Vertragsinteresse ersetzt haben, bei wörtlicher Interpretation nur ein Vorgehen nach der Austauschtheorie offen, nicht aber nach der Differenztheorie.

2. Trifft den Schuldner kein Verschulden, so ist die Rechtslage relativ unproblematisch. Ganz anders, wenn er den Verzug verschuldet hat. Für diesen Fall lässt die Formulierung von Art. 107 Abs. 2 OR einiges zu wünschen übrig. Ob sie geradezu einen «Alptraum» darstellt, wie BUCHER einmal geschrieben hat¹⁰, sei dahingestellt. Jedenfalls gibt der Gesetzeswortlaut auf zahlreiche **Fragen**, welche sich bei der Rechtsanwendung stellen, keine Antwort:

a) Vorab ist unklar, ob die Differenztheorie wirklich ausgeschlossen sein soll. Diese Unklarheit hat ihren Grund darin, dass die Differenztheorie in einzelnen Sonderbestimmungen (vgl. Art. 191 Abs. 2/3 und 215 OR) vorgesehen ist und

⁸ Nachweise bei WIEGAND, BasK, N 8 zu Art. 109 OR; ferner GUHL/MERZ/KOLLER, S. 71; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3093 f.; eingehend zum Begriff des negativen Vertragsinteresses MAX KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss. Zürich 1949, S. 11 Anm. 37.

⁹ Nachweise bei WIEGAND, BasK, N 17 zu Art. 107 OR.

¹⁰ BUCHER, OR AT, S. 371 Anm. 168.

Art. 107 Abs. 2 OR keine explizite Aussage darüber macht, ob sie verallgemeinert werden darf oder nicht.

b) Eine zweite Frage geht dahin, in welchem Zeitpunkt sich der Gläubiger zwischen dem positiven und dem negativen Vertragsinteresse entscheiden muss (grosses Wahlrecht). Befürwortet man die Differenztheorie und lässt man gleichzeitig wahlweise ein Vorgehen nach der Austauschtheorie zu, so stellt sich die weitere Frage, wann sich der Gläubiger, der das positive Vertragsinteresse beansprucht, zwischen den beiden Theorien zu entscheiden hat (kleines Wahlrecht).

c) Keine Antwort gibt der Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 OR ferner auf die Frage, ob der Gläubiger auf die einmal getroffene Wahlentscheidung zurückkommen kann. Kann beispielsweise der Gläubiger, der vorerst das negative Vertragsinteresse ersetzt verlangt hat, nachträglich auf das positive Vertragsinteresse wechseln?

Auf die aufgeworfenen drei Fragen wird nachstehend in der angegebenen Reihenfolge eingegangen (III. bis V.) Zwei weitere Abschnitte sind der Auslegung der Wahlerklärung sowie der vertraglichen Regelung der Verzichtsfolgen gewidmet (VI. und VII.).

III. Austausch- oder Differenztheorie?

1. Nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 OR steht, wie gesagt, nur die Austauschtheorie zur Verfügung. Der Gläubiger, welcher den Ersatz des positiven Vertragsinteresses beansprucht, muss also – bei wörtlicher Interpretation – seine eigene Leistung erbringen bzw., falls bereits erbracht, beim Schuldner belassen. Demgegenüber ist in Sonderbestimmungen – wie bereits erwähnt – die Differenztheorie vorgesehen, so in Art. 191 und 215 OR. Es fragt sich, ob diese Sonderregeln auch inhaltlich Sonderregeln sind oder ob sie einen allgemeinen Gedanken enthalten, welcher auch in nicht geregelten Fällen zum Tragen kommen muss.

Die Lehre ist geteilter Meinung. Es werden hauptsächlich drei Ansichten vertreten: Namentlich die ältere Lehre lehnt die Differenztheorie im Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR ab¹¹. Die heute herrschende Lehre vertritt demgegenüber die sog. milde Differenztheorie¹². Diese besagt, dass der Gläubiger nur, aber immerhin dann nach der Differenztheorie vorgehen kann, wenn er seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat; hat er sie erbracht, soll nur die Aus-

¹¹ S. insbesondere OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 23 zu Art. 107 OR, und BECKER, BerK, N 50 f. zu Art. 97 OR und N 41 zu Art. 107 OR, auch noch VON TUHR/ESCHER, S. 105.

¹² WIEGAND, BasK, N 55 zu Art. 97 OR, m.w.Nw.; SCHENKER, Nr. 674 f., m.w.Nw.; auch schon GUHL, FG Wieland, S. 145, sowie BOSSHARDT, SJZ 1933/34, S. 82.

tauschtheorie offenstehen. Diese Differenzierung halten die Vertreter der sog. strengen Differenztheorie für nicht gerechtfertigt. Sie sind der Meinung, die Differenztheorie müsse generell gelten¹³.

Das **Bundesgericht** hat in einem neusten Entscheid im Sinne der Austauschtheorie entschieden (BGE 123 III 16 ff.)¹⁴, freilich ohne sich ausdrücklich mit dem Theorienstreit zu befassen. In früheren Entscheiden hat es der Sache nach auf die strenge Differenztheorie abgestellt (illustrativ BGE 49 II 28 ff., vgl. auch BGE 45 II 283 ff. und 76 II 300 ff.). In BGE 54 II 312 wurde die Frage, ob ein Vorgehen nach der strengen Differenztheorie zulässig sei, aufgeworfen, jedoch nicht entschieden. Dass zumindest ein Vorgehen nach der milden Differenztheorie zulässig ist, zieht sich wie ein roter Faden durch die ganze Rechtsprechung.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der strengen Differenztheorie der Vorzug zu geben¹⁵. Auf die Gründe habe ich an anderer Stelle hingewiesen: in ZSR 1997 I, S. 500, und im Berner Kommentar, N 385 zu Art. 366 OR (s. auch unten Ziff. 3).

¹³ GLÄTTLI ELISABETH, Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 1997, S. 233 ff., 239 ff.; KOLLER, BasK, N 24 zu Art. 214 OR. Ebenso für das deutsche Recht, das – gleich wie das schweizerische Recht – die Differenztheorie dem Wortlaut nach nicht kennt: LESER, Rücktritt, S. 144 f., m.w.Nw.; SOERGEL/WIEDEMANN, N 25, 35 zu § 325 BGB und passim; WEITNAUER HERMANN, Vertragsaufhebung und Schadenersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach geltendem deutsches Recht, in FS zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 71 ff., 100 f.; DERSELBE, Die elektive Konkurrenz, in FS für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 467 ff., 474 f.; MÜNCHKOMM/EMMERICH, N 76 zu § 325 BGB). In der deutschen Rechtsprechung wird zwar formal auf die eingeschränkte Differenztheorie abgestellt, in Wirklichkeit in vielerlei Hinsicht auf die strenge (vgl. KOLLER, ZSR 1997 I, S. 501 Anm. 9 und S. 506 Ziff. 6; LESER, FS Wolf, S. 392 Anm. 78; LARENZ, S. 358, Text und Anm. 48).

¹⁴ Vgl. KOLLER, ZSR 1997 I, S. 501.

¹⁵ Im österreichischen Recht ist die strenge Differenztheorie gesetzlich verankert. § 918 Abs. 1 i.V.m. § 921 ABGB anerkennt nämlich ausdrücklich die Möglichkeit, die bereits erbrachte Leistung zurückzufordern und gleichzeitig das positive Vertragsinteresse ersetzt zu verlangen (vgl. MAYRHOFER HEINRICH, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, Wien 1986, S. 379; KOZIOL/WELSER, S. 245 f.). Wie das österreichische Recht noch eine ganze Reihe anderer Rechte, z.B. das italienische (Codice civile Art. 1165), das französische (Code civil Art. 1610, 1611, 1184 Abs. 2). S. die Auflistung bei LARENZ, S. 340, und bei RABEL ERNST, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin und Leipzig 1936, S. 431.

2. Die **Vertreter der Differenztheorie** befürworten keine ausschliessliche Geltung dieser Theorie, vielmehr **gewähren sie dem Gläubiger das Recht, wahlweise nach der Austauschtheorie vorzugehen**¹⁶.

Beispiel: V hat dem K ein Auto für Fr. 25'000.– verkauft. Der Preis ist gemäss Vertrag am 1. April zu bezahlen, das Auto Ende April zu liefern. K bezahlt den Kaufpreis rechtzeitig, V hingegen liefert das Auto Ende April nicht, worauf K auf das Auto gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verzichtet. In der Folge kauft K ein Auto genau desselben Typs, muss jedoch dafür Fr. 26'000.– bezahlen, also Fr. 1'000.– mehr. In dieser Situation kann K entweder den Preis beim V belassen und Fr. 26'000.– als Schadenersatz verlangen (Austauschtheorie), oder aber er kann die Fr. 25'000.– zurückverlangen und zusätzlich Fr. 1'000.– als Schadenersatz einfordern (Differenztheorie).

Die Differenztheorie ist zumal dann vorzugswürdig, *wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat*: Warum soll denn der Gläubiger die von ihm geschuldete Geldleistung anbieten und im Gegenzug eine Geldleistung (Schadenersatz) einfordern? Tut er es, so wird der Gegner ohnehin regelmässig verrechnen, so dass dann nur mehr die Differenz zu bezahlen bleibt.

Hat der Gläubiger seine (Geld-)Leistung bereits erbracht, so kann die Austauschtheorie, wie das oben gemachte Beispiel zeigt, zum gleichen Ergebnis führen wie die strenge Differenztheorie. Dies trifft immer dann zu, wenn der Wert der ausgebliebenen Sachleistung zumindest gleich gross ist wie die vom Gläubiger erbrachte Geldleistung. Ist er kleiner, so ist die Austauschtheorie gegenüber der (strengen) Differenztheorie nachteilig. Denn nach der Differenztheorie erhält der Gläubiger mindestens seine eigene Geldleistung zurück, nach der Austauschtheorie hingegen nicht. Wenn im obigen Beispiel K ein Ersatzauto für Fr. 23'000.– findet, so bekommt er nach der strengen Differenztheorie Fr. 25'000.–, nach der Austauschtheorie hingegen nur Fr. 23'000.–. Der umgekehrte Fall, dass nämlich die Austauschtheorie vorteilhaft ist, kommt nicht vor, jedenfalls nicht in Fällen, wie sie hier interessieren, also in Fällen, in denen ein Sachleistungsgläubiger, der seinerseits eine Geldleistung schuldet, auf die Sachleistung verzichtet.

Die Austauschtheorie ist daher nicht zu empfehlen. Wer sie bevorzugt, riskiert, dass ihm der Beweis misslingt, dass sein positives Vertragsinteresse, also der Wert der ausgebliebenen Sachleistung, grösser ist als die erbrachte Geldleistung. Im Extremfall riskiert er, dass sein Schadensbeweis völlig misslingt. Diesfalls verliert er letztlich seine ganze erbrachte Geldleistung. Das illustriert auf drastische Weise BGE 123 III 16 ff.¹⁷.

¹⁶ Vgl. z.B. WIEGAND, BasK, N 55 zu Art. 97 OR, m.w.Nw.; SCHENKER, Nr. 675; auch schon GUHL, FG Wieland, S. 145. Allerdings kann im Einzelfall ein Vorgehen nach der Austauschtheorie rechtsmissbräuchlich sein (vgl. KOLLER, BerK, N 388 zu Art. 366 OR). Solche Fälle dürften allerdings selten sein.

¹⁷ Hätte allerdings das Bundesgericht dem Gläubiger ein *ius variandi* zugestanden (unten V.), so wäre jenem ebenfalls geholfen gewesen. Ein *ius variandi* vermag jedoch nicht

3. Es ist aus meiner Sicht ungerecht, dass der Gläubiger, der das positive Vertragsinteresse ersetzt verlangen will, das Risiko eingehen muss, seine bereits erbrachte (Geld-)Leistung zu verlieren. Dies scheint derart ungerecht, dass es schwerfällt zu glauben, der Gesetzgeber habe diese Ungerechtigkeit – ausser beim Handelskauf (Art. 191, 215 OR) – gewollt. **Es sollte daher die strenge Differenztheorie anerkannt werden.** Wenn man diese aber ablehnt, so sollte man die Differenztheorie generell ablehnen, auch für den Fall, dass der Gläubiger seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger, der seine Leistung bereits erbracht hat, schlechter gestellt sein soll als jener, der seine Leistung noch nicht erbracht hat. Diese Ungleichbehandlung ist jedenfalls in Art. 107 Abs. 2 OR nicht angelegt. Im Gegenteil ist bei wörtlicher Interpretation ein Vorgehen nach der Differenztheorie *generell* unzulässig¹⁸.

Interessant ist im vorliegenden Zusammenhang ein Blick auf die Rechtsprechung des deutschen BGH. Dieser anerkennt zwar die strenge Differenztheorie nicht, er hat jedoch die noch vom Reichsgericht entwickelte hier sog. **Mindestschadenstheorie** übernommen. Diese Theorie besagt folgendes: Der Gläubiger, der das positive Vertragsinteresse nach der Austauschtheorie ersetzt verlangt, ist mindestens im Umfang der hingegebenen Leistung geschädigt. Er hat also mindestens Anspruch auf die von ihm bereits erbrachte Leistung. Er riskiert demzufolge nicht, dass er einerseits die ihm versprochene Leistung nicht bekommt und andererseits die von ihm erbrachte Gegenleistung verliert. Das nimmt der Austauschtheorie einiges von ihrer Ungerechtigkeit. Indes steht die Mindestschadenstheorie auf schwachen Füßen. Denn es kann keine Rede davon sein, dass das positive Vertragsinteresse des Gläubigers mindestens den Wert der hingegebenen Leistung ausmacht. Es sei daran erinnert, dass K in dem oben in Ziff. 2

immer zu helfen, insbesondere kann es aus prozessualen Gründen verwirkt sein. Es drängt sich daher für den Gläubiger auf, *zum vornherein* die richtige Wahlentscheidung zu treffen, d.h. sich für ein Vorgehen nach der Differenztheorie zu entscheiden.

¹⁸ Das Gesagte gilt zumal für Fälle, in denen der Gläubiger – wie im vorliegenden Aufsatz unterstellt – eine Geldleistung versprochen hat. Hat er eine Sachleistung versprochen, so mag eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem, ob er die Leistung bereits erbracht hat oder nicht, in gewissen Fällen angebracht sein – vgl. Art. 214 Abs. 3 OR. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Verkäufer beim Kreditkauf die bereits gelieferte Ware nur zurückverlangen kann, wenn er sich ein entsprechendes Recht vorbehalten hat. Hat er sich aber die Rückforderung vorbehalten, so muss ihm auch das Recht zugestanden werden, die Rückforderung mit dem Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu koppeln. Die strenge Differenztheorie gilt also auch im Anwendungsbereich von Art. 214 Abs. 3 OR (KOLLER, BasK, N 24 zu Art. 214 OR; a.A. GIGER, BerK, N 33 zu Art. 215 OR).

gemachten Beispiel Fr. 25'000.– hingegeben hat, aber lediglich einen Verlust von Fr. 23'000.– erleidet, wenn er ein Ersatzauto zu diesem Preis findet¹⁹.

IV. Zeitpunkt der Wahlentscheidung(en)

1. Will der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung des Schuldners verzichten, so muss er dies unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist tun. Umstritten ist, ob er auch die Wahl zwischen negativem und positivem Vertragsinteresse (grosses Wahlrecht) sowie zwischen Austausch- und Differenztheorie (kleines Wahlrecht) sofort treffen muss. Das Bundesgericht hat die Frage in BGE 123 II 22 (letzter Absatz) offengelassen. In der Lehre gehen die Auffassungen auseinander²⁰. M.E. darf das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR nicht auf die Wahlentscheidung erstreckt werden²¹. Eine unverzügliche Wahlentscheidung kann oft sinnvollerweise gar nicht getroffen werden. Vorab ist an Fälle zu denken, in denen (vorerst) unklar ist, ob den Schuldner ein Verschulden trifft oder nicht. Warum sollte der Gläubiger bei einem derartigen Sachverhalt gezwungen sein, gleichsam ins Blaue hinaus die fraglichen Wahlrechte auszuüben, obwohl ihm diese vielleicht gar nicht zustehen? Auch wo das Verschulden offen zutage liegt und daher klar ist, dass die fraglichen Wahlrechte bestehen, wird es dem Gläubiger oft nicht zumutbar sein, gleichzeitig mit dem Leistungsverzicht auch schon das weitere Vorgehen zu bestimmen. Denn er wird die sich aus Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR ergebende Rechtslage oft nicht überblicken, sowohl aus tatsächlichen wie auch aus rechtlichen Gründen²². Die Schuldnerinteressen verlangen keine abweichende Lösung²³. Das ist auch die dem deutschen Recht zugrundeliegende Auffassung²⁴.

¹⁹ Folgt man der Mindestschadenstheorie, so vermischt man positives und negatives Vertragsinteresse (KOLLER, ZSR 1997 I, S. 506 unten/507).

²⁰ Für die Erstreckung des Sofort-Erfordernisses auf die Wahlentscheidung z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 34 zu Art. 107 OR; WIEGAND, recht 1983, S. 127; VON TUHR/ESCHER, S. 153 f.; ferner die bei SCHENKER, S. 205 Anm. 19, zitierten Autoren. Unter jenen Autoren, welche keine sofortige Wahlentscheidung verlangen, gehen die Meinungen, wann die Erklärung abzugeben ist, auseinander, vgl. die Hinweise in Anm. 26 und 27. Zum Meinungsstand s. ferner SCHENKER, Nr. 557 ff. und die bei SCHENKER, S. 205 Anm. 20, zitierten Autoren

²¹ Bis zur Wahlentscheidung besteht ein Schwebezustand, während dessen der Schuldner zu leisten weder verpflichtet noch berechtigt ist (Genaueres bei KOLLER, BerK, N 416–419 zu Art. 366 OR).

²² S. GUHL, FG Wieland, S. 143.

²³ GUHL, a.a.O.

²⁴ Vgl. statt vieler MÜNCHKOMM/EMMERICH, N 119 zu § 326 BGB; SOERGEL/WIEDEMANN, N 60 zu § 326 BGB.

2. Wenn es zutrifft, dass sich das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR nicht auf die weitere Wahlentscheidung bezieht, so stellt sich sofort die Frage, wann denn die Entscheidung getroffen werden muss. M.E. besteht insoweit keine zeitliche Limite²⁵. Doch ist zu beachten, dass mit Ablauf der Verjährungsfrist die wahlweise zur Verfügung stehenden Ansprüche nicht mehr gegen den Willen des Schuldners durchgesetzt werden können. In diesem Sinne setzt die Verjährungsfrist der Wahlentscheidung eine Grenze.

Nach einer anderen, z.B. von GIGER²⁶ vertretenen Ansicht muss die Wahl zwar nicht unverzüglich, immerhin aber innert angemessener Frist erfolgen. Gegen diese Ansicht sprechen Überlegungen der Rechtssicherheit, ferner der Umstand, dass dem Gesetz das Fristerfordernis auch nicht andeutungsweise zu entnehmen ist.

Nach einer dritten Meinung besteht zwar von Gesetzes wegen keine bestimmte Frist, doch müsse der Schuldner dem Gläubiger Frist setzen können. Er habe insbesondere auch das Recht, unmittelbar nach dem Leistungsverzicht eine unverzügliche Entscheidung zu verlangen. Gegen diese letztere, z.B. von SCHENKER²⁷

²⁵ Im Einzelfall können die Schuldnerinteressen allerdings eine abweichende Lösung aufdrängen; insbesondere muss dem Schuldner u.U. das Recht zugestanden werden, dem Gläubiger für die Ausübung der Wahl Frist anzusetzen. So zumal dann, wenn der auf die Leistung verzichtende Gläubiger eine Sachleistung schuldet, was allerdings im vorliegenden Kontext nicht zutrifft. In einem solchen Fall wird der Schuldner oft daran interessiert sein zu wissen, ob der Gläubiger die Sachleistung noch erbringen will (Austauschtheorie) oder nicht (Differenztheorie; vgl. BUCHER, OR AT, S. 372 Anm. 168). Es ist ihm daher das Recht zuzugestehen, dem Gläubiger Frist für die Entscheidung darüber anzusetzen, ob er seine Leistung noch erbringen werde (vgl. § 327 i.V.m. § 355 BGB, dazu JAUERNIG/VOLKKOMMER, N 15 zu § 326 BGB). Äussert sich der Gläubiger nicht fristgerecht, so geht m.E. das Wahlrecht auf den Schuldner über. Dieser darf nun die Sachleistung ablehnen; tut er es, so kann er sich anderweitig eindecken, ohne riskieren zu müssen, die Sachleistung doppelt zu erhalten.

²⁶ BerK, N 43 zu Art. 190 OR, unter Hinweis auf SJZ 1919/20, S. 372; ferner BECKER, N 36 zu Art. 107 OR; GUHL, FG Wieland, S. 146.

²⁷ Nr. 564; ebenso EHRAT FELIX R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Diss. Zürich 1990, Nr. 289. SCHENKER ist im übrigen der Meinung, der Erfüllungsanspruch lege wieder auf, wenn der Gläubiger innert der ihm angesetzten Frist die Wahlentscheidung nicht treffe. Gegen diese Ansicht spricht, dass das Wiederaufleben des Erfüllungsanspruchs mit den schutzwürdigen Interessen des Schuldners oft nicht vereinbar sein wird: Ist die Verzichtserklärung erfolgt, so darf der Schuldner davon ausgehen, der Verzicht sei definitiv. Er darf daher seine Erfüllungsanstrengungen einstellen, ohne damit rechnen zu müssen, später doch noch erfüllen zu müssen. Dies entspricht dem Grundsatz, dass die Verzichtserklärung als Gestaltungserklärung unwiderruflich ist. Zwar können auch Gestaltungserklärungen ausnahmsweise widerrufen werden (KOLLER, OR AT, Nr. 196 und Anm. 114). Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind jedoch im vorliegenden Kontext nicht erfüllt. Will man trotzdem an SCHENKERS Grundauffassung festhalten, so bleibt nichts anderes übrig, als dem Gläu-

vertretene Ansicht spricht die erwähnte Überlegung, dass dem Gläubiger nach dem Leistungsverzicht die nötige Zeit gelassen werden muss, um einen Überblick über die bestehende Rechtslage zu gewinnen. Im übrigen fehlen im Gesetz Anhaltspunkte für das von SCHENKER befürwortete Fristsetzungsrecht des Schuldners²⁸.

3. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist hervorzuheben, dass sich die vorstehenden Ausführungen ausschliesslich auf den Fall beziehen, da den Schuldner ein Verschulden trifft und daher dem Gläubiger mehrere Ansprüche wahlweise zur Verfügung stehen. Nur dann stellt sich die Frage, ob sich das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR nicht nur auf den Leistungsverzicht, sondern auch auf die weitere Wahlentscheidung bezieht. Wo keine Wahl zu treffen ist, weil es an einem Verschulden des Schuldners fehlt und daher der Gläubiger ausschliesslich ein Rückbehaltungs- bzw. Rückforderungsrecht nach Art. 109 Abs. 1 OR hat, da besteht für eine Ausdehnung des Sofort-Erfordernisses zum vornherein kein Raum. Vielmehr unterliegt keinem Zweifel, dass der Gläubiger nicht gehalten sein kann, unmittelbar mit dem Leistungsverzicht zu erklären, er behalte bzw. verlange seine eigene Leistung zurück.

V. Endgültigkeit der Wahlentscheidung?

1. Die im Titel aufgeworfene Frage stellt sich nur dann, wenn den Schuldner ein Verschulden trifft und daher der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Rechtsbehelfen (Wahl zwischen dem Anspruch auf das positive und dem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse; Wahl zwischen Differenz- oder Austauschtheorie) hat. Alsdann fragt sich, ob der Gläubiger, der die Wahlentscheidung getroffen hat, auf die Wahl nachträglich zurückkommen kann. Kann er beispielsweise, wenn er vorerst Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangt hat, nachträglich Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen? Oder kann der Gläubiger, der seine eigene Leistung bereits erbracht und vorerst Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach der Austauschtheorie verlangt hat, nachträglich seine eigene Leistung zurückfordern, sei es mit oder ohne Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs?

biger, der sich nicht fristgemäss entscheidet, sowohl den Erfüllungsanspruch als auch das grosse und das kleine Wahlrecht abzusprechen. Er hätte dann nur noch die Rechte aus Art. 109 Abs. 1 OR. Er könnte also seine Leistung zurückverlangen bzw. zurückbehalten. Eine im Ergebnis unbefriedigende Lösung.

²⁸ Zwar kann der Schuldner vom Gläubiger keine unverzügliche Wahlentscheidung verlangen, wohl aber steht ihm – ausnahmsweise – das Recht zu, Frist zur Entscheidung innert angemessener Frist anzusetzen (Anm. 27).

2. Bei der Beantwortung der Frage ist nach der hier vertretenen Ansicht zu unterscheiden²⁹:

a) Macht der Gläubiger vorerst einen nicht bestehenden Anspruch geltend, so steht nichts entgegen, dass er später einen bestehenden geltend macht. Ein *ius variandi* ist also vorab in dem Sinne gegeben, als von einem nicht bestehenden auf einen bestehenden Anspruch gewechselt werden kann (**uneigentliches *ius variandi***).

Daraus folgt: Steht dem Gläubiger ein Rückbehaltungs- bzw. Rückforderungsrecht nach Art. 109 Abs. 1 OR zu, jedoch mangels Verschuldens des Schuldners kein Schadenersatzanspruch, so geht das Recht aus Art. 109 Abs. 1 OR nicht unter, wenn der Gläubiger vorerst zu Unrecht Schadenersatz verlangt. Vielmehr kann er nun das ihm zustehende Recht ausüben³⁰. Vorbehalten ist lediglich eine Rechtsverwirkung zufolge Rechtsmissbrauchs.

Beispiel: Der Besteller eines Anzugs, der den Werkpreis (Fr. 600.–) vorgeleistet hat, verzichtet nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung des Schneiders und lässt den Anzug anderswo für Fr. 700.– anfertigen. In der Folge verlangt er diesen Betrag vom («ersten») Schneider als Wert der ausgebliebenen Leistung ersetzt (positives Vertragsinteresse; Austauschtheorie). Der Schneider macht – wahrheitsgemäss – geltend, es treffe ihn am Verzug kein Verschulden, weshalb er nicht haftbar sei. Dem Besteller bleibt es in einem solchen Fall unbenommen, nun den Anspruch auf Rückgabe der Fr. 600.– durchzusetzen. Von Rechtsmissbrauch kann keine Rede sein. Denn wenn sich der Schneider mit dem fehlenden Verschulden verteidigt, kann er sich nicht beklagen, wenn sich der Besteller auf die von ihm behauptete Rechtslage einstellt.

Auf prozessrechtlicher Ebene ist zu beachten, dass die Grundsätze über die Klageänderung einem Anspruchswechsel entgegenstehen können und dass die Eventualmaxime einem Anspruchswechsel insofern entgegenstehen kann, als sie eine nachträgliche Substantiierung des «neuen» Anspruchs nicht mehr zulässt. Ferner kann auch das Institut der *res iudicata* einen Anspruchswechsel faktisch verhindern.

b) Sodann ist möglich, dass der Gläubiger, der vorerst nur das ihm nach Art. 109 Abs. 1 OR zustehende Rückforderungsrecht geltend gemacht hat, nachträglich noch den Anspruch auf Schadenersatz (positives oder negatives Vertragsinteresse) geltend macht. Dieser Anspruch ist nicht dadurch verwirkt, dass der Gläubiger vorerst (z.B. aus Irrtum über die Rechtslage) eine «Minimalposition» eingenommen hat. Von einem eigentlichen *ius variandi* kann auch hier nicht gespro-

²⁹ Die nachstehenden Ausführungen geben grossenteils die Ausführungen von ZSR 1997 I, S. 503 f., wieder.

³⁰ Diese aus meiner Sicht naheliegende Rechtslage ist nicht durchwegs anerkannt. Jene, welche sie anerkennen, weichen z.T. in der Begründung ab. S. KOLLER, BerK, N 410 ff. zu Art. 366 OR.

chen werden; es geht ja nicht um die Auswechslung, sondern um die **Ergänzung eines Anspruchs**.

c) Wie aber, wenn der Gläubiger zwischen mehreren bestehenden Ansprüchen gewählt hat und nun z.B. deshalb auf einen anderen Anspruch wechseln möchte, weil dieser grösser ist (scheint)? Kann beispielsweise der Gläubiger, nachdem er das negative Vertragsinteresse geltend gemacht hat, nachträglich Ersatz des positiven Vertragsinteresses ersetzt verlangen? In dieser Frage rechtfertigt es sich, an die für Gestaltungsgeschäfte entwickelten Grundsätze anzuknüpfen. Denn die Geltendmachung eines der Ansprüche von Art. 107 Abs. 2/109 OR enthält implizite einen (zumindest vorläufigen) Verzicht auf die anderen wahlweise zur Verfügung stehenden Ansprüche und bedeutet insofern eine Umgestaltung der Rechtslage³¹.

Gestaltungsgeschäfte sind grundsätzlich unwiderruflich, aus der Überlegung, dass sich der Gestaltungsgegner auf die Gestaltung soll verlassen können. Ausnahmen bestehen dort, wo kein schutzwürdiges Vertrauen des Gestaltungsgegners zu verzeichnen ist³². Vor diesem Hintergrund wird man das **ius variandi grundsätzlich zugestehen** müssen³³. Denn im Normalfall überwiegt das Interesse des Gläubigers an einem Anspruchswechsel das Interesse des Schuldners, sich nicht mit einem anderen Anspruch auseinandersetzen zu müssen. Das Interesse des Schuldners, den Gläubiger bei einer einmal eingenommenen Rechtsposition behaften zu können, verdient also im allgemeinen keinen Schutz. So jedenfalls dort, wo es ausschliesslich um die Geltendmachung *finanzieller* Ansprüche geht, der Schuldner also lediglich riskiert, mehr bezahlen zu müssen, als ursprünglich geltend gemacht war. Daher ist im vorliegenden Kontext ein Anspruchswechsel grundsätzlich zulässig. Denn verzichtet der Gläubiger, der eine Geldleistung schuldet, auf die vom Schuldner zu erbringende Sachleistung, so sind die Ansprüche des Gläubigers durchwegs rein finanzieller Natur. Das gilt sowohl für den Rückforderungsanspruch aus Art. 109 Abs. 1 OR als auch für die Schadenersatzansprüche gemäss Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 2 OR.

Zur Illustration sei das Beispiel von oben (lit. a) leicht abgeändert: Trifft den Schneider ein Verschulden, so ändert dies vorab nichts am Recht des Bestellers, den von ihm geleisteten Werkpreis zurückzuverlangen. Zusätzlich kann er – anders als im Originalbeispiel – Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach der Differenztheorie (Fr. 100.–) verlangen. Auch ist es ihm unbenommen, Ersatz des negativen Vertragsinteresses ersetzt zu verlangen, z.B. Kosten, die

³¹ Vgl. SOERGEL/WIEDEMANN, N 26 zu § 325 BGB.

³² KOLLER, OR AT, Nr. 196; DERSELBE, Nachbesserungsrecht, Nr. 108 f.

³³ BUZ, S. 202; GLASL, S. 169 ff; SOERGEL/WIEDEMANN, N 26 zu § 325 BGB; JAUERNIG/VOLLKOMMER, N 13 zu § 325 BGB. Das *ius variandi* bezieht sich allerdings nicht auf den Leistungsverzicht. Dieser ist immer definitiv (anders wohl GLASL, S. 175 f.).

ihm dadurch entstanden sind, dass er einen Anwalt eingeschaltet hat, um die Lieferung des Anzugs zu erwirken.

Dem *ius variandi* sind jedoch zeitliche Grenzen gesetzt. So fällt es beispielsweise dahin, wenn der Schuldner den vorerst geltend gemachten Anspruch anerkannt und erfüllt hat, ferner, wenn die Parteien die Rechtslage durch Vergleich bereinigt haben³⁴.

Die herrschende Lehre lehnt ein echtes *ius variandi* grossenteils ab, allerdings ohne eingehende Prüfung der Frage³⁵. Auf dem gleichen Standpunkt steht das Bundesgericht (BGE 123 III 22): «Fest steht hingegen, dass die einmal getroffene Wahl als Ausübung eines Gestaltungsrechts ebenso unwiderruflich ist wie der Verzicht auf die Leistung.» M.E. hätte in dem erwähnten Entscheid ein *ius variandi* bejaht werden müssen; dem Wechsel vom positiven auf das negative Vertragsinteresse standen keine schutzwürdigen Interessen der Erben E. gegenüber.

VI. Auslegung der Wahlerklärung

1. Für die Auslegung der Wahlerklärung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR «ist der Vertrauensgrundsatz massgebend, sofern nicht festgestellt ist, dass die Parteien sie übereinstimmend im einen oder im anderen Sinne gemeint und verstanden haben» (BGE 123 III 22 E. 4b). Diese höchstrichterliche Aussage ist unbestreitbar richtig und in der Lehre auch unbestritten. Streitig kann im Einzelfall hingegen sein, zu welchem Auslegungsergebnis das Vertrauensprinzip (der «Vertrauensgrundsatz») führt. Insoweit ist in der Rechtsprechung eine Tendenz zur Aufweichung der üblichen Auslegungsgrundsätze festzustellen. Insbesondere wurde verschiedentlich entschieden, der Gläubiger habe sich nach Vertrauensprinzip für das positive Vertragsinteresse entschieden, obwohl eigentlich alles für das negative Vertragsinteresse sprach. Dies allerdings immer nur in Fällen, in denen das Interesse des Gläubigers auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses gerichtet war.

Illustrativ BGE 49 II 28 ff. Dieser Entscheid betraf einen Fall, in dem die Gläubigerin durch ihren Anwalt die Erklärung hatte abgeben lassen, «dass sie vom Verträge zurücktrete und den Beklagten für sämtlichen ‚aus dem Dahinfallen des Vertrages‘ erwachsenen Schaden verantwortlich mache» (S. 29 des Entscheids). Diese Erklärung, welche fast wörtlich mit Art. 109 OR übereinstimmt, wurde als Begehren auf Ersatz des *positiven* Vertragsinteresses, nicht des negativen, verstanden. Dies war eine «sehr gewagte Auslegung» der Wahlerklärung, wie GUHL

³⁴ S. Weiteres bei SOERGEL/WIEDEMANN, N 27 zu § 325 BGB, mit einem Überblick über den deutschen Meinungsstand (dazu auch BUZ, S. 201 f. Ziff. 5) und Erwägungen, die auch als Grundlage für die schweizerische Rechtslage dienen können.

³⁵ VON TUHR/ESCHER, S. 153 f.; FUNK, N 3 zu Art. 107 OR; BUCHER, OR AT, S. 373. Zum Meinungsstand s. ferner SCHENKER, S. 205 Anm. 19 f.; KISSLING, S. 1293 ff. Ziff. 4; BUZ, S. 201.

zutreffend festgehalten hat³⁶. Letztlich dürfte es darum gegangen sein, dem Gläubiger, der die Wahl unter Verkenning der Rechtslage getroffen hatte, zu «helfen»^{37,38}.

2. Im Einzelfall kann sich ergeben, dass die Auslegung kein eindeutiges Ergebnis zeitigt. Insbesondere kann unklar sein, ob die Wahlerklärung des Gläubigers auf das negative oder das positive Vertragsinteresse gerichtet ist. Für solche Fälle gibt es keine irgendwie geartete Unklarheitenregel, etwa in dem Sinne, dass im Zweifel das positive Vertragsinteresse gemeint ist (s. immerhin Anm. 40). Vielmehr liegt eine Erklärung vor, welche zufolge ihrer Unklarheit weder in die eine noch in die andere Richtung zu wirken vermag³⁹. Soll die Erklärung wirksam werden, bedarf sie der nachträglichen Präzisierung. Der Gläubiger muss spätestens im Prozess gegen den Schuldner aufdecken, ob er das positive oder das negative Interesse meint. Eine solche nachträgliche Präzisierung ist zulässig, da der Gläubiger – nach der hier vertretenen Ansicht – nicht verpflichtet ist, seine Wahlentscheidung unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist zu treffen (oben IV.). Es hindert ihn auch nichts, *absichtlich* vorerst unsubstantiiert Schadenersatz zu verlangen und dieses Begehren erst später, wenn er die Rechtslage im einzelnen überblickt, zu verdeutlichen⁴⁰.

In dem erwähnten BGE 49 II 28 ff. wäre die Entscheidung nicht anders ausgefallen, wenn das Bundesgericht auf eine unklare Wahlerklärung geschlossen

³⁶ GUHL, FG Wieland, S. 140.

³⁷ GUHL, FG Wieland, S. 138.

³⁸ Zu weiteren Entscheiden dieser Art s. KISSLING, S. 1292 f., BOSSHARDT, SJZ 1933/34, S. 82.

³⁹ Ein unklares Schadenersatzbegehren ist somit insofern unwirksam, als es noch keine endgültige Wahlentscheidung beinhaltet (vgl. LARENZ, S. 339 Anm. 21a, mit Hinweis auf BGH, NJW 1982, S. 1279). Hingegen kann es implizit einen Leistungsverzicht zum Ausdruck bringen und in diesem Sinne Wirksamkeit entfalten (KOLLER, BerK, N 434, 437 zu Art. 366 OR).

⁴⁰ Im Einzelfall kann sich Art. 190 Abs. 1 OR als eine Art Unklarheitenregel auswirken. Die Bestimmung sieht vor:

«Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet und kommt der Verkäufer in Verzug, so wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche.»

Wiewohl Art. 190 Abs. 1 OR nur den Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses («Schadenersatz wegen Nichterfüllung») erwähnt, steht dem Gläubiger wahlweise der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zur Verfügung, falls er nicht auf der Lieferung beharrt (GIGER, BerK, N 32 ff. zu Art. 190 OR). Die Vermutung spricht jedoch für das positive Vertragsinteresse. Sie kommt in erster Linie dann zum Tragen, wenn der Verfalltag eintritt und der Käufer sich hinsichtlich des Schadenersatzes überhaupt nicht ausspricht. Sie entfaltet aber auch dann Wirkung, wenn er zwar Schadenersatz verlangt, dies aber ohne nähere Präzisierung.

hätte. Denn im nachhinein hat sich die Gläubigerin klar für das positive Vertragsinteresse ausgesprochen, indem sie entsprechende Klage anhob.

VII. Vertragliche Regelung der Verzichtfolgen

1. Die vorstehenden Ausführungen dürften zumindest eines klar gemacht haben: Art. 107 Abs. 2 OR ist – mit den Worten BUCHERS⁴¹ – «fragwürdig formuliert», einerseits weil der Wortlaut ungenau ist, zum anderen, weil verschiedene zentrale Fragen überhaupt nicht geregelt sind. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit kann durch eine klare vertragliche Regelung der Verzichtfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR vermieden werden. Eine solche Regelung ist zulässig, denn Art. 107 Abs. 2 OR ist unbestrittenermassen dispositiv⁴².

2. Eine vertragliche Regelung drängt sich insbesondere in bezug auf zwei Punkte auf:

a) Einmal sollte klargestellt werden, dass der Gläubiger bei gegebenen Voraussetzungen – unter Wahrung der sonstigen Ansprüche aus Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR – das Recht hat, nach der strengen Differenztheorie vorzugehen, er also gegebenenfalls berechtigt ist, seine bereits erbrachte Leistung zurückzufordern und Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen.

b) Sodann ist vertraglich festzuschreiben, dass dem Gläubiger ein *ius variandi* zusteht, er also das Recht haben soll, auf seine Wahlentscheidung, insbesondere die Wahl zwischen positivem und negativem Vertragsinteresse, zurückzukommen. Diese Regel ist sinnvollerweise mit der weiteren Regel zu ergänzen, dass für die Wahlentscheidung – vorbehaltlich der prozessualen Schranken und der Verjährungsordnung – keine zeitliche Schranke besteht.

3. Die eben erwähnten beiden Regeln verletzen keine schutzwürdigen Interessen des Schuldners. Sie dürften daher auch AGB-rechtlich unproblematisch sein. Weder verstossen sie gegen die Ungewöhnlichkeitsregel noch gegen die einschlägigen Inhaltsschranken. Insbesondere dürften sie mit Art. 8 UWG ohne weiteres vereinbar sein.

⁴¹ OR AT, S. 371 Anm. 168.

⁴² WIEGAND, BasK, N 22 zu Art. 107 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 35 zu Art. 107 OR; GIGER, BerK, N 78 zu Art. 214 OR.

VIII. Anhang: der Entscheid BGE 123 III 16 ff.

Der Entscheid BGE 123 III 16 ff. wird im folgenden vollständig wiedergegeben. Eine auf die Verzugsproblematik beschränkte teilweise Wiedergabe findet sich bei KOLLER, ZSR 1997 I, S. 495–498. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die Seiten im Originaltext.

[16] **Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Januar 1997 i.S. Erben E. gegen M. (Berufung)**

Art. 107 OR. Wahlrecht des Gläubigers bei Verzug des Schuldners.

Verzug des Verkäufers nach rechtskräftiger Verurteilung des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises: Steht der Klage des Käufers die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen (E. 2)?

Bedeutung der Wahlmöglichkeiten des Gläubigers bei Verzug des Schuldners. Auslegung der Wahlerklärung. Unwiderruflichkeit der getroffenen Wahl (E. 4).

[17] A.– Am 27. Januar 1990 schloss Dr. med. M. mit den Erben des verstorbenen Dr. med. E. einen Kaufvertrag über dessen gynäkologische Praxis, wobei im Kaufpreis von Fr. 70'000.– insbesondere sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen enthalten sein sollten. In der Folge weigerte sich M., diesen Betrag zu zahlen; er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Goodwillentschädigung zu hoch sei, weil die Karteiunterlagen grösstenteils unleserlich und zudem mit unverständlichen Aufzeichnungen versehen seien, wie er bei einer Durchsicht eines Teils der Unterlagen am 28. Januar 1990 festgestellt habe.

Im März 1991 klagten die Erben E. beim Appellationshof des Kantons Bern ihre Kaufpreisforderung sowie eine Forderung aus von ihnen anstelle von M. bezahlten Mietzinsen für die Praxisräumlichkeiten ein. Der Appellationshof verpflichtete M. mit Urteil vom 7. Juli 1992, den Erben E. Fr. 70'000.– sowie Fr. 6'464.– zu bezahlen, beides nebst Zins. Auf Berufung bestätigte das Bundesgericht dieses Urteil, wobei es in seiner Entscheid vom 20. April 1993 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz insbesondere den Einwand verwarf, der sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen umfassende Kaufvertrag der Parteien weise einen widerrechtlichen Inhalt auf und sei daher gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig (BGE 119 II 222 ff.).

Im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid ergaben sich weitere Meinungsverschiedenheiten über die Vertragserfüllung. M. erhob Anspruch auf alle Unterlagen über die Patientinnen. Die Erben E. vertraten demgegenüber die Ansicht, nur die Namen und die Adressen seien geschuldet. Nach längerem Hin und Her verzichtete M. mit Schreiben vom 26. November 1993 auf die Leistung der Verkäufer und behielt sich die Geltendmachung von Schadenersatz vor. Die Erben E. setzten in der Folge den vom Bundesgericht zugesprochenen Betrag in

Betreibung. Nachdem sie definitive Rechtsöffnung erlangt hatten, bezahlte ihnen M. mit Vergütungsaufträgen vom 21. April 1994 und vom 7. Juni 1994 den Betrag von Fr. 85'913.–. M. verlangte daraufhin erneut die bedingungslose [18] Herausgabe aller Patientinnenunterlagen. Die Erben E. lehnten dies wiederum ab. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 erklärte der Kläger deshalb den Rücktritt vom Vertrag und stellte die Rückforderung des Geleisteten sowie die Geltendmachung von Schadenersatz in der Höhe der angefallenen Prozess- und Parteikosten in Aussicht.

B.– Am 13. April 1995 klagte M. beim Appellationshof des Kantons Bern gegen die Erben E. auf Rückzahlung des Betrages von Fr. 85'913.– und auf Schadenersatz in der Höhe von Fr. 4'898.–. Mit Urteil vom 13. März 1996 schützte der Appellationshof diese Begehren.

C.– Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten teilweise gut, hebt das Urteil des Appellationshofs auf und weist die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

2.– Wie bereits im kantonalen Verfahren erheben die Beklagten auch vor Bundesgericht die Einrede der abgeurteilten Sache und beantragen gestützt darauf – wenn auch bloss im Sinne eines Eventualstandpunktes – Nichteintreten auf die Klage. Dieser Antrag ist zulässig (vgl. Art. 40 OG in Verbindung mit Art. 22 BZP; BGE 121 III 474 E. 2 S. 477). Zu seiner Begründung führen die Beklagten an, der Streitgegenstand des vorliegenden zweiten Prozesses sei mit jenem des ersten, mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 1993 abgeschlossenen Prozesses identisch; in beiden Verfahren gehe es um den zulässigen Kaufgegenstand, um die richtige und rechtzeitige Erfüllung durch die Verkäufer und um die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises.

a) Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, falls der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird. In anspruchsbezogene materielle Rechtskraft erwächst demzufolge allein das Sachurteil. Ein solches liegt nur vor, wenn und soweit das Gericht die Sachverhaltsvorbringen der Parteien materiellrechtlich würdigt, das heisst den geltend gemachten Anspruch inhaltlich beurteilt. Die Rechtskraftwirkung tritt nur soweit ein, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist. Zwar erwächst der Entscheid nur in jener Form in Rechtskraft, wie er im Urteilsdispositiv zum Ausdruck kommt, doch ergibt sich dessen Tragweite vielfach erst aus den Urteilerwägungen. Im übrigen [19] haben die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Erwägungen eines Entscheids aber in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung. Die

materielle Rechtskraft der Entscheidung wird objektiv begrenzt durch den Streitgegenstand. Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Er wird durch die Rechtsbehauptungen bestimmt, die von den im abgeschlossenen Verfahren gestellten und beurteilten Begehren erfasst werden. Der neue Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn im neuen Verfahren bloss das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird oder wenn die im ersten Prozess beurteilte Hauptfrage für Vorfragen des zweiten Prozesses von präjudizieller Bedeutung ist. Andererseits sind Rechtsbehauptungen trotz gleichen Wortlauts dann nicht identisch, wenn sie nicht auf dem gleichen Entstehungsgrund, das heisst auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen (BGE 121 III 474 E. 4a S. 477 f., mit Hinweisen).

b) Bei einem zweiseitigen Vertrag muss, wer den andern zur Erfüllung anhalten will, nach Art. 82 OR entweder selbst bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, er habe nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen. Nach herrschender Lehre (WEBER, Berner Kommentar, N. 199 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N. 7 zu Art. 82 OR; LEU, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 1 und 12 f. zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. 1974, S. 60 f.; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1995, Bd. II, N 2229) und Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 1985, publiziert in SJ 1986, S. 382; vgl. auch BGE 111 II 463 E. 3 S. 466; ebenso bereits 76 II 298 E. 3 S. 299; 79 II 277 E. 2 S. 279) gibt diese Bestimmung dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich demnach damit begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen; es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (BGE 111 II 463 E. 3 S. 466). Wird die Einrede nicht erhoben, bildet somit die Gegenleistung nicht Streitgegenstand und wird im Urteil auch dann nicht rechtskräftig über sie entschieden, wenn sie nach dem Vertrag in Vorleistung oder Zug um Zug zu erbringen ist (vgl. SJ 1986, S. 382). Erhebt der Schuldner dagegen die Einrede, zwingt er den Gläubiger zur [20] Beweisführung über die Erfüllung oder das gehörige Angebot der Gegenleistung (WEBER, a.a.O., N. 216 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 198 zu Art. 82 OR; LEU, a.a.O., N. 13 zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 64). Insofern wird diesfalls die Gegenleistung zum Streitgegenstand. Das Gericht hat die Gegenleistung dabei jedoch nur insoweit inhaltlich zu beurteilen, als der Nachweis ihrer Erfüllung oder ihres Angebots Voraussetzung für die Gutheissung der Klage des Gläubigers ist. Das Urteil steht daher einem neuen Prozess

nicht Gegenstand des damaligen Verfahrens. Wenn die Beklagten hätten ihre – vor dem Urteil vom 20. April 1993 – Leistung nach dem Urteil dennoch verweigert, so stützt er seine Klage auf eine neue Tatsache, die Einrede der abgeurteilten Sache zu Recht verworfen.

3.– Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger am 20. April 1993 mehrmals die bedingungslose Herausgabe der Unterlagen verlangt, was die Beklagten jedoch in dieser Sache nicht getan haben. Die Beklagten führen in ihrer Berufung selbst aus, dass sie dem Kläger im Urteil des Appellationshofs vom 7. Juli 1992 dem Kläger «in der Gesamtheit» angeboten hatten. Nach dem Urteil des Appellationshofs vom 20. April 1993 bildeten Vertragsgegenstand die über die Herausgabe der schriftlichen Unterlagen (Namen, Adressen, Krankengeschichten), wobei sämtliche schriftlichen Unterlagen bezüglich der [21] Praxisübernahme in den Gewahrsam des Beklagten übergeben wurden. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, ist unter dieser Bedingung die Herausgabe der Unterlagen durch die Beklagten nicht nachvollziehbar, sie hätten mit der Einschränkung ihrer Leistung auf die Übergabe bloss der Unterlagen der Patientinnen weiterhin vertragskonforme Erfüllung angeboten. Die schriftliche Unterlage der Beklagten ist im übrigen nicht ersichtlich, wenn die Vorinstanz verletzt haben sollte, wenn sie dem Kläger die Herausgabe der Unterlagen durch die Beklagten im Sinne der Urteile des Appellationshofs vom 7. Juli 1992 und des Bundesgerichts vom 20. April 1993 verstand.

4.– Befindet sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen bei einem Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 1 OR). Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt,

teilt war, sich seinerseits daher nicht mehr auf eine allfällige vertragliche Vorleistungspflicht der Beklagten berufen konnte und dass die Beklagten ihre Forderung auf dem Betreibungsweg vollstrecken konnten und auch vollstreckt haben. Mit ihrer Ansicht, dass sie vor der vollständigen Bezahlung des Preises durch den Kläger am 20. Juni 1994 mit ihrer eigenen Leistung gar nicht in Verzug hätten geraten können, verkennen die Beklagten jedoch, dass der Kläger, als er von ihnen Erfüllung forderte, nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil jeweils seine eigene Leistung angeboten hat und [22] dass in Art. 82 OR das gehörige Angebot der Erfüllung gleichgestellt wird. Dass der Kläger die Beklagten im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR zur Erfüllung gemahnt hat, ist im übrigen nicht bestritten. Die Beklagten leiten denn auch aus ihrer Behauptung, der Schuldnerverzug habe frühestens nach vollständiger Bezahlung ihrer eigenen Forderung eintreten können, rechtlich nichts ab, sondern stellen sich im Gegenteil auf den Standpunkt, der Kläger habe die Wahlmöglichkeiten des Art. 107 Abs. 2 OR schon am 26. November 1993 und nicht erst im Juni 1994 ausgeübt.

b) Entscheidet sich der Gläubiger mit dem Verzicht auf die nachträgliche Leistung für Schadenersatz aus Nichterfüllung, so hat der Schuldner ihm den Wert der Leistung zu ersetzen, auf die der Gläubiger verzichtet hat, während dieser grundsätzlich zur Erbringung seiner eigenen Leistung verpflichtet bleibt (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 154 f.; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 3052 ff.; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 379 f.). Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des sogenannten positiven oder Erfüllungs-Interesses; er ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (WIEGAND, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N 17 zu Art. 107 OR; vgl. auch BGE 120 II 296 E. 3b S. 299). Der Vertragsrücktritt begründet dagegen ein Rückabwick-

den in guten Treuen verstehen durfte und musste (W
Art. 107 OR; BUCHER, a.a.O., S. 373 f.; vgl. auch BG
II 308 S. 313. [23]

c) Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der K
vom 26. November 1993 erklärt, dass er gestützt auf
Gegenleistung verzichte und sich die Geltendmachung
entstandenen Schadens vorbehalte. Der Appellatio
dahin ausgelegt, dass sich der Kläger für Schadener
des Vertrages entschieden hat. Diese Auslegung ist b
anstanden. Im angefochtenen Urteil werden keine Ur
helegen würden, die Erklärung entgegen ihrem klar
rücktritt aufzufassen. Aus den Feststellungen der Vo
widersprüchlichen Standpunkten, welche die Parteien
rung vom 26. November 1993 eingenommen haben,
sich über deren Bedeutung möglicherweise nicht rest
die Parteien die Erklärung tatsächlich übereinstimmen
gefasst hätten, hat der Appellationshof aber jedenfalls
ser Sachlage kann ihm keine Verletzung von Bundes
wenn er die Erklärung so ausgelegt hat, wie sie die I
Anhaltspunkte auf Grund des klaren Wortlauts nach T
durften und mussten.

In seinen weiteren Erwägungen nimmt der Appellatio
nach der auf dem Betreibungsweg erzwungenen Beza
stung auf die erklärte Wahl insofern zurückkommen
denersatz aus der Nichterfüllung des Vertrages zu ver
zurücktreten können. In diesem Zusammenhang verwe

einzusehen. Die Vorinstanz hat die bindende Wirkung der einmal erklärten Wahl verkannt, wenn sie deren Widerruf zugelassen hat. Insoweit ist die Berufung begründet.

d) Der Appellationshof hat die Beklagten gemäss Art. 109 OR zur Rückleistung und zu Schadenersatz aus dem Dahinfallen des Vertrages verpflichtet und damit den Ersatzanspruch des Klägers so berechnet, als wäre er vom Vertrag zurückgetreten. Der Erklärung des Klägers vom 26. November 1993 entsprechend hätte sie den Schadenersatzanspruch nach dessen Erfüllungsinteresse bemessen müssen, wobei dem Kläger oblag, die Elemente seines Schadens nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR; BGE 120 II 296 E. 3b S. 299). Die Feststellungen der Vorinstanz erlauben nicht, den Ersatzanspruch des Klägers auf dieser Grundlage zu berechnen. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Streitsache gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG an die Vorinstanz zurückzuweisen.