



## Vertragsrücktritt mit positivem Vertragsinteresse?

### Schadensberechnung nach der Differenztheorie im Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR?

ALFRED KOLLER\*

*Verzichtet der Gläubiger bei einem synallagmatischen Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR rechtswirksam – wegen Schuldnerverzug – auf die Leistung des Gegners, so haftet dieser im Falle seines Verschuldens auf Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses. Umstritten ist, ob das positive Vertragsinteresse nur nach der Austauschtheorie oder auch nach der Differenztheorie verlangt werden kann. Die Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung, was vom Verfasser anhand von BGer 4A\_251/2010 illustriert wird. Dieser Entscheid lehnt ein Vorgehen nach der Differenztheorie ab, der Autor ist gegenteiliger Ansicht.*

*Si, dans le cadre d'un contrat synallagmatique au sens de l'art. 107 al. 2 CO, le créancier renonce valablement – en raison de la demeure du débiteur – à la prestation de l'autre partie, celle-ci est obligée, en cas de faute de sa part, d'indemniser l'intérêt positif ou négatif. La question de savoir si l'intérêt positif peut être exigé uniquement en vertu de la théorie de l'échange ou également selon la théorie de la différence est controversée. La question revêt une importance pratique considérable, ce que l'auteur illustre sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2010. Cet arrêt rejette l'approche selon la théorie de la différence ; l'auteur est d'avis contraire à l'arrêt.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkung
- II. Das Problem ...
- III. ... und seine Lösung
  - A. Lehre und Rechtsprechung
  - B. Eigene Auffassung
- IV. Zu guter Letzt: Man darf, muss aber nicht und soll auch nicht immer

### I. Einleitende Bemerkung

Die folgenden Ausführungen beziehen sich zwar nur auf den Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR. Sie gelten jedoch sinngemäss auch für den Rücktritt nach Art. 97 OR,<sup>1</sup> sowie beim Rücktritt nach Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR. Diese beiden Fälle bleiben im Folgenden angesichts bescheidener praktischer Bedeutung ausgeklammert.

### II. Das Problem ...

Kommt der Schuldner aus einem vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag mit seiner Leistung in Verzug (Art. 102 OR), kann der Gläubiger nach Massgabe

von Art. 107 f. OR auf die ausgebliebene Leistung verzichten. Im Falle eines Leistungsverzichts muss er seine eigene Leistung ebenfalls nicht erbringen bzw. kann diese, falls bereits erbracht, zurückverlangen. Er kann mit anderen Worten vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 1 OR). Trifft den Schuldner ein Verschulden, hat der Gläubiger zudem Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Art. 109 Abs. 2 OR). Er kann also – vereinfacht gesagt – verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte. Statt zurückzutreten und Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu beanspruchen, kann er aber auch seine eigene Leistung erbringen bzw., falls bereits erbracht, beim Schuldner belassen, und anstelle der ausgebliebenen Leistung Schadenersatz (Ersatz des positiven Vertragsinteresses<sup>2</sup>) verlangen. Diese Möglichkeit ist in Art. 107 Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen. Nicht vorgesehen ist hingegen nach dem Gesetzestext die Möglichkeit, dass der Gläubiger den Rücktritt mit dem Ersatz des positiven Vertragsinteresses kombiniert, indem er seine eigene Leistung zurückbehält bzw. zurückfordert und als sein positives Vertragsinteresse die Differenz zwischen dem Schadenersatz für die ausgebliebene Leistung und dem Wert seiner eigenen Leistung geltend macht. Mit anderen Worten steht dem Gläubiger, will er das positive Vertragsinteresse ersetzt haben, nach dem Gesetzeswortlaut nur ein Vorgehen nach der Austauschtheorie offen, nicht aber nach der Differenztheorie. Einzelne Sonderregeln sehen allerdings die Zulässigkeit eines Vorgehens nach der Differenztheorie ausdrücklich vor (siehe Art. 191 Abs. 2 OR

\* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen.

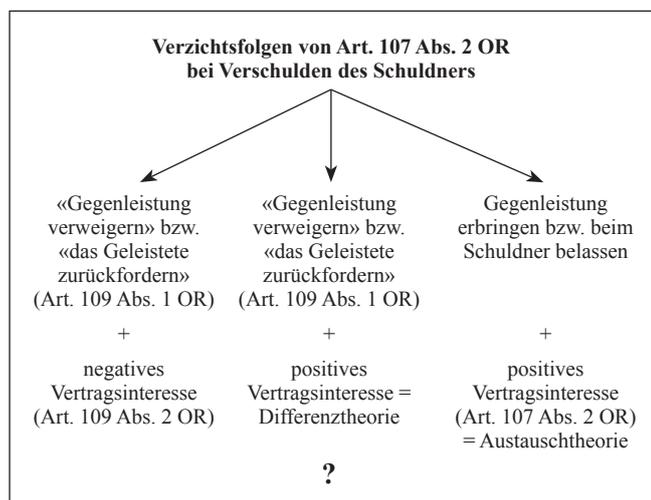
<sup>1</sup> Art. 97 OR sieht die Rücktrittsmöglichkeit im Unterschied zu Art. 107 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich vor, sie wurde jedoch vom Bundesgericht anerkannt (BGer, 4A\_101/2015, 21.7.2015, E. 4.5) und entspricht der ganz herrschenden Lehre (z.B. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 46 N 26, bzw. 4. A., Bern 2017 [zit. KOLLER, ORAT], N 46.25).

<sup>2</sup> Dieses ist in Art. 107 Abs. 2 OR mit dem «aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden» gemeint.

und Art. 215 Abs. 1 OR). Ob diese und ähnliche Bestimmungen auf einem verallgemeinerungsfähigen Gedanken beruhen und daher ein Vorgehen nach der Differenztheorie auch im Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR offensteht, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten (vgl. unten III.A.). Die Kontroverse sei anhand eines konkreten Sachverhalts, welcher dem BGer 4A\_251/2010, 12.8.2010, zugrunde liegt, illustriert:<sup>3</sup>

V. hatte dem K. am 9. Juli 2007 eine Yacht zum Preis von 1,05 Mio. EUR verkauft. Der Preis war im Voraus zu bezahlen. In der Folge kam K. mit der Kaufpreiszahlung in Verzug. V. machte von seinem Recht, sofort auf die Kaufpreiszahlung zu verzichten (Art. 214 Abs. 1 OR), keinen Gebrauch, sondern gewährte dem K. eine zusätzliche Zahlungsfrist (Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR).<sup>4</sup> Als K. auch diese ungenutzt verstreichen liess, trat V. vom Vertrag zurück und beauftragte den Makler X. mit dem Verkauf der Yacht. X. fand einen Käufer, der das Boot zum Preis von 1,02 Mio. EUR kaufte. In der Folge verlangte V. von K. die an X. bezahlte Kommission (Art. 412 OR) nebst dem Mindererlös aus dem Verkauf (CHF 30'000) als sein positives Vertragsinteresse ersetzt. Er berechnete also sein positives Vertragsinteresse nach der Differenztheorie. Erstinstanzlich wurde die Klage abgewiesen, zweitinstanzlich hingegen gutgeheissen. Das Bundesgericht hat das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt (siehe Näheres zu diesem Entscheid in III.A.).

Der weiteren Illustration diene folgende Skizze:



### III. ... und seine Lösung

#### A. Lehre und Rechtsprechung

Zur Frage, ob ein Vorgehen nach der Differenztheorie im Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR zulässig ist, werden in der *Lehre* drei Auffassungen vertreten: Die einen verneinen diese Möglichkeit generell, andere befürworten sie generell. Eine dritte (mittlere) Meinung geht dahin, dass der Gläubiger sein positives Vertragsinteresse nur dann nach der Differenztheorie berechnen darf, wenn er seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat (milde Differenztheorie im Gegensatz zur strengen Differenztheorie, nach welcher der Ersatz des positiven Vertragsinteresses auch mit der Rückforderung der eigenen Leistung kombiniert werden darf).<sup>5</sup>

Das *Bundesgericht* hat in BGE 54 II 308, 312, die Frage offengelassen, ob es der strengen Differenztheorie folgen will. Der Sache nach hat es allerdings mehrfach im Sinne dieser Theorie entschieden (illustrativ vor allem BGE 49 II 28, ferner 45 II 283, 49 II 373 E. 4, 76 II 300). Dass zumindest ein Vorgehen nach der milden Differenztheorie offensteht, entspricht der konstanten Rechtsprechung bis BGE 123 III 16. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht auf die Austauschtheorie abgestellt, allerdings ohne die Kontroverse auch nur anzusprechen. Die seitherige Rechtsprechung ist schwankend: Im Entscheid BGer, 4C.18/2005, 30.5.2005, ist es nach der milden Differenztheorie vorgegangen, hingegen hat es sich in BGer, 4A\_251/2010, 12.8.2010 (das ist der oben unter

<sup>5</sup> Für die erste Ansicht (Austauschtheorie) z.B. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Zürich 1929, Art. 107 OR N 23 (weitere Nachweise bei PHILIPP JERMANN, Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR – Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Diss., St. Gallen 2003, N 56, Fn 132 und 190); für die strenge Differenztheorie z.B. ROLF WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 107 OR N 200 (weitere Nachweise bei JERMANN, a.a.O., N 78, Fn 200); für die milde Differenztheorie z.B. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1988, 381 (weitere Nachweise bei JERMANN, a.a.O., N 75, Fn 191). JERMANN selbst vertritt die strenge Differenztheorie (a.a.O., N 83 ff.). Ich habe mich seit jeher ebenfalls für diese Theorie ausgesprochen, erstmals im Berner Kommentar (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, Art. 366 OR N 385), später im Basler Kommentar (BSK OR I-KOLLER, Art. 214 N 24, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 [zit. BSK OR I-KOLLER]), in den Lehrbüchern zum OR AT (KOLLER, OR AT [FN 1], § 55 N 149 [3. A.], N 55.147 ff. [4. A.]) und OR BT (KOLLER, OR BT I [FN 4], § 4 N 38, 63 ff.) sowie in dem in FN 14 zitierten Aufsatz.

<sup>3</sup> Der Sachverhalt ist in rechtlich unerheblicher Weise vereinfacht.  
<sup>4</sup> Das war zulässig (z.B. BGE 86 II 221 E. 1; 49 II 28 E. 3; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR, Bern 2012 [zit. KOLLER, OR BT I], § 4 N 45).

II. geschilderte Fall) gegen diese Theorie ausgesprochen. Die – überaus kurze – Begründung lautet wie folgt:

«Le créancier ne peut pas réclamer de dédommagement à calculer d'après la situation que l'exécution correcte du contrat lui aurait procurée, cela parce que les dommages-intérêts dits positifs, remplaçant la prestation contractuelle que l'autre partie n'a pas fournie, ne sont prévus à l'art. 107 al. 2 CO que dans l'hypothèse où le contrat est maintenu; ainsi, le créancier y renonce s'il se départ du contrat. Ces règles sont l'objet d'une controverse doctrinale où certains auteurs proposent que le cocontractant confronté à la demeure de l'autre, désireux de sauvegarder ses intérêts, puisse tout à la fois se libérer de ses propres obligations et réclamer les dommages-intérêts positifs (Philipp Jermann, Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR, 2003, p. 35 nos 65 et ss, avec références à d'autres auteurs; voir aussi Luc Thévenoz, in Commentaire romand, nos 14 à 17 ad art. 109 CO; Ariane Morin, Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB, RDS 124/2005 I p. 368). Néanmoins, il reste que la jurisprudence actuelle, précitée, correspond à la conception adoptée par le législateur suisse (Jermann, op. cit., p. 36 n° 67; Thévenoz, ibid.; arrêt 4C.286/2005 du 18 janvier 2006, RNRF 2006 p. 391, consid. 2.4 p. 394), et il n'y a donc pas lieu de s'en écarter dans la présente affaire.»<sup>6</sup>

Aus der *kantonalen Rechtsprechung* sind zahlreiche Urteile bekannt, in denen auf die Differenztheorie abgestellt wurde (vgl. zum Beispiel die Entscheide der Vorinstanzen in BGE 45 II 274, 48 II 263 [strenge Differenztheorie] und BGer, 4A\_251/2010, 12.8.2010 [milde Differenztheorie]).

## B. Eigene Auffassung

Nach der hier vertretenen Ansicht verdient die Differenztheorie den Vorzug, und zwar die strenge. Ob der Gläubiger, der Ersatz seines positiven Interesses verlangt, seine eigene Leistung bereits erbracht hat oder nicht, spielt also keine Rolle. So oder so kann er – bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 107 Abs. 2 OR) – zurücktreten und statt der ausgebliebenen Leistung sein Erfüllungsinteresse geltend machen. Für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle besteht kein sachlicher Anlass. Für einen einzelnen Tatbestand, den Kreditkauf, ergibt sich dies aus dem Gesetz: Wenn sich der Verkäufer bei einem Kreditkauf den Rücktritt rechtswirksam, nämlich ausdrücklich, vorbehalten hat, kann er den bereits geleisteten Kaufgegenstand – unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR – zurückverlangen (Art. 214 Abs. 3 OR) und (trotzdem) Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (Art. 215 OR, der sich nach seiner systematischen Stellung ersicht-

lich auch auf Art. 214 Abs. 3 OR bezieht).<sup>7</sup> Dass die strenge Differenztheorie dem Gesetz nicht fremd ist, belegen auch Art. 208 Abs. 1 und 3 OR (danach kann der Käufer im Falle der Wandelung das positive Vertragsinteresse unter Rückforderung des Kaufpreises ersetzt verlangen). Diese und ähnliche Bestimmungen beruhen auf der Erwägung, dass es dem Gläubiger, der die ihm versprochene Leistung nicht erhält, unter Umständen nicht zumutbar ist, seine eigene Leistung *in natura* zu erbringen. In solchen Fällen soll ihm die Möglichkeit offenstehen, seine Leistung zu behalten und trotzdem sein Erfüllungsinteresse geltend zu machen. Folgt man der Gegenauffassung, so hat dies bei einem Kaufvertrag praktisch zur Konsequenz, dass der Verkäufer – bei gegebenem Verzichtstatbestand (Art. 107 Abs. 2 OR) – nur zurücktreten oder am Vertrag festhalten kann (ein Vorgehen nach der Austauschtheorie ist für ihn wohl nie von praktischem Interesse, würde dadurch doch lediglich der Kaufpreisanspruch durch einen inhaltsgleichen Geldersatzanspruch ausgewechselt).<sup>8</sup> Dass dies die Ansicht des Gesetzgebers sein soll, ist nicht anzunehmen.

Im BGB/DE ist die Möglichkeit, nach der Differenztheorie vorzugehen, seit dem Jahre 2001 gesetzlich verankert (§ 325 BGB/DE): «Nach der Intention des Gesetzgebers» sollte «hierdurch die im früheren Recht in §§ 325, 326 BGB/DE a.F. angelegte, nicht mehr als sachgerecht empfundene Alternativität zwischen dem Ersatz des Erfüllungsinteresses (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) und der Ausübung des Rücktrittsrechts aufgegeben und durch eine Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz abgelöst werden».<sup>9</sup> § 325 BGB/DE n.F. unterscheidet nicht, ob der Schadenersatz fordernde Gläubiger die eigene Leistung bereits erbracht hat oder nicht. Es gilt also die strenge Differenztheorie.<sup>10</sup>

Das Bundesgericht begründet seine gegenteilige Ansicht in BGer, 4A\_251/2010, 12.8.2010, ausschliesslich mit dem Gesetzeswortlaut (siehe oben III.A., Kleindruck). Diesem kommt aber – wie allseits anerkannt – nicht ohne Weiteres entscheidende Bedeutung zu.<sup>11</sup> Namentlich ge-

<sup>6</sup> E. 2.

<sup>7</sup> THOMAS MERZ, Der Zahlungsverzug des Käufers, Diss., St. Gallen 2003, 137; KOLLER, OR BT I (FN 4), § 4 N 62; anderer Ansicht FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Freiburg 1988, N 676. Weitere Nachweise bei BSK OR I-KOLLER (FN 5), Art. 214 N 24.

<sup>8</sup> KOLLER, OR BT I (FN 4), § 4 N 47.

<sup>9</sup> BGH, VIII ZR 145/09, 14.4.2010, N 15, in: NJW 2010, 2426.

<sup>10</sup> DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 21. A., München 2015, N 448, 513.

<sup>11</sup> Auch von einem klaren Gesetzeswortlaut darf abgewichen werden, wenn aus triftigen Gründen anzunehmen ist, dass er nicht den wirklichen Gesetzessinn wiedergibt (z.B. BGE 140 III 553, weitere Nachweise bei bei PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, § 5 N 10).

setzsystematische und teleologische Erwägungen können zu einer vom Wortlaut abweichenden Interpretation führen, unter Umständen auch in Verbindung mit rechtsvergleichenden Erwägungen (vgl. zum Beispiel BGE 130 III 85).<sup>12</sup> Zudem darf nicht vergessen werden, dass Recht etwas mit Gerechtigkeit zu tun hat und daher eine sachlich unangemessene Lösung vom Richter nur dann befürwortet werden sollte, wo sie ihm vom Gesetz wirklich aufgedrängt wird. All dies bleibt im fraglichen Entscheid unberücksichtigt. Insbesondere geht das Bundesgericht nicht auf die Analogiefähigkeit der Art. 191 und 215 OR und anderer Regeln ein, welche ein Vorgehen nach der Differenztheorie für zulässig erklären, und erwähnt auch den Wandel in der deutschen Rechtsauffassung mit keinem Wort. Insgesamt mutet es einigermaßen merkwürdig an, mit welcher Unbekümmertheit das Bundesgericht den Entscheid einer kantonalen oberen Instanz (*in casu*: *Cour de justice* des Kantons Genf) «kehrt» und dabei den Eindruck erweckt, man bestätige nur die eigene konstante Rechtsprechung. Dabei hat doch das Bundesgericht schon verschiedentlich im Sinne der Differenztheorie entschieden, auch noch nachdem es sich in BGE 123 III 16 für die Austauschtheorie ausgesprochen hatte (BGer 4C.18/2005). Im Übrigen vertritt JERMANN – entgegen dem durch den Entscheid erweckten Eindruck – die hier vertretene Ansicht (und das mit Entschiedenheit und eingehender Begründung).<sup>13</sup>

#### IV. Zu guter Letzt: Man darf, muss aber nicht und soll auch nicht immer

Wer nach Art. 107 Abs. 2 OR – rechtswirksam – auf die Leistung des Gegners verzichtet, darf zwar nach der Differenztheorie vorgehen, er muss aber nicht. Im Einzelfall kann ein Vorgehen nach der Austauschtheorie durchaus sinnvoll sein. Im Regelfall verhält es sich freilich anders. Denn die Differenztheorie erlaubt dem Verzichtenden, zumindest seine eigene Leistung zu erhalten. Demgegenüber riskiert er nach der Austauschtheorie, dass ihm der Schadensbeweis ganz oder teilweise misslingt und er daher weniger an Schadenersatz erhält, als seine eigene – von ihm zu erbringende – Leistung wert ist. Misslingt ihm der Beweis *vollständig*, geht ihm letztlich seine ganze eigene Leistung verloren. Das illustriert auf drastische Wei-

se BGE 123 III 16.<sup>14</sup> Bereitet allerdings der Schadensbeweis keine Probleme, so kann die Austauschtheorie von Vorteil sein, denn sie erlaubt dem Gläubiger seine eigene Leistung loszuschlagen, für welche er unter Umständen keinen Bedarf mehr hat.

*Beispiel:* K. hat bei V. ein Auto für CHF 25'000 gekauft und sogleich bezahlt. In der Folge kommt V. mit der Lieferung des Autos in Verzug und lässt auch eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen. Hierauf verzichtet K. – rechtswirksam – auf die Lieferung des Autos (Art. 107 Abs. 2 OR) und kauft ein Auto genau desselben Typs bei X., muss dafür jedoch CHF 26'000 bezahlen. In dieser Situation kann K. entweder die bezahlten CHF 25'000 bei V. belassen und CHF 26'000 als Schadenersatz verlangen (Austauschtheorie) oder aber er kann die CHF 25'000 zurückverlangen und zusätzlich CHF 1'000 als Schadenersatz einfordern (Differenztheorie). Für ein Vorgehen nach der Austauschtheorie besteht offensichtlich kein Bedürfnis; im Gegenteil riskiert K. nach dieser Theorie, dass ihm der Beweis seines Schadens (CHF 26'000) misslingt und er gegebenenfalls ohne Kaufpreis und ohne Schadenersatz dasteht. Ein Vorgehen nach der Austauschtheorie kann für K. hingegen dann von Vorteil sein, wenn man das Beispiel dahin abwandelt, dass K. das Auto nicht gekauft, sondern dafür einen Traktor im Wert von CHF 25'000 versprochen und geliefert hat (Tausch). Diesfalls kann K. daran interessiert sein, den Traktor gegen CHF 26'000 beim V. zu belassen, statt ihn zurückzunehmen und CHF 1'000 Schadenersatz zu verlangen. Man denke sich den Fall, dass K. bereits einen anderen Traktor gekauft hat und daher an der Rücknahme des an V. gelieferten Traktors nicht interessiert ist.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Nach ERNST A. KRAMER, *Methodenlehre*, 5. A., Bern 2016, 277, ist das Bundesgericht «vorbildlich <internationalistisch> eingestellt».

<sup>13</sup> JERMANN (FN 5), N 83 ff.

<sup>14</sup> Siehe dazu ALFRED KOLLER, *Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR*, ZSR 1997 I, 495 ff.; auch KOLLER, OR BT I (FN 4), § 4 N 41.

<sup>15</sup> Das Gesagte und insbesondere die Skizze von oben II. sollte zumindest eines deutlich gemacht haben: dass es sich nämlich bei der Differenztheorie um eine Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse handelt. Das wird allerdings in der Lehre nicht durchwegs so gesehen (s. z.B. ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. A., Zürich 2012, S. 553 ff., insbesondere die Skizze auf S. 554).