



## Vertragsrücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers

ALFRED KOLLER\*

*Tritt der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers rechtswirksam vom Vertrag zurück (Art. 107 f., 214 OR), fällt seine Lieferungspflicht dahin bzw. kann er die Kaufsache, falls er sie bereits geliefert hat, zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR). Trifft den Käufer ein Verschulden, hat der Verkäufer zusätzlich Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Art. 109 Abs. 2 OR). Umstritten ist, inwieweit er stattdessen Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen kann. Dieser Frage gilt ein erster Schwerpunkt des Aufsatzes (mit Kritik an BGE, 4A\_251/2010, 12.8.2010). In einem zweiten Schwerpunkt geht es um die Frage, in welchem Zeitpunkt der Verkäufer den Rücktritt erklären muss, wenn er den Vertrag ohne Nachfristansetzung (Art. 108 OR) auflösen will (mit Kritik an BGE 143 III 495). Sonderregeln (z.B. Art. 75 WKR) werden insoweit berücksichtigt, als sie für die richterrechtliche Ergänzung der OR-Regelung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) beachtlich sind.*

*En cas de résiliation d'un contrat en bonne et due forme par le vendeur en raison d'un retard de paiement de l'acheteur (art. 107 s., 214 CO), son obligation de livraison disparaît et il peut demander la restitution de la marchandise vendue, s'il l'a déjà livrée (art. 109 al. 1 CO). En cas de faute de l'acheteur, le vendeur a en plus droit au dédommagement de l'intérêt négatif (art. 109 al. 2 CO). Le fait de savoir dans quelle mesure celui-ci peut exiger, à la place, le dédommagement de l'intérêt positif est controversé. Un point central de l'article concerne cette question (avec une critique quant à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2010 du 12.8.2010). Un autre point important de la présente contribution concerne le moment auquel le vendeur doit déclarer sa volonté de résilier lorsqu'il souhaite le faire de manière immédiate (art. 108 CO ; avec une critique quant à l'ATF 143 III 495). Les règles spéciales (p. ex. art. 75 CVIM) ne sont prises en considération que dans la mesure où elles permettent au juge de compléter les règles du CO (art. 1 al. 2 CC).*

### Inhaltsübersicht

- I. Zum Thema
- II. Voraussetzungen des Rücktritts
  - A. Überblick
  - B. Rücktritt in den Fällen von Art. 108 OR
- III. Haftungsfolgen des Rücktritts
  - A. Überblick
  - B. Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Differenztheorie)
    1. Gesetzliche Sonderregeln
    2. Ungeschriebene Sonderregeln
    3. Fazit

### I. Zum Thema

Wenn ein Käufer mit der Zahlung des Preises in Verzug gerät, also den vertraglich vereinbarten Zahlungstermin nicht einhält (Art. 102 Abs. 2 OR), oder bei Fehlen eines vertraglichen Zahlungstermins die gemäss Art. 75 OR fällige Zahlung trotz Mahnung nicht erbringt (Art. 102 Abs. 1 OR), so kann der Verkäufer nach Massgabe von Art. 107, Art. 108 und Art. 214 OR vom Vertrag zurücktreten. Rücktritt bedeutet in den erwähnten Bestimmungen Vertragsauflösung ex tunc (mit rückwirkender Kraft).<sup>1</sup>

\* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privat- und Handelsrecht, Rechtsanwalt in St. Gallen.

<sup>1</sup> In Art. 107 Abs. 2 OR meint der Ausdruck *ausschliesslich* die Vertragsauflösung ex tunc, wogegen er in Art. 214 OR zwei Bedeutungen haben kann (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligati-

Gegebenenfalls fällt also der Kaufpreisanspruch des Verkäufers dahin, umgekehrt wird dieser von seiner Lieferverpflichtung befreit bzw. kann er die Kaufsache, falls er bereits erfüllt hat, zurückverlangen (Art. 109 Abs. 1 OR).

Ein allfälliger Rückforderungsanspruch ist obligatorischer Natur, da der Vertragstatbestand durch den Rücktritt – anders als bei einem Widerruf (z.B. nach Art. 40a ff. OR) oder der Vertragsanfechtung (Art. 23 ff. OR) – nicht rückwirkend beseitigt wird und daher ein dinglicher Rückabwicklungsanspruch (Vindikation) ausser Betracht fällt.<sup>2</sup> Umstritten ist, ob es sich um einen vertraglichen oder einen Bereicherungsanspruch handelt. Die heute herrschende Lehre nimmt Ersteres an, die früher herrschende Letzteres.<sup>3</sup>

Im Falle eines Rücktritts hat der Verkäufer Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, falls den Käufer – wie regelmässig – ein Verschulden trifft (Art. 109 Abs. 2 OR). Der Verkäufer kann also verlangen, so ge-

onenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012 [zit. KOLLER, OR BT], § 4 N 47 f.): Rücktritt (vom ganzen Vertrag) und Teilrücktritt (Verzicht auf die Kaufpreiszahlung unter Aufrechterhaltung der Pflicht zur Lieferung der Kaufsache). Noch einmal anders Art. 404 Abs. 2 OR (Rücktritt = Vertragsauflösung ex nunc [= Widerruf bzw. Kündigung i.S.v. Art. 404 Abs. 1 OR]).

<sup>2</sup> In der älteren Lehre (Nw. bei THOMAS MERZ, Der Zahlungsverzug des Käufers, Diss. St. Gallen 2003, 126 f. Fn 618) wurde freilich auch schon das Gegenteil vertreten (nachträglicher Wegfall der causa, was nach dem Kausalitätsprinzip den Weg zur Vindikation öffnet), ebenso BGE 109 II 26 E. 3a (mit Bezug auf die Wandelung, Art. 208 OR).

<sup>3</sup> MERZ (FN 2), 126. f. mit Fn 619 und 624.

stellt zu werden, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte.<sup>4</sup> Hingegen kann er nach allgemeinem Verzugsrecht (Art. 107 und Art. 109 OR) nicht verlangen, finanziell (wirtschaftlich) so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag regulär abgewickelt worden wäre. Eine derartige Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse ist jedoch in einzelnen Sonderregeln (z.B. Art. 215 Abs. 1 OR) vorgesehen. Strittig ist, ob bzw. inwieweit diese analogiefähig sind, also – im Wege der Gesetzesergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – auch bei nicht unmittelbar geregelten Tatbeständen angewendet werden können. Diese Frage steht im Zentrum des vorliegenden Aufsatzes (unten III.). Zuvor aber sollen die Voraussetzungen des Rücktritts dargestellt werden, wenn auch nur in den Grundzügen (unten II.).

Im Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts (WKR)<sup>5</sup> richten sich die Voraussetzungen des Rücktritts und die Rücktrittsfolgen nicht nach OR, sondern nach diesem Abkommen (s. Art. 64 betr. die Rücktrittsvoraussetzungen, Art. 75 betr. die Haftungsfolgen). Nachstehend bleiben die betreffenden Regeln, soweit nicht anders vermerkt, ausser Betracht. Entsprechendes gilt für sonstige Sonderregeln (z.B. Art. 18 KKG<sup>6</sup>).

Die folgenden Ausführungen sind auf den Fahrniskauf zugeschnitten. Die diesbezüglichen Regeln (Art. 187 ff. OR) gelten jedoch «entsprechend» auch für den Grundstückskauf (Art. 221 OR). «Entsprechend» bedeutet nicht, dass die Art. 187 ff. OR beim Grundstückskauf notwendig inhaltliche Modifikationen erfahren. Vielmehr gilt im Grundsatz das Gegenteil.<sup>7</sup> Inhaltliche Änderungen haben nur dort Platz zu greifen, wo sich dies wegen der unterschiedlichen Natur des Kaufgegenstandes aufdrängt.<sup>8</sup> Wo dies zutrifft, wird im Folgenden ausdrücklich darauf hingewiesen.

<sup>4</sup> Diese gängige Schadensberechnungsformel gibt allerdings die Rechtslage nicht ganz zutreffend wieder (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017 [zit. KOLLER, OR AT], N 54.148).

<sup>5</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. März 1991 (SR 0.221.211.1).

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1).

<sup>7</sup> Die romanischen Gesetzestexte sprechen von analoger Anwendung («par analogie», «per analogia»). Das ist insofern missverständlich, als unter Analogie regelmässig eine Gesetzesergänzung modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 ZGB) verstanden wird.

<sup>8</sup> Z.B. MARKUS BINDER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 221 OR N 1; KUKO OR-STARK, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Verfasser), Art. 221 N 3.

## II. Voraussetzungen des Rücktritts

### A. Überblick

Mit den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts befassen sich – wie bereits gesagt – die Art. 107 f. OR sowie Art. 214 OR. Diese letztere Bestimmung unterscheidet:

- Bei einem *Barkauf*, wenn also der Austausch von Kaufsache und Kaufpreis gleichzeitig – Zug um Zug – zu erfolgen hat, kann der Verkäufer beim Zahlungsverzug des Käufers «ohne weiteres» vom Vertrag zurücktreten (Art. 214 Abs. 1 OR), also ohne die im Allgemeinen (Art. 107 Abs. 2 OR) erforderliche Nachfristansetzung. Ein allfälliger Rücktritt hat allerdings «sofort» nach Verzugsseintritt zu erfolgen (Art. 214 Abs. 2 OR), ansonsten der Vertrag weiterhin unverändert Bestand hat. Freilich bleibt es dem Verkäufer, der das Sofort-Erfordernis nicht beachtet, unbenommen, später nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR den Rücktritt zu erklären, also dem Käufer eine Nachfrist zu setzen und nach ungenutztem Ablauf derselben vom Vertrag zurückzutreten (BGE 86 II 221 E. 11; 49 II 28 E. 3). Gegebenenfalls muss der Rücktritt sofort nach Fristablauf erklärt werden. In drei Fällen entfällt das Erfordernis der Nachfristansetzung (Art. 108 OR, wo allerdings nicht gesagt wird, wann der Rücktritt zu erklären ist [s. dazu unten II.B.]).

Art. 214 Abs. 1 und 2 OR finden auch beim Grundstückskauf Anwendung (Art. 221 OR; BGE 96 II 47 E. 2). Wenn also beispielsweise abgemacht ist, dass sich die Parteien zu einem bestimmten Zeitpunkt auf dem Grundbuchamt einzufinden haben, um dort den Vertrag zu vollziehen (Abgabe der Grundbuchanmeldung gegen Zahlung des Kaufpreises; Zug-um-Zug-Geschäft, Art. 184 Abs. 2 OR), so kann der Verkäufer den Vertrag ohne weiteres (ohne Nachfristansetzung) auflösen, wenn der Käufer sich zur betreffenden Zeit nicht auf dem Grundbuchamt einfindet. Gegebenenfalls hat er den Rücktritt sofort zu erklären, andernfalls er auf ein Vorgehen nach Art. 107 f. OR angewiesen ist.

- Das soeben zum Barkauf Gesagte gilt sinngemäss auch bei einem *Vorauszahlungskauf* (Praenumerandokauf), wenn also abgemacht ist, dass der Kaufpreis vor der Lieferung der Kaufsache zu zahlen ist bzw. der Verkäufer die Kaufsache erst nach Erhalt des Kaufpreises zu liefern hat.
- Abweichendes gilt hingegen bei einem *Kreditkauf* (Postnumerandokauf), wenn also abgemacht ist, dass die Kaufsache vor der Zahlung des Kaufpreises zu liefern ist bzw. der Käufer den Kaufpreis erst nach Lieferung der Kaufsache zu zahlen hat. Kommt in einem solchen Fall der Käufer in Zahlungsverzug, so gilt mit

Bezug auf den Rücktritt Folgendes:<sup>9</sup> *Erstens* kann der Verkäufer vom Vertrag überhaupt nur unter der Voraussetzung zurücktreten, dass er sich das Rücktrittsrecht ausdrücklich vorbehalten hat (Art. 214 Abs. 3 OR). Anders als beim Bar- und beim Vorauszahlungskauf besteht also von Gesetzes wegen kein Rücktrittsrecht. Als ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt gilt namentlich der Eigentumsvorbehalt, unabhängig davon, ob er im entsprechenden Register eingetragen wird oder nicht<sup>10</sup>. *Zweitens* kann der Verkäufer vorbehaltlich der Fälle von Art. 108 OR nur dann zurücktreten, wenn er dem Käufer eine Nachfrist setzt und diese ungenutzt verstreicht (Art. 214 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR). Gegebenenfalls muss der Rücktritt sofort nach Ablauf der Nachfrist erklärt werden. Anders als bei einem Bar- oder Vorauszahlungskauf verschafft also der Zahlungsverzug des Käufers dem Verkäufer grundsätzlich kein sofortiges Rücktrittsrecht.

Beim Grundstückskauf, auf den Art. 214 Abs. 3 OR ebenfalls Anwendung findet (Art. 221 OR), «ist zu berücksichtigen, dass die Funktion, die bei der Erfüllung des Fahrniskaufs dem Besitzübergang zukommt, bei der Erfüllung des Grundstückskaufs der Eintragung im Grundbuch zufällt. Nicht der vor der Zahlung des Kaufpreises erfolgte Besitzübergang, sondern die vor der Zahlung vollzogene Eintragung des Käufers im Grundbuch hat daher beim Grundstückskauf die in Art. 214 Abs. 3 vorgesehenen Rechtsfolgen» (BGE 86 II 221, 234 [obiter bestätigt in 110 II 447]; ZR 1926, 227 Nr. 150; Rep 1979, 312 E. 4)<sup>11</sup>. Solange daher eine Eintragung im Grundbuch nicht erfolgt ist, kann der Verkäufer – unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR – vom Vertrag zurücktreten, auch wenn kein ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt abgemacht ist.

## B. Rücktritt in den Fällen von Art. 108 OR

Nach dem Gesagten setzt der Rücktritt vom Vertrag wegen Zahlungsverzugs des Käufers grundsätzlich den ungenutzten Ablauf einer Nachfrist voraus (Art. 107 Abs. 2

OR). Einschränkungen finden sich in Art. 214 Abs. 1/2 OR (dazu oben A.) sowie Art. 108 OR. In dieser letzteren Bestimmung ist vorgesehen, dass sich eine Nachfristansetzung in drei Fällen erübrigt:

- erstens, wenn der Käufer die Zahlung definitiv verweigert (Art. 108 Ziff. 1 OR);  
Art. 108 Ziff. 1 OR formuliert anders: Eine Nachfristansetzung ist nicht erforderlich, «wenn aus dem Verhalten des Schuldners (hier: Käufers) hervorgeht, dass sie sich als nutzlos erweisen würde». Gemeint ist damit aber faktisch nur der Fall der definitiven Erfüllungsverweigerung (vgl. § 323 Abs. 2 Ziff. 1 BGB/D). Der von WEBER im Berner Kommentar erwähnte weitere Fall<sup>12</sup> gehört in Wirklichkeit nicht hierher.
- zweitens, wenn infolge des Verzugs die Zahlung für den Verkäufer nutzlos wird (Art. 108 Ziff. 2 OR);
- drittens bei einem sog. relativen Fixgeschäft, wenn also ein bestimmter Zahlungstermin verabredet und zudem abgemacht ist, dass der Verkäufer beim Zahlungsverzug des Käufers ohne weiteres, d.h. ohne Nachfristansetzung, vom Vertrag zurücktreten kann (Art. 108 Ziff. 3 OR).<sup>13</sup>

Im Gesetz nicht geregelt ist der Zeitpunkt des Rücktritts. Es liegt eine Gesetzeslücke vor, welche modo legislatoris zu füllen ist (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Wie dies zu geschehen hat, ist mit Bezug auf Ziff. 2 wenig geklärt und soll auch hier mangels praktischer Bedeutung der Frage nicht geklärt werden (es dürfte kaum je vorkommen, dass die Zahlung ihren Nutzen für den Verkäufer verzugsbedingt verliert<sup>14</sup>). Beim Tatbestand von Ziff. 3 (relatives Fixgeschäft) ist der Rücktritt zu erklären, sobald der Käufer in Verzug gerät, also bei Nichteinhaltung des fixen Zahlungstermins (Art. 190 Abs. 2 OR analog). Das ist in Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt. Strittig ist hingegen, wann der Rücktritt beim Tatbestand von Ziff. 1 (definitive Zahlungsverweigerung) erklärt werden muss. Es werden – mit Abweichungen in den Einzelheiten – zwei Auffassungen vertreten:

Nach der einen Ansicht besteht *keinerlei Frist für die Rücktrittserklärung*, vielmehr darf sich der Verkäufer beliebig lange Zeit lassen, immer vorausgesetzt, dass die Zahlungsverweigerung eine definitive ist (z.B. BGE 69 II 243; 76 II 300 E. 2;

<sup>9</sup> Zum sog. faktischen Kreditkauf (Bar- oder Vorauszahlungskauf, bei dem der Verkäufer – ohne Verpflichtung – vorleistet) s. MERZ (FN 2), 173 ff., m.H. auf die im Einzelnen umstrittene Rechtslage.

<sup>10</sup> Hingegen hat nur der eingetragene Vorbehalt dingliche Wirkung (Art. 715 Abs. 1 ZGB), während der nicht eingetragene lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Rückübereignung mittels Besitzverschaffung begründet. Das wirkt sich namentlich im Konkurs des Käufers aus, indem der eingetragene Vorbehalt zur Aussonderung der Kaufsache berechtigt (Art. 641 Abs. 2 ZGB), wogegen sich der obligatorische Rückübereignungsanspruch in einen finanziellen Anspruch umwandelt, der nur Anrecht auf die Konkursdividende verschafft (Art. 212 SchKG; BGE 93 III 96 E. 6 f.; 131 III 595).

<sup>11</sup> Präzisierung bei BSK OR I-KOLLER, Art. 214 N 21, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (BSK OR I-Verfasser).

<sup>12</sup> ROLF WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 87–109 OR, Bern 2000, Art. 108 OR N 9.

<sup>13</sup> Näheres bei KOLLER, OR AT (FN 4), N 39.71 ff.

<sup>14</sup> Sollte dies doch einmal der Fall sein, wird man ein zeitlich unbeschränktes Rücktrittsrecht annehmen müssen (KOLLER, OR AT [FN 4], N 55.14; a.A. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. A., Zürich 2014, Bd. II, N 27.61, welche allerdings nicht angeben, wann die Erklärung zu erfolgen hat).

97 II 58 E. 6; BGer, 4A\_603/2009, 9.6.2010, E. 2.4)<sup>15</sup>. Nach der anderen Ansicht muss der Rücktritt erklärt werden, *sobald der Käufer seinen Willen, die Zahlung definitiv zu verweigern, zum Ausdruck bringt* (z.B. BGE 54 II 30).<sup>16</sup> Dabei wird allerdings das Sofort-Erfordernis teilweise in einem derart weiten Sinne verstanden, dass sich diese zweite Ansicht stark der ersten annähert (s. z.B. BGer, 4A\_446/2015, 3.3.2016,<sup>17</sup> 4A\_232/2011, 20.9.2011, E. 5.3, wo angenommen wurde, dem Sofort-Erfordernis sei Genüge getan, obwohl der Rücktritt erst knapp einen Monat nach der Erfüllungsverweigerung ausgesprochen wurde). Neuerdings vertritt das Bundesgericht die Meinung, das Sofort-Erfordernis gelte nur grundsätzlich, nämlich unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB, also des Rechtsmissbrauchsverbots (BGE 143 III 495 E. 4.3.1 und 4.3.2). Rechtsmissbräuchlich handle der Schuldner (hier: Käufer), wenn er die Leistung bedingungslos verweigert und sich dann auf die fehlende sofortige Rücktrittserklärung beruft (diesfalls entfällt also das Sofort-Erfordernis). Sei er hingegen unter gewissen, wenn auch rechtswidrigen Bedingungen zur Leistung bereit (er macht z.B. die Leistung vertragswidrig von einer Vorleistung des Gegners abhängig), so sei der Rücktritt sofort zu erklären. In einem solchen Fall fehlt es jedoch an den tatbestandsmässigen Voraussetzungen von Art. 108 Ziff. 1 OR (es liegt keine *definitive* Zahlungsverweigerung vor). Daher ist nach Art. 107 Abs. 2 OR zu verfahren. Ein sofortiger Rücktritt steht also nicht offen, vielmehr ist vorerst eine Nachfrist zu setzen und die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet sich erst bei ungenutztem Fristablauf (gegebenenfalls ist dann freilich eine sofortige Erklärung erforderlich). In Tat und Wahrheit läuft somit die vom Bundesgericht in BGE 143 III 495 vertretene Ansicht auf die erste der oben erwähnten Ansichten hinaus: Erklärt der Schuldner (Käufer), unter keinen Umständen zur Leistung bereit zu sein (*definitive* Leistungsverweigerung), so entfällt das Sofort-Erfordernis.

Folgt man der zweiten Ansicht, so muss der Verkäufer, wenn er den Rücktritt nicht sofort nach der (*definitiven/bedingungslosen*) Zahlungsverweigerung erklärt, eine Nachfrist setzen und kann erst nach ungenutztem Fristablauf zurücktreten. Das überzeugt deshalb nicht, weil eine Nachfristansetzung von vornherein nichts nützt, wenn die Zahlungsverweigerung – wie hier unterstellt – eine *definitive* ist. Das grundsätzliche Nachfristerfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR ist eine Rechtswohltat zugunsten des Schuldners (hier: Käufers). Es soll ihm damit eine letzte

Möglichkeit gegeben werden, doch noch zu erfüllen und damit den Rücktritt vom Vertrag abzuwenden. Diesen Schutz verdient der Schuldner (Käufer) nach der *ratio legis* von Art. 108 Ziff. 1 OR im Falle einer *definitiven* Leistungsverweigerung nicht. Richtig kann daher m.E. nur die erste Ansicht sein.<sup>18</sup>

Beispiel: V verkauft dem K ein Auto und macht mit ihm ab, dass der Preis innert Monatsfrist nach Lieferung des Autos zu bezahlen ist (Kreditkauf). Sodann ist abgemacht, dass das Eigentum erst mit der Zahlung auf den Käufer übergehen soll. Nach der Lieferung des Autos erklärt der Käufer K, er sehe sich ausserstande, den Kaufpreis zu bezahlen, er stehe kurz vor dem Konkurs. Hierin ist eine *definitive* Zahlungsverweigerung zu sehen. V kann daher ohne Nachfristansetzung zurücktreten (Art. 108 Ziff. 1 OR). Nach der zweiten der erwähnten Auffassungen muss ein allfälliger Rücktritt nun sofort erfolgen, ansonsten der Vertrag weiterhin Bestand hat und erst nach fruchtlosem Ablauf einer – sinnlosen, da von vornherein nutzlosen – Nachfrist aufgelöst werden kann. Nach der ersten, auch hier vertretenen Ansicht kann er mit der Rücktrittserklärung zuwarten, solange die Verweigerung andauert, also «ewig», sofern die Verweigerung – wie hier unterstellt – eine *definitive* ist.

### III. Haftungsfolgen des Rücktritts

Haftungsfolgen (Schadenersatzpflichten infolge Vertragsrücktritts) setzen auf Seiten des Käufers ein Verschulden voraus. Das wird zwar nur in Art. 109 Abs. 2 OR ausdrücklich gesagt, gilt aber allgemein.<sup>19</sup>

#### A. Überblick

Trifft den Käufer – wie hier und im Folgenden vorausgesetzt – ein Verschulden, haftet er dem vom Vertrag zurücktretenden Verkäufer auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Art. 109 Abs. 2 OR, der von allgemeiner Tragweite ist und daher auch beim Rücktritt nach Art. 214 OR zum Zuge kommt). Verschiedene gesetzliche Sonderregeln (z.B. Art. 215 Abs. 1 OR) gewähren ihm alternativ das Recht, sein positives Vertragsinteresse zu liquidieren.<sup>20</sup> Im Anwendungsbereich dieser Regeln kann also der Verkäufer die Kaufsache zurückbehalten bzw. zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR) und anstelle des Kaufpreises Schadenersatz (Ersatz des positiven Vertragsinteresses) verlangen; dabei ist der Wert der Kaufsache schadensmindernd in Anschlag zu bringen (er bildet einen Abzugs-

<sup>15</sup> Definitiv, also endgültig: Es muss nach den Umständen ausgeschlossen sein, dass der Käufer auf seinen Entscheid, die Zahlung zu verweigern, zurückkommt (BGE 43 II 225 E. 3; 136 III 273 E. 2.3 = Pra 2010, Nr. 129).

<sup>16</sup> In der Lehre werden beide Auffassungen vertreten: im ersteren Sinn z.B. CR CO I-THÉVENOZ, Art. 107 N 20, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des Obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1988, N 567; im letzteren Sinne z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 14), N 2761. Weitere Nw. in BGE 143 III 495 E. 4.3.1.

<sup>17</sup> Dazu eingehend meine Urteilsbesprechung in ALFRED KOLLER, BGer 4A\_446/2015: Problemfelder von Art. 107 Abs. 2 OR, AJP 2018, 912 ff.

<sup>18</sup> S. eingehender die in FN 17 erwähnte Urteilsbesprechung.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 14), N 27.68.

<sup>20</sup> Ob der Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR oder Art. 214 OR erfolgt ist, ist einerlei (BSK OR I-KOLLER [FN 11], Art. 215 N 1, m.H. auf die Rechtsprechung).

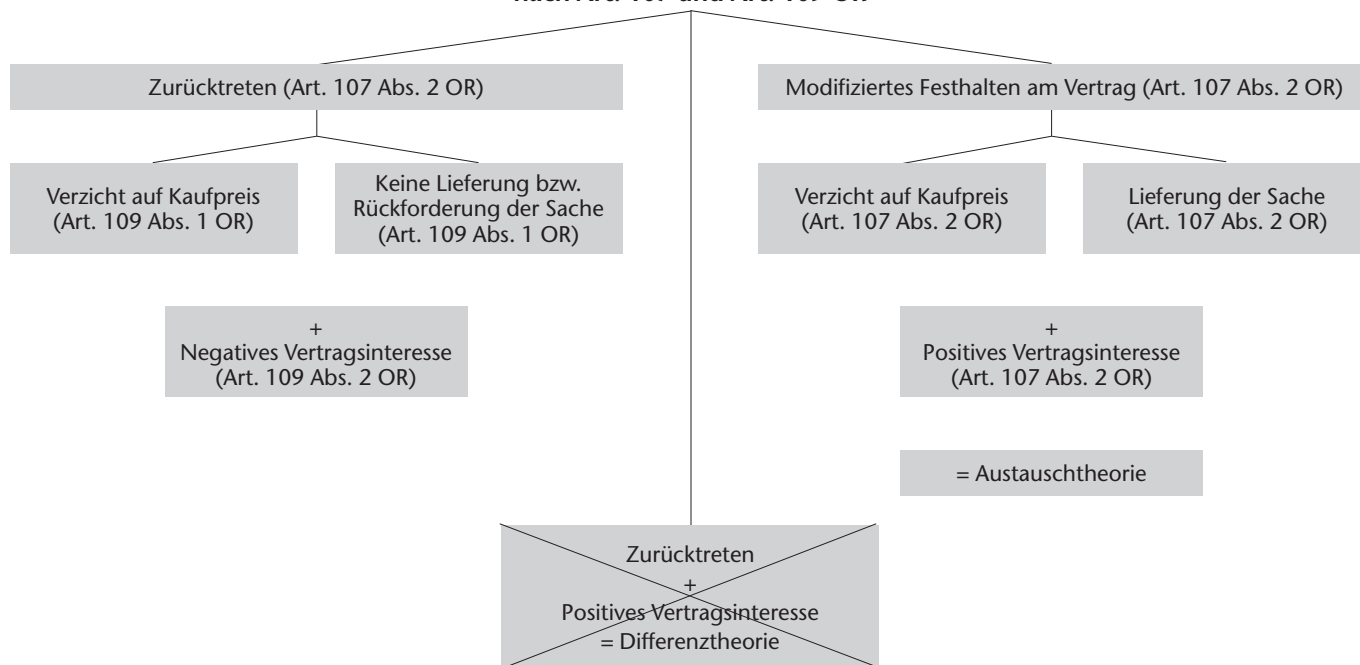
posten bei der Schadensberechnung). Nach allgemeinem Verzugsrecht (Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 2 OR) ist hingegen eine derartige Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse ausgeschlossen. Vielmehr muss der Verkäufer, will er anstelle des Kaufpreises Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen, auf den Rücktritt verzichten und seine eigene Leistung im Austausch mit dem Schadenersatz erbringen. Der Ersatz des positiven Vertragsinteresses setzt also nach der Konzeption von Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 2 OR die modifizierte Aufrechterhaltung des Vertrags (Austausch der Kaufsache gegen Schadenersatz statt des Kaufpreises) voraus. Für diese Art der Schadensliquidation hat sich in der Lehre der Ausdruck Austauschtheorie eingebürgert, für die andere (Ersatz des positiven Vertragsinteresses unter Abzug des Werts der Kaufsache) der Ausdruck Differenztheorie.

Erlangt der Verkäufer Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach der Austauschtheorie, so ist er im Wesentlichen gleichgestellt, wie wenn er auf Erfüllung beharrt

und den Kaufpreis samt Verzugszinsen (Art. 104 OR) und allfälligem Schadenersatz (Art. 106 Abs. 1 OR) verlangt hätte.<sup>21</sup> Ein Vorgehen nach der Austauschtheorie dürfte daher für ihn kaum je von praktischem Interesse sein. Erhebliche Bedeutung kommt daher der Frage zu, ob und gegebenenfalls inwieweit die gesetzlichen Sonderregeln, welche ein Vorgehen nach der Differenztheorie (Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse) für zulässig erklären, einer analogen Anwendung zugänglich sind (s. dazu sogleich III.B.2.).

Neben einer einzelanalogen Anwendung der verschiedenen Bestimmungen kommt auch eine gesamtanaloge Anwendung in Betracht. Die Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) besteht darin, dass mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände die gleiche Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen wird. Demgegenüber ist die Einzelanalogie «die Übertragung der für einen Tatbestand gegebenen Regel auf einen anderen, ihm «ähnlichen», d.h. wertungsmässig gleich zu erachtenden»<sup>22</sup>.

**Rechtslage bei Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen nach Art. 107 und Art. 109 OR**



<sup>21</sup> Im Wesentlichen, aber nicht notwendig in jeder Hinsicht. So ist denkbar, dass der Kaufvertrag für den Kaufpreisanspruch einen Rechtsöffnungstitel abgegeben hätte, während dies für den an seine Stelle tretenden Schadenersatzanspruch nicht zutrifft.

<sup>22</sup> KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin 1995, 204.

## B. Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Differenztheorie)

Im Folgenden interessieren die Sonderregeln, welche ein Vorgehen nach der Differenztheorie vorsehen, vorab die gesetzlichen (1.), dann die ungeschriebenen, im Wege richterlicher Rechtsfindung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) geschaffenen (2.). Den Abschluss macht ein zusammenfassendes Fazit (3.).

### 1. Gesetzliche Sonderregeln

Art. 215 OR erlaubt dem vom Vertrag zurücktretenden Verkäufer ein Vorgehen nach der Differenztheorie in zwei Fällen: Nach Abs. 1 kann die Differenz zwischen dem Kaufpreis (Wert der ausgebliebenen Leistung) und dem Preis, um den der Verkäufer die Ware weiterverkauft hat, ersetzt verlangt werden (konkrete Schadensberechnung), nach Abs. 2 die Differenz zwischen dem Kaufpreis und einem allfälligen (tieferen) Markt- oder Börsenpreis, der bei einem Weiterverkauf erzielt werden könnte (abstrakte Schadensberechnung). «Die abstrakte Schadensberechnung unterscheidet sich von der konkreten somit lediglich dadurch, dass an die Stelle des Preises, um den der Kaufgegenstand tatsächlich weiterverkauft wurde, der mögliche Weiterverkaufspreis tritt»<sup>23</sup>: Berechnungsgrundlage bildet ein hypothetischer statt ein wirklicher Weiterverkauf.

Die im Falle eines Weiterverkaufs resultierende Preisdifferenz kann der Verkäufer nur dann in voller Höhe ersetzt verlangen, wenn er die Kaufsache «in guten Treuen weiter verkauft hat» (Art. 215 Abs. 1 OR), er also seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist.<sup>24</sup> Andernfalls (wenn er die Sache zu billig weggegeben hat) ist der erzielte Erlös nach oben zu korrigieren. Die Schadensberechnung nach Abs. 1 (von Art. 215 OR) nähert sich diesfalls der abstrakten Schadensberechnung nach Abs. 2 an, da letztlich vom konkreten Deckungsverkauf mehr oder weniger abstrahiert und auf einen fiktiven Deckungsverkauf abgestellt wird.

### 2. Ungeschriebene Sonderregeln

1. Art. 215 OR kommt nach seinem Wortlaut nur im kaufmännischen Verkehr zum Tragen. Die Bestimmung kann jedoch nach den allgemeinen Regeln der Analogie auch im nicht kaufmännischen Verkehr zur Anwendung gebracht werden. Das gilt vorab für Abs. 1 (zu Abs. 2 s. unten 2.). Die hier vorgesehene Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr ist sachlich nicht gerechtfertigt. Im Gegenteil drängt es sich auf, dem Verkäufer im Falle

des Vertragsrücktritts ganz allgemein die Möglichkeit zu gewähren, sich der Sache zu entledigen und einen allfälligen Verlust beim Weiterverkauf auf den Käufer abzuwälzen.<sup>25</sup> Die herrschende Lehre teilt diesen Standpunkt,<sup>26</sup> ebenso ein Teil der Rechtsprechung (z.B. SJZ 1955, 74 f. m.w.Nw.; 1957, 327 E. 3). Anders aber der Bundesgerichtsentscheid BGE, 4A\_251/2010, 12.8.2010. Hier hat das Bundesgericht der Sache nach angenommen, im nicht kaufmännischen Verkehr richte sich die Rechtsstellung des Verkäufers ausschliesslich nach allgemeinem Verzugsrecht (Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 2 OR). Die Analogiefrage hat es freilich nicht aufgeworfen, und auf «dissidente Autoren» hat es zwar hingewiesen, ohne sich jedoch mit deren Argumenten auseinandersetzen. Seine Begründung (E. 3) lässt sich – ohne wesentliche Verkürzung – wie folgt zusammenfassen: Die Differenztheorie wurde in BGE 123 III 16 abgelehnt; es besteht kein Anlass, diesen Entscheid in Frage zu stellen (Losanna locuta est)!<sup>27</sup>

Im konkreten Fall war der Verkäufer einer Yacht vom Vertrag zurückgetreten, nachdem der vorleistungspflichtige Käufer mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geraten war und auch eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt hatte verstreichen lassen (Art. 107 Abs. 2 OR).<sup>28</sup> In der Folge hat er die Yacht zu einem tieferen Preis an einen Dritten weiterverkauft und die Preisdifferenz vom Käufer ersetzt verlangt. Die Klage des Verkäufers wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz hingegen gutgeheissen. Das Bundesgericht hat den erstinstanzlichen Entscheid wiederhergestellt, dies ohne jede Bezugnahme auf den – gegenteiligen – vorinstanzlichen Entscheid!

2. Abs. 2 von Art. 215 OR sieht – wie gesehen – die gleiche Schadensberechnung wie Abs. 1 vor, mit dem Unter-

<sup>23</sup> KOLLER, OR BT (FN 1), § 4 N 58.

<sup>24</sup> Näheres bei MERZ (FN 2), 141 f. (Ziff. 2).

<sup>25</sup> So Art. 75 Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (WKR; SR 0.221.211.1) für die ihm unterstellten Verträge.

<sup>26</sup> BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 57; HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, Bern 1979 (zit. BK-GIGER), Art. 215 N 41; PAUL LEMP, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939, 189; SCHENKER (FN 16), N 684; a.A. MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 45. Umfassender Überblick über den Meinungsstand (im Jahre 2003) bei MERZ (FN 2), 137 Fn 679.

<sup>27</sup> Das überzeugt schon deshalb nicht, weil es in BGE 123 III 16 – anders als im vorliegenden Kontext – nicht um den verzugsbedingten Rücktritt des Verkäufers, sondern des Käufers ging und der Entscheid zudem in der Lehre auf Kritik gestossen ist (z.B. ALFRED KOLLER, Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR, ZSR 1997 I, 495 ff.). Insgesamt lässt die «rechtskommunikative Qualität des Urteils» (Ausdrucksweise von MARTIN SCHWAB, JuS 2018, 710) stark zu wünschen übrig.

<sup>28</sup> Die Ansetzung einer Nachfrist war an sich nicht nötig, vielmehr hätte der Verkäufer bei Verzugsseintritt ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten können (Art. 214 Abs. 1 und 2 OR).

schied, dass an die Stelle des Preises aus einem Weiterverkauf der Preis tritt, den der Verkäufer bei Vornahme eines Deckungsverkaufs hätte erzielen können. Der Verkäufer kann somit, ohne dass er einen Deckungsverkauf vornimmt, die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem (tieferen) Preis eines hypothetischen Deckungsverkaufs einverlangen. Dies allerdings nur in Fällen, in denen für den Weiterverkauf ein Markt besteht, also zu Marktpreisen<sup>29</sup> verkauft werden könnte. Damit wird sichergestellt, dass der Käufer nicht mehr bezahlen muss, als wenn tatsächlich ein Weiterverkauf – «in guten Treuen» (Art. 215 Abs. 1 OR) – stattgefunden hätte. Dem Käufer kann es daher gleichgültig sein, ob der Verkäufer seinen Schaden nach Abs. 1 oder Abs. 2 von Art. 215 OR berechnet,<sup>30</sup> und dies unabhängig davon, ob kaufmännischer Verkehr vorliegt oder nicht.<sup>31</sup> Im nicht kaufmännischen Verkehr kann demzufolge Abs. 2 analog angewendet werden.<sup>32</sup>

Folgt man dem Gesagten, so erübrigt es sich, den kaufmännischen Verkehr näher zu umschreiben. Andernfalls sollte man bei der Definition des kaufmännischen Verkehrs – anders als nach Art. 191 OR – nicht darauf abstellen, ob der Käufer den Kaufvertrag zwecks Weiterverkaufs der Kaufsache abgeschlossen hat<sup>33</sup> (a.A. BGE 65 II 171, 173 = Pra 1940, 58).

3. Ausgangspunkt der Schadensberechnung von Art. 215 OR ist ein (tatsächlicher oder hypothetischer) Deckungsverkauf. Der Verkäufer kann jedoch auch den *Beschaffungspreis* (Preis für die Anschaffung des Kaufgegenstandes) zum Ausgangspunkt der Schadensberechnung nehmen und als sein positives Vertragsinteresse die Differenz zwischen diesem und dem (höheren) Kaufpreis geltend machen. Jedenfalls muss diese Art der Schadensberechnung dann zulässig sein, wenn sich der Verkäufer den Kaufgegenstand bereits beschafft hat oder sich dessen Lieferung vertraglich hat zusichern lassen (konkrete Schadensberechnung; ZR 1937, 368). Trifft beides nicht zu, kann der Verkäufer bei Waren mit einem Marktpreis die Differenz zwischen diesem und dem (höheren) Vertragspreis ersetzt verlangen (abstrakte Berechnung).<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Markt- oder Börsenpreis sagt Art. 215 Abs. 2 OR, der Börsenpreis ist jedoch nur eine Unterart des Marktpreises. Der Marktpreis in Art. 215 OR ist gleich zu verstehen wie in Art. 191 OR (s. dazu BSK OR I-KOLLER [FN 11], Art. 191 N 19 f.).

<sup>30</sup> Ausnahmen sind denkbar, jedoch kaum von praktischer Relevanz (BSK OR I-KOLLER [FN 11], Art. 215 N 21).

<sup>31</sup> KUKO OR-STARK (FN 8), Art. 215 N 8; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 79; a.A. VON BÜREN (FN 26), 58.

<sup>32</sup> So schon in BSK OR I-KOLLER (FN 11), Art. 215 N 18, m.H. auf LEMP (FN 26), 192.

<sup>33</sup> Vgl. BK-GIGER (FN 26), Art. 215 OR N 55.

<sup>34</sup> Einschränkungen ergeben sich aus der allfälligen Pflicht, den Kaufgegenstand weiterzuverkaufen (BSK OR I-KOLLER [FN 11],

Diese Varianten der Differenztheorie lassen sich freilich nicht mehr durch Einzelanaloge aus Art. 215 OR ableiten, wohl aber aus einer gesamtanalogen Anwendung all jener Bestimmungen, welche eine Schadensberechnung im Wege der Differenztheorie vorsehen (s. nebst Art. 215 OR noch etwa Art. 191 Abs. 2 und 208 OR [Abs. 1 i.V.m. Abs. 3]).

### 3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Verkäufer, der wegen Zahlungsverzugs des Käufers vom Vertrag zurücktritt, generell nach der Differenztheorie vorgehen kann, freilich nur im Rahmen der allgemeinen Schadensberechnungsregeln. So kommt eine Schadensberechnung analog Art. 215 Abs. 2 OR in Fällen, in denen die Kaufsache keinen Marktpreis hat und es damit an einem verlässlichen Indikator für den Weiterverkaufspreis fehlt, nur ganz ausnahmsweise in Frage, nämlich dann, wenn die Schadensberechnung weder über einen Weiterverkauf der Sache noch anhand des Beschaffungspreises möglich ist<sup>35</sup>.

Was für den verzugsbedingten Rücktritt des Verkäufers gilt, gilt auch für den verzugsbedingten Rücktritt des *Käufers* (vgl. Art. 75 WKR). Überhaupt wird man die Differenztheorie – im Rahmen der allgemeinen Schadensberechnungsregeln – zum allgemeinen Prinzip erheben müssen (vgl. § 325 BGB/D<sup>36</sup>), und zwar die sog. strenge. Ein Vorgehen nach der Differenztheorie steht daher – bei gegebenem Haftungstatbestand – unabhängig davon offen, ob der Schadenersatz verlangende Gläubiger seine Leistung bereits erbracht hat oder nicht. Diese Auffassung vermag sich immer mehr durchzusetzen.<sup>37</sup>

Art. 215 N 6).

<sup>35</sup> BSK OR I-KOLLER (FN 11), Art. 215 N 19; weiter gehend SCHENKER (FN 16), N 686.

<sup>36</sup> Das (deutsche) BGB sah in seiner ursprünglichen Fassung von 1896 vor, dass das positive Vertragsinteresse nur nach der Austauschtheorie ersetzt verlangt werden kann, nicht auch nach der Differenztheorie. Damals hielt man es noch für sachgerecht, dass der Gläubiger, der anstelle der ausgebliebenen Leistung Schadenersatz (Ersatz des positiven Vertragsinteresses) verlangt, im Gegenzug seine eigene Leistung in natura erbringt. Diese gesetzgeberische Entscheidung hat man mit der Zeit als sachlich nicht haltbare Fehlleistung eingestuft und 2001 – in § 325 – ausdrücklich die Möglichkeit eingeführt, nach der Differenztheorie vorzugehen.

<sup>37</sup> S. Näheres bei KOLLER, OR AT (FN 4), N 55.148 ff.; PHILIPP JERMANN, Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR – Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Diss. St. Gallen 2003, 31 ff.