

§ 20 Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung (OR 97-109)	327
I. Anspruch auf Naturalerfüllung und dessen Grenzen	328
1. Primäre und sekundäre Leistung im allgemeinen	328
2. Erzwingung der Erfüllung von Geldschulden	329
3. Erzwingung der Eigentumsübertragung an Grundstücken	329
4. Erzwingbarkeit sonstiger Ansprüche	329
5. Ersatzvornahme durch den Gläubiger als Sonderform der Leistungserzwingung (OR 98/I)	331
6. Beseitigungsanspruch bei Unterlassungspflichten (OR 98/III)	332
7. Exkurs: Feststellungsklage	332
II. Nichterfüllung im allgemeinen	334
1. Begriff der Nichterfüllung	334
2. «Positive Vertragsverletzung»	335
3. Vertragsverletzung und ausservertragliche Schädigung (Verhältnis OR 97 ff.- OR 41 ff.)	337
4. Unterschiedliche Rechtsfolgen bei (verschuldeter) Unmöglichkeit und bei Verzug (OR 97-101 gegenüber OR 102-109)	339
5. Verhältnis von OR 97 ff. zu den Sonderregeln im besonderen Teil OR	340
III. Rechtsfolgen bei Nichterfüllung im allgemeinen (OR 97, 99-101)	341
1. Zur Anwendung der Haftungsregeln von OR 97 ff.; Übersicht über die Voraussetzungen	341
2. Schadensberechnung	341
3. Verschuldenserfordernis	346
4. Schadenersatzbemessung	348
5. Genugtuungsansprüche (OR 47, 49); Haftung des Urteilsunfähigen (OR 54)	349
6. Haftung für Hilfspersonen	350
7. Geltendmachung des Schadenersatzanspruches	354
IV. Verzug des Schuldners	355
1. Begriff und Voraussetzungen	355
2. Verzugsauslösende Faktoren	356
3. Verschulden nicht Verzugsvoraussetzungen	359
V. Verzugsfolgen im allgemeinen (OR 103-106)	360
1. Haftung für Verzugschaden und für Zufall (OR 103)	360
2. Bei Geldschulden	361
3. Wirkungen des Verzugs auf die Gegenleistungspflicht	363
4. Sonderproblem der vorweggenommenen Leistungsverweigerung («anticipatory breach»)	363
VI. Ansprüche des Gläubigers bei Schuldnerverzug in synallagmatischen Verträgen (OR 107-109)	364
1. Allgemeines	364
2. Voraussetzungen der Gläubigerbehelfe von OR 107 f. im allgemeinen; Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten	366
3. Nachfristansetzung gemäss OR 107/1 als Voraussetzung der Gestaltungsmöglichkeiten des Gläubigers	367
4. Ausnahmen: Wahlrecht ohne Nachfristansetzung (OR 108)	369
5. Übersicht über die Wahlmöglichkeiten des Gläubigers nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist (OR 107/11)	371
6. Die Verzichtserklärung	373
7. Auseinandersetzung beim Verzicht des Gläubigers auf nachträgliche Leistung	376
8. Exkurs: Teilverzug; Verzug und Unmöglichkeit im Sukzessivlieferungs- und im Dauervertrag	382

§ 20 Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung (OR 97-109)

Literatur

Schweizerische: J. BISCHOFF, Vertragsrisiko und clausula rebus sie stantibus, Diss. Zürich 1983; Y. G. CAYTAS, Der unerfüllbare Vertrag, Diss. St. Gallen 1984; J. CUENDET, La faute contractuelle et ses effets; étude de l'article 99, al. 3 CO, Diss. Lausanne 1970 (= ASR 398); H. FRIEDMANN, Der Anspruch auf Realerfüllung im schweizerischen Rechte, ZSR 19 (1900), p. 48 ff.; F. GILLIARD, La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Jubiläumsschrift hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg/Schweiz 1982, p. 113 ff.; T. GUHL, Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem OR, Festgabe Wieland, Basel 1934, p. 134 ff.; P. JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Festgabe Schönenberger, Freiburg/Schweiz 1968, p. 181 ff.; P. LEMP, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939 (= ASR 149); M. NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971 (= ASR 405); CH. OSWALD, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Diss. Zürich 1988; P. PFAMMATTER, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Diss. Bern 1983; H. PFENNINGER, Die Realexécution im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1924; F. SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzuges im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg/Schweiz 1988; K. SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984; DERS., Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, ZSR, Bd. 105/1986; B. STAEHELIN, Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, H. 41, Basel 1954; W. WIEGAND, Die Leistungsstörungen, recht 1983, p. 1 ff., 118 ff. und 1984, p. 13 ff.; H. WIEMKEN, Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Diss. Masch. Schr., Basel 1931.

Ausländische und rechtsvergleichende: V. EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, München 1986; S. JÖRGENSEN, Die skandinavische Lehre der Vertragsverletzung. Geschichtliche und komparative Perspektive, in FS Larenz, München 1973; H. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag. Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975; M. RHEINSTEIN, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin 1932; B. STAEHELIN (zit. oben); H. WIDMANN, Thesen zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung, Festschrift H. Hübner, Berlin 1984. Weitere Literatur im Text und bei § 25.

I. Anspruch auf Naturalerfüllung und dessen Grenzen

1. Primäre und sekundäre Leistung im allgemeinen

Grundsätzlich kann und muss der Gläubiger Naturalerfüllung der Obligation fordern, der Schuldner diese erbringen¹. Ist die vertragliche Primärleistung verspätet, tritt neben den Leistungsanspruch ein *kumulativer Schadenersatzanspruch*; ist richtige Erfüllung hingegen unmöglich geworden oder kann längeres Zuwarten oder Entgegennahme der verspäteten Leistung dem Gläubiger nicht zugemutet werden, so kann nach unten zu behandelnden Regeln (OR 107, unten Ziff. IV) an die Stelle des ursprünglichen Leistungsanspruchs als Sekundärleistung *vikariierend* Schadenersatz treten^{2, 3}.

Die Möglichkeit der Realexekution von Verträgen, d. h. deren Erzwingbarkeit im Nichterfüllungsfall, kann allerdings *vertraglich ausgeschlossen* werden. Dies kann auch *stillschweigend* geschehen, in verschiedenen Zusammenhängen besteht eine natürliche *Vermutung* derartiger Parteivereinbarung. So kann m. E. im Abschluss eines *Vorvertrages* anstelle des ebenfalls möglichen Hauptvertrages der Parteiwille erblickt werden, dass bei Nichterfüllung (d. h. Verweigerung des Abschlusses des Hauptvertrages) bloss eine Klage auf Schadenersatz, nicht aber eine solche auf Realerfüllung (Vertragsschluss) zustehen solle⁴. Ähnlich wird im Falle arbeitsrechtlichen *Konkurrenzverbotes* nur bei expliziter (schriftlicher) Zusatzabsprache ein Anspruch auf Realerfüllung angenommen⁵.

¹ Anders im Formularprozess des Römischen Rechts, wo das Leistungsurteil nur auf eine Geldsumme lauten konnte (*condemnatio pecuniaria*). Entwicklungsgeschichtlich wird die die Naturalerfüllung ersetzende Geldzahlung als Lösegeld interpretiert, das den Schuldner vor Personalexekution bewahrt; vgl. KASER § 35/I/2. - Der Grundsatz des blossen Geldersatzes (*damages*) bei Vertragsverletzungen gilt noch im englischen Common Law; die Klage auf Naturalerfüllung (*specific performance*) ist nur auf der Ebene des equity-Rechts möglich und dann gegeben, wenn der Naturalerfüllungsanspruch des Gläubigers besonders schützenswert erscheint (v. a. Übereignung von Grundstücken). Vgl. dazu B. STAEHELIN.

² Der vikariierende Schadenersatz, der an die Stelle der ursprünglich geschuldeten (*«primären»*) Vertragsleistung tritt, kann als *«sekundäre»* Leistung bezeichnet werden. - Die Regeln von OR 97 ff. sind grossteils dispositiver Natur; so kann Klage auf Realexekution oder Schadenersatz vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden.

³ Weil bei Geldforderungen keine Unmöglichkeit eintreten kann, andererseits auch kein Interesse besteht, die primär geschuldete Leistung durch eine Schadenersatzleistung zu ersetzen, spielen die im folgenden zu entwickelnden Regeln praktisch nur bei Nicht-Geldforderungen eine Rolle.

⁴ Vgl. dazu BUCHER, in Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, p. 169 ff., insbesondere p. 189 sowie OR/BT, § 2/X/3/c.

⁵ OR 340 b/III, und dazu ZR 79/14. - Gemäss OR 160/I begründet die Beanspruchung einer Konventionalstrafe die Vermutung des Verzichts auf Realerfüllung.

2. Erzwingung der Erfüllung von Geldschulden

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs von 1889 (SchKG) regelt die Zwangsvollstreckung, soweit sie auf die Bezahlung von Geld oder auf Sicherheitsleistung geht⁶. Darüber hinaus bestimmt SchKG 211/I für den Konkursfall die Umwandlung der Forderungen auf *Sach- oder Dienstleistungen in* Geldforderungen von entsprechendem Werte. Die Möglichkeit der Vollstreckung findet ihre Schranke in der Sicherung des Notbedarfs des Schuldners. Nach durchgeführtem Konkurs hängt die nachträgliche erneute Vollstreckung früherer Schulden vom Nachweis neuen Vermögens ab (SchKG 265).

3. Erzwingung der Eigentumsübertragung an Grundstücken

Wird die zur Übertragung von Grundeigentum erforderliche Willenserklärung (ZGB 963/I) vom bisherigen Eigentümer verweigert, kann der Berechtigte auf Realerfüllung klagen, wobei das gutheissende richterliche Urteil die Erklärung des Veräusserers ersetzt und Grundlage der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch ist (ZGB 665/II, 963/II)⁷.

4. Erzwingung sonstiger Ansprüche

a) Grundsatz

Für die Vollstreckung der übrigen Forderungen (Verpflichtung zu Sachleistungen, die nicht Geldzahlungen sind, persönlich zu erbringende Leistungen sowie

⁶ Das SchKG regelt die Vollstreckung in Geld abschliessend, daher ist eine Entscheidung unzulässig, die einem Schuldner mit einstweiliger Verfügung nach kantonalem Recht unter Strafandrohung aufgibt, eine Geldsumme zurückzuerstatten, BGE 79 II 288; ferner 85 II 195: Regelung des Arrests in SchKG 271 ff. ist abschliessend, deren Ergänzung durch kantonale ZPO unzulässig.

⁷ Zur Erlangung der Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten vgl. die Gesetzesverweisungen in ZGB 731/II, 746/II, 776/II, 783/II.

Unterlassen und Dulden einer Handlung) gilt *kantonales Prozessrecht*. *Zwangsmittel*.- Befehl unter richterlicher Strafdrohung⁸, Sachwegnahme mit Gewalt⁹.

b) *Grenzen der Erzwingbarkeit*

Unterlassungspflichten (OR 98/II) sowie Verpflichtungen zu persönlichen Dienstleistungen lassen sich nicht real erzwingen; bei Missachtung der Strafdrohung bleibt nur der Schadenersatzanspruch¹⁰. Im übrigen ist ein Unterlassungsbefehl sachlich immer möglich, während das Gebot positiven Tuns seine Schranke am Erfordernis genauer Bestimmtheit findet¹¹.

⁸ BZPO 76, ZPO/ZH § 306, ZPO/BE 403 f. Das stärkste Zwangsmittel für persönliches Tun und Unterlassen ist der richterliche Befehl unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung nach StGB 292; dieses darf indessen nicht zur Erzwingung sämtlicher zivilrechtlich gebotener Verhaltensweisen, sondern nur zur Durchsetzung wesensmässig vollstreckbarer Ansprüche eingesetzt werden (nicht z. B. zur Erzwingung des Unterlassens eine im Sinne von ZGB 167/I unzulässigen Berufsausübung der Ehefrau, ZR 63/123; vgl. weiterhin ZR 56/52, 56/117, 60/78, BGE 83 III 7). Die Strafdrohung nach StGB 292 soll nur als äusserste Massnahme erfolgen, wenn die weniger weitgehende Androhung der Ordnungsbusse von vornherein als ungenügend erscheint. Kantonales Verfahrensrecht kann auch statuieren, dass Androhung nach StGB 292 erst nach Verfallung einer Busse möglich sei (ZR 53/118). Bestrafung nach StGB 292 kann nur erfolgen, wenn entsprechende Androhung unter Hinweis auf den Text von StGB 292 erfolgt (zu Einzelheiten BGE 86 IV 28). Der Strafrichter hat die Zuständigkeit der die Strafdrohung erlassenden Behörde, sowie Rechtmässigkeit der Verfügung und des zugrundeliegenden Erlasses zu überprüfen (ZR 53/118).

In BGE 43 (1917) II 664 f. wird die Verhängung einer sogenannten «*astreinte*» («Beugestrafe», von ad-stringere) als zulässig erachtet. Diese durch die französische Rechtsprechung entwickelte und in der Genfer ZPO vorgesehene *Privatstrafe* kann vom Gericht für Säumnis oder Verletzung von Unterlassungspflichten verhängt werden, wobei der Bussbetrag *dem Kläger zufliesst*; die Schadenersatzforderung bleibt davon unberührt. Da sich die *astreinte* am Verschulden, nicht am Ausmass des eingetretenen Schadens orientiert, wird sie im zit. BGE als kantonale Zwangsmassnahme akzeptiert; als Schadenersatz betrachtet wäre sie wegen Verletzung von Bundesrecht unzulässig. Vgl. auch BGE 90 II 163, ENGEL, p. 472 f.

⁹ BZPO 77/II, ZPO/ZH § 307, ZPO/BE 406/I. - Eigentumsübertragung und Befreiung des Schuldners sollte erst mit Übergabe an den Empfänger (nicht schon bei Wegnahme beim Schuldner) angenommen werden (anders DZPO § 897, v. T./E., § 67, p. 88 Anm. 25, unbestimmt GULDENER, p. 607), da sonst ungerechtfertigte Abweichungen zur Gefahrtragung beim Verzug entstehen (vgl. das Beispiel bei v. T./E., § 67, p. 89 Anm. 35).

¹⁰ Dieser setzt - entgegen der irreführenden Formulierung von OR 98/II - auch bei Verletzen vor Unterlassungspflichten Verschulden voraus (vgl. Systematik der Randtitel, v. T./E., § 67/II, p. 89); zur Beweislast vgl. Anm. 20.

¹¹ «*Nemo praecise cogi potest ad factum.*» Auch das englische Recht unterscheidet zwischen den (auf der Ebene des equity-Rechts allerdings auch nur ausnahmsweise) gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen auf Unterlassen (Mittel der «injunction») und den nicht durchsetzbaren Ansprüchen auf positives Tun (zu denen nicht gezählt werden die Ansprüche auf Sachübereignung, die in bestimmten Fällen durch Gewährung von «specific performance» erzwingbar sind). Vgl. die Lehrbücher zu «Contract» oder «Equity» zu den Stichworten «Injunction» und «Specific performance», zu ersterer insbesondere Whitwood Chemical Co. v. Hardmann (1891) 2 Ch. 416, Lumley v. Wagner (1852) All E. R. (Reprint, Bd. 1843/60), p. 368, Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson (1937) 1 K. B. 209 oder (1936) 3 All E. R. 160.

c) Insbesondere die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung

Das Bestreben des rev. OR, wo immer möglich in natura zu vollstrecken, kann zu fragwürdigen Ergebnissen führen¹²; insbesondere die Lösung, die Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung könne dadurch erzwungen werden, dass das richterliche Urteil diese ersetze¹³, ist problematisch. In der Tendenz, Erfüllung in forma specifica nach Möglichkeit zu erzwingen, zeigt sich der (in diesem Falle vom Schreibenden bedauerte) Einfluss des deutschen Rechts auf die Revision: Gestützt auf die dem Code civil (art. 1142-1145) folgenden Art. 111/112 aOR¹⁴ konnte BGE 32 I 661 f. noch sagen, dass «... bei Verbindlichkeiten, etwas zu tun oder zu unterlassen, ein direkter oder indirekter Zwang gegen die Person des Schuldners behufs Naturalerfüllung unstatthaft ist ... und der Grund hievon wird übereinstimmend darin gefunden, dass ein solcher Zwang auf dem Gebiete der Zivilrechtsverfolgung dem sittlichen Postulat der persönlichen Freiheit zuwider wäre; es soll niemand persönlich zu einer Handlung oder Unterlassung, die er nicht leisten will, gezwungen werden ... Auf das ... deutsche Recht (Deutsche ZPO Art. 888 ff.), das bei Verpflichtungen, etwas zu tun oder nicht zu tun, im Anschluss ans gemeine Recht und in Übereinstimmung mit germanischen Rechtsanschauungen ... auf dem Standpunkte der Realexekution auch gegen die Person des Schuldners steht, kann ... nicht abgestellt werden».

Trotz dieser Bedenken ist die Zwangsvollstreckung von Pflichten zur Abgabe einer Willenserklärung derzeit als gegeben hinzunehmen¹⁵. Zu bedenken ist, dass hier besonders häufig eine stillschweigende Wegbedingung anzunehmen ist¹⁶.

5. Ersatzvornahme durch den Gläubiger als Sonderform der Leistungserzwingung (OR 98/I)

Inhalt von Obligationen können positive oder negative Leistungen sein. Sind positive Leistungen im Rahmen von Verpflichtungen zu einem *Tun* (Arbeitsvertrag,

¹² Dem Gläubiger ist der Anspruch auf Realerfüllung nach ZGB 2 zu versagen, falls die Aufwendungen des Schuldners in ausgesprochenem Missverhältnis zum Realerfüllungsinteresse stehen und das Interesse des Gläubigers annähernd durch Schadenersatz befriedigt werden kann. Vgl. MERZ, ZGB 2 N. 388-390; BECKER, OR 97 N. 103.

¹³ BZP 78, ZPO/ZH § 308, ZPO/BE 407; BGE 97 II 48.

¹⁴ CC art. 1142: «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.», aOR 111: «Jede Verbindlichkeit, etwas zu thun, löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf.»

¹⁵ Betr. Verpflichtung zur *Stimmabgabe* im Gesellschaftsrecht (im Rahmen von «Aktionärbindungsverträgen» u. dgl.) vgl. GLATTFELDER, ZSR 78 (1959), 2. Hb., p. 141a ff., insbes. p. 317a f., sowie ZR 83/52, bes. p. 141 E. 5.

¹⁶ Betr. *Vorverträge* vgl. oben Ziff. I/1 und BGE 97 II 49.

Auftrag, röm. *facere*) oder Erfolgsbewirkung (Werkvertrag) vertretbar, kann sich der Gläubiger durch den Richter ermächtigen lassen, die nicht erbrachte Leistung auf Kosten des Schuldners selbst vorzunehmen oder durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme folgt aus dem Erfüllungsanspruch, setzt somit nur Fälligkeit der Leistung, nicht Verschulden des Pflichtigen voraus¹⁷. Der Gläubiger muss die Kosten selber vorschliessen¹⁸ und kann deren Ersatz vom Schuldner fordern, falls diesem die Exkulpation nicht gelingt. Dieser Betrag ist auch im Schadensbegriff des Erfüllungsinteresses (dazu unten Ziff. III/2) enthalten, so dass der Berechtigte (bei Verschulden des Schuldners) mit einem Vorgehen nach OR 98/I nichts gewinnt. Der Gläubiger wird demnach meist Nachfrist im Sinne von OR 107 ansetzen und nach Verzicht auf nachträgliche Leistung (unten Ziff. VI/5-7) die Kosten der Ersatzvornahme als Schadenersatz geltend machen¹⁹.

6. Beseitigungsanspruch bei Unterlassungspflichten (OR 98/III)

Dieser Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist in der Unterlassungspflicht enthalten; er setzt daher - anders als der Schadenersatzanspruch von OR 98/I - kein Verschulden voraus²⁰.

7. Exkurs: Feststellungsklage

Einen Sonderfall stellt die Klage dar, welche nicht einen Leistungs- (allenfalls: Unterlassungs-) Anspruch zum Gegenstand hat, sondern lediglich ein Urteil begehrt, das Bestand (oder Nichtbestand) eines Anspruchs (sei es auf Leisten, sei es auf Unterlassen) feststellt. Die Zulässigkeit derartiger Feststellungsklagen wird heute nicht mehr als Frage des (kantonalen) Prozessrechts, sondern vielmehr des materiellen

¹⁷ v. T./E., § 67/IV, p. 91 f. Anders der in OR 98/I vorbehaltene Schadenersatzanspruch, vgl. Anm. 10.

¹⁸ BZP 77/III, bern. ZPO 404/III, GULDENER, p. 608 Anm. 64; a. M. v. TUHR, (v. T./E., § 67/IV, p. 91, 92 bei Anm. 51, 62) in Anlehnung an BECKER, OR 98 N. 3 und wohl DZPO § 887.

¹⁹ Die in OR 98/I dem nicht befriedigten Gläubiger angebotene Möglichkeit geht auf das Vorbild von Franz. CC art. 1144 zurück («Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.»). - Praktische Bedeutung dürfte die Vorschrift nicht häufig erlangen; immerhin ist ihre Anrufung nicht zu entbehren, wenn die Ersatzvornahme einen *Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners* impliziert und daher nicht ohne Ermächtigung zulässig ist (z. B. Mangelbehebung durch den Mieter an der Mietsache).

²⁰ Vgl. BECKER, OR 98 N. 14. - Da dem Schuldner gemeinhin der Beweis, dass er in keinem Zeitpunkt die Unterlassungspflicht verletzt habe, nicht möglich ist, trägt - im Gegensatz zur behaupteten Nichtleistung (Ziff. III/2e) - der Gläubiger die Beweislast für die Verletzung; KUMMER, ZGB 8 N. 201-203, 301.

Privatrechts betrachtet²¹. Feststellungsklagen sind nur ausnahmsweise zulässig und an die Voraussetzung geknüpft, dass besondere Umstände ein Bedürfnis nach Klärung der Rechtslage vor der Möglichkeit der Anbringung einer Leistungsklage schaffen²². Die (die Position des Beklagten vorwegnehmende) negative Feststellungsklage, welche den Nichtbestand eines Anspruchs feststellen lassen will, ist nur zuzulassen, wenn Leistungen in Frage stehen, die eine Vorbereitung der Leistungserbringung erfordern²³, während bei Geldschulden ein Anspruch auf Feststellung, dass man nichts schulde, regelmässig zu verneinen ist²⁴.

²¹ Vgl. jetzt BGE 110 II 253 E. 1 mit zahlreichen Hinweisen.

²² Die Möglichkeit einer Leistungsklage schliesst zum vornherein eine entsprechende Feststellungsklage aus. - Nicht selten werden mit einer Leistungsklage auch Feststellungsansprüche verbunden, die, wenn lediglich Vorfragen der Entscheidung über die Hauptklage betreffend (z. B. Antrag auf Feststellung des Bestehens eines gültigen Vertrages bei Klage auf vertragliche Leistung) prozessual zwecklos (wenn auch unschädlich) sind.

²³ So hat der Verkäufer einer erst herzustellenden Maschine, der Unternehmer im Werkvertrag usw. einen legitimen Anspruch, im Bestreitungsfall die Frage des Bestehens eines Vertrages gerichtlich klären zu lassen.

²⁴ Sehr zu recht verneint BGE 110 II 357 E. 2 daher das Feststellungsinteresse und damit die Zulässigkeit einer Feststellungsklage.

II. Nichterfüllung im allgemeinen

1. Begriff der Nichterfüllung

«Nichterfüllung» ist Sammelbezeichnung²⁵ für alle Fälle, welche die Folgen von OR 97 ff./107 ff. auslösen²⁶. Dabei lassen sich folgende Tatbestandsgruppen unterscheiden:

- Leistung wird nicht erbracht, ist aber noch möglich (Verzug, unten Ziff. IV);
- Leistung wird nicht erbracht, da (verschuldet) unmöglich geworden (unten § 23 Ziff. IV, V);
- Leistung wird erbracht, aber «nicht gehörig» (dazu sogleich Ziff. 2);
- Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht²⁷.

Was bei den verschiedenen Vertragstypen Leistungsinhalt ist bzw. Nichterfüllung darstellt, wird nicht im allgemeinen Teil, sondern bei den einzelnen Vertragsverhältnissen (OR 184 ff.) geregelt.

Der Begriff « Vertragsbruch » (Vertragsverletzung, breach of contract) lebt im allgemeinen Rechtsbewusstsein, ist jedoch dem OR (wie dem BGB) unbekannt. Für

²⁵ Aufgrund der Materialien, des Vergleichs mit dem französischen und italienischen Text und der systematischen Stellung am Anfang der Regelung über die Folgen der Nichterfüllung darf angenommen werden, dass in OR 97 ein *allgemeiner, für alle Vertragsverletzungen geltender Grundsatz* ausgesprochen wird, vgl. dazu M. NEUENSCHWANDER, p. 43 f. m. w. H.

Anders im deutschen Recht, wo die ablehnende Haltung SAVIGNYS gegenüber einer allgemeinen culpa-Haftung («culpa ist gar nicht allgemein eine causa obligationis ...», System III, 295 Note d), zit. bei FIKENTSCHER, § 42/II, p. 186) dazu beitrug, dass die durch F. MOMMSEN (in seinen Abhandlungen: «Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse» und «Die Lehre von der Mora ...», Braunschweig, 1853/55) vorgenommene Einteilung der Nichterfüllungstatbestände in Unmöglichkeit und Verzug so stark in den Vordergrund getreten ist, dass sie, unter dem Einfluss Windscheids, ins BGB übernommen wurde. Sehr bald wurde die Lückenhaftigkeit erkannt und insbesondere die «vergessene» Kategorie der «positiven Vertragsverletzungen» (dazu sogleich) beigefügt; heute ist wie in der Schweiz auch in Deutschland der Grundsatz allgemein anerkannt, dass der Schuldner für jeglichen durch schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Pflicht verursachten Schaden haftet. Damit ist nach langer Auseinandersetzung die allgemeine culpa-Haftung für Verletzung von Vertragspflichten wieder anerkannt, wie sie schon dem älteren Gemeinen Recht geläufig gewesen war.

²⁶ Wesentlich ist hier die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten. Nur die Verletzung von Hauptpflichten löst die Rechtsfolgen von OR 107 aus, vgl. W. WIEGAND, recht 1984, p. 15 f.; v. T./E., § 73/VII, p. 157; unten Ziff. VI/2.

²⁷ Oben Ziff. I/4b, 6; Unterlassungspflichten können nur respektiert oder missachtet werden, eine einmal eingetretene Widerhandlung kann man nicht ungeschehen machen. Unrichtig daher die bisweilen vertretene Meinung (vgl. BECKER, OR 102 N. 26 und dort zit.), die Verzugsregeln seien dann auf Unterlassungspflichten anzuwenden, wenn der Gläubiger am vertragsgemässen Verhalten trotz deren Verletzung noch Interesse habe (Beispiel: Einhalten eines Konkurrenzverbotes). Richtigerweise sind diese Fälle den Regeln über die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen (unten Ziff. VI/8c) und nicht unmittelbar OR 102 ff. zu subsumieren, vgl. schon KRÜCKMANN, AcP 101, p. 202 f., v. T./E., § 62/V/2, p. 53 Anm. 69a, § 73/VIII/3, p. 160 Anm. 129.

die «positiven Vertragsverletzungen»²⁸ sind die Anspruchsgrundlagen nur bei einzelnen Vertragsverhältnissen gesetzlich geregelt (Mängelhaftung, insbesondere bei Kauf, Miete, Pacht, Werkvertrag), ohne dass die ihnen gemeinsamen Grundgedanken bei der Normierung der allgemeinen Nichterfüllungsfolgen Beachtung gefunden hätten. Anders das *angloamerikanische Recht*²⁹, das in den Vertrag ein Garantieverprechen (warranty) hineinprojiziert. Wird die versprochene Leistung nicht bewirkt, liegt «breach of contract» vor, gleichgültig, ob sie überhaupt nicht, zu spät oder schlecht erbracht wird, der Gläubiger kann Schadenersatz fordern oder bei «*fundamental breach*»³⁰ (Verletzung grundlegender Vertragspflichten) vom Vertrag Abstand nehmen (discharge by breach).

2. «Positive Vertragsverletzung»

Die Nichterfüllungs-Regeln gehen vom Leitbild aus, dass der Schuldner eine Leistung zu erbringen hat und diese positive Pflicht durch sein negatives Verhalten der Leistungs-Nichterbringung verletzt. Indessen enthalten Verträge regelmässig auch (negative) Unterlassungspflichten, deren Verletzung durch positives Tun erfolgen würde. Das negative Nichterfüllungs-Modell ist zu eng³¹, um alle Formen der Vertragsverletzung zu erfassen (z. B. Lieferung vergifteter Semmeln, gesundheitsschädigender Medikamente, Ausschuss produzierender Maschinen; Verletzung von Unterlassungspflichten (wie z. B. vertragliche Geheimhaltungspflichten). HERMANN STAUB³² prägte daher den Begriff der «positiven Vertragsverletzung», gedacht als Ergänzung zu der als rein negatives Faktum verstandenen «Nichterfüllung»; nach heutiger Auffassung ist das mit «positiver Vertragsverletzung» Gemeinte in einem weit gefassten Begriff der Nichterfüllung enthalten (oben Anm. 25). - Wichtigste Wirkung der Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung ist die analoge Anwendung

²⁸ Dazu FIKENTSCHER, § 42/II, p. 185 f. und unten Ziff. 2, Beispiele schon in Dig. 19, 1, 13 pr. (Lieferung von krankem Vieh, morschem Bauholz).

²⁹ Vgl. dazu ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 221 ff., STAEHELIN, a.a.O.

³⁰ Vgl. zu diesem Begriff ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 22.

³¹ Zu den Ursachen der Ordnung des BGB vgl. KASER, § 37/I in fine; oben Anm. 25. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch v. T./E., § 68/IV, p. 106 und Anm. 80, DERNBURG/SOKOLOWSKI, Bd. II, § 294 Anm. 1, FIKENTSCHER, § 42/II, p. 186, MITTEIS/LIEBERICH, § 47/III, p. 145.

³² H. STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, p. 46 ff., DERS., Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, 2. A. 1913.

von OR 97 ff., bes. OR 107^{33,34}, wobei der Anspruch in erster Linie auf Schadensausgleich unter *Aufrechterhaltung* der Vertragsbeziehung geht³⁵.

Die Vertragsklauseln, die man als durch «positive Vertragsverletzung» verletzt deutet, sind kaum je explizit formuliert; vielmehr handelt es sich um unausgesprochen bleibende *Nebenpflichten*, die wesensmässig auf Unterlassen gerichtet sind und den Schutz des Vertragspartners vor Schädigung beabsichtigen (z. B. die Abrede, keine vergifteten Lebensmittel zu liefern, bei der Errichtung eines Werks keine Familienangehörigen zu schädigen usw.) Die typischen Fälle positiver Vertragsverletzung könnten meist auch als Delikte qualifiziert werden; die Behandlung nach den für den Geschädigten günstigeren vertraglichen Grundsätzen ist zwar in der Tradition verwurzelt, letztlich aber durch Billigkeitserwägungen begründet.

Einige im Gesetz statuierte Haftungsgrundsätze lassen sich nicht auf Nicht-Leistungen, sondern nur auf «positive Vertragsverletzung» anwenden: So OR 100, wonach Haftungsausschluss für Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit nicht möglich sei³⁶. Die in der Revision eingeführte Regel von OR 364/I (Haftung für Sorgfalt bei

³³ BGE 69 II 244 f. Illustrativ die Kasuistik bei v. BÜREN, Bd. I, p. 382 f. und ihre Gruppierung möglicher Arten positiver Vertragsverletzungen in ZR 40 (1941), p. 304. Die Übersicht bei ESSER/SCHMIDT (SchR I, § 29/III, p. 444 ff.) zeigt die - entsprechend der Vertragsfreiheit - mannigfachen Erscheinungsformen. - «Die Regelung des OR ist umfassend angelegt, aber doch praktisch mehr auf das Ausbleiben der schuldnerischen Hauptleistung zugeschnitten als auf sonstige Vertragsverletzungen. Die Lehre von den «positiven Vertragsverletzungen» musste daneben im Anschluss an die deutsche Praxis entwickelt werden.» So schon E. RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin 1936, p. 193 in seiner abschliessenden Beurteilung der schweizerischen Nichterfüllungs-Regelung.

³⁴ Von praktischer Bedeutung: Bei Verträgen auf Übereignung (Überlassung) und Herstellung darf der Gläubiger nicht-vertragsmässige Leistung ablehnen, ohne in Annahmeverzug zu kommen (OR 91); Annahmeverzug ist jedoch (Nachleistungspflicht vorbehalten) Voraussetzung des schuldnerischen Anspruchs, vgl. dazu BECKER, OR 91 N. 22, der auch die Ausnahmen des Zurückweisungsrechts aufzeigt, so etwa im Kaufrecht, falls Wandelung vertraglich ausgeschlossen wurde. Als Regel gilt jedoch, dass der Gläubiger quantitativ oder qualitativ ungenügende Leistung zurückweisen darf, dies wird entweder im Gesetz ausdrücklich gesagt (vgl. OR 69, OR 368) oder aber vorausgesetzt, vgl. BGE 94 II 164 m. w. H.

Wenn der Gläubiger jedoch die Leistung vorbehaltlos annimmt, wird die Beweislast für die Erfüllung, die ursprünglich beim Schuldner lag, umgekehrt, der Gläubiger hat zu beweisen, dass der Schuldner nicht gehörig erfüllt hat, so BGB § 363 (§ 464). Diese Regel wird, gestützt auf OR 204, für das schweizerische Recht ebenfalls, auch ausserhalb des Kaufrechts, angenommen, vgl. KUMMER, ZGB 8 N. 275, 283, 298; v. T./E., § 60/I, p. 32, § 55/lib, p. 3 Anm. 21; BGE 59 I 255 ff.; aus anderen Gründen gleiche Beweislastverteilung bei Verletzung von Unterlassungspflichten, oben Anm. 20.

³⁵ Erst wenn das schuldnerische Verhalten den Vertragszweck nachhaltig und unzumutbar gefährdet, gelangen die Behelfe von OR 107 ff. zur Anwendung; von Bedeutung besonders für die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, vgl. ESSER/SCHMIDT, SchR I/2, § 29/III, p 108 f., unten Ziff. VI/8c; ZR 40 (1941), p. 304 f. Erw. 10 und 11.

³⁶ Eine Vertragsklausel, im Falle ausbleibender Vertragserfüllung nicht haften zu wollen, ist vorbehaltlos gültig und erfasst allenfalls auch die nicht entschuldbare, «vorsätzliche» Nichterbringung der Leistung; es liegt diesfalls in der Regel nichts anderes als die zweifellos gültige Vereinbarung, derzufolge die eine Partei überhaupt frei bleibt, den Vertrag abzuwickeln oder nicht, sodass ein haftungsbegründendes Verschulden in der Nichterfüllung nicht erblickt werden kann.

Werkvertrag) ist bezüglich der positiven Leistungserbringung (Ablieferung des Werks) sinnlos, behält aber ihre Bedeutung im Falle positiver Schadenszufügung bei der Errichtung eines Werkes.

Die gesonderte Herausstellung des Begriffs der positiven Vertragsverletzung ist auch dadurch gerechtfertigt, dass in einigen Fragen für diese andere Rechtsfolgen eintreten müssen als bei «negativer Vertragsverletzung» i. S. der Nichterbringung einer geschuldeten Leistung³⁷.

3. Vertragsverletzung und ausservertragliche Schädigung (Verhältnis OR 97 ff.-OR 41 ff.)

a) Konkurrenz der Tatbestände

Nichterfüllung, insbesondere nicht gehörig bewirkte Erfüllung, kann gleichzeitig Delikt im Sinne einer ausservertraglichen Schädigung sein (Verkauf einer vergifteten Semmel, Zerstörung einer entlehnten Sache). Dass diese Sachverhalte auch Delikte im Sinne von OR 41 ff. bilden, zeigt sich, wenn man den Vertrag wegdenkt: auch so bleibt die Schädigung unrechtmässig. Normativer Ansatz ist nun anstelle des Vertrages der Begriff der Widerrechtlichkeit bzw. Sittenwidrigkeit von OR 41.

Im Römischen und Gemeinen Recht wurde Klagenkonkurrenz (Anspruchskonkurrenz) angenommen; der Geschädigte konnte wahlweise³⁸ nach Vertrags- oder Deliktsrecht vorgehen, was auch im geltenden Recht noch zutrifft. Allerdings ist die Berufung auf Vertragsrecht für den Geschädigten günstiger:

- Umkehr der Beweislast für Verschulden (unten Ziff. III/2e);
- Haftung für Hilfspersonen nach OR 101 statt OR 55 (unten Ziff. III/6);
- Verjährungsfrist von zehn Jahren (OR 127 statt OR 60).

Da im übrigen ähnliche Haftungsprinzipien³⁹ gelten - eine allfällige Freizeichnung für Vertragsverletzungen erstreckt sich in der Regel auch auf konkurrierende

³⁷ So wird etwa in Deutschland eine gesonderte Verjährung (nach Deliktsgrundsätzen) gefordert; vgl. ESSER/SCHMIDT § 29/III, p. 453. Auch erscheint fraglich, ob in jedem Falle die Verschuldenspräsumption gemäss OR 97 aufrecht erhalten bleiben darf, d. h. man nicht dem Ansprecher den Verschuldensbeweis auferlegen müsste; vgl. ESSER/SCHMIDT § 29/III, p. 454 ff.

³⁸ Alternativ, zu unterscheiden von der Kumulation verschiedener Rechtsbehelfe, die das BGer in diesem Zusammenhang in einem einzigen Entscheid (71 II 114 E. 4) zugelassen hat (Kombination von OR 97 mit OR 50), was kritisiert wurde, vgl. ENGEL, p. 509 und dort zit. - Alternativität schon im Römischen Recht, vgl. v. T./E., § 68/V, p. 108, 109 Anm. 99.

³⁹ Verweisung von OR 99/III auf Schadensberechnung (OR 42) und Schadenersatzbemessung (OR 43/44).

Deliktsansprüche⁴⁰ - und insbesondere auch bei Vertragsverletzung *Genugtuung* in Frage kommen kann⁴¹, ist die Berufung auf Deliktsrecht meist nicht interessant⁴². Aus der Maxime «*iura novit curia*» folgt, dass der Richter, auch wenn der Kläger nur den deliktischen Anspruch geltend macht, im Rahmen der Parteianträge die Voraussetzungen des vertraglichen zu prüfen hat und umgekehrt⁴³.

b) Unabhängige Deliktsbegehung

Wird lediglich *bei Anlass* einer Vertragserfüllung ein Delikt begangen, welches sich nicht als Verletzung eigentlicher vertraglicher Verpflichtungen darstellt, so haftet der Schädiger nur nach Deliktsrecht⁴⁴.

⁴⁰ Dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 489 f., TH. LÖRTSCHER, vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht. Unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB, Diss. Zürich 1977, p. 120-122; v. T./E., § 68/V, p. 108 f. zeigt auf, dass, falls die vertragliche Haftung eine beschränkte ist (z. B. OR 99/II, 100/I, 101/II, 248/I, 420/II, 447), diese Beschränkung auch für den Deliktsanspruch gelten muss; im übrigen lehnt der Autor die Vorstellung einer Anspruchskonkurrenz ab. - Echte Konkurrenz liegt dagegen vor bei Zusammentreffen von Kausal- mit Vertragshaftung, v. T./E., § 68/V, p. 110 und unten Anm. 42.

Nicht zulässig ist es hingegen, bei der Beurteilung einer Deliktsklage diese den allfälligen (strengerem) Voraussetzungen der Vertragsklage zu unterstellen. So jedoch BGE 67 II 132, der dem Käufer, der einen Mangel nicht im Sinne von OR 201 gerügt hat, nicht nur seinen Vertrags-, sondern auch den konkurrierenden Deliktsanspruch aberkennt; vgl. zur Kritik ENGEL, p. 510 und dort Zit.; J. CUENDET, p. 217. BGE 67 II 132 steht auch zu BGE 64 II 254 in Widerspruch.

⁴¹ BGE 87 II 292 m. w. H. und unten Ziff. III/5.

⁴² Geholfen hat dem Geschädigten die Anspruchskonkurrenz in BGE 64 II 254 ff.: Mangelhafte Reparatur eines Steiggurtes; infolge unterlassener Prüfung und Anzeige (OR 367) ist vertraglicher Anspruch verwirkt (OR 370/II); Unternehmer haftet deliktisch, denn er kann - was Ausnahme ist - Exkulpationsbeweis gemäss OR 55 nicht erbringen.

Vorteilhaft für den Geschädigten können ausservertragliche Haftungsbestimmungen in *Kausalhaftungsfällen* sein, da dem Beklagten der Entlastungsbeweis verwehrt ist. So wird sich der durch Werkmangel geschädigte Mieter eher auf OR 58 denn OR 97 und OR 254 berufen; Konkurrenz bleibt aber möglich (anders bei Haftung aus Spezialgesetzen wie SVG oder EHG). Vgl. ENGEL, p. 510; CUENDET, p. 218-220.

⁴³ Vgl. ENGEL, p. 510; BGE 70 II 217. - JÄGGI (p. 181 ff.) lehnt die Scheidung vertraglicher und ausservertraglicher Haftung überhaupt ab. Dagegen OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 483 Anm. 21; NEUENSCHWANDER, a.a.O., p. 49 ff., der aber Systemwidrigkeiten der geltenden Ordnung anerkennt (p. 51). Vgl. zur Frage weiterhin W. YUNG, *Devoirs généraux et obligations*, Festgabe Schönenberger, Freiburg/Schweiz 1968, p. 163 ff. (= *Etudes et articles*, Genève 1971, p. 111 ff.), der zu Recht eine generelle Tendenz zur vertragsrechtlichen Erfassung von Schädigungstatbeständen feststellt (p. 173); H. SCHRANER, *Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadenersatzpflicht*, Diss. Zürich 1973, bes. p. 33 f.

⁴⁴ Zur Abgrenzung unten III/6d.

4. Unterschiedliche Rechtsfolgen bei (verschuldeter) Unmöglichkeit und bei Verzug (OR 97-101 gegenüber OR 102-109)

Wird aus Gründen, die der Schuldner zu verantworten hat, die Leistung nach Vertragsabschluss unmöglich, statuiert OR 97 eine Schadenersatzpflicht; gelingt der Exkulpationsbeweis, gilt der Schuldner als befreit (OR 119, unten § 23 Ziff. IV). Daneben statuieren OR 103-109 ebenfalls eine Schadenersatzpflicht für den Fall, dass eine Leistung (obwohl möglich oder erst nach Verzug unmöglich geworden) ausbleibt.

Wie oft erst ex post festgestellt werden kann, ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, lassen sich auch Unmöglichkeit und Verzug nicht immer eindeutig trennen. Daher sollen unter Ziff. III die gemeinsamen Elemente der Haftung des Schuldners gemäss OR 97 ff. (Unmöglichkeit) und OR 102 ff. (Verzug) behandelt werden, da die beiden Tatbestände im Grund gleichen Prinzipien folgen⁴⁵. Die *Unterschiede* der Voraussetzungen der Ersatzansprüche bei Unmöglichkeit einerseits und Verzug andererseits lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Bei *Unmöglichkeit* bedarf es keines Tätigwerdens des Gläubigers (Inverzugsetzen, OR 102/I) oder einer vertraglichen Abrede eines Verfalltags (OR 102/II). Ferner sind hier einige Verzugsfolgen grundsätzlich ausgeschlossen:

- Das Bestehen auf nachträglicher Erfüllung scheidet bei Unmöglichkeit naturgemäss aus; entsprechend muss nicht «unverzüglich» (OR 107/II) auf nachträgliche Leistung verzichtet werden.
- Die Schadenhöhe wird für den Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit berechnet (OR 97). Ersatz des Verzugschadens und Zufallhaftung kommen nur in Betracht, falls der Schuldner in Verzug gelangte (OR 102/I, II; OR 103).

Im Hinblick auf die eigene Leistungspflicht müssen dem Gläubiger die gleichen Rechte zugestanden werden wie im Verzugsfall bei Verzicht auf nachträgliche Leistung (OR 107/II), d. h. neben der (vom Gesetzgeber in erster Linie vorgesehenen) Anwendung der Austauschtheorie Befreiung von der Leistungspflicht unter Anwendung der Differenztheorie oder Rücktritt vom Vertrag⁴⁶.

⁴⁵ Auch in der Sicht des Praktikers fliessen die Tatbestände zusammen: Der Gläubiger, der keine Leistung erhält, weiss meist nicht, ob der Schuldner endgültig oder bloss vorübergehend nicht leisten kann oder will. Daher abstrahiert etwa das EKG von den Ursachen der Nichterfüllung und macht die Befugnis des Gläubigers zur Vertragsauflösung (in Anlehnung an das angloamerikanische Recht, unten Ziff. VI/1/b) mir davon abhängig, ob das Ausbleiben der Leistung eine *wesentliche Vertragsverletzung* darstellt (EKG Art. 10, 26, 27).

⁴⁶ Vgl. unten § 23/V, wie hier BGB § 325/I. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 97 N. 9, G./M./K., p. 226; a. M. v. TUHR, der angesichts des Fehlens einer BGB § 325/I entsprechenden Vorschrift ein qualifiziertes Schweigen annimmt (v. T./E., § 68/III/6, p. 105 und Anm. 79).

Die Rücktrittsbefugnis ist für den Gläubiger bei Verträgen, die beiderseits noch nicht erfüllt sind, neben dem Fall der Unmöglichkeit besonders wichtig bei *Konkurs* des Schuldners, da jener sonst als «Äquivalent» für seine Leistung nur Anspruch auf entsprechende Konkursdividende hätte; vgl. dazu H. FRITZSCHE, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, 2. A., Zürich 1968, p. 66 ff. Hat der *Vorleistungspflichtige* noch nicht geleistet, kann er gemäss OR 83/II vom Vertrag zurücktreten, falls sich nach Vertragsschluss die Vermögenslage des Kontrahenten verschlechtert und dieser nach angemessener Frist keine Sicherheit geleistet hat. Doch steht dem Rücktrittsberechtigten kein Schadenersatzanspruch (wie in OR 109/II) zu, weil der Zahlungsunfähige, da er zur Sicherheitsleistung nicht *verpflichtet* ist, mit deren Nichtleistung den Vertrag nicht verletzt (BECKER, OR 83 N. 10, BGE 64 II 267 f.). Daher wird der Nicht-Vorleistungspflichtige nicht nach OR 83, sondern nach OR 82, 107-109 vorgehen, es sei denn, er wolle sich vor Fälligkeit der schuldnerischen Leistung vom Vertrag lösen (vgl. v. T./E., § 64/VII, p. 67, v. BÜREN, Bd. I, p. 470).

Gegenüber der Einwendung blossen Verzugs liegt dem Gläubiger die *Beweislast* ob für Unmöglichkeit der Leistung⁴⁷. Er wird dieser Einwendung dadurch entgehen, dass er eine Nachfrist setzt und auf nachträgliche Erfüllung verzichtet. Dies ist eindeutig beim synallagmatischen Vertrag (OR 107/I), sollte m. E. aber auf alle Forderungen übertragen werden⁴⁸.

5. Verhältnis von OR 97 ff. zu den Sonderregeln im besonderen Teil OR

Es gibt keine generelle Regel, wie sich die Rechtsbehelfe nach OR 97 ff. zu denjenigen des besonderen Teils OR (etwa Kaufvertrag, Werkvertrag) bei mangelhafter Leistung verhalten. Beim Kaufvertrag kann bei Lieferung mangelhafter Ware sowohl nach OR 197 ff. wie auch, besondere Umstände vorausgesetzt, nach OR 97 ff. vorgegangen werden⁴⁹. Dagegen kann beim Werkvertrag nur nach OR 368 vorgegangen werden⁵⁰, wobei ein Grund für die unterschiedliche Behandlung nicht zu ersehen ist.

⁴⁷ BECKER, OR 97 N. 96, 98. Rechtfertigung: Der Gläubiger, der *sogleich*, gestützt auf Unmöglichkeit, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, beansprucht eine günstigere Stellung, als ihm bei Vorgehen nach Verzugsregeln (OR 107/109) zukäme, vgl. KUMMER, ZGB 8 N. 281.

⁴⁸ Anders v. T./E., § 67/III, p. 89 Anm. 34, § 68/II, p. 102 Anm. 62. - Beim *einseitigen Vertrag* müsste der Gläubiger grundsätzlich auf Erfüllung klagen, solange diese möglich bleibt; erst wenn die Vollstreckung resultatlos bliebe, könnte man dies (mit v. T./E., § 67/III, p. 89) als Tatbestand der Unmöglichkeit betrachten und nachträglich auf Ersatz des Erfüllungsinteresses klagen. Sachlich angemessen erscheint mir allerdings nur eine analoge Anwendung von OR 107 auch in Fällen von Forderungen, die nicht auf synallagmatischen Verträgen beruhen. Wollte man dem Gläubiger keine Möglichkeit der Fristansetzung mit anschliessendem Recht des Verzichts auf die verspätete Leistung einräumen, wäre z. B. nicht zu ersehen, wie sich der Borger, dem ein zugesagtes Darlehen nicht ausgerichtet wird, sollte angemessen behelfen können. Wie hier ENGEL, p. 461 (abweichend p. 490); ähnlich BGB § 283, 286.

⁴⁹ Vgl. OR/BT, § 4/VII/3.

⁵⁰ BGE 100 II 32 f.

III. Rechtsfolgen bei Nichterfüllung im allgemeinen (OR 97, 99-101)

Hier in Ziff. III werden jene gesetzlichen Sanktionen dargestellt, die auch ohne Verzug (d. h. auch bei Unmöglichkeit oder positiver Vertragsverletzung) Platz greifen; in Ziff. IV bis VI/6 wird der Verzug als praktisch wichtiger Fall der in zeitlicher Hinsicht vertragswidrigen Erfüllung behandelt, in Ziff. VI/7 schliesslich jene Rechtsbehelfe, die bei Verzug und sonstiger Erfüllungsstörung zusätzlich neben einem Schadenersatzanspruch dem Gläubiger zustehen können.

1. Zur Anwendung der Haftungsregeln von OR 97 ff.; Übersicht über die Voraussetzungen

- Schaden (unten Ziff. 2);
- schadenskausale Nichterfüllung: Das Tatbestandsmerkmal der Vertragsverletzung hat hier die Funktion der Widerrechtlichkeit/Sittenwidrigkeit der Schadenszufügung im Recht der ausservertraglichen Schädigung. - Dieses Erfordernis lässt sich seinerseits zurückführen auf Verzug (Ziff. IV), Unmöglichkeit (unten § 23) oder positive Vertragsverletzung (Ziff. II/2);
- Verschulden (Ziff. 3).

Weitere Voraussetzungen dürfen nicht ohne gesetzliche Grundlage geschaffen werden⁵¹.

2. Schadensbegriff

a) *Negatives und positives Interesse*⁵²

Schaden ist Differenz zwischen zwei Vergleichszuständen. «inter-esse» bedeutet hier nichts anderes als «Differenz» («id quod inter-est») zwischen (schadensbelastetem) Ist-zustand und Soll-zustand⁵³. Während im Deliktsrecht der Schädiger für

⁵¹ Insbesondere ist es nicht angängig, vom Gläubiger den Nachweis eines Interesses an der Leistung oder der faktischen Möglichkeit der Vertragsabwicklung zu fordern. Der Nachweis der Erfüllungsbereitschaft des Gläubigers darf ebenfalls nicht gefordert werden ausserhalb der Sonderregeln von OR 82/83 (dazu oben § 18/IX). Zu weitgehend BGE 111 II 156.

⁵² Dazu einlässlich MAX KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss. Zürich 1949; H.-B. RENGIER, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Diss. Berlin 1977 (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 39).

⁵³ Dieser Differenzbegriff, der nicht, wie noch teilweise das Römische Recht, isoliert auf einen zu ermittelnden «objektiven» (Sach-)Wert, das «verum rei pretium» abstellt, sondern auf den *gesamten Vermögensstand* des Gläubigers, wurde massgeblich entwickelt von F. MOMMSEN (in: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855) und ist (fast) allgemein rezipiert worden, vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 54 Anm. 6; kritisiert wird der Begriff von H. HONSELL in JuS, Juristische Schulung, 1973, p. 69 ff.; zu den Entwicklungstendenzen in der Schadenersatzbemessung Nachweise bei LESER, 1. c., p. 124 Anm. 63.

die Differenz zwischen Ist-Zustand und dem hypothetischen schädigungsfreien Zustand haftet, sind bei Vertragsverletzungen zwei verschiedene Differenzberechnungen denkbar: Mit dem gegebenen schadensbelasteten Ist-Zustand wird entweder verglichen der Zustand, der bestünde, wenn man den (nachträglich nicht erfüllten) Vertrag gar nie geschlossen hätte oder aber der Zustand, wie er bei *richtiger Vertragserfüllung* bestehen würde. Der Schaden im ersten Sinn heisst *negatives Interesse* oder *Vertrauensschaden*⁵⁴, derjenige im letzteren Sinn *positives Interesse*⁵⁵ oder *Erfüllungsinteresse*. Die Berechnung des *positiven Interesses* ist auf die Vermögenslage auszurichten, in der sich der Gläubiger bei korrekter Vertragserfüllung befände; eingeschlossen ist insbesondere auch der Gewinn, der aufgrund der empfangenen Vertragsleistung hätte erzielt werden können.

Im Rahmen des *negativen Interesses* kommen die folgenden *Schadensposten* in Frage:

- Aufwendungen im Zusammenhang des Vertragsschlusses;
- Aufwendungen im Vertrauen auf korrekte Vertragsabwicklung: Bereitstellen oder Erbringen der eigenen Leistung, Vorbereitung für Entgegennahme der Gegenleistung etc.;
- Schadenersatzpflicht aus Verträgen, die im Hinblick auf den dahinfallenden Vertrag geschlossen wurden und wegen dessen Nichtabwicklung nicht erfüllt werden können⁵⁶;

⁵⁴ Auf die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Interesse hatten schon SAVIGNY (System III, § 138 Note d) und MOMMSEN (Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung, Braunschweig 1853, p. 107) hingewiesen; fruchtbar gemacht wurde sie erst durch R. v. JHERING (vgl. Anm. 62); weitere Hinweise bei v. T./P., § 12/IV, p. 86, Anm. 19a. Das negative Interesse steht in der Kodifikationsgeschichte im Vordergrund; das Anliegen des nicht befriedigten Gläubigers ist es jedoch regelmässig, das positive Interesse zu erhalten.

Das BGB kennt den Grundsatz, dass das negative das positive Interesse nicht übersteigen dürfe (vgl. §§ 122, 179, 307), da der Berechtigte an einem nichtigen oder aufgelösten Vertrag nicht mehr als an einem richtig erfüllten verdienen solle. Der schweizerische Gesetzgeber hat - mit Ausnahme von OR 8 - diese ausdrückliche Beschränkung abgelehnt (vgl. v. T./P., § 12, p. 87, Anm. 30, KELLER, a.a.O., p. 113 Anm. 16, p. 249 f.), sie wird sich, falls im Einzelfall gerechtfertigt, aus den nach OR 43 zu berücksichtigenden Umständen ergeben. Im deutschen Recht wird sodann neben dem positiven und negativen als drittes das sogenannte *Integritätsinteresse* (Erhaltungs-, Schutzinteresse) unterschieden, das als Interesse des Gläubigers an der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter verstanden wird (vgl. LARENZ, SchR I, § 9/I/3, p. 112, § 27/II/4, p. 431, RENGIER, zit. Anm. 52, p. 53 und passim, ebenso G./M./K., p. 68). Während dieses Integritätsinteresse im schweizerischen Recht bei Bestehen eines gültigen Vertrages als positive Vertragsverletzung durch OR 97 ff., bei ausservertraglicher Schädigung durch OR 41 ff. erfasst wird, gewinnt der damit umschriebene Sachverhalt bei Anbahnung von Verträgen eigenständige Bedeutung, vgl. dazu oben § 17/III/6.

⁵⁵ Nicht zu verwechseln mit dem Begriff «positiver Schaden», der dem *damnum emergens* entspricht, OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 55.

⁵⁶ v. T./E., § 68/VI, p. 110, Problem der *Drittschadensliquidation*, das sich generell bei vertraglicher wie deliktischer Haftung stellt, vgl. dazu E. VON CAEMMERER, Das Problem des Drittschadenersatzes, ZBJV 100 (1964), p. 341 ff., insbes. p. 343 Anm. 5 und p. 348 f., P. PIOTET, Les étrangers en suisse, Lausanne 1982, p. 337 ff.; in BGE 81 II 131 f. ist der Hinterleger einer Ware, die in einem Lagerhaus beschädigt wird, gegenüber dem nach OR 58 haftbaren Werkeigentümer zur Klage berechtigt, wenn er seinerseits dem Eigentümer der Ware zum Ersatz verpflichtet ist, vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 65 Anm. 57 m. w. H.

- Schaden durch Verzicht auf anderweitigen günstigen Vertragsschluss, wenn der Gläubiger glaubhaft machen kann, dass er ohne den gescheiterten Vertrag einen entsprechenden Vertrag mit einem Dritten geschlossen hätte⁵⁷.

Die oft vertretene Meinung, das positive Interesse sei stets grösser als das negative, weil bei jenem auch ein entgangener Gewinn zu ersetzen sei, ist im schweizerischen Recht in dieser Verallgemeinerung nicht ganz zutreffend, denn der entgangene Gewinn kann unter bestimmten Voraussetzungen auch im Rahmen des negativen Interesses erlangt werden⁵⁸. Bei einem Verlustgeschäft bringt das Fordern des positiven Interesses nichts, während im Rahmen des negativen Interesses immerhin die eigenen nutzlosen Aufwendungen geltend gemacht werden können. Umgekehrt wird der Gläubiger das positive Interesse fordern, wenn die Preisrelation für ihn günstig war.

b) Anwendungsbereich des positiven Interesses

Als allgemeine Regel gilt, dass bei Nicht- oder Schlechterfüllung - wie auch in den Fällen positiver Vertragsverletzung - das positive Interesse zu ersetzen ist, gegebenenfalls daher auch ein Schaden, der über den Wert der geschuldeten Leistung als solcher hinausgeht⁵⁹.

Bei noch möglicher Leistung ist neben dieser der Verspätungsschaden als *kumulativer Schadenersatz* bis zur Höhe des positiven Interesses geschuldet (z. B. OR 103/I); bei Unmöglichkeit oder Verzicht auf nachträgliche Leistung (OR 107/II) tritt das positive Interesse an ihre Stelle (*vikariierender* Schadenersatz). Nach eingebürgerter Formel ist zu ersetzen *damnum emergens* («auftauchender Schaden») wie auch *lucrum cessans* («entgangener Gewinn») ⁶⁰, d. h. eine durch die Nicht- (Schlecht-)erfüllung

⁵⁷ So schon BGE 44 II 508.

⁵⁸ Da der Ersatz des entgangenen Gewinns eine Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs ist, muss er - beim positiven wie beim negativen Interesse - ersetzt werden, wenn der Berechtigte den Entgang wahrscheinlich macht (dazu auch unten Anm. 201). - Das deutsche Recht maximiert das negative Interesse auf den Betrag des positiven Interesses (vgl. oben Ziff. III/2b; zur Problematik dieser Beschränkung vgl. LARENZ, SchR I, § 8/III, p. 104, § 9/I/3, p. 112.

⁵⁹ Im Vordergrund steht der Geldwert des Nutzens, den der Gläubiger im Falle richtiger Erfüllung aus der schuldnerischen Leistung gezogen hätte und der ihm infolge unterbliebener (verspäteter) Leistung entgangen ist.

⁶⁰ Das Ausmass des zu ersetzenden *lucrum cessans* wird, wie der Umfang des Schadenersatzanspruchs generell, begrenzt durch das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden (Gewinnentgang) und schuldnerischem Verhalten; so deutlich BGB § 252, der das zu ersetzende *lucrum cessans* umschreibt als den Gewinn, «welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte». Diese Bestimmung war Vorbild für den hier anwendbaren OR 42/II (v. T./P., § 13, p. 100 Anm. 67); zur Herabsetzung der Beweisanforderungen (bezüglich Höhe bzw. Existenz des entgangenen Gewinns überhaupt) auf blosse Wahrscheinlichkeit vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 55 ff., 175 ff., v. T./P., § 13/I/10, p. 100 f., KUMMER, ZGB 8 N. 211/12.

ausgelöste Vermögensverminderung oder verhinderte Vermögensvergrößerung.

c) Anwendungsbereich des negativen Interesses⁶¹

Ersatz des Erfüllungsinteresses ist nicht am Platz, wenn Schaden entsteht, weil ein für gültig gehaltener Vertrag sich (z. B. wegen mangelnder Vertretungsmacht oder Handlungsunfähigkeit) als unwirksam herausstellt oder wegen eines Willensmangels angefochten wird. Während das Römische Recht i. d. R. nur bei *Arglist* (*dolus in contrahendo*) eine Schadenersatzpflicht vorsah, fordert eine neuere Auffassung für diese Fälle eine weitergehende Haftung. Das Problem erfuhr mangels römischer Quellenstellen im Gemeinen Recht keine Lösung, bis JHERING in seiner wegweisenden Abhandlung «*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen»⁶² dafür eintrat, dem Geschädigten wenigstens einen Anspruch auf das negative Interesse einzuräumen. Beeinflusst von der Jheringschen Lehre sahen schon aOR 23 (entsprechend OR 26), aOR 33/III (ZGB 411/II), aOR 43/II (OR 36/II), aOR 48 (OR 39) für diese Gruppe der *Culpa-in-contrahendo*-Fälle⁶³, bei denen das (schützenswerte) Vertrauen des Gläubigers in den gültigen Vertragsschluss enttäuscht wird, einen Schadenersatzanspruch in dem von Jhering postulierten Umfang des negativen Interesses vor⁶⁴. Damit war für die genannte Fallgruppe eine besondere *Haftung ex lege* geschaffen, die allein eine saubere Lösung des Problems erlaubte⁶⁵. Neben diesen (gesetzlich geregelt)

⁶¹ Vgl. dazu die in § 17 zit. Literatur.

⁶² Jher. Jb. 4 (1861), p. 1 ff.

⁶³ Dazu oben § 17/II. Das geltende OR hat auch in Art. 29/II für den Fall, dass der Vertragsschluss durch Drohung eines Dritten verursacht wurde, eine Billigkeitshaftung des Bedrohten vorgesehen, wenn dieser den Vertrag nicht gelten lassen will; sie geht grundsätzlich auf das negative Interesse.

⁶⁴ Die gesetzliche Umschreibung des Vertrauensschadens (vgl. etwa OR 26, OR 39, «... Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens ...») ist unpräzise; sie bringt den Grund dieser Haftung, das schützenswerte Vertrauen des Kontrahenten, nicht zum Ausdruck. Besser die entsprechenden BGB §§ 122 und 179, die vom Ersatz des Schadens sprechen, den jemand «dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung (bzw. die Vertretungsmacht) vertraut».

⁶⁵ Alle anderen Begründungsversuche für diese Haftung schlugen fehl. So liegt kein Anwendungsfall von OR 41 vor, denn «der Abschluss eines nichtigen Vertrags ... ist nun einmal kein Delikt, weil an sich nicht rechtswidrig» (RABEL, 1. c., p. 156); erst bei *doloser* Vertrauenserweckung läge Widerrechtlichkeit (des eingesetzten Mittels) vor. Auch *culpa* ist kein gemeinsames Merkmal dieser «*culpa*»-in-contrahendo-Fälle (vgl. RABEL, 1. c., p. 171 f., KELLER, 1. c., p. 28 Anm. 12). So haftet etwa der falsus procurator ohne Verschulden (OR 39/I, 39/II e contr., ebenso BGB § 179/II); auch OR 26/I wird so verstanden, dass *jeder* Irrtum im Zweifel als fahrlässig erachtet wird, ansonsten diese Bestimmung nicht praktikabel ist (so schon v. THUR, ZSR 38 (1897), p. 28 ff., RABEL, 1. c., p. 158 f.; weitere Hinweise bei KRAMER, Grundfragen (zit. § 13 vor Anm. 1), p. 102 Anm. 56, aus der Praxis BGE 69 II 239; auch der OR 26/I entsprechende BGB § 122 lässt den Irrenden ohne Verschulden haften). - Zur heutigen Begründung der c.i.c.-Haftung aus ZGB 2 oben § 17/IV.

Fällen der Haftung für enttäushtes Vertrauen wird unter dem Begriff der culpa in contrahendo auch das weite Feld sonstiger (vom Gesetzgeber nicht gesondert behandelter) *Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten* mit verstanden, vgl. dazu oben § 17/III.

Beim *Rücktritt vom Vertrag* liegt nicht, wie die Formulierung von OR 109/II vermuten liesse, ein Tatbestand der culpa in contrahendo vor; es handelt sich nicht um Vertrauensverletzung in die Gültigkeit eines (unwirksamen) Vertragsschlusses, sondern um Vertragsnichterfüllung. Trotzdem ist die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses nach dem Gesetzeswortlaut nur bei Festhalten am Vertrag, nicht aber im Falle des Rücktritts möglich⁶⁶.

Bei der Entscheidung für Rücktritt oder Festhalten am Vertrag müssen umgekehrt keine Rolle spielen Rücksichten auf die Eigenleistung des Wahlberechtigten: Will er sie nicht erbringen, muss er nicht zurücktreten, sondern kann dies in Anwendung der Differenztheorie (unten Ziff. VI/7b/bb) auch bei Aufrechterhaltung des Vertrages und Forderung des positiven Interesses tun.

d) Der für die Schadensberechnung massgebende Zeitpunkt

Das *positive Interesse* ist geschuldet für den Fall, dass die Leistungserbringung unmöglich wird (OR 97/I) oder der Gläubiger bei Verzug des Schuldners sein Wahlrecht gemäss OR 107/II (2. Variante) ausübt. Im ersten Fall, d. h. bei (verschuldeter) Unmöglichkeit, ist der Schaden auf den Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit zu berechnen⁶⁷, bei Verzug kann der Gläubiger wählen zwischen dem Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs und der Abgabe der Verzichtserklärung⁶⁸.

⁶⁶ Dazu unten Ziff. VI/7. Anders der franz. CC, der in art. 1184/II die Möglichkeit gibt, «résolution avec dommages et intérêts», also trotz Rücktritt das Erfüllungsinteresse zu fordern. Dies ist dem OR und dem BGB fremd, weil es nicht folgerichtig schien, dass der Gläubiger «Schadenersatz (wegen Nichterfüllung) verlangen und gleichzeitig die Grundlage dieses Anspruchs, nämlich den Vertrag, durch Rücktritt zerstören» könne (ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 217.) Die der Lösung des CC innewohnenden Vorteile werden im OR und BGB zum Teil mit der Differenztheorie (unten Ziff. VI/7b/bb) erreicht.

⁶⁷ Diese Auffassung ist durch die Überlegung begründet, dass durch Unmöglichwerden der Leistung die entsprechende Leistungspflicht erlischt (impossibulum nulla obligatio), spätere Vorgänge (Eintritt Fälligkeit, Forderung der Leistung usw.) zwangsläufig ins Leere fallen und rechtlich nicht zu berücksichtigen sind. Ähnlich wie hier REISCHAUER in RUMMER, Komm. ABGB § 921 N. 4 - BGE 109 II 475 lehnt diese Auffassung ab und will (in einem Fall der Zweckentfremdung von Depositen) auf den Zeitpunkt des Herausverlangens abstellen, wobei in casu eher ein Fall des Verzugs (dazu das gleich Folgende) und nicht Unmöglichkeit i. S. von OR 119 vorliegt.

⁶⁸ Dazu unten Ziff. VI/7b bei Anm. 206, § 25/I.

Beim *negativen Interesse* stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Schadensberechnung nicht; dem Gläubiger sind die Aufwendungen zu ersetzen, die durch den Vertragsschluss veranlasst sind und sich als nutzlos erweisen.

e) *Beweislast*

Der geltend gemachte Schaden ist vom Ersatz beanspruchenden Gläubiger zu beweisen⁶⁹, wobei im Falle ziffernmässig nicht nachweisbaren Schadens der Richter nach Ermessen zu entscheiden hat (OR 42/II).

3. Verschuldenserfordernis

a) *Allgemeines; Umkehrung der Beweislast*

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass der nichterfüllende Schuldner einer Haftung unterworfen wird, d. h. Schadenersatz zu leisten hat. OR 97 knüpft diese Haftung an die Voraussetzung des Verschuldens. Die Besonderheit vertraglicher gegenüber deliktischer Haftung liegt in der diesbezüglichen Beweislastverteilung: Der Gläubiger, der Schadenersatz fordert, muss zwar den Bestand der vertraglichen Vereinbarung, ihre Verletzung sowie den Schaden und dessen Kausalzusammenhang mit der Vertragsverletzung, nicht aber das Verschulden nachweisen; vielmehr gilt die widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass den nicht erfüllenden Schuldner ein Verschulden treffe⁷⁰, was eine wichtige Sicherung der Gläubigerstellung bedeutet⁷¹. Diese Regel findet sich in OR 97/I, 109/II (Unmöglichkeit bzw. Verzicht auf nachträgliche Leistung) sowie in OR 103 und OR 106 (Verspätungsschaden bei Verzug), muss aber auch für die Ersatzansprüche von OR 107 gelten⁷².

⁶⁹ Zu den Anforderungen an Schadensnachweis und Schadensberechnung vgl. BGE 89 II 219.

⁷⁰ Die auch dem Text von OR 97 zugrundeliegende Vorstellung wäre präziser dahin zu fassen, dass der Schuldner bis zum Nachweis einer rechtsaufhebenden Tatsache für seine vertraglichen Pflichten einzustehen hat; vgl. KUMMER, ZGB 8 N. 353. Darin liegt eine Annäherung an die Auffassung des anglo-amerikanischen Rechts, das den Vertrag als Garantieverprechen versteht, oben Ziff. II/1 a. E. und LARENZ, SchR I, § 20/I, p. 277 f. Dem Kläger wäre es oft unmöglich, ein Verschulden nachzuweisen, weil die Ursache dafür im Bereich des Beklagten liegt.

⁷¹ v. T./E., § 69/V, p. 117, BECKER, OR 97 N. 96. Abzulehnen hingegen N. 100, wonach bei *Annahme* der Leistung der Gläubiger nicht nur unrichtige Erfüllung (dazu oben Anm. 34), sondern auch das Verschulden zu beweisen habe, vgl. KUMMER, ZGB 8 N. 284.

⁷² Vgl. KUMMER, ZGB 8 N. 199, 287; zur Nichterwähnung der Exkulpationsmöglichkeit in OR 107 vgl. unten Anm. 205. Zur Beweislast des *Gläubigers*, falls er, gestützt auf OR 97, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt und der Schuldner blossen Verzug geltend macht, vgl. oben Anm. 47. Auch bei den *positiven Vertragsverletzungen* gilt die Beweislastverteilung von OR 97, KUMMER, ZGB 8 N. 285, was nicht immer sachgerecht ist. *Differenzierter die deutsche Lehre und Praxis*, die auf den Verantwortungs- oder Gefahrenbereich abstellt, aus dem die Schadensursache stammt, ein Rechtsgrundsatz, der sich auch im Deliktsrecht (Produzentenhaftung!) durchzusetzen beginnt; vgl. LARENZ, SchR I, § 24/Ib, p. 371 ff., ESSER/SCHMIDT, SchR I § 29/III, p. 454 ff. und der deutschen Doktrin folgend JÄGGI, p. 193 f. - Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt die französische Lehre mit der Unterscheidung zwischen «obligations de résultat» und «obligations de moyens» (dazu die Hinweise bei NEUENSCHWANDER, 1. c., p. 21 f., 31, 53 f. und OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 49 Anm. 170, der Übertragung auf das schweizerische Recht ablehnt, u. a. gerade wegen Widersprüchen mit den hier geltenden Prinzipien der Beweislastverteilung).

Der Exkulpationsbeweis des nichterfüllenden Schuldners ist nur ausnahmsweise und durch den Nachweis aussergewöhnlicher äusserer Umstände möglich. Dies rechtfertigt eine Betrachtungsweise, derzufolge im Ergebnis der nichterfüllende Schuldner angesichts des blossen Nichterfüllungstatbestandes ohne Rücksicht auf Verschulden haftet, jedoch mit dem Nachweis bestimmter Befreiungsgründe, vor allem mit jenem der *vis major*, der *force majeure*, sich von dieser Haftung befreien kann. - Dies ist weitgehend die Sicht der englischsprachigen Juristenschaft und im Ergebnis wohl auch jene des römischen Rechts; beide weichen im Ergebnis nicht fundamental vom Rechtszustand des deutschen Sprachraums ab.

Bei positiver Vertragsverletzung ergeben sich Probleme, wenn die nicht gehörig erfüllende Partei dem Stand der «freien Berufe» (Ärzte, Anwälte, Notare, Architekten etc.) angehört. Der hier vom Gläubiger (bzw. Geschädigten) zu erbringende Beweis des Vorliegens einer Pflichtverletzung wird durch den Nachweis geleistet, dass ein Verstoß gegen die vom entsprechenden Berufsstand zu erwartende Sorgfalt - etwa ein ärztlicher Kunstfehler - vorliegt. Gelingt dieser oft schwer zu erbringende Beweis, kann sich der Betroffene exkulpieren, indem er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Aufgrund des geltenden «objektivierten» Verschuldensbegriffs decken sich beide Beweise weitgehend, da der Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung und derjenige der Fahrlässigkeit praktisch zusammenfallen⁷³. Dies führt zu einer eigenartigen Beweissituation und schlussendlich dazu, dass praktisch die gleiche Beweislast existiert wie im Deliktsrecht.

b) Verschuldensmassstab

Grundsätzlich haftet der Schuldner für *omnis culpa* (OR 99/I), also auch für leichte Fahrlässigkeit. Wie im Deliktsrecht ist der Verschuldensbegriff objektiviert⁷⁴. Ein Schuldausschlussgrund mag in der entschuldbaren Unkenntnis des Schuldners über seine Verpflichtungen liegen, was zum Beispiel für den Erben zutreffen kann, der die Gesamtnachfolge in Aktiven und Passiven ipso iure antritt und ohne sein Wissen zum Schuldner werden kann⁷⁵.

⁷³ Vgl. etwa WIEGAND, recht 1984, p. 19 f.

⁷⁴ Vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 142 ff.

⁷⁵ v. T./E., § 69/III, p. 116, Dresd. E. Art. 284; *entschuldbarer Irrtum* über die Rechtslage. Unterlässt oder verunmöglicht der Schuldner diesfalls die Leistung, hat er Verzug bzw. Unmöglichkeit nicht zu vertreten (OR 97/I, 119; unten § 23/V). Im BGB ist - im Anschluss an das Gemeine Recht - Verschulden immer Verzugsvoraussetzung, dazu WINDSCHEID, Bd. II, § 276, Anm. 2 p. 131; anders das OR, unten Ziff. IV/3. - Haftbar wird hingegen derjenige, der richtige Erfüllung verunmöglicht, obwohl er mit einem Vertrag rechnen muss, so der Offerent; für ihn gilt der allgemeine Grundsatz (wie ihn OR 152 für den bedingt Verpflichteten ausdrücklich statuiert), dass er nichts vornehmen darf, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte, vgl. im weiteren JÄGGI, OR 3 N. 43.

Schuldhaft handelt auch diejenige Partei, die vertraglich die Erbringung gewisser Leistungen verspricht, zu denen sie von Natur aus nicht befähigt ist; hier spricht man von «Übernahmeverschulden»⁷⁶.

Die Haftungsregeln sind grundsätzlich dispositives Recht und können durch Vertrag abgeändert werden; dies aber nur unter Vorbehalt von OR 100⁷⁷. Verstossen Freizeichnungsklauseln gegen diese zwingenden Bestimmungen, sind sie in dem das erlaubte Mass übersteigenden Umfang nichtig. Die Regel, wonach eine Wegbedingung der «Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit» (das sog. «pactum ne dolus praestetur») nichtig sei, kann sich bloss auf positive *Vertragsverletzungen* beziehen, nicht aber den Fall der Nichterbringung der Leistung betreffen: Kann die Erbringung der einen Vertragsleistung ins freie Belieben der leistenden Partei gestellt werden, muss auch eine Vereinbarung gültig sein, der zufolge der betreffende Partner zwar als leistungspflichtig erklärt, im Falle der Nichtleistung indessen von jeglichen Nichterfüllungs-Sanktionen freigestellt wird.

4. Bemessung des Schadenersatzes

Unabhängig von der Berechnung des dem Gläubiger erwachsenden Schadens (oben Ziff. 2) stellt sich die Frage der Bemessung der Ersatzpflicht. Grundsätzlich ist der ganze Schaden zu ersetzen, jedoch unter besonderen Umständen bloss ein Teil desselben. Haftungsmindernd zu berücksichtigen sind die Uneigennützigkeit des Geschäfts (OR 99/II), sodann, aufgrund der Verweisung von OR 99/III auf die Grundsätze der ausservertraglichen Haftung: besonders geringes Verschulden (sc. der weitgehende, wenn auch nicht vollständig gelungene Exkulpationsbeweis, der

⁷⁶ «Imperitia culpa adnumeratur» (*Celsus* nach Dig. 19, 2, 9, 5): Unerfahrenheit ist als Verschulden anzurechnen, sc. wenn ein Geschäft nur bei entsprechender Erfahrung übernommen werden darf.

⁷⁷ Haftung des Schuldners für eigenes Verhalten. OR 100 als Massstab der guten Sitten; daher kann (abgesehen von den in Abs. 3 genannten Fällen) schon Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit unzulässig sein, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht, vgl. z. B. ZBJV 105 (1969), p. 372: Eine Verabredung, die Haftung des Anwalts werde auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt, ist nichtig und zudem standeswidrig (OR 100, OR 398). - Die *Haftungsbeschränkung* unterliegt denselben Zulässigkeitskriterien wie der Haftungsausschluss, vgl. BGE 102 II 264 f. Nach BGB § 276/II darf der Schuldner (im Anschluss an Dig. 50, 17, 23: Dolus semper praestetur) nur die Haftung für Vorsatz nicht wegbedingen; Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist dabei abdingbar.

Entlastung durch force majeure), sonstige «Umstände» (OR 43/II), schliesslich Mitverschulden des verletzten Gläubigers (OR 44/I)⁷⁸.

Schaden ist nur soweit zu ersetzen, als er sich als *adäquate Folge* der Nichterfüllung des Vertrages darstellt; auch diesbezüglich ist eine Übertragung deliktrechtlicher Grundsätze angezeigt. Soweit der Schaden zwar adäquate Folge darstellt, indessen vom Schuldner mangels Kenntnis der Verhältnisse des Gläubigers *nicht vorausgesehen* werden konnte, erscheint es angezeigt, eine Ersatzpflicht auszuschliessen⁷⁹.

5. Genugtuungsansprüche (OR 47, 49); Haftung des Urteilsunfähigen (OR 54)

Das Vertragsrecht enthält keine Anspruchsnorm für eine Genugtuung, doch nimmt die Praxis zu Recht an, dass Schadenersatz i. w. S. auch Genugtuung einschliesse und daher die Verweisung von OR 99/III auch OR 47 und OR 49 erfasse. Demnach gilt, dass bei besonderer Schwere der Vertragsverletzung und des Verschuldens die vertragliche Ersatzpflicht auch zum Ausgleich nicht vermögensmässig fassbarer Beeinträchtigung verpflichtet⁸⁰.

Umstritten war, ob die Verweisung von OR 99/III sich auch auf OR 54 beziehe. Im Anschluss an BGE 47 II 97 f. bestand die Meinung, dass der Urteilsunfähige nur für ein Verhalten bei Vertragsschluss hafte, das einem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten als Verschulden angerechnet würde, dass daher Urteilsunfähige für die Folgen eines (nichtigen) Vertrages höchstens gemäss ZGB 411/II (*Verleiten* zur Annahme der Vertragsfähigkeit) hafteten⁸¹. In BGE 102 II 226 ff. wurde in Änderung der Rechtsprechung entschieden, dass aufgrund von Art. 54 OR,

⁷⁸ Vgl. zur Übertragung deliktrechtlicher Prinzipien auf Vertragshaftung BGE 55 II 37 f.

⁷⁹ In der Schweiz (wie unter BGB oder ABGB) sind keine entsprechenden Präjudizien bekannt. Zu berücksichtigen der in England massgebliche Fall *Hadley v. Baxendale* des Jahres 1854 (1843/60) All. E. R. Reprint p. 461-466: Ein Fuhrmann, dem ein Fabrikant eine Antriebswelle übergibt und der den Transport verzögert, haftet nicht für den verursachten Schaden, wenn er keine Kenntnis hat, dass wegen des Ausfalls der Welle der Betrieb stillsteht. - Der gleiche Grundsatz hat auch Aufnahme in Art. 74 des «Wiener Kaufrechts» gefunden; vgl. dazu OR/BT, § 3/I/5/d, § 5/VIII sowie Abkommenstext im Anhang.

⁸⁰ Dazu BGE 54 II 481 ff. (mit Hinweisen auf die Materialien), ferner BGE 76 II 109 (grundlose Entlassung eines Beamten), 87 II 143 ff. (Nichteinhaltung eines Dienstvertrags), 87 II 290ff. (mangelhaft erfüllter Auftrag zur Wahrung von Affektionsinteressen; auch hier ist Voraussetzung des Genugtuungsanspruchs besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens). - Der Genugtuungsanspruch wegen Vertragsverletzung verjährt in zehn Jahren (OR 127, nicht OR 60, vgl. BGE 80 II 256 ff. mit Hinweisen auf die Materialien).

Rechtsvergleichend: LESLIE T. HART, *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*, Editorial Juridica de Chile, Santiago 1969.

⁸¹ Weil es nicht angehe, den Urteilsunfähigen strenger haften zu lassen als den Urteilsfähigen, vgl. BGE 55 II 38, 74 II 213.

der eine Kausalhaftung aus Billigkeit begründet⁸², «nach Billigkeit zu entscheiden (ist), ob und in welchem Umfange der Urteilsunfähige den durch rechtsgeschäftliches oder deliktisches Verhalten (schuldlos) zugefügten Schaden zu ersetzen hat» (p. 230 mit Hinweisen auf das Schrifttum)⁸³. Die Haftung des Urteilsunfähigen ist grundsätzlich auf das negative Interesse beschränkt.

6. Haftung für Hilfspersonen

a) Grundsatz

Im Normalfall, d. h. wenn keine ausschliesslich persönliche Erfüllung (OR 68) vereinbart ist, bleibt dem Schuldner der Beizug von Erfüllungsgehilfen zur Leistungserbringung unbenommen; OR 101 statuiert jedoch eine umfassende Haftung⁸⁴ für deren Verhalten⁸⁵. Während im *ausservertraglichen* Bereich der Geschäftsherr zwar auch für Schäden, die seine Hilfspersonen anlässlich ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen, haftet, er sich jedoch durch den Nachweis entlasten kann, dass er sein Personal sorgfältig ausgewählt, unterwiesen und überwacht habe (OR 55), ist im Rahmen von OR 101 bei der *vertraglichen Haftung für Hilfspersonen*⁸⁶ dieser Entlastungsbeweis zum vornherein nicht gegeben. Da «der Geschäftsherr für die Sorgfalt einzustehen hat, die sein Vertragspartner von ihm selber erwarten darf»⁸⁷, haftet er ungeachtet eines Verschuldens seiner selbst; das Verhalten der

⁸² Der Urteilsunfähige soll für die Gefahren eintreten, die sein Zustand für die Umwelt darstellt.

⁸³ Haftung für eigene Handlungsunfähigkeit wird oft im Bankverkehr *vertraglich* vereinbart; vgl. zur Gültigkeit dieser Risikoverschiebung zu Lasten des Kunden BUCHER, Vorb. vor ZGB 12 N. 6 f.; P. FORSTMOSER, AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 36, Bern 1976, p. 24 f.; H. SCHÖNLE, Bank- und Börsenrecht, 2. A., München 1976, § 4/II, p. 33.

⁸⁴ OR 101 ist weniger eine «Haftungsnorm» als vielmehr eine «Zurechnungsnorm». Die Vorstellung der «Haftung» ist unscharf, da nicht für fremdes Verhalten einzustehen ist, sondern eigenes Nichtstun (d. h. die Anrechnung fremden Tuns als eigenes) die Haftung begründet. Da der Schuldner, nicht die Hilfsperson (die dem Gläubiger zu nichts verpflichtet ist) schuldet, kann streng genommen weder die Hilfsperson selber noch ein Dritter «für sie» haften. In Haftung ist allein der Vertragspartner, der selber (gut oder schlecht) erfüllt, auch wenn Dritte für ihn handeln.

⁸⁵ Zur Problematik allgemein: ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Zürich 1980; A. V. TUHR, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR Art. 101, in SJZ 17/1921, p. 225 ff., K. SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

⁸⁶ Obwohl das OR selbst diesen Terminus gebraucht, ist der Begriff «Erfüllungsgehilfe» im Bereich vertraglicher Haftung vorzuziehen.

⁸⁷ BGE 92 II 241 m. w. H. - Wenn nicht der Vertragspartner selber, sondern dessen Angehöriger zu Schaden kommen, die ihrerseits als vertragsfremde Dritte auf die ausservertragliche Ansprüche gemäss OR 55 verwiesen wären, versucht man in Deutschland mit der Konstruktion eines «Vertrags mit Schutzwirkungen für Dritte» zu helfen; vgl. dazu unten § 26/III. Aus der schweizerischen Literatur vgl. JÄGGI, p. 194, NEUENSCHWANDER, a.a.O., p. 84, OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 487 Anm. 40.

Hilfsperson wird als solches des Schuldners betrachtet. Er kann sich «von der Schadenersatzpflicht nur durch den Nachweis befreien, dass auch ihm selber, wenn er gleich gehandelt hätte wie die Hilfsperson, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte»⁸⁸. Es ist zu beachten, dass in der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft der Vertragspartner oft die Möglichkeit persönlicher Vertragserfüllung nicht besitzt, sondern auf den Beizug von Fachleuten angewiesen ist, dass aber selbst in diesem Fall der Vertragspartner nicht für richtige Auswahl seiner Hilfspersonen haftet, sondern sich deren (Fehl-) Verhalten als eigene Erfüllungshandlung anrechnen lassen muss⁸⁹. Im Hinblick auf eine allfällige Reduktion wegen leichter Fahrlässigkeit (OR 43) ist das Verhalten der Hilfsperson nach dem Massstab zu würdigen, der für den Geschäftsherrn gilt⁹⁰.

Die strenge Haftung des Geschäftsherrn und Vertragspartners wird dadurch gerechtfertigt, dass die Stellung des Gläubigers durch Beizug von Hilfspersonen keine Verschlechterung erfahren darf und dass der Schuldner diese ohne Möglichkeit der Einflussnahme seitens des Gläubigers zuziehen kann und auch den Nutzen des Beizugs hat⁹¹.

OR 101/II erlaubt eine vertragliche Beschränkung oder Wegbedingung der Haftung für Hilfspersonen⁹². Zu beachten jedoch, dass dies sachlogisch nur dort möglich ist, wo ein *Tätigwerden* geschuldet ist (oder auch ein Nichttun, bzw. Schadensverhütung zur Vermeidung von «positiver Vertragsverletzung» - oben Ziff. II/2 -), nicht jedoch bei geschuldeter Sach- oder Erfolgsleistung (d. h. Kaufvertrag, Werkvertrag o. dgl.), da hier Fehlverhalten der Gehilfen und Schlechterfüllung nicht in sachlogischem Konnex stehen.

⁸⁸ BGE 92 II 19.

⁸⁹ Der Generalunternehmer haftet für den Beizug eines qualifizierten Ingenieurs und, unerachtet seiner eigenen technischen Unkenntnis, für sämtliche Fehler des Ingenieurs, wie wenn er selber Ingenieur wäre. Vgl. dazu R. P. SCHAUB, Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Diss. Zürich 1979, bes. Teil C; W. OTT, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn. Gedanken zum Problem der sachkundigen Hilfsperson, SJZ 74 (1978), p. 285 ff.

Grundlegend BGE 70 II 215 ff. (Der Kursaal Bern als Veranstalter einer Erst-August-Feier haftet für Fehler eines beigezogenen Pyrotechnikers.)

⁹⁰ BGE 92 II 240 f., 91 II 296.

⁹¹ Nach OR 101 haftet auch, wer eine anvertraute Sache einem Dritten (erlaubterweise) überlässt, dazu v. T./E., § 70/II, p. 127 f.; für die Anwendungsfälle Untermiete/Unterpacht vgl. OR 264/II, 289/III. Ob es sachgerecht ist, den *gesetzlichen* Vertreter (Vormund etc.) der Hilfsperson rechtlich gleichzustellen (so BGB § 278) und den Vertretenen nach OR 101 haften zu lassen, ist angesichts der gegebenen Unterschiede fraglich. Für analoge Anwendung von OR 101 v. T./E., § 70/II, p. 127 und BECKER, OR 101 N. 2; dagegen OSER/SCHÖNENBERGER, OR 101 N. 6, der auf die Organhaftung verweist, dazu und zum ganzen Problemkreis ESSER/SCHMIDT, SchR I/2, § 27/II, p. 59 ff., LARENZ, SchR I, § 20/VII, p. 295 f.

⁹² OR 101/II bei Wegbedingung jeglicher Haftung ist der Geschäftsherr trotz dem verantwortlich «für Auswahl, Instruktion, Überwachung. Er ist in der Haftungslage, die sonst durch die Gehilfenhaftung überdeckt ist und Geltung erst erhält, wenn diese ausgeschlossen wurde», v. BÜREN, Bd. I, p. 397, ebenso LÖRTSCHER (Zit. oben Anm. 40), p. 167 m. w. H.

b) *Einschränkung der Haftung im Auftragsrecht (OR 399/II)*

Eine Ausnahme von OR 101 statuiert das *Auftragsrecht*. Nach OR 399/II haftet derjenige, der bloss mit der Übertragung der Vertragserfüllung an einen Dritten beauftragt wurde (Substitution, OR 398/III), nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Substituten; seine Haftung geht somit noch weniger weit als die des Geschäftsherrn in OR 55 (keine Überwachungspflicht). Die Frage, ob bei Unterbeauftragten Art. 101 oder Art. 399/II Anwendung findet, entscheidet sich danach, ob die Hilfsperson Anweisungen empfängt, in welchem Fall m. E. die strenge Haftung von OR 101 zur Anwendung gelangen soll⁹³.

c) *Kreis der Hilfspersonen*

Hilfspersonen im Sinne von OR 101 sind alle Personen, die mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erbringung der von diesem geschuldeten Vertragsleistung tätig werden⁹⁴.

Es stellt sich die Frage der *Abgrenzung gegenüber Dritten*, die eine selbständige, nicht vom Schuldner zu vertretende (wenn auch vielleicht von diesem vermittelte und verrechnete) Leistung erbringen: Zulieferanten des Schuldners sind als dessen Erfüllungsgehilfen zu betrachten, es sei denn, dass der Schuldner nur zur Bereitstellung einer Drittleistung gehalten ist, ohne nach Auslegung des Vertrages diese als seine eigene versprochen zu haben.

Bei *Sachleistungen* hat der Verkäufer, der eine ihm bei Vertragsschluss nicht verfügbare Sache (à découvert) verkauft, die Nichterfüllungsfolgen zu vertreten⁹⁵, auch wenn er das Ausbleiben der Erfüllung seitens seines eigenen Lieferanten weder voraussehen noch verhindern konnte, da das Verschulden seines «Hintermannes»

⁹³ v. BÜREN, Bd. I, p. 398; der Vermutung der Haftungsbeschränkung gemäss OR 399/II ist «richtigerweise nur da zu folgen, wo der Beauftragte zur Geschäftsübertragung mehr als nur ermächtigt, nämlich dazu angewiesen war, mit andern Worten es seine Aufgabe darstellte, eigentlich einen Ersatzbeauftragten zu stellen und auch der Nutzen des Geschäftes ganz auf diesen übergeht.» (v. BÜREN, Bd. II, p. 131.) Jedenfalls schliesst in derartigen Fällen - wie bei jeder Einschränkung der «Haftung» für Hilfspersonen - die Leistungspflicht des Partners die von der Hilfsperson zu erbringenden Leistungen gar nicht mehr als die seinen ein.

⁹⁴ Ein Unterordnungsverhältnis wie im Falle des Art. 55 OR ist nicht erforderlich, so dass auch ein selbständiger Geschäftsmann oder der Arbeiter eines solchen ohne weiteres Hilfsperson sein kann. BGE 70 II 220; der Rahmen wird vom Bundesgericht weit gesteckt; vgl. dazu BGE 95 II 53 (mit welchem Entscheid sich das Gericht teilweise von BGE 9 II 322 distanziert; zu beiden Entscheiden OTT, zit. oben Anm. 89), 98 II 103 f. und 99 II 48 f. (in welchem Entscheid insbesondere auch zum Ausdruck gelangt, dass die Erteilung interner, von der Hilfsperson missachteter Instruktionen den Vertragspartner nicht entlasten kann). Nicht präjudiziell dagegen das Heranziehen von OR 101 in BGE 82 II 533, wo der Vertragspartner für eine Vertragsverletzung eintreten musste, weil er (durch Verkauf der vermieteten Liegenschaft) die Möglichkeit dazu geschaffen hatte, dies ganz unerachtet der Beziehung zwischen dem anderen Vertragspartner (Mieter) und dem Dritten (Käufer).

⁹⁵ z. T. abweichend SPIRO, a.a.O., p. 189f.; vgl. im übrigen v. T./E., § 70 bei Anm. 21 ff.; GAUCH, Werkvertrag, p. 35 f.; BECKER, OR 101 N. 11.

ihm selber zuzurechnen ist⁹⁶. Der Verkäufer hat einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen seinen «Hintermann».

d) Funktioneller Zusammenhang der übertragenen Verrichtung mit der Schadenszufügung

Während bei der Erbringung der vertraglichen Leistungspflichten die Qualifizierung als Hilfsperson sich aus der Tatsache der Beteiligung an derselben ergibt, ist diese Folgerung in Fällen *positiver Vertragsverletzung* nicht zum vornherein gegeben, bei der das haftungsbegründende Verhalten in der Verletzung einer hypothetischen vertraglichen Unterlassungspflicht besteht (oben Ziff. II/2). Da jedermann, nicht bloss der Vertragspartner, diese Pflichten verletzen kann, kann hier - anders als im Normalfall - von einer echten «Haftung» für fremdes Verhalten gesprochen werden, und es ist die Frage nach der Begrenzung des Kreises der Personen, für die der Vertragspartner haftet, gestellt.

Die Hilfsperson muss «in Ausübung ihrer Verrichtungen» (OR 101) und nicht bloss bei Anlass derselben geschädigt haben. Hiezu bedarf es «eines *funktionellen Zusammenhanges* in dem Sinne, dass die schädigende Handlung zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt. ... Massgebend ist somit, ob der Geschäftsherr, wenn er die von der Hilfsperson begangene schädigende Handlung selber vorgenommen hätte, dafür *vertraglich* (und nicht etwa nur aus unerlaubter Handlung) haften würde»⁹⁷. Die Auslegung von OR 101 hängt mit der Vorstellung der Vertragsverletzung zusammen, so dass die Ausweitung des Begriffs der Nicht- bzw. Schlechterfüllung (insbesondere durch Einführung der Hilfsvorstellung der «positiven Vertragsverletzung», oben Ziff. II/2) richtigerweise zu einer Ausdehnung des Bereichs der Haftung nach OR 101 führt, ohne dass «Ausdehnung ins Uferlose»⁹⁸ zu befürchten wäre. So soll der Spenglermeister, dessen Geselle «aus Anlass» der Reparatur einer Badzimmerbrause Juwelen der Hausherrin stiehlt, nach OR 101 haften, weil ein «funktioneller Zusammenhang» des Diebstahls zwar nicht mit der Reparatur, wohl aber mit der Gelegenheit zum Diebstahl besteht (der Reparaturauftrag nicht nur der Fachkenntnisse, sondern auch des persönlichen Zutrauens wegen erteilt wird) und der Diebstahl ohne weiteres als positive Vertragsverletzung verstanden werden kann⁹⁹.

⁹⁶ Anders, wenn die Lieferung durch äussere Umstände (nicht vorausgesehene staatliche Lieferstopps oder dgl.) verursacht ist; diesfalls ist OR 119 anwendbar (unten § 23).

⁹⁷ BGE 92 II 18 m. w. H.

⁹⁸ Eine solche wird befürchtet von v. T./E., § 70/II, p. 125 und in BGE 98 II 293.

⁹⁹ Ebenso ESSER/SCHMIDT, SchR I/2, § 27/I, p. 57 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch JÄGGI, p. 188, 194. - BGE 98 II 293, der bei einem unbefugten Manipulieren eines Bauarbeiters an einem gemieteten Bagger nicht eine Haftung des Arbeitgebers und Mieters nach OR 101 gegenüber dem Vermieter eintreten lässt, betrifft einen andersgelagerten Tatbestand, ist vielleicht aber seinerseits zu restriktiv.

7. Geltendmachung des Schadenersatzanspruches

Der Ersatzanspruch unterliegt in den meisten Hinsichten den gleichen Grundsätzen wie der Erfüllungsanspruch¹⁰⁰. Aus dem Umstand, dass der Anspruch auf *Schadenersatz als Fortsetzung des dahingefallenen Leistungsanspruchs* erscheint, ergeben sich eine Reihe von Folgerungen, bei deren Behandlung der Darstellung v. TUHRs (v. T./E., § 68/III, p. 104) gefolgt werden kann:

1. Die *Fälligkeit* der Schadenersatzforderung tritt ein mit Fälligkeit des Primäranspruchs. Dieser Satz kann richtigerweise nicht mehr besagen, als dass bei *vor* Fälligkeit eingetretener Unmöglichkeit der Ersatzanspruch erst im Fälligkeits-, in den übrigen Fällen im Unmöglichkeitzeitpunkt fällig wird; solange der Gläubiger von der Unmöglichkeit nichts weiss, kann er den Schuldner in Verzug setzen und hat damit die Wahl, den Umfang der Ersatzforderung auf den Zeitpunkt des Verzugesintritts bzw. der Verzichtserklärung zu berechnen (vgl. unten Ziff. VI/7b bei Anm. 206)^{100a}.
2. Die für die vertragliche Primärleistung bestellten *Sicherheiten* werden auf die Schadenersatzleistung übertragen^{100b}.
3. Zwischen Forderungen des Gläubigers und Gegenforderungen des Schuldners ist *Verrechnung* möglich, auch wenn die *Gleichartigkeit* der Forderungen erst nach Beendigung der Verrechnungslage eintritt^{100c}.

¹⁰⁰ Dies muss auch im Falle des Rücktritts vom Vertrag gelten (obwohl dieser nach überwiegender Meinung ex tunc wirkt). So anscheinend BECKER, OR 97 N. 5, OR 109 N. 8 («wenn nicht die Willensmeinung ... eine beschränktere ist»), v. T./E., § 68/III/2, p. 104 bei Anm. 74; anders noch BGE 48 II 268 f., 49 II 379 f.; vgl. dazu auch LESER, a.a.O., p. 164 f.

^{100a} Es ist nicht zu ersehen, weshalb der Schuldner vor dem vertraglichen Leistungstermin zur Zahlung eines an Stelle der Vertragsleistung tretenden Schadenersatzes verpflichtet sein sollte. Umgekehrt kann ein Schaden, der sich als zeitliche Fernwirkung einer Nichterfüllung ergibt, nicht vor Eintritt des Schadens geltend gemacht werden. Daher fragwürdig BGE 87 II 159 f. (und BGE 53 II 342, beide obiter bestätigt in BGE 90 II 440), wonach die zehnjährige Frist der Verjährung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches mit Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zu laufen beginnt, der Schadenersatzanspruch möglicherweise vor seiner Entstehung verjährt.

^{100b} Bei der Bürgschaft innerhalb der Schranken von OR 499.

^{100c} *Beispiele:* Der Schuldner kann nach erfolgter Zession im Sinne von OR 169 mit einer Forderung gegen den Zedenten gegenüber dem Zessionar verrechnen, auch wenn die Umwandlung seiner Forderung in Schadenersatz erst nach der Notifikation eintritt; vgl. v. T./E., § 68/III, p. 104; SJZ 53 (1957), p. 201. M. E. muss auch gelten, dass das Zurverrechnungstellen einer verjährten Forderung im Sinne von OR 120/III ebenfalls möglich ist, wenn vor Eintritt der Verjährung zwar Gegenseitigkeit besteht, die Gleichartigkeit der Forderungen (infolge Unmöglichkeit) jedoch erst später eintritt.

4. Die *Abtretung* eines vertraglichen Leistungsanspruchs erfasst vermutungsweise auch den infolge Nichterfüllung an dessen Stelle tretenden Schadenersatzanspruch^{100d}.
5. Nach v. TUHR und anderen^{100e} überträgt sich die für den Erfüllungsanspruch begonnene *Verjährung* auf den Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Diese Auffassung ist vertretbar im Rahmen automatischer Forderungsumwandlung nach OR 97 infolge Unmöglichkeit, erscheint jedoch für einen durch Wahlerklärung gemäss OR 107 entstehenden Schadenersatzanspruch als fragwürdig (vgl. die Bemerkungen oben zu Ziff. 1), so dass einer die Verjährung generell ab Ausübung der Wahlerklärung oder Eintritt der Unmöglichkeit berechnenden Auffassung der Vorzug zu geben ist.
6. Ohne weiteres ist klar, dass der Schadenersatzanspruch den *gleichen Einwendungen und Einreden* wie der vertragliche Primäranspruch unterliegt (Einwendung der Vertragsungültigkeit wegen Dissenses, Willensmangels oder Verstosses gegen OR 20 / ZGB 27 usw., Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäss OR 82^{100f}).

IV. Verzug des Schuldners

1. Begriff und Voraussetzungen

Verzug setzt Fälligkeit der Schuld¹⁰¹ voraus, d. h. Leistenmüssen bzw. Forderndürfen; sie tritt mit dem verabredeten (oder üblichen) Zeitpunkt der Vertragserfüllung, vermutungsweise sofort ein (OR 75); oben § 18/VIII/1.

Verzug (*mora*, frz. *la demeure*) ist eine qualifizierte Form der Leistungsverspätung, deren Qualifizierung darin liegt, dass der Schuldner rechtsgenügend das Bewusstsein hat (haben kann, haben muss), seine Leistung derzeit erbringen zu müssen. Dieses Bewusstsein kann die Folge der Mahnung des Gläubigers oder

^{100d} Ist den Parteien der Zession die wahrscheinliche Unmöglichkeit der abgetretenen Primärleistung bekannt, erscheint allerdings nicht zum vornherein ausgeschlossen, dass nur der vertragliche Primäranspruch, nicht ein allenfalls an dessen Stelle tretender Schadenersatzanspruch abgetreten werden sollte.

^{100e} Vgl. Hinweise bei v. T./E., § 68, p. 104 Anm. 75.

^{100f} Was entgegen v. TUHR (v. T./E., § 68/III, p. 105) nicht Ablehnung der Differenztheorie (unten Ziff. VI/7b/bb) bedeuten muss. Dem von v. TUHR angeführten Bedenken (a.a.O., p. 105 Anm. 77), ein selbst nicht leistungsbereiter Gläubiger könne bei Anwendung der Differenztheorie vom Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, würde heute wohl mit der «tu-quoque-Regel» (vgl. unten Anm. 102) - wovon OR 82 Anwendungsfall ist - begegnet.

¹⁰¹ Fälligkeit ist zu unterscheiden von der *Erfüllbarkeit* einer Forderung, von deren Eintritt an der Schuldner erfüllen darf bzw. der Gläubiger durch Nichtannahme in Verzug gerät; dazu oben § 18/VIII.

entsprechender ursprünglicher Vertragsgestaltung sein (Ziff. 2). Zusätzliche Verzugsvoraussetzungen sind *Annahmehbereitschaft* des Gläubigers und vertragskonformes Angebot seiner eigenen Leistung¹⁰² oder umgekehrt Vorleistungspflicht des Schuldners. Das bloss *Bestehen von Einreden* wie etwa der *exceptio non (rite) adimpleti contractus* oder Verjährungseinrede schliesst aber den Verzug nicht zum vornherein aus, da es sich um Einreden handelt, müssen sie, um wirksam zu sein, *geltend* gemacht werden.

Beim Schuldnerverzug liegt eine echte Pflichtverletzung vor¹⁰³, die Rechtsnachteile wie Schadenersatzpflicht, Risikotragung und allenfalls Verwirkung des Rechts auf die Gegenleistung oder der Möglichkeit des Erbringens der Eigenleistung auslöst. Als Pflichtverletzung setzt der Verzug voraus, dass die geschuldete Leistung noch möglich ist¹⁰⁴, dagegen ist *Verschulden nicht* Voraussetzung des Verzugs¹⁰⁵.

Nota: *Verzug* (mora) und ebenso *Inverzugsetzung* durch Mahnung (interpellatio; dazu folgende Ziff. 2) oder *Nachfristansetzung* (sc. im Hinblick auf eventuelles Abschneiden verspäteter Leistung i. S. von OR 107/II, dazu unten Ziff. VI/3) sind traditionelle Figuren, die auf *vertragliche Hauptpflichten* bezogen sind. Die gleichen Elemente lassen sich jedoch in einem weiteren Zusammenhang, insbesondere bei Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und sonstigen Vertragswidrigkeiten erkennen: Irgend welche vertragliche Sanktionen hängen oft ab von *Abmahnungen*, allenfalls unter *Fristansetzung* für Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes. Im Unterlassungsfalle hat der Betroffene sein «Recht verschwiegen», d. h. wenigstens für die Vergangenheit Ansprüche verwirkt, es gilt allgemeiner als bloss im Rahmen des Verzugs i. S. des Ausbleibens vertraglicher Hauptleistungspflichten, dass dem Säumigen Vertragswidrigkeiten vorgehalten werden müssen, um im Nachhinein geltend gemacht werden zu können.

2. Verzugsauslösende Faktoren

a) Verzug durch Mahnung (OR 102/I)

Mahnung ist die bestimmte Erklärung, die geschuldete Leistung ungesäumt erhalten zu wollen. Der legislatorische Grund des Erfordernisses der Mahnung liegt

¹⁰² Vgl. dazu die in der deutschen Doktrin entwickelte «tu quoque-Regel» (auch-Du-Regel): Wer selber nicht vertragstreu ist, darf aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte herleiten. Vgl. auch G. TEUBNER, Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen 1975 sowie Voraufgabe § 20/V/3. Ferner oben § 18/IX (zu OR 82) und BGE 68 II 220 ff.

¹⁰³ Im Gegensatz zum Gläubigerverzug, oben § 19/I.

¹⁰⁴ Unmöglichkeit der Leistung schliesst auch bei Verschulden Verzug aus, vgl. unten § 23/V.

¹⁰⁵ Doch setzen die meisten *Verzugsfolgen* Verschulden voraus, Genaueres unten Ziff. 3. Anders das BGB (§ 285), das bereits den Verzugsbegriff an die Verschuldensvoraussetzung knüpft. Als wichtigster Unterschied ergibt sich, dass die Wahlmöglichkeiten von OR 107 verschuldensunabhängig sind, während die analogen Behelfe von BGB § 326 ein Verschulden voraussetzen.

darin, dass namentlich bei unbestimmter oder dem Schuldner unbekannter Erfüllungszeit diesen die nachteiligen Folgen des Verzugs erst treffen sollen, wenn der Gläubiger zum Ausdruck gebracht hat, dass er auf seinem Anspruch besteht und die Leistung einfordert¹⁰⁶. Normativ gesehen stellt das Inverzugsetzen Ausübung (Geltendmachung) des Forderungsrechts und als solche eine Normsetzung dar. Sie erst konstituiert eine normative Leistungspflicht und macht die Nichtleistung zu einer Normverletzung¹⁰⁷.

Die Mahnung ist an keine Form und Frist gebunden und kann insbesondere auch vor Fälligkeit vorsorglich ausgesprochen werden¹⁰⁸. Sie braucht nicht als Mahnung bezeichnet zu sein oder die Androhung der Verzugsfolgen zu enthalten (BGE 41 II 249 f.); sie muss vom Gläubiger oder einem bevollmächtigten Vertreter ausgehen und an den Schuldner (oder einen von diesem ermächtigten Vertreter) gerichtet werden. Das Begehren muss aber quantitativ wie qualitativ auf die geschuldete Leistung am geschuldeten Ort gehen¹⁰⁹; eine auf eine *höhere* als die geschuldete Leistung gehende Mahnung ist unwirksam, wenn sie zum Ausdruck bringt, dass der Gläubiger die effektiv geschuldete Leistung nicht annehmen werde (BGE 46 II 85 f.)¹¹⁰, sonst wirkt sie für den ausgewiesenen Teil. Blosser Rechnungsstellung ohne Leistungsziel bewirkt in der Regel keinen Verzug, dagegen sind Wiederholungen («es dürfte Ihrer Aufmerksamkeit entgangen sein ...») und erst recht alle «handfesten» Anspruchserhebungen wie Zustellung von Nachnahme oder Zahlungsbefehl, Nachfristansetzung nach OR 107 oder gar Erhebung einer Leistungsklage als Mahnung zu qualifizieren.

¹⁰⁶ Das Erfordernis der Inverzugsetzung kann mit BGE 97 II 64 als Ausfluss des Gebots von Treu und Glauben betrachtet werden, aus dem sich auch dessen Schranken ergeben.

¹⁰⁷ Die Vorstellung, dass der Vertrag als «Gesetz der Parteien» die schuldnerischen Verhaltenspflichten (und damit auch die Tatbestände von Pflichtverletzungen) abschliessend umschreibe, beruht auf naturrechtlichen Vertragsvorstellungen (vgl. fr. CC 1134!), ist aber unrealistisch, da oft erst im Rahmen der Abwicklung des Vertrages Einzelheiten der Leistungspflichten bestimmt werden. Genau besehen verleiht der Vertrag beidseitige Forderungsrechte, die den Rahmen abstecken, innerhalb dessen der Forderungsberechtigte seine Leistungsansprüche stellen kann. Erst die Ausübung der vertraglichen Rechte durch Anspruchserhebung konkretisiert die Pflichten des Schuldners (dem aufgrund des Vertrages zunächst ein potentieller Pflichtbereich bekannt ist). In diesem Sinn ist Inverzugsetzung Anspruchserhebung; bei Verfalltagsgeschäften erfolgt die Anspruchserhebung im voraus bei Vereinbarung des Verfalltags. Vgl. dazu BUCHER, Subjektives Recht, passim.

¹⁰⁸ BGE 103 II 104 f.

¹⁰⁹ Zur historischen Entwicklung der prozessualen und materiellrechtlichen Behandlung der *Zuvielforderung* (plus petitio re, tempore, loco, causa) ausführlich W. WIEGAND, Plus Petitio (Münchener Universitätsschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Band II), Berlin 1974.

¹¹⁰ Dies ist in aller Regel bei Geldforderungen nicht anzunehmen. Eine in einem zu grossen Betrag ergehende Zahlungsaufforderung (oder ein Zahlungsbefehl) löst daher Verzugszinsen aus.

Die Mahnung ist eine rechtsgeschäftsähnliche¹¹¹ und empfangsbedürftige Willenserklärung.

In der Praxis ist die Mahnung häufig mit der *Ansetzung einer Nachfrist* i. S. von OR 107/I (unten Ziff. VI/3) verbunden, die begrifflich notwendigerweise eine Aufforderung zur Leistungserbringung i. S. der Mahnung einschliesst. Der Verzug tritt mit Zugang der Mahnung, nicht mit Ablauf der Frist ein, es sei denn, nach den Umständen sei in der Nachfristgewährung ein Verzicht auf sofortige Leistung zu erblicken.

b) Eintritt eines vertraglich genau bestimmten Leistungstermins (Verfalltagsgeschäft, OR 102/II)

Mahnung im Sinne von lit. a ist nicht erforderlich, wenn sich der Schuldner zur Erfüllung an einem bestimmten (oder hinreichend bestimmbar) Verfalltag verpflichtet hat. Diesfalls tritt der Verzug mit unbenütztem Verstreichen des Leistungstermins ein¹¹². Das führt zum Begriff des *Verfalltagsgeschäfts*, womit die Parteimeinung charakterisiert wird, dass an einem festgesetzten Tag (anders als beim «Mahngeschäft») bei Nichterbringung der Leistung ohne Mahnung Verzug eintreten soll¹¹³.

Eine hinreichende Bestimmung liegt insbesondere dann vor, wenn ein *festes Datum der Erfüllung vereinbart* wurde¹¹⁴. Damit aber eine solche Datierung ohne weiteres Zutun Verzug bewirkt, ist zusätzliche Voraussetzung die Parteimeinung, dass die Leistung genau bis zu oder an diesem Termin erbracht werden soll. Dies trifft nicht zu bei Formulierungen wie «für Lieferung wird 15. Februar vorgesehen», «sofort nach Erhalt der Rechnung zahlbar»¹¹⁵. - Unsicherheit der Abgrenzung einer

¹¹¹ Weil der Wille nicht auf die Verzugsfolgen, sondern bloss auf die Leistung gerichtet sein muss; Tatbestand der Geltendmachung (Ausübung), nicht der Verfügung über ein subjektives Recht, BUCHER, ZGB 17/18 N. 18 f., 44. Auf Seiten des Gläubigers setzt sie daher bloss Urteilsfähigkeit, keine Mündigkeit voraus.

¹¹² OR 102/II: «dies interpellat pro homine.» - Hat der Gläubiger bei der Leistungserbringung mitzuwirken, so setzt das Verstreichen des Verfalltags allein den Schuldner noch nicht in Verzug; ersterer muss zusätzlich einen Abholversuch gemacht haben (Holschuld), seine Wahl getroffen (Wahlobligation) oder abgerufen (Kauf auf Abruf) haben usw., es sei denn, der Schuldner verweigere zum vornherein jede Erfüllung (OR 108 Ziff. 1).

¹¹³ Zur Abgrenzung vom Fixgeschäft vgl. unten VI/4c. – Trotz Vereinbarung eines Verfalltagsgeschäfts sind die Verzugsfolgen auch ausgeschlossen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er die Leistung nicht mehr wolle (z. B. Bestreiten der Vertragsgültigkeit, umgekehrter Fall von OR 108 Ziff. 1). Grundlage: ZGB 2 (venire contra factum proprium).

¹¹⁴ Vgl. BGB § 284/II, S. 1.

¹¹⁵ Die gleichen Grundsätze wie bei der vertraglichen Bestimmung des Zeitpunktes des Verzugs gelten auch, wenn im Rahmen gegebener Fälligkeit der *Gläubiger dem Schuldner einseitig Frist zur Leistung ansetzt*. Die Bestimmung in einem Rechnungsformular «sofort nach Erhalt der Rechnung zahlbar» enthält daher nicht eine vorweggenommene Inverzugsetzung, wohl aber die Formel «zahlbar 30 Tage netto» (vgl. RechBer. KG Zug 1973/74, p. 60 und SJZ 62 [1966], p. 348 Nr. 214, SJZ 55 [1959], p. 242 f.).

bloßen Fälligkeitsvereinbarung von der Festsetzung eines Verfalltages empfiehlt im Zweifel Mahnung. - Eine hinreichende Fixierung des Leistungstermins und automatischer Eintritt des Verzugs statuiert das Gesetz sodann für den Fall, dass der Leistungstermin *durch eine Kündigung ausgelöst* wird. Ob die Kündigungsmöglichkeit auf Vertrag oder Gesetz beruhe, kann keinen Unterschied machen¹¹⁶; im übrigen sind hier alle Fälle erfasst, in denen die Leistungspflicht durch eine Erklärung des Gläubigers («Abruf» od. dgl.) ausgelöst wird und diese Erklärung deutlich genug zum Ausdruck bringt, dass Leistung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen müsse.

c) Aufhören des Verzugs (purgatio morae)

Einmal eingetretener Verzug fällt dahin bei Unmöglichwerden¹¹⁷ der Erfüllung oder richtigem Angebot des Schuldners¹¹⁸. Purgatio morae heisst, dass bereits eingetretene Verzugsfolgen aufrecht bleiben, künftige entfallen. Der Verzug endet auch, wenn dem Schuldner eine Einrede gegen den Gläubiger erwächst und er diese geltend macht¹¹⁹.

Schliesslich fällt ein eingetretener Verzug auch durch jede Erklärung des Gläubigers dahin, die zum Ausdruck bringt, dass er mit dem Zustand der Nicht-Leistung einverstanden ist - was etwa beim Abschluss eines Vergleiches der Fall ist. Durch Auslegung dieser Willenserklärung ist zu ermitteln, ob z. B. bei einem Dahinfallen des Vergleiches (etwa wegen Nichterbringung der vereinbarten Leistung) der Verzug wieder auflebt.

3. Verschulden nicht Verzugsvoraussetzung

Das BGB (§ 285) lässt Verzug nur bei Verschulden des Schuldners eintreten¹²⁰. Die schweizerische Tradition hat den in der jüngeren Pandektistik entwickelten (jedoch nie zu alleiniger Herrschaft gelangten) verschuldensabhängigen Verzugsbegriff¹²¹ nicht übernommen, sondern an einem «objektiven» Verzugsbegriff

¹¹⁶ So im Ergebnis auch v. T./E., § 72/III, p. 139 und Anm. 41. Mit der unglücklichen Formel der «vorbehaltenen» Kündigung sollen wohl lediglich die Fälle ausgenommen werden, in denen der Vertrag eine Kündigung nicht zulässt.

¹¹⁷ Die Forderung erlischt, es treten die Rechtsfolgen von OR 119 ein, dazu unten § 23/IV, V.

¹¹⁸ Richtiges Angebot umfasst auch Ausgleich für die dem Gläubiger erwachsenen Nachteile wie entgangene Nutzungen und sonstigen Verzugsschaden.

¹¹⁹ Z. B. eine Einrede gestützt auf OR 82 oder die Einrede der Verjährung.

¹²⁰ «Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.»

¹²¹ Vgl. die Pandektenlehrbücher zu «Verzug» bzw. «mora», etwa WINDSCHEID, II § 276, p. 131 Anm. 2, VANGEROW, Pandekten § 588, je mit Hinweisen auf die Literatur. - Z. B. für MÜHLENBRUCH (Pandekten, Bd. II, 3. A., Halle 1836, § 371) ist mora noch nicht an die Verschuldensvoraussetzung geknüpft, ebensowenig für PUCHTA (Pandekten, 4. A., 1855, § 269). Verzug ist noch verschuldensunabhängig im BGB für das Königreich Sachsen (1863) §§ 733 ff.; der Schritt zur Verschuldensabhängigkeit wird dagegen, wenn auch zögernd, unter den neuen literarischen Einflüssen im Dresdener Entwurf (1866) vollzogen (§§ 283 f.). - Auch die deutschrechtliche Tradition kannte das Veranlassungs-, nicht das Verschuldensprinzip, Nachweise bei O. v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. III, München/Leipzig 1917, p. 134.

festgehalten¹²²; der Schuldner wird erst auf der Ebene der Abwendung der Verzugsfolgen zum Exkulpationsbeweis zugelassen (OR 97, 103/II, 106/I, 109/II). Der Vorteil der schweizerischen Lösung besteht darin, dass bei fehlendem Verschulden nicht schematisch Verzugsfolgen schlechthin ausgeschlossen werden: Dem Gläubiger stehen unerachtet einer allfälligen Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners die *Behelfe von* OR 107 (Rücktritt und funktionell verwandte Möglichkeiten) zur Verfügung (unrichtig BGE 63 II 258), ebenso wird Verzugszins verschuldensunabhängig geschuldet. Demgegenüber werden in Deutschland die Wahlmöglichkeiten des nicht befriedigten Gläubigers gleich wie die übrigen Verzugsfolgen¹²³ durch einen Exkulpationsbeweis des Schuldners hinsichtlich des Verzugs ausgeschaltet¹²⁴.

V. Verzugsfolgen im allgemeinen (OR 103-106)

1. Haftung für Verzugschaden und für Zufall (OR 103)

a) Der mit seiner Leistung im Verzug befindliche Schuldner muss i. S. von OR 97 und 103 dem Gläubiger den durch die Verspätung entstehenden Schaden ersetzen; es handelt sich um einen *kumulativen*, d. h. zu der primären Leistungspflicht hinzutretenden Schadenersatz. Die Ersatzpflicht geht auf das *positive Interesse*¹²⁵; der

¹²² aOR 117; gleich im Ergebnis Zürich. PGB § 958 in Verb. mit §§ 997 ff., 1008.

¹²³ Bei Verzugszinsen ist allerdings zu berücksichtigen, dass dem Schuldner Geldmangel immer angelastet wird (BGB § 279). Anders noch WINDSCHEID, II § 277, Anm. 8 p. 133: «Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muss als Entschuldigungsgrund angesehen werden.»

¹²⁴ Dieser Verlust an Differenziertheit kann nicht als Fortschritt gewertet werden. Der nach BGB § 326 die verspätete Leistung ablehnende Gläubiger ist meist nicht in der Lage, die Möglichkeiten der Exkulpation der Gegenseite abzuschätzen und daher mit einem unerträglichen Risiko belastet, während der nichterfüllende Schuldner - sofern an der Nichtleistung schuldlos - bis auf weiteres (bis zur Annahme des Schulduntergangs infolge Unmöglichkeit) leistungsberechtigt bleibt. Die Befreiung von der Ersatzpflicht gemäss OR erscheint hier als hinreichende Erleichterung.

¹²⁵ Ersatz für versäumte Nutzungen, Ausgaben infolge Leistungsverspätung, vergebliche Aufwendungen in Erwartung rechtzeitiger Leistung, entgangener Gewinn, wenn Gläubiger dessen Erzielung glaubhaft machen kann etc. – OR 103 ist weitgehend dispositiv; die Parteien können die Verzugsfolgen im Rahmen des Gesetzes (insbes. Schranken von OR 100, 101/II, III, OR 20 / ZGB 27) regeln (Ausschluss der Schadenersatzansprüche, der Zufallhaftung, der Wahlmöglichkeiten von OR 107).

Gläubiger ist demnach so zu stellen, wie wenn er die Leistung rechtzeitig erhalten hätte¹²⁶.

b) Neben die Ersatzpflicht für Verspätungsschaden tritt eine *Haftung für Zufall*¹²⁷. Wird vertragskonforme Leistungserbringung nach Verzugseintritt durch Zufall unmöglich, so ist der Schuldner nicht gemäss OR 119 befreit, sondern dem Gläubiger für diesen Schaden verantwortlich. Dem Schuldner ist der Exkulpationsbeweis i. S. von OR 97 abzuschneiden, soweit sich dieser auf während des Verzugs eintretende Leistungshinderungen bezieht, er kann sich nicht auf zufallsbedingte Gründe berufen, welche ihn nach Verzugseintritt am Erbringen der Leistung gehindert haben. Die Zufallshaftung hat vor allem auch dort Bedeutung, wo der Schuldner nicht - wie im Normalfall¹²⁸ - den Zufallsschaden selbst zu tragen hat, insbesondere im *Kaufrecht*, wo gemäss OR 185 vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an der Käufer die Gefahr trägt, also auch bei zufälligem Untergang oder unverschuldeter Verschlechterung der Sache den vollen Preis bezahlen muss. Da OR 103 eine Haftungs-, keine Gefahrtragungsregel darstellt, bleibt der Käufer trotz des Verzugs des Verkäufers mit der Preisgefahr belastet und bei zufälligem Untergang preiszahlungspflichtig; er erhält jedoch diesfalls einen (vikariierenden und kompensierbaren) Schadenersatzanspruch, falls sich der Verkäufer nicht gemäss OR 103/II exkulpieren kann. Darüber hinaus hat der Käufer Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, d. h. Ausgleich der Nachteile aus dem Nichterhalt des Kaufgegenstandes.

c) Gemäss OR 103/II steht dem in Verzug geratenen Schuldner der *Exkulpationsbeweis* offen, um die Haftung für Verspätungsschaden/Zufall abzuwenden. Die Haftung entfällt, wenn der Schuldner nachweist, dass der *Verzug* ohne sein Verschulden eingetreten ist oder dass der Schaden auch ohne den (verschuldeten) Verzug eingetreten wäre (z. B. im Fall des Kaufs, dass die Sache auch bei rechtzeitiger Lieferung an den Gläubiger verschlechtert worden wäre).

2. Bei Geldschulden

a) Verzugszins

Die gesetzliche Anordnung der Verzugszinspflicht beruht auf der Annahme, aus der verspäteten Erfüllung erwachse nicht nur dem Gläubiger ein Verlust, sondern

¹²⁶ Ein Ausschluss der Haftungsmilderung gemäss OR 99/II oder 43 und 44 im Falle des Verzugs scheint mir entgegen v. T./E., § 73/I, p. 145 und Anm. 15 nicht gerechtfertigt. - Nach v. TUHR ist der Verzugsschaden ein kumulativ zur primären Leistung «hinzutretender Nebenposten»; dass der Gläubiger die primäre Leistung nur annehmen müsse, wenn gleichzeitig Ersatz des Verspätungsschadens offeriert wird (so v. T./E., § 73/I, p. 146), ist eine Auffassung, die m. E. zu weit geht.

¹²⁷ Sogenannter *casus mixtus*: Zwar ist unmittelbare Schadensursache der Zufall (= unvorhersehbares Ereignis, Beispiel: dem säumigen Verkäufer brennt Lagerhaus ab), doch wäre der Schaden bei rechtzeitiger Leistung unterblieben. Verzug ist Mitursache.

¹²⁸ «Causus sentit dominus», «res domino perit»; z. B. OR 376/I: Zufallshaftung des Unternehmers bis zur Werkübergabe.

umgekehrt auch dem Schuldner der Vorteil, über die fragliche Summe verfügen zu können bzw. Kreditkosten einzusparen. Diese Annahme ist nicht widerlegbar: Die Verzugszinspflicht besteht daher *ohne Schadennachweis* (oder Nachweis einer Bereicherung des Schuldners); aus derselben Überlegung ist auch, anders als bei den unter Ziff. 1 erwähnten Verzugsfolgen, ein *Verschulden* am Verzug nicht Voraussetzung der Ersatzpflicht, weshalb selbst entschuldbarer Irrtum oder Unkenntnis der Schuldpflicht diese Verzugsfolge nicht ausschliesst.

Die Verzugszinse betragen mindestens 5% p. a., selbst wenn der vertraglich vereinbarte Zinsfuß tiefer ist; bei Vereinbarung eines höheren Vertragszinses oder unter Kaufleuten bei höherem *Bankdiskontsatz* sind sie entsprechend höher (OR 104/II, III)¹²⁹.

Eine Ausnahme von der Verzugszinszahlungspflicht besteht bei periodischen Geldleistungen, die ihrerseits Zinsen oder zinsähnliche Leistungen (Geldrenten) darstellen, diesfalls tritt die Verzugszinspflicht erst ein mit Zustellung des Zahlungsbefehls oder Klageeinleitung (OR 105/I, II)¹³⁰. Diese Regelung bezieht sich nicht auf Miet- und Pachtzinse, Lizenzgebühren usw.¹³¹.

b) Weiterer Verzugschaden (OR 106)

Weist der Gläubiger weiteren, durch den Verzugszins nicht gedeckten Schaden nach, so hat der Schuldner auch diesen zu ersetzen, sofern er sich nicht zu exkulpieren vermag¹³². In Frage stehen vor allem die durch die Regel von OR 104 nicht gedeckten Kosten der Ersatzgeldbeschaffung und Valutaverluste¹³³.

¹²⁹ Massgebend sind die am Erfüllungsort (i. d. R. Gläubigerdomizil, OR 74/II Ziff. 1) üblichen Zinse für Kredite in der geschuldeten Währung. Als «Bankdiskonto» hat heute wohl der ortsübliche Zinssatz für ungesicherte Kontokorrentschulden zu gelten.

¹³⁰ Zinseszinsen sind im Verzugsfall unzulässig (OR 105/III). Doch kann vereinbart werden, die Zinsen nach eingetretener Fälligkeit in eine Kapitalforderung umzuwandeln und auch davon 5% Verzugszinsen zu erheben, da der Zweck von OR 105/III nur darin besteht, den mit der Zinseszinswirkung unvertrauten Schuldner vor unvorhergesehenem Ansteigen seiner Schuld zu schützen, vgl. BECKER, OR 105 N. 3.

¹³¹ BGE 45 II 676 f.

¹³² BGE 109 II 438 E. 1: Ersatz für den durch den Verzugszins nicht gedeckten Schaden kann mit einer neuen Klage geltend gemacht werden, auch wenn über die den Zinsen zugrundeliegende Schuld bereits ein Urteil ergangen ist.

¹³³ Der Gläubiger muss dartun, dass er bei rechtzeitiger Überweisung die fragliche Valuta in einem bestimmten Zeitpunkt in eine andere (in der Folge relativ aufgewertete) Währung konvertiert hätte. Ist die geschuldete Valuta ausserhalb des Währungslandes (DM in der Schweiz) zu bezahlen oder hat der Gläubiger gegenüber dem Währungsland auswärtigen Wohnsitz, wird Konversion und damit Vermeidung des Abwertungsverlustes *vermutet*; vgl. BGE 76 II 371 ff. (in Deutschland wohnhafter Frankengläubiger, Abwertung des sFr. während der Verzugszeit) und die dort zit. Entscheide, ferner v. BÜREN, Bd. I, p. 369, G./M./K., p. 222. M. E. kann der Gläubiger sich dadurch den Beweis sichern, dass er während andauerndem Verzug gegenüber dem Schuldner fortlaufend (d. h. allenfalls auch mehrfach) erklärt, welche Währungskonversionen er mit dem ihm zustehenden Betrag ausführen würde. Vgl. auch oben § 18/VI/2 und BGE 109 II 439 ff.

3. Wirkungen des Verzugs auf die Gegenleistungspflicht

Befindet sich der zur Vorleistung verpflichtete Partner in Verzug, stellt sich zusätzlich zu den genannten Verzugswirkungen die Frage der Auswirkungen auf die Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung: Falls eine Vorauszahlung «drei Monate vor Liefertermin» erst mit Verspätung erfolgt, muss wohl im Regelfall der Liefertermin als im selben Umfang erstreckt gelten, dem Verkäufer kann nicht zugemutet werden, vor Eingang der Vorauszahlung die Leistung bereit zu stellen¹³⁴.

Als anspruchsbegründender Verzugsschaden können im Falle des Ausbleibens einer Vorausleistung u. U. auch die aus der Unzumutbarkeit der Bereitstellung der Leistung sich ergebenden Nachteile gelten (z. B. wird der Fabrikant, bei Ausbleiben der Akkreditiveröffnung, gehindert, termingerecht die Produktion aufzunehmen, was Schaden und einen entsprechenden Ersatzanspruch auslöst).

4. Sonderproblem der vorweggenommenen Leistungsverweigerung («anticipatory breach»)

Es ist denkbar, dass der Schuldner bereits vor dem Leistungstermin erklärt, nicht leisten zu wollen (allenfalls auch, die Annahme der Gegenleistung seines Partners zu verweigern), was insbesondere dann regelmässig vorkommt, wenn das Bestehen eines Vertrages überhaupt bestritten oder dessen Dahinfallen wegen Willensmängelanfechtung behauptet wird. Diesfalls wird nicht bloss der Gläubiger auf eine Inverzugsetzung durch Mahnung bzw. auf die Ansetzung einer Nachfrist verzichten dürfen, sondern er wird auch nicht gehalten sein, seine eigene Leistung bereitzustellen bzw. (bei Vorleistungspflicht) anzubieten, um seinerseits einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend machen zu können. - In der schweizerischen Doktrin und Praxis hat die Frage noch kaum Beachtung gefunden. In Deutschland wird in diesem Zusammenhang das schuldnerische Verhalten vor allem als eine *positive Vertragsverletzung* qualifiziert, um eine angemessene Lösung zu begründen¹³⁵, welche Konstruktion allerdings nicht zu überzeugen vermag, da der Schuldner, der Nichterfüllung ankündigt, damit keinerlei Vertragspflichten verletzt¹³⁶. Angemessener scheint die im englischen Sprachbereich herrschende Deutung als «*anticipatory breach*» («vorweggenommener Vertragsbruch»), welcher Konzeption zufolge die Verhältnisse so behandelt werden, wie wenn der die Nichterfüllung ankündigende Schuldner sich bereits im Verzug befände, sodass durch dessen Erklärung

¹³⁴ Die Regel von OR 82 kann in übertragenem Sinn auch auf Vorbereitungshandlungen angewendet werden. Vielleicht ist die Folge der Erstreckung der Frist für die eigene Leistung an die Voraussetzungen geknüpft, dass der Gläubiger bei Ausbleiben der Vorausleistung diese Folgerung, wenn er sie in Anspruch nimmt, dem säumigen Partner vorgängig angedroht hat.

¹³⁵ Vgl. etwa PALANDT/HEINRICHS, § 276 7 C/E, p. 327 f.

¹³⁶ Vgl. auch v. T./E., § 68/IV Anm. 83.

Nichterfüllungsfolgen (Schadenersatzansprüche, Dispens des Gläubigers von der eigenen Leistungserbringung) ausgelöst werden¹³⁷.

VI. Ansprüche des Gläubigers bei Schuldnerverzug in synallagmatischen Verträgen (OR 107-109)

1. Allgemeines

a) Kodifikationsgeschichte

Nach dem Gesagten kann der Gläubiger bei ausbleibender Leistung zusätzlich neben der Erfüllung Ersatz des Verspätungsschadens fordern, auf dieser Ebene tritt vikariierender (d. h. die geschuldete Leistung selbst ersetzender) Schadenersatz nur bei (verschuldeter) Unmöglichkeit (dazu unten § 23) an die Stelle des primär Vereinbarten. Daneben fordert eine modernere Vertragsauffassung, dass der keine Leistung erhaltende Gläubiger auch befugt sein soll, auf die eine oder andere Art von der Abwicklung des Vertrages überhaupt Abstand zu nehmen¹³⁸. Rechtsgeschichtlich hat sich diese Möglichkeit nur langsam herausgebildet und gegen den Grundsatz der Unauflösbarkeit des Vertrags durchgesetzt. Wegleitend war CC art. 1184, der für den Nichterfüllungsfall eine vertragliche Rücktrittsklausel fingiert¹³⁹. aOR 122 geht wesentlich weiter und gibt dem Gläubiger das Recht, eine Nachfrist anzusetzen. Das aOR war offensichtlich beeinflusst durch PGB § 1401 und ADHGB §§ 354-356, welche für den *Handelskauf* eine Sonderregelung aufstellen. Diese sieht vor eine Unterscheidung zwischen Vertragsauflösung/Rücktritt (mit Schadenersatzfolge im

¹³⁷ Die genannte Regel gilt nicht für alle Vertragstypen und nicht in sämtlichen Jurisdiktionen in gleichem Umfang. Zu Einzelheiten vgl. die Vertragslehrbücher unter Stichwort «*anticipatory breach*» (ev. «repudiation», «renunciation»).

¹³⁸ Wie der Begriff des Verzugs überhaupt, bezieht sich insbesondere die Möglichkeit der Vertragsterminierung gern. OR 107/II auf den Fall des Ausbleibens der (richtigen) Erfüllung der *vertraglichen Hauptpflicht*, nicht auf die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Das schliesst nicht aus, dass Verletzung von Nebenpflichten (die z. B. zu Schadenersatzansprüchen Anlass geben kann), ihrerseits auch Abmahnung o. dgl. voraussetzt (dazu oben Ziff. IV/1, «NOTA»).

¹³⁹ Fr. CC art. 1184/I: «La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.» Diese Lösung verleiht dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Festhalten am Vertrag oder dessen richterlicher Auflösung unter Schadenersatzpflicht des Schuldners. Gemäss CC art. 1184/III muss theoretisch die Vertragsauflösung beim Richter verlangt werden, dem in der Gestaltung der Rückabwicklung Ermessensspielraum bleibt. Das Wahlrecht des Gläubigers ist (wie in der Schweiz und anders als in Deutschland, oben Ziff. IV/3) verschuldensunabhängig.

Umfang des negativen Interesses) und Geltendmachung eines «Schadenersatzes wegen Nichterfüllung» schlechthin (positives Interesse). aOR 122 nimmt auf diese beiden, dem Gläubiger verfügbaren Varianten nicht explizit Bezug, schliesst sie indessen auch nicht aus¹⁴⁰.

Die Gründe der Abweichung der Fassung von OR 107 gegenüber dem aOR sind unklar. Vom BGB (§ 326) unterscheidet sich diese Regel vor allem durch die Verschuldensunabhängigkeit des Verzugs, durch die Unterschiedlichkeit der Gestaltungsbefugnisse des Gläubigers und schliesslich durch das Fehlen der Pflicht, mit der Nachfristansetzung eine Androhung zu verbinden¹⁴¹.

b) Rechtsvergleichende Hinweise

Im *römischen Recht* fehlt eine CC art. 1184/I oder OR 107 bzw. BGB § 326 entsprechende Regel. Indessen soll nicht übersehen werden, dass durch die Möglichkeit (sc. Notwendigkeit) des Richters, anstelle einer Realexekution gebietenden Urteils eine «condemnatio pecuniaria» (d. h. Verurteilung zu Geldzahlung, d. h. Schadenersatz) zu sprechen, funktional teilweise die Wirkung der heutigen gesetzlichen Lösung erreicht wird.

Dem *englischen Recht* waren infolge der Ursprünge der Rechtsfolgen der Vertragsverletzung im Deliktsrecht die kontinentalen Schwierigkeiten, wie sie aus dem Dogma der Unauflöslichkeit der Verträge resultieren, unbekannt; der Gläubiger konnte zwar im Verzugsfall am Vertrag festhalten und Verzugsschaden fordern, war aber bei Vorliegen einer «wesentlichen» Vertragsverletzung (Bruch einer «condition») zum vornherein berechtigt, vikariierenden Schadenersatz zu fordern und einzuklagen¹⁴². Dass «breach of contract» (Vertragsbruch im Sinne der Verletzung einer vertraglichen Hauptpflicht) gleichzeitig ein Grund der Befreiung von der eigenen Schuldpflicht war, stand ebenfalls seit je fest¹⁴³.

¹⁴⁰ aOR 122: «Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei.»

Die Möglichkeiten des Gläubigers werden allerdings entscheidend beeinträchtigt durch die Regel von aOR 124, wonach im Falle des Abgehens vom Vertrag der Schadenersatzanspruch des Gläubigers vom Verschuldensnachweis abhängig gemacht wird.

¹⁴¹ Vorzuziehen ist die deutsche Regelung: wie BGB § 326 noch aOR 122.

¹⁴² Auf der Ebene des Common Law steht eine Möglichkeit des Erzwingens der Vertragsleistung in forma specifica - specific performance - ohnehin nicht zur Verfügung, oben Anm. 11.

¹⁴³ Vgl. zu Einzelheiten die englischen Vertragslehrbücher unter dem Stichwort «Discharge by breach», «Remedies for breach of contract» usw.

2. Voraussetzungen der Gläubigerbehelfe von OR 107 f. im allgemeinen; Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten

Bei dem in OR 107 statuierten Lösungsrecht geht es im wesentlichen darum, dem Gläubiger seine Dispositionsfreiheit zurückzugeben dahingehend, dass er dem Schuldner unter näher zu bestimmenden Voraussetzungen und Konsequenzen die Erfüllungsmöglichkeit abschneiden und zugleich sich seiner eigenen Leistungspflicht entschlagen darf. Dieser Verzicht auf nachträgliche Leistung ist, da er auch für den Schuldner einschneidende Folgen haben kann, ultima ratio, daher muss nach Verzugsseintritt diesem in der Regel¹⁴⁴ noch eine letzte Frist angesetzt werden, während der er erfüllen darf und nur den Verzugsschaden zu ersetzen hat.

Wie oben (Ziff. IV/3) festgehalten, setzt das Lösungsrecht des Gläubigers gemäss OR 107 ff. kein Verschulden des Kontrahenten voraus, hingegen kann es nicht in allen Fällen der Leistungsstörung ausgeübt werden: Wichtig ist die Unterscheidung zwischen vertraglichen *Haupt- und Nebenpflichten*, wobei letztlich der Wille der Vertragsparteien bzw. deren Interessenlage bei Vertragsschluss die Abgrenzung bestimmen¹⁴⁵. Verletzung blosser Nebenpflichten, die gewissermassen «ausserhalb» des Synallagmas stehen, berechtigt den Gläubiger unter den Voraussetzungen von OR 97 (bzw. OR 103 oder den Spezialnormen des Besonderen Teils) zu Schadenersatz¹⁴⁶, nicht aber zur Aufhebung des Synallagmas¹⁴⁷. Verletzt andererseits der Gläubiger blosser Nebenpflichten, kann dies die Anrufung von OR 107 ff. gegenüber dem eine Hauptleistungspflicht missachtenden Schuldner nicht zum vorneherein hindern.

Zur Anwendung von OR 107 f. auch auf *einseitige* Verträge vgl. oben bei Anm. 48.

¹⁴⁴ Zur Ausnahme sogleich (Ziff. 4).

¹⁴⁵ So kommen dem Schuldner bei Annahmeverweigerung des Käufers nur die Erleichterungen des Gläubigerverzuges zugute; in der Regel - entgegen der missverständlichen Formulierung von OR 211 - ist die Abnahme des Kaufgegenstandes nicht Pflicht (schon gar nicht «Hauptpflicht») des Käufers, so dass der Verkäufer nicht nach OR 107 vorgehen kann. Vgl. OR/BT, § 3/III/3/a.

¹⁴⁶ Als Anwendungsfall BGE 96 II 115 ff.

¹⁴⁷ v. T./E., § 73/VII, p. 157 (zu weit geht die Formulierung des BGer. in JT 52 [1904], p. 490). Der Grundsatz, dass die Vertragsaufhebung eine *schwerwiegende* Vertragsverletzung voraussetzt, kommt im OR verschiedenorts zum Ausdruck (vgl. etwa OR 205/II) und ist allgemein anerkannt, vgl. fr. CC 1184: «... ne satisfere point à son engagement», ebenso it. CC 1455; zum englischen Recht oben Ziff. 1 b.

3. Nachfristansetzung gemäss OR 107/I als Voraussetzung der Gestaltungsmöglichkeiten des Gläubigers

a) Allgemeines

Abgesehen von den Ausnahmen gemäss OR 108 (vgl. Ziff. 4) macht das Gesetz das in OR 107/II dem Gläubiger ermöglichte Abstehen vom Vertrag (dazu unten Ziff. 5) vom Ansetzen einer angemessenen Nachfrist (OR 107/I) abhängig; solange diese nicht verstrichen ist, bleibt der Gläubiger an den Vertrag gebunden und darf der Schuldner noch erfüllen. Diese Fristansetzung ist (gleich wie die Mahnung, oben bei Anm. 111) empfangsbedürftige rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung. Sinn der Nachfrist ist es, ähnlich wie bei der Inverzugsetzung durch Mahnung, dem Schuldner die Rechtslage bewusst zu machen und ihm in bescheidenem Rahmen eine Korrekturmöglichkeit einzuräumen. Es liegt ein Billigkeitsgrundsatz vor, der auch ausserhalb des Vertragsrechts i. e. S. Anwendung findet (Nichterfüllung von Nebenpflichten und sonstige vertragliche Versäumnisse). Das Erfordernis der Nachfristansetzung gilt bei Leistungsverzug vermutungsweise bei allen Vertragstypen, auch wenn das Gesetz selber nicht explizit darauf Bezug nimmt.

Nachfristansetzung mit den Folgen von OR 107 setzt nach dem Gesetzestext *Verzug* voraus. Unbestritten ist jedoch, dass die Inverzugsetzung zusammen mit der Nachfristansetzung erfolgen kann¹⁴⁸. Genau besehen wird damit das Verzugserfordernis bedeutungslos: Falls Verzug nicht bereits gegeben ist, wird er in jedem Fall durch eine Nachfristansetzung hergestellt¹⁴⁹. Die Formel würde daher besser dahin lauten, dass Nachfristansetzung *Fälligkeit* der Forderung voraussetzt (vor welchem Zeitpunkt in der Tat Verzug nicht möglich ist). Selbst diese Voraussetzung ist in dem Sinne einzuschränken, dass eine dem Eintritt der Fälligkeit vorausgehende vorsorgliche Erklärung, mit Wirksamkeit auf Fälligkeit, grundsätzlich möglich ist¹⁵⁰.

Die in OR 107 ebenfalls vorgesehene Fristansetzung durch die «zuständige Behörde» wird kaum je praktisch¹⁵¹, da der Gläubiger mit gleicher Wirkung selber Nachfrist ansetzen kann¹⁵².

¹⁴⁸ v. T./E., § 72/II, p. 137, § 73/III, p. 149, BECKER, OR 107 N. 12, OSER/SCHÖNENBERGER, OR 107 N. 13, G./M./K., p. 223; BGE 103 II 105.

¹⁴⁹ Ansetzung einer Nachfrist bedeutet nicht Leistungsverzicht bis zum Ablauf der Frist, sondern eine zu der Aufforderung zu sofortiger Leistung hinzutretende Androhung, man werde die Möglichkeiten von OR 107/II beanspruchen, wenn nicht binnen Frist erfüllt werde.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 103 II 105, 29 II 263; einschränkend BECKER, OR 102 N. 19, OR 107 N. 12. – Die «Angemessenheit» der Frist ist in diesem Fall erst vom Fälligkeitsdatum an zu berechnen.

¹⁵¹ Die Regelung, die schon in aOR 122 enthalten war, geht zurück auf CC art. 1184/III; zu den Vor- und Nachteilen dieser Lösung im französischen Recht und im internationalen Vergleich vgl. FERID, Bd. I, p. 511 f., ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 214-216, RABEL, Warenkauf I, p. 203 ff.

¹⁵² Zur Frage der Gebundenheit des Richters in der Hauptsache an die behördliche Fristbemessung vgl. v. T./E., § 73/III, p. 150 und Anm. 54, OSER/SCHÖNENBERGER, OR 107 N. 17; zutreffend BECKER, OR 107 N. 28 f., der die Gebundenheit befürwortet.

Im Gegensatz zu aOR 122 und BGB § 326/I, S. 1 (und anders als etwa OR 265, 293 oder 366/II) verlangt OR 107 nicht, dass mit der Nachfristansetzung auch die Folgen der Fristversäumnis angedroht werden. Es muss jedoch, soll die Erklärung des Gläubigers nicht bloss eine weitere Leistungsaufforderung (Mahnung) sein, nicht nur die Leistung mit Bestimmtheit binnen Frist gefordert werden, sondern zum Ausdruck gelangen, dass der Gläubiger bei Nichtleistung sich die Behelfe von OR 107, insbesondere den Verzicht auf nachträgliche Leistung, vorbehalten will¹⁵³.

b) Bemessen der Nachfrist

Der Gläubiger muss seinerseits die Nachfrist bemessen und einen letztmöglichen Leistungstermin angeben, er kann sich nicht, wie nach der für das BGB herrschenden Auffassung¹⁵⁴, damit begnügen, «sofortige» Leistung oder Erfüllung «binnen angemessener Frist» zu verlangen¹⁵⁵.

Was im Sinne von OR 107/I als «angemessen» zu gelten hat, bestimmt sich nach den Umständen des Vertrages¹⁵⁶, wie auch nach der zur Erfüllung notwendigen Zeitspanne. Die Nachfrist soll nicht schlechthin dem säumigen Schuldner ermöglichen, die verspätete Leistungsbereitstellung nachzuholen; es soll lediglich der Schuldner davor bewahrt werden, «dass ihm die Erfüllungshandlung unerwarteter Weise durch Verzicht auf Realleistung entzogen werde» (BGE 43 II 230). Bei der Fristbemessung darf davon ausgegangen werden, dass der Schuldner im grossen und ganzen die Leistungsvorbereitungen termingerecht getroffen hat (dazu auch unten Ziff. 4/a). Die Länge der anzusetzenden Frist wird vor allem durch die zeitliche Dimension, in der sich der Vertrag hinsichtlich der Leistungserbringung und deren Vorbereitung abspielt, bestimmt: Bei einem sich über Jahre hinziehenden Unternehmen mag die Nachfrist Monate betragen, bei einem innerhalb weniger Tage abzuwickelnden Geschäft dagegen vielleicht bloss Stunden. Entscheidend muss letztlich auch hier der Parteiwille bei Vertragsschluss sein, d. h. die Bedeutung, welche darin der Zeitpunktbestimmung der Leistung zukommt. Wie die Möglichkeit einer Leistung nach Fristablauf überhaupt ausgeschlossen werden kann (OR 108 Ziff. 3; unten Ziff. 4/c), kann sich auch eine Kurzbemessung der Nachfrist aus dem Parteiwillen ergeben.

¹⁵³ Dazu unten Anm. 177.

¹⁵⁴ Vgl. die Kommentare zu BGB § 326 sowie die bei v. T./E., § 73 Anm. 45 Genannten.

¹⁵⁵ Die schweizerische Auffassung ist fragwürdig, weil in innerem Widerspruch hiezu auch hier anerkannt werden muss, dass eine zu kurz bemessene Frist nicht wirkungslos ist, sondern (dazu unten bei Anm. 157) auf eine angemessene Frist verlängert wird. Die Nachfristansetzung unterscheidet sich von der Mahnung/Inverzugsetzung durch die Einräumung einer wie auch immer bestimmten Zusatzfrist einerseits, die Androhung von Folgen i. S. von OR 107/II andererseits. Im Einzelfall kann fraglich sein, ob eine Formel wie «Erwarte Lieferung bis spätestens» das letztere Element hinreichend deutlich macht.

¹⁵⁶ Je grösser das Interesse des Gläubigers an baldiger Erfüllung, desto knapper ist die Frist zu bemessen (v. T./E., § 73/III, p. 149).

An eine von ihm eingeräumte *überlange* Frist ist der Gläubiger gebunden und kann sie nicht nachträglich kürzen. Die Ansetzung einer *zu kurz bemessenen Nachfrist* ist nicht wirkungslos, sondern lässt den Fristenlauf beginnen, indessen kann der Schuldner innerhalb der (längeren) «angemessenen» Frist mit befreiender Wirkung leisten¹⁵⁷. - Hat der Gläubiger bereits mit Ansetzen der zu kurzen Nachfrist Verzicht auf Leistung nach Fristablauf erklärt (OR 107/II), kommt er bei rechtzeitigem Angebot des Schuldners selbst in Verzug (OR 91 ff., vgl. oben Anm. 113).

4. Ausnahmen: Wahlrecht ohne Nachfristansetzung (OR 108)

Das Wahlrecht des Schuldners im Sinne von OR 107/II ist in folgenden Fällen nicht von einer vorangehenden Ansetzung einer Nachfrist abhängig und sofort mit Verzugseintritt gegeben:

a) Fristansetzung unnütz (OR 108 Ziff. 1)

Es sind verschiedene Fälle denkbar, im Vordergrund stehen die folgenden beiden Gruppen:

- Es liegt eine *Erklärung der Leistungsverweigerung* seitens des Schuldners vor, der z. B. das Bestehen eines gültigen Vertrages überhaupt bestreitet. Auf diese kann allerdings nur bei klarer und endgültiger Weigerung verzichtet werden; so sind etwa die Erklärung, zur Zeit nicht leisten zu können, Gesuch um Stundung oder Äussern von Zweifeln an der Vertragsgültigkeit nicht ausreichend¹⁵⁸. Andererseits sind derartige Erklärungen auch zu berücksichtigen, wenn sie bereits vor Eintritt der Fälligkeit abgegeben worden sind¹⁵⁹.
- Es liegt eine nicht aufzuholende *Verzögerung in der Leistungsvorbereitung* vor. Wenn infolge Säumigkeit des Schuldners Erfüllung auch binnen einer angemessenen Nachfrist nicht möglich wäre, erübrigt sich Nachfristansetzung¹⁶⁰; es ist dem Gläubiger

¹⁵⁷ BGE 91 II 351 m. w. H. - Dass der Schuldner, um nicht binnen der zu kurzen Frist leisten zu müssen, sich gegen die Fristansetzung zu verwahren hat, kann nur in jenen Fällen angenommen werden, in denen nach Treu und Glauben sein Stillschweigen als konkludente Annahme einer Offerte des Gläubigers zu deuten ist (vgl. dazu oben § 10/VI/3 und 10/I/3), was m. E. nur unter besonderen Voraussetzungen angenommen werden darf. A. M. v. T./E., § 73/III, p. 150 bei Anm. 51.

¹⁵⁸ Es kann dem Gläubiger nicht schaden, wenn er dem sich weigernden Schuldner eine Frist ansetzt.

¹⁵⁹ Vgl. ZR 40/114, p. 302 E. 8, BGE 69 II 244 f., MERZ, ZGB 2 N. 448, G./M./K., p. 224 f. Ähnlich auch die deutsche Praxis (z. B. BGH in NJW 1976, p. 326). Anders noch v. TUHR (v. T./E., § 72/IV/4, p. 141 und Anm. 53) und teilweise BECKER, OR 108 N. 6.

¹⁶⁰ So ausdrücklich OR 366/I für den Werkvertrag, bei dem sogar vor Eintritt der Fälligkeit Rücktritt möglich ist. Doch setzt die Praxis an die Gestaltung der fristlosen Vertragsaufhebung strenge Anforderungen (Ausnahme: BGE 59 II 307 f.; es muss eine der in OR 108 Ziff. 1-3 genannten Voraussetzungen gegeben sein (vgl. BGE 45 II 61 f. Sukzessivlieferungsvertrag). Im Zweifel hat der Besteller im Werkvertrag daher - obwohl dies nur für Abs. II von OR 366 ausdrücklich gesagt ist - nach OR 107 vorzugehen, BGE 46 II 251; vgl. dazu auch BGE 98 II 115 und unten Anm. 223.

gestattet, ohne Ansetzung einer Nachfrist, (allenfalls bereits vor Fälligkeit) das Wahlrecht nach OR 107 auszuüben¹⁶¹.

b) Verspätete Leistung für den Gläubiger nutzlos (OR 108 Ziff. 2)

Wenn infolge des Eintritts des Verzugs der Gläubiger das Interesse¹⁶² an der Leistung verloren hat, darf dieser ohne Fristsetzung von seinen Verzugsrechten Gebrauch machen. Dies ist vor allem der Fall bei Leistungen, die im Hinblick auf einen bestimmten Anlass vereinbart wurden (Hochzeitskleid, Saisonartikel). Die Frage, ob die besondere Sachlage dem Schuldner bei Vertragsschluss erkennbar gewesen sein musste, ist kontrovers¹⁶³.

c) Sogenannte Fixgeschäfte (OR 108 Ziff. 3)

Keine Nachfrist muss schliesslich angesetzt werden, wenn sich aus dem Vertrag ergibt, dass die Erfüllung nach dem Parteiwillen nur in oder bis zu einem genau bestimmten Zeitpunkt erfolgen kann. In diesen Fällen der sogenannten Fixgeschäfte entfällt eine Nachfristansetzung, weil eine nachträgliche Leistungserbringung bereits als durch den Vertragsinhalt ausgeschlossen zu gelten hat und daher der Gläubiger nicht verpflichtet ist, eine Leistung nach dem vereinbarten Zeitpunkt anzunehmen¹⁶⁴. Der Charakter als Fixgeschäft, d. h. der vertragliche Ausschluss verspäteter Erfüllung, ist nicht zu vermuten, sondern vom Gläubiger zu beweisen¹⁶⁵. Formeln wie «bis spätestens 1. Oktober» (BGE 96 II 48) oder «Lieferung anfangs März, jedenfalls nicht später als 5. März» weisen auf Fixgeschäfte hin. Indessen ist zu beachten, dass die genaue Bestimmung des Lieferzeitpunktes nicht genügt, sondern darüber hinaus der Vertragswille erkennbar sein muss, dass eine nachträgliche Leistung ausgeschlossen

¹⁶¹ Zu den Sonderfragen betr. Verzug und Nachfristansetzung bei Dauerschuldverhältnissen und Sukzessivlieferungsverträgen vgl. unten Ziff. 8.

¹⁶² «Nutzlos» ist nicht wörtlich, d. h. im Sinne objektiv fehlender Verwendbarkeit zu verstehen; treffender BGB § 326/II, der auf das Interesse des Gläubigers abstellt.

¹⁶³ Bejahend BECKER, OR 108 N. 8; dem ist wohl zuzustimmen; die *Abgrenzung* zwischen Ziff. 2 und 3 (Fixgeschäft, dazu sogleich) von Art. 108 fällt nicht immer leicht; die Besonderheiten des Fixgeschäfts haben aber anerkanntermassen nur Gültigkeit, wenn dem Schuldner dieser Umstand bei Vertragsschluss bekannt ist. (v. T./E., § 73/IV/3, p. 152.) - Anders noch v. TUHR, (v. T./E., § 73/IV/3, p. 151 Anm. 61), der gerade im Nichtwissenmüssen des Schuldners den Unterschied zwischen OR 108 Ziff. 2 und 3 sieht.

¹⁶⁴ BGE 49 II 228: da «das Geschäft nach der Willensmeinung der Parteien mit der Einhaltung des Erfüllungstermins stehen und fallen soll». Vgl. zur Abgrenzung im übrigen v. BÜREN, Bd. I, p. 373.

¹⁶⁵ BGE 49 II 228.

sein soll. Da sich diese Meinung oft aus der Interessenlage des Gläubigers ergibt, für den eine verspätete Leistung sinnlos ist, überschneiden sich die Fixgeschäfte häufig mit den Tatbeständen von OR 108 Ziff. 2 (oben lit. b)¹⁶⁶. Der Unterschied zum Verfalltagsgeschäft (OR 102/II) liegt darin, dass dort ohne Mahnung der Verzug eintritt, während beim Fixgeschäft das Erfordernis der Nachfristansetzung wegfällt.

Nota: Der Begriff des Fixgeschäftes hat noch weitergehenden Inhalt: Entfallen der Notwendigkeit einer Erklärung i. S. von OR 107/II bzw. Ausschluss der Erfüllbarkeit; vgl. dazu unten Ziff. 6c.

5. Übersicht über die Wahlmöglichkeiten des Gläubigers nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist (OR 107/II)

Nach Ablauf der gesetzten Nachfrist (oder Eintritt der in OR 108 genannten Tatbestände) stehen dem Gläubiger gemäss OR 107/II, unter Vorbehalt abweichender Vereinbarung¹⁶⁷ die folgenden Möglichkeiten zu Gebote¹⁶⁸:

¹⁶⁶ Ist die Leistung aus äusseren Gründen infolge der Verspätung faktisch ausgeschlossen, liegt nicht ein Fall des Verzugs, sondern Unmöglichkeit der Leistung vor, welche Leistungspflicht bzw. Verzug entfallen lässt und es ausschliesst, dass der Gläubiger eine Nachfrist ansetzen muss. Vgl. dazu v. T./E., § 62/V/2, p. 53 und Anm. 69. Der Schuldner haftet ohne weiteres nach den allgemeinen Grundsätzen von OR 97 ff.

¹⁶⁷ OR 107 ist, wie die Regeln über die Nichterfüllungsfolgen überhaupt, dispositives Recht. Vertraglich können die Möglichkeiten des Gläubigers bei Verzug des Schuldners anders geregelt werden, etwa so, dass dem Gläubiger nur die Möglichkeit bleibt, Nachbesserung oder Schadenersatz (unter Ausschluss des Rücktrittes) zu verlangen. Solche Klauseln sind im Zweifel so zu verstehen, dass z. B. die Rücktrittsmöglichkeit nur für den Fall erfolgreicher Nachbesserung ausgeschlossen ist, andernfalls wieder nach OR 107 mit allen dort gegebenen Möglichkeiten vorgegangen werden kann.

¹⁶⁸ Die heutige (auf die Revision des Jahres 1911 zurückgehende) Formulierung von OR 107/II stellt einen Alptraum dar, zumal für den Studierenden: Eine mehr als notwendig komplizierte Sachlösung ist fragwürdig formuliert. Bereits eine Wortumstellung (Vorziehen des «entweder «... statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, *entweder* auf die nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz ... verlangen *oder* vom Vertrag zurücktreten») könnte eine Verdeutlichung bringen; die Rücktrittsvariante lässt keinen Raum für Erklärung des Verzichts auf nachträgliche Leistung, da zwangsläufig eingeschlossen. - Der *heutige* Inhalt von OR 107/II könnte wie folgt formuliert werden: «Bei zweiseitigen Verträgen kann der Gläubiger (im Falle des Verzugs des Schuldners) diesem eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (oder durch die zuständige Behörde ansetzen lassen), nach deren unbenutztem Ablauf er die Möglichkeit hat, durch unverzügliche Erklärung entweder vom Vertrag überhaupt zurückzutreten (sc. unter den Folgen von OR 109; sc. negatives Interesse) oder, unter Festhalten am Vertrag, auf die nachträgliche Leistung des Schuldners zu verzichten. Im letzteren Falle hat er Anspruch auf Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung erwachsenden Schadens (sc. Erfüllungsinteresse).

Als verdeutlichender Zusatz könnte beigefügt werden: «..., wobei es ihm freisteht, die eigene Leistung zu erbringen oder deren Wert von seinem Ersatzanspruch abzuziehen.» Damit würde für den vergleichsweise seltenen Fall, dass der Gläubiger seinerseits nicht eine Geldleistung schuldet (z. B. Tausch) die Möglichkeit i. S. der «Differenztheorie» festgeschrieben, die im gegenwärtigen Gesetzestext an sich keine Stütze hat.

Die *sachlichen* Einwendungen gegen die Regel von OR 107 beziehen sich darauf, dass der Gläubiger zwar mit der Nachfristansetzung keine Androhung verbinden muss, wohl aber bei seiner Erklärung («unverzüglich» nach Fristablauf) behaftet wird, was zwar hinsichtlich der Primärfolgen (Leistungserbringung ja oder nein), nicht jedoch hinsichtlich der Schadenersatzfolgen (positives oder negatives Interesse-, aufs letztere wäre man streng genommen durch die - naheliegende, wenn nicht dem Publikum allein verfügbare - Erklärung des «Rücktrittes» beschränkt) angemessen ist. Sachlich richtig wäre es, vom Gläubiger «unverzügliche» (besser: bereits mit der Nachfristansetzung zu verbindende)

a) Bestehen auf primärer Leistung und Fordern von Ersatz des Verspätungsschadens

Die Fristansetzung, die ohne bestimmte Androhung erfolgen kann, zwingt den Gläubiger nicht, von seinem Leistungsanspruch Abstand zu nehmen, es besteht vielmehr die gesetzliche Vermutung, dass er trotz Fristansetzung weiterhin die vertragliche Leistung und zusätzlich Ersatz des durch den Verzug verursachten Schadens verlange¹⁶⁹. Es gelten die Regeln von OR 97 ff.; der Ersatz des Verspätungsschadens ist auf das positive Interesse ausgerichtet, d. h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn er richtige (rechtzeitige) Leistung erhalten hätte. Schadensberechnung ist erst möglich, wenn die verspätete Leistung tatsächlich erbracht wurde oder die Leistungspflicht entfällt (nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzicht des Gläubigers, dazu sogleich). Solange der Gläubiger auf der Erfüllung beharrt, bleibt er seinerseits zur Leistung verpflichtet und kann eine allfällige Vorleistung nicht zurückfordern (dies wird erst möglich durch Leistungsverzicht und Rücktritt vom Vertrag, unten Ziff. 7a); die Erfüllungsverzögerung bringt (bei Vorleistungspflicht des Schuldners oder Zug-um-Zug-Geschäften) jedoch zeitlichen Aufschub für den Gläubiger.

b) Verzicht auf die nachträgliche Leistung

Zieht es der Gläubiger vor, verspätete Leistung nicht mehr zu fordern, kann er mit sofortiger Erklärung darauf verzichten¹⁷⁰; dadurch verliert er den Erfüllungsanspruch, und der Schuldner wird hinsichtlich der vertraglichen Primärleistung aus der Pflicht entlassen.

Erklärung zu fordern, dass bei gegebener Nichterbringung der Erfüllung auf diese überhaupt verzichtet wird (sowie, im Falle, dass der Gläubiger seinerseits eine andere denn eine Geldleistung schuldet, z. B. bei Tausch, ob die Gläubigerleistung erbracht werden wird). Umgekehrt hat der Schuldner kein legitimes Interesse, vor dem Prozess die Gewissheit zu erlangen, ob der nichtbefriedigte Gläubiger seinen Schaden i. S. des positiven oder des negativen Interesses geltend macht.

Vgl. im übrigen zur Entstehungsgeschichte von OR 107 auch *Vorauflage*, p. 329 Anm. 147.

¹⁶⁹ Der Gläubiger, der nach unbenütztem Ablauf der Nachfrist keine Wahlerklärung im Sinne von OR 107/II abgibt, ist berechtigt, dem Schuldner erneut Nachfrist anzusetzen, vgl. BGE 86 II 235 mit Hinw. - Auf erneute Fristansetzung darf wohl verzichtet werden, wenn die Erfüllungsklage bzw. Betreibung erfolglos geblieben ist (OR 108 Ziff. 1, BGE 58 II 419).

¹⁷⁰ Zu den Modalitäten der Erklärung unten Ziff. 6.

Erst die neuere Privatrechtsentwicklung hat der Möglichkeit nachträglichen Verzichts bei Leistungsverzögerung zum Durchbruch verholfen. Am Anfang stand dabei der Behelf des *Rücktritts vom Vertrag*, der sich am Modell einer stillschweigend vereinbarten Resolutivbedingung orientierte¹⁷¹. Erst die jüngste Entwicklung gestattete es dem Gläubiger, am Vertrag festzuhalten und das Erfüllungsinteresse geltend zu machen trotz Verzicht auf die geschuldete Leistung, allenfalls auch unter Nichterbringung der eigenen Leistung. - In OR 107/II werden dem Gläubiger alle genannten Möglichkeiten zur Verfügung gestellt, die unten Ziff. 7 im einzelnen behandelt werden¹⁷².

6. Die Verzichtserklärung

a) Rechtsnatur und Inhalt

Anders als Mahnung und Nachfristansetzung (oben IV/2a, VI/3) ist die Erklärung des Verzichts auf die nachträgliche Leistung *Verfügung* über ein subjektives Recht, ein Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinn (Ausübung eines *Gestaltungsrechts*; vgl. oben § 4/IV), sie verlangt daher Verfügungsmacht und Handlungsfähigkeit des Gläubigers¹⁷³.

Als Ausübung eines Gestaltungsrechts ist die Verzichtserklärung bedingungsfeindlich und unwiderruflich¹⁷⁴. Dasselbe gilt für die einmal getroffene Wahl zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung; da die scharfe Trennung, die das Gesetz zwischen den beiden Begriffen vornimmt, dem Laien gewöhnlich nicht geläufig ist, gilt hier erst recht, dass die *Auslegung* der Wahlerklärung sich nicht auf eine formale Wortinterpretation beschränken darf. Der Erklärungsempfänger hat unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem Sinn der Erklärung zu fragen¹⁷⁵, dabei wird in der Regel nicht angenommen werden dürfen, der Gläubiger, der von

¹⁷¹ Dazu oben Ziff. 1/a und Anm. 145.

¹⁷² Kann sich der Schuldner exkulpieren, fällt eine Schadenersatzpflicht unerachtet der Wahl des Gläubigers ausser Betracht, in diesem Fall tritt die Anwendung von OR 119 (unten § 23/IV) an die Stelle von OR 107 und 109 (vgl. auch unten Anm. 205).

¹⁷³ BUCHER, ZGB 12 N. 68.

¹⁷⁴ Nach ihrem Eintreffen beim Schuldner kommt der Gläubiger weder durch Verweigerung der Annahme in Verzug (zur Ausnahme oben nach Anm. 157) noch kann er die Leistung fordern. Der einverständliche Leistungsaustausch würde neuen Vertragsschluss bedeuten.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 44 II 174, 505, 54 II 313, 69 II 245, 76 II 306; im Entscheid 49 II 28 hat das BGer trotz der Formulierung der Klägerin, dass sie vom Vertrag *zurücktrete* und den Beklagten für sämtlichen aus dem *Dahinfallen* des Vertrages erwachsenen Schaden verantwortlich mache, aufgrund aller Umstände auf Ersatz des positiven Interesses erkannt.

Zur Problematik und Grenze der Bindung des Gläubigers an die getroffene Erklärung vgl. LESER, a.a.O., p. 223 ff., 271 ff.; ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 19/II, p. 216 f.; SchR I/2, § 28/III, p. 83 f. zum aOR vgl. *Vorauslage*, p. 335 Anm. 170.

«Rücktritt» spricht, wolle wirklich die mit dieser Wahl an sich verbundene Beschränkung seiner Schadenersatzansprüche auf das negative Interesse akzeptieren; «Rücktrittserklärung» bedeutet deshalb meist nichts weiteres als Verzicht auf vertragliche Primärleistung (allenfalls noch Verweigerung der eigenen Leistung).

Umstritten ist, ob der Gläubiger gleichzeitig mit der Erklärung des Verzichts auf die Vertragsleistung seine Wahl zwischen Aufrechterhaltung des Vertrages oder Rücktritt vom Vertrag dem Schuldner bekanntgeben muss¹⁷⁶.

b) «Unverzügliche» Ausübung

Der Verzicht auf nachträgliche Leistung hat unverzüglich nach Fristablauf zu erfolgen (OR 107/II). Was darunter zu verstehen ist, muss für jedes Geschäft gesondert entschieden werden¹⁷⁷. Das Erfordernis unverzüglicher Erklärung in OR 107 stammt aus dem Handelskauf¹⁷⁸; angeblich soll damit der Spekulation des Gläubigers auf Kosten des Schuldners vorgebeugt werden¹⁷⁹. In Wirklichkeit hat vor allem der Gläubiger ein Interesse an baldiger Erklärung, da bis zu deren Empfang der Schuldner weiterhin zur Erbringung der vertraglichen Leistung berechtigt ist. Unverzügliche Erklärung ist nicht notwendig, wenn der Schuldner zur Erfüllung nicht mehr imstande ist (zu einer weiteren Ausnahme vgl. unten lit. c). Davon abgesehen darf dieser, wenn der Gläubiger nach Verstreichen der Frist untätig geblieben ist, weiterhin erfüllen. Umgekehrt steht dem Gläubiger, der die rechtzeitige Abgabe der Wahlerklärung verpasst hat, die Möglichkeit offen, jederzeit (und beliebig oft) erneut Nachfrist anzusetzen und nach deren Ablauf die Wahlmöglichkeiten von OR 107 wahrzunehmen (BGE 76 II 304).

¹⁷⁶ v. TUHR (v. T./E., § 73/V, p. 153 f.) und OSER/SCHÖNENBERGER (OR 107 N. 34) bejahen dies; in diesem Sinn auch stenogr. Bulletin (Nationalrat), 1910, p. 335. Die Gegenmeinung wird vertreten von BECKER, OR 107 N. 36, G./M./K., p. 229, GUHL, Festgabe Wieland, Basel 1934, p. 142 ff. Sachlich vorzuziehen ist eine mittlere Lösung, wonach der Gläubiger gleichzeitig mit der endgültigen Zurückweisung der verspäteten Leistung, wenn er seine eigene Leistung nicht erbringen will, dies zu erklären hat, ohne für den Fall der Nichterbringung der eigenen Leistung sich für Rücktritt vom Vertrag oder die nach neuerer Auffassung ebenfalls mögliche Nichterbringung der eigenen Leistung unter Aufrechterhaltung des Vertrages (dazu unten Ziff. 7b/bb) entscheiden zu müssen.

¹⁷⁷ Vgl. etwa BGE 44 II 174 f.; Holzlieferung, da der Marktpreis stark fluktuierte, war Verzichtserklärung 14 Tage nach Fristablauf verspätet.

¹⁷⁸ Das Erfordernis wurde von ADHGB Art. 357 ins aOR (Art. 234) übernommen und von da in Art. 191/II des geltenden Gesetzes; zur Übernahme in OR 107/II vgl. Voraufgabe, p. 329 Anm. 147.

¹⁷⁹ Vgl. v. T./E., § 73/V, p. 153 m. w. H., BGE 69 II 246, 76 II 305. Mit dem Erfordernis sofortiger Erklärung wird ein Spekulieren nicht verhindert, da nach rev. OR der Gläubiger, anders als nach aOR 122 und nach deutschem Recht (BGB § 326/I), die Möglichkeit besitzt, die Erklärungsfrist verstreichen zu lassen und durch Ansetzen einer neuen Nachfrist ein neues Wahlrecht zu erlangen. - Vgl. im übrigen zu den zu stellenden Anforderungen GUHL, Festgabe Wieland, Basel 1934, p. 141 ff., P. LEMP, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939, p. 2 Anm. 3, p. 33 f., BGE 98 II 115.

c) Verzichtserklärung auch in Fällen von OR 108 Ziff. 2, 3?

Es wird die Auffassung vertreten, dass auch dann, wenn der Gläubiger dem säumigen Schuldner nach OR 108 keine Nachfrist ansetzen muss, um die Wahlmöglichkeiten von OR 107/II zu erlangen, eine explizite Erklärung erforderlich sei, wenn der Gläubiger auf die Erfüllung in natura verzichtet und damit den Schuldner am Nachbringen der Leistung hindern wollte¹⁸⁰. Dies trifft an sich nach dem Gesetzestext zu und ist auch, soweit OR 108 Ziff. 1 betroffen ist, unzweifelhaft richtig¹⁸¹. Indessen ist nicht zu ersehen, weshalb der Gläubiger, um nachträgliche Leistung auszuschliessen, auch eine Verzichtserklärung abgeben soll, wenn i. S. OR 108 Ziff. 3 die nachträgliche Leistungserbringung vertraglich und/oder faktisch ausgeschlossen ist oder wenn, i. S. von OR 108 Ziff. 2, dem Schuldner erkennbar, die nachträgliche Leistung für den Gläubiger ohne Interesse ist und daher nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr erbracht werden darf.

d) Hinweis: Zum Begriff des Fixgeschäftes

Der *Terminus Fixgeschäft* wird in ganz verschiedenem Sinne gebraucht, kann aber insbesondere folgende Bedeutung haben:

- Verträge, bei denen die vertragliche Bestimmung des Zeitpunktes der Leistungserbringung eine Nachfristansetzung i. S. von OR 108 Ziff. 3 erübrigt (vgl. oben Ziff. 4/c);
- Verträge, bei denen die vertragliche Zeitpunktbestimmung nicht bloss die Nachfristansetzung, sondern auch eine Erklärung des Schuldners i. S. des Verzichts auf nachträgliche Leistung erübrigt und der Gläubiger, der die vertragliche Primärleistung, wenn auch verspätet, zu erhalten wünscht, umgehend eine entsprechende Erklärung abgeben muss (dies ist insbesondere die Regelung des kaufmännischen Kaufs nach OR 190/I¹⁸²).

¹⁸⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, OR 108 N. 2, BECKER, OR 108 N. 1 mit Hinweis auf die gleiche Regelung beim Verzug des Käufers, OR 214/II; BGE 54 II 30 ff.

¹⁸¹ Dem Gläubiger steht auch bei Weigerung des Schuldners die Erfüllungsklage zu. - Doch gerade in diesem Fall ist die Praxis grosszügiger als bei OR 108 Ziff. 2 und 3; geht aus dem Verhalten des Schuldners bestimmt hervor, dass er nicht mehr leisten will, darf ihn der Gläubiger dabei behaften und muss nicht auf nachträgliche Leistung verzichten; vgl. dazu die (anfechtbare) Argumentation in BGE 76 II 304 f.

¹⁸² OR 190/I geht auf PGB § 1401 zurück und ist über aOR 234 ins OR gelangt; vgl. A. MEILI, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Diss. Zürich 1976, p. 62 f. Fraglich ist aufgrund des Textes, ob der Käufer sich auch für Rücktritt und damit für den Anspruch auf das negative Interesse entscheiden kann. Die unklare Fassung von OR 190/I geht auf die Revision von 1911 zurück; vgl. MEILI, a.a.O., p. 64. Befürwortung des dreifachen Wahlrechts auch bei GIGER, OR 190 N. 35; für den Ausschluss des Rücktrittsrechts (das nur im Marginale von OR 190 erwähnt ist) hingegen neuerdings CAVIN, Kauf, Tausch, Schenkung, SPR VII/1, Basel 1977, p. 44 f. Zur Problematik auch OR/BT, § 3/IV/5/a.

- Ausschluss eines Leistungsanspruchs des Gläubigers durch Ablauf des Leistungstermins (auch «absolutes Fixgeschäft» genannt)¹⁸³.

7. Auseinandersetzung beim Verzicht des Gläubigers auf nachträgliche Leistung

a) bei Rücktritt vom Vertrag (OR 109)

Gemäss OR 107/II kann der Gläubiger nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist «vom Verträge zurücktreten»¹⁸⁴. Die Rücktrittsmöglichkeit ist der älteste der von der Vertragsabwicklung wegführenden Gläubigerbehelfe, er soll (inspiriert von der «condition résolutoire», oben Ziff. 1/a) eine nachträgliche rückwirkende Vertragsauflösung ermöglichen. Die noch nicht erfüllten Pflichten aus dem Vertrag werden hinfällig, und die schon erbrachten Leistungen sind zurückzuerstatten, OR 109/I¹⁸⁵. Die Probleme der Rückabwicklung im Falle des Rücktritts sind lange Zeit vernachlässigt worden¹⁸⁶. Den Lösungen lag gewöhnlich die Idee zugrunde, dass der Rücktritt den Vertragsschluss gewissermassen ungeschehen mache; es überwiegt demzufolge bis heute die Vorstellung einer Auflösung *ex tunc* mit der Wirkung beidseitiger Rückleistungs- und Bereicherungsansprüche¹⁸⁷. OR 109 wird auch anwendbar,

¹⁸³ Die Sängerin, welche sich zur Ausführung des Parts der Isolde in einer bestimmten Aufführung verpflichtet hat, kann nicht verpflichtet werden, das Versäumte in einer späteren Aufführung nachzuholen; sie war nur am Tage X zum Singen verpflichtet. Vgl. dazu LARENZ, SchR I, § 21/Ia.

¹⁸⁴ Die Rücktrittserklärung ist an dieselben Voraussetzungen wie die Verzichtserklärung in OR 107/II gebunden (vgl. oben Ziff. 6/a).

¹⁸⁵ Diese Rechte stehen, entgegen dem zu engen Wortlaut von OR 109/I, nicht nur dem Rücktrittsberechtigten, sondern auch dem Rücktrittsgegner zu.

¹⁸⁶ Im Gegensatz zur generellen Umschreibung der Rücktrittswirkungen in OR 109/I regelt das BGB in den §§ 346-356 detailliert Voraussetzung und Folgen des (vertraglich ausbedungenen) Rücktrittsrechts; die anschliessenden Bestimmungen betreffen Anwendungsfälle: §§ 357, 358 und 360 den Rücktrittsvorbehalt bei Leistungsstörungen (die gemeinrechtliche *lex commissoria*), § 359 den Rücktritt gegen Reuegeld (vgl. OR 158/III), § 361 den Rücktritt bei Vereinbarung eines Fixgeschäfts (entspr. OR 108 Ziff. 3). Ihr wichtigstes Anwendungsfeld finden die §§ 346-356 jedoch mit ihrer sinngemässen Anwendung beim Rücktritt wegen verschuldeter Unmöglichkeit oder Verzug, BGB § 327 und (die meisten davon) bei Wandelung des Kauf- und Werkvertrags, BGB § 467, § 634/IV).

¹⁸⁷ Vgl. v. T./E., § 73/VII, p. 156, v. BÜREN, Bd. I, p. 380, Anm. 82, ENGEL, p. 494 f., G./M./K., p. 227, OSER/SCHÖNENBERGER, OR 209 N. 4, BECKER, OR 109 N. 5 f.; BGE 63 II 258, 61 II 255 f. und dort zit. - Ebenso für die dem Rücktritt funktionsgleiche Wandelung CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, p. 26, GIGER, OR 205 N. 9, 15, OR 208 N. 6 mit Hinw.; *anders* jedoch v. BÜREN, Bd. II, p. 39, Anm. 163. Übersicht über den Meinungsstand unter dem aOR bei BIEDERMANN, Der Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen Schuldnerverzuges nach dem schweizerischen OR, Diss. Leipzig, Zürich 1909; aus der Praxis BGE 25 II 399, 29 II 516 f.

wenn sich der Verkäufer den Rücktritt gemäss OR 214/III vorbehalten hat. - Eigenen Regeln folgt der Abzahlungsvertrag (OR 226 a-m).

aa) Rückerstattung bereits empfangener Leistungen (OR 109/I)

Entgegen der herrschenden Auffassung sind die beiderseitigen Rückforderungsansprüche *nicht bereicherungsrechtlicher* Natur; der Gesetzestext (aOR 124 wie heutiges OR 109/I oder BGB § 346) verpflichtet zur Rückerstattung des «*Geleisteten*». Das bedeutet insbesondere den Ausschluss der Entreicherungseinrede (OR 64); jeder Partner muss alles Empfangene (falls nicht mehr vorhanden, dessen vollen Wert) zurückerstatten, nicht bloss dasjenige, was er im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bzw. der Rückabwicklung noch besitzt. Verjährung nach OR 127^{187a}.

Der Rücktritt verpflichtet die Kontrahenten, das Erhaltene zurückzugewähren (vgl. OR 109/I, BGB § 346); geleistete Dienste sind zu vergüten¹⁸⁸, Haftungsumfang und Risikoverteilung bei Sachleistungen sind für jede Partei gesondert zu betrachten¹⁸⁹. Der Rücktrittsgegner wird, wenn er schon bei Empfang der Sache mit der Rückerstattung rechnen musste, für jede ihm zurechenbare Beeinträchtigung der Rückleistung schadenersatzpflichtig. Insbesondere wird als allgemeine Regel gelten, dass der Vertragspartner, der selber noch nicht erfüllt hat, bis zur Erbringung der eigenen Leistung mit der Rückleistung des Empfangenen rechnen muss und nicht über die empfangene Vorleistung verfügen soll¹⁹⁰. Hat der Rücktrittsgegner die Sache veräussert, muss er den Geldwert zuzüglich Zinsen (OR 73) erstatten¹⁹¹; notwendige und nützliche Verwendungen darf er analog OR 65 veranschlagen.

Auch der *Rücktrittsberechtigte* haftet für jede ihm zurechenbare Beeinträchtigung, sobald er mit der Rückgabe des Erhaltenen rechnen muss¹⁹². Diese Regel verliert jedoch stark an Bedeutung, da der Gläubiger, falls die Unmöglichkeit unversehrter Restitution¹⁹³ von ihm «verschuldet» ist¹⁹⁴, das Rücktrittsrecht einbüsst.

^{187a} Vgl. jetzt LGVE 1987/I, 14.

¹⁸⁸ Zum Verkehrswert zur Zeit der Dienstleistung BECKER, OR 109 N. 6.

¹⁸⁹ Dazu BIEDERMANN, Zit. oben Anm. 187, p. 116 ff.; für das deutsche Recht eingehend LESER, p. 176 ff.

¹⁹⁰ Dazu ENGEL, p. 406. Vom Verzugseintritt an haftet der Rücktrittsgegner auch für Zufall, OR 103. Strenger das BGB, das den Rücktrittsgegner bereits vom Zeitpunkt des Leistungsempfangs an für jede von ihm bewirkte Beeinträchtigung haften lässt (vgl. LARENZ, SchR I, § 26, p. 406); dies im Bestreben, wirtschaftlich so weit als möglich den status quo ante wiederherzustellen (das BGB kennt keine OR 109/II entsprechende Ersatzpflicht des Schuldners!).

¹⁹¹ Zehnjährige Verjährungsfrist zum Beginn des Fristenlaufs oben Ziff. IV/1, Abs. 5.

¹⁹² Praktisch wird dies meist zu einem späteren Zeitpunkt sein als beim Rücktrittsgegner; auch bei dessen Verzug (etwa mit einer Teilleistung im Tauschvertrag) darf nicht leichthin geschlossen werden, dass der Berechtigte mit der Rückgabe rechnen musste.

¹⁹³ Wegen Veräusserung, Belastung, Verarbeitung, OR 207/III; «wesentlicher Verschlechterung», BGB § 351; BECKER, OR 109 N. 10 ff., v. T./E., § 73/VII, p. 157 Ziff. 2.

¹⁹⁴ Es liegt kein Verschulden im technischen Sinn vor, solange der Gläubiger nicht mit der Rückerstattung rechnen muss und die Sache gebraucht; dazu GIGER, OR 207 N. 14 ff., LESER, p. 183 ff.

Somit kann er nur zurücktreten, wenn die Sache zufällig untergegangen (OR 207/I) oder deren Beeinträchtigung nur unwesentlich ist¹⁹⁵. Die Leistungen sind Zug um Zug (OR 82) zu erstatten¹⁹⁶; kommt der Rücktrittsberechtigte in Verzug, kann ihm der Gegner Frist setzen, mit deren Ablauf das Rückforderungsrecht erlischt¹⁹⁷; ersterer kann nur noch Schadenersatz fordern (falls dessen Voraussetzungen gegeben sind).

Auch wenn die bereicherungsrechtliche Konzeption der Rückleistungsansprüche gem. OR 109/I abzulehnen ist, muss doch an der *schuldrechtlichen Natur* derselben festgehalten werden; die verbreitete Neigung, diese Rückforderung sachenrechtlich zu konzipieren und - soweit Sachrückforderungen in Frage stehen - als Vindikation zu verstehen, hat im Gesetz ebenfalls keine Grundlage. Es wird zu recht zunehmend die (in Deutschland herrschende) Auffassung vertreten, wonach durch den Rücktritt das Schuldverhältnis in ein «Abwicklungsverhältnis» eigener Art umgewandelt wird, das seinerseits als vertragsrechtliches zu verstehen ist¹⁹⁸. Insbesondere würde es eine Überspitzung des Kausalitätsprinzips (oben § 4/VIII/4) darstellen, wenn man den nachträglichen Rücktritt in ein Dahinfallen des bei der Übereignung vorhandenen Rechtsgrundes deuten wollte¹⁹⁹.

¹⁹⁵ BGB § 351 e contr., § 347; ebenso für das OR GIGER, OR 207 N. 28, OR 208 N. 13 f. Die Abgrenzung wesentliche-unwesentliche Beeinträchtigung ist (als Anwendungsfall der tu-quoque-Regel, vgl. oben Anm. 102) Wertungsfrage.

¹⁹⁶ Vgl. BGB § 348, BGE 83 II 25.

¹⁹⁷ So BGB § 354, für das OR GIGER, OR 208 N. 12, der nach Fristablauf auch den Schadenersatzanspruch für hinfällig erklärt.

¹⁹⁸ Vgl. etwa P. GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg/Schweiz 1968, p. 207 ff., G./S., Bd. I, N. 1187 ff., für die deutsche Doktrin LARENZ, SchR I, § 26 p. 403 ff., ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 19/III, p. 217 ff., FIKENTSCHEK, § 48/II, p. 242, v. a. LESER, a.a.O., mit eingehender Darstellung der Entwicklung, bes. p. 150 ff. - Die deutsche Rechtsprechung betrachtet die Rückabwicklungsansprüche hingegen noch vorwiegend als modifizierte Bereicherungsansprüche, vgl. BGHZ 5 (1952), p. 337. - Zu den Besonderheiten des österreichischen Rechts vgl. K. HACKL, Dingliche oder obligatorische Wirkung der Vertragsaufhebung bei Irrtum, Rücktritt und Wandlung?, Österr. Juristenzeitung 32 (1977), p. 533 ff.

¹⁹⁹ Die Anwendung des Grundsatzes rechtsgrundabhängiger Fahrnisübereignung würde bei konsequenter Durchführung des Modells der Auflösung ex tunc bedeuten, dass Eigentum automatisch zurückfällt, vindiziert werden kann. Diese Folgerung ist in Doktrin und Praxis mehrheitlich nicht gezogen worden; es herrscht vielmehr die (im Rahmen der «abstrakten» Theorie der Fahrnisübereignung in der Schweiz bis BGE 55 II 302 ff., in Deutschland heute noch sich zwangsläufig einstellende) Auffassung des obligatorischen Rückforderungsanspruchs (vgl. v. T./E., § 73/VII, p. 156, v. BÜREN, Bd. I, p. 380, Anm. 81, G./M./K., p. 227, BECKER, OR 109 N. 2, OSER/SCHÖNENBERGER, OR 109 N. 5, CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, p. 54 f.; BGE 60 II 28, 57 II 323; anders A. SIMONIUS, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, FS Guhl, Zürich 1950, p. 41 ff., bes. p. 53, ihm folgend GIGER, OR 208 N. 8 f.) - auch würde bei Anerkennung der dinglichen Wirkung die Bestimmung über den Eigentumsvorbehalt (ZGB 715) umgangen. Anders sind die Verhältnisse bei Dahinfallen eines Vertrages infolge Willensmängel-Anfechtung, welche einen Zustand herstellt, wie wenn nie ein Vertrag geschlossen worden wäre (vgl. oben § 13/IV/3). Der Rücktritt nach OR 107 und 109 ist mit der Wandelung beim Kauf zu vergleichen; dazu OR/BT, § 4/VI/2/c.

bb) Schadenersatzanspruch (negatives Interesse); OR 109/II

Schliesslich kann der Gläubiger, sofern der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat (d. h., sich nicht exkulpieren kann), gemäss OR 109/II *Ersatz des negativen Interesses* verlangen²⁰⁰; dabei ist, wie beim positiven Interesse, aller nachweislich adäquat kausale Schaden zu ersetzen²⁰¹.

Trotz der Kritik an der Anknüpfung am negativen Interesse in OR 109/II (oben Anm. 200, 201) ist diese Lösung flexibler als jene des BGB, das beim Rücktritt überhaupt keinen Schadenersatzanspruch vorsieht und daher den Vermögensausgleich allein über die Rückabwicklung des Geleisteten erreichen muss²⁰². Im Gegensatz dazu können im OR, wenn der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat, die Ansprüche wegen Sachverschlechterung, Nutzenentgang usw. nicht nur aufgrund von OR 109 Abs. 1, sondern auch Abs. 2 gefordert werden²⁰³: Der Sachwert wird zum blossen Abrechnungsposten.

*b) bei Festhalten am Vertrag**aa) und unter Erbringung der eigenen Leistung*

Gemäss OR 107/II kann der Gläubiger bei Ausbleiben der Leistung nach Ablauf der Nachfrist «auf die nachträgliche Leistung verzichten und ... Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen»²⁰⁴. Damit ist gesagt, dass der Gläubiger trotz Verzichts auf die Vertragsleistung beanspruchen darf, so gestellt zu werden, wie wenn der Schuldner den Vertrag richtig erfüllt hätte (positives Interesse, vgl. oben Ziff. III/2b). Es gelten die allgemeinen Prinzipien von OR 97 ff.,

²⁰⁰ Zum Begriff oben Ziff. III/2a; im weiteren A. SIMONIUS, der (in seiner Abhandlung: Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, ZSR 37 [1918], p. 225 ff., bes. p. 255 ff.) dargelegt hat, dass das negative Interesse lediglich eine bestimmte, von einer besonderen Kausalreihe ausgehende Art der Schadensberechnung darstellt und daher kleiner, grösser oder gleich dem positiven Interesse sein kann (ebenso BGE 61 II 256), womit sich die Absicht des Gesetzgebers, eine Beschränkung des Ersatzanspruchs zu erreichen, in ihr Gegenteil verkehren kann. Das Ergebnis lässt sich gegebenenfalls über OR 43 erreichen.

²⁰¹ In diesem Sinn v. a. ENGEL, p. 496. - Doch stellt der Nachweis des positiven Interesses praktisch oft geringere Anforderungen an den Gläubiger als der des negativen, vgl. dazu BGE 44 II 500 ff., bes. 508 f.

²⁰² LESER kommt in seiner Untersuchung zum Schluss, dass «die einseitige Bevorzugung des Rücktrittsberechtigten letztlich nicht mit dem Rücktritt als einem beschränkten Behelf vereinbar (ist), weil dieser im wesentlichen auf dem *Gleichgewicht* der Pflichten der Partner beruht und sich vom positiven wie vom negativen Interesse in gleicher Weise abhebt» (a.a.O., p. 196 f. und passim). Diese Wertung trifft für das OR nicht zu; auch für das BGB ist sie nicht unbestritten (anders etwa LARENZ, SchR I, § 26, p. 410).

²⁰³ Vgl. auch BGE 60 II 29; die Abgrenzung der Ansprüche aus OR 109/I und 109/II ist fliegend, wie etwa OR 195/I zeigt.

²⁰⁴ Der Text von OR 107/II wird leichter verständlich, wenn man das an falscher Stelle stehende «entweder» wegdenkt; vgl. auch oben Anm. 168.

insbesondere Verschuldenshaftung mit Verschuldenspräsumption und Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners hinsichtlich des Verzugs²⁰⁵.

Massgebender *Zeitpunkt der Schadensberechnung* ist nach Wahl des Gläubigers entweder der Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs oder der Abgabe der Verzichtserklärung²⁰⁶.

Der Verzicht auf die nachträgliche Leistung des Schuldners unter Festhalten am Vertrag im Sinne von OR 107/II berührt die Leistungspflicht des Gläubigers nicht; dieser schuldet daher unerachtet seiner Wahl grundsätzlich seine Leistung²⁰⁷.

bb) jedoch unter Verzicht auf die Erbringung der eigenen Leistung («Differenztheorie»).

Es kann Gründe geben, dass der Gläubiger seinerseits nicht mehr erfüllen will, wenn er nicht das ihm ursprünglich Geschuldete erhält; insbesondere lassen Zweifel an der *Einbringlichkeit* der Schadenersatzforderung es oft als geboten erscheinen, den Vertrag zu liquidieren. Im Regelfall ist die Leistung des Gläubigers, der die Gegenleistung nicht erhält, eine Geldleistung. Diesfalls kann der Gläubiger seine eigene Leistung mit dem Schadenersatzanspruch verrechnen, sodass sich die Frage der Befreiung von der eigenen Leistungspflicht nicht stellt. Hat jedoch ausnahmsweise der Gläubiger seinerseits eine Dienst- oder Sachleistung zu erbringen (Tausch, Gläubiger als Verkäufer bei einem Bar- oder Pränumerando-Kauf usw.), steht dieser Weg nicht offen. Neben dem Vorgehen nach der an sich im Vordergrund stehenden und auch vom Gesetzgeber in OR 107/II ins Auge gefassten *«Austauschtheorie»* (Geltendmachen eines vikariierenden Schadenersatzanspruchs als Surrogat²⁰⁸ für die verspätete schuldnerische Leistung, Erbringung der eigenen Leistung wie vertraglich geschuldet, oben lit. aa) tritt nach heutiger Auffassung jedoch die zusätzliche Möglichkeit des Vorgehens nach der *«Differenztheorie»*: Der Gläubiger stellt seine eigene

²⁰⁵ Herabsetzung seiner Ersatzpflicht bei bloss leichtem Verschulden am Verzug, OR 99/III, 4/I; oben Ziff. III/4; Gehilfenhaftung, OR 101. Trifft den Gläubiger ein Selbstverschulden am Verzug (OR 44), darf er u. U. nicht vom Vertrag Abstand nehmen (oben Ziff. V/3).

Dass die Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners in OR 107 nicht (wie in OR 97 bzw. 103/II, 106/I und 109/II) ausdrücklich erwähnt wird, rührt daher, dass BGB § 326 Vorbild war und im deutschen Recht Verzug ein Verschulden voraussetzt (v. T./E., § 73/VI, p. 154 und Anm. 88). Zur Beweislastverteilung vgl. im übrigen KUMMER, ZGB 8 N. 199, 281-287.

²⁰⁶ v. T./E., § 73/VI, p. 154 nimmt an, dass grundsätzlich auf den letzteren Zeitpunkt abzustellen sei (so auch BECKER, OR 107 N. 41; BGE 45 II 277 f., 288 ff.) und Verzugseintritt nur unter zusätzlichen Voraussetzungen berücksichtigt werden dürfe. Dies steht m. E. in Widerspruch zu OR 103/I; in diesem Sinne auch v. BÜREN, Bd. I, p. 379 Anm. 79, G./S., Bd. II, N. 1805 und die deutsche Rechtsprechung, Nachweis bei PALANDT/HEINRICHS, Komm. BGB, § 326 Anm. 2b. - Ähnlich auch für den (vergleichbaren) Fall nachträglicher Unmöglichkeit v. T./E., § 68/II, p. 102 bei Anm. 57, § 72/VI, p. 143 Anm. 67, v. T./P., § 15/VII, p. 123; dazu auch oben bei Anm. 67.

²⁰⁷ Der Gläubiger kann sie nach OR 82 zurückhalten, bis er den Schadenersatz, der an die Stelle der Vertragsleistung tritt, erhalten hat.

²⁰⁸ Daher bisweilen auch Surrogationstheorie genannt.

Leistung bloss wertmässig in Rechnung, bringt diese mit der Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung zur Verrechnung und macht klageweise nur die Differenz geltend²⁰⁹. Das Vorgehen nach der Differenztheorie, welche die bei Verzicht auf nachträgliche Geldleistung mögliche Verrechenbarkeit auch auf die übrigen Fälle ausdehnt, ist in der Schweiz heute weitgehend anerkannt²¹⁰; ähnlich die Rechtslage in Deutschland²¹¹. Die Anwendung der Differenztheorie wird durch den Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen und entspricht der Billigkeit: Kann der Gläubiger schon nicht die ihm zustehende Leistung erlangen, soll er auch nicht zur Erfüllung des Vertrags in ursprünglicher Form gehalten sein^{211a, 212}.

Der Anwendungsbereich der Differenztheorie wird nur dadurch eingeschränkt, dass man dem auf die nachträgliche Leistung verzichtenden Gläubiger zwar die rechnerische Umwandlung seiner noch nicht erbrachten Leistung in eine Geldleistung, nicht jedoch im Falle einer Sachleistung die Rückforderung des bereits

²⁰⁹ Beispiel: Tausch Personenwagen-Motorrad: Schätzwert des Wagens des A 4000, des Motorrads des B 5000. Gemäss Austauschtheorie kann A bei Verzug des B nur gegen Hingabe des eigenen Wagens 5000 verlangen; will er diesen behalten oder ist ihm das Solvenzrisiko zu hoch, bleibt er auf den Rücktritt und das (oft geringere und schwieriger nachzuweisende) negative Interesse angewiesen. Nach der Differenztheorie kann A seinen Wagen behalten und trotzdem gegenüber B den Vorteil, den ihm das Geschäft gebracht hätte (i. c. 1000 sowie allfällig weiteren Schaden), geltend machen.

²¹⁰ In der Schweiz haben sich schon früh für Zulassung der Differenztheorie ausgesprochen H. WIEMKEN, (mit ausführlicher Übersicht über Entwicklung und damaligen Stand der Auseinandersetzung), p. 114 ff., insbes. p. 128 ff.; GUHL, p. 144 ff.; LEMP, p. 44 ff., insbes. p. 58, *dagegen* vor allem v. TUHR (vgl. v. T./E., § 68/III/6, p. 105, § 73/VI, p. 155 Anm. 91b; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 107 N. 23; KELLER (zit. oben Anm. 52), bes. p. 184; differenzierend BECKER, OR 97 N. 51. Die neuere Literatur spricht sich mehrheitlich *zugunsten* der Differenztheorie aus, vgl. v. BÜREN, Bd. I, p. 377; ENGEL, p. 494 und dort zit.; G./M./K., p. 226; GIGER, OR 191 N. 19 und dort zit.; G./S., Bd. II, N. 1820. CAVIN, SPR VII/I, behauptet, die herrschende Lehre stehe auf seiten der Austauschtheorie (p. 57 Anm. 11); er selbst befürwortet nachdrücklich die Differenzmethode (p. 58, weitere Befürworter ebenda, p. 57 Anm. 12). Die Haltung des BGer ist noch nicht unmissverständlich zum Ausdruck gekommen, doch darf man wohl die Zulässigkeit der Differenzmethode aus BGE 65 II 171 ff. entnehmen (so OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, Nr. 59, p. 150). Eindeutig *dafür* sind kantonale Gerichte, vgl. ZR 36/190; 40/92, p. 241; SJZ 51 (1955), p. 74; 53 (1957), p. 327; 58 (1962), p. 306; ZBJV 79 (1943), p. 269; Rep. 94 (1961), p. 100.

²¹¹ Nachweise bei LESER, p. 122 ff., LARENZ, SchR I, § 22/II/b, p. 341; RGZ 50, 262, BGHZ 20, 343.

^{211a} Der heutige Zustand ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. Gegenüber dem Grundsatz der Vertragstreue setzte sich die Einsicht der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung nur langsam durch; der im französischen CC gewährte *Rücktritt* war ein erster, entscheidender Schritt. Das aOR blieb indessen nicht beim Modell der Vertragsauflösung «ex tunc» stehen (das für das Erfüllungsinteresse an sich keinen Raum lässt und höchstens Grundlage für den Anspruch auf negatives Interesse bildet), sondern statuierte in Art. 124 eine Schadenersatzpflicht.

²¹² Vgl. oben bei Anm. 139 und im übrigen zur Entwicklungsgeschichte der Differenztheorie die *Vorauflage* («Exkurs», p. 334-336).

Geleisteten gestattet; dies ist jener Bereich, wo dem Rücktritt neben der Differenzmethode noch eine eigenständige Funktion zukommt^{213,214}.

Eine ausführliche Schadensberechnung unter Anwendung der Differenztheorie findet sich in BGE 40 II 133 ff.

8. Exkurs: Teilverzug²¹⁵; Verzug und Unmöglichkeit im Sukzessivlieferungs- und im Dauervertrag

a) Hat der Gläubiger eine *Teilleistung*²¹⁶ angenommen (vgl. OR 69) und kommt der Schuldner mit dem Rest in Verzug (OR 102 ff.), kann jener für den fälligen Rest nach OR 107-109 vorgehen. Grundsätzlich lassen diese Rechtsbehelfe den schon erfüllten Teil des Vertrages unberührt. Ist jedoch blosser Teilleistung für den Gläubiger ohne Interesse, so kann er, durch entsprechende Erklärung, den Verzicht auf nachträgliche Erfüllung (OR 107/II) auf die *gesamte* Leistung des Schuldners erstrecken und nach der Austausch- oder (auch wenn er selbst schon geleistet hat) nach der Differenztheorie vorgehen oder vom Vertrag zurücktreten unter Rückgewährung der empfangenen Teilleistung nach Rücktrittsregeln²¹⁷; letzteres unabhängig vom Verschulden des Schuldners am Verzug²¹⁸.

b) Im *Sukzessivlieferungsvertrag*²¹⁹, der sich von der Teilleistung durch eigene Fälligkeit jeder einzelnen Rate unterscheidet, lassen sich die Verzugsregeln von OR 107-109

²¹³ Falls nicht, wie gerade im wichtigen Fall des Verkäufers, auch der gesetzliche Rücktritt gemäss OR 109 ausgeschlossen ist (vgl. OR 214/III. - Zur Rückforderung der eigenen Leistung bei Rücktritt vom Vertrag vgl. oben lit. a).

²¹⁴ Zur Kritik an dieser Einschränkung der Differenztheorie vgl. LESER, p. 144 f. m. w. H. - Nach aOR war Rückforderung des Geleisteten zuzüglich Ersatz des positiven Interesses möglich (vgl. Voraufgabe, p. 335 Anm. 170); aber auch im geltenden OR steht dieser Weg offen, falls der Einzelfall dies erfordert, vgl. etwa OR 238.

²¹⁵ Vgl. zum Teilverzug v. T./E., § 73/VIII, p. 158 und dort zit., LESER, p. 134 ff.; BGB § 326/I, S. 3.

²¹⁶ Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertverminderung zerlegbar ist. Massgeblich sind letztlich Vertragszweck und Interessenlage, nicht Teilbarkeit im technischen Sinn, vgl. ESSER/SCHMIDT, SchR I/2, § 38/II, p. 269 f., BECKER, OR 107 N. 46; als Anwendungsfall BGE 75 II 137 ff., 9 II 351 f.

²¹⁷ Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger die Teilleistung nicht als solche angenommen hat oder nach Vertragsinhalt die Leistung als unteilbar zu gelten hat, zu letzterem BGE 91 II 351 f.; Verzug mit Nachbesserungspflicht.

²¹⁸ BECKER empfiehlt, für den Verzicht auf die Gesamtleistung bei blosser Teilverzug die Kriterien von OR 209 (Wandelung bei einer Mehrheit von Kaufsachen) analog anzuwenden (Komm. OR 107 N. 46); auch die Anwendung dieser Bestimmung ist verschuldensunabhängig.

²¹⁹ *Literatur*: v. T./E., § 73/VIII, p. 158 ff., CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, p. 172 ff., BECKER, OR 107 N. 47 ff., v. BÜREN, Bd. I, p. 380 f., 467 f., G./M./K., p. 310, LARENZ, SchR I, § 24/I, p. 370, ESSER/SCHMIDT, SchR I/2, p. 67, 88, 109.

grundsätzlich nur auf die jeweils fällige Rate anwenden²²⁰. Trotzdem wird der Vertrag als Einheit betrachtet, was folgende Auswirkungen zeitigt:

- Ein Kontrahent hat (selbst bei Vorleistungspflicht) die Einrede des nichterfüllten Vertrages (OR 82), wenn sein Partner zwar die unmittelbar fällige Rate geleistet hat, jedoch mit früher verfallenen säumig ist. Diese Ausdehnung des Schutzgedankens von OR 82 ist in der Schweiz wie in Deutschland anerkannt²²¹.
- Lässt das Verhalten des Schuldners befürchten, dass er nicht nur die verfallene(n) Rate(n), sondern auch den erst künftig fälligen Rest nicht oder nicht vertragskonform erbringen wird, so stellt dies eine so gravierende Gefährdung des Vertragszweckes dar, dass der Gläubiger nicht nur bezüglich der fälligen Rate(n), sondern bezüglich des Vertrages als Ganzem gemäss OR 107-109 vorgehen darf²²², wenigstens was den noch nicht abgewickelten Teil anbelangt. Will der Gläubiger auf die Weiterführung des gesamten Vertrages verzichten, so erfordern Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, dass er dies dem Schuldner zusammen mit der Nachfristansetzung für die fällige(n) Rate(n) androht²²³. Diese Verzichtserklärung lässt in der Regel den schon abgewickelten Teil des Vertrages unberührt²²⁴; der Sukzessivlieferungsvertrag wird in dieser Hinsicht wie ein Dauerschuldverhältnis behandelt²²⁵.

c) Im *Dauerschuldverhältnis*²²⁶ hat die Erfüllungshandlung nicht punktuell zu erfolgen; man kann von einer «ständigen Pflichtanspannung» des Schuldners der

²²⁰ Besonderes gilt für den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, OR 226a-m, OR 227a-i.

²²¹ Vgl. BGE 103 II 204 ff., 84 II 150 und dort zit. und die Literatur in Anm. 219; weitere Anwendungsfälle bei BECKER, OR 82 N. 15, 18.

²²² STAUB (zit. oben Anm. 32), p. 18 ff., nimmt zur Begründung eine besondere Kategorie positiver Vertragsverletzung an. Wenn man den Sukzessivlieferungsvertrag als Ganzes betrachtet, ist dieser Umweg nicht nötig. Vgl. dazu auch v. T./E., § 73/VIII p. 159, BGE 69 II 244.

²²³ So auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung, Nachweise bei LARENZ, SchR I, § 24/I, p. 370. Strenger noch BGE 45 II 61 f., der den Rücktritt vom ganzen Vertrag nur erlaubt, wenn die Voraussetzungen von OR 108 gegeben sind.

²²⁴ Anders, wenn für den Gläubiger Teilerfüllung des Sukzessivlieferungsvertrags ohne Interesse ist; diesfalls kann er, wie beim Teilverzug, vom ganzen Vertrag zurücktreten. Zur Rückforderung einer in Erwartung korrekter Vertragserfüllung erbrachten Vorleistung vgl. unten bei Anm. 234.

²²⁵ Dazu lit. c. Daher lässt sich der Sukzessivlieferungsvertrag (und damit seine wichtigsten Anwendungsfälle wie Kauf auf Abruf, Alleinvertretungs- oder Alleinverkaufsvertrag, vgl. CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, p. 172 ff.), wenigstens was die (vorzeitige) Beendigung des gesamten Vertrages betrifft, den Dauerverträgen zuordnen.

²²⁶ Zu den Dauerverträgen und deren Beendigung vgl. P. GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Fribourg 1968, LARENZ, SchR I, § 2/VI, p. 29 ff., § 26, p. 403 ff., ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 15/II, p. 161 ff., 222 ff., FIKENTSCHER, § 8/7c, p. 32 f., O. v. GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, Jher. Jb. 64 (1914), p. 355 ff., F. GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Jher. Jb. 76 (1926), p. 317 ff., G. WIESE, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, FS Nipperdey I, München/Berlin 1965, p. 837 ff.

typischen Leistung²²⁷ sprechen²²⁸. Die einzelnen Erfüllungshandlungen sind beim Dauerschuldverhältnis im Gegensatz zum «punktuellen» Vertrag nicht auf Tilgung einzelner Leistungspflichten, auf «Abwicklung», «Erledigung» des Vertrages gerichtet; viel eher ist die Erfüllung Voraussetzung des Weiterbestehens der Vertragsbeziehung. Hat eine Partei in einem Dauerschuldverhältnis Verzug oder sonstige Vertragsverletzung (Schlechtleistung, Unmöglichkeit) zu vertreten, so gelten, Sondervorschriften vorbehalten²²⁹, die Bestimmungen von OR 97 ff. und 107-109 analog: Der Gläubiger hat bei noch möglicher Leistung nach wie vor Anspruch auf Erfüllung zuzüglich volle Schadloshaltung; er kann aber auch, solange vertragliche Besonderheiten nicht entgegenstehen, nach der Austausch- oder der Differenzmethode vorgehen oder vom Vertrag «zurücktreten». Diese Rechte werden für den Gläubiger vor allem auch bedeutsam, wenn ihm aufgrund fortgesetzter positiver Vertragsverletzung ein Festhalten am Vertrag *nicht mehr zugemutet* werden kann.

d) Unabhängig von den genannten Fällen der Vertragsverletzung hat der Gesetzgeber für einzelne Dauerverträge ein *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* vorgesehen²³⁰; Doktrin und Praxis haben es, als Entsprechung zu den auf einfache Verträge zugeschnittenen Befugnissen von OR 107-109, zu einem *allgemeinen Lösungsrecht* bei Dauerschuldverhältnissen entwickelt²³¹.

In den genannten Fällen spricht man von *Kündigung*, um diese Vertragsauflösung von der ex-tunc-Wirkung des Rücktritts abzugrenzen; die Kündigung wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft und lässt den schon abgewickelten Teil des Dauervertrages (inklusive evtl. daraus entstandener Ansprüche) unberührt. Von der Besonderheit des in Frage stehenden Dauerschuldverhältnisses hängt es ab, ob der Gläubiger bei vorzeitiger Kündigung die Wahl hat zwischen Austausch- und Differenztheorie

²²⁷ Die auch in einem Unterlassen bestehen kann (z. B. Konkurrenzverbot), vgl. v. T./E., § 73/ VIII, p. 160.

²²⁸ So ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 15/II, p. 162. Daher ist für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis nicht so sehr der (gesetzliche) Typus massgebend, sondern die tatsächliche Ausgestaltung; die Übergänge vom einfachen zum Dauerauftrag können fließend sein (vgl. die Begriffspaare Kauf-Sukzessivlieferungskauf, Auftrag-Dauerauftrag wie Bankverbindung oder Beratervertrag).

²²⁹ Vgl. etwa die Konkretisierung und Änderung der Regel von OR 107 für Miete/Pacht (OR 265, 293): Gesetzliche Fixierung einer minimalen Nachfrist; Einschränkung des Wahlrechts durch Erfordernis der Auflösungsandrohung.

²³⁰ Arbeitsvertrag (OR 337, früher OR 352, aOR 346), einfache Gesellschaft (OR 545/II, aOR 547); vgl. im weiteren OR 269, 291 (Miete/Pacht), OR 418r (Agenturvertrag), OR 527 (Verpfändung). - Zum «wichtigen Grund» als ausserordentlichem Behelf der Vertragsauflösung vgl. H. ROGGWILLER, Der wichtige Grund und seine Anwendung im ZGB und OR, Diss. Zürich 1956, GAUCH, a.a.O., p. 173 ff m. w. Hinw.; zum Rechtsbegriff als solchem die Literatur zu ZGB 4.

²³¹ Der wichtige Grund als Auflösungsbehelf muss hauptsächlich dann herangezogen werden, wenn einer Partei eines (befristeten oder unbefristeten) Dauervertrages nur mit sofortiger, bei weniger gravierender Verletzung kurzfristiger (d. h. allfällig vereinbarte Fristen unterschreitender) Vertragsauflösung geholfen werden kann, gesetzliche Beispiele etwa in OR 337, 255.

bzw. dem negativen Interesse (OR 109 analog); dies muss von Fall zu Fall entschieden werden²³².

Ausnahmsweise wird ein teilweise erfüllter Dauervertrag rückwirkend aufgelöst, wenn für den Gläubiger blosser Teilvollzug ohne Interesse ist²³³ oder auch, wenn der Gläubiger in Erwartung einer glatten Abwicklung des Geschäfts eine *Vorleistung* erbracht hat; diese kann er, falls der Vertrag vorzeitig aufgelöst wird, nach den Rücktritts-Regeln zurückfordern²³⁴.

²³² Für die Dauerverträge des Besonderen Teils vgl. GAUCH, a.a.O., p. 131 ff., im weiteren LEMP, a.a.O.; zur Auflösung des Sukzessivlieferungs- und Alleinvertriebsvertrages aus wichtigem Grund: CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, p. 172 ff.

²³³ Vgl. dazu den verwandten Fall des Interessewegfalls beim Teilverzug (oben lit. a) und Sukzessivlieferungsvertrag (oben lit. b).

²³⁴ Vgl. LARENZ, SchR I, § 26, p. 416 f., ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 20/III, p. 228. *Beispiel* (nach v. T./E., § 73/VIII, p. 160): Brauerei schliesst mit Wirt Bierlieferungsvertrag und lässt dessen Lokal auf ihre Kosten ausbauen; Wirt wird nach anfänglich anstandsloser Vertragserfüllung vertragsbrüchig.