

Fall 1

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

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

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

Lösungsvorschlag 1

Was sagen Sie ihm?

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

Welche Optionen hat Kurt?

Mit der Aufforderung, Zug um Zug zu leisten, hat Kurt eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR ausgesprochen. Möglich wäre die Konstruktion des Schuldnerverzugs auch über die Annahmeverweigerung – mit analoger Anwendung der Art. 102 ff. OR.¹ Viktor befindet sich jetzt im Verzug.

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

Er kann aber auch eine Nachfrist zur Erfüllung setzen, um die Wahlrechte ausüben zu können (Art. 107 Abs. 1 OR). Nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist hat er folgende Optionen: Kurt kann, wie er es schon vor der Nachfristsetzung konnte, die Erfüllung (also die Lieferung des VW Käfers) plus Verspätungsschaden wählen (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR: „*Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.*“). Der Verspätungsschaden besteht vorliegend in den Kosten für den Ersatzwagen, den er mieten musste. Es ist aber auch möglich, den entgangenen Gewinn von Fr. 2'000 aus

¹ BGE 110 II 148 E. 1a: «*On peut relever encore que CAVIN (...), d'une façon toute générale et indépendamment du problème de l'obligation alternative et de la spécification, considère que le refus de l'acheteur d'accepter une livraison régulièrement offerte est une demeure du créancier et que le vendeur n'a pas de choix entre les règles sur la demeure du créancier et celles sur la demeure du débiteur. Cependant lorsque le refus d'accepter la chose ou d'accomplir les actes préparatoires - comme de passer commande par exemple - est lié au refus de payer le prix, il y a demeure de l'acheteur, débiteur du prix, avec les effets visés aux art. 103 à 109 CO. Quant à la jurisprudence, elle considère que lorsque l'acheteur se dérobe à un acte qui lui incombe pour permettre au vendeur d'exécuter son obligation, il se trouve non seulement en demeure de prendre livraison, mais se rend coupable d'un refus de payer. Dans ces conditions, les dispositions sur la demeure du débiteur sont applicables (ATF 59 II 307 /308; ATF 49 II 32 consid. 2; ATF 48 II 106 consid. 6). Et, plus particulièrement dans le cas de la vente avec droit de spécification, le Tribunal fédéral, dans un arrêt unique et ancien, a posé que l'acheteur qui n'accomplit pas l'acte préparatoire que constitue la spécification se trouve dans une situation de demeure du créancier prévue à l'art. 91 CO et qu'alors le droit de spécification doit passer au vendeur, débiteur de la livraison, étant donné le peu d'utilité et de praticabilité d'une action en accomplissement de la spécification (ATF 42 II 225).*»

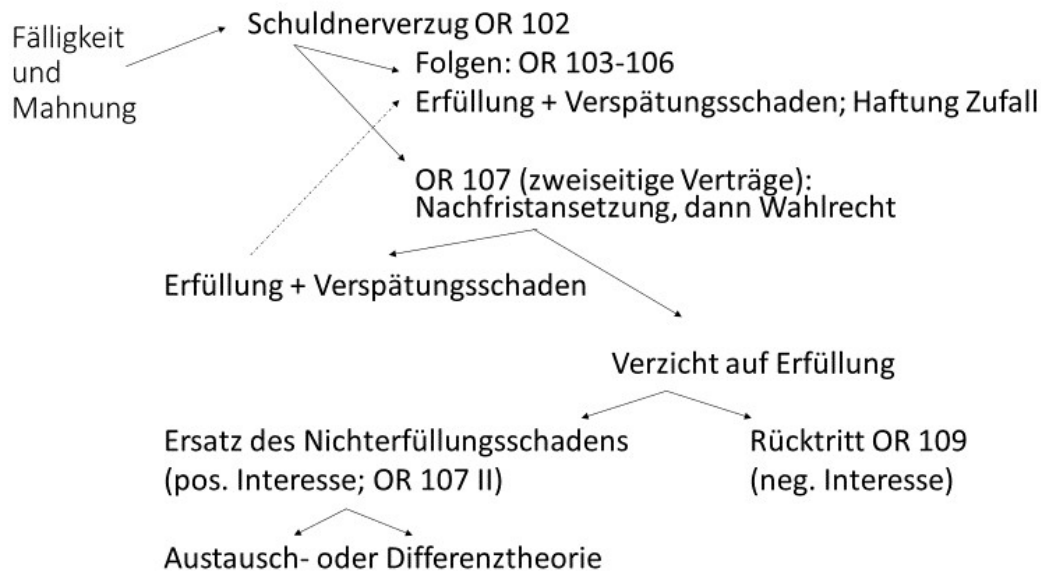
dem nicht mehr möglichen Weiterverkauf des VW Käfer über den Verspätungsschaden hereinzuholen.²

Wenn er den erwähnten Gewinn gänzlich als Schadenersatz (und nicht als Erfüllung und Verspätungsschaden wie vorhin) will, könnte er auf die Leistung verzichten. Er muss dafür *sofort* nach Ablauf der Frist eine Erklärung abgeben (Art. 107 Abs. 2 OR): „*Viktor, ich will den Käfer nicht mehr.*“ Sodann hat er das Wahlrecht zwischen positivem und negativem Interesse. Wenn er das pos. Interesse („*Ich will so gestellt sein, wie wenn Du richtig erfüllt hättest.*“) wählt, dann sagt er: „*Ich will Fr. 12'000, bezahle aber den Kaufpreis von Fr. 10'000.*“³ Das ist die Lösung gemäss Austauschtheorie, bei der man die eigene Leistung *in natura* noch erbringen muss. Oder er zieht den Wert seiner Leistung ab, also den Wert der Kaufpreiszahlung in der Höhe von Fr. 10'000, und verlangt direkt nur den entgangenen Gewinn (Differenztheorie). Sofort ist ersichtlich, dass die Resultate nach Differenz- und Austauschtheorie im Ergebnis identisch sind und dass man die Forderungen und Gegenforderungen gemäss Art. 120 OR verrechnen könnte. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger thematisieren dies in N 2780: *„Die Theorien führen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn die Gläubigerin eine Sach- oder Arbeitsleistung schuldet, die sie bei Anwendung der Austauschtheorie tatsächlich erbringen müsste. Schuldet die Gläubigerin eine Geldleistung, so führen beide Theorien zum selben Ergebnis: Nach der Austauschtheorie stehen sich die ursprüngliche Geldforderung des säumigen Schuldners und die Schadenersatzforderung der Gläubigerin zur Verrechnung gegenüber (Nr. 3217 f.). Nach der Differenztheorie wird die Geldforderung des Schuldners von der Schadenersatzforderung abgezogen, der Gläubigerin steht der Restbetrag zu.“*

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

² BK-Weber, OR 103 N 31: „*Der Gläubiger vermag den entgangenen Gewinn, den er bei rechtzeitiger Leistung erzielt hätte, als Verspätungsschaden gegenüber dem Schuldner geltend zu machen (ZWR 1994 180, 182; OR-Wiegand N 6; Becker N 14; Guhl/Merz/Koller 234; Bucher, OR AT, 360 Anm. 125; Gauch/Schlupe/Rey N 2987; von Büren 369; Engel, Traité, 691 f; Keller I 269; Larenz, Schuldrecht I, 353; Staudinger/Löwisch, § 286 N 19 ff.)*“ und N 32: „*Beispiele: Produktionsrestriktionen wegen verspäteter Lieferung einer Maschine und daraus folgende Beeinträchtigung des Gewinnertrages (von Büren 369; Gauch, Werkvertrag, N 665); Verlust von Kunden, die bei Rechtzeitigkeit gewinnbringende Geschäfte abgeschlossen hätten, wegen verspäteter Lieferung (von Büren 369); verminderte Mieteinnahmen wegen verspäteter Fertigstellung eines Bauwerks (Gauch, Werkvertrag, N 665) oder zeitweises Leerstehen der Wohnung nach vorzeitiger Vertragsauflösung (ZR 1953 Nr. 39); Einkommensausfall des Taxihalters wegen verspäteter Autoreparatur (Schenker N 274; Esser/Schmidt, Tb. 2, 111 Anm. 63); entgangener Gewinn, der bei rechtzeitiger Lieferung einer Sache aus deren Wiederverkauf gezogen worden wäre (Schwenzer, N 66.03).*“; ZWR 1994 180 ff., 182: „*Aux termes de l'art. 106 CO, lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (al. 1). Si ce dommage supplémentaire peut être évalué à l'avance, le juge a la faculté d'en déterminer le montant en prononçant sur le fond (al. 2). Le dommage supplémentaire, au sens de cette disposition, correspond à l'intérêt que l'exécution de l'obligation en temps utile pouvait représenter pour le créancier et résulte aussi bien d'une perte subie (damnum emergens) que d'un gain manqué (lucrum cessans) (...).*“

³ Das positive Interesse beschreibt BK-Weber, OR 107 N 166, wie folgt: „*Als Folge des Verzichts auf die Leistungserbringung ist vom Schuldner das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen, das sich inhaltlich aus dem Ersatz des Leistungswertes und des Verspätungsschadens (Schaden, der seine Ursache in der pflichtwidrigen Verspätung hat, selbst wenn nicht real erfüllt wird) zusammensetzt (Gauch/Schlupe/Rey N 3056; Schenker, Schadensberechnung, 39). Das positive Vertragsinteresse entspricht wertmässig der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, wie er bestünde, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, und dem tatsächlichen Vermögensstand infolge der zeitlichen Leistungsstörung (...).*“



20

Fall 2

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

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

Lösungsvorschlag 2

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

Er kann auch, wenn er es sofort erklärt, auf die Erfüllung verzichten: „Viktor, ich will den Käfer nicht mehr.“ Sodann hat er das Wahlrecht zwischen pos./neg. Interesse. Wenn er das pos. Interesse wählt, dann sagt er: „Ich will Fr. 12'000 und habe den Kaufpreis von Fr. 10'000 schon bezahlt.“ (Austauschtheorie). Die Differenztheorie steht ihm nicht mehr offen, weil er schon erfüllt hat – er kann nicht mehr einfach seine Leistung (die Bezahlung des Kaufpreises) abziehen.⁴

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

Fall 3

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

⁴ Vgl. BK-Weber, OR 107 N 194: „Die zwischenzeitlich herrschende Rechtsprechung und Lehre lässt die Differenztheorie, deren gesetzliche Nichtberücksichtigung wohl auf ein Versehen zurückzuführen ist (vgl. die Nachweise bei Bucher, OR AT, 1. Aufl. 335 Anm. 171; Biedermann 126, 145 f; BBl 1909 III 736), aber nur zur Anwendung kommen, wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat.“

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

Lösungsvorschlag 3

Aufgrund der kaufrechtlichen Sonderregel in Art. 214 Abs. 1 OR ist eine Nachfrist nicht notwendig: *„Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Verträge zurückzutreten.“* Die Lehre versteht den Rücktritt hier untechnisch im Sinne des Verzichts auf die Leistung.⁵ Viktor kann also nicht nur zurücktreten, sondern verfügt über alle Wahlrechte:

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

In Ergänzung zu dieser Lösung kommt noch die Schadenersatzbestimmung in Art. 215 OR zu Hilfe. Viktor kann den VW Käfer auch einer anderen Person verkaufen und als Schaden den geringeren Erlös aus diesem Selbsthilfeverkauf geltend machen, denn Art. 215 Abs. 1 OR (*«Kommt der Käufer im kaufmännischen Verkehr seiner Zahlungspflicht nicht nach, so hat der Verkäufer das Recht, seinen Schaden nach der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preise zu berechnen, um den er die Sache in guten Treuen weiter verkauft hat.»*) ist entgegen seines Wortlauts auch im bürgerlichen Kauf anwendbar,⁶ zumindest so lange, wie der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat.⁷ Sogar die abstrakte Schadensberechnung gemäss Art. 215 Abs. 2 OR (*«Bei Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, kann er ohne einen solchen Verkauf die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Markt- und Börsenpreis zur Erfüllungszeit als Schadenersatz verlangen.»*) stünde Viktor auch im bürgerlichen Verkehr⁸ offen (strittig), sofern es einen Markt- oder Börsenpreis für gebrauchte VW

⁵ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 214 N 2: *„Bar- und Praenumerandokauf. Hier kann der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers «ohne weiteres» vom Verträge zurücktreten. Eine Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 ist nicht vorausgesetzt. Der Verkäufer wird insoweit gegenüber der allgemeinen Regelung begünstigt. Abgesehen hiervon entspricht Art. 214 (Abs. 1/2) dem Art. 107: Einmal muss der Verkäufer dem Käufer «sofort» («unverzüglich» i.S.v. Art. 107 Abs. 2) Mitteilung machen, wenn er auf dessen Leistung verzichten will. Zum andern entspricht das «Rücktrittsrecht» von Art. 214 Abs. 1 inhaltlich dem Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 (Merz Th., 71, 96). Der Verkäufer, der auf die Leistung des Käufers verzichten will, kann somit – bei Verschulden des Käufers – den Vertrag auflösen, die eigene Leistung zurückbehalten (Rücktritt im technischen Sinn) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 109 Abs. 2; BGE 90 II 294); oder er kann am Vertrag festhalten, die eigene Leistung erbringen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (Austauschtheorie; BGer, SJ 1987, 607 f. E. 2b; ZBJV 1913, 285, 295 mit eingehender Begründung; BK-Giger, N 42).“*

⁶ BSK OR I-Koller, Art. 215 N 13.

⁷ Vgl. FN 4.

⁸ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 215 N 18: *«Abs. 2 knüpft eng an Abs. 1 an. Er sieht – für den kaufmännischen Verkehr – die gleiche Schadensberechnung vor, mit dem Unterschied, dass an die Stelle des Preises aus einem Weiterverkauf der Preis tritt, den der Verkäufer bei Vornahme eines Deckungsverkaufs hätte erzielen können. Der Verkäufer kann somit, ohne dass er einen Deckungsverkauf vornimmt, die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem (tieferen) Preis eines hypothetischen Deckungsverkaufs einverlangen. Dies allerdings nur dann, wenn für den Weiterverkauf ein Markt besteht, also zu Marktpreisen (der Börsenpreis ist nur eine Unterart davon) verkauft werden könnte. Damit wird sichergestellt, dass der Käufer nicht mehr*

Käfer gibt. Er könnte dann sagen: *«Ich will die Differenz zwischen dem verabredeten Kaufpreis und dem im Erfüllungszeitpunkt geltenden Markt und Börsenpreis.»*

Viktor muss das negative Interesse wählen (Art. 109 Abs. 2 OR: *„Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.“*), wenn er den entgangenen Gewinn aus dem Geschäft mit dem Dritten Daniel will.⁹ Er will dann so gestellt sein, wie wenn er den Vertrag mit Kurt nie geschlossen hätte. Dann aber hätte er den VW Käfer mit Fr. 3'000 Gewinn dem Dritten Daniel verkauft – wenn er schon beim Verkauf an Kurt für Fr. 10'000 einen Gewinn von Fr. 1'000 erzielt hätte, dann bedeutet dies, dass der VW Käfer für ihn einen Wert von Fr. 9'000 aufwies.

Fall 4

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

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

Lösungsvorschlag 4

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

In der Lehre heisst es, der Verkäufer sei ohne Rücktrittsvorbehalt auf die Wahl der Erfüllung plus Verspätungsschaden eingeschränkt: *„Beim Kreditkauf (...) kann der Verkäufer (ohne entsprechenden Vorbehalt, N 7) nach Übergabe der Kaufsache nicht mehr wegen Zahlungsverzugs zurücktreten (...). Er ist darauf beschränkt, den Kaufpreis zu betreiben und Schadenersatz wegen Verzugs zu fordern (Art. 104 ff.). Damit tritt insb. gegenüber dem insolventen Käufer eine für den Verkäufer unbefriedigende Lage ein. Die Regelung des Abs. 3 zielt auf die Vermeidung der komplizierten Rückabwicklung nach erfolgter Ingebrauchnahme, vor allem aber nach Weiterveräusserung durch den Käufer, die dieser – wenn er noch mit einem Rücktritt rechnen müsste – aufzuschieben hätte (...).“*¹⁰ Gemäss Huguenin kann Viktor dennoch auf die Leistung Kurts verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse, nicht aber den Rücktritt verlangen: *„Die übrigen Rechtsbehelfe von Art. 107 Abs. 2 OR stehen der Verkäuferin jedoch nach wie vor offen. Macht die Verkäuferin Schadenersatz wegen Nichter-*

bezahlen muss, als wenn tatsächlich ein Weiterverkauf – «in guten Treuen» – stattgefunden hätte. Dem Käufer kann es daher – jedenfalls i.d.R. (N 21) – gleichgültig sein, ob der Verkäufer seinen Schaden nach Abs. 1 oder 2 berechnet, und dies unabhängig davon, ob kaufmännischer Verkehr vorliegt oder nicht (KUKO OR-Stark, N 8; a.A. von Büren, BT, 58). In beiden Fällen kann demzufolge Abs. 2 angewendet werden (so i.E. auch Lemp, 192). Es erübrigt sich damit, den kaufmännischen Verkehr näher zu umschreiben. Folgt man dieser Ansicht nicht, sollte bei der Definition des kaufmännischen Verkehrs – anders als nach Art. 191 – nicht darauf abgestellt werden, ob der Käufer den Kaufvertrag zwecks Weiterverkaufs der Kaufsache abgeschlossen hat (vgl. BK-Giger, N 55 und o. N 13; a.A. BGE 65 II 171, 173 = Pra 1940, 58).»

⁹ BK-Weber, OR 109 N 95: *«Nicht zu erstatten ist der Gewinn, den der Gläubiger aus dem dahingefallenen Vertrag hätte ziehen können (...). Zu ersetzen ist aber der entgangene Gewinn aus einem potentiellen im Vertrauen auf den dahingefallenen Vertrag nicht abgeschlossenen Vertrag (...). Die Wahrscheinlichkeit des Vertragsabschlusses mit einem Dritten muss vom Gläubiger aber dargetan werden (...).»*

¹⁰ KUKO-Stark, OR 214 N 5.

füllung geltend, so hat sie nach Massgabe der Austauschtheorie zu verfahren: Sie kann die Sache nicht zurückverlangen, sondern nur Geldersatz für ihren Erfüllungsanspruch geltend machen (...). Die Wirkung ist im Wesentlichen dieselbe, wie wenn die Verkäuferin «auf Erfüllung beharrt und den Käufer nach Art. 103/106 [OR] auf Ersatz des Verspätungsschadens belangt.»¹¹

Viktor muss also sagen: „Kurt, ich verzichte auf Deine Leistung. Ich will das positive Interesse! Ich will Fr. 10'000 als Schadenersatz. Da ich den Wagen bereits geliefert habe, kann ich nur die Austauschtheorie wählen.“ Das sieht gleich aus wie die Erfüllung, doch ist der Kaufpreis hier als Schadenersatz geschuldet. Der Rücktritt steht ihm aufgrund des Art. 214 Abs. 3 OR nicht offen, es sei denn, er hätte einen entsprechenden Vorbehalt gemacht. Zu den Optionen mit Rücktrittsvorbehalt siehe das nachfolgende Beispiel Nr. 5.

Sachverhalt 5

Viktor verkauft am 20. August 2018 dem Kurt einen Hubstapler zum Gebrauch im Warenlager zum Preis von Fr. 100'000, lieferbar am 31. August 2018, zahlbar innert 30 Tagen ab Lieferung. Sie vereinbaren einen Eigentumsvorbehalt im Sinne von Art. 715 ZGB, lassen diesen aber nicht im Eigentumsvorbehaltregister eintragen. Am 31. August ist weit und breit kein Hubstapler in Sicht.

Wie kann Kurt vorgehen? Wie kann Kurt vorgehen, wenn der Kauf des Hubstaplers zum erkennbaren Weiterverkauf erfolgt (Variante I)? Wie kann Viktor vorgehen, wenn er den Hubstapler liefert, Kurt aber die Rechnung nicht wie vereinbart innert 30 Tagen nach Lieferung bezahlt (Variante II)?

Lösungsvorschlag 5

Der Verkauf an Kurt erfolgt nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Verwendung im Warenlager. Somit ist das Vorliegen kaufmännischen Verkehrs im Sinne des Art. 190 Abs. 1 OR nicht einschlägig (strittig);¹² anwendbar sind die gewöhnlichen Verzugsregeln in Art. 102 ff. OR. Kurt befindet sich im Verzug, auch ohne Mahnung, weil ein Liefertermin besteht (Art. 102 Abs. 2 OR). Muss Viktor eine Nachfrist setzen? Nur beim relativen Fixgeschäft ist dies nicht nötig (Art. 108 Ziff. 3 OR), doch sagt der Termin noch nichts über das Vorliegen eines Fixgeschäfts aus. Die Lieferung hätte exakt am 31. August 2018 erfolgen müssen. Es stellt sich die Frage, ob er dafür eine Nachfrist setzen muss. Der genaue Termin alleine macht das Geschäft noch nicht zum *relativen Fixgeschäft* gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR. Nur wenn der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist, liegt wirklich ein Anwendungsfall von Art. 108 Ziff. 3 OR vor.¹³ Dass sich das hier so verhält, ist wenig

¹¹ Huguenin, OR, N 2542.

¹² Huguenin, N 2382: «Unbestritten ist, dass kaufmännisch erworbene Gegenstände in der Regel weiterverkauft werden. Ein Teil der Lehre unterstellt indessen auch den Kauf von Gegenständen, die im Käuferunternehmen verwendet werden sollen, den kaufmännischen Sondernormen. Hier ist unserer Ansicht nach zu differenzieren: Kauft ein Unternehmen, welches Verpackungsmaschinen herstellt, eine Kaffeemaschine für sein Personal, liegt kein Handelskauf vor. Kauft es dagegen Bestandteile, die es zwar nicht *tel quel* weiterverkauft, aber in die Verpackungsmaschinen einbaut, so handelt es sich um einen Handelskauf. Ein Handelskauf ist auch zu bejahen, wenn ein Restaurant eine Kaffeemaschine für den entgeltlichen Ausschank an die Gäste kauft.»; a.M. BSK OR I-Koller, Art. 190 N 8: «Nicht Handelskauf ist daher der Kauf zum eigenen Bedarf. Nicht unter Art. 190 fällt somit der Verkauf an den Konsumenten (z.B. Kauf einer Kuh zur eigenen Nutzung, BK-Becker, N 3), ferner auch nicht der Verkauf an einen Gewerbetreibenden, der die Ware in seinem Betrieb verwenden will (vgl. BGE 90 II 285: Kauf einer Kaffeemaschine für den Betrieb eines Restaurants). Ein Kauf zum Weiterverkauf fällt hingegen auch dann unter Art. 190, wenn ein Privatmann Käufer ist (Einschränkung in N 14); das wurde v.a. für Börsentermingeschäfte anerkannt (BIHE 1889, 278; ZBJV 1895, 264 ff.; KUKO OR-Kikinis, N 2 m.w.Nw.).»

¹³ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 108 N 6: „Art. 108 Ziff. 3 kommt jedoch nicht bei allen Fixgeschäften zur Anwendung, sondern nur bei den (v.a. in der deutschen Doktrin) sog. relativen Fixgeschäften. Damit bezeichnet man jene Geschäfte, bei denen der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist bzw. bei denen mit dem Fristablauf auch die Erfüllbarkeit der Obligation entfällt (...).“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2747: „Ergibt sich aus der Parteiabrede, dass die Leistung nach einem genau bestimmten Zeitpunkt nicht mehr erfolgen darf (Art. 108 Ziff. 3), so ist sie häufig für die Gläubigerin auch nutzlos geworden (Art. 108 Ziff. 2). Die beiden Normen behalten aber einen je eigenen Anwendungsbereich: Die «Nutzlosigkeit» nach Ziff. 3 wird allein durch die Fixabrede definiert; ob bei objektiver Betrachtung der

wahrscheinlich: Es ist gut denkbar, dass Kurt den Hubstapler auch dann will, wenn er ein bisschen später kommt. Kurt kann somit nach den Regeln des Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist setzen und die Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen.

Kurt kann nach Setzung einer erfolglosen Nachfrist immer noch die Erfüllung verlangen oder auf die Leistung Viktors verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Dabei entsteht eine weitere Wahlmöglichkeit. Kurt kann bei Verzicht auf die Leistung Viktors entweder den Vertrag beibehalten und das positive Interesse verlangen oder den Rücktritt kombiniert mit dem Schadenersatz im negativen Interesse wählen (Art. 107 Abs. 2 OR). Würde Kurt den Verzicht auf die Leistung kombiniert mit Schadenersatz auf das positive Interesse wählen, könnte er dennoch die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 (h.L.) und 3 (strittig) OR anwenden.¹⁴

Was bedeutet das konkret? Wenn der Käufer Kurt auf die Leistung verzichtet, will er den Hubstapler von Viktor nicht mehr. Er hat dann die Wahl, den Vertrag beizubehalten (pos. Interesse) oder den Rücktritt zu wählen (neg. Interesse). Kurt sagt dann: *«Ich will den Hubstapler nicht mehr, aber ich will so gestellt werden, wie wenn Du richtig erfüllt hättest (pos. Interesse).»* Zu diesem Zweck kauft Kurt den gleichen Hubstapler anderswo und muss dafür vielleicht ein bisschen mehr bezahlen (beispielsweise Fr. 105'000 statt Fr. 100'000). Nach der Differenztheorie sagt Kurt: *«Viktor, ich will den Hubstapler nicht mehr, aber ich will Fr. 5'000 als Schadenersatz (Mehrkosten des anderweitigen Kaufs; unter Rückbehalt des Kaufpreises von Fr. 100'000, den man Viktor hätte zahlen müssen; das ist die Differenztheorie – exakt, was Art. 191 Abs. 2 OR vorsieht)»*. Nach der Austauschtheorie verlangt Kurt Fr. 105'000 Schadenersatz und zahlt dafür den Kaufpreis von Fr. 100'000, was unter dem Strich auf dasselbe hinausläuft. Kurt könnte aber auch einfach Fr. 5'000 verlangen, ohne einen Ersatz-Hubstapler zu kaufen, wenn es einen Marktpreis von Fr. 105'000 am Erfüllungstag für diesen Hubstapler gibt. Das wäre die Lösung nach Art. 191 Abs. 3 OR. Es ist aber strittig, ob diese Lösung gemäss Abs. 3 auch im bürgerlichen Verkehr möglich ist.¹⁵ Fraglich ist auch, ob es einen Marktpreis für Hubstapler gibt.¹⁶

Nutzen effektiv entfällt, spielt keine Rolle. Anders bei der Nutzlosigkeit nach Ziff. 2; hier wird effektive und erkennbare Nutzlosigkeit gefordert.“; BK-Weber, OR 108 N 40: *«Ein bestimmter Verfalltag i.S.v. OR 102 II bzw. ein Geschäft, bei dem die Erfüllungszeit wichtig ist, macht einen Vertrag nicht ohne weiteres zum Fixgeschäft; es muss sich aus dem Parteiwillen oder den Umständen ergeben, dass der Gläubiger von vornherein eine verspätete Leistung nicht haben will (...).»*

¹⁴ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 191 N 15: *«Nach seinem Wortlaut betrifft Art. 191 Abs. 2 nur den kaufmännischen Verkehr, also den Fall, da der Käufer die Kaufsache zwecks Weiterverkaufs erwirbt. Diese Beschränkung ist indes unzutreffend (s. schon von Tuhr, SJZ 1921, 367; ferner Koller A., OR BT, § 4 N 33, 38 f. m.w.Nw.; ZR 1994, 64 Nr. 11; a.A. ZK-Oser/Schönenberger, N 6; BGE 123 III 16): Muss sich der Käufer, der die Ware für sich behalten will (z.B. zwecks Verwendung in seinem Gewerbebetrieb), teurer eindecken, so erleidet er einen Verlust, den er im Falle der Erfüllung nicht gehabt hätte. Diesen muss er auf den Verkäufer, falls dieser im Verschulden ist, abwälzen können, und zwar nach der Differenztheorie. Dafür braucht man allerdings nicht auf Abs. 2 zu greifen. Vielmehr ergibt sich die Haftung schon gestützt auf Abs. 1 bzw. aus allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts (vgl. BGE 47 II 30, 34). An diesen will Abs. 2 nichts ändern. Seine Funktion besteht einfach darin, diese Grundsätze für einen praktisch bedeutsamen Fall, denjenigen des kaufmännischen Verkehrs, ausdrücklich festzuschreiben.»* und 25: *«Art. 191 Abs. 3 gilt nur für den kaufmännischen Verkehr. Für eine analoge Anwendung im nicht kaufmännischen Verkehr bleibt kein Raum. «Denn die der Bestimmung zugrunde liegende Vermutung, es sei ein Deckungskauf vorgenommen worden, um einen Weiterverkauf halten bzw. tätigen zu können [N 17], ist nur dort gerechtfertigt», wo der Käufer «typischerweise zum Weiterverkauf kauft» (Koller A., OR BT, § 4 N 33; a.A. ZK-Schönle, N 39; Honsell, OR BT, 60). Hingegen bleibt die Frage, ob nicht u.U. nach allgemeinem Schadenersatzrecht eine dem Art. 191 Abs. 3 entsprechende Schadensliquidation Platz greifen kann. Das ist weder generell zu bejahen (a.A. Schenker, zit. bei Art. 190, N 658; Lemp, 176) noch generell zu verneinen (a.A. wohl von Büren, BT, 14). Es kommt auf die Umstände an (vgl. BK-Giger, N 43).»*

¹⁵ Vgl. FN 9.

¹⁶ Zum Marktpreis vgl. BSK OR I-Koller, Art. 191 N 19: *«Unter Marktpreis (der Börsenpreis ist nur eine Unterart davon, BK-Becker, N 7) ist der Preis zu verstehen, der infolge regelmässiger Geschäftsabschlüsse für eine bestimmte Ware bestimmter Gattung und Art an einem bestimmten Handelsplatz zu bestimmter Zeit erzielt wird (BGE 49 II 80, 84). Ein einheitlicher Preis wird freilich kaum je bestehen, vielmehr bewegen sich die Preise innerhalb einer gewissen Bandbreite. Der Marktpreis ist somit ein Durchschnitts- und in diesem Sinne ein «künstlicher» Preis (Bardo, 106 f.; vgl. Art. 212 Abs. 1, wo von einem «mittleren Marktpreis» die Rede ist; BGE 89 II 214, 221: «festzustellender Durchschnittskurs»; ZK-Oser/Schönenberger, N 10). Keinen Marktpreis im umschriebenen Sinne haben naturgemäss nicht vertretbare Sachen wie z.B. Kunstgegenstände*

Bei der Variante I mit dem Verkauf zum erkennbaren Weiterverkauf ist Art. 190 OR anwendbar, weil kaufmännischer Verkehr vorliegt. Art. 190 Abs. 1 OR enthält drei Vermutungen: «Art. 190 weicht – beim kaufmännischen Verkehr – von der Regelung des Art. 108 Ziff. 3 in dreierlei Hinsicht ab: a) Wird ein bestimmter Erfüllungszeitpunkt abgemacht, so knüpft sich hieran die widerlegbare Vermutung eines (relativen) Fixgeschäfts. Im Zweifel ist somit von einem Fixgeschäft auszugehen. Behauptet der Verkäufer, dass die Vereinbarung des bestimmten Erfüllungszeitpunktes nicht den Sinn gehabt habe, nachträgliche Erfüllung gegen den Willen des Käufers auszuschliessen, so trägt er insoweit die Beweislast. b) Es wird vermutet, der Käufer mache von seinem Recht, auf nachträgliche Erfüllung zu verzichten, Gebrauch. Will der Käufer auf der Leistung beharren, so hat er dies «unverzüglich» zu erklären. c) Beharrt der Käufer nicht auf der Leistung, so wird nach dem Gesetzeswortlaut vermutet, er verlange Ersatz des Nichterfüllungsschadens (positives Vertragsinteresse). Eine entsprechende Vermutung besteht beim normalen Fixgeschäft nicht: Es gilt Art. 107 Abs. 2, wonach die Erklärung des Gläubigers, auf die Leistung zu verzichten und Schadenersatz zu verlangen, nach den allgemeinen Grundsätzen daraufhin zu untersuchen ist, ob Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses verlangt wird. Ob diese Wahlmöglichkeit auch beim Tatbestand von Art. 190 besteht, ist umstritten (...).»¹⁷ Eine Nachfristsetzung erübrigt sich folglich vermutungsweise. Wenn Kurt nichts sagt, ist vermutungsweise von einem Verzicht mit Wahl des positiven Interesses auszugehen. Will Kurt die Lieferung dennoch, so muss er dies unverzüglich mitteilen (Art. 190 Abs. 2 OR). Wenn er diese unverzügliche Mitteilung unterlässt, ist der Erfüllungsanspruch definitiv untergegangen.¹⁸

In der Variante II handelt es sich um einen Kreditkauf. Der Rücktritt steht Viktor nur noch offen, wenn sich Viktor dieses Recht ausbedungen hat (Art. 214 Abs. 3 OR). Als solcher Vorbehalt gilt auch ein Eigentumsvorbehalt im Sinne des Art. 715 ZGB, selbst wenn er nicht gültig eingetragen ist.¹⁹ Eine Mahnung ist nicht notwendig, da ein Zahlungstermin («innert 30 Tagen») im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR feststeht.²⁰ Viktor kann folglich alle Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR beanspruchen, sofern er nach dieser Norm vorgegangen ist, was eine Nachfrist²¹ voraussetzt: er kann auf die Leistung

(BGE 89 II 214, 221) oder Grundstücke (vgl. BGE 104 II 198). Solchen Gegenständen kommt nur ein gänzlich individueller Preis zu. Als nicht «marktgängig» wurden in BJM 1964, 184 «leicht verhägelte» Äpfel qualifiziert. Wo ein Händler zum Zwecke des Weiterverkaufs einkauft, ist der Marktpreis der Erzeuger- oder Grosshandelspreis (Steindorff, AcP 1959/60, 443).»; zur Erweiterung des Marktpreises durch das Bundesgericht vgl. BSK OR I-Koller, Art. 191 N 20: «Das BGER hat den Begriff des Marktpreises erweitert (BGE 81 II 50, 54 E. 4; 78 II 432, 434 f.). Es kommt nach diesen Entscheiden nicht darauf an, dass ein durch den Markt – das freie Spiel von Angebot und Nachfrage – regulierter Preis besteht (so i.E. auch die Lehre, BK-Becker, N 6; Meyer-Wild, 340). Massgeblich sei vielmehr, dass die Kaufsache einen objektiv festzustellenden Verkaufswert besitze (BGE 49 II 77, 84; illustratives Bsp.: ZR 1947, 210 Nr. 120). Hingegen scheidet die Anwendung von Abs. 3 dann, wenn Ware von der Art der Kaufsache zu Preisen gehandelt wird, die von den besonderen, beim Käufer oder Verkäufer vorhandenen persönlichen Umständen abhängen (BGE 78 II 435), wenn «ganz willkürliche Preise verlangt» werden (vgl. BGE 73 II 171, 178). In einem solchen Fall steht regelmässig nur eine Schadensberechnung nach Abs. 1 offen (BGE 43 II 214, 222 E. 4), sofern der Käufer einen Deckungskauf unterlassen hat und daher nicht auf Abs. 2 zurückgreifen kann (o. N 16). Praktisch bedeutet dies, dass der Käufer den Nachweis anzutreten hat, er hätte die Kaufsache mit Gewinn weiterverkaufen können; der entgangene Gewinn (allenfalls nach Art. 42 Abs. 2 geschätzt, N 28) stellt den Schaden dar.»

¹⁷ BSK OR I-Koller, Art. 190 N 4.

¹⁸ BSK OR I-Koller, Art. 190 N 16: «Hat es der Käufer versäumt, unverzüglich Erfüllung zu verlangen, so ist der Erfüllungsanspruch untergegangen und der Verkäufer braucht auf ein nachträgliches Erfüllungsbegehren nicht einzutreten. Reagiert er jedoch auf ein solches nicht, so ist dies u.U. als stillschweigendes Einverständnis mit der Neubegründung des Anspruchs zu deuten (vgl. BGE 24 II 392, 397 E. 4; N 20).»

¹⁹ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 22: «Hat der Verkäufer beim Kreditkauf die Sache vor Zahlung des Kaufpreises übergeben, kann er wegen Zahlungsverzugs des Käufers den Vertrag nur dann auflösen und die Kaufsache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht «ausdrücklich» vorbehalten hat. Als ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt gilt nach herrschender Auffassung auch der Eigentumsvorbehalt, und dies unabhängig von seiner Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister (BGE 51 II 137, 139; 60 II 412, 413; 73 III 165, 168; 88 II 81, 85; 90 II 285, 292); ist eine Eintragung erfolgt, kommt Abs. 3 ohnehin nicht zur Geltung (N 20 a.E.).»

²⁰ Vgl. BK-Weber, OR 102 N 115.

²¹ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 4: «Nach Übergabe der Kaufsache ist die Rechtslage unterschiedlich, je nachdem, ob sich der Verkäufer die Rückforderung der Kaufsache vorbehalten hat oder nicht. Hat er dies getan, so stehen ihm alle Möglichkeiten von Art. 107 Abs. 2 offen (von Büren, BT, 56 f.), vorausgesetzt, dass er nach Massgabe dieser Bestimmung vorgegangen ist, namentlich also Nachfrist angesetzt hat (Merz Th., 68, m.w.Nw.). Fehlt es hingegen an einem Rückforderungsvorbehalt, so kann der Verkäufer lediglich Ersatz des positiven Vertragsinteresses geltend machen und er ist insoweit auf die

verzichten (mit pos. oder neg. Interesse) oder an der Leistung des Kaufpreises festhalten. Den Kaufpreis i.S. der Erfüllung verlangen kann er auch ohne Nachfrist.

Stehen Viktor in der Variante II auch die Ansprüche gemäss Art. 215 OR offen? *Ohne Rücktrittsvorbehalt* kann er nur zwischen der Erfüllung des Kaufpreises mit Verspätungsschaden und dem Festhalten am Vertrag mit positivem Interesse unter Anwendung der Austauschtheorie wählen.²² *Mit Rücktrittsvorbehalt* erweitern sich die Wahlrechte um den Rücktritt. Beim Rücktritt steht jedoch nur das negative Interesse offen. Art. 215 Abs. 1 OR wäre auch im bürgerlichen Kreditkauf (der Sachverhalt lässt es offen, um welche Art des Kaufs es sich bei Variante II handelt) anwendbar,²³ doch erfasst er das positive Interesse. Viktor kann folglich auf die Leistung Kurts verzichten und das positive Interesse verlangen – muss aber aufgrund der bereits erfolgten Leistung die Austauschtheorie wählen, was im Ergebnis auf die gleiche Lösung wie die Erfüllung mit Verspätungsschaden hinausläuft.²⁴ Er kann aber auch im Rahmen des Rücktritts den Hubstapler zurückfordern und das negative Interesse verlangen. Ein Beispiel für das negative Interesse wären beispielsweise die Kosten des Vertragsschlusses oder der entgangene Gewinn aus einem Geschäft, das man im Vertrauen auf den Bestand des ursprünglichen Geschäfts ziehen lassen musste (Viktor sagt beispielsweise zu Kurt: *«Ich hätte diesen Hubstapler für Fr. 105'000 dem Dritten Daniel veräussern können. Weil ich ihn aber schon Dir verkauft habe, musste ich dieses Geschäft ziehen lassen.»*) Wenn Viktor den Hubstapler zum Preis Fr. 100'000 mit Fr. 3'000 Gewinn an Kurt hätte verkaufen können, dann hätte er folglich beim Verkauf an Daniel für Fr. 105'000 einen Gewinn von Fr. 8'000 gemacht). Art. 215 Abs. 1 OR ist im vorliegenden Fall folglich nur dann anwendbar, wenn man mit Koller die Kombination von positivem Interesse mit dem Rücktritt zulässt.²⁵

Austauschtheorie verwiesen, d.h. er kann nicht die bereits übergebene Sache zurückverlangen und die Differenz zwischen Kaufpreis und (tieferem) Sachwert beanspruchen (ZR 1920, 242 Nr. 122; Koller A., OR BT, § 4 N 51 f.). Ein solches Vorgehen ist allerdings für den Verkäufer kaum von Interesse, hat es doch im Wesentlichen die gleiche Wirkung, wie wenn er auf Erfüllung beharrt und den Käufer nach Art. 103/106 auf Ersatz des Verspätungsschadens belangt (vgl. SJZ 1955, 75 Nr. 52).»; ebenso KUKO OR-Stark, Art. 214 N 8: *«Kann der Verkäufer kraft Rücktrittsvorbehalts vom Vertrag zurücktreten, stehen ihm – nach Ansetzung einer Nachfrist (Art. 107 Abs. 1) – die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 offen (s. dort; BGE 127 III 426; 114 II 152).»*

²² BSK OR I-Koller, Art. 215 N 5: *«Im Anwendungsbereich von Art. 214 Abs. 3 ist grundsätzlich nach der Austauschtheorie zu verfahren (Art. 214 N 4). Art. 215 ist daher im Allgemeinen nicht anwendbar (BK-Giger, N 33). Anders, wenn sich der Verkäufer den Rücktritt vom Vertrag ausdrücklich vorbehalten hat (Art. 214 N 24).»*

²³ Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 215 N 13: *«Entgegen seinem Wortlaut gilt Art. 215 Abs. 1 nicht nur im kaufmännischen, sondern auch im bürgerlichen Verkehr (SJZ 1955, 74 f. m.w.Nw.; 1957, 327 E. 3; von Büren, BT, 57; BK-Giger, N 41; Lemp, 189; Schenker, N 684; a.A. Keller/Siehr, 45; BGer, 12.8.2010, 4A_251/2010, dazu [abl.] Koller A., OR BT, § 4 N 66). Ob die Unterscheidung bürgerlicher/kaufmännischer Verkehr gleich wie in Art. 191 zu treffen ist, kann daher offenbleiben. Wer dieser Ansicht nicht folgt und dem Art. 215 Abs. 1 nur den kaufmännischen Verkehr unterstellt, der kann jedenfalls – anders als bei Art. 191 – nicht darauf abstellen, ob der Käufer die Sache zwecks Weiterverkaufs erstehen wollte oder nicht; es geht ja um die Schadensberechnung des Verkäufers, und insoweit spielen die Interessen des Käufers offensichtlich keine Rolle.»*

²⁴ BK-Giger, OR 214 N 43 und OR 215 N 33; BGer 4A_251/2010, E. 2; a.M. BSK OR I-Koller, Art. 214 N 24: *«Hat sich der Verkäufer die Rückforderung der Sache (ausdrücklich) vorbehalten, so kann er – unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 – vom Vertrag zurücktreten und – bei Verschulden des Käufers – nicht nur Ersatz des negativen, sondern stattdessen auch des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (strenge Differenztheorie; N 4; Th. Merz, 137; Koller A., OR AT, § 55 N 149; KUKO OR-Stark, N 8; abl. z.B. Schenker, N 676; Bucher, OR AT, 318 f.; nicht entschieden BGE 54 II 308, 312). Diese Möglichkeit besteht zumindest im Anwendungsbereich von Art. 215, der nach seiner systematischen Stellung auch den Kreditkauf erfasst (Koller A., OR BT, § 4 N 62).»;* Huguenin, N 902: *«Er kann sich sogar auch nach Erbringen der Leistung noch für die Differenztheorie entscheiden und zu diesem Zweck seine Leistung zurückverlangen.»* und dazu unpassend N 2547: *«Die Schadensberechnung nach Art. 215 OR steht der Verkäuferin nur offen, wenn sie Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht, nicht dagegen, wenn sie vom Vertrag zurücktritt.»*

²⁵ Vgl. oben, FN 24.