

Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht

Bemerkungen zum Begriff des Schadens, zur vertraglichen Haftung ohne Vertragsverletzung und zur Bereicherung aus Vertragsbruch

Dr. iur., Dr. h.c. Peter Gauch*

Professor an der Universität Freiburg
und ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Festschrift für HANS PETER WALTER, Bern 2005, S. 293 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

I. Richterkönig und Thema

1. [293] Dass ich in die Festschrift für HANS PETER WALTER schreiben würde, war für mich sonnenklar. Als ich dann aber mit dem Schreiben beginnen wollte, war nichts als Leere. Was sollte ich für einen schreiben, der in seinem Leben vom Anwalt zum „Richterkönig“¹ aufgestiegen war?

„Ziehen Sie vor jedem Richter demonstrativ den Hut bis zum Boden“, hatte MAX KUMMER das juristische Publikum aufgefordert. Und in seinem Beitrag für PIERRE TERCIER'S *K(l)eine Festschrift* hat HANS PETER WALTER diese Aufforderung zitierend übernommen². Über die juristische Dogmatik aber hat er am gleichen Ort geschrieben, dass ihr „die königlichen Insignien des *princeps*, die mit dem Zwangsanspruch verbrämte Macht und *grandezza*“ fehlten. Was also sollte ich mit meiner ohnmächtigen Dogmatik beitragen, um ihm, dem richterlichen „Feinschmecker“, eine Geburtstagsfreude zu [294] bereiten? Ein „Feinschmecker“ sei ja „der Richter ... von Natur aus und von Amtes wegen auch in der grenzenlosen Fülle der rechtskulinarischen Angebote“.³

Vor kurzem⁴ bist Du, lieber HANS PETER, nun freilich selber zu einem Hochschullehrer geworden. Du hast die mächtige Richterwürde abgelegt, um nur noch zu lehren: ohne „die mit dem Zwangsanspruch verbrämte Macht und *grandezza*“. Das hat mich zwar von der Pflicht des „*Hutziehens bis zum Boden*“ befreit, nicht aber von der fortdauernden Hilflosigkeit, die ich vor der Aufgabe empfand, meinen Willen, für Dich zu schreiben, mit Inhalt zu füllen. Den „Feinschmecker“ vor Augen, der Du gewiss geblieben bist: ein „*signum indelebi-*

* Mein Assistent RA lic. iur. ALAIN GAUTSCHI hat den Textentwurf korrigierend durchgesehen und die Zitate kontrolliert. Ihm danke ich herzlich für diese Mitarbeit.

¹ „Der Richterkönig. Eine landläufig verkannte Rechtsfigur“, so lautet der Titel des Aufsatzes, den HANS PETER WALTER zur *K(l)einen Festschrift* für PIERRE TERCIER, Rechtsfiguren, Freiburg 2003 (herausgegeben von mir und PASCAL PICHONNAZ) auf deren S. 15 ff. beige-steuert hat. „Wem gebührt die ‘Königswürde’ im aktuellen Dreiklang von Parlament, Regierung und Justiz, oder wird sie gar von der extrakonstitutionellen vierten Gewalt der Dogmatik zu Recht beansprucht?“, fragt der Autor auf S. 17. Die Antwort sei im Titel des Aufsatzes bereits gegeben und bedürfe bloss noch der stringenten Begründung (die dann geliefert wird).

² „Der Richterkönig“, zit. in Fn. 1, S. 22.

³ „Der Richterkönig“, zit. in Fn. 1, S. 21.

⁴ Heute, da ich das schreibe, ist der 14. März 2004.

le“ Deiner langjährigen Richterzeit, – diesen „Feinschmecker“ vor Augen, habe ich hin und her überlegt, frühere Notizen studiert, ja sogar begonnene Aufsätze in meinem Computer aufgerufen, ob sie denn, zur Perfektion gebracht, etwas Feines ergäben. Aber alles, was ich fand und herausfand, habe ich als untauglich verworfen, bis ich per Zufall auf PAT BARKERS jüngsten Roman „Border Crossing“ stiess, dessen Titel mir endlich zur erhofften Schreibidee verhalf.

2. Über *Grenzüberschreitungen* („Border Crossing“) will ich schreiben, wenn auch nicht im Sinne von PAT BARKER, so doch mit Blick auf die Lehre und Rechtsprechung und die Art, wie diese unser Recht fortentwickeln. Denn in der Tat wird mit jeder Fortentwicklung des Rechts, die wir der Lehre oder Rechtsprechung verdanken, eine Grenze überschritten, die das Gesetz (tatsächlich oder vermeintlich) vorgezeichnet hat oder die von der Literatur oder Judikatur selber gezogen wurde. Bald geht die Lehre voran, bald ist es die Rechtsprechung, die den ersten Schritt tut. So oder anders aber verläuft die Entwicklung weder schnell noch kontinuierlich. Vielmehr erfolgt sie „eher in Brüchen, ab und zu aus Versehen und nicht selten deswegen, weil bisherige ‚Aussenseiter‘ mit ihren zunächst wunderlichen Einfällen die Oberhand gewinnen oder ausländische Einflüsse sich durchsetzen“⁵. Oft ist das Neue besser, manchmal schlechter und bisweilen einfach anders als das Alte.

Die beschriebene Rechtsentwicklung durch Lehre und Rechtsprechung lässt sich über die ganze Rechtsordnung hin verfolgen. In meinem Beitrag [295] beschränke ich mich auf ausgewählte Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, das bekanntlich auf Schadensausgleich abzielt, indem es den Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens einräumt. Zunächst spreche ich vom Schadensbegriff, dann von der vertraglichen Haftung ohne Vertragsverletzung und schliesslich von der Bereicherung aus Vertragsbruch.

II. Der klassische Schadensbegriff und seine Überschreitung

3. Die erste Voraussetzung für den Bestand eines Schadenersatzanspruchs besteht darin, dass der Ansprecher einen *Schaden* erlitten hat. Ohne Schaden gibt es keinen Schadenersatzanspruch. Der „Schaden“, der von der „seelischen Unbill“ des Genugtuungsrechts (Art. 47/49 OR) zu unterscheiden ist, hat somit eine zentrale Bedeutung im schweizerischen Schadensrecht (BGE 127 III 75 f.). Trotzdem hat der schweizerische Gesetzgeber davon abgesehen, den *Begriff des Schadens* zu definieren, was gewiss eine glückliche Entscheidung war, so wie der weitgehende Verzicht auf schuldrechtliche Definitionen überhaupt für die Weisheit des schweizerischen Gesetzgebers spricht.

a. An die Stelle des Gesetzgebers sind nun aber Lehre und Rechtsprechung getreten, die unter Übernahme traditioneller Vorgaben (insbesondere der Differenzhypothese von FRIEDRICH MOMMSEN) eine *Definition* erarbeitet haben. Nach ständig wiederholter Formulierung des Bundesgerichts, der sich die überwiegende Lehre anschliesst⁶, ist der Schaden unbekümmert um den in Frage stehenden Haftungsgrund eine „ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in ent-

⁵ Das Zitat ist ein Eigenzitat. Der zitierte Satz findet sich in einem anderen Festschriftbeitrag, den ich kürzlich abgeliefert habe. Da ich nicht weiss, welche der beiden Festschriften früher erscheinen wird, und ich das mögliche „Festschrift-Geheimnis“ nicht verletzen möchte, muss ich hier auf eine genauere Angabe verzichten.

⁶ Vgl. HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 151 ff., und GAUCH/SCHLUEP/REY, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 2652 ff., jeweils mit zahlreichen Hinweisen.

gangenem Gewinn bestehen und entspricht ... der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“⁷.

Dieser Begriff, den ich wegen seiner traditionellen Verankerung als „klassischen“ *Schadensbegriff* bezeichne, beruht auf der Differenztheorie, indem er den Schaden als Gesamtvermögensdifferenz und damit als [296] „Bilanzschaden“ versteht.⁸ Wie jeder Begriff⁹, so hat auch der klassische (oder „natürliche“) Schadensbegriff die inhärente Eigenschaft, „auszuschliessen“ und zu „begrenzen“. Was nicht unter seine Definition fällt, ist nach Massgabe des ihm zugedachten Zweckes kein Schaden im Rechtssinne, der einen Schadenersatzanspruch begründen kann, oder kurz: kein *ersatzfähiger* Schaden. Das Bundesgericht hält denn auch dafür, dass z.B. der entgangene Nutzen (BGE 126 III 393), der entgangene Genuss (BGE 115 II 481; 127 III 405) oder nutzlos gewordene Aufwendungen (BGE 115 II 481 f.) von vornherein keine Schadenersatzansprüche begründen, weil es diesbezüglich am Vorliegen eines Schadens fehle. Insoweit respektiert das Gericht die Grenze, die sich aus dem von ihm selbst proklamierten Begriff des Schadens ergibt.

b. Die besagte Grenze wird aber überschritten, sobald es um den *Ersatz des „Haushaltschadens“* geht, der sich aus einer beeinträchtigten oder entfallenen Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushaltes herleitet. Im einschlägigen und viel zitierten Grundsatzentscheid des Bundesgerichts, dem andere Entscheide vorangegangen und weitere Entscheide gefolgt sind¹⁰, liest sich diese Grenzüberschreitung wie folgt:

„Nach der Rechtsprechung ... hat der Haftpflichtige ... nicht bloss die konkreten Aufwendungen für Haushalthilfen zu ersetzen, welche wegen des Ausfalls der Hausfrau beigezogen werden. Auszugleichen ist vielmehr ... der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt (vgl. BGE 99 II 222 f. E. 2 = Pra 62 Nr. 192). Die Besonderheit des Haushaltschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen ...“ (BGr. Pra 1995, Nr. 172, S. 556).

[297] Mit den soeben zitierten Gerichtssätzen hat das Bundesgericht nicht nur die Grenze des von ihm selbst verwendeten (klassischen) Schadensbegriffs überschritten¹¹, indem es einen ersatzfähigen Schaden auch insoweit anerkannte, als es an der begrifflich vorausgesetzten Verschlechterung im Vermögen der geschädigten Hausfrau fehlt.¹² Vielmehr hat das Gericht zugleich den Begriff des „normativen Schadens“ in seine Rechtsprechung einge-

⁷ BGE 116 II 444; 120 II 298; 126 III 393; 127 III 75 f.; 129 III 332.

⁸ Vgl. statt vieler: STEPHAN WEBER, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: „Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert“ (herausgegeben von mir und JÖRG SCHMID), Zürich 2001, S. 280; VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, S. 11 und 16; NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999, AISUF Band 184, S. 22 f., mit weiteren Zitaten.

⁹ Vgl. dazu PATRICK MIDDENDORF, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002, AISUF Band 209, S. 42, unter Hinweis auf HEINZ FOERSTER.

¹⁰ Vgl. BGE 127 III 405 ff. mit dortigen Zitaten.

¹¹ Vgl. dazu auch HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, S. 92 f.; WALTER FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, S. 882 f.; HEINZ REY, zit. in Fn. 6, Nr. 305; PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, S. 226.

¹² HEINRICH HONSELL, zit. in Fn. 11, S. 92 f.; vgl. dazu auch STEPHAN WEBER, zit. in Fn. 8, S. 281, der jedoch beifügt, dass das Vorgehen des Gerichts, obwohl es mit der Differenztheorie kollidiere, nicht mit den tradierten Vorstellungen breche.

führt¹³, der von der deutschen Lehre gebildet wurde, um den dort gängigen Schadensbegriff unter Wertungsgesichtspunkten so zu korrigieren, dass ein Nachteil allenfalls auch dann als Schaden zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert¹⁴. Vor allem aber wurde durch den Entscheid höchstrichterlich manifestiert, dass der klassische Schadensbegriff nicht ausreicht, um sämtlichen Fällen erlittener Nachteile gerecht zu werden, und dass der Satz, wonach „Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, ... keinen Schaden im Rechtssinne“ darstellen¹⁵, nicht durchwegs greift. Der „normativ“ erweiterte Begriff des ersatzfähigen Haushaltschadens wurde denn auch auf Fälle angewandt, in denen die haushaltführende Person ein Ehemann war¹⁶ oder es um den Ersatz des Versorgerchadens (Art. 45 Abs. 3 OR) ging¹⁷. Meines Erachtens kann auch dort nichts anderes gelten, wo der oder die Verletzte den Haushalt für eine eheähnliche Gemeinschaft geführt hat.¹⁸

c. Die Anerkennung des „normativen“ Haushaltschadens und seiner Ersatzfähigkeit trotz fehlender Vermögensverschlechterung ist ein markantes, aber nicht das einzige Beispiel für eine Überschreitung der vom klassischen Schadensbegriff gezogenen Grenze, die den Bereich der ersatzfähigen Schäden absteckt. Ein weiteres Beispiel betrifft den „*Pflege- und Betreuungsschaden*“, den eine verletzte Person erleidet. Nach einem Urteil [298] des Zürcher Handelsgerichts vom 12. Juni 2001¹⁹, das vom Bundesgericht bestätigt wurde²⁰, ist der Pflege- und Betreuungsaufwand auch dann angemessen zu entschädigen, wenn die Pflege und Betreuung kostenlos durch die Familie besorgt wird, also keine Vermögensverschlechterung des Verletzten zur Folge hat. Die Schadensschätzung habe sich diesfalls am Lohn einer Krankenschwester zu orientieren.

Die gedankliche Nähe, die das zitierte Urteil mit der Rechtsprechung zum „normativen“ Haushaltschaden verbindet, springt in die Augen. Sie wurde durch das Handelsgericht in seinen Erwägungen noch dadurch hervorgehoben, dass es für die Schadensschätzung auf die „für den Haushaltschaden entwickelten Grundsätze“ verwies, die analog anwendbar seien.

d. Auf einer anderen Ebene dagegen liegt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum „*Baumschaden*“, mit dem sich zwei neuere Entscheide (BGE 127 III 73 und 129 III 331) befassen. Im ersten Entscheid ging es um die Beschädigung einer Esche, die auf dem Grundstück einer Gemeinde wuchs, im zweiten Fall um die Beschädigung von Bäumen, die auf dem Nachbargrundstück des Ersatzpflichtigen standen. Beide Entscheide bestätigen die Selbstverständlichkeit, dass nach dem Akzessionsprinzip des Sachenrechts die Bäume dem Eigentümer des Grundstücks gehören, auf dem sie wachsen (Art. 667 Abs. 2 ZGB).

– Mit Rücksicht auf das erwähnte Akzessionsprinzip hält *der erste Entscheid* (BGE 127 III 73, S. 76 ff.) fest, dass die Beschädigung oder Zerstörung von Bäumen zu einer Wert-

¹³ Den Begriff des „normativen Schadens“ hat auch der deutsche BGHZ 51, 109, 111 verwendet, um den Schadenersatzanspruch einer verletzten, nicht erwerbstätigen Ehefrau zu begründen.

¹⁴ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatzrecht*, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 35 ff.; HEINZ REY, zit. in Fn. 6, Nr. 176; GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 6, Nr. 2663; PETER GAUCH, *Grundbegriffe, recht* 1996, S. 226.

¹⁵ Z.B. BGE 115 II 481.

¹⁶ BGE 129 III 135 ff.

¹⁷ BGr. 4C.495/1997, Urteil vom 9. September 1998, in: *plädoyer* 1999/4, S. 65 f.; früher schon: BGE 108 II 434 ff.

¹⁸ Gleicher Meinung z.B. HEINZ REY, zit. in Fn. 6, Nr. 242, 286 und 305.

¹⁹ ZR 2002, Nr. 94, S. 290.

²⁰ BGr. 4C.276/2001, Urteil vom 26. März 2002, E.6.

verminderung des Grundstückes führen könne, dessen Bestandteil sie bilden. Wenn sich aber eine solche Werteinbusse mit vernünftigem Aufwand nicht feststellen lasse, so rechtfertige es sich, zur Berechnung des Schadens „*vom Baum selbst*“ als der vom schädigenden Ereignis direkt betroffenen Sache auszugehen (S. 76), was das Bundesgericht im konkreten Fall tatsächlich auch getan hat. Damit aber wich das Gericht von den Vorgaben des klassischen Schadensbegriffes ab, indem es für den zu ersetzenden Schaden (abgesehen von den Kosten erforderlicher Arbeiten) auf die „Differenz zwischen dem Wert des (intakten) Baumes vor dem schädigenden Ereignis und dessen Wert nach der Schädigung“ abstellte (S. 77). Massgebliches Kriterium für die Bestimmung des zu ersetzenden Schadens war insofern also nicht die eingetretene Gesamtvermögensdifferenz, wie es der im Entscheid selber repetierte Schadensbegriff (S. 76) „verlangt“ hätte. Bezugspunkt des ermittelten Schadens war vielmehr das direkt angegriffene Rechtsgut: der Baum, [299] nicht einmal das ganze Grundstück, auf dem der Baum stand, geschweige denn das gesamte Vermögen der Gemeinde, der das Grundstück mit dem Baum gehörte.

Dieser Befund vermag nun freilich nicht zu überraschen, sondern entspricht der Beobachtung, „dass die Gerichte bei Anordnung von Geldersatz“ im Allgemeinen „nicht nach der klassischen Differenzhypothese vorgehen und den Schaden nicht durch Bilanzierung des gesamten Vermögens des Ersatzgläubigers vor und nach dem schädigenden Ereignis ermitteln“²¹. Insofern ist die stetig wiederholte Formel des klassischen Schadensbegriffs längst zu einer blossen Floskel geworden.²² In BGE 116 II 444 fand das Bundesgericht es sogar für angezeigt, den erwähnten Begriff unter Hinweis auf HANS MERZ wie folgt zu ergänzen: „Der Differenzbestimmung unterworfen ist das vom schädigenden Ereignis betroffene Rechtsgut, als welches *ausnahmsweise*²³ auch das Gesamtvermögen des Geschädigten erscheint, so wenn es mit einer Verbindlichkeit belastet wird.“ An der fortgesetzten und unveränderten Wiederholung des klassischen Schadensbegriffs auch durch die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die damalige Ergänzung jedoch nichts geändert.

- Im *zweiten Entscheid* zum „Baumschaden“ (BGE 129 III 331, S. 332 ff.) wird festgehalten, dass die Beschädigung eines Baumes zwar einen negativen oder (in seltenen Fällen) einen positiven Einfluss auf den Verkehrswert des mit ihm bepflanzten Grundstückes haben könne. Daraus lasse sich jedoch keine allgemeine Regel ableiten, wonach die Beschädigung oder Zerstörung eines Baumes nur insoweit einen Vermögensschaden bilde, als sie den Verkehrswert des Grundstückes vermindere. Für die Feststellung eines Schadens sei vielmehr auf das subjektive Interesse des jeweiligen Eigentümers abzustellen. Habe dieser ein sachliches Interesse an der Unversehrtheit der zerstörten oder beschädigten Bäume, so orientiere sich der zu ersetzende Schaden grundsätzlich an den Kosten der Neuanpflanzung. Bei solchen Sachverhalten stehe der Anspruch des Geschädigten auf Naturalrestitution, beziehungsweise auf deren Surrogat in Form der Wiederherstellungskosten im Vordergrund. Ein verlangter Geldersatz trete an die Stelle des Naturalersatzes und sei deshalb unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffes (Differenzhypothese) zu leisten.

Auch dieser Entscheid repetiert den klassischen Schadensbegriff (S. 332), ohne sich dann bei der Bestimmung des konkret zu ersetzenden Schadens [300] an der eingetretenen Gesamtvermögensdifferenz zu orientieren. Insofern ist er eine Fortsetzung des ersten Baum-Entscheidunges. Darüber hinaus aber ist vor allem bemerkenswert, dass der Entscheid mit der Idee des Naturalersatzes arbeitet, den der Richter, der nach Art. 43 Abs. 1 OR

²¹ NIKLAUS LÜCHINGER, zit. in Fn. 8, S. 32.

²² NIKLAUS LÜCHINGER, zit. in Fn. 8, S. 34; vgl. auch HEINRICH HONSELL, zit. in Fn. 11, S. 6.

²³ Hervorhebung von mir.

auch die Art des Schadenersatzes bestimmt, alternativ zum Wertersatz in Geld zusprechen kann. Verurteilt der Richter den Schädiger zur Naturalrestitution und damit zur realen Behebung des Schadens, so geht es nicht mehr um den Ausgleich einer irgendwie errechneten Vermögensdifferenz, sondern um die tatsächliche Beseitigung einer auf das angegriffene Rechtsgut beschränkten Zustandsdifferenz²⁴, was zugleich aufzeigt, dass der auf der vermögensrechtlichen Differenztheorie beruhende Schadensbegriff keinen umfassenden Geltungsanspruch hat, welcher auch den Bereich der Naturalrestitution einschliessen würde²⁵. Insbesondere kann der Ersatzpflichtige die Wiederherstellung durch Naturalersatz „nicht mit der Begründung verweigern, dass durch die Rechtsgutsverletzung ein Schaden im Gesamtvermögen nicht eingetreten“ sei.²⁶

Im zitierten (zweiten) Entscheid wurde der Schädiger zwar nicht zur Leistung von Naturalersatz verpflichtet. Doch hat das Bundesgericht die Zusprechung von Geldersatz im Umfang der Wiederherstellungskosten damit begründet, dass der zugesprochene Geldersatz als Surrogat des Naturalersatzes und deshalb unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffs zu leisten sei. Mit dieser Umwandlung von Natural- in Geldersatz hat sich das Gericht, auch was den Geldersatz betrifft, aus dem Geltungsbereich des klassischen Schadensbegriffs entfernt, um dem primären Integritätsinteresse, das der Betroffene an der Wiederherstellung seiner Güter hat²⁷, Nachachtung zu verschaffen. Die Zukunft wird weisen, ob der Entscheid sich verallgemeinern und z.B. auf die Beschädigung oder Zerstörung aller Sachgüter ausdehnen lässt, so dass der betroffene Eigentümer bei gegebenem Interesse einen Anspruch auf Ersatz der Wiederherstellungskosten auch insoweit erhält, als die Kosten den Wert der beeinträchtigten Sache übersteigen. Für die Verletzung von Haustieren²⁸, die freilich (wie alle Tiere) keine Sachen mehr sind [301] (Art. 641a ZGB)²⁹, sieht Art. 42 Abs. 3 OR explizit vor, dass die „Heilungskosten auch dann angemessen als Schaden geltend gemacht werden [können], wenn sie den Wert des Tieres übersteigen“.

4. Die geschilderten Grenzüberschreitungen im Bereich des klassischen Schadensbegriffs sind symptomatisch für das *Ungenügen dieses Begriffs*, der auch für die Zusprechung von Geldersatz keine befriedigende Grundlage für die Bestimmung und Begrenzung des ersatzfähigen Schadens mehr abgibt.

Selbst wenn man von der Naturalrestitution absieht, das Augenmerk also ganz auf den Wertersatz in Geld richtet, ist es vor dem besagten Hintergrund durchaus angezeigt, dem verwendeten, dauernd wiederholten, durch die Praxis aber vielfach „desavouierten“ Schadensbegriff *kritisch* zu begegnen. Seit dem 19. Jahrhundert des FRIEDRICH MOMMSEN und seiner 1855 erschienenen „Lehre von dem Interesse“ hat sich in der Welt etwas verändert, und dem ist Rechnung zu tragen. Allein schon die Tatsache, dass der vom klassischen Schadensbegriff vorausgesetzte Gesamtvermögensvergleich in der Praxis kaum noch angestellt wird, müsste ein Beweggrund sein, den Begriff nicht mehr in der unveränderten Formulierung mitzuschleppen. Vor allem aber wirkt es unglaubwürdig, für bestimmte Fälle (etwa für die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten) einen ersatzfähigen Schaden unter Hinweis auf ei-

²⁴ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 14, S. 43.

²⁵ NIKLAUS LÜCHINGER, zit. in Fn. 8, S. 28 f.; vgl. auch HANS-ULRICH BRUNNER, Die Anwendung deliktischer Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991, AISUF Band 110, S. 51 ff.

²⁶ HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 14, S. 42.

²⁷ HANS-ULRICH BRUNNER, zit. in Fn. 25, S. 51.

²⁸ Gemeint sind „Tiere, die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden“ (Art. 42 Abs. 3 OR).

²⁹ Zum neuen Art. 641a ZGB vgl. PAUL-HENRI STEINAUER, Tertium datur?, in: K(l)eine Festschrift für PIERRE TERCIER, zit. in Fn. 1, S. 51 ff.

nen Schadensbegriff zu verneinen, der in anderen Fällen (etwa beim Haushaltschaden) kein Hindernis bildet, einen ersatzfähigen Schaden auch insoweit zu bejahen, als es hierfür an einer „begriffsnotwendig“ erforderlichen Vermögensverschlechterung im Sinne der Differenztheorie fehlt. Eine verschiedene, rechtspolitische Frage ist freilich, auf welche Nachteile der Bereich des ersatzfähigen Schadens auszudehnen ist, ohne in das Gebiet der seelischen Unbill vorzudringen, das dem Genugtuungsrecht (Art. 47/49 OR) vorbehalten bleibt.

Mit Hilfe einer einfachen Begriffsformel lässt sich diese Frage nicht beantworten, was auch der Umstand zeigt, dass schon viele alternative Schadensbegriffe erfunden wurden³⁰, die einen Augenblick lang lebten, um dann in den Büchern mit einem wissenschaftlichen Nachruf zu sterben. Mit einer gewissen Zähigkeit hat sich allerdings der Begriff des „normativen Schadens“ gehalten, der im Wesentlichen aber nichts anderes ist als ein Sammelbegriff, um Schadensfälle kategorial unterzubringen, bei denen auf Grund rechtlicher Wertung ein ersatzfähiger Schaden vorliegt, der er nach herkömmlicher [302] Betrachtung nicht ist.³¹ Weder dieser noch ein anderer Schadensbegriff dispensieren die Lehre und Rechtsprechung von der Aufgabe, sich unter Berücksichtigung der gewandelten Verkehrs- und Rechtsanschauung und durch die Bildung einsichtiger Schadenstypen rechtsfortbildend voranzutasten. Das gilt auch mit Bezug auf die Frage, inwieweit der sogenannte „Frustrationsschaden“ ersatzfähig ist.

5. Der „*Frustrationsschaden*“ besteht im vergeblichen Aufwand, wenn freiwillige Aufwendungen des Betroffenen durch einen Sachverhalt, den ein anderer zu vertreten hat, ganz oder teilweise nutzlos werden. Im vertragsrechtlichen BGE 115 II 481 f. und in einem Teil der Lehre³² wird die Ersatzfähigkeit eines solchen Schadens prinzipiell abgelehnt. Die Begründung des Bundesgerichtes ist einfach und kurz: „Wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellt“, wird „nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht.“

a. Für diese „*ersatzfeindliche*“ Haltung, die auf den klassischen Schadensbegriff zurückgreift, spricht zwar die Tatsache, dass die nutzlos gewordenen Aufwendungen weder unfreiwillig getätigt wurden noch durch das in Frage kommende Haftungsereignis bedingt sind.³³ Auch ist zu befürchten, dass eine unbeschränkte Anerkennung ersatzfähiger Frustrationsschäden zu einem Übermass an Schadenersatzansprüchen führt, die erforderliche Eingrenzung der Ersatzfähigkeit sich mit Bezug auf vergebliche Aufwendungen jedoch als ausserordentlich schwierig erweist³⁴. Gleichwohl aber geht es zu weit, solchen (frustrierten) Aufwendungen den Charakter eines ersatzfähigen Schadens generell abzusprechen.³⁵ Das zeigt schon das Gesetz, dem der Ersatz nutzlos gewordener Aufwendungen keineswegs fremd ist (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2, 26 Abs. 1, 36 Abs. 2, 39 Abs. 1, 404 Abs. 2 oder 475 Abs. 2 OR).

³⁰ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 14, S. 29 ff.

³¹ Vgl. auch STEPHAN WEBER, zit. in Fn. 8, S. 282, wonach „der blosser Hinweis auf den sog. normativen Schaden eine Begründung nicht ersetzen“ kann. Denn hinter diesem Begriff stehe kein einheitlicher Lösungsansatz.

³² Z.B. ROLAND BREHM, Berner Kommentar (2. Aufl.), N 83 und 84a ff. zu Art. 41 OR; EMIL STARK, Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, in: Festschrift für MAX KELLER, Zürich 1989, S. 315 f.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, S. 7 Anm. 19 und S. 508 Anm. 148; HEINRICH HONSELL, zit. in Fn. 11, S. 86 ff.

³³ Zu diesen Argumenten und den Versuchen, sie zu entkräften, vgl. namentlich VITO ROBERTO, zit. in Fn. 8, S. 35.

³⁴ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 14, S. 257.

³⁵ Vgl. auch GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 67; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 84; GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 6, Nr. 2673.

[303] Die gesetzlichen Fälle, in denen vergeblicher Aufwand als Schaden (insbesondere als Bestandteil des „negativen Vertragsinteresses“) ersetzbar ist, zeigen auf, dass der Standpunkt, wonach der Frustrationsschaden *prinzipiell* keinen Schaden im Rechtssinne darstellt, zwar mit dem klassischen Schadensbegriff harmonieren mag, nicht aber mit dem Gesetz harmoniert. Das besagt freilich noch nicht, dass vergebliche Aufwendungen ganz allgemein als ersatzfähig anzuerkennen wären. Vielmehr stellt sich die Frage, ob es über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus und unbekümmert um den klassischen Schadensbegriff noch bestimmte weitere Fälle gibt, in denen es sich rechtfertigt, Schadenersatzansprüche für vergebliche Aufwendungen zuzulassen. In Betracht kommen namentlich Fälle, deren typische Besonderheit darin besteht, dass der Ansprecher durch einen vom Belangten geschaffenen Vertrauensstatbestand zu den betreffenden Aufwendungen veranlasst wurde. Damit allerdings eine Haftung tatsächlich greift, muss auch hier immer ein Haftungsgrund vorhanden sein. Eine deliktische Haftung dürfte in aller Regel am grundsätzlichen Erfordernis der Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR) scheitern (vgl. aber Art. 41 Abs. 2 OR), solange man die Zufügung von reinem Vermögensschaden unter Vorbehalt einer einschlägigen Schutznorm nicht zu den widerrechtlichen Schädigungen im Sinne des Deliktsrechts zählt.³⁶ Diese Schwierigkeit entfällt hingegen, sobald eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung zur Diskussion steht. So können etwa die „Culpa-Haftung“ oder die „Vertrauenshaftung“, auf die ich später zurückkomme, durchaus zu einer Schadenersatzpflicht für vergeblichen Aufwand führen. Für die Haftung aus „culpa in contrahendo“ ist dies auch ausserhalb der vom Gesetz geregelten Culpa-Fälle (Art. 26, 36 Abs. 2 und 39 OR) anerkannt.³⁷ Und was die „Vertrauenshaftung“ angeht, so hat das Bundesgericht in BGE 121 III 350 ff. eine Schadenersatzforderung auf Ersatz nutzloser Aufwendungen geschützt, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Ersatzfähigkeit solcher Aufwendungen in BGE 115 II 481 f. prinzipiell verneint wurde.

b. Nachdem feststeht, dass die generelle Ablehnung eines ersatzfähigen Frustrationsschadens kein haltbarer Standpunkt ist, bleibt insbesondere auch zu prüfen, ob sich *der neu ins deutsche BGB eingefügte § 284* auf das schweizerische Recht übertragen lässt.

[304] Nach der zitierten Bestimmung des BGB kann der Gläubiger eines Schuldverhältnisses „anstelle des Schadenersatzes statt der Leistung ... Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden“. Unter den in der neuen BGB-Bestimmung genannten Voraussetzungen und in ihren Schranken hat somit der Gläubiger das Recht, alternativ zum Ersatz des Erfüllungsinteresses den Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen zu verlangen.³⁸ Dieses Recht bringt eine gerechte Lösung insbesondere auch für Fälle, in denen das positive Vertragsinteresse schwer bezifferbar ist oder ein Vertragsgläubiger mit seinem Vertrag lediglich ein immaterielles (nicht monetäres) Interesse verfolgt hat, indem er z.B. einen gemieteten Saal für die Durchführung einer religiösen Veranstaltung verwenden wollte.

Es scheint mir, dass einer kreativen Rechtsprechung nichts im Wege steht, um ein analoges Recht des Gläubigers, den haftpflichtigen Schuldner auf Ersatz der vergeblichen Aufwendungen statt des Erfüllungsinteresses zu belangen, in das schweizerische Recht einzufüh-

³⁶ Nach VITO ROBERTO (zit. in Fn. 8, S. 37) „vermag die Frustrationstheorie im Rahmen der ausservertraglichen Haftung“ überhaupt „nicht zu überzeugen“.

³⁷ Statt vieler: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 588 zu Art. 1 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, S. 416; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, S. 297.

³⁸ Vgl. WALTER ROLLAND und DIETER MEDICUS, in: HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENDTLAND, Das neue Schuldrecht, München 2002, S. 11 und S. 95.

ren. Das wäre jedenfalls besser, als auf die Theorie der „Rentabilitätsvermutung“ auszuweichen, die in Deutschland schon vor Jahren entwickelt wurde, um vergebliche Aufwendungen des Gläubigers als Rechnungsposten des vertraglichen Erfüllungsinteresses und damit als eine Art entgangenen Gewinnes zu ersetzen.³⁹ Diese nicht sehr überzeugende Theorie, die in der Schweiz noch kaum Fuss gefasst hat⁴⁰, versagt ohnehin ihren Dienst, wenn es lediglich um nicht monetäre Interessen geht⁴¹. Nach meiner Bewertung gehört sie zu den Theorien, die man nicht ohne „Augenzwinkern“ vertreten kann, da die juristische Alchimie, die dahinter steckt, nur zu offensichtlich ist.

III. Vertragliche Haftung ohne Vertragsverletzung

6. [305] Natürlich liesse sich über den für die Schadenersatzhaftung vorausgesetzten Schaden noch einiges sagen. Ich glaube aber, dass ich, gemessen an den räumlichen Grenzen, die mir für meine Grenzüberschreitungen gezogen sind, bereits zu weit ausgeholt habe. Dementsprechend will ich jetzt schleunigst das Gebiet wechseln, um die beiden Kategorien der *Delikts- und Vertragshaftung* ins Spiel zu bringen. Bei ihnen handelt es sich, wie allenthalben gelehrt wird, um „die grossen Haftungskategorien, die das private Unrecht strukturieren“⁴². Jede dieser Kategorien (Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR mit den dazugehörigen Sonderbestimmungen) hat nach der gängigen Interpretation des geltenden Gesetzes ihren eigenen, abgegrenzten Herrschaftsbereich⁴³. Im Unterschied zur Deliktshaftung sanktioniert die Vertragshaftung ein „vertragswidriges Verhalten“ (Art. 99 Abs. 3 OR) und damit eine Vertragsverletzung, wobei allerdings ein und derselbe Schadensfall die Haftungsvoraussetzungen beider Kategorien erfüllen kann und die Bestimmungen des Deliktsrechts über das „Mass der Haftung“ auf die Vertragshaftung entsprechend anwendbar sind (Art. 99 Abs. 3 OR)⁴⁴.

Die gesetzliche Zweiteilung des privaten Haftungsrechts in Delikts- und Vertragshaftung und die daraus fliessende Begrenzung der möglichen Haftungsgründe wurden schon früh durchbrochen, indem Lehre und Rechtsprechung die „*culpa in contrahendo*“ als speziellen Haftungsgrund für verursachte Schäden eingeführt haben, um so eine vertragsähnliche Haftung im „Grenzgebiet zwischen Vertrag und Delikt“ (BGE 68 II 303) zu installieren.⁴⁵ Hin-

³⁹ Vgl. WALTER ROLLAND, zit. in Fn. 38, S. 11. Die Theorie beruht auf der (widerlegbaren) Vermutung, dass die vergeblichen Aufwendungen sich „gerechnet“ hätten, wenn der Vertrag ordnungsgemäss durchgeführt worden wäre, weil ein Gläubiger erfahrungsgemäss nur Aufwendungen macht, die rentieren, indem sie durch den Nutzen der erwarteten Leistung zumindest ausgeglichen werden.

⁴⁰ Vgl. NIKLAUS LÜCHINGER, zit. in Fn. 8, S. 160 ff., und VITO ROBERTO, zit. in Fn. 8, der mit einem einzigen Satz auf die „Rentabilitätstheorie“ Bezug nimmt, indem er auf S. 37 schreibt: „Zu beachten ist ..., dass vor dem Schadensfall getätigte Aufwendungen bei der Schadensberechnung insoweit Berücksichtigung finden können, als sie als *Anhaltspunkt für die Höhe des entgangenen Gewinns* herangezogen werden.“

⁴¹ Vgl. WALTER ROLLAND, S. 11, und DIETER MEDICUS, S. 95, beide zit. in Fn. 38.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 6, Nr. 2922. Für den vorliegenden Beitrag übernehme ich diese Zweiteilung (Delikts- und Vertragshaftung), obwohl die allgemeinen Regeln des Gesetzes, welche die Vertragshaftung beherrschen (Art. 97 ff. OR), sich nicht auf die Regelung von Vertragsverletzungen (unter Einschluss positiver Vertragsverletzungen) beschränken, sondern sich auch mit der Verletzung von Forderungen befassen, die aus einem anderen Grund als einem Schuldvertrag entstanden sind. Mit Rücksicht darauf ist die Zweiteilung zwar ungenau, hat sich aber doch eingebürgert (vgl. z.B. auch ALFRED KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 53) und ist durchaus brauchbar, wenn man sich des soeben Gesagten bewusst bleibt.

⁴³ Vgl. aber PETER JÄGGI, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, in: Festgabe für WILHELM SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968, S. 181 ff.

⁴⁴ Vgl. HANS-ULRICH BRUNNER, zit. in Fn. 25, passim.

⁴⁵ Vgl. dazu statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*,

zugekommen ist in neuerer Zeit (seit dem legendären „Swissair-Fall“ BGE 120 II 331 ff.) die Haftungsfigur der „*Vertrauenshaftung*“, die über die „*Culpa-Haftung*“ hinaus eine Schadenersatzhaftung für erwecktes und enttäushtes Vertrauen im Rahmen rechtlicher Sonderverbindungen [306] ermöglicht⁴⁶. Beiden Figuren⁴⁷ ist gemeinsam, dass sie Regeln der Vertragshaftung zur Anwendung bringen und insofern eine vertragliche Haftung anvisieren, obwohl in den betroffenen Fällen keine Vertragsverletzung vorliegt. Und bei beiden Figuren handelt es sich um (zum Teil umstrittene) Importstücke aus dem deutschen Ausland⁴⁸, von wo sie durch die einheimische Lehre und Rechtsprechung in die schweizerische Rechtsordnung eingeführt wurden. Ihre Einfuhr verdanken sie dem Umstand, dass man die hiesigen Regeln des Deliktsrechts unter Einschluss der darin vorgesehenen Haftungsmodalitäten nicht für ausreichend erachtet, um im Gebiet der in Frage stehenden Schadensfälle zu befriedigenden Lösungen zu finden. Insbesondere das Beharren auf dem engen („objektiven“) Begriff der deliktischen Widerrechtlichkeit, wie ihn die herrschende Lehre und Rechtsprechung verwenden⁴⁹, macht es erforderlich, aus dem Anwendungsbereich des Deliktsrechts auszubrechen, damit sich auch reine Vermögensschäden problemlos einer Ersatzpflicht zuführen lassen.

Mit den erwähnten beiden Rechtsfiguren⁵⁰ hat sich „zwischen Vertrag und Delikt“ eine weitere Haftungskategorie etabliert, die als „Haftung in between“ weder eine Delikts- noch eine Vertragshaftung für Vertragsverletzung ist. In Deutschland hält sich ausserdem der „*Vertrag mit Drittschutzwirkung*“ bereit, dessen Konstruktion es vertragsfremden Dritten ermöglichen soll, unter bestimmten Voraussetzungen vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche gegenüber einem Vertragsschuldner geltend zu machen, der den Vertrag gegenüber seinem Partner (nicht gegenüber dem geschädigten Dritten) [307] verletzt hat. In der Schweiz wird diese Figur zwar diskutiert, aber weitgehend abgelehnt.⁵¹ Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sie es eines Tages doch noch schafft, sich einen festen Platz in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung der Schweiz zu sichern. Sollte ihr das Kunststück einer bundesgerichtlichen Akzeptanz gelingen⁵², so wäre jedenfalls abzusehen, dass auch die Widerstände, der sie in der Lehre begegnet, bald einer freundlichen Aufnahme weichen würden, entspricht es doch der Erfahrung, dass höchstrichterliche Entscheide dazu tendieren, über kurz

Band I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 962a ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

46 Vgl. dazu statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 45, Nr. 982c ff. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132, 1996, S. 273 ff.; DERSELBE, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR NF 120, 2001 I, S. 79 ff.

47 Die „*Culpa-Haftung*“ wird bisweilen als Unterfall der „*Vertrauenshaftung*“ verstanden (vgl. z.B. BGE 121 III 355). Das ist sicher insoweit richtig, als sie Schäden betrifft, die sich aus erwecktem und enttäushtem Vertrauen im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen ergeben. Soweit man die Haftung aus „*culpa in contrahendo*“ aber auch auf Eigentums- oder Personenschäden ausdehnt, die ein Verhandlungspartner durch Verletzung seiner Schutzpflichten verursacht (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 45, Nr. 961), greift sie nach meinem Verständnis der erwähnten „*Vertrauenshaftung*“ über deren Bereich hinaus.

48 Zur „*Culpa-Haftung*“ vgl. jetzt den neuen § 311 Abs. 2 BGB, der (zusammen mit der Erweiterung des Abs. 3) die Voraussetzungen schafft, um den Tatbestand der „*culpa in contrahendo*“ einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche, die sich aus der „*culpa in contrahendo*“ herleiten, ist nunmehr § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 311 Abs. 2 BGB.

49 Anders aber BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987, S. 257 ff.

50 Zur „*Figur der Rechtsfigur*“ vgl. MARC BORS, in: K(l)eine Festschrift für PIERRE TERCIER, zit. in Fn. 1, S. 219 ff.

51 Vgl. die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 6, Nr. 4147.

52 Zum gegenwärtigen Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BGr. 4C.230/2003, Urteil vom 23. Dezember 2003, E. 1, wonach eine Haftung aus Vertrag mit Drittschutzwirkung in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden ist.

oder lang die herrschende Lehrmeinung um sich zu versammeln. So verhielt es sich auch mit der höchststrichterlich eingeführten „Vertrauenshaftung“. Nach der anfänglichen Aufregung, die sie verursacht hat, wie ein fremdes Gespenst im eigenen Haus, gehört sie inzwischen bereits zum geläufigen Lernstoff der Studierenden.

7. Die beschriebenen Haftungsfiguren zielen darauf ab, eine vertragliche Haftung (eine Haftung nach vertragsrechtlichen Regeln) ohne vertragswidriges Verhalten des Schädigers gegenüber dem Geschädigten zu ermöglichen, womit vermieden wird, dass das zweigliedrige Haftungssystem des Gesetzes über die Angemessenheit der Lösungen triumphiert. Neben den Sachverhalten, welche die erwähnten Figuren erfassen, gibt es aber noch *andere Fälle*, in denen es sich rechtfertigen kann, Schäden nach den Regeln des Vertragsrechts (nicht nur des Deliktsrechts) zu ersetzen, obgleich es an einer für die Vertragshaftung vorausgesetzten Vertragsverletzung des Schädigers gegenüber dem Geschädigten fehlt.⁵³ Abgesehen von der echten Geschäftsführung ohne Auftrag mit der vertragsähnlichen Sorgfaltshaftung des Geschäftsführers (Art. 420 OR)⁵⁴, denke ich insbesondere an Schadensfälle bei Leistungen, die dem Leistungsempfänger zwar nicht geschuldet und die auch nicht Gegenstand eines verbindlichen Handgeschäftes sind, tatsächlich aber doch in beidseitigem Einverständnis der Beteiligten (des Leistenden und des Empfängers) erbracht werden.

Obwohl solchen (einverständlichen) Leistungen kein verbindliches Schuldversprechen des Leistenden gegenüber dem Leistungsempfänger [308] vorausgeht, vollzieht sich hier der Leistungsvorgang – wie bei der Erfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht – im gegenseitigen Einvernehmen der Beteiligten. Dieser Umstand nähert das leistungsbezogene Verhältnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Empfänger einem vertraglichen Leistungsverhältnis, was in die Beurteilung der Rechtslage einfließen muss. Stellt man aber *darauf* ab, so begründen die einverständlichen Leistungen grundsätzlich⁵⁵ eine vertragsähnliche Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten, die es rechtfertigt, den Leistenden mit vertragsrechtlich sanktionierten Schutz- und Sorgfaltspflichten zu belasten. Dementsprechend erachte ich es für richtig, den Leistenden nach Massgabe des Vertragsrechts haften zu lassen, soweit er dem Empfänger anlässlich und im Zusammenhang mit der Leistung einen Begleitschaden zufügt oder ihn dadurch schädigt, dass der Empfänger als Folge einer Schlechtleistung einen Schaden (z.B. einen Körperschaden) erleidet, der über den Minderwert der Leistung hinaus geht⁵⁶. Von praktischer Bedeutung ist dies insbesondere dann, wenn eine einverständliche, aber nicht geschuldete Leistung aus einem nur vermeintlich abgeschlossenen, einem unwirksamen oder erloschenen Schuldvertrag erbracht wird; wenn der Leistungsempfänger der Begünstigte eines unechten Vertrages zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR) ist⁵⁷; oder falls es sich bei der

⁵³ Ich meine damit immer Fälle, in denen der mögliche Haftungsgrund auch nicht in der Verletzung einer anderen als vertraglichen Forderung besteht (vgl. dazu Fn. 42).

⁵⁴ Zur Anwendung vertragsrechtlicher Regeln auf die in Art. 420 OR geregelte Haftung des auftragslosen Geschäftsführers vgl. insbesondere JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 10 ff. und N 62 zu Art. 420 OR; ausführlicher: DERSELBE, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburger Habilitationsschrift 1992, AISUF Band 116, S. 153 ff. und S. 216.

⁵⁵ Auszunehmen sind nach BETTINA HÜRLIMANN-KAUP „selbstverständliche“ Leistungshandlungen, die der einzelne im alltäglichen Umgang mit seinen Mitmenschen, nach Massgabe der erwarteten Höflichkeit, spontan und zwar gegenüber jedermann vornimmt und bei denen typischerweise ein nur sehr flüchtiger Kontakt entsteht (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1999, AISUF Band 179, S. 15).

⁵⁶ Für den blossen Minderwert der Schlechtleistung hat hier der Leistende selbstverständlich nicht einzustehen, da er ja überhaupt keine Leistung schuldet.

⁵⁷ Vgl. PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000, AISUF Band 190, S. 189 ff.

Leistung um eine (unentgeltliche) Gefälligkeit handelt⁵⁸, der (wenn überhaupt) eine Leistungszusage ohne vertraglichen Bindungswillen vorausgegangen ist. Verursacht der Leistungserbringer dem Empfänger anlässlich und im Zusammenhang mit der Leistung einen Begleitschaden oder erleidet der Empfänger einen Folgeschaden aus Schlechtleistung, so ist es in all diesen Fällen sachgerecht, die Ersatzpflicht des Schädigers, obschon er keinen Vertrag mit dem Geschädigten verletzt hat, den Regeln des Vertragsrechts zu unterstellen und diese Haftung mit einer allfälligen Deliktshaftung konkurrieren zu lassen.

Das Gleiche gilt sinngemäss in der umgekehrten Richtung. Auch den Empfänger der einverständlichen Leistung treffen vertragsrechtlich [309] sanktionierte Schutz- und Sorgfaltspflichten, aus deren Verletzung eine vertragsrechtliche Schadenersatzhaftung des Empfängers entstehen kann, wenn sie zu einer Schädigung des Leistungserbringers führt. Der Grund hierfür liegt wiederum darin, dass Leistungen, die im gegenseitigen Einverständnis der Beteiligten erbracht werden, eine vertragsähnliche Beziehung zwischen den Beteiligten begründen.

8. Was die Haftung bei unverbindlichen *Gefälligkeitshandlungen* angeht, sieht das Bundesgericht die Rechtslage freilich anders, indem es die Haftpflicht der Beteiligten ausschliesslich den Regeln des Deliktsrechts unterstellt (BGE 116 II 695 ff./129 III 181 ff.), neuerdings jedoch ergänzt durch eine kausale Risikohaftung des Gefälligkeitsnehmers, die BGE 129 III 184 f. dem analog angewandten Art. 422 Abs. 1 OR mit der darin vorgesehenen Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für den „ändern Schaden“ des auftragslosen Geschäftsführers entnimmt.⁵⁹ In sinngemässer Anwendung der erwähnten Bestimmung werde der Gefälligkeitsnehmer nach Ermessen des Richters schadenersatzpflichtig, falls sich der Leistungserbringer durch seine Gefälligkeitshandlung in Gefahr begeben und sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko zu dessen Schaden verwirkliche.⁶⁰ Diese Haftung, die weder ein Verschulden noch ein schadensursächliches Verhalten des Ersatzpflichtigen voraussetze, beruhe „auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip“, wonach „das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen“ sei, „in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt“ werde.

Die Risikohaftung des Art. 422 Abs. 1 OR, die das Bundesgericht auf Gefälligkeitsverhältnisse überträgt, ist eine Billigkeitshaftung, die nach Ermessen des Richters eingreift, soweit sich eine Schadenersatzpflicht des durch die gefährliche Tätigkeit Begünstigten „nach den am konkreten Fall gemessenen Billigkeitsüberlegungen“⁶¹ rechtfertigt. Dass sie einem allgemeinen Prinzip entspricht, das sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültig ist, lässt sich zwar dem Gesetze nicht entnehmen und könnte nur bejaht oder verneint werden, wenn man zunächst alle in Frage kommenden Fälle auf die [310] Anwendbarkeit des Prinzips geprüft hätte⁶². Soweit die Risikohaftung aber auf Gefälligkeitsverhältnisse und damit auf den

⁵⁸ Vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 320; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, zit. in Fn. 55, S. 179 ff.; ERNST KRAMER, *MünchKomm*, Einleitung vor § 241 BGB, N 32 ff.

⁵⁹ Art. 422 OR beschlägt die fremdnützige, echte Geschäftsführung ohne Auftrag (BGE 129 III 184). Zur Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn, die er vorsieht, vgl. im Einzelnen JÖRG SCHMID, *Zürcher Kommentar*, N 53 ff. zu Art. 422 OR; ausführlicher: DERSELBE, *Geschäftsführung*, zit. in Fn. 54, S. 169 ff. Zur Abgrenzung zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Gefälligkeit: JÖRG SCHMID, N 132 ff. zu Art. 419 OR; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, zit. in Fn. 55, S. 105 ff.

⁶⁰ Zustimmend: HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 329; anders BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, zit. in Fn. 55, S. 110, wonach der Gefällige auf eigenes Risiko handelt und keinen Ersatzanspruch gegen den Gefälligkeitsempfänger hat, wenn er bei der Leistungserbringung zu Schaden kommt.

⁶¹ JÖRG SCHMID, *Geschäftsführung*, zit. in Fn. 54, S. 171, unter Verweis auf BGE 61 II 95 ff.

⁶² Bejahend für unentgeltliche Auftragverhältnisse (durch analoge Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR):

Gefälligkeitsnehmer zur Anwendung kommt, bewahrt sie den gefälligen Leistungserbringer davor, den Schaden, den er aus dem verwirklichten Risiko einer schadensgeneigten Gefälligkeitshandlung erleidet, überhaupt oder im vollen Umfang selber tragen zu müssen. Auch wenn der Gefällige in das Schadensrisiko eingewilligt hat, bleibt es bei der kausalen Risikohaftung des Gefälligkeitsnehmers.⁶³ Mit der von mir vertretenen Meinung, wonach den Gefälligkeitsnehmer eine vertragsähnliche Haftung (in Konkurrenz mit einer allfälligen Delikts haftung) treffen kann, steht diese Risikohaftung nicht im Widerspruch, da auch die Ersatzpflicht des sinngemäss angewandten Art. 422 Abs. 1 OR sich aus einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis⁶⁴ (einem „vertragsähnlichen Akt“⁶⁵) herleitet und damit einen „quasivertraglichen“ Charakter hat⁶⁶.

9. Die Anwendung vertragsrechtlicher Regeln auf Schadensfälle, die nicht auf einer Vertragsverletzung gegenüber dem Geschädigten beruhen, hat für den Ansprecher den *Vorteil*, dass diese Regeln, verglichen mit jenen des Deliktsrechts, für den Geschädigten im Allgemeinen günstiger sind, auch was die Beweislast für das Verschulden (Art. 97 Abs. 1 OR), die Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) oder die Verjährung (Art. 127 ff. OR) betrifft. Indes bleibt für die einzelnen Fallgruppen separat zu prüfen, ob es sich rechtfertigt, *alle* Regeln des vertraglichen Schadenersatzrechts anzuwenden oder ob es für einzelne Fragen doch beim Deliktsrecht bleiben soll. So untersteht etwa die vertragsähnliche „Culpa-Haftung“ nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der deliktsrechtlichen Verjährungsbestimmung des Art. 60 OR.⁶⁷ Obwohl ich diese Meinung nicht teile⁶⁸, zeigt sie doch auf, dass es bei der rechtlichen Zuordnung „ausservertraglicher“ Schadenersatzansprüche zum Vertragsrecht nicht notwendigerweise um „das Ganze“ geht. Ausserdem initiiert sie den Gedanken, die betreffenden Schadenersatzforderungen (über die „Culpa-Haftung“ hinaus) wenigstens insofern dem Verjährungsregime des Art. 60 OR zu unterwerfen, als für den Beginn der Verjährung nicht auf die [311] vom Eintritt des Schadens abhängige Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR), sondern auf den „Tag der schädigenden Handlung“ abgestellt wird⁶⁹, was namentlich mit Bezug auf eintretende Spätschäden ins Gewicht fällt. Es verhält sich diesbezüglich gleich wie mit den Schadenersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁷⁰ und einem Teil der Lehre⁷¹ schon mit der Vertragsverletzung zu verjähren beginnen, also nicht erst dann, wenn mit einem späteren Eintritt des Schadens auch die Fälligkeit eingetreten ist.

BGE 61 II 98 und 48 II 490 ff.

⁶³ Vgl. sinngemäss JÖRG SCHMID, *Geschäftsführung*, zit. in Fn. 54, S. 170.

⁶⁴ Vgl. JÖRG SCHMID, *Zürcher Kommentar*, N 35 zu Art. 422 OR; DERSELBE, *Geschäftsführung*, zit. in Fn. 54, S. 133; jeweils mit Zitaten.

⁶⁵ BGE 16, S. 805 ff., E.2.

⁶⁶ ROLF H. WEBER, *Basler Kommentar* (OR I, 3. Aufl.), N 16 zu Art. 422 OR; vgl. auch BGE 126 III 387, wonach Art. 422 Abs. 1 OR eine „vertragsähnliche Regel“ enthält.

⁶⁷ Vgl. BGE 101 II 269 f.; 104 II 94; 108 II 422; 121 III 355.

⁶⁸ Zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 45, Nr. 972; STEPHEN BERTI, *Zürcher Kommentar*, N 39 f. zu Art. 127 OR.

⁶⁹ Bei der Risikohaftung des Gefälligkeitsnehmers ohne „schädigende Handlung“ des Ersatzpflichtigen versagt dieser Ansatzpunkt.

⁷⁰ Vgl. z.B. BGE 90 II 440; 106 II 134 ff.

⁷¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 6, Nr. 3512; anders z.B. STEPHEN BERTI, *Zürcher Kommentar*, N 129 zu Art. 130 OR, und WOLFGANG WIEGAND, *Basler Kommentar* (OR I, 3. Aufl.), N 52 zu Art. 97 OR.

IV. Bereicherung aus Vertragsbruch

10. Der letzte Bereich, den ich nun angehen will, beschlägt die *Fälle, in denen ein Vertragsschuldner sich durch Vertragsverletzung bereichert*. Dass dies vorkommt, zeigen folgende Beispiele: Ein Aktienkäufer hat sich verpflichtet, die von ihm gekauften Aktien während einer bestimmten Zeit überhaupt nicht oder nicht zu einem höheren Preis zu veräussern, als er selber bezahlt hat; er tut es doch und mit Gewinn. Der Erwerber eines Grundstücks hat sich verpflichtet, das erworbene Grundstück nicht an den Nachbarn des Verkäufers zu veräussern; er tut es doch und mit Gewinn. Einem Mieter ist es vertraglich untersagt, das Mietobjekt weiter zu vermieten; er tut es doch und zu einem höheren Mietzins, als er selber schuldet. Der frühere Geschäftspartner eines Gewerbetreibenden hat sich verpflichtet, kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben; er tut es doch und mit finanziellem Erfolg.

Für solche und ähnliche Sachverhalte stellt sich *die Frage*, ob der verletzte Vertragsgläubiger die durch Vertragsbruch erzielte Bereicherung des vertragsuntreuen Vertragspartners heraus verlangen kann, ohne dass er durch das vertragswidrige Verhalten des andern Teils zugleich in absolut geschützten Rechten oder in einer wettbewerbsrechtlich geschützten Position verletzt wurde⁷². Diese Frage ist bei *reinen* Vertragsverletzungen (um die es hier geht) vor allem dann von praktischer Bedeutung, wenn der Vertragsgläubiger infolge der Vertragsverletzung überhaupt keinen oder einen geringeren Schaden [312] erleidet, als die Bereicherung des Vertragsuntreuen ausmacht⁷³, was einen Schadenersatzanspruch zum vornherein ausschliesst oder betragsmässig hinter der vertragswidrig erzielten Bereicherung des Vertragsschuldners zurückhält. Soweit die Parteien die Frage des Herausgabeanspruchs durch eine vertragswirksame Abrede geregelt haben, was selten vorkommt, beurteilt sich dessen Bestand nach der getroffenen Vereinbarung. Im Übrigen gilt, was folgt:

11. Abgesehen von einigen Sonderbestimmungen (namentlich Art. 464 und 540 Abs. 2 OR)⁷⁴, die nach ihrem gängigen Verständnis den vertragsuntreuen Vertragspartner zur Herausgabe des aus der Vertragsverletzung erlangten Gewinns verpflichten, enthält *das gesetzliche Vertragsrecht* keine Regel, die es dem Vertragsgläubiger gestattet, die Bereicherung aus Vertragsbruch herauszuverlangen. So verhält es sich auch mit Bezug auf die verbotene Untervermietung.

Dennoch hat das Bundesgericht in BGE 126 III 72 f. erkannt, dass der Mieter, der die Mietsache vertragswidrig untervermietet, den dadurch erzielten Gewinn grundsätzlich herausgeben muss. Der zitierte Entscheid, der von einem Teil der Literatur begrüsst wurde⁷⁵, aber vom früheren BGE 39 II 706 f. abweicht, beruft sich auf Art. 423 Abs. 1 OR zur unechten Geschäftsführung ohne Auftrag. Inhaltlich deckt er sich mit der Lehre, die namentlich von JÖRG SCHMID in seinen Publikationen zur Geschäftsführung ohne Auftrag vertreten wird. Über die vertragswidrige Untermiete oder Unterpacht hinaus hält dieser Autor⁷⁶ ganz allgemein

⁷² Zu diesen Sonderfällen, die ich im Folgenden ausser Acht lasse, vgl. JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 69 ff. zu Art. 423 OR.

⁷³ Vgl. PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 778.

⁷⁴ Dazu JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 74 ff. zu Art. 423 OR. Um Schmiergelder, die unter Verletzung einer vertraglichen Treuepflicht entgegengenommen wurden, vom vertragsuntreuen Kontrahenten abzuziehen, wird bisweilen auch auf Art. 321b oder Art. 400 Abs. 1 OR gegriffen (vgl. z.B. ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 3 zu Art. 321b OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 400 OR; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1247; zur Anwendung des § 667 BGB auf Schmiergelder vgl. für Deutschland den Kommentar PALANDT, BGB-Kurzkomentar, 63. Aufl., München 2003, N 3 zu § 667 BGB).

⁷⁵ Vgl. JÖRG SCHMID, recht 2000, S. 205 ff.; CHRISTINE CHAPPUIS, SZW 2000, S. 201 ff.; INGEBORG SCHWENZER, zit. in Fn. 37, S. 359. Zurückhaltend dagegen WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 2002, S. 345.

⁷⁶ JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 77 ff. zu Art. 423 OR; ausführlicher: DERSELBE, Geschäftsführung,

dafür, dass „die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung nach Art. 423 ... grundsätzlich auch bei reinen Vertragsverletzungen zu bejahen“ sei, „sofern der Verletzer den Gewinn in einem Lebensbereich erzielt, der durch die vertragliche Ordnung ausschliesslich dem [313] verletzten Kontrahenten zugewiesen ist“. Vorbehalten blieben gesetzliche Bestimmungen, deren Auslegung ergebe, dass (wie etwa bei der Missachtung arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote) die Schadenersatzsanktion abschliessend gedacht sei.

12. Durch diesen (allgemeinen) Einbezug des originär deliktischen⁷⁷ Art. 423 Abs. 1 OR in den Bereich der Vertragsverletzung werden *die gesetzlichen Grenzen des vertragsrechtlichen Sanktionensystems überschritten*. Dem liegt die Einschätzung zugrunde, dass es „stossend“ wäre, wenn der Verletzer die Vorteile seiner Vertragsverletzung behalten könnte, und dass das Gesetz in den Sonderbestimmungen, die eine Gewinnabschöpfung im vertraglichen Bereich gestatten, selber vom Ungenügen der gesetzlichen Schadenersatzsanktion ausgeht.⁷⁸ Obwohl ich nicht meine, dass sich aus den wenigen Sonderbestimmungen des Gesetzes leichthin auf ein allgemeines Prinzip schliessen lässt, erachte ich es doch für richtig, die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung auch bei reinen Vertragsverletzungen zuzulassen⁷⁹, soweit (erstens) das Gesetz keine gegenteilige Bestimmung enthält und (zweitens) der Gewinn „in einem Lebensbereich“ erzielt wird, „der durch die vertragliche Ordnung ausschliesslich dem verletzten Kontrahenten zugewiesen ist“.⁸⁰

Die zweite der erwähnten Voraussetzungen, die sich auf die Herkunft des Gewinns bezieht, basiert auf der gesetzgeberischen Regelungsidee, wonach der Eigengeschäftsführer des Art. 423 OR sich ein fremdes Geschäft anmass, indem er sich in einen fremden Interessenkreis (in ein fremdes Vermögen oder eine fremde Rechtssphäre) einmischt⁸¹. Die Voraussetzung dient „einer vernünftigen Eingrenzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs“⁸², ist aber doch so formuliert, dass sie sich nicht wertungs- und zweifelsfrei auf die zu [314] beurteilenden Sachverhalte der vertragswidrigen Bereicherung anwenden lässt. In den eingangs (Ziff. 10) erwähnten Beispielen der verbotenen Untervermietung und des verletzten Konkurrenzverbotes ist die Voraussetzung meines Erachtens erfüllt⁸³, in den übrigen zwei Beispielen

zit. in Fn. 54, S. 395 ff. Zum angesprochenen Problemkreis vgl. auch ROLF H. WEBER, Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111, 1992 I, S. 333 ff.

⁷⁷ Vgl. BGE 126 III 387.

⁷⁸ JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 77 Art. 423 OR.

⁷⁹ Ebenso: CHRISTINE CHAPPUIS, *La restitution des profits illégitimes*, th. Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, S. 142 f.; anders EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 262, der bei reinen Vertragsverletzungen einen Gewinnherausgabeanpruch verneint, indem er Art. 423 Abs. 1 OR nur „bei Verletzung absoluter Rechte und ähnlicher Rechtsstellungen“ zur Anwendung bringen will.

⁸⁰ Für einen Gewinnabschöpfungsanspruch auch bei reinen Vertragsverletzungen spricht unter anderem der immer wieder zitierte „Fundamentalsatz“, dass Unrecht sich nicht lohnen und Illoyalität nicht belohnt werden soll, der einen positivrechtlichen Niederschlag in Art. 423 Abs. 1 OR gefunden hat und dessen *Maxime* sich auf Vertragsverhältnisse übertragen lässt. Ausserdem dient eine Herausgabepflicht des Verletzers der Prävention, indem sie einen Vertragsschuldner davon abhalten kann, den Vertrag um des Gewinnes willen zu verletzen.

⁸¹ Vgl. dazu JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 423 OR, und ROLF H. WEBER, *Basler Kommentar (OR I, 3. Aufl.)*, N 5 zu Art. 423 OR.

⁸² JÖRG SCHMID, *Geschäftsführung*, zit. in Fn. 54, S. 396.

⁸³ In beiden Beispielen greift das vertragswidrige Verhalten in die dem verletzten Vertragspartner vertraglich vorbehaltene Sphäre ein (JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 79 und N 81 zu Art. 423 OR; vgl. auch ROLF H. WEBER, *Gewinnherausgabe*, zit. in Fn. 76, S. 337 f.). Gleich verhält es sich, wenn ein Arbeitnehmer das mit seinem früheren Arbeitgeber vereinbarte Konkurrenzverbot übertritt. In diesem Fall allerdings stellt sich die Frage, ob die Schutzbestimmung des Art. 340b OR einen Gewinnherausgabeanpruch des verletzten Vertragspartners zulässt (vgl. dazu JÖRG SCHMID, N 82 zu Art. 423 OR).

(Aktien- und Grundstückverkauf) eher nicht⁸⁴. Hinsichtlich der verbotenen Untervermietung gelange ich somit zum gleichen Ergebnis wie das Bundesgericht in BGE 126 III 72 f. Zu den anderen Beispielen sind mir keine höchstrichterlichen Urteile bekannt, die sich mit der Frage der Gewinnabschöpfung befassen. Überhaupt gibt es zur Bereicherung aus Vertragsbruch nur wenig Rechtsprechung⁸⁵, was es ausschliesst, sich bei der Beurteilung der möglichen Abschöpfungsfälle an einer eingelebten (oder gar „bewährten“) Gerichtspraxis zu orientieren. Aber auch die zugehörige Dogmatik ist erst in einer geringen Masse entwickelt, weshalb sie insgesamt ebenso viele Probleme ohne sichere Lösungen als sichere Lösungen für Probleme aufzeigt. Der Fortgang der Entwicklung wird vielleicht zur Einsicht führen, dass die Gewinnabschöpfung im vertragsrechtlichen Kontext mit einer grösseren Distanz zu Art. 423 Abs. 1 OR⁸⁶ und vermehrt mit spezifisch vertraglichen Argumenten angegangen werden sollte, nachdem die Bereicherung aus Vertragsbruch den Gegenstand einer genuin vertragsrechtlichen Ordnungsaufgabe bildet⁸⁷. Jedenfalls aber steht fest:

13. [315] Mit der Übernahme des in Art. 423 Abs. 1 OR vorgesehenen Herausgabeanspruchs in das Vertragsrecht erlangt dieser Anspruch die Qualität einer *Sanktion für vertragswidriges Verhalten*. Mit Rücksicht darauf steht er dem verletzten Vertragsgläubiger nur dann zu, wenn die vertragsbrüchige Partei die Vertragsverletzung verschuldet (Art. 97 Abs. 1 OR) oder wenn sie für das Verhalten einer Hilfsperson (Art. 101 OR) einzustehen hat.⁸⁸ Das gilt unabhängig

⁸⁴ In den Beispielen des Aktien- und Grundstückverkaufs (Ziff. 10) verletzt der Käufer eine Unterlassungspflicht mit Bezug auf eine Sache, die aus dem Geschäftsbereich des Verkäufers ausgeschieden ist, ohne dass sein vertragswidriges Verhalten sonstwie in die Geschäftssphäre des Verkäufers eingreift. Möglich ist allerdings, dass sich aus dem Zweck der verletzten Abrede eine andere Einschätzung ergibt, weil die Vereinbarung der Unterlassungspflicht z.B. darauf gerichtet war, wirtschaftliche Interessen des Verkäufers für die Zeit nach dem Vollzug des Veräusserungsvertrages zu schützen.

⁸⁵ Vgl. die Zitate bei CHRISTINE CHAPPUIS, zit. in Fn. 79, S. 44 f. und S. 125 ff.

⁸⁶ Vgl. auch WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 2002, S. 345, dem „die Ausdehnung des Tatbestandes des Artikel 423 OR auf die Vertragsverletzung in vielerlei Hinsicht als problematisch“ erscheint.

⁸⁷ So noch der frühe BGE 34 II 699 f., worin der vertragsrechtliche Gesichtspunkt ganz im Vordergrund stand. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht eine Gewinnabschöpfung aus verletztem Dienstverhältnis auf eine „Regel des Dienstvertrages“ zurückgeführt, „der sich der Dienstverpflichtete beim Vertragsabschluss mangels einer gegenteiligen Erklärung stillschweigend als einem Bestandteil des gesetzlichen Vertragsinhaltes“ unterziehe, während weitere Rechtsgründe wie Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung nicht zuträfen. Damit wurde ein rein vertragsrechtlicher Lösungsweg eingeschlagen, wie er auch unter Berufung auf den „hypothetischen Parteiwillen“ (dem heutigen Leitbild für die richterliche Vertragsergänzung) gangbar wäre. Ich meine, dass ein solcher Lösungsweg nach wie vor überlegenswert ist, obwohl ich ihn im vorliegenden Beitrag nicht weiter verfolge.

⁸⁸ Scheitert der Herausgabeanspruch des verletzten Vertragsgläubigers einzig an dieser (subjektiven) Voraussetzung, so stellt sich die Frage, ob der Verletzte sich allenfalls auf die *Eingriffskondition* berufen kann, um zumindest einen Bereicherungsanspruch nach Art. 62 Abs. 1 OR geltend zu machen, der nach Art und Umfang hinter der Gewinnabschöpfung nach Art. 423 Abs. 1 OR zurückbleibt (vgl. JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 186 zu Art. 423 OR; INGEBORG SCHWENZER, zit. in Fn. 37, S. 364 f.; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., N 11 zu Art. 423 OR). Selbst wenn man mit der neueren Rechtsprechung (BGE 129 III 425) annimmt, dass dieser Anspruch keine Entreicherung des Anspruchsberechtigten voraussetzt, melden sich Zweifel, ob die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Eingriffskondition auch zur Sanktionierung reiner Vertragsverletzungen verwendet werden soll (vgl. demgegenüber z.B. MARKUS NIETLISBACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1994, S. 437 ff.). Jedenfalls aber wäre es sachgerecht, die Eingriffskondition im Bereiche der Vertragsverletzung an die gleiche subjektive Voraussetzung zu knüpfen wie die Gewinnabschöpfung nach Art. 423 Abs. 1 OR, also davon abhängig zu machen, dass der Vertragsschuldner die Vertragsverletzung verschuldet (Art. 97 Abs. 1 OR) oder nach Art. 101 OR zu vertreten hat. Dass die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Massgabe der gesetzlichen Art. 62 ff. OR vom Verschulden des Bereicherten unabhängig sind (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 45, Nr. 1478a), ist kein zwingendes Gegenargument, da die konkrete Ausgestaltung der Eingriffskondition eine „Aufgabe richterlicher Rechtsbildung“ darstellt (vgl. WALTER R. SCHLUEP, Über Eingriffskonditionen, in: Mélanges PAUL PIOTET, Bern 1990, S. 183), die auf die Be-

davon, ob man im ausservertraglichen (originären) Anwendungsbereich des Art. 423 Abs. 1 OR den Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn an den bösen Glauben und damit an das Verschulden des Eigengeschäftsführers knüpft⁸⁹ oder es mit dem inzwischen überholten BGE 97 II 177 f. hält, wonach der Anspruch kein Verschulden voraussetzt und auch den gutgläubigen Geschäftsführer trifft⁹⁰. Unter dem Gesichtspunkt der Prävention gegen profiteuse Vertragsverletzungen⁹¹ wäre es sogar genügend [316] und sinnvoll, dem Verletzter den vertragswidrig erzielten Gewinn nur bei vorsätzlicher Vertragsverletzung wieder abzunehmen.⁹²

Hat nun aber der verletzte Vertragsgläubiger im konkreten Fall ein Recht auf Herausgabe des aus Vertragsbruch erzielten Gewinns, so kann er diesen Anspruch nicht kumulativ zu einem allfälligen Schadenersatzanspruch aus der gleichen Vertragsverletzung geltend machen. Vielmehr konkurrieren die beiden Ansprüche im Umfang ihres Bestandes, so dass der eine Anspruch in dem Masse erlischt, als der andere erfüllt wird. Doch kann der Herausgabeanspruch den Schadenersatzanspruch übersteigen, ja sogar dann bestehen, wenn es an einem Schaden fehlt, der zu ersetzen wäre⁹³. Dementsprechend kommt es für die Zusprechung eines Herausgabeanspruchs auch nicht *darauf* an, „ob einer Schadenersatzklage erhebliche Beweisschwierigkeiten im Wege stehen“⁹⁴.

14. In den bisherigen Ausführungen habe ich mich von der Vorstellung leiten lassen, dass die Bereicherung aus Vertragsbruch in einer Vergrösserung des Vermögens (einem „*lucrum emergens*“) besteht, durch die das Vermögen der vertragsuntreuen Partei vermehrt wird. Möglich ist aber auch, dass der Verletzer *um eine Ersparnis bereichert* wird, wie es die folgenden Beispiele zeigen:

Ein Unternehmer hat sich verpflichtet, für die Ausführung eines zu einem Pauschalpreis übernommenen Werkes Schweizer Sprengstoff zu verwenden; er verwendet ausländischen Sprengstoff zu einem billigeren Anschaffungspreis. Einem Festpreisunternehmer ist es vertraglich verboten, Subunternehmer einzusetzen; er tut es doch, indem er einen Subunternehmer beizieht, dessen Vergütungskosten geringer sind als die Kosten einer persönlichen Vertragserfüllung. Ein Unternehmen hat die Bewachung eines Objektes gegen eine monatliche Vergütung in bestimmter Höhe übernommen und vertraglich zugesichert, das Objekt werde jede Nacht von zwei Leuten dreimal kontrolliert; das Bewachungsunternehmen lässt das Objekt zwar jede Nacht, aber nur durch eine Person und nur zweimal kontrollieren, ohne dass die Minderbewachung zu einem Nachteil des Auftraggebers führt.

In derartigen Fällen fragt es sich, ob der verletzte Vertragsgläubiger einen Anspruch auf die Herausgabe der Ersparnis hat. Das ist (unter Vorbehalt einer [317] anderslautenden Vereinbarung) zu verneinen, selbst wenn die Vertragsverletzung schuldhaft, ja sogar vorsätz-

sonderheiten des der Kondiktion zgedachten Einsatzgebietes Rücksicht nehmen kann und muss. Soweit die Eingriffskondiktion zur Komplementierung des vertragsgesetzlichen Sanktionensystems dienen und damit eine vertragsrechtliche Sanktionslücke schliessen soll, ist es richtig und systemgerecht, sie dem durch die Hilfspersonenhaftung ergänzten Verschuldensprinzip des Vertragshaftungsrechts zu unterwerfen.

⁸⁹ Die Lehrmeinungen sind geteilt. Vgl. dazu JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, N 28 ff. zu Art. 423 OR, der selber (in N 32 ff.) das Verschuldenserfordernis befürwortet, was nach HEINRICH HONSELL (zit. in Fn. 60, S. 331) der herrschenden Meinung entspricht.

⁹⁰ Anders jetzt BGE 126 III 72, 126 III 386 und 129 III 425.

⁹¹ Vgl. Fn. 80.

⁹² Vgl. dazu JOHANNES KÖNDGEN, Immaterialschadenersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen des Vertragsbruchs?, RABELS ZEITSCHRIFT für ausländisches und internationales Privatrecht 1992, S. 728 ff. und S. 742 ff.

⁹³ Anders offenbar JOHANNES KÖNDGEN, zit. in Fn. 92, S. 730: „Wo der opportunistische Vertragsbruch mit keinerlei Schadensrisiken für den Gläubiger einhergeht, besteht auch keine Notwendigkeit, dem Schuldner seinen Gewinn abzunehmen.“

⁹⁴ Vgl. demgegenüber JÖRG SCHMID, recht 2002, S. 208.

lich begangen wurde oder wenn es für einen Schadenersatzanspruch des verletzten Gläubigers an einem erlittenen Schaden fehlt. Denn der Schuldvertrag gibt dem Vertragsgläubiger zwar ein Forderungsrecht auf vertragsgemässe Erfüllung, schützt aber nicht ein davon verschiedenes Interesse des Gläubigers, dass der Schuldner einen bestimmten Kostenaufwand betreibt. Bezogen auf Art. 423 Abs. 1 OR, scheitert ein Herausgabeanspruch des Gläubigers daher auch an der Voraussetzung, dass der herauszugebende Gewinn aus einem Lebensbereich stammt, „der durch die vertragliche Ordnung ausschliesslich dem verletzten Kontrahenten zugewiesen ist“. Wollte man dies anders sehen, um die möglichen Herausgabeansprüche des Vertragsgläubigers auf die Ersparnisbereicherung des Schuldners auszudehnen, so müsste diese Sichtweise sinngemäss für alle Bereicherungen aus Vertragsbruch gelten. Und das wiederum hätte zur Folge, dass praktisch jede Bereicherung aus verschuldeter oder nach Art. 101 OR zu vertretender Vertragsverletzung eine Herausgabepflicht des Vertragsschuldners begründen könnte, was eine weitreichende und jedenfalls von Art. 423 Abs. 1 OR losgelöste Option wäre.

Indem ich einen Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des durch Vertragsverletzung Ersparnen verneine, beschränke ich hier die Rechtsbehelfe des Verletzten auf die anderen Rechte, die sich allenfalls aus der Vertragsverletzung ergeben. Für den Bestand eines Schadenersatzanspruchs wird es freilich in vielen Fällen schon am erforderlichen Schaden fehlen. Sonstige Rechtsbehelfe, die in Frage kommen, sind z.B. die vertragstypischen Mängelrechte, die das Gesetz bei verschiedenen Verträgen vorsieht.⁹⁵ Sie knüpfen sich an den vertragswidrigen (mangelhaften) Zustand einer veräusserten, zum Gebrauch überlassenen oder hergestellten Sache, versagen also ihren Dienst, wenn sich das vertragswidrige Verhalten des Schuldners (z.B. der unerlaubte Beizug eines Subunternehmers) nicht in einem solchen Mangel niederschlägt. So verhält es sich auch mit dem Minderungsrecht, das dem Vertragsgläubiger in den gesetzlich geregelten Fällen eine dem Minderwert der mangelhaften Leistung entsprechende Herabsetzung der von ihm geschuldeten Gegenleistung gestattet. Rechtsfortbildend bleibt zu überlegen, ob die Möglichkeit einer Vergütungsminderung über die gesetzlichen Fälle hinaus als allgemeines Prinzip für Schlechtleistungen anzuerkennen wäre, so wie eine entsprechende Möglichkeit, die geschuldete Vergütung herabzusetzen, bereits für das Auftragsrecht anerkannt ist⁹⁶. Mit dem Schadenersatz hat die Minderung der [317] Vergütung indes gemeinsam, dass sie nicht an der vertragswidrigen Bereicherung des Schuldners ansetzt, also nicht dazu bestimmt ist, die aus Vertragsbruch erworbene Bereicherung vom vertragsuntreuen Vertragspartner abzuziehen.

V. Schluss

15. Nach der Bereicherung aus Vertragsbruch, die ich soeben behandelt habe, bin ich jetzt *am Ende meines Programms* angelangt, das ausgewählten Grenzüberschreitungen gewidmet war, um beispielhaft aufzuzeigen, wie Lehre und Rechtsprechung das Recht fortentwickeln. Dem Deskriptiven, das schon an sich und unausweichlich von meiner individuellen Wahrnehmung geprägt wurde, habe ich da und dort noch eigene Kommentare und Anregungen beigelegt, wie es sich für ein Geburtstagsgeschenk geziemt. Am leichtesten ist mir dies beim Schadensbegriff gefallen, am schwersten bei der Bereicherung aus Vertragsbruch, obwohl es für deren

⁹⁵ Vgl. Art. 205 ff./219 OR (Kauf), Art. 237 f. OR (Tausch), Art. 258/259a OR (Miete), 288 OR (Pacht), 368 OR (Werkvertrag).

⁹⁶ Vgl. statt vieler: BGr. Semjud 122, 2000, S. 485 ff.; BGE 124 III 423 ff.; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1988, AISUF Band 87, S. 204 ff.; PHILIPP GMÜR, Die Vergütung des Beauftragten, Diss. Freiburg 1994, AISUF Band 136, S. 156 ff.; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar (OR I, 3. Aufl.), N 43 zu Art. 394 OR.

Bewältigung noch keine bewährten Standardrezepte gibt. Das mag paradox erscheinen, ist es aber nicht, wenn man bedenkt, dass eingetrampelte Wege geradezu ein Anreiz sind, sie streckenweise zu verlassen, während dort, wo die Spuren erst dürftig verlaufen, die Konzentration sich erst einmal auf die Spurensuche zu richten hat.

16. Ob Dir, lieber HANS PETER, die hier aufgetischte Mischung aus Fremdem und Eigenem schmecken wird, weiss ich nicht. Ich habe gegeben, was ich konnte, um zum Gesamtmenü dieser Festschrift auch aus meiner Küche etwas beizutragen. Als „Feinschmecker“ wirst Du darin gewiss den einen oder anderen Irrtum (ein immanentes Risiko des Schreibens!) entdecken, was natürlich unerfreulich ist, da Du ja für die Nachteile, die mir daraus erwachsen, nach Art. 422 Abs. 1 OR einstehen musst. Dennoch hoffe ich, dass Dir die Festschrift als Ganzes jene Geburtstagsfreude bereitet, die sie Dir bereiten soll.

Schon im ersten Jahr einer Professur den sechzigsten Geburtstag zu feiern, und dazu noch mit einer Festschrift, ist zumindest für schweizerische Verhältnisse jenseits des Gewöhnlichen. Das Aussergewöhnliche ist freilich, bezogen auf Dich, nicht aussergewöhnlich. Und so wirst Du auch als Professor, der Du für den Rest Deiner Berufslaufbahn geworden bist, Aussergewöhnliches leisten, ohne dass dies irgendwen überraschen wird. Die [319] Richtermacht ist Dir zwar abhanden gekommen. Was Dir aber bleibt, sind Dein Instinkt für das Leben und die daraus fliessende Macht der Überzeugungskraft. Und, um auf den Anfang meines Beitrages zurückzukommen, wage ich zu fragen: Ist die Macht der Überzeugungskraft nicht ebenso wichtig wie die Macht des Richters, wo doch ein richterliches Urteil ohne Überzeugungskraft nichts Weiteres wäre als schierer Zwang? Da scheint es mir doch besser zu sein, dass die Dogmatik, soweit sie nicht zu überzeugen vermag, nicht auch noch zwingt. Überzeugen, nicht aber zwingen, ist das nicht wahre „grandezza“?