Vorteilsherausgabe nach vorsätzlichen Vertragsverletzungen im nationalen und internationalen Recht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Marius Jan Stucki
von
Diemtigen BE

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Oktober 2018 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Thomas Koller und Prof. Dr. Christoph Brunner, als Dissertation angenommen.

Originaldokument gespeichert auf dem Webserver der Universitätsbibliothek Bern

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte zu http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/ oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

source: https://doi.org/10.24442/boristheses.816 | downloaded: 28.7.2025

Meiner Familie

Vorwort

Ich bedanke mich herzlich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Thomas Koller, für die wunderbare Zeit als Assistent und Doktorand am zivilistischen Seminar der Universität Bern. Ich habe unsere zahlreichen Diskussionen und die stetige Unterstützung überaus geschätzt. Prof. Dr. Christoph Brunner danke ich ebenfalls für den immerzu herzlichen Kontakt und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden Herren danke ich zudem für die Unterstützung bei der Planung sowie Prof. Dr. Pauline Ridge bei der Durchführung meines Forschungsaufenthalts am Australian National University (ANU) College of Law.

Sehr dankbar bin ich zudem RA MLaw Julia Aeschbacher, RA Dr. Manfred Strik und MLaw Nils Sommer für die Durchsicht des Manuskripts und die inhaltlichen und formellen Ratschläge. Schliesslich möchte ich mich auch bei den Kolleginnen und Kollegen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern bedanken für die schöne gemeinsame Zeit.

Manuskriptschluss dieser Arbeit war am 4. Juni 2018. Judikatur und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Die Publikation der Arbeit erfolgte im November 2018 in Bern.

Shenzhen, im November 2018 Marius Stucki

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis IX
I. Einleitung 1
II. Vorbemerkungen 3
A) Eingangsbeispiel 3
B) Zielsetzung, Gliederung und Eingrenzung 4
III. Grundlagen 7
A) Übersicht und Begriffsverwendung 7
B) Opportunistische Vertragsverletzung 7
C) Vorteilsherausgabe 11
D) Fallgruppen 17
IV. Moral und Wirtschaftlichkeit im Vertragsrecht 33
A) Einleitung und Übersicht 33
B) Efficient breach theory 36
C) Moralische Gedankenanstösse aus dem common law 39
D) Mängel der efficient breach theory 55
E) Argumente für eine vertragliche Vorteilsabschöpfung 66
F) Fazit 75
V. Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen im Schweizer Recht 77
A) Einleitung und Übersicht 77
B) Schadenersatzrecht 81
C) Stellvertretendes Commodum 90
D) Bereicherungsrecht 105
E) Geschäftsführung ohne Auftrag 115
F) Ergebnisse 132
G) Mögliche Ausgestaltung eines allgemeinen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe bei Vertragsverletzungen 133
H) Fazit 142

VI. Vorteilsherausgabe in internationalen Regelwerken 145
A) Einleitung und Übersicht 145
B) CISG 146
C) UNIDROIT Principles, PECL und DCFR 168
D) Fazit 177
VII. Zusammenfassung 181
Abkürzungsverzeichnis 185
Literaturverzeichnis 193
Materialien 207

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis IX
I. Einleitung 1
II. Vorbemerkungen 3
A) Eingangsbeispiel 3
B) Zielsetzung, Gliederung und Eingrenzung 4
III. Grundlagen 7
A) Übersicht und Begriffsverwendung 7
B) Opportunistische Vertragsverletzung 7
1. Vertragsverletzung 8
2. Vorteilserlangung 9
3. Vorsatz 11
C) Vorteilsherausgabe 11
1. Definition 11
2. Abgrenzung zu anderen Rechtsbegriffen 13
a. Schweizerisches Recht 13
b. Common law 14
D) Fallgruppen 17
1. Doppelvertrag 17
2. Ersparnisbereicherung 22
3. Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht 26
4. Fazit 32
IV. Moral und Wirtschaftlichkeit im Vertragsrecht 33
A) Einleitung und Übersicht 33
B) Efficient breach theory 36
C) Moralische Gedankenanstösse aus dem common law 39
1. Wegbereiter einer vertraglichen Vorteilsherausgabe 39
2. Attorney General v. Blake 45

3. Reaktionen auf das Urteil Blake ... 48
4. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment ... 51
5. Fazit ... 54
D) Mängel der efficient breach theory ... 55
1. Ungenügende Kompensation des Gläubigers durch Schadenersatz ... 55
a. Erfüllungsinteresse ... 56
b. Nicht ersatzfähiger Schaden ... 57
c. Emotionale Folgen einer vorsätzlichen Vertragsverletzung ... 59
d. Schadensbeweis ... 60
2. Keine effizientere Güterzuteilung durch Doppelverträge ... 63
3. Keine Einsparung von Kosten beim Doppelvertrag ... 64
4. Wirtschaftlich unerwünschter Vertrauensverlust ... 65
E) Argumente für eine vertragliche Vorteilsabschöpfung ... 66
1. Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens ... 66
2. Präventivwirkung ... 67
3. Förderung von Lösungen auf Verhandlungsbasis ... 69
4. Gleichbehandlung mit der Verletzung absoluter Rechte ... 70
5. Ausfluss des Anspruchs auf Realerfüllung ... 72
6. Fehlender Strafcharakter ... 74
F) Fazit ... 75
V. Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen im Schweizer Recht ... 77
A) Einleitung und Übersicht ... 77
B) Schadenersatzrecht ... 81
1. Allgemeines ... 81
2. Schadensberechnung auf der Grundlage des Verletzergewinns ... 83
3. Exkurs: Minderung ... 85
4. Stellungnahme ... 87

C) Stellvertretendes Commodum 90
1. Allgemeines 90
2. Commodumanspruch bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit 93
3. Commodum ex negotiatione 94
4. Zusammenhang zwischen Umstand der Leistungsunmöglichkeit und Surrogat 96
5. Umfang des Commodumanspruchs 98
6. Commodumanspruch beim Doppelvertrag 99
7. Commodumanspruch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten 102
8. Stellungnahme 104
D) Bereicherungsrecht 105
1. Allgemeines 105
2. Eingriffskondiktion 107
a. Bereicherung 107
b. Entreicherung 108
c. Eingriff in die fremde Rechtssphäre 109
d. Umfang der Eingriffskondiktion 112
3. Stellungnahme 114
E) Geschäftsführung ohne Auftrag 115
1. Allgemeines 115
2. Eigengeschäftsführung 115
a. Böser Glaube 116
b. Umfang der Herausgabepflicht 118
c. Geschäftsführung 119
3. Rechtsprechung zur Vorteilsherausgabe bei unerlaubter Untermiete 123
a. Kasuistik 123
b. Analyse 125
4. Stellungnahme 127

5. OR 2020 ... 130
F) Ergebnisse ... 132
G) Mögliche Ausgestaltung eines allgemeinen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe bei Vertragsverletzungen ... 133
1. Revision der Geschäftsanmassung ... 133
2. Revision von Art. 97 OR ... 135
a. Vertragsverletzung ... 136
b. Vorteil ... 136
c. Konnex zwischen Vertragsverletzung und Vorteilserlangung ... 138
d. Vorsatz ... 138
e. Beschränkungskriterium Billigkeit ... 139
f. Verhältnis zum Anspruch auf Schadenersatz ... 140
3. Einzelfallgerechtigkeit nach Art. 2 Abs. 1 ZGB ... 140
H) Fazit ... 142
VI. Vorteilsherausgabe in internationalen Regelwerken ... 145
A) Einleitung und Übersicht ... 145
B) CISG ... 146
1. Einleitung ... 146
2. Lehrmeinungen zum Anspruch auf Vorteilsherausgabe ... 148
3. Regelungsgegenstand des CISG ... 150
4. Vorteilsherausgabe und die allgemeinen Grundsätze des CISG ... 153
a. Principle of sanctity of contracts und principle of good faith ... 153
b. Paramount performance principle ... 153
c. Prinzip der Totalreparation ... 154
5. Vorteilsherausgabe gestützt auf die speziellen Bestimmungen des CISG ... 155
a. Art. 74 CISG: Schadenersatz ... 155
b. Art. 50 CISG: Minderung ... 160

c. Art. 84 CISG: Vorteilsausgleichung nach Vertragsaufhebung ... 163
C) UNIDROIT Principles, PECL und DCFR ... 168
1. Einleitung ... 168
2. Analyse der Regelwerke ... 170
a. Schadenersatz ... 171
b. Pflicht zur Vertraulichkeit ... 174
c. Vorteilsherausgabe bei Vertragsaufhebung ... 176
D) Fazit ... 177
VII. Zusammenfassung ... 181
Abkürzungsverzeichnis ... 185
Literaturverzeichnis ... 193
Materialien ... 207

I. Einleitung

Diese Arbeit befasst sich mit der Rechtsfolge von Vertragsverletzungen, welche zum Zweck der Vorteilserlangung begangen werden. Solche Vertragsverletzungen weisen gegenüber einer „gewöhnlichen" Vertragsverletzung zwei besondere Eigenschaften auf: Zum einen ist dies die aus der Verletzung resultierende Vermögensverbesserung des Verletzers, zum anderen ist es der Vorsatz des Verletzers, der sowohl die Vertragsverletzung als auch seine daraus folgende Vermögensverbesserung umfasst. Die Festlegung der sachgerechten Rechtsfolge verlangt eine umfassende Abwägung der einander entgegenstehenden Interessen. Ausgangspunkt dieser Interessenabwägung ist zunächst der Grundsatz *pacta sunt servanda*, wonach abgeschlossene Verträge grundsätzlich einzuhalten sind. Gleichzeitig gilt es aber auch, das Prinzip der Wirtschaftlichkeit zu beachten. Demnach soll jede Vertragspartei stets das bestmögliche wirtschaftliche Fortkommen anstreben dürfen. 1

Die zentrale Stossrichtung der Rechtsfolge von Vertragsbrüchen ist klar. Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht begründet sowohl nach schweizerischem Recht wie auch nach ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken typischerweise einen Anspruch auf Schadenersatz. Erleidet eine Vertragspartei aufgrund eines dem Vertragspartner zurechenbaren Ereignisses einen Vermögensnachteil, so soll der Verletzer diesen Nachteil kompensieren. Massgeblich sind dabei gewöhnlich einzig die Auswirkungen der Pflichtverletzung auf das Vermögen der verletzten Partei. Deren Vermögensveränderung stellt sowohl die Grundlage als auch die Begrenzung des Ersatzanspruchs dar. Es ist somit möglich, dass der Verletzer durch seinen Vertragsbruch Vorteile erlangt, welche allfällig geschuldete Ersatzzahlungen übersteigen. Aus der Perspektive des Schuldners liegt diesfalls eine gewinnbringende Vertragsverletzung vor. 2

Fraglich ist, ob die Leistung von Schadenersatz an den Gläubiger in einem solchen Fall angemessen ist. Wie eingangs erwähnt, steht das Interesse des vertragsbrüchigen Schuldners, mittels einer Vertragsverletzung wirtschaftliche Vorteile erzielen zu können, dem Interesse des auf *pacta sunt servanda* vertrauenden Vertragspartners entgegen. Nebst den konkreten Parteierwartungen sind aber auch abstrakte moralische Interessen zu berücksichtigen. Soll es möglich sein, dass eine Vertragspartei durch gezielte Vertragsverletzung eine wirtschaftliche Besserstellung erfährt? Dass dazu verschiedene Auffassungen bestehen, lässt bereits der unterschiedliche Schutz der vertraglichen Erwartungen in den verschiedenen Rechtstraditionen erahnen: Während sich im Bereich des *civil law* eher das Interesse an der Vertragserfüllung durchgesetzt hat – man denke insbesondere an den gerichtlich durchsetzbaren 3

Anspruch auf Realerfüllung –, werden im *common law* kompensatorische Ansätze und ökonomische Überlegungen verhältnismässig stärker gewichtet.[1]

4 Auf die Interessenabwägung bei gewinnbringenden Vertragsverletzungen ist im Folgenden näher einzugehen. Fällt diese zugunsten des Grundsatzes *pacta sunt servanda* aus, so könnte ein Anspruch des Gläubigers auf Vorteilsherausgabe den wirtschaftlichen Anreiz des Schuldners zum Vertragsbruch wirksam reduzieren. Anders als bei der Verletzung absoluter Rechte wie Eigentums- oder Persönlichkeitsrechte ist eine Pflicht zur Vorteilsherausgabe bei Vertragsverletzungen indessen keine „typische" Rechtsfolge. Es soll deshalb der Frage nachgegangen werden, unter welchen Umständen eine Vorteilsherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung sinnvollerweise zur Anwendung kommen sollte. Vor diesem Hintergrund ist schliesslich zu prüfen, wann die Vorteilsherausgabe unter Schweizer Recht sowie ausgewählten internationalen Regelwerken zur Anwendung kommen kann.

[1] Vgl. HACHEM, FS Schwenzer, 652; ZWEIGERT/KÖTZ, 477 f.; BÄRTSCHI, 88.

II. Vorbemerkungen

A) Eingangsbeispiel

Der nachfolgend skizzierte Fall eines klassischen Doppelverkaufs soll die nach einer gewinnbringenden Vertragsverletzung in Frage kommenden Rechtsfolgen kurz illustrieren: Verkäuferin Verena schliesst mit Käufer Klaus einen Vertrag ab über den Verkauf eines alten Fahrrads für CHF 200. Klaus weiss bereits, dass er das Fahrrad für CHF 300 an Sammlerin Sonja weiterverkaufen und damit einen Gewinn von CHF 100 erzielen kann. Vor der Übergabe des Fahrrads an Klaus und bevor dieser den Kaufpreis bezahlt, erhält Verena jedoch ein besseres Kaufangebot von Zweitkäuferin Zora, deren Fahrrad kürzlich gestohlen wurde. Verena übergibt ihr das Fahrrad für CHF 500 und verunmöglicht damit gleichzeitig die gehörige Vertragserfüllung gegenüber Klaus. 5

Was soll nun die Folge von Verenas opportunistischen Verhaltens sein? Zunächst soll angenommen werden, als einzige mögliche Rechtsfolge stünde Schadenersatz zur Verfügung. Nach traditioneller Schadenslehre muss das Augenmerk auf das Vermögen des enttäuschten Klaus gerichtet werden. Dessen entgangener Gewinn beträgt CHF 100, weshalb er gegenüber Verena Anspruch auf eine Entschädigungszahlung in dieser Höhe hat. Mit der Zahlung wird er wirtschaftlich gesehen in die gleiche Lage versetzt, wie wenn er das Fahrrad erhalten und an Sammlerin Sonja weiterverkauft hätte. Die Zahlung von Schadenersatz ist für Klaus somit eine durchaus zufriedenstellende Lösung. Und auch die übrigen Beteiligten werden zufrieden sein. Verena hat anstelle der CHF 200 von Klaus jetzt CHF 400 (CHF 500 von Zweitkäuferin Zora abzüglich der Schadenersatzzahlung an Klaus in Höhe von CHF 100) und Zweitkäuferin Zora hat wieder ein Fahrrad. 6

Wäre nun aber Klaus selber ein passionierter Liebhaber alter Fahrräder und möchte er mit dem alten Prunkstück seine Sammlung komplettieren, so werden seine Erwartungen durch den Schadenersatzanspruch nicht hinreichend geschützt. Da seine Sammlung in erster Linie Affektionswert aufweist, wird er nach dem Zweitverkauf keine Ersatzansprüche gegenüber Verena geltend machen können. Es bleibt ihm nichts anderes übrig, als künftig zweimal zu überlegen, bevor er mit Verena Geschäfte abschliesst. Eine solche Lösung ist – jedenfalls aus der Sicht von Klaus – stossend, steht sie doch im Widerspruch zur allgemeinen Gerechtigkeitserwartung, wonach Verena aus einer absichtlichen Rechtsverletzung keine Vorteile erlangen sollte. 7

8 Der Schutz der vertraglichen Erwartungen von Klaus ist auch in der zweiten Konstellation ohne weiteres möglich. Ist er berechtigt, anstelle der Geltendmachung von Schadenersatz den von Verena durch den Zweitverkauf erzielten Vorteil (d.h. die CHF 300 Differenz der beiden Kaufpreise) abzuschöpfen, so besteht bei Verena von vornherein kein wirtschaftlicher Anreiz zum Vertragsbruch. Hingegen würde Verena mit Klaus möglicherweise für eine einvernehmliche Vertragsaufhebung in Verhandlung treten. Wäre Klaus bspw. für CHF 100 bereit, auf das ihm versprochene Fahrrad zu verzichten, so könnte Verena mit dem Verkauf an Zora immer noch einen zusätzlichen Ertrag erzielen (CHF 500 Kaufpreis von Zora, abzüglich der CHF 100 Ablösesumme für Klaus, ergeben CHF 400, d.h. immer noch doppelt so viel wie der ursprünglich mit Klaus vereinbarte Kaufpreis von CHF 200). Aus moralischer Perspektive mag ein solches Resultat bekömmlicher erscheinen. Fraglich und im weiteren Verlauf dieser Arbeit näher zu prüfen ist aber, ob moralische Überlegungen die ökonomische Einbusse von Verena (CHF 400 nach Zahlung der Ablösesumme an Klaus statt der vollen CHF 500 von Zora) aufzuwiegen vermögen.

B) Zielsetzung, Gliederung und Eingrenzung

9 Diese Arbeit verfolgt zwei Ziele: Zunächst soll die Frage nach der adäquaten Rechtsfolge vorteilsbringender Vertragsverletzungen anhand einer Gegenüberstellung von ökonomischen und moralischen Überlegungen beantwortet werden. Anschliessend soll eruiert werden, inwiefern das schweizerische sowie das internationale Vertragsrecht eine Vorteilsherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung vorsehen und ob im Katalog der zur Verfügung stehenden Rechtsfolgen allenfalls Anpassungsbedarf besteht.

10 Hierzu werden in Kapitel III zunächst die notwendigen Grundlagen und Definitionen erarbeitet. Kapitel IV stellt sodann die Argumente einer ökonomischen Konzeption des Vertragsrechts denen einer vermehrt moralischen Ausgestaltung gegenüber. Im Anschluss werden in Kapitel V die Möglichkeiten einer Vorteilsherausgabe nach gewinnbringenden Vertragsverletzungen unter geltendem Schweizer Recht untersucht und allfällige Revisionsmöglichkeiten besprochen. Kapitel VI prüft schliesslich die Vorteilsherausgabe im internationalen Vertragsrecht bzw. in internationalen Vertragsregeln, unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts (CISG), der *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (UNIDROIT Principles, PICC), der *Principles of European Contract Law* (PECL) sowie des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf das Gebiet der Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen. Dabei sind ausschliesslich *reine Vertragsverletzungen* von Interesse. Denn stellt eine Vertragsverletzung gleichzeitig eine Verletzung absoluter Rechte dar, so wird sich eine Vorteilsherausgabe in erster Linie auf die Verletzung solcher Rechte abstützen.[2] Im Graubereich zwischen der Verletzung absoluter und relativer Rechte und deshalb wiederum im Themenbereich dieser Arbeit liegen Fälle der unerlaubten Untermiete, wo strittig sein kann, ob Eigentumsrechte oder lediglich vertragliche Ansprüche des Eigentümers beeinträchtigt werden.[3] Nicht näher behandelt werden hingegen spezialgesetzliche Ansprüche auf Vorteilsherausgabe, wie sie etwa im Bereich des Lauterkeits- oder des Kartellrechts vorkommen.[4] 11

[2] Beispiele: Der Angestellte eines Bauern nimmt ohne das Wissen des Bauern mit dessen Pferd an einem Pferderennen teil und gewinnt dort einen Preis (Verletzung des Arbeitsvertrags sowie des Eigentumsrechts des Bauern); eine Software-Vertreiberin verkauft Software in Verletzung der ihr erteilten Lizenz (Verletzung des Lizenzvertrags sowie der Immaterialgüterrechte des Software-Urhebers); mit dem Hintergedanken, die Einschaltquoten zu verbessern, befragt ein TV-Moderator seinen Interviewpartner entgegen der vertraglichen Abmachung hartnäckig zu dessen mutmasslichen ausserehelichen Affären (Verletzung des „Interviewvertrags“ und gegebenenfalls des Persönlichkeitsrechts des Interviewpartners).

[3] Siehe hierzu unten Rz. 255 ff.

[4] Siehe bspw. Art. 9 Abs. 3 UWG oder Art. 12 Abs. 1 lit. c KG.

III. Grundlagen

A) Übersicht und Begriffsverwendung

In diesem Kapitel sollen die Grundlagen für die nachfolgenden Untersuchungen gelegt werden. Als erstes wird dazu der Begriff der gewinnbringenden Vertragsverletzung, wie er in dieser Arbeit verwendet wird, näher erläutert. Sodann soll auf die Vorteilsherausgabe als mögliche Rechtsfolge einer derartigen Vertragsverletzung eingegangen werden. Dabei wird die Vorteilsherausgabe für einen ersten Überblick auch von anderen Rechtsfolgen des schweizerischen Rechts sowie des *common law* abgegrenzt. Typische Fälle gewinnbringender Vertragsverletzungen werden sodann anhand von Fallgruppen kategorisiert. Anhand dieser Fallgruppen wird schliesslich die uneinheitliche Handhabung solcher Vertragsverletzungen in der nationalen und internationalen Rechtsprechung aufgezeigt. Starkes Gewicht wird dabei auf die Judikatur des *common law* gelegt, wo die zu beurteilenden Sachverhalte oft farbig und detailreich wiedergegeben werden und die Frage der vertraglichen Vorteilsherausgabe vermehrt Beachtung gefunden hat. 12

Begriffstechnisch ist zudem Folgendes zu beachten: Da die gewinnbringende vorsätzliche Vertragsverletzung i.d.R. auf opportunistische Motive des Verletzers zurückzuführen ist, wird in dieser Arbeit auch von *opportunistischen Vertragsverletzungen* gesprochen.[5] Die Begriffe werden hier als Synonyme verwendet. Aus stilistischen Gründen werden auch die Begriffe der *Gewinnherausgabe* und der *Vorteilsherausgabe* einander gleichgesetzt. Unter den Vertragsparteien wird schliesslich jeweils die den Vertrag verletzende Partei als „Verletzer“ bzw. „Schuldner“ bezeichnet, der in seinen Erwartungen in den Vertrag enttäusche Vertragspartner demgegenüber als „verletzte Partei“ oder „Gläubiger“. 13

B) Opportunistische Vertragsverletzung

Als vorsätzliche gewinnbringende bzw. opportunistische Vertragsverletzung gilt in dieser Arbeit eine Vertragsverletzung, durch die der Verletzer einen grösseren materiellen Vorteil erlangt, als dies durch eine gehörige Vertragserfüllung möglich wäre und die absichtlich zum Zweck begangen wird, diesen Vorteil zu realisieren. Eine solche Vertragsverletzung charakterisiert sich 14

---

[5] Vgl. den Titel von § 39(1) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: „*Profit From Opportunistic Breach*“; zu den *Restatements of the Law* siehe allgemein unten Rz. 98.

somit durch drei Elemente: den Vertragsbruch, den daraus resultierenden Vorteil sowie den die Verletzung und den Vorteil umfassenden Vorsatz des Verletzers. Davon abzugrenzen sind gewinnbringende Vertragsverletzungen, die ohne Absicht begangen werden sowie (die am häufigsten auftretenden) Vertragsverletzungen, durch die der Verletzer keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

15 In der Literatur zum *common law* sind für die hier interessierenden Vertragsverletzungen zahlreiche Bezeichnungen zu finden. Diese umfassen etwa den *cynical breach of contract*[6], *abusive breach of contract*[7], *deliberate breach of contract*[8], *intentional breach of contract*[9], *wilful breach of contract*[10] oder auch den *efficient breach of contract*[11]. In Anlehnung an die hier verwendete deutsche Terminologie scheint jedoch der Begriff des *opportunistic breach of contract*[12] am besten zu passen. Er bringt gleichzeitig sowohl den Willen zur Vertragsverletzung zum Ausdruck als auch das moralisch fragwürdige Motiv der Erlangung eines Verletzergewinns.

1. Vertragsverletzung

16 Der Begriff der Vertragsverletzung wird hier weit verstanden. Obwohl das schweizerische Recht keinen einheitlichen Begriff der Leistungsstörungen kennt, soll die Vertragsverletzung sämtliche Störungen in der ursprünglich geplanten Vertragsabwicklung umfassen.[13] Für die opportunistische Vertragsverletzung kommt somit das gesamte Spektrum der möglichen Leistungsstörungen in Frage. Es ist dies zunächst die *Unmöglichkeit* der vertraglichen Leistung.[14] Leistungsunmöglichkeit liegt – zumindest nach vorherrschender Auffassung – bspw. beim eingangs beschriebenen Doppelverkauf

---

6 Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 456 f.
7 JOHNSON, 33 Connecticut Law Review 2000, 181.
8 § 39(1) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment.
9 SHOARIAN/BEIG POUR, 3 International Journal of Research in Social Sciences 2013, 119 ff.
10 BAUER, 81 University of Pennsylvania Law Review 1933, 592.
11 HARRISON, Michigan State Law Review 2013, 168 ff.
12 Titel von § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment.
13 Vgl. zum einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung im CISG SHK CISG-BRUNNER, Einleitung N 9; SHK CISG-BRUNNER/AKIKOL/BÜRKI, Art. 45 N 10; SCHWENZER, Rz. 60.04; zum Begriff der Leistungsstörung siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2483; BK-WEBER, Vorbemerkungen zu Art. 97-109 OR N 13; SCHWENZER, Rz. 60.02.
14 Weiterführend GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2524 ff.; SCHWENZER, Rz. 63.01 ff.

vor.[15] Die Leistungsunmöglichkeit kann, muss aber nicht in der Verantwortung des Schuldners liegen. Ist die Leistungsunmöglichkeit jedoch nicht dem Schuldner zuzurechnen, fehlt es am opportunistischen Charakter der Vertragsverletzung.

Eine weitere Form der Leistungsstörung ist der *Schuldnerverzug*.[16] Dabei erfüllt der Schuldner seine vertragliche Pflicht nicht rechtzeitig, obwohl er dazu im Stande wäre.[17] Von einer opportunistischen Vertragsverletzung ist hier z.B. auszugehen, wenn der Schuldner die dem Gläubiger versprochene Ware zuerst noch auf dem Markt beschaffen muss, wegen sinkender Marktpreise mit dem Ankauf aber noch zuwartet, um durch die verspätete Lieferung eine höhere Gewinnmarge zu realisieren. 17

Schliesslich bildet auch die *nicht gehörige Erfüllung* eine Kategorie der Leistungsstörungen.[18] Sie liegt vor, wenn der Schuldner zwar leistet, seine Leistung aber nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht. Vorteilsbringend ist eine nicht gehörige Erfüllung bspw. dann, wenn ein Unternehmer für die Herstellung eines Werks statt der vertraglich vereinbarten Markenartikel billigere, obschon gleichwertige, Nachahmerprodukte verwendet, ohne dass dies den Marktwert des Werks beeinflusst. 18

2. Vorteilserlangung

Als zweites Element der opportunistischen Vertragsverletzung erzielt der Schuldner durch den Vertragsbruch einen materiellen Vorteil. Dazu gilt es festzuhalten, dass die Vorteilserlangung durch Vertragsverletzung bei weitem nicht den Regelfall darstellt. In den meisten Fällen erlangt der Schuldner durch einen Vertragsbruch entweder gar keinen Vorteil, einen geringeren Vorteil als der dem Gläubiger zu entrichtende Schadenersatz oder einen Vorteil genau in jener Höhe.[19] Für diejenigen Fälle aber, in denen durch eine Vertragsverletzung tatsächlich ein Vorteil erlangt wird, stellt sich die Frage, wem dieser Vorteil gebührt. 19

---

15 Für weitere Ausführungen zum Doppelvertrag siehe unten Rz. 35 ff.; zur Leistungsunmöglichkeit beim Doppelvertrag siehe zudem unten Rz. 204 ff.

16 Weiterführend GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2656 ff.; SCHWENZER, Rz. 65.01.

17 Zu den weiteren Voraussetzungen siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2657 ff.; A. KOLLER, Rz. 55.03 ff.

18 Weiterführend SCHWENZER, Rz. 67.01 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2615 ff.

19 EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 597 f.

20 Zum Begriff des Vorteils bzw. Gewinns lassen sich für verschiedene Rechtsbereiche unterschiedliche und eigens für die jeweiligen Bedürfnisse zurechtgeschnittene Definitionen finden, so etwa für die Rechnungslegung[20], die güterrechtliche Auseinandersetzung[21] sowie für weitere spezifische Rechtsbereiche[22]. Für die Umschreibung des relevanten Vorteils bei gewinnbringenden Vertragsverletzungen kann jedoch ohne weiteres auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gewinn im Rahmen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag abgestellt werden:

> „Der Gewinn besteht in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den es ohne die [V]erletzung aufweisen würde. Er kann in einer Zunahme der Aktiven oder in einer Abnahme der Passiven bzw. einer Verlustverminderung bestehen [...]. Massgebend ist der Nettogewinn; vom Erlös [...] sind die Kosten abzuziehen, die dem Verletzer für die Erzielung dieses Ertrages erwachsen [...].“[23]

21 Charakteristisch für diese Definition des Gewinns ist zunächst, dass damit nur die tatsächliche Vermögensveränderung des Verletzers umfasst wird. Hierzu kann der Verletzer vom Bruttogewinn den allfällig für die Vorteilserzielung angefallenen Aufwand in Abzug bringen.[24] Weitere Eigenschaft dieser Definition ist, dass der Gewinn nicht nur aus einer Vermögenserweiterung oder Schuldabnahme bestehen kann. Auch Verlustersparnisse bzw. Einsparungen durch pflichtwidrig nicht getätigten Aufwand zählen hier als Gewinn.[25] Der massgebliche Vorteil umfasst somit die gesamtheitliche durch die Vertragsverletzung erfahrene wirtschaftliche Besserstellung des Verletzers.

---

[20] Als Gewinn gilt hier „der Betrag, um welchen die Aktiven der Gesellschaft die Summe der Kapitalanteile und der Schulden der Gesellschaft gestützt auf die Gewinn- und Verlustrechnung übersteigen“, BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 558-560 N 3.

[21] Bspw. ist für die Gewinnbeteiligung an der späteren Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes die Differenz zwischen Veräusserungspreis und güterrechtlichem Anrechnungswert massgeblich, BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 212 N 22.

[22] So z.B. bei der Festsetzung von gewinnabhängigen Verwaltungssanktionen gegen Casinobetreiber, siehe dazu BGE 140 II 384 E. 6.1 S. 400.

[23] BGE 134 III 306 E. 4.1.1 S. 308.

[24] HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 276; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 114.

[25] ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 104; nicht zielführend im Bereich der vertraglichen Gewinnhaftung ist hingegen SOEFFKYS Definition des Gewinns als die „Vorteile [...], welche dem Schuldner von einem Dritten im Rahmen eines Geschäfts gewährt werden“, siehe SOEFFKY, 26. Die Gewinnabschöpfung bei einer vertragswidrigen Kostenersparnis des Schuldners bliebe dem Gläubiger bei einer solchen Definition versagt.

3. Vorsatz

Das dritte Element der opportunistischen Vertragsverletzung ist dasjenige des vorsätzlichen Handelns. Der Verletzer begeht die Vertragsverletzung absichtlich, ist sich der Wirkung seines Tuns also bewusst und will dadurch den anvisierten Vorteil erlangen.[26] Unwesentlich ist dabei die in der Lehre teilweise vorgenommene Unterscheidung zwischen Absicht, einfachem Vorsatz und Eventualvorsatz. In allen Konstellationen erkennt der Verletzer, dass seine Vertragsverletzung zur gewünschten Vorteilserlangung führen kann.[27] Hingegen ist die vorsätzliche Vertragsverletzung vom fahrlässigen Vertragsbruch zu unterscheiden. Bei Fahrlässigkeit strebt der Verletzer den rechtswidrigen Erfolg nicht an, sondern verletzt lediglich die im Geschäftsverkehr erforderliche Sorgfalt.[28] Handelt ein Verletzer fahrlässig, fehlt es am opportunistischen Antrieb zum Vertragsbruch. 22

C) Vorteilsherausgabe

Als Folge einer opportunistischen Vertragsverletzung wird die Vorteilsherausgabe an den Gläubiger zu besprechen sein. Die Modalitäten der Vorteils- bzw. Gewinnherausgabe – im englischsprachigen Raum uneinheitlich als *account of profits*, *restitutionary damages*,[29] *disgorgement of profits* oder *disgorgement damages*[30] bezeichnet – sind zunächst zu präzisieren. Zudem soll im Folgenden kurz dargestellt werden, wie sich die Vorteilsherausgabe von anderen Rechtsbehelfen des *civil law* und *common law* unterscheidet. 23

1. Definition

Vorteilsherausgabe bedeutet die Entäusserung der aus einer unbefugten Handlung entstandenen Vorteile an die in ihren Rechten verletzte Person. Zweck der Vorteilsherausgabe ist nicht, die verletzte Partei für erlittene Nachteile zu kompensieren, sondern dem Verletzer sämtliche Vorteile abzuspre- 24

---

26 Zum Vorsatz allgemein SCHWENZER, Rz. 22.12; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2964 ff.

27 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2965 ff.; SCHWENZER, Rz. 22.13; REY/WILDHABER, Rz. 993 ff.; vgl. BGE 39 II 709 E. 6b S. 720.

28 Siehe zur Fahrlässigkeit GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2968; BK-WEBER, Art. 99 OR N 64.

29 KRAMER, 557; wobei es sich beim *account of profits* jedoch um den am häufigsten verwendeten Begriff handelt.

30 EDELMAN, 79 Texas Law Review 2001, 1872.

chen, die er aus seiner unrechtmässigen Handlung erzielt hat.[31] Der Vorteilsherausgabe kommt damit unumstrittenermassen eine gewichtige Präventivfunktion zu. Prävention kann seine Wirkung ausschliesslich auf gewolltes Handeln entfalten, weshalb die Vorteilsherausgabe auch in erster Linie für vorsätzliche Rechtsverletzungen in Frage kommt. Wie zuvor erwähnt, ist von der Vorteilsherausgabe regelmässig einzig der Nettovorteil umfasst. Vom Bruttovorteil sind die mit der Vorteilserzielung direkt zusammenhängenden Aufwendungen abzuziehen, unter Hinzurechnung der Zinsen für die Nutzungsmöglichkeit des ungebührenden Vorteils.[32]

25 Wie noch näher auszuführen sein wird, erfolgt eine ausdrückliche Regelung der Vorteilsherausgabe zumeist ausserhalb des Vertragsrechts. In den internationalen Regelwerken ist eine solche Regelung bspw. in Art. VI.-6:101 DCFR zu den *Aims and forms of reparation* enthalten.[33] Im schweizerischen Recht erfolgt eine Regelung der Vorteilsherausgabe z.B. in Art. 423 Abs. 1 OR zur unechten Geschäftsführung ohne Auftrag.[34] Zahlreiche Spezialbestimmungen verweisen zudem auf diesen Artikel.[35] Die Vorteilsherausgabe erfolgt sowohl im nationalen Recht wie auch in internationalen Regelwerken grundsätzlich unabhängig eines konkret erlittenen Schadens.[36] Verglichen mit der gehörigen Vertragsausführung kann die auf eine Vertragsverletzung folgende Vorteilsabschöpfung somit zu einer wirtschaftlichen Besserstellung des Gläubigers führen.[37]

---

31 Vgl. zum schweizerischen Recht BGE 126 III 69 E. 2b S. 73; HUGUENIN, Rz. 2179; CHAPPUIS, 142 f.; zum *common law* siehe ROBERTS, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 2008, 134; vgl. auch Warren v. Century Bankcorporation, Inc., 741 P.2d 846 (Okla. Sup. 1987), 852: „*Disgorgement is designed to deprive the wrongdoer of all gains flowing from the wrong rather than to compensate the victim of the fraud*."

32 Zum schweizerischen Geschäftsführungsrecht BGE 134 III 306 E. 4.1.1 S. 308; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 95, 102 ff.; NIETLISPACH, 124; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 14; JENNY, Rz. 269, 273 ff.; zum *common law* vgl. MONSEN, 6 European Review of Private Law 2011, 803; EDELMAN, Gain-Based Damages, 78.

33 Siehe dazu unten Rz. 375 ff.; vgl. auch unten Rz. 379 ff. zu den Bestimmungen in den internationalen Regelwerken zur Verletzung einer vorvertraglichen Vertraulichkeitspflicht.

34 Zum ausservertraglichen Charakter der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag siehe die Verweise unten in Fn. 286.

35 So bspw. Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. 35 Abs. 2 DesG, Art. 55 Abs. 2 MSchG, Art. 62 Abs. 2 URG, Art. 12 Abs. 1 lit. c KG und Art. 9 Abs. 3 UWG; vgl. auch BGE 133 III 153 E. 2.4 S. 157 f.

36 Siehe etwa DCFR Commentary, Art. II.-3:302, Comment C; vgl. aber DCFR Commentary, Art. VI.-6:101, Comment F; siehe zum schweizerischen Recht ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 99; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 14; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2040.

37 KRAMER, 557.

2. Abgrenzung zu anderen Rechtsbegriffen

a. Schweizerisches Recht

Nach schweizerischem Recht ist der Anspruch auf Vorteilsherausgabe insbesondere vom Anspruch auf *Ersatz des entgangenen Gewinns* zu unterscheiden. Die Geltendmachung des entgangenen Gewinns gehört systematisch zum Schadenersatzrecht. Der entgangene Gewinn entspricht dabei dem Betrag, um welchen die geschädigte Partei ihr Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte vermehren können.[38] Die Vorteilsherausgabe knüpft indessen nicht beim entgangenen Gewinn des Gläubigers an, sondern beim tatsächlich erlangten Vorteil des Verletzers. Es handelt sich hierbei nicht um die Kehrseite derselben Medaille, denn zwischen entgangenem Gewinn des Gläubigers und Verletzergewinn des Schuldners besteht nicht notwendigerweise ein Konnex.[39] 26

Die Vorteilsherausgabe ist sodann vom Anspruch auf *Wertersatz* zu unterscheiden. Beide Ansprüche richten ihr Augenmerk nicht unmittelbar auf konkrete Vermögensveränderungen des Gläubigers, sondern in erster Linie auf die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verletzung auf das Vermögen des Schuldners.[40] Beim Wertersatz wird jedoch definitionsgemäss nicht ein konkret erlangter Vorteil abgeliefert, sondern es wird der Gebrauch bzw. die Beeinträchtigung eines fremden Rechts nach objektiven Kriterien entschädigt.[41] Typische Beispiele von Wertersatz sind die Entrichtung einer angemessenen Lizenzgebühr beim Eingriff in ein fremdes Immaterialgüterrecht oder die Bezahlung des üblichen Miet- oder Pachtzinses bei der unberechtigten Nutzung einer fremden Sache.[42] Ein den objektiven Wert des verletzten Rechts übersteigender Verletzergewinn ist vom Wertersatz – anders als bei der Vorteilsherausgabe – hingegen nicht erfasst.[43] 27

---

38 BGE 132 III 359 E. 4 S. 366; HUGUENIN, Rz. 869.

39 WEBER, ZSR 1992 I, 338.

40 In der englischsprachigen Literatur wird z.T. entsprechend zwischen *compensation*- bzw. *loss-based remedies* und *gain-based remedies* differenziert, vgl. dazu MCINNES, 35 Canadian Business Law Journal 2001, 72; BOTTERELL, 16 Legal Theory 2010, 136; ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 202; vgl. auch unten Rz. 33.

41 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 186; vgl. HUGUENIN, Rz. 1804.

42 SCHWENZER, Rz. 58.10; zur Lizenzgebühr auch ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 186.

43 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1517c; SCHWENZER, Rz. 58.09.

b. Common law

28 In den Rechtsordnungen des *common law* leitet sich ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe, dem *account of profits*, traditionell aus den Regeln der *equity* ab.[44] Der *account of profits* kommt klassischerweise bei sog. *equitable wrongs* zur Anwendung, d.h. bei Vertrauensverletzungen, der Verletzung von Treuhandpflichten oder der Verletzung eines *trust*.[45] Auch im *common law* ist die Vorteilsherausgabe zunächst vom Anspruch auf Schadenersatz zu unterscheiden. Zweck und Umfang des Anspruchs auf Schadenersatz wurden im englischen Leitentscheid *Robinson v. Harman* umschrieben:

> „*[W]here a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.*“ [46]

29 Die englischsprachige Lehre spricht in diesem Zusammenhang oft auch von *expectation damages* (übersetzt: Erwartungsschaden bzw. -ersatz).[47] Dieser Begriff bringt deutlich zum Ausdruck, dass die enttäuschte Vertragspartei durch den Erhalt der *damages* in diejenige wirtschaftliche Position versetzt werden soll, in der sie sich bei gehöriger Vertragsausführung „erwartungsgemäss“ befinden würde. Nach schweizerischem Rechtsverständnis entspricht dies dem positiven Vertragsinteresse. Wie im schweizerischen Recht handelt es sich beim Anspruch auf Schadenersatz auch unter dem *common law* um einen rein kompensatorischen Anspruch, dem weder präventiver noch strafender Charakter zukommt. Allfällige vom Schuldner erlangte Vorteile sind hier grundsätzlich unbeachtlich.[48]

---

44 Auf *equity* stützen sich bspw. auch die Rechte und Pflichten besonderer Treuhandverhältnisse (*trust*), vorläufige Massnahmen zur Verhinderung eines Vertragsbruchs (*injunction*) oder auch der Anspruch auf Realerfüllung (*specific performance*), siehe hierzu und generell zu *equity* ZWEIGERT/KÖTZ, 184 ff.; vgl. auch KRAMER, 558; ROTHERHAM, 66 Cambridge Law Journal 2007, 172; ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 186; RABEL, 375.

45 EDELMAN, Gain-Based Damages, 191 ff.; vgl. KRAMER, 558; für ein Beispiel zur Gewinnherausgabe nach der Verletzung einer *fiduciary duty* durch Annahme von Bestechungsgeldern siehe Reading v. Attorney General, [1951] A.C. 507 (HL).

46 Robinson v. Harman, 154 E.R. 363 (Ex Ch 1848), 365.

47 BOTTERELL, 16 Legal Theory 2010, 139; vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 185; KRAMER, 13.

48 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 962: „*Leaving aside the anomalous exception of punitive damages, damages are compensatory. That is axiomatic.*“; KRAMER, 13; ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 185.

Strafcharakter haben hingegen die sog. *exemplary* bzw. *punitive damages*, die sowohl von den *expectation damages* wie auch von einem *account of profits* zu unterscheiden sind. *Exemplary damages* haben weder für Gläubiger noch Schuldner eine Ausgleichsfunktion. Vielmehr haben sie zum Zweck, am Schuldner für ein verpöntes Verhalten ein „Exempel" zu statuieren und ihn mit einer schmerzlichen Zahlung an den Gläubiger zu ahnden.[49] Bei gewinnbringenden Vertragsverletzungen haben *exemplary damages* nur eine geringe Relevanz. Nach der Rechtsprechung verschiedener *common law* Staaten ist die Anordnung solcher Zahlungen zwar im Deliktsrecht zulässig, nicht aber als Folge einer Vertragsverletzung.[50] Anders als die *exemplary damages* hat der *account of profits* keine Straffunktion. Er berührt ausschliesslich Vermögenswerte, die der Schuldner aufgrund seiner Rechtsverletzung erlangt hat, lässt sein übriges Vermögen aber unberührt.[51] 30

Schliesslich gilt es auch die *restitution* von einem *account of profits* zu unterscheiden. Die Einordnung des Begriffs der *restitution* in kontinentaleuropäische Rechtsstrukturen wird durch den Umstand erschwert, dass er auch in den verschiedenen Rechtsordnungen des *common law* nicht einheitlich verwendet wird.[52] In der Regel gilt es aber zwischen der *restitution for unjust enrichment* und der *restitution for wrongs* zu unterscheiden.[53] *Restitution for unjust enrichment* bezweckt das Rückgängigmachen eines Vermögenstransfers, der ohne rechtlichen Grund erfolgt ist.[54] Ein solcher Vermögenstransfer wird bspw. angenommen, wenn er aufgrund von *mistake* veranlasst wurde.[55] Die *restitution for unjust enrichment* weist damit deutliche Parallelen zur Leistungskondiktion nach Art. 62 ff. OR auf.[56] Die *restitution for wrongs* kann ihrerseits sowohl im Bereich des Vertragsrechts, des Deliktsrechts (*tort*) als auch bei der Verletzung eines *trust* angeordnet werden. Hier geht es um die Zuführung von Vermögenswerten an einen Gläubiger, die in Verletzung einer diesem gegenüber bestehenden rechtlichen Pflicht erlangt wurden, ohne dass aber der Gläubiger selber einen Vermögenstransfer an den Schuldner veran- 31

---

49 KRAMER, 564 f.

50 Für das **UK** siehe den diesbezüglichen Leitentscheid Addis v. Gramophone Co Ltd, [1909] A.C. 488 (HL); bestätigt in Johnson v. Unisys Ltd, [2003] 1 A.C. 518 (HL), 530; siehe dazu auch KRAMER, 565; für die **USA** siehe § 355 Restatement (Second) of Contracts: „*Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.*"; ROBERTS, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 2008, 149.

51 **A.M.** KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 729.

52 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 70.

53 KRAMER, 558; vgl. EDELMAN, 79 Texas Law Review 2001, 1869.

54 KRAMER, 558.

55 GOFF/JONES/MITCHELL/MITCHELL/WATTERSON, Rz. 2-01.

56 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 72.

lasst hat.[57] Mit Blick auf die schweizerische Rechtsterminologie ist die *restitution for wrongs* damit mit der Eingriffskondiktion vergleichbar.[58]

32 In der Regel beschränkt sich eine *restitution for unjust enrichment* auf eine Rückführung der vom Gläubiger dem Schuldner zugeführten Vermögenswerte.[59] Bei der *restitution for wrongs* kann der Gläubiger grundsätzlich sämtliche Vorteile des Verletzers abschöpfen, wobei sich der Anspruch im Fall von Eigentumsverletzungen jedoch auf eine angemessene Nutzungsgebühr beschränkt.[60] Diese Grundsätze werden in der Rechtsprechung jedoch nicht einheitlich angewandt, wie die nachfolgenden beiden Fälle illustrieren sollen. Unter Umständen wird Wertersatz auch unter dem Titel des *unjust enrichment* angeordnet. Zudem erkennen die Gerichte bei sehr ähnlich gelagerten Sachverhalten teilweise auf Entrichtung einer angemessenen Nutzungsgebühr, in anderen Fällen aber auch auf (ganze oder teilweise) Vorteilsherausgabe:

> **Amerikanischer Court of Appeals, 10th Circuit, *Beck v. Northern Natural Gas Co.*, Entrichtung einer Nutzungsgebühr:** Die Northern Natural Gas Co. (N Co.) hatte mit Beck und anderen Grundeigentümern einen Vertrag abgeschlossen über die unterirdische Lagerung von Erdgas. Die N Co. nahm jedoch mehr Raum für die Lagerung in Anspruch als vertraglich vereinbart war und verletzte damit sowohl den Vertrag als auch die Eigentumsrechte der Grundeigentümer. Das Gericht bestätigte den vorinstanzlichen Entscheid, wonach den Eigentümern wegen *unjust enrichment* der N Co. (und nicht etwa als *restitution for a wrong*) Wertersatz in Form eines angemessenen Mietzinses für den zusätzlichen Lagerraum zu entrichten war.[61]
>
> **Court of Appeals of Kentucky, *Edwards v. Lee's Administrator*, Herausgabe des Nettogewinns:** Edwards fand auf seinem Land einen Zugang zu einer Höhle mit speziellen Gesteinsformationen. Er gewährte fortan Touristen gegen Entgelt Zugang zur Höhle. Später stellte sich heraus, dass sich ein Drittel der Höhlenfläche unter dem Land seines Nachbars Lee befand. Das Gericht kam zum Schluss, dass Edwards mit der Zugänglichmachung der gesamten Höhle das Eigentumsrecht von Lee verletzt hatte. Es hielt fest, dass Edwards aus seiner Rechtsverletzung keinen Vorteil erzielen dürfe („*a wrongdoer shall not be permit-*

57 KRAMER, 558.
58 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 72.
59 KRAMER, 558; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 72.
60 KRAMER, 558.
61 Beck v. Northern Natural Gas Co., 170 F.3d 1018 (C.A. 10th Cir. 1999).

> *ted to make a profit from his own wrong*"). Es verneinte die Angemessenheit einer Zahlung in Höhe eines hypothetischen Miet- bzw. Pachtzinses und ordnete stattdessen die Herausgabe eines Drittels des durch die Höhlenbesichtigungen erwirtschafteten Nettogewinns an Lee an.[62]

Insbesondere JAMES EDELMAN hat dazu beigetragen, Ordnung in die verwirrende Terminologie zu bringen. Ihm zufolge handelt es sich bei der Zusprechung einer angemessenen Entschädigung für die rechtswidrige Inanspruchnahme eines Rechts um *restitutionary damages*. Wird hingegen eine vollständige Vorteilsherausgabe angeordnet, spricht er von *disgorgement damages*. Bei beiden Begriffen handelt es sich um *gain-based damages*, welche von den *compensatory damages* und damit vom eigentlichen Schadenersatz abzugrenzen sind.[63] Dies entspricht einer Kategorisierung, die auch aus *civil law*-Perspektive nachvollziehbar ist. 33

D) Fallgruppen

Opportunistische Vertragsverletzungen sind in unzähligen Konstellationen denkbar. Den „Idealtyp" des vorsätzlichen gewinnbringenden Vertragsbruchs gibt es nicht. Um die Untersuchung zu vereinfachen, drängt sich daher eine Gliederung der notorischsten Fälle in drei Fallgruppen auf. Es handelt sich dabei um Doppelverträge, Ersparnisbereicherungen sowie um die Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten. 34

1. Doppelvertrag

Beim Doppelvertrag schliesst der Vertragsschuldner zwei Verträge über dieselbe Leistung ab, wobei die Durchführung des einen Vertrags die Erfüllung des anderen verunmöglicht.[64] Zum Doppelvertrag wird es i.d.R. dann kommen, wenn sich der Schuldner von der Erfüllung des Zweitvertrags einen grösseren finanziellen Vorteil verspricht als von derjenigen des ersten Vertrags. Eine der wohl am häufigsten vorkommenden Arten des Doppelvertrags ist der Doppelverkauf. Hier schliesst der Verkäufer mit dem Käufer einen gültigen Kaufvertrag über eine individuell bestimmte Sache ab, verkauft und übergibt die Sache in der Folge aber zu einem höheren Preis an einen Zweit- 35

---

62 Edwards v. Lee's Adm'r, 96 S.W.2d 1028 (Ky. C.A. 1936), Zitatstelle bei 1032.

63 EDELMAN, Gain-Based Damages, 66 ff.; vgl. EDELMAN, 79 Texas Law Review 2001, 1875 ff.; dazu auch BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 87.

64 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 127.

käufer.[65] Ein Doppelvertrag ist aber ohne weiteres auch bei anderen Vertragstypen möglich. So bspw., wenn ein Vermieter nach Abschluss eines Mietvertrags die gleiche Räumlichkeit an eine besser zahlende Drittpartei vermietet und übergibt. Ebenfalls um einen Doppelvertrag handelt es sich etwa, wenn eine bereits gebuchte Opernsängerin für die gleiche Zeitspanne das finanziell lukrativere Angebot eines anderen Opernhauses annimmt und dort unter Verletzung des ersten Vertrags ihre Darbietung erbringt.[66]

36 Allen Konstellationen des Doppelvertrags ist gemeinsam, dass der durch die Vertragsverletzung vom Schuldner realisierte Vorteil nicht zwingend dem Schaden der enttäuschten Partei entspricht. Das enttäuschte Opernhaus mag für die gleiche Gage eine andere Diva mit gleicher Publikumsresonanz verpflichten können. Der hintergangene Mieter mag spontan eine gleichwertige Wohnung zum selben Mietzins finden. Und der frustrierte Käufer kann allenfalls rechtzeitig Ersatzware zum gleichen Preis besorgen. Diese mögliche Diskrepanz zwischen dem zu ersetzenden Schaden und dem Verletzergewinn kann für den Schuldner einen Anreiz zum Vertragsbruch darstellen, was die Frage aufwirft, ob dem Gläubiger alternativ zum Schadenersatz nicht auch ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe gewährt werden sollte. Ob der Schuldner im Fall eines Doppelvertrags zur Vorteilsherausgabe verpflichtet ist, wird – wie sogleich aufzuzeigen ist – in der internationalen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

37 In den nachfolgenden Fällen haben die Gerichte einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe nach Doppelverträgen gutgeheissen:[67]

> **BGE 47 II 195, Doppelverpachtung einer Wiese:** Die Verpächterin hatte den Klägern 1913 für sieben Jahre eine Wiese verpachtet. Anfang 1918 nahm die dortige Gemeinde die Wiese gestützt auf einen Bundesratsbeschluss betreffend die Vermehrung der Lebensmittelproduktion in Zwangspacht. Der von der

---

65 Siehe dazu das Eingangsbeispiel oben in Rz. 5.

66 KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 700 f.; vgl. hierzu das englische Urteil Lumley v. Wagner, 42 E.R. 687 (QB 1852), in dem der High Court of Chancery eine vorsorgliche Massnahme bestätigte, um den Auftritt einer preussischen Operndiva an der *Royal Italian Opera* (London) zu verhindern, die vertraglich an das *Her Majesty's Theatre* (London) gebunden war.

67 Für weitere Urteile, welche die Gewinnabschöpfung nach Doppelverträgen bejahen, siehe aus der **Schweiz**: BGE 43 II 225 E. 5 S. 234 (Doppelverkauf von Getreide); OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8 (Doppelvermietung einer Wohnung), erläutert unten in Rz. 207; **USA**: Timko v. Useful Homes Corp., 13 Backes 433 (N.J. Ch. 1933) (Doppelverkauf eines Grundstücks); Coppola Enterprises, Inc. v. Alfone, 531 So.2d 334 (Flo. Sup. 1988) (Doppelverkauf eines Grundstücks); **UK**: Mouat (JN) v. Betts Motors, [1959] A.C. 71 (PC); British Motor Trade Association v. Gilbert, 1951 WL 11769 (ChD), erläutert unten in Rz. 75.

Gemeinde gezahlte jährliche Pachtzins war höher als derjenige, den die Kläger der Verpächterin bis zum Ablauf des Pachtvertrags noch geschuldet hätten. Die Kläger forderten von der Verpächterin daraufhin den von der Gemeinde gezahlten Mehrbetrag. Nachdem die Vorinstanz die Klage unter Prüfung der unerlaubten Handlung und der ungerechtfertigten Bereicherung noch abwies, hiess das Bundesgericht das Begehren der Kläger gestützt auf Art. 423 OR zur unechte Geschäftsführung ohne Auftrag gut.

Englische Chancery Division, *Lake v. Bayliss*, Doppelverkauf eines Grundstücks: Die Beklagte Bayliss hatte mit Dr. Mullen einen gültigen Vertrag abgeschlossen über den Verkauf einer Landparzelle. In der Folge übertrug sie die Parzelle in Verletzung des Kaufvertrags aber für einen höheren Preis an einen Dritten. Als Lake, der anlässlich des Grundstückverkaufs als Anwalt der Beklagten fungierte, vom Dritten den Verkaufspreis erhielt, gelangte er an das Gericht mit der Frage, ob er den Betrag an die Beklagte weiterleiten dürfe oder nicht. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Beklagte mit dem Vertragsschluss zur *trustee* und damit zur Interessenvertreterin von Dr. Mullen wurde. Sie hatte damit keinen Anspruch auf den durch den Doppelverkauf erzielten Mehrerlös, welcher Dr. Mullen zugesprochen wurde.[68]

In den nachfolgenden Entscheiden wurde ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe bei Doppelverträgen hingegen abgelehnt:[69] 38

Deutsches Reichsgericht, Doppelverkauf von Walfischtran: Die von England konzessionierte Walfischfängerin und Beklagte hatte der deutschen Klägerin 1912 vertraglich zugesichert, ihr den gesamten zwischen 1913 und 1915 erbeuteten Walfischtran zu einem vereinbarten Preis zu verkaufen und nach Deutschland zu liefern. Der Gouverneur der Falklandinseln (Britisches Überseegebiet) verordnete nach Ausbruch des ersten Weltkriegs jedoch die Ablieferung sämtlichen dort abgefertigten Walfisch-

68 Lake v. Bayliss, [1974] 1 W.L.R. 1073 (ChD).

69 Siehe für weitere Urteile, welche die Gewinnabschöpfung nach Doppelverträgen verneinen, aus den **USA**: Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson, 133 S.W. 784 (Ky. C.A. 1911) (Doppelverkauf von Weizen); **UK**: Williams Bros v. Ed T Agius Ltd, [1914] A.C. 510 (HL) (Doppelverkauf von Kohle), unter Bestätigung von Rodocanachi v. Milburn, 18 Q.B.D. 67 (CA 1886), 77: „*the law does not take into account in estimating the damages anything that is accidental as between the plaintiff and the defendant, as for instance an intermediate contract entered into with a third party for the purchase or sale of the goods*."

trans an das Vereinigte Königreich. 1915 schiffte die Beklagte ihre Tranladung deshalb nach Liverpool und verkaufte den Tran dort zu einem höheren Preis. Die Klägerin verlangte daraufhin die Herausgabe des Mehrerlöses. Das Reichsgericht hiess die Vorteilsherausgabe gestützt auf den Anspruch auf das stellvertretende Commodum zwar gut, da es sich um eine „*erzwungene Verschiffung*" in das Vereinigte Königreich handelte. Es hielt aber explizit fest, dass ein solcher Herausgabeanspruch nicht bestehe, wenn ein Verkäufer seine Ware „*freiwillig in Mißachtung seiner Verbindlichkeit*", d.h. „*durch Aufsuchen oder Ergreifen der günstigen Gelegenheit*", gewinnbringend ein zweites Mal verkaufe.[70]

Österreichischer Oberster Gerichtshof, Doppelverkauf eines Grundstücks: In Verletzung eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrags über ein Grundstück hatten die Verkäufer ihre Landparzelle zu einem höheren Preis an einen Dritten überschrieben. Der Gerichtshof hielt fest, dass ein Anspruch des Käufers auf den erzielten Mehrgewinn nur dann bestehe, wenn auch er das Land nachweislich zum höheren bzw. vom Dritten bezahlten Preis hätte weiterveräussern können. Sollte es hingegen „*lediglich den Beklagten gelungen sein [...], einen besonders günstigen Preis zu erzielen, so kann dieser [...] nicht in jedem Fall der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden.*" Da diesbezügliche Feststellungen fehlten, wurde der Fall zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurückgewiesen.[71]

Schiedsgericht mit Sitz in London, *The Sine Nomine*, Doppelvercharterung eines Transportschiffs: Der Beklagte hatte den Frachter mit der anonymisierten Bezeichnung „*Sine Nomine*" an den Kläger verchartert. Er nahm den Frachter jedoch vor Ablauf des Chartervertrags wieder in seine eigenen Dienste bzw. vercharterte ihn an Drittparteien. Aufgrund des mittlerweile gestiegenen Marktpreises für das Chartern von Transportschiffen vermutete der Kläger, dass dem Beklagten dadurch ein Mehrgewinn entstand und erhob Anspruch darauf. Das Schiedsgericht kam zum Schluss, dass bei Bestehen eines Marktpreises eine Schadensberechnung ohne weiteres möglich und eine Ge-

---

70 RG, RGZ 91, 260: „*einen Vorteil, den sich der Schuldner durch eigenes Handeln – durch Aufsuchen oder Ergreifen der günstigen Gelegenheit – selbst verschafft hat [...] braucht er nicht herauszugeben; er hat vielmehr dem Gläubiger nur das Erfüllungsinteresse zu ersetzen.*"

71 OGH, 9.6.1971, 7 Ob 102/71, ÖBl 1981, 8.

> winnabschöpfung gleichzeitig weder zulässig noch generell wünschenswert sei. Zudem seien moralische Leitgedanken dem anwendbaren englischen Vertragsrecht fremd: „*The commercial law of this country should not make moral judgments, or seek to punish contract-breakers*". Ein über die Schadenshöhe des Klägers hinaus erzielter Mehrerlös des Beklagten sei deshalb „*an adventitious benefit which he can keep.*"[72]

Im Bereich des *common law* gilt es im Übrigen, Doppelverträge über den Verkauf von Grundstücken von anderen Doppelverträgen zu unterscheiden. Die vertraglichen Erwartungen bei der Übertragung von Immobilien erfahren dort einen besonderen Schutz. Dies zeigt sich bereits im für Grundstücksübertragungen grundsätzlich anerkannten, ansonsten i.d.R. aber nicht gewährten, Anspruch auf Realerfüllung.[73] Das soeben erläuterte englische Urteil *Lake v. Bayliss* zeigt illustrativ auf, wie die Gerichte mit Abschluss eines Grundstückkaufvertrags – anders als beim Verkauf von beweglichen Sachen – von der Entstehung eines *constructive trust* ausgehen, d.h. von einem besonderen Vertrauens- bzw. Treuhandverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer. Der Verkäufer wird damit zum *trustee* des Käufers. Der Zweitverkauf wird dementsprechend als Vermögensverwaltung des Verkäufers für den Käufer gewertet, weshalb ein durch Zweitverkauf erzielter Mehrerlös dem Käufer zusteht.[74] 39

Bei anderen Doppelverträgen geniessen die Erfüllungserwartungen des Gläubigers unter *common law* hingegen keinen solchen Schutz. Eine Vorteilsherausgabe wird hier gewöhnlich abgelehnt. Bisweilen wird aber bei der Schadensberechnung auf den Verletzergewinn abgestellt, woraus zumindest im Ergebnis eine Vorteilsherausgabe resultiert.[75] 40

---

72 AB Corporation v. CD Company (The „Sine Nomine"), [2002] 1 Lloyd's Rep. 805 (Arb.), Zitat aus Rz. 10.

73 Beswick v. Beswick, [1968] A.C. 58 (HL); ZWEIGERT/KÖTZ, 477 f.; BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 899; BUCHER, OR AT, 328 Fn. 1; vgl. RABEL, 263, 375.

74 Lake v. Bayliss, [1974] 1 W.L.R. 1073 (ChD), 1073: „*on a contract for the transfer or sale of property the vendor became a qualified trustee for the purchaser and accordingly if, before completion, the vendor wrongfully sold to another purchaser, he was accountable to the first intended transferee for the purchase money as a trust*"; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 132 f., 557 ff.; BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 899 f.

75 Siehe z.B. Mouat (JN) v. Betts Motors, [1959] A.C. 71 (PC); siehe auch BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 139 ff.

2. Ersparnisbereicherung

41 Gewinnbringende Vertragsverletzungen werden typischerweise auch in Form der *skimped performance* begangen, d.h. in Form einer Ersparnisbereicherung.[76] Dabei erfüllt der Schuldner seine vertragliche Leistung mangelhaft oder nur teilweise, ohne dass sich dies unmittelbar auf den objektiven Wert der Leistung auswirkt. Anders als beim Doppelvertrag vergrössert er dadurch aber nicht seine Aktiven. Er spart vielmehr pflichtwidrig an Kosten, welche bei gehöriger Vertragserfüllung angefallen wären.[77]

42 Eine Ersparnisbereicherung liegt bspw. vor, wenn ein Werklieferant ein Werk in Verletzung von vertraglich zugesicherten „Produktionsstandards" (Mindestalter oder Minimallöhne der Arbeiter, ökologische Richtlinien, Herkunft der Rohmaterialien etc.) herstellt, ohne dass dies beim Besteller bzw. Käufer einen Schaden zur Folge hat. Kein Schaden liegt z.B. vor, wenn der Käufer Zwischenhändler ist und die Vertragsverletzung des Werklieferanten den auf dem Endmarkt erzielbaren Preis nicht beeinflusst.[78] Das Gleiche gilt etwa, wenn sich ein Überwachungsunternehmen zur nächtlichen Überwachung eines Gebäudes verpflichtet, die Überwachungstätigkeiten in Verletzung des Vertrags jedoch vernachlässigt (z.B. entgegen der Vereinbarung keine Alarmanlage oder Überwachungskameras installiert oder zu wenig Personal mit der Überwachung betraut), ohne dass aber in das Gebäude eingebrochen und ein Schaden verursacht wird.[79] Während der Gläubiger also keinen Nachteil erleidet, spart der Schuldner an finanziellem Aufwand und vergrössert dadurch in vertragswidriger Weise seinen Gewinn.

43 Auch im Umgang mit Ersparnisbereicherungen ist die Rechtsprechung uneinheitlich. In verschiedenen Fällen haben die Gerichte einen Anspruch auf Herausgabe einer Ersparnisbereicherung gutgeheissen:

> **Supreme Court of Errors of Connecticut, *Healy v. Fallon*, vertragswidriges Material für den Bau eines Hauses:** Der Unternehmer hatte für den Bau eines Hauses unter anderem grössere Dachschindeln und Bodenplatten verwendet als vertraglich vereinbart war. Er konnte dadurch Materialkosten ein-

---

76 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 967; GAUCH, FS Walter, 316 f.

77 Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 458: „*[S]kimped performance [...] is where the defendant fails to provide the full extent of the services which he has contracted to provide and for which he has charged the plaintiff.*"; MONSEN, 6 European Review of Private Law 2011, 806; EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 592 f.; BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 902. Denkbar wäre auch, dass sich der Wert der Leistung zwar verringert, die eingesparten Kosten aber höher sind als der Minderwert der vertraglichen Leistung.

78 Vgl. SCHMIDT-AHRENDTS, 101.

79 Vgl. für weitere Beispiele GAUCH, FS Walter, 316.

sparen. Das Gericht stellte fest, dass das Haus dadurch weder an Gebrauchstauglichkeit einbüsste noch an Wert verlor. Ein Austausch der Schindeln und Platten wäre zudem unverhältnismässig aufwendig und teuer gewesen. Das Gericht bestätigte den vorinstanzlichen Entscheid, wonach vom noch ausstehenden Preis ein Abzug in Höhe der Ersparnisbereicherung der Beklagten vorzunehmen war.[80]

Supreme Court of Minnesota, *Groves v. Wunder*, Wiederinstandsetzung von Land: Dem Beklagten war vertraglich erlaubt worden, Kies vom Grundstück des Klägers abzubauen. Der Beklagte hatte sich aber dazu verpflichtet, die Oberfläche des Grundstücks letztendlich wieder in den ursprünglichen Zustand zurückzuversetzen. Nach Ende der Arbeiten wären hierzu insbesondere eine kostspielige Nivellierung des Bodens sowie die Streuung von hochwertigem Kies nötig gewesen. Der Beklagte nahm die Wiederinstandsetzung nicht vor, worauf die Landeigentümer Klage erhoben. Entgegen dem Vorbringen des Beklagten stützte sich das Gericht bei der Festsetzung des Ersatzes nicht auf die (geringe) Wertveränderung des Landes, sondern sah einen Anspruch der Kläger auf die (deutlich höheren) eingesparten Wiederinstandsetzungskosten begründet.[81]

In anderen Fällen haben die Gerichte Ansprüche auf Herausgabe einer Ersparnisbereicherung hingegen verneint: 44

Supreme Court of Louisiana, *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Ass'n*, Bereitstellung von Feuerwehrmännern und Löschmaterial: Die Stadt New Orleans hatte mit der Firemen's Charitable Association (F Assn.) einen Vertrag über das Löschen von zwischen 1881 und 1886 auftretenden Feuern in verschiedenen Quartieren der Stadt abgeschlossen. Um den Löschdienst zu gewährleisten, verpflichtete sich die F Assn. unter anderem dazu, stets eine bestimmte Zahl von Feuerwehrmännern, Pferden und Schläuchen in Bereitschaft zu halten. Die F Assn. sparte in der Folge aber an Kosten, indem sie weder die

---

80 Healy v. Fallon, 37 A. 495 (Conn. Sup.E. 1897); vgl. den ähnlichen Fall Farrington v. Freeman, 251 Iowa 18 (Iowa Sup. 1959), 23: Anstelle der vereinbarten Fenster, die USD 646 kosteten, hatte der Unternehmer billigere Fenster in ein Haus eingebaut, die lediglich USD 510 kosteten. Der Supreme Court von Iowa verneinte eine Pflicht zur Nachbesserung, da der Vertrag im Wesentlichen erfüllt worden war, bestätigte jedoch einen Schadenersatzanspruch der Besteller in Hohe der Ersparnisbereicherung von USD 136.

81 Groves v. John Wunder Co., 205 Minn. 163 (Minn. Sup. 1939).

vereinbarte Zahl an Feuerwehrmännern verpflichtete noch die Mindestzahl an Pferden oder Schläuchen beschaffte. Obwohl die Vertragsverletzung der F Assn. unbestritten war, konnte die Stadt New Orleans keine Auswirkungen dieses Umstands auf das Eindämmen der tatsächlich ausgebrochenen Feuer nachweisen. Mangels nachgewiesenen Schadens wies der Supreme Court die Forderung der Stadt auf Herausgabe der eingesparten Kosten ab.[82]

United States Court of Appeals, *Coca-Cola Bottling v. Coca-Cola*, Verwendung von Süssungsmittel: Coca-Cola hatte einer Abnehmerin Cola mit einem Süssungsmittel geliefert, das nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprach. Das verwendete Süssungsmittel war billiger als das im Vertrag bezeichnete. Die beiden Süssungsmittel waren jedoch qualitativ gleichwertig und die Verwendung des billigeren Mittels wirkte sich auch nicht negativ auf die Verkaufszahlen der Abnehmerin aus. Der Court of Appeals bejahte grundsätzlich die Möglichkeit, bei schwierigen Schadensberechnungen die Ersparnisbereicherung des Schuldners zu berücksichtigen: „*[D]amages measured by the monetary value of the benefit unjustly reaped by the breaching party are permitted on a contract theory [...] if a loss of expectancy has been established that is otherwise unquantifiable in pecuniary terms.*“ Mangels Bestands eines Schadens verneinte das Gericht vorliegend aber einen Ersatzanspruch der Abnehmerin.[83]

Britische Chancery Division, *Tito v. Wadell (No 2)*, Wiederinstandsetzung von Land: Die Kläger, Eigentümer einer kleinen Pazifikinsel, hatten den Beklagten erlaubt, auf ihrer Insel Sand und Phosphat abzubauen. Die Beklagten verpflichteten sich ihrerseits dazu, die Oberfläche der Insel nach Abschluss der Arbeiten wieder in ihren ursprünglichen Zustand zurückzuversetzen. Dies hätte insbesondere eine Aufforstung in grösserem Umfang verlangt. Nachdem die Beklagten die Wiederherstellung nicht vornahmen, klagten die Eigentümer der Insel auf Realerfüllung und Schadenersatz in Höhe der von den Beklagten eingesparten Wiederinstandsetzungskosten. Das Gericht erachtete die Realerfüllung als unverhältnismässig, da die Kläger nicht mehr auf der Insel wohnten. Bei der Prüfung des An-

82 City of New Orleans v. Firemen’s Charitable Ass’n, 43 La. Ann. 447 (La. Sup. 1891).

83 Coca-Cola Bottling Co. of Elizabethtown, Inc. v. Coca-Cola Co., 988 F.2d 386 (C.A. 3d Cir. 1993), Zitat bei 409.

> spruchs auf Schadenersatz orientierte sich das Gericht nicht wie von den Klägern verlangt an den eingesparten Wiederinstandsetzungskosten, sondern stellte auf eine allfällige Wertveränderung der Insel ab. Da die Insel nach Feststellung des Gerichts keine Entwertung erfahren hatte, verneinte es einen Entschädigungsanspruch der Kläger.[84]

Während einige Gerichte für eine Entschädigung an die Gläubiger also strikt einen objektiv feststellbaren Schaden verlangten, veranlassten andere Gerichte (zumeist gestützt auf eine alternative Schadensberechnung) die Herausgabe der Ersparnisbereicherung. Urteile wie *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Ass'n*, wo die Abschöpfung der Ersparnisbereicherung verneint wurde, sind dabei nicht unproblematisch. Durch das Erfordernis eines konkreten Schadens besteht gegen potentielle Ersparnisbereicherungen nur eine geringe Präventivwirkung. Dies ist insbesondere dann stossend, wenn durch die Einsparungen des Schuldners Personen oder Sachen konkret gefährdet werden. Entsprechend wurde *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Ass'n* von anderen Gerichten auch kritisiert.[85] 45

Im Bereich des *civil law* besteht bei Ersparnisbereicherungen zunächst regelmässig der Anspruch auf Realerfüllung. Dieser ist gerichtlich durchsetzbar, solange die Leistung noch nicht unmöglich ist.[86] Inwiefern der Gläubiger weitere Ansprüche geltend machen kann, wird noch zu prüfen sein. Grundsätzlich bestehen Gewährleistungsansprüche unabhängig vom Bestand eines Schadens.[87] Die nach Schweizer Recht am ehesten in Frage kommende Minderung setzt i.d.R. aber nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern auch einen objektiv feststellbaren Minderwert der erbrachten Leistung voraus, woran es bei den hier beschriebenen Ersparnisbereicherungen gerade fehlt.[88] 46

---

84 Tito v. Waddell (No 2), 1977 WL 59462 (ChD).

85 So z.B. vom englischen Court of Appeal in Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 458: „*Justice surely demands an award of substantial damages in such a case, and the amount of expenditure which the defendant has saved by the breach provides an appropriate measure of damages*"; siehe auch die Kritik bei EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 593 Fn. 89.

86 BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 902; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2488 ff.

87 BGE 85 II 192 S. 193; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1619; vgl. zum deutschen und österreichischen Recht BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 902 f.

88 Siehe zur Minderung unten Rz. 175 ff.; vgl. auch BGE 105 II 99 E. 4a S. 101; BGer 4A_65/2012 vom 21.5.2012 E. 12.6; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1627 f.; GAUCH, FS Walter, 317; ZK-BÜHLER, Art. 368 OR N 86 f.; siehe aber BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 903; zum Auftragsrecht BK-FELLMANN, Art. 394 OR N 501.

3. Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht

47 Ein Schuldner kann schliesslich auch einen Vorteil erzielen, indem er vertraglich vereinbarte Unterlassungspflichten verletzt. Die englische Rechtsprechung spricht von einer gewinnbringenden Verletzung einer Unterlassungspflicht, „*where the defendant has obtained his profit by doing the very thing which he contracted not to do.*“[89] Den konkreten Unterlassungspflichten, welche Gegenstand eines Vertrags sein können, sind unter Vorbehalt der vertraglichen Gültigkeitsvorschriften keine Grenzen gesetzt. Entsprechend vielseitig sind deshalb auch ihre Ausgestaltungen. Typische Beispiele hier interessierender vertraglicher Unterlassungspflichten sind die unerlaubte Untervermietung, das Publikationsverbot, die Pflicht zur Befolgung eines Alleinvertriebsrechts des Vertragspartners oder die Einhaltung eines vertraglichen Konkurrenzverbots.[90] Gleiches gilt auch für die Pflicht zur vertraulichen Behandlung von Fabrikations- bzw. Geschäftsgeheimnissen. Während für „ausgekundschaftet[e] oder sonst wie unrechtmässig erfahren[e]“ Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse nach schweizerischem Recht der lauterkeitsrechtliche Schutz von Art. 6 UWG greift, gilt dies nicht für vertraglich vereinbarte Geheimhaltungspflichten.[91] Hier kommt daher einzig eine Anwendung der allgemeinen obligatorischen Anspruchsgrundlagen in Frage.

48 Vertragliche Unterlassungspflichten bringen regelmässig eine besondere Schutzbedürftigkeit des Gläubigers mit sich.[92] Diese Schutzbedürftigkeit ergibt sich daraus, dass die Verletzung einer Unterlassungspflicht oft irreversibel ist. Gelangt bspw. ein Unternehmensgeheimnis über einen Angestellten zu einer konkurrierenden Unternehmung, so kann das neuerworbene Wissen bei der Konkurrenz nicht mehr „gelöscht“ werden. Der Gläubiger kann hier zudem auch nicht auf Schutzmechanismen zurückgreifen, die bei einer Verletzung vertraglicher Handlungspflichten gewöhnlich zur Verfügung stehen, wie etwa die Realerfüllung oder die Ersatzvornahme. Und um die Verletzung einer Unterlassungspflicht mittels vorsorglicher Massnahme zu verhindern, muss der Gläubiger die Verletzung früh genug voraussehen, damit die Massnahme rechtzeitig umgesetzt werden kann.[93]

---

89 Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 458.

90 Vgl. SOEFFKY, 17 ff.; CHAPPUIS, 139 ff.; siehe auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 148 ff.

91 BGE 133 III 431 E. 4.6 S. 437: „Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, [dürfen] grundsätzlich frei genutzt und weiterentwickelt werden“; BSK UWG-FRICK, Art. 6 N 42 f.; vgl. aber auch Art. 5 UWG.

92 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 148.

93 Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt die Glaubhaftmachung des materiellen Anspruchs, dessen Verletzung oder Gefährdung, einen drohenden nicht

Die Verletzung von Unterlassungspflichten bringt typischerweise auch erhebliche Schwierigkeiten beim Schadensbeweis mit sich. Oft lässt sich nicht rekonstruieren, wie sich die wirtschaftliche Lage des Gläubigers ohne die Vertragsverletzung entwickelt hätte. In manchen Fällen mag die Verletzung einer Unterlassungspflicht auch überhaupt keinen messbaren Schaden des Gläubigers zur Folge haben. Zu denken ist bspw. an die Gebrauchsleihe eines wertvollen Gemäldes mit gleichzeitigem Kommerzialisierungsverbot, wobei der Entlehner das Gemälde trotzdem gegen Entgelt zur Schau stellt. Da der Verleiher mit der Gebrauchsleihe selber keine materiellen Zwecke verfolgt, wird es ihm schwerfallen, einen Schaden auch nur im Grundsatz nachzuweisen. Ein Anspruch des Verleihers auf Vorteilsherausgabe hingegen könnte den Entlehner von vornherein von der vertragswidrigen Zurschaustellung des Gemäldes abhalten. Die Erwartungen des Verleihers in den Vertrag würden damit wirksamer geschützt als durch den Anspruch auf Schadenersatz. 49

Auch die Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten hat in der Rechtsprechung keine einheitliche Behandlung erfahren. In den folgenden Entscheiden wurde ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe z.B. gutgeheissen:[94] 50

Court of Appeals of Maryland, *Automatic Laundry Service, Inc. v. Demas*, Verletzung eines Konkurrenzverbots: Die Au-

wieder gutzumachenden Nachteil des Gläubigers, die zeitliche Dringlichkeit der Massnahme sowie deren Verhältnismässigkeit voraus, siehe dazu Art. 261 Abs. 1 ZPO sowie ZPO Komm-HUBER, Art. 261 N 17 ff.

94 Vgl. für weitere Fälle aus der **Schweiz**: BGE 107 II 222 E. I.3 S. 224 zur Schadensermittlung beim Alleinvertretungsvertrag, wo das Bundesgericht auf die Rüge nicht eintrat, das vorinstanzliche Handelsgericht habe „der Berechnung des entgangenen Gewinns ihre sämtlichen Drittverkäufe in der Schweiz zugrunde[ge]legt, ohne zu prüfen, ob diese Kunden überhaupt von der Klägerin hätten beliefert werden können"; **Deutschland**: vgl. BAG, 22.8.1966, 3 AZR 157/66, wo das Bundesarbeitsgericht die Herausgabepflicht eines angestellten Betriebsberaters gestützt auf eine unechte Geschäftsführung bejahte, nachdem dieser ihm vom Arbeitgeber übertragene Geschäfte als seine eigenen durchführte; BGH, NJW 1977, 247, wo der Bundesgerichtshof einer GmbH gegenüber ihrem ehemaligen Geschäftsführer einen Anspruch aus unechter Geschäftsführung zugestand, der nach seinem Ausscheiden Verträge der GmbH an sich zog (siehe dazu auch die Erläuterungen in BGH, NJW 1988, 3018); **Irland**: vgl. Hickey and Company Ltd v. Roches Stores (Dublin) Ltd (No 1) [1993] RLR 196 (HC Irl.), 208: „*If the assessment of damages confined to the loss of the injured party should still leave the wrongdoer profiting from his calculated breach of the law damages should be assessed so as to deprive him of that profit.*"; **USA**: Y. J. D. Restaurant Supply Co., Inc. v. Dib, 98 Misc.2d 462 (N.Y. Sup. 1979), wo dem Kläger der Schadensbeweis nach der Verletzung eines Konkurrenzverbots durch den Beklagten nicht gelang, das Gericht einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns jedoch gestützt auf *equity* bejahte; Patterson v. Glassmire, 166 Pa. 230 (Pa. Sup. 1895), o.S.: „*[An account of profits] is well recognized in equity, being based on the principle that a wrongdoer shall never profit by his own wrong [...]*."

tomatic Laundry Service Inc. (A Inc.) hatte der Familie Demas, Bertreiberin eines Campingplatzes, münzbetriebene Waschmaschinen für ihren Campingplatz zur Verfügung gestellt. Der mittels der Waschmaschinen erzielte Ertrag wurde zwischen den Parteien aufgeteilt. Später installierte die Familie Demas jedoch weitere Waschmaschinen von einem Drittanbieter, worauf der Ertrag der Maschinen der A Inc. praktisch auf null sank. Das angerufene Gericht kam zum Schluss, dass sich die Familie Demas implizit dazu verpflichtet hatte, keine konkurrierenden Maschinen auf ihrem Gelände zu betreiben. Ohne weitergehende Begründung sprach sich das Gericht für einen Anspruch der A Inc. auf den von der Familie Demas anhand der anderen Maschinen erzielten Gewinn aus und wies die Sache an die Vorinstanz zurück.[95]

Britische Chancery Division, *Peter Pan Manufacturing Corporation v. Corsets Silhouette Ltd.*, Verwendung vertraulicher Informationen: Die Peter Pan Manufacturing Corporation (P Corp.), eine Textilunternehmung, war Inhaberin eines Patents für einen mittels Schaumstoff hergestellten Büstenhalter. Sie hatte die Corsets Silhouette Ltd. (C Ltd.) zu deren Herstellung und Verkauf lizenziert. Anlässlich eines Besuchs bei der P Corp. wurde einem Vertreter der C Ltd. vertraulich ein Büstenhalter mit einem neuen Konstrukt gezeigt. In der Folge produzierte die C Ltd. auf eigene Faust Büstenhalter mit jenem Konstrukt, worauf die P Corp. ein Produktionsverbot sowie die Herausgabe des durch den Verkauf dieser Modelle erzielten Gewinns forderte. Die Chancery Division kam zum Schluss, dass die C Ltd. zur Geheimhaltung des neuen Konstrukts verpflichtet gewesen wäre und erkannte der P Corp., unter anderem gestützt auf die Rechtsprechung zur Verwendung vertraulicher Informationen, einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung zu.[96]

US Supreme Court, *Snepp v. United States*, Verletzung eines Publikationsverbots: Als Snepp 1968 von der CIA als Agent eingestellt worden war, hatte er sich dazu verpflichtet, keine mit den Tätigkeiten der CIA zusammenhängende Informationen ohne vorherige Erlaubnis zu publizieren. Snepp war in den Siebzigerjahren in Vietnam stationiert und einer der letzten Amerikaner, die im April 1975 mit dem Helikopter aus der amerikanischen Botschaft in Saigon evakuiert wurden. 1977 veröffentlich-

95 Automatic Laundry Service, Inc. v. Demas, 216 Md. 544 (Md. C.A. 1958).
96 Peter Pan Manufacturing Corp v. Corsets Silhouette Ltd, [1964] 1 W.L.R. 96 (CD).

te Snepp unter dem Titel „*Decent Interval*“ ohne vorgängige Absprache mit der CIA ein Buch über die damaligen Erlebnisse. Die CIA verlangte daraufhin ein Vertriebsverbot sowie die Herausgabe des durch den Verkauf des Buchs erzielten Gewinns. Der Supreme Court befand, dass Snepp mit der CIA ein besonderes Vertrauensverhältnis bzw. eine *fiduciary relationship* eingegangen war. Das Gericht erkannte zwischen den Parteien deshalb einen *constructive trust* und bejahte den Herausgabeanspruch der CIA.[97]

In den nachfolgenden Fällen wurde eine Vorteilsherausgabe indessen abgelehnt: 51

BGH, Verletzung eines Alleinvertriebsrechts: Eine deutsche Herstellerin medizinisch-technischer Erzeugnisse räumte einem französischen Vertriebsunternehmen ein Alleinvertriebsrecht ihrer Produkte für verschiedene europäische Staaten ein. Unter Verletzung dieses Vertrags verkaufte die Herstellerin ihre Produkte aber weiterhin auch selber, worauf das Vertriebsunternehmen eine Entschädigung für die ihr entgangenen Provisionen forderte. Der BGH prüfte unter anderem auch die Vorteilsherausgabe nach den Bestimmungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag. Er hielt jedoch fest, es handle sich bei der Verletzung des Alleinvertriebsrechts um eine positive Vertragsverletzung. Das Vertriebsunternehmen könne folglich einzig einen konkret erlittenen Schaden geltend machen. Einen Anspruch auf den von der Herstellerin erlangten Verkaufsgewinn wies das Gericht hingegen ab.[98]

United States District Court, E.D. Pennsylvania, *Cal Fishkin v. Susquehanna Partners v. TABFG*, Verletzung eines Konkurrenzverbots: Fishkin war als Effektenhändler bei Susquehanna Partners (S Pa.) angestellt. 2003 hatten er und ein weiterer Effektenhändler das Unternehmen verlassen, um zusammen die TABFG zu gründen, welche ebenfalls mit Finanzprodukten handelte. Dabei verletzten die beiden ein mit S Pa. vereinbartes Konkurrenzverbot. S Pa. erhob in der Folge Anspruch auf den von der TABFG unter Verletzung des Konkurrenzverbots erzielten Gewinn. Nach einer Untersuchung der verschiedenen Arten von Schadenersatz (*expectation damages*, *reliance*

97 Snepp v. United States, 444 U.S. 507 (U.S. Sup. 1980).

98 BGH, NJW 1984, 2411; vgl. auch BGH, NJW 1988, 3018, wo der Bundesgerichtshof die Anwendung der unechten Geschäftsführung bei Verletzung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots verneinte.

damages, *restitution damages*[99]) bejahte der District Court einen Anspruch von S Pa. auf *expectation damages*, d.h. auf das positive Vertragsinteresse. Als nicht gerechtfertigt erachtete das Gericht hingegen eine Schadensberechnung auf der Grundlage des von der TABFG erzielten Gewinns. Sollte der Beweis des tatsächlich entgangenen Gewinns nicht möglich sein, habe S Pa. einzig Anspruch auf *nominal damages*, einem symbolischen Ersatz in der Höhe von wenigen Dollar.[100]

Britischer Court of Appeal, *Seager v. Copydex Ltd. (No. 1 und No. 2)*, Verwendung vertraulicher Informationen: Seager hatte ein neues Teppich-Haftsystem erfunden und patentiert. Für dessen Vertrieb war er in Vertragsverhandlungen mit der Copydex Ltd. (C. Ltd.) getreten. Während den Verhandlungen vertraute Seager einem Vertreter der C Ltd. die Funktionsweise eines weiteren von ihm erfundenen, jedoch noch nicht patentierten Haftsystems an. Nach Scheitern der Vertragsverhandlungen begann die C Ltd. mit dem Verkauf eines eigenen Haftsystems, welches offensichtlich auf dem von Seager neu erfundenen System basierte. Dieser verlangte daraufhin die Einstellung des Verkaufs sowie entweder Schadenersatz oder die Herausgabe des von der C. Ltd. durch den Verkauf erzielten Gewinns. Ohne nähere Begründung verwarf das Gericht einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe, bejahte hingegen gestützt auf *equity* einen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe einer kapitalisierten hypothetischen Lizenzgebühr.[101]

52 Auch bei der Verletzung vertraglicher (oder vorvertraglicher) Unterlassungspflichten sind in der internationalen Rechtsprechung demnach unterschiedliche Lösungsansätze auszumachen. Wird von den Gerichten des *common law* eine Vorteilsherausgabe angeordnet, ist (zumindest aus der Perspektive des *civil law*) nicht immer offensichtlich, ob dies auf der Grundlage des Vertrags geschieht oder vielmehr aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen wie *restitution* oder *tort*. Eine Vorteilsherausgabe wird unter *common law* aber offensichtlich regelmässig in denjenigen Fällen angeordnet, in denen der Schuldner gegenüber dem Gläubiger eine *fiduciary duty* innehat, also eine besondere Vertrauens- bzw. Treuhandpflicht.[102] Eine solche Pflicht kann Grundlage

---

99 Vgl. zu diesen Begriffen unten Rz. 154 ff.

100 Fishkin v. Susquehanna Partners, G.P. 2007 WL 560703 (U.S. D.C. E.D. Pa.); zum Konzept der *nominal damages* siehe KRAMER, 557.

101 Seager v. Copydex Ltd (No. 1), [1967] 1 W.L.R. 923 (CA); Seager v. Copydex Ltd (No. 2), [1969] 1 W.L.R. 809 (CA).

102 ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 186; EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 563; *fiduciary duty* wird gemeinhin definiert als „*a*

eines *constructive trust* sein.[103] Dort ergibt sich das *trust*-Verhältnis zwar nicht direkt aus dem Parteiwillen, die Gerichte gehen gestützt auf *equity* aber davon aus, dass der Gläubiger ein besseres Recht auf einen Vermögensvorteil hat und „konstruieren" deshalb ein Rechtsverhältnis, dass Ähnlichkeiten mit demjenigen eines *trust* aufweist.[104]

Bei der Prüfung der *fiduciary duty* und der Annahme eines *constructive trust* scheinen die Gerichte über einen beträchtlichen Ermessensspielraum zu verfügen. Es darf angenommen werden, dass sie diese Rechtsinstitute zum Teil auch ergebnisorientiert anwenden – dies insbesondere dann, wenn in den Augen des Gerichts die Leistung von Schadenersatz in einer konkreten Situation als unzureichend erachtet wird. Eine besondere Vertrauensbeziehung oder *fiduciary duty* und damit die Pflicht zur Vorteilsherausgabe wird z.B. regelmässig dann bejaht, wenn eine Vertragspartei zum Nachteil des Vertragspartners Schmiergelder angenommen hat.[105] 53

Unter schweizerischem Recht sind Schmiergeldfälle rechtlich weitgehend unproblematisch. Sie begründen nach herrschender Lehre, sowie in bestimmten Fällen auch ausdrücklich nach Art. 4a i.V.m. Art. 9 Abs. 3 UWG, einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe.[106] Auch bei der Verletzung weiterer Unterlassungspflichten bringt das UWG Abhilfe. Nach Art. 5 UWG handelt unlauter, wer fremde Arbeitsergebnisse in unbefugter Weise verwertet. Unlauter handelt gemäss dem bereits erwähnten Art. 6 UWG zudem, wer unrechtmässig erfahrene Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse unbefugt verwertet oder weiterleitet. Auch in diesen Fällen kann die in ihren Rechten beeinträchtigte Person Kraft ausdrücklichen Verweises von Art. 9 Abs. 3 UWG auf die 54

duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary to the beneficiary", siehe GARNER, Black's Law Dictionary, „fiduciary duty".

103 Trust ist „*[t]he right, enforceable solely in equity, to the beneficial enjoyment of property to which another person holds the legal title*", constructive trust hingegen ist „*[a]n equitable remedy by which a court recognizes that a claimant has a better right to certain property than the person who has legal title to it*", siehe GARNER, Black's Law Dictionary, „trust".

104 Weiterführend BÜRGI-WYSS, 91 ff.; der Begriff *constructive trust* leitet sich im Übrigen nicht vom Verb *construct* (konstruieren), sondern von *construe* (auslegen, deuten) ab, siehe dazu GARNER, Black's Law Dictionary, „constructive trust".

105 Boston Deep Sea Fishing & Ice Co v. Ansell, [1888] 39 Ch. D. 339 (CA); siehe auch die Grundsatzbesprechung zu Bestechungsgeldern in Attorney General of Hong Kong v. Reid, [1994] 1 A.C. 324 (PC), 331: „*Equity [...] insists that it is unconscionable for a fiduciary to obtain and retain a benefit in breach of duty. [...] The false fiduciary who received the bribe in breach of duty must pay and account for the bribe to the person to whom that duty was owed*."

106 BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 71; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 4; vgl. auch BGH, NJW 2001, 2476, 2477; BAG, NJW 1961, 2036.

Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen.

55 Bei der Verletzung *vertraglicher* Wettbewerbsverbote hingegen ist umstritten, ob nebst Schadenersatz auch ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe besteht. Bisweilen wird postuliert, vertragliche Konkurrenzverbote seien mit den Ansprüchen auf Feststellung, Unterlassung und Beseitigung sowie des Anspruchs auf Schadenersatz hinreichend geschützt.[107] Die Verletzung von Wettbewerbsverboten wird nach anderer Meinung jedoch auch als unechte Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert.[108] Unklar ist unter schweizerischem Recht sodann auch die Rechtsfolge der Verletzung vertraglicher Publikationsverbote. Auch hier wird wohl einzig der Anspruch auf Schadenersatz unstrittig sein, sofern nicht gleichzeitig auch eine Persönlichkeitsverletzung (und damit die Verletzung eines absoluten Rechts) vorliegt, die ihrerseits gestützt auf das Geschäftsführungsrecht einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe begründet.[109]

4. Fazit

56 Diese Sammlung ausgewählter Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen zeigt auf, dass in Fällen gewinnbringender Vertragsverletzungen immer wieder ein Bedürfnis besteht, dem Verletzer die von ihm erzielten Vorteile zu entziehen und dem Gläubiger zuzusprechen. Gleichzeitig erfährt die Vorteilsherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung keine einheitliche rechtliche Handhabung. Unter *civil law* stützt sich die Vorteilsherausgabe – sofern eine solche bejaht wird – meist auf das Geschäftsführungsrecht oder den Anspruch auf das stellvertretende Commodum. Unter *common law* wird die Vorteilsherausgabe uneinheitlich aus *restitution, unjust enrichment*, dem Recht auf *damages* oder aus *equity*-Instituten wie der *fiduciary duty* oder dem *constructive trust* abgeleitet. Auch bei sachlich ähnlich gelagerten Fällen lassen sich dabei bisweilen stark divergierende Ergebnisse finden.

---

107 HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 240; vgl. BGH, NJW 1988, 3018.
108 BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 6; vgl. WEBER, ZSR 1992 I, 337 f.
109 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 71.

IV. Moral und Wirtschaftlichkeit im Vertragsrecht

A) Einleitung und Übersicht

Die Moral spielt im Vertragsrecht eine wichtige Rolle. Art. 2 Abs. 1 ZGB hält für das gesamte schweizerische Privatrecht fest, dass jedermann in der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat. Auch Art. 1104 des französischen Code civile stipuliert die Verpflichtung der Vertragsparteien, in guten Treuen zu handeln („*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*"). Ähnliches gilt etwa für Art. 7 Abs. 1 des spanischen Código civil („*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*"), § 242 BGB („*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*") sowie § 1-304 des amerikanischen Uniform Commercial Code („*Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*"). Ferner ist bspw. auch im chinesischen Recht das *principle of good faith* (Chin.: *chéngxìn*) als elementares Prinzip des Vertragsrechts kodifiziert.[110] 57

Ein moralisches Element muss auch dem unter *civil law* grundsätzlich zur Verfügung stehenden Anspruch auf Realerfüllung zugestanden werden. Demnach sind vertragliche Vereinbarungen in erster Linie zu erfüllen. Die Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung stehen (zumindest theoretisch) subsidiär zur Verfügung.[111] So setzt bspw. nach deutschem Recht der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäss erbrachter Leistung unter Geltendmachung von Schadenersatz seit der Schuldrechtsmodernisierung zunächst eine allgemeine Nachfristansetzung des Gläubigers voraus.[112] Nebst 58

---

110 Siehe Art. 6 Contract Law of the People's Republic of China: „*The parties shall observe the principle of good faith in exercising their rights and fulfilling their obligations.*"; vgl. WANG/XU, 13 Columbia Journal of Asian Law 1999, 2, 17 ff.

111 RABEL, 375; HUGUENIN, Rz. 809; SCHWENZER, Rz. 61.01 f.; BK-WEBER, Art. 97 OR N 333 ff.; siehe ferner § 241 Abs. 1 BGB; Art. 1453 Abs. 1 des ital. Codice civile.

112 Siehe § 281 und § 323 BGB; vgl. dazu Art. 3 Abs. 5 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter; vgl. dazu § 462 BGB a.F. Nach Schweizer Recht ist hingegen zu differenzieren: Handelt es sich um eine Schlechtleistung (*peius*), so kann der Gläubiger grundsätzlich ohne Nachfristansetzung (aber i.d.R. nur bei rechtzeitiger Rüge) seine Gewährleistungsrechte ausüben. Handelt es sich hingegen um eine Falschleistung (*aliud*) bzw. um eine objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung, so hat der Gläubiger nach Art. 97 ff. OR vorzugehen und dabei im Fall des Rücktritts unter anderem die Nachfristansetzung

den Rechtsordnungen des *civil law* anerkennt bspw. auch das chinesische Vertragsrecht einen Anspruch auf Realerfüllung, sofern die Realerfüllung nicht unmöglich oder unverhältnismässig ist und binnen angemessener Frist verlangt wird.[113]

59 Auch im Bereich des internationalen Vertragsrechts kommen moralisch geprägte Leitgedanken zum Ausdruck. Dies zeigt sich zunächst im Gebot der Wahrung des guten Glaubens.[114] Sowohl die UNIDROIT Principles, die PECL wie auch der DCFR gewähren dem Gläubiger (mit gewissen Einschränkungen) sodann einen Anspruch auf Realerfüllung.[115] Zudem werden vorsätzliche Vertragsverletzungen unter diesen Regelwerken speziell streng gehandhabt. Verletzt ein Schuldner einen Vertrag absichtlich, so wird regelmässig eine wesentliche Vertragsverletzung angenommen.[116] Auch im Anwendungsbereich des CISG muss dem Umstand, ob eine Vertragsverletzung schuldhaft begangen wurde, bei der Prüfung der wesentlichen Vertragsverletzung Rechnung getragen werden.[117] Und das CISG sieht einen Erfüllungsanspruch zumindest immer dann vor, wenn das urteilende Gericht einen solchen auch unter seinem jeweiligen nationalen Recht gewähren würde.[118]

---

nach Art. 107 f. OR zu beachten; dazu GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2634 ff., 2656 ff.

113 Art. 110 Contract Law of the People's Republic of China: „*If either party fails to discharge non-pecuniary debt or fails to discharge non-pecuniary debt as contracted, the other party may demand the discharge, except in any of the following situations: (1) legally or practically the discharge is impossible; (2) the targeted matter of the debt is unsuitable for a compulsory discharge or too expensive for the discharge; or (3) the creditor does not demand the discharge within a reasonable period of time.*"; dazu auch WANG/XU, 13 Columbia Journal of Asian Law 1999, 14 f.

114 Art. 7 Abs. 1 CISG; Art. 1.7 PICC; Art. 1:201 PECL; Art. I.-1:103 DCFR.

115 Art. 7.2.1 und 7.2.2 PICC, dazu Vogenauer PICC-SCHELHAAS, Art. 7.2.2 N 2; Art. 9:101 und 9:102 PECL, Art. III.-3:301 und Art. III.-3:302 DCFR.

116 Art. 8:103(c) PECL; Art. III.-3:502(2)(b) DCFR; Art. 7.3.1(2)(c) PICC, zurückhaltend jedoch Vogenauer PICC-HUBER, Art. 7.3.1 N 43 ff.; vgl. auch PICC Official Commentary, Art. 7.3.1, Comment 3c: „*It may, however, be contrary to good faith [...] to terminate a contract if the non-performance, even though committed intentionally, is insignificant.*"; zum Ganzen SHOARIAN/BEIG POUR, 3 International Journal of Research in Social Sciences 2013, 120 f.

117 OLG Hamburg, 14.12.1994, cisg-online 216 (zu „arglistigem" Verhalten); Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 25 N 9; Honsell CISG-GSELL, Art. 25 N 16; kritisch hingegen BGer 4C.105/2000 vom 15.9.2000 (cisg-online 770) E. 2c.aa: „*L'importance de la violation n'est pas déterminante, seules l'étant les conséquences de celle-ci pour la partie lésée.*"; kritisch auch SHK CISG-BRUNNER/LEISINGER, Art. 25 N 9 (wobei die absichtliche Vertragsverletzung als Indiz für eine wesentliche Vertragsverletzung in N 8 der Vorauflage noch bejaht wurde); Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHROETER, Art. 25 N 19.

118 Art. 28 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 und Art. 62 CISG; dazu SHK CISG-BRUNNER/BODENHEIMER, Art. 28 N 1 f.

Im Bereich der opportunistischen Vertragsverletzung wird der Schutz vor „unmoralischem“ Verhalten indessen nicht kompromisslos umgesetzt. Vorsätzliche Vertragsverletzungen entsprechen nicht dem Idealverhalten einer nach Treu und Glauben handelnden Vertragspartei. Dennoch kennen weder die Rechtsordnungen des *common law* noch kontinentaleuropäische Rechtsordnungen wie diejenige der Schweiz, Deutschlands oder Frankreichs einen allgemeinen vertraglichen Anspruch, wonach dem Schuldner durch opportunistische Vertragsverletzung erzielte Vorteile abgesprochen werden können.[119] Im niederländischen Obligationenrecht ist zwar eine Bestimmung zu finden, die eine Schadensberechnung bzw. -schätzung auf der Grundlage des erzielten Verletzergewinns ausdrücklich erlaubt.[120] Es dürfte sich dabei unter den Rechtsordnungen des *civil law* jedoch um eine Ausnahme handeln.[121] Der Umgang mit opportunistischen Vertragsverletzungen wird damit mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung weitgehend der Rechtsprechung und Lehre überlassen. 60

Wie im vorhergehenden Kapitel aufgezeigt wurde, haben die Gerichte im Bereich des *civil law* wie auch des *common law* nicht einheitlich auf gewinnbringende Vertragsverletzungen reagiert. In einigen Fällen haben sie einzig den Ersatz des verursachten Schadens bzw. die Entrichtung von *expectation damages* angeordnet. In anderen Fällen hingegen entschieden die Gerichte auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Vorteils an den Gläubiger, also auf einen *account of profits*. In diesem Kapitel soll nun die Zweckmässigkeit dieser beiden Rechtsfolgen näher geprüft werden. Hierzu wird zunächst die auf Wirtschaftlichkeit ausgerichtete *efficient breach theory* (Theorie des effizienten Vertragsbruchs) erläutert. Im Anschluss daran wird aufgezeigt, wie die Rechtsprechung des *common law* graduell Ansätze entwickelt hat, welche von dieser Theorie Abstand nehmen. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen wird die Grundidee des effizienten Vertragsbruchs sodann einer eingehenden Kritik unterzogen. Darauf folgen schliesslich Argumente für eine vermehrt moralische Ausgestaltung des Vertragsrechts. 61

---

119 SCHMIDT-AHRENDTS, 96 f.

120 Art. 6:104 Burgerlijk Wetboek: „*If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it.*“; siehe auch unten Rz. 170 f.

121 SCHMIDT-AHRENDTS, 97.

B) Efficient breach theory

62 Wer annimmt, in Gewinn resultierende Vertragsbrüche würden einhellig als unliebsame Nebenerscheinungen imperfekter Rechtsordnungen betrachtet, irrt. Anhänger der *efficient breach theory* postulieren, dass Vertragsbrüche in gewissen Konstellationen nicht nur kein Übel, sondern geradezu wünschenswert sind. Ursprung dieser Überlegung ist die im Verlauf des 20. Jahrhunderts in den USA entwickelte *law and economic*-Bewegung, welche die schwergewichtig historische Prägung des Rechts kritisierte und sich stattdessen für eine moderne, in erster Linie wirtschaftlich orientierte Rechtsgestaltung stark machte.[122] In der deutschsprachigen Literatur ist dieser Ansatz auch unter dem Begriff der „Ökonomischen Analyse des Rechts" (ÖAR) bekannt.[123] Massgeblich geprägt wurde die Bewegung insbesondere durch den Aufsatz „*The Problem of Social Cost*" aus dem Jahr 1960, in dem ROBERT COASE unter anderem anhand von Anwendungsfällen aufzeigte, dass Rechtsanwendung oft zu wirtschaftlich suboptimalen Ergebnissen führt.[124]

63 Bereits 1897 jedoch formulierte OLIVER WENDELL HOLMES JR. seinen berühmten, aufgrund der zahlreichen Zitierungen fast wie ein Mantra anmutenden Spruch: „*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else*".[125] Nach HOLMES gibt es für einen Schuldner keinerlei Verpflichtung, abgeschlossene Verträge einzuhalten. Der Schuldner soll sich vielmehr frei zwischen Vertragserfüllung und Vertragsbruch entscheiden dürfen – dies unter der Bedingung, dass er dem Gläubiger im Fall der Vertragsverletzung Schadenersatz leistet. Als einziger vertraglicher Anspruch sei deshalb eine strenge Schadenshaftung notwendig. Weitergehenden vertraglichen Ansprüchen, insbesondere solchen mit präventivem oder gar strafendem Charakter, stand HOL-

---

122 BÄRTSCHI, 89 f.

123 Siehe z.B. BÜRGI-WYSS, 28; vgl. REY/WILDHABER, Rz. 200 ff., sowie die Begriffsverwendung in Rz. 184 ff. der 4. Auflage.

124 COASE RONALD H., The Problem of Social Cost, 56 Journal of Law & Economics 2013, 837–877 (erneuter Druck des Texts von 1960). Gemäss einer Studie von SHAPIRO/PEARSE aus dem Jahr 2012 handelt es sich hierbei um den weltweit am häufigsten zitierten juristischen Aufsatz, siehe SHAPIRO/PEARSE, 110 Michigan Law Review 2012, 1489. COASE hat 1991 zudem den Wirtschaftsnobelpreis (Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften) erhalten.

125 HOLMES, 10 Harvard Law Review 1897, 462; siehe z.B. die Referenz in POSNER, 129 Fn. 1; häufig zitiert wird auch die folgende Formulierung von HOLMES: „*The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfillment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.*", HOLMES, Common Law, 266, zitiert bspw. in FRIEDMANN, 18 The Journal of Legal Studies 1989, 1.

MES skeptisch gegenüber und fragte sich „*whether it would not be a gain if every word of moral significance could be banished from the law altogether*“.[126]

Mehr als ein halbes Jahrhundert später hat insbesondere RICHARD POSNER in seiner 1973 und seither regelmässig in Neuauflagen publizierten Monografie „*Economic Analysis of Law*“[127] das von HOLMES geprägte Gedankengut weiter konkretisiert und der *efficient breach theory* ihre heute bekannte Form verliehen: 64

> „*[I]n some cases a party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach. So in this case awarding damages will not deter a breach of contract. It should not. It is an efficient breach.*“[128]

Gemäss den Verfechtern der *efficient breach theory* ist der Inhalt jedes Vertrags also nicht mehr als ein Versprechen, den Vertrag entweder auszuführen oder bei Vertragsbruch Schadenersatz zu zahlen.[129] Entscheidet sich der Schuldner für den Vertragsbruch, so darf er dies ohne Skrupel tun.[130] Denn ob ein Vertrag vorsätzlich verletzt wird oder nicht, macht aus wirtschaftlicher Perspektive keinen Unterschied. In beiden Fällen wird davon ausgegangen, dass der Gläubiger mit der Entrichtung von Schadenersatz wirtschaftlich so gestellt wird, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Nach dieser Auffassung sollten bei vorsätzlichen Vertragsbrüchen deshalb auch nicht andere Ansprüche zur Verfügung stehen, als wenn ein Vertrag ohne Verschulden verletzt wird.[131] 65

---

126 HOLMES, 10 Harvard Law Review 1897, 464, siehe allgemein 462 ff.; vgl. auch HOLMES, Common Law, 265 ff.

127 Das Werk erscheint zurzeit als POSNER RICHARD A., Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014; gemäss einer weiteren Studie von SHAPIRO (vgl. oben Fn. 124) aus dem Jahr 2000 handelt es sich bei POSNER um den weltweit am häufigsten zitierten Juristen, siehe SHAPIRO, 29 The Journal of Legal Studies 2000, 424.

128 POSNER, 131.

129 BAR-GILL/BEN-SHAHAR, 107 Michigan Law Review 2009, 1480; JONES, FS Schlechtriem, 765; BÄRTSCHI, 94.

130 KRAMER, 559: „*even deliberate breach of contract is in a sense unobjectionable, although sounding in compensatory damages, and if a defendant can cover that compensation and still make a profit then good luck to it*“; PERLMAN, 49 University of Chicago Law Review 1982, 119: „*[C]ontract breach is an economic event, not an immoral act.*“; BÄRTSCHI, 94 f.

131 BAR-GILL/BEN-SHAHAR, 107 Michigan Law Review 2009, 1480: „*Intentional breach is no different than negligent or innocent failure to take precautions – all ought to be*

66 Unter der *efficient breach theory* sind Schadenersatzzahlungen als gewöhnlicher Geschäftsaufwand des Schuldners zu betrachten. Wenn sich der Schuldner zwischen Ausführung des Vertrags oder Vertragsbruch entscheiden muss, nimmt er eine simple Rechnung vor: Gelingt ihm die maximal mögliche Vermögenszunahme mittels Vertragsausführung, so wird er die vertragliche Leistung erbringen. Erlaubt ihm die Verletzung des Vertrags aber die Erzielung eines Gewinns, welcher nach Abzug der Schadenersatzzahlung den durch die Vertragserfüllung erzielbaren Gewinn übersteigt, so entscheidet er sich für die Vertragsverletzung. Eine solche Vertragsverletzung wird als „effizient" bezeichnet, da der Schuldner durch seinen Vertragsbruch das wirtschaftliche Gesamtwohl steigert: Während der Gläubiger dem Vertragsbruch aufgrund der Schadenersatzzahlung neutral gegenübersteht, erzielt der Schuldner einen zusätzlichen Gewinn.[132] Der so erreichte Zustand ist gegenüber dem mittels gehöriger Vertragsausführung erreichbaren Zustand *pareto superior*.[133]

67 Am einfachsten können die Effekte des *efficient breach* wiederum anhand eines Doppelverkaufs illustriert werden: A erstellt auf Bestellung von B 100‘000 Einheiten einer bestimmten Vorrichtung, mit denen B ein Produkt fertigstellen kann, das er anschliessenden zum Verkauf anbieten will. Der vereinbarte Preis beträgt CHF 1 pro Vorrichtung, d.h. insgesamt CHF 100‘000. Kurz vor der Lieferung gelangt jedoch C an A und möchte ebenfalls 100‘000 Einheiten dieser Vorrichtung kaufen. Aufgrund erhöhten Kundenandrangs herrscht bei C besondere Dringlichkeit, weshalb er zur Zahlung eines höheren Kaufpreises im Umfang von CHF 1,20 pro Einheit bereit ist, d.h. insgesamt CHF 120‘000. A übergibt die 100‘000 Einheiten deshalb an C. Für B stellt er 100‘000 neue Einheiten her, kann diese aber nur verspätet liefern. B büsst durch die verspätete Lieferung CHF 15‘000 an Gewinn ein.

68 Durch den Verkauf an C hat A im Vergleich zu einem Verkauf an B einen zusätzlichen Gewinn von CHF 20‘000 erzielt. Davon verbleiben ihm nach Erstattung des entgangenen Gewinns an B in Höhe von CHF 15‘000 immer noch CHF 5‘000. Während B für seinen Schaden kompensiert wurde, ist A

---

subject to the same sanctions, and in general the expectation remedy is sufficient to provide optimal deterrence."

132 MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 950; FRIEDMANN, 18 The Journal of Legal Studies 1989, 2 f.

133 Ein Zustand ist gegenüber einem vorherigen Zustand *pareto superior*, wenn durch die Zustandsveränderung mindestens eine Person bessergestellt wird, ohne dass eine andere Person schlechtergestellt wird. Ist keine solche Verbesserung des Zustands mehr möglich, so gilt jener Zustand als *pareto effizient*, siehe hierzu SOEFFKY, 74; siehe ferner auch SCHÄFER/OTT, 13 f.; MÖSCHEL, AcP 216 (2016), 15 Fn. 8; FARBER, 66 Virginia Law Review 1980, 1446 f.

wirtschaftlich bessert situiert, als wenn er das Angebot von C ausgeschlagen und den Vertrag mit B rechtzeitig erfüllt hätte. Durch den Vertragsbruch wurde somit ein Zustand erreicht, der *pareto superior* ist. Hinzu kommt, dass die Ware direkt an diejenige Person (C) gelangt ist, welche sie am dringendsten benötigte und ihr deshalb den höchsten wirtschaftlichen Wert beigemessen hat (bzw. den höchsten Preis zu zahlen bereit war).[134] Da kein zusätzlicher Zwischenhandel erfolgt, fallen auch keine unnötige Transaktionskosten an (angesichts dieser Zahlen hätte wohl auch B die Einheiten an C weiterverkauft, was jedoch im Vergleich zum direkten Zweitverkauf insg. mehr Zeit und Aufwand in Anspruch genommen hätte).[135]

Nebst den Doppelverträgen können gemäss der *efficient breach theory* typischerweise auch Vertragsverletzungen in Form der Ersparnisbereicherung wirtschaftlich effizient sein. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Ausführung einer vertraglichen Pflicht mehr kosten würde, als sie ökonomischen Mehrwert generiert. Wäre also bspw. für die vertraglich vereinbarte Wiederinstandsetzung von Land mehr finanzieller Aufwand zu betreiben, als diese den objektiven Wert des Lands erhöht, so wird die Erfüllung dieser Pflicht gesamtwirtschaftlich als nicht sinnvoll betrachtet und sollte vom Schuldner verweigert werden.[136] Eine Kostenersparnis durch Nichtvornahme einer vertraglichen Pflicht ist selbstverständlich nur möglich, wenn dem Gläubiger kein Anspruch auf Realerfüllung zugestanden wird. Gemäss der *efficient breach theory* darf es deshalb aus Gründen der Wirtschaftlichkeit in der Regel keinen solchen Anspruch geben.[137] 69

C) Moralische Gedankenanstösse aus dem common law

1. Wegbereiter einer vertraglichen Vorteilsherausgabe

Die Grundidee der *efficient breach theory*, wirtschaftlich effizientes Verhalten zu fördern, hat das Vertragsrecht des *common law* bedeutend geprägt. Der Gedanke einer vertraglichen Vorteilsherausgabe als Präventivmassnahme 70

134 Vgl. BÄRTSCHI, 95.

135 Vgl. die Beispiele und Erläuterungen bei HARRISON, Michigan State Law Review 2013, 173 f.; § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Illustrations zu Comment h; POSNER, 131.

136 HARRISON, Michigan State Law Review 2013, 174; vgl. auch die *common law* Urteile zur vertragswidrigen Nicht-Wiederinstandsetzung von Land, insb. Peevyhouse v. Garland Coal & Min. Co., [1962] 382 P.2d 109 (Okla. Sup.) sowie Tito v. Waddell (No 2), 1977 WL 59462 (ChD), erläutert oben in Rz. 44.

137 BÄRTSCHI, 99; vgl. Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16: Remedies, Introductory Note.

gegen vorsätzliche Vertragsverletzungen lag der vorherrschenden Meinung stets fern.[138] Das amerikanische *Restatement (Second) of Contracts* aus dem Jahr 1981 beinhaltet dementsprechend auch ein klares Bekenntnis zur Theorie der effizienten Vertragsverletzung:[139]

> „*The traditional goal of the law of contract remedies has not been compulsion of the promisor to perform his promise but compensation of the promisee for the loss resulting from breach. 'Willful' breaches have not been distinguished from other breaches, punitive damages have not been awarded for breach of contract, and specific performance has not been granted where compensation in damages is an adequate substitute for the injured party. In general, therefore, a party may find it advantageous to refuse to perform a contract if he will still have a net gain after he has fully compensated the injured party for the resulting loss.*"[140]

71 Auch in der Rechtsprechung des *common law* ist die Bedeutung der *law and economic*-Bewegung unübersehbar. Illustrativ ist dazu bspw. die folgende Passage eines Urteils des kanadischen Supreme Courts aus dem Jahr 2002:

> „*Efficient breach is what economists describe as a Pareto optimal outcome where one party may be better off but no one is worse off, or expressed differently, nobody loses. Efficient breach should not be discouraged by the courts.*"[141]

72 Gleichzeitig ist in der Rechtsprechung des *common law* aber seit geraumer Zeit eine langsame Abkehr von der Theorie des effizienten Vertragsbruchs zu erkennen. Immer wieder war den Gerichten offensichtlich daran gelegen, eine Besserstellung des Schuldners aufgrund einer von ihm begangenen Vertragsverletzung zu verhindern. Da eine vertragliche Vorteilsabschöpfung nicht ausdrücklich zur Verfügung stand, musste eine solche unter dem Titel anderer Rechtsinstitute bewerkstelligt werden.[142] Nachdem im letzten Kapitel bereits

---

138 DAWSON, 20 Ohio State Law Journal 1959, 187: „*[T]he prevention of profit through mere breach of contract is not yet an approved aim of our legal order [...]. As the matter stands, the contract damage remedies of the common law are so heavily focused on promisee's loss [...] that money judgment remedies aimed directly at retrieving the defaulting promisor's gain would wander long in our legal universe before they could be expected to come into orbit.*"

139 Zu den *Restatements of the Law* siehe allgemein unten Rz. 98.

140 Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16: Remedies, Introductory Note.

141 Bank of America Canada v. Mutual Trust Co., 2002 SCC 43 (Can. Sup.), Rz. 31.

142 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 965: „*[C]ircumstances do arise when the just response to a breach of contract is that the wrongdoer should not be permitted to retain any profit from the breach. In these cases the courts have*

verschiedene Beispiele aus der Rechtsprechung zur Vorteilsherausgabe erläutert wurden, sollen nun die wichtigsten „verdeckten" rechtlichen Herleitungen einer vertraglichen Vorteilsabschöpfung noch einmal kurz anhand dreier englischer *leading cases* aufgezeigt werden.

Die erste Kategorie betrifft die erwähnte Annahme eines *trust*-Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien. Wie bereits ausgeführt, gehen die Gerichte bei Kaufverträgen über Immobilien i.d.R. von einem fiduziarischen Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer aus, weshalb dem Gläubiger im Fall eines Doppelverkaufs gestützt auf einen *constructive trust* ein Anspruch auf die vom Verkäufer erlangten Vorteile zukommt.[143] Auch ausserhalb von Immobilienkaufverträgen wird bisweilen jedoch ein *trust*-Verhältnis angenommen, um dadurch eine Vorteilsherausgabe zu erwirken: 73

> **Britisches Judicial Committee of the Privy Council, *Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph Co.*, Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht:** Die Anglo-American Telegraph Co. (A Co.) hatte auf einem bestimmten Streckenabschnitt der von der Reid-Newfoundland Co. (R Co.) betriebenen Eisenbahnstrecke eine Telegrafenverbindung erstellt. Die R Co. hatte sich vertraglich dazu verpflichtet, die Telegrafenverbindung ausschliesslich für den Betrieb der besagten Strecke oder im Interesse der A Co. zu nutzen. In Verletzung dieses Vertrags nutzte die Bahnbetreiberin die Verbindung jedoch auch in Zusammenhang mit anderen Geschäften. Das Gericht erkannte zwischen den Parteien in der Folge „*an obligation in the nature of a trust*", weshalb ein Anspruch der A Co. auf den vertragswidrig erzielten Gewinn der R Co. gutgeheissen wurde.[144]

Obwohl in diesem Fall nichts dafürsprach, dass zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hätte, war dem Gericht offensichtlich daran gelegen, die Eisenbahnbetreiberin nicht von ihrer Vertragsverletzung profitieren zu lassen. Die Annahme eines *trust* schien dem Gericht ein zweckmässiges Mittel, um dem enttäuschten Gläubiger den Verletzergewinn zuzusprechen.[145] 74

---

reached the desired result by straining existing concepts."; siehe auch JONES, FS Schlechtriem, 765; vgl. MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 953.

143 Siehe oben Rz. 39; MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 954.

144 Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph Co., [1912] A.C. 555 (Jud-Comm PC), Zitat aus Rz. 9.

145 Gemäss Wortlaut des Vertrags hatte die Eisenbahnbetreiberin die Telegrafenverbindung nicht zu anderweitigen Zwecken zu verwenden, „*except for the benefit and account of the telegraph company*", siehe Rz. 3 des Urteils. Teilweise wird deshalb auch

75 Neben der Annahme eines *trust* betrifft die zweite Kategorie der Herleitung einer Vorteilsabschöpfung das Abstützen auf den Verletzergewinn bei der Schadensberechnung:

> **Britische Chancery Division, *British Motor Trade Association v. Gilbert,* Verletzung eines Vorkaufsrechts:** Die British Motor Trade Association (B Assn.) hatte im Januar 1951 ein Fahrzeug für GBP 1‘230 an Gilbert verkauft. Sämtliche Fahrzeuge der B Assn. wurden damals mit der Auflage verkauft, diese während zweier Jahre nicht weiterzuverkaufen, ohne zuvor der B Assn. den Rückkauf zum ursprünglichen Verkaufspreis (abzgl. Amortisation) anzubieten. Vor Ablauf der zwei Jahre verkaufte Gilbert das Fahrzeug jedoch ohne Rücksprache mit der B Assn. für GBP 2‘200 auf dem Schwarzmarkt. Die Chancery Division verurteilte Gilbert in der Folge zur Zahlung von Schadenersatz an die B Assn. Für die Bemessung des Ersatzes stellte das Gericht auf die Differenz zwischen dem auf dem Schwarzmarkt erzielten Preis und dem vereinbarten Rückkaufspreis des Fahrzeugs ab.[146]

76 Das Besondere an diesem Fall war, dass sich der Verkaufspreis auf dem legalen Markt nicht geändert hatte. Hätte die British Motor Trade Association das Fahrzeug zurückgekauft und dann auf dem Markt legal wiederverkauft, so hätte sie aus dem Wiederverkauf keinen Gewinn erzielen können. Folglich ist der Unternehmung durch die Vertragsverletzung von Gilbert auch kein Schaden entstanden.[147] Da dem Gericht wohl aber daran gelegen war, Gilbert die aus der Vertragsverletzung entstandenen Vorteile abzusprechen, hat es über diese „abstrakte“ Art der Schadensberechnung im Ergebnis die Herausgabe des Verletzergewinns bewirkt.

77 Die dritte Herleitung der Vorteilsabschöpfung betrifft schliesslich ein Konstrukt, welches Elemente von Wertersatz mit einer eigentlichen Vorteilsherausgabe kombiniert:

> **Britische Chancery Division, *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v. Parkside Homes Ltd.*, Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht:** In den 1930er Jahren hatte die Wrotham Park Estate Co. Ltd. (W Ltd.) Teile des Wrotham Park zwecks Wohnungsbaus an verschiedene Immobilienunternehmen ver-

---

vertreten, der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung bzw. auf den *account of profits* habe sich direkt aus der Parteivereinbarung ergeben, so bspw. MCDERMOTT/SKINNON, 6 Deakin Law Review 2001, 117 Fn. 26.

146 British Motor Trade Association v. Gilbert, 1951 WL 11769 (ChD); vgl. auch den sehr ähnlichen Fall Mouat (JN) v. Betts Motors, [1959] A.C. 71 (PC).

147 Vgl. BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 142.

> kauft. Die Kaufverträge sahen als Bedingung jeweils eine Maximalzahl der auf dem Land errichtbaren Gebäude vor. Die Parkside Homes Ltd. (P Ltd.) wurde Eigentümerin eines dieser Landstücke und erbaute darauf in der Folge mehr Liegenschaften, als dies gemäss Kaufvertrag zulässig war. Die W Ltd. verlangte daraufhin den sofortigen Baustopp sowie den Abriss der unrechtmässig erstellten Gebäude. Das Gericht wies dieses Begehren ab und stellte gleichzeitig fest, dass der W Ltd. durch die Vertragsverletzung kein Schaden entstanden war. Trotzdem verpflichtete es die P Ltd. zur Ersatzleistung in Höhe des hypothetischen Betrags, welchen die P Ltd. der W Ltd. für eine Lockerung der Vertragsauflagen nach Schätzung des Gerichts wohl hätte zahlen müssen. Ausgangspunkt der Schätzung dieses Betrags bildete dabei der von der P Ltd. erzielte Verletzergewinn.[148]

Hintergrund dieses Entscheids war zunächst, dass das Gericht keine Realerfüllung und damit den Abriss der Gebäude anordnen wollte, denn „*an order to remove the houses would involve an unpardonable waste of much needed houses*“.[149] Obwohl der Klägerin unumstrittenermassen kein Schaden entstanden war, war das Gericht nicht bereit, eine Besserstellung der Beklagten in Kauf zu nehmen.[150] In der Lehre wird deshalb darüber gestritten, ob es sich bei den vom Gericht angeordneten *damages* um eine Kompensationszahlung oder eine (teilweise) Vorteilsherausgabe handelt. Bisweilen wird vertreten, es handle sich in solchen Fällen um die Kompensation einer sog. *lost opportunity to bargain* und damit einer speziellen Kategorie von Schadenersatz.[151] Beachtet man jedoch die Feststellung des Gerichts, wonach die Klägerin einer Erhöhung der maximal zulässigen Neubauten aufgrund ihrer Verpflichtungen gegenüber den Anwohnern unter keinen Umständen zugestimmt hätte, so überzeugt die Qualifikation der Zahlung als kompensatorisch nicht wirk- 78

[148] Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd, [1974] 1 W.L.R. 798 (ChD); siehe dazu auch CAMPBELL, 68 Washington and Lee Law Review 2011, 1084.

[149] Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd, [1974] 1 W.L.R. 798 (ChD), 800.

[150] Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd, [1974] 1 W.L.R. 798 (ChD), 812: „*is it just that the plaintiffs should receive no compensation and that the defendants should be left in undisturbed possession of the fruits of their wrongdoing? Common sense would seem to demand a negative answer to this question.*“

[151] Das Gericht definierte den geschuldeten Betrag als „*such a sum of money as might reasonably have been demanded by the plaintiffs from Parkside as a quid pro quo for relaxing the covenant*“, siehe Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd, [1974] 1 W.L.R. 798 (ChD), 815; vgl. KRAMER, 547 („*reasonable licence fee*“); CAMPBELL, 68 Washington and Lee Law Review 2011, 1084; SHARPE/WADDAMS, 2 Oxford Journal of Legal Studies 1982, 290, 292.

lich.[152] Der von der Beklagten zu leistende Betrag liegt vielmehr in einem Graubereich zwischen Bereicherungsrecht und Gewinnherausgabe.

79 Interessanterweise hat der englische Court of Appeal den Ersatz einer geltend gemachten *lost opportunity to bargain* in einem späteren Entscheid wiederum verweigert. Der Sachverhalt in *Surrey County Council v. Bredero Homes* war demjenigen von *Wrotham Park* äusserst ähnlich. Unter fragwürdiger Abgrenzung des zu beurteilenden Sachverhalts von demjenigen in *Wrotham Park* sprach das Gericht der klagenden Partei hier aber einzig *nominal damages* zu, d.h. eine Zahlung in der Höhe von wenigen Pfund als symbolische Abgeltung des begangenen Vertragsbruchs.[153] Das unterschiedliche Vorgehen der Gerichte in den Entscheiden *Wrotham Park* und *Surrey County Council* zeigt bilderbuchhaft das Ringen der *common law* Gerichte um den sachgerechten Umgang mit gewinnbringenden Vertragsverletzungen.

80 Zu beachten ist schliesslich auch ein oft zitiertes Bekenntnis zur Vorteilsherausgabe aus Irland. Handelt der Schuldner bei einer Rechtsverletzung *in bad faith*, so ist nach den Ausführungen des irischen High Court in *Hickey and Company v. Roches Stores* ein allfälliger Verletzergewinn bei der Zusprechung von Schadenersatz zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der Verletzung um ein Delikt oder eine Vertragsverletzung handelt:

> „*Where a wrongdoer has calculated and intended by his wrongdoing to achieve gain or profit which he could not otherwise achieve, and has in that way acted in bad faith, then irrespective of whether his wrong doing constitutes a tort or a breach of contract the court should in assessing the damages look not only to the loss suffered by the injured party but also the profit or gain unjustly or wrongly obtained by the wrongdoer. If the assessment of damages confined to the loss of the injured party should still leave the wrongdoer profiting from his calculated breach of the law damages should be assessed so as to deprive him of that profit.*“[154]

---

[152] Siehe zur entsprechenden Feststellung des Gerichts Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd, [1974] 1 W.L.R. 798 (ChD), 815.

[153] Surrey CC and Mole DC v. Bredero Homes Ltd, [1993] 1 W.L.R. 1361 (CA); nach MCCAMUS erfolgte die Unterscheidung der beiden Sachverhalte „*on grounds that appear to be both narrow and obscure*“, MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 956.

[154] Hickey and Company Ltd v. Roches Stores (Dublin) Ltd (No 1) [1993] RLR 196 (HC Irl.), 208.

2. Attorney General v. Blake

Die Entwicklung der Rechtsprechung im *common law*, vertragsverletzenden Parteien ihre Verletzergewinne abzusprechen, hat schliesslich im Jahr 2000 mit dem Entscheid *Attorney General v. Blake* des englischen House of Lords vorerst ihren Höhepunkt gefunden.[155] Vor *Attorney General v. Blake* erging, soweit ersichtlich, kein wegweisender Entscheid eines *common law* Gerichts, in welchem als Folge einer Vertragsverletzung ohne Rückgriff auf andere Rechtsinstitute wie einer *fiduciary duty*, eines *trust* oder einer speziellen Ausgestaltung des Anspruchs auf Schadenersatz die Herausgabe des Verletzergewinns an den Gläubiger angeordnet wurde.[156] 81

Die Hintergründe zu *Attorney General v. Blake* könnten einem Agentenroman entspringen. George Blake arbeitete ab 1944 für den britischen Geheimdienst (SIS). 1951 rekrutierte ihn die Sowjetunion als Doppelagenten und erhielt von Blake über einen Zeitraum von zehn Jahren geheime britische Dokumente zugespielt. Nach seiner Enttarnung 1961 wurde Blake wegen Spionage zu 42 Jahren Haft verurteilt. 1966 gelang ihm jedoch spektakulär die Flucht aus einem Londoner Gefängnis, worauf er zunächst nach Berlin und später nach Moskau floh. 1989 verfasste Blake seine Autobiografie „*No Other Choice*", welche in Grossbritannien von einem britischen Verlagshaus vertrieben wurde. Die Publikation stand jedoch im Widerspruch zu einer vertraglichen Klausel, die Blake bei seiner Rekrutierung durch den SIS seinerzeit unterzeichnet hatte und in der er sich verpflichtete, während und nach seiner Betätigung beim Geheimdienst keine mit seiner Arbeit zusammenhängende Informationen zu veröffentlichen.[157] 82

1991 leitete die britische Staatsanwaltschaft ein Verfahren ein, um Blake gestützt auf eine gegenüber der britischen Krone bestehende *fiduciary duty* die „*fruits from his treachery*", also die Früchte seines Verrats, zu entziehen.[158] Das erstinstanzliche Gericht, wie auch der Court of Appeal, kamen jedoch zum Schluss, dass eine allfällige *fiduciary duty* Blakes mit Auflösung 83

---

155 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL).

156 JONES, FS Schlechtriem, 763; zu beachten ist jedoch das Urteil Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.), wobei das israelische Rechtssystem nicht vorbehaltslos dem *common law* zugerechnet werden kann; zu beachten ist ferner auch EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc., 900 P.2d 113 (Co. Sup. 1995).

157 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 956: „*I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased.*"

158 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 954.

des Anstellungsverhältnisses beim SIS geendet hätte.[159] Ein zivilrechtlicher Anspruch der Krone auf die von Blake erzielten Publikationserträge wurde deshalb verneint.

84 Dieses Resultat erschien dem Court of Appeal jedoch als unbefriedigend. Er hielt in seiner Urteilsbegründung fest, dass eine vertragliche Gewinnherausgabe in bestimmten Situationen möglich sein müsse.[160] Da die Staatsanwaltschaft aber einzig die Verletzung der *fiduciary duty* geltend gemacht hatte, blieb dem Gericht die Anordnung einer Vorteilsabschöpfung gestützt auf andere Rechtsgrundlagen verwehrt. Die Staatsanwaltschaft focht den Entscheid in der Folge vor dem House of Lords an und verlangte dort die Herausgabe von Blakes Honorar nicht mehr gestützt auf die Verletzung einer *fiduciary duty*, sondern direkt gestützt auf den von Blake begangenen Vertragsbruch.[161]

85 Das House of Lords hielt in seinem Entscheid zunächst fest, es gebe im Vertragsrecht unbestrittenermassen Situationen, in denen der Ersatz des finanziell messbaren Schadens als einzige Rechtsfolge einer Verletzung nicht angemessen sei. Dies zeige sich unter anderem durch den in bestimmten Fällen anerkannten Anspruch auf Realerfüllung:

> „*It is [...] well established that an award of damages, assessed by reference to financial loss, is not always 'adequate' as a remedy for a breach of contract. The law recognises that a party to a contract may have an interest in performance which is not readily measurable in terms of money*."[162]

86 Die Möglichkeit, eine auf einen Vertragsbruch gründende Besserstellung des Schuldners zu verhindern, muss dem Gläubiger nach den Ausführungen des Gerichts unter Umständen aber auch dann zugestanden werden, wenn der Anspruch auf Realerfüllung nicht mehr zur Verfügung steht oder nutzlos geworden ist. Abseits der Realvollstreckung könne dies einzig mittels einer Abschöpfung der vom Verletzer erzielten Vorteile erreicht werden:

> „*In the same way as a plaintiff's interest in performance of a contract may render it just and equitable for the court to make an order for specific performance or grant an injunction, so the plaintiff's interest in performance may make it just and equita-*

---

159 Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 451 ff.

160 Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 457: „*[T]he law is now sufficiently mature to recognise a restitutionary claim for profits made from a breach of contract in appropriate circumstances.*"

161 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 950.

162 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 962.

> *ble that the defendant should retain no benefit from his breach of contract.*"[163]

Das Gericht gelangte deshalb zur bemerkenswerten Schlussfolgerung, dass es in bestimmten Situationen möglich sein muss, nach einer Vertragsverletzung die Herausgabe des vom Schuldner erzielten Verletzergewinns an den Gläubiger anzuordnen: 87

> „*When, exceptionally, a just response to a breach of contract so requires, the court should be able to grant the discretionary remedy of requiring a defendant to account to the plaintiff for the benefits he has received from his breach of contract.*"[164]

In dieser Aussage liegt denn auch die Sprengkraft des Urteils. Der Verletzergewinn wird nicht, wie in anderen Fällen, als Grundlage für die Berechnung von Schadenersatz verwendet oder aufgrund von *equity*-Ansprüchen abgeschöpft. Vielmehr wird die Vorteilsherausgabe als eigener vertraglicher Anspruch anerkannt. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen eine solche Vorteilsherausgabe zur Anwendung gelangt. Das Gericht hat sich mit dieser Frage schwergetan und darauf verzichtet, konkrete Kriterien zu nennen.[165] Vielmehr ist nach Auffassung des Gerichts jeweils der konkrete Einzelfall zu betrachten. Sicher komme die Vorteilsherausgabe aber nur in aussergewöhnlichen Fällen in Frage: 88

> „*It will be only in exceptional cases, where [ordinary contractual] remedies are inadequate, that any question of accounting for profits will arise. No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought.*"[166]

Den Fall des Spions Blake beurteilte das Gericht aufgrund dreier Umstände als aussergewöhnlich. Zunächst verletzte Blake mit der Publikation nicht nur den Vertrag mit dem SIS, sondern auch den *Official Secrets Act* und beging damit eine Straftat.[167] Sodann erachtete das Gericht Blakes Geheimhaltungspflicht zwar nicht als eigentliche *fiduciary duty*, aber dennoch – da es sich bei Blake um einen ehemaligen Agenten handelte – als „*closely akin*" zu einer 89

---

163 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 966.
164 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 966.
165 Vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 197: „*Rather unhelpfully, beyond the facts in Blake itself the House declined to give any indication of what might constitute exceptional circumstances.*"
166 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 967.
167 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 968.

solchen.[168] Am wichtigsten schien dem Gericht jedoch die Wahrung des öffentlichen Interesses, wonach es für Mitglieder des britischen Geheimdienstes keine finanziellen Anreize geben darf, die in ihrem Dienst erworbenen geheimen Informationen zu veröffentlichen. So sei es von „*paramount importance*", dass sich alle Mitglieder des Geheimdienstes auf die gegenseitige Verschwiegenheit verlassen könnten. Bleibe ein wirtschaftlicher Anreiz für die Veröffentlichung sensibler Informationen, so könne dies das Vertrauen der Agenten untereinander untergraben und hätte nicht zuletzt auch eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Informanten.[169] Gestützt auf diese Überlegungen qualifizierte das Gericht die Umstände des Falls als hinreichend ausserordentlich, um das Verlagshaus zur Herausgabe von Blakes Honorar an den SIS bzw. den Staat zu verpflichten.[170]

3. Reaktionen auf das Urteil Blake

90 Das Urteil *Blake* hat national wie auch international grosse Wellen geschlagen. Dies zeigen unmissverständlich die zahlreichen Superlative, mit denen der Entscheid in der Folge eingedeckt wurde. Das Urteil wurde etwa als „*truly exceptional contract case*"[171], als „*remarkable development*"[172], „*seminal decision*"[173] sowie als „*new start in this area of law*"[174] bezeichnet. Gleichzeitig erntete der Entscheid aber auch Kritik. So wurde vertreten, es handle sich dabei um „*an uncertain and precautious legacy*"[175] oder – noch deutlicher – um einen Entscheid mit „*no principled basis [...], which cannot fairly be based on the precedents cited, or any rule that can reasonably be inferred from them*".[176]

91 Mit Spannung wurde erwartet, wie sich die nachfolgende Rechtsprechung mit dem kontroversen Urteil *Blake* auseinandersetzen würde. Ein Jahr später erhielt zunächst die Chancery Division Gelegenheit dazu:

> **Britische Chancery Division, *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd*, vertragswidriger Verkauf von Benzin:** Die Benzinvertreiberin Esso Petroleum Co. Ltd. (E Ltd.) hatte mit der Tankstellenbetreiberin Niad Ltd. (N Ltd.) eine besondere Preispolitik

168 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 969.
169 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 969.
170 Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 984.
171 KRAMER, 559.
172 MCINNES, 35 Canadian Business Law Journal 2001, 80.
173 ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 189.
174 Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc, 2003 WL 1202508 (CA), Rz. 16.
175 BEATSON/SCHRAGE, 529.
176 HEDLEY, 4 Web Journal of Current Legal Issues 2000, o.S.

> unter dem Namen „Pricewatch" vereinbart. Im Gegenzug für einen Rabatt auf das gelieferte Benzin erhielt die E Ltd. das Recht, den Benzinpreis an den Tankstellen der N Ltd. frei zu bestimmen. Im Rahmen einer Marketingkampagne wollte die E Ltd. ihr Benzin für eine bestimmte Zeit unter dem Marktpreis vertreiben. Die N Ltd. nahm zwar den Rabatt in Anspruch, verkaufte das Benzin aber dennoch zu höheren als den von der E Ltd. bestimmten Preisen. Nach den Ausführungen des Gerichts war eine Schadensberechnung (Ausbleiben des Marketingeffekts) für die E Ltd. praktisch unmöglich. Da die Einhaltung der vorgegebenen Preise aber essentieller Bestandteil des Vertrags war und die N Ltd. zudem auch verschiedentlich gemahnt wurde, erachtete das Gericht die im Urteil Blake geforderten *exceptional circumstances* als gegeben und ordnete die Herausgabe des Verletzergewinns an die E Ltd. an.[177]

92 Mit diesem Urteil bekräftigte die Chancery Division den Entscheid *Blake* des House of Lords. In der Folge wurde die Anordnung einer Vorteilsherausgabe bei gewinnbringenden Vertragsverletzungen jedoch nicht zur Norm. Obwohl sich die englischen Gerichte immer wieder mit dem Urteil *Blake* auseinandersetzten, scheiterte es gewöhnlich an den für die Vorteilsherausgabe verlangten *exceptional circumstances*.[178] *Esso Petroleum* scheint seit dem Urteil *Blake* bis anhin der einzige Fall zu sein, bei dem englische Gerichte die Kriterien einer vertraglichen Vorteilsherausgabe als erfüllt erachteten.[179]

93 Auch ausserhalb des Vereinigten Königreichs haben *common law* Gerichte das Urteil *Blake* unterschiedlich aufgenommen. Entgegen einem Teil der Lehre scheinen immerhin die kanadischen Gerichte für die dem Urteil *Blake* zugrunde liegenden Überlegungen empfänglich zu sein.[180] In *Bank of America Canada v. Mutual Trust* hat der kanadische Supreme Court die Möglichkeit einer vertraglichen Vorteilsherausgabe (hier unter der Bezeichnung *restitution damages*) ausdrücklich bestätigt:

> „*[R]estitution damages can be invoked when a defendant has, as a result of his or her own breach, profited in excess of his or her expected profit had the contract been performed but the*

---

177 Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd, 2001 WL 1476190 (ChD).

178 Siehe z.B. Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc, 2003 WL 1202508 (CA); World Wide Fund for Nature v. World Wrestling Federation Entertainment Inc, 2001 WL 825433 (ChD); Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA, [2009] 3 W.L.R. 198 (CA).

179 ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 199.

180 Siehe aber die ablehnende Haltung von MCINNES, 35 Canadian Business Law Journal 2001, 93 f.

> *plaintiff's loss is less than the defendant's gain. So the plaintiff can be fully paid his damages with a surplus left in the hands of the defendant. This occurs with what has been described as an efficient breach of contract. In some but not all cases, the defendant may be required to pay such profits to the plaintiff as restitution damages [...].*"[181]

94 Der Federal Court of Australia hingegen hat die Rechtsprechung des Urteils *Blake* in *Hospitality Group v. Australian Rugby Union* ausdrücklich verworfen:

> „*[T]he position in Australia is that the loss recoverable for breach of contract is limited to that laid down in Robinson v Harman. That is, the aggrieved party is entitled only to compensation. If he has suffered no loss, he is not entitled to be compensated.*"[182]

95 Zu beachten ist jedoch, dass mit JAMES EDELMANN im Januar 2017 ein notorischer Befürworter einer vertraglichen Vorteilsherausgabe das Amt eines *Justice* am High Court of Australia antrat, dem höchsten australischen Gericht.[183] Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die australische Rechtsprechung zur vertraglichen Vorteilsherausgabe in absehbarer Zukunft eine Änderung erfahren wird.

96 Auch in Hong Kong haben die Gerichte das Urteil *Blake* zur Kenntnis genommen. Soweit ersichtlich, wurden die verlangten *exceptional circumstances* bisher jedoch nirgends als erfüllt erachtet. Eine Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzung wurde deshalb jeweils abgewiesen.[184]

---

[181] Bank of America Canada v. Mutual Trust Co., 2002 SCC 43 (Can. Sup.), Rz. 30; vgl. auch Indutech Canada Ltd. v. Gibbs Pipe Distributors Ltd., 2011 ABQB 38, (Alberta Court of Queen's Bench), Rz. 524: „*As I have found the relationship to be fiduciary in nature, it is not necessary to resort to contractual disgorgement principles to justify the remedy of an account of profits. If, however, I am wrong in that determination, this is an appropriate case to award an account of profits for the breaches of contract pursuant to the Blake principles*"; Inuit of Nunavut v. Canada (Attorney General), 2012 NUCJ 11 (Nunavut Court of Justice), Rz. 122: „*Lower courts in Canada have generally assumed the applicability of Blake in Canada and have emphasized the exceptional nature of the circumstances that may give rise to disgorgement of benefits.*"

[182] Hospitality Group Pty Ltd v. Australian Rugby Union Ltd, 110 FCR 157 (Aus FC 2001), Rz. 159; so später auch Testel Australia Pty Ltd v. KRG Electrics Pty Ltd, [2013] SASC 91 (Sup. South Aus.), Rz. 102 ff.

[183] Http://www.hcourt.gov.au/justices/current/justice-james-edelman, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018; siehe zudem EDELMAN, Fiduciaries, 13.

[184] Siehe z.B. Marble Holding Ltd v. Yatin Development Ltd, [2007] HKEC 218 (HK Court of First Instance 2007), Rz. 25 ff.

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat das Urteil *Blake* ebenfalls kritisch aufgegriffen. Im bereits erwähnten Entscheid *The Sine Nomine* beurteilte ein Schiedsgericht mit Sitz in London 2001 den Fall einer Doppelverchar- 97
terung eines Transportschiffs nach englischem Recht.[185] Das Schiedsgericht nahm Bezug auf die Erwägungen des Urteils *Blake*, lehnte eine Vorteilsherausgabe bei der Verletzung von Handelsverträgen jedoch dezidiert ab. Nach den Erläuterungen des Schiedsgerichts ist eine Vorteilsherausgabe insbesondere in solchen Fällen nicht sachgerecht, in denen sich ein enttäuschter Gläubiger auf dem Markt ohne weiteres Ersatz beschaffen kann:

> „*It is by no means uncommon for commercial contracts to be broken deliberately because a more profitable opportunity has arisen. [...] [T]here should not be an award of wrongful profits where both parties are dealing with a marketable commodity – the services of a ship in this case – for which a substitute can be found in the market place.*“[186]

4. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment

Auch in den Vereinigten Staaten sind Tendenzen in Richtung eines vertraglichen 98
Anspruchs auf Vorteilsherausgabe zu erkennen. Deutlich illustriert dies die Entwicklung der sog. *Restatements of the Law*, einer vom *American Law Institute* publizierten Zusammenstellung und Kommentierung der Rechtsprechung und allgemeinen Rechtsprinzipien der amerikanischen Gliedstaaten.[187] Im *Restatement (Second) of Contracts* aus dem Jahr 1981 wurde die Möglichkeit einer gewinnbringenden Vertragsverletzung, wie bereits erwähnt, noch befürwortet und von präventiven Abwehrmechanismen abgesehen.[188]

---

185 Siehe oben Rz. 38.

186 AB Corporation v. CD Company (The „Sine Nomine“), [2002] 1 Lloyd’s Rep. 805 (Arb.), Rz. 9 f.

187 MCCAMUS, 90 Canadian Bar Review 2011, 440: „*The Institute was created in response to a professional concern that the jurisprudence of the States of the Union was not only dramatically increasing in volume but, as well, in its diversity, thereby jeopardizing uniformity or consistency in American law across state boundaries. The method chosen by the Institute to address this problem was that of producing ‘an orderly restatement of the law,’ authoritative but unofficial summaries of the substance of American jurisprudence in various subject areas or branches of the law.*“

188 Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16: Remedies, Introductory Note: „*[A] party may find it advantageous to refuse to perform a contract if he will still have a net gain after he has fully compensated the injured party for the resulting loss.*“; siehe auch oben Rz. 70.

99 Im 2011 publizierten *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* wurde diesem Grundsatz jedoch die allgemeine Geltung aberkannt. Unter dem Titel „*Profit From Opportunistic Breach*" sieht jenes *Restatement* in § 39 eine Sonderbehandlung von Vertragsverletzungen vor, welche vorsätzlich zum Zweck der Vorteilserlangung begangen werden. Als Rechtsfolge solcher Vertragsverletzungen soll dem Gläubiger unter gewissen Umständen ein Wahlrecht eingeräumt werden, vom Schuldner Schadenersatz oder die Herausgabe des Verletzergewinns zu verlangen:

> „*If a deliberate breach of contract results in profit to the defaulting promisor and the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee's contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach. Restitution by the rule of this section is an alternative to a remedy in damages.*"[189]

100 Gemäss dem dazugehörigen Kommentar bezweckt § 39 des *Restatement (Third)*, ungerechtfertigte Besserstellungen des Verletzers zulasten des Gläubigers zu verhindern. Eine freie Wahl des Schuldners zwischen Vertragserfüllung oder Leistung von Schadenersatz trage den Interessen des Gläubigers entgegen dem früheren Rechtsverständnis nicht hinreichend Rechnung. Nicht in allen Fällen versetze die Zusprechung von Schadenersatz den Gläubiger in eine gleichwertige Lage, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.[190] Das *Restatement (Third)* verweist hierzu bspw. auf zu tiefe Verzugszinsen oder die Anwendung der *American rule*, wonach jede Partei unabhängig des Verfahrensausgangs ihre eigenen Parteikosten zu tragen hat.[191]

101 Auch der in gewissen Fällen anerkannte Anspruch auf Realerfüllung ist gemäss den Erläuterungen zu § 39 des *Restatement (Third)* Zeichen des unzureichenden Schutzes des Schadenersatzanspruchs. Gleiches könne aus der Möglichkeit, mittels vorsorglicher Massnahmen drohende Vertragsverletzungen abzuwenden, abgeleitet werden.[192] Nachdem ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe im amerikanischen Vertragsrecht im Ergebnis bereits beim Verkauf von Immobilien, bei der Verbreitung oder Verwendung vertraulicher Informationen sowie bei der Vertragsverletzung durch *fiduciaries* anerkannt sei, solle nun eine allgemeine Regelung der Vorteilsherausgabe an den Gläubiger folgen.[193]

---

189 § 39(1) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment.
190 § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Comment a.
191 § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Reporter's Note b.
192 § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Comment a, Reporter's Note b.
193 § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Comment d.

In § 39 des *Restatement (Third)* werden drei Voraussetzungen für einen Anspruch auf vertragliche Vorteilsherausgabe genannt: Zunächst muss der Schuldner die Vertragsverletzung vorsätzlich begehen. Fahrlässig oder nicht schuldhaft begangene Vertragsverletzungen werden vom Tatbestand nicht erfasst. Sodann wird verlangt, dass die Erwartungen des Gläubigers in den Vertrag durch den Anspruch auf Schadenersatz nur ungenügend geschützt werden.[194] Dies ist i.d.R. dann der Fall, wenn die Vertragserfüllung und die Entrichtung von Schadenersatz für den Gläubiger keine gleichwertigen Leistungen sind, bspw. weil er auf dem Markt keinen angemessenen Ersatz erhältlich machen kann oder aus anderen Gründen ein besonderes Interesse an der Erfüllung besteht.[195] Und schliesslich muss der Schuldner durch seinen Vertragsbruch einen Vorteil erlangt haben, der aus einer Vermögenszunahme oder aus eingesparten Aufwendungen bestehen kann.[196] 102

Wie das Urteil *Blake* hat auch § 39 des *Restatement (Third)* unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Einerseits wurde die Bestimmung als „*potentially groundbreaking*“[197] bezeichnet und als „*quite revolution [...], breathtaking in its potential transformation of the traditional contractual landscape*“.[198] Andere Stimmen hingegen gewähren § 39 „*no chance whatsoever of becoming settled law*“, da es zu stark in die Vertragsfreiheit eingreife.[199] Zu den Kritikern gehörte insbesondere auch das ehemalige Mitglied des US-amerikanischen Supreme Court, Justice A. SCALIA. Dieser qualifizierte § 39 des *Restatement (Third)* als „*novel extension [...] of the law that finds little if any support in case law*“.[200] 103

194 § 39(1) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment.

195 § 39(2) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: „*A case in which damages afford inadequate protection to the promisee's contractual entitlement is ordinarily one in which damages will not permit the promisee to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction.*“

196 § 39(3) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: „*Breach of contract is profitable when it results in gains to the defendant (net of potential liability in damages) greater than the defendant would have realized from performance of the contract. Profits from breach include saved expenditure and consequential gains that the defendant would not have realized but for the breach, as measured by the rules that apply in other cases of disgorgement [...].*“

197 ROBERTS, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 2008, 132.

198 ROBERTS, 77 University of Cincinnati Law Review 2009, 993.

199 CAMPBELL, 68 Washington and Lee Law Review 2011, 1067.

200 Kansas v. Nebraska, 135 S.Ct. 1042 (U.S. Sup. 2015), 1064.

104 Trotz des gewissen Vorbehalts in der Lehre hat § 39 des *Restatement (Third)* in der US-amerikanischen Rechtsprechung verschiedentlich Beachtung gefunden.[201] Im Jahr 2011 hat der Colorado Court of Appeals in *Watson v. Cal-Three* die vorinstanzliche Anordnung einer Vorteilsherausgebe mit Bezugnahme auf einen Vorentwurf von § 39 des *Restatement (Third)* geschützt:

> „*Indeed, Restatement (Third) of Restitution § 39(1) [...], which appears to formulate a general rule in synthesizing breach of contract cases allowing recovery of a defendant's profits, notes that liability in restitution with disgorgement of profits is an alternative to liability for contract damages measured by injury to the promisee.*"[202]

105 Wenig später hat auch der U.S. Supreme Court in *Kansas v. Nebraska* die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung nach Vertragsbruch mit Verweis auf § 39 des *Restatement (Third)* ausdrücklich anerkannt.[203] In 2016 hingegen hat der United States Court of Appeals, Fifth Circuit, in *Hoffman v. L & M Arts* eine vertragliche Vorteilsherausgabe unter texanischem Recht wieder dezidiert abgelehnt:

> „[*T]he Supreme Court of the United States recently endorsed a disgorgement remedy for breach of an agreement between two states as a matter of federal common law, with extensive reference to section 39 of the Restatement [Kansas v. Nebraska]. Nevertheless, given Texas courts' singular focus on compensating a plaintiff for its losses, we conclude that the Supreme Court of Texas would not follow this approach in a Texas breach-of-contract case, at least absent a fiduciary relationship between the parties.*"[204]

5. Fazit

106 Die Rechtsfolge von Vertragsverletzungen ist in den Rechtsordnungen des *common law* in erster Linie kompensatorischer Natur. Es ist jedoch unumstritten, dass bestimmte Arten von Vertragsverletzungen – insbesondere der Doppelverkauf einer Immobilie oder die Verletzung einer *fiduciary duty* – einen Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der vom Schuldner erlangten Vor-

---

201 Siehe in Ergänzung zur nachfolgend erwähnten Rechtsprechung bspw. auch Enslin v. The Coca-Cola Company, 136 F.Supp.3d 654 (U.S. D.C. E.D. Pa. 2015), 676 f.; In re 400 Walnut Associates, L.P., 506 B.R. 645 (U.S. Bankruptcy Court Pa. 2014), 668 f.

202 Watson v. Cal-Three, LLC, 254 P.3d 1189 (Co. C.A. 2011), 1195.

203 Kansas v. Nebraska, 135 S.Ct. 1042 (U.S. Sup. 2015).

204 Hoffman v. L & M Arts, 838 F.3d 568 (U.S. C.A. 5th Cir. 2016), 585.

teile begründen können. Lehre und Rechtsprechung befassen sich seit einiger Zeit mit der Frage einer allgemeinen Regelung der vertraglichen Vorteilsherausgabe. Die bisherigen Ansätze solcher Regelungen, allen voran das Urteil *Blake* und § 39 des *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, haben jeweils eine starke Polarisierung ausgelöst. Eine allgemein gültige Regel einer vertraglichen Vorteilsabschöpfung hat sich im *common law* damit noch nicht etabliert.

D) Mängel der efficient breach theory

Der Zuspruch, den die *efficient breach theory* nach wie vor erhält, ist nicht gerechtfertigt, denn eine zentrale Annahme der Theorie basiert auf einem Irrtum. Wie nachfolgend erläutert wird, vermag der Anspruch auf Schadenersatz die aus einer Vertragsverletzung erwachsenen Nachteile des Gläubigers regelmässig nicht vollständig zu kompensieren. Die vertragliche Leistung oder der Erhalt von Schadenersatz sind für den Gläubiger deshalb entgegen dem Postulat der *efficient breach theory* keine gleichwertigen Alternativen. Sodann wird ausgeführt, dass auch die angeblich aus einem Doppelvertrag resultierenden wirtschaftlichen Vorteile auf einer Fehlüberlegung gründen. Ein Doppelvertrag hat weder eine effiziente Güterzuteilung zur Folge, noch lassen sich dadurch wirtschaftlich unerwünschte Kosten einsparen. Schliesslich wird aufgezeigt, dass vorsätzliche Vertragsverletzungen in einem ökonomisch nachteiligen Vertrauensverlust resultieren. 107

1. Ungenügende Kompensation des Gläubigers durch Schadenersatz

Im Folgenden ist darzulegen, weshalb der Anspruch auf Schadenersatz den Gläubiger oft nicht für sämtliche durch eine Vertragsverletzung erlittenen Beeinträchtigungen entschädigt. Dies liegt zunächst daran, dass der Gläubiger ein nicht quantifizierbares Interesse an der tatsächlichen Erfüllung des Vertrags haben kann, das über eine finanzielle Kompensation hinausgeht. Gleichzeitig wird der Gläubiger durch die Verletzung unter Umständen auch Nachteile erfahren, die nicht als Schaden im Sinne des Gesetzes gelten. Schadenersatz limitiert sich auf ersatzfähige Schadensposten, was schon begriffstechnisch auf weitere, nicht ersatzfähige Nachteile schliessen lässt. Durch die Entrichtung von Schadenersatz wird zudem die emotionale bzw. psychologische Komponente einer Vertragsverletzung nicht berücksichtigt. Und nicht zuletzt stellt auch die Erbringung des Schadensbeweises für die vollständige Schadloshaltung des Gläubigers eine zusätzliche Hürde dar. 108

a. Erfüllungsinteresse

109 Die *efficient breach theory* lässt unberücksichtigt, dass ein Gläubiger ein wirtschaftlich nicht berechenbares Interesse an der gehörigen Vertragserfüllung haben kann. Dass das Erfüllungsinteresse bzw. *performance interest* des Gläubigers durch klassische vertragliche Ansprüche nicht hinreichend geschützt wird, wurde vom englischen Court of Appeal im Urteil *Blake* treffend zum Ausdruck gebracht:

> „*If the Court is unable to award restitutionary damages for breach of contract, then the law of contract is seriously defective. It means that in many situations the plaintiff is deprived of any effective remedy for breach of contract, because of a failure to attach a value to the plaintiff's legitimate interest in having the contract duly performed [...].*"[205]

110 Der angeblichen Indifferenz des Gläubigers zwischen Erfüllung und Ersatzleistung soll für den Fall der Geltendmachung des Ersatzes über den Gerichtsweg zunächst die Verfahrensdauer sowie das allgemeine Prozessrisiko entgegengehalten werden: Würden etwa Banken oder Versicherungen ihre Zahlungen regelmässig ohne ersichtlichen Grund verweigern, so müssten die Gläubiger ihre Ansprüche in womöglich lange andauernden Gerichtsverfahren geltend machen. Die Folge könnte nicht nur eine vorübergehende Illiquidität oder gar Mittellosigkeit der Gläubiger sein, sondern auch die Abweisung eines an sich begründeten Anspruchs aufgrund prozessualer Verfahrensfehler. Der Wert der gehörigen Vertragserfüllung zeigt sich also nur schon durch den zeitlichen Aspekt eines Gerichtsverfahrens sowie – auch bei anscheinend klarer Sach- und Rechtslage – dessen stets unsicheren Ausgang.[206]

111 Schadenersatz basiert zudem auf objektiv feststellbaren Werten. Die subjektive Komponente der Erwartungen an einen Vertrag wird nicht berücksichtigt.[207] Ein Gläubiger kann jedoch unabhängig von ökonomischen Faktoren ein Interesse an der tatsächlichen Vertragsausführung haben. Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn es ihm nicht möglich ist, die gleiche Leistung anderweitig zu beziehen.[208] Beim Erwerb einer Immobilie bspw. wird der Gläubiger möglicherweise ein Interesse daran haben, genau diese Immobilie an

---

[205] Attorney General v. Blake, [1998] Ch. 439 (CA), 457; vgl. MCDERMOTT/SKINNON, 6 Deakin Law Review 2001, 112.

[206] Vgl. MACAULAY, Wisconsin Law Review 1991, 251: „*Many potential litigants must conclude that they cannot afford to roll the dice. When others fail to perform promises, aggrieved parties, suffering disappointed expectations and reasonable reliance losses, cannot be sure that they will win a contracts lawsuit.*"

[207] EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 571 f.; vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2850; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 3.

[208] Vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, 468.

jener Lage zu erhalten statt eines Ersatzbetrags. Entsprechendes kann gelten, wenn sich ein Gläubiger eine Geige von einem bestimmten Geigenbauer fertigen lassen will oder wenn ein Opernhaus eine eigens für eine Galavorstellung auserkorene Operndiva verpflichtet. Möglicherweise kann nur dieser Geigenbauer der Geige einen bestimmten Klang verleihen und nur diese eine Operndiva der gewählten Oper die gewünschte Dramatik. In solchen Fällen hat der Gläubiger ein „subjektives" Interesse an der gehörigen Vertragsausführung, das objektiv nicht quantifizierbar ist und sich nicht mit einer Schadenersatzzahlung ausgleichen lässt.[209]

Denkbar ist zudem, dass ein enttäuschter Gläubiger die Nachteile einer Vertragsverletzung zwar als Schaden quantifizieren könnte, er aber aus bestimmten Gründen dennoch darauf verzichten muss. Wäre der Gläubiger in einem Gerichtsverfahren bspw. gehalten, Details über Produktionskosten, Abnehmer oder Ersatzlieferanten offenzulegen, so wäre die Vertraulichkeit dieser Informationen unter Umständen nicht gewährleistet. Heikel ist dabei insbesondere die Offenlegung von Gewinnmargen, die für die Berechnung eines entgangenen Gewinns vorausgesetzt wird. Erlangt der Schuldner Kenntnis der Gewinnmargen seines Abnehmers, so verbessert dies die Verhandlungsposition des Schuldners für künftige Vertragsverhandlungen ungemein. Und auch wenn die streitenden Parteien künftig keine gemeinsamen Verträge mehr eingehen sollten, wäre wohl auch die Konkurrenz des Gläubigers im Hinblick auf den Preiswettbewerb an derartigen Informationen interessiert. Auch aus diesem Grund kann der Gläubiger ein höheres Interesse an der Vertragserfüllung haben als an einer gerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatz.[210] 112

b. Nicht ersatzfähiger Schaden

Die *efficient breach theory* lässt zudem ausser Betracht, dass gewisse Nachteile des Gläubigers von vornherein nicht ersatzfähig sind. Grundsätzlich findet für die Entrichtung von Schadenersatz nach einer Vertragsverletzung zwar unter *civil law*, *common law* wie auch unter internationalem Handelsrecht das Prinzip der Totalreparation bzw. das *principle of full compensation* Anwendung.[211] Dieses Prinzip verlangt „*that where a party sustains a loss by* 113

---

209 FRIEDMANN, 111 The Law Quarterly Review 1995, 632; DAGAN, 1 Theoretical Inquiries in Law 2000, 121 f.

210 BEN-SHAHAR/BERNSTEIN, 109 The Yale Law Journal 2000, 1888 ff., wonach dem *compensatory interest* in gewissen Fällen ein *secrecy interest* entgegensteht; BÄRTSCHI, 100 f.

211 HACHEM, FS Schwenzer, 662; SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 8; das Prinzip wird in der englischsprachigen Literatur in Anlehnung an die anvisierte Gleichwertigkeit zwischen Vertragserfüllung und Schadenersatz bisweilen auch als *indifference principle* bezeichnet, siehe bspw. EISENBERG, 93 Cali-

reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed."[212] Eine Totalreparation wird jedoch durch den Umstand eingeschränkt, dass im Allgemeinen ein ökonomischer Schadensbegriff gilt, der sich in erster Linie an der Bilanz des Gläubigers orientiert.[213] Verschiedene Nachteile, die der Gläubiger aufgrund einer Vertragsverletzung erfahren kann, stellen deshalb keinen ersatzfähigen Schaden dar.

114 Unter schweizerischem Recht betrifft dies insbesondere die sog. Kommerzialisierungs- und Frustrationsschäden. Darunter fällt etwa die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten oder der Genuss bzw. die „Störung oder Entbehrung einer Freude".[214] So entspricht es der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „*que la perte de l'usage d'un bien ne constitue pas en soi un dommage au sens juridique*".[215] Ist eine gemietete Ferienunterkunft bspw. in derart desolatem Zustand, dass der Mieter den Rücktritt vom Vertrag erklärt, so ist ihm nach schweizerischem Recht über die Rückerstattung der getätigten finanziellen Aufwendungen hinaus keine zusätzliche Entschädigung für den vorenthaltenen Feriengenuss geschuldet.[216] Und muss eine Rolex wegen der Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht in die Reparatur geschickt werden, so entsteht aufgrund des „Prestigeverlusts", der aus dem vorübergehenden Nichttragen der Uhr resultiert, ebenfalls kein zusätzlicher Ersatzanspruch.[217]

---

fornia Law Review 2005, 977; zum Prinzip der Totalreparation im schweizerischen Recht siehe auch unten Rz. 165.

212 Robinson v. Harman, 154 E.R. 363 (Ex Ch 1848), 365.

213 Vgl. HACHEM, FS Schwenzer, 662; GAUCH, FS Walter, 295 f.; zur im schweizerischen Schadensrecht geltenden Differenztheorie siehe unten Rz. 164.

214 BK-BREHM, Art. 41 OR N 84a; weiterführend GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2856 ff.; REY/WILDHABER, Rz. 205 ff.

215 BGer 4A_460/2009 vom 4.12.2009 E. 6.1; grundlegend BGE 126 III 388 E. 11a S. 393 f.; vgl. BGE 127 III 403 E. 4a S. 405; diese Rechtsprechung befürwortend BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 4; siehe aber HUGUENIN, Rz. 883 und GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2859, 2864.

216 BGE 115 II 474 E. 3a S. 481 f.; siehe jedoch die Hinweise auf die kantonale Rechtsprechung bei BK-WEBER, Art. 97 OR N 198.

217 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2857, mit weiteren Beispielen; BK-BREHM, Art. 41 OR N 84a.

Die strikte Anwendung des ökonomischen Schadensbegriffs führt unter Umständen zu unbefriedigenden Ergebnissen.[218] Das schweizerische Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit einzelner „normativer Schäden" deshalb auch seit längerem anerkannt.[219] Dies gilt einerseits für den sog. Haushaltsschaden. Stirbt eine haushaltsführende Person oder ist sie aufgrund von Invalidität nicht mehr im Stande, den Haushalt zu führen, so besteht eine Entschädigungspflicht des Verletzers für den Ausfall der Hausfrau oder des Hausmanns auch dann, wenn der Ausfall tatsächlich keine zusätzlichen Kosten (bspw. für eine Haushaltshilfe) zur Folge hat.[220] Und unter dem Titel des Pflege- und Betreuungsschadens besteht eine Ersatzpflicht für die Pflege und Betreuung von verletzten Personen durch Familienangehörige, auch wenn dadurch keine eigentlichen Kosten anfallen.[221] 115

Obwohl die Anerkennung einzelner normativer Schäden den Schadensbegriff etwas ausweitet, sind verschiedene aus einer Vertragsverletzung resultierende Nachteile nicht ersatzfähig. Vertragsgläubiger können deshalb nicht in allen Fällen davon ausgehen, nach einer Vertragsverletzung durch ihren Anspruch auf Schadenersatz in eine der Vertragserfüllung äquivalente Stellung gebracht zu werden. 116

c. Emotionale Folgen einer vorsätzlichen Vertragsverletzung

Auch eine weitere Auswirkung der Vertragsverletzung wird bei der Entrichtung von Schadenersatz nicht hinreichend berücksichtigt. Bei einer Vertragsverletzung ist neben dem verursachten materiellen Schaden sowie dem enttäuschten Erfüllungsinteresse auch die emotionale Reaktion des Gläubigers auf den Vertragsbruch als solchen zu beachten. Ein Vertrag widerspiegelt nicht nur objektiv den vereinbarten Leistungsaustausch, sondern verkörpert – etwas überspitzt ausgedrückt – als kodifizierte Form des „Handschlags" zugleich auch das Ehrenwort beider Parteien, sich an die gegenseitigen Versprechen zu halten. Missachtet der Schuldner vorsätzlich seine vertraglichen 117

---

218 HACHEM, FS Schwenzer, 662 f.; für eine Ausweitung des Schadensbegriffs sprechen sich deshalb FELLMANN/MÜLLER/WERRO aus, siehe OR 2020-FELLMANN/MÜLLER/WERRO, Art. 47 OR N 3 ff.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2852; SCHWENZER, Rz. 14.12; GAUCH, FS Walter, 297.

219 BGE 132 III 379 E. 3.3.2 S. 384; 132 III 321 E. 3.1 S. 332; 127 III 403 E. 4b S. 406; siehe weiter die Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei REY/WILDHABER, Rz. 304 ff., 314; zum normativen Schaden in der deutschen Rechtsprechung siehe BGH, NJW 1968, 1823; BGH, NJW 1969, 321.

220 BGE 132 III 321 E. 3.1 S. 332; 127 III 403 E. 4b S. 405 ff.; BGer 4A_500/2009 vom 25.5.2010 E. 3.1; BK-WEBER, Art. 97 OR N 179.

221 BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2001 E. 6b.aa; 4A_500/2009 vom 25.5.2010 E. 2.1; BK-BREHM, Art. 46 OR N 14 ff.

Pflichten, so bringt er damit seine Gleichgültigkeit gegenüber dem vom Gläubiger entgegengebrachten Vertrauen wie auch gegenüber dem durch die Vertragsbindung entstehenden Verhaltenskodex zum Ausdruck. Mancher Gläubiger, dem die stoische Ruhe nicht vergönnt ist, wird von einer solchen Vertragsverletzung daher nicht nur wirtschaftlich, sondern auch emotional tangiert.[222]

118 Zweckdienlich ist hierzu der Vergleich mit der Verletzung absoluter Rechte. Einigkeit wird darüber bestehen, dass niemand einer Verletzung seiner körperlichen Integrität gleichgültig gegenübersteht, nur weil er für allfällige Arztkosten, Lohnausfälle etc. kompensiert wird. Und auch wenn jemand nach einem Einbruch in die eigene Wohnung vom Täter oder einer Versicherung vollumfänglich für Diebstähle und Sachbeschädigungen entschädigt wird, bleibt ein Gefühl von Unsicherheit zurück, sodass man eine solche Tat nicht neutral hinnimmt. Mit der gleichen Selbstverständlichkeit sind auch die emotionalen Reaktionen auf eine opportunistische Vertragsverletzung anzuerkennen. Die vom Gläubiger empfundene Ungerechtigkeit wird hier durch die Zusprechung von Schadenersatz nicht hinreichend abgegolten.

d. Schadensbeweis

119 Die *efficient breach theory* lässt schliesslich ausser Acht, dass ein Gläubiger für eine Kompensation jeweils den vorausgesetzten Schadensbeweis zu erbringen hat. Dies stellt eine zusätzliche Hürde dar, die einer Entschädigung der erlittenen Nachteile im Weg stehen kann. Als Regelbeweismass gilt im schweizerischen Privatrecht die volle Überzeugung des Gerichts. Diese liegt vor, „wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen".[223] Lässt die Natur der Sache einen vollen Beweis nicht zu oder ist ein solcher nicht zumutbar, so muss immer noch eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit" des behaupteten Schadens dargelegt werden können.[224] Eine ähnliche Regel besteht im US-amerikanischen Recht. Dort ist mittels „*clear and satisfactory evidence*" aufzuzeigen, dass der geltend gemachte Schaden

---

222 **A.M.** BAR-GILL/BEN-SHAHAR, 107 Michigan Law Review 2009, 1482: „*For most contracting parties, however, a contract is not a gospel subject to some perceived sanctity, but merely a mutually advantageous instrumental arrangement that is negotiated in order to create value. Why condemn an attempt by one party to increase the overall contractual pie through, say, a willful search for more profitable opportunities?*"

223 BGE 133 III 153 E. 3.3 S. 162.

224 BGE 107 II 269 E. 1b S. 273; BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 9.

tatsächlich eingetreten ist.[225] Und in weiteren Staaten des *common law* gilt die Standardregel, wonach „*circumstances must be such as would lead the guarded discretion of a reasonable and just man to the [sought] conclusion*“[226], und zwar nach einer „*preponderance of the evidence*“.[227] Nach Art. 21.2 der ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure schliesslich gelten Tatsachenbehauptungen als bewiesen, „*when the court is reasonably convinced of their truth*“. Misslingt es dem Gläubiger, das Gericht nach diesen Massstäben von einem erlittenen Schaden zu überzeugen, so erfolgt kein Ersatz.

Der Schaden ist dabei sowohl hinsichtlich des Bestands wie auch des Umfangs zu beweisen und vom Gläubiger konkret zu beziffern. Das ist unter Umständen äusserst aufwendig. Die Gerichte haben zwar i.d.R. die Möglichkeit, einen Schaden nach eigenem Ermessen zu schätzen. Ein solches Vorgehen kommt jedoch erst zur Anwendung, wenn der strikte Schadensbeweis ausgeschlossen oder unzumutbar ist.[228] Wer vorschnell auf eine Schadensschätzung des Gerichts vertraut, riskiert die Abweisung seiner Klage.[229] Zu beachten ist zudem, dass grundsätzlich einzig ein bereits eingetretener Schaden Gegenstand eines Beweises sein kann. Einen künftigen Schaden geltend zu machen, ist merklich schwieriger.[230] Dies gilt auch für den Ersatz von *loss of goodwill* bzw. *loss of reputation*, also einer Verminderung des geschäftlichen Ansehens in den Augen potentieller Vertragspartner.[231] Je nach Markt wirken sich solche Reputationsverluste mehr oder weniger stark auf die Konkurrenzfähigkeit im Geschäftsverkehr aus und sind entsprechend schwer zu berechnen. Oftmals machen sich die Folgen eines Ansehensverlusts zudem nur schleichend in den Geschäftszahlen bemerkbar.[232] 120

---

225 Griffin v. Colver, 2 E.P. Smith 489 (N.Y. C.A. 1858), 491; vgl. KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 702.

226 Bater v. Bater, [1951] P. 35 (CA), 37; siehe auch BRINKMANN, 34.

227 Siehe die rechtsvergleichenden Ergebnisse bei BRINKMANN, 11, 23; dazu auch SHK CISG-BRUNNER/MURMANN/STUCKI, Art. 4 N 57 Fn. 360.

228 Siehe zum schweizerischen Recht Art. 42 Abs. 2 OR; BGE 122 III 219 E. 3a S. 221.

229 Siehe bspw. BGer 4A_154/2009 vom 8.9.2009 E. 4.

230 Es handelt sich hierbei im Übrigen nicht um eine Sach-, sondern um eine Rechtsfrage, BK-BREHM, Art. 42 OR N 9.

231 Siehe bspw. zur Geltendmachung von Reputationsschaden unter dem CISG SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 21; Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 36; Ersatzanspruch für „Goodwill-Nachteile“ im Grundsatz gutgeheissen in BGer 4C.197/1998 vom 28.10.1998 (cisg-online 413) E. 5b; Ersatzanspruch für „Imageschaden“ mangels genügender Substantiierung hingegen abgewiesen in LG Darmstadt, 9.5.2000, cisg-online 560.

232 Im Gegensatz zum Schadensbeweis ist die gerichtliche Geltendmachung einer Vorteilsherausgabe wesentlich einfacher. Der Umfang des Vorteils ergibt sich i.d.R. aus

121 Schwierig zu beweisen sind zudem die sog. Opportunitätskosten.[233] Wer in einem auf die Vertragsverletzung folgenden Gerichtsverfahren obsiegt, kann sich zwar – vorbehaltlich einer Anwendung der *American rule* zur Tragung der Parteikosten[234] – für Anwaltskosten schadlos halten. Die tatsächlichen Kosten des mit dem Verfahren zusammenhängenden eigenen Aufwands und insbesondere der entgangene Gewinn, der wegen dieses Aufwands nicht durch anderweitige wirtschaftliche Tätigkeiten erzielt werden konnte, sind aber nur schwer zu beweisen. Regelmässig gelten solche Kosten auch ganz grundsätzlich als nicht ersatzfähig.[235] Für derartige Einbussen kann ein Gläubiger deshalb nicht mit einer ausreichenden Kompensation rechnen.

122 Nebst der hinreichend substantiierten Berechnung des Schadens setzt ein Ersatz schliesslich voraus, dass das Gericht den Schadenseintritt als natürlich und adäquat kausale Folge der Vertragsverletzung erachtet. Als Sachfrage ist von der anspruchsberechtigten Partei lediglich die natürliche Kausalität zu beweisen. Als Rechtsfrage ist bei entsprechender Begründungspflicht aber zusätzlich auch das Vorliegen der adäquaten Kausalität darzutun.[236] Die Adäquanzregel reduziert den Ersatzanspruch auf diejenigen Vermögensverminderungen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung auf den Vertragsbruch zurückzuführen sind.[237] Eine im Ergebnis vergleichbare Bedingung gilt auch im *common law* sowie unter dem CISG, wo die Geltendmachung von Schadenersatz davon abhängt, ob der Schaden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses *foreseeable* war.[238] Da es auch

---

der Erfolgsrechnung des Schuldners, dazu THEL/SIEGELMAN, 52 William and Mary Law Review 2011, 1224 f.

233 Siehe zum Begriff der Opportunitätskosten SCHÄFER/OTT, 53 f.

234 Vgl. MACAULAY, Wisconsin Law Review 1991, 252; siehe auch oben Rz. 100.

235 Siehe zum schweizerischen Recht BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 23; siehe aber auch ZPO Komm-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 41, wonach der nicht berufsmässig vertretenen und obsiegenden Partei nach Art. 95 Abs. 3 lit. c i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO unter Umständen eine „angemessene Umtriebsentschädigung" zuzusprechen ist.

236 Vgl. BGE 107 II 238 E. 5a S. 243 f.; BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2959a; zur Interdependenz von natürlicher und adäquater Kausalität BK-WEBER, Art. 97 OR N 327.

237 BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.; BGer 4A_521/2008 vom 26.2.2009 E. 8.1.

238 Im *common law* wird für die *foreseeability-rule* gewöhnlich auf Hadley v. Baxendale, 9 Ex Ch 341 (Exch 1854), o.S., verwiesen: „*Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.*"; KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 702; zur *foreseeability-rule* unter dem CISG siehe Art. 74 CISG; zur Gegenüberstellung von adäquater Kausalität und *foreseeability-rule* siehe HONSELL, SJZ 88/1992, 362 f.; Honsell CISG-

hier letztlich auf die – nicht gegen Fehler gefeite – Überzeugung des Gerichts ankommt, kann eine Totalreparation des Gläubigers auch am Kausalitätserfordernis scheitern.

2. Keine effizientere Güterzuteilung durch Doppelverträge

Nach der *efficient breach theory* haben unter den gewinnbringenden Vertragsverletzungen insbesondere Doppelverträge zur Folge, dass Güter oder Leistungen direkt an denjenigen Abnehmer gelangen, welcher ihnen den höchsten wirtschaftlichen Wert beimisst. Dass jener Abnehmer die profitabelste Verwertungsmöglichkeit des Guts oder der Leistung habe, sei der Grund, weshalb er dafür den höchsten Preis biete.[239] Auch diese Annahme ist inkorrekt, denn die von den Gläubigern gezahlten Preise sind nicht unbedingt unmittelbarer Ausdruck ihrer Wertschätzung des Guts bzw. der Leistung. Oftmals sind sie vielmehr das Ergebnis der konkreten Verhandlungen zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der zum massgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Informationen. Hätte der Schuldner beim Szenario eines Doppelvertrags gleichzeitig Verhandlungen mit beiden interessierten Gläubigern geführt, so hätte der „Erstgläubiger" sein Angebot möglicherweise noch verbessert, um den „Zweitgläubiger" zu überbieten. Bei Abschluss des Erstvertrags liegt das Angebot des Zweitgläubigers aber noch nicht vor, weshalb der Erstgläubiger, auch wenn er zur Zahlung eines höheren Preises grundsätzlich bereit wäre, keinen Anlass hat, mehr zu zahlen als mit dem Schuldner vereinbart. Trotz des darauffolgenden höheren Angebots des Zweitgläubigers ist es möglich, dass es tatsächlich der Erstgläubiger ist, der die Leistung am profitabelsten verwerten könnte. Durch Doppelverträge gelangen wirtschaftliche Ressourcen somit nicht notwendigerweise dorthin, wo sie am „effizientesten" eingesetzt werden können.[240] 123

Sollte der Zweitgläubiger tatsächlich die wirtschaftlich effizienteste Verwendungs- oder Verwertungsmöglichkeit einer Leistung haben, so wird die Leistung zudem regelmässig auch ohne den Zweitvertrag an ihn gelangen. Sind die Identitäten der Gläubiger untereinander bekannt, so wird der Zweitgläubiger dem Erstgläubiger ganz einfach ein entsprechendes Abnahmeangebot unterbreiten. Übersteigt dieses Angebot die vom Erstgläubiger erzielbare Wertschöpfung, so wird er gewillt sein, die Leistung dem Zweitgläubiger gegen Entgelt zu überlassen. Die Leistung wird bei rational agierenden Akt- 124

SCHÖNLE/TH. KOLLER, Art. 74 N 29; vgl. RABEL, 483 ff., 492 ff.; zu den Unterschieden der *foreseeability-rule* im CISG und im *common law* siehe Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 48 ff.

239 Vgl. oben Rz. 68.

240 EISENBERG, 93 California Law Review 2005, 1000.

euren aber oft auch dann an den Zweitgläubiger gelangen, wenn dieser die Identität des Erstgläubigers nicht kennt. Weiss der Schuldner vom Interesse des Zweitgläubigers, so besteht für ihn ein wirtschaftlicher Anreiz, dem Erstgläubiger für eine Provision die Identität des interessierten Zweitgläubigers zu vermitteln.[241]

3. Keine Einsparung von Kosten beim Doppelvertrag

125 Einer weiteren Falschannahme der *efficient breach theory* entspricht es, dass beim Doppelvertrag unnötige Kosten gespart werden können. Die Einsparung soll angeblich dadurch erfolgen, dass eine Leistung beim Doppelvertrag weniger Stationen durchlaufen muss, bis sie schliesslich an jene Partei gelangt, die den grössten wirtschaftlichen Bedarf aufweist.[242] Dabei wird jedoch ausser Acht gelassen, dass Vertragsbrüche eigene zusätzliche Kosten mit sich bringen, die es ebenfalls zu berücksichtigen gilt. In der Theorie mögen sich der Schuldner und der enttäuschte Erstgläubiger nach dem Vertragsbruch freiwillig auf einen angemessenen Ersatzbetrag einigen. Faktisch wird eine rasche Einigung jedoch nur dann möglich sein, wenn die Parteien die Folgen eines Doppelvertrags von vornherein vertraglich geregelt haben, etwa in Form einer Konventionalstrafe.

126 Ohne vertragliche Regelung der konkreten Verletzungsfolge ist eine Einigung in einem solchen Fall hingegen eher unwahrscheinlich. Das wahrscheinlichere Szenario ist, dass sich die Parteien vor einem Gericht oder Schiedsgericht wiederfinden, wo Bestand und Umfang des geltend gemachten Schadens umstritten sind. Das Führen solcher Prozesse verbraucht nicht nur Ressourcen (wie bspw. finanzielle Aufwendungen für die anwaltliche Vertretung), sondern hat, wie bereits erwähnt, auch Opportunitätskosten zur Folge (z.B. könnten die finanziellen Mittel für die anwaltliche Vertretung anderweitig investiert werden).[243] Solche Kosten zu allfällig eingesparten Kosten ins Verhältnis zu setzen, ist schwierig. In vielen Fällen dürften die Kosten der Streitbeilegung aber höher sein als allfällig eingesparte Transaktionskosten in der Händlerkette.[244]

---

241 EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 573.
242 Vgl. POSNER, 131.
243 COHEN, 80 Virginia Law Review 1994, 1293 f.; MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 950; EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 571.
244 FRIEDMANN, 18 The Journal of Legal Studies 1989, 24; HARRISON, Michigan State Law Review 2013, 185 f.

4. Wirtschaftlich unerwünschter Vertrauensverlust

Schliesslich beachtet die *efficient breach theory* auch die wirtschaftlich unerwünschten Folgen eines mit opportunistischen Vertragsverletzungen einhergehenden Vertrauensverlusts nicht. Jedes dynamische Wirtschaftssystem setzt Vertrauen voraus, und zwar nicht nur in Institutionen oder in politische und gesellschaftliche Stabilität, sondern auch Vertrauen der wirtschaftlichen Akteure untereinander. Vorsätzliche Vertragsverletzungen führen indessen zu Vertrauensverlust zwischen den Geschäftspartnern und verhindern dadurch unter Umständen weitere Kooperationen, die aus ökonomischer Perspektive vorteilhaft wären. 127

Wäre sich kein Marktteilnehmer zu schade, sich auch nach Vertragsschluss ständig nach vorteilhafteren Geschäftsmöglichkeiten umzusehen und „günstige Gelegenheiten" sofort zu nutzen, so müssten Gläubiger vermehrt Ressourcen für wirtschaftlich ineffiziente Absicherungen, Lagerung von Gütern etc. aufwenden.[245] Ein besonders misstrauischer Zwischenhändler müsste mit dem Weitervertrieb von Waren bspw. zuwarten, bis er diese sicher in seinem Besitz weiss, um den eigenen Abnehmern eine rechtzeitige Lieferung garantieren zu können. Wird die Chance einer Vertragsverletzung als hoch eingeschätzt, könnte dies gar dazu führen, dass risikoscheue Gläubiger in bestimmten Fällen aus Angst vor einer unzureichenden Kompensation im Verletzungsfall bewusst darauf verzichten, wirtschaftlich sinnvolle Verträge einzugehen.[246] 128

Die Möglichkeit, opportunistische Vertragsverletzungen zu begehen, wirkt sich somit nachteilig auf die Effizienz des Handels aus. Nur dank Vertrauen auf vertragsgemässes Verhalten der Vertragspartner muss sich ein Gläubiger nicht jederzeit für alle erdenklichen Vertragsbrüche absichern und kann seine Ressourcen für die eigentliche Wertschöpfung verwenden.[247] Insgesamt gibt es somit entgegen der *efficient breach theory* keinen Anlass zur Annahme, dass vorsätzliche Vertragsverletzungen zu gesamtwirtschaftlich positiven Resultaten führen können. 129

---

245 Vgl. BÄRTSCHI, 101.

246 Vgl. DANFORTH, 81 Columbia Law Review 1981, 1512 ff.

247 DANFORTH, 81 Columbia Law Review 1981, 1511; vgl. BÄRTSCHI, 101 f.; NIETLISPACH, 25.

E) Argumente für eine vertragliche Vorteilsabschöpfung

130 Nachfolgend soll nun aufgezeigt werden, weshalb sich die Vorteilsherausgabe als sachgerechte Rechtsfolge opportunistischer Vertragsverletzungen aufdrängt. Ein solcher Schluss folgt zunächst aus dem hypothetischen Parteiwillen. Dieser beinhaltet gewöhnlich kein „Wahlrecht" zwischen Vertragsausführung und Vertragsverletzung unter Entrichtung von Schadenersatz, sondern verlangt einen effektiven Schutz der vertraglichen Erwartungen durch geeignete rechtliche Präventivinstitute. Auch Überlegungen der Wirtschaftlichkeit sprechen für eine vertragliche Vorteilsherausgabe. Wie aufzuzeigen ist, würden mittels eines solchen Anspruchs statt unilateraler Vertragsverletzungen vielmehr Lösungen zwischen den Parteien auf Verhandlungsbasis gefördert. Dies hätte eine Reduktion der (wirtschaftlich höchst ineffizienten) Gerichtsstreitigkeiten zur Folge. Gleichzeitig gibt es auch keine stichhaltigen Gründe für eine Differenzierung zwischen den Folgen einer Vertragsverletzung und den Folgen einer Verletzung absoluter Rechte, wo ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe weitläufig anerkannt ist. Und schliesslich ist ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe auch die logische Folge eines Anspruchs auf Realerfüllung, sofern dem Gläubiger ein solcher Anspruch zugestanden wird.

1. Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens

131 Ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe als Folge vorsätzlicher Vertragsverletzungen steht zunächst in Einklang mit dem hypothetischen Parteiwillen. Die Vorteilserlangung aus einer gewollten Enttäuschung der vertraglichen Erwartungen des Gläubigers widerspricht dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl redlicher Vertragsparteien.[248] Wie bereits erläutert, beinhalten Verträge nebst ihrem wirtschaftlichen Zweck auch eine emotionale bzw. moralische Komponente.[249] Einen Vertrag einzugehen ist oft mehr als ein rein ökonomisches Werkzeug. Der Vertrag verkörpert Erwartungen, Pläne, Wünsche, ist mithin Instrument der Selbstverwirklichung. Oder wie das Oberste Gericht Israels treffend formulierte: „*The law of contract is not only meant to increase economic efficiency but also to enable society to lead a proper life.*"[250]

---

248 Vgl. VAN KOGELENBERG, 21 Maastricht Journal of European and Comparative Law 2014, 154; WILKINSON-RYAN/HOFFMAN, 63 Vanderbilt Law Review 2010, 1041: „*a willful breacher deliberately makes a sucker of his counterparty*".

249 Siehe oben Rz. 117 f.

250 Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.), 272, zitiert auch in MONSEN, 6 European Review of Private Law 2011, 809; siehe allgemein MONSEN, 6 European Review of Private Law 2011, 807 ff.; vgl. Halifax Building Society v. Thomas, [1996] Ch. 217 (CA), 292: „*a wrongdoer should not be al-*

Nebst den emotionalen Implikationen hat die Möglichkeit der Vorteilserlangung durch vorsätzliche Vertragsverletzung auch ein rechtliches Ungleichgewicht zwischen Schuldner und Gläubiger zur Folge. Oft steht die Möglichkeit des gewinnbringenden Vertragsbruchs nur dem leistungserbringenden Schuldner zu, nicht aber dem das Entgelt zahlenden Gläubiger. Dies ist bspw. beim Kaufvertrag der Fall: Während der Verkäufer bei einer für ihn günstigen Preisentwicklung einen Zweitverkauf durchführen kann, womit dem Käufer der Zugriff auf die Ware endgültig entzogen wird, wäre der Käufer auch bei einer für ihn nach Vertragsschluss vorteilhaften Preisentwicklung gehalten, den vereinbarten Preis zu bezahlen. Eine „effiziente Nichtzahlung des Kaufpreises" des Käufers gibt es nicht, denn der Verkäufer kann seine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises gewöhnlich mittels Schuldbetreibung (bzw. entsprechender ausländischer Zwangsvollstreckungsverfahren) durchsetzen. Verkäufer und Käufer würden damit unterschiedlich lange Spiesse zugestanden. 132

Ein solches Ungleichgewicht deckt sich nicht mit dem hypothetischen Parteiwillen. Mit dem Erstvertrag und der Festlegung des vom Gläubiger geschuldeten Preises wird zugleich auch das Versprechen des Schuldners abgegolten, diese Leistung unabhängig künftiger Marktentwicklungen oder Angebote Dritter zu erbringen. Nebst dem eigentlichen Wert einer Leistung beinhaltet der Preis also implizit auch einen Zu- oder Abschlag für die von den Parteien antizipierte Wertentwicklung der Leistung zwischen Vertragsschluss und tatsächlicher Leistung. Ist bspw. zu erwarten, dass der Wert einer Leistung steigen wird, so materialisiert sich dies bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Form eines höheren Preises. Mit Festlegung des Preises „versichert" sich der Gläubiger somit quasi gegen eine für den Schuldner günstige Marktentwicklung. Einzig die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung bei vorsätzlicher Vertragsverletzung verhindert, dass der Schuldner gleichzeitig sowohl diesen „Versicherungszuschlag" erhält wie auch den aus einem Zweitverkauf resultierenden Gewinn.[251] 133

2. Präventivwirkung

Die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung entfaltet zudem eine wichtige Präventivwirkung. Fehlt es an einem solchen Anspruch, so würde – wie VON CAEMMERER zum Recht der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ausführt – „das Unrecht zum Rechenexempel [und] rentiere sich, wenn der Vor- 134

lowed to profit from his wrongs"; **a.M.** BAR-GILL/BEN-SHAHAR, 107 Michigan Law Review 2009, 1482.

251 Vgl. EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 581 f.

teil des Eingreifers den Schaden des Verletzten übersteige."[252] Besteht hingegen ein Anspruch des Gläubigers auf Vorteilsherausgabe, so riskiert der Verletzer die Abschöpfung seines erzielten Vorteils sowie das Tragen allfälliger Prozesskosten. Eine „Rechnung" des Schuldners würde sich damit erübrigen.

135 Aufgrund des bereits aufgezeigten fehlenden gesamtwirtschaftlichen Nutzens vorsätzlicher Vertragsverletzungen sind rechtliche Massnahmen zu deren Verhinderung ganz grundsätzlich sinnvoll.[253] In einigen Fällen zeigt sich die Notwendigkeit der Prävention jedoch besonders deutlich. Es betrifft dies diejenigen Fälle potentieller Ersparnisbereicherung, bei denen aus gesellschaftlicher Perspektive ein erhöhtes Interesse an der gehörigen Vertragsausführung besteht. Das gilt in erster Linie für Verträge mit sog. *ethical standards*, also für Vertragsabreden, die etwa zum Zweck haben, Kinderarbeit, Niedriglöhne, übermässige Arbeitszeiten und andere Formen der Ausbeutung zu bekämpfen oder Umweltschäden entgegenzutreten.[254] Verzichtet eine Unternehmung bspw. vertragswidrig auf die sachgerechte Entsorgung umweltschädlicher Chemikalien, die sich in einem Produktionsprozess ansammeln, so hat dies gewöhnlich keinen direkten Schaden des Gläubigers zur Folge. Wurde für den Verletzungsfall keine Konventionalstrafe vereinbart, so ist der Anreiz für den Schuldner, den Vertrag durch unerlaubte Einsparungen zu verletzen, in solchen Fällen relativ hoch.

136 Gleiches gilt sodann auch für Verträge, welche den Schutz von Personen oder Sachen zum Inhalt haben, wie bspw. Verträge über die Gewährleistung der Sicherheit anlässlich eines Grossanlasses oder über die Bekämpfung gefährlicher Naturereignisse wie Brände, Erdbeben, Lawinen oder Überschwemmungen.[255] Auch bei derartigen Verträgen ist nebst dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers ein zusätzliches Allgemeininteresse an der gehörigen Vertragsausführung feststellbar. Die Lehre spricht hier im Verletzungsfall bisweilen auch von einer die Gläubigerinteressen übersteigenden *social cost*, deren Kompensation nicht oder nicht ohne weiteres möglich ist.[256] Für den Schuldner sollte bei solchen Verpflichtungen kein Anreiz bestehen, eine opportunistische Vertragsverletzung zu begehen. Der Anspruch auf Vorteilsherausgabe wäre geeignet, solche Anreize zu eliminieren.

---

252 VON CAEMMERER, FS Rabel, 359; vgl. BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 900 f.

253 Siehe oben Rz. 123 ff.

254 Gl.M. SCHWENZER, Rz. 14.12.

255 Vgl. bspw. den oben in Rz. 44 erläuterten Fall City of New Orleans v. Firemen's Charitable Ass'n, 43 La. Ann. 447 (La. Sup. 1891).

256 Vgl. den Artikel von RONALD H. COASE, The Problem of Social Cost, 56 Journal of Law & Economics 2013, 837–877.

3. Förderung von Lösungen auf Verhandlungsbasis

In Situationen, in denen eine Partei möglicherweise ein Interesse hat, einen Vertrag zum Zweck der Vorteilserlangung zu verletzen, kann ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe Lösungen auf Verhandlungsbasis begünstigen. Da eine Streitbeilegung durch Verhandlungen gewöhnlich geringere Kosten verursacht als ein Gerichtsverfahren und eine solche auch im Hinblick auf künftige Kooperationen vorzuziehen ist, sind solche Lösungen insbesondere auch aus ökonomischer Perspektive erstrebenswert. 137

Die Förderung von Lösungen auf Verhandlungsbasis betrifft in erster Linie Fälle eines potentiellen Doppelvertrags. Nach Abschluss eines Vertrags hätte ein Schuldner bei Eingang eines attraktiveren Zweitangebots aufgrund des Gewinnherausgabeanspruchs des Gläubigers keinen Anreiz, den Vertrag unilateral zu verletzen. Hingegen bestünde für den Schuldner ein Interesse, mit dem Gläubiger über die Auflösung des Vertrags in Verhandlung zu treten. Kann der Schuldner durch den Zweitvertrag einen zusätzlichen Vorteil erzielen, der über einer vom Erstgläubiger für die Vertragsaufhebung verlangten Ablösesumme liegt, so würden sich die Parteien des Erstvertrags vernünftigerweise auf die einvernehmliche Auflösung des Vertrags einigen. Sowohl Schuldner wie auch Gläubiger könnten hieraus einen Vorteil erzielen.[257] 138

Zur Illustration soll noch einmal die Konstellation des Eingangsbeispiels zur Hand genommen werden, diesmal jedoch unter zusätzlicher Beachtung der Streitbeilegungskosten.[258] Da wegen eines alten Fahrrads wohl kein Prozess angestrengt wird, ist stattdessen vom Doppelverkauf eines Oldtimers auszugehen: Verena schliesst also mit Klaus einen Kaufvertrag über den Verkauf ihres Oldtimers in Höhe von CHF 10‘000 ab. Klaus beabsichtigt, durch einen Weiterverkauf des Oldtimers an die ihm bekannte Sammlerin Sonja CHF 1‘000 zu verdienen. Vor Übergabe des Fahrzeugs an Klaus erhält Verena aber ein besseres Kaufangebot von Zora in Höhe von CHF 12‘000. 139

Zunächst ist davon auszugehen, dass kein Anspruch auf Vorteilsherausgabe bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen besteht. Die zusätzlichen CHF 2‘000 vor Augen, übergibt Verena den Oldtimer für CHF 12‘000 an Zora, statt wie vereinbart für CHF 10‘000 an Klaus. Da Klaus von Verena auf sein Begehren um Ersatz der ihm entgangenen CHF 1‘000 keine Antwort erhält, beschreitet er den Gerichtsweg. Das Verfahren endet mit der vollumfänglichen Gutheissung des Schadenersatzanspruchs von Klaus unter Auferlegung der Prozesskosten an Verena, die insg. CHF 3‘000 zu zahlen hat. Rückblickend hat sich 140

---

257 § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Comment b; KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 745; vgl. EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 580; SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 134 f.

258 Siehe dazu oben Rz. 5.

der Zweitverkauf für Verena damit nicht gelohnt und auch Klaus hatte für den Ersatz seines entgangenen Gewinns einigen Aufwand zu betreiben, der durch den gewonnenen Prozess nicht vollständig abgegolten wird.

141 In einer zweiten Variante kann nun die Vorteilsherausgabe geltend gemacht werden. Aufgrund des Bestands eines solchen Anspruchs hat Verena keinen Anreiz, unter Verletzung des Erstvertrags einen Zweitverkauf an Zora zu tätigen. Klaus wäre in einem solchen Fall berechtigt, jeglichen Verletzergewinn bei ihr abzuschöpfen. Verena tritt nun aber mit Klaus in Verhandlungen betreffend eine einvernehmliche Auflösung des gemeinsamen Vertrags. Es ergibt sich, dass bei einem Auskaufspreis von CHF 1‘500 ein beidseitiges Interesse an der Vertragsauflösung besteht. Klaus erhält dadurch CHF 500 mehr, als er durch den Weiterverkauf des Oldtimers an Sonja hätte erzielen können. Und Verena verbleiben nach dem Verkauf an Zora, abzüglich der Zahlung an Klaus, immer noch CHF 500 mehr als der ursprünglich von Klaus geschuldete Kaufpreis. Im Unterschied zur ersten Variante treten hier sodann keine weiteren Transaktions- oder Streitbeilegungskosten hinzu. Sowohl Verena als auch Klaus sind im Vergleich zur ersten Variante wirtschaftlich bessergestellt. Die von einem Anspruch auf Vorteilsherausgabe ausgehenden Anreize können in bestimmten Situationen potentieller Vertragsverletzungen somit zu wirtschaftlich optimalen Lösungen führen.[259]

4. Gleichbehandlung mit der Verletzung absoluter Rechte

142 Für einen vertraglichen Anspruch auf Vorteilsherausgabe spricht weiter, dass der Schutz vertraglicher Ansprüche damit mit demjenigen absoluter Rechte gleichgestellt würde. Bei einem vorsätzlichen Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter ist ein Anspruch auf Herausgabe des dadurch erzielten Gewinns in verschiedenen Rechtsordnungen anerkannt. Im schweizerischen wie auch im deutschen Recht kann ein solcher Anspruch auf der Grundlage der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag geltend gemacht werden.[260] Auch im Bereich des *common law* besteht bei der Verletzung absoluter Rechte (sog. *property* oder *proprietary rights*[261]) grundsätzlich ein Anspruch auf

---

259 Vgl. SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 134 f.

260 Zum schweizerischen Recht siehe ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 16; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 6; HUGUENIN, Rz. 2170; zum deutschen Recht siehe § 687 Abs. 2 i.V.m. § 681 und § 667 BGB.

261 SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 130: „*In the narrow sense, ‘property’ refers only to those rights which can be asserted against an indefinite class of persons*.“; der Term wird in der englischsprachigen Literatur indessen nicht einheitlich verwendet, vgl. SCHLUEP, Mélanges Piotet, 199, demzufolge es sich bei allen subjektiven Rechten mit marktfähiger Verwertbarkeit um *property rights* handelt; siehe dazu ferner BÜRGI-WYSS, 28.

einen *account of profits*.[262] Bei der Verletzung von vertraglichen Rechten hingegen wird ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit gewährt. Es fragt sich, inwiefern diese unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist.

Die Rechtsprechung des *common law* hat sich bereits mit dieser Frage befasst. In *Attorney General v. Blake* kam das englische House of Lords zum Schluss, es gebe keinen offensichtlichen Grund, weshalb die Verletzung vertraglicher Rechte weniger schlagkräftige Ansprüche mit sich bringen sollte als die Verletzung absoluter Rechte: 143

> „*Property rights are superior to contractual rights in that, unlike contractual rights, property rights may survive against an indefinite class of persons. However, it is not easy to see why, as between the parties to a contract, a violation of a party's contractual rights should attract a lesser degree of remedy than a violation of his property rights.*"[263]

In der Lehre zum *common law* ist sodann insbesondere LIONEL SMITH der Ansicht, dass absolute und vertragliche Rechte grundsätzlich denselben Schutz erfahren müssen: 144

> „*[I]t is not clear why personal rights, such as contractual rights, should be protected by a narrower range of responses than proprietary rights. It is not clear why it should be any more permissible to expropriate personal rights than it is to expropriate proprietary rights.*"[264]

In der Tat ist nicht nachvollziehbar, weshalb nach der Verletzung absoluter Rechte eine Vorteilsherausgabe möglich ist, diese dem Gläubiger nach einer (vorsätzlichen) Vertragsverletzung jedoch verwehrt sein soll. Der zentrale Unterschied zwischen absoluten und relativen Rechten ist, dass absolute Rechte *erga omnes* gelten, während vertragliche Rechte ihre Wirkung einzig gegenüber den Vertragspartnern entfalten. Absolute Rechte können demnach von jedermann verletzt werden, während nur die jeweiligen Vertragspartner vertragliche Ansprüche verletzen können. Weitere Unterschiede gibt es indessen nicht. Insbesondere sagt der Umstand, ob ein absolutes oder ein vertragliches Recht verletzt wird, nichts über die wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen der Rechtsverletzung aus: Der weitläufige Vertrieb von Medikamenten ohne Lizenz des Patentinhabers hat zugegebenermassen weitreichen- 145

---

[262] Surrey CC and Mole DC v. Bredero Homes Ltd, [1993] 1 W.L.R. 1361 (CA), 1365; SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 129 f.; vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 186.

[263] Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 963; vgl. FRIEDMANN, 104 Law Quarterly Review 1988, 385.

[264] SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 132.

dere Konsequenzen als der Doppelverkauf eines gebrauchten Reiskochers. Hingegen ist die wegen Kinderarbeit vertragswidrige Herstellung von Kleidung für eine grosse Detailhandelskette moralisch verwerflicher als die unerlaubte Vermietung eines fremden Fahrrads.

146 Selbstverständlich müssen die unterschiedlichen Wirkungsbereiche von absoluten und vertraglichen Rechten bei den Rechtsfolgen im Verletzungsfall berücksichtigt werden. Dies geschieht jedoch automatisch. Denn kann ein Recht mit Wirkung *erga omnes* von einer unbegrenzten Anzahl von Personen verletzt werden, so können die aus einer Verletzung entstehenden Ansprüche theoretisch auch gegen eine unbegrenzte Anzahl von Personen geltend gemacht werden. Bei vertraglichen Rechten hingegen vermögen nur wenige oder vielleicht nur eine einzige Person das jeweilige Recht zu verletzen. Entsprechend bestehen vertragliche Ansprüche auch nur gegen diese wenigen oder jene eine Person. Die Rechtsfolgen nach der Verletzung absoluter bzw. relativer Rechte unterscheiden sich somit hinsichtlich ihrer *Reichweite*. Eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die *Art* der zur Verfügung stehenden Ansprüche ist hingegen nicht gerechtfertigt.[265]

5. Ausfluss des Anspruchs auf Realerfüllung

147 Schliesslich rechtfertigt sich ein vertraglicher Anspruch auf Vorteilsherausgabe auch aufgrund des Anspruchs auf Realerfüllung – sofern ein solcher denn besteht. Der Anspruch auf Realerfüllung ist ein klares Bekenntnis zu *pacta sunt servanda* und bringt zum Ausdruck, dass Schadenersatz keine gleichwertige Alternative zur gehörigen Vertragserfüllung darstellt. Der Anspruch auf Realerfüllung wird nebst den allgemeinen prozessualen Vollstreckungsmassnahmen i.d.R. durch die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen geschützt. Solche Massnahmen können die Vertragserfüllung fördern oder vertragswidriges Alternativverhalten erschweren bzw. verunmöglichen.[266] Erfährt ein Gläubiger bspw. von einem geplanten Zweitverkauf des Verkäufers, so kann er mittels vorsorglicher Massnahme ein Verkaufsverbot erwirken, bis die Ansprüche des Gläubigers gerichtlich geprüft werden können.

148 Durch die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen ist der Anspruch auf Realerfüllung jedoch nur unzureichend geschützt. Bestimmte Vertragsverletzungen können trotz solcher Massnahmen nicht verhindert oder nicht mehr rückgängig gemacht werden.[267] Hat ein Schuldner z.B. die vertragliche Pflicht, ein bestimmtes Geschäftsgeheimnis des Gläubigers nicht zu veröffentlichen, so

---

265 SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 132; vgl. HOLENSTEIN, 97 f.

266 Vgl. THEL/SIEGELMAN, 52 William and Mary Law Review 2011, 1199, 1201 f.

267 Vgl. EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 584; YORIO, 82 Columbia Law Review 1982, 1402 Fn. 196.

ist die einmal begangene Offenbarung dieses Geheimnisses irreversibel. Gleiches gilt, wenn der Schuldner bei der Herstellung eines Werks billigeres, obwohl gleichwertiges Material als das vertraglich vereinbarte verwendet, eine Nachbesserung des Werks aber unverhältnismässig wäre. Und hat ein Zweitkäufer im Rahmen eines Doppelverkaufs einmal gültig Eigentum an der Kaufsache erlangt, so kann die Eigentumserlangung ohne sein Einverständnis nicht mehr rückgängig gemacht werden. Ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe würde für solche Fälle, wo der Anspruch auf Realerfüllung trotz Vollstreckungsmassnahmen und vorsorglicher Massnahmen nicht durchgesetzt werden kann, zusätzlichen Schutz gewähren.

Der Konnex zwischen dem Anspruch auf Realerfüllung und demjenigen auf Vorteilsherausgabe wurde in der internationalen Rechtsprechung verschiedentlich aufgegriffen. Das Oberste Gericht Israels hat in *Adras v. Harlow & Jones* festgehalten, ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung sei „*an incentive to the due performance of contractual obligations*" und damit eine Stärkung des Anspruchs auf „*specific performance as the primary contractual remedy*".[268] In *Schachter v. Krzynowek* hat der District Court of Appeal von Florida in Zusammenhang mit dem Doppelverkauf einer Liegenschaft sodann postuliert, der Anspruch des Gläubigers auf die vom Schuldner erzielten zusätzlichen Gewinne sei „*part and parcel of the specific performance remedy*".[269] Es hat den Anspruch auf Gewinnherausgabe damit sogar als integralen Bestandteil des Anspruchs auf Realerfüllung charakterisiert. Und bei Vorliegen eines „*interest in performance*" ist es schliesslich auch gemäss den Erwägungen in *Attorney General v. Blake* des House of Lords „*just and equitable that the defendant should retain no benefit from his breach of contract.*"[270] Eine konsequente Umsetzung des Anspruchs auf Realerfüllung erfordert für den Fall vorsätzlicher Vertragsverletzungen somit einen Anspruch des Gläubigers auf die vom Schuldner aus der Verletzung erzielten Vorteile. 149

[268] Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.), 235; dazu auch SOEFFKY, 76.

[269] Schachter v. Krzynowek, 958 So.2d 1061 (D.C. Ap. Flo., 4th D.), 1065. Die zitierte Stelle des Urteils spricht zwar von einem „*award of damages*", dies bezieht sich jedoch auf die im Urteil als „*rule of Coppola Enterprises*" bezeichnete Regel, wonach „*[a] seller will not be permitted to profit from his breach of a contract with a buyer, even absent proof of fraud or bad faith, when the breach is followed by a sale of the land to a subsequent purchaser*", siehe Coppola Enterprises, Inc. v. Alfone, 531 So.2d 334 (Flo. Sup. 1988), 335 f.

[270] Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 966.

6. Fehlender Strafcharakter

150 Am Gedanken eines vertraglichen Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung wird bisweilen kritisiert, eine Pflicht des Schuldners, dem Gläubiger seinen Gewinn herauszugeben, weise einen im Vertragsrecht verpönten Strafcharakter auf.[271] Das pönale Element der Vorteilsherausgabe ergebe sich daraus, dass einem Gläubiger unter Umständen mehr zugesprochen werde, als dieser tatsächlich Schaden erlitten habe. Damit müsse der Schuldner den Gläubiger gegebenenfalls wirtschaftlich besserstellen, als wenn er den Vertrag gehörig erfüllt hätte. Die Vertragsverletzung des Schuldners werde so zum „Glücksfall" des Gläubigers, der als Folge der Verletzung einen *windfall profit*, also einen Zufallsgewinn realisieren würde. Eine solche Pflicht zur Überkompensation des Gläubigers widerspreche dem vertraglichen Ausgleichungsgedanken.[272]

151 Entgegen dieser Bedenken kann bei der Vorteilsherausgabe von einem strafenden Element nicht die Rede sein. An den Gläubiger abgegeben werden einzig die unmittelbar mit dem Vertragsbruch zusammenhängenden Vorteile des Schuldners. Das sonstige Vermögen des Schuldners bleibt unberührt.[273] Während der Gläubiger durch die Vorteilsherausgabe zwar möglicherweise bessergestellt wird als durch Erhalt der vertraglichen Leistung, wird der Schuldner seinerseits nicht schlechtergestellt, als wenn er den Vertrag gehörig erfüllt hätte (er wird vielmehr in genau diejenige finanzielle Lage versetzt). Die Auswirkungen des rechtswidrigen Tuns des Schuldners werden aus seiner Perspektive also lediglich neutralisiert, ohne dass aber eine zusätzliche „Strafe" anfallen würde. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Vertragsbruch vom Schuldner zu verantworten ist, ist es hinzunehmen, dass aus der Vorteilsabschöpfung nun statt der Besserstellung des Schuldners eine Besserstellung des Gläubigers resultieren kann. Weitere Alternativen, etwa die Herausgabe von Verletzergewinnen an das Gemeinwesen, wären mit den Grundgedanken des Privatrechts nicht vereinbar.[274]

---

271 Vgl. KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 729; FRIEDMANN, 80 Columbia Law Review 1980, 552.

272 Siehe bspw. Marble Holding Ltd v. Yatin Development Ltd, [2007] HKEC 218 (HK Court of First Instance 2007), Rz. 29; vgl. BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 307 ff.

273 Gl.M. BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 12; vgl. JONES, FS Schlechtriem, 773, mit Verweis auf Snepp v. United States, 444 U.S. 507 (U.S. Sup. 1980), 515 f.: „*[S]ince the remedy reaches only funds attributable to the breach, it cannot saddle the former agent with exemplary damages out of all proportion to his gain.*"; siehe aber BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 13, wo der Gewinnabschöpfung eine Pönalisierungsfunktion beigemessen wird.

274 Die Pflicht zur Herausgabe von Verletzergewinnen an den Staat ist aber bspw. in China bekannt, siehe dazu GAO/LIU, 422 f., und HONDIUS/JANSSEN, 500.

F) Fazit

Der *efficient breach theory*, wonach sog. effiziente Vertragsverletzungen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit einzig einen Anspruch auf Schadenersatz auszulösen haben, kann nach näherer Betrachtung nicht gefolgt werden. Sie zeigt sich schon in der Annahme fehlerhaft, dass Schadenersatz sämtliche aus einer Vertragsverletzung resultierende Nachteile zu kompensieren vermag und ein Gläubiger einem Vertragsbruch deshalb wertfrei gegenübersteht. Tatsächlich aber werden Gläubiger durch die Entrichtung von Schadenersatz systematisch unterkompensiert, sei es, weil bestimmte Kategorien von Nachteilen nicht ersatzfähig sind oder weil der Ersatz von an sich ersatzfähigen Schadensposten an den Voraussetzungen des Schadensbeweises scheitert. Aus Sicht der Gläubiger ist die gehörige Vertragserfüllung der Geltendmachung von Schadenersatz deshalb vorzuziehen. Irrtümlich ist auch die Annahme, durch Doppelverträge liesse sich unter Einsparung von Kosten eine wirtschaftlich effiziente Güterzuteilung erreichen. Vorsätzliche Vertragsbrüche haben vielmehr zusätzliche Streitbeilegungskosten zur Folge sowie einen ökonomisch nachteiligen Vertrauensverlust zwischen den Vertragsparteien. 152

Wie aufgezeigt wurde, verdient die gehörige Vertragsausführung aus diesen Gründen einen über den Schadenersatzanspruch hinausgehenden Schutz. Die Möglichkeit einer vertraglichen Vorteilsherausgabe als Folge opportunistischer Vertragsverletzungen wäre hierfür ein geeignetes Mittel. Ein solcher Anspruch entspricht dem hypothetischen Parteiwillen und würde eine starke Präventivwirkung entfalten, welche insbesondere im Hinblick auf besonders verwerfliche Arten von Ersparnisbereicherungen zu begrüssen wäre. Die daraus ergehende Förderung von Lösungen auf Verhandlungsbasis wäre dabei auch aus wirtschaftlicher Perspektive vorteilhaft. Nicht zuletzt spricht schliesslich auch der im *civil law* anerkannte Anspruch auf Realerfüllung sowie die Gleichsetzung der Folge einer Vertragsverletzung mit derjenigen einer Verletzung absoluter Rechte für einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe. Berechtigterweise hat die internationale Lehre und Rechtsprechung vor diesem Hintergrund wiederholt Anläufe in Richtung einer allgemeinen Regelung der vertraglichen Gewinnherausgabe unternommen. Das britische Urteil *Attorney General v. Blake* sowie § 39 des amerikanischen *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* sind dabei bis anhin die wichtigsten Meilensteine. 153

V. Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen im Schweizer Recht

A) Einleitung und Übersicht

Im Zusammenhang mit einer Vertragsverletzung des Schuldners sind beim Gläubiger verschiedenartige Interessen auszumachen. Wird der Gläubiger durch die Vertragsverletzung um Vorteile gebracht, die er gestützt auf den Vertrag erwartet hatte, so hat er ein Interesse, wirtschaftlich so gestellt zu werden, als hätte der Schuldner den Vertrag erfüllt. Dieses im *common law* als *expectation interest*[275] (Erwartungsinteresse) bezeichnete Interesse entspricht im schweizerischen Recht dem positiven Vertragsinteresse. Der Gläubiger kann dieses im Fall positiver Vertragsverletzung oder vom Schuldner verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen. Gleiches gilt gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR bei objektiv pflichtwidriger Verspätung der Leistung. 154

Im Vertrauen auf die gehörige Vertragserfüllung kann es auch vorkommen, dass der Gläubiger andere lukrative Geschäfte ausschlägt. Verletzt der Schuldner in einem solchen Fall den Vertrag, so möchte der Gläubiger so gestellt werden, als hätte er den Vertrag mit dem Schuldner nie abgeschlossen bzw. nicht in dessen Leistung vertraut und stattdessen ein anderes Vertragsangebot wahrgenommen. Im *common law* wird hier häufig von *reliance interest*[276] (Vertrauensinteresse) gesprochen, im schweizerischen Recht weniger aussagekräftig vom negativen Vertragsinteresse. Das negative Interesse kann bspw. bei objektiv pflichtwidriger Verspätung des Schuldners geltend gemacht werden, indem der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrag erklärt und gestützt auf Art. 109 Abs. 2 OR Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens verlangt.[277] 155

---

275 BOTTERELL, 16 Legal Theory 2010, 139; vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 185.

276 FULLER/PERDUE, 46 Yale Law Journal 1936, 54; vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 185.

277 Dabei sind selbstverständlich die Verzugsregeln zu beachten, siehe dazu die Verweise oben in Fn. 16; das Bundesgericht hat ein Rücktrittsrecht nun im Einklang mit der Lehre auch für den Fall nachträglicher verschuldeter Leistungsunmöglichkeit unter Art. 97 Abs. 1 OR anerkannt, siehe dazu BGer 4A_99/2015 vom 21.7.2015 E. 4.5 und BGer 4A_101/2015 vom 21.7.2015 E. 4.5; so auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58; SCHWENZER, Rz. 64.27.

156 Zum Schutz seiner vertraglichen Erwartungen bzw. um Vertragsverletzungen abzuwenden, kann der Gläubiger jedoch auch ein Interesse daran haben, dass es dem Schuldner verunmöglicht wird, aus einer Vertragsverletzung Vorteile zu erzielen. Dies wird erreicht, indem der Schuldner verpflichtet wird, durch Vertragsverletzung erlangte Vorteile an den Gläubiger herauszugeben. Im *common law* ist dieses Interesse als *restitution interest* bekannt.[278] Im vorangehenden Kapitel wurde aufgezeigt, dass auch das *restitution interest* seine Berechtigung erfährt und es sowohl wirtschaftlich wie auch moralisch wünschenswert wäre, dem Vertragsgläubiger einen Anspruch auf den vom Schuldner durch vorsätzliche Vertragsverletzung erzielten Verletzergewinn zu gewähren. In diesem Kapitel soll nun geprüft werden, inwiefern ein solcher Herausgabeanspruch gestützt auf die Anspruchsgrundlagen des schweizerischen Obligationenrechts geltend gemacht werden kann.

157 Im Zentrum der Fragestellung stehen wiederum die drei eingangs erläuterten Fallgruppen.[279] Die erste Gruppe ist die der *Doppelverträge* (der Verkäufer schliesst mit dem Käufer einen Vertrag über den Verkauf seines alten Mercedes ab, übergibt den Wagen aber für einen höheren Preis an einen Sammler; nachdem die Mieter ihre Mietwohnung wegen Renovationsarbeiten vorübergehend verlassen haben, vermietet der Vermieter die Wohnung zu einem höheren Mietzins an eine Drittpartei). Die zweite Gruppe ist die der *Ersparnisbereicherung* (der Unternehmer verpflichtet sich, für die Herstellung eines Werks Schweizer Materialien zu verwenden, verwendet aber billigere ausländische Materialien gleicher Qualität; der Unternehmer sichert dem Besteller vertraglich zu, seinen Angestellten faire Löhne zu bezahlen, zahlt ihnen tatsächlich aber Dumpinglöhne). Und die dritte Gruppe ist die der *Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht* (dem Angestellten ist es untersagt, über seine berufliche Tätigkeit öffentlich zu berichten, er tut es aber trotzdem; der Vertreiber sichert dem Konkurrenten mittels vertraglichem Konkurrenzverbot zu, seine Ware in einem bestimmten Markt nicht zu verkaufen, tut es aber dennoch).[280]

---

278 Zu den verschiedenen *interests* im *common law* siehe FULLER/PERDUE, 46 Yale Law Journal 1936, 53 f.; zu den korrespondierenden *damages* siehe bspw. Bank of America Canada v. Mutual Trust Co., 2002 SCC 43 (Can. Sup.), Rz. 25: „*Expectation damages, the usual measure of contract damages, focus on the value which the plaintiff would have received if the contract had been performed. Restitution damages, which are infrequently employed, focus on the advantage gained by the defendant as a result of his or her breach of contract.*"

279 Siehe oben Rz. 35 ff.

280 Für ähnliche und weitere Beispiele zur Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten und zu Ersparnisbereicherungen siehe GAUCH, FS Walter, 311, 316.

Wie eingangs dieser Arbeit erwähnt, soll näher geprüft werden, inwiefern die Vorteilsherausgabe als Folge einer *reinen Vertragsverletzung* möglich ist. Nicht Gegenstand der Untersuchung sind Vertragsverletzungen, bei denen gleichzeitig auch absolute Rechte verletzt werden und ein Anspruch auf Gewinnherausgabe deshalb gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR i.d.R. bejaht werden kann. So wird bspw. bei der vertragswidrigen Veräusserung einer gemieteten Sache nebst dem Vertrag auch das Eigentumsrecht des Vermieters verletzt. Und bei Missbrauch von geheimen Kenntnissen über das Privatleben des Vertragspartners kann nebst der Verletzung vertraglicher Treuepflichten auch eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte vorliegen. In beiden Fällen ist nach Art. 423 Abs. 1 OR eine Abschöpfung der vom Schuldner erzielten Gewinne möglich.[281] Keine reinen Vertragsverletzungen sind zudem solche Vertragsbrüche, die gleichzeitig auch wettbewerbsrechtlich geschützte Interessen des Vertragspartners verletzen. Dies ist z.B. der Fall bei der unbefugten Verwertung von Offerten, Berechnungen oder Plänen des Vertragspartners gemäss Art. 5 lit. a UWG. Auch hier kann nach Art. 9 Abs. 3 UWG entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Vorteilsherausgabe verlangt werden.[282] 158

Bei reinen Vertragsverletzungen hingegen gibt es im Gesetz keine allgemeine Anspruchsgrundlage für eine Gewinnabschöpfung. Nur ganz vereinzelt ist hier eine Herausgabepflicht ausdrücklich vorgesehen. So kann der Geschäftsherr gestützt auf Art. 464 OR eine Gewinnherausgabe verlangen, wenn der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte unbefugt das zwischen den Parteien bestehende Konkurrenzverbot verletzt.[283] Und nach Art. 540 Abs. 2 OR ist eine Gewinnabschöpfung möglich, wenn ein Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnisse überschreitet. Dies gilt, gestützt auf die Verweisungen in Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR, auch für das Recht der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft. 159

Interessanterweise gibt es in der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung Ansätze eines allgemeinen Rechtsprinzips, wonach unerlaubte Eingriffe in fremdes Vermögen (wozu auch Forderungen gehören müssten) unbesehen spezifischer Anspruchsgrundlagen zu einer Vorteilsherausgabe an den Verletzten führen sollen. In BGE 34 II 694 hatte das Bundesgericht einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe nach der Verwendung fremder Pferde und Wagen für den Warentransport zu beurteilen. Es bejahte eine entsprechende Herausgabepflicht als „Anwendungsfall eines allgemeinen Grundsatzes, wonach derjenige, der aus fremdem Vermögen ohne oder gegen den Willen des 160

---

281 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 70 f.; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1229 ff.

282 SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1232.

283 Vgl. die ähnliche Regelung in § 60 f. HGB.

Eigentümers Gewinn zieht, das rechtlich nicht für sich zu tun vermag, sondern nur für den Eigentümer, dem er rechnungs- und erstattungspflichtig ist."[284] Gestützt auf diese Erkenntnis unterliess es das Bundesgericht ausdrücklich, die vom Kläger vorgebrachten Anspruchsgrundlagen der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung zu prüfen. Ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz, aus dem unmittelbar durchsetzbare Ansprüche abgeleitet werden können, hat sich in der darauffolgenden Rechtsprechung und Lehre jedoch nicht gefestigt.[285]

161 In Abwesenheit eines allgemeinen Rechtsprinzips der Vorteilsherausgabe werden im Folgenden zunächst *vertragliche* Anspruchsgrundlagen als mögliches Fundament einer Vorteilsherausgabe untersucht. Es handelt sich dabei um den Anspruch auf Schadenersatz sowie den Anspruch auf das stellvertretende Commodum. Danach wird geprüft, inwiefern eine Vorteilsherausgabe nach *ausservertraglichen* Anspruchsgrundlagen möglich ist. In Frage kommen dabei einerseits die ungerechtfertigte Bereicherung und andererseits die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag.[286]

162 Eine gesetzliche Anspruchsgrundlage für die Vorteilsherausgabe muss im Übrigen dann nicht geprüft werden, wenn die Parteien die Vorteilsherausgabe ausdrücklich als Folge einer Vertragsverletzung vorgesehen haben. Eine derartige Parteivereinbarung ist ohne weiteres zulässig.[287] In diesem Zusammenhang gilt es jedoch insbesondere, Schadenspauschalen von der Konventionalstrafe abzugrenzen. Während die Schadenspauschale den Bestand eines Schadens voraussetzt, ist die Konventionalstrafe unabhängig eines tatsächlich erlittenen Schadens geschuldet.[288] Wird vertraglich ein Anspruch auf Gewinnherausgabe vereinbart, so wird der Bestand eines Schadens typischerweise nicht vorausgesetzt. Hier von einer Konventionalstrafe zu sprechen, ist terminologisch jedoch irreführend. Wie bereits erläutert wurde, weist die Gewinnherausgabe an den enttäuschten Gläubiger keinen Strafcharakter auf.[289] Eine solche Klausel ist stattdessen vorzugsweise als „vertraglich vereinbarte Vorteilsherausgabe" zu bezeichnen.

---

284 BGE 34 II 694 E. 4 S. 700.

285 WEBER, ZSR 1992 I, 361.

286 Zur Qualifikation der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag als ausservertragliche Anspruchsgrundlage siehe SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 33; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 6; CHAPPUIS, 42; vgl. HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 236 Fn. 5 und 241 Fn. 30; WEBER, ZSR 1992 I, 336.

287 Vgl. GAUCH, FS Walter, 312.

288 Art. 161 Abs. 1 OR; BGer 4C.241/2005 vom 25.10.2005 E. 3.2; BGE 109 II 462 E. 4a S. 468; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 160 N 12; BUCHER, OR AT, 525; SCHWENZER, Rz. 71.02, 71.16; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3851.

289 Siehe oben Rz. 150 f.

B) Schadenersatzrecht

1. Allgemeines

Beim Schadenersatz handelt es sich sowohl im schweizerischen Recht wie auch in ausländischen Rechtsordnungen um den wohl bedeutsamsten Anspruch bei vertraglichen Leistungsstörungen. Gerade beim Blick auf ausländische Rechtsordnungen tritt der Schadenersatz aber bisweilen in so vielen Gestalten auf, dass es schwierig wird, ihm genaue Konturen zu geben. So findet man in der englischsprachigen Literatur Ausführungen zu *expectation damages*, *reliance damages*, *restitutionary damages*, *nominal damages*, *gain-based damages*, *disgorgement damages*, *exemplary damages* oder auch *punitive damages*.[290] Und auch im deutschsprachigen Ausland taucht bspw. der hierzulande exotisch anmutende Begriff der „dreifachen Schadensberechnung" auf.[291] 163

Ausgangspunkt des Schadenersatzes im schweizerischen Recht ist jedoch die auf FRIEDRICH MOMMSEN zurückgehende Differenztheorie.[292] Daraus hat das Bundesgericht die Standardformel entwickelt, wonach der Schaden eine unfreiwillige Vermögensveränderung ist, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Der Schaden entspricht damit der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.[293] Aufgrund dieser Formel zeigt sich bereits, dass die Herausgabe eines Verletzergewinns grundsätzlich nicht in die Konzeption des Schadenersatzes passt. Denn für die Schadensbestimmung relevant sind gemäss der Aufzählung (Abnahme der Aktiven, Zunahme der Passiven, entgangener Gewinn) einzig Veränderungen im Vermögen der verletzten Partei, nicht aber Veränderungen im Vermögen des Verletzers. 164

---

290 Weiterführend BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 500 ff.

291 Bei der dem deutschen Immaterialgüterrecht entstammenden „dreifachen Schadensberechnung" kann wahlweise der entgangene Gewinn, eine angemessene Lizenzgebühr oder der vom Eingreifer erzielte Gewinn als Grundlage für die Schadensbemessung dienen, vgl. § 97 Abs. 2 UrhG; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 24.

292 MOMMSEN, Zur Lehre von dem Interesse, S. 3: „Unter dem Interesse [...] verstehen wir [...] die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welcher dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde."

293 BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.2; BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27; 132 III 359 E. 4 S. 366; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 3; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2848.

165 Nebst der Schadensbestimmung schliessen auch die Regeln über die Höhe des zu leistenden Ersatzes eine Vorteilsherausgabe aus. Für die Ersatzbestimmung verweist Art. 99 Abs. 3 OR auf das Recht der unerlaubten Handlung. Nach Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt der Richter Art und Grösse des Ersatzes und würdigt hierbei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens. Aus dieser wenig konkreten Bestimmung hat die Rechtsprechung zwei Prinzipien abgeleitet. Dies ist zunächst das *Prinzip der Totalreparation* des Gläubigers. Demnach soll der Gläubiger in diejenige wirtschaftliche Lage versetzt werden, in der er sich bei gehöriger Vertragserfüllung wiedergefunden hätte.[294] Allfällige Veränderungen im Vermögen des Verletzers sind in diesem Zusammenhang nicht relevant.

166 Gleichzeitig gilt für den Ersatzanspruch des Gläubigers auch das *Prinzip des Bereicherungsverbots*. Diesem Prinzip zufolge hat der Geschädigte keinen Anspruch auf Ersatzleistungen, welche den von ihm tatsächlich erlittenen Schaden übersteigen. Das Bereicherungsverbot bezweckt in erster Linie, dass sich der Gläubiger allfällige Vorteile, die er durch Erhalt einer mangelhaften Vertragsleistung erzielt hat, bei der Ersatzleistung anrechnen lassen muss. Der Umfang des Ersatzanspruchs wird durch dieses Prinzip nach oben aber ganz generell durch den Umfang des Nettoschadens eingegrenzt.[295] Damit steht das Prinzip des Bereicherungsverbos einem Anspruch auf Vorteilsherausgabe entgegen. Die Vorteilsherausgabe ist für den Gläubiger schliesslich gerade dann interessant, wenn dem Verletzergewinn des Schuldners kein entsprechender Schaden des Gläubigers gegenübersteht.

167 Immerhin ist festzuhalten, dass der Grundsatz der ausschliesslichen Kompensation des tatsächlich erlittenen und wirtschaftlich messbaren Nettoschadens keine absolute Geltung hat. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Ersatzfähigkeit gewisser normativer

---

[294] BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.2; BGE 127 III 73 E. 5c.cc S. 78 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2912; siehe zum Vergleich mit dem *common law* auch aus **Australien**: Clark v. Macourt, [2013] HCA 56 (HC AUS), Rz. 26: „*damages for breach of contract are to put the promisee, so far as money can do it, in the same situation as if the contract had been performed as promised.*"; **European Court of Human Rights**: Popov v. Moldova (No. 1), 17.1.2006, 74152/01, dissenting opinion of Judge Pavlovschi: „*The most common kind of relief that is awarded in a suit for breach of contract is 'compensatory damages'. [...] [S]uch damages seek to repair the expectations of a party by awarding an amount of money that will put the aggrieved party in the same position he would have been if the contract had been performed.*"

[295] BGer 4A_113/2017 vom 6.9.2017 E. 4.3.2; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323; 131 III 12 E. 7.1 S. 16; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2912.

Schäden anerkannt.[296] Statt einer strikten Anwendung der Differenztheorie ist also durchaus Platz für eine Korrektur unbilliger Ergebnisse. Dass deshalb eine Ausweitung des Schadenersatzanspruchs auf die Abschöpfung von Verletzergewinnen möglich ist, folgt daraus jedoch nicht. Auch beim Ersatz normativer Schäden handelt es sich um einen Ausgleich erlittener Beeinträchtigungen. Die Auswirkungen der Rechtsverletzung auf den Verletzer bleiben auch hier unbeachtlich. Eine unbesehen der Wirkung der Verletzung auf das Vermögen des Gläubigers erfolgende Gewinnabschöpfung als spezielle Ausgestaltung des Anspruchs auf Schadenersatz ist nach geltendem Recht somit nicht möglich.[297]

2. Schadensberechnung auf der Grundlage des Verletzergewinns

Obschon Art. 97 Abs. 1 OR keine *schadensunabhängige* Vorteilsherausgabe erlaubt, ist weiter zu prüfen, ob ein vom Schuldner erzielter Vorteil dem Gläubiger allenfalls als *Grundlage für die Schadensberechnung* dienen kann. Eine solche Schadensberechnung wäre sowohl beim Doppelvertrag als auch bei der Verletzung von vertraglichen Unterlassungspflichten und der Ersparnisbereicherung denkbar. 168

Beim Doppelvertrag und der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten, wie etwa einem Konkurrenzverbot, könnte eine derartige Schadensberechnung auf der Annahme basieren, dass die enttäuschte Vertragspartei das verletzte Recht ebenso profitabel hätte verwerten können wie der Verletzer.[298] Mit Nachweis eines Verletzergewinns wäre damit zugleich auch der Schadensbeweis erbracht. Bei allen drei Fallgruppen könnte der Verletzergewinn aber auch unmittelbar als Beweis für den inhärenten Wert des verletzten Rechts gewertet werden, für dessen Verletzung der Schuldner dem Gläubiger Ersatz schuldet.[299] So gesehen liesse sich die Vorteilsherausgabe also durchaus mit dem kompensatorischen Zweck des Schadenersatzes vereinbaren.[300] 169

---

296 Siehe oben Rz. 115; zum Haushaltsschaden siehe BGer 4A_264/2011 vom 14.11.2011 E. 3.1; BGE 132 III 321 E. 3.1 S. 332; zum Pflege- und Betreuungsschaden siehe BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002 E. 6b.aa; BGE 97 II 259 E. III.3 S. 266.

297 Vgl. BGE 97 II 169 E. 3a S. 178: „Die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe sind [...] klar auseinanderzuhalten und nach besonderen Gesichtspunkten zu beurteilen."

298 Vgl. SCHMIDT-AHRENDTS, 98.

299 Vgl. HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 241 Fn. 1

300 Vgl. SCHWENZER/HACHEM/KEE, Rz. 44.251.

170 In ausländischen Rechtsordnungen ist eine gesetzliche Grundlage für die vertragliche Schadensberechnung auf der Basis eines Verletzergewinns nur schwer zu finden. Soweit ersichtlich, kennt einzig das niederländische Recht in Art. 6:104 des niederländischen Zivilgesetzbuchs eine derartige Bestimmung:

> „*Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.*"
>
> („*If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it.*")[301]

171 Gemäss Wortlaut dieser Bestimmung handelt es sich beim Abstellen auf den Verletzergewinn um eine besondere Art der Schadensschätzung. Das Gericht kann dabei auf den gesamten oder auch nur auf einen Teil des Verletzergewinns abzustützen. Aufgrund der Kann-Formulierung der Bestimmung besteht jedoch kein unbedingter Anspruch auf ein solches Vorgehen. Das Gericht hat vielmehr im jeweiligen Fall zu beurteilen, ob ein Abstellen auf den Verletzergewinn unter den konkreten Umständen als sachgerecht erscheint. Es war dies bisher anscheinend nur dann der Fall, wenn der Bestand eines Schadens unbestritten war.[302] Wie erwähnt handelt es sich bei dieser Regel im internationalen Vergleich aber um eine Ausnahme.[303]

172 Dass die Schweiz keine gesetzliche Grundlage für eine Schadensberechnung auf der Grundlage eines Verletzergewinns kennt, ist somit nicht weiter verwunderlich. Hinweise auf einen Konnex zwischen Verletzergewinn und Schadenersatz sind in der Rechtsprechung aber durchaus zu finden. Schon in BGE 45 II 202 hat das Bundesgericht – wenn auch ohne Stellungnahme – auf eine entsprechende Diskussion in der Lehre hingewiesen:

> „Dabei braucht zu der in der neueren Doktrin von manchen Schriftstellern vertretenen Ansicht nicht Stellung genommen zu werden, dass der Anspruch auf Schadenersatz zum mindesten

---

301 Übersetzung nach http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

302 Siehe z.B. Hoge Raad, Urteil vom 24.12.1993, Nederlands Juristenblad 1995, Nr. 421 (Waeyen-Scheers/Naus), zitiert nach JANSSEN, 248; siehe dazu auch SOEFFKY, 30; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 340; SCHMIDT-AHRENDTS, 97.

303 SCHMIDT-AHRENDTS, 97; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 340.

> des Recht auf Erstattung dessen in sich schliesse, worum das Vermögen des Verpflichteten infolge des zu vertretenden rechtswidrigen Verhaltens vermehrt worden ist, selbst wenn es vom Standpunkte des Verletzten aus nicht als entgangener Gewinn betrachtet werden kann."[304]

In BGE 97 II 169 hat das Bundesgericht jedoch festgehalten, dass die „Gewinnherausgabe auch in der Rechtsprechung, sei es ausdrücklich oder dem Sinne nach, als Schadenposten oder Methode zur Schadensberechnung behandelt worden ist."[305] Eine Rolle für die Schadensberechnung spielte der durch den Doppelverkauf eines Ferraris erzielte Verletzererlös sodann in BGE 120 II 296. Dort schützte das Bundesgericht das Vorgehen der Vorinstanz, welche für die Ermittlung des dem Kläger entgangenen Fahrzeugwerts unter verschiedenen möglichen Werten auf den vom Zweitkäufer gezahlten Preis abgestellt hatte. Dies darf aber wohl nicht als generell zulässige Art der Schadensberechnung verstanden werden. Vielmehr erachtete das Bundesgericht jenen Preis in diesem Fall als zuverlässigsten Indikator für den „*prix auquel le demandeur aurait pu revendre la F40 [...] selon le cours ordinaire des choses*."[306] Der Verletzererlös des Schuldners war hier damit der geeignetste Anhaltspunkt für die Berechnung des Schadens. 173

Eine Schadensschätzung auf der Grundlage des Verletzergewinns ist der schweizerischen Rechtspraxis demnach nicht gänzlich fremd. Das Abstützen auf den Verletzergewinn ist aber nur dann möglich, wenn dieser unter den konkreten Umständen als die passendste Grösse erscheint, um die vom Gläubiger tatsächlich erlittene Vermögensbeeinträchtigung zu bestimmen. Ein allgemeiner Anspruch des Gläubigers, wonach sein Schaden auf der Grundlage des vom Schuldner erlangten Verletzergewinns zu bestimmen sei, besteht hingegen nicht. Hat der Gläubiger überhaupt keinen Schaden erlitten, fällt ein Abstellen auf den Verletzergewinn zudem von vornherein ausser Betracht. 174

3. Exkurs: Minderung

Insbesondere für den Fall der Ersparnisbereicherung ist fraglich, ob der Verletzergewinn nicht im Rahmen eines allfälligen Minderungsanspruchs zu beachten wäre. Die Minderung ist für bestimmte Vertragstypen wie Kauf- (Art. 205 Abs. 1 OR), Werk- (Art. 368 Abs. 2 OR) oder Mietvertrag (Art. 259d OR) gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. In weiteren Fällen ist ein solcher Anspruch zudem anerkannt, so bspw. im Tauschvertrag[307] oder als 175

---

304 BGE 45 II 202 E. A S. 207.
305 BGE 97 II 169 E. 3a S. 176.
306 BGE 120 II 296 E. 3c S. 300.
307 BSK OR I-GIGER, Art. 238 N 3; BUCHER, OR BT, 137.

Honorarreduktion beim Auftrag[308]. Bei der Minderung handelt es sich jedoch – nach kaufrechtlicher Terminologie – um den „Ersatz des Minderwerts" der Sache bzw. der vertraglichen Leistung.[309] Damit ist eine gewisse Parallele zum Schadenersatzanspruch gegeben. Wie beim Schadenersatz bestimmt sich auch der Umfang einer Minderung grundsätzlich unabhängig allfälliger Veränderungen im Vermögen des Schuldners. Massgebend sind vielmehr allein die Auswirkungen der Vertragsverletzung auf den Wert der geschuldeten Leistung.[310] An einer Wertveränderung fehlt es aber, wenn sich die Ersparnisbereicherung nicht auf die Verwertungsmöglichkeit der Leistung auf dem Markt auswirkt.[311]

176 Zu prüfen ist immerhin noch, ob ein Verletzergewinn nicht die aus Sicht des Gläubigers empfundene Wertverminderung der Leistung widerspiegeln könnte, welche es im Rahmen einer Minderung zu berücksichtigen gilt. In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und vorherrschenden Meinung ist eine solche Argumentation jedoch nicht zielführend. Bei der Bestimmung des Minderwerts sind einzig *objektiv bestimmbare Kriterien* relevant, in erster Linie ein verminderter Verkehrswert der vertraglichen Leistung.[312] Die Berechnung des Minderungsanspruchs erfolgt dabei nach der sog. relativen Methode. Dazu wird der Preis im gleichen Verhältnis heruntergesetzt wie das Verhältnis zwischen objektivem Wert der geschuldeten (mangelfreien) Leistung und dem objektiven Wert der tatsächlich erbrachten (mangelhaften) Leistung.[313] So soll die aus den Vertragsverhandlungen resultierende Preis-Wert-Differenz nicht verwischt werden.[314] Subjektive Elemente – und in diesem Rahmen auch eine vom Gläubiger empfundene, sich am Verletzergewinn orientierende Wertverminderung der Leistung – spielen für den Minderungsanspruch hingegen keine Rolle.

177 Dennoch ist zu beachten, dass die Lehre bisweilen eine Abkehr von diesem Grundsatz propagiert. So wird vorgeschlagen, bei der Minderung sei nebst der objektiven Wertverminderung auch die subjektive Äquivalenz der gegenseitigen Vertragsleistungen zu berücksichtigen.[315] Dies leuchtet insbesondere

---

308 BGE 108 II 197 E. 2a S. 198; BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 43.
309 Siehe Art. 205 Abs. 1 OR.
310 GAUCH, FS Walter, 317 f.
311 Siehe dazu die Beispiele oben in Rz. 42.
312 GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1628; BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 8.
313 Siehe zum Kaufrecht BGE 81 II 207 E. 3a S. 209 f.; BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 8; zum Werkvertragsrecht BGE 111 II 162 E. 3a S. 163; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 368 N 43; ZK-BÜHLER, Art. 368 OR N 95; zum Auftragsrecht BK-FELLMANN, Art. 394 OR N 537 f.; zum Mietrecht BGE 130 III 504 E. 4.1 S. 507; BK-GIGER, Art. 259d OR N 24.
314 Dazu BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 8.
315 BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 903.

beim Anspruch auf Honorarkürzung im Auftragsrecht ein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung entsteht beim Beauftragten nur für diejenigen Tätigkeiten ein Honoraranspruch, welche dieser vertragsgemäss ausübt.[316] Damit dürfte auch vertragswidriges Verhalten, dass sich nicht unmittelbar auf den objektiven Wert der Leistung auswirkt, zu einer Honorarkürzung Anlass geben.[317]

178 Sodann ist für die Relevanz subjektiver Kriterien auch der Minderungsanspruch im Pauschalreisevertrag zu beachten. Nach Art. 13 lit. b PRG hat der Veranstalter dem Konsumenten im Fall einer Schlechtleistung den daraus entstandenen „Schaden" zu ersetzten. Die Schadenshöhe entspricht dabei „dem Unterschied zwischen dem Preis der vorgesehenen und jenem der erbrachten Dienstleistungen". Obwohl das PRG von Schaden spricht, handelt es sich hierbei nach der Terminologie des Schweizer Vertragsrechts eindeutig um einen Minderungsanspruch.[318] Für die Berechnung des Minderungsanspruchs ist wiederum nach der relativen Methode vorzugehen. Dabei ist jedoch, anders als beim Kauf- und Werkvertrag, nicht ausschliesslich auf objektive Wertekriterien abzustellen, sondern in erster Linie auf die Beeinträchtigung des erkennbaren Reisezwecks. Dieser Zweck bestimmt sich jeweils nach den konkreten subjektiven Bedürfnissen des Konsumenten (z.B. Erholung, Erlebnisse oder Informationserlangung).[319]

179 Wird im Rahmen der Minderung auch auf subjektive Wertempfindungen der Gläubiger abgestellt, wird die Berechnung des Minderungsumfangs ungemein schwieriger. In solchen Fällen wäre es zweckdienlich, auf einen vom Schuldner erzielten Verletzergewinn abstellen zu dürfen. Immerhin wird ein solcher Gewinn des Schuldners beim Gläubiger regelmässig das Gefühl auslösen, dem Schuldner in jenem Umfang „zu viel bezahlt" zu haben. Mit Blick auf die allgemeine Massgeblichkeit objektiver Kriterien kann eine solche Vorgehensweise unter geltendem Recht jedoch nicht als alternative Berechnungsmethode des Minderungsanspruchs dienen.

4. Stellungnahme

180 Nach hier vertretener Auffassung soll der Verletzergewinn in der Weiterentwicklung des Schadensrechts eine wichtigere Rolle spielen dürfen. Zunächst sollte es den Gerichten vor dem Hintergrund der strukturellen Unterkompensation geschädigter Vertragsgläubiger im Fall von Beweisschwierigkeiten möglich sein, rascher auf den Verletzergewinn als Grundlage der Schadens-

316 BGE 124 III 423 E. 4a S. 427.
317 Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 395 N 43.
318 BSK OR I-ROBERTO, Art. 13 PRG N 2.
319 BSK OR I-ROBERTO, Art. 13 PRG N 7.

schätzung zurückzugreifen. Dies liegt auch im Sinne der Verfahrensökonomie. In erster Linie wäre der Verletzergewinn dabei für die Ersatzbestimmung bei Doppelverträgen sowie bei der Verletzung von vertraglichen Konkurrenzverboten zu berücksichtigen. In beiden Fällen ist die Berechnung des dem Gläubiger tatsächlich entgangenen Gewinns schwierig. Indem der Schuldner aber eine Handlung vornimmt, die nach der Vertragsordnung dem Gläubiger vorbehalten wäre, besteht zwischen dem Verletzergewinn und dem entgangenen Gewinn des Gläubigers ein hinreichender Zusammenhang. Der Schuldner müsste zur Bestimmung des Verletzergewinns zudem editionspflichtig sein.[320]

181 Das Gleiche hat vorwiegend aus Präventionsgründen auch für besonders verwerfliche Fälle der Ersparnisbereicherung zu gelten. Dies namentlich für solche Ersparnisbereicherungen, die über die vertragliche Beziehung hinaus eine gesellschaftlich unerwünschte *social cost* zur Folge haben.[321] Gerade bei der Verletzung von Vertragspflichten, die nicht in erster Linie aus ökonomischen, sondern aus moralischen Gründen vereinbart wurden, wird der Schadensbeweis vom Gläubiger nur schwer zu erbringen sein. Um solche Vereinbarungen hinreichend zu schützen, sollte sich der Anspruch auf Schadenersatz in jenen Fällen direkt auf den erzielten Verletzergewinn stützen lassen.[322] Dies hat sowohl für die Verletzung „ethischer" bzw. ökologischer Produktionsstandards zu gelten wie auch für die Verletzung von Pflichten, welche den Schutz von Personen oder besonders schutzwürdigen Objekten zum Gegenstand haben.[323]

182 Speziell für den Fall der Ersparnisbereicherung besteht noch ein weiterer Berührungspunkt zwischen Schaden und Verletzergewinn. Man stelle sich einen Fall vor, in dem ein Unternehmer ein Werk erstellt und entgegen der vertraglichen Vereinbarung keine inländischen, sondern billigere – wenn auch qualitativ gleichwertige – ausländische Materialien verwendet. Das Werk erfährt durch diesen Umstand keinen Minderwert, weshalb dem Besteller auf den ersten Blick kein Schaden entsteht. Dieser Schluss erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als irrtümlich. Denn hätte der Besteller im Vornhinein um die Vertragsverletzung gewusst, so wäre er nicht bereit gewesen, für das Werk den gleichen Preis zu bezahlen. Der Preisunterschied zwischen den billigeren ausländischen und den teureren inländischen Materialien kann dabei als „Aufpreis" gelten, den der Besteller für die Verwendung der teureren Materialien zu zahlen bereit gewesen ist. Fällt die Verwendung der vereinbarten Materialien weg, so muss auch dieser Aufpreis vom Kaufpreis in Abzug

320 Vgl. Art. 400 Abs. 1 OR.
321 Siehe oben Rz. 136.
322 Vgl. EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 588.
323 Vgl. SCHWENZER, Rz. 14.11 f.

gebracht werden. Andernfalls entsteht dem Besteller ein Schaden in Höhe des umsonst gezahlten Aufpreises bzw. der vom Unternehmer eingesparten Kosten.

183 Ein Konnex zwischen Verletzergewinn und Schaden ist zudem für alle drei Fallgruppen der opportunistischen Vertragsverletzung zu bejahen, wenn man für die Schadensbestimmung die tatsächliche Vermögenssituation des Gläubigers mit einer hypothetischen Situation vergleicht, in der die Handlung des Schuldners das Ergebnis einer zwischen den Parteien verhandelten Vertragsaufhebung bzw. -modifikation wäre.[324] Verlangt der Gläubiger für die Vertragsanpassung einen Preis, so wäre der Schuldner zur Zahlung eines solchen immer dann geneigt, wenn dieser Preis geringer ist als der durch die anderweitige Verwertung oder Nichtvornahme der vertraglichen Leistung erzielbare Gewinn. Würde der Auskaufspreis nun exakt der Höhe des Verletzergewinns entsprechen, wäre dem Verletzer ein Auskauf wirtschaftlich gesehen gleichgültig. Dieser Preis stellt für die Vertragsänderung aus Sicht des Gläubigers somit, zumindest theoretisch, das beste erzielbare Verhandlungsergebnis dar. Dieser Preis ist damit gleichzeitig auch der grösstmögliche Betrag, welcher dem Gläubiger aufgrund der ihm vom Schuldner vorenthaltenen Verhandlungsmöglichkeit entgangen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Gläubiger aufgrund des unter schweizerischem Recht bestehenden Anspruchs auf Realerfüllung eine starke Verhandlungsmacht zukommt. Der Verletzergewinn ist deshalb durchaus ein relevanter Indikator für den dem Gläubiger aufgrund der unterlassenen Aufhebungs- bzw. Modifikationsverhandlung entgangenen Vorteil.[325]

184 Im Ergebnis ist ein stärkeres Abstützen auf den Verletzergewinn bei der Schadensberechnung somit zu befürworten. Bei der Frage, wann eine solche Beweiserleichterung zur Anwendung gelangen soll, wäre ein allfällig der Vertragsverletzung zugrunde liegender Vorsatz zu berücksichtigen. In den erwähnten Fällen besonders verpönter Ersparnisbereicherungen sollte das Abstellen bei der Schadensberechnung auf den Verletzergewinn zudem zum

---

[324] Vgl. ANDERSON, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 192 (mit Verweis auf das Urteil Wrotham Park, siehe dazu oben Rz. 77): „*It will be remembered that the measure of damages is the sum of money 'as might reasonably have been demanded .... as a quid pro quo' for the relevant encroachment. In other words, it is a sum to be reached through a hypothetical negotiation between the contract breaker and the person with the benefit [...]*."

[325] Vgl. Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), 983: „*What the plaintiff has lost is the sum which he could have exacted from the defendant as the price of his consent [...]. This is an example of compensatory damages. They are damages for breach. They do not involve any concept of restitution and so to describe them is an error*."; vgl. auch THEL/SIEGELMAN, 52 William and Mary Law Review 2011, 1199 f.

Regelfall werden. Dies verlangt ein modernes und auf Prävention ausgerichtetes Schadensrecht.

C) Stellvertretendes Commodum

1. Allgemeines

185 Wird eine vertragliche Leistung unmöglich, so kann der Gläubiger anstelle seines Leistungsanspruchs unter Umständen einen Anspruch auf die Vermögenswerte geltend machen, die dem Schuldner aufgrund des Umstands der Leistungsunmöglichkeit zufliessen. Diese Vermögenswerte werden als sog. stellvertretendes Commodum bezeichnet.[326] Das deutsche Recht regelt den Commodumanspruch ausdrücklich in § 285 BGB.[327] Zudem haben etwa auch der österreichische[328], französische[329] und italienische[330] Gesetzgeber einen solchen Anspruch mit leichten Unterschieden kodifiziert. In den Rechtsordnungen des *common law* hingegen ist eine derartige Regelung nicht bekannt.[331] Auch im schweizerischen OR sucht man einen entsprechenden Gesetzesartikel vergebens, obwohl die Aufnahme einer Bestimmung zum

---

326 Vgl. HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1, 5.3.1.

327 § 285 BGB: „(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. (2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs." Diese Bestimmung entspricht weitgehend dem früheren § 281 BGB.

328 § 1447 ABGB: „Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen andern Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn zieht."

329 Art. 1351-1 Code civil: „*Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.*"

330 Art. 1259 Codice civile: „*Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento.*"

331 BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 897.

stellvertretenden Commodum in Art. 146 Abs. 1 des von MUNZINGER 1871 verfassten Vorentwurfs zum aOR noch vorgesehen war. Gemäss diesem Vorentwurf hätte ein Commodumanspruch im Fall unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit nach folgendem Wortlaut bestanden:

> „Wenn dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zufall unmöglich geworden ist, so ist er, unter Vorbehalt der Bestimmungen über den Verzug [...], von seiner Verbindlichkeit befreit. Stehen ihm aber von daher Rechte oder Klagen gegen dritte Personen zu, so ist er verpflichtet, dieselben an den Gläubiger abzutreten."[332]

Aus dem Umstand, dass diese Bestimmung nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat, darf nicht vorschnell geschlossen werden, es handle sich um eine vom Gesetzgeber beabsichtigte qualifizierte Lücke. Zweck der Nichtaufnahme in das Gesetz war nach allgemeiner Auffassung vielmehr, die Ausgestaltung des Anspruchs der Lehre und Rechtsprechung zu überlassen.[333] Das Bundesgericht hat den Commodumanspruch im Ergebnis denn auch bereits in seiner frühen Rechtsprechung anerkannt: 186

> **BGE 43 II 225, Herausgabe der erhaltenen Vorteile für beschlagnahmtes Getreide:** Ein deutscher Verkäufer und ein Schweizer Käufer hatten einen Vertrag über die Lieferung von 600 Sack Rogge abgeschlossen. 400 dieser 600 Sack konnten nicht geliefert werden, da die deutsche Regierung am 31. Juli 1914 ein Ausfuhrverbot für Getreide erlassen hatte. Die 400 Sack wurden schliesslich von der deutschen Militärbehörde gegen Entgelt beschlagnahmt, wobei der von der Militärbehörde gezahlte Preis höher war als der vom Käufer geschuldete Betrag. Der Verkäufer forderte die noch ausstehende Zahlung für die gelieferten 200 Sack, während der Käufer für die Nichtlieferung der 400 Sack Schadenersatz geltend machte und diesen mit der ausstehenden Zahlung zur Verrechnung stellte. Das Bundesgericht bejahte den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises für die 200 Sack, brachte davon jedoch den von der Militärbehörde erhaltenen Mehrwert „zur Minderung des [dem Gläubiger] durch die behauptete Leistungsunmöglichkeit verursachten Schadens" in Abzug.[334]

---

332 Zitiert aus PFAMMATTER, 11; siehe hierzu auch BESSON, 42 f.

333 BESSON, 43; PFAMMATTER, 11 f.; CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 61; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 353; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 125.

334 BGE 43 II 225 E. 5 S. 235.

187 Das Bundesgericht setzte sich in diesem Entscheid mit Art. 119 OR (Erlöschen der gegenseitigen Forderungen bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit) auseinander. Es hielt fest, Art. 119 OR bezwecke einzig, den Schuldner bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit „gegen die *nachteiligen* Folgen weiterer vertraglicher Gebundenheit sicher zu stellen."[335] Damit bleibe die Frage der Rechtsfolge einer auf die Leistungsunmöglichkeit zurückzuführenden Vorteilserlangung unbeantwortet. In solchen Fällen, so das Bundesgericht, „entspricht eine Befreiung des Schuldners nur dann den Anforderungen der Billigkeit [...], wenn er den erlangten Gewinn an den Gläubiger herausgibt".[336] Damit hat das Bundesgericht den Commodumanspruch sinngemäss bestätigt. Irreführend war jedoch die Verknüpfung des Commodumanspruchs mit einem Schaden. So erachtete das Bundesgericht die Gewinnherausgabe an den Gläubiger nur als nötig, „soweit solches einer angemessenen Ausgleichung des diesem aus der Nichtleistung entstandenen Schadens dient [...]."[337] Damit hat es den Anschein erweckt, beim Anspruch auf das stellvertretende Commodum handle es sich um einen Anspruch schadenersatzrechtlicher Natur.

188 Diesen Anschein hat das Bundesgericht wenig später in BGE 46 II 429 korrigiert. Dort hielt es fest, bei der Pflicht zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums „kommt es nicht darauf an, wie gross der Schaden des Gläubigers wegen des Ausbleibens der ursprünglichen Vertragsleistung sei, da es sich ja nicht um eine Schadenersatzpflicht oder Interesseleistung im Sinne des Art. 97 OR handelt."[338] Der Commodumanspruch besteht somit unabhängig eines aus der Leistungsunmöglichkeit resultierenden Schadens. Es handelt sich nicht um einen kompensatorischen Anspruch, sondern um eine besondere Ausgestaltung des Anspruchs auf Realerfüllung in Form eines Erfüllungssurrogats.[339]

189 Nachdem das Bundesgericht seither wiederholt Gelegenheit hatte, sich zum Commodumanspruch zu äussern, ist der Bestand eines solchen in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre heute unumstritten. Der Anspruch wird gemeinhin aus Art. 119 OR abgeleitet.[340] Ausgestaltung und Umfang des Anspruchs geben aber nach wie vor zu Diskussionen Anlass. Weitgehend unproblematisch ist der klassische Fall eines Commodumanspruchs, wo der

---

335 BGE 43 II 225 E. 5 S. 234.
336 BGE 43 II 225 E. 5 S. 234.
337 BGE 43 II 225 E. 5 S. 234.
338 BGE 46 II 429 E. 3 S. 438; vgl. auch BGE 51 II 171 E. 3 S. 176.
339 Vgl. PFAMMATTER, 14; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 142; BUCHER, OR AT, 425 Fn. 32.
340 Siehe bspw. BGE 112 II 235 E. 4c S. 239; 51 II 171 E. 3 S. 175 f.; BGer 4C.199/2004 vom 11.1.2005 E. 10.1; PFAMMATTER, 1, 13; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 125; BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 15; CR CO I-THÉVENOZ, Art. 119 N 20; SCHWENZER, Rz. 64.14.

Gläubiger bei zufälligem Untergang oder Diebstahl der Sache einen Anspruch auf die dem Schuldner entrichteten Versicherungsleistungen geltend machen kann.[341] Näher zu betrachten sind nachfolgend hingegen diejenigen Fälle, in denen der Umstand der Leistungsunmöglichkeit auf eine bewusste Handlung des Schuldners zurückzuführen ist.

Dies betrifft sowohl den Doppelvertrag als auch die Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten. In beiden Fällen führt der Schuldner durch seine Verletzung die Unmöglichkeit der vertragsgemässen Leistung herbei. Hat der Dritte bspw. Eigentum an einer doppelt verkauften Sache erworben, so liegt es nicht mehr in der alleinigen Macht des Verkäufers, dem Erstkäufer die Sache zu verschaffen. Und hat der Schuldner eine Alleinvertriebsabrede oder ein Konkurrenzverbot einmal verletzt, so ist eine gehörige Vertragserfüllung nicht mehr möglich.[342] In beiden Fällen fliessen dem Schuldner aus dem die Leistungsunmöglichkeit hervorrufenden Ereignis – der von ihm verschuldeten Vertragsverletzung – zudem Vermögenswerte zu. Auf das rechtliche Schicksal dieser Vermögenswerte ist sogleich näher einzugehen. 190

Für die Herausgabe einer Ersparnisbereicherung ist der Anspruch auf das stellvertretende Commodum hingegen nicht zweckmässig. Bei einer Ersparnisbereicherung erbringt der Schuldner seine vertragliche Pflicht, wenn auch mangelhaft. Es liegt hier kein Fall von Leistungsunmöglichkeit vor, sondern eine Schlechterfüllung. Damit fällt auch die Herausgabe eines Erfüllungssurrogats ausser Betracht. 191

2. Commodumanspruch bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit

Es stellt sich also die Frage nach einem allfälligen Commodumanspruch bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit. Stützt man sich für die Voraussetzungen des Commodumanspruchs auf den Wortlaut des Vorentwurfs von MUNZINGER, so wäre ein solcher Anspruch bei vorsätzlichem Vertragsbruch ausgeschlossen.[343] Indem der Entwurf nur diejenigen Situationen umfasst, in denen „dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zufall unmöglich geworden ist“, würde einzig die unverschuldete Leistungsunmöglichkeit einen Commodumanspruch begründen. Die Lehre vertritt diese Auffassung jedoch nur sehr vereinzelt.[344] Eine solche Beschränkung würde zum 192

[341] Siehe etwa BGE 51 II 171, wo der Verkäufer einer Liegenschaft nach einem Brand die ihm zustehende Versicherungsleistung dem Käufer überlassen musste.

[342] Siehe auch unten Rz. 215.

[343] Siehe zum Wortlaut des Vorentwurfs oben Rz. 185.

[344] BESSON, 43 Fn. 1; siehe zur deutschen Lehre ferner die Hinweise bei BOLLENBERGER, Das stellvertretende Commodum, 249.

stossenden Ergebnis führen, dass Schuldner, welche die Leistungsunmöglichkeit vorsätzlich herbeiführen, bessergestellt würden als Schuldner, welche die Unmöglichkeit nicht zu verantworten haben und damit der Herausgabepflicht unterstehen.[345]

193 Um dies zu verhindern, wird in der Lehre ganz überwiegend postuliert, der Commodumanspruch bestehe unabhängig davon, ob es sich um eine verschuldete oder unverschuldete Leistungsunmöglichkeit handle.[346] Während sich das Bundesgericht, wie schon erwähnt, bereits verschiedentlich mit der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit befasst hat, hatte es soweit ersichtlich noch keine Gelegenheit, sich zum Commodumanspruch bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit zu äussern.[347] Als das Obergericht des Kantons Zürich 2007 jedoch den Fall einer doppelt vermieteten Wohnung zu beurteilen hatte, kam es zum Schluss, dass „die herrschende Lehre zu Recht davon ausgeht, dass das Commodum auch bei verschuldeter Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung an deren Stelle treten kann".[348] Zumindest auf kantonaler Ebene scheint sich diese Auffassung durchzusetzen.[349] Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass sich das Bundesgericht dem anschliessen wird. Ist die Leistungsunmöglichkeit verschuldet, so leitet sich der Commodumanspruch im Übrigen nicht aus Art. 119 OR ab, sondern aus Art. 97 Abs. 1 OR.[350]

3. Commodum ex negotiatione

194 Die aus einer Leistungsunmöglichkeit fliessenden Vorteile werden in der Lehre bisweilen in zwei Kategorien unterteilt: Beim *commodum ex re*, dem Commodum „aus der Sache", handelt es sich um Geldwerte, welche ohne weiteres Zutun des Schuldners anstelle einer Leistung treten. Darunter gehören bspw. Versicherungsleistungen infolge Untergangs oder Diebstahls einer

345 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9; SCHWENZER, Rz. 64.23.

346 CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 61; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 55 und Art. 119 N 15; SCHWENZER, Rz. 64.23; HUGUENIN, Rz. 833; BUCHER, OR AT, 425; MOMMSEN, Commodum, 107 ff.; rechtsvergleichend RABEL, 515 f.

347 Siehe zum Commodumanspruch bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit BGE 43 II 225 E. 5 S. 233 ff. (Unmöglichkeit wegen Beschlagnahmung durch die Militärbehörden, erläutert oben in Rz. 186); BGE 51 II 171 E. 3 S. 175 ff. (Unmöglichkeit wegen Zerstörung durch Brand); BGE 46 II 429 E. 2 und 3 S. 436 ff. (Unmöglichkeit wegen eines bundesrätlichen Ausfuhrverbots); BGE 112 II 235 E. 4 S. 238 ff. (Unmöglichkeit wegen des Verkaufs von Pachtland durch den Eigentümer); BGer 4C.199/2004 vom 11.1.2005 E. 10 (Unmöglichkeit wegen gestohlener Teppiche).

348 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9; siehe dazu auch unten Rz. 207.

349 Siehe etwa auch HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1.

350 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9; CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 61; SCHWENZER, Rz. 64.23; vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 55.

geschuldeten Sache. Beim *commodum ex negotiatione* hingegen, dem Commodum „aus dem Geschäft", sind die erhaltenen Leistungen auf eine aktive Tätigkeit bzw. ein Rechtsgeschäft des Schuldners zurückzuführen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Schuldner eine Sache doppelt verkauft oder vermietet.[351] Die Unterscheidung deckt sich nicht mit derjenigen der verschuldeten und unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit. Denn auch das *commodum ex negotiatione* kann aus einer unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit entstehen, bspw. wenn ein Aufbewahrer in entschuldbarem Irrtum eine hinterlegte Sache verkauft.[352] Gleichzeitig kann auch bei vorsätzlicher Zerstörung einer Sache ein Anspruch auf das *commodum ex re* entstehen. Mit Blick auf den Doppelvertrag und die Verletzung von Unterlassungspflichten ist hier indessen in erster Linie das *commodum ex negotiatione* von Interesse.

195 Für den Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* stellte sich insbesondere in der deutschen Lehre und Rechtsprechung die Frage eines Schadenserfordernisses beim Schuldner (und nicht wie zuvor besprochen beim Gläubiger). Schwierigkeiten bereitete diesbezüglich der Wortlaut von § 285 BGB bzw. des früheren § 281 BGB. Nach jener Bestimmung kann der Gläubiger im Fall der Leistungsunmöglichkeit „einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch" herausverlangen, den der Schuldner für die vertragliche Leistung erhalten hat. Daraus wurde teilweise geschlossen, dem Schuldner müsse durch die Leistungsunmöglichkeit zunächst ein Schaden entstehen. Anders als beim *commodum ex re* entsteht dem Schuldner beim *commodum ex negotiatione* aber grundsätzlich kein Schaden. Es wurde deshalb postuliert, § 285 BGB erlaube für diese Fälle keine Ableitung eines Anspruchs auf Vorteilsherausgabe.[353] Die überwiegende deutsche Lehre spricht sich jedoch für eine weite, wirtschaftliche Auslegung des Begriffs „Ersatz" aus, die auch das *commodum ex negotiatione* umfasst.[354] Dieser Auffassung hat sich auch der BGH angeschlossen.[355]

196 Der schweizerischen Lehre blieb diese Diskussion erspart, nachdem das Bundesgericht bereits in BGE 43 II 225 von einer Herausgabe der vom Schuldner erlangten *Vorteile* sprach, anstatt eines erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.[356] Ob das Bundesgericht die in § 285 BGB verwendete Terminologie bewusst vermieden hat, um den Weg für einen Anspruch auf das *commodum*

---

351 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 129.
352 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 129.
353 Siehe die Verweise bei ULLRICH, 104 ff.
354 BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 900; vgl. KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 699; siehe auch die Erläuterungen bei ULLRICH, 106 f., 111, 115 ff., wobei ULLRICH den Anspruch auf das Commodum ex negotiatione nach eigener Analyse verneint.
355 Ausdrücklich BGH, NJW 1980, 178; BGH, NJW 1967, 622, 623 f.; BGH, NJW 1983, 929, 930; vgl. zu Urteilen des Reichsgerichts ULLRICH, 109.
356 BGE 43 II 225 E. 5 S. 234.

ex negotiatione zu ebnen, muss offen gelassen werden. Das Obergericht des Kantons Zürich hat den Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* jedenfalls gutgeheissen.[357] Es darf erwartet werden, dass das Bundesgericht dieser Auffassung bei entsprechender Gelegenheit folgen wird. Die Unterscheidung zwischen *commodum ex re* und *commodum ex negotiatione* hat ihre praktische Relevanz damit verloren.[358]

4. Zusammenhang zwischen Umstand der Leistungsunmöglichkeit und Surrogat

197 Für eine sachgerechte Einschränkung des Commodumanspruchs muss zwischen dem die Leistungsunmöglichkeit hervorrufenden Ereignis und der Commodumerlangung ein ursächlicher Konnex bestehen. Die genauen Voraussetzungen dieses Konnexes sind ebenfalls Gegenstand von Diskussionen. Die deutsche Rechtsprechung verlangt diesbezüglich in zweierlei Hinsicht einen Zusammenhang: Zunächst muss zwischen dem Umstand, der zur Leistungsunmöglichkeit geführt hat, und der Commodumerlangung ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Darüber hinaus wird zwischen der geschuldeten Leistung und dem Commodum sog. „Identität" verlangt. Demnach muss der Schuldner „das Commodum gerade für den geschuldeten Gegenstand [...], dessen Leistung ihm unmöglich geworden ist, erlangt [haben]".[359] Damit soll verhindert werden, dass der Commodumanspruch zu einer generellen Ausgleichspflicht von unvorhersehbarer Tragweite wird.[360] Eine strikte Handhabung der Identitätsvoraussetzung kann jedoch mitunter auch zu stossenden Ergebnissen führen, wie der nachfolgende Entscheid des BGH illustriert:

> **BGH, Doppelvermietung eines Grundstücks als Parkplatz bzw. zum Betrieb von Verkaufsständen:** Ein Eigentümer hatte ein Grundstück als Parkplatzfläche vermietet. Noch während der Mietdauer vermietete er das gleiche Grundstück an eine weitere Partei, diesmal jedoch zur Errichtung und Betreibung von Verkaufsständen. Der Mieter der Parkplatzfläche machte daraufhin einen Anspruch auf den durch Doppelvermietung erzielten Gewinn des Vermieters gestützt auf § 281 (heute § 285) BGB geltend. Der BGH verneinte den Commodumanspruch aufgrund fehlender Identität. Er befand, die dem Erstmieter geschuldete Leistung und der vom Dritten erhaltene Vorteil seien „nicht

357 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9 f.
358 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 129.
359 BGH, NJW 2006, 2323, 2324.
360 BGH, NJW 2006, 2323, 2325.

> identisch, weil dem Kl. nur die geringerwertige Nutzung als Parkplatz, den Markthändlern aber die weitergehende Nutzung zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen erlaubt war".[361]

198 Damit hat der BGH das Identitätserfordernis bei der Doppelvermietung zu eng ausgelegt. Auf eine gleichwertige Nutzung der vertraglichen Leistung durch den Dritten kann es für die Begründung des Commodumanspruchs nicht ankommen. Dem gewieften Vermieter würde es dadurch ermöglicht, eine Vorteilsherausgabe durch Modifikation des zulässigen Gebrauchs bei der Zweitvermietung zu verhindern. Zudem ist die Ursache der Leistungsunmöglichkeit für das Verhältnis zwischen Vermieter und Erstmieter nicht weiter von Belang. Die genauen Modalitäten des Zweitvertrags sollten für den Commodumanspruch des Mieters deshalb nicht massgeblich sein. Berechtigterweise hat die deutsche Lehre den Entscheid des BGH denn auch wiederholt kritisiert.[362]

199 In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung wird die genaue Ausgestaltung des vorausgesetzten Konnexes uneinheitlich gehandhabt. Statt der in Deutschland geforderten Identität verlangt die überwiegende schweizerische Lehre einen *engen wirtschaftlichen Zusammenhang* zwischen Leistungsunmöglichkeit und Vorteilserlangung.[363] Diese Voraussetzung ist weiter gefasst als diejenige der Identität. Für das Bundesgericht gelten sodann diejenigen Vorteile als vom Commodumanspruch umfasst, die der Schuldner „gerade durch die die Leistungsunmöglichkeit bewirkende Tatsache" erhält.[364] Und nach Ausführungen des Zürcher Obergerichts muss die Erlangung des Vorteils zur Begründung einer Herausgabepflicht „mit dem Unmöglichwerden der Vertragserfüllung ursächlich zusammenhängen".[365] All diesen Formeln ist gemeinsam, dass die Vorteilserlangung direkt aus dem Umstand folgen muss, welche die Leistung des Schuldners verunmöglicht. Weitere Einschränkungen können sodann bei der Bestimmung des Umfangs des Herausgabeanspruchs erfolgen.[366]

---

361 BGH, NJW 2006, 2323, Zitat bei 2325.

362 Siehe die Hinweise bei HARTMANN, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, 211 f.

363 PFAMMATTER, 37; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 127; BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 15; so auch HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1.

364 BGE 43 II 225 E. 5 S. 234; 51 II 171 E. 3 S. 175.

365 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9.

366 Siehe dazu sogleich Rz. 201 ff.

200 Anders als nach deutschem Recht ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem die Leistungsunmöglichkeit begründenden Umstand und der Commodumerlangung nach schweizerischem Recht keine zusätzliche Voraussetzung.[367] Dies hat einen guten Grund, wie der nachfolgende Vergleich mit dem Schadensrecht zeigt: Beim Anspruch auf Schadenersatz hat die Adäquanz in erster Linie eine haftungsbegrenzende Funktion. Der Schuldner soll davor bewahrt werden, für allen erdenklichen auf eine Rechtsverletzung folgenden Schaden des Gläubigers einstehen zu müssen. Er hat nur für diejenigen Nachteile aufzukommen, mit denen aufgrund der Rechtsverletzung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch zu rechnen ist.[368] Bei der Herausgabe des Commodums rechtfertigt sich eine solche „Haftungsbeschränkung" hingegen nicht. Die Herausgabepflicht des Schuldners wird von vornherein durch den Umfang der Vorteilserlangung begrenzt. Ein Zugriff auf das weitere Vermögen des Schuldners ist ausgeschlossen. Nebst dem Erfordernis des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs kann auf ein zusätzliches Adäquanzerfordernis somit verzichtet werden.

5. Umfang des Commodumanspruchs

201 Der Commodumanspruch muss vom Gläubiger geltend gemacht werden. Andernfalls ist er zur Annahme des Surrogats nicht verpflichtet.[369] Verlangt der Gläubiger jedoch die Herausgabe des Commodums, so muss hinsichtlich des Umfangs der Herausgabepflicht eine Abgrenzung sowohl vom Schadenersatz wie auch von der ungerechtfertigten Bereicherung vorgenommen werden. Im Unterschied zum Schadenersatz besteht der Commodumanspruch unabhängig allfälliger Veränderungen im Vermögen des Gläubigers.[370] Und anders als im Bereicherungsrecht besteht der Commodumanspruch grundsätzlich auch unabhängig des Werts der ursprünglich vom Schuldner geschuldeten Leistung.[371] Der Anspruch umfasst vielmehr die gesamte vom Schuldner erlangte Surrogatleistung unter Abzug der vom Gläubiger geschuldeten Gegenleistung.[372]

---

367 PFAMMATTER, 33 ff.; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 127; BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 15.

368 Zur adäquaten Kausalität eingehend BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

369 HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1.

370 BGE 46 II 429 E. 3 S. 438; HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1; PFAMMATTER, 14; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 138; BUCHER, OR AT, 425.

371 Zum Umfang der Eingriffskondiktion siehe unten Rz. 232 ff.

372 PFAMMATTER, 51 ff.

Dabei gilt es jedoch zu präzisieren: Liegt der Wert des Commodums *unter* dem Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung, wie etwa im Fall einer Unterversicherung, so reduziert sich die Gegenleistungspflicht des Gläubigers im gleichen Verhältnis.[373] Damit wird der Leistungsaustausch wirtschaftlich ins Gleichgewicht gebracht.[374] Entsprechendes gilt aber nicht, wenn der Wert des Commodums *über* dem Wert der geschuldeten Leistung liegt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Commodum in einem solchen Fall in seinem vollen Umfang an den Gläubiger herauszugeben, ohne dass sich dessen eigene Leistungspflicht erhöht.[375] Gleichzeitig sollen nach einem Teil der Lehre jedoch richtigerweise auch die konkreten Umstände berücksichtigt werden dürfen. Ist die Herausgabe des gesamten Commodums an den Gläubiger unbillig, kommt bspw. auch eine Aufteilung des überschiessenden Werts des Commodums zwischen Schuldner und Gläubiger in Betracht.[376] 202

Der Commodumanspruch umfasst sodann einzig den vom Schuldner erlangten Nettovorteil. Hat der Schuldner in Zusammenhang mit der Commodumerlangung Aufwendungen gehabt, so sind diese vom herauszugebenden Vorteil in Abzug zu bringen.[377] Ohne eine solche Anrechnung würde das übrige Vermögen des Schuldners tangiert. Dies würde mit dem Erfüllungsgedanken, der dem Commodumanspruch zugrunde liegt, nicht in Einklang stehen. Das stellvertretende Commodum kann schliesslich auch parallel zu einem Anspruch auf Schadenersatz geltend gemacht werden. Die beiden Ansprüche bestehen jedoch nicht kumulativ, sondern alternativ. Werden beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht, gehen sie ineinander auf bzw. sind einander anzurechnen.[378] 203

6. Commodumanspruch beim Doppelvertrag

Bei den hier untersuchten Fallbeispielen opportunistischer Vertragsverletzungen stellt sich zunächst die Frage eines Commodumanspruchs beim Doppelvertrag. Keine Probleme bereitet zunächst die Voraussetzung des unmittelbaren Konnexes zwischen der Nichtleistung und der Vorteilserlangung. Der 204

---

373 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 146; BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 16; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2602; BUCHER, OR AT, 426.

374 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 146.

375 BGE 46 II 429 E. 3 S. 438 f.; 51 II 171 E. 3 S. 176; HGer Zürich, 16.2.2017, HG140166, E. 5.2.1; siehe auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 16; SCHWENZER, Rz. 64.23; PFAMMATTER, 54; zum deutschen Recht ERNST, FS Heldrich, 136; ULLRICH, 112 f.

376 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 147; BUCHER, OR AT, 426 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2603.

377 ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 148.

378 Vgl. OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 10.

Verletzergewinn wird hier aufgrund des Zweitvertrags erzielt, welcher seinerseits direkte Ursache der Nichtleistung an den Erstgläubiger ist. Bei näherer Betrachtung ist jedoch unklar, ob auch die für den Commodumanspruch vorausgesetzte Leistungsunmöglichkeit besteht. Konkret ist hier die subjektive Leistungsunmöglichkeit zu prüfen, die gemäss Rechtsprechung vorliegt, wenn „nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist".[379] Die Hürde ist dabei hoch gesetzt, denn es „genügt [...] nicht, dass die Leistung bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner vielmehr als geradezu unüberwindbar herausstellen."[380] Ob bei einem Doppelvertrag, wo der Schuldner die Vertragsleistung vorsätzlich an einen Dritten erbringt, von einem unüberwindbaren Leistungshindernis ausgegangen werden kann, ist näher zu prüfen.

205 Gestützt auf die ältere Rechtsprechung ist diese Frage wohl eher zu bejahen. So hat das Bundesgericht in BGE 84 II 6 eine subjektive Unmöglichkeit angenommen, nachdem ein Schuldner, der vertraglich zur Errichtung eines Wegs auf seinem Grundstück verpflichtet war, das betroffene Grundstück vor der Vertragserfüllung an einen Dritten veräusserte.[381] In der späteren Rechtsprechung ist hingegen ein strengerer Ansatz zu erkennen. Nach BGE 135 III 212 gilt das Leistungshindernis für den Schuldner erst dann als unüberwindbar, „wenn dieser überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen oder die zur Leistungserfüllung notwendigen Zustimmungen der Verfügungsberechtigten einzuholen."[382] Bei einem Doppelvertrag liegt die subjektive Unmöglichkeit, gestützt auf diese Umschreibung, nicht ohne weiteres vor. Nach einem Zweitvertrag wäre es dem Schuldner grundsätzlich möglich, den Zweitgläubiger – nötigenfalls mittels finanzieller Anreize – zu einer einvernehmlichen Rückabwicklung des Vertrags zu bewegen. Dadurch könnte der Schuldner den Vertrag mit dem Erstgläubiger nachträglich immer noch erfüllen.[383]

206 Dem Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe des Commodums aus diesem Grund zu verweigern, wäre jedoch nicht sachgerecht. Der Schuldner wird sich kaum zur Aufnahme von Verhandlungen mit dem Zweitgläubiger zwecks Rückabwicklung des Vertrags bewegen lassen. Und selber kann der enttäuschte Gläubiger die Rückabwicklung des Zweitvertrags nicht gerichtlich durchsetzen.[384] Aus diesem Umstand soll aber nicht der Gläubiger die

379 BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218.
380 BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218.
381 BGE 84 II 6 E. 1 S. 10.
382 BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218.
383 Vgl. PFAMMATTER, 28.
384 Für den Doppelverkauf hat das Bundesgericht jedoch erkannt, dass dem enttäuschten Erstkäufer bei sittenwidrigem Handeln des Zweitkäufers, insb. wenn er den Verkäufer in sittenwidriger Weise zum Vertragsbruch verleitet, ausnahmsweise ein direkter Her-

Nachteile tragen. Mit BUCHER und SCHWENZER bejaht deshalb ein Teil der Lehre einen Anspruch des Gläubigers auf Vorteilsherausgabe beim Doppelvertrag, ohne näher auf die Voraussetzung der subjektiven Leistungsunmöglichkeit einzugehen.[385] Weitere Autoren vertreten die Meinung, für den speziellen Fall des Doppelvertrags müsse die subjektive Leistungsunmöglichkeit bereits dann bejaht werden, wenn der Schuldner keinen Willen zeige, die veräusserte Leistung zurückzuerwerben.[386] Bei einer Eigentumsverschaffungspflicht begründet im Übrigen auch gemäss BGH „der Umstand, dass der Schuldner die rechtliche Verfügungsmacht über die Sache verloren hat, sein Unvermögen zur Leistung, solange er nicht behauptet und beweist, dass er zur Erfüllung des Vertrags durch Wiedererwerb der Sache willens und in der Lage ist".[387] Nach weiterer Meinung sollte beim Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* überhaupt nicht auf die Leistungsunmöglichkeit abgestellt werden, sondern auf den alleinigen Umstand der Nichterfüllung.[388]

Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht näher mit der subjektiven Leistungsunmöglichkeit in Zusammenhang mit dem Commodumanspruch nach einem Doppelvertrag auseinandergesetzt. Das Obergericht Zürich hat diesbezüglich jedoch von einer strengen Auslegung der Unmöglichkeitsvoraussetzung abgesehen: 207

> **OGer Zürich, Doppelvermietung einer Wohnung:** Aufgrund umfassender Renovierung mussten die Mieter ihre Mietwohnung in der Stadt Zürich vorübergehend verlassen und zogen mit der Absicht, nach Abschluss der Arbeiten wieder in die Mietwohnung zurückzukehren, in eine ihnen gehörende Eigentumswohnung. Obwohl der Mietvertrag zwischen den Parteien nach wie vor bestand, vermietete der Vermieter die Wohnung nach der Renovierung für einen höheren Mietzins an eine Drittpartei. Da die Drittpartei die Wohnung tatsächlich bezog, war es für die Mieter unmöglich, in die Mietwohnung zurückzukehren. Die Mieter verlangten vom Vermieter daraufhin die Leistung von Schadenersatz. Das Obergericht verneinte das Vorliegen eines Schadens, verurteilte den Vermieter aber in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums.[389]

---

ausgabeanspruch gegenüber dem Zweitkäufer zustehen kann, dazu BGer 4C.273/2002 vom 28.11.2002 E. 3.2; BGE 114 II 329 E. 2a S. 333.

385 Zum Doppelverkauf BUCHER, OR AT, 425 f.; SCHWENZER, Rz. 64.23.

386 Siehe den entsprechenden Hinweis bei PFAMMATTER, 28 f.

387 BGH, NJW 2007, 2841.

388 Vgl. HARTMANN, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, 198.

389 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8.

208 In seiner Begründung bejahte das Obergericht diskussionslos den vorausgesetzten Konnex zwischen dem die Leistungsunmöglichkeit begründenden Umstand und der Vorteilserlangung. Bei der Beurteilung der Leistungsunmöglichkeit genügte sodann der Umstand, „dass die Wohnung den Klägern auf absehbare Zeit nicht zur Verfügung gestellt werden konnte".[390] Ob der Vermieter versucht hat, die Drittpartei zu einer Rückgabe der Wohnung zu veranlassen, war dabei nicht von Relevanz. Dieses Vorgehen des Obergerichts ist zwar zu begrüssen, steht aber in einem gewissen Widerspruch zur vom Bundesgericht gesetzten hohen Hürde der subjektiven Unmöglichkeit.[391] Die Frage bedarf noch der höchstrichterlichen Klärung. Am sinnvollsten scheint diesbezüglich eine Regelung, wonach sich der Commodumanspruch unmittelbar auf den Umstand der Nichterfüllung stützen kann, ohne weitergehende Prüfung der Leistungsunmöglichkeit.

209 Was das Zürcher Obergericht im Ergebnis für die Doppelvermietung erkannt hat, muss analog auch für andere Arten von Doppelverträgen gelten. Insofern geht die von WIEGAND vertretene Auffassung, wonach sich die verletzte Partei beim bewussten Doppelverkauf einzig auf ihren Anspruch auf Schadenersatz zu berufen habe, zu kurz.[392] Gerade beim Kauf von Waren für den eigenen Gebrauch, bspw. dem Kauf eines Bildes zum privaten Genuss, entsteht im Fall des Doppelverkaufs i.d.R. kein ersatzfähiger Schaden. Auch hier sind die Voraussetzungen des Commodumanspruchs, d.h. Leistungsunmöglichkeit bzw. Nichtleistung, Surrogaterlangung und unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang, jedoch erfüllt. Der Schuldner hat demnach auch in solchen und anderen Fällen des Doppelvertrags den durch den Zweitvertrag erzielten Vorteil als Leistungssurrogat an den Gläubiger herauszugeben.

7. Commodumanspruch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten

210 Ein allfälliger Commodumanspruch wird bei weiteren Arten der Nichterfüllung in der schweizerischen Lehre nicht breit diskutiert. Zum Commodumanspruch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten äussern sich im Wesentlichen PFAMMATTER und BOCK. Nach PFAMMATTER muss eine Anwendung des Commodumanspruchs auf unmöglich gewordene Unterlassungen aufgrund fehlender Identität abgelehnt werden, „weil der Schuldner in der Regel die fragliche Leistung als Entgelt für die dem Dritten erbrachte Leistung erhält, nicht als Ersatz für die durch Zuwiderhandlung unmöglich

390 OGer Zürich, ZR 107/2008 S. 8, 9.
391 Siehe hierzu oben Rz. 205; BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218.
392 BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 17 Beispiel d.

gewordene Unterlassung."[393] Nach anderer Auffassung von BOCK kann jedoch jeder durch Nichterfüllung einer Pflicht kausal erlangte Vermögensvorteil als Surrogat einer Leistung gelten, die „Art der verletzten Pflicht schränkt [...] den Anwendungsbereich des Anspruchs auf das stellvertretende Commodum nicht ein."[394] BOCK verneint die Tauglichkeit des Commodumanspruchs für eine Vorteilsherausgabe jedoch aus anderem Grund. Entgegen der vorherrschenden Meinung ist sie der Auffassung, dass der Umfang der Herausgabepflicht auf den objektiven Wert der vertraglichen Leistung zu beschränken ist.[395]

Der Rechtsprechung lässt sich zu einem Commodumanspruch als Folge einer Verletzung von Unterlassungspflichten keine eindeutige Regelung entnehmen. Nach vereinzelter Auffassung steht BGE 33 II 292 einer solchen Möglichkeit jedoch entgegen.[396] In jenem Fall hatte ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag vertragswidrig gekündigt und ist daraufhin eine neue Stelle angetreten. Der Arbeitgeber verlangte Schadenersatz (bzw. sinngemäss das Commodum) in Höhe des während der noch laufenden Vertragsdauer vom Arbeitnehmer bei seiner neuen Stelle verdienten Lohns. Das Bundesgericht wies die Herausgabe des Lohnes jedoch ab und verwies den Gläubiger auf dessen allgemeinen Anspruch auf Schadenersatz: 211

> „*[I]l n'y a aucune parallèle ni aucune proportion à établir entre les avantages que le défendeur a pu obtenir dans sa nouvelle situation et l'indemnité au paiement de laquelle il doit être tenu envers le demandeur. L'art. 116 CO, en effet, ne permet pas de condamner le débiteur à autre chose qu'à la réparation même du dommage qu'il a causé, d'où il suit que c'est ce dommage, et non pas autre chose, qu'il s'agit de déterminer.*"[397]

Mit hinreichender Sicherheit ist eine Vorteilsherausgabe gestützt auf den Commodumanspruch somit einzig beim Doppelvertrag durchsetzbar. Weder aus der Lehre noch der Rechtsprechung ergeben sich konkrete Ansätze, wonach der Commodumanspruch auch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten zur Anwendung gelangen kann. 212

393 PFAMMATTER, 32.
394 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 386, vgl. auch Rz. 392.
395 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 408 ff.; siehe zur vorherrschenden Meinung die Verweise oben in den Rz. 201 ff.
396 Siehe die Hinweise bei PFAMMATTER, 31.
397 BGE 33 II 292 E. V S. 305.

8. Stellungnahme

213 Wichtigstes Merkmal des stellvertretenden Commodums ist, dass mit dessen Herausgabe die primäre vertragliche Leistungspflicht erfüllt wird.[398] Wie das Bundesgericht erläutert hat, handelt es sich bei der Commodumherausgabe „nicht um eine Schadenersatzpflicht oder Interesseleistung im Sinne des Art. 97 OR", vielmehr tritt das Commodum an die „Stelle des ursprünglichen, nunmehr weggefallenen Vertragsgegenstandes".[399] Bei der Herausgabe des Commodums wird der Vertrag somit indirekt erfüllt durch Übergabe eines Leistungssurrogats.[400]

214 Aus diesem Austausch zwischen Vertragsleistung und Surrogat bzw. Commodum folgt, dass das Commodum in seiner Gesamtheit an Stelle des ursprünglich geschuldeten Leistungsgegenstands tritt. Eine Reduktion des Commodumanspruchs auf den objektiven Wert der Vertragsleistung hätte eindeutig bereicherungsrechtlichen Charakter. Entgegen der Auffassung von BOCK ist somit im Einklang mit der herrschenden Lehre die vollständige Herausgabe des Commodums an den Gläubiger zu verlangen.[401] Dieser schuldet seinerseits die von ihm versprochene Gegenleistung. Nur für den Fall, dass der Wert des Commodums unter dem Wert der Gegenleistung des Gläubigers liegt, ist die Gegenleistung entsprechend zu kürzen.[402]

215 Im Fall des Doppelvertrags ist ein Anspruch des enttäuschten Gläubigers auf das stellvertretende Commodum unter Berücksichtigung der neueren (kantonalen) Rechtsprechung und der herrschenden Meinung vorbehaltslos zu bejahen.[403] Nach hier vertretener Auffassung sind die Voraussetzungen des Commodumanspruchs aber auch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten erfüllt. Erstens liegt auch bei verletzten Unterlassungspflichten, wie der Missachtung eines vertraglichen Konkurrenzverbots oder der Verletzung einer Geheimhaltungspflicht, ein Fall von Nichterfüllung

---

398 Zum Begriff der primären und sekundären Leistungspflichten siehe BUCHER, OR AT, 328; SCHWENZER, Rz. 4.18 f.; vgl. dabei die Unterschiede zum *common law*, wo es sich beim Ersatz des positiven Interesses um den primären vertraglichen Anspruch, bei der Erfüllung jedoch um einen sekundären Anspruch handelt, dazu EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006, 597.

399 BGE 46 II 429 E. 3 S. 438.

400 Vgl. die frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung, in der in diesem Zusammenhang (terminologisch etwas verwirrend) wiederholt auf das „Subrogationsprinzip" abgestellt wurde, so z.B. in BGE 46 II 429 E. 2 S. 437; 51 II 171 E. 3 S. 175; vgl. auch BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 360 ff.

401 Siehe BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 408 ff.; zur herrschenden Lehre siehe die Verweise oben in Rz. 201 ff.

402 Siehe oben Rz. 202.

403 Siehe oben Rz. 206 f. sowie die Verweise bei PFAMMATTER, 29 Fn. 24.

vor.[404] Denn wie BUCHER erklärt, können „Unterlassungspflichten [...] nur respektiert oder missachtet werden, eine einmal eingetretene Widerhandlung kann man nicht ungeschehen machen."[405] Da die nachträgliche Erfüllung im Verletzungsfall nicht mehr möglich ist, ist gleichzeitig auch Leistungsunmöglichkeit anzunehmen. Zweitens führt die den Vertrag verletzende Handlung unmittelbar zum Erhalt des Vorteils. Damit liegt auch der vorausgesetzte enge wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem die Nichtleistung begründenden Umstand und der Commodumerlangung vor. Der Gläubiger soll sich deshalb auch bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten auf seinen Commodumanspruch berufen können und damit Zugriff auf allfällig vom Schuldner erlangte Vorteile erhalten.

Wie zuvor erwähnt, gilt Gleiches jedoch nicht für die Ersparnisbereicherung.[406] Auch wenn die vertragliche Leistung hier nicht die vereinbarten Qualitäten aufweist, so wird sie doch grundsätzlich erbracht. Es handelt sich daher nicht um eine Nichterfüllung, sondern um eine Schlechtleistung.[407] Der Gläubiger kann in einem solchen Fall in erster Linie die ihm zustehenden Mängelrechte einschliesslich Schadenersatz geltend machen. Für einen Anspruch auf ein Surrogat, welches an Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht tritt, ist hier aber kein Platz. 216

D) Bereicherungsrecht

1. Allgemeines

Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung hat in ihrem Kern den Zweck, eine rechtlich grundlose Vermögensverschiebung rückgängig zu machen oder eine von der Rechtsordnung missbilligte Erlangung von Vermögensvorteilen auszugleichen.[408] Der klassische – hier aber nicht weiter interessierende – Anwendungsfall bildet die Rückerstattung von irrtümlich erfolgten Geldleistungen.[409] Die gesetzliche Grundlage der ungerechtfertigten Bereicherung ist Art. 62 Abs. 1 OR. Demnach hat „[w]er in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, [...] die Bereicherung zurückzuerstatten." Als allgemein anerkannte Gerechtigkeitsmaxime 217

404 Wohl **A.M.** GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2652.
405 BUCHER, OR AT, 334 Fn. 27.
406 Siehe oben Rz. 191.
407 Zur Schlechtleistung allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2627 ff.
408 BÜRGI-WYSS, 100; BK-BECKER, Vorb. zu Art. 62-67 OR N 2; HONSELL, Liber Amicorum Schulin, 25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1465; SCHWENZER, Rz. 55.01.
409 BÜRGI-WYSS, 100.

sind bereicherungsrechtliche Ansprüche unter anderem auch im deutschen[410] und englischen[411] Recht sowie im amerikanischen *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* zu finden.[412] Nach ihrem Vorbild aus dem römischen Recht werden Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung auch als „Kondiktionen" bezeichnet.[413]

218 Im schweizerischen Recht werden Kondiktionen in die Kategorien der Leistungskondiktion, der Kondiktion aufgrund von Drittverhalten, der Zufallskondiktion und der Eingriffskondiktion unterteilt.[414] Die Leistungskondiktion entsteht in Anlehnung an Art. 62 Abs. 2 OR unter anderem, „wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat".[415] Eine rechtsgrundlose Leistung liegt bspw. vor, wenn der Schuldner eine Zahlung vornimmt, obwohl ein vermeintlicher Vertrag nie gültig zustande gekommen ist oder eine Vertragspartei sich nachträglich auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags beruft.[416] Sämtlichen Leistungskondiktionen liegt eine „bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens" zugrunde.[417] Eine solche liegt weder beim Doppelverkauf, noch bei der Ersparnisbereicherung oder der hier relevanten Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten vor. Eine Gewinnherausgabe nach vorsätzlicher Vertragsverletzung kann sich deshalb nicht auf die Leistungskondiktion stützen.

219 Die Kondiktion aufgrund von Drittverhalten entsteht, wenn eine Person durch das Verhalten eines Dritten (der selber weder be- noch entreichert wird) bereichert wird und dieses Verhalten nicht dem Bereicherten zugerechnet werden kann.[418] Eine solche Kondiktion entsteht bspw., wenn ein Dritter unbefugt mit Baumaterialien des Entreicherten auf dem Grundstück des Bereicherten eine Baute erstellt, sodass das Material in das Eigentum des Bereicherten

410 Siehe § 812 Abs. 1 BGB.

411 GOFF/JONES/MITCHELL/MITCHELL/WATTERSON, Rz. 1-01 ff.

412 § 1 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: „*A person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution.*"; siehe aber BÜRGI-WYSS, 87, der im US-amerikanischen Recht ein eigentliches Bereicherungsrecht verneint; siehe zum Bereicherungsrecht in weiteren Ländern auch Art. 1302 ff. franz. Code civil, § 1431 ff. ABGB, Art. 2041 ital. Codice civile; weitere Verweise bei HONSELL, Liber Amicorum Schulin, 25.

413 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1465; vgl. BK-BECKER, Vorb. zu Art. 62-67 OR N 1.

414 BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 11 ff.; vgl. BÜRGI-WYSS, 103.

415 Zum nicht abschliessenden Charakter der Aufzählung siehe BGE 123 III 101 E. 3a S. 107; BGer 5A_159/2014 vom 22.1.2015 E. 3.2.2.

416 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1482, 1487 f.

417 SCHWENZER, Rz. 56.01.

418 BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 24.

übergeht.[419] Die Zufallskondiktion entsteht sodann ohne das Zutun der betroffenen Parteien oder konkreter Drittpersonen. Dies wäre bspw. der Fall, wenn eine Schafherde aus eigenem Antrieb auf das Nachbargrundstück gelangt und dieses abweidet.[420] Auch diese beiden Kondiktionen entstehen nicht aufgrund einer Handlung des Bereicherten und bieten für ein Abschöpfen vorsätzlich erzielter Verletzergewinne keine Abhilfe.

Als Grundlage für eine Gewinnherausgabe nach vorteilsbringender Vertragsverletzung ist hingegen die Eingriffskondiktion näher zu prüfen. Anders als bei den übrigen Kondiktionen entsteht die Bereicherung hier i.d.R. durch das Verhalten des Bereicherten selbst.[421] Obwohl im schweizerischen Obligationenrecht nicht ausdrücklich kodifiziert, ist die Eingriffskondiktion in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt.[422] Auf deren Voraussetzungen und Tauglichkeit als Grundlage einer Vorteilsherausgabe ist im Folgenden näher einzugehen. 220

2. Eingriffskondiktion

a. Bereicherung

Wie alle Kondiktionen verlangt die Eingriffskondiktion zunächst eine Bereicherung des Kondiktionsschuldners. Dazu kann spiegelbildlich auf den deliktsrechtlichen Schadensbegriff zurückgegriffen werden.[423] Die Bereicherung kann somit in Form einer Zunahme der Aktiven oder einer Abnahme der Passiven bestehen.[424] Sie kann sodann auch in Form einer pflichtwidrigen Nichtverminderung des Vermögens erfolgen.[425] Das Bundesgericht hat eine solche Nichtverminderung des Vermögens bspw. im Gebrauch einer Mietsache nach Ablauf des Mietvertrags erkannt und dem Vermieter eine Kondiktion in Höhe des hypothetisch geschuldeten Mietzinses zugestanden.[426] Weite- 221

---

419 BGE 99 II 131 E. 4b S. 138 f.; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1492.

420 BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 26; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1494.

421 BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 20; SCHWENZER, Rz. 57.01; auch im deutschen Recht wird unter dem Begriff der „Trennungslehre" zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion unterschieden, siehe dazu MARX, 20 f., sowie VON CAEMMERER, FS Rabel, 340 ff., 352 ff.

422 BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; SCHLUEP, Mélanges Piotet, 179; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 19.

423 BÜRGI-WYSS, 104 f.; SCHWENZER, Rz. 55.07.

424 BGE 87 II 137 E. 7d S. 142; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 6.

425 BÜRGI-WYSS, 104 f.; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 7; KELLER/SCHAUFELBERGER, 20; NIETLISPACH, 176.

426 BGE 131 III 257 E. 2 S. 261; 119 II 437 E. 3b.cc S. 442; 63 II 368 E. 3 S. 372 f.

res klassisches Beispiel aus der Lehre ist dasjenige der eingesparten Fahrkosten bei der Verwendung eines fremden Fahrzeugs.[427] Unter dieser weiten Definition des Bereicherungsbegriffs gelten alle mittels opportunistischer Vertragsverletzung erzielbaren Vorteile als Bereicherungen im Sinne von Art. 62 Abs. 1 OR.

b. Entreicherung

222 Der Wortlaut von Art. 62 Abs. 1 OR („aus dem Vermögen eines anderen") lässt den Anschein entstehen, dass eine Bereicherung in einem kausalen Zusammenhang mit einer Entreicherung des Kondiktionsgläubigers stehen muss. Bei der Leistungskondiktion ist dies jeweils auch der Fall. Bei der Eingriffskondiktion hingegen steht der Bereicherung regelmässig keine Entreicherung des Kondiktionsgläubigers gegenüber. Würde der Gesetzeswortlaut hier eng ausgelegt, wäre eine Eingriffskondiktion ausgeschlossen.[428] Mit der Lehre hat das Bundesgericht entgegen seiner früheren Rechtsprechung aber mittlerweile anerkannt, dass eine Eingriffskondiktion unabhängig einer tatsächlichen Entreicherung des Kondiktionsberechtigten besteht:

> „*[L]orsque l'enrichissement provient d'un acte de l'enrichi (Eingriffskondiktion), la prétention découlant de l'enrichissement illégitime n'implique pas qu'un déplacement direct de patrimoine ait eu lieu entre le créancier et le débiteur de l'enrichissement [...]*."[429]

---

427 KELLER/SCHAUFELBERGER, 25; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 7.

428 Das Entreicherungserfordernis noch bejahend BGE 99 II 131 E. 6c S. 146: „Anwendbar ist also vor allem die aus Art. 62 OR sich ergebende Regel, dass der aus ungerechtfertigter Bereicherung Klagende vom Beklagten den Ersatz seiner Vermögenseinbusse (der ihm höchstens zukommt, weil nach Art. 62 OR nur eine aus dem Vermögen des Klägers stammende Bereicherung zurückzuerstatten ist) nur insoweit verlangen kann, als der Beklagte infolge der Verminderung des Vermögens des Klägers bereichert ist."; so auch noch BGE 117 II 404 E. 3d S. 410.

429 BGer 4C.418/2004 vom 2.3.2005 E. 3.1; siehe auch BGE 129 III 422 E. 4 S. 425: „Weder die Ansprüche aus Geschäftsanmassung noch diejenigen aus ungerechtfertigter Bereicherung setzen voraus, dass zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner eine unmittelbare Vermögensverschiebung stattgefunden hat"; so auch ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 181; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1566; **a.M.** aus der älteren Lehre BUCHER, OR AT, 658 f.; BÜRGI-WYSS, 113 ff., 123.

c. Eingriff in die fremde Rechtssphäre

Ungerechtfertigt ist die Bereicherung in Anlehnung an den französischen Gesetzeswortlaut („*aux dépens d'autrui*") dann, wenn der Kondiktionsschuldner die Bereicherung „auf Kosten [...] eines anderen erlangt hat."[430] Dies ist der Fall, wenn der Schuldner die Bereicherung durch den *Eingriff in eine fremde Rechtssphäre*, d.h. in die Rechtssphäre des Kondiktionsgläubigers, erzielt. Zur Frage, wann die Rechtssphäre des Gläubigers hinreichend verletzt ist, um eine Eingriffskondiktion zu begründen, bestehen im Wesentlichen zwei Theorien. 223

Gemäss der von FRITZ SCHULZ geprägten *Widerrechtlichkeitstheorie* ist das immer dann der Fall, wenn ein Eingriff widerrechtlich erfolgt. Dies umfasst sowohl die Verletzung absoluter wie auch die Verletzung relativer Rechte.[431] Ausgangspunkt dieser Theorie ist das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden, dass niemand aus einer widerrechtlichen Handlung einen Vorteil erzielen soll.[432] Ihr weiter Anwendungsbereich wurde jedoch kritisiert.[433] Nicht sachgerecht ist nach HOLENSTEIN etwa, wenn ein Geschäftsmann auf dem Weg zu einem wichtigen Geschäftsabschluss aus Eile ein gefährliches bzw. widerrechtliches Überholmanöver begeht und dem Überholten deshalb den aus dem Geschäftsabschluss resultierenden Erlös schulden würde.[434] Die überwiegende schweizerische Lehre lehnt die Widerrechtlichkeitstheorie deshalb ab.[435] 224

---

430 BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; vgl. auch den Wortlaut von § 812 Abs. 1 S. 1 BGB: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.", dazu eingehend MARX, 28 ff.

431 SCHULZ, AcP 105 (1909), 433; JENNY, Rz. 333; CHK OR-HAHN, Art. 62 N 31; NIETLISPACH, 223 Fn. 1186; vgl. SCHAUFELBERGER, 126 f.

432 SCHULZ, AcP 105 (1909), 443: „Das Prinzip ist: grundsätzlich darf niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen; es stellt sich dar als eine Erweiterung des Grundgedankens der sog. Bereicherungsansprüche [...]."; weiterführend BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 32 f.; HOLENSTEIN, 15 f.; die Widerrechtlichkeitstheorie wird bisweilen auch als *Eingriffstheorie* betitelt, siehe dazu HUGUENIN, Rz. 1798; CHK OR-HAHN, Art. 62 N 23; NIETLISPACH, 107.

433 Siehe den Überblick bei JENNY, Rz. 335 f.

434 HOLENSTEIN, 20, für ein weiteres Beispiel siehe 19 f.

435 SCHWENZER, Rz. 57.02; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 19; vgl. SCHLUEP, Mélanges Piotet, 187.

225 Die herrschende Lehre folgt stattdessen der auf WILBURG und VON CAEMMERER zurückgehenden *Zuweisungstheorie*.[436] Dieser Theorie zufolge wird bei der Frage, ob eine Bereicherung ungerechtfertigt ist, nicht auf die rechtswidrige Handlung des Bereicherten abgestellt, sondern es wird geprüft, ob durch den Eingriff der Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts verletzt wurde. Ein unberechtigter Eingriff im Sinne der Eingriffskondiktion ist damit nur in solche Rechte möglich, die Zuweisungsgehalt aufweisen und dem Träger dadurch eine Art „monopolistisches Dürfen" verleihen.[437] Wann dies der Fall ist, ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln.

226 Aufgrund dieser Auslegungsbedürftigkeit wird an der Zuweisungstheorie ausgesetzt, es handle sich um eine „Leerformel", die mangels weiterer ausführender Kriterien letztendlich inhaltslos sei.[438] Tatsächlich ist nicht ohne weiteres klar, wann subjektive Rechte den vorausgesetzten Zuweisungsgehalt aufweisen. Als massgebliches Kriterium wurde schon vorgeschlagen, auf die Verwertungsmöglichkeit von Rechten bzw. deren „Marktgängigkeit" abzustellen.[439] Weiter wurden die Existenz von Unterlassungsansprüchen, ein Zustimmungserfordernis des Rechtsinhabers oder auch ein deliktsrechtlicher Schutz des Rechts als Merkmale des Zuweisungsgehalts in Erwägung gezogen.[440] Vollständig geklärt sind die genauen Voraussetzungen nach wie vor nicht. Die mehrheitliche Lehre stellt jedoch darauf ab, ob der Bereicherte ein Recht in Anspruch nimmt, das *monopolartig allein dem Kondiktionsgläubiger vorbehalten ist*, womit dieser allein befugt ist, das Recht auszuüben, zu nutzen oder zu verwerten.[441]

227 Zuweisungsgehalt haben in Anwendung dieser Voraussetzung nach einhelliger Auffassung zunächst absolute Rechte. Dazu gehören namentlich Eigentums-, Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte. Gleiches gilt für Wettbewerbsrechte gemäss UWG oder KG.[442] Keine Einigkeit besteht in der Lehre

---

436 WILBURG, 27: „Nicht die ausserhalb des Rechtes liegende Idee einer Vorteilsentziehung als strafende Reaktion gegen unrechtes Handeln, sondern der rein sachliche Zweck des verkürzten Rechtes, bestimmte Güter und deren Nutzen dem Berechtigten zuzuweisen, scheint das Geheimnis der Ungerechtfertigtheit fremden Erwerbes zu enthalten."; VON CAEMMERER, FS Rabel, 353; SCHLUEP, Mélanges Piotet, 187 f.; zur heutigen Lehre siehe BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 19; SCHWENZER, Rz. 57.02; HUGUENIN, Rz. 1798; ablehnend hingegen BÜRGI-WYSS, 157.

437 NIETLISPACH, 108; SCHWENZER, Rz. 57.02 f.; A. KOLLER, Rz. 30.19; vgl. SCHLUEP, Mélanges Piotet, 187 f., 191.

438 Siehe die Hinweise bei MARX, 31.

439 Siehe MARX, 35.

440 Siehe die Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen bei MARX, 35 f.

441 CHK OR-HAHN, Art. 62 N 23; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 19; vgl. HUGUENIN, Rz. 1798; SCHWENZER, Rz. 57.02 f.

442 A. KOLLER, Rz. 32.08, 32.20 ff.; HUGUENIN, Rz. 1798; siehe aber CHK OR-HAHN, Art. 62 N 29.

hingegen darüber, inwiefern auch vertragliche Rechte Zuweisungsgehalt aufweisen. WILBURG hat dies seinerzeit ausdrücklich verneint und für Herausgabeansprüche in einem Schuldverhältnis auf das stellvertretende Commodum verwiesen.[443] VON CAEMMERER hingegen bezeichnete auch Forderungen als „Vermögensobjekte, deren Innehabung absolut gegen Eingriffe Dritter geschützt sein kann".[444]

228 Insbesondere in Zusammenhang mit dem Doppelverkauf hat die Frage des Zuweisungsgehalts relativer Rechte immer wieder zu reden gegeben. Dabei werden mitunter stark divergierende Auffassungen vertreten. Gemäss HOLENSTEIN bestimmt sich der Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts unabhängig davon, ob es sich um ein relatives oder absolutes Recht handelt. Bestehe aber lediglich ein Anspruch auf eine Sache, so begründe dies – wie im Fall des Doppelverkaufs – noch keinen Zuweisungsgehalt der Forderung.[445] Nach SCHWENZER besitzt nicht die Forderung, sondern lediglich die Forderungs*zuständigkeit* Zuweisungsgehalt. Eine Eingriffskondiktion entstehe damit, wenn jemand eine fremde Forderung einziehe und sich der Schuldner durch die Leistung an den Nichtberechtigten gültig befreien könne. Ansonsten würden relative Rechte aber grundsätzlich keinen Zuweisungsgehalt aufweisen, weshalb eine Eingriffskondiktion beim Doppelverkauf abzulehnen sei.[446] A. KOLLER verneint den Zuweisungsgehalt bei vertraglichen Konkurrenzverboten, bejaht ihn hingegen beim Doppelverkauf, da hier in ein Forderungsrecht eingegriffen werde, das ausschliesslich dem Erstkäufer zustehe.[447] Auch nach NIETLISPACH liegt beim Doppelverkauf eine ausreichende Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Erstkäufers vor, um gegenüber dem Verkäufer eine Eingriffskondiktion zu begründen.[448]

229 Tatsächlich ist bei Doppelverträgen nicht einzusehen, weshalb der Anspruch des Gläubigers auf Leistungserhalt nicht den für eine Kondiktion nötigen Zuweisungsgehalt aufweisen soll. Mit Abschluss des Erstvertrags wird die vertragliche Leistung ausschliesslich dem Vertragsgläubiger zugesprochen. Fortan ist allein er berechtigt, aus der ihm gebührenden Leistung weitere

---

443 WILBURG, 46: „Nur absolute Rechte und absolute geschützte Interessen sind das Gebiet der Bereicherungsklage."; vgl. auch MARX, 29 f.

444 VON CAEMMERER, FS Rabel, 355.

445 HOLENSTEIN, 98 f., 110; den möglichen Zuweisungsgehalt relativer Rechte bejahend auch NIETLISPACH, 109; SCHLUEP, Mélanges Piotet, 200, 209.

446 SCHWENZER, Rz. 57.08; vgl. hierzu auch § 816 Abs. 2 BGB: „Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet."; dazu auch MARX, 168; den Zuweisungsgehalt von vertraglichen Abreden sowie von Forderungszuständigkeiten verneinend indessen JENNY, Rz. 405.

447 A. KOLLER, Rz. 32.24 f.

448 NIETLISPACH, 440.

Vorteile zu ziehen. Die verlangte „monopolartige Befugnis“ des Gläubigers zur Leistungsverwertung liegt damit vor. Auf Seiten des Schuldners ist dieses Recht gleichzeitig untergegangen. Einer Forderung des Gläubigers auf Übergabe der Sache kommt damit Zuweisungsgehalt zu. Entsprechendes hat zudem für andere Arten von Doppelverträgen zu gelten.

230 Auch über die Fallgruppe des Doppelvertrags hinaus ist es möglich, obligatorische Rechte mit Zuweisungsgehalt zu verletzen. Wird durch eine vertragliche Unterlassungspflicht bezweckt, nur eine gewisse Vertragspartei zur Verwertung einer bestimmten Leistung zu berechtigen, so ist die ausschliessliche Zuweisung dieses Rechts sogar der eigentliche Sinn der Vereinbarung. Der nötige Zuweisungsgehalt ist deshalb bspw. auch bei vertraglichen Konkurrenzverboten zu bejahen. Bei Unterlassungspflichten mit rein „negativem Inhalt“, durch welche die Vornahme einer Leistung nicht gleichzeitig dem Gläubiger vorbehalten werden soll (wie bspw. bei einem Publikationsverbot oder einem „Lärmverbot“), ist der Zuweisungsgehalt jedoch eher zu verneinen.[449]

231 Kein Eingriff in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes Recht erfolgt schliesslich bei der Ersparnisbereicherung. Diese spielt sich ausschliesslich in der Rechtssphäre des Schuldners ab. Verletzt der Schuldner etwa vertragliche Bestimmungen über die Herstellungsmodalitäten einer Ware, so erfolgt dadurch keine Beeinträchtigung eines dem Gläubiger vorbehaltenen Verwertungsrechts. Eine Eingriffskondiktion fällt hier deshalb ausser Betracht. Für alle Fallgruppen opportunistischer Vertragsverletzungen ist auf die Frage des Zuweisungsgehalts indessen bei der Prüfung der Geschäftsanmassung noch näher einzugehen.[450]

d. Umfang der Eingriffskondiktion

232 Als Rechtsfolge verpflichtet Art. 62 Abs. 1 OR den ungerechtfertigt Bereicherten, dem Kondiktionsgläubiger „die Bereicherung zurückzuerstatten.“ Der Wortlaut ist in erster Linie auf die Leistungskondiktion zugeschnitten, wo die Bereicherung mit einer Entreicherung des Kondiktionsgläubigers einhergeht. Bei der Eingriffskondiktion erfolgt jedoch keine eigentliche „Rückerstattung“ von Vermögenswerten. Die Rechtsfolge ist hier in Anlehnung an

[449] Siehe dazu weiter die Ausführungen unten in Rz. 267 ff.
[450] Siehe unten Rz. 248 ff.

den Wortlaut von § 812 Abs. 1 S. 1 BGB deshalb nicht als Rückgabe, sondern als „Herausgabe" zu verstehen.[451]

Der Umfang der Eingriffskondiktion war über längere Zeit ein Streitpunkt. 233
WILBURG war der Ansicht, der Zuweisungsgehalt eines Rechts entfalte seine Wirkung grundsätzlich auf den gesamten vom Eingreifer erzielten Gewinn.[452] Nach SCHLUEP hingegen bildete Wertersatz in Form einer dem Gläubiger hypothetisch geschuldeten Ablöse- oder Lizenzgebühr die Untergrenze, der tatsächliche Verletzergewinn des Schuldners die Obergrenze des Herausgabeanspruchs. Für den genauen Umfang der Herausgabe zwischen diesen beiden Werten wollte er aber keine absolute Regel nennen.[453] VON CAEMMERER äusserte demgegenüber die Meinung, die Eingriffskondiktion umfasse einzig den objektiven Wert des verletzten Rechts.[454] Ihm zufolge ist die Beschränkung der Herausgabepflicht auf Wertersatz darauf zurückzuführen, dass das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Präventivüberlegungen seien deshalb verfehlt, der Eingriffskondiktion komme einzig Ausgleichsfunktion zu.[455] Zwecks Ausgleichs gebe es aber keinen Anlass, dem Kondiktionsgläubiger einen über dem Wert des verletzten Rechts erlangten Vorteil zuzusprechen.[456]

Die Auffassung VON CAEMMERERs hat sich schliesslich durchgesetzt. Mittels 234
der Eingriffskondiktion kann nach heute herrschender Lehre einzig *Wertersatz* für einen erlittenen Rechtseingriff geltend gemacht werden. Zur Bestimmung des Werts eines Rechts ist, sofern möglich, auf dessen Verkehrs- oder Marktwert abzustellen.[457] Die Eingriffskondiktion bewirkt damit die Entrich-

---

451 § 812 Abs. 1 S. 1 BGB: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1496.

452 WILBURG, 122: „Der Anspruch [...] umfaßt alle Vorteile des Bereicherten, die mit dem fremden Rechtsgut in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.", siehe jedoch die Differenzierungen in 126 ff.

453 SCHLUEP, Mélanges Piotet, 202 ff.

454 VON CAEMMERER, FS Rabel, 356 f.; dazu auch JENNY, Rz. 352; HOLENSTEIN, 13.

455 VON CAEMMERER, FS Rabel, 356 f.; vgl. JENNY, Rz. 323.

456 Vgl. auch BÜRGI-WYSS, 158.

457 VON CAEMMERER, FS Rabel, 356; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 54 ff., 65 f.; SCHWENZER, Rz. 58.09; SCHLUEP, Mélanges Piotet, 201; NIETLISPACH, 182 f.; vgl. JENNY, Rz. 352, 569; HOLENSTEIN, 114 ff.; vgl. für das deutsche Recht auch BGH, NJW 1992, 2084, 2085; **a.M.** wohl KELLER/SCHAUFELBERGER, 71 f.; BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 21 letztes Beispiel; vgl. auch § 818 Abs. 2 BGB: „Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen."

tung einer angemessenen Vergütung für die unberechtigte Inanspruchnahme eines fremden Rechts an den Rechtsinhaber.[458]

235 Wird bei einem Doppelverkauf der hinreichende Zuweisungsgehalt der Forderung bejaht, so entsteht dem (Erst-)Gläubiger demnach einzig ein Anspruch auf Herausgabe des Verkehrswerts der ihm geschuldeten Sache. Der vom Zweitkäufer tatsächlich gezahlte Preis ist dabei nicht massgeblich. Ist kein Verkehrs- oder Marktwert feststellbar, so muss der objektive Wert allenfalls auf einen Betrag zwischen dem im Erst- und im Zweitvertrag ausgehandelten Preis oder mittels Beizug externer Experten festgesetzt werden. Bei der Doppelvermietung hat der Kondiktionsgläubiger sodann Anspruch auf Herausgabe eines marktüblichen Mietzinses, der unabhängig des tatsächlich vom Vermieter durch die Zweitvermietung erzielten Zinses zu bestimmen ist. Und im Fall der Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht ist eine angemessene hypothetische Lizenzgebühr zu zahlen, welche sich nicht unmittelbar am vom Bereicherten erzielten Gewinn orientiert.[459]

3. Stellungnahme

236 Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Eingriffskondiktion aus zwei Gründen nicht als allgemeine Grundlage für eine Vorteilsherausgabe nach opportunistischen Vertragsverletzungen taugt. Zunächst fehlt es bei der Ersparnisbereicherung schon am vorausgesetzten Eingriff in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes fremdes Recht. Der Schuldner nimmt hier durch die Vertragsverletzung keine Handlung vor, die nach der Vertragsordnung monopolartig dem Gläubiger vorbehalten wäre. Die Verletzung betrifft vielmehr Pflichten, die ausschliesslich die Rechtssphäre des Schuldners berühren. Beim Doppelvertrag ist die nötige Beeinträchtigung eines Rechts mit Zuweisungsgehalt hingegen grundsätzlich zu bejahen. Bei verletzten vertraglichen Unterlassungspflichten muss schliesslich im Einzelfall geprüft werden, ob der Unterlassungsanspruch nebst seiner Abwehrfunktion auch bezweckt, unter den Vertragsparteien ausschliesslich den Gläubiger zu der dem Schuldner vorenthaltenen Handlung zu berechtigen. Ist dies der Fall, so liegt der für die Eingriffskondiktion vorausgesetzte Zuweisungsgehalt auch hier vor.[460]

237 Für eine Vorteilsherausgabe scheitert es aber bei allen Fallgruppen opportunistischer Vertragsverletzungen am Umfang der Herausgabepflicht. Indem eine Eingriffskondiktion einzig Wertersatz für das beeinträchtigte Recht umfasst, ist ein systematischer Zugriff auf die vom Verletzer erlangten Vorteile

---

458 VON CAEMMERER, FS Rabel, 356 ff.; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 42.

459 Vgl. KGer SG, sic! 1999 S. 631, 633; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 186; NIETLISPACH, 454; SCHWENZER, Rz. 58.10.

460 Vgl. dazu unten Rz. 267 ff.

nicht möglich. Im Ergebnis ist der bereicherungsrechtliche Ausgleichsgedanke als Folge der Beeinträchtigung eines fremden Rechts ganz generell nicht mit einer auf Prävention ausgerichteten Vorteilsherausgabe kompatibel.

E) Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Allgemeines

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt der Geschäftsführer in Angelegenheiten des Geschäftsherrn und greift damit in dessen Rechtssphäre ein, ohne dass dafür ein Auftrag gemäss den Art. 394 ff. OR vorliegt.[461] Bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag handelt der Geschäftsführer altruistisch, d.h. im Interesse des Geschäftsherrn.[462] Beispiele sind die freiwillige Hilfe bei der Brandbekämpfung oder eine spontane Suchaktion nach einem verunglückten Feriengast.[463] Diese Art auftragsloser Geschäftsführung wird auch als *Fremdgeschäftsführung* bezeichnet.[464] Bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag hingegen handelt der Geschäftsführer eigennützig bzw. verfolgt eigene Interessen.[465] Dies ist etwa der Fall bei der Verwertung fremder Immaterialgüterrechte zum Zweck der Selbstbereicherung. Eine solche Geschäftsführung wird aufgrund des egoistischen Antriebs als *Eigengeschäftsführung* bezeichnet.[466] Vorsätzliche Vertragsverletzungen, welche zum Zweck der Gewinnsteigerung begangen werden, verfolgen eigennützige Zwecke. Sie sind daher als möglicher Anwendungsfall der Eigengeschäftsführung näher zu prüfen. 238

2. Eigengeschäftsführung

Nach Art. 423 Abs. 1 OR ist der Geschäftsführer zur Vorteilsherausgabe verpflichtet, „[w]enn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde“. Es handelt sich hierbei in 239

461 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1990 f.; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 14, 19.

462 Siehe den Randtitel zu Art. 422 OR: „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn“; SCHMID, recht 2000, 205; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1993, 1999.

463 Siehe die Kasuistik bei ZK-SCHMID, Art. 419 OR N 31 ff.

464 Vgl. BGE 126 III 382 E. 4b.ee S. 386; zur Abgrenzung und den Rechtsfolgen von berechtigter und unberechtigter Fremdgeschäftsführung siehe SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2016 ff., 2021 ff.

465 Siehe den Randtitel zu Art. 423 OR: „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers“; siehe auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2032; BUCHER, OR BT, 261.

466 HUGUENIN, Rz. 2154; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2032 f.; siehe für weitere Abgrenzungen unten Rz. 242.

verschiedener Hinsicht um eine bemerkenswerte Norm. Zunächst führt sie, zusammen mit den weiteren Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, trotz ihrer systematischen Einordnung im Besonderen Teil des OR zu einer Erweiterung der im Allgemeinen Teil stipulierten „Trilogie der Anspruchsgrundlagen" – d.h. Vertrag, unerlaubte Handlung und Delikt.[467] Zudem handelt es sich bei der Eigengeschäftsführung um ein im internationalen Kontext nicht gängiges Rechtsinstitut. Das deutsche Recht kennt zwar in § 687 BGB eine ausdrückliche Regelung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, in anderen Rechtsordnungen wie bspw. derjenigen Österreichs sucht man eine entsprechende Bestimmung jedoch vergebens, wobei das Konzept immerhin bekannt ist und in der Lehre diskutiert wird.[468] Auch in den Rechtsordnungen des *common law* lässt sich keine korrespondierende Anspruchsgrundlage finden.[469]

240 Für eine Anwendung der Eigengeschäftsführung auf opportunistische Vertragsverletzungen sind eine Reihe von Fragen zu klären. Zunächst ist zu prüfen, inwiefern dem Umstand Bedeutung zukommt, dass eine solche Vertragsverletzung aus bösgläubigem Antrieb erfolgt. Weiter muss geklärt werden, in welchem Umfang ein durch Eigengeschäftsführung erzielter Verletzergewinn an den Geschäftsherrn herauszugeben ist. Schliesslich stellt sich die Frage, wann überhaupt von einer „Geschäftsführung" im Sinne von Art. 423 Abs. 1 OR ausgegangen werden kann und ob dafür auch die Verletzung obligatorischer Rechte in Betracht kommt.

a. Böser Glaube

241 Ob eine Eigengeschäftsführung bös- oder gutgläubig erfolgt, war nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts irrelevant.[470] Ein Teil der Lehre hat sich jedoch schon früh für eine entsprechende Differenzierung ausgesprochen. Es wurde vertreten, dass einzig die bösgläubige Eigengeschäftsführung die harte Sanktion der vollständigen Gewinnherausgabe rechtfertige. Zudem sei auch nur in solchen Fällen der einer Gewinnabschöpfung inhärente Präventionsgedanke zweckmässig.[471]

---

467 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1997.

468 Siehe die Hinweise bei SOEFFKY, 40 f.; vgl. auch die § 1035 ff. ABGB.

469 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 92; zu England und Irland siehe auch SOEFFKY, 40.

470 BGE 97 II 169 E. 3a S. 177 f.: "Die Herausgabepflicht setzt zudem nach schweizerischem Recht kein Verschulden voraus und trifft den Gut- wie den Bösgläubigen in gleicher Weise."; BGE 47 II 195 E. 1 S. 197 f.; zur mangelnden Relevanz der Abgrenzung von Bösgläubigkeit und Verschulden im Zivilrecht siehe BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 112.

471 Vgl. NIETLISPACH, 120 ff.; HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 228 ff.; WEBER, ZSR 1992 I, 364; CHAPPUIS, 21 ff.; BÜRGI-WYSS, 214 f.

Diese einstige Mindermeinung hat sich mittlerweile durchgesetzt. Nach heute vorherrschender Auffassung gelten für die bös- und die gutgläubige Eigengeschäftsführung unterschiedliche Rechtsfolgen. Die bösgläubige Eigengeschäftsführung wird als *Geschäftsanmassung* bezeichnet und hat eine Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR zur Folge.[472] Die als *Geschäftseinmischung* betitelte gutgläubige Eigengeschäftsführung hingegen fällt nicht mehr in den Anwendungsbereich von Art. 423 Abs. 1 OR.[473] Vielmehr entsteht dem Geschäftsherrn hier gegebenenfalls eine Eingriffskondiktion, womit er entsprechend den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung Wertersatz für die durch den Geschäftsführer tangierten Rechte verlangen kann.[474] Das Bundesgericht hat sich dieser Auffassung seit geraumer Zeit angeschlossen.[475] Auch im deutschen Recht wird im Übrigen zwischen bös- und gutgläubiger Eigengeschäftsführung unterschieden. Nach § 687 BGB gelangen unterschiedliche Rechtsfolgen zur Anwendung, je nachdem ob der Geschäftsführer „ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, es sei sein eigenes", oder ob er „weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist". 242

Bei den vorliegend interessierenden vorsätzlichen Vertragsverletzungen ist die Voraussetzung des bösen Glaubens für eine Vorteilsherausgabe gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR unproblematisch. Bei opportunistischen Vertragsverletzungen verletzt der Schuldner seine vertragliche Pflicht wissentlich und willentlich, um daraus einen ihm nicht gebührenden Vorteil zu erzielen. Der bösgläubige Antrieb ist in allen Fällen opportunistischer Vertragsverletzungen ohne weiteres zu bejahen. 243

---

472 Wahlweise kann der Gläubiger auch eine Eingriffskondiktion geltend machen, deren Voraussetzungen bei Vorliegen einer Geschäftsanmassung regelmässig erfüllt sein werden, dazu SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2041.

473 Zur Terminologie siehe BÜRGI-WYSS, 164 f.

474 HUGUENIN, Rz. 2187 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2048 ff.; SCHMID, recht 2000, 208; JENNY, Rz. 259; zum Anspruch auf Wertersatz bei einer Eingriffskondiktion siehe oben Rz. 233 ff.

475 BGE 126 III 69 E. 2a S. 72: „*Il est généralement admis que l'art. 423 al. 1 CO s'applique à la gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi. [...] Elle est dite 'de mauvaise foi' lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire.*"; BGE 129 III 422 E. 4 S. 424 f.; BGer 4A_474/2012 vom 8.2.2013 E. 8.1; siehe auch Präjudizienbuch OR-KRAUSKOPF, Art. 423 N 1.

b. Umfang der Herausgabepflicht

244 Nach dem Wortlaut von Art. 423 Abs. 1 OR ist der Geschäftsherr berechtigt, sich „die aus der Geschäftsführung entspringenden Vorteile" anzueignen. Es handelt sich hierbei ausdrücklich um eine Gewinnabschöpfung und nicht etwa um einen Anspruch auf Wertersatz bereicherungsrechtlicher Natur.[476] Ein allfällig objektiv ermittelbarer Wert des verletzten Rechts ist, anders als bei der Eingriffskondiktion, für den Umfang der Herausgabepflicht somit nicht massgeblich. Für den Geschäftsführer besteht hinsichtlich der Höhe der von ihm erlangten Vorteile eine Informationspflicht analog Art. 400 Abs. 1 OR.[477] Prozessual ist die Vorteilsherausgabe gegebenenfalls mittels einer Stufenklage geltend zu machen, wonach zunächst ein unbeziffertes Leistungsbegehren mit einem Begehren um Rechnungslegung des Schuldners zu verbinden ist.[478] Ist der Gewinn nicht in zumutbarer Weise bestimmbar, so ist analog Art. 42 Abs. 2 OR zudem eine richterliche Gewinnschätzung möglich.[479]

245 Als Vorteil herauszugeben ist der vom Geschäftsführer erlangte Nettogewinn. Dafür ist zunächst der Bruttogewinn zu ermitteln, der vom Geschäftsführer überdies zu verzinsen ist. Davon kann der Geschäftsführer allfällige mit der Gewinnerzielung zusammenhängende Aufwendungen abziehen.[480] Der Umfang der Herausgabe bestimmt sich ohne Rücksicht auf einen beim Geschäftsherrn eingetretenen Schaden. Der Geschäftsführer kann sich zudem auch nicht auf den Einwand stützen, er hätte den Gewinn auch ohne den Eingriff in die Rechte des Geschäftsherrn erzielen können.[481]

246 Besteht sowohl ein Schadenersatz- wie auch ein Gewinnherausgabeanspruch, so schliessen sich diese beiden Ansprüche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegenseitig aus.[482] Sinnvollerweise handelt es sich hierbei jedoch

---

476 BSK OR I-WEBER, Vor Art. 419–424 N 19; vgl. SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 831.

477 BGE 112 II 450 E. 5b S. 459; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 123; die Auskunftspflicht wird bisweilen auch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleitet, siehe dazu SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 860; NIETLISPACH, 126.

478 BGer 4C.290/2005 vom 12.4.2006 E. 1.2; BGE 116 II 215 E. 4a S. 220; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 863; BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 324 Fn. 565.

479 BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 15; BÜRGI-WYSS, 227, 238; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 857.

480 BGE 134 III 306 E. 4.1.1 S. 308 sowie E. 4.1.4 f. S. 310 f.; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 95, 102 ff.; HUGUENIN, Rz. 2179, 2182; JENNY, Rz. 269 ff.; NIETLISPACH, 123 f.

481 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 99; JENNY, Rz. 270.

482 BGE 97 II 169 E. 3a S. 178; vgl. dazu BGH, NJW 1972, 102, wonach es sich im Bereich des Immaterialgüterrechtsschutzes beim Ersatz des konkret erlittenen Schadens, bei der Entrichtung einer angemessenen Lizenzgebühr sowie bei der Herausgabe des Verletzergewinns lediglich um verschiedene Arten der Schadensberechnung handelt.

nicht um einen eigentlichen Ausschluss, sondern vielmehr um ein Kumulationsverbot der individuellen Ansprüche. Wird Schadenersatz parallel zu einer Vorteilsherausgabe geltend gemacht, so hat eine gegenseitige Anrechnung der geltend gemachten Beträge zu erfolgen.[483]

c. Geschäftsführung

Als Geschäftsführung im Sinne von Art. 423 Abs. 1 OR gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der widerrechtliche Eingriff in einen fremden Interessenkreis bzw. in eine fremde Rechtssphäre.[484] Wiederum stehen in diesem Zusammenhang zwei miteinander konkurrierende Theorien im Blickpunkt der Lehre. Die Diskussion entspricht dabei weitgehend derjenigen des Eingriffs in die fremde Rechtssphäre als Voraussetzung der Eingriffskondiktion.[485] Dies erstaunt nicht weiter, wird doch die Geschäftsanmassung systematisch auch als Unterart der Eingriffskondiktion klassifiziert.[486] 247

Auf der einen Seite steht also wiederum die Eingriffs- bzw. Widerrechtlichkeitstheorie, wonach jeder widerrechtliche Eingriff in fremde subjektive Rechte dem Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer einen Anspruch auf Gewinnherausgabe verleihen soll.[487] Die restriktivere Zuweisungstheorie setzt dagegen die Beeinträchtigung von Rechten voraus, die wertungsmässig in besonderer Nähe des Geschäftsherrn stehen und zu dessen Geschäftssphäre eine gewisse Intensität aufweisen.[488] Dies ist der Fall beim Eingriff in Rechte, die Zuweisungsgehalt haben, d.h. deren Verwertungsmöglichkeiten monopolartig einzig und alleine dem Rechtsinhaber zustehen.[489] Auf diese Zuweisung ist schliesslich zurückzuführen, dass ein allfälliger aus einem Rechtseingriff fliessender Vorteil dem Rechtsinhaber gebührt.[490] In der Lehre ist die Zuweisungstheorie auch im Rahmen der Geschäftsanmassung heute vorherr- 248

---

483 So wohl auch HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 275; vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 14; vgl. zudem unten Rz. 295.

484 BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; 126 III 69 E. 2a S. 72; siehe auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2032; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 14.

485 Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 10; HOLENSTEIN, 161 f.; siehe zu den Voraussetzungen der Eingriffskondiktion oben Rz. 221 ff.

486 Vgl. BGE 51 II 575 E. 3b S. 583; SCHAUFELBERGER, 246; WEBER, ZSR 1992 I, 336; NIETLISPACH, 122, 124.

487 WEBER, ZSR 1992 I, 344; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 745 f.; siehe auch oben Rz. 224.

488 Siehe auch oben Rz. 225; vgl. ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 14.

489 SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 748 f.; HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 239; JENNY, Rz. 237; NIETLISPACH, 108.

490 Vgl. BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 905.

schend.[491] In konkreten Fällen kann jedoch strittig sein, ob ein von einem Eingriff tangiertes Recht den unter Art. 423 Abs. 1 OR vorausgesetzten Zuweisungsgehalt aufweist. Keine Rolle spielt dagegen nach allgemeiner Auffassung, ob der Geschäftsherr das ihm zugewiesene Recht auch tatsächlich verwertet hätte oder nicht.[492]

249 Wie bei der Eingriffskondiktion begründet auch bei der Geschäftsanmassung zunächst der Eingriff in absolute Rechte einen Anspruch auf Gewinnherausgabe. Absolute Rechte verleihen dem Rechtsinhaber eine ausschliessliche Nutzungsbefugnis mit gleichzeitiger Abwehrbefugnis gegenüber jedem beliebigen Dritten. Der für die Geschäftsanmassung vorausgesetzte Zuweisungsgehalt ist damit gegeben.[493] Als Anwendungsfälle kommen in Betracht die Verletzung dinglicher Rechte (z.B. die unberechtigte Vermietung von Mobiliar[494]), die Verletzung von Persönlichkeitsrechten (z.B. die persönlichkeitsverletzende Negativkampagne eines Printmediums gegen eine Privatperson[495]), die Verletzung von Immaterialgüterrechten[496] oder Eingriffe in anderweitige wettbewerbsrechtlich geschützte Rechtspositionen[497].

250 In Zusammenhang mit opportunistischen Vertragsverletzungen stellt sich wiederum die Frage, ob auch obligatorische Ansprüche den nötigen Zuweisungsgehalt aufweisen, um eine Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR zu ermöglichen. Wie bei der Eingriffskondiktion ist die Frage auch hier umstritten. HOFSTETTER verneint bei Missachtung eines Konkurrenzverbots, bei unerlaubter Untermiete sowie im Fall des Doppelverkaufs die Anwendbarkeit von Art. 423 Abs. 1 OR und verweist auf das Schadenersatzrecht.[498] BUCHER hält gleichermassen fest, dass nur die Verletzung absoluter Rechte oder ähnlicher Rechtsstellungen dem Geschäftsherrn einen Anspruch auf Gewinnher-

---

491 BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 10; HUGUENIN, Rz. 2167; HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 239 f.; vgl. GAUCH, FS Walter, 313.

492 SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1245; WEBER, ZSR 1992 I, 346.

493 BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 103; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 16, 38 ff.; HUGUENIN, Rz. 2170.

494 BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 39.

495 BGE 133 III 153; vgl. ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 43.

496 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 47 ff.; siehe bspw. BGer 4C.101/2003 vom 17.7.2003 E. 6, wo die Gewinnherausgabe wegen fehlender Bösgläubigkeit des Geschäftsführers jedoch verneint wurde. Das deutsche Recht sieht bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten ebenfalls eine Gewinnherausgabe vor, dies jedoch nicht unter dem Titel der Geschäftsanmassung, sondern im Rahmen der sog. dreifachen Schadensberechnung, siehe hierzu BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 103.

497 Siehe Art. 9 Abs. 3 UWG; dazu ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 58 ff.; siehe aus der Rechtsprechung bspw. BGer 4A_474/2012 vom 8.2.2013 E. 4.1.

498 HOFSTETTER, ZBJV 100/1964, 240 f. sowie 241 Fn. 1; differenzierter HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 269 f.

ausgabe verleihen kann.[499] Aus der neueren Lehre verneint SCHWENZER im Grundsatz den Zuweisungsgehalt relativer Rechte und lehnt deshalb eine Gewinnherausgabe bspw. beim Doppelverkauf ausdrücklich ab.[500] Und auch JENNY lehnt den Zuweisungsgehalt von vertraglichen Abreden mit der Begründung ab, dass Forderungen ihrem Inhaber für sich alleine keine Herrschaftsrechte gewähren.[501]

Nach SCHMID hingegen sprechen drei Gesichtspunkte für eine Anwendung von Art. 423 Abs. 1 OR auf reine Vertragsverletzungen: Es sind dies allfällige Schwierigkeiten in Zusammenhang mit dem Schadensbeweis, die Billigkeit und schliesslich die Prävention von vertragswidrigem Verhalten. Die gesetzlich vorgesehene Gewinnherausgabe bei einzelnen Vertragsverletzungen (namentlich Art. 464 Abs. 2 und Art. 450 Abs. 2 OR) will SCHMID seit geraumer Zeit verallgemeinern und eine Gewinnabschöpfung immer dann zulassen, wenn „der Verletzer den Gewinn in einem Lebensbereich erzielt, der durch die vertragliche Ordnung ausschliesslich dem verletzten Kontrahenten zugewiesen ist“.[502] Auch WEBER bejaht eine Vorteilsherausgabe bei der Verletzung relativer Rechte und führt an, das Institut der Geschäftsanmassung orientiere sich nicht primär am Delikt, sondern frage einzig nach der ausschliesslichen Nutzungsberechtigung des Geschäftsherrn.[503] Gleichermassen will auch GAUCH eine Gewinnabschöpfung bei reinen Vertragsverletzungen zulassen, sofern der Gewinn einem Lebensbereich entstammt, der vertraglich dem Gläubiger zugewiesen wird und das Gesetz keine entgegenstehende Bestimmung enthält.[504] 251

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich hinsichtlich einer Anwendung der Geschäftsanmassung auf reine Vertragsverletzungen keine klare Regel ableiten. Auf der einen Seite hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, „die ratio legis von Art. 423 Abs. 1 OR bestehe darin zu verhindern, dass sich eine unerlaubte Handlung (‘un acte illicite’) auszahle“.[505] Diese Unterstreichung des deliktischen Charakters der Geschäftsanmassung steht einer Anwendung auf Vertragsverletzungen eher entgegen. 252

499 BUCHER, OR BT, 262.
500 SCHWENZER, Rz. 57.08.
501 JENNY, Rz. 405; vgl. auch in Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen GEISER, 255.
502 ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 77; siehe auch SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1243 ff.
503 BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 6; vgl. WEBER, ZSR 1992 I, 337, 344.
504 GAUCH, FS Walter, 313; vgl. ferner NIETLISPACH, 109.
505 BGE 126 III 382 E. 4b.ee S. 386; vgl. BGE 126 III 69 E. 2b S. 73; siehe auch Präjudizienbuch OR-KRAUSKOPF, Art. 423 N 2.

253 Auf der anderen Seite hat das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung aber immerhin den Anspruch eines Pächters aus Art. 423 OR bejaht, als der Verpächter sein Land unter Verletzung des bestehenden Pachtvertrags zu einem höheren Pachtzins an einen Dritten verpachtete.[506] Ebenfalls bejaht hat es eine Vorteilsherausgabe gestützt auf Art. 423 OR, als ein Maschinenfabrikant seine vertragliche Pflicht verletzt hatte, nach einem bestimmten Modell fabrizierte Revolverdrehbänke ausschliesslich für den Besteller herzustellen.[507] Und in einem weiteren Fall verneinte das Bundesgericht zwar aufgrund der konkreten Umstände einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe, bejahte jedoch generell die Möglichkeit einer Anwendung der Geschäftsanmassung auf eine Vertragsverletzung unter Berücksichtigung der Zuweisungstheorie.[508] In Deutschland ist eine ähnliche Situation auszumachen. Auch der BGH zieht eine Anwendung der Geschäftsanmassung bei Vertragsverletzungen jeweils in Betracht. Der vorausgesetzte Zuweisungsgehalt der beeinträchtigten Forderung zeigt sich jedoch jeweils als (zu) hohe Hürde.[509]

254 Nicht jede vorsätzliche Vertragsverletzung stellt somit zugleich eine Geschäftsführung i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR dar. Damit kann auch aus dem Geschäftsführungsrecht kein allgemeiner Anspruch eines enttäuschten Vertragsgläubigers auf Herausgabe eines vorsätzlich erzielten Verletzergewinns abgeleitet werden. Erlangt ein Schuldner durch einen Vertragsbruch einen Vorteil, so ist jeweils für den konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der verletzten Forderung Zuweisungsgehalt zukommt.

---

506 BGE 47 II 195 (dazu oben Rz. 37), siehe insb. E. 1 S. 198: „Rechtlich ist es daher vorliegend nicht anders zu halten, als ob die Beklagte die Interessen der Kläger auf Grund der ihnen vertraglich zugesicherten Rechte hätte wahren wollen. Daraus ergibt sich aber für sie gemäss Art. 423 OR die Pflicht, den aus der Geschäftsführung erzielten Gewinn den Klägern auszuantworten."

507 BGE 45 II 202; vgl. auch die Verweise auf die Rechtsprechung bei CHAPPUIS, 44 f.

508 BGer 4A_310/2007 vom 4.12.2007 E. 7.1: Um den Anspruch auf Vorteilsherausgabe zu bejahen, „*encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine que est attribué exclusivement à son cocontractant par l'ordre contractuel*"; vgl. BGE 68 II 29 E. 4 S. 36.

509 Siehe z.B. BGH, NJW 1988, 3018, wo es „an einem Eingriff in ein vom Berechtigten bereits erlangtes, ihm im Verhältnis zum Verpflichteten ausschließlich zugeordnetes Gut" fehlte; siehe auch BOCK, FS Schwenzer, 176; weiterführend HELMS, 179 ff.

3. Rechtsprechung zur Vorteilsherausgabe bei unerlaubter Untermiete

a. Kasuistik

Das Bundesgericht hat insbesondere in Zusammenhang mit der unerlaubten Untervermietung von Geschäftsräumen Gelegenheit erhalten, sich zur Anwendung der Geschäftsanmassung auf Vertragsverletzungen zu äussern. In einem älteren Urteil hatte das Bundesgericht einen Anspruch auf Gewinnherausgabe dabei noch verneint: 255

> **BGE 39 II 702, unerlaubte Untervermietung eines Verkaufslokals:** Der Vermieter hatte der Mieterin einen Geschäftsraum in der Berner Altstadt als Verkaufslokalität vermietet. Die Mieterin schloss in der Folge für einen Teil des Lokals mit einer weiteren Partei einen Untermietvertrag ab zum Betrieb eines „Kinematographentheaters". Der Vermieter verlangte daraufhin gerichtlich, der Mieterin sei die Untervermietung der Räumlichkeiten als Kino zu verbieten und machte zudem eine „Entschädigung" in Höhe der durch die Untervermietung erlangten Vorteile geltend. Das Bundesgericht erkannte in der Untervermietung als Kino eine Verletzung des Mietvertrags, da der Betrieb des Kinos in einer höheren Feuergefahr resultierte, das Mietobjekt stärker in Anspruch nahm und die „Zirkulation" im Gebäude erschwerte. Es verneinte jedoch eine Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsanmassung und sprach den Klägern statt der Herausgabe der Untermietzinse einzig Schadenersatz zu.

Interessanterweise hatte die Vorinstanz den Anspruch auf Gewinnherausgabe gestützt auf eine Geschäftsanmassung noch bejaht.[510] Das Bundesgericht führte hingegen aus, die Mieterin dürfe die Mietsache in ihrem eigenen Interesse verwerten, solange dadurch nicht in die Rechtssphäre des Vermieters eingegriffen werde. Einen solchen Eingriff erkannte das Bundesgericht in diesem Fall nicht. Da die Mieterin gestützt auf den Mietvertrag die rechtliche Verfügungsgewalt über das Lokal innehatte, sei ein unzulässiger Eingriff in das Vermögen des Vermieters gar nicht möglich gewesen.[511] Auch der BGH hat in einem ähnlich gelagerten Fall einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe 256

[510] BGE 39 II 702 E. 4 S. 706 f.
[511] BGE 39 II 702 E. 4 S. 707; so auch JENNY, Rz. 404; NIETLISPACH, 129, 448.

gestützt auf die Bestimmungen zur Geschäftsanmassung (wie auch zur Eingriffskondiktion) verneint.[512]

257 Die Lehre hat das Urteil des Bundesgerichts vorwiegend kritisch bewertet. Insbesondere SCHMID hat eingewendet, die Nutzungsbefugnis gehe entgegen den bundesgerichtlichen Erwägungen nur im vertraglich vereinbarten Ausmass auf den Mieter über. Jede darüber hinausgehende Nutzung stelle hingegen einen Eingriff in die dem Vermieter vorbehaltene Rechtssphäre dar und vermöge damit die Voraussetzungen einer Geschäftsanmassung zu erfüllen.[513]

258 In BGE 126 III 69 hatte das Bundesgericht erneut Gelegenheit, sich mit der unerlaubten Untervermietung von Geschäftsräumen zu befassen:

> **BGE 126 III 69, Untervermietung von Geschäftsräumen trotz Kündigung des Hauptmietvertrags:** Der Mieter hatte einen Geschäftsraum zur Betreibung eines Restaurants gemietet. Später vermietete er das Lokal zu einem um ein Vielfaches höheren Mietzins an eine Drittpartei in Untermiete weiter. Nachdem der Vermieter von der Höhe des Untermietzinses erfuhr, kündigte er den (Haupt-)Mietvertrag. Trotz Ablauf des Mietvertrags vermietete der Hauptmieter das Lokal weiterhin an die Drittpartei. Der Vermieter klagte daraufhin auf Herausgabe des vom Hauptmieter durch die Untervermietung erzielten Gewinns. Das Bundesgericht hielt mit Verweis auf den soeben erläuterten BGE 39 II 702 fest, dass eine Untermiete, welche dem Gesetz oder einem Vertrag widerspreche, gemäss bisheriger Rechtsprechung keine Geschäftsanmassung darstellte. In den als „Änderung der Rechtsprechung" betitelten Erwägungen bejahte das Bundesgericht diesmal aber die Anwendung von Art. 423 Abs. 1 OR und hiess die Gewinnherausgabe an den Vermieter gut.

259 Nach den Ausführungen des Bundesgerichts liegt eine Geschäftsanmassung dann vor, wenn jemand eine Pflicht oder ein Verbot verletzt, dabei in fremde Vermögenswerte eingreift und daraus einen Vorteil erzielt.[514] Die weiteren Ausführungen erinnern teilweise an die soeben erläuterten Überlegungen von

---

512 BGH, NJW 1996, 838, 840: „Ein Anspruch aus angemaßter Geschäftsführung [...] scheitert daran, daß der Mieter mit der Untervermietung kein objektiv fremdes Geschäft vornimmt [...]. Der Mieter, der vertragswidrig untervermietet, übt nur den ihm überlassenen Gebrauch in einer ihm nicht zustehenden Weise aus [...]. [Folglich] ist auch die Auffassung abzulehnen, zumindest der durch die Untervermietung erlangte Mehrerlös sei herauszugeben [...]."

513 SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1247.

514 BGE 126 III 69 E. 2a S. 72.

SCHMID.[515] So gelte beim Mietvertrag, dass ein Mieter die Mietsache nur gemäss den Bestimmungen des Mietvertrags nutzen dürfe. Durch eine nicht bewilligte Untervermietung greife der Mieter hingegen in die Vermögensrechte des Vermieters ein. Der Mieter führe damit ein Geschäft des Vermieters, was die Anwendung von Art. 423 OR zur Folge habe. Dies stimme auch mit dem Zweck von Art. 423 OR überein: Niemand solle von einer widerrechtlichen Handlung profitieren können, rechtlich verpöntes Verhalten sei zu sanktionieren. Werde mittels fremden Vermögens ein Vorteil erwirtschaftet, so gebühre dieser Vorteil allein dem Vermögensinhaber.[516]

b. Analyse

Insbesondere die in der Regeste von BGE 126 III 69 enthaltene Bezeichnung des Urteils als „Änderung der Rechtsprechung" legt die Vermutung nahe, dass mit dem Entscheid der Anwendungsbereich der Geschäftsanmassung ausgeweitet wurde. Nach Auffassung von SCHMID wurde mit dem Entscheid denn nun auch höchstrichterlich geklärt, dass reine Vertragsverletzungen auch ausserhalb der gesetzlich definierten Fälle die Kriterien einer Geschäftsanmassung erfüllen können. Für die unerlaubte Untermiete sei dies fortan anerkannt.[517] Nicht klar sei aber, welche weiteren Fälle reiner Vertragsverletzungen zu einer Gewinnabschöpfung führen können. Für einen diesbezüglichen Wertungsentscheid ist nach SCHMID, wie schon erwähnt, darauf Rücksicht zu nehmen, ob erhebliche Beweisschwierigkeiten einer Schadenersatzklage im Weg stehen, inwiefern ein Gewinnabschöpfungsanspruch präventive Wirkung entfalten kann und ob die Gewinnabschöpfung im Ergebnis sachgerecht ist. Eine Anwendung von Art. 423 OR, gestützt auf diese Kriterien, kommt nach SCHMID neben der unerlaubten Untermiete insbesondere beim Doppelverkauf in Frage.[518] 260

Entgegen dem Postulat von SCHMID ist bei der Deutung des Entscheids als Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Geschäftsanmassung auf reine Vertragsverletzungen jedoch Vorsicht geboten. Obwohl das Bundesgericht den Entscheid mit Hinweis auf BGE 39 II 702 ausdrücklich als Änderung der Rechtsprechung bezeichnete, weist der Sachverhalt in BGE 126 III 69 zu 261

---

515 Siehe oben Rz. 257.

516 BGE 126 III 69 E. 2 S. 72 f.

517 SCHMID, recht 2000, 208: "Fest steht aber, dass nicht nur Eingriffe in fremde absolute Rechte zu einer Gewinnherausgabe führen können, sondern auch eine Vertragsverletzung (ohne Verletzung fremder absoluter Rechte) eine Eigengeschäftsführung darstellen kann. In Einzelfällen wird dies vom Gesetz ausdrücklich angeordnet (z.B. Art. 464 Abs. 2 OR). Für die unerlaubte Untermiete ist das Gleiche nun durch Rechtsprechung klargestellt."; vgl. auch schon WEBER, ZSR 1992 I, 337.

518 SCHMID, recht 2000, 208.

demjenigen in BGE 39 II 702 einen wesentlichen Unterschied auf. In BGE 39 II 702 erfolgte die unerlaubte Untermiete *während des laufenden Mietverhältnisses*. Zur Zeit der Untervermietung hatte deshalb allein die Mieterin die Berechtigung an der Mietsache, was zur Verneinung des Eingriffs in die Rechtssphäre des Vermieters führte:

> „[D]er Mieter greift durch unberechtigte Untervermietung nicht in das Vermögen des Hauptvermieters ein, er verfügt nicht darüber; kraft des Mietvertrages ist die rechtliche Verfügungsgewalt über die Mietsache vom Vermieter auf den Mieter übergegangen, so daß der Vermieter keine Geschäfte mehr darin führen kann."[519]

262 In BGE 126 III 69 hingegen hat der Mieter die Mietsache *nach Ende des Mietvertrags* unerlaubt weiter untervermietet. Mit Ablauf des Mietvertrags hat die vertragliche Berechtigung des Mieters, über die Mietsache zu verfügen, jedoch geendet. Wird die Mietsache dem Vermieter nach diesem Zeitpunkt vorenthalten, so verletzt dies nicht nur seinen vertraglichen Anspruch auf rechtzeitige Rückgabe der Räumlichkeiten, sondern auch sein Recht, wieder nach seinem Dafürhalten über die Mietsache zu verfügen. Dies ist auch den Erwägungen des Bundesgerichts zu entnehmen:

> „*[E]n sous-louant les locaux abritant l'établissement public postérieurement au 31 mars 1993 – date pour laquelle il a été reconnu judiciairement que le bail principal avait été valablement résilié –, le défendeur [...] s'est immiscé dans le droit du bailleur de jouir des locaux et de les remettre à bail.*"[520]

263 Die Berechtigung, über eigene Räumlichkeiten zu verfügen und diese gegebenenfalls weiterzuvermieten, ergibt sich (sofern der Vermieter gleichzeitig auch Eigentümer der Mietsache ist, was vorliegend der Fall war) indessen nicht aus dem Mietvertrag, sondern ist Ausfluss des Eigentumsrechts des Vermieters. In der Lehre ist denn auch anerkannt, dass ein Vermieter, der gleichzeitig auch Eigentümer ist, seinen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache wahlweise als obligatorischen oder als dinglichen Anspruch geltend machen kann.[521] Im BGE 126 III 69 zugrunde liegenden Fall lag damit von vornherein keine reine Vertragsverletzung vor. Der Entscheid kann aus diesem Grund nicht vorbehaltlos als Ausweitung der Geschäftsanmassung auf reine Vertragsverletzungen gedeutet werden.[522] Dass das Bundesgericht die Geschäftsanmassung nicht gestützt auf den Eingriff in die dinglichen Rechte

---

519 BGE 39 II 702 E. 4 S. 707.
520 BGE 126 III 69 E. 2c S. 73.
521 BSK OR I-WEBER, Art. 267 N 1; ZK-HIGI, Art. 267 OR N 15.
522 So auch JENNY, Rz. 405 Fn. 1185.

des Vermieters, sondern – weiter gefasst – aufgrund eines Eingriffs in dessen „Vermögensrechte“ bejahte, hat nichtsdestotrotz Symbolcharakter.

Aus den beiden Urteilen ergibt sich Folgendes: Die wirtschaftliche Verwertungsberechtigung einer Mietsache liegt während der Dauer des Mietvertrags beim Mieter. Die Verletzung des Mietvertrags durch unerlaubte Untermiete stellt während dieser Zeit deshalb keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Vermieters i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR dar. Nach Ablauf des Mietvertrags fällt die Berechtigung, die Mietsache zu verwerten, jedoch wieder an den Vermieter zurück. Eine unerlaubte Untervermietung durch den Mieter nach diesem Zeitpunkt kann somit ohne weiteres die Voraussetzungen der Geschäftsanmassung erfüllen.[523] In diesem Sinne kann in den beiden erwähnten Entscheiden des Bundesgerichts weder ein Wertungswiderspruch noch die stipulierte Änderung der Rechtsprechung erkannt werden. Diese Schlussfolgerung soll einer Rechtsfortbildung in Richtung einer Anwendung der Geschäftsanmassung auf reine Vertragsverletzungen jedoch nicht entgegenstehen. Sie soll einzig aufzeigen, dass die Vorteilsabschöpfung als allgemeine Rechtsfolge einer unerlaubten Untervermietung – anders als bisweilen propagiert – noch nicht einer gefestigten Gerichtspraxis entspricht. 264

4. Stellungnahme

Zunächst ist unter Berücksichtigung der aktuellen Lehre und Rechtsprechung festzuhalten, dass ein kategorischer Ausschluss der Verletzung von relativen Rechten vom Anwendungsbereich der Geschäftsanmassung ausser Betracht fällt. Die Fallgruppen opportunistischer Vertragsverletzungen sind vielmehr einzeln unter dem Blickwinkel der Zuweisungstheorie zu prüfen. Dabei kann vorweggenommen werden, dass die Ersparnisbereicherung nicht Gegenstand einer Geschäftsanmassung sein kann. Die Einhaltung der Vertragsmodalitäten betrifft hier einzig die Rechtssphäre des Schuldners. Im Verletzungsfall fehlt es damit am Eingriff in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes Recht des Gläubigers.[524] 265

Angesichts der wirtschaftlichen Ausgestaltung des vorausgesetzten Zuweisungsgehalts muss Art. 423 Abs. 1 OR hingegen beim Doppelvertrag Anwendung finden. Dies ist hier noch einmal am Beispiel des Doppelverkaufs aufzuzeigen: Mit gültigem Abschluss des Kaufvertrags und dem sich daraus ergebenden Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis hat der Verkäufer das ihm für die Kaufsache zustehende Verwertungsrecht ausgeübt. Mit der Ausübung dieses Rechts erlöschen gleichzeitig weitere, zeitlich nachfolgende 266

[523] Vgl. die diesbezügliche Diskussion zum Bereicherungsrecht bei A. KOLLER, Rz. 30.20, 32.24.

[524] So auch GAUCH, FS Walter, 316 f.

Verwertungsmöglichkeiten, sofern die Sache nicht wieder an den Verkäufer zurückfällt. Einzig der Käufer ist fortan wirtschaftlich berechtigt, aus der Kaufsache Vorteile zu ziehen. Dies gilt ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses. So ist der Käufer ohne weiteres berechtigt, die Sache auch vor Erhalt bereits wieder weiterzuverkaufen, wie dies im Geschäftsverkehr nicht unüblich ist. Dem obligatorischen Anspruch des Käufers auf die Kaufsache kommt daher, ungeachtet der konkreten Eigentümerstellung, Zuweisungsgehalt zu. Für andere Arten von Doppelverträgen gilt das Gleiche. Aufgrund eines Eingriffs in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes Recht ist der Anspruch des Gläubigers auf Vorteilsherausgabe hier ganz allgemein zu bejahen.[525]

267 Weniger eindeutig ist die Beurteilung des Zuweisungsgehalts indessen bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten. Bei der Verletzung einer vertraglichen Geheimhaltungspflicht ist der Zuweisungsgehalt wohl noch zu bejahen. Mittels einer solchen Geheimhaltungspflicht wird einem Schuldner versagt, die gewonnenen Kenntnisse bzgl. Kundenstamm, Lieferanten, Prozessabläufe etc. des Gläubigers zu verwerten, da die entsprechende Unternehmensstrategie oder der betroffene Geschäftsablauf alleine dem Gläubiger vorbehalten sein soll.[526] Schwieriger wird es aber bereits beim vertraglichen Konkurrenzverbot. Dieses hat zum Zweck, eine Vertragspartei von der Verwertung von Leistungen auf einem bestimmten Markt auszuschliessen. Die ausschliessliche Berechtigung der anderen Partei zur Abwicklung von Geschäften auf dem betroffenen Markt entfaltet seine Wirkung jedoch nur innerhalb des personellen Anwendungsbereichs des Vertrags. Dritte können nach wie vor uneingeschränkt mit dem vertraglich Berechtigten konkurrieren. Die von der Lehre verlangte alleinige „monopolartige" Verwertungsberechtigung liegt hier nicht vor.

268 Auf eine allumfassende alleinige Verwertungsberechtigung des Gläubigers kann es jedoch nicht ankommen. Richtigerweise sind bei der Prüfung des Zuweisungsgehalts eines relativen Rechts nur die von diesem Recht berührten Rechtssubjekte zu berücksichtigen. Dabei ist solchen Vertragsansprüchen Zuweisungsgehalt zuzuerkennen, welche einer Vertragspartei eine ausschliessliche Verwertungsberechtigung im Kreise der Vertragsparteien gewähren. Die Verletzung eines vertraglichen Konkurrenzverbots kann die

---

525 Gl.M. für den Fall des Doppelverkaufs ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 83; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 1249; BÜRGI-WYSS, 268; **a.M.** HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 270; NIETLISPACH, 131 f.; SCHWENZER, Rz. 57.08.

526 So auch CHAPPUIS, 139; vgl. NIETLISPACH, 453 f.

Voraussetzungen einer Geschäftsanmassung mit Folge der Vorteilsherausgabe somit ohne weiteres erfüllen.[527]

Bei einem vertraglichen Publikationsverbot, ohne dass aber die Verwertung der Publikation dem Gläubiger vorbehalten werden soll, ist der Zuweisungsgehalt demgegenüber zu verneinen.[528] Auch in solchen Fällen ist jedoch ein Schutzbedürfnis gegen vorsätzliche Vertragsverletzungen auszumachen. Es ist deshalb überlegenswert, ob sich für Unterlassungspflichten nicht ein breiteres Verständnis des verlangten Zuweisungsgehalts rechtfertigt. Der vorausgesetzte Eingriff in die fremde Rechtssphäre könnte bspw. bereits dann bejaht werden, wenn ein Recht beeinträchtigt wird, aufgrund dessen dem Vertragspartner eine bestimmte Art wirtschaftlicher Verwertung versagt bleiben soll. Dem Recht mit Zuweisungsgehalt wäre damit das Recht mit „Entziehungsgehalt" gleichzusetzen.[529] Die Entziehung einer Verwertungsmöglichkeit sollte dabei einem ökonomischen wie auch einem rein ideellen Interesse des Gläubigers entsprechen dürfen. Denn das unter der Zuweisungstheorie verlangte wirtschaftliche Element könnte bereits darin erblickt werden, dass der Gläubiger sein mit Entziehungsgehalt versehenes Recht mit dem Schuldner aushandelt und ihm dafür eine Gegenleistung entrichtet. 269

Eine solche Ausdehnung der Zuweisungstheorie auf Rechte mit wirtschaftlichem Entziehungsgehalt hätte zugegebenermassen weitreichende Folgen. Art. 423 Abs. 1 OR würde zunächst auf sämtliche Formen der vorsätzlichen Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten Anwendung finden. Fraglich wäre zudem, ob damit nicht sogar Ersparnisbereicherungen vom Anwendungsbereich der Geschäftsanmassung erfasst wären. Auch in jenen Fällen nimmt der Schuldner Handlungen vor, welche ihm durch die Vertragsordnung versagt wären (wobei die Grenze zwischen vertraglichen Handlungs- und Unterlassungspflichten hier fliessend ist). Eine derartige Weiterentwicklung des Geschäftsführungsrechts ist damit wohl zu einschneidend, als dass sie sich ohne Mitwirkung des Gesetzgebers umsetzen liesse.[530] Im Rahmen einer auf Auslegung basierten Rechtsfortbildung ist eine Anwendung der Geschäftsanmassung aber immerhin für alle Formen des Doppelvertrags sowie für die Verletzung solcher vertraglicher Unterlassungspflichten zu bejahen, die innerhalb der Vertragsordnung eine ausschliessliche Verwertungsberechtigung des Gläubigers bezwecken. 270

---

527 Vgl. NIETLISPACH, 443 f.; WEBER, ZSR 1992 I, 337; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 816.

528 Es sei hier noch einmal an die beiden Urteile Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), sowie Snepp v. United States, 444 U.S. 507 (U.S. Sup. 1980), erinnert, oben erläutert in Rz. 81 ff. bzw. Rz. 50.

529 In diese Richtung geht BGE 45 II 202; vgl. CHAPPUIS, 140; ausser für den Fall des Alleinvertriebsrechts **a.M.** BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 903 f.

530 Siehe für entsprechende Revisionsmöglichkeiten unten Rz. 281 ff.

5. OR 2020

271 In OR 2020 wurden für die Geschäftsanmassung verschiedene Änderungen vorgeschlagen, die kurz zu erläutern sind.[531] Die Verfasser von OR 2020 hatten sich zum Ziel gesetzt, einen Modellentwurf für einen neuen Allgemeinen Teil des OR zu kreieren. Der OR AT sollte dabei auf den *state of the art* gebracht werden, insbesondere durch die Aufnahme in das Gesetz von zwischenzeitlich ergangenem Richterrecht und das Einfügen einer kohärenteren Struktur.[532] Vor diesem Hintergrund wird die Geschäftsanmassung in OR 2020 aus den besonderen Bestimmungen des OR entfernt und neu als Unterart der ungerechtfertigten Bereicherung in den Allgemeinen Teil des OR platziert. Unter der Randnote „Erstattung eines ungerechtfertigt erlangten Gewinns" besagt Art. 69 OR 2020:

> „Wer in die rechtlich geschützten Interessen eines anderen eingreift und dadurch einen Gewinn erzielt, muss diesen dem Berechtigten ganz oder teilweise erstatten, es sei denn, er beweise, dass er um den Eingriff in die fremden Interessen weder gewusst hat noch hätte wissen müssen."

272 In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 69 OR 2020 ein Verschulden des Schuldners. Im Gegensatz zu Art. 423 Abs. 1 OR wird das Vorliegen des Verschuldens hier jedoch vermutet, wobei für den Schuldner die Möglichkeit der Exkulpation besteht.[533] In objektiver Hinsicht setzt Art. 69 OR 2020 einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen eines anderen voraus. Der Begriff der rechtlich geschützten Interessen ist dabei nach ausdrücklichem Postulat der Verfasser weit auszulegen. Nebst der Verletzung absoluter Rechte, wie Eigentums-, Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, sowie weiterer gesetzlicher Schutznormen, wie etwa im Bereich des unlauteren Wettbewerbs, sollen auch reine Vertragsverletzungen einen Gewinnherausgabeanspruch begründen können.[534] Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten würde in diesem Zusammenhang belanglos.

273 Art. 70 OR 2020 berücksichtigt zudem die Schwierigkeiten in Zusammenhang mit dem Beweis des Umfangs des durch den Bereicherten erlangten Gewinns. Die Bestimmung sieht diesbezüglich zwei Erleichterungen vor: Zum einen reduziert Abs. 1 das vorausgesetzte Beweismass. Demnach hat der Berechtigte den Gewinn des Bereicherten lediglich glaubhaft zu machen. Zum anderen besteht nach Abs. 2 für den ziffermässig nicht nachweisbaren Gewinn die Möglichkeit einer Schätzung durch das Gericht. Art. 71 OR 2020

---

531 Zum politischen Schicksal von OR 2020 siehe unten Rz. 276.
532 HUGUENIN/MEISE, SZW 2015, 282, 286 f.
533 OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 69 N 9.
534 OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 69 N 7.

beschränkt den Herausgabeanspruch des Berechtigten wie unter geltendem Recht auf den Nettogewinn.[535] Mit Art. 72 OR 2020 ist schliesslich eine Billigkeitsklausel vorgesehen. Nach dieser Bestimmung setzt das Gericht die Höhe der Erstattung „unter Würdigung aller Umstände" fest und berücksichtigt dabei, ob die Erstattung „erforderlich ist um den Schutz der besonderen Interessen des Berechtigten zu gewährleisten".[536] Gegen eine Gewinnabschöpfung würde bspw. sprechen, wenn die verletzte Partei ohne grösseren Aufwand Ersatz einer ihr vertraglich geschuldeten Sache beschaffen könnte.[537]

Eine Revision im Sinne der Art. 64 ff. OR 2020 über die Rechtswirkungen ungerechtfertigter Bereicherungen wäre in Bezug auf die Gewinnherausgabe bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen zu begrüssen. Mit dem klaren Bekenntnis zur Einordnung von vertraglichen Ansprüchen unter den Begriff der „rechtlich geschützten Interessen" in Art. 69 OR 2020 würde die mühsame praktische Umsetzung der Zuweisungstheorie dahinfallen. Eine Beschränkung des Anspruchs über das in Art. 72 OR 2020 stipulierte Billigkeitskriterium scheint sinnvoller. Damit könnten die eigentlich relevanten Umstände geprüft werden, d.h. insbesondere, ob die Erwartungen des Gläubigers durch seinen Anspruch auf Schadenersatz hinreichend geschützt werden oder nicht. 274

Indem die Vorteilsherausgabe in OR 2020 wie nach geltendem Recht einzig bei einem verschuldeten Eingriff in fremde Interessen zur Anwendung gelangt, kommt auch der Präventivgedanke einer Gewinnabschöpfung klar zum Ausdruck. Unverschuldete Eingriffe verleihen dem Gläubiger nach Art. 66 OR 2020 auch weiterhin einzig einen Anspruch auf Wertersatz des verletzten Rechts. Hinsichtlich der Wechselbeziehung zwischen Eingriffskondiktion und Geschäftsanmassung entspricht der Vorschlag somit im Wesentlichen einer Kodifikation der von Lehre und Rechtsprechung bereits angewendeten Regelung. 275

Mittlerweile hat sich jedoch bestätigt, dass es bei OR 2020 beim akademischen Projekt bleiben wird. Nachdem der Bundesrat 2013 zwei Postulate in Zusammenhang mit der Umsetzung von OR 2020 von National- und Ständerat angenommen hatte, ist am 31. Januar 2018 nun der Bericht des Bundesrats erschienen.[538] Das Urteil ist deutlich: Der Aufwand einer Revision wird als sehr hoch eingeschätzt, der Nutzen hingegen als eher gering. Zudem haben 276

---

535 OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 71 N 3; siehe zum geltenden Recht oben Rz. 244 f.

536 Art. 72 Abs. 2 lit. a OR 2020.

537 OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 72 N 5.

538 Postulat 13.3226 von Nationalrat Andrea Caroni „Für ein moderneres Obligationenrecht" vom 21. März 2013; Postulat 13.3217 von Ständerat Pirmin Bischof „Für ein moderneres Obligationenrecht" vom 21. März 2013; dazu auch HUGUENIN/MEISE, SZW 2015, 300.

die Rückmeldungen aus der Praxis kein Bedürfnis nach einer Totalrevision des OR AT ergeben.[539] Damit ist das politische Schicksal von OR 2020 besiegelt. Für die Rechtsfortbildung wird es indessen dennoch eine Stütze sein.

F) Ergebnisse

277 Für die eingangs erläuterten Fallgruppen opportunistischer Vertragsverletzungen, d.h. für den Doppelvertrag, die Ersparnisbereicherung und die Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten, ergeben sich hinsichtlich einer Herausgabe der Verletzergewinne unter schweizerischem Recht folgende Ergebnisse: Das *Schadenersatzrecht* bietet nach aktuellem Rechtsstand für keine der drei Fallgruppen eine Anspruchsgrundlage für eine Vorteilsabschöpfung. Entspricht der Schaden des Gläubigers dem Gewinn des Schuldners und besteht deshalb ein Entschädigungsanspruch in Höhe des Gewinns, so handelt es sich nicht um eine Vorteilsherausgabe im eigentlichen Sinn. Indem der Anspruch auf Schadenersatz einzig die Kompensation erlittener Nachteile bezweckt, fehlt ihm auch die der Vorteilsherausgabe inhärente Präventivwirkung. Aus prozessökonomischen Gründen sollte ein Verletzergewinn aber immerhin bei der Schadensschätzung eine grössere Rolle spielen dürfen. Bei besonders verpönten Ausgestaltungen der Ersparnisbereicherung wäre zudem – obwohl systemfremd – eine Weiterentwicklung des Schadensrechts wünschenswert, wonach der Schaden normativ auf die Höhe des Verletzergewinns festgesetzt werden kann.

278 Der *Anspruch auf das stellvertretende Commodum* bietet für alle Fälle des Doppelvertrags einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe, wobei sich die (kantonale) Rechtsprechung in erster Linie zum Fall der Doppelvermietung äussert. Neben dem Doppelvertrag wird eine Anwendung des Commodumanspruchs auf opportunistische Vertragsverletzungen in der Lehre hingegen überwiegend verneint. Entgegen dieser ablehnenden Haltung führt indessen auch die Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht zur Leistungsunmöglichkeit. Wird durch die Verletzung ein Vorteil erlangt, kann auch dieser mittels des Commodumanspruchs abgeschöpft werden. Bei der Ersparnisbereicherung hingegen handelt es sich um eine vertragliche Schlechterfüllung. Anders als bei den anderen beiden Fallgruppen wird hier keine Leistungsunmöglichkeit herbeigeführt. Der dem Commodumanspruch zugrunde liegende Gedanke der Surrogatleistung passt auf diesen Fall nicht.

---

[539] Bundesrat, Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni vom 31. Januar 2018, abrufbar unter https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-d.pdf, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

Die *Eingriffskondiktion* bietet für keine der Fallgruppen einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe. Ein solcher Anspruch scheitert generell am Umfang der Herausgabepflicht. Mittels einer Eingriffskondiktion kann einzig Wertersatz für das verletzte Recht geltend gemacht werden. Auf vom Schuldner über den objektiven Wert eines beeinträchtigten Rechts hinaus erlangte Vorteile besteht über die Eingriffskondiktion somit kein Zugriff. 279

Die Vorteilsherausgabe aufgrund einer *Geschäftsanmassung* setzt einen Eingriff in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes fremdes Recht voraus. Für Ersparnisbereicherungen ist ein Herausgabeanspruch mangels Verletzung eines solchen Rechts gänzlich zu verneinen. Demgegenüber ist eine Anwendung auf sämtliche Formen der Doppelverträge zu bejahen, da die Verwertungsberechtigung hier mit Abschluss des Erstvertrags auf den Gläubiger übergeht. Bei der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten ist nach dem Zweck der Unterlassungspflicht zu differenzieren. Soll durch die Unterlassungspflicht eine Handlung oder die Verwertung eines bestimmten Rechts innerhalb der Vertragsordnung dem Gläubiger vorbehalten werden, so entsteht diesem im Verletzungsfall ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe. Typische Anwendungsfälle sind die Verletzung eines vertraglichen Konkurrenzverbots und die Pflicht zur Geheimhaltung eines Unternehmensgeheimnisses. Sieht man von einer – unter geltendem Recht nicht rechtfertigbaren – extensiven Auslegung des vorausgesetzten Zuweisungsgehalts ab (reicht also die Verletzung eines lediglich mit „Entziehungsgehalt" versehenen Rechts für den erforderlichen Eingriff noch nicht), so ist eine Vorteilsherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR bei der Verletzung anderer Formen von vertraglichen Unterlassungspflichten, wie derjenigen eines Lärm- oder Publikationsverbots ohne eigene Verwertungsabsichten des Gläubigers, hingegen zu verneinen. 280

G) Mögliche Ausgestaltung eines allgemeinen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe bei Vertragsverletzungen

1. Revision der Geschäftsanmassung

Für eine künftige gesetzliche Verankerung des Anspruchs auf Gewinnherausgabe nach einer opportunistischen Vertragsverletzung kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Zunächst könnte Art. 423 Abs. 1 OR entsprechend revidiert werden, sodass die Bestimmung ausdrücklich auch auf vorsätzlich begangene Vertragsbrüche Anwendung findet. Dazu wäre eine Erweiterung der Zuweisungstheorie in Richtung einer breit anwendbaren Widerrechtlichkeitstheorie begrüssenswert. Mit der Voraussetzung, dass ein Eingriff vorsätzlich bzw. bösgläubig zum Zweck der Vorteilserzielung erfolgt, wird der Anwendungsbereich der Gewinnherausgabe hinreichend limitiert. Es würde 281

sich somit empfehlen, das Vorsatzkriterium sowie eine leicht verständliche Umschreibung des vorausgesetzten Eingriffs in die Bestimmung aufzunehmen. Der revidierte Art. 423 Abs. 1 OR könnte folgendermassen lauten:[540]

> „Greift der Geschäftsführer vorsätzlich zum Zweck der Vorteilserlangung rechtswidrig in Rechte oder Ansprüche des Geschäftsherrn ein, so kann dieser vom Geschäftsführer die aus dem Eingriff entspringenden Vorteile herausverlangen."

282 Insbesondere die Verjährung einer solchen Bestimmung wirft jedoch Fragen auf. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt für Art. 423 OR in Anlehnung an die deliktische Natur der Geschäftsanmassung die relative einjährige[541] Verjährungsfrist von Art. 60 Abs. 1 OR.[542] Wie in der Lehre verschiedentlich festgehalten wird, führt dies jedoch zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des bösgläubigen Geschäftsführers, da die gutgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist unterstellt ist.[543] Erfolgt der Eingriff in Form einer Vertragsverletzung, ist hinsichtlich der Verjährung zudem auch eine Schlechterstellung des Herausgabeanspruchs gegenüber anderen vertraglichen Ansprüchen, wie etwa dem Anspruch auf Schadenersatz, nicht sachgerecht. Folgt die Vorteilsherausgabe auf eine vorsätzliche Vertragsverletzung, hätte für die neue Regelung deshalb die jeweilige vertragliche Verjährung zur Anwendung zu gelangen, d.h., vorbehaltlich besonderer Regelungen, die zehn- bzw. fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 f. OR.[544]

283 Eine Verschiebung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag in den Allgemeinen Teil des OR und eine Einordnung unter das Bereicherungsrecht, wie dies in OR 2020 vorgeschlagen wird, würde mit Blick auf die Gesetzessystematik Sinn machen. Ein Problem könnte allenfalls die Frage der Anspruchskonkurrenz bereiten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesge-

---

[540] Vgl. den aktuellen Wortlaut von Art. 423 Abs. 1 OR: „Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen."

[541] Anlässlich der Revision des Verjährungsrechts im Obligationenrecht hat die Bundesversammlung am 15.6.2018 unter anderem beschlossen, die relative Verjährungsfrist im Deliktsrecht von einem Jahr auf drei Jahre zu verlängern. Das neue Recht tritt am 1.1.2020 in Kraft. An der Ungleichbehandlung von gut- und bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag hinsichtlich der Verjährung ändert dies jedoch nichts.

[542] BGE 126 III 382 E. 4b.ee S. 387; BGer 4A_109/2011 vom 21.7.2011 E. 9.3.1; HUGUENIN, Rz. 2185; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 134, siehe aber N 135.

[543] BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 17; HUGUENIN, Rz. 2184; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 132.

[544] ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 135; SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Rz. 872; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2046.

richts schliessen vertragliche Ansprüche einen gleichzeitigen Anspruch aus Bereicherungsrecht grundsätzlich aus.[545] In strikter Anwendung dieser Regel würde ein vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz eine Berufung auf eine dem Bereicherungsrecht zugehörige Regelung der Vorteilsherausgabe ausschliessen. In der Lehre wird jedoch bereits zum geltenden Recht vertreten, diese Regel habe einzig für das Verhältnis zwischen vertraglichen Ansprüchen und der Leistungskondiktion zu gelten. Tatsächlich schliesst das Bestehen einer vertraglichen Bindung die für die Leistungskondiktion erforderliche rechtsgrundlose Bereicherung aus. Erfolgt die Bereicherung indessen nicht aufgrund einer Zuwendung des Gläubigers, sondern durch einen Eingriff des Schuldners, so spricht nichts dagegen, dass sich der Gläubiger trotz vertraglicher Bindung mit dem Schuldner auf bereicherungsrechtliche Ansprüche berufen können soll.[546]

Auch bei einer Ansiedlung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag im Bereicherungsrecht wären verjährungstechnische Probleme zu beachten. Nach Art. 67 Abs. 1 OR gilt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr[547] ab Kenntnis des Anspruchs. Entsteht der Gewinnherausgabeanspruch aber gestützt auf eine vorsätzliche Vertragsverletzung, so wäre wiederum nicht einzusehen, weshalb der Anspruch (vorbehältlich besonderer Verjährungsbestimmungen des jeweiligen Vertrags) nicht der allgemeinen vertraglichen Verjährung gemäss Art. 127 f. OR unterliegen soll. Eine gesamtheitliche Regelung des Anspruchs auf Vorteilsherausgabe für Vertragsverletzungen und für den Eingriff in absolut geschützte Rechtspositionen drängt sich deshalb nicht auf.[548] 284

2. Revision von Art. 97 OR

Mit Blick auf eine angemessene Lösung hinsichtlich der Verjährung wäre eine Regelung der Vorteilsherausgabe nach vorsätzlichen Vertragsverletzungen im Vertragsrecht selbst zu bevorzugen. Als Ansiedlungsort einer solchen 285

---

545 BGE 135 III 289 E. 6.1 S. 293: „*Aussi longtemps que l'on peut faire valoir une créance découlant d'un contrat, les règles de l'enrichissement illégitime ne peuvent être appliquées*"; BGE 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358; 130 III 504 E. 6.1 S. 510.

546 SCHWENZER, Rz. 59.11; vgl. BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 38a.

547 Auch im Bereicherungsrecht gilt ab 1.1.2020 eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren, vgl. oben Fn. 541.

548 Das in Art. 149 OR 2020 vorgeschlagene einheitliche Fristenregime mit einer relativen Verjährungsfrist von drei Jahren und einer absoluten Frist von 10 Jahren für (fast) alle Arten von Forderungen würde das Verjährungsproblem hingegen lösen, dazu OR 2020-THOUVENIN/PURTSCHERT, Art. 149 N 1 ff.

Regelung bietet sich in erster Linie Art. 97 OR an. Dieser Artikel könnte mit einem Abs. 1bis folgendermassen ergänzt werden:[549]

> [1] Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.
>
> [1bis] Der Gläubiger kann darüber hinaus die Herausgabe der Vorteile verlangen, die der Schuldner durch die Vertragsverletzung unmittelbar erlangt hat, sofern die Vorteilsherausgabe nicht unbillig ist und der Schuldner nicht beweist, dass er nicht vorsätzlich handelte.

a. Vertragsverletzung

286 Die vorausgesetzte Vertragsverletzung würde sich wie gewohnt nach Art. 97 Abs. 1 OR richten. Sie könnte demnach sowohl aus einer nachträglichen verschuldeten Unmöglichkeit wie auch aus einer nicht gehörigen oder verspäteten Erfüllung bestehen.[550] Sie ergibt sich zudem unabhängig davon, ob Handlungs- oder Unterlassungspflichten verletzt werden.[551] Doppelverträge, Ersparnisbereicherungen und die Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten wären somit allesamt vom Begriff der Vertragsverletzung erfasst.

b. Vorteil

287 Für die Definition des Vorteils könnte auf den Begriff des Gewinns im Geschäftsführungsrecht zurückgegriffen werden. Der Vorteil entspräche der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Schuldners und dem hypothetischen Vermögensstand, wie er bei gehöriger Vertragserfüllung anzutreffen wäre. Er könnte zunächst aus einer Verminderung der Passiven bestehen oder einer Zunahme der Aktiven, wie dies beim Doppelvertrag oder bei der Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht der Fall wäre. Zudem könnte der Vorteil aber – wie bei der Ersparnisbereicherung – auch

---

549 Vgl. dazu den Vorschlag bei KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 744; siehe auch den Vorschlag bei WAGNER, A 97: „Hat sich der Ersatzpflichtige vorsätzlich über die Berechtigung des Gläubigers [...] hinweggesetzt, so kann dieser statt des Schadenersatzes die Herausgabe des Gewinns, den der Ersatzpflichtige erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen."

550 BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 7 ff., 25 ff., 32 ff.

551 Siehe Art. 98 Abs. 2 OR.

aus einer unterbliebenen Verminderung der Aktiven bzw. nicht erfolgten Zunahme der Passiven bestehen.[552]

Vor dem Hintergrund, dass gestützt auf Billigkeitsüberlegungen auch nur die Herausgabe eines Teils des erlangten Vorteils möglich sein sollte, müsste sich der Herausgabeanspruch auf den Geldwert des vom Schuldner erlangten Vorteils beziehen. Eine Herausgabe in natura hingegen wäre abzulehnen.[553] Herauszugeben wäre zudem auch hier einzig der Nettovorteil. Der Schuldner könnte also mit der Vorteilserzielung zusammenhängende Aufwendungen wie bspw. Kosten für Verhandlungen oder Überweisungen sowie zusätzliche Personal- oder Produktionskosten vom herauszugebenden Vorteil in Abzug bringen.[554] Ohne die Möglichkeit dieses Abzugs käme der Vorteilsherausgabe Strafcharakter zu. 288

Schwierigkeiten könnten sich bei der Substantiierung des Gewinns ergeben, wobei der Gläubiger hierfür grundsätzlich die Beweislast zu tragen hätte. Beim anwendbaren Beweismass sollte auf den Umstand Rücksicht genommen werden, dass sich der Gewinn in der Sphäre des Schuldners realisiert und dem Gläubiger eine genaue Vorteilsberechnung dadurch erschwert wird. Es sollte hinsichtlich des Bestands und der Höhe des Gewinns deshalb ausreichen, wenn der Gläubiger den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbringt, den der Schuldner selbstverständlich widerlegen könnte.[555] Gleichzeitig hätte für den Schuldner eine einklagbare Pflicht zur Rechenschaftsablegung analog Art. 400 Abs. 1 OR zu gelten.[556] Weigert sich der Schuldner, die nötigen Auskünfte zu erteilen, so wäre diesem Umstand durch eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR Rechnung zu tragen.[557] Der Richter hätte den ziffermässig nicht nachweisbaren Vorteil in diesem Fall nach seinem Ermessen zu schätzen. Dem Schuldner würde es sodann obliegen, den Beweis für in Zusammenhang mit der Vorteilserzielung angefallene Aufwendungen zu erbringen, die er vom herauszugebenden Betrag in Abzug bringen möchte. Dafür sollte wiederum der volle Beweis verlangt werden.[558] 289

552 Vgl. zum Geschäftsführungsrecht BGE 134 III 306 E. 4.1.1 S. 308.
553 **A.M.** wohl SOEFFKY, 123.
554 Siehe oben Rz. 245.
555 Vgl. Art. 70 Abs. 1 OR 2020; OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 70 N 2.
556 Vgl. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 88.
557 Vgl. Art. 70 Abs. 2 OR 2020; OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 70 N 3.
558 Vgl. OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 71 N 5.

c. Konnex zwischen Vertragsverletzung und Vorteilserlangung

290 Zwischen der Vertragsverletzung und der Vorteilserlangung müsste zunächst ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Der Vorteil müsste zudem auch unmittelbar und ursächlich zur Hauptsache auf die Vertragsverletzung zurückzuführen sein.[559] Eine zusätzliche Anspruchsbegrenzung durch das Erfordernis der Adäquanz hingegen macht für die Vorteilsherausgabe wenig Sinn. Es kommt hier nicht darauf an, ob die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, die Vorteilserlangung zu bewirken, denn der Umfang der Vorteilsherausgabe ist von vornherein auf die vom Schuldner erlangte Vermögensverbesserung beschränkt.[560]

291 Aus dem vorausgesetzten Konnex ergibt sich zudem, dass auch eine teilweise Vorteilsherausgabe möglich sein müsste. Ist bspw. bei einem Doppelverkauf die Ware vom Verkäufer zwischen Erst- und Zweitverkauf qualitativ noch verbessert worden, so wäre eine Abschöpfung des gesamten Verletzergewinns nicht gerechtfertigt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Schuldner die eigenen Aufwendungen im Rahmen der Nettovorteilsherausgabe vom geschuldeten Betrag abziehen könnte. Vielmehr müsste hier eine zusätzliche Abwägung vorgenommen werden, zu welchen Teilen der Vorteil unmittelbar auf die Vertragsverletzung und zu welchen Teilen auf die getätigten Anstrengungen des Verkäufers zurückzuführen ist.[561]

d. Vorsatz

292 Da die vertragliche Vorteilsherausgabe in erster Linie einen präventiven und nicht einen bereicherungsrechtlichen Zweck erfüllt, sollten einzig vorsätzliche (einschliesslich eventualvorsätzliche) Vertragsverletzungen den Gläubiger zu einem Anspruch auf Gewinnherausgabe berechtigen.[562] Der Vorsatz müsste sich sowohl auf die Vertragsverletzung wie auch auf den dadurch erlangten Vorteil beziehen. Damit würde die Messlatte der subjektiven Vorwerfbarkeit höher gesetzt als beim Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR. Dort erfüllt auch fahrlässiges Handeln das Verschuldenserforder-

559 Gl.M. SOEFFKY, 119 f.
560 Vgl. NIETLISPACH, 180; SOEFFKY, 119 f.
561 Vgl. SMITH, 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 136; MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 971 f.
562 Vgl. BOCK, Gewinnherausgabe, Rz. 18; KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 744; THEL/SIEGELMAN, 52 William and Mary Law Review 2011, 1216 f.

nis, wobei der Grad des Verschuldens aber im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt wird.[563]

Die in Art. 97 Abs. 1 OR für das Verschulden gesetzlich verankerte Umkehr der Beweislast findet bei der Vorteilsherausgabe eine noch stärkere Berechtigung. Hintergrund der Beweislastumkehr in Art. 97 Abs. 1 OR ist die auf den Vertrag basierende rechtliche Sonderverbindung bzw. das Treueverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Kann der Schuldner die von ihm versprochene Leistung nicht erbringen, so soll es an ihm liegen, dafür die Gründe darzutun. Zudem liegen die Ursachen der Vertragsverletzung regelmässig in der Rechtssphäre des Schuldners.[564] Erlangt der Schuldner durch eine Vertragsverletzung einen Vorteil, so wiegt der Vorwurf der nicht erbrachten Leistung noch schwerer. Auch im Rahmen der Vorteilsherausgabe sollte deshalb der Schuldner darlegen müssen, dass er seine vertragliche Pflicht nicht vorsätzlich zur eigenen Vorteilsverschaffung verletzt hat. Die sachgerechte Beweislastverteilung spricht damit zusätzlich für eine getrennte Regelung der Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen und der Verletzung absoluter Rechte. 293

e. Beschränkungskriterium Billigkeit

Die Aufnahme des Billigkeitskriteriums würde bezwecken, dass die Gerichte in bestimmten Fällen trotz Vorliegen sämtlicher Tatbestandselemente auf eine Vorteilsherausgabe verzichten oder diese auf eine teilweise Herausgabe beschränken könnten. So wäre auf eine Vorteilsabschöpfung zu verzichten, wenn dem Gläubiger aus der Vertragsverletzung keine nennenswerten Nachteile erwachsen. Zu denken ist bspw. an den Doppelverkauf einer vertretbaren Sache, bei dem der Verkäufer dem Käufer rechtzeitig die Möglichkeit eines Ersatzkaufs unter gleichen Bedingungen anzeigt. Resultiert aus einer Vertragsverletzung kein signifikanter Nachteil für den Gläubiger, so ist ein auf Prävention abgestützter Anspruch auf Vorteilsherausgabe verfehlt.[565] Für die sachgerechte Beurteilung solcher Fälle soll den Gerichten mit Aufnahme des Billigkeitskriteriums der nötige Spielraum verschafft werden. 294

563 Siehe Art. 99 Abs. 1 OR; dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 99 N 4 ff., 18; vgl. A. KOLLER, Rz. 48.51, 48.54.

564 BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 42; vgl. SCHWENZER, Rz. 22.30.

565 Vgl. KÖNDGEN, RabelsZ 56 (1992), 730.

f. Verhältnis zum Anspruch auf Schadenersatz

295 Der Anspruch auf Vorteilsherausgabe nach dem vorgeschlagenen Art. 97 Abs. 1bis OR hätte parallel zum Anspruch auf Schadenersatz nach Abs. 1 zu bestehen. Die Ansprüche könnten zusammen geltend gemacht werden, wobei jedoch keine betragsmässige Kumulation möglich wäre. Vielmehr würden die beiden Ansprüche ineinander aufgehen.[566] So verringert die Leistung von Schadenersatz durch den Schuldner einen allfällig von ihm realisierten Gewinn. Und muss der Schuldner einen erlangten Vorteil an den Gläubiger herausgeben, so reduziert dies gleichzeitig einen allfällig beim Gläubiger eingetretenen Schaden. Die beiden Ansprüche sollten somit nebeneinander geltend gemacht werden können, wobei die Leistung von Schadenersatz und die Vorteilsherausgabe einander angerechnet würden.

3. Einzelfallgerechtigkeit nach Art. 2 Abs. 1 ZGB

296 Solange sich für den Bereich der vertraglichen Vorteilsabschöpfung keine Gesetzesrevision abzeichnet, kommt nebst den aufgezeigten bestehenden Möglichkeiten der Gewinnherausgabe hauptsächlich eine gesetzesfortbildende Ableitung eines Herausgabeanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 ZGB in Betracht. Nach dieser Bestimmung hat „jedermann [...] in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln." Dieser „Grundsatz allgemeinster Art"[567] dient auf der einen Seite als Generalklausel und ist bspw. bei der Auslegung von Gesetzes- oder Vertragsbestimmungen zu beachten.[568] Andererseits berechtigt Art. 2 Abs. 1 ZGB die Gerichte bei Vorliegen besonderer Umstände, welche den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen, auch direkt zur gerechten Einzelfallentscheidung und richterlichen Rechtsfortbildung.[569]

297 Dies ist indessen mit der gebotenen Zurückhaltung anzugehen. Nach der Rechtsprechung ist die richterliche Rechtsfortbildung grundsätzlich einzig bei sog. echten Gesetzeslücken zulässig, bei denen der Gesetzgeber etwas nicht regelt, obwohl er eine Regelung hätte bereitstellen sollen. Handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen, d.h. hat der Gesetzgeber eine Frage stillschweigend negativ beantwortet, bleibt kein Platz für die Lückenfüllung.[570] Besteht

---

566 Vgl. BGE 133 III 153 E. 2.5 S. 160; OR 2020-CHAPPUIS/WERRA, Art. 69 N 4; GAUCH, FS Walter, 316.
567 BGE 83 II 345 E. 2 S. 348 f.
568 BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 1, 11 ff.
569 BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 3; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 ZGB.
570 BGE 138 II 1 E. 4.2 S. 3; 135 III 385 E. 2.1 S. 386; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 30 f.

jedoch eine vom Gesetzgeber getroffene Regelung, welche im Einzelfall unbefriedigend ist (sog. unechte Gesetzeslücke), so dürfen die Gerichte bei besonders stossenden Ergebnissen abweichende Entscheidungen treffen.[571]

298 Die Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen hat der Gesetzgeber im OR abschliessend geregelt. Das Fehlen eines allgemeinen Gewinnherausgabeanspruchs nach Vertragsbruch ist deshalb als qualifiziertes Schweigen zu verstehen. Fraglich bleibt damit einzig, ob der fehlende Anspruch des Gläubigers auf Vorteilsherausgabe in bestimmten Fällen zu derart stossenden Ergebnissen führt, dass eine Gewinnabschöpfung gestützt auf Art. 2 Abs. 1 ZGB gerechtfertigt ist. Denkbar sind solche Fälle ohne weiteres. Diese müssen dabei nicht zwingend die staatspolitische Brisanz des Urteils *Attorney General v. Blake* aufweisen.[572]

299 In erster Linie kommen dafür Fälle in Frage, in denen eine besondere Schutzbedürftigkeit des Gläubigers oder anderweitiger vom Schutzbereich des Vertrags umfasster Personen gegeben ist. Eine solche Schutzbedürftigkeit liegt bspw. vor, wenn im Rahmen einer Ersparnisbereicherung das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdet wird – etwa bei der Bereitstellung einer (günstigeren) nicht medizinisch geschulten Person statt des zugesicherten ausgebildeten Arztes als Begleitung einer waghalsigen Expedition. Unabhängig davon, ob hier Personen tatsächlich zu Schaden kommen, besteht eine hinreichende Missachtung des Handlungsgebots nach Treu und Glauben mit gleichzeitig genügend starkem Präventionsbedürfnis, um einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe gestützt auf Art. 2 Abs. 1 ZGB zu begründen.

300 Gleiches muss auch für die Verletzung von „ethischen" Vertragsklauseln gelten, die oftmals keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Gegenwert aufweisen. So wäre es bspw. treuewidrig, wenn ein Unternehmer bei der Herstellung eines Werks vertraglich vereinbarte soziale oder ökologische Standards willentlich missachtet, weil er weiss, dass ihn mangels quantifizierbaren Schadens des Gläubigers keine Ersatzpflicht trifft, er aber durch die tieferen Produktionskosten einen Vorteil erzielen kann. Aus Präventionsgründen muss es auch in solchen Fällen möglich sein, gestützt auf Art. 2 Abs. 1 ZGB die Vorteilsherausgabe an den Gläubiger anzuordnen.

301 Die Rechtsprechung könnte für eine auf Art. 2 Abs. 1 ZGB gestützte Vorteilsherausgabe mit der Zeit Fallgruppen erstellen. Die beiden soeben erwähnten Beispiele könnten dafür ein Ausgangspunkt sein. Ein so begründeter Gewinnherausgabeanspruch würde sich nahtlos in bestehende Ausgestaltungen des Grundsatzes von Treu und Glauben einreihen, wie etwa die Vertrauens-

571 BGE 138 II 1 E. 4.2 S. 3 f.; 136 III 96 E. 3.3 S. 100; 120 III 131 E. 3b S. 134.
572 Siehe zu diesem Urteil oben Rz. 81 ff.

haftung, die Begründung vertraglicher Nebenpflichten oder die *clausula rebus sic stantibus*.[573]

H) Fazit

302 In Gesetz, Rechtsprechung und Lehre materialisiert sich verschiedentlich das Bedürfnis, einer vertragsbrüchigen Partei einen durch die Verletzung erworbenen Vorteil zu entziehen. In Kapitel IV wurde aufgezeigt, dass ein Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von vorsätzlich erlangten Verletzergewinnen tatsächlich sachgerecht ist. Das vorliegende Kapitel hat nun ergeben, dass die Vorteilsherausgabe nach gewinnbringenden Vertragsverletzungen im schweizerischen Zivilrecht keine einheitliche Handhabung erfährt. Ausdrücklich vorgesehen ist die Pflicht zur Gewinnherausgabe nur für einige wenige Vertragsverletzungen, wie etwa die Verletzung des in Art. 464 OR stipulierten Konkurrenzverbots für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte. Für die übrigen Fälle gewinnbringender Vertragsverletzungen richtet sich ein allfälliger Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nach den allgemeinen obligatorischen Anspruchsgrundlagen.

303 Gestützt auf die neuere (kantonale) Rechtsprechung ist zunächst bei der Doppelvermietung eine Vorteilsherausgabe über den Commodumanspruch möglich. Nach überwiegender Lehre ist der Anspruch auf das stellvertretende Commodum zudem beim gewinnbringenden Doppelverkauf einschlägig. Wie erläutert wurde, hat dies über jene beiden Fälle hinaus für alle Formen des *Doppelvertrags* zu gelten. Eine Vorteilsabschöpfung muss hier gleichzeitig auch über die Bestimmungen zur Geschäftsanmassung möglich sein. Auch bei der *Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten* lassen sich mit dem Commodumanspruch sowie, sofern dem Gläubiger durch die Unterlassungspflicht des Schuldners ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft werden soll, mit der Geschäftsanmassung zwei taugliche Grundlagen für eine Vorteilsherausgabe finden. Aufgrund der eher seltenen Beurteilung solcher Fälle durch die oberen Gerichte sind die Erfolgschancen einer entsprechenden Klage jedoch nur schwer einzuschätzen. Für *Ersparnisbereicherungen* lässt sich demgegenüber aus keiner der geprüften Anspruchsgrundlagen des OR ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung ableiten. Hinsichtlich einer Vorteilsherausgabe nach opportunistischen Vertragsverletzungen erweist sich das Schweizer Recht damit als lückenhaft.

304 Aus dieser Erkenntnis ergibt sich die Notwendigkeit, die Herausgabe von durch Vertragsverletzung erzielten Vorteilen einheitlich zu regeln. Dies gebieten sowohl allgemeine Gerechtigkeitsgedanken wie auch der Grundsatz

573 Siehe dazu BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16 ff.

der Rechtssicherheit. Eine Grundlage für die Vorteilsherausgabe könnte zunächst im Recht der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag oder – im Rahmen einer systematischen Neuplatzierung der Eigengeschäftsführung in den Allgemeinen Teil des OR – im Bereicherungsrecht angesiedelt werden. Dabei wäre bei der Verletzung relativer Rechte auf der einen und der Verletzung absoluter Rechte auf der anderen Seite jedoch die nötige Differenzierung hinsichtlich der Verjährung vorzunehmen.

Systematisch weniger intrusiv wäre die Belassung der Geschäftsanmassung als Grundnorm für die Gewinnherausgabe bei der Verletzung absoluter Rechte unter Schaffung einer neuen, speziellen Regel im Vertragsrecht zur Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen. Idealerweise würde eine solche Bestimmung in Art. 97 OR angesiedelt. Die Vorteilsherausgabe sollte sich dabei auf Fälle beschränken, in denen ein Schuldner seine vertraglichen Pflichten vorsätzlich mit dem Zweck der Vorteilserlangung verletzt. Die sich aus dem Vertrag ergebende rechtliche Sonderverbindung und die daraus fliessenden Treuepflichten wären zudem wie bei Art. 97 Abs. 1 OR bei der Beweislastverteilung zu berücksichtigen. Mit einer neuen Regelung könnten die Fallgruppen des Doppelvertrags, der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten sowie der Ersparnisbereicherung eine einheitliche und transparente Handhabung erfahren. 305

Unter geltendem Recht erweist sich schliesslich Art. 2 Abs. 1 ZGB als hinreichende gesetzliche Grundlage, um in Einzelfällen zwecks Verhinderung besonders unbilliger Ergebnisse eine Vorteilsherausgabe anzuordnen. Eine Gewinnabschöpfung gestützt auf diese Bestimmung kommt jedoch nur in Ausnahmefällen, d.h. bei qualifiziert treuewidrigem Verhalten des Schuldners, in Betracht. In Frage kommt dies hauptsächlich bei Ersparnisbereicherungen, sofern eine besonders hohe Schutzbedürftigkeit des Gläubigers oder Dritter oder ein spezielles öffentliches Präventionsbedürfnis besteht. 306

VI. Vorteilsherausgabe in internationalen Regelwerken

A) Einleitung und Übersicht

In einer globalisierten Welt werden Verträge, insbesondere Handelsverträge, zu einem gewichtigen Teil grenzüberschreitend abgeschlossen. Für ein Exportland wie die Schweiz ist der internationale Handel besonders wichtig. Im Jahr 2017 hat die Schweiz Waren im Wert von CHF 220 Mrd.[574] sowie Dienstleistungen im Wert von CHF 119 Mrd.[575] ins Ausland exportiert. Bei einem BIP von ca. CHF 659 Mrd.[576] wird in der Schweiz damit ungefähr jeder zweite Franken im internationalen Handel verdient. Ein reibungsloser Ablauf des internationalen Handels verlangt jedoch klare rechtliche Rahmenbedingungen. Dies kann zunächst durch eine Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts bzw. der Kollisionsnormen erreicht werden. Noch mehr führt aber eine Harmonisierung des materiellen Privatrechts selbst zu Transparenz.[577] Die Schweiz hat somit ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, an der internationalen Vereinheitlichung des Handelsrechts mitzuwirken.[578] 307

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend zunächst geprüft werden, inwiefern das weltweit wichtigste internationale Übereinkommen im Bereich des Kaufrechts, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe gewährt. Weiter sollen drei „akademische" Vereinheitlichungsprojekte auf Möglichkeiten der vertraglichen Gewinnherausgabe untersucht werden. Dies 308

574 Eidgenössische Zollverwaltung, Kennzahlen des Schweizer Aussenhandels 2017, Konjunkturelles Total, abrufbar unter https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/daten/kennzahlen.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

575 Schweizerische Nationalbank, Zahlungsbilanz und Auslandvermögen der Schweiz, abrufbar unter https://data.snb.ch/de/topics/aube#!/cube/bopserva, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

576 Bundesamt für Statistik, Bruttoinlandprodukt, wobei hier mangels aktueller Angaben auf das BIP von 2016 abgestellt wird, abrufbar unter https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/volkswirtschaft.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

577 Vgl. FERRARI, 24 Georgia Journal of International and Comparative Law 1996, 467 ff.

578 Siehe hierzu bspw. das Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law aus dem Jahr 2012: „*In Switzerland's view, […] UNCITRAL ought to discuss and assess whether the practical needs of today's and tomorrow's international business communities might not be better served by uniform rules covering the full array of legal relationship.*", UNCITRAL, Possible future work in the area of international contract law, UN Doc. A/CN.9/758 vom 8.5.2012, S. 3.

sind die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (UNIDROIT Principles), die *Principles of European Contract Law* (PECL) und der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

B) CISG

1. Einleitung

309 Das CISG regelt den internationalen Kaufvertrag zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (autonome Anwendung) oder wenn das anwendbare internationale Privatrecht auf das Recht eines Vertragsstaats verweist (kollisionsrechtliche Anwendung).[579] Das CISG stellt damit kein *soft law* dar, sondern findet, sofern ein Sachverhalt in seinem Anwendungsbereich liegt und vorbehältlich einer Abwahl durch die Vertragsparteien, als *hard law* zwingend Anwendung. Trotz einer anfänglichen und zum Teil hartnäckig andauernden Skepsis in der Praxis geniesst das CISG heute weltweite Anerkennung und Anwendung. Gemäss der chronologischen Auflistung der Mitgliedstaaten von UNCITRAL hat Palästina das Übereinkommen im Dezember 2017 als 89. Mitglied ratifiziert.[580] Mit der Ausnahme des Vereinigten Königreichs und dem umstrittenen Fall Hong Kongs[581] sind die zehn weltweit führenden Handelsnationen allesamt Vertragsstaaten des CISG.[582] Bis zu 80% aller internationalen Kaufverträge werden damit potentiell im Anwendungsbereich des CISG abgeschlossen.[583] Nicht in all diesen Fällen wird das CISG im Streitfall aber tatsächlich auch angewendet, denn nach wie vor wird das Übereinkommen von den Vertrags-

---

579 SHK CISG-BRUNNER/MANNER/SCHMITT, Art. 1 N 3, 8 ff.; UNCITRAL Digest 2016, Art. 1 CISG Rz. 3, 9, 14.

580 UNCITRAL, Chronological table of actions, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), abrufbar unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status_chronological.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

581 Die Eigenschaft als Vertragsstaat bejahend Electrocraft Arkansas, Inc. v. Super Electric Motors, Ltd., 2009 WL 5181854, cisg-online 2093 (U.S. D.C. E.D. Ark.); SCHROETER, 16 Pace International Law Review 2004, 332; die Eigenschaft hingegen verneinend OLG Koblenz, 10.8.2015, cisg-online 2911; französischer Cour de cassation, 2.4.2008, cisg-online 1651.

582 Dazu zählen China, die Vereinigten Staaten, Deutschland, Japan, die Niederlande, Frankreich, Südkorea und Italien, siehe dazu WTO, World Trade Statistical Review 2017, table A6, S. 102, abrufbar unter https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2017_e/wts2017_e.pdf, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

583 UNCITRAL, Possible future work in the area of international contract law, UN Doc. A/CN.9/758 vom 8.5.2012, S. 3.

parteien häufig wegbedungen.[584] Dennoch gilt das CISG aufgrund seines weitreichenden Anwendungsbereichs mit Recht als „*mother of all modern conventions on the law of specific contracts*".[585]

Nebst seinem eigentlichen Anwendungsbereich ist das CISG zusätzlich auch eine wichtige Inspirationsquelle für anderweitige internationale Vereinheitlichungen des Kaufrechts. Globale Projekte wie die UNIDROIT Principles oder auch europäische Projekte wie die PECL, der DCFR oder das *Draft Common European Sales Law* (DCESL) haben zahlreiche fundamentale Ansätze des CISG übernommen.[586] Gleiches gilt auch für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.[587] Deren Definition der vertragsgemässen Ware in Art. 2 stützt sich unverkennbar auf Art. 35 CISG.[588] Erwähnenswert ist zudem der *Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général*, welcher von der *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) erlassen wurde und der sich ausdrücklich an den UNIDROIT Principles und damit indirekt auch am CISG orientiert.[589] 310

Der Einfluss des CISG ist zudem auch in verschiedenen nationalen Kaufrechten nicht zu übersehen. Finnland und Schweden bspw. haben das CISG als Modell für Revisionen ihrer jeweiligen Kaufrechte verwendet.[590] Norwegen hat das CISG mit einigen Modifikationen sogar direkt als nationales Kaufrecht implementiert.[591] Revisionen des deutschen sowie des niederländischen Kaufrechts haben sich ebenfalls vom CISG bzw. dessen beiden Vorgänger 311

584 Vgl. SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 463 f.

585 KRONKE, Journal of Law and Commerce 2005, 458.

586 SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 29; SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 461 f.; UNCITRAL, Possible future work in the area of international contract law, UN Doc. A/CN.9/758 vom 8.5.2012, S. 3.

587 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (VerbrGKRL).

588 Siehe für weitere Parallelen SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 29; SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 461 f.

589 FONTAINE, 9 Uniform Law Review 2004, 253 ff.; SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 29; SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 462.

590 SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 462 f.; KUOPPALA, 1.2.2.3.

591 SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 30.

ULIS und ULFIS inspirieren lassen.[592] Das Gleiche gilt sodann auch in verschiedenen asiatischen Staaten. Im neuen chinesischen Obligationenrecht bspw. sind verschiedene Merkmale des CISG zu finden.[593] Und auch Entwürfe für eine Revision des japanischen Kaufrechts haben sich in der Vergangenheit auf die Systematik des CISG gestützt.[594]

312 Im Folgenden soll die Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen im Anwendungsbereich des CISG geprüft werden. Dazu wird vorab ein Überblick über die verschiedenen bestehenden Lehrmeinungen verschafft. In der darauffolgenden Untersuchung erfolgt zunächst eine Abklärung, ob die Vorteilsherausgabe überhaupt in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Die Gewinnherausgabe ist sodann auf ihre Kompatibilität mit den allgemeinen Grundsätzen des CISG zu prüfen. Schliesslich werden verschiedene spezielle Bestimmungen des Übereinkommens als mögliche Grundlage eines Herausgabeanspruchs untersucht.

2. Lehrmeinungen zum Anspruch auf Vorteilsherausgabe

313 Ob unter dem CISG ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe besteht, ist umstritten. Eine ausdrückliche Bestimmung zur Gewinnabschöpfung sucht man im Übereinkommen jedenfalls vergebens. Der CISG Advisory Council hat sich zu einem solchen Anspruch bisher nicht geäussert[595], in der weiteren Lehre wird ein Anspruch auf Gewinnherausgabe aber überwiegend verneint. HONSELL etwa vertritt die Meinung, dass der Schadenersatzanspruch keinen Zugriff auf einen Verletzergewinn erlaubt, weil dies dem Kommerzialisierungsverbot widerspricht. Da das CISG Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen abschliessend regle, könne auch nicht auf anderweitige Herausgabeansprüche der nationalen Rechte zurückgegriffen werden.[596] Auch nach MAGNUS ist es dem Käufer verwehrt, einen Verletzergewinn des Verkäufers herauszuverlangen oder als Grundlage für die eigene Schadensberechnung zu verwenden, da sich dies nicht mit dem Ausgleichsprinzip des CISG vertrage.[597] BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI halten ebenfalls fest, dass das CISG keine Ersatzleistung bzw. keine *restitutionary damages* anerkennt

---

592 SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 30; vgl. SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 463.

593 SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005, 30 f.; SCHWENZER/HACHEM, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 463.

594 UNCITRAL, Possible future work in the area of international contract law, UN Doc. A/CN.9/758 vom 8.5.2012, S. 3.

595 Am ehesten wäre dafür wohl die CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, in Frage gekommen.

596 HONSELL, SJZ 88/1992, 361.

597 Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 74 N 18.

für den Fall, dass eine Partei durch Vertragsverletzung einen Gewinn erzielt.[598]

Auch nach Auffassung von SCHÖNLE/TH. KOLLER kann eine Gewinnherausgabe nicht unter dem Titel Schadenersatz geltend gemacht werden. Da sich das CISG nur mit der unfreiwilligen Vermögensverminderung des Gläubigers und nicht mit dem Schicksal der unzulässigen Vermögensvermehrung des Schuldners befasse, würden Ansprüche auf Gewinnherausgabe nach nationalem Recht hingegen nicht verdrängt. Nebst Schadenersatz komme somit bspw. auch ein Anspruch auf Gewinnherausgabe aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage.[599] 314

Nach anderer Meinung ist ein durch Vertragsverletzung erzielter Vorteil in bestimmten Konstellationen bei der Schadensberechnung zu beachten. Gemäss SCHMIDT-AHRENDTS definiert der Wortlaut von Art. 74 CISG den Schaden als „*sum equal to the loss*“, verzichtet aber auf eine explizite Definition des Terms *loss*. Oft falle es geschädigten Parteien schwer, den von ihnen erlittenen Verlust genau zu beziffern, auch wenn das Eintreten eines Verlusts an sich unbestritten sei. In solchen Situationen sei eine flexible Methode der Verlustberechnung angezeigt, welche auf den vom Schuldner erzielten Gewinn abstützen dürfe.[600] 315

SCHWENZER ist ihrerseits der Ansicht, dass sich ein Anspruch auf Gewinnherausgabe für gewisse Fälle direkt aus dem CISG ableiten lässt. Sie identifiziert drei Szenarien, in denen das *performance principle* eine Herausgabe des Verletzergewinns an den Gläubiger verlangt. Dies sind der Doppelverkauf, die vertragswidrige Missachtung von sozialen oder ökologischen Produktionsstandards sowie die vertragswidrige Belieferung eines bestimmten Markts.[601] Einen Gewinnherausgabeanspruch beim Doppelverkauf bejaht auch HARTMANN, wenngleich mit anderer Begründung. Ihm zufolge stützt sich der Herausgabeanspruch auf eine analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 CISG über die Pflicht des Verkäufers zur Herausgabe von Ersatzvorteilen.[602] 316

598 SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 18.
599 Zum Ganzen Honsell CISG-SCHÖNLE/TH. KOLLER, Art. 74 N 5; vgl. auch DEMIR, 133; MüKo BGB-HUBER, Art. 74 CISG N 16.
600 SCHMIDT-AHRENDTS, 97 f.
601 Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 45.
602 HARTMANN, IHR 5/2009, 198 f., 201.

3. Regelungsgegenstand des CISG

317 Zu prüfen ist zunächst, ob ein Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns in den Regelungsgegenstand des CISG fällt, oder ob es sich um eine externe Lücke handelt, was den Rückgriff auf entsprechende Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts erlauben würde.[603] Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht dazu geäussert. Das Oberste Gericht Israels hat 1988 in einem dem CISG-Vorgänger ULIS unterliegenden Fall für eine Vorteilsherausgabe jedoch auf nationales Recht zurückgegriffen:

> **Oberstes Gericht Israels, *Adras v. Harlow & Jones*, Doppelverkauf von Stahl:** Eine israelische Unternehmung hatte mit einem deutschen Vertreiber einen Kaufvertrag über 7‘000 Tonnen Stahl per CIF Haifa abgeschlossen. Aufgrund des Jom-Kippur-Kriegs war der Seezugang nach Haifa im Oktober 1973 vorübergehend gesperrt, weshalb sich die Lieferung des Stahls verspätete. Im April 1974 teilte der Vertreiber der Käuferin mit, aufgrund zu hoher Lagerkosten würden die letzten knapp 2‘000 Tonnen Stahl an eine Drittpartei verkauft. Im Zeitpunkt des Zweitverkaufs war der Preis für Stahl vorübergehend gestiegen, weshalb der Vertreiber durch den Zweitverkauf einen zusätzlichen Gewinn erzielen konnte. Die Käuferin verlangte daraufhin Schadenersatz und die Herausgabe des durch den Zweitverkauf erzielten Gewinns. Das Gericht wies zunächst die geltend gemachten Schadenersatzansprüche der Käuferin ab, da es diese unterlassen hatte, den Vertrag rechtzeitig aufzuheben.[604] Es bejahte jedoch die Anspruchskonkurrenz zwischen dem ULIS und Ansprüchen aus *unjust enrichment* nach israelischem Recht und hiess den Gewinnherausgabeanspruch der Käuferin gestützt auf nationales Recht gut.[605]

318 Dass das Gericht der israelischen Käuferin die Herausgabe des vom Stahlvertreiber erzielten Gewinns zusprach, mag im Ergebnis berechtigt sein. Der Begründung hingegen kann nicht gefolgt werden, steht sie doch in direktem Widerspruch zum Anliegen des ULIS, das Recht des internationalen Waren-

---

603 Zum Begriff der internen und externen Lücke siehe SHK CISG-BRUNNER/MURMANN/STUCKI, Art. 4 N 3 f.

604 Art. 75 Ziff. 1 ULIS lautet: „*Where, in the case of contracts for delivery of goods by instalments, by reason of any failure by one party to perform any of his obligations under the contract in respect of any instalment, the other party has good reason to fear failure of performance in respect of future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so promptly.*“

605 Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.), besprochen in FRIEDMANN, 104 Law Quarterly Review 1988, 383 ff.

handels zu vereinheitlichen. Der Entscheid wurde dementsprechend auch kritisiert, so insbesondere von SCHLECHTRIEM[606] und REICH[607].

Der Vereinheitlichungsgedanke des ULIS liegt auch dem CISG zugrunde. 319
Ausgangspunkt einer allfälligen Regelung der Vorteilsherausgabe ist Art. 4 CISG über den Anwendungsbereich des Übereinkommens. Nach Art. 4 CISG regelt das Übereinkommen „den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers". Damit bringt das CISG unmissverständlich zum Ausdruck, dass es grundsätzlich *sämtliche* Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung abschliessend regelt.[608] Beim Rückgriff auf nationales Recht ist hier äusserste Vorsicht geboten, um das Übereinkommen nicht in einem seiner Herzstücke zu untergraben.[609] Auch das Schicksal des Vermögens des Schuldners nach einer von ihm begangenen Vertragsverletzung liegt folglich im Anwendungsbereich des CISG.[610] Es handelt sich hierbei um eine interne Lücke, welche gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG in erster Linie nach den allgemeinen dem Übereinkommen zugrunde liegenden Grundsätzen zu füllen ist.[611] Eine solche Lückenfüllung darf und muss auch geltungszeitlich erfolgen und hat nationale Rechtsentwicklungen zu berücksichtigen.[612]

Für das CISG sollte dem erwähnten israelischen Urteil somit keine Bedeu- 320
tung beigemessen werden. Die Ansprüche eines enttäuschten Käufers nach einer Schlecht- oder Nichterfüllung ergeben sich nicht aus dem anderweitig anwendbaren nationalen Recht, sondern einzig aus dem CISG. Dies muss auch für allfällige Ansprüche auf einen vom Verkäufer erlangten Vorteil gelten, wenn er diesen Vorteil auf der Grundlage eines Vertragsbruchs erlangt

606 SCHLECHTRIEM, Juridisk Tidskrift 1991/92, 13: „*In this instance, the rules of the Convention and its requirement for certain remedies were pushed aside by a restitutionary remedy under domestic law.*"

607 REICH, in case abstract (cisg-online 2722) zu Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.): „*It must be noted, as a critique of this decision, that resorting to domestic legal doctrines that are not recognized as general principles in ULIS is problematic, being inconsistent with the objective of ULIS to provide uniformity in international trade law.*"

608 HONSELL, SJZ 88/1992, 361.

609 Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER/HACHEM, Art. 4 N 19.

610 HONSELL, SJZ 88/1992, 361; MüKo HGB-MANKOWSKI, Art. 74 CISG N 9; HARTMANN, IHR 5/2009, 190; **a.M.** Honsell CISG-SCHÖNLE/TH. KOLLER, Art. 74 N 5; DEMIR, 133.

611 So auch Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 74 N 18, der den Anspruch auf Gewinnherausgabe allerdings verneint.

612 BOCK, FS Schwenzer, 184 f.; vgl. dazu die Sammlung von Länderberichten zur Vorteilsherausgabe bei HONDIUS/JANSSEN und insb. deren Schlussfolgerung auf S. 499 ff.

hat.[613] Nationales Bereicherungsrecht kommt dagegen etwa bei der Rückerstattung von Leistungen aufgrund eines ungültigen bzw. nichtigen Vertrags oder nach Zahlung einer Nichtschuld zur Anwendung.[614]

321 Ein Herausgabeanspruch des Käufers muss sich hingegen nur dann aus dem CISG ergeben, wenn die Vorteilsabschöpfung als Folge der Verletzung einer *kaufvertragsrechtlichen Pflicht* in Frage steht. Gegebenenfalls sind die verschiedenen aus einem Vertrag fliessenden Pflichten der Parteien zunächst zu qualifizieren. Beim Doppelverkauf wird es sich klar um eine Verletzung des Kaufvertrags handeln. Die Übergabe der Kaufsache entspricht schliesslich der Hauptpflicht eines Verkäufers. Auch eine Ersparnisbereicherung kann unter den Anwendungsbereich des CISG fallen, denn nach Art. 3 Abs. 1 CISG findet das Übereinkommen auch Anwendung auf „Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware". Verletzt ein Verkäufer bzw. Werklieferant eine vertragliche Pflicht im Herstellungsprozess, wird es sich somit regelmässig um eine Vertragsverletzung nach Art. 35 CISG handeln. Bei an den Kaufvertrag gekoppelten Unterlassungspflichten hingegen ist fraglich, ob auch diese vom Anwendungsbereich des CISG erfasst werden. Bei einem Kaufvertrag kommt am ehesten eine Alleinvertriebsabrede zwischen den Parteien in Frage. Solche Abreden richten sich gemäss fast einhelliger Rechtsprechung und Lehre nicht nach dem CISG, sondern nach dem subsidiär anwendbaren Recht.[615] Auch Geheimhaltungsvereinbarungen haben keinen spezifischen kaufvertraglichen Charakter, weshalb sie grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen.[616]

322 Ob das CISG einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe vorsieht, ist schliesslich dann nicht von Belang, wenn die Parteien eine solche Rechtsfolge selber in ihrem Vertrag gültig vereinbart haben. Es handelt sich in einem solchen Fall um eine besondere Form der Konventionalstrafe, die unabhängig eines tatsächlich eingetretenen Schadens geschuldet ist. Wie unter schweizerischem

---

613 So auch HARTMANN, IHR 5/2009, 190; vgl. Electrocraft Arkansas, Inc. v. Super Electric Motors, Ltd., 2009 WL 5181854, cisg-online 2093 (U.S. D.C. E.D. Ark.); vgl. ferner Miami Valley Paper, LLC v. Lebbing Engineering & Consulting Gmbh, 2009 WL 818618 (U.S. D.C. S.D. Oh. 2009), 12, wo ein Anspruch gestützt auf *unjust enrichment* bei Vorliegen eines Vertrags generell ausgeschlossen wird.

614 Zur Anwendbarkeit des nationalen Bereicherungsrechts neben dem CISG bei Zahlung einer Nichtschuld siehe BGer 4C.144/2004 vom 7.7.2004 E. 4.3.

615 Siehe z.B. Adonia Holding GmbH v. Adonia Organics LLC, 16.12.2014, cisg-online 2951 (U.S. D.C. Ariz.), II.A.1; KG Schaffhausen, 23.4.2002, cisg-online 731, E. 2; OLG Düsseldorf, 11.7.1996, cisg-online 201; SHK CISG-BRUNNER/FEIT, Art. 3 N 13; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 1 N 37.

616 Vgl. aber Honsell CISG-SCHNYDER/STRAUB, Art. 53 N 14 f., wonach die Rechtsbehelfe nach Art. 61 ff. CISG auch bei der Verletzung nicht typisch kaufvertraglicher Zusatzpflichten zur Verfügung stehen, sofern dies sinnvoll ist; so auch Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 53 N 36.

Recht ist auch hier festzuhalten, dass der Konventionalstrafe entgegen ihrer Bezeichnung keine Straffunktion zukommt.[617] Während Zustandekommen und Wirkungen einer solchen Vertragsklausel dem CISG unterliegen, richtet sich deren materielle Gültigkeit nach dem subsidiär anwendbaren nationalen Recht.[618]

4. Vorteilsherausgabe und die allgemeinen Grundsätze des CISG

a. Principle of sanctity of contracts und principle of good faith

Art. 7 Abs. 2 CISG sieht für den Fall interner Lücken vor, dass diese in erster Linie in Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens zu füllen sind. Es fragt sich also, ob eine Vorteilsherausgabe mit diesen Grundsätzen in Einklang steht.[619] Als fundamentale Grundsätze des Übereinkommens gelten zunächst das *principle of sanctity of contracts* bzw. *pacta sunt servanda* sowie das *principle of good faith*.[620] Bereits diese Grundsätze lassen erkennen, dass es einem Verkäufer verwehrt sein sollte, aus einem vorsätzlichen Vertragsbruch einen Vorteil zu erzielen. Ein Vertragsbruch mit dem Zweck der Gewinnsteigerung respektiert das gegenseitige Versprechen auf vertragsgemässe Leistung nicht. Ebenso wenig handelt es sich bei einer solchen Vertragsverletzung um ein Handeln in guten Treuen. Die Erwartungen des Vertragspartners aus eigennützigen Interessen zu enttäuschen, lässt sich mit diesen Prinzipien nicht vereinbaren. Eine auf Prävention ausgerichtete Gewinnherausgabe wäre vor diesem Hintergrund somit zweckmässig. 323

b. Paramount performance principle

Unter dem *paramount performance principle* stellt das CISG das Interesse an der tatsächlichen Vertragserfüllung über das Interesse eines Gläubigers, für Schlecht- oder Nichterfüllungen finanziell kompensiert zu werden.[621] Das 324

617 Siehe oben Rz. 162.

618 Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. a CISG; SHK CISG-BRUNNER/MURMANN/STUCKI, Art. 4 N 37; SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 53; MüKo BGB-HUBER, Art. 74 CISG N 57; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 4 N 61.

619 Zur unmittelbaren Ableitung eines Gewinnherausgabeanspruchs aus den allgemeinen Grundsätzen des CISG siehe BOCK, FS Schwenzer, 185 f.

620 Zum *principle of good faith* siehe Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER/HACHEM, Art. 7 N 32; SHK CISG-BRUNNER/WAGNER, Art. 7 N 4; zum Grundsatz *pacta sunt servanda* siehe BOCK, FS Schwenzer, 185.

621 Vgl. Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 45.

paramount performance principle leitet sich aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ab, insbesondere aber auch aus dem im CISG vorgesehenen Anspruch auf Realerfüllung.[622] Dabei ist unerheblich, dass der Anspruch auf Realerfüllung in Art. 28 CISG eine nicht unwesentliche Einschränkung erfährt.[623]

325 In Anwendung des *paramount performance principle* hat ein Verkäufer einen Vertrag somit auch dann gehörig zu erfüllen, wenn er durch eine Vertragsverletzung einen höheren Ertrag erzielen und mit einem Teil dieses Ertrags den Schaden des Gläubigers kompensieren könnte. Um die vertragsgemässe Leistung in einem solchen Szenario sicherzustellen, dürfen für den Verkäufer keine wirtschaftlichen Anreize zur Vertragsverletzung bestehen („*breach of contract must not pay*“).[624] Einzig ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe des enttäuschten Gläubigers erlaubt es, solche Anreize effektiv zu neutralisieren. Ein derartiger Anspruch ist demnach auch mit dem *paramount performance principle* vereinbar.

c. Prinzip der Totalreparation

326 Aus Art. 74 CISG leitet sich sodann das Prinzip der Totalreparation ab, wonach die vertragsbrüchige Partei den Vertragspartner für sämtliche aufgrund einer Vertragsverletzung erlittene Verluste zu entschädigen hat.[625] Limitiert wird dieses Prinzip durch die in Art. 74 Satz 2 CISG stipulierte *foreseeability-rule*. Demnach darf der geschuldete Ersatz den Verlust nicht übersteigen, den die vertragsbrüchige Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte voraussehen müssen.[626] Davon abgesehen verlangt das Prinzip der Totalreparation jedoch eine umfassende Kompensation aller durch den Vertragsbruch erlittenen Nachteile.

---

622 Vgl. BOCK, FS Schwenzer, 185.

623 Art. 28 CISG: „Ist eine Partei nach diesem Übereinkommen berechtigt, von der anderen Partei die Erfüllung einer Verpflichtung zu verlangen, so braucht ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in Natur nur zu fällen, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter dieses Übereinkommen fallen.“; dazu weiterführend SHK CISG-BRUNNER/BODENHEIMER, Art. 28 N 1 ff.

624 Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 45.

625 Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER/HACHEM, Art. 7 N 35; MüKo BGB-HUBER, Art. 74 CISG N 2, 17; DEMIR, 129.

626 MüKo BGB-HUBER, Art. 74 CISG N 25 ff.; im Ergebnis entspricht dies im Wesentlichen der Voraussetzung der adäquaten Kausalität, wonach Schadenersatz nur in dem Umfang geschuldet ist, als die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Schaden herbeizuführen, siehe BGE 107 II 238 E. 5a S. 243 f.; zu den Parallelen zwischen *foreseeability-rule* und adäquater Kausalität siehe weiterführend HONSELL, SJZ 88/1992, 362 f.; vgl. auch SOEFFKY, 119.

Wie in Kapitel IV aufgezeigt wurde, lassen sich durch den Anspruch auf Schadenersatz nicht alle Nachteile ausgleichen, die einem Gläubiger als Folge einer Vertragsverletzung entstehen.[627] Die Berechnung eines Schadens ist häufig nicht zumutbar oder nicht möglich. Zu denken ist bspw. an die Berechnung eines Reputationsschadens oder von einem Schaden aufgrund des Verlusts einer Erwerbschance.[628] Schwierig ist ein sachgerechter Ersatz zudem auch in Fällen, in denen ein Verkäufer vertraglich vereinbarte Produktionsstandards verletzt. Die Auswirkungen der Verletzung lassen sich hier nur schwer finanziell quantifizieren. Solche Hürden führen zur erwähnten strukturellen Unterkompensation der Gläubiger bei der Geltendmachung von Schadenersatz. Ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe würde dazu beitragen, die Unzulänglichkeiten des Schadenersatzanspruchs im Hinblick auf das Prinzip der Totalreparation auszugleichen. 327

5. Vorteilsherausgabe gestützt auf die speziellen Bestimmungen des CISG

Mit den allgemeinen Prinzipien des CISG wäre ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe also ohne weiteres vereinbar. Vor diesem Hintergrund sind nun die potentiell einschlägigen speziellen Bestimmungen des Übereinkommens als mögliche Anspruchsgrundlagen einer Gewinnabschöpfung zu prüfen. In Frage kommen dafür Art. 74 CISG zur Entrichtung von Schadenersatz, Art. 50 CISG zur Minderung sowie Art. 84 CISG zur Vorteilsausgleichung nach einer Vertragsaufhebung. 328

a. Art. 74 CISG: Schadenersatz

Ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe könnte sich zunächst aus dem allgemeinen Schadenersatzanspruch von Art. 74 CISG ableiten. Dessen Wortlaut lautet wie folgt: 329

> „Als Schadenersatz für die durch eine Partei begangene Vertragsverletzung ist der der anderen Partei infolge der Vertragsverletzung entstandene Verlust, einschliesslich des entgangenen Gewinns, zu ersetzen. Dieser Schadenersatz darf jedoch den Verlust nicht übersteigen, den die vertragsbrüchige Partei bei

627 Siehe oben Rz. 108 ff.

628 Zum Reputationsschaden und dem Verlust einer Erwerbschance unter dem CISG siehe Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 41; einen ersatzfähigen Schaden beim Verlust einer Erwerbschance ablehnend SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 19.

> Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen."

330 Soweit ersichtlich, gibt es keine Gerichtsurteile oder veröffentlichten Schiedssprüche, welche gestützt auf Art. 74 CISG eine Vorteilsherausgabe angeordnet haben. Sofern eine Gewinnabschöpfung gutgeheissen wurde, ist davon auszugehen, dass dies wie im Fall *Adras* gestützt auf das subsidiär anwendbare nationale Recht geschah.[629] Gleichzeitig wurde ein Gewinnherausgabeanspruch unter dem CISG aber auch nicht ausdrücklich verworfen.

331 Die Lehre ist sich jedoch weitgehend einig, dass ein Gläubiger unter dem Titel Schadenersatz keinen allfälligen Verletzergewinn des Schuldners geltend machen kann. Der CISG Advisory Council hat zur Schadensberechnung festgehalten, allfällige Ersatzleistungen dürfen nicht zu einer Besserstellung der geschädigten Partei führen (sog. Verbot der Überkompensation).[630] Die diesbezüglichen Erläuterungen des Advisory Council beziehen sich zwar auf allfällige Gewinne des Gläubigers, welche dieser mit seinen erlittenen Verlusten zu verrechnen hat, sowie auf das Verbot von Strafzahlungen ohne entsprechende Parteivereinbarung.[631] Dennoch ist die zugrunde liegende Botschaft klar: Schadenersatz ist nicht auf die Abschöpfung unbefugt erlangter Bereicherungen ausgerichtet, sondern hat ausschliesslich Ausgleichsfunktion. Der Schadensfall soll nicht zum Glücksfall werden, d.h. der Gläubiger soll nach erfolgter Kompensation nicht ärmer, aber auch nicht reicher sein als im Fall der vertragsgemässen Erfüllung.[632]

332 Nur ganz vereinzelt wird in der Lehre postuliert, das Schadenersatzrecht des CISG lasse in gewissen Konstellationen losgelöst vom Schaden des Gläubigers einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe zu. Mit Verweis auf den Erfüllungsanspruch des Gläubigers und dem Grundsatz, dass sich Vertragsverletzungen nicht lohnen dürfen, hält insbesondere SCHWENZER eine Gewinnabschöpfung bei Doppelverkäufen, der Verletzung von Alleinvertriebsverträgen sowie der Verletzung von vereinbarten ethischen Mindeststandards für mög-

---

629 Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones Gmbh [1995] RLR 235 (Isr. Sup.), siehe oben Rz. 317.

630 CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Black Letter Rule No. 9: „*Damages must not place the aggrieved party in a better position than it would have enjoyed if the contract had been properly performed*"; siehe auch DEMIR, 130.

631 CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Comment 9.1 ff.

632 HONSELL, SJZ 88/1992, 361; SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 18; DEMIR, 128; vgl. PILTZ, Rz. 5-515.

lich. Weshalb sich ein solcher Anspruch auf Art. 74 CISG stützt, wird jedoch nicht näher erläutert.[633]

Art. 74 CISG ist deshalb zunächst auszulegen. Eine historische Interpretation dieser Vorschrift lässt die Frage einer Gewinnherausgabe offen.[634] Der *Secretariat Commentary* zum Entwurf des CISG von 1978 enthält keine Hinweise auf einen allfälligen Herausgabeanspruch des Gläubigers. Als „*basic philosophy of the action for damages*" gilt indessen die Versetzung des Gläubigers in die wirtschaftliche Lage, in der er sich bei gehöriger Vertragserfüllung befinden würde.[635] Den Protokollen der Diplomatischen Konferenz von 1980 ist ebenfalls nichts zu einer Vorteilsherausgabe zu entnehmen.[636] Und auch SCHLECHTRIEMS *Uniform Sales Law* über die Entstehung des Übereinkommens, welche auf seinen während der Diplomatischen Konferenz angefertigten Notizen basiert, enthält keine entsprechenden Angaben.[637] 333

Eine Interpretation des Wortlauts von Art. 74 CISG schliesst eine Vorteilsherausgabe hingegen deutlich aus. Art. 74 CISG definiert den zu ersetzenden Schaden als den „der anderen Partei infolge der Vertragsverletzung entstandene Verlust, einschliesslich des entgangenen Gewinns". Obwohl der Begriff des Verlusts nicht näher definiert wird, liegt das Augenmerk eindeutig auf der Vermögensveränderung „der anderen Partei", d.h. des Gläubigers. Andere Vermögensveränderungen, wie eine allfällige Vermögensverbesserung des Schuldners, sind in diesem System nicht relevant. Insofern ist mit der überwiegenden Lehre festzuhalten, dass eine Herausgabe des Verletzergewinns an den Gläubiger gestützt auf Art. 74 CISG nicht möglich ist.[638] 334

633 Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 45; siehe aber SCHWENZER/HACHEM/KEE, Rz. 44.251.

634 Vgl. SCHMIDT-AHRENDTS, 97.

635 CISG Secretariat Commentary, Art. 74 N 3.

636 Siehe insb. folgende Protokolle der Diplomatischen Konferenz von 1980: Summary Records of Meetings of the First Committee, 32nd meeting, Tuesday, 1 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting32.html; Draft Articles of the Convention submitted to the Plenary Conference by the First Committee, 4.4.1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/jdraft.html; Summary Records of Meetings of the First Committee, 37th meeting, Monday, 7 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting 37.html; Report of the First Committee, 7.4.1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries74.html; Summary Records of the Plenary Meetings, 10th plenary meeting, Thursday, 10 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary10.html; alle Internetseiten zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

637 SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, 96 ff.

638 So auch HARTMANN, IHR 5/2009, 197 f.; HONSELL, SJZ 88/1992, 361; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 74 N 18; vgl. SCHMIDT-AHRENDTS, 97.

335 Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass der Verletzergewinn als Grundlage für die Schadensberechnung verwendet werden kann. Der Gläubiger hat für den Umfang seines Schadens nicht den absoluten Beweis zu erbringen, sondern muss diesen nach verbreiteter Meinung lediglich mit einer *reasonable certainty* dartun.[639] Gleichzeitig ist es den Gerichten und Schiedsgerichten überlassen, in der jeweiligen Situation die am besten geeignete Methode zur Schadenseruierung zu wählen.[640]

336 Eine auf den Verletzergewinn des Schuldners gestützte Schadensberechnung kommt deshalb insbesondere im Fall eines Doppelverkaufs in Frage. Der von der verletzenden Partei erzielte Gewinn kann hier als Indiz für den Verlust des Gläubigers dienen.[641] Dazu müsste die anspruchsberechtigte Partei jedoch zumindest im Ansatz darlegen, dass sie die jeweiligen Abnehmer der vertragsverletzenden Partei auch selber zum gleichen Preis hätte beliefern können. Im Endeffekt handelt es sich hier um Fälle, in denen der Verletzergewinn den konkreten Schaden des Gläubigers widerspiegelt. Die Vorteilsherausgabe entspricht hier deshalb nicht einer eigentlichen Abschöpfung, sondern dem Ersatz von einem durch Schätzung bestimmten entgangenen Gewinn.

337 Einer anderen, von SCHMIDT-AHRENDTS vertretenen Ansicht zufolge, entspricht der Schaden des Gläubigers im Fall des Doppelverkaufs hingegen direkt dem Verletzergewinn des Schuldners. Nach dieser Auffassung muss der Gläubiger den Beweis der gleichartigen Verwertungsmöglichkeit nicht antreten, weil der durch den Zweitverkauf erzielte Verkaufspreis als Beweis des tatsächlichen Werts der Sache genügt. Der Verletzergewinn des Verkäufers – die Differenz zwischen dem vom Verkäufer anlässlich des Zweitverkaufs erzielten Verkaufspreis (dem „tatsächlichen Wert" der Sache) und dem im Erstvertrag vertraglich vereinbarten Preis – sei damit umfangmässig das Ebenbild des Schadens des Käufers. Es sei nun aber der Verkäufer zum Beweis zuzulassen, dass es sich beim Zweitverkauf um eine einzigartige und sich nur ihm alleine bietende Geschäftsgelegenheit handelte. Gelinge ihm dieser Beweis, so solle er den Verletzergewinn behalten dürfen.[642]

---

639 CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Black Letter Rule No. 2; TH. KOLLER/MAUERHOFER, FS Schwenzer, 975 ff.; Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 67; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-DJORDJEVIĆ, Art. 74 CISG N 18 ff.

640 CISG Secretariat Commentary, Art. 74 N 4: „*[N]o specific rules have been set forth [...] describing the appropriate method of determining 'the loss ... suffered ... as a consequence of the breach'. The court or arbitral tribunal must calculate that loss in the manner which is best suited to the circumstances*."

641 SCHMIDT-AHRENDTS, 98.

642 SCHMIDT-AHRENDTS, 99.

Eine derartige Schadensberechnung findet im CISG indessen keine hinreichende Grundlage. Der Schadenersatz hat zum Zweck, spezifische auf eine Vertragsverletzung zurückzuführende Vermögenseinbussen der geschädigten Partei zu kompensieren.[643] Bei einem Doppelverkauf ist der Wert, welcher der Ware in einem Zweitgeschäft beigemessen wird, für den enttäuschten Gläubiger nicht von Belang. Er ist es jedenfalls so lange nicht, als der Gläubiger nicht konkret aufzeigt, dass es sich beim Zweitkäufer auch für ihn um einen potentiellen Abnehmer handelt. Für die Berechnung des entgangenen Gewinns massgeblich sind somit einzig die konkreten – wenn naturgemäss auch hypothetischen – Verwertungsmöglichkeiten, die dem Gläubiger durch die Nichtlieferung entzogen wurden.[644] 338

Bei der von SCHMIDT-AHRENDTS vorgeschlagenen Berechnungsmethode fehlt es zudem auch an der rechtlichen Grundlage für die stipulierte Umkehr der Beweislast. Obwohl das CISG keine ausdrückliche Regel zur Verteilung der Beweislast beinhaltet, besteht in Rechtsprechung und Lehre mittlerweile Einigkeit, dass es sich hierbei um eine interne Lücke handelt, sich die Beweislastverteilung also aus dem CISG selbst ergibt.[645] Dabei gilt grundsätzlich das Regel-Ausnahme Prinzip. Jede Partei ist demnach für die tatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Normen beweispflichtig, aus denen sie einen Vorteil ableitet. Die sich auf eine Ausnahmeregel berufende Partei muss ihrerseits den Beweis für die Voraussetzungen der Ausnahmeregel erbringen.[646] Für die Geltendmachung von Schadenersatz bedeutet dies, dass der Gläubiger beweispflichtig ist für sämtliche Voraussetzungen von Art. 74 CISG, d.h. für die Vertragsverletzung, die natürliche Kausalität sowie für den Bestand, den Umfang und die Voraussehbarkeit des Schadens.[647] Im Ergebnis ist die von SCHMIDT-AHRENDTS propagierte Methode einer „flexiblen" Schadensberechnung auf der Grundlage des Verletzergewinns deshalb abzulehnen. Art. 74 CISG erlaubt dem Gläubiger keinen Zugriff auf durch Vertragsverletzung erlangte Vorteile des Schuldners. 339

643 Vgl. SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 8, 54.

644 Siehe zur Substantiierung von entgangenem Gewinn SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 55; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 74 N 18, 25.

645 BGH, NJW 2004, 3181, 3182; BGH, 9.1.2002, cisg-online 651, E. II.2b; Tribunal Cantonal du Valais, 28.1.2009, cisg-online 2025, E. 4.c.bb; KGer Zug, 14.12.2009, cisg-online 2026, E. 10.1; Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 66; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 4 N 63.

646 OGH, 12.9.2006, IHR 1/2007, 41; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 4 N 67 f.

647 OLG Koblenz, 24.2.2011, cisg-online 2301, E. II.C; KGer Zug, 14.12.2009, cisg-online 2026, E. 11; OLG Zweibrücken, 31.3.1998, cisg-online 481, E. II.1; Honsell CISG-SCHÖNLE/TH. KOLLER, Art. 74 N 46; SHK CISG-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI, Art. 74 N 58; vgl. Schlechtriem/Schwenzer CISG-SCHWENZER, Art. 74 N 66.

b. Art. 50 CISG: Minderung

340 Bisweilen wird vertreten, ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung lasse sich in bestimmten Fällen auf Art. 50 CISG stützen.[648] Art. 50 CISG besagt:

> „Ist die Ware nicht vertragsgemäss, so kann der Käufer unabhängig davon, ob der Kaufpreis bereits gezahlt worden ist oder nicht, den Preis in dem Verhältnis herabsetzen, in dem der Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware im Zeitpunkt der Lieferung hatte, zu dem Wert steht, den vertragsgemässe Ware zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte [...]."

341 Eine Minderung setzt notwendigerweise eine nicht vertragsgemässe Lieferung des Käufers voraus. Für Fälle des Doppelverkaufs, wo überhaupt keine Lieferung erfolgt, kann sich ein Käufer somit nicht auf die Minderung berufen.[649] Fraglich ist jedoch, ob die Minderung als Anspruchsgrundlage für eine Vorteilsabschöpfung dienen kann, wenn ein Schuldner den Kaufvertrag durch eine Ersparnisbereicherung verletzt. Dies wäre bspw. der Fall, wenn der Verkäufer Textilien liefert, welche in Verletzung des Vertrags zu Dumpinglöhnen hergestellt wurden, ohne dass sich dies unmittelbar auf den Warenwert auswirkt.

342 Diese Frage bejaht in der Lehre insbesondere BOCK. Ihrer Auffassung nach bezweckt Art. 50 CISG einen finanziellen Ausgleich, wenn die vertragliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung gestört wird. Sie erachtet eine solche Äquivalenzstörung aber nicht nur bei finanziellem Minderwert der Ware als gegeben, sondern auch dann, wenn der Verkäufer in Verletzung des Vertrags seine Herstellungskosten senkt. Der Grund dafür sei, dass sich die tieferen Produktionskosten, wären diese im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen bereits bekannt gewesen, auf die Höhe des Kaufpreises ausgewirkt hätten. Zur Wiederherstellung der vertraglichen Äquivalenz erlaube Art. 50 CISG bei Ersparnisbereicherungen deshalb eine Vorteilsherausgabe.[650]

343 Die Lehre hat den von BOCK vorgeschlagenen Ansatz bis anhin nicht weiter thematisiert und auch die Rechtsprechung hat sich mit der Frage der Minderung als Folge einer Ersparnisbereicherung noch nicht befasst. Eine historische Auslegung der Bestimmung ist diesbezüglich zudem ergebnislos: Der Fall der Ersparnisbereicherung hat im *Secretariat Commentary* zu Art. 50 CISG keine gesonderte Beachtung gefunden und auch die Delegationen haben diesem Fall gemäss den Protokollen der Diplomatischen Konferenz von

---

[648] BOCK, FS Schwenzer, 188.

[649] Vgl. Schlechtriem/Schwenzer CISG-MÜLLER-CHEN, Art. 50 N 1; SHK CISG-BRUNNER/ALTENKIRCH, Art. 50 N 1, 3.

[650] BOCK, FS Schwenzer, 188.

1980 keine Aufmerksamkeit gewidmet.[651] Für eine Auslegung von Art. 50 CISG ist folglich in erster Linie auf dessen Wortlaut abzustützen.

Voraussetzung der Minderung ist nach Art. 50 CISG, dass die Ware „nicht vertragsgemäss" ist. Bei der Ersparnisbereicherung werden vom Verkäufer vertragliche Zusicherungen hinsichtlich der Ware oder deren Produktion verletzt, um dadurch Kosten zu sparen. Dies resultiert ohne weiteres in einer nicht vertragsgemässen Ware. Die Frage ist aber, ob die Geltendmachung einer Minderung bei einer Ersparnisbereicherung nicht an der Berechnung des Minderwerts scheitert. Ein Schaden wird für die Minderung nicht vorausgesetzt.[652] Nach Wortlaut von Art. 50 CISG ist der Kaufpreis im Rahmen einer Minderung aber im Verhältnis herunterzusetzen, in dem der „Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware im Zeitpunkt der Lieferung hatte, zu dem Wert steht, den vertragsgemässe Ware zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte." Die Bestimmung jener Werte hat dabei nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ausschliesslich anhand objektiver Kriterien zu erfolgen.[653] 344

Diese sog. relative Berechnungsmethode ergibt folgende Formel:[654] 345

$$\textit{geminderter Preis} = \frac{\textit{Vertragspreis} \times \textit{obj. Wert der gelieferten Ware}}{\textit{obj. Wert der mangelfreien Ware}}$$

Zwei der drei für die Berechnung des geminderten Preises notwendigen Zahlen lassen sich in der Regel ohne Schwierigkeiten bestimmen. Für den Vertragspreis ist dies offensichtlich. Und für den Wert der mangelfreien Ware gilt mangels anderweitiger Hinweise die Vermutung, dass dieser dem Vertragspreis entspricht (wobei dadurch aber das „relative" Element der Herab- 346

---

651 CISG Secretariat Commentary, Art. 50. Die Delegationen haben in Zusammenhang mit Art. 50 CISG vordergründig die massgebliche Zeit sowie den massgeblichen Ort für die Bestimmung des tatsächlichen Werts der gelieferten Sache diskutiert.

652 SHK CISG-BRUNNER/ALTENKIRCH, Art. 50 N 9; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 50 N 4; Schlechtriem/Schwenzer CISG-MÜLLER-CHEN, Art. 50 N 14. Dies im wesentlichen Unterschied zu den Rechtsordnungen des *common law*, wo ein Minderungsanspruch unbekannt ist und an dessen Stelle der Anspruch auf Schadenersatz tritt, vgl. hierzu CISG Secretariat Commentary, Art. 50 N 3; Schlechtriem/Schwenzer CISG-MÜLLER-CHEN, Art. 50 N 1.

653 Pretore della giurisdizione di Locarno Campagna, 27.4.1992, cisg-online 68, E. 3: „*Pursuant to well-settled case law, reduction of the price is performed in accordance with the following formula: reduced price: convened price = objective value of the non-conforming goods: value of conforming goods.*"; SHK CISG-BRUNNER/ALTENKIRCH, Art. 50 N 7; MüKo BGB-HUBER, Art. 50 CISG N 15.

654 OLG Graz, 9.11.1995, cisg-online 308; Hof van beroep Antwerpen, 4.11.1998, cisg-online 1310; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 50 N 19; ZK-BÜHLER, Art. 368 OR N 112; zum Hintergrund der relativen Berechnungsmethode und insb. deren Abgrenzung zur absoluten Berechnungsmethode siehe Schlechtriem/Schwenzer CISG-MÜLLER-CHEN, Art. 50 N 8.

setzung neutralisiert wird).[655] Heikler ist hingegen die Bemessung des Werts der tatsächlich gelieferten Ware. Bei einer Ersparnisbereicherung liefert der Schuldner eine Ware, die nicht nach den vereinbarten Modalitäten produziert oder beschaffen wurde, ohne dass dies den ökonomischen Wert der Ware reduziert. Dies z.B., weil die Verwendung vertragswidriger Materialien keine Qualitätseinbusse der Ware zur Folge hat oder die Verletzung vereinbarter Produktionsstandards die Zahlungsbereitschaft der Endabnehmer nicht beeinflusst. In solchen Fällen wirkt sich die vom Verkäufer begangene Vertragsverletzung nicht auf den durch Weiterverkauf erzielbaren Ertrag aus. Ist aber kein objektiver Minderwert der Ware feststellbar, so kann nach obengenannter Formel keine Preisminderung geltend gemacht werden.

347 Für die von BOCK stipulierte Möglichkeit der Vorteilsherausgabe müsste argumentiert werden, bei den vertragswidrig erzielten Ersparnissen des Schuldners handle es sich um ein hinreichend objektives Kriterium zur Bestimmung des tatsächlichen Warenwerts. Ganz abwegig ist dies nicht. Bei einer Ersparnisbereicherung hat die gelieferte Ware für beide Parteien offensichtlich einen Minderwert. Würde der Käufer den vereinbarten Bedingungen (z.B. faire Löhne bei der Produktion) keinen Wert beimessen, so hätte er nicht auf die Aufnahme solcher Bestimmungen in den Vertrag bestanden und dafür einen entsprechend höheren Kaufpreis akzeptiert. Für den Verkäufer bedeuten die Bestimmungen seinerseits einen erhöhten Aufwand (teurere Rohmaterialien, höhere Löhne, höhere Kosten bei der Entsorgung etc.), was sich ebenfalls in einem höheren Preis widerspiegelt. Fallen diese Elemente weg, so reduziert sich folglich in den Augen beider Parteien der Warenwert.

348 Für die Bestimmung des Umfangs der Wertverminderung kann demnach folgende Überlegung angestellt werden: Würden die Parteien zunächst einen Vertag ohne jegliche Bedingungen hinsichtlich Produktionsstandards abschliessen und möchte der Käufer solche Bedingungen nachträglich noch aufnehmen, so hätte dies mindestens eine Erhöhung des Kaufpreises im Umfang der beim Verkäufer bzw. Hersteller zusätzlich anfallenden Kosten zur Folge. Daraus folgt umgekehrt, dass die vertragswidrige Einsparung dieser Kosten eine Reduktion des Kaufpreises in mindestens gleicher Höhe zur Folge haben muss. So gesehen besteht zwischen dem Minderwert der mangelhaften Ware und der Ersparnis bzw. dem Verletzergewinn des Verkäufers tatsächlich ein Konnex.

349 Weder in Art. 50 CISG noch in den Materialien gibt es jedoch Hinweise, dass ein hypothetisches Verhandlungsergebnis der Parteien über den Preis der tatsächlich gelieferten Ware für die Bestimmung des objektiven Ist-Werts zu

---

655 Pretore della giurisdizione di Locarno Campagna, 27.4.1992, cisg-online 68, E. 3; SHK CISG-BRUNNER/ALTENKIRCH, Art. 50 N 10; Schlechtriem/Schwenzer CISG-MÜLLER-CHEN, Art. 50 N 8, 15; vgl. LG München, 27.2.2002, cisg-online 654.

berücksichtigen ist. Dies liegt zudem gerade nicht im Sinn der relativen Berechnungsmethode. So wie der objektive Soll-Wert nicht a priori mit dem Vertragspreis gleichzusetzen ist, darf für den Ist-Wert nicht einzig auf einen hypothetisch zwischen den Parteien ausgehandelten Preis abgestellt werden. Zur objektiven Bestimmung des tatsächlichen Warenwerts sind vielmehr ausserhalb des jeweiligen Vertragsverhältnisses liegende Indikatoren zu beachten, wie etwa der Weiterverkaufspreis oder ein Sachverständigengutachten.[656] Ein Abstützen auf den Verletzergewinn bei der Berechnung des Minderwerts einer Ware lässt sich somit nicht mit Art. 50 CISG vereinbaren.

c. Art. 84 CISG: Vorteilsausgleichung nach Vertragsaufhebung

Schliesslich ist zu untersuchen, ob sich ein Anspruch auf Gewinnherausgabe aus Art. 84 CISG ableiten lässt. Art. 84 CISG regelt den Ausgleich von erlangten Vorteilen im Fall einer Rückabwicklung des Vertrags. Die Bestimmung lautet: 350

> 1. Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, so hat er ausserdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zu zahlen.
> 2. Der Käufer schuldet dem Verkäufer den Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware oder einem Teil der Ware gezogen hat:
>   a) wenn er die Ware ganz oder teilweise zurückgeben muss oder
>   b) wenn es ihm unmöglich ist, die Ware ganz oder teilweise zurückzugeben oder sie ganz oder teilweise im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, indem er sie erhalten hat, er aber dennoch die Aufhebung des Vertrages erklärt oder vom Verkäufer Ersatzlieferung verlangt hat.

Als einzige Bestimmung im CISG sieht Art. 84 CISG ausdrücklich eine Vorteilsherausgabe vor. Nach Abs. 2 schuldet der Käufer dem Verkäufer nach der Vertragsaufhebung unter den Voraussetzungen von lit. a oder b den „Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware oder einem Teil der Ware gezogen hat."[657] Der Verkäufer ist nach Abs. 1 seinerseits zur Verzinsung des Kauf- 351

656 SHK CISG-BRUNNER/ALTENKIRCH, Art. 50 N 10.

657 Obwohl sich der Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG einzig auf die Vertragsaufhebung durch den Käufer bezieht, kommt die Regel auch im Fall der Vertragsaufhebung durch den Verkäufer zur Anwendung, siehe dazu LG Konstanz, 14.2.2008, cisg-online 1649, E. II.3; SHK CISG-BRUNNER/ZUBER, Art. 84 N 10; Honsell CISG-WEBER, Art. 84 N 6; MüKo HGB-MANKOWSKI, Art. 84 CISG N 18; Schlechtri-

preises verpflichtet. Fraglich ist, ob sich diese Regel als allgemeine Grundlage einer Vorteilsherausgabe nach opportunistischen Vertragsverletzungen eignet.

352 Bei der Ersparnisbereicherung zieht der Verkäufer keinen Vorteil aus der Ware, sondern spart Kosten bei deren Beschaffung oder Produktion. Auf solche Vertragsverletzungen passt die Vorteilsherausgabe von Art. 84 CISG nicht. Zudem ist auch nicht sicher, ob im jeweiligen Fall die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 25 CISG erfüllt wären. Bei einem Doppelverkauf hingegen werden Vorteile aus der Ware gezogen. Die Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG werden hier zudem erfüllt sein. Ein aus Art. 84 CISG abgeleiteter Anspruch auf Gewinnabschöpfung ist somit in erster Linie für den Fall des Doppelverkaufs zu prüfen.

353 Zunächst ist dafür die in Art. 84 Abs. 2 CISG stipulierte Pflicht der Vorteilsherausgabe des Käufers näher zu betrachten. Der Käufer hat gemäss Wortlaut von Abs. 2 den Gegenwert aller aus der Ware gezogenen Vorteile herauszugeben. Die Lehre unterscheidet hier zwei Kategorien. Die erste Kategorie betrifft Vermögenswerte, welche der Käufer für die Verschlechterung oder die Zerstörung der Sache erhält und erinnert damit an das *commodum ex re*. Die zweite Kategorie ist diejenige der Vermögenswerte, welche der Käufer durch die Weiterveräusserung der Sache erwirbt, und deckt sich mit dem *commodum ex negotiatione*.[658] Die Differenzierung dieser beiden Kategorien ist auch im Anwendungsbereich des CISG letztendlich belanglos, denn beide Arten von Vorteilen führen im Fall einer Vertragsaufhebung zu einem Ausgleichsanspruch des Verkäufers.[659] Auch die Rechtsprechung differenziert hier gewöhnlich nicht, sondern stützt sich auf den Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 CISG, wonach sich die Vorteilsherausgabe ganz allgemein auf den Gegenwert sämtlicher erzielter Vorteile bezieht.[660]

354 Diese Regelung gilt nach Wortlaut der Bestimmung indessen einzig für aus der Ware erlangte Vorteile des *Käufers*. Eine umfassende Vorteilsherausgabe des *Verkäufers* an den Käufer ist in Art. 84 CISG nicht ausdrücklich vorgesehen. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich hierbei jedoch um eine interne Lücke, welche durch Auslegung zu füllen ist. Dabei ist Art. 84 Abs. 1 CISG nach Massgabe von Abs. 2 zu erweitern, womit auch der Verkäufer dem Käufer nach einer Vertragsaufhebung alle aus der Ware erzielten Vorteile herausgeben muss.

---

em/Schwenzer CISG-FOUNTOULAKIS, Art. 84 N 23; Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 84 N 25.

658 Schlechtriem/Schwenzer CISG-FOUNTOULAKIS, Art. 84 N 38 f.

659 Schlechtriem/Schwenzer CISG-FOUNTOULAKIS, Art. 84 N 37.

660 So bspw. OLG Oldenburg, 1.2.1995, cisg-online 253, E. 4.

Tatsächlich zeigt eine historische Interpretation von Art. 84 CISG, dass eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut zu eng ausfällt. Den Protokollen der Diplomatischen Konferenz von 1980 ist zu entnehmen, dass bei Art. 84 CISG einzig die Höhe des Zinssatzes von Abs. 1 einlässlich diskutiert wurde.[661] Ansonsten haben die Delegierten den vorgelegten Entwurf, der seinerseits auf der entsprechenden Bestimmung des CISG-Vorgängers ULIS basierte, kommentarlos übernommen. Anders als beim CISG stand die Inkorporation eines allgemeinen Anspruchs auf das stellvertretende Commodum bei der Ausarbeitung des ULIS jedoch ausdrücklich zur Debatte. Auf die Aufnahme eines solchen Anspruchs wurde seinerzeit mit der Begründung verzichtet, dass insbesondere das englische Recht keinen solchen Anspruch kannte.[662] Das englische Vertragsrecht hat in den vergangenen Jahrzehnten aber beträchtliche Schritte in Richtung einer allgemeinen Vorteilsherausgabe unternommen.[663] Mit Blick auf diese Entwicklungen ist die dem ULIS zugrunde liegende Begründung für den Verzicht auf eine allgemeine Pflicht zur Vorteilsherausgabe bei Vertragsaufhebung unter dem CISG nicht mehr haltbar.[664] Eine Analyse verschiedener Länderberichte zur Gewinnabschöpfung aus dem Jahr 2015 hat zudem ergeben, dass eine Stärkung des Anspruchs auf Gewinnherausgabe auf nationaler Ebene insbesondere aus Präventionsgründen mehrheitlich erwünscht wird.[665] Im Rahmen einer zeitgenössischen Interpretation muss Art. 84 CISG somit über den Wortlaut hinaus weit ausgelegt werden. 355

Der Anspruch des Käufers auf Vorteilsherausgabe ergibt sich zudem auch aus dem Zweck von Art. 84 CISG. Im S*ecretariat Commentary* wird dieser folgendermassen umschrieben: 356

> „*Article 69 [draft counterpart of CISG article 84] reflects the principle that a party who is required to refund the price or return the goods because the contract has been avoided or because of a request for the delivery of substitute goods must ac-*

661 Legislative History, 1980 Vienna Diplomatic Conference, Summary Records of Meetings of the First Committee, 28th meeting, Friday, 28 March 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting28.html, Rz. 77 ff.; Summary Records of Meetings of the First Committee, 29th meeting, Monday, 31 March 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting29.html, Rz. 1 ff.; beide Internetseiten zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

662 Dass ein solcher Anspruch dem englischen Recht fremd war, leuchtet ein. Da es dort keinen allgemeinen Anspruch auf Realerfüllung gibt, kann es auch keinen Anspruch auf allfällige Surrogate geben, vgl. RABEL, 370, insb. Fn. 3.

663 Siehe insb. Attorney General v. Blake, [2000] E.M.L.R. 949 (HL), hierzu oben Rz. 81 ff.

664 BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 906.

665 HONDIUS/JANSSEN, 499 ff.

> *count for any benefit which he has received by virtue of having had possession of the money or goods.*“[666]

357 Die Herausgabepflicht betrifft nach diesem Wortlaut beide Parteien („*a party who is required to refund the price or return the goods*“) und umfasst sämtliche Vorteile („*any benefit*“), die durch das Verkaufsobjekt oder den Kaufpreis erlangt wurden. Dies muss auch dann gelten, wenn der Verkäufer in erster Linie zur Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet ist, durch Weiterveräusserung der Kaufsache an einen Dritten vor der Vertragsaufhebung zusätzlich aber einen finanziellen Vorteil aus der Ware gezogen hat. Auch SCHLECHTRIEM hält in seinem kurz nach der Diplomatischen Konferenz publizierten *Uniform Sales Law* fest, dass Art. 84 CISG beide Parteien verpflichtet, bei einer Vertragsaufhebung alle Vorteile aus dem Besitz von Ware oder Kaufpreis herauszugeben.[667]

358 Sodann bekräftigt auch eine Analyse der in Art. 84 Abs. 1 CISG festgehaltenen Verzinsungspflicht des Verkäufers bei Rückzahlung des Kaufpreises die Annahme einer allgemeinen Pflicht zur Vorteilsherausgabe. Jene Bestimmung sieht die Verzinsung des Kaufpreises vor, definiert jedoch den massgeblichen Zinssatz nicht näher. Anlässlich der Dipomatischen Konferenz standen im Wesentlichen zwei Zinssätze zur Debatte: der Zinssatz am Ort der Niederlassung des Käufers und der Zinssatz am Ort der Niederlassung des Verkäufers. Diese Debatte ist für die Auslegung von Art. 84 Abs. 1 CISG relevant, denn hinter den beiden Zinssätzen liegen fundamental unterschiedliche Überlegungen.

359 Für den Zinssatz am Ort der Niederlassung des *Käufers* spricht, dass der Käufer, hätte er den Kaufpreis nicht bezahlt, sein Geld behalten und dieses gewinnbringend hätte anlegen können. Es gilt die Vermutung, dass er dies am ehesten am Ort seiner Niederlassung getan hätte. Durch die Vertragsaufhebung sollen die Parteien so gestellt werden, als hätte der Vertrag nie bestanden. Der Verkäufer hat den Käufer für die verpasste Investitionsgelegenheit deshalb mit einer Verzinsung des Kaufpreises zum üblichen Satz am Ort der Niederlassung des Käufers zu entschädigen. Eine solche Bestimmung des Zinssatzes beruht auf kompensatorischen Überlegungen und ähnelt einem Ersatz des entgangenen Gewinns.

360 Beim am Ort der Niederlassung des *Verkäufers* üblichen Zinssatz wird das Augenmerk hingegen nicht auf entgangene Gewinnmöglichkeiten des Käufers gerichtet, sondern auf Vorteile, die der Verkäufer aus der Zahlung des Kaufpreises ziehen konnte. Mit Erhalt des Kaufpreises hat der Verkäufer

---

666 CISG Secretariat Commentary, Art. 84 N 1.

667 SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, 107: „*Article 84 obligates the parties to return all benefits of possession (profits and advantages of use).*“

Vermögenswerte erhalten, die er anlegen konnte. Dies tut er vermutungsweise am ehesten am Ort seiner Niederlassung und damit zum dort üblichen Zinssatz. Wird auf diesen Satz abgestellt, so wird der Verkäufer so gestellt, als hätte er den Kaufpreis nie erhalten und damit die (hypothetische) Möglichkeit nicht gehabt, die Gelder zu investieren. Eine derartige Bestimmung des Zinssatzes beruht somit nicht auf kompensatorischen Überlegungen, sondern bezweckt eine abstrakte Vorteilsherausgabe.

Bereits der *Secretariat Commentary* wies auf diese unterschiedlichen Konzeptionen hin, erklärte den Zinssatz am Ort der Niederlassung des Verkäufers für massgeblich und bejahte damit den vorteilsabschöpfenden Charakter von Art. 84 Abs. 1 CISG.[668] Die Rechtsprechung behandelt die Zinshöhe in den meisten Fällen zwar hartnäckig als externe Lücke und greift für dessen Bestimmung auf nationales Recht oder internationale Zinssätze wie den LIBOR Zinssatz zurück.[669] Sofern der Zinssatz aber als interne Lücke qualifiziert wurde, so stellten die Gerichte in den überwiegenden Fällen auf den Zinssatz am Ort der Niederlassung des Verkäufers ab.[670] Mit der mehrheitlichen Lehre erklärte auch der CISG Advisory Council in seiner Opinion No. 9 zu den Folgen der Vertragsaufhebung den Zinssatz am Ort der Niederlassung des Verkäufers als massgeblich.[671] 361

Die Pflicht des Verkäufers zur Verzinsung des Kaufpreises nach Art. 84 Abs. 1 CISG hat damit nicht Kompensationszweck, sondern schöpft einen vom Verkäufer erzielbaren Vorteil ab.[672] Unter Berücksichtigung der historischen Materialien sind die Herausgabepflichten in Art. 84 CISG zudem weit 362

668 CISG Secretariat Commentary, Art. 84 N 2: „*Since the obligation to pay interest partakes of the seller's obligation to make restitution and not of the buyer's right to claim damages, the rate of interest payable would be based on that current at the seller's place of business.*"

669 Zur Qualifikation als externe Lücke siehe OLG Karlsruhe, 19.12.2002, cisg-online 817, E. 3; Tribunale d'appello Ticino, 15.1.1998, cisg-online 417, E. 5; Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, 29.12.1998, cisg-online 638, E. VII; zur Verwendung des LIBOR-Zinssatzes siehe ICC International Court of Arbitration, 1993, cisg-online 71.

670 HGer Zürich, 5.2.1997, cisg-online 327, E. 4; OLG München, 8.2.1995, cisg-online 143, E. V.1; LG Dresden, 29.5.2009, cisg-online 2174, E. II.4; AGer Sursee, 12.9.2008, cisg-online 1728, E. 7.

671 CISG AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Black Letter Rule No. 3.4, Comment 3.25; zur weiteren Lehre siehe Schlechtriem/Schwenzer CISG-FOUNTOULAKIS, Art. 84 N 17; Honsell CISG-WEBER, Art. 84 N 10; SHK CISG-BRUNNER/ZUBER, Art. 84 N 3; PILTZ, Rz. 5-321; vgl. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-BRIDGE, Art. 84 CISG N 14; **a.M.** Staudinger CISG-MAGNUS, Art. 84 N 9; MüKo BGB-HUBER, Art. 84 CISG N 6.

672 So auch Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-BRIDGE, Art. 84 CISG N 14: „*the seller's duty to pay interest is a restitutionary one*".

auszulegen. Im Ergebnis gilt somit eine allgemeine Pflicht zur Vorteilsherausgabe im Fall der Vertragsaufhebung. Hebt der Käufer den Vertrag nach einem Doppelverkauf des Verkäufers wirksam auf, so kann er gestützt auf Art. 84 CISG auf den vom Verkäufer erzielten Verletzergewinn Anspruch erheben.

C) UNIDROIT Principles, PECL und DCFR

1. Einleitung

363 Die UNIDROIT Principles, die PECL und der DCFR sind – anders als das CISG – kein *hard law*, sondern *soft law*. Ist eine dieser Regelungen auf einen Vertrag direkt anwendbar, dann nur deshalb, weil es die Vertragsparteien so miteinander vereinbart haben.[673] Den Parteien als optionales Instrument zur Regelung von Rechten und Pflichten zu dienen, ist jedoch nur einer der Zwecke dieser Regelwerke. Ebenso wichtig ist ihr Beitrag zur Weiterentwicklung, Vereinheitlichung und Auslegung des nationalen und internationalen Zivilrechts. Jedes der Regelwerke ist dabei massgeblich von den bereits bestehenden Projekten beeinflusst worden, wobei Bestimmungen, die sich bewährt haben, oft mehr oder weniger unverändert in die nachfolgenden Regelwerke übernommen wurden. Die drei Regelwerke sind aus diesem Grund gemeinsam zu untersuchen.

364 Die UNIDROIT Principles sind – wie der Name bereits verrät – ein Projekt von UNIDROIT, einer 1926 vom Völkerbund gegründeten, seit 1940 jedoch unabhängig agierenden internationalen Organisation, welche die internationale Vereinheitlichung des Privatrechts fördert. Als Inspiration für die Schaffung der UNIDROIT Principles dienten insbesondere die amerikanischen *Restatements of the Law*.[674] Durch rechtsvergleichende Analysen von *common law* und *civil law* sollen die UNIDROIT Principles eine Sammlung allgemeiner Regeln für den internationalen Warenhandel darstellen. Die Principles wurden erstmals 1994 publiziert und seither verschiedentlich überarbeitet, zuletzt in der Ausgabe von 2016.[675]

---

673 Siehe zu den UNIDROIT Principles BERGER, 46 American Journal of Comparative Law 1998, 133.

674 BONELL, 26 Uniform Law Review 1996, 29; VENEZIANO, 58 Villanova Law Review 2013, 523 f.

675 Siehe https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

Die UNIDROIT Principles werden vorweg verwendet, um vertragsrechtliche Bestimmungen im internationalen Kontext auszulegen. Eine wichtige Rolle spielen sie dabei insbesondere für die Interpretation des CISG.[676] Nebst der Auslegung einzelner Bestimmungen kann unter Art. 7 Abs. 2 CISG auch auf die Principles zurückgegriffen werden, um interne Lücken des Übereinkommens zu füllen.[677] Nützlich sind die Principles zudem zur Lückenfüllung in nationalen Rechtsordnungen oder um nationales Recht in Hinblick auf einen internationalen Sachverhalt auszulegen.[678] Die Principles wurden von Schiedsgerichten jedoch auch schon als für direkt anwendbar befunden, wenn eine Rechtswahl zugunsten von „*laws or rules of natural justice*" vorlag.[679] Denkbar wäre zudem eine Anwendung bei einer negativen Rechtswahl, d.h. wenn die Anwendung aller nationalen Rechtsordnungen ausgeschlossen wird, um keiner der Parteien einen „Heimvorteil" zu gewähren.[680] 365

Die PECL und deren „Nachfolger", der DCFR, sind im Gegensatz zu den UNIDROIT Principles rein europäische Projekte. Gemeinsam ist ihnen jedoch mit den UNIDROIT Principles, dass es sich auch bei PECL und DCFR um akademische Projekte handelt ohne gesetzgeberische Legitimation. Die PECL wurden erstmals 1995 von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht publiziert. Auch hier war das Ziel, eine Art *Restatement* des Vertragsrechts zu kreieren, diesmal mit Blick auf die europäischen Rechtsordnungen.[681] Wie die UNIDROIT Principles können auch die PECL als Auslegungshilfe bei der Anwendung von nationalem und internationalem Vertragsrecht dienen. Auch sie werden bisweilen für die Füllung interner Lücken nach Art. 7 Abs. 2 CISG herangezogen.[682] Gleichzeitig sollten die PECL aber auch zur Entwicklung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts beitragen.[683] 366

676 Siehe Art. 7 Abs. 1 CISG; BERGER, 46 American Journal of Comparative Law 1998, 133 ff.; BONELL, 26 Uniform Law Review 1996, 34 f.

677 Siehe z.B. Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Österreich, 15.6.1994, SCH-4318, abrufbar unter https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018; ICC Arbitration Case No. 8128, 1995, abrufbar unter http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018; in beiden Fällen wurde – da das CISG keinen expliziten Zinssatz für die Verzinsung von Schadenersatzforderungen enthält – gestützt auf Art. 7 Abs. 2 CISG Bezug auf Art. 7.4.9 UNIDROIT Principles genommen; siehe generell auch BONELL, 26 Uniform Law Review 1996, 36 f.

678 BERGER, 46 American Journal of Comparative Law 1998, 138 f.

679 ICC Arbitration Case No. 7110, 1995, abrufbar unter http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=713&step=FullText, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

680 Vgl. Präambel der UNIDROIT Principles; BERGER, 46 American Journal of Comparative Law 1998, 144 f.

681 LIU, 1.2.3.

682 ICC Arbitration Case No. 8128, 1995, abrufbar unter http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

683 LIU, 1.2.3.

Die PECL wurden zweimal revidiert, haben mit Publikation des DCFR im Jahr 2009 aber an Relevanz verloren, da der DCFR einen Grossteil der PECL praktisch unverändert übernommen hat.[684]

367 Der DCFR wurde von der *Study Group on a European Civil Code* ausgearbeitet, einer privaten Initiative unter der Schutzherrschaft der Europäischen Union. Nebst einer Überarbeitung der PECL für das Vertragsrecht wurde der DCFR auch auf weitere Gebiete des Privatrechts ausgeweitet wie bspw. die echte Geschäftsführung ohne Auftrag, das Delikt und die ungerechtfertigte Bereicherung.[685] Nach schweizerischem Verständnis entspricht der DCFR damit einer Art allgemeiner Teil des vereinheitlichten Obligationenrechts. Auch beim DCFR handelt es sich um eine Widerspiegelung der gegenwärtigen europäischen Rechtsauffassungen. Seine Bestimmungen werden nun aber nicht mehr wie in den UNIDROIT Principles oder den PECL als *principles* bezeichnet, sondern neu als *model rules*. Ob der DCFR eine Etappe in Richtung eines verbindlichen einheitlichen europäischen Privatrechts darstellt, wird sich noch zeigen müssen. Die EU diskutiert jedenfalls immer wieder die Idee eines einheitlichen Vertragsrechts, so bspw. die Europäische Kommission im Jahr 2011 mit dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht" (GEK/CESL). Der Entwurf stiess im Europäischen Parlament jedoch auf Ablehnung und das Projekt wird zurzeit nicht weiterverfolgt.[686]

2. Analyse der Regelwerke

368 Der Blick in die Literatur zeigt, dass sich ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe bei Vertragsverletzungen in den internationalen Vereinheitlichungsprojekten generell schwertut. SOEFFKY findet in den UNIDROIT Principles sowie in den untersuchten europäischen Vereinheitlichungsprojekten (PECL und Vorentwurf eines *Code européen des contracts* der in Italien basierten *Accademia*

---

684 Ähnliches gilt auch für die 2007 von der „Acquis-Gruppe" geschaffenen *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, siehe DCFR Commentary, Intr. N 48.

685 Vgl. CLIVE, 14 Juridica International Law Review 2008, 18.

686 Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung), abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-40, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018, Ziff. 2: „*Das Europäische Parlament [...] fordert die Kommission auf, es erneut zu befassen, falls sie beabsichtigt, ihren Vorschlag entscheidend zu ändern oder durch einen anderen Text zu ersetzen [...]*."

dei Giusprivatisti Europei[687]) keine Bestimmung, nach welcher ein durch Vertragsverletzung erzielter Gewinn an den Gläubiger herauszugeben ist.[688] Und nach HONDIUS/JANSSEN tendieren die europäischen Vereinheitlichungsprojekte zwar zu einer Ausweitung der Vorteilsherausgabe in ausservertraglichen Belangen, für eine Gewinnherausgabe nach Vertragsverletzungen finden jedoch auch sie keine allgemeine Anspruchsgrundlage.[689]

Tatsächlich kennen weder die UNIDROIT Principles noch die PECL oder der DCFR eine ausdrückliche Möglichkeit, durch Vertragsverletzung erzielte Vorteile des Vertragspartners abzuschöpfen. Indem die drei Regelwerke grundsätzlich einen Anspruch auf Realerfüllung anerkennen, bringen sie jedoch alle zum Ausdruck, dass in erster Linie die tatsächliche Erfüllung der vertraglich vereinbarten Pflichten erwünscht ist.[690] Näher zu prüfen ist vor diesem Hintergrund, ob sich zumindest für einzelne Konstellationen opportunistischer Vertragsverletzungen ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe ableiten lässt. Unter allen drei Regelwerken haben die Parteien im Übrigen die Möglichkeit, die Pflicht zur Herausgabe eines Verletzergewinns als „Konventionalstrafe" vertraglich zu vereinbaren. Art. 7.4.13 UNIDROIT Principles sowie Art. 9:509 PECL gewähren diese Möglichkeit implizit unter dem Titel „*agreed payment for non-performance*".[691] Auch Art. III.-3:712 DCFR erlaubt ein „*stipulated payment for non-performance*", welches sich wohl ohne weiteres an einem Verletzergewinn des Schuldners orientieren darf. 369

a. Schadenersatz

Zunächst ist zu prüfen, ob in den Regelwerken allenfalls unter dem Titel des Schadenersatzes ein Anspruch auf einen Verletzergewinn geltend gemacht werden kann. 370

687 Auf Deutsch: Vorentwurf der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch, publiziert in 2001.

688 SOEFFKY, 33.

689 HONDIUS/JANSSEN, 482 f.

690 Siehe Art. 7.2.1 und 7.2.2 PICC, Art. 9:101 und 9:102 PECL sowie Art. III.-3:301 und III.-3:302 DCFR.

691 So dient ein solches *agreed payment* gemäss offiziellem Kommentar zu den UNIDROIT Principles nicht nur der Schadenspauschalisierung (*liquidated damages clause*), sondern kann als schadensunabhängige *penalty clause* ausdrücklich auch die Vorbeugung von Vertragsverletzungen bezwecken, dazu PICC Official Commentary, Art. 7.4.13 N 1.

371 Art. 7.4.2 Abs. 1 UNIDROIT Principles hält unter dem Titel *full compensation* fest:

> „*The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.*"

372 Art. III.-3:702 DCFR bzw. der nahezu identische Art. 9:502 PECL[692] stipulieren unter dem Titel *General Measure of Damages* Ähnliches:

> „*The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived.*"

373 Gemäss offiziellem Kommentar zu Art. 7.4.2 UNIDROIT Principles gilt für den Anspruch auf Schadenersatz wie beim CISG das Prinzip der Totalreparation. Nebst dem Grundsatz, dass eine Partei aufgrund einer Vertragsverletzung keinen Verlust erleiden soll, wird auch ausdrücklich festgehalten, dass die enttäuschte Partei aus der Rechtsfolge der Vertragsverletzung keinen Vorteil erzielen darf.[693] Nach Auffassung von MCKENDRICK fällt eine Geltendmachung von *gain-based damages* unter den Schadensbestimmungen der UNIDROIT Principles deshalb ausser Betracht.[694] Auch die Schadensdefinition in Art. 7.4.2 Abs. 1 UNIDROIT Principles („*any loss which it suffered and any gain of which it was deprived*") steht der Möglichkeit einer Vorteilsherausgabe entgegen.

374 Der Kommentar der Kommission für Europäisches Vertragsrecht zu Art. 7.4.2 PECL hält ebenfalls ausdrücklich fest, der Schadenersatz sei „nicht dazu gedacht, Rückerstattung zu verschaffen", und es gebe „[keine] Wiederherstellung des *status quo ante* durch gegenseitige Herausgabe der erhaltenen Vorteile".[695] Entsprechendes gilt auch für den DCFR. Die *Study Group* hat den für die PECL geltenden Ausschluss einer Vorteilsherausgabe in ihrem Kommentar zu Art. III.-3:702 DCFR unverändert übernommen.[696]

---

692 Der einzige Unterschied der beiden Artikel besteht darin, dass die PECL die Spezifikation des Schadens „*for loss caused by non-performance of an obligation*" nicht enthalten.

693 PICC Official Commentary, Art. 7.4.2 N 1.

694 Vogenauer PICC-MCKENDRICK, Art. 7.4.2 N 5.

695 PECL Kommentar, Art. 9:502, Komm. A.

696 DCFR Commentary, Art. III.-3:702, Comment B.

Interessanterweise kennt der DCFR für ausservertragliche Rechtsverletzungen eine allgemeine Anspruchsgrundlage für die Herausgabe von Verletzergewinnen. In Art. VI.-6:101 Abs. 1 DCFR wird unter dem Titel *Aim and forms of reparation* die Grundregel aufgestellt, wonach eine in ihren Rechten verletzte Person in den Zustand zu versetzen ist, in dem sie sich ohne die Verletzung befinden würde. Es gilt nach Schweizer Verständnis also die Differenztheorie. Nach Massgabe von Abs. 4 kann aus Billigkeitsüberlegungen aber alternativ auch eine Vorteilsherausgabe angeordnet werden: 375

> „*As an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage.*“

Nach dem Wortlaut dieses Absatzes sollen (nicht näher definierte) Gedanken der *reasonableness* bestimmen, wann anstatt Schadenersatz eine Vorteilsherausgabe zur Anwendung gelangen kann. Dem Kommentar der *Study Group* ist zu entnehmen, dass dem Gläubiger grundsätzlich ein entsprechendes Wahlrecht zukommt, welches nur aufgrund besonderer Umstände eingeschränkt werden sollte.[697] Die Vorteilsherausgabe wird hier als *recovery* bezeichnet.[698] Dieser Begriff ist jedoch problematisch, denn er impliziert, dass der Gläubiger etwas zurückerhält, was ihm bereits einmal gehörte.[699] Schliesslich scheint der Wortlaut der Bestimmung für eine Vorteilsherausgabe das Vorliegen eines Schadens vorauszusetzen. Herausverlangt werden können nämlich einzig diejenigen Vorteile, welche die andere Partei in Zusammenhang mit der „Schadenszufügung“ (und nicht etwa mit der Rechtsverletzung) erzielt hat. 376

Da die *recovery of advantages* als ausservertraglicher Anspruch eine ausdrückliche Regelung erfahren hat, muss für einen entsprechenden Anspruch im Vertragsrecht wohl auf eine qualifizierte Lücke geschlossen werden.[700] Dies ist zu bedauern. Anlass der Regelung im ausservertraglichen Bereich war der Gedanke „*of infusing into the law on damages the principle that the profits made from a civil wrong should not be retained by the wrongdoer.*“[701] Dieser Leitgedanke erfährt unabhängig davon Berechtigung, ob es sich um ausservertragliche Verletzungen oder um Vertragsverletzungen handelt.[702] 377

---

697 DCFR Commentary, Art. VI.-6:101, Comment F.

698 Siehe zur allgemein uneinheitlichen Terminologie oben Rz. 23.

699 Vgl. GARNER, Black's Law Dictionary, „recovery“: „*The regaining or restoration of something lost or taken away.*“

700 So wohl auch ACKERMANN, 67.

701 DCFR Commentary, Art. VI.-6:101, Comment F.

702 Vgl. MONSEN, 6 European Review of Private Law 2011, 812 f.

378 Eine Vorteilsherausgabe als Teil des vertraglichen Schadenersatzrechts ist folglich in keinem der drei Regelwerke vorgesehen. Bei allen drei Regelwerken wird ein solcher Anspruch von den Urhebern mehr oder weniger deutlich ausgeschlossen. Auch die Möglichkeit einer Schadensschätzung auf der Basis eines allfälligen Verletzergewinns wird in keinem der Regelwerke oder der dazugehörigen offiziellen Kommentare erwähnt. Ein Abstellen auf einen solchen Vorteil beim Schadenersatz kommt somit wie unter dem CISG nur dann in Betracht, wenn dem Gläubiger der konkrete Nachweis gelingt, dass er den vom Schuldner erzielten Gewinn mit hinreichender Sicherheit ebenso hätte realisieren können.

b. Pflicht zur Vertraulichkeit

379 Eine Vorteilsherausgabe ist hingegen in allen drei Regelwerken ausdrücklich als Rechtsfolge der Verletzung einer vorvertraglichen Vertraulichkeitspflicht vorgesehen.

380 Art. 2.1.16 UNIDROIT Principles sieht unter dem Titel *Duty of confidentiality* Folgendes vor:

> „*Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party*."

381 Art. 2:302 PECL regelt Ähnliches unter dem Titel *Breach of Confidentiality*:

> „*If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party*."

382 Und auch Art. II.-3:302 Abs. 1 und 4 DCFR beinhalten unter dem gleichen Titel eine solche Bestimmung:

> "*(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.*"

> "*(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach.*"

383 Bei der unberechtigten Verwertung von anlässlich der Vertragsverhandlungen erfahrenen Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen ist eine Vorteilsherausgabe somit möglich. Fraglich ist, ob sich daraus auch für anderweitige Verletzungen etwas ableiten lässt. Allenfalls liesse sich die „*compensation based on the benefit received by the other party*" von Art. 2.1.16 UNIDROIT Principles als alternative Methode der Schadensberechnung ins allgemeine Schadensrecht übertragen. Der offizielle Kommentar zu Art. 2.1.16 UNIDROIT Principles stellt jedoch klar, dass die Vorteilsherausgabe auch dann möglich ist, wenn dem Gläubiger durch die Verletzung der Vertraulichkeitspflicht kein Schaden erwachsen ist.[703] Die Bestimmung ist somit nicht als Erweiterung des Schadenersatzanspruchs, sondern als eigenständiger Herausgabeanspruch zu qualifizieren. Mangels Hinweise im Regelwerk oder den offiziellen Materialien für eine Anwendung der Vorteilsherausgabe über die Vertraulichkeitsverletzung hinaus, lässt sich aus dieser Bestimmung für andere opportunistische Vertragsbrüche nichts ableiten.

384 Entsprechendes gilt für Art. 2:302 PECL sowie Art. II.-3:302 DCFR. Auch dort hängt die Vorteilsherausgabe nicht vom Bestand eines Schadens ab.[704] Im Kommentar der *Study Group* zum DCFR wird die Gewinnherausgabe einerseits mit der weiten Verbreitung eines solchen Anspruchs bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten in nationalen Rechtsordnungen begründet. Andererseits müsse der Prävention beim Austausch vertraulicher Informationen ein besonders hoher Stellenwert zukommen. Häufig sei die Wahrung der Vertraulichkeit wichtiger als der Ersatz eines konkret erlittenen Schadens, weshalb der Schadenersatzanspruch den Interessen der Parteien nicht hinreichend gerecht werde.[705] Dass dies aufgrund der strukturellen Unterkompensation der Gläubiger durch die Entrichtung von Schadenersatz für sämtliche Arten von Vertragsverletzungen gilt, wurde von den Urhebern indessen nicht berücksichtigt. Die für Vertraulichkeitsverletzungen vorgesehene Vorteilsherausgabe kann auch hier nicht auf anderweitige Vertragsbrüche angewendet werden.

385 Auffallend ist, dass alle drei Regelwerke die Vorteilsherausgabe unterschiedlich umschreiben. Art. 2.1.16 UNIDROIT Principles spricht von einer *compensation* und vermischt damit Kompensation und Vorteilsherausgabe.

---

703 PICC Official Commentary, Art. 2.1.16 N 3.

704 PECL Kommentar, Art. 2:302, Komm. C; DCFR Commentary, Art. II.-3:302, Comment C.

705 DCFR Commentary, Art. II.-3:302, Comment C.

Art. 2:302 PECL qualifiziert die Herausgabepflicht ausdrücklich als *restitution* und wirft damit die (zu verneinende) Frage auf, ob hier einzig ein bereicherungsrechtlicher Wertersatz des verletzten Rechts herausverlangt werden kann. Wohl um terminologische Probleme in Zusammenhang mit dem Begriff *restitution* zu verhindern, stipuliert Art. II.-3:302 DCFR schlicht und einfach einen Anspruch auf *any benefit obtained by the breach*. Für den Anspruch auf Vorteilsherausgabe wird im Übrigen in allen drei Regelwerken eine Kann-Formulierung verwendet („*may include*", „*may be ordered*"), ohne dass weiterführende Anwendungskriterien zur Verfügung gestellt werden. Es zeigt sich damit auch auf internationaler Ebene die Schwierigkeit der rechtlichen Einordnung und des allgemeinen Umgangs mit dem Anspruch auf Vorteilsherausgabe.

c. Vorteilsherausgabe bei Vertragsaufhebung

386 Zu prüfen ist schliesslich, inwiefern den Parteien unter den drei Regelwerken nach einer Vertragsaufhebung ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe zukommt. Anders als das CISG enthalten die UNIDROIT Principles keine Regelung für durch die erhaltene Vertragsleistung erzielte Vorteile.[706] Gemäss den Erläuterungen zu Art. 3.2.15 wie auch zu Art. 7.3.6 UNIDROIT Principles ist dies von den Urhebern so gewollt: „*The Principles do not take a position concerning benefits that have been derived from the performance*".[707] Dieser Umstand wird damit begründet, dass es in der Praxis häufig schwierig ist, den Wert solcher Vorteile zu bestimmen. Regelmässig würden zudem beide Parteien einen Vorteil aus der erhaltenen Leistung, d.h. der Ware oder dem Entgelt, ziehen.[708] Gleichzeitig wird in der Lehre auch auf die geringe Praxisrelevanz solcher Vorteile hingewiesen. Im Fall einer Vertragsaufhebung seien die Parteien in der Regel bereits zufrieden, wenn sie das von ihnen Geleistete zurückerhielten. Nicht zuletzt könne die Gewährung einer Vorteilsherausgabe auch zu einer ungewollten Zunahme von Prozessen führen. Die UNIDROIT Principles hätten deshalb gut daran getan, mit dem Verzicht einer solchen Regelung keine „schlafenden Hunde" zu wecken.[709] HUBER

---

706 Vgl. BOLLENBERGER, ZEuP 2000, 906.

707 PICC Official Commentary, Art. 3.2.15, Comment 5; PICC Official Commentary, Art. 7.3.6, Comment 6.

708 PICC Official Commentary, Art. 3.2.15 N 5; der offizielle Kommentar schweigt auch zur Frage, ob und in welchem Umfang der zurückzuerstattende Kaufpreis zu verzinsen ist.

709 Vogenauer PICC-DU PLESSIS, Art. 3.2.15 N 4; vgl. ZIMMERMANN, 16 Uniform Law Review 2011, 582.

gelangt gar zum Schluss „*that the PICC actually intend to exclude restitutionary claims for benefits altogether*“.[710]

Anders als noch in den PECL lässt sich in Art. III.-3:510 DCFR unter dem Titel *Restitution of benefits received by performance* eine Bestimmung zur Vorteilsausgleichung finden. Art. III.-3:510 Abs. 1 DCFR bestimmt: 387

> “*On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.*“

Demnach ist jeglicher Vorteil, den eine Partei aus einer erhaltenen Leistung gezogen hat, an die andere Partei herauszugeben. Nach ausdrücklichem Wortlaut der Bestimmung sind von der Herausgabepflicht jedoch nur die *benefits by the other's performance* umfasst. Auf Vorteile, die aufgrund einer eigenen Vertragsverletzung erlangt wurden, findet diese Regelung damit keine Anwendung. Eine Weiterentwicklung der Vorteilsherausgabe für solche Fälle würde dem Art. III.-3:510 Abs. 1 DCFR zugrunde liegenden Gedanken zwar nicht widersprechen, denn Sinn und Zweck der Bestimmung ist es, „*to ensure that neither party is left unjustly enriched after termination of the contractual relationship.*“[711] Dennoch fehlt für eine derartige Ausweitung der Vorteilsherausgabe die nötige Grundlage im Regelwerk. Im Ergebnis kann somit auch über die Vorteilsausgleichung nach einer Vertragsaufhebung keine Herausgabe eines Verletzergewinns erreicht werden. 388

D) Fazit

Da das CISG die Folgen einer Vertragsverletzung abschliessend regelt, müsste sich auch ein allfälliger Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns nach einer gewinnbringenden Vertragsverletzung aus dem CISG selbst ergeben. Die allgemeinen Prinzipien des CISG stehen einer Vorteilsabschöpfung dabei nicht entgegen. Eine ausdrückliche Grundlage für den Anspruch auf Vorteilsherausgabe ist dem Übereinkommen jedoch nicht zu entnehmen. Die Schadenersatzregelung in Art. 74 CISG kann aufgrund ihres Wortlauts sowie ihres ausschliesslich kompensatorischen Zwecks nicht als Grundlage einer Gewinnherausgabe dienen. Für eine Minderung scheitert es bei Ersparnisbereicherungen an einem objektiven Kriterium zur Bemessung des verminderten Ist-Werts der Ware. Sofern der Vertrag rechtsgültig aufgehoben wurde, 389

[710] Vogenauer PICC-HUBER, Art. 7.3.6 N 23.
[711] DCFR Commentary, Art. III.-3:510, Comment A.

sollte der Käufer aber gestützt auf Art. 84 CISG immerhin beim Doppelverkauf eine Vorteilsherausgabe geltend machen können. Eine Auslegung dieser Bestimmung zeigt, dass die Herausgabepflicht über den Wortlaut hinaus auch sämtliche Vorteile erfasst, welche der Verkäufer aus dem Vertragsgegenstand gezogen hat.

390 Das Fehlen einer allgemeinen Regelung der Vorteilsherausgabe nach opportunistischen Vertragsverletzungen im CISG ist zu bedauern. Eine entsprechende Änderung ist in absehbarer Zeit aber unwahrscheinlich, zumal eine Revision des Übereinkommens angesichts der grossen Zahl von Mitgliedstaaten kaum vorstellbar ist. In Anbetracht der stetig wachsenden Akzeptanz der jetzigen Fassung wäre eine solche wohl auch nicht sinnvoll.[712] Eine Vorteilsabschöpfung hat sich hier deshalb auch künftig auf die geltungszeitliche Auslegung bestehender Bestimmungen zu stützen.

391 In den UNIDROIT Principles, den PECL und dem DCFR ist ebenfalls keine allgemeine Pflicht zur Herausgabe von durch Vertragsverletzungen erzielten Vorteilen vorgesehen. Alle drei Regelwerke enthalten eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für die Gewinnherausgabe nach der Verletzung vorvertraglicher Vertraulichkeitspflichten. Diese Bestimmungen lassen sich jedoch nicht auf andere Fälle opportunistischer Vertragsverletzung anwenden. Selbst für den Fall der Vertragsaufhebung kennen weder die UNIDROIT Principles noch die PECL eine Pflicht zur Vorteilsherausgabe. Einzig im DCFR besteht eine entsprechende Regelung. Diese umfasst jedoch nur solche Vorteile, die anhand der von der anderen Partei erhaltenen Leistung erzielt wurden. Die im DCFR enthaltene ausservertragliche Regelung der Vorteilsherausgabe lässt sich zudem nicht auf Vertragsverletzungen übertragen.

392 Dass ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe nach Vertragsverletzungen auch in den „akademischen" Regelwerken fehlt, ist besonders schade. Für deren Ausgestaltung bestehen im Vergleich zu internationalen Übereinkommen wie dem CISG wesentlich grössere Freiheiten. Dazu kommt, dass die Regelwerke als *model laws* auch auf die Weiterentwicklung nationaler Rechtsordnungen Wirkung entfalten wollen. Bei der Überarbeitung der Regelwerke sollte die vertragliche Vorteilsherausgabe deshalb die gebührende Beachtung erfahren.

393 Bei den UNIDROIT Principles wäre dabei die Aufnahme einer allgemeinen Grundlage für die Vorteilsabschöpfung nach vorsätzlichen Vertragsverletzungen als Ergänzung der Bestimmungen zum Schadenersatz in den Art. 7.4.1 ff. wünschenswert. Alternativ wäre auch die Aufnahme eines Commodumanspruchs in die Art. 7.2.1 ff. UNIDROIT Principles zum Anspruch auf Realerfüllung denkbar. Beim DCFR kommt zunächst eine Ausweitung auf Vertragsverletzungen des Anwendungsbereichs der ausserver-

[712] Zum fortwährenden Erfolg des CISG siehe oben Rz. 309.

traglichen *recovery of advantages* als besondere Form der *reparation* gemäss Art. VI.-6:101 Abs. 4 DCFR in Frage. Die Voraussetzung der *reasonableness* einer Vorteilsherausgabe müsste die Anwendung dabei aus Präventivüberlegungen auf vorsätzliche Vertragsverletzungen beschränken. Angesichts der unterschiedlichen nationalen Lösungen für das Zusammenspiel vertraglicher und ausservertraglicher Anspruchsgrundlagen ist in internationalen Regelwerken eine strikte Trennung der jeweiligen Ansprüche jedoch vorzuziehen. Besser wäre es, die Regelung der Vorteilsherausgabe in den Vertragsregeln des DCFR selbst vorzunehmen. Auch hier ist nebst einem Commodumanspruch als spezielle Ausgestaltung des Anspruchs auf Realerfüllung in den Art. III.-3:301 ff. DCFR in erster Linie an eine Ergänzung des Schadensrechts in Art. III.-3:701 ff. DCFR zu denken. Dies gilt entsprechend für Art. 9:101 ff. PECL (Commodumanspruch beim Anspruch auf Realerfüllung) sowie für Art. 9:501 ff. PECL (Regelung der Vorteilsherausgabe im Schadensrecht). Für eine Erweiterung des Schadensrechts könnte der in Kapitel V für das schweizerische Vertragsrecht vorgeschlagene Ansatz ein Ausgangspunkt sein.[713]

[713] Siehe oben Rz. 285 ff.

VII. Zusammenfassung

Gewinnbringende Vertragsverletzungen werden typischerweise in drei Konstellationen begangen. Dies ist zunächst der *Doppelvertrag*, bei dem eine vertraglich versprochene Leistung unter Verletzung des Vertrags nicht dem Gläubiger, sondern einer besser zahlenden Drittperson erbracht wird. Ein Vorteil kann sodann mittels einer *Ersparnisbereicherung* erzielt werden, wenn ein Schuldner vertraglich geschuldete Aufwendungen nicht im vorgesehenen Rahmen tätigt und dadurch Kosten einspart. Schliesslich kann auch die *Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten*, wie bspw. eines Alleinvertriebsrechts des Vertragspartners oder eines Publikationsverbots, zu einer Vorteilserlangung führen. 394

Zum Schicksal eines durch Vertragsverletzung erlangten Vorteils gibt es unterschiedliche Meinungen. Bisweilen wird hierzu eine vermeintlich wirtschaftliche Position eingenommen. Demnach sollen Vertragsparteien nicht davon abgehalten werden, stets die Generierung des grösstmöglichen ökonomischen Mehrwerts anzustreben. Dies hat auch dann zu gelten, wenn die Gewinnerzielung eine Vertragsverletzung voraussetzt, denn mit dem Anspruch auf Schadenersatz ist der enttäuschte Gläubiger nach dieser Denkweise hinreichend geschützt. Verbleibe dem Schuldner nach dem Vertragsbruch und der Entschädigung des Gläubigers ein Gewinn, so sei dies gesamtwirtschaftlich positiv zu werten. Nach der *efficient breach theory* werden solche gewinnbringenden Vertragsverletzungen als „effiziente" Vertragsbrüche bezeichnet, eine Vorteilsabschöpfung wird hier abgelehnt. 395

Anhänger dieser Theorie übersehen jedoch eine wichtige Unzulänglichkeit. Oft wird der enttäuschte Vertragsgläubiger durch seinen Anspruch auf Schadenersatz aus verschiedenen Gründen nicht hinreichend kompensiert. So sind verschiedene Arten erlittener Beeinträchtigungen nicht ersatzfähig, wozu nicht zuletzt auch das verletzte Vertrauen in die vertragsgemässe Erfüllung zählt. Das Fundament der Theorie des effizienten Vertragsbruchs – der vollständige Ausgleich der ökonomischen Nachteile des Gläubigers durch seinen Anspruch auf Schadenersatz – beruht damit auf einem Irrtum. Zudem hält auch die Annahme, gewinnbringende Vertragsbrüche seien wirtschaftlich zu begrüssen, einer näheren Prüfung nicht stand. Sie lässt die nach einer Vertragsverletzung anfallenden Kosten für die Streitbeilegung ausser Acht und berücksichtigt auch die wirtschaftlichen Konsequenzen von Vertrauensverlust im Geschäftsverkehr nicht. 396

Nach anderer und vorzuziehender Auffassung sind in der gesetzlichen Vertragsordnung auch moralische und präventive Aspekte zu beachten. Wird einem Vertragspartner erlaubt, durch die Verletzung von vertraglichen Pflichten und das Enttäuschen der Erwartungen der anderen Partei einen Vorteil zu 397

erlangen, so steht dies im Widerspruch zum allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl. Zudem würde so das vertragliche Fundamentalprinzip *pacta sunt servanda* sowie der zumindest im kontinentaleuropäischen sowie in verschiedenen internationalen Regelwerken bestehende Anspruch auf Realerfüllung untergraben. Das Vertragsrecht hat einem derartigen Verhalten geeignete Massnahmen entgegenzuhalten.

398 Ein gesetzlicher Anspruch, wonach durch Vertragsverletzung erzielte Vorteile an den Gläubiger herauszugeben sind, würde den Anreiz für opportunistisches Verhalten wirksam eindämmen. Die aus einem solchen Anspruch resultierende Förderung von Lösungen auf Verhandlungsbasis hätte zudem einen wirtschaftlich positiven Effekt. Nicht gerechtfertigt ist demgegenüber der Vorwurf, die Vorteilsherausgabe weise einen im Vertragsrecht verpönten Strafcharakter auf. Da eine Vorteilsherausgabe einzig die vom Schuldner erzielten Nettogewinne berührt, darüber hinaus jedoch nicht in dessen Vermögen eingreift, kann von einem strafenden Charakter keine Rede sein. Die systematische Abschöpfung von vorsätzlich mittels Vertragsverletzung erzielten Vorteilen wäre somit zu begrüssen.

399 Aus den untersuchten Anspruchsgrundlagen des *Schweizer Rechts* – Schadenersatz, Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag – lässt sich indessen keine allgemeine Regel zur Vorteilsherausgabe bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen ableiten. Unter den vertraglichen Anspruchsgrundlagen orientiert sich der *Schadenersatz* ausschliesslich an der Vermögensveränderung des Geschädigten, unbesehen allfälliger Vermögensveränderungen des Schädigers. Mittels Anspruchs auf das *stellvertretende Commodum* lässt sich immerhin bei Doppelverträgen ein Anspruch auf den Verletzergewinn begründen. Das Gleiche hat zudem für verletzte Unterlassungspflichten zu gelten. Keine Handhabe bietet der Commodumanspruch jedoch bei der Ersparnisbereicherung.

400 Unter den ausservertraglichen Anspruchsgrundlagen erlaubt das *Bereicherungsrecht* keine Gewinnabschöpfung, da sich der Anspruch des Gläubigers nicht auf Vorteilsherausgabe, sondern lediglich auf Wertersatz des verletzten Rechts bezieht. Die Bestimmungen über die *unechte Geschäftsführung ohne Auftrag* ermöglicht indessen eine Vorteilsabschöpfung, wenn durch die Geschäftsführung Rechte des Geschäftsherrn mit Zuweisungsgehalt verletzt werden. Obwohl dazu noch keine gefestigte Gerichtspraxis besteht, ist dies bei Doppelverträgen zu bejahen sowie bei verletzten vertraglichen Unterlassungspflichten, sofern durch die Unterlassungspflicht eine bestimmte Verwertungshandlung dem Gläubiger vorbehalten werden soll. Bei Ersparnisbereicherungen taugt das Geschäftsführungsrecht hingegen nicht als Grundlage einer Gewinnherausgabe, da der Schuldner hier nicht in fremde Rechte eingreift.

Das Ergebnis zeigt, dass Vertragsgläubiger unter schweizerischem Recht vor vorsätzlichen, ökonomisch motivierten Vertragsverletzungen des Schuldners nicht hinreichend geschützt werden. Bei Ersparnisbereicherungen hat der Gläubiger keinen Zugriff auf die vom Schuldner erlangten Vorteile. Die Prävention solcher Vertragsverletzungen kommt damit zu kurz. Auch bei Doppelverträgen und verletzten Unterlassungspflichten, wo die Möglichkeit einer Vorteilsherausgabe unter geltendem Recht grundsätzlich besteht, mangelt es mit Blick auf die spärliche Judikatur noch an Rechtssicherheit. Ein möglicher Ansatz des Gesetzgebers, um dem entgegenzutreten, liegt in einer Anpassung des Geschäftsführungsrechts, sodass vorsätzliche Vertragsverletzungen generell unter den Tatbestand der Eigengeschäftsführung fallen würden. Eine solche Bestimmung könnte gleichzeitig in den Allgemeinen Teil des OR verschoben werden, wo sie systematisch auch hingehört. Noch einfacher wäre eine Lösung direkt im Vertragsrecht. Idealerweise würde Art. 97 OR dazu so ergänzt, dass dem Gläubiger im Fall einer vorsätzlichen Vertragsverletzung die Wahl zusteht, statt Schadenersatz die Herausgabe des vom Schuldner durch die Verletzung erlangten Vorteils zu verlangen. 401

Auch in den untersuchten *internationalen Regelwerken* ist keine umfassende Regelung einer Vorteilsherausgabe nach gewinnbringenden Vertragsverletzungen zu finden. Bei internationalen Kaufverträgen, die dem CISG unterstehen, erlaubt eine zeitgemässe Auslegung von Art. 84 CISG einzig für den Fall des Doppelverkaufs eine Abschöpfung des Verletzergewinns durch den Gläubiger. In den übrigen geprüften Regelwerken – d.h. UNIDROIT Principles, PECL und DCFR – ist sodann bei der Verletzung vorvertraglicher Vertraulichkeitspflichten eine Vorteilsherausgabe vorgesehen. Darüber hinaus ist nach Vertragsverletzungen jedoch keine Gewinnabschöpfung möglich. Insbesondere in Anbetracht der Vorbildfunktion internationaler Regelwerke für die Weiterentwicklung nationaler Rechtsordnungen besteht hier deutlicher Nachholbedarf. 402

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraf
A.	Atlantic Reporter (USA)
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (England & Wales)
a.F.	alte Fassung
a.M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABQB	Alberta Court of Queen's Bench (Kanada)
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
AC	Advisory Council
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGer	Amtsgericht
ALI	American Law Institute
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (altes OR)
Arb.	Arbitral tribunal
Ariz.	Arizona (USA)
Ark.	Arkansas (USA)
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht
Ass'n/Assn.	Association
AT	Allgemeiner Teil
Aus FC	Federal Court of Australia
Aus	Australia
B.R.	Bankruptcy Reports (USA)
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (amtliche Sammlung)
BGer	Nicht in der amtlichen Sammlung publizierter Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts

BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeals (USA)
CA	Court of Appeal (England & Wales / Kanada)
Ch	Court of Chancery (England & Wales)
Ch. D.	Chancery Division Law Reports (UK)
Ch.	Chancery Law Reports (UK)
Ch.	Court of Chancery (USA)
ChD	Chancery Division (UK)
CHF	Schweizer Franken
Chin.	Chinesisch
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CIA	Central Intelligence Agency (USA)
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, SR 0.221.211.1)
Civ	Civil Division
CO	Code des obligations
Co.	Colorado (USA)
Co.	Company
Conn.	Connecticut (USA)
Corp.	Corporation
CR	Commentaire Romand
D.	District
D.C. Ap.	District Court of Appeal (USA)
D.C.	District Court (USA)
d.h.	das heisst

DCESL	Draft Common European Sales Law
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design (SR 232.12)
Diss.	Dissertation
Doc.	Document
E	Englisch
E.	Erwägung
E.D.	Eastern District
E.M.L.R.	Entertainment and Media Law Reports (UK)
E.P. Smith	E.P. Smith's Reports (USA)
E.R.	English Reports (England & Wales)
EC	European Community
Ex Ch	Exchequer Reports (UK)
Exch	Court of Exchequer (UK)
f./ff.	folgende / fortfolgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series (USA)
F.3d	Federal Reporter, Third Series (USA)
F.Supp.3d	Federal Supplement, Third Series (USA)
FCR	Federal Court Reports (Kanada)
Flo.	Florida (USA)
Fn.	Fussnote
franz.	französisch
FS	Festschrift
GBP	Great Britain Pound / Pound Sterling
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Habil.	Habilitation
HC	High Court
HC Irl.	High Court of Ireland
HCA	High Court of Australia
HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)

HGer	Handelsgericht
HK	Hong Kong
HKEC	Hong Kong Electronic Citation
HL	House of Lords (England & Wales)
Hrsg.	Herausgeberin / Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce
IHR	Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
Intr.	Introduction
Irl.	Ireland
Isr.	Israel
ital.	italienisch
JudComm PC	Judicial Committee of the Privy Council (UK)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
Ky.	Kentucky (USA)
La. Ann.	Louisiana Annual Reports (USA)
La.	Louisiana (USA)
LG	Landgericht (Deutschland)
LIBOR	London Interbank Offered Rate
lit.	litera
LLC	Limited liability company
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports (England & Wales)
Ltd/Ltd.	Limited
Md.	Maryland (USA)

Md.	Maryland Reports (USA)
Minn.	Minnesota (USA)
Misc.2d	Miscellaneous Reports, Second Series (USA)
Mrd.	Milliarden
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsabgaben (SR 232.11)
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum BGB
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum HGB
N	Nummer/Randnote
N.J.	New Jersey (USA)
N.Y.	New York (USA)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
No./No	Number
Nr.	Nummer
NUCJ	Nunavut Court of Justice (Kanada)
o.S.	ohne Seitenangabe
obj.	objektiv
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Oh.	Ohio (USA)
Okla.	Oklahoma (USA)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
P.	Law Reports Probate (UK)
P.2d	Pacific Reporter Second (USA)
P.3d	Pacific Reporter Third (USA)
Pa.	Pennsylvania (USA)
Pa.	Pennsylvania Supreme Court Reports (USA)
PC	Privy Council (UK)

PECL	Principles of European Contract Law / Lando-Principles (Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts)
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
PRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen (SR 944.3)
Pty Ltd	Proprietary Limited
Q.B.D.	Queen's Bench Division, Law Reports (England & Wales)
QB	Queen's Bench (England & Wales)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RG	Reichsgericht (Deutschland)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Deutschland)
RLR	Restitution Law Review (UK)
Rz.	Randziffer
S.	Seite / Satz
S.Ct.	Supreme Court
S.Ct.	Supreme Court Reporter (USA)
S.D.	Southern District
S.W.	South Western Reporter (USA)
S.W.2d	South Western Reporter Second (USA)
SASC	Supreme Court of South Australia
SCC	Supreme Court of Canada
SG	St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	SIC! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIS	Secret Intelligence Service (UK)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
So.	Southern Reporter (USA)
So.2d	Southern Reporter Second (USA)
sog.	sogenannt

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sup.	Supreme Court
Sup.E.	Supreme Court of Errors (USA)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
U.S.	United States
U.S.	United States Reports (USA)
UK	United Kingdom
ULFIS	Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods
ULIS	Uniform Law for the International Sale of Goods
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Deutschland)
USA	United States of America
USD	amerikanische Dollar
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
v.	versus
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
W.L.R.	Weekly Law Reports (England & Wales)
WL	Westlaw (USA)
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 209)
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

ACKERMANN THOMAS, Beyond Expectation? – An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages, in: Wagner Gerhard (Hrsg.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, München 2009, 35–68.

ANDERSON LESLEY, Negotiating or gain based remedies in contract – account of profits, Wrotham Park and its progeny, 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 2016, 185–203.

BAR-GILL OREN/BEN-SHAHAR OMRI, An Information Theory of Willful Breach, 107 Michigan Law Review 2009, 1479–1500.

BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009.

BAUER RALPH S., The Degree of Moral Fault as Affecting Defendants's Liability, 81 University of Pennsylvania Law Review 1933, 586–596.

BEATSON JACK/SCHRAGE ELTJO, Unjustified Enrichment, Oxford/Portland, Oregon 2003.

BECKER HERMANN (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183, Bern 1941 (zit. BK-BEARBEITER).

BEN-SHAHAR OMRI/BERNSTEIN LISA, The Secrecy Interest in Contract Law, 109 The Yale Law Journal 2000, 1885–1925.

BERGER KLAUS PETER, International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 46 American Journal of Comparative Law 1998, 129–150.

BESSON CHARLES, La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances, Diss. Lausanne 1955.

BOCK ANNE-FLORENCE, Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung, Diss. Basel 2010 (zit. BOCK, Gewinnherausgabe).

BOCK ANNE-FLORENCE, Gewinnherausgabeansprüche gemäss CISG, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 175–189 (zit. BOCK, FS Schwenzer).

BOLLENBERGER RAIMUND, Das stellvertretende Commodum, Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, Habil. Wien 1999 (zit. BOLLENBERGER, Das stellvertretende Commodum).

BOLLENBERGER RAIMUND, Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch, Entscheidung des englischen Court of Appeal vom 16. Dezember 1997, ZEuP 2000, 893–906 (zit. BOLLENBERGER, ZEuP 2000).

BONELL MICHAEL JOACHIM, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?, 26 Uniform Law Review 1996, 26–39.

BOTTERELL ANDREW, Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract, 16 Legal Theory 2010, 135–160.

BRINKMANN MORITZ, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005.

BRUNNER CHRISTOPH (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. SHK CISG-BEARBEITER).

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT).

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).

BÜHLER THEODOR (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband 2d, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Zürich 1998 (zit. ZK-BEARBEITER).

BÜRGI-WYSS ALEXANDER CHRISTOPH, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 2005.

VON CAEMMERER ERNST, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Rabel Ernst/Dölle Hans/Kunkel Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, Tübingen 1954, 333–401.

CAMPBELL DAVID, A Relational Critique of the Third Restatement of Restitution § 39, 68 Washington and Lee Law Review 2011, 1063–1131.

CHAPPUIS CHRISTINE, La restitution des profits illégitimes, Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Diss. Genf, Basel/Frankfurt am Main 1991.

CISG ADVISORY COUNCIL, CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Adopted by the CISG-AC at its Spring 2006 meeting in Stockholm, Sweden (zit. CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74).

CISG ADVISORY COUNCIL, CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008 (zit. CISG AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract).

CLIVE ERIC, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States: Differences between the Draft Common Frame of Reference and the Principles of European Contract Law, 14 Juridica International Law Review 2008, 18–26.

COASE RONALD H., The Problem of Social Cost, 56 Journal of Law & Economics 2013, 837–877.

COHEN GEORGE M., The Fault Lines in Contract Damages, 80 Virginia Law Review 1994, 1225–1349.

DAGAN HANOCH, Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory, 1 Theoretical Inquiries in Law 2000, 115–154.

DANFORTH JOHN, Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity, 81 Columbia Law Review 1981, 1491–1524.

DAWSON JOHN P., Restitution or Damages, 20 Ohio State Law Journal 1959, 175–192.

DEMIR EYLEM, Die Schadensersatzregelung im UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Bern 2015.

EDELMAN JAMES J., Fiduciaries and Profit Disgorgement for Breach of Contract, Speech given to the Journal of Equity and Commercial Law Association Conference, Sydney, 30 March 2012, Sydney 2012 (zit. EDELMAN, Fiduciaries).

EDELMAN JAMES J., Gain-Based Damages, Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Oxford/Portland, Oregon 2002 (zit. EDELMAN, Gain-Based Damages).

EDELMAN JAMES J., Unjust Enrichment, Restitution, and Wrongs, 79 Texas Law Review 2001, 1869–1878 (zit. EDELMAN, 79 Texas Law Review 2001).

EISENBERG MELVIN A., Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law, 93 California Law Review 2005, 975–1050 (zit. EISENBERG, 93 California Law Review 2005).

EISENBERG MELVIN A., The Disgorgement Interest in Contract Law, 105 Michigan Law Review 2006, 559–602 (zit. EISENBERG, 105 Michigan Law Review 2006).

ERNST WOLFGANG, Doppelverkauf, Ein Panorama, in: Lorenz Stephan/Trunk Alexander/Eidenmüller Horst/Wendehorst Christiane/Adolff Johannes (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, 113–142.

FARBER DANIEL A., Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract, 66 Virginia Law Review 1980, 1443–1484.

FERRARI FRANCO, Uniform Application and Interest Rates Under the 1980 Vienna Sales Convention, 24 Georgia Journal of International and Comparative Law 1996, 467–478.

FONTAINE MARCEL, Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 9 Uniform Law Review 2004, 253–267.

FRIEDMANN DANIEL, Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong, 80 Columbia Law Review 1980, 504–558 (zit. FRIEDMANN, 80 Columbia Law Review 1980).

FRIEDMANN DANIEL, Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract, 104 Law Quarterly Review 1988, 383–388 (zit. FRIEDMANN, 104 Law Quarterly Review 1988).

FRIEDMANN DANIEL, The Efficient Breach Fallacy, 18 The Journal of Legal Studies 1989, 1–24 (zit. FRIEDMANN, 18 The Journal of Legal Studies 1989).

FRIEDMANN DANIEL, The Performance Interest in Contract Damages, 111 The Law Quarterly Review 1995, 628–654 (zit. FRIEDMANN, 111 The Law Quarterly Review 1995).

FULLER LON L./PERDUE WILLIAM R. [JR.], The Reliance Interest in Contract Damages: 1, 46 Yale Law Journal 1936, 52–96.

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER).

GAO XIANG/LIU CHENGWEI, The Disgorgement Damage System in Chinese Law, in: Hondius Ewoud/Janssen André (Hrsg.), Disgorgement of Profits, Gain-Based Remedies throughout the World, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 407–428.

GARNER BRYAN A., Black's Law Dictionary, 10. Aufl., Eagan (U.S.) 2014.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

GAUCH PETER, Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, Bemerkungen zum Begriff des Schadens, zur vertraglichen Haftung ohne Vertragsverletzung und zur Bereicherung aus Vertragsbruch, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern 2005, 293–319 (zit. GAUCH, FS Walter).

GAUCH PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligation, Erste Lieferung, Art. 114–126 OR, Zürich 1991 (zit. ZK-BEARBEITER).

GAUCH PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424, Zürich 1993 (zit. ZK-BEARBEITER).

GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Präjudizienbuch OR-BEARBEITER).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER).

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 2b, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266–268b OR, 4. Aufl., Zürich 1995 (zit. ZK-BEARBEITER).

GEISER THOMAS, Die Persönlichkeitsverletzung, insbesondere durch Kunstwerke, Habil. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1990.

GOFF ROBERT/JONES GARETH/MITCHELL CHARLES/MITCHELL PAUL/WATTERSON STEPHEN, The Law of Restitution, 9. Aufl., London 2016.

GRUNEWALD BARBARA (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften. Zweiter Abschnitt: Handelskauf. Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft §§ 343–406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 4. Aufl., München 2018 (zit. MüKo HGB-BEARBEITER).

HACHEM PASCAL, Die Konturen des Prinzips Pacta Sunt Servanda, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 647–667.

HARRISON JEFFREY L., A Nihilistic View of the Efficient Breach, Michigan State Law Review 2013, 167–209.

HARTMANN FELIX, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Tübingen 2007 (zit. HARTMANN, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum).

HARTMANN FELIX, Ersatzherausgabe und Gewinnhaftung beim internationalen Warenkauf, Zugleich ein Beitrag zum Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung eines künftigen europäischen Vertragsrechts, IHR 5/2009, 189–201 (zit. HARTMANN, IHR 5/2009).

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zit. BK-BEARBEITER).

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-BEARBEITER).

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-BEARBEITER).

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 256–259i OR, Bern 2015 (zit. BK-BEARBEITER).

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010 (zit. BK-BEARBEITER).

HEDLEY STEVE, „Very much the wrong people": The House of Lords and publication of spy memoirs (A-G v Blake), 4 Web Journal of Current Legal Issues 2000.

HELMS TOBIAS, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Habil. Freiburg im Breisgau, Tübingen 2007.

HILTY RETO M./ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER).

HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Sechster Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 2000 (zit. HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag).

HOFSTETTER JOSEF, Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, ZBJV 100/1964, 221–251 (zit. HOFSTETTER, ZBJV 100/1964).

HOLENSTEIN PATRIZIA, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1983.

HOLMES OLIVER WENDELL [JR.], The Common Law, University of Toronto Law School, Typographical Society, Toronto 1881/2011, abrufbar unter http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018 (zit. HOLMES, Common Law).

HOLMES OLIVER WENDELL [JR.], The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 1897, 457–478 (zit. HOLMES, 10 Harvard Law Review 1897).

HONDIUS EWOUD/JANSSEN ANDRÉ, Disgorgement of Profits, Gain-Based Remedies throughout the World, in: Hondius Ewoud/Janssen André (Hrsg.), Disgorgement of Profits, Gain-Based Remedies throughout the World, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 471–507.

HONSELL HEINRICH, Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht, SJZ 88/1992, 361–365 (zit. HONSELL, SJZ 88/1992).

HONSELL HEINRICH, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, in: Vogt Nedim Peter/Zobl Dieter (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, 25–34 (zit. HONSELL, Liber Amicorum Schulin).

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010 (zit. Honsell CISG-BEARBEITER).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK OR II-BEARBEITER).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER).

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. OR 2020-BEARBEITER).

HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung, SZW 2015, 280–300.

JANSSEN ANDRÉ, Präventive Gewinnabschöpfung, Habil. Münster, Tübingen 2017.

JENNY RETO M., Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 2005.

JOHNSON NICHOLAS J., The Boundaries of Extracompensatory Relief for Abusive Breach of Contract, 33 Connecticut Law Review 2000, 181–198.

JONES GARETH, Must the Party in Breach Account for Profits from his Breach of Contract?, in: Schwenzer Ingeborg/Hager Günter (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 763–774.

KELLER MAX/SCHAUFELBERGER PETER C., Ungerechtfertigte Bereicherung, Basel/Frankfurt am Main 1990.

VAN KOGELENBERG MARTIJN, Deliberate Breach of Contract and Consequences for Remedies: Exploration of a Neglected Area in the Law of Contract, 21 Maastricht Journal of European and Comparative Law 2014, 141–161.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017.

KOLLER THOMAS/MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG), in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 963–980.

KÖNDGEN JOHANNES, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse –, RabelsZ 56 (1992), 696–756.

KRAMER ADAM, The Law of Contract Damages, Oxford/Portland, Oregon 2014.

KRÖLL STEFAN/MISTELIS LOUKAS/PERALES VISCASILLAS PILAR (Hrsg.), UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG), 2. Aufl., München 2018 (zit. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-BEARBEITER).

KRONKE HERBERT, The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond, Journal of Law and Commerce 2005, 451–465.

KUOPPALA SANNA, Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act, Faculty of Law of the University of Turku, Private law publication series B:53, o.S., abrufbar unter https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kuoppala.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

LIU CHENGWEI, Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

MACAULAY STEWART, The Reliance Interest and the World Outside the Law School's Doors, Wisconsin Law Review 1991, 247–291.

MARX ASTRID, Abschöpfung der Bereicherung aus Eingriff in fremde Rechtsgüter im französischen und deutschen Recht, Diss. Freiburg im Breisgau, Frankfurt am Main 1999.

MCCAMUS JOHN D., Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003, 943–974 (zit. MCCAMUS, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 2003).

MCCAMUS JOHN D., The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, 90 Canadian Bar Review 2011, 439–467 (zit. MCCAMUS, 90 Canadian Bar Review 2011).

MCDERMOTT JOHN/SKINNON JOHN, Restitution for Breach of Contract, 6 Deakin Law Review 2001, 112–119.

MCINNES MITCHELL, Gain-Based Relief for Breach of Contract: Attorney General v. Blake, 35 Canadian Business Law Journal 2001, 72–94.

MOMMSEN FRIEDRICH, Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855 (zit. MOMMSEN, Zur Lehre von dem Interesse).

MOMMSEN FRIEDRICH, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Erstes Heft. Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est, Braunschweig 1859 (zit. MOMMSEN, Commodum).

MONSEN ERIK, Disgorgement Damages for Breach of Pre-contractual Obligation and Contract, 6 European Review of Private Law 2011, 799–815.

MÖSCHEL WERNHARD, Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz, AcP 216 (2016), 13–22.

NIETLISPACH MARKUS, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. Zürich, Bern 1994.

PERLMAN HARVEY S., Interference with Contract and other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine, 49 University of Chicago Law Review 1982, 61–129.

PFAMMATTER PAUL, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Diss. Bern 1983.

PILTZ BURGHARD, Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2. Aufl., München 2008.

POSNER RICHARD A., Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014.

RABEL ERNST, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1. Band, Berlin/Leipzig 1936.

REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.

ROBERTS CAPRICE L., Restitutionary Disgorgement as a Moral Compass for Breach of Contract, 77 University of Cincinnati Law Review 2009, 991–1026 (zit. ROBERTS, 77 University of Cincinnati Law Review 2009).

ROBERTS CAPRICE L., Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 2008, 131–176 (zit. ROBERTS, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 2008).

ROTHERHAM CRAIG, The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs, 66 Cambridge Law Journal 2007, 172–199.

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012.

SCHAUFELBERGER PETER C., Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981.

SCHLECHTRIEM PETER, Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations, 10 Juridica International Law Review 2005, 27–34 (zit. SCHLECHTRIEM, 10 Juridica International Law Review 2005).

SCHLECHTRIEM PETER, Uniform Sales Law – The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1–28 (zit. SCHLECHTRIEM, Juridisk Tidskrift 1991/92).

SCHLECHTRIEM PETER, Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Wien 1986 (zit. SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law).

SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4. Aufl., Oxford 2016 (zit. Schlechtriem/Schwenzer CISG-BEARBEITER).

SCHLUEP WALTER R., Über Eingriffskondiktionen, in: Sturm Fritz (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne, Bern 1990, 173–213.

SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992 (zit. SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag).

SCHMID JÖRG, Gewinnherausgabe aus unerlaubter Untermiete, BGE 126 III 69 ff., recht 2000, 205–209 (zit. SCHMID, recht 2000).

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

SCHMIDT-AHRENDTS NILS, Disgorgement of Profits under the CISG, State of Play: The 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference 2012, 89–102.

SCHROETER ULRICH G., The Status of Hong Kong and Macao Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 16 Pace International Law Review 2004, 307–332.

SCHULZ FRITZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), 1–488.

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.

SCHWENZER INGEBORG/HACHEM PASCAL, The CISG – Successes and Pitfalls, 57 American Journal of Comparative Law 2009, 457–478.

SCHWENZER INGEBORG/HACHEM PASCAL/KEE CHRISTOPHER, Global Sales and Contract Law, Oxford/New York 2012.

SHAPIRO FRED R., The Most-Cited Legal Scholars, 29 The Journal of Legal Studies 2000, 409–426.

SHAPIRO FRED R./PEARSE MICHELLE, The Most-Cited Law Review Articles of All Time, 110 Michigan Law Review 2012, 1483–1520.

SHARPE ROBERT J./WADDAMS STEPHEN M., Damages for lost opportunity to bargain, 2 Oxford Journal of Legal Studies 1982, 290–297.

SHOARIAN EBRAHIM/BEIG POUR ROYA SHIRIN, The Effects of Intentional Breach of Contract with Emphasis on International Instruments, 3 International Journal of Research in Social Sciences 2013, 119–126.

SMITH LIONEL D., Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and „Efficient Breach", 24 Canadian Business Law Journal 1994-95, 121–140.

SOEFFKY IRINA, Vertragliche Gewinnhaftung in Europa, Diss. Berlin, Baden-Baden 2004.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER).

VON STAUDINGER JULIUS (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Wiener Kaufrecht (CISG), Berlin 2018 (zit. Staudinger CISG-BEARBEITER).

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm-BEARBEITER).

THEL STEVE/SIEGELMAN PETER, You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies, 52 William and Mary Law Review 2011, 1181–1245.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR CO I-BEARBEITER).

ULLRICH HANS GÜNTHER, Doppelverkauf und stellvertretendes commodum, Von D.18.4.21 zu § 281 BGB, Diss. Bonn 1990.

VENEZIANO ANNA, The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT's Experience, 58 Villanova Law Review 2013, 521–528.

VOGENAUER STEFAN (Hrsg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., Oxford 2015 (zit. Vogenauer PICC-BEARBEITER).

WAGNER GERHARD, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundsechzigsten deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, München 2006, A 1–A 135.

WANG LIMING/XU CHUANXI, Fundamental Principles of China's Contract Law, 13 Columbia Journal of Asian Law 1999, 1–34.

WEBER ROLF H., Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992 I, 333–366.

WESTERMANN HARM PETER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl., München 2016 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER).

WILBURG WALTER, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, Graz 1934.

WILKINSON-RYAN TESS/HOFFMAN DAVID A., Breach Is For Suckers, 63 Vanderbilt Law Review 2010, 1003–1045.

YORIO EDWARD, In Defense of Money Damages for Breach of Contract, 82 Columbia Law Review 1982, 1365–1424.

ZIMMERMANN REINHARD, The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010, 16 Uniform Law Review 2011, 563–587.

ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Materialien

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981 (zit. Restatement (Second) of Contracts).

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law, Third, Restitution and Unjust Enrichment, 2011 (zit. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment).

BUNDESRAT, Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni vom 31. Januar 2018, abrufbar unter https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-d.pdf, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

EUROPÄISCHES PARLAMENT, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung), abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-40, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Rom 2016 (zit. PICC Official Commentary).

KOMMISSION FÜR EUROPÄISCHES VERTRAGSRECHT, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002 (zit. PECL Kommentar).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (AQUIS GROUP), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, München 2009 (zit. DCFR Commentary).

UNCITRAL SECRETARIAT, Commentary on the 1978 Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN Doc. A/Conf. 97/5, 14.3.1979 (zit. CISG Secretariat Commentary).

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), UNCITRAL Digest of Case Law on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition (zit. UNCITRAL Digest 2016).

UNITED NATIONS, General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Forty-fifth session, Possible future work in the area of international contract law, Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law, UN Doc. A/CN.9/758, 8.5.2012.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Draft Articles of the Convention submitted to the Plenary Conference by the First Committee, 4.4.1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/jdraft.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Report of the First Committee, 7.4.1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries74.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Summary Records of Meetings of the First Committee, 37th meeting, Monday, 7 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting37.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Summary Records of the Plenary Meetings, 10th plenary meeting, Thursday, 10 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary10.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Summary Records of Meetings of the First Committee, 28th meeting, Friday, 28 March 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting28.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Summary Records of Meetings of the First Committee, 29th meeting, Monday, 31 March 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting29.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

VIENNA DIPLOMATIC CONFERENCE, Legislative History, Summary Records of Meetings of the First Committee, 32nd meeting, Tuesday, 1 April 1980, abrufbar unter http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting32.html, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION, World Trade Statistical Review 2017, abrufbar unter https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2017_e/wts2017_e.pdf, zuletzt aufgerufen am 4.6.2018.