

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. **Privatrecht/Droit privé**
 2.7. **Schuldrecht – allgemein/
Droit des obligations – en général**
 2.7.1. **Obligationenrecht – Allgemeiner Teil –
allgemein/Droit des obligations –
Partie générale – en général**
 2.7.1.2. **Wirkung/Effet**

BGer 4A_446/2015: Problemfelder von Art. 107 Abs. 2 OR

Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_446/2015 vom 3. März 2016, X. AG gegen Y. SA, Zeitpunkt des Leistungsverzichts (Art. 107 Abs. 2 OR) im Falle einer definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners (Art. 108 Ziff. 1 OR). Leistungsverzicht eines Dienstleistungsschuldners wegen Mitwirkungsverzugs (Art. 91 OR) des Gläubigers: Haftungsfolgen (Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 f. OR).



ALFRED KOLLER*

I. Zusammenfassung des Entscheids

Am 12. Juli 2010 verkaufte die V. AG der K. AG Software für CHF 62'500. Im Preis inbegriffen waren die Installation des Servers und eine dreitägige Schulung der Käuferin für die Softwarebedienung. Der Vertrag sah als einziges Mängelrecht ein Nachbesserungsrecht vor. Die Software wurde am 23. September 2010 geliefert. Am Tage darauf zeigte die Käuferin erhebliche Mängel des Programms an und verlangte deren Behebung. Am 12. Oktober 2010 teilte die Verkäuferin mit, sie sei nach wie vor mit der Verbesserung der Software beschäftigt, und regte an, bis zur Mängelbehebung die Vorgängersoftware zu benutzen. Die Käuferin war hiermit einverstanden. In der Folge war sie nicht bereit, für die Installation der inzwischen verbesserten (neuen) Software Hand zu bieten. Entsprechende Aufforderungen der Verkäuferin liess sie unbeachtet. Stattdessen erklärte sie am 20. Januar 2012 die Auflösung des im Juli 2010 abgeschlossenen Vertrags. Die Verkäuferin widersetzte sich der Auflösung und forderte die Käuferin am 2. März 2012 auf, innert 14 Tagen mitzuteilen, wann die Installation der verbesserten Software erfolgen könne. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist löste die Verkäuferin den Vertrag – am 12. April 2012 – ihrerseits auf und verlangte – unter Berufung auf Art. 107 Abs. 2 OR – Ersatz des positiven Vertragsinteresses.

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2012 erhob die Verkäuferin Klage auf Zahlung von CHF 61'560. Diese wurde von den Waadtländer Gerichten abgewiesen mit der Begründung, die Käuferin habe den Vertrag rechtswirksam gewandelt (dabei stützte sich die erste Instanz auf Art. 368 Abs. 1 OR, die zweite auf Art. 205 OR). Das Bundesgericht hat eine von der Verkäuferin eingereichte Beschwerde in Zivilsachen gutgeheissen. Es stellte fest, dass das Wandelungsrecht von den Parteien wegbedungen und durch ein Nachbesserungsrecht ersetzt worden sei. Die am 20. Januar 2012 erklärte Wandelung habe daher nicht zur Vertragsauflösung geführt und die Käuferin sei dadurch, dass sie sich der Installation der verbesserten Software widersetze, in Annahmeverzug geraten (Art. 91 OR). Dieser habe der Verkäuferin das Recht verschafft, nach Massgabe von Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 OR auf die Vertragsdurchführung zu verzichten und stattdessen Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen (E. 3.3.2). Den Einwand der Käuferin, die Verkäuferin habe gegen das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR verstossen, weil sie die Verzichtserklärung nicht schon Mitte März, sondern erst am 12. April 2012 abgegeben hatte, verwarf das Bundesgericht mit der Begründung, der Käuferin sei daraus kein Nachteil entstanden (E. 3.3.2 und 3.6¹). Mangels einschlägiger Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich Haftungsvoraussetzungen und -umfang wies das Bundesgericht die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

II. Bemerkungen

1. Bei dem in Frage stehenden Vertrag handelte es sich um eine Mischung aus Kaufvertrag (Lieferung von Software), Werkvertrag (Installation des Servers) und Auftrag (Schulung des Personals der Käuferin² für die Anwendung der Software³). Mit Bezug auf die Lieferung der Software hat

¹ E. 3.3.2: La déclaration est immédiate lorsqu'elle est faite aussi vite que possible selon la marche ordinaire des affaires et les circonstances particulières de l'espèce. C'est notamment le cas lorsqu'elle intervient dans un laps de temps tel qu'il n'en résulte pas d'inconvénient pour l'acheteur (cf. arrêt 4A_603/2009 du 9 juin 2010 consid. 2.2, où la déclaration est intervenue plus d'un mois après l'expiration du délai). E. 3.6: Il importe peu qu'il se soit écoulé presque un mois entre la fin du dernier délai fixé par la venderesse et la déclaration selon laquelle elle renonçait à son droit, l'acheteuse – qui avait déjà elle-même résilié le contrat et indiqué qu'elle ne s'exécuterait pas – n'ayant à l'évidence subi aucun inconvénient de ce fait (cf. supra consid. 3.3.2).

² Eigentlich «Käuferin», da eben kein reiner Kaufvertrag zur Diskussion stand.

³ Nicht näher eingetreten sei auf die Frage, ob es sich bei einem Ausbildungsvertrag um einen einfachen Auftrag oder eine besondere (im Gesetz nicht geregelte) Auftragsart handelt. Letzteres trifft zu, falls man den einfachen Auftrag – wie hier vertreten (ALFRED KOLLER, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP

* ALFRED KOLLER, Prof. ord., em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen.

das Bundesgericht zu Recht Kaufrecht zur Anwendung gebracht.⁴ Von Gesetzes wegen stand daher der Käuferin kein Nachbesserungsrecht zu (Art. 205 OR). Ein solches war jedoch anstelle von Wandelung und Minderung vertraglich vereinbart worden. Zur Wandelung wäre die Käuferin daher nur berechtigt gewesen, wenn das Nachbesserungsrecht und die daraus resultierende Obliegenheit, Nachbesserung zu dulden, aus besonderem Grund dahingefallen wäre, insbesondere infolge Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung oder Leistungsverzicht nach Massgabe von Art. 107 f. OR (vgl. BGE 91 II 344). Beides traf in casu nicht zu. Die Wandelungserklärung der Käuferin war daher unwirksam. Demzufolge geriet die Käuferin durch die Weigerung, die verbesserte Software installieren zu lassen, in Gläubigerverzug (Art. 91 OR), mit der Folge, dass die Verkäuferin nach Massgabe von Art. 95 und 107 f. OR auf die Vertragsdurchführung verzichten und – bei Verschulden der Käuferin – Schadenersatz verlangen konnte.

2. Die Verkäuferin hatte die Käuferin am 2. März 2012 aufgefordert, innert 14 Tagen mitzuteilen, wann die Installation der verbesserten Software erfolgen könne. Den Verzicht auf die Vertragsdurchführung erklärte sie am 12. April 2012, also fast einen Monat nach Fristablauf. Das Bundesgericht hielt dies für «unverzüglich» i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR. Es hat dies – wie erwähnt – damit begründet, der Käuferin sei aus dem Zuwarten kein Nachteil entstanden. Damit hat es den Sinn des Sofort-Erfordernisses von Art. 107 Abs. 2 OR verkannt (s. sogleich im nächsten Absatz). Im Ergebnis ist allerdings dem Entscheid trotzdem zuzustimmen, weil in concreto ein Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR gegeben war und bei einem solchen das Sofort-Erfordernis entfällt (unten Ziff. 3).

Art. 107 Abs. 2 OR bezieht sich in seinem direkten Anwendungsbereich auf den Fall, dass der Gläubiger aus einem synallagmatischen Vertrag dem im Verzug befindlichen Schuldner eine Nachfrist ansetzt und diese ungenutzt verstreicht. Mit dem ungenutzten Ablauf der Nachfrist wird die Erfüllbarkeit der Schuld suspendiert: Der Schuldner kann nun nicht mehr erfüllen, sondern muss abwarten, ob der Gläubiger nach wie vor auf der Leistung beharrt (an seinem Leistungsanspruch festhält) oder auf diese verzichtet. Dieser Schwebezustand muss im Interesse des Schuldners zeitlich eng begrenzt sein: zum einen, weil der Schuldner

wissen muss, ob er mit den Erfüllungsanstrengungen fortzufahren hat oder sie einstellen kann, zum andern, weil er sonst Gefahr läuft, dass der Gläubiger zu seinen Lasten spekuliert (jener könnte versucht sein, mit der Verzichtserklärung zuzuwarten, um vorerst festzustellen, ob die Leistung des Schuldners im Wert sinkt oder steigt, und dann je nachdem auf der Leistung zu beharren oder sich anderweitig einzudecken).⁵ Der Gesetzgeber hat daher in Art. 107 Abs. 2 OR angeordnet, dass die Verzichtserklärung «unverzüglich» erfolgen muss. Unverzüglich meint ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 BGB).⁶ Wo der Gläubiger die Erklärung unnötig hinauszögert, ist dem Sofort-Erfordernis nicht Genüge getan, mag auch dem Schuldner im konkreten Einzelfall kein Nachteil daraus entstehen.

Wo Art. 107 Abs. 2 OR über den Verweis von Art. 95 OR zur Anwendung gelangt, also beim Mitwirkungsverzug bei Dienstleistungsschulden (hier: Nachbesserungsschuld), gilt das Gesagte sinngemäss. Der Schuldner verliert also sein Recht, auf die Vertragsdurchführung zu verzichten, wenn er den Verzicht nach Ablauf der Nachfrist unnötig hinauszögert. Was unverzüglich ist, hängt zwar von den Umständen ab (FN 6). Knapp einen Monat zuzuwarten, genügt dem Sofort-Erfordernis vorbehaltlich ganz besonderer Umstände aber zweifellos nicht.⁷ Dass solche Umstände im konkreten Fall vorgelegen hätten, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen. Die Verzichtserklärung der Verkäuferin genügte daher dem Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR nicht. Das war aber ohne Belang, weil der Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR erfüllt war.

3. Wo sich die Ansetzung einer Nachfrist erübrigt (Art. 108 OR), kann das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR nicht unmittelbar zum Zuge kommen, weil der

2014, 1627 ff., 1631, Ziff. 4) – begriffswesentlich als einfachen Vertrag auffasst, also Dauerverträge vom unmittelbaren Anwendungsbereich der Art. 394 ff. OR ausnimmt.

⁴ Freilich sind die Art. 184 ff. OR auf den *Sachkauf* zugeschnitten, was sich insbesondere aus der Eigentumsverschaffungspflicht von Art. 184 OR ergibt. Bei anderen Kaufgegenständen wie Rechten oder wie hier Software stellen sich daher besondere Rechtsanwendungsprobleme.

⁵ Zum Beispiel ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 55.116 m.w.N.

⁶ Was dies bedeutet, hängt von den konkreten Umständen und den im Spiele stehenden Interessen ab (SJZ 1920/21, 330, Nr. 251). «In kaufmännischen Verhältnissen und insbesondere bei Gefahr von Preisschwankungen ist raschere Entscheidung erforderlich (BGE 44 II 174) als etwa bei landwirtschaftlichen Lieferungen, und es kann unter Umständen sogar telegraphische Mitteilung geboten sein» (HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945, Art. 107 OR N 36).

⁷ Das Bundesgericht hätte sicher gleich entschieden, wenn nicht ein Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR, also ein Fall definitiver Erfüllungsverweigerung, zur Beurteilung gestanden hätte (s. sogleich im Text). Vgl. auch die Rechtsprechung zu Art. 201 und 371 OR. Hinsichtlich dieser Bestimmungen, welche eine sofortige Mängelrüge (nach Mängelentdeckung bzw. Ablauf der Prüfungsfrist) verlangen, soll eine Rüge innert sieben Tagen im Allgemeinen «gerade noch» fristwährend sein (BGer, 4C.159/1999, 28.7.2000, E. 2; 4A_82/2008, 29.4.2009, E. 7.1). Eine spätere Rüge ist also regelmässig (vorbehaltlich ganz besonderer Umstände) verspätet.

Fristablauf als massgeblicher Anknüpfungspunkt entfällt. Es kann jedoch lückenfüllend (Art. 1 Abs. 2 ZGB) heranzuziehen sein. So verhält es sich beim Tatbestand von Art. 108 Ziff. 3 OR, also beim relativen Fixgeschäft: Muss der Schuldner die Leistung nach der Parteimeinung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht haben, andernfalls der Gläubiger auf die Leistung ohne weiteres (ohne Nachfristansetzung) verzichten kann, so hat eine allfällige Verzichtserklärung aus den oben erwähnten Gründen (insbesondere Vermeidung von Spekulationen) unverzüglich zu erfolgen (vgl. Art. 190 Abs. 2 OR⁸). Wie es sich beim Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR verhält, also in Fällen, in denen der Schuldner die Erfüllung definitiv verweigert⁹ und sich daher eine Nachfristansetzung als unnütz erweisen würde¹⁰, ist umstritten¹¹. Nach der einen Auffassung darf der Gläubiger von seinem Verzichtsrecht so lange Gebrauch machen, als die Erfüllungsverweigerung andauert, nach der anderen hat er den Verzicht zu erklären, sobald die Erfüllungsverweigerung feststeht.¹² Das Bundesgericht hat vorerst diese zweite Auffassung vertreten (BGE 54 II 30), später aber wiederholt die erste (grundlegend BGE 69 II 243 [dazu später], ferner noch etwa 76 II 300 E. 2; 97 II 58 E. 6; BGer, 4A_603/2009, 9.6.2010, E. 2.4). In einem Urteil vom 20. September 2011 (4A_232/2011) ist es zu seiner alten Rechtsprechung zurückgekehrt (E. 5.3), ebenso in dem hier referierten Entscheid, jedoch in beiden Fällen ohne Diskussion der Frage.

Richtig kann nur die erste Ansicht sein. Dies schon aus Praktikabilitätsgründen (weil sich oft nicht einfach fest-

stellen lässt, wann die Erfüllungsverweigerung feststeht und daher der Verzicht zu erklären ist), vor allem aber auch deshalb, weil die zweite Ansicht in Fällen, in denen der Gläubiger es versäumt, unverzüglich nach Feststehen der Erfüllungsverweigerung auf die Vertragsdurchführung zu verzichten, unannehmbare Konsequenzen hat. Er müsste dann entweder auf Leistung klagen oder aber eine Nachfrist setzen, um nach deren Ablauf – unverzüglich – den Verzicht zu erklären. Ersteres darf ihm nicht zugemutet werden, Letzteres aber widerspricht konzeptionell dem Art. 108 Ziff. 1 OR, wonach sich im Falle einer (definitiven) Erfüllungsverweigerung das Setzen einer Nachfrist – als leere Formalie – erübrigt.¹³ Durch den Verzicht auf das Sofort-Erfordernis nimmt man freilich in Kauf, dass der Gläubiger zu Lasten des Schuldners spekulieren könnte. Das kann jedoch dort, wo es beim Schuldner – wie hier vorausgesetzt – am nötigen Erfüllungswillen fehlt, nicht massgeblich sein (volenti non fit iniuria). Freilich setzt Art. 108 Ziff. 1 OR keinen bösen Willen des Schuldners voraus, vielmehr findet er auch dann Anwendung, wenn der Schuldner irrtümlich glaubt, zur Verweigerung der Leistung berechtigt zu sein. Diesem Gesichtspunkt ist aber nicht über ein irgendwie geartetes Sofort-Erfordernis Rechnung zu tragen, sondern auf der Haftungsebene (unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht des Gläubigers¹⁴).

Ein illustratives Beispiel gibt der oben erwähnte BGE 69 II 243 ab:

Die Louis Willen AG hatte sich verpflichtet, von der RURO AG während einer bestimmten Zeit jährlich 200 Stück eines Spezialapparates für Schönheitspflege zu beziehen. Sie nahm jedoch schon im ersten Jahr nur einen Teil ab mit der Begründung, der Apparat sei mangelhaft. Hierauf setzte die RURO AG der Louis Willen AG eine Nachfrist zur Abnahme (und Bezahlung) an. Nach ungenutztem Fristablauf verzichtete sie unverzüglich auf die Leistung der Louis Willen AG und erhob Klage auf Schadenersatz. Die Louis Willen AG beantragte die Abweisung der Klage und verlangte ihrerseits widerklageweise Schadenersatz. Das Bundesgericht kam zur Auffassung, der Verzicht der RURO AG sei zu Unrecht erfolgt und daher unwirksam. Die Klage wies es daher ab. Die Widerklage hiess es dagegen gut. Zwar hatte die Louis Willen AG der RURO AG keine Nachfrist angesetzt und auch nie eine ausdrückliche Verzichtserklärung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR abgegeben. Eine Nachfristansetzung war jedoch nach Art. 108 Ziff. 1 OR überflüssig, weil der unberechtigte Leistungsverzicht der RURO AG auch eine Verweigerung der eigenen Leistung beinhaltete (Art. 108 Ziff. 1 OR), und eine ausdrückliche Verzichtserklärung erübrigte sich deshalb, weil im Scha-

⁸ Siehe dazu Näheres bei BSK OR I-KOLLER, Art. 190 N 15, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015.

⁹ Definitiv ist die Erfüllungsverweigerung, wenn nach den Umständen ausgeschlossen scheint, dass der Schuldner auf seinen Entscheid, die Leistung zu verweigern, zurückkommt (BGE 43 II 225 E. 3; 136 III 273 E. 2.3).

¹⁰ Von Erfüllungsverweigerung ist in Art. 108 Ziff. 1 OR allerdings nicht die Rede, vielmehr heisst es hier, auf die Setzung einer Nachfrist könne verzichtet werden, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgehe, dass sie sich als unnütz erweisen würde. Die Erfüllungsverweigerung bildet praktisch jedoch den einzigen Anwendungsfall der Bestimmung (KOLLER [FN 5], N 55.98).

¹¹ Ein analoger Streit besteht hinsichtlich Art. 108 Ziff. 2 OR. Für Verzicht auf das Sofort-Erfordernis z.B. KOLLER (FN 5), N 55.124 m.w.N.; gegenteilig PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, N 2761, allerdings ohne Präzisierung des Zeitpunkts, auf den sich das Sofort-Erfordernis bezieht.

¹² Im ersteren Sinne z.B. CR CO I-THÉVENOZ, Art. 107 N 20, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg, Freiburg 1988, N 567; a.A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 11), N 2761.

¹³ Sinnvoll ist das Setzen einer Nachfrist freilich allemal, weil der Gläubiger damit jedweden Diskussionen darüber, ob die Erfüllungsverweigerung tatsächlich eine definitive ist, aus dem Weg gehen kann.

¹⁴ Ist der Irrtum ausnahmsweise entschuldbar, entfällt jede Haftung des Schuldners.

denersatzbegehren ein konkludenter Leistungsverzicht enthalten war. Dieser Leistungsverzicht war schliesslich auch rechtzeitig erfolgt, nämlich bei anhaltender Erfüllungsverweigerung von Seiten der RURO AG. Insoweit schadete es der Louis Willen AG nicht, dass sie auf den Leistungsverzicht der RURO AG nicht sofort mit dem eigenen Leistungsverzicht reagiert hatte.

Wo Art. 107 f. OR über den Verweis von Art. 95 OR zur Anwendung gelangen, gilt das Gesagte mutatis mutandis ebenfalls. In dem hier referierten Fall hatte die Verkäuferin der Käuferin verschiedentlich erfolglos angeboten, die verbesserte Software zu installieren (E. 3.5.1), und ihr schliesslich am 2. März 2012 eine 14-tägige Frist gesetzt, um zur Installation Hand zu bieten. Spätestens mit dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist war davon auszugehen, dass sich die Käuferin der Installation definitiv widersetzte und damit der Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR erfüllt war. Die Verkäuferin konnte daher auf die Vertragsdurchführung ohne weiteres und zu einem ihr gut scheinenden Zeitpunkt verzichten (Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR). Der am 2. April erklärte Verzicht war demzufolge rechtskonform, obwohl er – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – nicht unverzüglich nach Fristablauf erfolgte.

4. Das Bundesgericht geht in seinen Erwägungen implizit davon aus, dass ein Dienstleistungsschuldner, der nach Massgabe von Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 f. OR rechtswirksam auf die Vertragsdurchführung verzichtet, bei Verschulden des in Verzug geratenen Gläubigers Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen kann. Ob alternativ auch das negative Vertragsinteresse ersatzfähig ist (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR), lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen. In der Lehre gehen die Auffassungen über die möglichen Haftungsfolgen auseinander:¹⁵ Nach einer ersten Ansicht hat der Schuldner wahlweise Anspruch auf Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses. Eine zweite Ansicht gewährt dem Schuldner keinerlei Schadenersatzanspruch mit der Begründung, eine Obliegenheitsverletzung (hier: Gläubigerverzug) könne keine Haftungsfolgen zeitigen. Zwischen diese beiden «extremen» Auffassungen schieben sich zwei vermittelnde. Nach der einen hat der Schuldner lediglich Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, nach der anderen hat er lediglich Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses. Meines Erachtens ist der ersten Ansicht zu folgen, mit der Einschränkung, dass unter dem Titel des positiven

Vertragsinteresses ausschliesslich das Vergütungsinteresse¹⁶ zu ersetzen ist.

Zu beachten ist, dass bei einem synallagmatischen Vertrag die (definitive) Weigerung des Gläubigers, die ihm geschuldete Leistung anzunehmen, regelmässig auch als (definitive) Verweigerung seiner Leistung aufzufassen ist. Gegebenenfalls kommen die Art. 107–109 OR nicht nur über Art. 95 OR (analog), sondern unmittelbar (direkt) zur Anwendung.¹⁷ Die geschilderte Kontroverse ist dann praktisch ohne Belang, weil im unmittelbaren Anwendungsbe- reich der fraglichen Bestimmungen unstrittig das ganze positive Vertragsinteresse ersatzfähig ist und alternativ auch das negative.

¹⁵ Nachweise bei ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, Art. 366 OR N 780; seither noch etwa MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 68–96 OR, Die Erfüllung der Obligation, 3. A., Zürich 2000, Art. 95 OR N 16 ff.

¹⁶ Zum Begriff KOLLER (FN 5), N 54.161.

¹⁷ KOLLER (FN 5), N 56.27 m.H. auf die Rechtsprechung.