



Sofort-Erfordernis (Art. 107 Abs. 2 OR) auch im Falle einer Erfüllungsverweigerung (Art. 108 Ziff. 1 OR)?

ALFRED KOLLER*

Nach Art. 107 Abs. 2 OR kann der Gläubiger auf die ihm geschuldete Leistung verzichten, wenn der Schuldner eine ihm gesetzte Frist zur nachträglichen Erfüllung ungenutzt verstreichen lässt. Ein allfälliger Verzicht hat jedoch unverzüglich zu erfolgen, ansonsten er unwirksam ist. Eine Nachfristansetzung erübrigt sich, wenn der Schuldner erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen oder zu können, und sich daher die Fristsetzung als nutzlose Formalie erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Wann in einem solchen Fall der Leistungserzicht zu erklären ist, ist im Gesetz nicht geregelt und in der Lehre strittig. Zwei Auffassungen stehen sich gegenüber. Nach der einen hat die Erklärung – analog Art. 107 Abs. 2 OR – zu erfolgen, sobald der Schuldner seine fehlende Leistungsbereitschaft kundtut, nach der andern kann der Verzicht so lange – wirksam – erklärt werden, als die Erfüllungsverweigerung andauert. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht einheitlich. BGE 143 III 495 will Klarheit schaffen, das gelingt ihm jedoch nicht.

Conformément à l'art. 107 al. 2 CO le créancier est en droit de renoncer au service qui lui est dû si le débiteur ne l'a pas exécuté dans le délai supplémentaire qui lui a été fixé. Le créancier doit cependant en faire la déclaration immédiate, sous peine d'invalidité du renoncement. Il n'est pas nécessaire de fixer un délai si le débiteur annonce ne pas vouloir ou ne pas pouvoir exécuter le service, rendant de fait l'octroi d'un délai inutile (art. 108 ch. 1 CO). La loi ne règle pas à quel moment le renoncement au service doit être déclaré dans une telle situation et ce point est controversé dans la doctrine. Deux conceptions s'opposent. Selon la première, le renoncement – par analogie avec l'art. 107 al. 2 CO – doit être déclaré dès que le débiteur annonce son refus d'exécuter le service ; selon la seconde, il peut être déclaré – et prendre effet – tant que l'exécution est refusée. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas unanime. L'ATF 143 III 495 tente de clarifier la situation, toutefois sans succès.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Auffassung des Bundesgerichts in BGE 143 III 495
 - A. Der zu beurteilende Sachverhalt ...
 - B. ... und die massgeblichen Erwägungen
- III. Eigene Auffassung und Urteilsanmerkungen

I. Einleitung

Kommt der Schuldner aus einem synallagmatischen Vertrag mit seiner (Haupt-)Leistung in Verzug, kann ihm der Gläubiger eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR) und nach ungenutztem Ablauf der Frist auf die Leistung verzichten, «wenn er es unverzüglich erklärt» (Art. 107 Abs. 2 OR). Eine verspätete (nicht unverzügliche) Verzichtserklärung entfaltet die gewünschte Wirkung nicht. Ausnahmsweise erübrigt sich eine Nachfristansetzung (Art. 108 OR), insbesondere dann, wenn der Schuldner erklärt, nicht erfüllen zu können oder zu wollen (Art. 108 Ziff. 1 OR). Wann in einem solchen Fall der Leistungserzicht zu erklären ist, ist im Gesetz nicht geregelt und in der Lehre strittig. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht einheitlich. BGE 143 III 495 will Klarheit schaffen, das gelingt ihm jedoch nicht.

II. Die Auffassung des Bundesgerichts in BGE 143 III 495

A. Der zu beurteilende Sachverhalt ...

Die Stadt U., welche mit der A. AG einen Vertrag über die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts geschlossen hatte, setzte dieser mit Schreiben vom 24. Januar 2014 und vom 25. März 2014 eine Nachfrist zur Erfüllung an, nachdem der vertraglich vorgesehene Fertigstellungstermin ungenutzt verstrichen war. Die zweite Frist lief am 1. Juli 2014 ab, ohne dass die A. AG vollständig erfüllt gehabt hätte. Mit E-Mail vom 20. August 2014 fragte die A. AG bei der Stadt U. nach, ob sie für die Fertigstellung personelle Ressourcen für September und Oktober reservieren solle. Die Stadt U. teilte hierauf mit, sie werde über das weitere Vorgehen in der Woche des 22. September 2014 entscheiden. Mit Schreiben von diesem Tag erklärte sie sodann unter Berufung auf Art. 107 Abs. 2 und Art. 108 Ziff. 1 OR den sofortigen Rücktritt vom Vertrag.

Mit Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich forderte die Stadt U. die von ihr an die A. AG geleisteten Zahlungen zurück. Das Handelsgericht wies die Klage mit der Begründung ab, es fehle an einem rechtswirksamen Rücktritt. Denn die Klägerin habe es entgegen Art. 107 Abs. 2 OR versäumt, unverzüglich nach Ablauf der zweiten Nachfrist (1. Juli 2014) zurückzutreten (der Rücktritt am 22. September 2014 sei offensichtlich nicht rechtzeitig erfolgt), und später habe sie nicht mehr zu-

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