



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 Leistungsverzicht 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 Leistungsverzicht 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.

rücktreten können, da sie weder eine neue Nachfrist gesetzt noch sich die Setzung einer solchen nach Art. 108 Ziff. 1 OR erübrigt habe. Von einer Erfüllungsverweigerung im Sinne dieser Bestimmung könne nicht die Rede sein, habe doch die Beklagte ihre Leistung nicht verweigert, sondern im Gegenteil am 20. August 2014 ihre Erfüllungsbereitschaft bekundet. Die Klägerin erhob gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht. Sie machte u.a. geltend, die Beklagte habe zwar ihre Erfüllungsbereitschaft erklärt, doch habe sie die Leistung von unberechtigten Zusatzforderungen abhängig gemacht; zu einer vertragskonformen Leistung sei sie nicht bereit gewesen, weshalb der Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR erfüllt gewesen sei. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und liess dabei offen, ob ein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR vorgelegen hatte. Denn jedenfalls hätte der Rücktritt unverzüglich nach dem 20. August 2014 erfolgen müssen (E. 4.3.1/4.3.2); die Erklärung sei aber erst rund einen Monat später (22. September) und damit zu spät erfolgt.

B. ... und die massgeblichen Erwägungen

«4. [...] 4.3.1 Wie bereits die Vorinstanz erwähnte, wird die Frage, ob auch in den Fällen nach Art. 108 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung erforderlich ist, in der Lehre unterschiedlich beantwortet. [...]

4.3.2 Es trifft zu, wie die Vorinstanz darlegte, dass das Bundesgericht sich in verschiedenen Entscheiden für die Notwendigkeit einer unverzüglichen Verzichtserklärung auch in den Fällen von Art. 108 Ziff. 1 OR aussprach. Das Gesetz bezwecke mit dem Erfordernis der Unverzüglichkeit der Verzichtserklärung den Schutz des säumigen Schuldners. Es widerspräche der *ratio legis*, wenn der vertragstreue Teil im Fall der Leistungsverweigerung durch den Schuldner, d.h. in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR, die Verzichtserklärung während der Dauer des Verzugs beliebig hinausschieben dürfte (BGE 54 II 30 S. 33 f.; Urteile 4A_232/2011 vom 20. September 2011 E. 5.3; 4C.58/2004 vom 23. Juni 2004 E. 3.3). In anderen Entscheiden wurde davon ausgegangen, bei einer eindeutigen Leistungsverweigerung des Schuldners i.S.v. Art. 108 Ziff. 1 OR könne vom Gläubiger keine unverzügliche Verzichtserklärung verlangt werden. In einem solchen Fall komme der Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger keine praktische Bedeutung zu, denn die Realerfüllung falle infolge der Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner ausser Betracht. Ein Schuldner, der dem Gläubiger in einem solchen Fall die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung entgegenhalte, verhalte sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben (BGE 48 II 220 E. 2 S. 224 f.; 76 II 300 E. 2 S. 304 f.; Urteil

4A_603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.4; vgl. auch BGE 69 II 243 E. 5 S. 245 f.).

Entgegen dem, was die Vorinstanz anzunehmen scheint, ist nicht zwischen einer älteren und einer jüngeren Rechtsprechung zu unterscheiden. Vielmehr differieren die beurteilten Situationen im Sachverhalt, wie sich namentlich aus den publizierten Entscheiden ergibt. Aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalls gelangte in einigen Fällen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zur Anwendung, während in den anderen der Grundsatz zum Zuge kam. Widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhält sich nur jener Schuldner, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigert und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers beruft. Durch seine Haltung nimmt der Schuldner dem Gläubiger faktisch die Möglichkeit, mit Aussicht auf Erfolg an der Realerfüllung festzuhalten, wodurch dieser praktisch gar nicht mehr zwischen Erfüllung der primären Leistungspflicht und Verzicht darauf wählen kann (z.B. Annullation der Bestellung durch den Schuldner, da der Fabrikant nicht liefern könne, BGE 76 II 300 Sachverhalt lit. A S. 301 und E. 2 S. 305). Andererseits wurde in BGE 54 II 30 S. 32 unter Bezugnahme auf BGE 48 II [220 E. 2 S.] 224 f. abgegrenzt und zutreffend festgestellt, es liege kein vergleichbarer Tatbestand einer Treuwidrigkeit vor, da im zu beurteilenden Fall die Schuldnerin die Lieferung nicht schlechthin verweigere, sondern (nur, wenn auch zu Unrecht) unter den von der Gegenpartei gesetzten Bedingungen (Vorleistung). In einem solchen Fall besteht das Bedürfnis, dass die Gläubigerin klar und unverzüglich erklärt, ob sie an der Erfüllung festhält oder auf diese verzichtet; die Schuldnerin verhält sich diesfalls nicht treuwidrig, wenn sie sich auf das Fehlen einer entsprechenden Erklärung beruft.

[...] Selbst wenn in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR an die Unverzüglichkeit weniger strenge Anforderungen zu stellen sein sollten als in einem Fall von Art. 107 Abs. 1 OR (dahingehend BGE 54 II 30 S. 34; im Ergebnis wohl so zit. Urteil 4A_232/2011 E. 5.4), wäre die Erklärung der Beschwerdeführerin verspätet erfolgt. [...]

III. Eigene Auffassung und Urteilsanmerkungen¹

1. Nach Art. 107 Abs. 1 OR kann der Gläubiger dem in Verzug befindlichen Schuldner eine – angemessene² –

¹ S. auch die Urteilsbesprechung von ROMAN HUBER, AJP 2017, 1521 ff.

² S. dazu ARNOLD F. RUSCH, *Le délai de grâce*, AJP 2017, 854 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen. Mit dem ungenutzten Ablauf der Frist 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 (vgl. BGE 69 II 243 E. 5; 54 II 30):³ 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). 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/DE).⁴ Der Ausdruck ist daher nicht gleichbedeutend mit «sofort». Aus Gründen sprachlicher Praktikabilität ist im Folgenden trotzdem vom Sofort-Erfordernis die Rede. Im konkreten Fall hatte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag am 22. September 2014 erklärt, also offensichtlich nicht unverzüglich nach Ablauf der am 1. Juli 2014 endenden zweiten Nachfrist (s. die nicht amtlich publizierte E. 4.1.1 von BGE 143 III 495 = BGER, 4A_141/2017, 4.9.2017). Zur Frage, ob der Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR Wirksamkeit entfaltet hatte, s. unten Ziff. 2.

Wo der Gläubiger die Verzichtserklärung unnötig hinauszögert, ist dem Sofort-Erfordernis nicht Genüge getan, mag auch dem Schuldner im konkreten Einzelfall kein Nachteil daraus entstehen. Das war früher, soweit ersichtlich, die allgemeine Auffassung. Einzelne neuere Entscheide erwecken indes den gegenteiligen Eindruck, so etwa BGER, 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.4, und 4A_446/2015, 3.3.2016, E. 3.3.2 und 3.6 (dazu näher unten Ziff. 3, Kleindruck).

2. Nach Art. 108 Ziff. 1 OR erübrigt sich die Ansetzung einer Nachfrist, «wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde». Die Bestimmung kommt vorab dann zum Zuge, wenn der Schuldner rundweg erklärt, nicht leisten zu können oder

zu wollen (etwa mit der Begründung, er habe die verkaufte Sache anderweitig veräussert und dem Zweitkäufer bereits übereignet⁵). Sie findet aber auch dann Anwendung, wenn er sich zwar zur Leistung bereit erklärt, diese aber von vertragswidrigen Bedingungen abhängig macht und keine Aussicht besteht, dass er sich zu einer vertragsgemässen Erfüllung bewegen lässt (BGE 54 II 30). In diesem Entscheid hatte ein vorleistungspflichtiger Verkäufer erklärt, er sei zwar bereit, seine Leistung Zug um Zug zu erbringen, hingegen werde er sie unter keinen Umständen im Voraus erbringen. Eine Nachfristansetzung durch den Käufer hätte hier nichts gefruchtet, sie war daher – nach Art. 108 Ziff. 1 OR – unnötig, dies unabhängig davon, ob sich der Verkäufer der Rechtslage (seiner Vorleistungspflicht) bewusst war oder nicht.⁶

Im Gesetz nicht geregelt und daher lückenfüllend (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu beantworten ist die Frage, wann bei einem Tatbestand von Art. 108 Ziff. 1 OR die Verzichtserklärung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR abzugeben ist. In der Lehre werden dazu zwei Ansichten vertreten. Nach der einen darf der Gläubiger von seinem Verzichtrecht so lange Gebrauch machen, als die Erfüllungsverweigerung andauert, nach der anderen hat er den Verzicht zu erklären, sobald die Erfüllungsverweigerung feststeht (Nw. in E. 4.3.1 des referierten Entscheids).⁷ Beide Ansichten finden sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁸ Im referierten Entscheid vertritt hingegen das Bundesgericht eine vermittelnde (dritte) Ansicht: Es seien nicht alle Tatbestände von Art. 108 Ziff. 1 OR gleich zu behandeln, vielmehr sei zu unterscheiden, ob der Schuldner die Leistung «bedingungslos» verweigere oder nicht, ob er also die Leistung – wie etwa in BGE 69 II 243 – schlechthin ablehne oder sie «lediglich» – wie in BGE 54 II 30 – von vertragswidrigen Bedingungen abhängig mache (E. 4.3.2). Im ersteren Fall habe der Leistungsverzicht – in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2

³ Aus der Lehre z.B. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 55.116.

⁴ Was dies bedeutet, hängt von den konkreten Umständen und den im Spiele stehenden Interessen ab. «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, Bern 1945, Art. 107 OR N 36).

⁵ Im Einzelfall kann auch Unmöglichkeit gegeben sein. Das ist dann der Fall, wenn keine Aussicht besteht, dass der Zweitkäufer sich dazu bewegen lässt, die Sache dem Erstkäufer zu überlassen, und daher ausgeschlossen erscheint, dass der Verkäufer doch noch erfüllen kann (vgl. BGE 135 III 212). Gegebenenfalls fällt die Leistungspflicht des Schuldners ex lege dahin, d.h. ohne Verzichtserklärung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR.

⁶ KOLLER (FN 3), N 55.102; ROLF WEBER/SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020 (zit. BK-WEBER/EMMENEGGER), Art. 108 OR N 11.

⁷ S. zum Meinungsstand neustens BK-WEBER/EMMENEGGER (FN 6), Art. 108 OR N 50 Fn 125.

⁸ S. einerseits BGE 54 II 30 und 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.3 (für das Sofort-Erfordernis), andererseits BGE 69 II 243 und 4A_603/2009, 9.6.2010, E. 2.4 (gegen das Sofort-Erfordernis). W.Nw. bei KOLLER (FN 3), N 55.122.

OR – unverzüglich im Anschluss an die Leistungsverweigerung zu erfolgen, im letzteren Fall hingegen nicht. Meines Erachtens rechtfertigt sich die vom Bundesgericht getroffene Unterscheidung nicht. Denn ob der Schuldner die Leistung schlechterdings oder ob er «nur» eine vertragsgemässe Leistung verweigert, macht sachlich keinen Unterschied.⁹ Beide Fälle sind daher gleich zu behandeln, indem man das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR befürwortet oder ablehnt.

Richtig kann meines Erachtens nur die zweite Ansicht sein. Dies schon aus Praktikabilitätsgründen (weil sich oft nicht einfach feststellen lässt, wann die Erfüllungsverweigerung feststeht und daher der Verzicht zu erklären ist), vor allem aber deshalb, weil die erste 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. Durch den Verzicht auf das Sofort-Erfordernis nimmt man freilich in Kauf, dass der Gläubiger zu Lasten des Schuldners spekulieren könnte.¹⁰ Das kann jedoch dort, wo es beim Schuldner – wie hier vorausgesetzt – an der Erfüllungsbereitschaft fehlt, nicht massgeblich sein, zumal der Gläubiger – anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR – jederzeit damit rechnen muss, dass der Schuldner doch noch erfüllt. Unzulässigen Spekulationen kann zudem über das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) begegnet werden.

Das Bundesgericht erklärt im zweiten Absatz von E. 4.3.2, entgegen der Auffassung der Vorinstanz könne nicht «zwischen einer älteren und einer jüngeren Rechtsprechung» unterschieden werden, vielmehr habe man allen bisherigen Entscheidungen die im ersten Absatz von E. 4.3.2 getroffene Unterscheidung zugrunde gelegt. Dementsprechend seien die unterschiedlichen Entscheidungsergebnisse nicht durch unterschiedliche Rechtsauffassungen, sondern durch unterschiedliche Sachverhalte bedingt gewesen. Das ist aus Sicht des Schreibenden eine ziemliche Beschönigung der eigenen Rechtsprechung. Denn eine Durchsicht der in Frage stehenden Entscheide erweckt jeden-

falls bei einem unbefangenen Leser den Eindruck erheblicher Uneinheitlichkeit (vgl. FN 8).

3. Offengelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob dort, wo bei einer vorzeitigen Erfüllung gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR das Sofort-Erfordernis von Art. 107 Abs. 2 OR zu beachten ist, dieses weniger streng zu handhaben ist als im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 2 OR. In früheren Entscheiden hat es diese Frage verschiedentlich bejaht, ausdrücklich (z.B. BGE 54 II 30) oder doch zumindest der Sache nach (BGer, 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.4, wo eine Verzichtserklärung, welche rund einen Monat nach der Erfüllungsverweigerung erfolgte, noch als rechtswirksam erachtet wurde; ebenso BGer, 4A_446/2015, 3.3.2016, E. 3.6, wo das Zuwarten mit der Verzichtserklärung deshalb als zulässig erachtet wurde, weil dem Schuldner daraus kein konkreter Nachteil erwuchs).

Im zuletzt erwähnten Entscheid (BGer, 4A_446/2015, 3.3.2016) ging es um Folgendes: Am 12. Juli 2010 verkaufte die V. AG der K. AG Software für CHF 62'500. Im Preis inbegriffen war auch die Installation des Servers. 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 jedoch nicht bereit, für die Installation der inzwischen verbesserten (neuen) Software Hand zu bieten. Entsprechende Aufforderungen der Verkäuferin liess sie unbeachtet. Schliesslich forderte die Verkäuferin 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 – auf und verlangte gestützt 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. Das Bundesgericht hat eine von der Käuferin eingereichte Beschwerde in Zivilsachen gutgeheissen und die Sache zur Feststellung des Haftungsumfanges und zu neuer Entscheidung zurückgewiesen. Es stellte fest, die Käuferin sei dadurch, dass sie sich der Installation der verbesserten Software widersetzt habe, 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 habe, verwarf das Bundesgericht mit der Begründung, der Käuferin sei daraus kein Nachteil entstanden: «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 [...] n'ayant à l'évidence subi aucun inconvénient de ce fait (cf. supra consid. 3.3.2).»

⁹ A.A. BK-WEBER/EMMENEGGER (FN 6), Art. 108 OR N 51, welche BGE 143 III 495 offenbar überzeugend finden.

¹⁰ Die Erfüllungsverweigerung schliesst dieses Risiko nicht aus, weil sie den Gläubiger – von Sonderfällen abgesehen – nicht daran hindert, auf Erfüllung zu klagen, wenn ihm dies tunlich erscheinen sollte. Dass ihm dies wegen der Erfüllungsverweigerung praktisch nicht mehr möglich sein sollte, wie das Bundesgericht in E. 4.3.2 des referierten Entscheids anzunehmen scheint, trifft nicht zu.