

§ 19 Gläubigerverzug (OR 91-96)	318
I. Allgemeines	318
II. Voraussetzungen des Eintritts des Gläubigerverzugs	319
1. Leistungsangebot seitens des Schuldners	319
2. Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger	321
III. Wirkungen des Gläubigerverzugs	322
1. Recht des Schuldners zur Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf (OR 92-94)	322
2. Allgemeine Wirkungen auf das Schuldverhältnis	324
3. Rücktrittsbefugnis des Schuldners nach OR 95	325

§ 19 Gläubigerverzug (OR 91-96)

Literatur

BETSCHON, Der Annahmeverzug, Diss. Basel 1936; V. BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969, bes. p. 230 ff.; J. BIEDERMANN, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944; K. BLOCH, Verzug des Gläubigers bei Unterlassung von Vorbereitungshandlungen, die zur Erfüllung der Verpflichtungen des Schuldners vorgesehen und notwendig sind, SJZ 56 (1960), p. 7 ff.; R. LIRON, Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse, thèse Lausanne 1953; F. MOMMSEN, Die Lehre von der Mora ..., Braunschweig 1855; H. NEUMANN-DUESBERG, Abgrenzung zwischen Betriebsrisiko, Unmöglichkeit und Annahmeverzug, JuS 70, p. 68 ff.; P. OERTMANN, Leistungsmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116, p. 1 ff.; P. PORTMANN, Die gerichtliche Hinterlegung, Diss. Zürich 1913. Vgl. im übrigen die bei v. BÜREN, p. 413 bzw. FIKENTSCHER, § 46, p. 261 Zitierten.

I. Allgemeines

Die Vorschriften über den Gläubigerverzug (*mora creditoris*, la demeure du créancier), anschaulicher «*Annahmeverzug*», sollen den leistungsbereiten und leistungswilligen Schuldner schützen, der durch leistungshinderndes Verhalten des Gläubigers (Nichtannahme der richtig angebotenen Leistung, Unterlassung von Abruf oder der Spezifikation des Leistungsgegenstandes, Nichtausübung des Wahlrechts u. dgl.) an der Vertragserfüllung gehindert wird. Der Verzug des Gläubigers (wie jener des Schuldners) wird objektiv bestimmt und ist nicht verschuldensabhängig. Wenn der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllen kann, kommt Gläubigerverzug nicht in Betracht¹.

Der Annahmeverzug befreit den Schuldner nicht, lockert aber seine Schuldpflicht: Möglichkeit der Hinterlegung, des Selbsthilfeverkaufs, des Rücktritts, Gefahrenübergang, Haftungserleichterung sowie (im Rahmen von OR 95) die Möglichkeit, analog der Regel von OR 107 vorzugehen und die Vertragsabwicklung abzuschneiden (vgl. unten Ziff. III/3).

Der die Annahme der ihm angebotenen Leistung verweigernde (oder Leistungsanbietung verhindernde) Gläubiger verletzt i. d. Regel selber keine

¹ Wenn der Gläubiger die Leistungserbringung nicht durch seine Passivität, sondern durch aktive Störung und Übergriff in die Sphäre des Schuldners behindert (Beschädigung des in Errichtung befindlichen Werks beim Werkvertrag, Störung des Transports bei Kauf usw.) wäre dies, über Gläubigerverzug hinausgehend, in der Regel positive Vertragsverletzung, die nach OR 97 ff. Schadenersatzpflicht des Gläubigers auslöst.

Schuldspflicht². Der nichtannehmende Gläubiger kann daher grundsätzlich nicht in Schuldnerverzug gelangen, der Schuldner unter Vorbehalt der (praktisch bedeutsamen) Ausnahme von OR 95 (nicht auf Sachleistung gerichtete Vertragspflichten; dazu unten Ziff. III/3) nicht nach den Regeln von OR 107 vorgehen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der nichtannehmende Gläubiger in aller Regel seinerseits die vertragliche Gegenleistung nicht erbringen und diesfalls mit bezug auf diese in Schuldnerverzug gelangen wird.

Auf die Regeln des Gläubigerverzugs ist hauptsächlich jener Vertragspartner verwiesen, der *vorleistungspflichtig* ist. Ist vertraglich Leistung Zug um Zug vereinbart, löst gehöriges Anbieten der Leistung die Fälligkeit der Gegenleistung aus, ohne ein Vorgehen nach Gläubigerverzugs-Regeln (insbesondere Hinterlegung) vorauszusetzen³; es ist eine Inverzugsetzung bzw. ein Vorgehen nach OR 107 möglich⁴.

Eine offene Frage ist es, ob die vorausgehende Erklärung eines Vertragspartners (der z. B. die Existenz des Vertrages überhaupt bestreitet), den Vertrag nicht erfüllen zu wollen und Annahme der Leistung des Gegners abzulehnen (bzw. durch Unterlassen der erforderlichen Abrufs-, Wahl- oder Spezifikationserklärung diese verhindert), bereits dem Schuldnerverzug gleichgestellt werden darf (so dass ein Vorgehen nach Gläubigerverzugsregeln sich erübrigen würde)⁵.

II. Voraussetzungen des Eintritts des Gläubigerverzugs

1. Leistungsangebot seitens des Schuldners

a) Der Schuldner muss leistungsbereit sein und seinen Leistungswillen kundtun, d. h. die Leistung «anbieten». Das Angebot muss «gehörig» sein, dem Inhalt der

² Beim *Kaufvertrag* ist es umstritten, ob den Käufer eine Vertragspflicht der Abnahme der Kaufsache treffe; richtigerweise kann diese Frage nicht allgemein, sondern nur in Auslegung des konkreten Kaufvertrages beantwortet werden, wobei eine Abnahmepflicht im eigentlichen Wortsinn die Ausnahme darstellt. Vgl. dazu OR/BT, § 3/III/3a.

³ Wer bei Zug-um-Zug-Geschäften die Gegenleistung fordert, muss nicht seinerseits bereits erfüllt haben (sei es vertragsgemäss, sei es durch das Erfüllungssurrogat der Hinterlegung i. S. von OR 92 oder Verkauf gemäss OR 93). - «Gehöriges Angebot» setzt im Regelfall reales Anbieten («Realoblation») der Leistung voraus; unter besonderen Voraussetzungen genügt auch bereits verbales Angebot («Verbaloblation»). Vgl. dazu R. H. WEBER, Komm. OR 82 N. 184-189; BGE 111 II 157 und 49 II 32; Sem.jud. 1988, p. 155-158 sowie R. JEANPRÉTRE, Remarques sur l'exception d'inexécution, in Mélanges Deschenaux, Freiburg/CH 1977, p. 271 ff.

⁴ Im Falle des *Kaufs* ist gemäss OR 214/I Rücktritt ohne Nachfristansetzung möglich; vgl. OR/BT, § 3/III/2.

⁵ Der Fall des sog. «*anticipatory breach*»; vgl. dazu unten § 20/V/4 sowie die Hinweise bei R. H. WEBER, OR 82 N. 189.

Forderung entsprechen und am richtigen Ort erfolgen. Es setzt Erfüllbarkeit, aber nicht Fälligkeit der Forderung voraus (OR 81/I)⁶. Teilleistungen darf der Gläubiger in der Regel zurückweisen (OR 69/I)⁷. Ebenso braucht er Leistungen nicht anzunehmen, die über das hinausgehen, was geschuldet ist, sofern dies gegen seine Interessen verstösst⁸. Die Leistung darf ohne weiteres durch einen Dritten oder bei einem Dritten angeboten werden, wenn es nicht auf die persönliche Erfüllung ankommt (OR 68) bzw. der Dritte vertraglich zur Entgegennahme befugt ist.

b) Je nachdem, ob eine HoL- oder Bringschuld vorliegt, wird die Leistung dadurch angeboten, dass sie unter Erklärung der Erfüllungsbereitschaft am eigenen Geschäftsdomizil (bzw. an einem anderen vereinbarten Ort) bereitgehalten oder aber dem Gläubiger ins Haus gebracht wird⁹.

c) Das Leistungsangebot hat in der Regel real zu erfolgen (sog. *Realoblation*). Der Schuldner muss alles vorkehren, wozu er ohne Mitwirkung des Gläubigers in der Lage ist, so dass diesem bloss das Annehmen übrigbleibt. Mitunter genügt ein wörtliches Angebot (sog. *Verbaloblation*), insbesondere bei Holschulden, allenfalls auch in jenen Fällen, in denen der Gläubiger die Leistung zum voraus abgelehnt hat (antizipierte Annahmeverweigerung)¹⁰. In Fällen der Verbaloblation bleibt dem Gläubiger allerdings der Nachweis offen, dass der Schuldner trotz des Leistungsangebotes nicht erfüllungsbereit war, zum Beispiel die Ware nicht am Lager hielt.

d) Die (verbal oder real geäusserte) Leistungsbereitschaft des Schuldners darf an keine unzulässigen Bedingungen geknüpft werden. Insbesondere kann der Schuldner nicht Zug um Zug die Gegenleistung (z. B. Barzahlung) fordern, wenn ein derartiger Anspruch nicht aus Vertrag bzw. aus OR 75, 82 und 213/I folgt, weiterhin kann er (bei vereinbartem Preis pro gelieferte Einheit) nicht mehr als Abnahme des vertraglichen Maximal-Quantums verlangen usw.

⁶ Ein verfrühtes Leistungsangebot kann ohne Annahmeverzug abgelehnt werden, wenn die Erfüllung nur in oder nach einem bestimmten Zeitpunkt geschehen darf.

⁷ OR 69 spricht von «Teilzahlung», gilt jedoch für jede Leistung, die teilbar ist. Die Berufung auf die Regel, dass durch die Verweigerung der Annahme einer Teilleistung Gläubigerverzug nicht eintrete, ist allerdings bei geringfügigen Abweichungen vielleicht unstatthaft, wenn zu erwarten ist, dass der Schuldner nachleisten wird. Vgl. BGE 16, p. 798; ZR 42 Nr. 5, p. 9; v. T./E., § 65/II/1, p. 70 Anm. 8. – OR 69 stellt nur eine Norm für den Regelfall auf, sie kann bei besonderen Voraussetzungen als stillschweigend wegbedungen gelten, wie u. U. die Verweigerung der Annahme einer Teilleistung gegen ZGB 2 verstossen mag.

⁸ Wer mit einem 100-Franken-Schein eine Schuld von Fr. 80.- begleichen will, bietet nicht richtig an, sofern er Wechselgeld erwartet, das der Gläubiger (besondere Fälle vorbehalten) nicht in Bereitschaft halten muss.

⁹ Bei der *Schickschuld* (Versendungsschuld; vgl. auch § 18/VII/5) erfüllt der Schuldner durch Übergabe der Sache an den Spediteur; an der Entgegennahme durch den Gläubiger ist er daher nur noch insoweit interessiert, als die Aufwendungen des Spediteurs ihn belasten könnten.

¹⁰ Vom Schuldner sollen nicht Bemühungen verlangt werden, die sinnlos erscheinen (Gedanke von OR 108 Ziff. 1; vgl. insbes. v. BÜREN, p. 415).

e) Das verzugsauslösende Leistungsangebot des Schuldners enthält ein *intentionales Moment* (ähnlich der Mahnung bei der Inverzugsetzung des Schuldners). Es reicht nicht aus, dass der Schuldner sich als leistungsbereit erklärt; er muss vielmehr den *Willen* zu leisten, im Sinne einer Aufforderung an den Gläubiger zur Annahme, formulieren¹¹. Es handelt sich um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung (wie die Mahnung), auf die rechtsgeschäftliche Regeln anwendbar sind (Empfangsbedürftigkeit, Erfordernis der Handlungsfähigkeit des Adressaten usw.).

f) Ohne (ausdrückliches) Angebot tritt der Annahmeverzug ipso iure ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin infolge Vereinbarung, allenfalls Kündigung oder Abruf des Gläubigers feststeht und dieser ihn verstreichen lässt (Schüler versäumt die Französischstunde).

2. Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger

a) Beispiele

Der Gläubiger holt (bei Holschuld) die richtig bereitgestellte Leistung trotz Aufforderung nicht ab oder weist (bei Bringschuld) die ihm vertragsgemäss zugehende Leistung zurück (etwa, weil er die Vertragsgültigkeit bestreitet); in Frage kommt sodann das Unterlassen notwendiger Mitwirkungshandlungen: der Gläubiger übt sein Wahlrecht nicht aus (bei der Alternativobligation), spezifiziert nicht (Spezifikationskauf)¹², ruft nicht ab (Kauf auf Abruf/Sukzessivlieferungsvertrag)¹³, weigert sich, eine Quittung für den Empfang der Ware auszustellen oder den Schuldschein zurückzugeben (OR 88/I), erscheint nicht beim Schneider zur Anprobe, liefert die Gebinde nicht, die er für das Abfüllen von Wein zu stellen hat. In Verzug kommt schliesslich der Gläubiger, der in Zweifelsfällen (z. B. nach behaupteter Zession) seine Gläubigerstellung nicht nachweist¹⁴.

b) Verzugswirkungen sind unabhängig von einem Gläubigerverschulden

Annahmeverzug und Verzugsfolgen treten auch ohne Verschulden des Gläubigers ein. Es genügt, dass die Leistungshinderung dem Gläubiger angerechnet werden kann, d. h. «in seinem Bereich» entstanden ist¹⁵.

¹¹ Erst recht genügt es nicht, wenn der Gläubiger ohne Erklärung des Schuldners auf irgend eine Weise Kenntnis von dessen Erfüllungsbereitschaft oder Erfüllungswillen erhält.

¹² BGE 42 II 224 f.: Spezifiziert der Gläubiger nicht, so steht dieses Recht dem Schuldner zu, damit er sich durch Hinterlegung oder Selbsthilfeverkauf entlasten kann (so ausdrücklich HGB § 375/II).

¹³ Vgl. BGE 59 II 306 f.

¹⁴ Vgl. BGE 45 II 256.

¹⁵ Vgl. OR 96. - Das Gesagte folgt aus dem Umstand, dass das Gesetz in OR 91 ff. die Rechtswirkungen des Annahmeverzugs nicht an Verschuldensvoraussetzungen knüpft, sodann aus der Auslegung von OR 96. Dass die dortige Formel Beispiele von in der Person des Gläubigers liegenden Leistungshindernissen nicht als Gläubigerverzug qualifiziert, sondern nur den gleichen Rechtsfolgen unterwirft, soll die Doktrin nicht hindern, Verzugstatbestände anzunehmen, da weder praktische Auswirkungen der Unterscheidung noch klare Abgrenzungskriterien zu ersehen sind. - Nach SM 81 (1985) 214 soll der Schuldner nur dann zur Hinterlegung berechtigt sein, wenn er über die Person des Gläubigers trotz sorgfältiger Prüfung im ungewissen bleibt.

III. Wirkungen des Gläubigerverzugs

1. Recht des Schuldners zu Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf (OR 92-94)

Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf sind die vordergründigen, das äussere Vorgehen des Schuldners bestimmenden Folgen, die im Gesetz ausdrücklich umschrieben werden.

a) Hinterlegung (OR 92, 94)

Die Hinterlegung kommt praktisch und nach Gesetz nur bei Sachleistungen (z. B. Geld, Wertpapieren, Waren und sonstigen beweglichen Sachen) in Frage; sie verbietet sich bei sich rasch entwertenden oder grosse Hinterlegungskosten verursachenden Leistungsgegenständen¹⁶. Die gesetzliche Regel geht dahin, dass nicht bloss der Schuldner hinterlegen darf (was selbstverständlich ist), sondern dass er durch die Hinterlegung *befreit* wird und im übrigen der Gläubiger die Kosten der Hinterlegung zu tragen hat¹⁷.

Die Sache muss am Erfüllungsort hinterlegt und zur Verfügung des Gläubigers gestellt werden. Wird die Herausgabe an unzulässige Bedingungen geknüpft, hat die Hinterlegung keine befreiende Wirkung¹⁸. Andererseits hängt die Befreiungswirkung (die nicht irreversibel ist; vgl. OR 94/II) nicht davon ab, dass dem Gläubiger durch Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von OR 112 ein echtes Forderungsrecht eingeräumt wird und der hinterlegende Schuldner auf eine Verfügungsbefugnis über die Sache verzichten würde. Der hinterlegende Schuldner muss sich für den Fall der Nichtannahme durch den Gläubiger schon deshalb das Rücknahmerecht vorbehalten, weil sonst die Ware unbegrenzte Zeit auf seine Kosten eingelagert wäre. Der

¹⁶ So auch v. BÜREN, p. 418. OR 93 enthält nur eine Erlaubnis des Selbsthilfeverkaufs anstelle der Hinterlegung. Bei eindeutig gegebenen Voraussetzungen ist aber auch eine aus ZGB 2 fliessende Pflicht des Schuldners hiezu anzunehmen, deren Verletzung bedeuten müsste, dass der schuldhaft hinterlegende Schuldner die Hinterlegungskosten, allenfalls die Nachteile der Entwertung, zu tragen hat.

¹⁷ Eine *Pflicht zur Hinterlegung* darf nicht angenommen werden; für den Fall der Ungewissheit über den Gläubiger bei behaupteter Zession vgl. unten § 31/IV/4d und Anm. 122.

¹⁸ Es gelten die gleichen Grundsätze wie beim richtigen Leistungsangebot; vgl. oben Ziff. II/1, bes. lit. d; § 18/II/2. - Die Vergütung der durch die Hinterlegung erwachsenen Kosten darf indessen zur Herausgabe - Voraussetzung gemacht werden; vgl. das folgende.

Gläubiger ist überdies von der Hinterlegung zu *benachrichtigen*, was nicht ausdrücklich aus dem Gesetz hervorgeht, aber selbstverständlich ist¹⁹. Die gerichtliche Bestimmung des Depositar ist als generelle Regel vorgesehen, kann jedoch unterbleiben, sofern Hinterlegung in einem (öffentlichen) Lagerhaus erfolgt, wovon meistens Gebrauch gemacht wird. Dem Lagerhaus im Sinne von OR 92/II können im Falle von Geld und Wertpapieren mindestens inländische Gross- und Kantonbanken gleichgestellt werden. Der Vertrag zwischen dem hinterlegenden Schuldner und dem Depositar ist ein privatrechtlicher Hinterlegungsvertrag (OR 472-486). Der Schuldner bestimmt frei, wem und unter welchen Voraussetzungen der Depositar die Sache herauszugeben hat; er trägt (vorerst) auch die Kosten.

Der Schuldner als Deponent kann die hinterlegte Ware wiederum zurücknehmen, solange diese nicht dem Gläubiger ausgehändigt worden ist oder (so OR 94/I) dieser nicht «Annahme erklärt» (d. h. gegenüber dem Depositar den Willen, die Ware anzunehmen, geäussert) hat. Dabei setzt gültige Annahmeerklärung Akzept der vom Schuldner gestellten Bedingungen der Herausgabe voraus. Ob der Depositar durch diese «Annahmeerklärung» gegenüber dem Gläubiger verpflichtet wird, hängt davon ab, ob der hinterlegende Schuldner ein echtes Forderungsrecht des Gläubigers im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter (OR 112) begründet hat. Sinngemäss setzt wohl die Annahmeerklärung gemäss OR 94/I voraus, dass sich der Gläubiger zum Schuldner der künftig anfallenden Hinterlegungskosten macht. Je nach der Vereinbarung mit dem Depositar mag es dem Schuldner freistehen, die Ware trotz Annahmeerklärung zurückzunehmen, so dass OR 94/I nicht zwingend ist. Dass die Rücknahme die Befreiungswirkungen dahinfallen lässt und die Leistungspflicht ex tunc neu auflebt (OR 94/II), ist selbstverständlich.

b) Selbsthilfeverkauf (OR 93)

Falls Hinterlegung wegen der Beschaffenheit der Sache nicht tunlich ist, ist der Schuldner gemäss OR 93/I berechtigt, möglicherweise aber auch verpflichtet²⁰, den Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, d. h. die von ihm geschuldete Leistung zu veräussern, statt sie dem Gläubiger zur Verfügung zu halten. Der Selbsthilfeverkauf ist dem Gläubiger vorgängig anzudrohen, damit dieser noch einmal Gelegenheit zur Annahme erhält. Nach der gesetzlichen Regel ist beim Richter am Erfüllungsort oder am Ort der gelegenen Sache eine Bewilligung einzuholen.

Auch ohne richterliche Bewilligung muss der Verkauf auf eigene Verantwortung mit gleicher Wirkung möglich sein. Es hat der Richter im Hauptprozess zu entscheiden, ob der Verkauf zulässig war oder nicht²¹, wobei diesfalls der Schuldner

¹⁹ Die gesetzliche Grundlage kann in ZGB 2 erblickt werden. So auch v. T./E., § 66/I/3, p. 78 Anm. 14. Rechtsfolge der Unterlassung der Notifikation wäre nicht bloss Schadenersatzpflicht (z. B. im Falle der Klageerhebung durch den Gläubiger), sondern es treten auch die Befreiungswirkungen nicht ein.

²⁰ Oben Anm. 17.

²¹ A. M. BECKER, OR 92/94 N. 31.

wohl glaubhaft zu machen hat, dass ein Verkauf aufgrund richterlicher Bewilligung keinen höheren Erlös gebracht hätte. Es handelt sich um einen öffentlichen privatrechtlichen Verkauf, an dem das Betreibungsamt mitwirkt²². Die Interessen des Gläubigers sind zu wahren. U. U. ist es angezeigt, ihn zur Mitwirkung beim Verkauf einzuladen; jedenfalls ist er orientiert zu halten. Insbesondere muss ein günstiger Verkaufspreis angestrebt werden. Erfolgt der Verkauf nicht öffentlich, trifft den Schuldner die Beweislast, dass der andernfalls erzielte Preis nicht höher gewesen wäre.

Der Verkauf befreit den Schuldner nicht, sondern dessen Sachschuld wandelt sich in eine Geldschuld um. Eine Geldzahlung wird der Gläubiger meist nicht zurückweisen; gegebenenfalls wäre der Geldbetrag zu *hinterlegen*. Besitzt der Schuldner (wie in der Regel) eine Gegenforderung in Geld, wird er seine Schuld durch *Verrechnung* tilgen (unten § 24).

2. Allgemeine Wirkungen auf das Schuldverhältnis

a) Erfüllungswirkung der Hinterlegung

Durch die Hinterlegung gilt der Vertrag als erfüllt, und der Gläubiger kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82) nicht vorbringen²³. Die Leistung befindet sich im Herrschaftsbereich des Gläubigers, der als Herr der Sache die diese treffenden Zufälle trägt.

b) Gefahr- und Schadenstragung

Analog zum Schuldnerverzug (OR 103/I) muss die Gefahrtragung bzw. Haftung für Zufall mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges auf den Gläubiger übergehen. Das BGB (§§ 300/I, 324/II) enthält eine entsprechende allgemeine Vorschrift; das OR kennt nur beim Werkvertrag eine entsprechende Regel (OR 376/I), während beim Kauf eine solche angesichts der Gefahrtragung des Käufers (OR 185/I) entbehrlich ist. In den seltenen Anwendungsfällen, die sich ausserhalb des Werkvertrags und Kaufvertrags denken lassen, sollte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage der im Verzug befindliche Gläubiger gefahrbelastet sein²⁴.

Die Regel des Gefahrübergangs infolge Annahmeverzugs erfordert differenzierte Betrachtung bei *Gattungsschulden*. In strenger Betrachtungsweise kann die

²² Vgl. BGE 42 II 226 f.

²³ BGE 111 II 467: Eine Hinterlegung der Ware erübrigt sich beim *Sukzessivlieferungsvertrag*, wenn der Käufer sich weigert, die Leistung abzurufen. Die Verbaloblation des Verkäufers ist ein gültiges Angebot i. S. von OR 82.

²⁴ Der Schuldner wird im Falle des Untergangs des Leistungsgegenstandes als befreit betrachtet und bewahrt seinen Preisanspruch; entsprechend hiezuhin «*Leistungsgefahr*» und «*Preisgefahr*» beim Gläubiger.

Gefahr aus sachlogischen Gründen erst dann als übergegangen gelten, wenn überhaupt feststeht, welche Einheiten der Gattung dem Gläubiger geliefert werden sollen; eine entsprechende Grenzziehung statuiert für den Kauf OR 185/II. Im Sinne eines Schutzes des erfüllungsbereiten, jedoch durch den Gläubiger an der Erfüllung gehinderten Schuldners kann man einen Gefahrübergang in dem Umfange annehmen, als dem Schuldner der Nachweis gelingt, dass er ohne Annahmeverzug des Gegners diesem aus einem bei ihm nachher untergegangenen Quantum geliefert hätte, wobei diese Regel, wie v. TUHR zutreffend feststellt, nicht auf Geldschulden Anwendung finden darf²⁵.

Der Schuldner haftet im übrigen für sorgfältige Verwahrung, doch ist anzunehmen, dass seine Haftung besonders milde zu beurteilen sei, auch wenn das OR keine BGB § 300/I entsprechende Vorschrift enthält (Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit).

Der Gläubiger hat den Schuldner für die ihm aus dem Annahmeverzug entstehenden Nachteile (nicht vermeidbare Zusatzaufwendungen, insbesondere durch Hinterlegung) schadlos zu halten. Diesbezüglich erwächst dem Schuldner ein Retentionsrecht an seiner Leistung, die er (bzw. der Depositar) nur gegen gleichzeitige Befriedigung seiner Ersatzansprüche herausgeben muss²⁶.

c) Weiterbestehen des Schuldverhältnisses

Der Vertrag bleibt mit seinen ursprünglichen Wirkungen bestehen. Beide Parteien müssen leisten. Der Schuldner tut dies durch Hinterlegung. Der Gläubiger ist verpflichtet, seine Verbindlichkeit, auch wenn er infolge der Annahmeverweigerung nichts erhalten hat, vollumfänglich zu erfüllen. Da der Vertrag nicht dahinfällt und der nichtannehmende Gläubiger häufig seinerseits nicht erfüllt, führt der Gläubigerverzug bei synallagmatischen Verträgen, wenn der Gläubiger nicht vorgeleistet hat, meist auch zu Schuldnerverzug.

3. Rücktrittsbefugnis des Schuldners nach OR 95

Immer dann, wenn nicht (wie vor allem bei Kauf, Tausch, Schenkung) eine Sachleistung geschuldet ist, d. h. wenn der Schuldner insbesondere eine Arbeitsleistung erbringen sollte, die ohne Zustimmung oder Mitwirkung des Gläubigers nicht möglich ist, kann der Schuldner nach den Schuldnerverzugsregeln vom Vertrag zurücktreten²⁷.

²⁵ v. T./E., § 65/V/2, p. 75.

²⁶ Gesetzliche Grundlage ist OR 82, wobei die erst aus dem Verzug sich ergebenden Gläubigerpflichten den ursprünglichen vertraglichen gleichgestellt werden dürfen.

²⁷ In diesen Fällen von «Nicht-Sachleistungen» scheidet Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf aus (vgl. BGE 111 II 159).

Insoweit der Gläubiger in Anwendungsfällen von OR 95 die Abwicklung des Vertrages verhindert hat, ist er wie ein nichterfüllender Schuldner zu behandeln (neben OR 109 auch Anwendung von OR 97 ff.). OR 95 spricht zwar von «Rücktritt», indessen ist wohl ein Abgehen vom Vertrag i. S. von OR 107/II schlechthin erfasst, d. h. es sollte dem an der Erfüllung gehinderten Gläubiger ermöglicht werden, auf die Erbringung seiner eigenen Leistung zu verzichten unter Festhalten am Vertrag und Geltendmachung des Erfüllungsinteresses (übertragene Anwendung der «Differenztheorie»; vgl. unten § 20/III/2, VI/7).

Die Regel von OR 95, die lediglich Nicht-Sachleistungen von der Pflicht zur Hinterlegung ausnimmt, ist wohl verallgemeinerungsfähig. Als erfasst gelten sollten auch Sachleistungen, bei denen infolge besonderer Umstände (z. B. Spezifikationskauf) eine Hinterlegung nicht möglich ist, ohne das Wesen der vertraglichen Leistung zu verändern.