

tigte wirklich gleich einem Nutzniesser solche Lasten auf sich nehmen müsste, wie die Kläger meinen; also muss gerade aus dem Fehlen einer ähnlichen Vorschrift der Rückschluss gezogen werden, dass ohne gegenteilige Vereinbarung kein Wohnberechtigter andere Lasten als gegebenenfalls diejenige des Unterhalts zu tragen hat. Dass Art. 778 ZGB die Lastentragung abschliessend ordnet und für die Heranziehung der Art. 764 ff. ZGB keinen Raum lässt, ergibt sich übrigens aus der Verwendung des gleichen allgemeinen Marginals « Lasten », welches den Art. 764-767 ZGB vorangestellt wurde. Der danach freilich wesentliche Unterschied in der Regelung der Lastentragung bei der Nutzniessung und beim Wohnrecht findet denn auch eine zureichende Begründung in der Verschiedenheit der Rechtsinstitute: während die Nutzniessung an einem Gebäude alle möglichen Formen der Benützung desselben umfasst und grundsätzlich zur Ausübung übertragen werden kann, erschöpft sich das Wohnrecht in der Benützung des Gebäudes durch eigenes Wohnen des Berechtigten und allfällig seiner Familienangehörigen und Hausgenossen.....

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird teilweise dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. November 1925 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung zurückgewiesen wird.

V. OBLIGATIONENRECHT  
DROIT DES OBLIGATIONS

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. März 1926  
i. S. Spörri & Weber gegen Heim.

Sukzessivlieferungsvertrag: Art. 82, 107 OR. Vertragliche Vorleistungspflicht des Verkäufers. Verzug des Käufers mit der Bezahlung einer Teillieferung. Der Verkäufer ist u. U. zum Rücktritt vom ganzen noch nicht erfüllten Teil des Vertrages berechtigt. Beharrt er auf Erfüllung, so kann er nicht, in Abänderung des Vertrages, eine weitere Teillieferung in der Weise « zur Verfügung stellen », dass die vertragliche Zahlungsfrist von dieser Erklärung an läuft und erst nach Zahlung geliefert wird.

A. — Laut Bestätigungsschreiben vom 15. April 1925 verkaufte die Klägerin dem Beklagten 200 Stück Baumwollstoffe, lieferbar zum Teil im April/Mai, zum Teil im Juni, eventuell Juli 1925, franko Station Zürich, « zahlbar 2 % Skonto, 30 Tage dato Faktura, Bankpapier ». In den gedruckten Bedingungen ist u. a. bestimmt, dass die Verkäuferin im Falle der Nicht- oder nicht rechtzeitigen Erfüllung seitens des Käufers ohne vorherige Fristansetzung « zur entsprechenden Hinausschiebung oder Aufhebung des Kontraktes » berechtigt sei. Durch Gegenbestätigung vom gleichen Tage erklärte sich der Beklagte mit diesem Vertragsinhalt einverstanden. Am 22. und 23. April 1925 fakturierte die Klägerin eine Teillieferung von 80 Stück im Fakturawert von 4646 Fr. 30 Cts. und forderte den Beklagten am 22. Mai 1925, d. h. nach Ablauf der 30-tägigen Frist, zur Zahlung auf. Die Begleichung dieser Kaufpreisschuld nebst Spesen und Verzugszinsen erfolgte dann erst am 3. September 1925. Inzwischen hatte die Klägerin dem Beklagten am 9. Juli 1925 weitere 100 Stück mit 6695 Fr.

55 Cts. fakturiert. Am Eingang dieser Rechnung heisst es: « mit 2 % Skonto, 30 Tage dato Faktura, halten zu Ihrer Verfügung. » Mit Schreiben vom folgenden Tage erteilte der Beklagte die Weisung, die Ware an die Ausrüsterei der Gebr. Frey in Wollerau zu senden, und verband damit einen bestimmten Vorschlag über die Zahlung des Kaufpreises für die erste Teilsendung. In ihrer Antwort vom 11. Juli 1925 machte jedoch die Klägerin die Lieferung dieser 100 Stück von der vorgängigen Begleichung der längst fälligen Fakturen vom 22./23. April 1925 abhängig. Mit Brief vom 10. August 1925 stellte sie sodann fest, dass die Kaufpreisforderung für die am 9. Juli 1925 fakturierte zweite Lieferungsrate nunmehr ebenfalls verfallen sei und forderte den Beklagten zur Zahlung der 6695 Fr. 55 Cts. bis 11. August 1925 mit dem Bemerkten auf, dass sie die 100 Stück sofort nach Eingang dieses Betrages instruktionsgemäss versenden werde. Als die Zahlung ausblieb, leitete sie Betreibung ein, worauf der Beklagte Rechtsvorschlag erhob mit der Begründung, dass er keinen Gegenwert erhalten habe. In einer Zuschrift vom 10. Sept. 1925 erklärte sich die Klägerin bereit, die fakturierte Ware Zug um Zug gegen Bezahlung bei der Firma Gebr. Frey in Wollerau zu übergeben.

B. — Mit am 5. Oktober 1925 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereichter Klage belangte die Klägerin den Beklagten auf Zahlung der 6695 Fr. 55 Cts. nebst 6% Zins seit 9. August 1925, sowie 3 Fr. Betreibungskosten. Zur Begründung führte sie im wesentlichen aus: Auf Grund des Zahlungsverzuges des Beklagten bezüglich der ihm am 22./23. April fakturierten ersten Sendung sei sie gemäss Art. 82 OR berechtigt gewesen, die am 9. Juli 1925 fakturierte zweite Rate bis nach erfolgter Bezahlung jener zurückzuhalten. Mit der abgegebenen Erklärung, die zweite Lieferung gegen Bezahlung der ersten auszuführen, habe sie somit ihrerseits gesetz- und vertragsgemäss angeboten, und es sei daher der

Beklagte durch die Nichtabnahme dieser zweiten Lieferungsrate in Annahmeverzug gekommen. Während dieses Annahmeverzuges sei aber auch die vertragliche Zahlungsfrist von 30 Tagen « dato Faktura » abgelaufen, die Kaufpreisforderung für die zweite Rate also am 9. August 1925 fällig geworden und der Beklagte zufolge der am 10. August an ihn ergangenen Mahnung in Zahlungsverzug geraten. In Anbetracht dessen sei die Klägerin zur Übergabe der Ware nur Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet, in welcher Weise zu erfüllen, sie sich in der Korrespondenz bereit erklärt habe.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er anerkannte, dass er sich bezüglich der ersten Teilsendung im Zahlungsverzuge befand. Trotzdem habe sich die Klägerin durch Fakturierung der zweiten Lieferungsrate zur weiteren Erfüllung bereit erklärt, ohne indessen die Ware gemäss den vertraglichen Bedingungen auch tatsächlich zu liefern. Die Klausel « zahlbar 30 Tage dato Faktura » setze selbstverständlich voraus, dass mit der Rechnungsstellung auch gemäss den Versandinstruktionen geliefert werde. Zufolge der Weigerung der Klägerin, die 100 Stück freizugeben, habe daher die 30-tägige Zahlungsfrist nicht zu laufen begonnen, und es könne somit von einem Zahlungsverzug bezüglich dieser zweiten Lieferungsrate keine Rede sein.

C. — Mit Urteil vom 10. Dezember 1925 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung der Klägerin mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts darf bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft, wie es hier vorliegt, jeder Kontrahent im Zweifel die ihm obliegende Teilleistung (der Verkäufer die weitere

Lieferungsrate, der Käufer den Kaufpreis für die frühere Teillieferung) zurückhalten, wenn der Vertragsgegner seinerseits mit einer Teilleistung im Verzuge ist (vgl. BGE 38 II 121 f. und 481 f.; 44 II 76). Da der Beklagte zugestandenermassen mit der Bezahlung der ersten Teilsendung in Verzug gekommen, war die Klägerin berechtigt, die weiteren Lieferungsraten zu verweigern, und zwar jedenfalls bis 3. September 1925, in welchem Zeitpunkt der Verzug durch Zahlung geheilt worden ist. Ob sie auf Grund dieses Schuldnerverzuges gemäss Art. 107 OR zum Rücktritt vom ganzen Vertrage befugt gewesen wäre, kann dahinstehen, nachdem sie diese Folgerung selber nicht gezogen, sondern sich während der Verzugsdauer auf den Erfüllungsstandpunkt gestellt hat, indem sie am 9. Juli 1925 weitere 100 Stück als zur Verfügung des Beklagten stehend fakturierte.

Gemäss Vertrag sind die einzelnen Lieferungsraten zahlbar « 30 Tage dato Faktura ». Darin liegt die Vereinbarung der Vorleistungspflicht der Klägerin, was diese denn auch bei Ausführung der ersten Teilsendungen implizite dadurch anerkannt hat, dass sie die am 23. April 1925 fakturierte Ware unverzüglich gemäss den ihr vom Beklagten gegebenen Weisungen zur Versendung brachte. Wie die Vorinstanz auf Grund des sachverständigen Wissens ihrer Mitglieder feststellt, wird diese Klausel im Handelsverkehr auch nicht anders verstanden, als dass die Zahlungsfrist nur bei gleichzeitiger Lieferungsbereitschaft des Verkäufers mit der Rechnungsstellung zu laufen beginnt. Darnach vermochte die Klägerin durch ihr Erfüllungsangebot die Fälligkeit ihres Anspruches auf die Gegenleistung nur dann herbeizuführen, wenn sie tatsächlich auch lieferungsbereit war, dergestalt, dass der Beklagte durch Erteilung von Versandsinstruktionen über die Ware verfügen konnte. Diese Voraussetzung trifft jedoch nicht zu, indem die Klägerin die vertraglich vereinbarte Vorleistung verweigert und die Ausführung der ange-

botenen Lieferung von der gleichzeitigen Bezahlung des entsprechenden Kaufpreises abhängig erklärt hat. Zu diesem Vorgehen war sie auf Grund des ihr nach Art. 82 OR zustehenden Zurückbehaltungsrechtes nicht befugt. Denn auch während des mit der Geltendmachung dieses dilatorischen Rechtsbehelfes in der Vertragsausführung eingetretenen Schwebezustandes blieb sie an den Vertrag gebunden. Wenn sie daher gemäss der in der Faktur vom 9. Juli 1925 abgegebenen Erklärung weiterliefern wollte, so konnte sie die Erfüllung seitens des Vertragsgegners in keiner andern Weise verlangen, als wozu sich dieser vertraglich verpflichtet hatte, nämlich zur Zahlung des Kaufpreises 30 Tage dato Lieferungsbereitschaft. Dafür, dass dem Verkäufer nach Erlangung des Verweigerungsrechtes aus Art. 82 OR gestattet sein sollte, gegen den Willen des Käufers einen wesentlich andern, für diesen ungünstigeren Vertragsinhalt (Zugumzugleistung) durchzusetzen, kann dem Gesetze nichts entnommen werden.

Mit der Heilung des Zahlungsverzuges des Beklagten bezüglich der ersten Teilsendung am 3. September 1925 — nach welchem Zeitpunkt die Klage erst eingeleitet worden ist — entfiel zudem das Zurückbehaltungsrecht der Klägerin, indem die Rückhaltung nach Art. 82 OR nur zulässig ist, um die Vornahme einer bereits verfallenen, nicht aber einer erst künftig verfallenden Leistung durch den Vertragsgegner zu erzwingen (BGE 49 II 462). Von diesem Zeitpunkte hinweg wäre daher die Klägerin zur Verweigerung der weiteren Vertragserfüllung nur bei Zutreffen von Art. 83 OR berechtigt gewesen. Das Vorhandensein der in dieser Bestimmung umschriebenen Voraussetzungen behauptet sie aber selber nicht.

2. — Zuzugeben ist ihr allerdings, dass bei einem Vertrage der vorliegenden Art, wo jede Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin hat, für den Verkäufer aus der Säumnis des Käufers in der Zahlung der einzelnen Raten, insbesondere schon der ersten, eine ungewisse und unter

Umständen bedenkliche Lage entstehen kann. Ausser der Einrede aus Art. 82, eventuell 83 OR, ist indessen dem Gläubiger ein wirksamer Rechtsbehelf auch insofern in die Hand gegeben, als er bei Verzug des Schuldners mit einer Rate gemäss Art. 107 OR zum Rücktritt vom ganzen noch nicht erfüllten Teil des Vertrages berechtigt ist, wenn aus diesem Rückstande geschlossen werden kann, dass auch die künftigen Raten nicht rechtzeitig geleistet werden, der Verzug mit einer Teilleistung also für das ganze Geschäft eine Gefährdung des Vertragszweckes bedeutet, sodass sich die Ansetzung einer Frist schon vor eingetretener Fälligkeit der Restraten im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR als unnütz erweist (vgl. OSER, N. IV 4 und BECKER N. 24 zu Art. 107 OR; VON TUHR II S. 554 f.; BGE 45 II 61). Beharrt der Verkäufer, wie hier, aus irgend einem Grunde auf der Realerfüllung, so muss er auch die aus der Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechtes resultierende Verzögerung der Vertragsausführung mit in Kauf nehmen, wobei er einen allfälligen Verspätungsschaden vom Schuldner ersetzt verlangen kann (Art. 103 OR). Ein weitergehender Schutz in dem von der Klägerin gewollten Sinne der Ermächtigung zur einseitigen Abänderung der vertraglich festgelegten Ordnung in der Erfüllung kommt dagegen dem vertragstreuen Gläubiger gegenüber dem mit der Zahlung einzelner Raten im Verzuge befindlichen Schuldner im Rahmen von Art. 82 OR nicht zu. Übrigens hat sich auch die Klägerin selber in den gedruckten Vertragsbedingungen für den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen lediglich die « Hinausschiebung oder Aufhebung des Kontraktes » vorbehalten.

Der Beklagte befand sich daher in seinem Rechte, wenn er dem vertragswidrigen Erfüllungsverlangen keine Folge leistete, und es kann deshalb von einem Verzuge seinerseits bezüglich dieser zweiten Rate keine Rede sein.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1925 bestätigt.

**25. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 30 mars 1926**  
dans la cause **Etablissements Georgiadès S. A.**  
contre **Maillart.**

Art. 24 et 197 CO. Possibilité d'invoquer l'*error in substantia* lorsqu'elle tombe, d'après les circonstances, sous l'une des rubriques de l'art. 24 CO. En ce cas, les conditions et délais de la garantie à raison des défauts de la chose vendue ne sont pas applicables.

A. — Au mois de février 1919 les Etablissements Georgiadès S. A., à Genève, ont vendu à Paul Maillart, négociant en fourrures, trois tapis d'Orient facturés comme suit : un tapis « Chah Abbaz », longueur 4 m. 60, largeur 3 m. 10, prix 7880 fr. ; un tapis « Tebriz de Perse », longueur 3 m. 20, largeur 2 m. 20, prix 3000 fr. », et un « Tapis d'Orient, perse Mahal », longueur 3 m. 95, largeur 3 m., prix 3000 fr. Les trois factures portent la mention « Authenticité garantie », apposée au moyen d'un timbre humide.

En 1924, l'attention de Maillart fut attirée sur le fait que le tapis « Chah Abbaz » n'était pas authentique. L'acheteur réquit une expertise provisionnelle. Les experts commis par le Président du Tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Genève, MM. Sutter, Weber et Habib, déclarèrent que ledit tapis n'était pas un « Chah Abbaz » véritable, car il n'avait pas été fait sous le règne du Schah Abbas I<sup>er</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle, mais un tapis moderne qui reproduisait certains dessins des « Chah Abbaz ». En réalité, la désignation véritable du tapis serait « Tébriz, dessin Chah Abbaz ».