

force majeure — quand il s'est produit pendant la demeure et estime qu'il répond non seulement de la perte de la chose, mais encore de sa détérioration ou de la diminution de sa valeur économique. C'est cette dernière éventualité qui s'est produite en l'espèce; l'instance cantonale a admis en effet que le salol acheté par le recourant au prix de 7000 fr. a subi une diminution de valeur considérable et qu'il n'a pu être réalisé ultérieurement que pour 3240 fr. 40; elle a constaté en outre que cette réalisation a eu lieu de bonne foi. Dans ces circonstances, le demandeur était bien en droit de réclamer au recourant la différence entre ce montant et le prix convenu, soit la somme de 3759 fr. 60 qui lui a été accordée par la Cour de justice civile. Au surplus la demande pourrait être admise en application des art. 93 et 94 CO; il n'est point contesté en effet que le « salol » est une substance « sujette à déperissement »; le demandeur était donc en droit d'en exiger la résiliation, après sommation préalable, et c'est bien dans ce sens qu'il a agi en juillet 1916.

*le Tribunal fédéral prononce:*

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

**16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. März 1918**  
i. S. Botta gegen Vidiella.

Art. 82 OR: Einrede des nichterfüllten Vertrages wegen Nichtlieferung eines von mehreren Kaufgegenständen.

A. — Am 8. Februar 1917 bestellte der Beklagte Vidiella beim Reisenden des Klägers unter Genehmigungsvorbehalt des Verkäufers 15 Fass Montagner und 5 Fass Alicante, lieferbar sofort und zahlbar innert 30 Tagen. Mit Zuschrift vom 14. Februar genehmigte der Kläger diesen Vertrag, erklärte jedoch, den Wein nicht sofort liefern zu können,

da die Ware zur Zeit schwer erhältlich sei, er hoffe der Beklagte werde noch kurze Zeit Geduld haben. Hierauf antwortete der Beklagte nicht. Am 22. Februar sodann berichtete der Kläger dem Beklagten, er könne nunmehr den Alicante liefern, hinsichtlich des Montagner dagegen müsse er noch Geduld haben, bis er ihn erhalte. Der Beklagte hat daraufhin um Lieferung des Alicante gebeten, ohne hinsichtlich des Montagners einen Vorbehalt zu machen. Am 28. Februar gelangte er in den Besitz des Alicante und am 16. März stellte ihm der Kläger Rechnung dafür. Der Beklagte verweigerte jedoch die Zahlung bis er auch den Montagner erhalten haben werde und sandte dementsprechend die ihm vom Kläger am 22. und nochmals am 27. März zugestellte Tratte per 3. April 1917 zurück. Daraufhin hat ihn der Kläger auf Zahlung des Fakturbetrages, plus Protestkosten, nämlich auf 2910 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5% seit 3. April 1917 eingeklagt.

B. — Die erste Instanz hat diese Klage zur Zeit abgewiesen und auf die Appellation des Klägers hin, hat die Vorinstanz das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Sie ist dabei davon ausgegangen, es handle sich um ein « Gesamtlieferungsgeschäft », das den Beklagten erst nach Lieferung beider Weine zur Zahlung verpflichtete. Zwar habe der Beklagte dem Kläger hinsichtlich des Montagner einen kurzen Lieferungsaufschub bewilligt, derselbe sei aber längst abgelaufen und der Beklagte habe daher mit Recht dem Kläger die Einrede des Art. 82 OR entgegengehalten. Hiezu sei er um so eher berechtigt, als er sich zur Hinterlegung des Kaufpreises bereit erklärt habe. Uebrigens habe der Kläger dadurch, dass er im Prozess die Erklärung abgegeben, er werde erst liefern, wenn er für den Alicante bezahlt sei, eingestanden, dass er jetzt liefern könnte. Er sei daher auf alle Fälle im Leistungsverzug. Eine Minderheit des Obergerichtes hat die Appellation gutheissen wollen, weil der Beklagte dadurch, dass er dem Kläger auf dessen Anzeige, er könne den Montagner

erst nach Eingang liefern, nicht geantwortet, sich mit der Umwandlung des ursprünglichen « Gesamtgeschäftes » in ein sukzessive zu erfüllendes einverstanden erklärt habe.

C. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, indem er beantragte, es sei seine Klage in vollem Umfange gutzuheissen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Ob der Beklagte der Kaufpreisforderung des Klägers aus der Alicantelieferung wegen der Nichtlieferung des Montagner die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegenhalten kann, hängt in erster Linie davon ab, in welchem Zusammenhang die Lieferungs Pflichten des Klägers hinsichtlich der beiden Weinsorten stehen. Nur wenn es richtig ist, dass die Parteien die beiden Lieferungen derart miteinander verknüpfen wollten, dass die eine nicht ohne die andere erfolgen dürfe, kann angenommen werden, auch die Zahlungspflicht solle von der Lieferung beider Weine abhängen, BECKER N. 4 zu Art. 82. Dass dem so ist, ergibt sich daraus, dass der Art. 82 die Einrede des nichterfüllten Vertrages nur dann gewährt, wenn es sich um Leistung und Gegenleistung aus ein und demselben Vertrag handelt. Entscheidend ist sonach nicht die Identität der in Frage kommenden Personen, sondern die Identität des Geschäftes. Garantiert wird also z. B. nicht die gegenseitige Erfüllung verschiedener Verpflichtungen aus einem ganzen Geschäftsverkehr zweier Personen. Gleich wie dieser Fall aber muss, mangels eines inneren Unterschiedes, der behandelt werden, in dem zwar äusserlich ein Rechtsgeschäft vorliegt, dieses Rechtsgeschäft aber sich zusammensetzt aus verschiedenen, wirtschaftlich nicht zusammenhängenden Verpflichtungen. Prüft man von diesem Gesichtspunkt aus den vorliegenden Rechtsstreit, so ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht den Art. 82 zur Anwendung gebracht hat. Zwar wurden die beiden Weinlieferungen in

einem Vertragsakt und mit gleicher Lieferzeit abgemacht, allein ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen fehlt, oder ist zum mindesten seitens des Beklagten nicht dargetan. Es handelt sich um zwei verschiedene Weinsorten, also um zwei verschiedene Kaufgegenstände, die ebensogut in zwei selbständigen Verträgen hätte verkauft werden können. Beständen hierüber noch Zweifel, so würden diese ohne weiteres dahinfallen, wenn man berücksichtigt, dass der Beklagte auf die Anzeige des Klägers, er könne ihm vorläufig nur den Alicante, den Montagner aber erst in unbestimmter Zeit, nämlich nach Eingang, liefern, keinerlei Einwendungen erhob und den Alicante vorbehaltlos annahm.

2. — Aber auch wenn man annimmt, das streitige Geschäft sei ursprünglich als ein einheitliches gedacht gewesen, so ist die Klage dennoch zu schützen, denn dieser ursprüngliche Vertrag hat nachträglich eine erhebliche Aenderung erfahren. Dadurch, dass der Beklagte den Alicante annahm, trotzdem er wusste, dass der Kläger ihm den Montagner erst in unbestimmter Zeit liefern werde, hat er sich nämlich einverstanden erklärt mit einer Umwandlung des ursprünglich einheitlich zu erfüllenden in ein sukzessive abzuwickelndes Geschäft, und zwar ist im Zweifel anzunehmen dass (wie das z. B. auch für die eigentlichen Sukzessivlieferungsgeschäfte gilt, vergl. STAUB, Exk. zu § 374 A. 136), diese Abänderung nicht nur die Lieferungspflicht des Klägers, sondern auch die Zahlungspflicht des Beklagten umfasste. Uebrigens konnte der Kläger im Hinblick auf die heute bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse, aus denen er ersehen musste, dass einerseits der Kläger seine Lieferanten mit der Zahlung auch nicht warten lassen durfte, und dass anderseits wegen der schwierigen Transportverhältnisse der Eingang des Montagners nicht mit Bestimmtheit voraussehen war, darüber nicht im Zweifel sein, dass der Kläger mit der Zahlung des Alicante nicht ins Ungewisse hin zuwarten wollte, bis er auch den Montagner werde

liefern können. Nun hat der Beklagte allerdings behauptet, und die Vorinstanz ist dem beigetreten, er habe dem Kläger nur einen kurzen Lieferungsaufschub gewährt. Allein aus den Akten ergibt sich das nicht. Vielmehr hat in seinem Schreiben vom 22. Februar der Kläger dem Beklagten ausdrücklich erklärt, er müsse hinsichtlich des Montagners Geduld haben bis nach dessen Eingang. Danach handelte es sich nicht um einen Aufschub auf kurze, sondern um einen solchen auf unbestimmte Zeit.

Nach dem Gesagten ist anzunehmen, dass der Beklagte zu separater Bezahlung des Alicante verpflichtet war. Diese Zahlung durfte er, wie das Bundesgericht in konstanter Praxis für die eigentlichen Sukzessivlieferungsgeschäfte festgestellt hat (AS 38 II S. 121 f. Erw. 1, S. 481 ff. Erw. 2), nicht schon deswegen verweigern, weil er vom Kläger noch eine weitere Lieferung zu fordern hatte, sondern nur dann, wenn der Kläger mit derselben zur Zeit der Fälligkeit der Kaufpreisschuld aus der bereits effektuierten Lieferung im Verzuge war. Diese Voraussetzung trifft nicht zu, denn die Fälligkeit der Kaufpreisforderung aus dem Alicantengeschäft trat nach dem Kaufvertrag 30 Tage nach der Ablieferung, welche Ende Februar erfolgte, also spätestens Ende März ein. Spätestens am 3. April, als dem Fälligkeitsdatum der ihm vom Kläger zugesandten Tratte, war daher der Beklagte mit seiner Zahlung in Verzug, der Kläger dagegen war damals hinsichtlich des Montagners noch nicht leistungspflichtig. Nach dem abgeänderten, vom Beklagten stillschweigend gebilligten Kaufvertrag, musste er erst liefern nach Eingang der Ware. Dass dieser damals bereits erfolgt gewesen sei, ist nicht bewiesen. Speziell geht das nicht aus der viel später im Prozess abgegebenen Erklärung des Klägers hervor, er werde erst liefern, wenn er für den Alicante bezahlt sei.

Danach war am 3. April zwar der Beklagte mit seiner Zahlung, nicht aber der Kläger mit seiner Lieferung im Verzug. Dementsprechend durfte sich jener auch nicht

auf Art. 82 berufen, wohl aber hätte die Einrede des nichterfüllten Vertrages dem Kläger gegenüber einem Leistungsanspruch des Beklagten zugestanden (STAUB, Exk. zu § 374 A. 136 a.)

3. — Der Beklagte hat allerdings noch erklärt, er sei eventuell bereit, den Kaufpreis des Alicante zu hinterlegen bis nach Empfang des Montagners. Allein nach dem Gesagten hat der Kläger ein Recht auf Zahlung, und die Deposition konnte ihm diese schon deswegen nicht ersetzen, weil er bis zur Lieferung des Montagners über dieses Geld nicht hätte verfügen können und lediglich auf die niedrigen Depositenzinsen angewiesen gewesen wäre.

4. — Nicht gutzuheissen ist die Klage dagegen, so weit sie auf Ersatz der Protestkosten geht, denn angesichts der strikten Zahlungsweigerung des Beklagten hätte der Kläger ihm die Tratte nicht mehr zustellen sollen.

#### *Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt und in Aufhebung des Urteils des aargauischen Obergerichtes vom 23. November 1917 die Klage im Betrage von 2895 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 5% seit 3. April 1917 gutgeheissen.

#### **17. Arrêt de la 1<sup>er</sup> Section civile du 16 mars 1918 dans la cause Grosfillex contre Union rurale.**

Exclusion d'un membre d'une Société coopérative catholique, par le motif qu'il a épousé une femme divorcée; admissibilité de ce motif d'après les statuts et nonobstant la garantie constitutionnelle du droit au mariage. Décision valable quoique rendue sans que l'intéressé ait été appelé à se défendre.

A. — L'Union rurale est une Société catholique de secours mutuels « fondée dans le but de rapprocher et de réunir par un lien amical les catholiques-romains des