5. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1928 i. S. Spörri & Weber gegen Heim.

Art. 108 OR: Die unverzügliche Verzichtserklärung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR ist grundsätzlich auch in den Fällen des Art. 108 OR erforderlich.

Laut Bestätigungsschreiben vom 15. April 1925 verkaufte die Klägerin, Firma Spörri & Weber, dem Beklagten Heim 200 Stück Baumwollstoffe, lieferbar zum Teil im April/Mai, zum Teil im Juni, eventuell Juli 1925, « zahlbar 2% Skonto, 30 Tage dato Faktura, Bankpapier ». Am 22. und 23. April 1925 fakturierte sie ihm eine Teillieferung von 80 Stück, die bezogen, aber erst am 3. September 1925 bezahlt wurden.

Inzwischen hatte die Klägerin dem Beklagten am 9. Juli 1925 weitere 100 Stück mit 6695 Fr. 55 Cts. als zu seiner Verfügung stehend fakturiert, wobei sie die Lieferung von der vorgängigen Begleichung der längst fälligen Fakturen vom 22./23. April 1925 abhängig machte. Mit Schreiben vom 10. August 1925 stellte sie sodann fest, dass die Kaufpreisforderung für diese zweite Lieferungsrate nunmehr ebenfalls verfallen sei und verlangte Zahlung der 6695 Fr. 55 Cts. bis 11. August 1925 mit dem Bemerkn, dass sie die 100 Stück sofort nach Eingang dieses Betragés instruktionsgemäss versenden werde. Der Beklagte verweigerte die Zahlung.

Mit Zuschrift vom 10. September 1925 teilte ihm die Klägerin unter Bezugnahme auf eine ihr anlässlich der Sühneverhandlung vor Friedensrichteramt Zürich (8. September 1925) in Aussicht gestellte dreitägige Frist zur freien Übergabe der Ware mit, dass sie eine Fristansetzung auf keinen Fall anerkennen könnte. Gleichzeitig erklärte sie sich bereit, die fakturierte Ware Zug um Zug gegen Bezahlung bei der Firma Gebr. Frey in Wollerau zu übergeben.

Eine am 5. Oktober 1925 von der Firma Spörri & Weber beim Handelsgericht des Kantons Zürich angehobene

Klage auf Zahlung von 6695 Fr. 55 Cts. nebst 6% Zins seit 9. August 1925 ist letztinstanzlich vom Bundesgericht am 29. März 1926 wegen mangelnder Erfüllungsbereitschaft der vorleistungspflichtigen Klägerin abgewiesen worden (vgl. BGE 52 II 139 ff.).

Gestützt auf dieses Urteil fakturierte die Klägerin die 100 Stück Baumwollstoffe dem Beklagten am 7. April 1926 nochmals, mit dem Beifügen, dass sie ihm dieselben bei der Firma Gebr. Frey in Wollerau zur Verfügung halte. Der Beklagte verweigerte jedoch die Abnahme der Ware, in dem er sich auf den Standpunkt stellte, dass er vom Vertrage längst zurückgetreten sei.

Die daraufhin von der Firma Spörri & Weber erneut gegen Heim angehobene Klage auf Bezahlung von 6695 Fr. nebst 6% Zins seit 7. Mai 1927 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich am 10. Oktober 1927 ab.

Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt.

Aus den Erwägungen :

Die Ansetzung einer Nachfrist seitens des Beklagten war nach Art. 108 Ziff. 1 OR entbehrlich, nachdem die Klägerin in ihrem Schreiben vom 10. September 1925 bestimmt erklärt hatte, dass sie die Erfüllung in der von Heim verlangten Weise (Vorleistung) auch auf eine Fristansetzung hin verweigern würde. Wenn aber der Beklagte auf die nachträgliche Leistung verzichten wollte, so war er verpflichtet, der im Verzuge befindlichen Klägerin gegenüber eine dahingehende Erklärung abzugeben. Denn Art. 108 OR stellt eine Ausnahme von Art. 107 OR lediglich inbezug auf das Erfordernis der Fristansetzung dar, indem es dieser Massnahme bei Zutreffen der in Ziff. 1-3 umschriebenen Voraussetzungen nicht bedarf. Im übrigen aber gilt die in Art. 107 Abs. 2 OR vorgesehene allgemeine Regelung der Rechte des vertragstreuen Gläubigers gegenüber dem säumigen Schuldner auch im Rahmen des Art. 108 OR. Wie nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist, so steht dem Gläubiger auch in den Fällen des Art. 108 OR das dreifache Wahl-

recht zu, von dessen Ausübung im Sinne des Verzichtes auf die Realerfüllung er hier wie dort dem Schuldner Kenntnis zu geben hat (vgl. OSER, N. I und BECKER, N. I zu Art. 108 OR; v. TUHR, OR 548). Ausnahmsweise kann ihm diese Erklärung allerdings erlassen werden, insbesondere, wenn seiner Entschliessung mangels einer Wahlmöglichkeit praktisch keine Bedeutung zukommt. So hat das Bundesgericht die Verzichtserklärung als unnötig angesehen und die aus deren Mangel gegen die Schadenersatzklage nach Art. 107 OR hergeleitete formelle Einrede als gegen Treu und Glauben verstossend zurückgewiesen in einem Falle, wo der Verkäufer durch sein Verhalten (endgültige Erfüllungsverweigerung) dem Käufer die Ausübung des Wahlrechts verunmöglicht hatte (BGE 48 II 224 f.). Ein derartiger Tatbestand liegt aber hier nicht vor, da die Klägerin die Lieferung nicht schlechthin verweigert hat.

Die Frage, ob der Gläubiger den Verzicht auf die nachträgliche Leistung im Falle des Art. 108 Ziff. 1 OR sofort nach Eintritt des Verzuges zu erklären habe, bzw. sobald ihm erkennbar wird, dass eine Nachfristsetzung unnütz wäre, oder ob ihm die Ausübung dieses Gestaltungsrechts während der ganzen Dauer des Schuldnerverzuges freistehe, hat die Vorinstanz in letzterem Sinne entschieden, im wesentlichen mit folgender Begründung: Die unverzügliche Verzichtserklärung werde in Art. 107 Abs. 2 OR erst nach Ablauf der Nachfrist verlangt, die der Gläubiger während des Schuldnerverzuges beliebig ansetzen könne, ohne dass er durch sein Zuwarten in seinem Wahlrecht beeinträchtigt werde. Mangels eines Anfangstermines (Fristablauf), auf den in Art. 107 OR direkt Bezug genommen sei, gehe es daher nicht an, für den Rücktritt ohne Fristsetzung nach Art. 108 OR eine Pflicht zur unverzüglichen Erklärung, durch deren Verzögerung das Recht dazu verwirkt wäre, aus Art. 107 Abs. 2 OR herzuleiten; dies umsoweniger, als dadurch an den

Gläubiger im Falle des Art. 108 OR strengere Anforderungen gestellt würden als im Falle des Art. 107 OR.

Gegen diese Auffassung spricht schon das oben über das Verhältnis dieser beiden Artikel Ausgeführte. Richtig ist freilich, dass das Gesetz es in das Belieben des Gläubigers stellt, wann er dem im Leistungsverzuge befindlichen Schuldner eine Nachfrist ansetzen will. Art. 107 Abs. 2 OR verlangt lediglich, dass der Verzicht auf die Realleistung unverzüglich nach Fristablauf erklärt werde. Der Gläubiger kann mithin den Zeitpunkt, in welchem er seine Entscheidung hierüber treffen muss, während der Verzugsdauer frei bestimmen. Eine Schranke ist ihm nur insofern gezogen, als er die Fristansetzung nicht wider Treu und Glauben hinausschieben darf, indem ihm solchenfalls die Einrede der illoyal verspäteten Geltendmachung der Verzugsfolgen entgegengehalten werden kann (vgl. STAUB, Komm. Anh. zu § 374 DHGB, Anm. 98 und 147).

Während aber die Fristansetzung in erster Linie den Interessen des Gläubigers zu dienen bestimmt ist, indem sie ihm Klarheit darüber verschaffen soll, ob erfüllt werde oder nicht, bezweckt das Gesetz mit dem Erfordernis der Unverzüglichkeit der Verzichtserklärung den Schutz des säumigen Schuldners: es will damit die Spekulation auf dessen Kosten durch den Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist verhindern. Der Schuldner soll wissen, woran er ist, ob er noch liefern muss oder nicht. Will der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung verzichten, so hat er ihm diese Absicht sofort klar und deutlich zu erkennen zu geben. Das gleiche muss aber auch gelten, wenn der Schuldner nach Eintritt des Verzuges dem Gläubiger auf irgend eine Weise bestimmt kundgetan hat, dass er nicht erfüllen könne oder wolle, und infolgedessen die gerade auf eine Abklärung der Verhältnisse nach dieser Richtung abzielende Fristansetzung entbehrlich wird. Es widerspräche der *ratio legis*, wenn der vertragstreue Teil in einem solchen Falle

die Verzichtserklärung während der Dauer des Verzuges beliebig hinausschieben dürfte.

Eine feste Regel, wann die Erklärung als « unverzüglich » erfolgt zu betrachten sei, lässt sich der Natur der Sache nach nicht aufstellen. Die Entscheidung hierüber ist vielmehr nach den Verumständen des Einzelfalles zu treffen. Dabei ist beim Tatbestande des Art. 108, Ziff. 1 OR schon deshalb kein strenger Masstab anzulegen, weil nicht von einem zeitlich genau fixierten Vorgang, wie ihn der Fristablauf darstellt, ausgegangen werden kann, sondern der Zeitpunkt für die fristlose Wahlausübung auf Grund des Verhaltens des Schuldners ermittelt werden muss.

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Februar 1928

i. S. Francey gegen Schweiz. Genossenschaftsbank.

1. Rechtsgeschäft der Ehefrau mit Dritten zu Gunsten des Ehemannes. Art. 177 Abs. 3 ZGB. (Wechselannahme zur Ersetzung einer Schuldbriefverpfändung). (Erw. 2.)
2. Wechselrecht: Gegenüber einem Indossament, das sich äusserlich als Vollindossament darstellt, kann der Wechselschuldner die Einrede des Inkassomandates jedenfalls dann erheben, wenn diese sich zugleich als Einrede der Arglist darstellt. Voraussetzungen für die Erhebung der Einrede; Prüfung, ob Inkassomandat vorliege. (Erw. 3 und 4.)

A. — Der Ehemann der Klägerin schuldete dem Baumeister Hans Steuer-Meyer in Basel, bei welchem er von 1913-1921 als Mieter wohnte, aus Darlehen 15,000 Fr. Diese Schuld war bis zu Beginn des vorliegenden Prozesses auf 27,000 Fr. angewachsen. Für das Darlehen haftete das Mobiliar des Schuldners als Faustpfand.....

Die Klägerin, welche seit 4. September 1924 in zweiter Ehe mit Francey verheiratet ist und mit ihm in Gütertrennung lebt, erwarb im Jahre 1926 das Chalet Hüssy in Safenwil zum Preise von 90,000 Fr.; sie liess auf

diese Liegenschaft, im Nachgang zu den ihr überbundenen Grundpfandschulden von insgesamt 75,000 Fr., einen Inhaberschuldbrief im Betrage von 20,000 Fr. errichten. Sie wollte gegen Hinterlage dieses Schuldbriefes bei der Schweiz. Volksbank in Brugg ein Darlehen von 20,000 Fr. aufnehmen. Steuer-Fein, der Sohn des Steuer-Meyer, hatte sich bereit erklärt, für dieses Darlehen Bürgschaft zu leisten, aber nur unter der Bedingung, dass aus dem Betrag des Darlehens seinem Vater eine Anzahlung von 3000 Fr. an die Forderung desselben an den Ehemann Francey gemacht werde. Als die Bank den Kredit verweigerte, wurden die Parteien einig, dass Steuer-Fein versuchen solle, das Darlehen bei einer Bank in Basel zu erhalten. Zu diesem Zwecke stellte die Klägerin ihm eine Vollmacht aus. Auf Grund derselben erhob Steuer-Fein den Schuldbrief bei der Schweiz. Volksbank in Brugg. Nachdem indessen seine Bemühungen, das Darlehen zu erhalten, erfolglos geblieben waren, erklärte Steuer-Fein mit Zuschrift vom 3. Juni 1926 der Klägerin, dass er den Titel nicht zurückgebe, sondern ihn als Sicherheit behalte und nur dann herausgebe, wenn an die Forderung seines Vaters 5000 Fr. und ihm selbst 800 Fr. bezahlt werden, oder wenn ihm die Hälfte des Schuldbriefes als Sicherheit belassen und überdies eine Hypothek auf eine der Klägerin in St. Ludwig gehörende Liegenschaft errichtet werde. Man einigte sich dann anlässlich einer Zusammenkunft, die tags darauf in Basel stattfand und an welcher Rechtsanwalt Dr. F. teilnahm, dahin, dass die Klägerin zugunsten des Steuer-Meyer einen am 4. September 1926 fällig werdenden Sicherstellungswechsel von 5000 Fr. akzeptierte. Der Wechsel, welcher laut dem Wortlaut der Abmachung an die Stelle eines im Besitze des Steuer-Meyer « als Deckung befindlichen » Inhaberschuldbriefes trat, welcher letzterer gegen den Wechsel ausgetauscht werde, sollte bei Dr. F. als Treuhänder hinterlegt und der Klägerin erst herausgegeben werden, wenn sie mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bis zum Ver-