

pas de motif de ne pas appliquer au droit visé par l'art. 17 al. 3 les principes généraux du droit transitoire du CC et de ne pas soumettre à la loi nouvelle les actes juridiques accomplis sous son empire, dans toute la mesure où les particularités de ces droits n'imposent pas une autre solution. Cette façon de procéder est d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt publié au RO 42 II 51 ss.

3. — La vente aux enchères du 29 novembre est donc soumise aux règles du droit fédéral. Aux termes de l'art. 229 al. 2 CO, lorsqu'il s'agit d'enchères volontaires et publiques, où toutes les offres sont admises, le contrat est conclu par l'adjudication que le vendeur fait de la chose. En l'espèce, Crettenand invoque, à l'appui de ses conclusions, l'adjudication des immeubles qui lui a été faite pour le prix de 7100 fr. Toutefois, à supposer que cette adjudication satisfasse aux exigences de l'art. 229 al. 2 CO et que le contrat de vente conclu entre les héritiers de Jean-François Vouillamoz d'une part et Crettenand d'autre part soit parfait, l'action dirigée contre dame Angeline Monnet doit néanmoins être écartée.

Sans doute, selon l'art. 665 CC, un titre d'acquisition confère à son bénéficiaire un droit personnel contre le propriétaire tendant à obtenir l'inscription au registre foncier ; en cas de refus du propriétaire, le bénéficiaire du titre a alors le droit de demander au juge l'attribution de la propriété. Mais cette règle suppose évidemment que le titre d'acquisition est invoqué contre le propriétaire lui-même (et non contre un tiers qui n'est pas propriétaire) ; autrement dit, il faut que le propriétaire soit en même temps l'aliénateur de l'immeuble (cf. HAAB, N. 28-29 ad art. 656). Mais si l'aliénateur a entre temps disposé à nouveau de l'immeuble, par exemple en le vendant une seconde fois au mépris d'un premier contrat de vente — le second acte de disposition conservant en effet toute sa validité —, il ne reste plus au premier acheteur qu'à intenter contre l'aliénateur (qui n'est plus propriétaire)

une action en dommages-intérêts pour inexécution du contrat de vente. En l'occurrence, cette action devrait donc être dirigée contre les héritiers de Jean-François Vouillamoz. Contre le second acquéreur et propriétaire actuel (en l'espèce l'intimée Angeline Monnet), avec lequel il n'a aucun rapport de droit, le premier acheteur ne possède aucun moyen d'agir, cet acquéreur fût-il même de mauvaise foi ; demeure réservé le cas où des droits d'emption, de préemption ou de réméré ou des restrictions du droit d'aliéner ont été annotés au registre foncier (art. 959, 960 ch. 1 et al. 2 CC), hypothèse qui n'est pas réalisée en l'occurrence.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué confirmé.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

23. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. März 1949 i. S. Scoop Industries S. A. gegen M. & L. Waldspühl.

Grundsätzliches zur Anwendung von Art. 69 OR (Teilleistungen).

Questions de principe relatives à l'application de l'art. 69 CO (prestations partielles).

Questioni di principio concernenti l'applicazione del l'art. 69 CO (pagamento parziale).

A. — Mit Schreiben vom 14. August 1946 offerierte die beklagte Kollektivgesellschaft Waldspühl der Klägerin, Scoop Industries S.A. in Johannesburg (Südafrika), verschiedene Spielwaren, lieferbar zwei Wochen nach Erhalt des Auftrages gegen unwiderrufliches Akkreditiv bei einer Schweizerbank. Am 28. August 1946 bestellte die Klägerin

telegrafisch 200 Universal Spielzeugmotoren, 50 Transformer, 50 Resal-Lokomotiven, 200 Wagen, 3000 Schienen, wobei sie Paketpostversand nicht später als am 15. September ausbedang. In einem Schreiben vom 30. August 1946 bestätigte die Klägerin dieses Telegramm, ersuchte um Verpackung der Eisenbahnzüge in Sortimenten und erklärte dazu :

« Ungeachtet der hohen Kosten des Paketversandes dieser Einheiten an uns halten wir für notwendig zu sagen, dass wir diese Artikel mit Rücksicht auf ihren hohen Verkaufspreis vor der Weihnachtssaison erhalten müssen, und wenn es aus irgend einem Grund eine Verzögerung gibt und Sie sie nicht auf dieses Datum per Paketpost spedieren können, so kabeeln Sie uns bitte unverzüglich. Wir dringen darauf herauszustreichen, dass eine teilweise Verschiffung und unvollständige Sortimente für uns für den Weihnachtshandel unnütz sein würden. »

Am 10. September 1946 erkundigte sich die Klägerin telegrafisch nach den Portoauslagen und nach dem frühesten Versanddatum. In ihrem Antworttelegramm vom 12. September teilte die Beklagte u. a. mit, sie könne bis zum 21. September 20 Lokomotiven, 20 Transformer, 80 Wagen, 1200 Schienen und 200 Spielzeugmotoren liefern, den Rest am 30. September. Ebenfalls unterm 12. September 1946 gab die Schweizerische Bankgesellschaft Luzern der Beklagten Kenntnis von der Eröffnung eines bis 15. September 1946 befristeten unwiderruflichen Kredites. Am 14. September verlangte die Beklagte die Verlängerung dieses Kredites bis 30. September 1946. Am 20. September sodann schrieb die Beklagte an die Klägerin :

« Wir verdanken Ihnen geschätzten Auftrag vom 30. August und Ihre diversen Telegramme. Wir sind in der Lage, den Versand des ganzen Auftrages nächste Woche vorzunehmen. Wir hoffen, dass Sie den Kredit bis Ende September erstreckt haben. Wir bedauern, dass wir Ihnen die Ware nicht so verpacken können, dass jedes Paket eine ganze Einheit darstellt, da das Maximum für Poststücke 5 kg beträgt. »

Am 22. September wiederholte die Beklagte auch noch telegrafisch den Wunsch um Erstreckung des Kredites und bemerkte : « Waren werden dann unverzüglich versandt. »

Am 23. September bestätigte die Klägerin die Verlängerung des Kredites, wobei sie erneut die unverzügliche Ausführung der Lieferung erbat.

Die Beklagte spedierte die Spielwaren am 30. September 1946, ausgenommen 1800 Schienen (1200 statt 3000, was zur Ausrüstung von 20 Sortimenten ausreichte). In den Ausfuhrdokumenten gab sie jedoch den Versand von 3000 Schienen an, weshalb ihr von der Bank auch der ganze kreditierte Betrag ausbezahlt wurde. Erst am 11. November 1946 unterrichtete die Beklagte die Klägerin über diesen Sachverhalt. Zu ihrer Rechtfertigung erwähnte sie, die Schienen seien ihr versprochen, aber bis zum 30. September nicht vollständig geliefert worden ; um die Frist nicht zu verpassen habe sie das Vorrätige gesandt ; doch sei es nicht mehr möglich gewesen, die Dokumente zu ändern ; sie werde die ausstehenden 1800 Schienenstücke, für die sie bereits bezahlt sei, nachbringen. Auf diese Eröffnung hin telegraphierte die Klägerin am 4. Dezember 1946, die Bedingungen laut Brief vom 30. August seien nicht erfüllt, weshalb sie die Annahme der unvollständigen Lieferung verweigere und die Waren der Beklagten zur Verfügung stelle.

B. — Im September 1947 belangte die Klägerin die Beklagte auf Bezahlung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages.

Das Obergericht des Kantons Luzern schützte zweitinstanzlich die Klage teilweise, indem es die Beklagte verpflichtete, 30 Lokomotiven, 30 Transformer, 120 Wagen (d.h. was über die vollständigen 20 Sortimente hinausging) zurückzunehmen und den Gegenwert zu erstatten ; ferner der Klägerin 40 % der Auslagen für Lagergebühren, Löschgelder und Zölle sowie 20 % des Warenpreises für entgangenen Gewinn zu ersetzen, je nebst 5 % Zins seit 19. März 1947 und unter Feststellung des Nachforderungsrechtes der Klägerin für künftige Lagerpesen.

C. — Die Klägerin legte Berufung an das Bundesgericht ein. Sie verlangt vollumfängliche Gutheissung ihres Be-

gehrens. Die Beklagte schloss sich der Berufung an mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

4. — Zu prüfen ist, ob die Klägerin zur Entgegennahme der Teillieferung, sei es schlechthin, sei es, soweit sie damit vollständige Sortimente ausrüsten konnte, verpflichtet war oder nicht.

a) Nach Art. 69 OR braucht der Gläubiger eine Teilzahlung nicht anzunehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist. Dieser Grundsatz gilt, weil er dem Wesen der Obligation entspricht, nicht bloss für Geldleistungen, sondern für Leistungen jeder Art. Er stellt keine Besonderheit des schweizerischen Rechts dar. Vielmehr kennen ihn die Rechte aller Nachbarländer (vgl. Ccfr. Art. 1244, DBGB § 266, ABGB § 1415, Ccital. 1942 Art. 1181). Jedoch ist die Regel des Art. 69 OR nachgiebiges Recht. Also kommt es vorliegend darauf an, ob Abweichendes vereinbart wurde oder aus anderem Grunde massgeblich ist.

b) Die Beklagte behauptet, es sei die Zulässigkeit von Teillieferungen abgemacht worden. Indessen ist das nicht ausdrücklich und ebensowenig stillschweigend geschehen. In ihrer Offerte hatte die Beklagte keine Teillieferungen vorbehalten. Andererseits konnte die Klägerin angesichts der kurzen Lieferfrist im vorneherein die Gesamterledigung ihres Auftrages voraussetzen und sie hat eine solche zudem mit Brief vom 30. August 1946 noch eigens ausbedungen. Das Schreiben der Bankgesellschaft vom 12. September 1946 betreffend die Eröffnung des Akkreditivs, das die Beklagte heranziehen will, ist in diesem Zusammenhang belanglos. Zwar enthält es den Vermerk, Teillieferungen seien gestattet. Es wurde aber im Auftrage nicht der Klägerin, sondern der Londoner Niederlassung einer süd-afrikanischen Bank an die Beklagte gerichtet und kann darum nicht als Ausdruck einer Vereinbarung zwischen den Parteien gelten. Fragen liesse sich, ob nicht der Stand-

punkt der Beklagten in ihrem Telegramm vom 12. September 1946 an die Klägerin eine Stütze finde. Hier war in der Tat die Rede von zwei Teillieferungen, immerhin in der Meinung, dass beide bis spätestens am 30. September 1946 abgewickelt sein sollten. Rechtlich aber lag darin nicht mehr als ein Antrag der Beklagten. Die Klägerin hat ihn nie angenommen. Dagegen ist die Beklagte selber auf ihren Vorschlag zurückgekommen, indem sie am 20. September 1946 bei Beantwortung der Bestellungsbestätigung vom 30. August die ganze Lieferung für die kommende Woche versprach und am 22. September telegrafisch wiederholte, die Ware werde nach Erstreckung des Kredites unverzüglich expediert. Auch hat sie Ende September für den ganzen Auftrag Rechnung gestellt und sich bezahlt gemacht. Die Klägerin ihrerseits verlangte am 23. September, bei Bestätigung der Kreditverlängerung, neuerdings die sofortige Ausführung der Bestellung. Auf die Mitteilungen der Beklagten vom 20. und 22. September hin durfte sie füglich erwarten, entsprechend bedient zu werden. Als sie schliesslich über den unvollständigen Versand orientiert wurde, protestierte sie unverzüglich und verweigerte die Annahme der Ware. Aus alledem erhellt, dass die Klägerin weder in ihren Äusserungen noch durch konkludentes Handeln jemals ihr Einverständnis mit Teillieferungen bekundet hat.

c) Trotzdem werden Teillieferungen von der Vorinstanz deswegen als gängig bezeichnet, weil die Klägerin in ihrer telegrafischen Bestellung vom 28. August 1946 nicht erklärt habe, die Spielsachen seien ihr gesamthaft zu liefern. Die Vorinstanz scheint Teilleistungen grundsätzlich und stets für erlaubt zu halten, wo sie nicht ausgeschlossen wurden. Einer besonderen Abrede bedürfte es also nach ihrer Auffassung überhaupt nicht.

Das widerspricht aber offen dem Art. 69 OR. Dort wird keine Vermutung für die Zulässigkeit von Teillieferungen aufgestellt, sondern die gegenteilige Regel. Und diese gilt so lange, als die Parteien nicht ausdrücklich oder durch

schlüssiges Verhalten Teilleistungen gestatten. Ausserdem träfe die fälschlicherweise in den Art. 69 OR hineingelegte Vermutung, selbst wenn sie bestände, gar nicht zu. Das Obergericht übersieht, dass vorliegend Teillieferungen ausgeschlossen wurden. Ob das schon aus dem Telegramm der Klägerin vom 28. August 1946 gefolgert werden muss (im Hinblick auf den 15. September 1946 als spätestem Versandtermin), mag unerörtert bleiben. Jedenfalls lässt darüber das Schreiben der Klägerin vom 30. August 1946 keinen Zweifel. Dieses muss, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, berücksichtigt werden, da es kaufmännischer Übung entspricht und da die Präzisierungen des vorangegangenen Telegramms sich im üblichen Rahmen halten. Beachtlich ist es auch, weil die Beklagte in ihrem Brief vom 20. September 1946 ausgerechnet darauf Bezug genommen und zugesichert hat, sie werde die ganze Bestellung in der nächsten Woche spedieren. Schliesslich hätte die Vorinstanz jenes Schreiben der Klägerin deswegen nicht übergehen dürfen, weil sie es in anderer Beziehung doch als bestimmend für den Parteiwillen würdigt, insofern nämlich, als sie daraus ableitet, es sei nur die Lieferung vollständiger Sortimente in Betracht gekommen.

d) Im weiteren bekennt sich die Vorinstanz, unter Hinweis auf verschiedene schweizerische Autoren und ein Urteil des Berner Appellationshofes, zur Auffassung, dass der Gläubiger, der auf Gesamtlieferung beharre, obwohl er keine stichhaltigen Gründe für die Ablehnung der Teillieferung habe, gegen Treu und Glauben handle.

Allein nach Art. 69 OR gilt das Prinzip, dass der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Das bedeutet, dass der Schuldner auch bei Teilbarkeit der Leistung diese gesamthaft in einem Mal zu erbringen hat und nur damit seiner Erfüllungspflicht genügt. Hievon gibt es einzelne positivrechtliche Ausnahmen, so im Wechsel- und Checkrecht, im Zwangsvollstreckungsrecht, im Erbrecht. Eine Abweichung kann ferner die Natur der Sache bedingen, etwa

wenn eine Leistung ihres ausserordentlichen Umfanges wegen aufgeteilt werden muss. Endlich gebieten mitunter Treu und Glauben die Annahme einer Teilleistung, beispielsweise wenn diese lediglich eine minime und für den Gläubiger unerhebliche Differenz zur Gesamtleistung aufweist. Das und nichts anderes dürften auch die Kommentare zu Art. 69 OR und zu analogen ausländischen Vorschriften meinen, wo sie von Treu und Glauben und vom fehlenden Interesse des Gläubigers an der vollen Lieferung sprechen. Der bei OSER N. 3 lit. e zitierte Entscheid des Berner Appellationshofes (ZBJV 42 S. 41) scheint allerdings weiter zu gehen. Möglicherweise betrifft er einen besonders gelagerten Sachverhalt, was mangels Angabe eines Tatbestandes nicht ersichtlich ist. In ihrer generellen Formulierung aber ist die publizierte Urteilerwägung abzulehnen. Sie besagt, dass der Besteller nur dann wegen der Nichtlieferung eines Teils der gekauften Sachen vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten könne, wenn er ein wesentliches Interesse an der gänzlichen Erfüllung besitze. Diese These ist unhaltbar und rechtlich wie praktisch gleich bedenklich. Wäre noch das Interesse des Gläubigers ausschlaggebend, so müsste es zumindest präsumiert werden. Es läge übrigens bei Fixgeschäften und überhaupt bei jeglichem Kauf zum Zwecke des Wiederverkaufs auf der Hand. Daher hätte der Schuldner, der für sich das Recht zu Teillieferungen beansprucht, die Voraussetzung dafür, d. h. das Fehlen eines Interesses beim Gläubiger darzutun, welchen Nachweis die Beklagte nicht erbracht hat. Und selbst bei derartiger Beschränkung wäre die Theorie zu verwerfen in allen Fällen, da eine Teilleistung verspätet oder überhaupt nicht erfolgt. Sie würde nämlich dem Schuldner erlauben, sich über Erfüllungstermine hinwegzusetzen und praktisch nach Belieben den Vertrag zu halten oder nicht zu halten, was offenkundig gegen die Grundlagen des Vertragsrechtes verstiesse.

Schon diese Konsequenzen zeigen, dass der Ausgangspunkt der von der Vorinstanz vertretenen Ansicht falsch

ist. Neben den wenigen positivrechtlichen Sonderbestimmungen gibt es nur die zwei genannten Ausnahmen von dem in Art. 69 OR niedergelegten Grundsatz. Weder die eine noch die andere ist hier verwirklicht. Um der Kaufsache an sich oder ihres Umfanges willen drängte sich eine Teilung der Lieferung keineswegs auf. Und ebensowenig handelt es sich bei den nicht gelieferten Stücken um eine im Verhältnis zur Gesamtleistung geringfügige Differenz. Mit den erhaltenen 1200 Schienen konnte die Klägerin nur 20 statt 50, also nicht einmal die Hälfte der vorgesehenen Eisenbahnsortimente bilden. Das ist ohne Zweifel ein sehr beträchtlicher Unterschied. Die Klägerin war daher berechtigt, die unzulässige Teilsendung abzulehnen, d. h. auf die ganze Lieferung zu verzichten und Schadenersatz zu fordern.

24. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Mai 1949 i. S. Züger gegen Jurt.

Liegenschafts Kauf, Formgültigkeit (Art. 216, 11, 12, 115 OR).
Eine in ihrem möglichen Maximalumfang beurkundete Verpflichtung kann zum voraus formlos beschränkt werden (z. B. durch Bedingung) (Erw. 1 a).

Beurkundungsbedürftig sind nur die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragsabreden (Erw. 1 b und c).

Vente d'immeubles, conditions de forme (art. 216, 11, 12, 115 CO).
Il n'est besoin d'aucune forme pour réduire (par ex. par une condition) une obligation que les parties ont fait constater par acte authentique dans l'étendue maximum qu'elle pouvait avoir (consid. 1 litt. a).

Sont seules soumises à l'observation de la forme authentique les clauses objectivement et subjectivement essentielles (consid. 1 litt. b et c).

Vendita d'immobili, condizioni di forma (art. 216, 11, 12, 115 CO).
Non occorre una forma per ridurre (p. es. mediante una condizione) l'obbligazione che le parti hanno definita nella sua massima estensione possibile in un atto pubblico (consid. 1 lett. a).
Sono assoggettate all'osservanza della forma dell'atto pubblico soltanto le clausole oggettivamente e soggettivamente essenziali (consid. 1 lett. b e c).

Walter Züger, Wirt und Liegenschaftenhändler, verkaufte am 17. Juli 1943 seine Liegenschaft Gasthof « Du

Lac » in Lachen (SZ) an den Betriebsbeamten Jurt. Anlass hiezu gab der Umstand, dass gegen Züger und seine Ehefrau am 15. Juli 1943 eine Strafuntersuchung wegen Kuppelei angehoben worden war und Züger am Nachmittag des 17. Juli die amtliche Mitteilung erhalten hatte, die Wirtschaft werde noch am gleichen Tage polizeilich geschlossen. Züger, der seit dem 15. Juli Anstrengungen gemacht hatte, die Liegenschaft zu verkaufen, um die Schliessung zu vermeiden, traf am 17. Juli ca. um 22 Uhr mit Jurt im Verandastübli des « Du Lac » eine schriftliche Vereinbarung (den sog. « Verandavertrag »), wonach er Jurt das « Du Lac » samt allem Inventar mit sofortigem Antritt zum Preis von Fr. 75,500.— verkaufte; falls die Wirtschaftskonzession nicht entzogen werden sollte, hatte Jurt weitere Fr. 5000.— in bar zu bezahlen. Bei einem allfälligen Wiederverkauf der Liegenschaft durch Jurt sollte der Gewinn zwischen den Parteien geteilt werden.

Im Anschluss an die Unterzeichnung dieser Vereinbarung wurde in der Wohnung des Jurt ca. um 23 Uhr durch den Notar-Stellvertreter Bruhin in Anwesenheit der Parteien und der Frau des Käufers der Kaufvertrag notariell verkündet. In der Kaufsurkunde wurde der Kaufpreis mit Fr. 80,500.— angegeben, zahlbar durch Uebernahme der Hypotheken von Fr. 75,500.— und durch Barzahlung des Restes von Fr. 5000.—, wofür der Verkäufer gleichzeitig mit der Vertragsunterzeichnung quittierte. Der Besitzantritt wurde auf den 18. Juli angesetzt.

Zur Beilegung von Differenzen, die sich anlässlich der Inventaraufnahme ergaben, schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Notar-Stellvertreters Bruhin am 24. Juli 1943 eine neue privatschriftliche Vereinbarung, in der festgestellt wurde, dass alle zwischen den Parteien bestehenden mündlichen und schriftlichen privaten Abmachungen aufgehoben seien und Gültigkeit lediglich der am 17. Juli öffentlich verkündete und bereits vollzogene Kaufvertrag habe; danach sei also Jurt Eigentümer des Hotels « Du Lac » ohne jede Nebenabrede oder Neben-