

Zur Frage der Rechtsmängelgewähr des Verkäufers

Autor(en): **Reichel, Hans**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **55 (1936)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895711>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Zur Frage der Rechtsmängelgewähr des Verkäufers.

Von Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

I. Zum Nachlasse des K. gehörten zwei Grundstücke, nämlich ein Wohngrundstück nördlich, ein Werkstättengrundstück südlich der (heutigen) Gubelstrasse in Zug. Bis 1916 hatten diese Grundstücke aneinander gegrenzt. Als aber 1916 die Gubelstrasse gebaut werden sollte, war von beiden Grundstücken ein Streifen von zusammen 12 m Breite an die Stadt abgetreten worden, und zwar beiderseits je 3 m für die Fahrbahn, welche sofort erstellt wurde, je 3 weitere m (bisher Vorgarten) für das Trottoir, welches bis heute noch nicht in Angriff genommen worden ist. Der projektierte beiderseitige Trottoirstreifen blieb bis zur Erstellung des Trottoirs dem Anlieger zur weiteren unentgeltlichen Benutzung und Nutzung überlassen. Die Übereignung der Landstreifen wurde rechtsgültig vollzogen; sie scheint aber später aus dem Grundbuch nicht mit der wünschenswerten Deutlichkeit ersichtlich gewesen zu sein.

Im Dezember 1925 verkauften und übereigneten die drei Erben des K., darunter die Beklagte, durch ihren Onkel S. als gemeinsamen Bevollmächtigten die beiden Grundstücke für einen Gesamtpreis an den Kläger. Deren Flächeninhalt wurde hiebei mit 1681 bzw. 1180 m² angegeben. In der Kaufseingabe war vermerkt, die Grundstücke grenzen „an die Gubelstrasse“, die Kaufsurkunde aber wurde vom Urkundsbeamten gutgläubig dahin geändert, dass die beiden Grundstücke je „bis Mitte Gubelstrasse“ reichen. Beide Parteien — wie auch S., der als Zeuge verhört worden ist — bestreiten, von der Unrichtigkeit beider Grenzangaben damals etwas gewusst zu haben.

Erst später will Kläger den wahren Sachverhalt erfahren haben. Kläger hat dieserhalb innert Jahresfrist nach der angeblichen Entdeckung des Rechtsmangels Schadenersatzklage wegen teilweiser Entwehrung der beiden Grundstücke erhoben. Seinen Schaden erblickte Kläger in der Wertminderung, die die zwei Grundstücke durch die zu gewärtigende Entziehung der beiderseitigen Trottoirstreifen erleiden werden, sowie in den Kosten der alsdann notwendig werdenden Rückverlegung der Vorgärten. Auf Entschädigung wegen des Fahrbahngeländes hat Kläger im Laufe des Prozesses verzichtet. Er bezifferte seinen Schaden auf 13,050 Fr. Für diesen Betrag machte er die Beklagte als Solidarschuldnerin haftbar.

Die Beklagte lehnte jede Ersatzpflicht ab mit folgender Begründung:

1. Ein Schadenersatzanspruch bestehe überhaupt nicht, da die Grundstücke durch die Erstellung der Strasse an Wert gewonnen hätten; übrigens habe Kläger in m² ebensoviel Land erhalten, als der Kaufvertrag in m² angebe;

2. der Gewährleistungsanspruch sei ausgeschlossen, weil Kläger bei Kaufabschluss um die wahren Grenzen gewusst habe;

3. auf den Anspruch sei verzichtet, da im Kaufvertrag jede Nachgewähr wegbedungen sei;

4. der Anspruch sei verjährt, da die Klage nicht binnen Jahresfrist nach Übereignung der Grundstücke erhoben sei;

5. die Klage sei verfrüht, da das Trottoir noch nicht erstellt, der angebliche Schaden also jedenfalls zurzeit noch nicht erwachsen sei;

6. Beklagte könne schlimmstenfalls nur als Teilschuldnerin ($\frac{1}{3}$) in Anspruch genommen werden.

Das Kantonsgericht Zug (Urteil vom 9. 3. 1932) schützte die Klage im reduzierten Betrage von Fr. 10,782.50, dies jedoch mit der Massgabe, „dass die Verpflichtung

zur Zahlung erst eintritt, wenn (will sagen: falls und sobald) die vorgesehene Trottoirbaute erstellt wird“.

II. Die Beklagte zog den Streitfall an das Obergericht Zug weiter. Ihr Anwalt wünschte mein Gutachten, das im Auszuge hier folgt.

Einigkeit besteht darüber, dass die Klage sich als Klage auf Schadensersatz wegen teilweiser Entwehrung der beiden Kaufgrundstücke — nämlich in Ansehung des Trottoirgeländes — darstellt (OR 221, 192, 196). Ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt kommt in der Tat nicht in Frage. Insbesondere scheidet OR 97 hier aus. Da nämlich die Grundstücke einschliesslich Trottoirgelände dem Kläger übereignet und übergeben sind, so kann nicht mehr Nichterfüllung, sondern nur noch Rechtsmängelgewähr im Sinne OR 192 in Betracht fallen; denn die speziellere Norm 192 geht der generellen Norm 97 an Kraft vor. Im übrigen setzt 97 Verschulden des Verkäufers voraus (das hier m. E. mindestens unwahrscheinlich sein dürfte), während 192 von jedem Verschulden des Verkäufers abstrahiert. Unsere Erörterung kann sich somit auf die Frage beschränken, ob die Gewährleistungsklage aus OR 192 begründet sei.

1. Entwehrung setzt voraus, dass der Kaufsgegenstand, d. h. vorliegend eines (oder beide) der verkauften Grundstücke, dem Käufer ganz oder teilweise entzogen ist. Es fragt sich also, was dem Kläger verkauft worden ist. Das KG. ist in dieser Hinsicht der Beklagten entgegengekommen, indem es annimmt, verkauft seien die zwei Grundstücke nicht, wie die Kaufsurkunde sagt, bis Mitte Gubelstrasse, sondern, wie die Kaufseingabe angibt, bis zur Gubelstrasse. Über diese Auslegung kann sich die Beklagte nicht beschweren. Sie wird aber auch dagegen nichts einwenden können, wenn das KG. den Ausdruck „bis zur Gubelstrasse“ dahin versteht, gemeint sei damit der beiderseitige Rand des bereits ausgebauten Fahr-

dammes, mitverkauft sei also das Vorgartengelände, welches irgendwann einmal in ein Trottoir verwandelt werden soll. Die Entwehrung trifft sonach, falls ihre übrigen Voraussetzungen gegeben sind, einen Teil der verkauften Grundstücke.

2. Ein Entwehrungsregress gemäss OR 192 ff. kann nur statthaben, wenn die Entwehrung der Sache nach deren Übergabe an den Käufer erfolgt; denn anderenfalls wird die Sache nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer entwehrt; dieser Fall ist mithin nach Art. 97 ff. zu beurteilen. Die Kommentare (Oser, Becker, Fick) sprechen dies zwar ausdrücklich nur für den Fahrniskauf aus; es ist aber m. E. ganz ebenso auch für den Liegenschafts Kauf zutreffend, da es in dieser Frage nicht auf den Übereignungsakt, sondern auf die Besitzübertragung ankommen muss (unten 8). Indes braucht diese Frage an dieser Stelle nicht näher diskutiert zu werden. Denn die zwei Kaufgrundstücke sind 1925 dem Kläger sowohl übereignet als auch zu Besitz übergeben worden, und zwar einschliesslich der projektierten Trottoirstreifen. Ob auch die Fahrbahn übereignet und übergeben ist, interessiert nicht mehr, da dieserhalb keine Ansprüche mehr erhoben werden.

3. Die Parteien sind mit dem KG. darüber einig, dass die Trottoirstreifen schon seit 1916 der Stadt Zug zu eigen gehören, und dass insoweit auch ein gutgläubiger Erwerb des Klägers — der diese Übereignung aus dem Grundbuch nicht ersehen hat und nach Feststellung des KG. auch nicht hat ersehen können — nicht stattgefunden habe. Ich . . . nehme somit als unstreitig an, dass eine Entwehrung seitens der Stadt möglich ist und dass, falls sie erfolgt ist oder erfolgen wird, diese Entwehrung ihren Grund in Umständen hat, die dem Kaufabschluss zeitlich voraufliegen (OR 192).

4. Rechtsmängelgewähr ist ausgeschlossen, wenn Käufer bei Kaufabschluss den Rechtsmangel gekannt hat (OR 192). Das KG. sieht eine Kenntnis des Klägers

nicht als erwiesen an. In seine Beweiswürdigung habe ich mich nicht einzumischen. Aber ich darf vielleicht sagen, dass die Behauptung der Beklagten, Kläger habe die wahren Grenzen gekannt, schon von vornherein wenig glaubhaft erscheinen musste . . . Sie reimte sich gar zu schlecht mit ihrer eigenen Behauptung, ihr Vertreter S. habe die wahre Grenze nicht gekannt; er habe sie insbesondere auch aus dem Situationsplan, den er dem Kläger übersandt haben soll, nicht ersehen. Bei dieser Bewandnis kann ich auch daraus, dass Kläger den diesbezüglichen Editionseid verweigert hat, nichts Entscheidendes folgern. Denn daraus, dass Kläger den Plan erhalten hat, folgt noch nicht, dass er ihn auch erfolgreich studiert hat.

Der wirklichen Kenntnis ist in freier Analogie von OR 156 das arglistige Nichtzurkenntnisnehmen gleichzuachten. Beispiel: V telephonierte seinen Mieter M an: „Da Sie sich geweigert haben, sich auf eine Mietzins-erhöhung einzulassen, so bleibt mir nichts anderes übrig, als Ihnen hiermit (M legt den Hörer beiseite) zum 31. März zu kündigen.“ Die Kündigung ist erfolgt; auch vom Standpunkt der Vernehmungstheorie. In diesem Sinne wirft Beklagte dem Kläger vor, er habe es absichtlich unterlassen, aus dem ihm übersandten Situationsplan die darin eingezeichneten wahren Grenzen zu ersehen. Das KG. hat dieses Vorbringen zurückgewiesen mit der Begründung, arglistige Nichtkenntnisnahme setze voraus, dass der Absender das Schriftstück übersandt habe mit dem Willen, dass der Empfänger daraus gerade den fraglichen Umstand entnehme, was hier nicht der Fall sei, da S. selbst von den wahren Grenzen nichts gewusst habe. Diese Begründung kann nicht befriedigen. Auf das Wissen des Absenders kann es nicht so entscheidend ankommen. Es wären sonst wunderliche Ergebnisse unvermeidlich. Übersendet der des Spanischen unkundige A dem sprachkundigen B ein spanisches Schriftstück, damit dieser sich aus ihm über gewisse Umstände orientiere, die beiden unbekannt

sind, und unterlässt nun B in hinterhältiger Absicht die Lektüre, so kann er sich gewiss später nicht damit verteidigen, A selbst habe den Inhalt des Schriftstückes nicht gekannt. Entscheidend ist vielmehr nur die subjektive Haltung des Empfängers. Wer ein Erkenntnismittel, z. B. ein Schriftstück, zwecks Kenntnisnahme erhält, von ihm aber bewuster- und vorbedachtermassen nicht Kenntnis nimmt in der Absicht, sich eine ihm etwa nachteilige Kenntnis vom Leibe zu halten, der muss sich so behandeln lassen, als hätte er Kenntnis genommen. Wäre ihm also bei wirklicher Kenntnisnahme des Schriftstücks auch die dort bekundete Tatsache x zur Kenntnis gekommen (was vom Richter frei zu würdigen ist), so muss er sich so behandeln lassen, als hätte er die Tatsache x gekannt. Auf den vorliegenden Fall angewandt, bedeutet dies: sollte Kläger den ihm zugegangenen Situationsplan nicht studiert haben in der bewussten Absicht, aus ihm nicht die dort verzeichneten wahren Grenzen zu entnehmen, und wäre weiter anzunehmen, dass er bei Durchsicht des Planes diese Grenzen würde ersehen haben (nicht nur bei gehöriger Sorgfalt habe ersehen müssen), so müsste sich Kläger so behandeln lassen, als seien ihm die wahren Grenzen bekannt gewesen. Ob diese zwei Voraussetzungen zutreffen, ist Tatfrage und muss daher der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben. Ich halte übrigens die Bejahung der zwei Fragen nicht für wahrscheinlich. Nicht ersichtlich ist nämlich, welches plausible Motiv Kläger dafür gehabt haben sollte, sich der Kenntnisnahme der wahren Grenzen zu entziehen. Im übrigen steht mir nicht ausser Zweifel, ob Kläger bei Durchsicht des Planes die wahren Grenzen wirklich ermittelt haben würde. Derartige Situationspläne mit Erfolg zu studieren ist nicht jedermanns Sache; auch der Fachmann muss es erst gelernt haben.

Blosses Kennenmüssen des Käufers, d. h. seine fahrlässige Unkenntnis steht der wirklichen Kenntnis nicht gleich (arg. OR 192 Abs. 2; vgl. DBGB 439 Abs. 1).

Unbehelflich daher die beklagtische Behauptung, Kläger habe aus dem Situationsplan oder durch Erkundigung auf dem Grundbuchamt die wahren Grenzen in Erfahrung bringen sollen und können. Die diesbezüglichen Ausführungen des KG. erscheinen mir zutreffend . . .

5. Rechtsmängelgewähr ist ferner dann ausgeschlossen, wenn sie vertraglich wegbedungen ist (OR 192 Abs. 3). Eine solche Wegbedingung erblickt Beklagte in der Klausel des Kaufvertrages: „Die Verkäufer leisten keinerlei Nachwährschaft.“ Das KG. meint, diese stereotype Vertragsfloskel beziehe sich nur auf (qualitative und quantitative) Sachmängel, nicht auf Rechtsmängel. Zu dieser Auffassung kritisch Stellung zu nehmen, steht einem im Ausland wohnenden Rechtslehrer nicht zu. Denn es handelt sich hier um eine Frage der Vertragsauslegung, deren Beantwortung durch die örtliche Verkehrssitte (vgl. DBGB 157) mitbestimmt ist und daher von Ort zu Ort möglicherweise verschieden ausfallen kann. Es geschieht mit diesem Vorbehalt, wenn ich meine persönliche Auffassung wie folgt ausspreche: Auch ich bin der Meinung, dass diese vage Formularfloskel eine uferlose Auslegung nicht finden darf. Sie bedarf daher — gegen Fick zu OR 192 — einschränkender Interpretation. Eine solche schreibt ja schon OR 192 Abs. 3 selbst vor, insofern er den Gewährleistungsverzicht auf absichtlich verschwiegene Rechtsmängel nicht erstreckt wissen will (ebenso Dresdener Entw. 170). Es fragt sich also nur, wieweit die Einschränkung zu gehen habe. Das KG. scheint mir diesbezüglich ein wenig zu weit gegangen zu sein. Mir scheint nämlich, dass der formularmässige Verzicht sich im Zweifel auch auf gewisse Rechtsmängel erstrecken dürfte, nämlich auf gewisse Belastungen der Kaufsache mit beschränkunglichen Rechten Dritter, namentlich solchen, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind. Beistimmen dagegen — und nur hierauf kommt es in casu an — möchte ich dem KG. insoweit, als es verneint, dass die Klausel im Zweifel auch den Mangel im Eigentum umfasse.

Denn die Eigentumsverschaffungspflicht ist die prinzipale Verpflichtung des Verkäufers; ein Kaufvertrag also, der vermöge der Formularklausel: „Nachwährschaft wegbedungen“ den Verkäufer auch in dieser Beziehung von der Gewährleistung entbinden würde, wäre ein Vertrag, der mit der linken Hand nimmt, was er mit der rechten gegeben. Beispiel: Wer gutgläubig eine bewegliche Sache, die sein Vormann gestohlen hat, einem Dritten mit der Klausel „Nachwährschaft ausgeschlossen“ verkauft hat, kann sich der Gewährleistungsklage des Käufers, der die Sache dem Bestohlenen hat herausgeben müssen, nicht durch Berufung auf jene Klausel entwinden . . .

Stimme ich, wie gesagt, bezüglich der Bedeutung der Klausel für den Streitfall dem KG. im Ergebnis bei, so kommt auf die Frage, ob sich die Beklagte auf die Klausel deswegen nicht berufen könne, weil ihr Vertreter den Kläger arglistig getäuscht habe, nichts mehr an. Zur Täuschung genügt es, dass der Verkäufer begründete Zweifel hegt, diese aber dem Käufer bewusst verschweigt (*dolus eventualis*). Das KG. hat die Täuschung, m. E. mit Recht, als unerwiesen betrachtet.

6. Die Verjährungseinrede ist vom KG. mit zutreffender Begründung zurückgewiesen: Die einjährige Verjährungsfrist OR 210 (221) bezieht sich nur auf die Sach-, nicht auf die Rechtsmängelgewähr¹⁾. (Anders ABGB 933, der für Rechts- und Sachmängelgewähr die gleiche kurze Verjährungsfrist vorschreibt.) Für die Rechtsmängelgewähr gilt vielmehr die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren (OR 127). Da diese vorliegend in keinem Falle abgelaufen ist, so kann dahingestellt bleiben, ob der Verjährungslauf schon mit dem Kaufabschluss, bzw. mit der Übereignung der Kaufsache, oder ob er erst mit der faktischen Entwehrung, also mit der Entstehung des

¹⁾ Auch die fünfjährige Verjährungsfrist OR 219 Abs. 3 hat nur Sachmängel im Auge.

Gewährleistungsanspruches, beginnt (vgl. OR 130, DBGB 198)²⁾.

7. Die Beklagte hat die Grundstücke gemeinschaftlich mit ihren zwei Miterben verkauft. Sie behauptet daher, sie könne, falls überhaupt, so jedenfalls nur als Teilschuldnerin pro rata ihres Erbteils, also zu $\frac{1}{3}$, in Anspruch genommen werden, während Kläger sie als Solidarschuldnerin auf das Ganze belangt. Das KG. hat den Standpunkt des Klägers gebilligt. Nach Zivilrecht zwar, so führt es aus, liege eine Solidarschuld nicht vor: nicht gemäss ZGB 639, da keine Erblässerschuld in Frage steht, nicht gemäss ZGB 342, da eine Erbengemeinderschaft weder behauptet noch sonst ersichtlich sei, aber auch nicht gemäss OR 544 Abs. 3, da unter den Miterben keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestanden habe. Eine Solidarschuld ergebe sich dagegen aus der prozessrechtlichen Bestimmung ZPO 16: hiernach hätte die Beklagte zwar verlangen können, dass das Rechtsbegehren dem Kläger nur teilweise zugesprochen werde; da sie aber diese Einrede erst in der Duplik (nach der Beweisaufnahme), also verspätet vorgeschützt habe, so sei die Einrede verwirkt, und es greife das Präjudiz des § 16 Abs. 3 ein, wonach sie sich so müsse behandeln lassen, als habe sie das Vorhandensein eines Solidarschuldverhältnisses anerkannt.

Nach beiden Richtungen kann ich Zweifel nicht unterdrücken.

a) Da ich in der Praxis des zugerischen Prozessrechts nicht bewandert bin, so kann ich nicht beurteilen, ob die Auslegung, die das KG. dem § 16 gegeben hat, sich auf einen feststehenden kantonalen Gerichtsgebrauch stützt. Ist dies der Fall, so habe ich mich dessen zu bescheiden. Andernfalls aber darf ich Folgendes zur Erwägung geben. § 16 packt zwei völlig disparate Dinge in einen Korb. Ist die Leistung, auf welche geklagt ist, unteilbar,

²⁾ Ich möchte letzteres annehmen, verkenne aber nicht, dass diese Regelung gesetzgeberisch kaum befriedigen kann.

so kann Beklagter verlangen, dass seine Mitschuldner mitverklagt werden. Er macht damit die *exceptio plurium litisconsortium* geltend, die sich als Einlassungsweigerung, d. h. als prozesshindernde Einrede darstellt und daher allerdings präkludiert sein dürfte, wenn sie nicht rechtzeitig (d. h. nach Auffassung des KG. vor der Beweisaufnahme) vorgebracht ist. Ist dagegen die Leistung teilbar (was hier zutrifft), so kann der auf das Ganze belangte Teilschuldner nach § 16 nur verlangen, dass die Klage pro rata des auf ihn nicht entfallenden Schuldteils (in casu $\frac{2}{3}$) abgewiesen werde. Das bedeutet aber m. E. keine Einlassungsverweigerung, keine prozesshindernde Einrede, sondern eine Bestreitung des Umfanges der Klageforderung, also eine Berufung auf eine Vorschrift des materiellen Zivilrechts. Ich kann daher nicht recht einsehen, warum diese Verteidigung nicht auch nach der Beweisaufnahme wirksam soll vorgeschützt werden können, mit anderen Worten, inwiefern darin, dass die Beklagte sie erst in der Duplik vorgebracht hat, die Anerkennung eines Solidarschuldverhältnisses liegen soll.

b) Die Frage erübrigt sich, wenn etwa die Beklagte schon nach Zivilrecht als Solidarschuldnerin zu erachten ist. Richtig zwar ist, dass nach OR 143 Solidarität nur dann entsteht, wenn entweder — was hier nicht der Fall ist — die mehreren Schuldner erklären, dass sie solidarisch eintreten wollen (vgl. Sächs. BGB 1021), oder wenn einer der im Gesetz bestimmten Sonderfälle vorliegt. Dass ZGB 639, 342 hier ausscheiden, ist vom KG. zutreffend angenommen. Zweifelhaft ist mir dagegen, ob nicht hier die drei Miterben beim Verkauf als Gesellschafter im Sinne OR 530 gehandelt haben. Eine Gesellschaft ist ja auch als blosser Gelegenheitsgesellschaft oder *societas unius rei* (vgl. AHGB 266) möglich, also auch zu dem ausschliesslichen Zweck, einen bestimmten Gegenstand gemeinsam zu kaufen oder zu verkaufen. Der Umstand, dass der zu verkaufende Gegenstand den Verkäufern gemeinschaftlich gehört, schliesst ein Gesellschaftsverhält-

nis nicht aus (ebensowenig als der Umstand, dass der zu kaufende Gegenstand zu gemeinschaftlichem Eigentum erworben werden soll); mir scheint vielmehr, dass er es eher nahelegen dürfte. Daher wäre ich geneigt, im vorliegenden Fall Solidarität gemäss OR 544 Abs. 3 anzunehmen (vgl. übrigens DBGB 427). Dies um so mehr, als der Verkauf eines gemeinschaftlichen Grundstückes eine unteilbare Leistung zum Inhalt hat, Teilschuldnerschaft bei Unteilbarkeit der Schuldleistung aber gewiss etwas Seltsames an sich hat (daher richtig DBGB 431).

Die Annahme einer Gelegenheitsgesellschaft ist nun freilich gewiss zweifelhaft. Denn unter Miterben besteht zunächst keine Gesellschaft, sondern eine Gemeinschaft im Sinne ZGB 602, 652. Die Veräusserung eines gemeinschaftlichen Grundstückes fällt daher zunächst unter Art. 602 Abs. 2, wo (im Gegensatz zu OR 544 Abs. 2) von Solidarität nichts zu lesen steht. Die rechtliche Situation verkaufender Gemeinschaftler ist jedoch derjenigen von ad-hoc-Gesellschaften so gleichartig, dass ich aus Art. 544 vielmehr einen Analogieschluss ziehen möchte.

Es würde mir hiernach schwer fallen, in der Frage der Solidarität dem KG. im Ergebnis zu widersprechen.

8. Im vorigen wurden gewisse Einwendungen, die man gegen die Klage vorgeschützt hat oder hätte vorschützen können, mit teils grösserer, teils geringerer Entschiedenheit als nicht durchschlagend bezeichnet. Noch nicht erörtert dagegen ist bisher die prinzipale Frage, ob in Ansehung des Trottoirgeländes — nur dieses kommt gegenwärtig noch in Frage — überhaupt eine Entwehrung vorliegt, und zwar schon jetzt vorliegt. Gegen die Bejahung dieser Frage habe ich starke Bedenken.

Für das römisch-gemeine Recht wurde früher überwiegend gelehrt, der Verkäufer sei nicht zur Eigentumsverschaffung, sondern nur zur Verschaffung des habere licere, d. h. des ungestörten unmittelbaren Besitzes und

Genusses der Sache verpflichtet³⁾. Diese Meinung ist nun zwar in neuerer Zeit mit Fug angefochten worden (Eck, Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums 1874; Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht 1902): schon nach späterem römischem Recht schuldete der Verkäufer grundsätzlich dare, d. h. Eigentumsverschaffung; er hatte also die Sache nicht nur zu Besitz, sondern zu Eigentum zu übergeben, gegebenenfalls aber — falls eine res mancipii verkauft war — rechtmäßig zu manzipieren. Aber auch das spätrömische — und mit ihm das gemeine — Recht blieb trotzdem auf dem Standpunkt beharren, dass der Käufer, dem das Eigentum nicht verschafft war und vom Verkäufer (mangels eigenen Eigentums oder aus anderen Gründen) nicht verschafft werden konnte, den Verkäufer dieserhalb nur und erst dann in Anspruch nehmen könne, wenn ihm die Sache evinziert, d. h. ihm deren faktischer Besitz und Genuss, und zwar grundsätzlich im Klagewege, entzogen war. Ein Entwehrensregress des Käufers war mithin so lange nicht begründet, als der dritte Berechtigte den Käufer freiwillig in ungestörtem Besitz und Genuss der Sache beließ. Auf gleichem Boden standen Dresd. Entw. 156 („dem Erwerber ist dafür Gewähr zu leisten, dass die Sache als eigen auf diesen übergeht und dass dieser nicht von einem Dritten . . . in der Inhabung und Benutzung gestört wird“) sowie Sächs. BGB 1092, 931 („Zur Entwährung gehört, dass der Erwerber den Vertragsgegenstand . . . aufgeben muss“). Diesen Vorbildern ist alt OR 235, neu OR 192 gefolgt. Wenn nämlich dort vom „Entziehen“ die Rede ist, so kann damit nur die Entziehung des Besitzes (der „Gewehre“), bzw. des allseitigen Sachgenusses, nicht aber die des Eigentums (wie Fick meint) gemeint sein. Denn entzogen werden kann dem Käufer nur das, was er vorher hatte, nicht das, was er nie hatte. Daher ist Entwehrensregress überhaupt erst

³⁾ Vgl. Gai. IV 131a: venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceret, non etiam ut eius faciat.

möglich, nachdem die Kaufsache dem Käufer übergeben, d. h. in seinen Besitz gelangt ist (Oser, Fick, Becker). Und weiter folgt daraus: zum Tatbestand der Entwehrung genügt es nicht, dass das Eigentum des Dritten rechtskräftig festgestellt (OR 193, Dresd. Entw. 164) oder vom Käufer in guten Treuen anerkannt worden ist (OR 194), sondern weiter erfordert ist, dass der Käufer auf Grund dieses Eigentums den Besitz der Sache dem Dritten hat herausgeben müssen (arg. OR 192, Abs. 1: „entziehe“, 194, Abs. 2: „zur Herausgabe verpflichtet war“ — sie muss also erfolgt sein). Vgl. Sächs. BGB 932: „Die Entwehrung ist als geschehen zu betrachten, wenn die Sache infolge des rechtskräftigen Urteils (also nicht schon durch dasselbe!) dem Erwerber entzogen ist“; 936: „gibt der Erwerber freiwillig die Sache auf“. Solange diese Besitzentsetzung nicht erfolgt ist, kann man hiernach nicht sagen, die Entwehrung sei erfolgt, sondern nur sagen, sie „stehe bevor“ (vgl. Sächs. BGB 943: „Ist die Entwehrung noch nicht erfolgt, steht sie aber bevor, so kann der Erwerber die Gegenleistung so lange zurückhalten, als nicht der Veräußerer die Gefahr der Entwehrung abgewendet oder ihm deshalb Sicherheit geleistet hat.“ Das Sächs. BGB liess also während dieser Zeit die Gewährleistungsklage noch nicht zu, sondern gestattete nur vorsorgliche Sicherungsmassnahmen).

Beckers Kommentar (Note II zu OR 192) äussert sich insoweit weder eindeutig noch mit voller Entschiedenheit. Er bezeichnet es als „fraglich“, ob der Gewährleistungsanspruch dadurch bedingt sei, dass der Dritte sein besseres Recht „geltend mache“. Solange jener sich hierüber nicht ausgesprochen habe, bestehe ein Schwebezustand, der alsbald bereinigt werden müsse; solange aber dieser Schwebezustand nicht so oder so beseitigt sei, könne der Käufer die Gewährleistungsklage nicht erheben. Was Becker hiermit sagen will, das hängt davon ab, was er unter der „Geltendmachung“ des Rechts versteht. Versteht er darunter die Erhebung des Herausgabe-

verlangens (ZGB 641 Abs. 2, vgl. DBGB 985), so besteht zwischen seiner und meiner Auffassung kein wesentlicher Unterschied. Sollte er aber darunter die blosser Erklärung des Dritten verstehen, dieser halte an seinem Eigentum fest und weigere sich, es preiszugeben, so würde ich seiner Auffassung nicht beipflichten können.

Ich gestehe offen, dass die Rechtslage, die sich hienach meiner Auffassung nach für das schweizerische Recht ergibt, mich de lege ferenda nicht sonderlich befriedigt, und dass ich insoweit der Regelung DBGB 440 den Vorzug gebe. DBGB kennt beim Sachkauf überhaupt keine Rechtsmängelgewähr im Sinne des gemeinen Rechts, sondern sieht die Nichtverschaffung des (lastenfreien) Eigentums einfach als Nichterfüllung im Sinne OR 97 an⁴). Diesen Schritt über das gemeine Recht hinaus hat nun aber das OR, auch das revidierte (trotz der in Art. 184 statuierten Pflicht zur Verschaffung des „Eigentums“), meiner Ansicht nach noch nicht getan. Seine Regelung ist immerhin bedeutend sachgemässer als diejenige des österr. ABGB 923 ff., das die Rechtsmängel völlig mit den Sachmängeln zusammenwirft und sogar den Verkauf einer nicht existierenden Sache mit gleichem Masse misst (dazu Ehrenzweig, ÖPR II, 1928, § 324). Übrigens hat selbst das DBGB seinen Standpunkt nicht ganz rein durchführen können, sondern — aus den zu 9 zu erörternden Gründen — die Sondernorm § 440 Abs. 2 schaffen müssen, in der es wieder auf das gemeine Recht zurückgreift. Dieser kurze Seitenblick dürfte genügen, um zu zeigen, dass die Rechtsmängelgewähr zu denjenigen Materien gehört, deren gesetzgeberische Behandlung hüben wie drüben noch unfertig und in mancher Hinsicht verbesserungsbedürftig ist.

⁴) Allein stehen dürfte F. Leonhard (Besond. Schuldrecht 1931 S. 35 ff.) mit seiner Ansicht, auch nach DBGB sei der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung, sondern — ebenso wie nach gemeinem und schweiz. Recht — nur zur Eviktionsgewähr verpflichtet.

Sed lex ita scripta est. Billigt man also die hier vertretene Auslegung des Art. 192, so ist im vorliegenden Fall eine — aktuelle — Entwehrung im Sinne OR 192 noch nicht eingetreten. Denn Kläger befindet sich noch immer im ungestörten Besitz und Genuss der fraglichen Geländestreifen. Die auf OR 192 gestützte Klage wäre hiernach zurzeit abzuweisen gewesen.

9. Trägt man Bedenken, den zu 8 gegebenen Deduktionen zu folgen, nimmt man vielmehr mit dem KG. an, eine Entwehrung liege schon darin, dass dem Kläger die Trottoirstreifen nicht zu eigen gehören, so drängt sich eine weitere Erwägung auf. Kläger verlangt sofortigen Ersatz des Schadens, der ihm durch die Entwehrung entstanden sein soll. Dieser Schaden muss also bereits entstanden sein. Dass aber dies hier der Fall sei, wird man verneinen müssen.

Wenn freilich die Beklagte meint, ein Schaden des Klägers könne überhaupt und auch in Zukunft nicht erwachsen, da Kläger in m² soviel Land erhalten habe, als der Kaufvertrag in m² angibt, so kann ich das keineswegs gelten lassen. Denn gekauft sind Grundstücke, d. h. bestimmt abgegrenzte Teile der Erdoberfläche, nicht beliebige Quadratmeter. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Kaufvertrag die Grenzen genau bezeichnet und dass der Kaufpreis in runder Pauschalsumme, nicht pro m² bemessen ist. Grundstücke sind keine vertretbaren Sachen dergestalt, dass für ein entwehrtes Stück einfach ein anderswo gelegenes Stück gleicher Grösse eintreten könnte. Dem Kläger ist namentlich sein Vorgarten durch kein irgendwo sonst gelegenes Landstück ersetzbar.

Wenn die Beklagte weiter geltend macht, der allfällige Schaden des Klägers werde kompensiert oder doch wesentlich gemindert durch die Wertsteigerung, die die Grundstücke durch Erstellung des Trottoirs erfahren würden, sowie durch etwaige Entschädigungen, die die Stadt ihm alsdann zahlen werde, so möchte ich mich mit dieser Frage, die dem Gebiet der Tatwürdigung an-

gehört, meinerseits nicht befassen. Diese Frage zu klären ist vielmehr die Aufgabe des Gerichts und seiner Experten. Dass eine *compensatio lucri cum damno* grundsätzlich Platz zu greifen hat, dies ist vom KG. und von den Experten nicht verkannt worden.

Entscheidend scheint mir dagegen folgende Erwägung, die bereits das KG. angestellt hat. Solange Kläger persönlich sich im ungestörten Besitz und Genuss des Vorgartengeländes befindet, ist ihm ein aktueller Schaden entstanden weder durch einen Minderwert des Grundstücks noch durch Kosten der Rückverlegung der Vorgärten; beide Schäden können vielmehr erst entstehen, falls und sobald das Trottoir wirklich erstellt werden wird. Bis zur Stunde ist nun aber diese Umstand nicht eingetreten, ein Schaden also noch nicht entstanden. Die auf sofortige Zahlung gerichtete Klage ist daher verfrüht erhoben und wäre somit als zurzeit unbegründet abzuweisen gewesen. Nach deutschem und österreichischem Prozessrecht besteht hierüber m. E. kein Zweifel. Wäre doch nach deutschem Prozessrecht vorliegend selbst eine Klage auf künftige Leistung unzulässig und daher *a limine* abzuweisen gewesen (arg. e contr. DZPO 257—259). Dies um so mehr, da es sich vorliegend nicht einmal um eine künftige Leistung im engeren Sinne, nämlich eine betagte Leistung (*dies certus an*), sondern um eine aufschiebend bedingte Leistung handelt. Denn ob das Trottoir je erstellt, das Grundstück je verkauft werden wird, ist heute noch ungewiss (*dies incertus an*)⁵⁾.

⁵⁾ Mit Obigem sollte keineswegs gesagt sein, ein aufschiebend bedingtes Leistungsurteil sei (nach deutschem Prozessrecht) schlechthin unzulässig; denn § 726 DZPO („Urteile, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem von dem Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer . Tatsache . abhängt“) setzt ausdrücklich das Gegenteil voraus. Gemeint war vielmehr nur, dass in Fällen solcher Art die Bejahung der Frage, ob „der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“ (DZPO 259), stets besonders problematisch bleiben muss. Ist sie aber zu verneinen, dann mangelt ein gegenwärtiges Rechtsschutzbedürfnis des Klägers.

Auch das KG hat erwogen, ob nicht die Klage zurzeit abzuweisen sei. Es hat aber dieser Erwägung keine Folge gegeben, sich vielmehr berechtigt geglaubt, die Beklagte auf den Fall und den Zeitpunkt, wo das Trottoir werde erstellt werden, zu einer schon jetzt fest bezifferten Schadensersatzsumme zu verurteilen. Es hat also eine bedingte Verurteilung auszusprechen für gut befunden. Ob, nachdem auf sofortige unbedingte Leistung geklagt war, eine derartige bedingte Verurteilung zu künftiger Leistung nach zugerischem Gerichtsgebrauch überhaupt zulässig war, kann ich nicht übersehen; die — bemerkenswert knapp gehaltene — zugerische ZPO schweigt über diese Frage ebenso wie über viele andere. Aber gesetzt selbst, solche Verurteilung wäre wirklich nach zugerischem Recht in thesi statthaft, so war sie doch gerade im vorliegenden Fall m. E. völlig unangebracht. Das KG. hat sich nämlich die Prophetengabe beigemessen, schon jetzt zu wissen, wie hoch sich der Schaden, falls er künftig einmal entstehen sollte, belaufen werde. Damit hat es in einer nicht zu billigenden Weise der Zukunft vorgegriffen. Wer kann heute wissen, ob und wann das Trottoir einmal erstellt werden wird? Ob Kläger dann noch am Leben, ob er noch Eigner der Grundstücke ist; ob der dannzumalige Eigentümer auf den Vorgarten mehr Gewicht legt als auf das Trottoir; ob nicht inzwischen aus der heutigen stillen Gubelstrasse eine Durchgangsstrasse mit lebhaftem Autoverkehr geworden sein kann? Wer weiss heute, wie hoch die Experten dereinst den dannzumaligen Wert der entwehrten Streifen schätzen werden, welche Kaufkraft dann der Schweizer Franken haben wird usw.? Ich denke hiebei keineswegs bloss an die Beklagte — als Gutachter stehe ich ausserhalb der Parteiinteressen —, sondern ebenso sehr auch an den Kläger. Es ist doch möglich, dass sein dannzumaliger Schaden, in Geld bemessen, viel grösser ist als der Betrag, den die Experten heute und für heute errechnet haben.

Die auf sofortige Leistung gerichtete Klage wäre hier-

nach m. E. auch nach zugerischem Recht zurzeit abzuweisen gewesen. Zulässig gewesen wäre dagegen (wenigstens nach zürcherischem, deutschem und österreichischem Prozessrecht, ZZPO 92, DZPO 256, ÖZPO 228) eine Feststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung, Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger den (einstweilen noch nicht bezifferten) Schaden zu ersetzen, der ihm durch Entweh rung künftig etwa entstehen könnte. Eine solche Feststellungsklage ist jedoch nicht erhoben. Ob das Gericht nach zugerischer Praxis befugt sein würde, die erhobene Leistungsklage in eine Feststellungsklage umzudeuten, bzw. auf sie hin unter Abweisung des Leistungsbegehrens wenigstens auf Feststellung zu erkennen, entzieht sich meiner Beurteilung; nach deutschem Recht (DZPO 308) wäre es unzulässig.

10. Ergebnis: Nach diesseitiger Überzeugung wäre die erhobene Leistungsklage aus den zu 8 und 9 entwickelten Gründen als zurzeit unbegründet abzuweisen gewesen. Die zweifelhafte Frage, ob im Entwehrungsfalle die Schadenersatzschuld der Beklagten in solidum oder nur zu $\frac{1}{3}$ besteht, kann daher auf sich beruhen bleiben.

III. Das Obergericht Zug wies durch Urteil vom 21. 9. 1934 die Klage zurzeit ab. Aus der Urteilsbegründung sei folgender Auszug mitgeteilt:

1. Da die amtliche Grundstückvermessung im Kanton Zug noch nicht durchgeführt ist, kann sich die Beklagte zur Abwendung der Gewährleistungsklage weder auf Art. 219 Abs. 1 OR noch auf dessen Absatz 2 berufen. Die Entscheidung ist vielmehr unter entsprechender Anwendung der Bestimmungen über den Fahrniskauf zu gewinnen (Art. 221 OR).

2. Die Beklagte hat in der Appellationsverhandlung geltend gemacht, es stehe, da der Kläger im Grundbuch als Eigentümer des fraglichen Landes eingetragen sei, noch nicht fest, dass er überhaupt einmal gegen seinen Willen entwehrt werden könne; die Frage, ob die Stadtgemeinde

Zug den Kläger — als gutgläubigen Erwerber — entwehren könne, sei noch nicht entschieden und in diesem Verfahren nicht zu entscheiden.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass im erstinstanzlichen Verfahren beide Parteien in ihren Ausführungen davon ausgingen und anerkannten, dass die Stadtgemeinde Zug, gestützt auf den Kaufvertrag von 1916, die Gubelstrasse auszubauen und hiefür das Vorgartengebiet der Liegenschaft des Klägers in Anspruch zu nehmen berechtigt sei. Prozessual stellt sich somit die Einrede der Beklagten als neue Einrede dar, die gemäss § 114 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden kann. Sie könnte aber auch einer materiellen Prüfung nicht standhalten. Wohl wurden im Grundbuch die Angaben des Kaufvertrages eingetragen, nach welchen der Käufer innert den angegebenen Grenzen Eigentümer wurde. Das hat aber noch nicht zur Folge, dass der Kläger, seinen guten Glauben vorausgesetzt, in seinem Rechtserwerb zu schützen ist. Denn den Eintragungen in das zurzeit bestehende kantonale Grundbuch kommt gegenüber dem gutgläubigen Dritten keine Grundbuchwirkung zu (§ 191 lit. c EG z. ZGB).

3. Gemäss Art. 192 OR hat der Verkäufer dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entziehe. Dieser Wortlaut des Gesetzes ist aus alt OR Art. 235 übernommen. Er besagt, dass, damit eine Entwehrung vorliegt, dem Käufer, nachdem ihm die Sache übergeben worden ist, etwas entzogen werden muss. Dabei kann es sich aber nur um den Besitz der Sache handeln. Denn das Eigentum an derselben (d. h. am hier streitigen Trottoirgelände) ist nicht auf den Käufer übergegangen, sondern bei der Stadt verblieben, konnte ihm also nicht entzogen werden. Übergegangen ist nur der Besitz der Sache, also ein Entzug nur mit Bezug darauf möglich. Ob dieser Entzug des Besitzes ein vollständiger in dem Sinne sein müsse, dass der Käufer ganz aus der Sache verdrängt wird, oder ob es

genügt, wenn der Dritte ein selbständiges Besitzrecht (Dienstbarkeit) beanspruchen kann und ausübt, kann hier unerörtert gelassen werden, da der Kläger im vollen und uneingeschränkten Besitz und Genuss der Sache sich befindet.

Dass dem Käufer der Besitz der Sache entzogen sein muss, der Verkäufer also nur haftet, wenn die rechtliche Mangelhaftigkeit der Lage, in welche er den Käufer versetzt hat, dahin führt, dass diesem der Besitz der Sache entzogen wird, war schon der Standpunkt des römischen und ihm folgend des gemeinen Rechtes (Windscheid, Lehrbuch § 391). Das OR hat diese Auffassung von den Voraussetzungen der Entwehrung . . . übernommen; nichts deutet darauf hin, dass hierin eine Änderung habe vorgenommen werden wollen. Es hat (OR Art. 242, rev. OR Art. 196) auch den Fall der Beschwerung der verkauften Sache mit einer dinglichen Last der teilweisen Entwehrung gleichgestellt und damit zum Ausdruck gebracht, dass Entwehrung auch dann vorliege, wenn nicht der Besitz und Genuss der ganzen Sache entzogen wird (alt OR 235 und 242, Hafner zu 235 Note 2). Ist aber der Entzug des Besitzes Voraussetzung der Entwehrung, so kann die Entwehrungsklage des Klägers, der sich noch im ungestörten Besitz und Genuss der Sache befindet, so lange nicht gutgeheissen werden, als der gegenwärtige Zustand andauert. Die Klage ist daher zurzeit abzuweisen.

4. Dieses Ergebnis . . . macht die Prüfung der weiteren Einrede der Beklagten, sie könnte nur für einen Drittel des angenommenen Schadens haftbar gemacht werden, gegenstandslos. Der Vorinstanz könnte allerdings darin nicht beigeplichtet werden, dass die Einwendung, das Rechtsbegehren könne dem Kläger nur teilweise zugesprochen werden, nicht noch nach Durchführung des Beweisverfahrens erhoben werden könne. Denn es liegt in dieser Einwendung (im Gegensatz zur Einwendung mehrerer Streitgenossen bei einem unteilbaren Streitgegenstand) keine prozesshindernde, d. h. im Sinne der Prozessordnung

verzögerliche Einrede, sondern die Bestreitung des Umfanges der Klageforderung, welche in jedem Stadium des Prozesses möglich ist und gehört werden muss.

Auch gestützt auf das Zivilrecht könnte wohl ein Solidarschuldverhältnis nicht angenommen werden. Eine einfache Gesellschaft (Gelegenheitsgesellschaft zum Zwecke des Verkaufes der Liegenschaft) kann nicht angenommen werden; denn sie ist die vertragsmässige Verbindung mehrerer Personen und unterscheidet sich dadurch von den durch Rechtssatz entstehenden Gemeinschaften, insbesondere der Erbgemeinschaft. Die Erben K. hatten sich aber nicht zum Zwecke des Erwerbs, der Verwaltung oder des Verkaufes der streitigen Liegenschaft in einer Gesellschaft zusammengefunden, sondern waren als Erben ihres Vaters Eigentümer der Liegenschaft geworden. Ihre Verbindung beruht also nicht auf Vertrag, so dass auch Art. 544 OR nicht anwendbar ist, sondern ist durch Rechtssatz entstanden. Es könnte auch nicht eingewendet werden, dass die Verkäufer dem Käufer eine unteilbare Leistung im Sinne von Art. 70 OR schuldeten, dass aber von den Schuldern einer unteilbaren Leistung jeder einzelne zur ganzen Leistung verpflichtet sei (Art. 70 Abs. 2 OR). Denn an Stelle der unteilbaren Leistung würde im Falle der Guttheissung der Gewährleistungsklage ein auf Geld gerichteter, an sich teilbarer Schadenersatzanspruch treten. Damit erlangt aber jeder Beteiligte seine volle Selbständigkeit (so alt OR Art. 80; v. Tuhr, § 92 II S. 713; Becker zu Art. 70 Bem. 5).

IV. Vor Bundesgericht taten die Parteien das Klügste, was sie tun konnten: sie verglichen sich auf eine mässige Abfindung. Die Wissenschaft freilich ist hierbei leer ausgegangen. Sie hätte gern gehört, wie sich das BG. zu den erörterten Fragen stellt.

Auf das Thema der Gewährleistung im ganzen will ich nicht zurückkommen. Wohl aber möchte ich mich zu der speziellen Frage der Solidarität nochmals zum

Worte melden. Sie lautet: Sind, wenn mehrere gemeinsam einen Gegenstand verkauft haben, bezüglich dessen sie Rechtsmängelgewähr in Geld zu leisten haben, diese mehreren Verkäufer fortan als Teil- oder als Solidarschuldner anzusehen?⁶⁾ Entgegen dem O.G. stimme ich nach wie vor für das letztere.

1. Solidarität unter mehreren Schuldnern entsteht, wenn sie erklären, einer für alle stehen zu wollen (OR 143 Abs. 1). Diese Erklärung kann auch stillschweigend erfolgen, d. h. aus den Umständen sich ergeben. Mir scheint nun ein solcher Umstand schon darin zu liegen, dass der verkaufte Gegenstand ein gemeinschaftlicher ist und dass sie ihn gemeinschaftlich durch einen und denselben Vertrag verkaufen. Auf diesem Gedanken beruht DBGB 427. Dieser fehlt nun zwar im OR. Es sollte aber den schweizerischen Juristen doch zu denken geben, dass, obschon ABGB 891 Korrealität nur da verordnet, wo mehrere sich einer für alle, alle für einen „ausdrücklich verbinden“, die österr. Rechtsprechung Solidarität auch ohne ausdrückliche Absprache überall da anzunehmen geneigt ist, wo der gemeinsame Schuldvertrag eine den Promittenten gemeinsame Angelegenheit betrifft; vgl. OGH. Wien in österr. ZBl. 1933, 398 (gemeinschaftlicher Verkauf einer Sache) und in österr. Richter-Zeitung 1934, 33 (gemeinschaftlich abgeschlossener Werkvertrag über eine auf dem gemeinsamen Grundstück zu errichtende Anlage).

2. Solidarität entsteht ferner in den vom Gesetz vorgesehenen Einzelfällen (OR 143 Abs. 2). Als gesetzliche Regel und als das zu Präsumierende gilt mithin allerdings die Teilschuldnerschaft. Aber die Zahl der verfügbaren Aus-

⁶⁾ Die Frage, wie es diesfalls mit der Sachmängelgewähr stehe, ist eingehend behandelt in der guten Hamburger Dissertation von Wogatzky, Wandlung und Minderung bei Mehrheit von Käufern und Verkäufern (im Buchhandel: Hamb. Rechtsstudien, Heft 10, Hamburg 1931, mit Geleitwort von Reichel).

nahmen ist doch im schweiz. Recht so imponierend⁷⁾, dass man mit Fug fragen darf, ob es sich hierbei wirklich noch um „singuläre“ Ausnahmen oder nicht vielmehr um Ausstrahlungen eines allgemeineren Gedankens handelt. Nimmt man — und mir scheint, mit Grund — letzteres an, so besteht kein Bedenken, statt des gedankenmordenden und fortschrittsfeindlichen arg. e contr. geeignetenfalls lieber den Analogieschluss walten zu lassen. Dies gilt nun insbesondere über das Verhältnis der Zufallsgemeinschaft zur Gesellschaft. An dem oben S. 238 hierüber Gesagten halte ich sonach fest.

Übrigens wäre es irrig zu meinen, die Teilhaber einer Gemeinschaft könnten sich nicht auch ad hoc — z. B. zum Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstückes — zu einer Gelegenheitsgesellschaft zusammenschliessen. Es ist nicht einzusehen, warum Personen, die schon ohnedies in einer gewissen Verbundenheit (z. B. Erbengemeinschaft) leben, dies weniger sollten tun können als mehrere einander bisher wildfremde Menschen. Dass aus Miterben Sozien werden können, zeigt denn auch die Tatsache, dass gar nicht selten die Erben eines Geschäftsmannes sich zu einer Kollektivgesellschaft verbinden und diese ins Handelsregister eintragen lassen.

3. Das eindringlichste Argument aber scheint mir dieses: schulden — was hier der Fall, vgl. ZGB 602 Abs. 2 — mehrere Schuldner eine und dieselbe unteilbare Leistung, so sind sie kraft Gesetzes Solidarschuldner. Dies sagt nicht

⁷⁾ Im Blick auf das DBGB, wo die Dinge ganz ähnlich liegen, bemerkt F. Leonhard, Allg. Schuldrecht 1929 S. 710: „Bei der teilbaren Leistung gilt angeblich als Regel, dass Forderungen und Schulden unter allen geteilt sind (§ 420 DBGB). Aber sie gehört zu den vielen Scheinregeln des Gesetzes. Sie ist wohl hauptsächlich als Überbleibsel aus dem Röm. R. zu erklären. Denn nach unserem Recht wird sie von zahlreichen Ausnahmen durchlöchert und dadurch fast aufgehoben. Für mehrere Gläubiger gilt sie freilich im Wesentlichen, nicht aber für den viel wichtigeren Fall mehrerer Schuldner. Hier hat das Gesetz, um die Gläubiger besser zu schützen, in fast allen Fällen die Gesamthaftung vorgeschrieben.“

nur Sächs. BGB 1037, BDGB 431; ganz das gleiche bestimmt auch alt OR 79, neu OR 70 Abs. 2. Wenn namhafte Autoren (Hafner 2 zu alt OR 80, v. Tuhr, OR S. 713, Becker III zu OR 70) das Gegenteil lehren, so geschieht dies ohne überzeugende Begründung: es treibt hier offenbar noch die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen Korrealität und „blosser“ Solidarität ihr Unwesen — eine Unterscheidung, die für das heutige Recht jeden Sinn verloren hat, da diesem die auf prozessuaalem Gebiet liegenden Eigentümlichkeiten der sog. Korrealität fremd sind (vgl. schon ABGB 891 Satz 3)⁸⁾. Kaum viel besser steht es mit der noch heute vielfach verfochtenen Unterscheidung der Solidarität in „echte“ und „unechte“, wobei (nach Becker) unter ersterer die parteigewollte, unter letzterer die zufällige verstanden werden soll. Über die dogmatische Wertlosigkeit dieser Unterscheidung ist anderwärts das Nötige gesagt⁹⁾; speziell gegen Becker aber sei bemerkt, dass die solidarische Haftung mehrerer Missetäter (OR 50, DBGB 840) gewiss keine gewollte und dennoch eine echte ist. Ja sogar die — theoretisch unanfechtbare — Unterscheidung der Solidarität in gleichgründige und ungleichgründige¹⁰⁾ wird mir hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutsamkeit von Jahr zu Jahr problematischer. Sind nämlich die Rechtssätze über Solidarschuld ausschliesslich auf die gleichgründige Soli-

⁸⁾ Die sog. gesamtzerstörliche Wirkung der Klagerhebung gegen einen der Mitschuldner kann freilich auch heute vorkommen. Es kann nämlich vereinbart werden, Gläubiger solle unter mehreren Schuldnern A, B, C die Wahl haben, die durch einmalige Erklärung ein für allemal vollzogen sein solle. Verklagt er dann den B, so hat er eben damit den B gewählt; A und C werden also frei, und sie bleiben auch dann frei, wenn von B nichts zu erlangen ist. Es handelt sich hier um eine der mehreren Unterarten des Wahlschuldverhältnisses (von denen OR 72, DBGB 262 nur eine herausheben); mit Korrealität oder Solidarität hat diese Figur nichts zu tun.

⁹⁾ Reichel, Schuldmitübernahme 1909 S. 49 ff.; neuerdings vor allem F. Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 732 ff.

¹⁰⁾ So Reichel a. a. O. 57 ff.

darität zugeschnitten, so müssen sie auf die ungleichgründige doch wenigstens sinngemäss angewandt werden (vgl. OR 51). Welcher Jurist aber wird die Menschen in Weisse und Farbige einteilen wollen, wenn und insoweit für beide die gleichen Rechtssätze gelten? Gesetzt aber selbst, die zuletzt berichtete Unterscheidung sei von entscheidendem Gewicht, so würde sie doch für unsere Frage ohne Bedeutung sein; denn wenn mehrere gemeinsam eine Sache verkaufen, so schulden sie samt und sonders aus einem und demselben Rechtsgrunde, nämlich aus dem gemeinsamen Kaufvertrage. Die gleiche Erwägung greift übrigens auch gegenüber der Theorie von der „unechten“ Solidarität Platz.

Die verkaufenden Miterben waren hiernach in Ansehung der Veräusserung und Übergabe des Grundstückes als Solidarschuldner anzusehen. Es fragt sich nun aber, ob vielleicht diese Solidarschuldnerschaft sich nachträglich in eine Teilschuldnerschaft verwandelt hat, insoweit an die Stelle der ursprünglichen unteilbaren Leistung später eine teilbare Leistung, nämlich eine Geldschuld getreten ist. Diese Frage möchte ich mit Bestimmtheit verneinen. Sie war schon im gemeinen Recht streitig (bejahend Dernburg, verneinend Windscheid). Der bejahenden Ansicht folgte Sächs. BGB 1038, alt OR 80, I. Entw. DBGB § 341. § 341 ist jedoch schon von der II. Kommission, Art. 80 ist anlässlich der Revision (vom Nationalrat) gestrichen worden. Und dies mit Recht (v. Tuhr, OR S. 713). Denn die „Verwandlungstheorie“ führt zu offenbar höchst seltsamen Ergebnissen. Zweifelhaft mag schon die Frage sein, nach welchem Schlüssel die Schuld zu verteilen sei: ob mechanisch nach Kopfteilen, oder ob nach Massgabe des Anteils, der den einzelnen Schuldner am Leistungsgegenstand zusteht. Beispiel: A, B, C, die den Erblasser zu $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{4}$ beerbt haben, verkaufen eine Nachlasssache: kann der Käufer seinen Gewährleistungsanspruch gegen B zu $\frac{1}{3}$ oder nur $\frac{1}{4}$ erheben? Geradezu grotesk wirkt sich aber die Teilschuldnerschaft dann aus, wenn die

Verwandlung der Schuld in eine teilbare auf dem Verschulden eines, mehrerer oder aller Schuldner beruht; Beispiel: fahrlässige Zerstörung der geschuldeten Sache. Soll hier jeder Schuldige nur nach Massgabe seines Kopftheils ($\frac{1}{3}$) für den Schaden haften? Wäre dies zu bejahen, so wäre der Gläubiger in jedem Fall übel daran: bei Alleinschuld eines Mitschuldners könnte er de iure von diesem nur dessen Kopfteil, von den übrigen aber gar nichts verlangen; bei Verschulden aller aber wäre er faktisch dem Zufall ausgeliefert, dass nicht alle zahlungsfähig sind. Die Absurdität dieser Folgerung zeigt, dass die Prämisse nicht stimmen kann. Selbstverständlich ist vielmehr, dass jeder, der den Schaden schuldhaft verursacht oder mitverursacht hat, für den vollen Schaden zu stehen hat, mehrere Schuldige mithin als Solidarschuldner für ihn einzutreten haben — nicht anders als mehrere Teilnehmer einer Missetat (OR 50).
