

dass er als solcher seine Informationen einseitig aus dem Kreise derjenigen Personen erhalten hatte, von denen der Widerstand gegen das nach allem nachher Festgestellten sachlich wohlbegründete Bevormundungsbegehren ausging, und dass er in seinem Urteil notwendig durch das ihm von Dr. Brand vorgelegte Privatgutachten des Dr. Walker beeinflusst sein musste, so erscheint es durchaus erklärlich, wenn er an die Unterredung mit Frl. Isler von vorneherein mit einer gewissen Voreingenommenheit herantrat und ihm infolge dieser optimistischen Stimmung deren Zustand günstiger vorkommen mochte als er in Wirklichkeit war. Es bleibt daher als auffallendes Moment nur das Zeugnis des Irrenarztes Dr. Walker, der wie bereits angedeutet auf Veranlassung des Fürsprechers Dr. Brand im Sommer 1910 die Erblasserin auf ihren Zustand und den Besitz der für die Testierfähigkeit erforderlichen Eigenschaften untersuchte und sich darüber in bejahendem Sinne aussprach. Dieses Zeugnis muss indessen schon deshalb ausser Betracht fallen, weil ihm die Vorinstanz als einem reinen Privatgutachten, das zudem auf unvollständigen und einseitigen Informationen beruhe und vom Gutachter selbst nur unter allem Vorbehalt abgegeben worden sei, die Beweiskraft abgesprochen hat, bei welcher Beweiswürdigung es für das Bundesgericht sein Bewenden haben muss. Im übrigen hat auch Dr. Walker die Erblasserin nicht als normal bezeichnet, sondern selbst eine Reihe geistiger Defekte konstatiert. Eine Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und den gerichtlichen Experten besteht nur über den Grad der Intensität dieser Störungen. Es ist daher durchaus nicht ausgeschlossen, dass auch er, wenn ihm dasselbe umfangreiche Material für die Untersuchung der Kranken zu Gebote gestanden hätte wie den gerichtlichen Experten zu einem anderen Schlusse gekommen wäre, wie er denn als Zeuge vor Gericht diese Möglichkeit selbst nicht in Abrede gestellt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung der Beklagten Lina, Walter, Karoline und Martha Seiler wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 1. Dezember 1917 ihnen gegenüber bestätigt. Die Berufung der Kläger wird dahin gutgeheissen, dass die Klage auch gegenüber den Beklagten Fürsprech Dr. Brand und Notar Brand gutgeheissen wird.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. April 1918 i. S. Zimmermann gegen Zürcher.

Hypothekarische Schuldübernahme. Kommt eine solche dadurch zu Stande, dass der Gläubiger, obschon er erklärt hat, den Veräusserer des Unterpfandes als persönlichen Schuldner beibehalten zu wollen, den Erwerber auf Pfandverwertung betreibt und dieser sich betreiben lässt ?

A. — Durch Kaufvertrag vom 21. August 1911, gefertigt am 30. Mai 1912 verkaufte der Kläger Johann Zimmermann in Neuegg dem Beklagten Albert Zürcher in Zug die Liegenschaft Hinterwyden in Unterägeri und liess sich von ihm auf dieser für einen Teil des Kaufpreises eine Grundpfandverschreibung errichten. In der Folge verkaufte der Beklagte das Grundstück unter Ueberbindung sämtlicher darauf lastender Kapitalien an J. Trinkler in Menzingen weiter. Mit Anzeige vom 7. März 1913 setzte das Grundbuchamt Zug den Kläger vor der erfolgten Handänderung und der zwischen den Kaufkontrahenten verabredeten Schuldübernahme in Kenntnis. Dieser teilte jedoch dem Beklagten am

7. Juni mit, dass er ihn als persönlichen Schuldner seiner Grundpfandforderung beibehalten wolle.

Mit Zahlungsbefehl Nr. 96 des Betreibungsamtes Unterägeri vom 26. März 1914 betrieb der Kläger den Trinkler für den noch nicht abbezahlten Betrag der Hypothekarforderung (Fr. 6000 Kapital nebst Zins zu $4\frac{1}{2}\%$ seit 13. September 1913) auf Grundpfandverwertung. Der Betriebene unterliess es, Recht vorzuschlagen, obschon die in Betreibung gesetzte Forderung noch nicht fällig war, und das Betreibungsverfahren nahm daher seinen Fortgang. Die zweite Steigerung der Liegenschaft wurde auf den 15. April 1915 angesetzt. Zwei Tage vorher gab der Kläger dem Beklagten davon Kenntnis und forderte ihn zur Wahrnehmung seiner Interessen auf. An der Gant kam die Forderung des Klägers gänzlich zu Verlust und es wurde ihm, obschon die Betreibung, wie aus einer bei den Akten liegenden Bescheinigung des Betreibungsamtes Unterägeri erhellt, auf Pfandverwertung gegangen war, ein Pfändungsverlustschein für 6438 Fr. 45 Cts. ausgestellt.

Mit der vorliegenden Klage belangt nunmehr der Kläger den Beklagten auf Bezahlung dieses Pfandausfalls von 6438 Fr. 45 Cts. nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 1915. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Obergericht des Kantons Zug durch Urteil vom 1. Dezember 1917.

B. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Klägers mit dem Antrage auf Guttheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Es ist im vorliegenden Falle davon auszugehen, dass der Kläger die ihm vom Grundbuchverwalter namens des neuen Erwerbers gemachte Offerte zum Abschluss eines Schuldübernahmevertrages abgelehnt hat, woraus folgt, dass der Veräusserer Schuldner des Klägers geblieben

ist. Dieser hat sich nach wie vor an ihn zu halten ; es fehlt ihm an jedem Rechtstitel, den Erwerber zu belangen. Durch die vom Gläubiger erklärte Ablehnung wird jedoch keine unabänderliche Rechtslage geschaffen, in der Weise, dass nunmehr das Zustandekommen der Schuldübernahme schlechthin ausgeschlossen würde, vielmehr kann der Schuldnerwechsel nachträglich doch herbeigeführt werden, sei es, dass der Gläubiger seinerseits dem Erwerber den Abschluss eines Sukzessionsvertrages offeriert, sei es, dass er eine von diesem erneuerte Offerte akzeptiert. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts kann der Abschluss des Sukzessionsvertrages auch durch konkludente Handlungen der Parteien erfolgen. Es fragt sich nun, ob nicht in diesem Sinne ein Schuldnerwechsel dadurch zustande gekommen ist, dass der Kläger gegen den Beklagten Grundpfandbetreibung angehoben und dieser seiner Behandlung als Schuldner durch Unterlassung des Rechtsvorschlages zugestimmt hat. Entgegen der Auffassung des Beklagten muss diese Frage bejaht werden. Damit dass der Kläger dem Trinkler einen Zahlungsbefehl auf Grundpfandverwertung hat zustellen lassen, in dem dieser als Schuldner bezeichnet war, hat er nicht nur, wie der Beklagte geltend macht, die Zwangsvollstreckung in das Pfand sondern auch in das übrige Vermögen des Trinkler verlangt; denn für den Fall, dass der Pfanderlös zu seiner vollen Befriedigung nicht ausreichen sollte, wird dem Gläubiger ein Pfandausfallschein ausgestellt, gestützt auf den er für den ungedeckten Teil seiner Forderung das Pfändungs- bzw. Konkursbegehren stellen und somit die Exekution in das ganze beschlagsfähige Vermögen des Betriebenen fortsetzen kann, ohne dass ein neues Einleitungsverfahren notwendig ist (Art. 158 SchKG). Hätte der Kläger, wie er behauptet, gegenüber Trinkler nur die dingliche Haftung in Anspruch nehmen wollen, so hätte er den Beklagten betreiben müssen. Dem Trinkler wäre allerdings von Amtes wegen ein Doppel des Zahlungsbefehls

zugestellt worden, damit er, weil das ihm gehörende Pfand in erster Linie das Vollstreckungssubstrat bildete, Bestand, Höhe und Fälligkeit der Forderung sowie den Bestand des Pfandrechtes bestreiten könne; der Pfandausfallschein hätte jedoch auf den Beklagten lauten müssen, und es hätte sich die Exekution für den Ausfall gegen sein Vermögen gerichtet, weil sich die Haftung des Dritteigentümers des Pfandes auf dieses beschränkt (AS 41 III S. 258 ff.; 42 III S. 5 ff.; S. 247 ff.; S. 318 ff.). Hat demnach der Kläger das Betreibungsverfahren so angelegt, dass ihm im Falle der Insuffizienz des Pfandes für den Ausfall der Zugriff auf das übrige Vermögen des Trinkler offen stand, während es ihm andererseits in dem von ihm eingeschlagenen Verfahren an der rechtlichen Möglichkeit gebrach, hiefür den Beklagten zu belangen, so hat er damit den Trinkler als persönlichen Schuldner ins Recht gefasst; denn der Gläubiger einer Grundpfandverschreibung oder eines Schuldbriefes kann nur gegen denjenigen Pfandbetreibung anheben, den er als seinen persönlichen Schuldner betrachtet. Dass Trinkler seiner Zeit diese Auffassung teilte, erhellt daraus, dass er es unterlassen hat, gegen dieses Vorgehen Einwendungen zu erheben. Hat aber der Kläger nach dem Gesagten den Trinkler als persönlichen Schuldner behandelt und hat sich dieser als solcher behandeln lassen, so ist durch diese konkludenten Handlungen beider der seinerzeit vom Kläger abgelehnte Schuldübernahmevertrag doch zu Stande gekommen. Dass der Kläger, wie er behauptet, mit der Anhebung der Betreibung gegen den Erwerber Trinkler den Beklagten nicht als Schuldner hat entlassen wollen, ist rechtlich ohne Bedeutung; da es sich bei der hypothekarischen Schuldübernahme um eine befreiende Schuldübernahme handelt, wird der alte Schuldner von Rechts wegen mit dem Momente befreit, wo der Gläubiger den Erwerber als Schuldner annimmt.

Die Unrichtigkeit der gegenteiligen Auffassung ergibt sich auch aus den rechtlichen Folgen, die sie für die recht-

liche Stellung des alten Schuldners hätte. Blicke der Veräusserer als Schuldner behaftet, trotzdem der Gläubiger gegen den neuen Erwerber die Grundpfandbetreibung anhebt und durchführt, so könnte der Gläubiger auf diesem Wege die Exekution in einer Betreibung erreichen, in der der Schuldner gar nicht Partei ist. Nicht nur wäre damit der Schuldner ausser Stande gesetzt, gegen die Durchführung der Grundpfandbetreibung Rechtsvorschlag zu erheben, wie dies gerade der streitige Fall zeigt, wo der Kläger die Verwertung des Unterpandes für eine gar nicht fällige Forderung erwirkte, sondern es wäre sogar die betreibungsrechtliche Versteigerung des Unterpandes möglich, ohne dass der Pfandschuldner davon überhaupt Kenntnis erhielt. Dass im vorliegenden Falle der Kläger einige Tage vor der Versteigerung dem Beklagten davon Kenntnis gab, ist rechtlich ohne Bedeutung, denn auch so ist der Beklagte der zu Gunsten des Grundpfandschuldners angesetzten Fristen (Art. 152 Ziff. 1 und 154 SchKG) verlustig gegangen und durch das Vorgehen des Klägers in die Lage versetzt worden, entweder binnen wenigen Tagen die nicht fällige Forderung des Klägers durch Zahlung zu tilgen, oder die Verwertung des Unterpandes vor sich gehen zu lassen. Dies alles steht aber im Widerspruch mit zwingenden Bestimmungen des Schuldbetreibungsrechts.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen.