

30. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. März 1934
i. S. Haus gegen Graber.

Subrogation.

Der vom Grundpfandgläubiger beibehaltene persönliche Schuldner, der das Grundstück unter Überbindung der Schuldpflicht veräussert hat, tritt im Umfang seiner Zahlungen in die Gläubigerrechte ein. Das auf ihn übergehende Pfandrecht steht indessen dem des Gläubigers für die allfällige Restforderung nach.

Ausfüllen einer Lücke des Gesetzes durch den Richter.

A. — Auf der Liegenschaft « zum grossen Erker » an der Münstergasse 22 in Zürich, die früher dem Beklagten Fritz Graber gehörte und zufolge Kaufvertrages vom 19. Oktober 1929 am 28. gleichen Monats an Karl Ernst übergang, lastet im I. Range ein Schuldbrief von 150,000 Fr., der zu 5 $\frac{1}{4}$ % p. a. halbjährlich (je am 1. Januar und am 1. Juli mit 3937 Fr. 50 Cts.) zu verzinsen ist. Diesen Schuldbrief übernahm der Käufer auf Anrechnung an den Kaufpreis zur Verzinsung und Abzahlung ab 1. November 1929, die Schuldbriefgläubigerin behielt aber binnen gesetzlicher Frist den Verkäufer als Schuldner bei, und sie stellte auch in der Folge die Quittungen für mehrere Zinsen, die der Käufer bezahlte, jeweils auf den Namen des beibehaltenen Verkäufers aus. Die Zinsen per 1. Juli 1932 und per 1. Januar 1933 musste der Verkäufer selber bezahlen, da der Käufer und Schuldübernehmer seiner Zahlungspflicht nicht nachkam. Darauf betrieb er diesen am 27. Juli 1932 und am 11. Januar 1933 je für den ausgelegten Halbjahreszins von 3937 Fr. 50 Cts. mit Verzugszins zu 6 % seit dem Verfalltag. Die Betreibungen blieben unbestritten, und als inzwischen in mehreren bereits von

anderer Seite gegen Ernst angehobenen Betreibungen die Verwertung der Liegenschaft « zum grossen Erker » angeordnet wurde, meldete Graber die erwähnten Forderungen mit Verzugszinsen und Betreibungskosten unter Beanspruchung des Pfandrechtes im ersten Range zur Aufnahme in das Lastenverzeichnis an. Das Betreibungsamt entsprach diesem Begehren, doch bestritt nun Robert Haus, der einen am 12. April 1930 im achten Rang auf der betreffenden Liegenschaft errichteten Schuldbrief zu Faustpfand besitzt, das von Graber geltend gemachte Pfandrecht, und Haus leitete dann auch fristgerecht gegen Graber die vorliegende Klage ein, mit der er beantragt, das vom Beklagten beanspruchte Pfandrecht sei als unbegründet zu erklären, und dessen Forderungen seien demzufolge aus dem Lastenverzeichnis zu streichen. Der Beklagte hielt am Pfandanspruch fest und beantragte Abweisung der Klage.

B. — Während der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren die Klage guthiess und die Streichung der vom Beklagten eingegebenen Forderungen im Lastenverzeichnis anordnete — mit der Begründung, es liege weder eine Zession vor, die Graber das beanspruchte Pfandrecht hätte verschaffen können, noch sei ein Fall gesetzlicher Subrogation in die Gläubigerrechte gegeben —, wies das Obergericht mit Urteil vom 24. August 1933 die Klage ab und erkannte demgemäss dem Beklagten das streitige Pfandrecht zu, immerhin für die Verzugszinsen nur zu 5 $\frac{1}{4}$ % und nur je seit Anhebung der Betreibung. Das Obergericht stützt sich in erster Linie auf die bis auf das Jahr 1856 zurück zu verfolgende ständige zürcherische Rechtsprechung, wonach der vom Gläubiger beibehaltene Altschuldner im Umfange der von ihm geleisteten Zahlungen in die Gläubigerrechte, namentlich das Pfandrecht, eintritt. Obwohl die Bestimmungen des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, auf die sich diese Rechtsprechung ursprünglich stützte, bei der Revision des Gesetzbuches nicht übernommen wurden, entschied man auch später

im gleichen Sinne, indem man den Art. 126 des schweizerischen Obligationenrechtes von 1881 analog anwendete (Urteil des zürcherischen Obergerichtes vom 21. Mai 1901 : Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 20, 267 ff.). Die Vorinstanz hält dafür, dass heute der Rechtszustand nicht geändert habe, da Art. 110 des neuen Obligationenrechtes materiell den Vorschriften des frühern Art. 126 entspreche. Zudem verweist die Vorinstanz auf den Gang der Beratung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, wonach, wenn man weder Art. 110 OR noch eine andere Subrogationsbestimmung anwenden wollte, eine Lücke des Gesetzes angenommen werden müsste. Dabei müsste im gleichen Sinne entschieden werden. « Denn wenn der Verkäufer eines Grundstückes für eine Pfandschuld persönlicher Schuldner geblieben ist, weil der Gläubiger der mit dem Käufer vereinbarten Schuldübernahme nicht zustimmt und jener infolge des Unvermögens des Übernehmers, ihn von der Schuld zu befreien, diese bezahlen muss, so entspricht es einem Gebot der Gerechtigkeit, wenn angenommen wird, dass in diesem gleich wie in andern vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen die Leistung das Forderungsrecht nicht tilge, sondern nur das Ausscheiden des Gläubigers aus dem Schuldverhältnis bewirke, um den Zahlenden an seine Stelle treten zu lassen (vgl. auch CROME, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. II § 201). Der Grund hiefür liegt darin, dass der frühere Eigentümer des Grundstückes eine ihm im Verhältnis zum Käufer fremde, weil von diesem übernommene Schuld beglichen hat. Er soll deshalb gegenüber dem Käufer nicht auf die unversicherte Regressforderung aus dem Schuldübernahmevertrag beschränkt, sondern berechtigt sein, die für die von ihm bezahlte Schuld bestehende Pfandsicherung in Anspruch zu nehmen. Damit geschieht niemand ein Unrecht. Dem Gläubiger der bezahlten Forderung nicht, weil die Übertragung des Forderungsrechtes gemäss Art. 827 des ZGB ebenfalls stattfände, wenn der Grundeigentümer die Forderung

ablösen würde ; dem Eigentümer der Liegenschaft nicht, weil er als Schuldübernehmer nicht beanspruchen kann, dass der zahlende frühere Eigentümer ihm gegenüber schlechter gestellt sei, als der Schuldbriefgläubiger ; den nachgehenden Grundpfandgläubigern nicht, weil sie ohnehin damit rechnen müssen, dass das Unterpfand für die bezahlte Forderung im Rahmen des Art. 818 des ZGB in Anspruch genommen werde. »

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Er erneuert das Klagebegehren, dem er den Eventualantrag beifügt, es sei den Forderungen des Beklagten, falls die Eintragung im Lastenverzeichnis geschützt werden sollte, der letzte Rang, hinter sämtlichen Schuldbriefen, zuzuweisen.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — In der Regel erlischt durch die Erfüllung der Schuldpflicht die Forderung und erlöschen mit ihr die dafür bestellten Nebenrechte wie namentlich Bürgschaften und Pfandrechte (Art. 114 OR). Im Grundpfandrecht gilt vorab insofern etwas Abweichendes, als das Grundpfand erst mit der Löschung des Grundbucheintrages (oder mit dem vollständigen Untergang des Grundstückes) untergeht, wobei der Schuldner nach Erlöschen der Forderung vom Gläubiger die Bewilligung zur Löschung des Pfandrechtes verlangen kann (Art. 801 und 826 ZGB). Bei Schuldbrief und Gült ist zudem auch die Forderung derart verselbständigt, dass der gänzlich abbezahlte Pfandtitel dem Schuldner auf Verlangen unentkräftet herauszugeben ist, so dass er ihn dann weiterbegeben kann (Art. 873 ZGB). Daraus lässt sich indessen nichts herleiten für die Rechtsstellung des Schuldbriefschuldners gegenüber einem Dritten, der die Schuldpflicht durch Vertrag mit ihm übernommen hat, ohne dass die Schuldübernahme auch dem Gläubiger gegenüber zustandegekommen wäre.

2. — Das Grundpfandrecht selbst enthält in Art. 827 ZGB eine Subrogationsbestimmung zu Gunsten des nicht persönlich verpflichteten Eigentümers des Grundstückes. Darüber hinaus kommen die weitergehenden Bestimmungen von Art. 110 OR in Betracht, wonach ein Dritter, der den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt, in entsprechendem Umfange in dessen Rechte eintritt :

« 1. wenn er eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht ;

2. wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, dass der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll. »

Entgegen von TUHR, OR S. 433, der den Art. 827 ZGB als eine Spezialbestimmung ansieht, die die Subrogation für das Gebiet des Grundpfandrechtes erschöpfend ordnet, und BECKER (zu Art. 110 OR, N. 4), der sich auf ein Urteil des Bundesgerichtes beruft, das den Rechtszustand vor Inkrafttreten des schweizerischen ZGB betraf, als das Grundpfandrecht überhaupt noch nicht bundesrechtlich geordnet war, finden die Bestimmungen von Art. 110 OR uneingeschränkt auch auf Grundpfandrechte Anwendung ; denn Art. 827 ZGB will nur das Ablösungsrecht des Dritteigentümers des Grundstückes noch besonders hervorheben, nicht aber Art. 110 OR, der kraft Art. 7 ZGB allgemeine Grundsätze des schweizerischen Zivilrechtes enthält, ausschalten, und es wäre für eine solche Einschränkung des Anwendungsgebietes von Art. 110 OR auch schlechterdings kein Grund ersichtlich (Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen ZGB, S. 240/41).

Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass Art. 110 OR gegenüber Art. 126 aOR keine Einschränkung des Subrogationsrechtes gebracht hat. Ziffer 1 von Art. 110, die an die Stelle der Ziffern 1 und 2 des frühern Art. 126 getreten ist, lautet zwar in einer Beziehung enger, indem allgemein nur von der Einlösung einer für eine fremde Schuld verpfändeten Sache die Rede ist, während dieses Erfordernis nach dem frühern Texte nur für den Fall der

Bezahlung durch den Eigentümer der Pfandsache, nicht auch für den Fall der Bezahlung durch einen Pfandgläubiger aufgestellt war. Mit der Zusammenfassung der beiden Fälle in die geltende Ziffer 1 war aber nur eine Textvereinfachung (die freilich unglücklich ausgefallen ist) und keine materielle Einschränkung bezweckt; das neue Recht enthält gegenteils gegenüber dem frühern eine Erweiterung, indem nun jeder Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes und nicht nur ein Pfandgläubiger entsprechend seiner Zahlung in die Gläubigerrechte eintritt (vgl. das stenographische Bulletin des Nationalrates von 1909, Seiten 530 und 535; v. TUHR, OR S. 433 N. 49; OSER-SCHÖNENBERGER, zu Art. 110 N. 16; Roos, Subrogation, S. 17 und 67).

3. — Auf den vorliegenden Fall trifft aber Art. 110 OR nicht zu, schon deshalb nicht, weil als «Dritter» im Sinne von Art. 110 nur eine Person zu verstehen ist, die nicht in irgendeiner Eigenschaft in die Obligation verstrickt ist (BGE 53 II S. 29), was für den Beklagten, der als beibehaltener Schuldner und nicht als intervenierender Dritter bezahlt hat, augenscheinlich nicht gilt. Auch ein anderer vom Gesetze vorgesehener Subrogationsfall ist nicht gegeben, speziell nicht der des zahlenden Solidarschuldners, der im Umfange seines Rückgriffsrechtes ebenfalls in die Gläubigerrechte eintritt (Art. 149 OR); denn der Beklagte ist kraft der Erklärung der Gläubigerin einziger Schuldner geblieben und es ist zwischen der «Vita» und dem (internen) Schuldübernehmer Ernst kein Schuldverhältnis zustande gekommen, so dass auch nicht von Solidarschuldnerschaft des Ernst mit dem Beklagten gesprochen werden kann. Ebensowenig lässt sich der Beklagte als Bürge und Ernst als Hauptschuldner bezeichnen, wobei jenem ein Übergang der Gläubigerrechte nach Art. 505 OR zustände.

Eine Bestimmung entsprechend § 1164 des deutschen BGB, der den Übergang der Hypothek an den zahlenden persönlichen Schuldner, soweit er vom Eigentümer oder

von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, ausdrücklich vorsieht, fehlt im schweizerischen Recht. Es fragt sich nun, ob daraus zu folgern sei, es entspreche der schweizerischen Zivilgesetzgebung, dass in diesem Falle **kein** Übergang der Gläubigerrechte stattfindet.

Die Frage ist umstritten und bisher vom Bundesgericht nicht entschieden worden (vgl. immerhin BGE 55 III 115). Die streitige Subrogation wird von Eugen Huber aus dem Gedanken des Art. 126 Ziff. 1 aOR (= Art. 110 Ziff. 1 nOR) heraus bejaht, wie es auch der Auffassung der vorberatenden Kommission entsprach: « Ist der Eigentümer dem Schuldner regresspflichtig, so muss gewiss aus der gleichen Überlegung (scil. die der erwähnten Bestimmung des OR zugrunde liegt) auch dem Schuldner der Eintritt in das Pfandrecht im Umfang seines Forderungsrechtes gesichert sein, sobald er den Gläubiger befriedigt, und wir hatten denn auch in diesem Sinne dem ersten Entwurf noch eine Bestimmung angefügt, die aber, da sie, soweit sie am Platze ist, aus der Regel des zitierten Art. 126 ohne weiteres abgeleitet werden kann, in den Kommissionsberatungen gestrichen worden ist. » (Erläuterungen, 2. Aufl., 2. Bd., S. 240/41; jene aus dem genannten Grunde gestrichene Bestimmung war in einem dritten Absatz von Art. 916 des dritten « Teilentwurfes », betreffend das Grundpfand, enthalten, vgl. die Bemerkungen dazu, S. 107.) Auch BECKER (zu Art. 175 OR, N. 4) bejaht die Subrogation für den streitigen Fall, indem er ohne nähere Begründung auf die frühere zürcherische Rechtsprechung hinweist. Andererseits wird diese Subrogation von den Kommentatoren des Sachenrechtes abgelehnt (WIELAND, zu Art. 827 ZGB N. 3; LEEMANN, dazu N. 23), die hervorheben, dass die Forderung durch die vom Schuldner selber bewirkte Zahlung untergehe, wobei ein Übergang des Pfandrechtes auf die von der getilgten Forderung verschiedene Ersatz- (Rückgriffs-) Forderung ausgeschlossen sei.

4. — Der in den « Erläuterungen » ausgesprochenen Ansicht, ein Übergang der Gläubigerrechte lasse sich für

den in Rede stehenden Fall « ohne weiteres » aus der Regel von Art. 110 Ziff. 1 OR « ableiten », kann nicht beige pflichtet werden ; denn es handelt sich um einen von dem dort vorgesehenen durchaus verschiedenen Tatbestand. Auch eine « analoge » Anwendung erscheint als ausgeschlossen. Die Subrogationsbestimmungen sind Spezialnormen, die nach zwei Richtungen hin eine Abweichung vom allgemeinen Recht begründen : eine Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Forderung durch die Tilgung untergeht, wie auch von der Regel, dass ein Übergang von Rechten im allgemeinen einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des bisherigen Rechtsträgers bedarf. Daher ginge es keineswegs an, aus der dem Art. 110 Ziff. 1 OR zugrunde liegenden Ratio, dem besondern Interventionsinteresse des Eigentümers der Pfandsache sowie des Inhabers eines beschränkten dinglichen Rechtes daran, zu schliessen, die Subrogation müsse auch in andern Fällen stattfinden, wo ein Interventionsinteresse des Zahlenden vorliegt (etwa im Sinne der allgemeinen Bestimmung von § 268 des deutschen BGB). Auch kann die in den « Erläuterungen » ausgesprochene Ansicht nicht einfach deshalb als verbindlicher Wille des Gesetzgebers erachtet werden, weil die gesetzgebenden Behörden, deren Mitglieder die « Erläuterungen » zur Hand hatten, nicht gegen diese Ansicht Stellung nahmen. Denn als Gesetzeswille hat nur das zu gelten, was als Gesetz beschlossen worden ist (vgl. BGE 56 II S. 74/75). Allein der Richter hat das Gesetz seinem Sinn und Geist gemäss anzuwenden und namentlich auch darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit es überhaupt eine abschliessende Ordnung aufgestellt haben will. Nun ist die schweizerische Zivilgesetzgebung keineswegs darauf gerichtet, alle Rechtsverhältnisse lückenlos zu regeln und den mit der Rechtsanwendung betrauten Behörden, insbesondere den Gerichten, für jeden Tatbestand eine Entscheidungsnorm vorzuschreiben. Vielmehr ist dem Gesetze für manche Tatbestände keine zutreffende oder doch keine erschöpfende Norm zu entnehmen, so dass es dem

Richter obliegt, das Recht gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zu finden oder zu ergänzen. Und zwar ist eine solche durch die Rechtsprechung auszufüllende Gesetzeslücke nicht nur dann vorhanden, wenn sich ein Tatbestand schlechterdings unter keine gesetzliche Bestimmung bringen lässt, sondern auch, wenn dies an sich möglich wäre, die Anwendung der Bestimmung auf den betreffenden Fall aber nach dem Sinn, Gehalt und Zusammenhang der gesetzlichen Ordnung nicht dem wahren Willen des Gesetzes entsprechen kann. Trifft dies zu, so ist nicht von blossen ausserhalb der gesetzlichen Ordnung liegenden Billigkeitserwägungen die Rede, die freilich gegenüber einem klaren und entschiedenen Gesetzeswillen nicht berücksichtigt werden dürften, sondern dann handelt es sich um den wirklichen Rechtsinhalt, den der Richter aufzufinden und zur Geltung zu bringen hat. Dabei ist bereits ausgesprochen worden, dass sich der Richter nicht nur bei der Ausfüllung einer festgestellten Gesetzeslücke, sondern auch schon bei der Prüfung der Frage nach dem Vorhandensein einer solchen von gesetzgebungspolitischen Erwägungen leiten lassen soll (BGE 51 II S. 430 ; vgl. ferner EGGER, Kommentar zum ZGB, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., zu Art. 1 N. 21, und dort zitierte weitere Entscheidungen), und unter diesem Gesichtspunkt sind auch die sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Tendenzen der Gesetzgebung von Belang.

5. — Vorliegend weist nun einerseits der Gang der Gesetzesberatung auf eine Lücke hin, und zudem ist die Anerkennung des streitigen Subrogationsfalles, wie die Vorinstanz richtig bemerkt (vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichtes von St. Gallen in der Schweiz. Juristenzeitung 24, S. 29), ein Gebot der Gerechtigkeit. In der Tat hat ja der Gesetzgeber von der Aufstellung einer entsprechenden weitem Subrogationsbestimmung gerade in der Meinung abgesehen, die bestehenden Bestimmungen böten dem Richter bereits eine genügende Handhabe, um in einem Fall wie dem vorliegenden einen Übergang der

Gläubigerrechte auf den Zahlenden anzunehmen. Und wenn man sich Sinn und Tragweite der im Gesetze enthaltenen Subrogationsnormen vor Augen hält, so drängt sich die in Rede stehende Ergänzung als unabweislich auf. Hiezu würde freilich die Erwägung, dass der Wegfall der Pfandbelastung eine unverdiente Begünstigung der Schuldübernehmers darstellt, nicht ausreichen; denn der Schuldübernehmer wird ebenso durch die Zahlung eines unbeteiligten (und nicht gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR interessierten) Dritten entlastet, wobei von einer Subrogation nicht die Rede sein kann, sofern nicht die Erklärung des Schuldners gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR dazutritt. Allein der vom Gläubiger beibehaltene Schuldner ist eben kein unbeteiligter Dritter. Mit Rücksicht auf seine Schuldpflicht hat er zur Befriedigung des Gläubigers sogar noch eine dringendere Veranlassung als sie bei einem blossen Interventionsinteresse gegeben wäre. Wenn Art. 110 OR nur den Übergang der Gläubigerrechte an einen in bestimmter Weise interessierten oder vom Schuldner bezeichneten Dritten vorsieht, und nicht auch an den Schuldner selbst, so deshalb, weil der Schuldner in aller Regel derjenige ist, auf dem die Schuldpflicht in letzter Linie lastet, und der nicht seinerseits noch auf einen Dritten zurückgreifen kann. Ist dies aber ausnahmsweise der Fall, wie hier, so ist nicht einzusehen, weshalb er nicht ebensogut wie z.B. ein vor- oder nachgehender Pfandgläubiger oder ein Inhaber eines andern dinglichen Rechtes oder endlich wie ein rückgriffsberechtigter Solidarschuldner entsprechend seiner Zahlung sollte in die Gläubigerrechte, speziell das für die Schuld bestellte Pfandrecht, eintreten können. Der Einwand des Berufungsklägers, vor dem Verkaufe des Grundstückes an Ernst habe der Beklagte keine Pfandsicherheit zu seiner Deckung gehabt, somit brauche ihm auch jetzt keine solche zugestanden zu werden, geht völlig fehl; denn damals war der Beklagte eben noch Eigentümer des Grundstückes, das er inzwischen unter Anrechnung der Aufhaftungen an den Kaufpreis auf Ernst übertragen hat,

so dass im internen Verhältnis nicht mehr er, sondern Ernst zur Verzinsung und Abzahlung der Aufhaftungen verpflichtet ist. Da die Parteien des Kaufvertrages trotz der Erklärung der « Vita », den Beklagten als persönlichen Schuldner beibehalten zu wollen, an ihrer Vereinbarung nichts geändert haben, steht der « Vita » die Annahme des Schuldübernehmers jederzeit noch offen. Dabei liegt es durchaus im Sinne des Schuldübernahmevertrages, dass im Umfange der Befriedigung des Gläubigers durch den beibehaltenen Schuldner der Schuldübernehmer mitsamt der Pfandhaftung gegenüber jenem in das Schuldverhältnis eintritt ; denn dadurch wird für ihn die Rechtsstellung herbeigeführt, in die er ohnehin gekommen wäre, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme nicht abgelehnt oder wenn er sie nachträglich noch anerkannt hätte, mit dem blossen Unterschiede, dass nun der Verkäufer Pfandgläubiger geworden ist, was aber selbstverständlich dem Schuldübernehmer, der es durch Versäumung seiner Befreiungspflicht dazu hat kommen lassen, keine Einwendung zu geben vermag. Aber auch den nachgehenden Pfandgläubigern, sowie Kreditgebern, denen der jetzige Eigentümer ein (nachgehendes) Pfandrecht einräumen will und die ein Interesse daran haben, die vorgehenden Belastungen samt aufhaftenden rückständigen Zinsen im Rahmen von Art. 818 ZGB zu kennen, geschieht mit diesem Erwerb der Gläubigerstellung durch den zahlenden Altschuldner kein Unrecht ; wie die Vorinstanz mit Recht erklärt, müssen sie damit rechnen, dass das Unterpfand im Rahmen der soeben erwähnten Bestimmung für Zinsen in Anspruch genommen wird. Auch kann nicht eingewendet werden, sie könnten durch Erkundigung beim Gläubiger darüber unrichtig orientiert werden, indem dessen Erklärung, die Zinsen seien bezahlt, sie zur Annahme verleiten würde, das Unterpfand sei entsprechend entlastet ; vielmehr ist solchen Kreditgebern zuzumuten, sich auch darüber zu erkundigen, wer gegebenenfalls die Zinsen bezahlt hat, und wenn es nicht der Eigentümer des Unterpfandes selbst ist,

werden sie mit einer Subrogation und also einem Fortbestand der betreffenden Pfandbelastung rechnen müssen. Das gleiche gilt für einen weitem Erwerber des belasteten Grundstückes. Und was endlich die Rechtsstellung des Pfandgläubigers anbetrifft, so wird allen denjenigen Interessenten, auf deren Wahrung er Anspruch hat, dadurch Rechnung getragen, dass das übergehende Pfandrecht dem seinigen für die ungetilgt gebliebene Forderung nachgestellt wird; es bestehen dann zwei Pfandrechte verschiedenen Ranges in der gleichen Pfandstelle, wie es in andern Subrogationsfällen ebenfalls angenommen wird (vgl. LEE-MANN, zu Art. 827 ZGB, N. 22). Damit wird nur der alte Grundsatz des Subrogationsrechtes « nemo subrogat contra se » zur Anwendung gebracht, der sowohl im französischen wie auch im deutschen Rechte ausdrücklich aufgestellt ist (Code civil Art. 1252: « La subrogation ... ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel »; BGB § 268 Abs. 3: « ... Der Übergang (der Forderung) kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden », und speziell für das Hypothekarrecht § 1176: « Liegen die Voraussetzungen der §§ ... 1164 ... nur in Ansehung eines Teilbetrages der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden ») und mit Recht auch für das schweizerische Subrogationsrecht überwiegend anerkannt wird (vgl. v. TUHR, OR S. 434 und die dort in N. 54 angeführten Autoren). Freilich mag sich für den Gläubiger trotzdem aus der Subrogation eine Unzukömmlichkeit ergeben, indem der in seine Rechte eintretende Altschuldner die Betreibung auf Pfandverwertung in einem ihm unerwünschten Zeitpunkt anheben mag; allein dann geschieht ihm nichts anderes als wenn der Schuldner gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR

einen Dritten mit Subrogation hätte zahlen lassen und nun der Dritte die Pfandverwertung verlangen würde, was sich der Gläubiger eben gefallen lassen muss. Den Schutz des Gläubigers noch weiter auszudehnen, als dass seinem Pfandrechte der Vorrang vor dem Pfandrechte des Eintretenden eingeräumt wird, besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch ein triftiger Grund.

Wenn endlich gesagt wird, die Subrogation lasse sich entbehren, indem der Schuldner, anstatt zu zahlen, den Gläubiger vorerst auf die Befriedigung aus dem Pfande verweisen könne, so ist dazu vorab zu bemerken, dass diese Möglichkeit gerade bei Zinsforderungen (und Annuitäten) nicht gegeben ist (Art. 41 Abs. 2 SchKG). Aber auch bei der Kapitalforderung liesse es sich nicht rechtfertigen, dem zahlenden Altschuldner den Eintritt in die Gläubigerrechte deshalb zu versagen, weil ihm die Möglichkeit der Verweisung auf die Pfandverwertung offen gestanden hätte; denn wenn er trotz dieser Möglichkeit bezahlt, wäre es erst recht ungehörig, das Pfandrechte nicht zu seinen Gunsten fortbestehen zu lassen.

Nicht nur wird, wie dargetan, durch die Subrogation weder der Schuldübernehmer noch der Gläubiger (dem es freistand, anstatt den Altschuldner zu belangen, selber die Pfandverwertung zu verlangen) noch irgendein Dritter (für den sich durch die Subrogation nichts Wesentliches ändert) geschädigt, sondern es wird auch eine sachgemässe Abwicklung des Kauf- und Schuldübernahmevertrages einzig dadurch gewährleistet, dass das damit angestrebte neue Schuldverhältnis, das wegen der Weigerung des Gläubigers mit diesem nicht zustande kommen konnte, nun im Umfange der Zahlungen des beibehaltenen Schuldners zwischen diesem und dem Schuldübernehmer hergestellt wird unter Fortbestand der Pfandsicherheit, wie sie dem Gläubiger selbst zugestanden hatte und auch bei Annahme des neuen Schuldners zugestanden hätte. Andernfalls würde der Liegenschaftsverkehr empfindlich gestört; manche Verträge kämen mit Rücksicht auf die Haltung

des Grundpfandgläubigers gar nicht zustande, und andere würden rückgängig gemacht. Das Gesetz will aber den Vollzug solcher Kaufverträge mit Schuldübernahme erleichtern, indem es die Befreiung des bisherigen Schuldners durch blossen Fristablauf eintreten lässt (Art. 832 Abs. 2 ZGB). Tritt dieser Lösung eine Beibehaltungserklärung des Gläubigers entgegen, so hat dann eben die Subrogation in die Lücke zu treten: Soweit der Altschuldner noch in Anspruch genommen wird, soll ihm der Grundwert, wie er nach Betrag und Rang in der betreffenden Aufhaftung verkörpert und dem Erwerber auf den Kaufpreis angerechnet worden ist, durch Übergang der Gläubigerrechte als Pfand gesichert sein.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. August 1933 wird bestätigt.
