

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	36 (1917)
Artikel:	Die Wirkungen der Schuldübernahme beim Erwerb von Pfandgrundstücken
Autor:	Schenker, Ernst
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896379

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Wirkungen der Schuldübernahme beim Erwerb von Pfandgrundstücken.

Von Dr. ERNST SCHENKER.

Einleitung.

Bei der Revision des Obligationenrechts vom 30. März 1911 haben zum erstenmal allgemeine Bestimmungen über das Schuldübernahmegeschäft in das schweizerische Recht Eingang gefunden (OR Art. 175—183). Der praktische Hauptfall der Schuldübernahme, die Übernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber eines pfandrechtlich belasteten Grundstücks (sog. Hypothekenübernahme), ist jedoch im Zivilgesetzbuch einer speziellen Regelung unterzogen worden (OR Art. 183, ZGB Art. 832, Abs. 2, 833, Abs. 3, 834, 846).

Im folgenden soll versucht werden, die rechtlichen Wirkungen eines solchen auf Übernahme der Schuld durch den Erwerber eines Pfandgrundstücks gerichteten Vertrages darzulegen. Dabei ist indessen eine kurze Erörterung des inneren Verhältnisses der Spezialnormen des ZGB zu den generellen Bestimmungen des OR über die Schuldübernahme unerlässlich.

A. Das Verhältnis von ZGB Art. 832 ff. zu OR Art. 175 ff.

Bei den Ausläufern der gemeinrechtlichen Hypothek, wozu in dieser Beziehung neben der Grundpfandverschreibung der Schuldbrief zu zählen ist, vermag — im Gegensatz zur Gült — die Schuld eine selbständige, vom Eigentumsrecht am Grundstück losgelöste Stellung einzunehmen. Der

Schuldner braucht grundsätzlich nicht Eigentümer des verpfändeten Grundstücks zu sein (ZGB Art. 824, Abs. 2; 845, Abs. 1). Wie ein Dritter sein Grundstück für den Schuldner verpfänden kann, so ist dieser befähigt, sein Grundstück an einen Dritten zu veräussern, ohne dass die Schuld auf den Erwerber übergeht (ZGB Art. 832, Abs. 1; Art. 846). Während so die Leistungspflicht samt der persönlichen Haftung beim Veräusserer zurückbleibt, geht das Grundstück von Hand zu Hand, und mit ihm schlägt die Pfandhaftung ihren eigenen, von ihrer rechtlichen Grundlage sich entfernenden Weg ein. Wie die welschen Rechte in Anlehnung an den C. c. fr. art. 2114 sagen: „L'hypothèque constituée sur des immeubles les suit en quelque main qu'ils passent“.¹⁾ Diese Trennung von Schuld und Eigentum am Pfandobjekt bringt indessen sowohl für den nicht-schuldnerischen Eigentümer als auch besonders für den Schuldner gewisse Gefahren mit sich.²⁾ Schon die kantonalen Rechte haben deshalb die verschiedensten Mittel angewendet, um ein Auseinanderfallen von Personal- und Realhaftung zu vermeiden.³⁾ Dem gleichen Zwecke dienen die Sonderbestimmungen des ZGB in Art. 832 ff., indem sie das Zustandekommen eines Schuldübernahmevertrages und damit die Abwälzung der Pfandschuld vom Veräusserer auf den Erwerber möglichst begünstigen.

Ein Vergleich dieser Spezialvorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen des OR lässt diese Tendenz deutlich zutage treten. Dabei zeigt es sich aber, dass die Art. 832 ff. ZGB schon in ihrer äussern Fassung einen

¹⁾ Vergl. Huber, Schw. Pr.-R. III, S. 534.

²⁾ Ein Eingehen auf diese Erscheinung würde hier zu weit führen. Man vergleiche Verh. d. 20. D. Jur.-Tages, III S. 262 f., 269. Verh. d. 22. D. Jur.-Tages, I S. 434, 504 ff., III S. 22 ff. Ferner Ib. f. Dogm. 60, S. 255 ff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere die Verh. d. 30. D. Jur.-Tages; Wieland, in dieser Zeitschr. 44 S. 198, Bluntschli zu § 815 des Zürcher P. G., Bem. 1; etc.

³⁾ Vergl. Huber a. a. O. S. 533 ff., 621 ff.; v. Wyss, Die schweiz. Hypothekarrechte S. 65 ff.

ganz andern Charakter aufweisen als die Art. 175 ff. OR. Es ist nämlich unverkennbar, dass den beiden Gruppen von Rechtssätzen eine durchaus verschiedene Auffassung der Rechtsnatur des Schuldübernahmgeschäftes zugrunde liegt.

Die Lehre von der Schuldübernahme, die im Jahre 1853 von Berthold Delbrück zum erstenmal eingehend bearbeitet worden ist,⁴⁾ gehört noch heute zu den umstrittensten Gebieten des Privatrechts.⁵⁾ Unter privater (befreiender, translativer) Schuldübernahme versteht man im Gegensatz zur kumulativen (bestärkenden) Schuldübernahme und zur blossen Erfüllungsübernahme nach landläufiger Definition einen Vertrag, durch den ein Dritter unter Befreiung des bisherigen Schuldners an dessen Stelle in ein bestehendes Schuldverhältnis eintritt. Dass sich ein solcher Schuldnerwechsel nicht ohne die Mitwirkung des Gläubigers herbeiführen lässt, haben schon die ersten Bearbeiter des Schuldübernahmerechts erkannt. Den eigentlichen Grund dieses Erfordernisses hat erst in neuester Zeit Strohal⁶⁾ unter Verwertung der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung aufzudecken versucht: Mit dem Schuldner wechselt zugleich das dem Gläubiger verhaftete Vermögen; nur, was der

⁴⁾ „Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht.“

⁵⁾ Da die Probleme des Schuldübernahmerechts hier nicht ausführlich behandelt werden können, verweise ich auf die äusserst umfangreiche, bei Windscheid, Pand. II, § 338 ziemlich vollständig aufgeführte Literatur; dazu Nachtrag von v. Blume in Jahrb. f. Dogm. 39, S. 390, N. 1. Neuerdings insbesondere Strohal: Schuldübernahme, in Jahrb. f. Dogm. 57, S. 231 ff.

Schweizerische Literatur:

Schurter, in Zeitschr. f. Schw. R. 42, S. 303 ff.; Benrey, De la cession de dettes, Genfer Diss. 1910; Hasler, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Zürcher Diss. 1911; Oser, Komm. zum OR Art. 175—183; Fick, Komm. zum OR Art. 175—183.

⁶⁾ a. a. O. § 3 ff. Vergl. dagegen Hellmann, Kr. Viertelj.-Schr. 49, S. 504 ff.

Gläubiger bekommen soll, bleibt sich gleich; mit der persönlichen Haftung aber ändert sich das dem Gläubiger daraus erwachsende Recht. Eine derartige Veränderung in seinem Rechtsbestande darf dem Gläubiger nicht wider seinen Willen zugemutet werden.⁷⁾

Die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Mitwirkung des Gläubigers steht im Mittelpunkt des Streites über die Natur des Schuldübernahmevertrages. Wenn U (Übernehmer) eine Schuld des A (Altschuldners) gegenüber dem G (Gläubiger) übernehmen will, so kann er das jedenfalls durch den Abschluss eines direkten Vertrages mit G tun, und zwar auch ohne Wissen und selbst gegen den Willen des A. Über die Möglichkeit dieses mit der römischrechtlichen Expromission⁸⁾ engverwandten Schuldübernahmevertrages ist man heute einig (vergl. OR Art. 176, Abs. 1; D. BGB § 414). Ein Blick in den Verkehr lehrt jedoch, dass in den weitaus meisten Fällen zunächst zwischen A und U eine „Schuldübernahme“ ver einbart wird, so insbesondere bei der Hypothekenübernahme. Von dieser „Schuldübernahme“ wird alsdann dem G „Mitteilung“ gemacht, und er erklärt seine „Zustimmung“ oder „Genehmigung“.

Die zur Zeit noch herrschende sogenannte Genehmigungs- oder Verfügungstheorie⁹⁾ erblickt nun auch in diesem zwischen A und U abgeschlossenen Vertrag eine eigentliche Schuldübernahme. Allerdings werde dabei über das Forderungsrecht eines Dritten, des Gläubigers, durch einen Nichtberechtigten¹⁰⁾ verfügt, und deshalb bedürfe dieser Vertrag zu seiner vollen Wirksamkeit der

⁷⁾ Bei der Gült fehlt die Vermögenshaftung; daher ist die Mitwirkung des Gläubigers beim Schuldnerwechsel nicht erforderlich.

⁸⁾ D 46, 2, 8, 5.

⁹⁾ Vertreter: Windscheid, Gürgens, Unger, Regelsberger, Gierke u. A., vergl. Schurter a. a. O. S. 325 ff.

¹⁰⁾ Wer dieser sein soll, A oder U, darüber herrscht unter den Anhängern dieser Theorie selbst Streit.

Genehmigung durch den Gläubiger, also eines einseitigen Rechtsaktes, wodurch der Gläubiger nicht Vertragspartei wird.¹¹⁾

Gegen diese Theorie, die den Bedürfnissen des Verkehrs am besten zu entsprechen scheint, indem sie das notwendige Übel der Mitwirkung des Gläubigers auf ein Minimum reduziert, sind in neuerer Zeit gewichtige Einwände erhoben worden.¹²⁾ Vor allem wird geltend gemacht, dass die Grundlage dieser Konstruktion verfehlt ist, weil es sich bei der Schuldübernahme nicht um einen reinen Verfügungsvertrag handelt, vielmehr mit der Verfügungs-wirkung, die in der Befreiung des A zutage tritt, untrennbar eine Verpflichtungswirkung verbunden ist, die in der Obligierung des U gegenüber dem G besteht und die durch eine von G genehmigte Verfügung des A über das Forderungsrecht des G nicht erklärt wird.

Die *Angebotstheorie*¹³⁾ verlegt deshalb ein für allemal den Schuldübernahmevertrag in die Willenserklärungen des U und des G. Die „Mitteilung“, die von U, oder mit dessen Ermächtigung von A, dem G gemacht wird, ist in Wirklichkeit die Offerte zum Schuldübernahmevertrag, und die „Genehmigung“ des G stellt deren Annahme dar. G ist somit Vertragspartei. Dagegen hat die Vereinbarung zwischen A und U ihrer Natur nach mit dem

¹¹⁾ Vergl. § 415 BGB, das somit zwei Arten des Schuldübernahmevertrages anerkennt!

¹²⁾ Vergl. deren Zusammenstellung bei Strohal a. a. O. S. 421 ff., ferner: Sohm, Der Gegenstand, S. 25; Schurter, S. 326 ff.; v. Blume, Jahrb. f. Dogm. 39 S. 400 ff.

¹³⁾ Vertreter: L. Seuffert, v. Blume, Stammle, Hellwig u. A.

Die *Angebotstheorie* ist eine sogenannte *Vertragstheorie*, d. h. sie geht davon aus, dass die Schuldübernahme stets durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger abgeschlossen wird, dieser also stets Vertragspartei ist. Die *Angebotstheorie* darf aber begrifflich nicht mit der *Vertragstheorie* identifiziert werden (vergl. z. B. Hasler a. a. O. S. 42 ff.); auch die von Strohal a. a. O. aufgestellte Theorie ist eine *Vertragstheorie*, obschon sie mit der *Angebotstheorie* nichts zu tun hat.

Schuldübernahmevertrag nichts zu tun; sie erzeugt zwar gewisse Bindungen zwischen den Kontrahenten, aber die Rechtssphäre des Gläubigers wird durch sie nicht berührt.¹⁴⁾

Im alten Obligationenrecht war bekanntlich der Schuldübernahmevertrag nicht geregelt. Als bei der Revision die Lücke durch die Aufnahme der Art. 175—183 ausgefüllt wurde, entschied man sich auf Grund des von der Kommission des Nationalrats ausgearbeiteten 3. Entwurfes für die *Angebotstheorie*¹⁵⁾. Der vorhergehende 2. Entwurf hatte dagegen vollständig auf dem Boden der Genehmigungstheorie gestanden. Noch im Gesetze lassen sich gewisse Anklänge an diese Theorie erkennen, so besonders die unrichtige systematische Koordination und die störende Gleichbenennung¹⁶⁾ der nach der Angebots-theorie grundverschiedenen Verträge der Art. 175 und 176. Ferner ist die „Zustimmung“ in Art. 175, Abs. 1 als vertragliche Zustimmung, genau als Annahme der Offerte zum Schuldübernahmevertrag nach Art. 176 auszulegen.

Nun wurden jedoch die Sondervorschriften des Zivilgesetzbuches (Art. 832 ff.) abgefasst, bevor die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Schuldübernahme getroffen waren. Jene liegen bereits in einem der heutigen Gestaltung nahekommenden Beschlusse der Expertenkommission vom 21. April 1903 vor,¹⁷⁾ während

¹⁴⁾ Die beiden andern Schuldübernahmetheorien, die Konstruktion als Vertrag zugunsten Dritter und die sogenannte Kollektivoffertentheorie fallen für diese Arbeit ausser Betracht.

¹⁵⁾ Über die interessante Vorgeschichte der Art. 175 ff. vergl. Hasler S. 49 ff. und Oser, Vorbem. zu Art. 175—183 Bem. II 3.

¹⁶⁾ Dies nicht bloss im Marginale zu Art. 175, sondern auch in Art. 176, Abs. 2: „Übernahme der Schuld“ und in Art. 177, Abs. 2: „Schuldübernahme“, wo doch ebenfalls der Vertrag des Art. 175, Abs. 1 gemeint ist.

¹⁷⁾ An Materialien sind zu vergleichen:

Erläuterungen z. Sachenrecht 1902, S. 702;

Protokoll der Expert.-Komm. 1903, IV S. 274 ff.

die ersten Entwürfe zum revidierten Obligationenrecht erst zu Ende dieses Jahres eingereicht wurden. Die Regelung des Spezialfalls geht somit der allgemeinen Normierung des Rechtsgeschäfts voraus. So lässt sich die Tatsache erklären, dass den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches eine andere Auffassung der Schuldübernahme zugrunde liegt als denen des Obligationenrechts. Der Wortlaut der Art. 832 ff. lässt nämlich unschwer erkennen, dass dem Gesetzgeber die damals noch weniger angefochtene Genehmigungstheorie vorgeschwebt hat.¹⁸⁾ Der Schuldübernahmevertrag wird zwischen Veräusserer und Erwerber abgeschlossen: „Hat aber der neue Eigentümer die Schulpflicht für die Pfandforderung übernommen . . .“ (Art. 832, Abs. 2). Dem Gläubiger wird von der (bereits erfolgten!) „Übernahme der Schuld durch den Erwerber“ „Mitteilung gemacht“ (Art. 834, Abs. 2), „Kenntnis gegeben“ (Art. 834, Abs. 1). Die Genehmigung des Gläubigers (der Ausdruck wird allerdings vorsichtig vermieden (vergl. Art. 639, Abs. 1, wo von „Einwilligung“ die Rede ist) liegt im Stillschweigen während Jahresfrist (Art. 832, Abs. 2).

Dennoch ist auch für die Auslegung der Spezialbestimmungen des Zivilgesetzbuches die den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts zugrunde liegende Vertragstheorie anzuwenden.¹⁹⁾ Denn soweit jene nicht durch-

Entwurf 1903, Art. 820, 820 bis, 820ter, 828.

Botsch. des Bdrates v. 28. Mai 1904, S. 80, Art. 818, 820, 828;

Sten. Bull. 1906. S. 644, 651 f., 659 (Nat.-Rat), S. 1404

(Ständerat);

Botsch. d. Bdrates zu einem Gesetzesentw. betr. die Ergänzung des Entw. eines schweiz. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obl. Rs. u. der Einf.-Best. v. 3. März 1905, S. 20 ff., Art. 1204 ff.

Bericht des Bdrates betr. die Revision des Obl. Rs. v. 1. Juni 1909, S. 13 ff., Art. 1204 ff.

¹⁸⁾ Vergl. Wieland zu Art. 832, Bem. 2 a. Wielands Ausführungen stützen sich auf den auf dem Boden der Genehmigungstheorie stehenden 2. Entwurf des Obligationenrechts.

¹⁹⁾ Zustimmend Hasler S. 120; Oser zu Art. 183, Bem. 3 b β; E. B. G. 40, II S. 596.

greifen, gelten diese (ZGB Art. 7)²⁰⁾; das richtige Verhältnis zwischen lex generalis und lex specialis lässt sich aber nur auf Grund einer und derselben Auffassung der Schuldübernahme feststellen, und zwar derjenigen, die die allgemeine Regelung zum Ausdruck bringt. Wenn sich dabei im einzelnen keine unüberwindlichen Schwierigkeiten ergeben, so kommt dies daher, dass das Obligationenrecht selbst, wie bemerkt, die Terminologie der Vertragstheorie keineswegs konsequent durchführt, z. B. den Vertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer ebenfalls „Schuldübernahme“ nennt und andererseits als Offerte auch die „Mitteilung“ gelten lässt (Art. 176, Abs. 2).

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich für das Verhältnis der Art. 832 ff. ZGB zu Art. 175 ff. OR, in aller Kürze dargestellt, folgendes: Voraussetzung für die Anwendung der Art. 832 ff. ist, dass zwischen Veräußerer und Erwerber ein sogenannter Schuldbefreiungsvertrag²¹⁾ zustande gekommen ist, d. h. dass der Erwerber sich verpflichtet hat, den Veräußerer von der Pfandschuld zu befreien (OR Art. 175, Abs. 1) oder, wie das ZGB sich in Art. 832, Abs. 2 vom Standpunkte der Genehmigungstheorie ausdrückt, dass „der neue Eigentümer die Schulpflicht für die Pfandforderung übernommen“ hat. Dieser Verpflichtung wird sich der Erwerber in der Regel²²⁾ durch den Abschluss eines Schuldübernahmevertrages mit dem Gläubiger zu entledigen suchen. Für diesen Vertrag gelten zunächst die allgemeinen Bestimmungen des OR, namentlich also Art. 175 ff.²³⁾ Das ZGB sucht nun aber aus den oben

²⁰⁾ Vergl. Egger zu Art. 7, Bem. 2.

²¹⁾ Vergl. Cosack, Bürg. R. I, S. 398, 7; Hellwig, Verträge S. 78, N. 158, S. 189 ff.; Schurter a. a. O. S. 324.

²²⁾ Der Erwerber ist zur Befreiung des Veräußerers verpflichtet, also nicht zu einer bestimmten Handlung, sondern zur Herbeiführung eines Rechtserfolges. Diesen kann er z. B. auch durch Zahlung an den Gläubiger erzielen.

²³⁾ Vergl. B. G. E. 40, II, S. 594 ff., wo sich das Bundesgericht indeß noch nicht konsequent auf den Boden der Angebots-theorie stellt. Wenn der Entscheid anerkennt, dass die Schuld-

angetönten Gründen das Zustandekommen dieses Vertrages zu erleichtern und zu begünstigen und modifiziert daher für diesen Sonderfall die generellen Bestimmungen des OR in einzelnen Punkten durch Spezialvorschriften. Damit nicht schon der erste Anstoss zum Abschlusse des Vertrages, die vom Erwerber an den Gläubiger zu richtende Offerte, unterbleibt, wird der Grundbuchverwalter verpflichtet, dem Gläubiger „von der Übernahme der Schuld Kenntnis zu geben“ (Art. 834, Abs. 1). Das heisst, in die Sprache des Obligationenrechts übersetzt: Der Grundbuchverwalter hat dem Gläubiger die gemäss OR Art. 176, Abs. 2 als Antrag geltende Mitteilung zu machen, dass der Erwerber mit dem Veräusserer einen Schuldbefreiungsvertrag nach OR Art. 175, Abs. 1 abgeschlossen hat. Damit tritt an die Stelle des Erwerbers ein erfahrener Beamter und erlässt für ihn, kraft gesetzlicher Ermächtigung,²⁴⁾ die Offerte. Zweitens, und darin liegt die wichtigste Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, wird das Stillschweigen des Gläubigers nicht als Ablehnung, sondern — nach Verfluss eines Jahres — als Annahme betrachtet (Art. 832, Abs. 2). Durch diese Fiktion wird verhindert, dass der Schuldübernahmevertrag infolge Bequemlichkeit, Gleichgültigkeit oder Geschäftsunkenntnis des Gläubigers nicht zustande kommt. „Die vis inertiae wird in den Dienst des Zwecks gestellt, die Wirksamkeit der Schuldübernahme zu erleichtern.“²⁵⁾ Drittens wird die Ablehnung der Offerte durch den Gläubiger dadurch

übernahme durch einen Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger erfolge, so kann nicht, wie weiterhin gesagt wird, „dieser Vertrag“ dadurch zustande kommen, dass der Erwerber die Übernahme mit dem Veräusserer vereinbart und der Gläubiger „die ihm mitgeteilte Übernahme . . . genehmigt“. Denn der Gläubiger kann unmöglich Vertragspartei sein, wenn er einer bereits erfolgten Übernahme zu deren vollen Wirksamkeit bloss noch die Genehmigung zu erteilen hat.

²⁴⁾ Hasler, S. 120 f.; Oser zu OR Art. 183, Bem. 3 b β; Hellwig, Verträge S. 162.

²⁵⁾ Planck zu BGB § 416, Bem. 1.

erschwert, dass Art. 832, Abs. 2 dafür im Gegensatz zur formlosen Annahme das Erfordernis der Schriftlichkeit aufstellt.

B. Die Wirkungen der Schuldübernahme.

I. Im allgemeinen.

Die Schuldübernahme ist nach der Auffassung und Bezeichnung Strohals ein „Äquivalentverfügungsgeschäft“. Der Gläubiger entlässt den bisherigen Schuldner aus der Verstrickung und erhält dafür einen neuen. Befreiung des Veräußerers und Verhaftung des Erwerbers sind die beiden Hauptwirkungen des Vertrages.²⁶⁾

Wenn in ZGB Art. 832, Abs. 2 nur von der Liberation des Veräußerers die Rede ist, so hängt dies wiederum mit jener Auffassung der Genehmigungstheorie zusammen, wonach die Obligierung des Erwerbers bereits durch dessen Vertrag mit dem Veräußerer erfolgt.

a) Die Verpflichtung des Erwerbers.

OR Art. 176, Abs. 1 spricht von einem „Eintritt (des Übernehmers) in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners.“²⁷⁾ Der Streit über die Berechtigung und Bedeutung dieser sogenannten „Singularsukzession in die Schuld“, der in den ersten Jahrzehnten nach der „Entdeckung“ der Schuldübernahme durch Delbrück mit besonderer Heftigkeit geführt wurde, ist noch nicht beigelegt.²⁸⁾ Man sagt, das alte Schuldverhältnis bleibe trotz dem Schuldnerwechsel bestehen; eine Novation trete im Gegensatz zum römischen Recht nicht ein; und wenn man dabei nicht erkennen kann,

²⁶⁾ Strohal, S. 243 ff.

²⁷⁾ Der französische Text enthält diese Wendung nicht; es heisst hier einfach: „Le remplacement de l'ancien débiteur et sa libération s'opèrent par . . .“

²⁸⁾ Vergl. neuerdings Knocke, Jahrb. f. Dogm. 60 S. 407 ff. und die daselbst zitierte Literatur.

dass sich eben doch nicht allein die leibliche Person des Schuldners ändert, so behauptet man immerhin, in Anlehnung an Windscheid,²⁹⁾ der „rechtliche Gehalt“, der „objektive Bestand“, die „Substanz“ des Schuldverhältnisses werde gewahrt,³⁰⁾ und was sich ändere, sei bloss die faktische Realisierbarkeit.³¹⁾ Mit diesen Wendungen ist jedoch recht wenig gesagt. Die Rechtssubstanz, deren Identität konstatiert wird, existiert nirgends;³²⁾ das Recht liegt in uns und nicht ausser uns. Natürlich steht es uns frei, uns die Obligation vor und nach der Schuldübernahme als identisch vorzustellen und dabei das Bild eines Eintritts des Übernehmers in das Schuldverhältnis zu verwenden. Ob und inwiefern die Vorstellung einer Sukzession logischer und zweckmässiger ist als die einer Novation, soll hier nicht untersucht werden.³³⁾ Es genügt der Hinweis darauf, dass es sich in beiden Fällen bloss um Denkformen,³⁴⁾ nicht um Rechtsprinzipien handelt, und dass daher aus der Sukzessionsformel keine Konsequenzen abgeleitet werden dürfen, die mit der Natur der Sache oder mit den Forderungen des Verkehrs im Widerspruch stehen.³⁵⁾ Insbesondere wäre es, wozu die Sukzessionsformel in Verbindung mit der Genehmigungstheorie vor allem dienen sollte, verfehlt, eine „grosse Analogie“³⁶⁾ zwischen der Sondernachfolge in die Aktiv- und in die

²⁹⁾ Zuerst in der Schrift: Die actio des römischen Zivilrechts 1856.

³⁰⁾ Vergl. Oser zu OR Art. 116, Bem. II 2 b; Fick zu OR Art. 176, Bem. 2.

³¹⁾ Vergl. dagegen Strohal S. 310 ff.

³²⁾ Vergl. O. Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit, S. 21 ff.

³³⁾ Gegen die Sondernachfolge Strohal, § 2 ff.; gegen Strohal Gierke, Schuld nachfolge und Haftung (Festschr. f. v. Martitz), S. 33 ff.; Knocke a. a. O., Hellmann, Kr. Viertelj.-Schr. 49, S. 488 ff.

³⁴⁾ v. Blume, Jahrb. f. Dogm. 39, S. 393.

³⁵⁾ v. Blume, Novation, S. 40 f.

³⁶⁾ Delbrück a. a. O. S. 21.

Passivseite der Obligation zu konstruieren,³⁷⁾ im Vertrage zwischen Altschuldner und Übernehmer eine „Übertragung“ der Schuld zu erblicken und dem Gläubiger auf Grund dieses Vertrages einen Anspruch gegen den Übernehmer zu verleihen.

Für das schweizerische, auf der Angebotstheorie basierende Recht der Schuldübernahme hat das Sukzessionsprinzip jedenfalls bei weitem nicht die Bedeutung, die ihm etwa zugeschrieben wird.³⁸⁾ Denn die Konsequenzen, die daraus zu ziehen wären, sind fast ausnahmslos positiv festgelegt (OR Art. 178, 179), und andererseits ist zum Verständnis dieser Rechtssätze die Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld keineswegs notwendig.³⁹⁾ Sollte sich aber einmal das Gesetz als lückenhaft erweisen, so hat der Richter auf Grund des internen und des externen Vertrages unter vernünftiger Abwägung der Interessen der Beteiligten und unter Berücksichtigung der Forderungen des Verkehrs, nicht aber im Hinblick auf eine theoretische Konstruktion zu entscheiden, was vom alten Schuldverhältnis bleibt und was sich ändert.

b) Die Befreiung des Veräusserers

bewirkt den Ausgleich gegenüber der Obligierung des Erwerbers. Sie ist also nicht die Folge einer Zahlung; daher kann der Veräusserer vom Gläubiger keine Quittung verlangen (OR Art. 88, Abs. 1). Bei der Grundpfandverschreibung hat er kein Recht auf Rückgabe des Schulscheins; denn der Gläubiger braucht diesen als Beweismittel bei der Geltendmachung seiner Forderung gegen den Erwerber. Dagegen ist der Veräusserer, wie man aus OR Art. 88, Abs. 2 entnehmen muss, berechtigt, eine Vormerkung seiner Befreiung auf dem Schulschein, d. h. eine

³⁷⁾ Strohal, S. 386 ff.; Schurter, S. 316.

³⁸⁾ Vergl. z. B. Hasler, S. 7 ff., 19 ff., 72 f.; Benrey a. a. O. S. 5 ff. geht ebenfalls vom Sukzessionsbegriff aus.

³⁹⁾ Vergl. z. B. Art. 178, Abs. 2, der gewiss nicht mit der Sukzessionsformel zu erklären ist; s. u. S. 15.

Umschreibung zu Lasten des Erwerbers zu fordern. Ist das Schuldverhältnis in die Pfandurkunde aufgenommen worden,⁴⁰⁾ so bedarf die Umschreibung der öffentlichen Beurkundung (OR Art. 12). Bei dem Schuldbrief scheint der Veräusserer nach Art. 874 ZGB ebenfalls berechtigt zu sein, die Anmerkung des Schuldnerwechsels auf dem Titel zu verlangen. Indessen besteht meines Erachtens auch ohne diese Anmerkung der Schuldnerwechsel selbst gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Titels zu Recht. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuches garantiert doch wohl bloss dafür, dass das Pfandrecht und die Leistungspflicht skripturgemäss bestehen, nicht aber dafür, dass gerade die im Schuldbrief als Schuldner bezeichnete Person zu leisten und mit ihrem Vermögen einzustehen hat. Dem Schuldbrief ist mit Sicherheit bloss zu entnehmen, wer „Schuldner zur Zeit der Errichtung“ gewesen ist. Eine einlässliche Begründung dieser Ansicht würde hier zu weit führen. Das Gesetz lässt mit der unvermittelten Gegenüberstellung der Art. 846 und 832 einerseits und der Art. 866, 872 und 874 andererseits vollständig im Stich. Jedenfalls würde eine gegenteilige Auffassung den Wert der Art. 832 ff. bedeutend herabsetzen. Angenommen, es handle sich um einen Inhaberschuldbrief, und es trete gemäss Art. 832, Abs. 2 nach Verfluss des Deliberationsjahres die Befreiung des Veräusserers ein, so würde dieser sehr oft eine Umschreibung gar nicht herbeiführen können, weil er den Gläubiger, der inzwischen vielleicht mehrmals gewechselt hat, nicht kennt, und würde somit Gefahr laufen, dem ersten besten gutgläubigen Erwerber des Titels neuerdings verhaftet zu werden. Es muss daher angenommen werden, dass, soweit es sich um die Person des Schuldners handelt, das die Zirkulationsfähigkeit des Schuldbriefes erleichternde Prinzip des öffentlichen Glaubens gegenüber dem der Sicherheit des Hypothekenverkehrs dienenden Bestreben nach Vereinigung von Schuld und

⁴⁰⁾ Vergl. Wieland zu ZGB Art. 799, Bem. 10, 11 h.

Pfandhaftung zurückzutreten hat, was umso unbedenklicher geschehen kann, als die persönliche Haftung neben der Realhaftung im Verkehr eine untergeordnete Rolle spielt.

Wird der Veräusserer nach der gemäss Art. 832, Abs. 2 erfolgten Schuldübernahme belangt, so hat er blos zu beweisen, dass der Grundbuchverwalter dem Gläubiger eine Offerte zugestellt hat und dass seither ein Jahr verflossen ist. Sache des Gläubigers ist es alsdann, seine Ablehnung darzutun.⁴¹⁾

Die beiden Wirkungen treten ein mit der Perfektion des Schuldübernahmevertrages, also mit der Erklärung oder Fiktion der Annahme.⁴²⁾ Natürlich steht es dem Gläubiger und dem Erwerber frei, Rückwirkung des Vertrages auf den Zeitpunkt, in dem der Schuldbefreiungsvertrag abgeschlossen wurde, zu vereinbaren.⁴³⁾ Doch können Dritte durch diese Abrede nicht benachteiligt werden.

Für den Inhalt der Verpflichtung des Erwerbers ist jedoch nicht der Bestand der Schuld im Augenblick der Annahme massgebend, sondern der Erwerber wird blos Schuldner derjenigen Schuld, deren Übernahme er angeboten hat. Wird z. B. nach Erlass der Offerte, aber vor der Annahme, zwischen Gläubiger und Veräusserer eine Zinsfusserhöhung vereinbart, so braucht sich der Erwerber diese nicht gefallen zu lassen. Dagegen kann er sich einer in der normalen Entwicklung begründeten Vermehrung der Schuld, z. B. der Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen, nicht entziehen, da er bei der Offerte mit dieser Entwicklung der Schuld rechnen muss und sie daher nicht anders übernehmen kann. Andrersseits aber wirkt eine Herabsetzung des Zinsfusses, überhaupt eine Minderung der Schuld zu seinen Gunsten. Denn eine Schuld kann nur insoweit auf den Übernehmer

⁴¹⁾ Brettner bei Gruchot 42, S. 793.

⁴²⁾ a. M. Fick zu OR Art. 175, Bem. 11.

⁴³⁾ Huber Sten. Bull. 1906, S. 556.

übergehen, als sie im Zeitpunkt der Übernahme noch besteht.⁴⁴⁾

Gegenüber dem Veräusserer bedeutet die Schuldübernahme, d. h. die damit verbundene Befreiung des Veräusserers, eine Leistung an Zahlungsstatt.⁴⁵⁾ Der Erwerber wird von der Kaufpreisschuld im Betrage der übernommenen Schuld liberierte.

II. Nebenrechte.

Aus der Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld würde sich ergeben, dass, da das Schuldverhältnis keine Änderung erfährt, sämtliche Nebenrechte bestehen bleiben, „soweit sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind“ (OR Art. 178, Abs. 1). Nun aber bestimmt OR Art. 178, Abs. 2, dass gerade die beiden wichtigsten akzessorischen Rechte, Bürgschaften und von Dritten bestellte Pfandrechte, infolge des Schuldnerwechsels untergehen, es sei denn, dass der Bürge oder der Verpfänder der Schuldübernahme zustimmt.

Dieses Erfordernis der Zustimmung ist durch eine ähnliche Erwägung zu erklären wie die Notwendigkeit der Mitwirkung des Gläubigers beim Abschluss des Schuldübernahmevertrages. Wer nämlich zugunsten eines Dritten eine Bürgschaft oder ein Pfandrecht bestellt, erhält dadurch eine feste Anwartschaft auf den Eintritt in die Forderung des Gläubigers für den Fall, dass dieser aus seinem Vermögen, z. B. aus seinem Pfande befriedigt wird (OR Art. 505, ZGB Art. 827, Abs. 2).⁴⁶⁾ Er kann daher, so wenig wie der Gläubiger bei der Schuldübernahme, nicht zugeben, dass ohne oder gegen seinen Willen ein anderer Schuldner mit einem andern Vermögen an die Stelle des bisherigen tritt.⁴⁷⁾ Daher ist seine Zustimmung zur Schuldübernahme erforderlich.

⁴⁴⁾ Strohal, S. 446 ff.

⁴⁵⁾ Hellwig a. a. O. S. 200.

⁴⁶⁾ v. Tuhr, Der allg. Teil d BGB, S. 189.

⁴⁷⁾ Strohal, S. 346 ff.

derlich, wenn das Nebenrecht nicht erlöschen soll. Aus dieser Betrachtung ergibt sich indessen, dass ein Untergang der beiden Rechte nur dann stattfindet, wenn der Bürge oder der Verpfänder gegenüber dem Haupt-, resp. Pfandschuldner in der angeführten Weise regressberechtigt ist. Hat z. B. der Erwerber eines für die Schuld des Veräusserers verpfändeten Grundstücks den vollen Kaufpreis bezahlt und infolgedessen die Schuld nicht übernommen, so wird er, wenn die Realexekution erfolgt, regressberechtigt; seine Rechtslage ist die gleiche, wie die des Dritten, der sein Grundstück zugunsten eines Schuldners verpfändet hat; d. h. er ist „Dritter“ im Sinne des Art. 178, Abs. 2. Diese Bestimmung ist offenbar im Hinblick auf Fälle getroffen, in denen jemand interzessionsweise für einen Schuldner eine Bürgschaft übernimmt oder ein Pfand setzt.⁴⁸⁾ Übernimmt im angeführten Beispiel ein Vierter durch Vertrag mit dem Gläubiger die Schuld des Veräusserers, so erlischt das auf dem Grundstück des Erwerbers lastende Pfandrecht, wenn dieser seine Zustimmung zur Schuldübernahme verweigert. Man könnte vielleicht einwenden, das Pfandrecht sei in diesem Falle nicht vom Dritten „bestellt“; dieser Einwand ist aber deshalb nicht stichhaltig, weil durch diesen Ausdruck bloss der Gegensatz des rechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechts zum gesetzlichen, für das Art. 178, Abs. 2 nicht gilt,⁴⁹⁾ markiert werden soll.

Die nämliche Erwägung führt im folgenden Falle zu einem gegenteiligen Entscheide: V veräussert sein für seine eigene Schuld dem G verpfändetes Grundstück an E; dabei verspricht E dem V Befreiung von der Schuld und lässt sich diese auf den Kaufpreis anrechnen. G lehnt indessen die Offerte des Grundbuchverwalters ab. Darauf

⁴⁸⁾ Anders der absolut gefasste § 418, Abs. 1 BGB, der für solche Unterscheidungen keinen Anhaltspunkt gewährt. Strohal ist denn auch in diesen Fragen anderer Meinung; vergl. S. 347 f.

Vergl. ferner Wellspacher a. a. O. S. 403 f.

⁴⁹⁾ Hasler, S. 91. Oser zu OR Art. 178, Bem. 4 a α.

stellt ihm E einen neuen Antrag, und schliesslich lässt sich G auf das Drängen des V hin zur Annahme bewegen. Im Momente, in dem die Akzeptation erfolgt, hat jedoch E das Grundstück bereits an X veräussert. Da E noch nicht Schuldner war und eine Annahme des Gläubigers nicht mehr erwartete, hat er einen Schuldbefreiungsvertrag mit X nicht abgeschlossen;⁵⁰⁾ dieser hat sich bloss den Betrag der Pfandschuld vom Kaufpreis abziehen lassen. Weder E noch X haben in diesem Falle eine Anwartschaft auf Regress. Auch X ist dem V gegenüber nicht „Dritter“, und es wäre nicht gerechtfertigt, wenn das auf seinem Grundstück ruhende Pfandrecht infolge eines Schuldnerwechsels unterginge, der für ihn keine rechtliche Bedeutung hat.

Im übrigen ist die Bestimmung des Art. 178, Abs. 2 für die Hypothekenübernahme von geringer Bedeutung; denn da hier die Forderung des Gläubigers durch ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht bereits gesichert ist, so kommen Bürgschaften wenig in Betracht, und andererseits sind Gesamtpfandrechte vom Zivilgesetzbuch (Art. 798) grundsätzlich ausgeschlossen.

Wichtige Nebenrechte sind ferner die Zinsen. Ist die Schuld verzinslich, so bleibt sie es natürlich auch nach der Übernahme. Dagegen erhebt sich die Frage, inwieweit der Übernehmer für zur Zeit der Schuldübernahme bereits verfallene Zinsen aufzukommen habe, falls nichts darüber vereinbart worden ist. Die bei der Zession massgebende Vermutung (OR Art. 170, Abs. 3) darf nicht auf die Schuldübernahme ausgedehnt werden. Denn bei der Zession handelt es sich bloss um ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, also zwischen zwei Gleichstehenden, bei der Schuldübernahme dagegen in erster Linie um die Obligierung eines neuen Schuldners.

⁵⁰⁾ Wird dagegen ein solcher Vertrag vereinbart und vom Grundbuchverwalter dem Gläubiger eine weitere Offerte gestellt, so ist der Fall nach OR Art. 177, Abs. 2 zu beurteilen. S. u. S. 23 ff.

Verspricht der Erwerber dem Veräusserer die Übernahme der Schuld und schliesst er alsdann mit dem Gläubiger eine Schuldübernahme ab, so muss im Zweifel in beiden Fällen nach allgemeinen Grundsätzen das als Inhalt des Vertrages betrachtet werden, was den dadurch Beschwerten am wenigsten belastet, d. h. es ist anzunehmen, dass er für die rückständigen Zinsen nicht verpflichtet ist. Indessen ergibt sich für die Hypothekenübernahme insofern eine Abweichung von dem Gesagten, als in Ermangelung einer andern Abrede angenommen werden muss, dass die Schuld insoweit auf den Erwerber übergeht, als dieser mit dem Grundstück dafür haftet. Danach hat er gemäss ZGB Art. 818, Z. 3, für drei verfallene Jahreszinse aufzukommen.⁵¹⁾

III. Einreden.

Der Gläubiger, der auf Grund der Übernahme die Forderung gegen den Erwerber geltend macht, hat zu beweisen: erstens, dass eine Schuld des Veräusserers ihm gegenüber bestand, und zweitens, dass der Erwerber diese Schuld übernommen hat. Für den zweitgenannten Beweis genügt es, wenn der Gläubiger dartut, dass er vom Grundbuchverwalter eine Offerte erhalten hat, und dass seit deren Empfang ein Jahr verflossen ist. Gegen beide Klagbehauptungen kann der Erwerber Einreden⁵²⁾ vorbringen. Dabei sind auf Grund der drei bei der Hypothekenübernahme in Betracht fallenden Rechtsverhältnisse zu unterscheiden:

a) Einreden aus dem Verhältnis des Erwerbers zum Gläubiger.

Es ist an und für sich selbstverständlich, dass der Erwerber die Nichtigkeit oder Mangelhaftigkeit des Übernahmevertrages dem Gläubiger gegenüber geltend machen

⁵¹⁾ Hasler, S. 126. Oser zu OR Art. 183, Bem. 3 b γ.

⁵²⁾ Über diesen Begriff im Sinne des schweizerischen Rechts vergl. Oser zu OR Art. 145, Bem. 2, Art. 169, Bem. 2.

kann; denn so weit ein gültiger Schuldübernahmevertrag nicht vorliegt, fehlt auch die Verpflichtungswirkung für den Übernehmer.

1. Bei der Pfandverschreibung kann der Erwerber jedem Gläubiger sämtliche den Übernahmevertrag betreffenden Einreden entgegenhalten, so die Einreden des Irrtums, der Täuschung, der Furcht, der Simulation. Der Fall der absichtlichen Täuschung ist verschieden zu beurteilen, je nachdem der Gläubiger (OR Art. 28, Abs. 1) oder der Veräusserer (OR Art. 28, Abs. 2) der Täuschende ist.⁵³⁾ Von besonderer Bedeutung ist die Einrede der mangelnden Ermächtigung des Grundbuchverwalters zum Erlass der Offerte.⁵⁴⁾ Ferner kann der Erwerber einwenden, dass in der Mitteilung, die er dem Gläubiger vom internen Vertrage gemacht hat, kein Antrag gelegen habe.

2. Beim Schuldbrief können jedenfalls alle diese Einreden dem unmittelbaren Gläubiger, d. h. dem Gläubiger, der behauptet, er habe mit dem Erwerber eine Schuldübernahme kontrahiert, entgegengestellt werden, selbst wenn der Schuldnerwechsel auf dem Titel vermerkt worden ist.⁵⁵⁾ Indessen müssen die gegen die Gültigkeit des Schuldübernahmevertrages gerichteten Einreden nach dem oben S. 13 Gesagten auch dem gutgläubigen Erwerber des Schuldbriefes gegenüber wirksam vorgebracht werden können. Denn wenn dem Veräusserer des Grundstücks die Einrede der Befreiung infolge einer Schuldübernahme zugebilligt wird, wenn somit der Gläubiger sich grundsätzlich nicht darauf verlassen kann, dass die im Schuldbrief als Schuldner bezeichnete Person wirklich Schuldner ist, so hätte es keinen Sinn, dem Erwerber die Einrede zu verweigern, dass er gar nicht Schuldner geworden ist, weil der Schuldübernahmevertrag aus irgend einem Grunde

⁵³⁾ Vergl. Hellwig, S. 170, N. 337

⁵⁴⁾ S. o. S. 9.

⁵⁵⁾ Vergl. hiezu, sowie zum folgenden Wieland zu ZGB Art. 865, 866 872.

nicht zur Wirksamkeit gelangte. Dagegen sind dem Grundstückserwerber gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Titels alle diejenigen Einreden versagt, die sich auf den Bestand der Forderung beziehen, so die Einrede, er habe dem Gläubiger Zahlung geleistet oder die Schuld sei ihm gestundet worden (ZGB Art. 865, 866, 872, 874).

Fällt infolge der wirksamen Geltendmachung einer Einrede der Übernahmevertrag dahin, so lebt die Verpflichtung des Veräußerers wieder auf (OR Art. 180, Abs. 1).

**b) Einreden aus dem Verhältnis des Veräußerers zum Gläubiger.
OR Art. 179, Abs. 1 und 2.**

Der Erwerber, der die Schuld des Veräußerers auf sich genommen hat, haftet dem Gläubiger natürlich nur, soweit eine solche Schuld im Zeitpunkt der Übernahme wirklich existierte. Daraus folgt, dass er dem Gläubiger grundsätzlich alle gegen den Bestand der Forderung (in rem) gerichteten Einreden, die der Veräußerer hatte, entgegenhalten kann, so besonders die Einrede, dass der Gläubiger die Darlehensvaluta nicht gezahlt habe. Eine Untersuchung darüber, welcher Art im einzelnen diese Einreden sind, gehört nicht hierher. Beim Schuldbrief kommen indessen nur diejenigen in Betracht, die nicht schon dem Veräußerer durch die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches abgeschnitten worden sind. Dem Gläubiger kann es allerdings recht unangenehm sein, wenn ihm nach Jahr und Tag aus seinem längst erledigten und nicht mehr klaren Verhältnis zum Veräußerer Einreden entgegengestellt werden. Es empfiehlt sich daher für ihn, die Annahmeerklärung nur unter der Bedingung zu geben, dass der Erwerber die Schuld anerkennt.⁵⁶⁾

Art. 179, Abs. 2 bestimmt, dass dem Veräußerer persönlich zustehende Einreden vom Erwerber nicht geltend gemacht werden können. Dahin rechnet man etwa eine

⁵⁶⁾ Cosack a. a. O. S. 397 f. Strohal, S. 322 f.

dem Veräusserer in personam bewilligte Stundung.⁵⁷⁾ Ferner ist in diesem Zusammenhang die Verrechnung zu nennen. Der Erwerber kann mangels Gegenseitigkeit nicht auf Grund einer dem Veräusserer gegen den Gläubiger zustehenden Forderung verrechnen. Ebensowenig kann der Gläubiger gegenüber dem Erwerber eine Forderung gegen den Veräusserer zur Kompensation verstellen, auch wenn vor der Übernahme die Verrechnungsmöglichkeit bestand. Ist dagegen bereits zwischen Veräusserer und Gläubiger verrechnet worden und infolgedessen die Schuld erloschen, so war der Schuldübernahmevertrag gegenstandslos,⁵⁸⁾ und der Erwerber kann diese Tatsache gegenüber dem Gläubiger geltend machen, soweit nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs entgegensteht.

c) Einreden aus dem Verhältnis des Erwerbers zum Veräusserer können dem Gläubiger nicht entgegengehalten werden (OR Art. 179, Abs. 3).⁵⁹⁾ Der Erwerber kann also mit der *exceptio non adimpleti contractus* nicht durchdringen.

Man pflegt in diesem Sinne die Schuldübernahme einen abstrakten Vertrag zu nennen,⁶⁰⁾ da sie von dem ihr „zugrunde liegenden Rechtsverhältnis“ losgelöst sei. Es ist jedoch, wenigstens vom Standpunkt der Angebotstheorie aus, unrichtig, wenn man überhaupt in diesem „Grundverhältnis“ die *causa* der Schuldübernahme erblickt. Es enthält meines Erachtens einen Rechtsgrund

⁵⁷⁾ Über deren praktische Bedeutungslosigkeit mit Recht L. Seuffert, *Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts*, S. 39.

⁵⁸⁾ Dies hat man sich aber nicht etwa so zu denken, dass der Gegenstand der Übernahme, die Schuld, fehlte. Schulden sind keine Gegenstände im Rechtssinne. Gegenstandslos war vielmehr die in der Schuldübernahme enthaltene Verpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Gläubiger; er hat sich zu einem Nichts verpflichtet.

⁵⁹⁾ Vergl. BGB § 417, Abs. 3; Entsch. d. R. G. 43, S. 270 ff.

⁶⁰⁾ Hasler, S. 99; Oser zu OR Art. 179, Bem. 5. Vergl. auch Gierke in der *Festschr. f. v. Martitz*, S. 58.

nur für die dem Veräusserer in Gestalt der Befreiung vom Erwerber gemachte Zuwendung, nicht aber für das zu diesem Zwecke notwendige Mittel, den Schuldübernahmevertrag. Dieser hat mit dem sogenannten Grundverhältnis nichts zu tun; es kann sogar völlig fehlen, und wenn es vorhanden ist, so bildet es für die Schuldübernahme bloss ein Motiv,⁶¹⁾ niemals aber die *causa*, so wenig wie das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen die *causa* für die Bürgschaft liefert.

Für den Fall, dass die Offerte vom Grundbuchverwalter ausgegangen ist,⁶²⁾ kann allerdings das Grundverhältnis für den Schuldübernahmevertrag von Bedeutung sein. Ist nämlich der Kaufvertrag und damit auch sein Bestandteil, der Schuldbefreiungsvertrag — oder dieser allein — im Zeitpunkt, da die Mitteilung erlassen wurde, nichtig gewesen, so hat eine Voraussetzung für die Ermächtigung des Grundbuchverwalters gefehlt, und infolgedessen ist die Schuldübernahme nicht wirksam geworden, falls nicht der Erwerber seine Genehmigung erklärt hat. Macht der Erwerber diese Tatsache geltend, so stützt sich jedoch die Einrede keineswegs auf das Grundverhältnis, sondern auf einen Mangel des Schuldübernahmevertrags selber, gehört also zu der unter a) erwähnten Gruppe. Hat sich z. B. der Erwerber beim Abschluss des Schuldbefreiungsvertrages in einem wesentlichen Irrtum befunden, so kann er die relative Nichtigkeit dieser Vereinbarung dem Gläubiger nicht entgegenhalten; vielmehr kann er bloss durch Erklärung an den Veräusserer (OR Art. 31, Abs. 1) die absolute Nichtigkeit des Schuldbefreiungsvertrages herbeiführen und alsdann dem Gläubiger die Einrede der mangelnden Ermächtigung des Grundbuchverwalters entgegensetzen. Nicht selten wird übrigens der Willensmangel des Erwerbers beim Abschluss des internen Vertrages auch

⁶¹⁾ Hellwig, S. 206; Strohal, S. 314.

⁶²⁾ Sie kann auch vom Erwerber ausgehen, so wenn sie der Grundbuchverwalter zu stellen unterlässt oder nachdem der Gläubiger die Offerte des Grundbuchverwalters abgelehnt hat.

bei der Schuldübernahme vorhanden sein, so dass er seine Einrede direkt auf sein Verhältnis zum Gläubiger stützen kann.

Fällt dagegen der Kaufvertrag oder der Schuldbefreiungsvertrag allein aus irgend einem Grunde nach Erlass der Mitteilung des Grundbuchverwalters mit Wirkung ex nunc dahin, so wird dadurch der Übernahmevertrag nicht berührt.

IV. Die Weiterübernahme.

Wird vom Erwerber, der mit dem Veräusserer einen Schuldbefreiungsvertrag abgeschlossen hatte und infolgedessen durch eine Offerte dem Gläubiger gebunden ist, das Grundstück vor erfolgter Annahme oder Ablehnung an einen Dritten veräussert, ohne dass dabei über die Pfandschuld etwas vereinbart wird, so vermag die blosse Tatsache der Veräusserung an der Gebundenheit des Erwerbers nichts zu ändern. Dagegen tritt die Annahmefiktion nicht ein.⁶³⁾

Anders verhält es sich, wenn zwischen dem Erwerber und dem Dritten ebenfalls eine Schuldbefreiung vereinbart wird. Man hat sich dies folgendermassen zu denken: V veräussert sein für die eigene Schuld dem G verpfändetes Grundstück an E. Dabei verpflichtet sich dieser zur Befreiung des V, und infolgedessen stellt der Grundbuchverwalter dem G die Offerte zur Schuldübernahme. Bevor G die Annahme oder Ablehnung erklärt hat und bevor ein Jahr verflossen ist, veräussert E das Grundstück weiter an X, wobei dieser ebenfalls verspricht, die Hypothekenschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen. Welches ist die Bedeutung einer solchen Vereinbarung? Um ein Versprechen, den E von der Schuld zu

⁶³⁾ Zweck der Annahmefiktion ist die Vereinigung von Schuld und Pfandhaftung. Es empfiehlt sich nicht, sie auf Fälle auszudehnen, wo sie diese Aufgabe gar nicht erfüllen kann.

befreien, kann es sich nicht handeln; denn E ist nicht Schuldner, sondern V. Es liegt darin auch kein Schuld-befreiungsversprechen mit der Bedingung, dass E von G als Schuldner akzeptiert wird. Denn würde alsdann G die Schuldübernahme ablehnen und müsste ihn E befriedigen, so könnte er dafür den X, der ihm nur Befreiung von seiner durch die Annahme bedingten Schuld versprochen hat, nicht in Anspruch nehmen. Das Interesse des E geht daher darauf, die lästige Liberationspflicht gegenüber V überhaupt soweit als möglich auf die Schultern des X abzuladen. Am besten wäre ihm gedient, wenn X die Befreiungspflicht durch einen Vertrag mit V übernehmen würde. Das wird aber schon deshalb nicht angehen, weil E dem G gegenüber bereits gebunden ist. Die Vereinbarung kann daher bloss den Sinn haben: X ist verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen, genauer, V oder, falls E als Schuldner akzeptiert wird, diesen zu befreien. Solange V Schuldner bleibt, handelt es sich also um einen Vertrag auf Leistung des (von E geschuldeten) Befreiungserfolges an einen Dritten, den V (OR Art. 112, Abs. 1). Im Zweifel wird ein Recht des V, die Befreiung von X zu verlangen, nicht anzunehmen sein (OR Art. 112, Abs. 2). Natürlich wird der Grundbuchverwalter auch durch diesen Liberationsvertrag verpflichtet, dem Gläubiger eine Offerte zu stellen.

Nun aber liegt dem E, nachdem er das Grundstück veräussert hat, alles daran, nicht Schuldner, d. h. schuldnerischer Nichteigentümer zu werden; diesem Interesse kommt die allgemeine, auf Vereinigung von Schuld und Eigentum gerichtete Tendenz entgegen. Die im Hinblick auf diesen Fall geschaffene Regel des OR Art. 177, Abs. 2 bestimmt, dass, sobald G die Offerte des X, resp. des Grundbuchverwalters erhält, der vorangehende Antrag des E dahinfällt. G kann demnach nur noch X als Schuldner annehmen, nicht mehr E. Dennoch bleibt dieser im Innenverhältnis zur Befreiung des V verpflichtet; er wird daher, um sie nicht selbst bewirken zu müssen, alles auf-

bieten, um sie durch X herbeiführen zu lassen. Bedeutet somit dieser Wegfall des ersten Antrags einen grossen Vorteil für E, so wird er dem V in der Regel nicht erwünscht sein. Denn da dem Gläubiger ein weiteres spatum deliberationis von einem Jahr gewährt werden muss, so wird seine Befreiung unter Umständen etwas weit hinausgeschoben. V wird sich damit helfen müssen, dass er von E Sicherheit verlangt (OR Art. 175, Abs. 3). Nimmt G den X als Schuldner an, so wird dadurch V gegenüber G, E gegenüber V und X gegenüber E befreit, und es entsteht eine klare Rechtssituation. Lehnt dagegen G ab, so bleiben die internen Liberationsverpflichtungen bestehen, bis schliesslich G durch V, E oder X auf irgend eine Weise befriedigt wird. Leistet V an den Gläubiger, so steht ihm der Regress gegen E offen und ebenso kann E den X belangen, wenn er den Gläubiger befriedigt oder wenn er dem V Schadenersatz leisten muss, falls dieser von G belangt wird.
