

S. 315 / Nr. 49 Obligationenrecht (d)

BGE 57 II 315

49. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Mai 1931 i. S. Rösch gegen Rabbiosi.

Regeste:

Grundpfandschuldübernahme beim Liegenschafts Kauf. – ZGB Art. 832 ff. setzen als üblich voraus, dass die Entlassung des bisherigen Schuldners durch den Gläubiger erst nach der Eigentumseintragung angebahnt werde. Auslegung des internen Befreiungsversprechens nach der Verkehrssitte. Darnach und nach Art. 175, 82 und 184 OR hat der Verkäufer keinen Anspruch auf Befreiung bei der Fertigung (Erw. 1).

Seite: 316

Wegfall einer vorgesehenen Verrechnung infolge Rücktrittes und Schuldpflicht in bar aus dem nicht dahingefallenen Vertrag (Erw. 2).

A. – Durch öffentlich beurkundeten, als Vorvertrag bezeichneten Vertrag vom 8. September 1928 versprach der Beklagte, Angelo Rabbiosi, Baumeister in Neu-Allschwil, dem Kläger, Leopold Rösch-Binoth, Baumeister in Schönaue (Baden) das im Grundbuch von Allschwil unter Nr. A. 1747 eingetragene Grundstück zum Preise von 48000 Fr. zu verkaufen. Der Preis sollte beglichen werden durch Übernahme der bestehenden Grundpfandverschreibung von 39500 Fr. und durch Verrechnung des Preises von 6000 Fr. für ein Automobil, Marke «Pontiac» und von 2500 Fr. für einen Posten Tapeten, die der Kläger gemäss besonderer Vereinbarung vom Tage vorher dem Beklagten verkauft hatte. Der Antritt der Liegenschaft wurde auf den 1. Oktober 1928 festgesetzt. Die Fertigung sollte spätestens am 1. Februar 1929 stattfinden. Als Vorvertrag wurde das Rechtsgeschäft bezeichnet, weil es dem Kläger freistehen sollte, bis zur Fertigung einen andern zahlungsfähigen Käufer zu stellen, der dann noch den endgültigen Kaufvertrag zu denselben Bedingungen mit dem Beklagten zu schliessen gehabt hätte. Es gelang dem Kläger jedoch nicht, einen solchen Liebhaber zu finden, und er entschloss sich, den definitiven Vertrag selber mit dem Beklagten einzugehen. Dieser verweigerte jedoch den Abschluss, bevor der Kläger solvente Bürgen gestellt und auf diese Weise den Übergang der Hypothek gewährleistet habe. Eine am 29. August 1929 angesetzte Frist bis 6. September 1929 verlief erfolglos, da der Beklagte die Weigerung aufrecht hielt, und der Kläger erklärte darauf am 7. September 1929 den Rücktritt vom Vertrag und verlangte Rückerstattung seiner Anzahlung von 8500 Fr.

B. – Am 23. Oktober 1929 hat Rösch gegen Rabbiosi Klage mit dem Rechtsbegehren erhoben, der Beklagte sei zur Zahlung von 8500 Fr. nebst 5% Zins seit 8. September 1928 zu verpflichten.

Seite: 317

C. – Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und folgende Widerklagebegehren gestellt:

1. a) Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verurteilen, den im Vorvertrag vom 8. September 1928 zwischen den Parteien vorgesehenen Kaufvertrag über die Liegenschaft A 1747 im Grundbuch Allschwil zu unterzeichnen.

b) Er sei zu verpflichten, dem Grundbuchamt Binningen die Ermächtigung zu erteilen, ihn als Eigentümer der fraglichen Liegenschaft in das Grundbuch einzutragen.

c) Er sei zu verurteilen, auf den Zeitpunkt der Ausstellung der Ermächtigung zum fraglichen Grundbucheintrag die Schuldentlassung des Beklagten aus der Hypothekarschuld im Betrag von 39500 Fr. gegenüber der Handwerkerbank in Basel zu erwirken.

2. Es sei dem Kläger und Widerbeklagten eine Frist von 14 Tagen, eventuell eine andere angemessene Frist vom Gericht anzusetzen, innert welcher er die sub 1a) und b) erwähnten Urkunden auszustellen hat, und innert welcher die sub 1c) erwähnte Entlassung des Beklagten zu erfolgen hat.

3. Falls der Kläger innert der ihm gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sein sollte, sei

a) Das Grundbuchamt Binningen zu ermächtigen, den Kläger als Eigentümer der fraglichen Liegenschaft in das Grundbuch einzutragen,

b) Es sei ferner der Kläger zu verurteilen, dem Beklagten 39500 Fr. nebst 5 1/2% Zins seit 1. Oktober 1928 zu bezahlen.

c) Ausserdem sei das Grundbuchamt Binningen zu ermächtigen, zugunsten des Beklagten und zulasten des Klägers auf der fraglichen Liegenschaft eine Verkäuferhypothek gemäss Art. 837 ZGB im Betrage von 39500 Fr. nebst 5 1/2% Zins seit 1. Oktober 1928 in das Grundbuch einzutragen.

D. – Das Bezirksgericht Arlesheim hat durch Urteil vom 5. September 1930 die Klage abgewiesen und die

Seite: 318

Widerklage unter Ansetzung der im Begehren verlangten Frist von 14 Tagen in vollem Umfang gutgeheissen.

E. – Auf Berufung des Klägers hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft die Klage nur angebrachtermassen abgewiesen, die Widerklagebegehren unter Ziff. 1 gutgeheissen, die übrigen Widerklagebegehren aber abgewiesen.

F. – Gegen diesen Entscheid haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Der Kläger hat den Antrag auf Guttheissung der Klage und vollständige Abweisung der Widerklage ... gestellt.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage sei gänzlich abzuweisen und von der Widerklage sei auch das Begehren um Fristansetzung und um Anordnung der in Ziff. 3 der Widerklage verlangten Rechtsfolgen zu schützen.

G. – ...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Es ist zunächst die Hauptklage zu beurteilen, und zwar ist zu untersuchen, ob der Rücktritt des Klägers vom Vorvertrag wegen Weigerung des Beklagten, diesen vor seiner Entlassung als Grundpfandschuldner zu erfüllen, zu Recht erfolgt war. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die auf Erfüllung gerichtete Widerklage ohne weiteres abzuweisen und es entfällt dann auch die Frage, wie es sich mit der durch die Widerklage selbst verlangten Vollstreckung der materiellen Widerklageansprüche verhält, bei deren Entscheidung die kantonalen Gerichte voneinander abgewichen sind.

Nach Art. 832 Abs. 2 ZGB wird bei Übernahme der Schuldpflicht für die Pfandforderung durch den neuen Eigentümer der alte Schuldner frei, wenn der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, diesen beibehalten zu wollen, und nach Art. 834 hat der Grundbuchverwalter von der Übernahme der Schuld durch den Erwerber dem Gläubiger Kenntnis zu geben. Das Gesetz

Seite: 319

trifft also seine Regelung für den Fall, in dem zur Zeit der Eigentumsübertragung im Grundbuch lediglich das im Kaufvertrag enthaltene Befreiungsversprechen des Erwerbers, der sogenannte interne Schuldübernahmevertrag, vorliegt und die notwendige Auseinandersetzung mit dem Pfandgläubiger noch zu erfolgen hat. Das ergibt sich einwandfrei daraus, dass es von der Übernahme durch den neuen Eigentümer spricht – Eigentümer ist er erst durch den Grundbucheintrag geworden, – dass es den Grundbuchverwalter mitwirken lässt, der ja, wo er nicht zugleich Urkundsperson ist, überhaupt erst durch seine Funktion bei der Eintragung von der Schuldübernahme erfährt, und dass es die für die Erklärung des Gläubigers gesetzte Frist von der Mitteilung des Grundbuchverwalters an laufen lässt (vgl. LEEMANN, Kommentar, Note 29 zu Art. 832 ZGB). Diese Art der Schuldübernahme wird durch Art. 832 und Art. 834 ZGB also als die normale vorausgesetzt (WIELAND, Kommentar, Ziff. 2 lit. a) zu Art. 832 ZGB) und sie ist denn auch im Grundpfandverkehr allgemein üblich (BGE 40 II S. 594).

Ohne Zweifel steht es den Parteien des Kaufvertrages zu, vertraglich eine von der üblichen abweichende Regelung zu treffen und zu bestimmen, dass die Befreiung des Veräusserers vor oder wenigstens bei der Eigentumsübertragung zu geschehen habe. Im vorliegenden Falle enthält der Kaufvertrag jedoch keine solche Bestimmung, sondern es wird darin nur gesagt, dass der Kaufpreis u. a. durch Übernahme der bestehenden Hypothek mit einem angeblichen Rest von 39500 Fr. geregelt werde. Der Wortlaut gibt also keine Anhaltspunkte, und es ist somit der Parteiwille auf dem Wege der Auslegung und Ergänzung zu ermitteln. Dabei ist nach herrschender Auffassung die Verkehrssitte heranzuziehen (VON THUR, OR I S. 242, BECKER, Kommentar, Note 12 zu Art. 18 OR, OSER, Kommentar, Note 24 zu Art. 18 OR). Als Verkehrssitte kann aber nichts anderes gelten, als die oben festgestellte Übung zumal keine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz

Seite: 320

über eine von der allgemeinen abweichende lokale Übung vorliegt. Es ist auch anzunehmen, dass den Parteien die Verkehrssitte bekannt war, sodass sie vernünftigerweise eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen hätten, wenn sie einen andern Willen gehabt hätten.

Der Beklagte scheint nun freilich ausführen zu wollen, es bestehe eine Übung zwar in dem Sinne, und Art. 832 ZGB knüpfe daran an, dass tatsächlich die Befreiung des Veräusserers in der Regel nach der Übertragung des Eigentums geschehe, nicht aber in dem Sinne, dass bei der grossen Mehrzahl der Verträge der Veräusserer nach richtiger Auslegung gar keinen Anspruch auf vorherige Befreiung hätte, wenn er ihn geltend machen wollte. Er hat nämlich behauptet, Art. 832 treffe eine Regelung nur für die Fälle, wo der bisherige Schuldner es aus irgendwelchen Gründen unterlasse, seinen Anspruch vor oder bei der Fertigung durchzusetzen; dann allerdings sei die gesetzliche Regelung aus

grundbuchlichen Gründen zur Beseitigung allfälliger Schwierigkeiten zwischen Übernehmer und Gläubiger erforderlich. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Art. 832 und 834 setzen offenbar voraus, dass dem Normalfall, an den sie anknüpfen, auch die Rechtslage entspreche, mithin, dass der Veräusserer in der Regel keinen Anspruch auf Befreiung vor oder bei der Fertigung habe. Wenn übrigens die Verkehrssitte, also eine blosser Tatsache, bei der Auslegung eines unklaren oder unvollständigen Vertrages massgebend sein soll, geht es überhaupt nicht an, hinterher wieder die Frage aufzuwerfen, ob die Verkehrssitte auf einer richtigen Auslegung und Erfüllung der Verträge beruhe, sonst gerät man in einen *circulus vitiosus*.

Zu einer andern Lösung kommt man auch nicht bei Anwendung des Art. 175 OR, der für das Rechtsverhältnis der Parteien der internen Schuldübernahme massgebend ist (LEEMANN, Kommentar, Note 14 zu Art. 832 ZGB), und der Bestimmungen des Obligationenrechts über die Reihenfolge der Leistungen, insbesondere beim Kauf

Seite: 321

(OR Art. 82 und 184 Abs. 2). Nach Art. 175 Abs. 2 kann der Übernehmer zur Erfüllung des Befreiungsversprechens nicht angehalten werden, solange der bisherige Schuldner ihm gegenüber den Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, die dem Schuldübernahmevertrag zu Grunde liegen. Daraus würde sich ergeben, dass die Verpflichtung des Veräusserers, das Eigentum zu übertragen, vorauszu erfüllen ist und dass also in casu das Begehren des Beklagten unbegründet war (BECKER, Kommentar, Note 1 zu Art. 175, HASLER, Schuldübernahme S. 121). Die Bestimmung des Art. 175 Abs. 2 OR ist jedoch als überflüssige und ungenaue Wiedergabe des in Art. 82 OR enthaltenen Rechtssatzes bezeichnet worden; trotz des irreführenden Wortlautes hätten in Ermangelung einer Verabredung beide Leistungen Zug um Zug zu erfolgen (VON TUHR OR II S. 765 Note 19). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Kritik begründet und ob Art. 175 Abs. 2 auf die interne Schuldübernahme nur im Sinne des Art. 82 anzuwenden ist. Jedenfalls ist der Vorinstanz, die im Anschluss an die zitierte Bemerkung aus dem Schrifttum so entschieden hat, entgangen, dass in Art. 82 die Leistung Zug um Zug nicht nur vom Inhalt, sondern auch von der Natur des Vertrages abhängig gemacht wird, und dass nach dem Art. 184 Abs. 2, der auf die Leistungspflicht des Verkäufers anwendbar ist, auch die Übung eine Vorleistungspflicht daraus machen kann. Diese Übung besteht, wie festgestellt wurde, sodass das Ergebnis dasselbe ist wie bei der wortlautgemässen Anwendung des Art. 175 Abs. 2, sofern es sich eben um eine Grundpfandschuldübernahme im Liegenschafts Kauf ohne abweichende Verabredung handelt. Wenn die Entscheidung des Obergerichtes richtig wäre und wenn die Verkäufer von ihren Rechten auch Gebrauch machen würden, müsste sich daraus nicht nur ergeben, dass die Art. 832 ff. ZGB im Normalfall überflüssig wären, sondern es würde auch zu einer namhaften Erschwerung des Liegenschaftsverkehrs kommen.

Seite: 322

Einmal müsste der Gläubiger, damit der Austausch wirklich Zug um Zug erfolgen könnte, auch zur Fertigung aufgeboten werden, oder vorher schriftlich eine bedingte Entlassungserklärung abgeben; beides wäre gleich umständlich. Ausserdem ist überhaupt zu beachten, dass der Anspruch des Veräusserers gegenüber dem Erwerber keineswegs auf eine bestimmte Art der Befreiung geht, sondern nur auf Befreiung an sich (BECKER, Kommentar, Note 5 zu Art. 175 OR, OSER, Kommentar, Note 10 zu Art. 175, HELLWIG, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 165), sodass Entlassung des Veräusserers durch den Gläubiger gar nicht Gegenstand des Anspruches des Veräusserers ist, der Zug um Zug zu erfüllen wäre. Die Verkehrssicherheit würde ohne Zweifel darunter leiden, dass der bisherige Schuldner es auf diese Weise in der Hand hätte, seinen naturgemäss inhaltlich unbestimmten Erfüllungsanspruch schon auf den Zeitpunkt der Fertigung geltend zu machen.

Die hier vertretene Lösung wird auch den Interessen des Altschuldners gerecht. Soweit seine Schuld durch das Pfand gedeckt ist, läuft er ohnehin keine Gefahr, und darüber hinaus hat er bei Ausbleiben der Befreiung nach Art. 175 Abs. 3 ein gerechtfertigtes Interesse an der Sicherstellung durch den Übernehmer (LEEMANN, Kommentar, Note 15 zu Art. 832 ZGB). Gerade die Bestimmung des Art. 175 Abs. 3 geht, wenn man sie auf die Übernahme der Grundpfandschulden durch den Liegenschaftserwerber anwendet, von der Voraussetzung aus, dass die Leistung des bisherigen Schuldners schon erfolgt sei, sonst stände ihm der Rücktritt gemäss Art. 107, Art. 107 Abs. 2 zur Verfügung (LEEMANN, Kommentar, Note 15 zu Art. 832).

Da also der Beklagte die Fertigung zu Unrecht abgelehnt hat, durfte der Kläger entgegen der Ansicht der Vorinstanz nach erfolglosem Ablauf der angesetzten Frist gemäss Art. 107 OR von dem zweiseitigen Vertrag zurücktreten. Dem Umstand, dass er seinen Wohnsitz

Seite: 323

im Ausland hatte, kommt, das ist noch beizufügen, keine Bedeutung zu; ausserdem hat er mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass er die übrigen 8500 Fr. vertragsgemäss geleistet hatte.

2. – Nach Art. 109 OR hat der Zurücktretende Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten. Darunter ist grundsätzlich die Rückerstattung in natura zu verstehen, und nur wenn das Geleistete nicht mehr vorhanden ist, tritt die Bereicherung, nicht etwa der volle Wert, an seine Stelle (BECKER, Kommentar, Note 2 zu Art. 109). Im vorliegenden Fall ist jedoch über das Automobil und die Tapeten ein gesonderter Vertrag abgeschlossen worden, von dem der Kläger mit seiner Erklärung vom 7. September 1929 nicht zurückgetreten ist. Es ist daher der Preis dieses besondern Kaufes in bar geschuldet, nachdem die in Aussicht genommene Verrechnung mit dem Rest des Liegenschafts Kaufpreises nicht mehr möglich ist. Insofern ist es unrichtig, wenn der Anspruch als Rückerstattungsanspruch bezeichnet wurde. Es ist der Erfüllungsanspruch aus dem Vertrag vom 7. September 1928. Der Beklagte hat freilich behauptet, der Preis von 8500 Fr. sei übersetzt gewesen und nur im Hinblick auf den Liegenschafts Kauf gewährt worden. Darin kann jedoch keine zulässige Anfechtung, auch keine Geltendmachung eines Minderungsanspruches hinsichtlich des Fahrniskaufes erblickt werden, wie das Bundesgericht in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 17. September 1930 i. S. Elsener gegen Amsler erkannt hat. Die Klage muss also gutgeheissen werden, während die Widerklage und die Berufung des Beklagten sich als unbegründet erwiesen haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung des Klägers und die Klage werden gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Basel-Landschaft vom 6. Februar 1931 wird aufgehoben

Seite: 324

und der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten 8500 Fr. nebst 5% Zins seit 8. September 1928 zu bezahlen.

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen