Urteilskopf

95 I 568

82. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juli 1969 i.S. Hausmann gegen Basel-Stadt, Regierungsrat.
Regeste (de):
Miteigentum.

Verpfändung der Miteigentumsanteile (Art. 646 Abs. 3 ZGB) und der im Miteigentum stehenden Sache selbst (Art. 648 Abs. 2 und 3 ZGB).

Verhältnis zwischen den Pfandrechten an der Sache selbst einerseits und an Miteigentumsanteilen anderseits.

Tragweite der Vorschrift, wonach die Miteigentümer die Sache selbst nicht mehr mit Grundpfandrechten belasten dürfen, wenn solche an Miteigentumsanteilen bestehen (Art. 648 Abs. 3 ZGB).

Diese Vorschrift verbietet nach ihrem Sinn und Zweck nicht, an der Sache selbst ein Pfandrecht zu errichten, das den bereits bestehenden Pfandrechten an Miteigentumsanteilen vorgeht, wenn alle Beteiligten, insbesondere die Gläubiger der Pfandrechte an den Anteilen, damit einverstanden sind.

Für die Zustimmung dieser Gläubiger genügt eine schriftliche Erklärung.

Regeste (fr):
Copropriété.

Engagement des parts de copropriété (art. 646 al. 3 CC) et de la chose elle-même dont plusieurs personnes sont copropriétaires (art. 648 al. 2 et 3 CC).

Rapport entre les droits de gage qui grèvent la chose elle-même et ceux qui grèvent les parts de copropriété.

Portée de la règle en vertu de laquelle les copropriétaires ne peuvent plus grever la chose elle-même de droits de gage immobiliers, si des parts de copropriété sont déjà grevées de tels droits (art. 648 al. 3 CC).

Interprétée selon son esprit et le but visé par le législateur, cette prescription légale n'interdit pas de grever la chose elle-même d'un droit de gage qui prime les droits de gage grevant déjà les parts de copropriété, moyennant l'accord de tous les intéressés, en particulier des créanciers garantis par des droits de gage grevant les parts de copropriété.

Il suffit que ces créanciers donnent leur consentement par une déclaration écrite.

Regesto (it):
Comproprietà.

Costituzione in pegno delle parti di comproprietà (art. 646 cpv. 3 CC) e della cosa medesima in comproprietà (art. 648 cpv. 2 e 3 CC).

Rapporto tra i diritti di pegno che gravano la cosa medesima e i diritti di pegno che gravano le parti di comproprietà.

Portata della norma secondo la quale i comproprietari non possono più gravare la cosa medesima di diritti di pegno immobiliari, qualora ne siano già gravate singole quote (art. 648 cpv. 3 CC).

Interpretata secondo il suo senso e scopo, questa norma legale non vieta di gravare la cosa medesima d'un diritto di pegno che prevalga sugli altri diritti di pegno già esistenti sulle parti di comproprietà, qualora tutti gli interessati, in particolare i creditori garantiti daidiritti di pegno sulle parti, siano d'accordo.

Basta che questi creditori diano il proprio consenso con una dichiarazione scritta.

Sachverhalt ab Seite 569

BGE 95 I 568 S. 569

Das Grundstück Parzelle 3998 der Sektion II des Grundbuchs der Stadt Basel wurde im Jahre 1934 mit einer Grundpfandverschreibung im I. Range von Fr. 75 000.– belastet. Nach dem Hinschied eines der Eigentümer ging es im Jahre 1949 auf Grund eines Teilungsvertrages in das Miteigentum von drei Personen mit Anteilen von je einem Drittel über. Einer der Miteigentümer, Werner Hausmann, belastete im Jahre 1962 seinen Anteil mit einem Inhaberschuldbrief von Fr. 35 000.–, dem im Hinblick auf das bereits eingetragene, das ganze Grundstück belastende Pfandrecht der II. Rang beigelegt wurde.
Am 29. November 1966 beurkundete Notar Dr. Andreas Saxer einen "Nachtrag zur Grundpfandverschreibung von Fr. 75 000.– im I. Rang auf Parzelle 3998 ...", der u.a. vorsah, dass diese Grundpfandverschreibung um Fr. 10 000.– auf Fr. 85 000.– erhöht werde und dass die drei Miteigentümer Hans, Werner und Gertrud Hausmann sowie die Ehefrau des Miteigentümers Werner Hausmann der Gläubigerin diesen Betrag solidarisch schulden. In einem schriftlichen "Nachtrag zum Inhaberschuldbrief von Fr. 35 000.– im II. Rang auf ein Drittel-Anteil von Parzelle 3998 ..." erklärte der Schuldbriefgläubiger mit Zustimmung einer als "Forderungspfandgläubigerin" bezeichneten Bank "den Rücktritt für sein gegenwärtiges Pfandrecht hinter einen Vorgang von nun Fr. 85 000.– im I. Rang mit Zins bis 7%". Am 17. April 1967 wies das Grundbuchamt des Kantons Basel-Stadt den Antrag Dr. Saxers auf Eintragung der von ihm beurkundeten Änderung der Grundpfandverschreibung ab, weil nach der zwingenden Vorschrift von Art. 648 Abs. 3 ZGB das Grundstück als ganzes nicht mehr verpfändet werden könne, wenn einzelne Miteigentumsanteile verpfändet wurden. Die Beschwerde der drei Miteigentümer gegen diese Verfügung wurde am 9. November 1967 vom Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt als erstinstanzlicher und am 10. September 1968 vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt als zweitinstanzlicher kantonaler Aufsichtsbehörde in Grundbuchsachen abgewiesen. Gegen den Entscheid des Regierungsrates haben die Miteigentümer beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde

BGE 95 I 568 S. 570

eingereicht mit dem Begehren, das Grundbuchamt sei anzuweisen, die verlangte Eintragung zu vollziehen. Gleichzeitig haben sie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die sie vorsorglich gegen den Entscheid des Justizdepartements erhoben hatten, zurückgezogen. Der Regierungsrat und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beantragen in ihren Vernehmlassungen die Abweisung der vorliegenden Beschwerde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist das Grundbuchamt an, die verlangte Eintragung vorzunehmen.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Art. 648 ZGB, der nach seinem Randtitel die "Verfügung über die Sache" (d.h. die Verfügung über die im Miteigentum stehende Sache) regelt, lautete in seiner ursprünglichen, bis zum 31. Dezember 1964 geltenden Fassung: "Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der anderen verträglich ist. Zur Verässerung oder Belastung der Sache, sowie zur Veränderung ihrer Zweckbestimmung bedarf es, insofern sie nicht einstimmig anders verfügt haben, der Übereinstimmung aller Miteigentümer." Das am 1. Januar 1965 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Änderung des Vierten Teiles des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19. Dezember 1963 (AS 1964 S. 993 ff.) ersetzte in Art. 648 Abs. 2 ZGB den eingeschobenen Nebensatz "insofern sie nicht einstimmig anders verfügt haben" durch den an den Schluss gestellten Nebensatz "soweit diese (die Miteigentümer) nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben". Diese Änderung ist lediglich redaktioneller Natur (BBl 1962 II 1508; MEIER-HAYOZ, 4. Aufl. 1966, N. 20 zu Art. 688 ZGB). Aus Art. 648 Abs. 2 ZGB alter und neuer Fassung geht unzweifelhaft hervor, dass es grundsätzlich möglich ist, eine im Miteigentum stehende Sache als solche zu verpfänden, wenn alle Miteigentümer dieser Verfügung zustimmen. Die Befugnis, den Miteigentumsanteil zu verpfänden, die nach dem bei der Revision von 1963 nicht geänderten Art. 646 Abs. 3 ZGB jedem Miteigentümer zusteht, bleibt auch dann bestehen,

wenn die im Miteigentum stehende Sache als solche verpfändet worden ist (Kreisschreiben des EJPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Grundbuch betr. die grundbuchliche Behandlung des Stockwerkeigentums und des gewöhnlichen Miteigentums vom 24. November 1964, BBl 1964 II 1198 f. Ziff. 4; MEIER-HAYOZ N. 45 zu Art. 646 ZGB). Das Pfandrecht an der Sache und das Pfandrecht am Anteil bestehen in einem solchen Falle nebeneinander. Da die beiden Pfandrechte rechtlich nicht den gleichen Gegenstand haben (vgl. Art. 655 ZGB, wonach sowohl die Liegenschaften als auch die Miteigentumsanteile an Grundstücken Grundstücke im Sinne des Gesetzes sind), kann zwischen ihnen nicht ein Rangverhältnis im Sinne von Art. 813 ff. ZGB bestehen, d.h. die Vorschriften über die Pfandstellen und über die Vereinbarung eines Nachrückungsrechts sind auf das Verhältnis zwischen diesen beiden Rechten nicht anwendbar, sondern die genannten Vorschriften regeln nur das Verhältnis zwischen mehreren Pfandrechten am Grundstück selbst und das Verhältnis zwischen mehreren Pfandrechten an einem Anteil. Auch wenn das Grundstück selbst verpfändet ist, kann also an jedem Anteil ein Pfandrecht im I. Rang errichtet werden (vgl. hiezu BBl 1962 II 1508, MEIER-HAYOZ N. 29 d zu Art. 648 ZGB, sowie Ziff. 4 und 5 des erwähnten Kreisschreibens). Es war deshalb falsch, dass dem zulasten des Miteigentumsanteils von Werner Hausmann errichteten Inhaberschuldbrief mit Rücksicht auf die bereits bestehende Pfandbelastung des ganzen Grundstücks der II. Rang beigelegt wurde. Der Umstand, dass das Pfandrecht an der Sache selbst und dasjenige an einem Miteigentumsanteil rechtlich nicht den gleichen Gegenstand haben, ändert jedoch nichts daran, dass das Pfandrecht am Anteil letztlich wie das Pfandrecht an der ganzen Sache die Befriedigung des Gläubigers aus dem Wert der Sache bzw. aus einer bestimmten Quote dieses Wertes gewährleisten soll. Kommt es zur Verwertung der Sache selbst, was nicht nur infolge Betreibung durch den Gläubiger, dem die ganze Sache verpfändet ist, sondern wenigstens nach den bisher geltenden Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken (Art. 73 lit. b und 102 VZG) auch infolge Betreibung durch den Gläubiger, dem ein Anteil verpfändet ist, geschehen kann, so muss entschieden werden, wieweit der Erlös dem einen und dem andern Pfandgläubiger zukommt. Über die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Pfandrechte zueinander stehen, muss aber

auch dann Klarheit bestehen, wenn allenfalls nur der Anteil verwertet wird (was Art. 73 lit. a VZG freilich nur für den Fall zulässt, dass das Grundstück als solches nicht verpfändet ist) oder wenn versucht werden soll, eine Verständigung unter den Miteigentümern und den Pfandgläubigern über die Auflösung des Miteigentumsverhältnisses (Art. 73 lit. b VZG) herbeizuführen. Es handelt sich dabei um eine Frage der Reihenfolge oder des Ranges in einem weiteren Sinne. Sie ist dahin zu beantworten, dass das Pfandrecht an der Sache selbst dem erst nachher begründeten Pfandrecht an einem Miteigentumsanteil vorgeht (vgl. Art. 73 lit. b am Ende VZG; Ziffer 4 am Ende des Kreisschreibens des EJPD vom 24. November 1964; MEIER-HAYOZ N. 29 d Abs. 2 zu Art. 648 ZGB). Das folgt daraus, dass die Wertquote der Sache, die Gegenstand eines dinglichen Rechts des Gläubigers ist, dem das ganze Grundstück verpfändet wurde, mit Rücksicht auf dieses absolute Recht nicht nachträglich auch noch zur Sicherung anderer Gläubiger verwendet werden kann, soweit sie zur Deckung der Ansprüche des Gläubigers, dem die ganze Sache verpfändet wurde, erforderlich ist (vgl. LIVER, Einleitung zum 21. Titel des ZGB, N. 37, wo zu einer ähnlichen Frage eine analoge Erwägung angestellt wird).

2. Während nie bezweifelt wurde, dass die einzelnen Miteigentumsanteile auch nach Verpfändung der Sache selbst verpfändet werden können (Erw. 1 hievor), war unter der Herrschaft der ursprünglichen Fassung von Art. 648 ZGB umstritten, ob umgekehrt eine Verpfändung der Sache selbst auch dann noch zulässig sei, wenn einer oder mehrere der Miteigentümer ihren Anteil verpfändet haben. LEEMANN (2. Aufl. 1920, N. 29 zu Art. 648 ZGB) hielt dafür, das sei rechtlich möglich; das Pfandrecht an der Sache selbst trete dann "für die bereits verpfändeten Anteile in den nachgehenden Rang"; mit Rücksicht auf die grossen Schwierigkeiten, die dadurch für die Pfandverwertung entstehen, sollte indes "die Verpfändung der Sache, nachdem bereits einzelne Anteile verpfändet worden sind, vermieden" werden. Demgegenüber vertraten namentlich GUHL (ZBJV 1917 S. 52), HAAB (N. 24 zu Art. 646 ZGB), FRIEDRICH (ZSR 1956 II 227 a) und MEIER-HAYOZ (3. Aufl. 1959, N. 29 zu Art. 648 ZGB) die Auffassung, nach Verpfändung einzelner Anteile sei die Verpfändung der Sache selbst nicht bloss unerwünscht, sondern unzulässig. Diese Auffassung wurde namentlich mit den - auch von LEEMANN anerkannten - grossen

praktischen Schwierigkeiten begründet, die sonst bei der Pfandverwertung einträten. HAAB betrachtete eine Verpfändung der Sache selbst nach Verpfändung von Anteilen auch deshalb als ausgeschlossen, weil der Miteigentümer, der seinen Anteil belaste, insoweit über die ihm zustehende Quote des Grundstückswertes verfüge und fortan über diese Quote nicht mehr in der Weise verfügen könne, dass er zusammen mit den anderen Miteigentümern das Grundstück als solches verpfändet (a.a.O.). Der vorherrschenden Lehre folgend, fügte das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1963 dem Art. 648 ZGB einen dritten Absatz bei, der lautet: "Bestehen Grundpfandrechte oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen, so können die Miteigentümer die Sache selbst nicht mehr mit solchen Rechten belasten." Zu dieser Bestimmung, die in ihrem wesentlichen Inhalt auf die Vorentwürfe vom Mai 1957 und April 1958 zurückgeht, führt die Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1962 (BBl 1962 II 1461 ff.), die das Ergebnis der Beratungen der Studienkommission für das Stockwerkeigentum über die von ihr geprüften Vorentwürfe, Berichte und Vernehmlassungen zusammenfasst und der die nachfolgenden parlamentarischen Beratungen in diesem Punkte keine neuen Überlegungen beifügten, im wesentlichen aus, das in Art. 648 Abs. 3 ZGB ausgesprochene Verbot solle nicht nur die praktischen Schwierigkeiten der Zwangsverwertung vermeiden, sondern beruhe "auf einer grundsätzlichen theoretischen und praktischen Notwendigkeit"; zwischen den Pfandrechten an der Sache selbst und jenen an den Anteilen könne wegen Verschiedenheit der Pfandgegenstände kein Rangverhältnis bestehen; die Pfandrechte am einen und die am andern Gegenstand hätten aber das gleiche Verwertungssubstrat; bei Versteigerung der Sache auf Betreiben

der Gläubiger, denen sie verpfändet ist, erwerbe der Ersteigerer an ihr Alleineigentum; da das Miteigentum untergehe, verlören die Gläubiger, denen Anteile verpfändet waren, ihre Pfandgegenstände; ob die Verwertung einen Überschuss ergebe, aus dem ihnen etwas zukäme, sei ganz unsicher; die Verpfändung der Sache, die bereits zum Verwertungssubstrat für Pfandrechte an Miteigentumsanteilen gemacht worden sei, müsse aber, wie HAAB in N. 24 zu Art. 646 ZGB ausführe, auch deswegen (gemeint: im Hinblick auf die Verfügung, die mit dieser Verpfändung

BGE 95 I 568 S. 574

über die betreffende Quote des Grundstückswertes getroffen wurde) ausgeschlossen werden.

3. Art. 648 Abs. 3 ZGB sagt ganz allgemein, dass die Miteigentümer, wenn Grundpfandrechte (oder Grundlasten) an Miteigentumsanteilen bestehen, die Sache selbst nicht mehr mit solchen Rechten belasten können. Es fragt sich indessen, ob diese Bestimmung nach ihrem wahren Sinn so allgemein gelte, wie sie lautet, oder ob die gesetzgeberischen Erwägungen, die ihr zugrunde liegen, die Tragweite des darin ausgesprochenen Verbots einschränken und der vertraglichen Gestaltung der in Frage stehenden Pfandrechtsverhältnisse einen gewissen Spielraum lassen (zur Frage, wieweit im Sachenrecht Vertragsfreiheit bestehe, vgl. MEIER-HAYOZ, 4. Aufl., Systemat. Teil, N. 41 und 39, 39 a). a) Eine nach der Verpfändung von Miteigentumsanteilen erfolgende Verpfändung der Sache selbst schafft bei der Zwangsverwertung dann erhebliche Schwierigkeiten, wenn das damit begründete Pfandrecht an der Sache selbst den Pfandrechten an den Miteigentumsanteilen nachgeht, d.h. wenn der Gläubiger, dem die Sache verpfändet ist, erst nach Befriedigung der Gläubiger, denen Anteile verpfändet sind, auf den Erlös der Sache Anspruch erheben kann. Es ist sehr schwierig, wenn überhaupt möglich, in einem solchen Fall einerseits die Rechte des Gläubigers, dem die Sache selbst verpfändet ist, zu wahren, anderseits aber zu vermeiden, dass die Miteigentümer, welche ihre Anteile nicht verpfändet haben, gegenüber den anderen in ungerechtfertigter Weise benachteiligt werden. Die Probleme, die sich bei der Zwangsverwertung stellen, wenn die Pfandrechte an der Sache selbst denen an Miteigentumsanteilen vorgehen, sind dagegen sehr wohl lösbar (vgl. Art. 73 lit. b VZG undBGE 69 III 12ff.). Soweit das Verbot der Belastung der Sache selbst nach Belastung von Miteigentumsanteilen das Entstehen erheblicher Schwierigkeiten bei der Zwangsverwertung verhindern soll, kann es sich also seinem Zwecke nach nur gegen die - von LEEMANN (a.a.O.) ins Auge gefasste und für rechtlich möglich gehaltene - Errichtung von solchen Pfandrechten an der Sache selbst richten, welche den Pfandrechten an den Miteigentumsanteilen nachgehen. Da im vorliegenden Falle die Miteigentümer selbst ein dem Pfandrecht am verpfändeten Anteil vorgehendes Pfandrecht am Grundstück errichten wollen, braucht heute nicht entschieden

BGE 95 I 568 S. 575

zu werden, ob sich Art. 648 Abs. 3 ZGB, wie MEIER-HAYOZ (N. 29 c zu Art. 648 ZGB) in Übereinstimmung mit der bundesrätlichen Botschaft (BBl 1962 II 1509) annimmt, nicht nur auf die rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten durch die Miteigentümer, sondern auch auf die Eintragung von gesetzlichen Pfandrechten, namentlich Bauhandwerkerpfandrechten auf Verlangen der Gläubiger beziehe, obwohl die endgültige Fassung dieser Bestimmung nur sagt, dass "die Miteigentümer" die Sache selbst nach Verpfändung von Anteilen nicht mehr mit Grundpfandrechten belasten können. (Im bundesrätlichen Entwurf lautete Art. 648 Abs. 3 ZGB: "Bestehen Grundpfandrechte oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen, so kann die Sache selbst nicht mehr mit solchen Rechten belastet werden." In dieser Fassung wurde Art. 648 Abs. 3 ZGB von den gesetzgebenden Räten angenommen: Sten.Bull. 1963 NR S. 217, StR 213/214. Der neue Absatz 2

von Art. 47 GBV lehnt sich an diese Fassung an, indem er sagt: "Bestehen Grundpfandrechte oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen, so können solche Rechte nicht mehr zu Lasten des im Miteigentum stehenden Grundstückes eingetragen werden." Die in der Sammlung der eidgenössischen Gesetze enthaltene, in Erw. 2 hievor wiedergegebene Fassung von Art. 648 Abs. 3 ZGB erscheint erstmals in der Referendumsvorlage: BBl 1963 II 1448 ff. Die erfolgte Änderung wurde also offenbar als rein redaktionell betrachtet.) b) Gleich wie der Gläubiger, dem die Sache selbst verpfändet ist, kraft seines Pfandrechts gegenüber den Gläubigern, denen nachher Miteigentumsanteile verpfändet werden, ein Vorrecht auf die von seinem Pfandrecht erfasste Quote des Grundstückswertes besitzt (Erw. 1 hievor, am Ende), hat ein Gläubiger, dem vor Verpfändung der Sache selbst ein Miteigentumsanteil verpfändet wurde, bis zur Höhe der Pfandsumme ein Vorrecht auf den Bruchteil des Grundstückswertes, der dem quotenmässigen Umfang des verpfändeten Miteigentumsanteils entspricht (vgl. die in Erw. 2 hievor zusammengefassten Ausführungen im Kommentar HAAB und in der Botschaft vom 7. Dezember 1962). Ein solcher Gläubiger braucht sich daher nicht gefallen zulassen, dass die Miteigentümer ein seinem Pfandrecht vorgehendes Pfandrecht an der Sache selbst errichten, es wäre denn, dass vor Verpfändung des Miteigentumsanteils zulasten des im Miteigentum stehenden Grundstücks eine leere Pfandstelle geschaffen

wurde (vgl. hiezu MEIER-HAYOZ N. 29 a zu Art. 648 ZGB). Das ist aber kein zureichender Grund dafür, den Miteigentümern die Errichtung eines solchen Pfandrechts beim Fehlen einer leeren Pfandstelle schlechthin zu verbieten. Die Rücksicht auf die Rechte des Anteilspfandgläubigers verlangt vielmehr nur, dass den Miteigentümern verboten wird, ein dem Pfandrecht am Anteil vorgehendes Pfandrecht an der Sache selbst gegen den Willen des Anteilspfandgläubigers zu begründen, sofern sie sich das nicht durch Schaffung einer leeren Pfandstelle vorbehalten haben. Stimmt der Anteilspfandgläubiger, der über seine Rechte frei verfügen kann, der Errichtung eines seinem Pfandrecht vorgehenden Pfandrechts an der Sache selbst zu, so entfällt der gesetzgeberische Grund für die Anwendung von Art. 648 Abs. 3 ZGB, soweit er im Schutz der Anteilspfandgläubiger vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechte durch die Miteigentümer liegt. c) Das Bestehen von Grundpfandrechten an der Sache selbst bedeutet, wie die zutreffenden Ausführungen der bundesrätlichen Botschaft über die möglichen Folgen einer von Gläubigern solcher Pfandrechte veranlassten Verwertung der Sache zeigen, ganz allgemein eine Gefahr für den Fortbestand des Miteigentums und damit auch einen erheblichen Nachteil für die Inhaber von Miteigentumsanteilen. Abgesehen davon, dass die Miteigentümer riskieren, ihre Anteile infolge Untergangs des Miteigentums zu verlieren, kann das Bestehen von Pfandrechten an der Sache selbst auch die Belehnung der Anteile erschweren. Der Gesetzgeber hat aber hieraus nicht die Folgerung gezogen, die Begründung von Miteigentum zu verbieten, solange Pfandrechte an der Sache selbst bestehen, und die Verpfändung einer Sache nach der Begründung von Miteigentum daran allgemein zu untersagen. Er lässt vielmehr die Pfandrechte an der Sache selbst, wenn daran Miteigentum begründet wird, einfach fortbestehen (vgl. BBl 1962 II 1501 Abs. 2) und erlaubt den Miteigentümern sogar die Neubegründung solcher Pfandrechte; das wenigstens solange, als keine Pfandrechte an Anteilen bestehen (Art. 648 Abs. 2 und 3 ZGB). Unter dem Gesichtspunkte der Gefährdung des Miteigentums macht es aber keinen Unterschied aus, ob die Pfandrechte an der Sache selbst vor oder nach der Verpfändung von Anteilen begründet werden; die Gefährdung ist vielmehr in beiden Fällen die gleiche. Da der Gesetzgeber es nicht für nötig hielt, allgemein zu verhindern, dass an einer im Miteigentum stehenden Sache diese selbst erfassende Pfandrechte

bestehen, kann folglich auch nicht angenommen werden, das in Art. 648 Abs. 3 ZGB ausgesprochene Verbot

der Verpfändung der Sache selbst nach Belastung von Anteilen müsse im Interesse der Erhaltung des Miteigentums auch dann gelten, wenn die Miteigentümer bereit sind, die Gefahren in Kauf zu nehmen, denen eine solche Verpfändung sie aussetzt, und wenn die Anteilspfandgläubiger ihrerseits damit einverstanden sind, dass das neu zu errichtende Pfandrecht an der Sache selbst ihren Pfandrechten vorgeht. Das lässt sich um so weniger annehmen, als die Beteiligten in einem solchen Falle rechtlich nicht gehindert wären, das von ihnen angestrebte Ziel dadurch zu erreichen, dass sie die Pfandrechte an den Anteilen löschen, das Pfandrecht an der Sache selbst eintragen und hierauf die Pfandrechte an den Anteilen wieder eintragen lassen (vgl. MEIER-HAYOZ N. 29 a zu Art. 648 ZGB, der die Verpfändung der Sache nach Ablösung der Anteilspfandrechte als zulässig erklärt). In einem solchen Vorgehen läge keine unzulässige Gesetzesumgehung, da das Gesetz nicht nur die dabei angewandten Mittel, sondern auch das damit erstrebte Ergebnis zulässt. Ein solches Vorgehen wäre aber umständlich und kostspielig, und die von Art. 648 Abs. 3 ZGB verfolgten Zwecke verlangen nicht, dass die Beteiligten diesen Umweg beschreiten, statt die von ihnen gewünschte Rechtsänderung unmittelbar herbeizuführen. d) Art. 648 Abs. 3 ZGB verbietet also den Miteigentümern eines Grundstücks schlechthin, dieses nach der Verpfändung von Miteigentumsanteilen mit Pfandrechten zu belasten, die den Anteilspfandrechten nachgehen würden, weil dadurch bei der Zwangsverwertung grosse Schwierigkeiten entstünden. Ferner verbietet diese Vorschrift den Miteigentümern, nach der Verpfändung von Anteilen das Grundstück selbst gegen den Willen der Anteilspfandgläubiger mit einem den Pfandrechten an den Anteilen vorgehenden Pfandrecht zu belasten, weil das ein unzulässiger Eingriff in die Rechte der Anteilspfandgläubiger wäre. Sie schliesst dagegen nach ihrem Sinn und Zweck nicht aus, dass ein solches Pfandrecht mit Zustimmung der Gläubiger der Pfandrechte an den Anteilen errichtet wird. Diese Auffassung wurde denn auch, wie die Beschwerdeführer mit Recht bemerken, schon in den Beratungen der Studienkommission für das Stockwerkeigentum vertreten (Protokoll der Sitzungen vom 18. bis 20. und 23. September 1957, S. 17: Voten Cavin und Liver; abweichend das Votum Deschenaux). Warum der entsprechende

Zusatz zu Art. 648 Abs. 3 ZGB ("so kann ohne Zustimmung der Gläubiger dieser Rechte nicht auch noch die Sache mit solchen Rechten belastet werden"), der sich in dem von Prof. Liver auf Grund der Verarbeitung des Vernehmlassungsmaterials teilweise neu redigierten Gesetzestexte vom 31. März 1960 findet, später gestrichen wurde, geht aus den Materialien nicht klar hervor; noch in der Sitzung der Studienkommission vom 24. Juni 1960 führte Prof. Liver, ohne in diesem Punkt auf Widerspruch zu stossen, u.a. aus (Protokoll der Sitzungen vom 24. und 29. Juni und 6. Juli 1960, S. 2):
"... Wird die Sache verwertet und erzielt sie keinen Überschuss über die Forderungen der Gläubiger, denen sie als Pfand haftet, so gehen die Gläubiger, denen die Anteile als Pfand haften, leer aus, und die Anteile verschwinden; daher müssen denn auch die Gläubiger, denen die Anteile haften, in die nachträgliche Belastung der Sache einwilligen." In der bundesrätlichen Botschaft und bei der parlamentarischen Beratung wurde die Frage, ob nach der Verpfändung von Miteigentumsanteilen auch das Grundstück selbst noch verpfändet werden könne, falls die Anteilspfandgläubiger zustimmen, nicht erörtert, und auch das Schrifttum behandelt diese Frage nicht. Wie zuzulassen ist, dass das Rangverhältnis zwischen beschränkten dinglichen Rechten am gleichen Gegenstand durch Vereinbarung aller Beteiligten abweichend von der gesetzlichen Ordnung geregelt wird (WIELAND N. 4, HOMBERGER N. 21 zu Art. 972 ZGB; LIVER, Einleitung zum 21. Titel, N. 42; Art. 812 Abs. 2 ZGB), darf grundsätzlich auch zugelassen werden, dass beim Bestehen von Pfandrechten, die rechtlich nicht den gleichen Gegenstand betreffen, aber das gleiche "Verwertungssubstrat" haben, die Beteiligten die Frage, in welcher Reihenfolge sie dieses Substrat für die Deckung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen können, in allseitigem Einverständnis abweichend von der aus dem Gesetz sich ergebenden Ordnung regeln. Art. 648 Abs. 3 ZGB beschränkt diese Befugnis nach seinem wahren Sinn nur insofern, als er den Miteigentümern zur Vermeidung von grossen Schwierigkeiten bei der Zwangsverwertung schlechthin (auch für den Fall des Einverständnisses aller Beteiligten) verbietet, das Grundstück selbst nach Verpfändung von Anteilen mit einem Pfandrecht zu belasten, das den Anteilspfandrechten im angegebenen Sinne (hinsichtlich der Reihenfolge des

Zugriffs auf das gemeinsame Verwertungssubstrat) nachgehen würde.

BGE 95 I 568 S. 579

4. Im vorliegenden Falle sind alle Beteiligten darüber einig, dass der Betrag der das Grundstück selbst belastenden Grundpfandverschreibung auf Fr. 85 000.– erhöht werden und die Grundpfandverschreibung auch mit diesem erhöhten Betrag dem Pfandrecht am Miteigentumsanteil des Werner Hausmann im dargestellten Sinne vorgehen soll. Die Miteigentümer haben der Pfanderhöhung gemäss Art. 799 Abs. 2 ZGB in einer öffentlichen Urkunde zugestimmt. Die schriftliche Erklärung der aus dem Inhaberschuldbrief am Anteil Werner Hausmanns berechtigten Personen, wonach sie für dieses Anteilspfandrecht "den Rücktritt ... hinter einen Vorgang von nun Fr. 85 000.– im I. Rang mit Zins bis 7%" erklären, lässt trotz ihrer nicht ganz sachgerechten Fassung deutlich erkennen, dass sie damit einverstanden sind, dass die auf Fr. 85 000.– erhöhte Grundpfandverschreibung ihrem eigenen Pfandrecht vorgehen soll. Für diese Erklärung genügte die einfache Schriftform (vgl. LEEMANN N. 70, 71 zu Art. 813/814 ZGB). Die angemeldeten Rechtsänderungen sind daher im Grundbuch einzutragen.