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: 17 (1872)

Heft: 1

Artikel: Die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge : nach den Rechten der deutschen Schweiz, insbesondere Zürichs

Autor: Wyss, F.v.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896716

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: 02.10.2025

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

Die

Rechtskraft der Grundprotokolleinträge.

(Nach den Rechten der deutschen Schweiz, insbesondere Zürichs).

Von Dr. P. F. v. Wyß, Bezirksrichter.

Ein unverkennbarer Zug der modernen Rechtsbildung geht dahin, gewissen Formen, in welche der Rechtsverkehr seine Geschäfte kleidet, eine über das Wesen bloßer Form hinausgehende rechtliche Bedeutung zu verleihen und die Form als solche in gewissen Fällen zum Träger eines materiellen Rechtsinhaltes zu erheben. Die sogenannten Formalakte, welche durch die fortschreitende Entwickelung des römischen Rechtes mehr und mehr beseitigt wurden und deren völlige Ausrottung als wünschenswerthes Endziel der einsichtigen und liberalen Rechtsbildung erschien, erwachen zu neuer Lebenskraft und werden von der neuen Gesetzgebung und Praxis mit Vorliebe gepflegt. Was als lästige und engherzige Beschränkung der Verkehrsfreiheit galt, wird gefordert als wesentliche Grundlage eines sicheren und deshalb leichten und freien Rechtsverkehres.

Bekanntlich macht sich dieser Entwicklungstrieb der Formalakte, abgesehen vom Wechselverkehr, vorzugsweise geltend auf dem Gebiete des Sachenrechtes. Der alte und dem deutschen Rechte eigenthümliche Grundsatz, daß Rechte an Liegenschaften nur unter öffentlicher Controle und Mitwirkung von Behörden gültig erworben und übertragen werden können, wird vom positiven Rechte der Neuzeit nicht nur nicht fallen gelassen,

sondern in Formen, welche entweder an die alterthümlichen Rechtsinstitute der Auflassung u. s. w. sich unmittelbar anschließen, oder mit analoger Wirksamkeit selbständig aus den Uebungen des Verkehres gewachsen sind, immer vielseitiger und consequenter ausgebildet. Das Princip, welches diese Entwicklung beseelt, bedarf kaum der besonderen Erwähnung, so allgemein ist es bekannt und anerkannt. Das Verkehrsinteresse erfordert, daß die an einer Liegenschaft bestehenden subjektiven Rechte nicht im Dunkeln bleiben, nicht nur den momentanen und vorübergehenden Inhabern dieser Rechte bekannt seien, sondern daß Jeder, der zu ihrer Kenntniß ein rechtliches Bedürfniß hat, in den Stand gesetzt sei, dieselbe in zuverlässiger Weise zu gewinnen. Diesem Principe, dem Publicitätsprincip, zu liebe sollen die Rechtsgeschäfte, welche dingliche Rechte an Liegenschaften begründen, übertragen und aufheben, in jenen unter öffentlicher Controle sich vollziehenden und zu jeweiliger Einsicht aufzubewahrenden Formen abgeschlossen werden und ohne den formellen Abschluß die beabsichtigte dingliche Rechtswirkung nicht haben.

Damit ist aber die rechtliche Bedeutung dieser Formen, wenn sie den angeführten Zweck vollständig erreichen sollen, noch keineswegs erschöpft. Eine zuverlässige, den Verkehr sichernde Kenntniß des subjektiven Rechtsbestandes an einer Liegenschaft ist für den unbetheiligten Dritten doch nur unter der Voraussetzung zu gewinnen, daß der äußerlich richtige Vollzug der erwähnten Formen eine unmittelbare Garantie gewähre für die materielle Richtigkeit des Inhaltes, mit andern Worten, daß die Form wenigstens dritten Personen gegenüber mächtiger sei, als die materielle Seite des Rechtsgeschäftes, und ihr die Kraft innewohne, den Einfluß verborgener Mängel, welche nach materiellen Rechtsgrundsätzen die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes hindern würden, zu paralysiren. Durch Rechtssätze solchen Inhaltes wird das Interesse der Allgemeinheit, des gesammten verkehrtreibenden Publikums in dringenden Fällen höher gestellt als die nächstliegenden Privatinteressen einzelner Individuen, welche durch den überwiegenden Einfluß der mit äußerer Correctheit

hergestellten Form in ihren materiellen Ansprüchen allerdings mitunter geschädigt werden können.

In dieser Richtung mit immer größerer Entschiedenheit und schärferer Consequenz vorzugehen, ist denn auch das übereinstimmende Bestreben der vom Geiste der modernen Rechtswissenschaft getragenen Gesetzgebung in den uns umgebenden Staaten.[1])

Auch das Privatrecht verschiedener Schweizerkantone hat dieser Tendenz im Gebiete des Immobiliarsachenrechtes mehr oder minder bedeutende Concessionen bereits gemacht, und die Aufgabe der vorliegenden Zeilen soll es sein, zunächst für das zürcherische Recht nachzuweisen, wie weit das bestehende positive Recht den für Rechtsgeschäfte an Immobilien vorgeschriebenen Formen eine selbständige, den Inhalt garantirende Rechtskraft zuerkennt.

Der Verfasser wählt das zürcherische Recht als Grundlage seiner Untersuchung nicht deshalb, weil dasselbe in der angedeuteten Richtung besonders vorgeschritten und mustergültig wäre. Vielmehr ist es ihm darum zu thun, seinen abstrakten Erörterungen in den positiven Sätzen irgend eines geltenden Rechtes den zur Verdeutlichung geeigneten conkreten Mittelpunkt zu geben; und wenn er hiefür das zürcherische Recht wählt, so geschieht dies lediglich, weil ihm die praktischen Details desselben zunächst liegen und er seiner praktischen Berufsthätigkeit überhaupt nicht die zu weiterem Ausblicke erforderliche Muße hat abgewinnen können. Doch soll nicht versäumt werden, den entsprechenden Normen der andern Kantone der deutschen Schweiz, namentlich da wo sie auf dem bezeichneten Wege weiter vorgegangen sind, die gebührende Berücksichtigung zu widmen.

---

[1]) Für den gegenwärtigen Stand der Frage in Deutschland, namentlich Preußen, und Oesterreich, vgl. das scharfsinnige Werk von Prof. Dr. Adolf Exner: Das Publicitätsprincip, Studien zum österreichischen Hypothekenrecht. Wien, 1870. — Für Frankreich ist maßgebend das Gesetz vom 23—26. März 1855: Sur la transcription en matière hypothécaire.

I. Die Grundprotokolleinträge im Allgemeinen.

Die allgemeine Form, welche nach dem privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich für den wirksamen Abschluß der auf Erwerb, auf Uebertragung oder Aufhebung dinglicher Rechte an Liegenschaften abzielenden Rechtsgeschäfte unter Lebenden vorgeschrieben ist, ist bekanntlich die notarialische Fertigung. Wesentlich besteht diese Form in der wörtlichen, bezüglich der essentiellen Bestandtheile vollständigen Aufnahme des betreffenden Rechtsgeschäftes in das Grundprotokoll desjenigen Notariatskreises, in welchem das betroffene Grundstück gelegen ist. Nicht für die Gültigkeit und dingliche Wirksamkeit an sich, wol aber für den vollen Umfang dieser Wirksamkeit ist wenigstens im Falle der Hypothekbestellung noch erforderlich die Ausfertigung einer notarialischen Urkunde für den Berechtigten, welche die Abschrift des Protokolleintrages enthält (s. unten II, C); bei anderweitigem dinglichem Rechtserwerb ist die Ausfertigung der Urkunde üblich, aber rechtlich nicht nothwendig.

Der nämliche Grundsatz, daß nur durch einen behördlichen, sei es notarialischen oder gerichtlichen oder gemeinderäthlichen, jedenfalls öffentlichen Fertigungsakt alle, oder wenigstens die wichtigsten dinglichen Rechte an Liegenschaften erworben und veräußert werden können, findet sich im geltenden Rechtssysteme beinahe sämmtlicher Kantone der deutschen Schweiz. Wo nicht eine vollständige Codification des Privatrechtes ihn zur Geltung gebracht hat, ist er eingeführt durch specielle Gesetze über Grundbücher, Handänderungen, Hypothekenwesen u. s. w., mehr oder weniger im Anschlusse an die bereits herrschende Uebung. In der Form des Fertigungsaktes walten insofern Verschiedenheiten, als nach den einen Gesetzen die notarialische Urkunde, mittelst welcher die Parteien unter sich das Rechtsgeschäft zum Abschluß bringen, als der erste Akt, als die Basis der Fertigung erscheint, und eine Eintragung, ein Vormerk ihres Inhaltes nach stattgefundener behördlicher Controle in die öffentlichen Bücher als weiteres Erforderniß in zweiter Linie hinzutritt. Anderswo dagegen ist, wie im zürcherischen Rechte,

der Eintrag des Geschäftes oder der Vormerk der Handänderung, Belastung u. s. w. im Grundprotokoll der erste und wesentliche Bestandtheil des Fertigungsaktes, während die Ausfertigung der entsprechenden Urkunde zu Handen der Parteien als secundärer, von der Uebung oder vom Gesetze geforderter Abschnitt desselben erscheint. Andere formelle Verschiedenheiten rühren daher, daß in den einen Kantonen die Grundbücher nach dem Principe der Realordnung angelegt sind, so daß die Rechtsgeschäfte unter den Rubriken, die sich nach den Objekten der Geschäfte bestimmen, vorzumerken sind, während in den andern Kantonen die Rechtsgeschäfte, welche innerhalb des Competenzkreises einer Fertigungsbehörde zu fertigen sind, lediglich nach ihrer chronologischen Reihenfolge, mit oder ohne Verweisungen auf frühere, das nämliche Objekt betreffende Einträge, protokollirt werden.

Allein diese Verschiedenheiten treffen das Wesen der Sache nicht, und es darf mit aller Bestimmtheit der Grundsatz ausgesprochen werden, daß nach allgemeinem Rechte der deutschen Schweiz zu rechtsgültiger Constituirung, Uebertragung und Löschung von dinglichen Rechten an Immobilien ein Fertigungsakt, ein Eintrag in öffentliche Bücher erforderlich ist. Ueber den materiellen Umfang dieses Erfordernisses gehen die kantonalen Rechte insofern auseinander, als die einen dasselbe schlechthin und ausnahmslos festhalten, andere dagegen für gewisse Fälle, so namentlich Eigenthumserwerb durch Erbgang, Errichtung aller oder gewisser (namentlich ständiger) Servituten u. s. w., Ausnahmen gestatten, immerhin in der Meinung, daß jener Grundsatz die Regel bilde.[1])

Die Fertigung nun erscheint durchaus als ein selbständiger Rechtsakt, und darf nicht verwechselt werden mit der notarialischen Form oder andern Sollenitätsformen, welche das posi-

---

[1]) Nur die Kantone Uri (Hypothekargesetz vom 3. Mai 1857) und Unterwalden (Hypothekargesetz für Obwalden vom 20. Februar 1858; Gesetzbuch von Nidwalden I, Seite 682 und 683) beschränken das Erforderniß der notarialischen Fertigung auf die Bestellung des Grundpfandrechtes.

tive Recht zur Perfektion dieser oder jener Rechtsgeschäfte fordert. Wo die notarialische oder gerichtliche Form als Sollenitätsform im letzteren Sinne auftritt, bedingt sie die Verbindlichkeit eines Geschäftes zwischen den Parteien, indem ohne ihren Hinzutritt das Rechtsgeschäft als nicht vorhanden und allfällige darauf bezügliche Schriftstücke als bloße Entwürfe zu gelten haben. Als Requisit des dinglichen Rechtserwerbes dagegen berührt sie die Rechtsverbindlichkeit der Geschäfte, durch welche die Parteien unter sich dingliche Rechte constituiren und übertragen wollen, an sich nicht; sie tritt vielmehr zu dem constituirenden, übertragenden, löschenden Rechtsgeschäfte hinzu, um die Intention desselben in Vollzug zu setzen, um denjenigen Rechtszustand, dessen Herbeiführung die Parteien unter sich vereinbart haben oder aus einem andern Rechtsgrund sich schuldig sind, objektiv herzustellen. Ihre Vornahme kann selbst auf Grundlage der vorangegangenen Vereinbarung erzwungen werden; kurz, die Fertigung spielt rechtlich mit Bezug auf den dinglichen Rechtserwerb eine Rolle, welche sich mit derjenigen der gemeinrechtlichen Tradition des Besitzes und Quasibesitzes bei Eigenthums- und Servitutenerwerb füglich vergleichen läßt. Verschiedene Gesetzgebungen haben auf diese Analogie ausdrücklich hingewiesen.

Doch ist dieselbe nur eine äußerliche. Die gemeinrechtliche Vorschrift der Tradition, als faktischer Einräumung dessen, was aus materiellen Rechtsgründen prästirt werden muß, entspringt der Idee, daß ein abstraktes Recht ohne die Möglichkeit der conkreten Ausübung noch nicht das volle Recht sein könne; zu der ideellen Befugniß soll die reale Gewalt hinzutreten, bevor der materielle Rechtserwerb als vollzogen gelten kann. Die gemeinrechtliche Nothwendigkeit der Tradition hat daher ihren inneren Grund lediglich in dem Verhältnisse der Parteien selbst unter sich und mit Bezug auf das Objekt ihres Geschäftes, und entspringt nicht etwa einer Rücksicht auf das Interesse dritter an dem conkreten Rechtsvorgange unbetheiligter Personen. Diese Natur der Tradition erhellt sofort bei einem Blicke auf folgende Erscheinung. Ein Pfandrecht an Liegenschaften bedarf nach gemeinem Rechte zu

seiner gültigen Entstehung irgend eines für dritte Personen wahrnehmbaren Vorganges bekanntlich nicht, und doch wäre das Interesse des verkehrtreibenden Publikums, die Einräumung des Pfandrechtes zu kennen, nicht minder groß als das Interesse an der Kenntniß der Eigenthumswechsel und Servitutenbestellungen. Allein das Pfandrecht gibt bis zu seiner eventuellen Realisation dem Inhaber keine direkte Disposition über das Pfandobjekt; daher fordert zu seiner Entstehung das gemeine Recht eine äußere Besitzeshandlung nicht und kann sie nicht fordern. Schon daraus geht hervor, daß die gemeinrechtliche Tradition, wenn und soweit sie auch indirekt dem Interesse der Publicität dienen mag, mit diesem in keinem inneren Zusammenhange steht. Daher ist auch niemals davon die Rede, daß der durch Tradition hergestellte faktische Zustand einem Dritten gegenüber als definitiver Rechtszustand zu gelten habe.

Anders die Fertigung. Sie ist, wenigstens in ihrer heutigen Gestalt, einzig dem Principe der Publicität dinglicher Rechtsgeschäfte dienstbar. Das Interesse der Parteien wäre durch die Vorschrift irgend welcher Sollenitätsform, von deren Erfüllung die Gültigkeit des Geschäfts bedingt sein müßte, gegen Unklarheit und Zweideutigkeit der subjektiven Rechtsverhältnisse hinlänglich gewahrt, und das bei der Fertigung wesentliche Moment der Eintragung des Geschäftes in ein öffentliches Protokoll würde sich vom Gesichtspunkte bloßer Privatinteressen überhaupt nicht erklären lassen. Thatsache ist vielmehr, daß gerade das allgemeine Verkehrsinteresse die Entwickelung des Fertigungsinstitutes belebt und befördert hat.

Nun ist aber bereits oben angedeutet, wie das öffentliche Bedürfniß, welchem die Fertigung dient, dadurch allein noch keineswegs befriedigt ist, daß der gültige Erwerb aller oder gewisser dinglicher Rechte an Liegenschaften unbedingt von der Fertigung abhängig erklärt wird. Zwar ist durch diesen Satz, wenn er consequent festgehalten wird, soviel erreicht, daß jeder Dritte gegen allfällige Geltendmachung solcher dinglicher Rechte gesichert ist, deren Vorhandensein aus dem öffentlichen Protokolle nicht erkennbar ist. Das Erforderniß der Ferti-

gung, nicht eingeführt um die Erwerbshandlung zu complicieren und zu erschweren, garantirt vielmehr dem gefertigten Erwerber denjenigen Kredit, welcher aus dem allgemeinen und rechtlich begründeten Bewußtsein entspringt, es sei die von ihm erworbene Liegenschaft anders nicht veräußert und anders nicht belastet, als dies aus dem öffentlichen Protokoll ersehen werden kann.

Allein das wolverstandene Interesse des Verkehrs erfordert noch mehr. Regelmäßig wird zwar die Fertigung, welche, wie bereits ausgeführt, als selbständiger zweiter Akt zu dem den Rechtserwerb materiell begründenden Rechtsgeschäfte hinzutritt, ihrem Inhalte nach mit dem letzteren übereinstimmen, d. h. es werden meistentheils nur solche Rechtsgeschäfte zur Fertigung gelangen, welche in sich alle erforderlichen Momente enthalten, um dem formellen Akte der Fertigung als causa dienen und daher im Vereine mit demselben den gewollten Rechtserfolg herstellen zu können. Auch muß es die Aufgabe der fertigenden Beamten oder Behörden sein, das ihrige zu thun, um die Fertigung mangelhafter Rechtsgeschäfte, so viel es in ihrer Kraft steht, zu vermeiden; und die Form der Fertigung selbst, welche in der Regel die Protokollirung des ganzen Rechtsgeschäftes in sich schließt, ist dazu angethan, wahrnehmbare Mängel des letztern bei Zeiten fern zu halten. Trotz alledem ist die Möglichkeit, daß das zu fertigende Rechtsgeschäft an mehr oder minder verborgenen Mängeln leide, die nach materiellen Rechtsgrundsätzen den seinem Wortlaute nach beabsichtigten Erfolg nicht zu Stande kommen lassen, nicht ausgeschlossen. Wird das Rechtsgeschäft dennoch gefertigt, so entsteht die Gefahr, daß der Inhalt des öffentlichen Protokolls nicht mehr im Stande sei, über die wahren Rechtsverhältnisse an der Liegenschaft sicheren Aufschluß zu ertheilen. Und diese Gefahr muß um so größer werden, je häufiger die Ausdehnung des Verkehrs, die Complication und leichte Veränderlichkeit der subjektiven Rechtsverhältnisse solche Mängel herbeiführen und die Möglichkeit einer unfehlbaren Controle ausschließen wird.

Die consequente Ausbildung des Fertigungsinstitutes, so-

fern sie der Idee desselben vollkommen gerecht werden will, muß sich daher über die Anschauung hinwegsetzen, daß die Fertigung ihre rechtliche Wirksamkeit lediglich innerhalb der Gränzen zu suchen habe, welche durch die materielle Tragweite des gefertigten Rechtsgeschäftes bestimmt werden. Allerdings ist der nach Maßgabe allgemeiner Rechtsgrundsätze wirksame Parteiwille zunächst wie überall, so auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes die constitutive und destruktive Gewalt, und steht die Form, durch welche er sich geltend macht, in seinem Dienste. Allein wo einmal durch das Institut der Fertigung der Begriff ins Leben gerufen ist, daß das allgemeine Interesse an der Publicität der dinglichen Rechtsverhältnisse geschützt werden müsse, da darf die consequente Rechtsentwickelung vor dem Gedanken nicht zurückschrecken, die Autonomie des Privatwillens diesem Interesse gemäß zu beschränken, und der formrichtigen Fertigung eine selbständige Rechtskraft zuzuerkennen. Der Einfluß der verborgenen materiellen Mängel soll zurücktreten vor der äußerlich sichtbaren Richtigkeit des Fertigungsaktes und Jedermann befugt sein, den letzteren, wie er offen daliegt, als die Basis auch der materiellen Rechtsverhältnisse anzusehen.

Mit diesem Fortschritte verläßt aber die Fertigung die Bedeutung eines bloß formellen Aktes, der den Gegensatz bildet zu seiner materiellen causa, und wird zu einem eigentlichen Formalakte ausgebildet, der in gewissem Umfange in sich selbst die causa seines materiellen Rechtsbestandes trägt. Nicht nur soll ohne die Vornahme der Fertigung ein dingliches Recht nicht gültig entstehen können und daher jeder Dritte die nicht gefertigten Rechte an einer Liegenschaft als nicht vorhanden betrachten dürfen, sondern diejenigen Rechte, deren Bestellungsakt äußerlich richtig gefertigt ist, sollen deshalb allein auch materiell bestehen, und von jedem Dritten ohne weiteres als bestehend angenommen werden dürfen. Bei dieser Entwickelung angelangt, läßt also die Fertigung eine negative und eine positive Rechtswirkung hervortreten. Die erstere fällt noch zusammen mit der unumgänglichen Vorschrift der Fertigung für dinglichen Rechtserwerb

überhaupt, und jedes positive Rechtssystem anerkennt sie von selbst in dem Maaße, als es diese Vorschrift zur Geltung bringt. Die letztere dagegen ist der Ausfluß eines wesentlich neuen Gesichtspunktes, dessen positivrechtliche Anerkennung aus jener Vorschrift nicht ohne weiteres folgt, wie sehr er auch als die innerlich begründete Folge derselben erscheint.

Im Folgenden werden wir uns nun auf die Besprechung der positiven Funktion der notarialischen Fertigung beschränken, und untersuchen, ob und inwieweit die Gesetzgebungen der deutschen Schweiz, namentlich des Kantons Zürich, sie zur Geltung gebracht haben. Selbstverständlich sollen nur die Grundzüge der einschlagenden Rechtsbildungen angedeutet und die jeweiligen Folgerungen auf die Anwendung im Detail dem Leser überlassen werden.

II. Die positive Funktion der Grundprotokolleinträge.

Gehen wir von dem als Consequenz der Idee des Fertigungsinstitutes postulirten Rechtssatze aus, daß die richtige Fertigung eines dinglichen Rechtsgeschäftes an sich dessen dem Wortlaute der Fertigung entsprechende materielle Rechtswirkung gewährleiste, so ist es nöthig, bevor die Frage nach der positiven Existenz dieses Rechtssatzes geprüft werden kann, die abstrakte Bedeutung desselben noch im Einzelnen zu fixiren.

1) Das rechtsbegründende Element ist die Form, welche hier ausnahmsweise mächtiger sein soll, als der ihre Erstellung veranlassende Wille. Selbstverständlich kann aber der Form ein positiver Einfluß auf die materiellen Rechtsverhältnisse nur insofern zuerkannt werden, als sie selbst den Vorschriften des Gesetzes genügt und ihr ein äußerlich warnehmbarer Mangel nicht innewohnt. Weiter darf die Rücksicht auf das öffentliche Interesse nicht gehen, ohne die Rechtsbeständigkeit der Form wiederum zu gefährden und einer laxen Handhabung des seiner Natur nach streng formellen Fertigungsinstitutes Thür und Thor zu öffnen.

2) Da nun aber die meisten Fertigungsgesetze als Bestandtheil des Fertigungsaktes die vollständige Aufnahme des unter-

liegenden materiellen Rechtsgeschäftes ins öffentliche Protokoll verlangen, folgt aus dem Erforderniß formeller Richtigkeit von selbst, daß auch die materielle Seite des Geschäftes, soweit sie aus der Protokollirung geprüft werden kann, keinen rechtlichen Mangel zeigen darf. Materielle Mängel dürfen von der Rechtskraft der Form nur in so weit gedeckt werden, als sie aus dem äußerlichen Gehalte des Protokolleintrages ganz und gar nicht ersichtlich sind.

3) Der dargelegten rechtlichen Bedeutung der Form entspricht es, daß ihr positiver Einfluß auf die materiellen Rechtsverhältnisse nicht weiter reichen darf, als der Privatwille selbst, dessen Mängel sie ergänzt, seinen Einfluß an sich zu erstrecken im Stande wäre. Diese Beschränkung betrifft namentlich diejenigen Mängel, welche in den rein sachlichen Eigenschaften des Fertigungsobjektes ihren Grund haben, z. B. darin, daß dasselbe eine bewegliche und deshalb dem Grundbuchverkehr entzogene oder eine dem Privatverkehr überhaupt entzogene Sache ist.

4) Weniger einfach ist die Frage, ob es zur formellen Rechtskraft eines Fertigungsaktes genügen solle, daß derselbe an sich betrachtet, als einzelner Eintrag von den obgenannten Fehlern frei sei, oder ob noch weiter verlangt werden müsse, daß derselbe mit dem Inhalte aller früheren, das nämliche Objekt betreffenden Einträge materiell übereinstimme. Eine consequente Handhabung des Publicitätsprincipes wird für das letztere entscheiden, da ja gerade im Zusammenhang der Protokolleinträge die Garantie für eine wirkliche und zuverläßige Publicität der Rechtsverhältnisse eines Grundstückes gegeben ist. Allein die mangelhafte oder ganz fehlende Realordnung der meisten Protokolle (s. oben S. 95) hat zur Folge, daß die strenge Durchführung dieses Grundsatzes nicht überall möglich sein wird, ohne die formale Kraft der einzelnen Fertigungen überhaupt in Frage zu stellen. Denn wo es an der Möglichkeit des leichten oder überhaupt des zuverläßigen Auffindens der vorangegangenen Einträge des nämlichen Objektes gebricht, da darf auch ein allfälliger Widerspruch zwischen dem materiellen Inhalte älterer und neuerer Einträge

die Rechtskraft der letzteren nicht auf ewig hindern. Es wird sich also unsere Frage im Allgemeinen kaum beantworten lassen, und ihr Entscheid wesentlich von den Grundsätzen abhängig sein, welche für die Einrichtung der jeweiligen Protokolle maßgebend sind.

5) Damit nun von der Rechtskraft der mit den aufgezählten formellen Requisiten versehenen Fertigung die Rede sein könne, ist nöthig, daß die Form an sich vom positiven Rechte als Träger materieller Rechtswirkungen anerkannt sei. Erkennbar ist daher die positive Funktion der Fertigung nur in solchen Fällen, wo dem unterliegenden Rechtsgeschäfte in der That Mängel innewohnen, die das Zustandekommen oder die Fortdauer der beabsichtigten rechtlichen Wirkung desselben nach materiellen Rechtsgrundsätzen hindern würden. Der Grund aber, warum trotz dieser Mängel ein rechtlicher Erfolg eintritt, muß positiv in die Form der Fertigung als solche gesetzt sein, nicht etwa in andern rechtlichen Elementen, z. B. dem Besitzeserwerb, gefunden werden können. Im letztern Falle würde es sich nicht mehr um eine unmittelbare Wirkung der Fertigung, sondern um den rechtsbegründenden Einfluß irgend welcher thatsächlicher Momente handeln.

6) Die rechtliche Wirkung endlich der Fertigung muß, wenn dem Publicitätsprincip völlige Genüge geleistet werden soll, objektiv zusammenfallen mit dem Inhalte der Fertigung, d. h. mit der aus dem Wortlaute erkennbaren Intention des gefertigten Rechtsgeschäftes. Doch lassen sich auch gesetzliche Bestimmungen denken, nach welchen der formell richtigen Fertigung zwar nicht die Kraft unbedingter Paralysirung der verborgenen materiellen Mängel, aber doch ein gewisses Uebergewicht über dieselben, also die Kraft zu theilweiser Herstellung des ihrem Wortlaute entsprechenden objektiven Rechtszustandes zuerkannt wird. Auch in diesen Fällen ist die positive Funktion der Fertigung noch erkennbar; dagegen nicht mehr da, wo sie die bloße Vermuthung eines Rechtszustandes begründet. In letzterer Funktion tritt sie zurück von der Rolle eines rechtsbegründenden Elementes zu derjenigen eines, wenn auch

bevorzugten Beweismittels, und fällt deshalb außer den Kreis unserer Betrachtung.

7) Die Frage nach dem jeweiligen Umfang der positiven Wirkung der Fertigung ist ferner wichtig in subjektiver Beziehung, nämlich zur Ermittlung derjenigen Personen, zu deren Gunsten sie wirkt. Einerseits liegt es in der Natur der dinglichen Rechte, deren Erstellung durch die Fertigung ja ganz vorzugsweise in Frage kömmt, daß dieselben entweder gar nicht oder dann unbedingt, für und gegen jede Person bestehen, deren rechtliche Beziehung zur Sache überhaupt festzustellen ist. Anderseits entspringt, wie wir gesehen, das Institut der rechtskräftigen Fertigung der Rücksicht auf das Interesse dritter, beim Abschluß des gefertigten Rechtsgeschäftes zunächst unbetheiligter Personen, und scheint deshalb ein innerer Grund, die Rechtskraft auch für und gegen die unmittelbaren Constituenten selbst wirken zu lassen, nicht vorhanden zu sein. Allein consequenter Weise muß gerade die Rücksicht auf das Interesse dritter, am Constituirungsakte unbetheiligter Personen dazu führen, schon für die ersten Constituenten die Rechtskraft anzuerkennen. Denn wenn nicht schon der erste Acquirent wirklicher Inhaber des dinglichen Rechtes wäre, so würde dasselbe überhaupt nicht bestehen und könnte daher auch an keinen Dritten übertragen werden. Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet (L. 54 D. de R. J.).

8) Endlich ist festzuhalten, daß die Rechtskraft der notarialischen Fertigung, wie sie vom Verkehrsinteresse gefordert wird, zunächst vorhanden ist, sobald nur eine dem Wortlaute der Fertigung entsprechende Rechtswirkung in objektiver und subjektiver Beziehung ipso jure eintritt. Der weiteren Frage, ob und inwieweit eine Anfechtung des ipso jure geltenden formalen Rechtszustandes vom Standpunkte des widersprechenden materiellen Rechtes aus wünschbar und zulässig und vom positiven Rechte anerkannt sei, soll damit in keiner Richtung präjudicirt werden, und es wird diese Frage zum Schlusse in einem besonderen Abschnitte zu besprechen sein.

Nachdem nun das Institut der Rechtskraft der Fertigung in seiner positiven Funktion charakterisirt und dessen Merkmale im Detail angegeben worden, handelt es sich darum, dessen Anerkennung im geltenden Rechte nachzuweisen. Der im Eingang dargelegten modernen Rechtsentwicklung entspricht es, das geltende Recht möglichst zu Gunsten des gesuchten Rechtssatzes zu interpretiren, immerhin in der Meinung, daß eine Verdeckung der effektiv vorhandenen Lücken durch gezwungene Auslegung verwandter Rechtssätze weder an sich gerechtfertigt, noch der bewußten Entwickelung unzweideutiger Fortschritte förderlich wäre.

Die Untersuchung wird sich anschließen an die Hauptgruppen dinglicher Rechte, zu deren Constituirung, Uebertragung und Aufhebung die Fertigung durch öffentliche Organe vorgeschrieben ist, immer in der Weise, daß das Zürcherische Recht die Grundlage der Prüfung bildet.

A. Mit Bezug auf das Grundeigenthum.

Es liegt auf der Hand, daß überall da, wo zum Eigenthumserwerb an Liegenschaften die Eintragung des Erwerbstitels in öffentliche Protokolle vorgeschrieben ist, ein wesentliches allgemeines Interesse die positive Rechtskraft dieser Einträge fordert. Nicht nur wer vom letzteingeschriebenen Erwerber Eigenthum sich übertragen lassen will, sondern jeder Dritte, der dingliche Rechte, wie Servituten, Pfandrecht u. s. w. von ihm erwerben will, oder auf die Realität seines Eigenthums aus rechtlichen Gründen überhaupt einen Werth zu setzen hat, soll bei gutem Stande der Grundbücher sich darauf verlassen können, daß der äußerlich richtige Eintrag den Rechtsbestand des Inhaltes garantire und daß verborgene Mängel in der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit der Contrahenten, in der objektiven Perfektion des Erwerbstitels u. s. w., das Eigenthumsrecht seines eingetragenen Auktors nicht stören.

Wenn nun das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch in § 532 sagt: „Das Eigenthum an Liegenschaften geht über: a) unter Lebenden durch kanzleiische Fertigung; b) durch Erb-

folge von Todes wegen" —, so versteht sich von selbst, daß in dieser Bestimmung sich zunächst bloß die negative Funktion der Fertigung ausdrückt. Zum Eigenthumserwerb unter Lebenden ist die Fertigung unbedingtes Erforderniß; irgend ein rechtlicher Vorgang, Vertrag mit oder ohne Tradition u. s. w., soll an sich nicht genügen; wer nicht als Erwerber gefertigt ist, hat kein dingliches Eigenthumsrecht erworben und braucht von Niemandem als Eigenthümer anerkannt zu werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nun die Fertigung an und für sich, abgesehen von andern rechtlichen Momenten, zur Begründung des Eigenthumserwerbes hinreichen solle; vielmehr bestimmt § 534: „Damit das Eigenthum durch kanzleiische Fertigung übergehe, wird erfordert: a) daß der Urheber (Auktor) der Uebertragung selber Eigenthümer oder ermächtigt sei, über das Eigenthum eines andern zu verfügen; b) Handlungsfähigkeit des Uebertragenden; c) ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, Tausch, Erbtheilung u. s. w.; d) Eintragung dieses Rechtsgeschäftes in das Grundprotokoll."

Der notarialische Fertigungsakt selbst ist also nur eines derjenigen Momente, deren Zusammenwirken den gültigen Eigenthumserwerb zum Vollzug bringt. Da nun aber der Fertigungsakt, wie aus lit. d hervorgeht, in der förmlichen und vollständigen Eintragung des den Eigenthumserwerb materiell begründenden Rechtsgeschäftes besteht, so wäre trotz § 534 eine Bestimmung denkbar, wonach diejenige Fertigung, welche die wesentlichen Bestimmungen des Rechtsgeschäftes vollständig enthält, und äußerlich auch bei genauer Prüfung keinen Mangel bezüglich der Dispositionsbefugniß des Auktors, der Perfektion des Geschäftes u. s. w. erkennen läßt, um der publica fides der Grundbücher willen hinreichen würde, trotz des Vorhandenseins verborgener Mängel den Erwerber zum Eigenthümer zu machen, wenigstens Dritten gegenüber. Allein wer angesichts der kategorisch lautenden Requisite des § 534 an der diesfälligen Meinung des Gesetzes noch Zweifel hegen könnte, wird belehrt durch die Bestimmung des § 537, welche lautet: „Eine Ersitzung von Grundstücken ist zulässig

zu Gunsten des rechtmäßigen und redlichen Besitzers, wenn zwar eine kanzleiische Fertigung vorgenommen worden ist, aber an Mängeln leidet, wie insbesondere, wenn aus Versehen Jemandem Grundeigenthum zugefertigt worden, während der Urheber des Geschäftes nicht Eigenthümer oder nicht handlungsfähig, oder wenn die gerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäftes, wo diese vorgeschrieben ist, unterblieben war." Ergänzt wird dieser Rechtssatz durch § 541: „Ist die Ersitzung vollendet, so ist der Besitzer in Folge derselben berechtigt, von dem Bezirksgerichte die Erlaubniß zur Eintragung in das Grundprotokoll und damit nunmehr vollgültige kanzleiische Zufertigung des Eigenthums zu begehren."

Es unterliegt also keinem Zweifel, daß die Eigenthumszufertigung, welche bezüglich ihrer causa an verborgenen materiellen Mängeln leidet, den ihrem Wortlaute entsprechenden dinglichen Erfolg, den Eigenthumserwerb, nicht garantirt, sondern nur zum Ersitzungsbesitze verhilft, welcher, um sich ins volle Eigenthumsrecht zu verwandeln, nicht nur der zehnjährigen ununterbrochenen und unangefochtenen Dauer (§ 538), sondern einer neuen Fertigung bedarf, deren mangelhafte causa nun durch die Ersitzung purificirt ist. Man könnte zwar fragen, ob nicht doch gewisse im Gesetze nicht speciell erwähnte Mängel ihre störende Wirkung gegenüber der formrichtigen Fertigung verlieren; allein die Aufzählung im § 537 will, wie schon der Wortlaut zeigt, keine vollständige sein und muß im Zusammenhang mit § 534 dahin verstanden werden, daß jeder Mangel sei es in den persönlichen Fähigkeiten der Contrahenten, sei es in der objektiven Perfektion des Rechtsgeschäftes, welcher nach den materiellen Grundsätzen des gemeinen Rechtes den Eigenthumsübergang hindert, diese Wirkung auch gegenüber der Fertigung geltend macht. Ist dagegen das auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäft ipso jure perfekt, so muß es im Falle der Fertigung gemäß dem Wortlaute von § 534 c zum vollen Eigenthumserwerb führen, gesetzt auch das Geschäft wäre aus materiellen Gründen (z. B. wegen Zwang) an sich anfechtbar. Ebenso ist das Requisit von § 534 c erfüllt, wenn das gefertigte Rechtsgeschäft

(z. B. Kauf) als ein simulirtes sich herausstellt, sobald nur das verdeckte und reell beabsichtigte Geschäft (z. B. Schenkung) als solches aufrecht erhalten werden kann.

Wo nun aber materielle Mängel den Eigenthumserwerb hindern, soll wenigstens der Ersitzungsbesitz auf Grundlage der vollzogenen Fertigung eintreten. Es stellt jedoch dieser Erfolg mehr faktisch als der Idee nach eine Aeußerung positiver, rechtserzeugender Kraft der Fertigung dar, da nicht die Fertigung allein, sondern nur ihre Verbindung mit Besitz und bona fides zur Ersitzung verhilft. Ohne die Fertigung soll der fehlerhafte Titel und der gute Glaube den reellen Besitz nicht zum Ersitzungsbesitze machen, allein hinwieder bedarf die Fertigung der Beihülfe dieser materiellen Momente und hat im Falle, da sie fehlen, an sich keinerlei Rechtswirkung. Meistentheils wird allerdings die Besitznahme mit der Fertigung zusammenfallen, der Titel ist in letzterer von selbst vorhanden, und die bona fides wird vermuthet, so daß thatsächlich mit der Fertigung der Ersitzungsbesitz erworben wird.

Es versteht sich wohl von selbst, daß der Fertigungsakt, welchem diese Bedeutung zukommen soll, ein äußerlich correcter sein, d. h. dem Ansehen nach den Vorschriften von § 534 Genüge leisten muß, und daß die Mängel, von denen in § 537 die Rede ist, nur materielle sein dürfen. Aeußerlich wahrnehmbare Mängel müssen die bona fides ausschließen, wenn anders die publica fides des Fertigungsaktes nicht gänzlich illusorisch sein soll. Damit soll aber der weiteren Frage nicht präjudicirt sein, ob die einzelne Fertigung zu ihrer relativen Gültigkeit des Zusammenhangs mit dem übrigen Inhalte des Grundbuches bedürfe, d. h. ob nicht die gefertigte Eigenthumsübertragung von Seite einer Person, welche nicht identisch ist mit dem bisher gefertigten Eigenthümer, deshalb ohne alle Rechtswirkung sei. Diese Frage wird im zürcherischen Gesetze nirgends direkt berührt. Da für den Eigenthumserwerb durch Erbgang (oben § 532) die Fertigung nicht erforderlich ist, so müßte jedenfalls von Seite dessen, der sich als Erbe des letzteingetragenen Eigenthümers auszuweisen im Stande ist, die Uebertragung ebenso gut anerkannt werden,

wie von Seite dieses Eigenthümers selbst. Allein auch mit dieser Beschränkung ist die Frage nur in so weit entschieden, als der Eigenthumserwerb durch Fertigung nach § 534 a nicht anders möglich ist als vom bisherigen Eigenthümer, und dieser, um Eigenthümer zu sein, entweder selbst eingetragen, oder Erbe des letzteingetragenen sein muß. Dagegen läßt sich mit Bezug auf den Ersitzungsbesitz nicht sagen, daß der fragliche Mangel anders wirke, als die verborgenen materiellen Mängel. Es folgt dies aus den Worten des cit. § 537: „während der Urheber... nicht Eigenthümer war". Denn ein gefertigter Nicht-Eigenthümer kann mit dieser allgemeinen Bezeichnung nicht verstanden sein. Wer also von einer nicht eingetragenen Person sich die Liegenschaft hat zufertigen lassen, soll vorbehältlich seiner bona fides ebensowol Ersitzungsbesitz erwerben, wie wenn die Zufertigung mit anderweitigen Mängeln vom eingetragenen Auktor geschehen wäre, vorausgesetzt daß einmal der Fertigungsbeamte sich über den Mangel der Continuität hinweggesetzt hat. Der letzte Eintrag trägt also die Gewähr seiner formellen Richtigkeit lediglich in sich selbst, und das Verhältniß zu den früheren Einträgen gestaltet sich nach materiellen Gesichtspunkten. Der eigentliche Grund hievon ist oben (S. 101, 4) angedeutet worden.

Die neue Fertigung nach vollendeter Ersitzung (s. oben § 541) garantirt den Eigenthumserwerb unbedingt, denn sie darf nicht erfolgen ohne gerichtliche Bewilligung und dieser muß eine Cognition der materiellen Verhältnisse, nöthigenfalls verbunden mit öffentlicher peremtorischer Aufforderung zur Geltendmachung von Widersprüchen, vorangehen. Nach Erfüllung solch erschöpfender Requisite kann die formale positive Rechtskraft der Fertigung nicht bezweifelt werden, gesetzt auch es läge in den Prämissen, z. B. im Ersitzungsbesitze, ein materieller Mangel verborgen. Allein die Rechtskraft erscheint hier weniger als Attribut der Fertigung als solcher, vielmehr ist sie dem gerichtlichen Erkenntnisse und eventuell der erfolglosen Publikation in erster Linie zuzuschreiben.

Dritte Personen sind bezüglich der Rechte, die sie aus einer vollzogenen Eigenthumszufertigung ableiten, nicht anders

gestellt als die Contrahenten selbst. Die innerlich mangelhafte Fertigung bleibtm angelhaft auch dem Dritten gegenüber und es kann letzterer selbst durch eine an sich gültige Fertigung vom ersten Erwerber nicht mehr Rechte ableiten, als dieser im Umfange des oben gesagten selbst hat. Stand diesem nur Ersitzungsbesitz zu, so rückt jener in den Besitz ein mit dem Rechte, die Besitzesdauer des Vorgängers zur seinigen hinzuzurechnen (§ 540).

Weit entschiedener als beim Eigenthumserwerb tritt die positive Funktion der Fertigung hervor beim Eigenthumsverlust. Selbstverständlich fallen zur Würdigung dieses Einflusses nur solche Fälle in Betracht, in welchen das Eigenthum beim bisherigen Inhaber absolut, nicht durch Uebertragung an einen neuen Erwerber untergehen soll. Denn der translative Verlust wird eo ipso durch den neuen Erwerb bestimmt. Aber auch von den Fällen des absoluten Verlustes kann uns nur derjenige interessiren, in welchem der Verlust materiell durch einen Willensakt, nicht etwa durch Aenderung an der faktischen oder rechtlichen Substanz der Sache begründet wird, also der Fall der Dereliktion. Hiefür bestimmt das Gesetz im § 622: „Die bloße außerkanzleiische Verzichtleistung des Eigenthümers zerstört sein Eigenthum nicht. Wird dieselbe aber in dem Grundprotokoll eingetragen, so wirkt sie auch dann, wenn ausnahmsweise keine Uebertragung des Eigenthums damit verbunden ist.“ Es soll demnach die letzte Fertigung ihre Kraft, dem bisherigen Eigenthümer sein Eigenthum zu garantiren, so lange behalten, bis sie durch einen notarialischen Akt aufgehoben ist, gesetzt auch, der Dereliktionswille wäre in anderer Form unzweideutig kundgegeben. Der Löschungsakt hinwieder behält seine absolut zerstörende Rechtskraft, wenn auch der ihn herbeiführende Wille vielleicht nicht auf unbedingte Dereliktion gerichtet war, sobald nur der Wille zur Uebertragung nicht gleichzeitig in der Fertigung niedergelegt ist.

Wesentlich dieselben Grundsätze, welche das zürcherische Recht für den positiven Einfluß des Fertigungsaktes auf die Grundeigenthumsverhältnisse aufstellt, finden sich niedergelegt

im Privatrechte der Kantone Bern (Civilgesetzbuch Art. 413, 434 mit der Modifikation des Gesetzes vom 24. Dezember 1846 über die Aufhebung der Untergerichte ꝛc., 435—437, 439, 440, 1030 und 445); Luzern (bürgerliches Gesetzbuch § 291—293, 779, 297; Gesetz über das Handänderungs- und Hypothekarwesen vom 6. Juni 1861: § 1, 9 und 11); Glarus (erste Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuches, enthaltend das Sachenrecht, von 1869: § 16, 18, und 20); Schaffhausen (privatrechtliches Gesetzbuch § 474—476, § 479, 480, 482, 483); Aargau (allgemeines bürgerliches Gesetzbuch § 512, 513, 518, 521, 851).

Hervorzuheben ist nur, daß in den Gesetzen von Bern (Civilgesetzbuch Art. 440), Luzern (Gesetz über das Handänderungswesen § 11) und Aargau (bürgerliches Gesetzbuch § 518) der allgemeine Grundsatz ausdrücklich sanktionirt ist: durch die Zufertigung eines Grundstückes werden die Mängel des Geschäftes, in Folge dessen sie stattgefunden, nicht gehoben. Selbstverständlich gilt dies, wie im zürcherischen Rechte, nur für den unmittelbaren Eigenthumserwerb, während die Ersitzung nach besonderen Grundsätzen sich vollzieht und wesentlich dazu bestimmt ist, diese Mängel zu heben (Bern Art. 1030, Luzern § 779, Aargau § 851). Nur im Luzerner Rechte wird in einem Falle, der sich nach Zürcher Recht (§ 535; ebenso Aargau § 519 und 521) der allgemeinen Regel fügt, der vollzogenen Fertigung die Kraft zuerkannt, einen materiellen Mangel in der Dispositionsfähigkeit des Veräußerers zu besiegen. Wer sich am Rechtstriebe befindet, soll nach § 9 des angeführten Handänderungsgesetzes zur Eigenthumsübertragung nicht befugt sein, ohne vorher Zahlung zu leisten oder die Zustimmung des treibenden Gläubigers beizubringen; wird aber trotz des Ausstehens dieser Requisite die Fertigung aus Versehen vollzogen, so soll dies der Rechtskraft der letzteren nicht schaden und der Nachtheil lediglich die Fertigungsbehörde treffen.

Die Gesetze von Schwyz (Verordnung über das Notariatswesen vom 27. Juni 1862), St. Gallen (Gesetz über Handänderungen von Liegenschaften vom 28. April 1842), Appen-

zell a. Rh. (Gesetz über die Liegenschaften vom 28. Oktober 1860: Art 4), Graubündten (Civilgesetzbuch § 186, 187, 202) und Thurgau (Gesetz über die Organisation des Notariats- und Fertigungswesens vom 15. November 1850) behandeln zwar die Fertigung als nothwendiges Requisit für den Eigenthumserwerb wenigstens unter Lebenden, und ertheilen über deren Vollzug mehr oder weniger detaillirte Vorschriften, durch welche der Möglichkeit materieller Mängel vorgebeugt werden soll Für den Fall aber, wo solche sich dennoch einschleichen, ist nichts bestimmt und es werden daher die Sätze des zürcherischen Rechtes im wesentlichen auch hier Anwendung finden.

Auf den entgegengesetzten Standpunkt stellt sich dagegen vor allen das Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn. An die Spitze der Erörterung über seine Auffassung der behandelten Materie ist zu stellen § 909 (aus dem sechsten Titel des Abschnittes Sachenrechte: von den Grund- und Hypothekenbüchern, in Kraft getreten seit 1. April 1846), welcher lautet: „Alle Einschreibungen im Grund- und Hypthekenbuch werden in Beziehung auf einen Dritten als richtig angesehen. Hingegen kann keine an einer Liegenschaft oder an einem eingetragenen Recht vorgegangene Veränderung gegen einen Dritten Wirkung haben, wenn sie nicht eingetragen ist." Deutlicher und schrankenloser kann sowol die positive als die negative Funktion der Fertigung gesetzlich nicht anerkannt werden, als es durch den ersten und zweiten Satz dieses § 909 geschehen ist.

Die positive Rechtskraft der Fertigung äußert sich nun im Anschluß an den ersten Satz des § 909 mit Bezug auf die Eigenthumsverhältnisse folgendermaßen. Nach § 736, 738 und 934 bedarf es zum Eigenthumserwerb an Liegenschaften sowol unter Lebenden als von Todeswegen nothwendig der Eintragung ins Grund- und Hypothekenbuch, die bezüglich ihrer materiell rechtlichen Bedeutung in § 738 schlechthin mit der Tradition identificirt wird. Sogar die Ersitzung wird bezüglich eingetragener Grundstücke völlig ausgeschlossen (§ 755). Die Eintragung beruht nach § 934, 935 und 939 wesentlich

auf folgenden Requisiten: 1) Vorlegung eines zur Eigenthumsübertragung geeigneten Rechtstitels, sei es Vertrag unter Privaten, welcher aber in den von § 1093—1103 vorgeschriebenen Formen abgeschlossen, d. h. gerichtlich „gefertigt“ [1]) sein muß, oder Steigerung, oder Uebernahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, oder Auskauf, oder endlich gerichtliches Urtheil; 2) Identität des Auktors mit dem zuletzt eingetragenen Eigenthümer; 3) amtlicher Vormerk des Titels nebst Angabe der Summe, für welche das Grundstück erworben wird oder bei der vorangegangenen Handänderung erworben wurde.

Daß ein äußerlich wahrnehmbarer Mangel in diesen Formen, sei es in Betreff der reinen Formvorschriften, sei es bezüglich der vorzumerkenden materiellen Voraussetzungen, die Rechtskraft der Eigenthumsübertragung aufhebe, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber wol von selbst. Die angeführten Paragraphen lauten so bestimmt, daß die Annahme weniger weitgehender Folgen ihrer Uebertretung ihrem Sinne unmöglich entsprechen kann.

Anderseits läßt der unzweideutige § 909 keinen Zweifel an dem Satze aufkommen, daß die formrichtige Eintragung an sich den vollen Eigenthumserwerb ohne weiteres garantirt. Zur Verhütung verborgener materieller Mängel muß dem Eintrag eine weitgreifende amtliche Controle vorangehen. Allein wo sich materielle Mängel, z. B. in der Handlungsfähigkeit der Contrahenten, in der Perfektion des Rechtsgeschäftes u. s. w., dennoch eingeschlichen haben, da verlieren dieselben mit dem Momente des Eintrages ihren Einfluß auf die dingliche Wirksamkeit des eingetragenen Erwerbstitels. Wenn in § 909 unmittelbar nur von der Wirkung des Eintrages gegenüber dritten Personen die Rede ist, so darf dies nicht hindern, den Eintritt der nämlichen Wirkung ipso jure

---

[1]) Für den Sprachgebrauch ist zu merken, daß das solothurnische Gesetzbuch unter „Fertigung“ den obligatorisch rechtsgültigen Abschluß eines die Handänderung an Liegenschaften bezweckenden Rechtsgeschäftes versteht, während wir, vom zürcherischen Sprachgebrauche ausgehend, mit dem Ausdrucke Fertigung fortwährend den dinglich wirkenden Eintrag, Vormerk ꝛc. im Grundbuch bezeichnen.

auch dem ersten Erwerber gegenüber anzuerkennen. Denn ohne daß dieser selbst Eigenthum hätte, könnte er es an einen dritten bei der innerlich mangelhaften Fertigung unbetheiligten Erwerber unmöglich veräußern.

Nicht mit derselben Consequenz wie im Civilgesetzbuch von Solothurn, aber doch in bemerkenswerthem Umfange wird die positive Funktion der Eigenthumszufertigung anerkannt von dem Gesetze über Einrichtung eines Grundbuches für Basel-Stadt, vom 16. April 1860. Laut § 2 dieses Gesetzes soll das Grundbuch die Bestimmung haben, „daß in dasselbe die Eigenthums-, Unterpfands-, Servituts-, Zehnt- und Bodenzinsrechte an den in der Stadt liegenden Grundstücken eingeschrieben und dadurch festgestellt werden." Die Ausführung dieses Princips bezüglich der Eigenthumsverhältnisse liegt nun darin, daß ohne Eintrag ins Grundbuch regelmäßig kein Grundeigenthum, weder unter Lebenden noch von Todeswegen, erworben werden kann (§ 5), daß dagegen der einmal vollzogene Eintrag, welcher nach den Vorschriften von § 6—10 (Identität des Auktors mit dem letzteingetragenen Eigenthümer, Vorlage des materiellen Erwerbstitels u. s. w.) vorgenommen ist, dem eingetragenen Erwerber das Recht verleiht, das Fertigungsobjekt mit gültigen Hypotheken oder Servituten zu belasten (§ 13).

Aus der letzteren Bestimmung geht hervor, daß bei der Normirung der Verhältnisse des formellen Erwerbers jedenfalls der Gedanke thätig gewesen ist, die formell richtige Fertigung garantire ihm ipso jure den Eigenthumserwerb. Wenn daher in § 11[1]) vom Einflusse verborgener materieller Mängel die Rede ist und denselben die Wirkung beigelegt wird, das Besitzes-

---

[1]) § 11 lautet: Sollte ein Eintrag in Folge falscher oder gefälschter Unterschriften oder unrichtiger Angaben erfolgt sein, so kann derselbe auf Antrag der dadurch Benachtheiligten durch richterliches Erkennen kraftlos erklärt werden, insofern zu dem aufzuhebenden Eintrag der zur Zeit der Klage letzteingeschriebene Inhaber des Grundstücks die Veranlassung selber gegeben hat. — Werden aber diese Unrichtigkeiten einem eingeschriebenen Inhaber entgegengesetzt, der sie nicht verschuldet hat, so ist er in seinem Besitze zu schützen, wenn er das betreffende Grundstück seit fünf Jahren

recht des bösgläubigen Erwerbers unbedingt, und dasjenige des gutgläubigen ersten Erwerbers und seiner Rechtsnachfolger binnen einer gewissen Frist zu zerstören, so handelt es sich hiebei juristisch um ein persönliches Recht zur Anfechtung des ipso jure übergegangenen Eigenthums, und haben wir an dieser Stelle auf den Inhalt des § 11 nicht einzutreten.

Diesem positiven Einflusse der Fertigung auf den Eigenthumserwerb würde es nun entsprechen, wenn umgekehrt auch der translative Eigenthumsverlust nur durch einen neuen Eintrag erfolgen könnte, also der letzteingeschriebene Inhaber in allen Fällen als Eigenthümer zu gelten hätte, und namentlich jede Ersitzung durch einen nicht eingetragenen Dritten ihm gegenüber ausgeschlossen wäre. Allein in diesem Punkte verläßt das Gesetz sonderbarer Weise die glücklich betretene Bahn, und läßt in § 12 auch für eingetragene Grundstücke eine Ersitzung lediglich auf Grundlage des 20jährigen unangefochtenen titulirten Besitzes zu. Zwar gibt die vollendete Ersitzung zunächst nur einen Erwerbstitel an die Hand, und afficirt, wie § 13 zeigt (wonach „in der Zwischenzeit eingetragene Hypotheken und Servituten" gültig bleiben), das Eigenthumsrecht des letzteingetragenen Erwerbers in seinem dinglichen Bestande an sich noch nicht; es könnte sonst letzterer unmöglich gültige Servituten und Hypotheken bestellen. Der Usucapient hat vielmehr, um Eigenthümer zu werden, für den Eintrag seines originären Erwerbstitels zu sorgen. Allein indirekt ist das Princip der rechtskräftigen Fertigung mit § 12 durchbrochen, da der letzteingetragene derivative Erwerber einem, wie im letzten Abschnitte zu zeigen sein wird, ganz abnormen Anfechtungsrechte des Usucapienten unterliegt.

B. Mit Bezug auf Servituten und Reallasten.

Sofern zur Bestellung dieser Rechte die Fertigung durch Grundprotokolle überhaupt gesetzlich vorgeschrieben oder wenig-

besitzt, ohne daß der jetzige Kläger gerichtliche Einsprache erhoben hat, und es Anfangs mit der redlichen Ueberzeugung, Eigenthümer zu werden, erworben hat oder nachweisen kann, es haben Vorgänger im Besitz das Grundstück in gleicher Weise so lange inne gehabt, daß zusammengerechnet mit seinem eigenen Besitz die Dauer von fünf Jahren erfüllt ist.

stens verwendbar ist, also bei Realservituten, namentlich denjenigen die zur Ausübung körperlicher Vorrichtungen nicht bedürfen, bei Personalservituten an Liegenschaften, und bei sämmtlichen zu Gunsten von Liegenschaften oder Personen errichteten Reallasten, läßt es sich wie bei der Eigenthumszufertigung denken, daß Fertigungen vollzogen werden, welche zwar äußerlich den formellen und materiellen Requisiten des jeweiligen Fertigungsaktes entsprechen, aber an verborgenen, den materiellen Rechtserwerb an sich hindernden Mängeln leiden. Namentlich ist es denkbar, daß der Besteller nicht handlungsfähig, oder nicht Eigenthümer des zu belastenden Grundstückes, oder daß das constituirende Geschäft an sich nicht perfekt geworden ist. Und doch liegt es im Interesse des freien Verkehres mit Grundstücken, daß jeder Inhaber, resp. Erwerber einer Liegenschaft sich auf den materiellen Rechtsbestand der zu Gunsten dieser Liegenschaft gefertigten Servituten und Reallastberechtigungen verlassen könne. Weniger fühlbar ist ein allgemeines Interesse am Rechtsbestande der ihrer Natur nach unveräußerlichen Personalservituten, wogegen die gefertigten persönlichen Ansprüche aus Reallasten leicht zu Objekten des Verkehres werden, und daher eine äußere Garantie ihres Bestandes nicht entbehren können.

Im Einklange mit seinen erörterten Vorschriften über den Erwerb von Grundeigenthum bestimmt das zürcherische Privatrecht in § 694 und 758,[1]) daß auf Grundlage formrichtiger, aber materiell mangelhafter Fertigungen die Realservituten und Reallasten ersessen werden können, sofern zum Eintrage während zehn Jahren der ununterbrochene und unangefochtene gutgläubige Quasi-Besitz hinzutritt. Die Ersitzung an sich verleiht aber das Recht noch nicht, sondern erst ein

[1]) § 694 lautet: „Die Ersitzung nicht ständiger Dienstbarkeiten setzt voraus: a. daß zwar die Eintragung oder der Vormerk der Dienstbarkeit geschehen sei, aber an einem innern Mangel leide, insbesondere weil der bestellende Theil nicht Eigenthümer oder nicht handlungsfähig war; b. fortgesetzten und unwidersprochenen redlichen Besitz von zehn Jahren. Dieselbe berechtigt den Ersitzer, nunmehr eine wirksame Eintragung vornehmen zu lassen, durch welche jener Mangel gehoben wird."

neuer, auf Grundlage derselben vollzogener Eintrag, welcher nun allerdings den Bestand des Rechtes vollkommen garantirt (vgl. oben S. 108) — Für Personalservituten ist von der Möglichkeit einer Ersitzung, überhaupt von dem Einflusse materieller Mängel auf die Wirksamkeit des Eintrages gar nicht die Rede, und mit Recht, da die ratio legis wie gesagt hier nicht zutrifft.

Umgekehrt sollen die einmal gefertigten Realservituten in ihrem sachenrechtlichen Bestande nicht anders untergehen können als durch den notarialischen Vormerk ihrer Löschung (§ 697, 699 und 700). Bloß materielle Tilgungsgründe, selbst Confusion, wirken nur persönlich.[1]) Die durch notarialische Urkunde repräsentirten persönlichen Ansprüche aus Reallasten aber theilen bezüglich ihres Unterganges das unten (im Abschnitte C) zu erörternde Schicksal der Schuldbriefforderungen (§ 770). — Bei der Frage des Unterganges findet sich demnach der Grundsatz von der positiven Rechtskraft der einmal zu Recht bestehenden Fertigung vollkommen ausgeprägt.

Ganz übereinstimmend mit dem zürcherischen Rechte lauten sowol bezüglich der Servituten als der Reallasten die Sätze des privatrechtlichen Gesetzbuches von Schaffhausen (§ 641, 704, 644, 646, 647 und 716). Die Civilgesetzbücher von Bern und Luzern behandeln nur die Rechtsverhältnisse der Servituten und fordern für die neu entstehenden unbedingt die Fertigung (Bern Art. 449—451, Luzern § 337), so daß selbst die Ersitzung nicht zugelassen wird (Bern Art. 453 und 1029, Luzern § 778). Ob nun der Ausschluß der Ersitzung nur für diejenigen Fälle gelten soll, in welchen eine

---

[1]) Den Realservituten gleichzustellen sind der Consequenz wegen die zu Gunsten von Grundstücken gefertigten Reallasten, obschon dies in § 770, Satz 1 mehr angedeutet, als direkt gesagt ist. Derselbe lautet: „Der (von der Reallast) befreite Grundeigenthümer ist jederzeit berechtigt, die Löschung im Grundprotokoll vornehmen zu lassen. Besteht eine kanzleiische Urkunde über das Realrecht, so ist die Löschung zum Behuf der völligen Befreiung des Grundstückes nothwendig, indem, so lange sie nicht vollzogen ist, der redliche Erwerber der Urkunde berechtigt erscheint, die Fortdauer der Reallast vorauszusetzen."

Fertigung überhaupt nicht stattgefunden, oder auch für diejenigen, in welchen die äußerlich richtige Fertigung auf einem mangelhaften Rechtstitel beruht, ist direkt nicht gesagt. Die Analogie der Bestimmungen für den Grundeigenthumserwerb entscheidet zu Gunsten der ersteren Auslegung, trotz des die Ersitzung schlechthin ausschließenden Wortlautes der angeführten Gesetze; denn letztere haben offenbar nur im Auge, das Entstehen nicht gefertigter Servituten zu verhüten. Ueberdies kann die allgemeine Verjährung persönlicher Ansprachen, also auch der Einsprachen gegen mangelhafte Fertigungen, zur Aushülfe in Anspruch genommen werden (Bern Art. 1036, Luzern § 785). — Für den Untergang gefertigter Servituten (Bern Art. 474, Luzern § 340) gilt wesentlich dasselbe was in Zürich. —

Auch für das Recht des Kantons Schwyz, nach welchem für die gültige Bestellung von Reallasten und Grunddienstbarkeiten (§ 7 der Verordnung über das Notariatswesen vom 27. Juni 1862) die notarialische Fertigung erforderlich ist, kann bezüglich der Frage nach deren Rechtskraft in Ermanglung direkter Bestimmungen auf die Analogie von Zürich verwiesen werden.

Die Rechte von Glarus, Appenzell a. Rh., St. Gallen, Graubündten, Aargau und Thurgau enthalten keine Bestimmungen, wonach für Servituten oder Reallasten die Fertigung erforderlich wäre. Sollte sie freiwillig vorgenommen werden, so kann ihr ein selbständiger Einfluß auf den Bestand des Rechtes oder auf die Ersitzung desselben nicht zuerkannt werden (cf. Commentar zu § 248 des Bündtner Civilgesetzes).

Das Civilgesetzbuch von Solothurn fordert für die Entstehung der Realservituten die Eintragung ins Grundbuch nicht, sondern überläßt sie dem Gutdünken des Inhabers (§ 772 und 778). Damit wird eine Ausnahme zugelassen von dem zweiten Satze des oben (S. 111) angeführten § 909, wie aus der Bestimmung von § 770 betreffend die Nachwährschaft des Veräußerers einer Liegenschaft für verheimlichte, aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Servituten deutlich hervor-

geht. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß einmal gefertigte Servituten gleich andern dinglichen Rechten unter der Herrschaft des ersten Satzes von § 909 stehen und demnach die äußerlich richtige Fertigung, wozu nach dem oben (S. 101 und 112) gesagten die Identität des Bestellers mit dem letzteingetragenen Eigenthümer gehört, eine unbedingte Garantie bietet für den Bestand des Rechtes. Ausdrücklich ist diese Consequenz nur für die Frage des Unterganges einer gefertigten Servitut gezogen (§ 782). — Für persönliche Dienstbarkeiten (Nutznießung und Wohnrechte) gilt die absolute Vorschrift der Eintragung ins Grundbuch (§ 807), und damit nothwendigerweise auch der unbedingte Einfluß des § 909.

Für das Recht von Basel-Stadt sind bezüglich der Grunddienstbarkeiten und Reallasten die Bestimmungen des Gesetzes über Einrichtung eines Grundbuches maßgebend, speciell das in § 2 desselben (s. oben S. 113) ausgesprochene Princip. Die Dienstbarkeiten an Liegenschaften, welcher Art sie seien, bedürfen zu ihrer gültigen Entstehung der Einschreibung in das Grundbuch (§ 29), und für die positive Wirkung des formrichtigen Eintrages wird ausdrücklich (§ 32) auf die Analogie der Eigenthumszufertigung verwiesen, speciell auf den oben angeführten § 11. Es ist demnach auch für Servituten und Reallasten der Grundsatz festzuhalten, daß durch den formrichtigen Eintrag der seinem Wortlaute entsprechende Rechtserwerb ipso jure begründet ist, und, da dieser Regel eine dem § 12 analoge Ausnahmsbestimmung bezüglich auf usucapio libertatis speciell nicht entgegengesetzt wird, unter allen Umständen begründet bleibt, bis der Eintrag im Grundbuche wieder gelöscht ist, so daß für den dinglichen Rechtsbestand auf die verborgenen materiellen Verhältnisse nichts ankommt.

C. Mit Bezug auf das Grundpfandrecht.

Es bedarf keiner besondern Erwähnung, wie wichtig das Institut der notarialischen Fertigung, der Eintragung in die öffentlichen Grundprotokolle für die Entwicklung und moderne Gestaltung des Hypothekarwesens geworden ist. Wenn von

den Vortheilen der Publicität geredet wird, welche durch den allgemeinen Gebrauch der Grundbücher zum herrschenden Principe des Bodenkredites sich ausgebildet hat, so liegt zwar der Gedanke an die negative Funktion des Fertigungsinstitutes gewöhnlich am nächsten, und hat man den Gewinn vor Augen, welchen die Möglichkeit genauer Kenntniß der auf einer Liegenschaft haftenden Pfandrechte dem kauf- oder borglustigen Dritten und damit indirekt dem Kredite des geldbedürftigen Grundeigenthümers bringt. Weniger greifbar auf den ersten Blick, und doch unendlich wichtig und naheliegend ist aber auch der Einfluß positiver Rechtskraft der hypothekarischen Bucheinträge auf das Verkehrsleben.

Zur Fixirung dessen, was unter dieser positiven Rechtskraft zu begreifen sei, sind verschiedene Gesichtspunkte scharf auseinanderzuhalten. Da nach der Natur der Sache die Verpfändung eines Grundstückes nur durch den Eigenthümer selbst oder durch einen Dritten mit dessen Einwilligung geschehen kann, so wird es sich in erster Linie fragen, ob und inwieweit die Fertigung des Pfandrechtes im Stande sei, schon dem ersten Erwerber desselben das Dispositionsrecht des Verpfänders zu garantiren oder dessen allfälligen verborgenen Mangel unschädlich zu machen. Das Eigenthumsrecht seines Auktors ist für ihn ein objektives Rechtsverhältniß, welchem er als garantiebedürftiger Dritter gegenübersteht.

Allfällige Mängel im Verpfändungsgeschäfte selbst dagegen, sei es bezüglich des Pfandtitels (Vertrag, Legat, gerichtliches Urtheil u. dgl.), sei es bezüglich der Pfandbestellung als solcher, treffen den ersten Erwerber als eine unmittelbar betheiligte Person und gestalten sich erst gegenüber seinen Successoren zur objektiven Rechtsbasis, deren Formalbestand für sie, also für den freien Verkehr mit grundversicherten Forderungen von höchster Wichtigkeit ist.

Da nun aber das Pfandrecht nach materiellen Rechtsgrundsätzen in sich selbst einen Bestand nicht hat, sondern jeweilen an ein persönliches Forderungsrecht als dessen accessorium sich anschließt und der Regel nach mit diesem steht und fällt, so liegen, um nicht das gefertigte Pfandrecht unter allfälligen

Mängeln im Bestande der Forderung leiden zu lassen, der formalen Wirkung der Fertigung zwei Wege offen. Entweder wird das persönliche Forderungsrecht als solches unter den Einfluß der formalen Wirkung des Fertigungsaktes gezogen. Die Forderung, deren Rechtsbestand die materielle Gültigkeit des Pfandrechtes am wesentlichsten beeinflußt, wird bei der Fertigung des Pfandrechtes an die Oeffentlichkeit heraustreten und im Zusammenhang mit dem Pfandbestellungsakte ins öffentliche Protokoll eingetragen werden, so daß die Erstreckung der positiven Rechtskraft des Fertigungsaktes auf den Bestand der Forderung nicht ferne liegt. Oder die formale Wirkung des Pfandeintrages geht so weit, daß der Bestand des eingetragenen Pfandrechtes von demjenigen der Forderung schlechthin unabhängig erklärt und damit die formale Möglichkeit eines Pfandrechtes ohne Forderung statuirt wird. Der letztere Ausweg entspricht dem modernen Satze der Herrschaft des Publicitätsprincipes über die dinglichen Rechte an Liegenschaften am unmittelbarsten, während der erstere in der historischen Entwicklung der rechtskräftigen Pfandzufertigung, wie und so weit sie in den unten darzustellenden Kantonalrechten stattgefunden, seinen Ursprung hat.

Endlich ist es für den realen Inhalt des Pfandrechtes von höchster Wichtigkeit, welchen Rang dasselbe gegenüber andern am nämlichen Objekte bestellten Pfandrechten einnehme. Der Rang bestimmt sich nach der Zeitfolge der Errichtung; da diese aber nur durch den Eintrag ins Protokoll zur Perfektion gelangt, so ist es consequent, die Rangordnung der Pfandrechte schlechthin von den aus dem Protokolle ersichtlichen Daten der Einträge abhängig zu erklären, ohne allfälligen verborgenen Separatabkommen eine dingliche Wirkung zu gestatten.

Damit sind die vier Hauptrichtungen angegeben, in welchen sich in objektiver und subjektiver Beziehung die positive Wirkung des Pfandbestellungsaktes bethätigen wird, und es erübrigt nun, den Einfluß dieses Principes im positiven Rechte nachzuweisen. Der letztgenannte Punkt erledigt sich von vornherein dadurch, daß sämmtliche Gesetzgebungen (z. B. Zürich § 794; Luzern, Hypothekargesetz § 25; Schwyz, Verord-

nung über das Notariatswesen § 27; Glarus, Sachenrecht § 101; Solothurn § 855) ihn im angedeuteten Sinne entscheiden, so daß darauf nicht näher einzutreten ist, und die weitere Untersuchung sich auf die drei erstgenannten Aeußerungen der Rechtskraft beschränken wird.

Wenn das zürcherische Privatrecht in § 776 vorschreibt, ein Pfandrecht an Liegenschaften könne nur durch kanzleiische Fertigung bestellt werden (mit zwei vereinzelten Ausnahmsfällen in § 777), so zeigt schon der Wortlaut, daß mit dieser Bestimmung nur die negative Funktion der Fertigung ausgedrückt ist. Von besonderer Bedeutung dagegen für die Frage nach der positiven Funktion ist ein genaueres Eintreten auf das, was das zürcherische Recht unter Fertigung des Pfandrechtes versteht, also auf die unerläßlichen formellen Voraussetzungen der positiven Rechtskraft.

Unter der Fertigung ist zu begreifen der notarialische Eintrag des die Verpfändung bezweckenden Rechtsgeschäftes ins Grundprotokoll, verbunden mit der Ausfertigung einer Abschrift des Eintrages für den Pfandgläubiger. Ob beide Theile des Formalaktes oder nur der erstere vollzogen sei, ist für die Frage der gültigen Entstehung des Pfandrechtes zunächst zwar gleichgültig; sobald aber am nämlichen Pfandobjekte eine nachgehende Versicherung bestellt wird, gewinnt die vollständige Errichtung der früheren Fertigung einen wesentlichen Einfluß.[1])

Die speciellen Erfordernisse eines gültigen Eintrages sind theils unmittelbar formeller Natur und fallen insoweit zusammen mit den Vorschriften für notarialische Bucheinträge überhaupt; theils beziehen sie sich auf die materielle Natur des Verpfändungsgeschäftes, dessen wesentliche Bestandtheile, nämlich: die Existenz einer bestimmten wenigstens nach oben begränzten Kapitalforderung (§ 778, 780—782), die Bezeich-

[1]) § 801 lautet: Bloß aufprotokollirte Grundversicherungen sind, wenn eine jüngere Verpfändung bestellt und dafür eine Urkunde ausgefertigt wird, entweder zu löschen oder es ist dafür auf Begehren des Gläubigers, dem von diesem Falle Kenntniß gegeben werden soll, nachträglich ebenfalls eine Urkunde auszufertigen.

nung eines seiner sachlichen Beschaffenheit nach geeigneten Pfandobjektes (§ 789—791), und der Verpfändungswille des dispositionsfähigen Eigenthümers des Pfandobjektes oder dessen Stellvertreters (§ 792 und 793) —, mit äußerlicher Correktheit aus dem Wortlaute des Eintrages ersichtlich sein müssen.

Die Form der Abschrift des Eintrages, der Pfandurkunde, bestimmt sich selbstverständlich theils nach derjenigen des Eintrages, dessen getreue Kopie sie sein soll, theils nach den allgemeinen Vorschriften für Ausfertigung einer notarialischen Urkunde.

Diese Unterscheidung nun zwischen dem Pfandeintrage im Grundprotokoll und der ausgefertigten Pfandurkunde ist sehr wichtig für die Frage nach den positiven Rechtswirkungen des gesammten Fertigungsaktes. Jener Eintrag, der wie alle Einträge im Grundprotokoll ein neu entstandenes dingliches Rechtsverhältniß mit Bezug auf ein Grundstück zur allgemeinen Kenntniß zu bringen bestimmt ist, erstreckt demgemäß seine positive Wirkung lediglich auf das dingliche Rechtsverhältniß, auf das Pfandrecht selbst, berührt dagegen das rechtliche Schicksal der Pfandforderung unmittelbar und ohne Zusammenhang mit der ausgefertigten Urkunde nicht. Die Ausfertigung der Pfandurkunde dagegen, welche zugleich Schuldurkunde, Schuldbrief ist, veranlaßt die Ausdehnung der positiven Wirkung des Pfandbestellungsaktes auf die Forderung selbst, in unmittelbarer direkter Weise, so daß durch den Schuldbrief diese Aeußerung der Rechtskraft ganz entschieden in den Vordergrund tritt.

Setzen wir nun zunächst voraus, daß die grundversicherte Forderung an sich von zweifellosem Rechtsbestande sei, so frägt es sich, in welcher Weise der positive Einfluß der formrichtigen Fertigung, sei es des bloßen Eintrages (der „bloß aufprotokollirten Grundversicherung"), sei es der vollendeten Fertigung, auf die materielle Gültigkeit der Pfandbestellung sich äußere. Da das Pfandrecht seiner Natur nach zunächst bloß ideelle Befugnisse verleiht, und zu Gunsten des Inhabers eine thatsächliche Bedeutung erst in dem Momente erhält, da ihn das Ausbleiben der Zahlung zur Realisirung ermächtigt, so

kann von einer Ersitzung des Pfandrechtes, welche wie jede Usucapion dinglicher Rechte außer dem formrichtigen Eintrage auch das Faktum einer realen Ausübung des Rechtes während einer gewissen Zeit zur Voraussetzung hätte, selbstverständlich nicht die Rede sein. Es kann sich also consequenter Weise nur darum handeln, ob durch die äußerlich formrichtige Fertigung trotz materieller Mängel im Verpfändungsakte das Pfandrecht selbst begründet werde, oder ob ein selbständiger positiver Einfluß der Form, abgesehen vielleicht vom Entstehen einer bloßen Rechtsvermuthung, hier gänzlich fehle. Das Gesetz äußert sich diesfalls nirgends unmittelbar.

Wie bereits erwähnt, handelt es sich wesentlich um zwei Gruppen von materiellen Mängeln, einmal um diejenigen, welche sich auf das Dispositionsrecht des Pfandgebers, auf seine oder seines Mandanten dingliche Rechtsstellung zum Pfandobjekte beziehen, sodann um diejenigen, welche die persönlichen Beziehungen zwischen Pfandgeber und Pfandnehmer, also die materielle Richtigkeit des Pfandtitels und der Pfandbestellung als solcher treffen. Der Einfluß der ersteren wird sich aus den oben (S. 119) angeführten allgemeinen Gründen gegenüber dem ersten Erwerber wie gegenüber seinen Successoren in gleicher Weise geltend machen; der Einfluß der letzteren dagegen wird natürlicher Weise den ersten Erwerber anders treffen als seine Successoren und gegenüber jenem nur insoweit cessiren, als es die Rücksicht auf die Rechtsstellung der letzteren erfordert.

Das Gesetz gewährt für den Entscheid dieser Fragen nur diejenigen Anhaltspunkte, welche sich aus den für die unten zu erörternde Rechtskraft der Pfandurkunde mit Bezug auf die Forderung aufgestellten Bestimmungen indirekt ableiten lassen. Es sagt in § 800: „Gegenüber dritten Personen, welche den Schuldbrief in gutem Glauben erworben haben, kann sich der Schuldner überall nicht darauf berufen, daß das Geld, wofür die Verpfändung gefertigt worden, nicht bezahlt, noch daß die Schuld eine bloß simulirte sei. Auch zu Gunsten des ersten Gläubigers und dessen Erben begründet der ordnungsgemäß erworbene Besitz der Pfandurkunde zunächst die Vermuthung für die Wahrheit ihres Inhaltes. Aber es kann

dieselbe durch den Beweis jener Einrede auf Seite des Schuldners zerstört werden." Ferner in § 846: „Wer einen Schuldbrief in gutem Glauben empfangen und erworben hat, hat dem Schuldner gegenüber auch dann ein Recht auf volle Anerkennung seines urkundlichen Inhaltes, wenn dem Veräußerer Einreden, die sich nicht auf die Urkunde stützen, entgegengestanden wären."

Der wörtliche Inhalt dieser Gesetzesstellen zeigt, daß die Frage, welchen Einfluß ein Mangel im Eigenthumsrechte des Verpfänders auf die Gültigkeit der Pfandzufertigung ausübe, von ihnen weder direkt noch indirekt berührt wird. Wenn auch der zweite Satz von § 800 und der § 846 ihre Bedeutung nicht auf die Mängel im Rechtsbestande der Forderung beschränken, so geht doch aus der Fassung der cit. Paragraphen hervor, daß dieselben nur solche materielle Mängel im Auge haben, welche gegenüber dem ersten Erwerber des Pfandrechtes wesentlich anders wirken als gegenüber seinen Successoren, d. h. solche Mängel, welche, sei es nun mit Bezug auf die Pfandbestellung oder bezüglich der Forderung, in den persönlichen Beziehungen zwischen dem ersten Schuldner und dem Kreditor ihren Ursprung haben. Es wird nur vom Einflusse der Urkunde auf die Einreden des Schuldners gehandelt, während die Mängel im Eigenthumsrechte des letzteren nicht ihm, sondern dem wahren Eigenthümer des Pfandobjektes gegenüber der Pfandansprache des Kreditors Einreden an die Hand geben. Somit ist nicht davon die Rede, daß die formrichtige Pfandzufertigung als solche den Kreditor gegenüber den allfälligen Eigenthumsansprachen dritter an der Pfandbestellung unbetheiligter Personen sicher stelle.

Die weitere Frage aber, ob nicht der Gläubiger, wenn der Pfandbesteller im Grundbuche als letzteingetragener Eigenthümer des Pfandobjektes erscheine, aus diesem Gesichtspunkte gegen Eigenthumsansprache Dritter gesichert sei, muß nach dem, was oben (S. 104 ff.) über die Wirkung der formrichtigen Eigenthumszufertigung gesagt wurde, ebenfalls verneint werden. Wer blos Usucapient eines Grundstückes ist, kann selbstverständlich keine gültigen Pfandrechte an demselben bestellen.

Es bleibt daher, in Ermanglung positiver Beschränkungen, die materielle Rechtsregel, wonach ohne Mitwirkung des Eigenthümers ein gültiges Pfandrecht nicht bestellt werden kann (§ 792), auch gegenüber der formrichtigen Fertigung unbedingt wirksam.

Anders verhält es sich in Folge der cit. § 800 und 846 mit dem Einflusse der den sogenannten Pfandtitel und das Verpfändungsgeschäft selbst betreffenden materiellen Mängel, z. B. Mängel in der Perfektion des Vertrages, des Legates u. s. w., durch welche der Schuldner zur Pfandbestellung verpflichtet ist, Handlungsunfähigkeit des Pfandbestellers, Irrthum im Pfandobjkte u. dgl. mehr, immer vorausgesetzt, daß dieselben aus dem Wortlaute des Fertigungsaktes nicht ersichtlich seien. Hier handelt es sich um persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den Constituenten des Pfandrechtes, unter deren verborgenen Mängeln der Dritte, der sich auf den formrichtigen Inhalt der Fertigung verläßt, nicht leiden soll. Dies ist der eigentliche Sinn der angeführten Gesetzesstellen, wenn auch die erstere (§ 800) zunächst bloß einen Mangel im Rechtsbestande der Forderung im Auge hat.

Aus den persönlichen Rechtsbeziehungen der Constituenten geschöpfte Einreden sollen also dem dritten Erwerber nicht schaden. Damit ist gesagt, daß der dritte Erwerber in der That Inhaber eines vollgültigen Pfandrechtes wird, dessen Rechtsbestand jene Mängel nicht antasten. Consequent wäre es nun, auch den ersten Erwerber ipso jure als Inhaber des Pfandrechtes anzuerkennen, da er doch das gültige Pfandrecht unzweifelhaft auf dritte Personen übertragen kann. Allein der Wortlaut des angeführten § 800 statuirt zu seinen Gunsten bloß eine Vermuthung für die Wahrheit des Inhaltes der Fertigung, welche vom Schuldner durch den Nachweis der einredeweise geltend gemachten Mängel zerstört werden kann. Praktisch ist der Unterschied zwischen der Stellung des Inhabers eines ipso jure gültigen aber anfechtbaren Pfandrechtes und derjenigen, welche das citirte Gesetz dem ersten Erwerber anweist, nicht von Bedeutung. Denn die wesentlichen Vorzüge jener Eigenschaft, nämlich die Legitimation zur

Geltendmachung des Pfandrechtes, welche nur durch ausdrückliche Protestation und Gegenbeweis zu zerstören ist, und die Fähigkeit zu gültiger Rechtsübertragung werden dem ersten Erwerber vom Gesetze unzweideutig zuerkannt. Um nun dennoch die gesetzliche Theorie der bloßen Vermuthung mit dieser ihr widersprechenden Rechtsstellung des ersten Inhabers in Einklang zu bringen, wird es nöthig, der Pfandurkunde in der Hand desselben eine außerordentlich starke Beweiskraft zuzuschreiben, und zu einer Fiktion, wonach dem ersten Inhaber vom Pfandbesteller stillschweigend die Vollmacht zu gültiger Uebertragung ertheilt worden wäre, Zuflucht zu nehmen.

Noch unzweideutiger ist die positive Wirkung der Fertigung in ihrem Einflusse auf den Untergang, resp. die objektive Fortdauer des Grundpfandrechtes vom Gesetze anerkannt. Nach § 848, 849 und 851[1]) besteht das Pfandrecht ipso jure so lange, bis der Eintrag im Protokoll und die Pfandurkunde gelöscht sind. Zwar wird auch hier diese Wirkung der ungelöschten Fertigung zu Gunsten des dritten Erwerbers besonders hervorgehoben, allein eben daraus, daß die Uebertragung eines materiell untergegangenen Pfandrechtes an dritte Personen noch möglich ist, geht hervor, daß in der Hand desjenigen Inhabers, bei welchem das einmal gültig entstandene Pfandrecht durch Vertrag, Confusion ꝛc. in seinem materiellen Bestande betroffen wird, es auf seiner formalen Grundlage bis zur kanzleiischen Löschung ipso jure fortbesteht. Demgemäß rücken auch erst mit dem Momente dieser Löschung die nachgehenden Pfandrechte an die erledigte Pfandstelle vor (§ 853).

---

[1]) Diese Stellen lauten: § 848. „Eine Grundversicherung kann nur durch kanzleiische Löschung vollständig getilgt werden." — § 849. „So lange die kanzleiische Löschung nicht erfolgt ist, erscheint der redliche Besitzer des Schuld- oder Pfandbriefes berechtigt, dem Schuldner gegenüber den Inhalt der unversehrten Pfandurkunde als noch fortwirkend anzusehen." § 851. „Wenn der Eigenthümer eines Pfandbriefes Eigenthümer des Unterpfandes wird, oder die Stellung des Gläubigers und des Schuldners sich in derselben Person mischen, so ist er verpflichtet, jenen kanzleiisch löschen zu lassen. Kommt derselbe aber unversehrt in die Hand eines Erwerbers in gutem Glauben, so kann dieser Forderung und Pfandrecht geltend machen."

Nun enthält aber, wie wir oben sahen, der formrichtige Eintrag der Grundversicherung nicht nur die Bezeichnung des Pfandobjektes und den Ausweis über das Verpfändungsgeschäft, sondern es muß namentlich auch ersichtlich sein, für welche Forderung das Pfandrecht bestellt sei. Daß die positive Wirkung des Fertigungsaktes sich auf den Bestand der eingetragenen Forderung erstrecke, ist nicht ein direktes Postulat der für den Bestand der Sachenrechte wünschbaren publica fides der Grundprotokolle; denn die Integrität des Pfandrechtes könnte, wie oben (S. 120) angedeutet, auch selbständig und vom Schicksale der Forderung unabhängig durch den Bucheintrag garantirt werden. Das Pfandrecht würde an sich bestehen, in Gewärtigung, daß ein berechtigter Inhaber der gedeckten Forderung dasselbe geltend mache. Hält dagegen das Fertigungsinstitut an dem materiellen Grundsatze der Solidarität von Forderung und Pfandrecht fest, und berührt demnach die positive Rechtskraft des Fertigungsaktes, um das Pfandrecht nicht unter verborgenen Mängeln der Forderung leiden zu lassen, nicht nur den Rechtsbestand des ersteren, sondern auch denjenigen der Forderung selbst, so greift ihr Einfluß hinüber in das Gebiet persönlicher obligatorischer Rechte, und es bedarf diese neue Seite ihrer Wirksamkeit der Erklärung aus einem besonderen Principe.

In der That ist bereits angedeutet worden, daß die positive Rechtskraft der Fertigung mit Bezug auf die Forderung nicht so sehr auf dem Eintrage der Pfandbestellung ins Grundprotokoll, als vielmehr auf der notarialischen Ausfertigung der Pfand- und Schuldurkunde, des Schuldbriefes, beruht. Dieser Schuldbrief nun, d. h. die zur Bekräftigung einer mit Grundpfandrecht versicherten Forderung notarialisch errichtete Urkunde, hat bekanntlich im zürcherischen Rechte mit Bezug auf die Rechtskraft seines Inhaltes von Alters her eine besondere Begünstigung genossen. Es ist hier nicht der Ort, die Geschichte und innere Bedeutung dieses singulären und in seiner Entwicklung vom Principe der publica fides der öffentlichen Protokolle unabhängigen Rechtsinstitutes zu verfolgen, zumal da in dieser Zeitschrift

dem Gegenstande bereits eine eingehende Untersuchung gewidmet worden ist.[1]) Dagegen verlohnt es sich zu bemerken, daß das Schuldbriefrecht in seiner heutigen Gestalt dem modernen Institute der rechtskräftigen Einträge in das Grundprotokoll vollständig die Hand reicht, und dessen Entwicklung im zürcherischen Rechtssystem wesentlich gefördert hat. Die oben angeführten Bestimmungen der § 800 und 846, deren Anwendbarkeit gegenüber materiellen Mängeln des Pfandbestellungsaktes erläutert wurde, wurzeln im Institute des Schuldbriefrechtes, und bezogen sich zunächst nur auf verborgene Mängel im Bestande der Forderung, deren störender Einfluß auf den Inhalt der beglaubigten Urkunde geschwächt werden sollte. Erst dadurch, daß der Inhalt dieser Urkunden regelmäßig ins Grundprotokoll aufgenommen wurde und in Folge dieser Entwicklung sich der Begriff von der Nothwendigkeit des Eintrages, ja von der grundlegenden Bedeutung desselben wenigstens für den Bestand des dinglichen Pfandrechtes ausbildete, war der Anlaß gegeben, die hergebrachten Begünstigungen des urkundlichen Inhaltes auf den Inhalt des Protokolles auszudehnen. Daher der umfassende und auch den Bestand des Pfandrechtes berührende Inhalt der § 800 und 846.

Die positive Wirkung nun, welche eine formrichtige Fertigung des Pfandrechtes, insbesondere der Pfand- und Schuldurkunde auf die objektive Rechtsgültigkeit der eingetragenen Pfandforderung ausübt, gestaltet sich, weil auf den nämlichen Gesetzesbestimmungen beruhend, ganz analog den besprochenen Einflüssen der Fertigung auf die materiellen Mängel des Verpfändungsgeschäftes. Materielle Fehler in der Begründung der Forderung, wie namentlich mangelnde Bezahlung der Valuta, sollen dem dritten Inhaber der Urkunde nicht schaden; es ist also der letztere jedenfalls als Gläubiger einer an sich zu Recht bestehenden Forderung anzusehen. Auch für die Rechtsstellung des ersten Erwerbers kann lediglich auf das oben gesagte verwiesen werden. — Ebenso sind die Bestimmungen

[1]) Die Gült und der Schuldbrief nach zürcherischem Rechte, Bd. IX. Abhandl. S. 3 ff. von Herrn Prof. F. v. Wyß.

der angeführten § 849 und 851 maßgebend für die Frage nach dem Untergang, resp. der Fortexistenz grundversicherter Forderungen, und es wird ihr Inhalt noch speciell bestätigt durch § 1044 welcher lautet: „Eine Schuld geht durch die bloße Zahlung nicht ohne weiteres unter, wenn die Existenz der Forderung an eine Urkunde geknüpft ist, wie z. B. bei Schuldbriefen u. s. w.“ Weiter brauchen die Details der positiven Rechtswirkung der Fertigung auf den Bestand der Forderung nicht erörtert zu werden, da dieselben rein obligationenrechtlicher Natur sind und den objektiven Bestand des Pfandrechtes in keiner Weise berühren können.

Aehnliche Rechtsinstitute, wie sie das zürcherische Recht in seinen Schuldbriefen besitzt, haben sich bekanntlich unter verschiedenen Namen und mit mehr oder minder bedeutenden Abweichungen in den meisten übrigen Kantonen der deutschen Schweiz ebenfalls entwickelt. Forderungen mit Grundpfandrecht, sei es nun daß in der That die persönliche Forderung mit accessorischem Pfandrecht der leitende Gesichtspunkt war, sei es daß auf den Grund und Boden gelegte Lasten und Zinse den Ausgangspunkt der Entwicklung bildeten, mußten zuerst übungsweise, dann gesetzlich unter gewissen Formen errichtet werden, welche den betreffenden Urkunden eine besondere Garantie für die materielle Zuverlässigkeit ihres Inhaltes verleihen sollten. Die Bestellung eines Grundpfandrechtes war nicht anders möglich als in diesen Formen, welche niemals ohne öffentliche Controle, ohne Mitwirkung von Behörden, sei es der Notare, Gerichte oder Gemeinderäthe, vollzogen werden können.

Nun blieb es aber nicht bei der Errichtung der einzelnen Urkunden, sondern es wurde deren Aufnahme in öffentliche Protokolle vorgeschrieben, so daß die Einsicht in die bestehenden Fertigungen jedem Dritten möglich wurde. Damit war die Nothwendigkeit eines Eintrages in öffentliche Bücher für die gültige Entstehung des Pfandrechtes, für den dinglichen Rechtserwerb festgestellt, also die negative Funktion des Buchinhaltes auch für das Grundpfandrecht.

Auf diesem Punkte blieben jedoch die meisten Kantone

bis jetzt stehen, selbst diejenigen, welche durch Codifikation des Civilrechtes den Anlaß gehabt hätten, im Sinne des zürcherischen Rechtes die Rechtssätze, die sich in der Uebung zum positiven Schutze des Inhaltes der einzelnen Urkunden allfällig gebildet hatten, allgemeiner zu verwerthen und dem Principe der positiven Rechtskraft der Protokolleinträge dienstbar zu machen. Wir finden daher wol vereinzelte Bestimmungen, wonach die grundversicherten, auf formell richtige Urkunden sich stützenden Forderungen, namentlich in den Händen dritter Erwerber, gegen alle oder gewisse Einreden sicher gestellt sein sollen;[1]) allein von einer positiven Wirkung der formrichtigen Fertigung, sei es der Urkunde oder des Eintrages, auf den Bestand des Pfandrechtes ist in den Gesetzen der betreffenden Kantone nicht die Rede. Die Praxis mag hie und da der übungsgemäßen Autorität richtig ausgefertigter Schuldbriefe zu liebe gewisse materielle Mängel in der Entstehung des Pfandrechtes in ihrer störenden Wirkung hemmen; allein bestimmte und allgemeine Principien sind diesfalls nirgends ausgesprochen.

Nur insofern finden sich Spuren der positiven Funktion der Pfandzufertigung, als nach einigen Gesetzen (Bern Art. 497; Luzern § 370 und 772, und Gesetz über das Hypothekarwesen vom 6. Juni 1861: § 44; Obwalden, Hypothekargesetz vom 20. Februar 1858: § 59 und 60; Glarus, Sachenrecht § 109 und 117; Schaffhausen § 777—779; Appenzell a. Rh., Gesetz über das Pfandrecht

---

[1]) Bern (Art. 755, und Gesetz betreffend Abänderungen in der Hypothekargesetzgebung vom 8. August 1849: Art. 12) gegen exceptio non numeratae pecuniae; Luzern (§ 769) gegen die Einrede der Compensation. — Nur das Gesetzbuch von Schaffhausen hat in § 770 eine dem § 846 des zürcherischen Gesetzes (s. oben S. 124) nachgebildete Bestimmung, deren Verwendbarkeit gegenüber Mängeln in der Pfandbestellung jedoch zweifelhaft ist angesichts der Vorschrift von § 771 a, wonach die Gemeindebehörde dem Pfandgläubiger haftet für das Verfügungsrecht des Pfandgebers über die verpfändeten Liegenschaften, d. h. für den Schaden, den ihm der Mangel dieses Rechtes (möglicherweise ein bloß persönlicher) am Bestande seines Pfandrechtes bereitet.

an Liegenschaften vom 28. Oktober 1860, Art. 15) der Untergang des Pfandrechtes schlechthin von der amtlichen Löschung der Pfandurkunde und des entsprechenden Protokolleintrages abhängig gemacht wird. Damit ist allerdings gesagt, daß das Pfandrecht wie die Forderung bis zum Momente der formellen Löschung trotz materieller Erlöschungsgründe (wie Zahlung, Confusion, Verzicht) fortbesteht, und in dieser Beziehung die Uebereinstimmung mit den erwähnten Sätzen des zürcherischen Rechtes (S. 126) eintritt.[1])

Den Gegensatz zu jeder lückenhaften Durchführung des Fertigungsinstitutes bilden wiederum die Bestimmungen der Gesetze von Solothurn und Basel-Stadt, welche allein das moderne Princip der formalen Rechtskraft des dinglichen Grundbuchinhaltes an die Spitze stellen. Nach dem Civilgesetzbuch von Solothurn (§ 833) ist zum Erwerbe des Pfandrechtes an einer Liegenschaft der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch unbedingt erforderlich. Dieser Eintrag, nicht etwa der in zweiter Linie auszustellende Hypothekschein (§ 844), ist maßgebend für den Bestand des dinglichen Rechtsverhältnisses. Sowie aber der Eintrag, welchem bei vertragsgemäßen Pfandrechten die notarialische, also unter materieller Controle stehende Fertigung des Hypothekvertrages voranzugehen hat (§ 954), vollzogen ist, tritt derselbe unter den Einfluß der mehrfach besprochenen Bestimmung des § 909 (s. oben S. 111). Materielle Mängel in der Pfandbestellung hindern demnach die an sich gültige Entstehung des Pfandrechtes nicht, da bezüglich der Stellung des ersten Erwerbers hier das nämliche zu sagen ist wie oben beim Eigenthumserwerb. Ein Mangel im Eigenthumsrechte des Auktors ist ohnehin nicht denkbar, sobald der Pfandgeber — und ein anders lautender Eintrag wäre nach dem oben (S. 101, n. 4 und 112) gesagten nicht ein formell correcter — identisch ist mit dem zuletzt eingetragenen Eigenthümer. Vom Einflusse des Pfand-

---

[1]) Das Graubündtner Gesetz (§ 285 und 299) kennt nur eine Vermuthung für den Fortbestand des ungelöschten Pfandrechtes, ohne Unterschied des Inhabers.

eintrages auf die Forderung ist im Gesetze nicht die Rede; es muß daher das Schicksal der letzteren von demjenigen des Pfandrechtes unabhängig sein und umgekehrt, in der Meinung, daß das Pfandrecht, sobald und so lange als es richtig eingetragen ist, jedem nach den Grundsätzen des Forderungsrechtes berechtigten Inhaber der Forderung zur Seite steht, aber in seinem sachenrechtlichen Bestande durch den Untergang der Forderung noch nicht ohne weiteres alterirt wird. Der Untergang des Pfandrechtes mit dem Vorrücken der nachgehenden Posten erfolgt vielmehr erst durch die Tilgung desselben im Grund- und Hypothekenbuch (§ 876 und 877), während durch die materiellen Erlöschungsgründe, wie Untergang der Forderung, Verzicht des Gläubigers, Zusammenfall von Eigenthum und Pfandrecht bei Einer Person u. s. w., wol das „Recht zu einer Hypothek", d. h. der persönliche Anspruch auf die ungelöschte Fortdauer derselben, nicht aber die Hypothek als solche untergeht (§ 958—964). Es leuchtet ein, wie wichtig dieser Satz namentlich für die weitere Uebertragbarkeit des ungelöschten Pfandrechtes ist.

Die nämlichen Gesichtspunkte dominiren das Hypothekenrecht von Basel-Stadt, kraft des oben (S. 113) angeführten Gesetzes über Einrichtung eines Grundbuches vom 16. April 1860. Den Ausgangspunkt bildet wiederum der cit. § 2: „Die Unterpfandsrechte an Grundstücken sollen durch die Einschreibung ins Grundbuch festgestellt werden." Zur gültigen Bestellung des Pfandrechtes ist die Eintragung ins Grundbuch unbedingt erforderlich; sowie aber der Eintrag, welchem die notarialische Errichtung des Pfandtitels voranzugehen hat (§ 18), vollzogen ist, so besteht lediglich um dieses Eintrages willen das Pfandrecht bis zur Löschung desselben (§ 27) ipso jure fort. Materielle Mängel in der Bestellung sind dem formrichtigen Eintrag gegenüber wirkungslos; ein Mangel im Eigenthumsrechte des Pfandbestellers ist nach dem oben gesagten (s. S. 113) nicht möglich, sobald derselbe mit dem letzteingetragenen Erwerber der Sache identisch ist. Der rechtliche Bestand der Pfandforderung hat auf denjenigen der Hypothek keinen direkten Einfluß, noch umgekehrt der richtige

Eintrag der letzteren auf jenen. § 22 bestimmt ausdrücklich,[1]) daß eine Hypothek durch den Eintrag ins Grundbuch an sich rechtsgültig entstehen kann, bevor die entsprechende Forderung ins Leben getreten ist; und nach § 26 rücken Forderungen, welche zum Ersatze früherer bestimmt sind, auch bei späterer Eintragung in die Pfandstelle der letzteren, so daß das Pfandrecht die Zerstörung der früheren Forderung überdauert.

III. Die Anfechtung der Grundprotokolleinträge.

Wenn bisher gezeigt worden ist, wie das Princip positiver Rechtskraft der Grundprotokolleinträge in mehreren Rechtssystemen der deutschen Schweiz eine mehr oder weniger ausgedehnte und bewußte Anerkennung gefunden hat, so dürfen die erörterten Sätze, wie bereits (S. 103, n. 8) angedeutet, nicht so verstanden werden, als ob der durch die Fertigung geschaffene dingliche Rechtszustand nun durchweg als der definitive und gegen jede Einsprache schlechthin geschützte festgehalten werde. Vielmehr bedarf die Frage, wie weit die geschaffenen dinglichen Rechte für den Inhaber eine reale Bedeutung erhalten, oder wie weit die verborgenen Mängel des materiellen Erwerbstitels die Realität des Erwerbes hindern und zur Anfechtung desselben bleibende Anhaltspunkte darbieten, einer besonderen Besprechung.

Wir sahen im Eingange, wie das Institut der rechtskräftigen Fertigung seine innere Begründung und Rechtfertigung in den Interessen des freien und sicheren Verkehres mit Grundstücken findet, welche nur dann allseitig befriedigt sind, wenn das Publicitätsprincip nicht bloß in seiner negativen, sondern auch in der positiven Funktion anerkannt wird. Der

---

[1]) § 22 lautet: „Auch wenn Unterpfänder zur Sicherung bestimmter Summen eingetragen werden, die noch nicht bezahlt sind, haftet das Pfand bis zum Belauf der im Kreditschein zugesicherten Summe, von dem Augenblick des Eintrages an, so lange derselbe nicht im Grundbuch gestrichen wird."

Einfluß der letzteren aber ruft in allen Fällen, wo er sich gegenüber materiellen Mängeln der unterliegenden Rechtsverhältnisse geltend macht, einem Conflikte zwischen formalem und materiellem Recht; und wenn auch in dem Umfange, welcher im vorangegangenen Abschnitte dargestellt ist, das Uebergewicht des ersteren gesetzlich sanktionirt wird, so bedarf es doch nur eines Gedankens an die vom positiven Recht zu schützende bona fides des Verkehrs, um einzusehen, daß es Fälle geben muß, in welchen gegenüber dem starren und immerhin künstlichen Formalprincipe der Standpunkt des materiellen Rechtes seine maßgebende Bedeutung behält.

Die rechtliche Lösung solcher Conflikts fälle kann sich nun unmöglich in der Weise vollziehen, daß das Gesetz allenfalls von den oben dargelegten Grundsätzen gewisse Ausnahmen zuläßt, und den Eintritt der formalen Rechtswirkung des correcten Protokolleintrages unter gewissen materiellen Voraussetzungen von vornherein untersagt. Es wäre dieß ein zerstörender Einbruch in die principielle Anerkennung der formalen Rechtskraft, welche dem äußerlich richtigen Eintrage als solchem beigegeben ist ohne daß die materielle Unterlage irgendwie in Betracht fällt. Dagegen bleibt es mit diesem Principe wol vereinbar, wenn das Gesetz aus besonderen Gesichtspunkten Mittel an die Hand gibt, die von Rechtes wegen eingetretene dingliche Wirkung des Formalaktes rückgängig und für den materiell betroffenen unschädlich zu machen. Die Rechtskraft als solche wird damit festgehalten, allein die Möglichkeit einer Anfechtung des durch sie geschaffenen Rechtszustandes vom Standpunkte des materiellen Rechtes offen behalten.

Es versteht sich von selbst, daß damit nicht gesagt werden will, es soll nun in jedem Falle, wo die Rechtskraft der Form gegenüber materiellen Mängeln einen positiven Erfolg aufweist, das bloße Vorhandensein des Conflikes zwischen formalem und materiellem Recht an sich genügen, um die Anfechtbarkeit des formalen Rechtszustandes zu begründen. Mit diesem Grundsatze wäre das Institut der rechtskräftigen Fertigung faktisch vernichtet, da der bloß formelle Rechts-

erwerb ohne jegliche Garantie der Dauer und materiellen Haltbarkeit einen reellen Werth nicht hätte. Vielmehr ist die Regel festzuhalten, daß die formrichtige Fertigung allein den Rechtserwerb garantirt und als ächter Formalakt dessen materielle causa supplirt, sofern nicht im einzelnen Falle specielle Verhältnisse eintreten, welche dem Fertigungsakt diese weitgehende materielle Bedeutung entziehen. Die Anfechtbarkeit des formrichtig vollzogenen Fertigungsaktes hat daher nicht nur die Mangelhaftigkeit des materiellen Erwerbstitels im allgemeinen, sondern einen speciellen Anfechtungsgrund zur Voraussetzung, welcher dem Fertigungsakte zwar nicht die rechtserzeugende Kraft an sich, aber die Fähigkeit benimmt, das ins Leben gerufene Rechtsverhältniß gegenüber dem Einflusse des materiellen Rechtes zu garantiren.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die Frage der Anfechtbarkeit nur für diejenigen Fälle ernstlich zu erörtern ist, in welchen das Gesetz dem formrichtigen Protokolleintrage die positive Kraft zuerkennt, ein definitives, an sich auf die Dauer angelegtes dingliches Rechtsverhältniß zu begründen. Wo dagegen die correct vollzogene Fertigung als solche den reellen Rechtserwerb nicht verschafft, also namentlich wo die Eigenthums- und Servitutenzufertigung beim Vorhandensein materieller Mängel nur zum Ersitzungsbesitz und -Quasibesitz verhilft, da versteht es sich ohne weiteres, daß gemäß dem materiellen Gehalte des durch die Fertigung geschaffenen Rechtszustandes die Anfechtung desselben specielle Anfechtungsgründe nicht voraussetzt. Der Ersitzungsbesitz ist von selbst ein provisorisches Rechtsverhältniß, welches gegenüber der Vindikation und actio negatoria des Eigenthümers nicht Stand zu halten vermag. Wo materielle Mängel den Eigenthumsübergang, die gültige Servitutbestellung verhindert haben, da bleibt trotz der vollzogenen Fertigung dem bisherigen Eigenthümer und dem servitutfreien Eigenthümer das Recht, mit den genannten Rechtsmitteln gegen den auf die formrichtige Fertigung sich stützenden Besitzer aufzutreten. Der Eintrag selbst, dem die materielle causa fehlt, wird mit bloßer Nullitätsklage anzugreifen sein, gerichtet gegen den, zu dessen Gunsten

der fundamentlose Eintrag lautet; denn es leuchtet ein, daß der wahre Eigenthümer und der servitutfreie Eigenthümer es nicht zu dulden brauchen, daß ein ungelöschter Eintrag sie ihrer fortdauernden Rechte und Freiheit anscheinend beraube. Eine besondere und nicht hieher gehörige Frage ist, wie weit die Vindikation und actio negatoria hinwieder durch persönliche Einreden, vornemlich die exceptio rei venditae et traditae, unschädlich gemacht werden können; es würde mit dieser Erörterung das Gebiet dinglicher Rechtsverhältnisse verlassen.

Die Anfechtungsgründe aber, oder richtiger bezeichnet diejenigen besonderen Verhältnisse, welche den reellen, auf die vollkommen positiv wirkende Fertigung sich stützenden Rechtserwerb rückgängig zu machen im Stande sind, lassen sich ableiten aus der Idee, die dem Institute der rechtskräftigen Fertigung zu Grunde liegt. Dasselbe ist vom Verkehrsinteresse ins Leben gerufen, um jedem Dritten, der sich beim Verkehr mit Grundstücken bezüglich ihrer Rechtsverhältnisse auf den Inhalt des Grundprotokolles verläßt, die Garantie zu geben, daß für den materiellen Effekt der protokollirten Rechtsgeschäfte einzig der Wortlaut des Protokolles maßgebend sei.

Wenn nun auch, wie oben erörtert ist (S. 103, n. 7), diese Rücksicht auf die Rechtsstellung dritter Personen consequenter Weise dazu führen muß, schon in der Hand des ersten Inhabers eines mit materiellen Mängeln bestellten dinglichen Rechtes den Erwerb desselben ipso jure als vollzogen anzuerkennen, so liegt es dagegen keineswegs im Principe des Fertigungsinstitutes, daß dem ersten Inhaber der nämliche formale Rechtserwerb definitiv zu garantiren sei. Soweit der erste Inhaber eines neu gefertigten dinglichen Rechtes dem Inhalte des Protokolles nicht als Drittperson gegenübersteht, soweit er also zur Entstehung und Protokollirung eines fehlerhaften Rechtsgeschäftes mit oder ohne Verschulden selbst mitgewirkt hat, und es sich nicht bloß um Mängel in der bereits protokollirten dinglichen Rechtsstellung seines Auktors handelt, soweit muß er auch den materiellen Einfluß der untergelaufenen Mängel auf sich wir-

ken lassen. Die formale Rechtskraft des Protokollinhaltes, welche ihrem Principe nach zu Gunsten Dritter wirkt, darf eben deshalb nicht schon von den Constituenten des Formalaktes in eigenem Interesse geltend gemacht werden; ihnen gegenüber fungirt die richtige Form nicht als materielle causa, und wenn sie daher auch um ihrer allfälligen Successoren willen als Erwerber gelten müssen, so ist ihr eigener Erwerb ein Erwerb sine causa, und aus diesem Gesichtspunkte anfechtbar. Dagegen versteht es sich nach dem gesagten von selbst, daß gegenüber verborgenen Mängeln in der dinglichen Rechtsstellung des Auktors schon der erste Acquirent, welcher sich bezüglich der sachenrechtlichen Befugnisse seines Mitconstituenten auf den Protokollinhalt verläßt, seinen Successoren durchaus gleichsteht.

Weiter folgt aus dem Principe des Fertigungsinstitutes, daß die Rechtskraft eines Protokolleintrages nur denjenigen Drittpersonen zu gute kommen darf, welche sich gutgläubig auf seine materielle Richtigkeit verlassen. Das ganze Institut dient den Interessen des Verkehrs, aber nur den richtig verstandenen, wahren Interessen eines loyalen Verkehrs. Wo daher die materiellen Mängel des gefertigten Geschäftes zwar aus dem Protokolleintrage nicht ersehen werden können, aber demjenigen, welcher kraft dieses Geschäftes dingliche Rechte aus erster oder zweiter Hand erwerben will, persönlich bekannt sind oder bei verkehrsüblicher Aufmerksamkeit hätten bekannt sein müssen, da bleibt kein Grund mehr, den bösgläubigen oder nachlässigen Erwerber zu schützen. Der Handhabung einer gesunden Rechtspflege würde vielmehr Abbruch geschehen, wenn solchem Erwerbe die äußerlich formrichtige Fertigung als materielle causa seines definitiven Bestandes wider besseres Wissen und Gewissen des Inhabers zur Seite stünde. Die Rücksicht auf den allgemeinen Rechtssatz und auf die Rechtsstellung der gutgläubigen Successoren erfordert zwar, daß auch der schlechtgläubige Erwerber ipso jure als Inhaber des dinglichen Rechtes gemäß dem Wortlaute der Fertigung anerkannt werde, allein sein Rechtserwerb entbehrt der causa, und ist aus diesem Grunde anfechtbar.

Die zwei dargelegten zur Anfechtung führenden Verhältnisse sind die einzigen, welche sich aus dem Principe des Institutes ableiten lassen, und deren Anerkennung eine richtige und der consequenten Ausbildung der positiven Rechtskraft entsprechende Lösung des Conflikts zwischen materiellem und formalem Rechte darstellt. Weitere Anfechtungsgründe sind ohne specielle positive Vorschrift nicht vorhanden; und wo das positive Recht sie vorschreibt, ist dies nur aus einem Einbruche in das Princip erklärlich. — Es bleibt nun noch zu zeigen, wie die entwickelten Sätze ihre positive Verwendung finden, und wie sich formell die Anfechtung ipso jure wirksamer Protokolleinträge gestaltet. Wir theilen den Stoff gemäß den einzelnen Anfechtungsgründen, und setzen überall die positive Rechtswirkung des formrichtigen Eintrages voraus.

A. Die Anfechtung rechtskräftiger Protokolleinträge gegenüber dem ersten Inhaber.

Wir sagen: alle materiellen Mängel in den persönlichen Momenten des Erwerbsgeschäftes wirken dem ersten Inhaber gegenüber zwar nicht erwerbshindernd, aber im nämlichen Umfange, wie sie ohne den Einfluß des Formalprincipes den Rechtserwerb verhindert hätten, erwerbszerstörend, sobald sie im Wege der Anfechtung geltend gemacht werden. Die Anerkennung dieses Satzes mit Bezug auf notarialischen Eigenthums- Servituten- und Pfandrechtserwerb zeigt sich deutlich in den positiven Bestimmungen der in Betracht fallenden Systeme.

Die Gesetze von Solothurn und Basel, welche allein für den Eigenthums- und Servitutenerwerb die positive Rechtskraft des Protokolleintrages im Princip sanktioniren, verweisen ausdrücklich auf die verschiedene Stellung des ersten und dritten Inhabers. Wir sahen (oben S. 112), wie das Civilgesetzbuch von Solothurn in der maßgebenden Stelle (§ 909) die Rechtskraft überhaupt nur dritten Personen gegenüber festzusetzen scheint; und wenn die Rücksicht eben auf dritte Personen uns dazu führen muß, doch schon dem ersten Inhaber den Rechtserwerb ipso jure zuzuschreiben, so folgt aus der

angeführten Stelle jedenfalls, daß letzterer der Anfechtung in dem Umfange ausgesetzt ist, welchen die materiellen Grundsätze über den Einfluß der jeweilen vorhandenen inneren Mängel bestimmen. Faktisch soll er nicht besser gestellt sein als wenn die Bestimmung des § 909 überhaupt nicht existirte, und deshalb wird er in derselben absichtlich gar nicht erwähnt. — Das Gesetz von Basel-Stadt behandelt in dem oben (S. 113) angeführten § 11 und in § 32 [1]) die Stellung des ersten Inhabers einer Eigenthums- und Servitutzufertigung besonders. Die materiellen Mängel, welche das persönliche Rechtsverhältniß der Constituenten der Fertigung betreffen (nach § 11: „falsche oder gefälschte Unterschriften oder unrichtige Angaben," natürlich mit Bezug auf die aus dem Protokoll nicht ersichtlichen materiellen Requisite des Geschäftes), hindern zwar die Entstehung des eingetragenen Rechtes an sich nicht, lassen aber gegenüber dem ersten Inhaber (§ 11: „dem Inhaber, welcher zu dem betreffenden Eintrag die Veranlassung selber gegeben hat") zu Gunsten des materiell geschädigten ein persönliches Anfechtungsrecht erwachsen, welches jedenfalls fünf Jahre lang in Kraft bleibt. Nach fünf Jahren besteht es nur noch gegenüber dem bösgläubigen Inhaber, verjährt dagegen auch gegenüber dem ersten Inhaber, wenn ihn am unentdeckten Vorhandensein der Mängel kein Verschulden trifft (§ 11 Satz 2).

Diejenigen Rechtssysteme, welche auf Grundlage der formrichtig gefertigten Eigenthums- und Servitutenbestellung nur Ersitzungsbesitz eintreten lassen, bedürfen wie schon gesagt besonderer Bestimmungen über das Anfechtungsrecht nicht. — Ist aber die Ersitzung vollendet, so wird mit dem Eigenthum selbstverständlich auch die Freiheit von jeder Anfechtung erworben, sei es nun, daß der anfängliche Usucapient oder einer seiner Successoren im betreffenden Moment Besitzer sei. Wo für den endgültigen Erwerb des ersessenen

---

[1]) § 32 lautet: „Hinsichtlich der Anfechtung von Grundbucheinträgen gelten die in § 11 für das Eigenthum aufgestellten Grundsätze auch für Pfandrecht, Servituten und Bodenzinse."

Eigenthums ein neuer Eintrag erforderlich ist, da wird der Usucapient, gesetzt auch er würde noch vor dem Vollzuge dieser neuen Fertigung vom bisherigen Eigenthümer angegriffen, sich dennoch der Anfechtung entziehen können, sobald er einredeweise den Ablauf der Ersitzungszeit und als Widerklage das Begehren geltend macht, daß ihm der neue Eintrag gestattet werde. —

Der erste Inhaber eines mit materiellen Mängeln constituirten Grundpfandrechtes, soweit derselbe nach unsern Ausführungen überhaupt als dinglich berechtigter Pfandinhaber anzusehen ist (also wiederum nur in Solothurn und Basel-Stadt), unterliegt der Anfechtung nach Maßgabe der nämlichen Gesetzesstellen (Solothurn § 909, Basel-Stadt § 32) und ganz in derselben Weise, wie der erste Erwerber der fehlerhaften Eigenthums- und Servitutszufertigung. Alle materiellen Mängel der Pfandbestellung, also namentlich auch die allfälligen Mängel im Bestande der Pfandforderung, berechtigen zur Anfechtung des vollzogenen Eintrages, so lange derselbe noch zur Verfügung des ersten Inhabers steht. —

Für Zürich und die verwandten Systeme läßt sich die Wirkung dieses Satzes gegenüber dem Constituenten des Pfandrechtes, welchem das Gesetz ausdrücklich die dingliche Berechtigung abspricht, nicht erkennen. Der zu seinen Gunsten lautende fehlerhafte Eintrag leidet an Nullität, und ist deshalb jederzeit mit Nichtigkeitsklage angreifbar. Dagegen steht umgekehrt derjenige Inhaber des Pfandrechtes, in dessen Händen dasselbe sei es an sich, sei es durch den Untergang der Forderung materiellge tilgt wird, bezüglich der Anfechtbarkeit des im Protokolle nicht gelöschten, und deshalb ipso jure fortbestehenden Pfandrechtes dem ersten Inhaber eines fehlerhaft constituirten und dennoch ipso jure gültigen Pfandrechtes durchaus gleich. Vgl. Solothurn § 957,[1]) 963. Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch enthält diesfalls die aus-

---

[1]) § 957 lautet: „Die Tilgung einer Verpfändung muß auf Verlangen der Betheiligten vorgenommen werden, sobald das Recht zu der Hypothek erloschen ist."

drückliche Bestimmung in § 849: „Der Schuldner hat das Recht, bei Theilzahlung zugleich amtliche Abschreibung und bei völliger Zahlung die Herausgabe der entkräfteten Pfandurkunde und die Löschung im Protokolle zu verlangen.[1]) Ebenso Schaffhausen (§ 778 und 779) und, richtig verstanden, Bern (Art. 497) und Obwalden (Hypothekargesetz Art. 59 bis 61).

Die materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes gegenüber dem ersten Inhaber sind demnach überall gegeben durch materielle Mängel im Bestellungsgeschäfte, resp. in der Fortexistenz des bestellten Rechtes. Was den gültigen Bestand des betreffenden dinglichen Rechtes nach materiellen Grundsätzen hindert, wird unter der Herrschaft des Formalprincipes zum Anfechtungsgrund, sofern der geltend gemachte Mangel nicht wiederum im Protokollinhalte seine Rechtfertigung findet. Berechtigt zur Anfechtung ist derjenigen, welcher durch den Formalbestand des anzufechtenden Rechtes materiell unbegründeten Schaden leidet, also der veräußernde oder servitut- und pfandbestellende Eigenthümer und der Schuldner der Pfandforderung. Formell kann die Anfechtung geschehen entweder auf dem Weg der Klage oder auf dem Weg der Einrede. Die Klage hat zum Gegenstand die Aufhebung des ipso jure gültig entstandenen dinglichen Rechtes und kann deshalb, da der Bestand des Rechtes als solcher beim Beklagten anerkannt werden muß, nicht eine dingliche, sondern nur eine persönliche sein. Da sie aber nicht in einem contractlichen Verhältnisse, sondern in der Thatsache des innerlich unbegründeten Erwerbes, einer der causa entbehrenden Bereicherung auf Seite des Beklagten ihr Fundament hat, so gehört sie ins Gebiet der sogenannten Condictionen, der Klagen auf Herausgabe grundloser Bereicherung. Das nächste Klageziel bildet die Vernichtung des angefochtenen Protokolleintrages und der mit demselben zusammenhängenden Urkunden, womit die Aufhebung des formalen Rechtes äußer-

---

[1]) Vgl. auch den Wortlaut des oben (S. 126) angeführten § 851, erster Satz.

lich kundgegeben wird. Alles nähere, namentlich auch die Frage der Verjährung, ist nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes zu beurtheilen, und es bedarf an dieser Stelle nur die oben angeführte specielle Verjährungsfrist des Gesetzes von Basel-Stadt (5 Jahre) besonderer Erwähnung. — Einredeweise ist die Anfechtung geltend zu machen gegenüber denjenigen dinglichen und persönlichen Ansprüchen, die der Inhaber des formalen Rechtes aus demselben ableitet, also gegenüber einer allfälligen Vindikation, actio confessoria und Pfandklage. Mit der Einrede zu verbinden ist das Begehren um gänzliche Aufhebung des klägerischen Rechtes.

B Die Anfechtung rechtskräftiger Protokolleinträge wegen mala fides des Rechtsinhabers.

Daß derjenige Inhaber eines durch rechtskräftigen Protokolleintrag geschaffenen, aber mit innern Mängeln behafteten dinglichen Rechtes, welcher das Vorhandensein dieser Mängel beim Erwerbe des Rechtes gekannt hat oder mit gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen müssen, von der Rechtskraft der Form keinen Vortheil ziehen darf, folgt wie bereits gesagt aus den ersten Grundsätzen der den Rechtsverkehr beherrschen- bona fides. Es bedarf daher nicht einmal der ausdrücklichen Betonung der mala fides in den positiven Rechten, um sie als Anfechtungsgrund überall und ohne weiteres wirken zu lassen. Dabei versteht sich übrigens, daß nur diejenige mala fides gemeint ist, welche im Momente des Rechtserwerbes bereits vorhanden war, während später eintretende Zweifel an der materiellen Richtigkeit des Erwerbstitels, die sogenannte mala fides superveniens, den einmal rechtskräftig und definitiv begründeten Erwerb nicht zu alteriren vermögen. In welchem Umfange der Mangel an Aufmerksamkeit dem positiven Wissen vom Dasein der materiellen Fehler gleichzustellen sei, läßt sich durch einen allgemeinen Satz nicht aussprechen. Es ist die Aufgabe der Praxis, den richtigen Mittelweg zwischen rigoroser Strenge und laxer Gleichgiltigkeit für jeden einzelnen Fall zu finden; doch entspricht es der steigenden Bedeutung des Grundbuchinhaltes und der Wünsch-

barkeit allgemeinen Vertrauens in denselben, im Zweifel zu Gunsten des rechtskräftigen Erwerbes zu entscheiden.

Von den beiden Gesetzgebungen nun, welche für Eigenthums- und Servitutenerwerb die Rechtskraft der Fertigung anerkennen, erwähnt diejenige von Solothurn den Einfluß des bösen Glaubens gar nicht. Daß er auch nach dem Rechte Solothurns als Anfechtungsgrund wirke, läßt sich daher bloß dem an die Spitze dieses Abschnittes gestellten allgemeinen Rechtsgrundsatze und im weiteren etwa dem Wortlaute des vielfach angeführten § 909 entnehmen: „alle Einschreibungen im Grund- und Hypothekenbuch werden in Beziehung auf einen Dritten als richtig angesehen." Es heißt nicht: sie wirken unbedingt als richtig, so daß unter Umständen eine Anfechtung doch statthaft sein wird, und zwar eben aus dem nächstliegenden Grunde der mala fides. — Basel-Stadt dagegen legt in dem mehrfach angeführten § 11, welcher von der Anfechtung der Grundprotokolleinträge handelt, ausdrückliches Gewicht auf das Verschulden materiell unrichtiger Einträge. Unter diesem Verschulden ist nun nicht bloß das dolose oder fahrlässige Mitwirken bei der ersten Entstehung des fehlerhaften Eintrages, sondern jeder bösgläubige Erwerb auf Grundlage eines fehlerhaften Eintrages zu verstehen, da im Verschweigen der Fehler, welche sich auf jeden folgenden Eintrag mittelbar fortpflanzen, ebenfalls ein Verschulden liegt. Für diese Anfechtung ist eine Verjährungsfrist nicht angegeben.

Grundpfandrechte, welche mit dem Bewußtsein materieller Mängel in ihrem äußerlich tadellosen Bestande erworben worden sind, unterliegen selbstverständlich ebenfalls der Anfechtung nach dem Rechte aller derjenigen Kantone, welche hier, wenigstens zu Gunsten dritter Erwerber, das Formalprincip anerkennen. Für Solothurn ist auf das soeben zu § 909 gesagte zu verweisen. Basel-Stadt schreibt in § 32 die analoge Verwendung der Grundsätze des § 11 vor. Zürich dehnt nach dem Wortlaute der maßgebenden Gesetzesstellen (siehe die oben S. 123 ff. angeführten § 800, 846, 849 und 851) den formalen Pfandrechtserwerb überhaupt nur

auf gutgläubige dritte Inhaber der Pfandurkunde aus, allein es darf aus den im Eingange dieses Abschnittes (S. 134) angeführten Gründen dieser Wortlaut juristisch nicht so aufgefaßt werden, als ob in der Hand des bösgläubigen dritten Inhabers der Rechtserwerb überhaupt nicht einträte. Es bedarf kaum der nochmaligen Erinnerung daran, daß ohne solchen Erwerb die unzweifelhafte Uebertragbarkeit an dritte gutgläubige Personen nicht denkbar wäre. Vielmehr ist nach Maßgabe dieser Gesetzesstellen der schlechtgläubige Erwerber als Inhaber eines zwar ipso jure gültigen, aber anfechtbaren Rechtes zu behandeln, während nur der gutgläubige Erwerber sich der definitiven Inhaberschaft des erworbenen Rechtes zu erfreuen hat. — In analoger Weise sind die Bestimmungen von Schaffhausen (§ 770, 778, 779), Bern (Art. 497), Obwalden (Hypothekargesetz Art. 60) zu verstehen.

Für das formelle des Anfechtungsrechtes ist lediglich auf das oben zur Anfechtung gegen den ersten Inhaber gesagte zu verweisen. Der vom Anfechtenden nachzuweisende Grund seiner Klage oder Einrede ist einerseits das Vorhandensein des betreffenden materiellen Mangels, anderseits die mala fides seines Gegners, welche niemals vermuthet wird. Es versteht sich, daß unter gegebenen Verhältnissen die Anfechtungsklage juristisch nicht als condictio, sondern vielmehr als actio doli (Zürich § 1832), und die entsprechende Einrede als exceptio doli zu qualificiren ist, jedoch für unsere Frage ohne materiellen Unterschied.

C. Anfechtung aus besondern Bestimmungen des positiven Rechtes.

Schon oben (S. 114) wurde darauf hingewiesen, daß dasjenige Gesetz, welches im übrigen die entwickelten Grundsätze über Rechtskraft der Grundprotokolleinträge mit dem klarsten Bewußtsein zur Verwendung bringt, das Gesetz über Errichtung eines Grundbuches von Basel-Stadt, in § 11 und 12 Bestimmungen über die Anfechtbarkeit der Bucheinträge enthält, welche materiell einen bedenklichen Einbruch in das zur Grundlage genommene System darstellen. Es wird eine

Anfechtung zugelassen, die ohne besondere Rechtfertigung lediglich in dem Widerspruch zwischen materiellem und formalem Recht ihren Grund hat, und dem ersteren zum Siege verhelfen soll; ja es beruht im Falle des § 12 das übermächtige materielle Recht nicht einmal auf notarialischem Eintrage, sondern auf rein materiell rechtlicher Ersitzung, also auf Nichtanerkennung sogar der negativen Funktion der Fertigung.

Der oben in seinem Wortlaute angeführte § 11 nämlich handelt im zweiten Satze von der Anfechtung der auf materiellen Fehlern beruhenden Eigenthumszufertigung gegenüber „einem eingeschriebenen Inhaber, der sie nicht verschuldet hat". Darunter ist jeder gutgläubige dritte Inhaber zu verstehen, wie der Gegensatz zu Lemma 1 zeigt, wo vom ersten Inhaber die Rede ist. Also jedem dritten gutgläubigen Inhaber gegenüber sollen die materiellen Fehler geltend gemacht werden können an welchen der Eintrag eines seiner Rechtsvorfahren leidet, sofern nur die Verjährungsfrist von fünf Jahren noch nicht abgelaufen ist. Weder für den Eigenthums-, noch für andern dinglichen Rechtserwerb (denn in § 32 ist für Servituten- und Pfandrechtseinträge schlechthin auf die Analogie von § 11 verwiesen) soll die formrichtige Eintragung ins Grundbuch an sich den definitiven Bestand garantiren, wenn schon ipso jure dem Eintrag die dingliche Wirkung zukommt.

Der folgende § 12 sodann,[1]) welcher für den nicht ein-

---

[1]) § 12 lautet: „Ausnahmsweise kann aber auch ohne Zuthun des letzteingeschriebenen Eigenthümers die Einschreibung zu Eigenthum im Grundbuch erfolgen, wenn diese der Inhaber eines Grundstückes verlangt, welcher nachweist, daß er ohne der oder des Letzteingeschriebenen gerichtliche Einsprache während der letzten 20 Jahre das Grundstück besaß und er diesen Besitz von einem Rechtstitel herleitet, vermöge dessen er das Eigenthum von dem letzteingeschriebenen Eigenthümer zu erlangen glauben konnte, oder wenn er darthut, es haben seine Vorgänger im Besitz das Grundstück in obgenannter Weise so inne gehabt, daß zusammengerechnet mit seinem eigenen Besitz die Dauer von 20 Jahren erfüllt ist. — Die begehrte Einschreibung des Inhabers als Eigenthümer geschieht vermöge Spruchs des Civilgerichtes, nach vorgängiger dreimonatlicher Auskündung ꝛc."

getragenen titulirten Besitzer eine Ersitzung von 20 Jahren zuläßt, statuirt gegenüber dem notarialischen Eigenthümer ein dem formalen Principe des Gesetzes direkt zuwiderlaufendes Anfechtungsrecht. Die vollendete materielle Ersitzung verschafft zwar nicht unmittelbar das dingliche Eigenthumsrecht, allein sie gibt dem Usucapienten einen Rechtsgrund an die Hand, vermöge dessen er das formale Eigenthum des letzteingetragenen Inhabers durch gerichtliche Vermittlung anzufechten, resp. durch neuen Eintrag auf sich zu übertragen im Stande ist. Für den bisherigen Eigenthümer hat mit dem Momente der vollendeten Ersitzung des Dritten der Protokolleintrag aufgehört, eine genügende und den Rechtsbesitz garantirende causa zu sein. Es leuchtet ein, wie dieser Satz lediglich aus einer inconsequenten Concession an hergebrachte materielle Rechtsgrundsätze zu erklären ist. — Für das formelle der Anfechtung aus § 11 und 12 ist dem bei Anlaß des ersten Anfechtungsgrundes gesagten nichts beizufügen, soweit nicht der cit. § 12 Specialvorschriften enthält.

Wenn die vorangegangene Erörterung sich darauf beschränkt hat, das Institut der rechtskräftigen Grundprotokolleinträge in abstrakten Sätzen zu construiren, und die Spuren von dessen positiver Existenz in den geltenden Gesetzen aufzusuchen, so bedarf es kaum eines besonderen Hinweises darauf, welcher Rechtszustand dem Verfasser als das wünschenswerthe Ziel der Entwicklung vorschwebt. Die Kritik der bestehenden Gesetze ergibt sich von selbst aus dem Verhältnisse, in welchem sie zu den dargelegten Postulaten einer consequenten Ausbildung des Publicitätsprincipes stehen. Nur darf niemals vergessen werden, daß wie bereits gesagt (oben S. 101 n. 4) das materielle Recht innerhalb der in Frage stehenden Gebiete im engsten Zusammenhange sich befindet mit den vorhandenen Einrichtungen der Grundbücher, so sehr, daß die positive Sanction der entwickelten Rechtssätze absolut undenkbar ist ohne

vorhergegangene Vereinigung der Notariatsprotokolle im Sinne übersichtlicher, möglichst specialisirter Aufzeichnung aller dinglichen Rechtsverhältnisse. Ebenso bedarf es genauer Instruktionen und Formalvorschriften für die buchführenden Beamten, damit die Bucheintäge, welche vom Momente ihrer Aufzeichnung die formale Rechtskraft genießen sollen, unter möglichster Garantie gegen materielle Verstöße zu Stande kommen.

Ganz consequent im Sinne unserer Erörterungen verfährt der Entwurf eines Civilgesetzes für den Kanton Basel-Stadt, vom Jahre 1865. Diejenigen Sätze des zur Stunde noch geltenden Grundbuchgesetzes vom Jahre 1860, welche im letzten Abschnitte als dem eigentlichen und richtigen Principe des Gesetzes widersprechend bezeichnet wurden, finden sich in dem genannten Entwurfe, soweit er das Immobiliarsachenrecht behandelt, ausgemerzt.[1]) Die Anfechtung gegenüber dem dritten gutgläubigen Erwerber, sowie die Ersitzung gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer hat der Entwurf fallen gelassen. Der einzige Punkt, welcher mit der Durchführung des positiven Publicitätsprincipes nicht völlig im Einklange steht, betrifft nicht den materiellen Gehalt der Rechtsnormen, sondern die formelle Fassung derselben. Es heißt in § 567 des Entwurfes: „Das Grundbuch gewährt vollen Beweis für alle darin eingetragenen Rechte, resp. Lasten." Warum nicht auch mit dem Ausdrucke den entscheidenden Schritt wagen, und sagen: das richtig geführte Grundbuch gewährt alle eingetragenen Rechte, resp. Lasten?

Die wesentlichsten Fortschritte in unserer Rechtsmaterie bringt ferner der „Gesetzes-Entwurf über die Einrichtung und Führung der Grundbücher" für den Kanton Bern, vom Jahre 1868. Dieser Entwurf enthält materielle Rechtssätze, von welchen in dem gleichzeitigen Entwurfe einer Pfand- und Hypothekenordnung sich keine Spur findet, und welche ihrem materiellen Gehalte nach an die volle Anerkennung der positiven Rechtskraft sehr nahe heranreichen. Der aus Art. 440

---

[1]) Vgl. die „Motive zu dem Entwurf eines Civilgesetzes für den Kanton Basel-Stadt (Erbrecht. Sachenrecht). Basel. 1868." — S. 139 ff.

des Civilgesetzbuches herübergenommene Grundsatz nämlich (Art. 27 des Entwurfes): „Durch die Einschreibung in das Grundbuch werden die Mängel des Geschäftes, auf welche sich dieselbe gründet, nicht gehoben" — erleidet durch die vorhergehenden Art. 25 und 26 die wesentlichsten Modifikationen. Nicht nur soll jeder correcte Eintrag ins Grundbuch die Vermuthung der materiellen Richtigkeit für sich haben, welche bloß unter gewissen vom Gesetze speciell bestimmten Voraussetzungen aufzuheben ist (Art. 25), sondern die Rechte dritter Personen, welche auf Grundlage eines materiell unrichtigen Eintrages gutgläubig erworben worden sind, sollen überhaupt jeder Anfechtung entzogen sein.[1] Es findet also der Grundsatz des Art. 27 nur noch gegenüber dem ersten Erwerber und gegenüber dem bösgläubigen dritten Erwerber praktische Verwendung. Damit ist aber materiell das nämliche Resultat gewonnen, wie wenn dem Eintrage von vorneherein die Rechtskraft zuerkannt wäre mit Vorbehalt der in unserm dritten Abschnitte erörterten Anfechtbarkeit.

Es ist zu hoffen, daß jede neue Gesetzgebung, welche sich mit der erörterten Materie zu befassen hat, hinter den angeführten Entwürfen nicht zurückbleibe; und wenn es dem Verfasser gelungen wäre, dieser Entwicklung einige Steine aus dem Weg zu heben und dem convergenten Fortschritte der Schweizerrechte zu gemeinsamer Ausbildung des Immobiliarsachenrechtes in der vorgezeichneten Bahn ein Wort zu reden, so ist der Zweck der vorliegenden Zeilen erfüllt.

---

[1] Art. 26 lautet: „Die Berichtigung (i. e. Anfechtung) hat keinen Einfluß auf die seit der Eintragung begründeten Rechte Dritter, welche mit dem eingetragenen Berechtigten in gutem Glauben verhandelt haben. — Insbesondere bleiben Veräußerungen, Dienstbarkeiten, Verpfändungen und Bestandverträge, welche der in dem Grundbuch eingetragene Berechtigte eingegangen hat, zu Recht bestehen."