

Grundbuchvormerkungen im schweiz. Civilgesetzbuch Art. 959-961

Autor(en): **Scheidegger, Otto**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **28 (1909)**

PDF erstellt am: **22.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896522>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Grundbuchvormerkungen im schweiz. Civilgesetzbuch Art. 959—961.

Von Dr. OTTO SCHEIDEGGER in Basel.

Das Grundbuch dient in erster Linie dem Zwecke, die an den Grundstücken bestehenden dinglichen Rechte (Eigentum, Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte) festzustellen und durch die ihnen dergestalt gewährte Publizität nach aussen hin zu sichern. Die dinglichen Rechte müssen also im Grundbuch eingetragen werden, um sowohl den Rechtserwerb für den Erwerber selbst vollwirksam zu machen (konstitutive Funktion des Eintrags) als auch sein Recht vor Anfechtung durch Dritte und Geltendmachung nicht eingetragener Rechte zu schützen (deklarative Funktion des Eintrags).

Neben den Begriff der Eintragung stellt nun das schweizerische Civilgesetzbuch in den Art. 959—961 noch den der Vormerkung und fasst unter diesen Begriff eine Anzahl unter sich sehr verschiedener Dinge zusammen. Das Gesetz stellt folgende drei Kategorien von Vormerkungen auf:

1. Persönliche Rechte, die ein Recht auf Nutzung oder Erwerb eines Grundstücks geben (Pacht und Miete, Vor- und Rückkaufsrecht, Kaufsrecht, Nacherbenvormerkung u. a.).

2. Verfügungsbeschränkungen zur Sicherung der Exekution in ein Grundstück.

3. Vorläufige Eintragungen; diese dienen zum Teil zur Erhaltung nicht eingetragener dinglicher Rechte, zum Teil zur Sicherstellung der Neueintragung dinglicher Rechte.

Wie man aus dieser Einteilung ersieht, sind die vom Gesetz unter den Begriff der Vormerkung zusammengefassten Institute sehr verschieden. Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als ob allen Vormerkungen wenigstens die Eigenschaft gemeinsam sei, dass sie keine dinglichen Rechte sind. Insofern würde dann der Begriff der Vormerkung einen Gegensatz zu demjenigen der Eintragung bilden. Man könnte dann etwa sagen, es sei der Vormerkung nicht um dauernde Belastung des Grundstücks zu tun, sondern bloss um Fernhaltung von Rechten und Ansprüchen, welche Dritte auf das Grundstück geltend machen.

Allein bei näherer Betrachtung lässt sich auch dieser Gegensatz nicht aufrecht erhalten. Man sieht bald ein, dass vor allem die vorgemerkten persönlichen Rechte eine sehr nahe Verwandtschaft mit den dinglichen Rechten aufweisen. Das Miet- und Pachtrecht ist den Servituten, das Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht dem Pfandrechte sehr ähnlich.

Die Vormerkungen der Art. 960 und 961 hingegen zeigen nicht die geringste Aehnlichkeit mit den dinglichen Rechten; dadurch unterscheiden sie sich auch von den vorgemerkten persönlichen Rechten.

Es dürfte sich nun besonders lohnen, diese verschiedenen Arten von Vormerkungen näher zu betrachten, ihre wirkliche Natur zu untersuchen und ihren Begriff und ihre systematische Stellung klarzulegen.

Wir wählen für unsere Untersuchung aus der Gruppe der persönlichen Rechte, für die der Art. 959 die Vormerkung vorsieht, die Miete und Pacht, und behalten uns für eine spätere Betrachtung die Ermittlung der rechtlichen Natur der in Art. 961 enthaltenen vorläufigen Eintragungen vor, die uns ein besonderes Interesse zu bieten scheinen und auch schwierige Fragen zu lösen geben.

I. Vormerkung von Miet- und Pachtrecht.

A. Bisheriges Recht. Das geltende Obligationenrecht hat, nachdem die Entwürfe lange geschwankt hatten, prinzipiell den gemeinrechtlichen Satz „Kauf bricht Miete“ angenommen.¹⁾ Um jedoch die Härte dieses Satzes einigermaßen zu mildern, wurde der Erwerber von verpachteten Sachen oder Rechten oder von vermieteten unbeweglichen Sachen verpflichtet, dem Pächter resp. Mieter, bevor er demselben die Sache entziehe, gemäss den gesetzlichen oder, wenn diese kürzer sind, gemäss den vertraglichen Fristen zu kündigen. Durch diese Bestimmung wird der Mieter und Pächter wenigstens davor bewahrt, von einem Tag auf den andern auf die Strasse geworfen zu werden und dadurch einen Schaden zu erleiden, den ihm der gegen den Vermieter oder Verpächter zustehende Anspruch selten ersetzen kann.

In Abs. 3 Art. 281 und Abs. 3 Art. 314 behält das Obligationenrecht den kantonalen Rechten die Eintragung des Miet(Pacht)verhältnisses in öffentliche Bücher sowie die Normierung der Wirkungen dieser Eintragung vor. Von dieser Kompetenz haben aber nur wenige Kantone Gebrauch gemacht.²⁾ Zürich gibt dem eingetragenen Mieter (Pächter) ein vollkommenes dingliches Recht, das jedoch im Konkurse dann nicht Stand hält, „wenn bei der Versteigerung auf den Fall der Fortdauer der Miete oder Pacht nicht soviel geboten wird als zur Deckung der der Eintragung vorgehenden Forderung notwendig ist.“³⁾ Ob diese vorgehende Forderung eine eingetragene Hypothek sein muss oder ob jede früher entstandene chirographarische Forderung vorgeht, ist allerdings nicht ganz klar. Wallis erklärt in CC Art. 1939 die Eintragung und damit Verdinglichung aller Mietverträge über unbewegliche Sachen, die auf länger als 10 Jahre abge-

¹⁾ Vergl. Janggen, Darstellung und Kritik der Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechts über die Sachmiete.

²⁾ Huber, Schweiz. Privatrecht III S. 738.

³⁾ Zürcher privatr. Gesetzbuch § 400.

geschlossen werden, für obligatorisch. Waadt⁴⁾ stellt als Voraussetzung der Eintragung notarielle Beurkundung des Vertrages auf und erklärt ausdrücklich, dass nur die früher eingetragenen Gläubiger, die zur Belastung des Grundstücks mit dem Miet(Pacht)rechte nicht ihre Zustimmung gegeben haben, diesem Rechte vorgehen. Tessin⁵⁾ hingegen hat durch den „contratto di livello“ ein der römischen Emphyteuse oder der deutschen bäuerlichen Leihe vollkommen ähnliches Institut geschaffen.⁶⁾ Das dingliche Verhältnis wird hier so stark, dass das obligatorische beinahe hinter ihm verschwindet; der Leiher bekommt ein starkes eigentumsähnliches Recht am Grundstück, er wird — um den dogmatisch falschen, aber doch bezeichnenden Ausdruck zu gebrauchen — Untereigentümer.

Wir sehen also, dass die Kantone der Eintragung der Miet-(Pacht-)verhältnisse bald mehr bald weniger intensive Wirkung beigelegt haben. Da das CGB jetzt an die Stelle des kantonalen Rechts tritt, ist es durchaus begreiflich, dass es die Möglichkeit der Eintragung, die doch in einigen, wenn auch nicht vielen, Kantonen bestand, zulässt. Die Sachlage ist jetzt allerdings eine andere. Während bisher die Kantone zur Gesetzgebung über dingliche Rechte an Immobilien ausschliesslich kompetent waren und es daher in ihrem freien Belieben lag, die Eintragung des Mietverhältnisses zu ermöglichen, hat nach Inkrafttreten des CGB jedermann auch in den Kantonen, die die Eintragung bisher nicht kannten, ein Recht dieselbe zu verlangen. Darüber zu bestimmen, was ins Grundbuch aufgenommen werden könne und welche Wirkung diese Aufnahme habe, ist der Bund ausschliesslich kompetent

⁴⁾ Loi sur l'inscription des droits réels immobiliers (du 11 mai 1897) Art. 26.

⁵⁾ Cod. civ. Art. 824—830.

⁶⁾ Der Empfänger des Grundstücks ist wie der Leiher und der Emphyteuta verpflichtet zu Meliorationen; der hauptsächlichste Unterschied zwischen dem Livellkontrakt und den beiden andern Instituten ist, dass beim ersteren das Recht des Empfängers vom Eigentümer abgelöst werden kann; dies entspricht einem Grundgedanken des modernen Rechts, das immerwährende das Eigentum völlig aufsaugende Belastungen nicht mehr zulässt.

und da nichts darauf hindeutet, dass bezüglich der Gesetzgebung über die Vormerkbarkeit persönlicher Rechte ein Vorbehalt zu Gunsten der Kantone gemacht worden sei, schafft Art. 959 einheitliches Recht.

Es ist nun unsere Aufgabe, zu untersuchen, inwiefern das im OR geregelte Miet-(Pacht-)verhältnis durch die Vormerkung modifiziert wird und welcher Art die Rechte sind, die durch dieselbe geschaffen werden.

B. Dogmatik. — Alle diejenigen Rechte, welche (unter mehr oder minder starkem Schutz gegen Angriffe) einem anderen als dem Eigentümer die Nutzung der Sache gewähren, sind wesensgleich und haben die gleiche Wurzel. Das zeigt uns die historische Entwicklung. Precarium, Commodat, Miete (Pacht), Niessbrauch, Leihe⁷⁾ haben alle das Merkmal gemeinsam, dass sie einen andern als den Eigentümer zur Nutzung der Sache berechtigen. Wir sehen daher auch, dass sie leicht in einander übergehen, die einen sich aus den andern entwickeln; die Unterscheidungskriterien, welche dann die Wissenschaft aufstellt, sind mehr durch die Zufälligkeiten und Eigentümlichkeiten des gerade herrschenden Rechtssystems bedingt, als dass sie in der Natur der Rechte begründet sind.⁸⁾ Da alle diese Rechte wesensgleich sind, so sind die aufgestellten Unterschiede quantitative und nicht qualitative. Wir sehen, wie sich aus Miete und Pacht Superficies und Emphyteusis entwickeln. Im deutschen Rechte⁹⁾ entstehen eine Menge von Leiheverhältnissen, die bald mehr einem auf einige Jahre eingeräumten, bald einem auf Lebenszeit oder sogar auf mehrere Generationen eingeräumten Niessbrauch, bald einer verdinglichten Miete oder Pacht gleichen. Das Wesentliche ist immer, dass ein Recht auf Nutzung der Sache eingeräumt wird. Die Unterschiede, ob Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit, beschränkte oder unbeschränkte Dauer, Vererblichkeit

⁷⁾ In allen ihren Formen, wozu auch Superficies und Emphyteusis zu zählen sind.

⁸⁾ Dies lässt sich nicht nur bei dem vorliegenden Institut sagen; die gleiche Erscheinung zeigt sich in der ganzen Rechtswelt.

⁹⁾ Vergl. Heusler, Instit. § 110.

oder Unvererblichkeit, Wirksamkeit gegen Dritte oder nicht kommen erst in zweiter Linie in Betracht. Diese Einheitlichkeit der Betrachtung müssen wir uns wahren, wenn wir über die Natur der vorgemerkten Miete ins Klare kommen wollen; besonders wird es uns dadurch möglich sein, aus der Analogie; die zwischen rein obligatorischer und vorgemerkter Miete (Pacht) einerseits und zwischen Commodat und Niessbrauch andererseits besteht, wertvolle Schlüsse zu ziehen.

I. Was zunächst die Voraussetzung für die Eintragung des Miet- resp. Pachtverhältnisses anbetrifft, so muss, wie sich aus dem Wortlaut des Art. 959 ergibt, ein persönliches Recht vorhanden sein. Wann der Mieter oder Pächter ein solches erworben hat, beantwortet sich nach Obligationenrecht. Es ist nötig der Abschluss eines Vertrages; derselbe kann formlos erfolgen, Art. 275 OR. Es kann also zum Unterschiede von allen anderen Grundbucheinträgen, die sich auf dingliche Rechte beziehen, bei Miete und Pacht das zu Grunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis formlos hergestellt werden. Nach Abschluss des Vertrages wäre nun zweierlei möglich: entweder, dass der Mieter oder Pächter ein obligatorisches Recht gegen den Gegenkontrahenten erlange auf Eintragung des Verhältnisses, gerade so wie der Käufer ein obligatorisches Recht gegen den Verkäufer erlangt auf Umschreibung des Eigentums, oder aber dass er ein solches Recht nicht erlange, sondern dass hiezu erst noch eine neue Vereinbarung nötig ist. Würde das Gesetz hierüber eine Entscheidung nicht treffen, so müsste der zweite Fall angenommen werden, ausser für die Fälle natürlich, wo sich klar ergibt, dass der Verpächter resp. Vermieter die Eintragung zugestanden hat. Es ist nämlich für die Regel nie zu unterstellen, dass Verpflichtungen, die nicht durch Gesetz oder Treu und Glauben des Verkehrs verlangt sind, stillschweigend übernommen werden. Zu allem Ueberfluss scheint es, dass das revidierte OR, das ja zugleich mit dem CGB in Kraft treten soll, die Frage entscheiden werde. Der Entwurf zur Revision vom 3. März 1905 bestimmt in Art. 1305: „Das Mietverhältnis an einem Grundstück kann mit Einwilligung des Eigentümers im Grundbuch

vorgemerkt werden.“ Betr. Pacht wird in Art. 1329 auf diese Bestimmung zurückverwiesen.

Wenn nun auch die materielle Voraussetzung für Eintragung des Miet- resp. Pachtrechts formlos geschaffen werden kann, so gilt doch nicht das Gleiche für die formellen Voraussetzungen. Gemäss dem relativen Eintragungsprinzip, das in Art. 963 ausgesprochen ist, können Eintragungen nur erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht. Die ratio legis für diese Bestimmung ist, Veräusserungen und Belastungen des Grundstücks ohne Wissen und Willen des Eigentümers unmöglich zu machen: eine Milderung der durch das Publizitätsprinzip für die Berechtigten geschaffenen misslichen Lage. Ohne Zweifel ist nun ein vorgemerktetes Miet- und Pachtrecht, das dem Berechtigten für eine bestimmte Zeit ein unentreissbares das Eigentum beinahe aufsaugendes Recht gibt, eine sehr erhebliche Belastung des Grundstücks; es ist daher aller Grund vorhanden, auch hier das relative Eintragungsprinzip gelten zu lassen und unbedenklich Art. 963 auch auf die Vormerkung von Miete und Pacht anzuwenden. Also hat der die Vormerkung Nachsuchende eine schriftliche Erklärung des Eigentümers oder ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde beizubringen.

II. Was den Inhalt der Eintragung betrifft, so scheint mir zweifellos, dass entweder der ganze Vertrag vorzumerken ist, bzw. als Beleg dem Grundbuch (gemäss Art. 942 Abs. 2 CGB) einzuverleiben ist, oder dass, wenn dies nicht geschieht, die Bestimmungen des OR über Miete und Pacht den Umfang und Inhalt des vorgemerkten Miet- und Pachtrechts bestimmen. Es würde den Grundprinzipien des Grundbuchrechts widersprechen, wenn ein Recht Wirkung gegen Dritte erhalten sollte, ohne dass sein Inhalt und sein Umfang aus dem Grundbuch ersichtlich wären.¹⁰⁾

¹⁰⁾ Vergl. Erläuterungen III S. 387: „Allein ihre Zulassung (scil. der persönlichen Rechte zur Vormerkung) wird nur in den Fällen gestattet, wo das Gesetz selber die Vormerkung vorsieht, und das sind Fälle, in denen das Gesetz dann auch zugleich dazu Sorge trägt, dass die persönliche Be-

III. Alle die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Vermieter und Mieter (Verpächter und Pächter), wie sie im Obligationenrechte normiert sind, bleiben durch die Vormerkung zunächst unberührt; eine Aenderung derselben kann nur da angenommen werden, wo das Wesen der Vormerkung es notwendig mit sich bringt. So sind unberührt die Verpflichtungen des Vermieters (Verpächters) zur Uebergabe und Instandhaltung der Sache. Ob der Mieter (Pächter) durch die Vormerkung gegen seinen Vertragsgegner mehr Rechte erhält als er bisher hatte, ist eine Frage, die erst bei der Behandlung der Natur des vorgemerkten Rechts zu beantworten sein wird; auf keinen Fall aber verliert der Mieter (Pächter) die ihm bisher zustehenden obligatorischen Ansprüche. Das Vertragsverhältnis besteht tale quale weiter. Bekäme der Mieter in Wirklichkeit durch die Eintragung neue Rechte gegen den Vermieter, so wäre das doch bloss eine sekundäre vom Gesetz nicht beabsichtigte Wirkung, die den Untergang der obligatorischen Rechte in keiner Weise rechtfertigen würde. Die hauptsächliche und vom Gesetz eigentlich gewollte Wirkung der Eintragung ist, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, die Wirksamkeit gegen Dritte. Die Pflichten des Mieters hingegen bleiben aus dem Grunde bestehen, weil das persönliche Recht nur eingeräumt war unter der Voraussetzung der Erfüllung dieser Verpflichtungen und das vorgemerkte Recht keinen grössern Umfang hat als das persönliche. Ebenso bleiben die Rücktrittsrechte und die ausserordentlichen Kündigungsrechte bestehen; sowie das persönliche Recht immer unter der Gefahr des Untergangs wegen Geltendmachung eines dieser Rechte stand, so steht auch das vorgemerkte unter dieser Gefahr. Vollends bleibt die Pflicht zur Rückgabe des Miet-(Pacht-)Gegenstandes nach Beendigung des Vertragsverhältnisses die gleiche; ein vorgemerktes Recht existiert dann überhaupt nicht mehr, da das persönliche Recht auf Nutzung des Gegenstandes bereits untergegangen ist.

rechtigung und Verpflichtung jene Bestimmtheit des Inhalts erhält, die für die Konkurrenz mit den dinglichen Rechten absolut wünschenswert ist.“

Bisher habe ich vorausgesetzt, dass Vermieter und Eigentümer dieselbe Person seien. Es könnte jedoch auch möglich sein, dass sie verschiedene Personen seien, und zwar dann, wenn der Vermieter resp. Verpächter den vermieteten resp. verpachteten Gegenstand an einen Dritten veräussert. Der Erwerber muss ja dann das vorgemerkte Recht respektieren. In diesem Falle sind zweierlei Regelungen möglich: entweder der Erwerber wird eo ipso durch den Erwerb Vermieter, tritt in alle Rechte und Pflichten desselben ein; oder der Vermieter bleibt Vermieter; der Erwerber erhält ein mit der Duldungspflicht belastetes Recht und tritt zum Mieter in keine persönlichen Beziehungen. Das Gesetz entscheidet sich für keine dieser Möglichkeiten und scheint es auch in Zukunft nicht tun zu wollen. Art. 1305 Abs. 2 des Revisionsentwurfes zum OR sagt allerdings: „Wirkung dieser Vormerkung ist, dass jeder neue Eigentümer dem Mieter die Benutzung des Grundstücks nach Massgabe des Mietvertrages gestatten muss.“ Für die Pacht wird auf diesen Artikel zurückverwiesen. Eine strenge Wortinterpretation könnte nun allerdings behaupten, der Sinn dieser Bestimmung sei: einzige Wirkung der Vormerkung sei . . . etc.; sonst bleibe alles beim Alten; folglich werde der Erwerber nicht Vermieter. Doch diese Auslegung scheint mir gezwungen und nicht überzeugend. Es wird daher gut sein, wenn Theorie und Praxis zur Beantwortung der Frage allgemeinere Gesichtspunkte heranziehen und vor allem aus Sinn und Geist des Gesetzes zu entscheiden versuchen.¹¹⁾

Nehmen wir an, dass der Erwerber nicht in die Vertragsstellung des Veräusserers eintrete, so bleiben alle obligatorischen Verhältnisse wie sie vorher waren; der Mieter hat sich für alle aus dem Vertrage sich ergebenden Rechte an den Gegenkontrahenten zu halten und ist ihm gegenüber nach wie vor verpflichtet. Inwiefern er durch die Vormerkung auch dem Erwerber gegenüber direkt Rechte erhält, gehört zur

¹¹⁾ Ich werde diese Entscheidung erst weiter unten zu geben versuchen, nachdem die dingliche Seite des Verhältnisses untersucht sein wird.

dinglichen Seite des Verhältnisses und wird weiter unten behandelt, ebenso die Frage, was für Rechte der Erwerber gegen den Mieter habe.

Wenn wir hingegen annehmen, dass der Erwerber mit dem Momente, wo er Eigentümer wird, auch Vermieter resp. Verpächter wird, so tritt eine bedeutende Veränderung in dem Vertragsverhältnis ein. Die Konstruktion ist dann die, dass die Rechte und Pflichten des Vermieters von Gesetzes wegen mit dem Eigentum am Grundstück verbunden sind. Umfang und Inhalt dieser Rechte und Pflichten werden vom Vertrage, subsidiär vom OR, bestimmt. Da es nur einen Vermieter (Verpächter) geben kann, so folgt aus der Konstruktion notwendig, dass der Veräußerer alle Rechte aus dem Vertragsverhältnis mit dem Mieter (Pächter) verliert, aber auch aller Verpflichtungen entbunden wird. Es liesse sich gegen diese Regelung der Einwand erheben, sie verletze das Rechtsprinzip, dass kein Gläubiger wider seinen Willen einen andern Schuldner anzunehmen brauche. Bei rein obligationenrechtlichen Verhältnissen muss dieses Prinzip allerdings immer gelten. In unserem Falle aber wird das Recht des Mieters (Pächters) zur Sache so stark, dass daneben die obligatorischen Rechte und Pflichten zur Nebensache werden. Das Gleiche gilt ja für alle auf Grund von dinglichen Rechten entstehenden obligatorischen Rechte und Pflichten. Bei dieser Konstruktion ist allerdings immer vorauszusetzen, der Pacht- resp. Mietvertrag werde stillschweigend dahin abgeschlossen, die Vormerkung des Pacht-(Miet-)rechts solle die Bedeutung haben, dass immer der jeweilige Eigentümer des Grundstücks die Verpflichtungen des Vermieters trage. Das deutsche BGB hat die Regelung, dass der Erwerber Vermieter werde, ausdrücklich zur seinen gemacht. Aus praktischen Gründen lässt es jedoch den Veräußerer des Grundstücks für die sich aus dem Mietvertrage ergebenden Pflichten des Erwerbers wie einen Bürgen haften, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, auf den der Mieter, nachdem er vom Veräußerer vom Uebergang des Eigentums benachrichtigt worden, zum ersten Mal hätte kün-

digen können.¹²⁾ Dies ist entschieden sehr praktisch und für den Mieter, der eine Zeit lang zwei Schuldner erhält, sehr vorteilhaft; für das CGB ist eine solche Regelung, so lange sie nicht ausdrücklich festgestellt ist, nicht anzunehmen, denn eine solche, subsidiäre oder kumulative, Haftung des Veräusserers ist etwas Anormales, das nicht in der Konsequenz der Konstruktion liegt.

Besonderer Behandlung bedarf die Frage, wie es sich mit dem Retentionsrecht verhalte. Sobald der Erwerber Vermieter geworden ist, hat er natürlich für die ihm zustehenden Mietzinsforderungen ein Retentionsrecht. Kann aber auch der alte Vermieter für seine Ansprüche ein solches geltend machen? Diese Frage, ob nur der Vermieter oder auch andere Personen die Sachen des Mieters zurückhalten können, ist schon in der bisherigen Praxis bei Anlass der Abtretung von Mietzinsforderungen streitig geworden. Gestützt auf Art. 190 OR ist die Frage schon öfters bejaht worden. Janggen sagt,¹³⁾ m. E. richtig, das Retentionsrecht des Vermieters sei kein Sonderfall des in Art. 224 ff. OR normierten Retentionsrechts, sondern ein anderes mit andern Voraussetzungen. Für das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters sei nicht Gewahrsam des Vermieters relevant, sondern einzig dass die Forderung bestehe und die zu retinierenden Sachen sich in den vermieteten Räumen befinden. Wenn man dem Cessionar das Retentionsrecht zuspricht, so muss man es auch dem früheren Vermieter für seine noch unbezahlten Forderungen gewähren; natürlich aber kann es nicht gegen den Willen des Eigentümers ausgeübt werden. Wenn dieser den Mieter mit samt dessen eingebrachten Sachen aus dem Mietobjekte entsetzt kraft seines Eigentumsrechts, so kann der frühere Vermieter hiergegen nichts tun, und befinden sich die Retentionssachen nicht mehr in den gemieteten Räumen, so ist eine Voraussetzung für das Retentionsrecht weggefallen.

Was den Zeitpunkt für Uebergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den Erwerber des Objektes anbe-

¹²⁾ BGB § 571.

¹³⁾ Vergl. Janggen S. 116.

trifft, so kann als solcher nur massgebend sein der Moment des Eigentumsübergangs; denn an die dingliche Rechtsstellung sind ja Rechte und Pflichten geknüpft. Solange aber der Mieter vom Eigentumsübergang keine Kenntnis erhalten hat, ist er berechtigt, die Zinsen an den alten Vermieter zu zahlen und ihm die nach Art. 284 OR notwendigen Anzeigen zu machen¹⁴⁾ mit der Wirkung, dass er bei Verzug des Vermieters die Schadenersatzansprüche und Rücktrittsrechte dem neuen Vermieter gegenüber erhält; denn dieser wird mit dem Eigentumsübergang auch ohne Wissen des Mieters dessen Vertragsgegner. Auch alle Einreden, die der Mieter gegen den alten Vermieter erworben hatte, hat er gegen den neuen; denn der letztere erwirbt alle Rechte nur in dem Umfange, in dem sie sein Autor hatte. Desgleichen verhält es sich mit einem eventuellen Zurückbehaltungsrechte des Mietzinses wegen schlechter Instandhaltung der Sache oder anderer Vertragswidrigkeiten des Vermieters. Der Satz, dass mit dem Eigentumsübergang Rechte und Pflichten auf den Erwerber übergehen, ist als ein Satz des Sachenrechts zwingenden Rechts. Wenn sich das Gesetz für die eben behandelte Konstruktion entscheidet, so hat der Mieter ein Recht, immer in dem jeweiligen im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen seinen Vermieter zu sehen. Abmachungen zwischen Veräusserer und Erwerber können ihm dieses Recht nicht entziehen. Wenn also z. B. der Veräusserer sich verpflichtet, die Lasten des Vermieters noch eine gewisse Zeit nach dem Eigentumswechsel zu tragen, und dafür sich vorbehält, auch die Rechte desselben so lange noch auszuüben, so kann eine solche Abrede auf Seiten des Veräusserers ein Versprechen auf Leistung an Dritte oder vielleicht zu Gunsten Dritter sein, wodurch

¹⁴⁾ Den Grund hierfür bildet das besonders aus der Analogie mit der Cession, aber auch aus andern Rechtsinstituten sich ergebende Rechtsprinzip, dass jemandem, der von einem Rechtsvorgang keine Kenntnis haben kann, aus dieser Unkenntnis kein Nachteil erwachsen kann. Man kann nicht sagen, der Mieter habe fahrlässiger Weise keine Kenntnis von dem Eigentumsübergang; denn man kann doch nicht von ihm verlangen, dass er jedesmal, bevor er eine Rechtshandlung seinem Vermieter gegenüber vornehmen will, im Grundbuche nachsehe, wer Vermieter sei.

dann der Mieter zwei Klagerechte sowohl gegen Erwerber als gegen Veräusserer bekäme, und auf Seiten des Erwerbers kann sie eine Cession der ihm aus dem Mietvertrage erwachsenden Rechte sein, aber keine Aufhebung des obengenannten Satzes.

IV. Wir haben jetzt noch zu untersuchen, welche Rechte der Mieter (Pächter) durch die Vormerkung erhalte, gegen wen sich diese Rechte richten und unter welchem Schutze sie stehen. Dadurch werden wir zugleich erkennen, inwiefern und in welcher Weise die entgegenstehenden Rechte gemindert werden und welche Befugnisse den Inhabern dieser Rechte gegen den Miet- und Pachtberechtigten zustehen.

Die kurze Gesetzesbestimmung, welche uns hierüber Aufschluss gibt, ist der 2. Abs. des Art. 959 CGB, der lautet:

„Sie (scil. die vorgemerkten persönlichen Rechte) erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte.“

Die oben schon angeführte Bestimmung des Revisionsentwurfes für das OR Art. 1305, 2 ist nicht so gut, da sie bloss die Wirkung der Vormerkung gegenüber dem neuen Eigentümer feststellt.

Die Rechte, gegen die sich das vorgemerkte Miet- und Pachtrecht richtet, lassen sich am besten einteilen in

- a) Eigentum,
- b) andere dingliche Rechte.

Da das Gesetz nur von später erworbenen Rechten spricht, so erhebt sich vor allem die Frage, ob der Vorgemerkte auch gegen seinen ursprünglichen Vermieter, dessen Eigentum ja älter ist als die Vormerkung, neue Rechte neben den bisherigen obligatorischen erhalte. In den Rechten, welche die Realexekution nicht zulassen, kann der Mieter vom Vermieter die Einräumung der Mietsache nicht erzwingen, er muss sich mit Schadenersatz begnügen; die Konsequenz verlangt ferner auch, dass der Vermieter den Mieter zu jeder Zeit aus der Sache entsetzen kann; denn könnte sich der Mieter mit seinem bloss obligatorischen Anspruch gegen die Vindikation des Vermieters schützen, so wäre das Realexekution im Einrede-

weg.¹⁵⁾ Da nun die offenbare Absicht des CGB ist, für den vorgemerkten Mieter den Satz „Kauf bricht Miete“ zu beseitigen, so muss dem Mieter durch die Vormerkung ein Recht entstehen, das ihn für die Dauer des Mietvertrags gegen alle Kontraktbrüche des Vermieters in seinem Besitze schützt; denn sonst könnte dieser die Sache vor dem Verkauf einfach nicht an den Mieter herausgeben resp. sie ihm wieder abnehmen und sie dann erst verkaufen. Damit wären alle Hoffnungen des Mieters auf gesicherten Besitz der Sache illusorisch gemacht. Das neue Recht, das der Mieter erhält, ist nun durchaus nicht bloss die Möglichkeit der Realexekution eines obligatorischen Rechtes. So etwas zu schaffen, wäre das CGB auch nicht kompetent gewesen, da dies Sache des kantonalen Prozessrechtes ist. Die Vormerkung soll vielmehr ein subjektives Privatrecht gewähren von bestimmtem Umfang und bestimmter Wirkung; dieses Recht muss von allen Kantonen zugelassen werden, wie schon oben dargelegt wurde, auch von denen, die keine Realexekution kennen.

Seine zweite Wirkung äussert das vorgemerkte Recht gegen den neuen Eigentümer. Auch hier müssen wir wieder die Fälle, in denen der Erwerber Vermieter wird, von denjenigen trennen, in denen er es nicht wird.

Wenn er Vermieter wird, so hat der Mieter gegen ihn sowohl den obligatorischen Anspruch auf Einräumung der Sache als auch den dinglichen auf Duldung im Besitz der Sache. Hier ist nun die Frage zu entscheiden, welcher Art der letztere Anspruch des Mieters und das diesem zu Grunde liegende Recht sei. Ich gelange zu der Ansicht, dass es am ehesten als dingliches Recht aufzufassen sei.

Meiner Ansicht nach hat das CGB die vorgemerkte Pacht und Miete nur darum nicht unter die dinglichen Rechte eingereiht, weil dieselbe im praktischen Leben in der Mehrzahl der Fälle als bloss persönliches Recht vorkommt und die Verdinglichung daher als etwas Ausnahmsweises angesehen

¹⁵⁾ Dass das gemeine und das moderne Recht dem Vermieter die Entsetzung des Mieters nicht mehr gestatten, ist eine Inkonsequenz im Interesse der Billigkeit; das römische Recht war hierin konsequent.

wird. Vielleicht wird auch der Umstand, dass der Mietvertrag für den Umfang des Rechts massgebend ist, das CGB zu seiner Einteilung veranlasst haben. Das alles aber können natürlich für die Systematik keine massgebenden Gründe sein. Ergibt die Untersuchung, dass die Voraussetzungen des dinglichen Rechts vorliegen, so hat uns das vorgemerkte Miet- und Pachtrecht als dingliches Recht zu gelten.

Ueber das Wesen des dinglichen Rechtes wird bekanntlich gestritten. Nach der einen Ansicht (Windscheid) bestehen alle Rechte nur zwischen Personen; das dingliche Recht äussert sich daher darin, allen andern Personen den Gebrauch einer Sache in bestimmter Richtung untersagen zu dürfen; nach der andern Ansicht gibt das dingliche Recht ein positives unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache. Dieser Unterschied wurzelt in der verschiedenen Auffassung des Begriffes Recht im subjektiven Sinn.

Was nun das vorgemerkte Miet- und Pachtrecht anbetrifft, so muss dasselbe nach beiden Ansichten als reines dingliches Recht betrachtet werden. Es gewährt sowohl ein Recht, allen anderen Personen, die entweder gar kein Recht oder ein später erworbenes haben, Einwirkungen auf die Sache zu untersagen, als auch ein positives Herrschaftsrecht über die Sache, das sogar vom Eigentümer nicht entzogen oder beschränkt werden kann. Dass die Vormerkung alle diese Wirkungen hat, wird sich noch im Verlaufe der Untersuchung zeigen.

Gegen den neuen Eigentümer, der Vermieter wird, hat der Mieter ohne Zweifel einen mehr als obligatorischen Anspruch auf Gewährung der Sache. Will ihn der neue Eigentümer aus der Sache entsetzen, so beruft sich der Mieter auf die Vormerkung. Ein solches Recht nun, das sogar dem Eigentümer gegenüber Stand hält, kann doch nichts anderes als ein dingliches sein.

Das Gleiche zeigt sich, wenn der Vermieter nicht zugleich Eigentümer ist. Dann erhält der Erwerber der Sache eben nur ein beschränktes Eigentum. Obligatorisch ist er

dem Mieter zu nichts verpflichtet. Wollte er aber gestützt auf sein Eigentum dem Mieter den Besitz der Sache entziehen, so würde sich derselbe auf seine Vormerkung berufen und wäre dadurch geschützt. Hier besonders zeigt sich die nahe Verwandtschaft des vorgemerkten Miet- und Pachtrechts mit dem Niessbrauch. Sie beschränken beide das Eigentum, ohne Rücksicht auf den Willen des Eigentümers, sehr intensiv, aber nur auf Zeit, nicht für immer. Das Eigentum wird aber nur so weit beschränkt, als es der Mietvertrag vorsieht. Der Eigentümer kann also gegen den Mieter klagen, dass er keine Eingriffe in sein Eigentum vornehme, d. h. keinen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache mache, und er kann Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung, nicht wegen Kontraktsbruchs, verlangen. Ferner wird wohl angenommen werden müssen, dass der Eigentümer, gerade wie der Vermieter es konnte, dem Mieter die Sache entziehen darf, wenn dieser trotz erfolgter Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht oder ihr durch offenbaren Missbrauch dauernden Schaden zufügt (OR Art. 283, 2). Dadurch macht der Eigentümer allerdings nicht ein Rücktrittsrecht vom Verträge geltend, sondern sein Eigentum: denn als der Mieter und der frühere Eigentümer als Vermieter die Vormerkung eintragen liessen, ging die stillschweigende Abmachung dahin, dass das gewährte dingliche Recht erlöschen, das Eigentum also wieder frei werden sollte, wenn der Mieter die Sache in der genannten Weise behandle.¹⁶⁾ Da das Mietrecht dem neuen Eigentümer gegenüber nicht grösser ist als dem alten gegenüber, so wird das Eigentum unter den gleichen Voraussetzungen frei. Was für Wirkungen dies auf den Mietvertrag habe, ob er durch die Besitzesentziehung aufgelöst werde, der Mieter daher keine Mietzinsen mehr, sondern Schadenersatz schulde, und ob er einen eventuellen Gewinn, den der Eigentümer dadurch macht, dass das Grundstück früher als vertraglich vorgesehen von der Belastung durch die

¹⁶⁾ Vergl. CGB Art. 762: Analogie der Nutzniessung: dort kann ebenfalls Besitzentziehung angeordnet werden; allerdings muss, damit der Eigentümer keinen ungerechtfertigten Gewinn mache, eine Beistandschaft eingesetzt werden.

Vormerkung frei wird, mit der Schadenersatzforderung des Eigentümers verrechnen könne, ist eine Frage des Obligationenrechts, die hier nicht zu behandeln ist.

Wie weit geht nun die Pflicht des Eigentümers? Hat er bloss Besitz und Nutzung der Sache zu gestatten oder muss er sie auch in Stand halten? M. E. ist das letztere eine aus dem Vertrag sich ergebende Pflicht des Vermieters, die mit der dinglichen Stellung des Eigentümers nichts zu tun hat. Der Zweck der Verdinglichung geht einzig dahin, dem Mieter den ungestörten Genuss der Sache zu gewährleisten; dazu ist bloss nötig, dass der Eigentümer zu einem Dulden verpflichtet werde, nicht auch zu einem Tun; für alle Reparaturen mag sich der Mieter an seinen Vertragsgegner halten.

Das vorgemerkte Miet- und Pachtrecht stellt sich demnach dar als eine auf ein Dulden gerichtete Belastung der Sache und gehört als am nächsten mit der Nutzniessung verwandt in die Kategorie der Servituten.

Hieran anschliessend will ich versuchen, die Frage zu entscheiden, welches der beiden behandelten Systeme, das, wonach der Veräusserer Vermieter bleibt oder das, wonach der Erwerber Vermieter wird, dasjenige des CGB sei.

Für das erstere spricht die Ueberlegung, dass das CGB mit der Zulassung der Vormerkung gerade nur so weit in das obligatorische Verhältnis habe eingreifen wollen, als es zum Schutz des Mieters unbedingt nötig ist, und dass ferner durch den Verkauf manchmal dem Mieter eine Person als Vermieter aufgedrängt werden könnte, mit der er den Mietvertrag niemals geschlossen hätte. Für das zweite System spricht, dass es für den Mieter vorteilhaft ist, wenn er nur mit einer Person zu tun hat, sich nicht für die obligatorischen Ansprüche an den Veräusserer halten und sich andernteils auch noch gegen den Erwerber wehren muss. Ohne Zweifel wird dieser sich gegen den Mieter rücksichtsvoller benehmen, wenn derselbe sein Schuldner ist, als wenn er es nicht ist. Denn in letzterem Falle sieht er im Mietrecht nur eine unangenehme Belastung seines Eigentums, die möglichst viel zu respektieren er weiter kein Interesse hat.

Doch dieser letztere Grund kann nicht durchschlagend sein.

Die theoretischen Gründe, welche gegen dieses System sprechen, sind folgende:

1. Das Gesetz selbst sagt nichts davon, dass die Vermieterstellung an das Eigentum geknüpft sein solle. Eine Regelung dieser Art aber wäre ein zu tiefer Eingriff in unser Rechtssystem, eine zu grosse Abweichung von dem bisher Geltenden, als dass anzunehmen wäre, das CGB habe sie stillschweigend einführen wollen.

2. Das Miet- und Pachtrecht würde zu einer Art Real-last, da durch dasselbe der Eigentümer als solcher zu einem Tun (der Instandhaltung der Sache) verpflichtet würde. Real-lasten, bei denen der Eigentümer nicht zugleich Besitzer und Nutzer des Grundstücks ist, kennt aber das System des CGB nicht.

Daher hinkt der Vergleich des Miet- und Pachtrechts mit der Nutzniessung; denn bei dieser ist der Berechtigte selbst zur Instandhaltung der Sache verpflichtet.

An praktischen Gründen sind gegen die Verbindung des Eigentums mit der Vermieterstellung folgende anzuführen:

1. Wenn der neue Eigentümer nicht Vermieter wird, so weiss der Mieter immer, an wen er sich als seinen Gläubiger resp. Schuldner zu wenden hat.

2. Wenn der Vermieter seiner Reparaturpflicht nicht nachkommt, so ist der Mieter dadurch genügend geschützt, dass er die Ausbesserungen selbst vornehmen und für seine Auslagen ein Retentionsrecht am Mietzinse geltend machen kann.

3. Wenn, wie ich annehme, der Mieter ein eigentliches dingliches Recht durch die Eintragung erhält, so ist er gegenüber dritten Ansprechern genügend geschützt, auch wenn der Erwerber nicht Vermieter wird; er kann sich der rechtlichen Ansprüche anderer dinglich Berechtigten kraft eigenen Rechts erwehren, braucht also den Schutz des Vermieters nicht.

Das System, wonach der Erwerber Vermieter wird, passt gut für die Regelung des deutschen BGB; dort erhält der Mieter kein dingliches Recht; daher ist es notwendig, dass er immer durch den jeweiligen Eigentümer als seinen Ver-

mieter geschützt werde. Bei anderer Regelung wäre der Mieter völlig schutzlos. Er selbst könnte, da er nicht dinglich berechtigt ist, den rechtlichen Ansprüchen Dritter nicht entgegen treten; der Vermieter, der nicht mehr Eigentümer ist, könnte es ebenfalls nicht, und der gegenwärtige Eigentümer wäre dazu nicht verpflichtet, da seine Verpflichtung dann nur auf ein Dulden, nicht auf ein Tun, ginge.

Nicht nur gegen den Eigentümer, sondern auch gegen andere später erworbene Rechte wirkt das vorgemerkte Miet- und Pachtrecht. Als solche kommen in Betracht alle beschränkten dinglichen Rechte, welche die vertragsgemässe Ausübung des vorgemerkten Rechts irgendwie hindern könnten. Hierin zeigt sich wiederum die Dinglichkeit des vorgemerkten Miet- und Pachtrechts; denn nur dingliche Rechte sind es, die später vom Eigentümer an schlechtgläubige Erwerber eingeräumten dinglichen Rechten gegenüber Stand halten. Das Prinzip, worauf die Wirksamkeit der Vormerkung Dritten gegenüber beruht, ist das der Publizität der Grundbucheinträge. Weil jeder, der später ein dingliches Rechtsgeschäft über das Grundstück abschliesst, das bestehende Pacht- und Mietrecht kennt, kann sich auch niemand darüber beklagen, dass es seinem Rechte vorgehe. Dasselbe gilt auch für alle in der Zwangsvollstreckung erlangten Rechte. Dies ist der Punkt, an dem bisher in den meisten Rechten der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ gescheitert ist; der Grund ist, dass sonst „der Wert aller vermietbaren Sachen ein äusserst problematischer wird.“¹⁷⁾ Dies mochte gelten, solange Miet- und Pachtrecht nicht ins Grundbuch eingetragen wurden. Aber jetzt, da alle andern beschränkten dinglichen Rechte keine grössere Oeffentlichkeit erlangen, ist es so gut wie diese befähigt, der Zwangsvollstreckung Stand zu halten.

Für das CGB scheint es mir somit zweifellos zu sein, dass die vorgemerkte Miete und Pacht dingliche Rechte sind; anders verhält es sich hingegen mit der Miete des deutschen BGB. Ein Vergleich der beiden Gesetze dürfte lehrreich sein.

¹⁷⁾ J a n g g e n § 13 S. 64.

Gemäss BGB § 571 erhält der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ Geltung, sobald der Mieter den Besitz des Mietgrundstückes erlangt hat. In das Grundbuch wird die Miete nicht eingetragen. Der Erwerber tritt kraft Gesetzes an die Stelle des Veräusserers in den Mietvertrag ein.

In der deutschen Wissenschaft wird nun über die rechtliche Natur dieses Mietrechtes lebhaft gestritten. Drei Auffassungen treten hervor. Die Germanisten betrachten das Mietrecht als eine auf dem Eigentum liegende Reallast, die den Eigentümer zur Instandhaltung des Grundstückes verpflichtet. Die Juristen des preussischen Landrechts erblicken in der Miete des BGB das jus ad rem des Landrechts, das durch Hinzutreten des Besitzes zum dinglichen Rechte wird. Nach der dritten Auffassung ist die Regelung der Miete eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln: die Miete bleibt obligatorisches Recht; es wird bloss kraft singulärer Gesetzesbestimmung die Vermieterstellung an das Eigentum als solches geknüpft. Diese Auffassung vertritt besonders Crome¹⁸⁾ in überzeugender Weise. Die Gründe, warum er die Dinglichkeit der Miete nach BGB ablehnt, sind hauptsächlich folgende:

1. Die Miete wird nicht ins Grundbuch eingetragen. Es hiesse dem Gesetz Gewalt antun, wenn man annehmen wollte, im gleichen Moment, wo das BGB der Klarheit und Sicherheit der Grundstücksrechte durch Einführung des Grundbuchs eine Menge Interessen des Verkehrs geopfert hat, habe es ein dingliches Recht geschaffen, das der Eintragung ins Grundbuch nicht bedürfe.

2. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich klar, dass einzig und allein der Schutz des Mieters gegen den Erwerber des Grundstücks beabsichtigt war, nicht auch gegen andere dinglich Berechtigte.

3. Die Besitzübergabe an den Mieter ist nicht Formvoraussetzung für Begründung des dinglichen Rechtes, sondern sie „erfüllt juristisch keine andere Funktion als gegenüber Dritten (in specie gegenüber dem Erwerber) den untrüglichen

¹⁸⁾ C r o m e, „Juristische Natur der Miete nach dem DBGB“ in Jherings Jahrbüchern f. d. Dogmat. des bürgerl. R. Bd 37 S. 1 ff.

Beweis zu liefern, dass der Mietvertrag schon vor Veräußerung des Grundstücks bestand“;¹⁹⁾ also blosser Beweissicherung ist ihr Zweck.

4. Es lässt sich aus dem BGB keine Spur davon nachweisen, dass der Mieter eine petitorische Klage habe; er hat bloss possessorischen Schutz.

5. Der Zwangsvollstreckung gegenüber hält die Miete nicht Stand; der Erwerber kann dem Mieter gemäss den gesetzlichen Kündigungsfristen ohne Rücksicht auf die vertragliche Dauer der Miete kündigen.

Das alles sind, wie zugegeben werden muss, schwerwiegende Bedenken gegen die Konstruktion der Miete des BGB als dingliches Recht. Für das CGB aber können sie nicht gelten.

1. Vor allem verlangt das CGB die Eintragung ins Grundbuch. Damit entfällt der am schwersten wiegende Einwand Crome's, die mangelnde Publizität. Crome selbst könnte sich, wie er a. a. O. S. 14 sagt, dazu verstehen, die Miete als dingliches Recht aufzufassen, wenn sie ins Grundbuch eingetragen würde.

2. Der Wortlaut des Art. 959 Abs. 2 spricht dafür, dass das eingetragene Miet- und Pachtrecht allen späteren dinglichen und obligatorischen Rechten gegenüber unter allen Umständen Stand halte. Wenn ein späterer Eigentümer das eingetragene Miet- oder Pachtrecht respektieren muss, so liegt kein Grund dafür vor, dass es nicht auch der spätere Erwerber eines beschränkten dinglichen Rechtes tun sollte. Die Publizität des Grundbuchs ist in beiden Fällen genau gleich gross.

3. Der gleiche Grund spricht auch dafür, dass das Miet- und Pachtrecht der Zwangsvollstreckung gegenüber Stand halte. Die übrigen dinglichen Rechte, die von der Zwangsvollstreckung nicht berührt werden, geniessen keine grössere Publizität als die vorgemerkte Miete und Pacht.

4. Es ist ferner nicht einzusehen, warum nach CGB Mieter und Pächter nicht die petitorische Klage haben sollten. Mieten, die vorgemerkt werden, werden in der Regel nur solche sein, die auf lange Zeit abgeschlossen sind. Das Gesetz

¹⁹⁾ Crome, a. a. O. S. 35.

will nun diesen Mietern den ungestörten Besitz des Grundstücks während der ganzen Dauer des Vertrages garantieren. Bei solchen langdauernden Mieten liegt nun die Gefahr nahe, dass sich der Vermieter nicht mehr sonderlich um das Grundstück bekümmert, besonders wenn er etwa weit entfernt wohnt. In solchen Fällen könnte es für den Mieter oft misslich sein, gegenüber den rechtlichen Ansprüchen Dritter auf die Verteidigung durch den Vermieter angewiesen zu sein. Der Zweck des Gesetzes verlangt also unbedingt, dass Mieter und Pächter ein eigenes Recht sowohl zur Verteidigung wie zum Angriff haben, d. h. dass sie die *Confessoria* geltend machen können.

5. Vor allem zeigt sich das Bedürfnis, dem Mieter und Pächter die *Confessoria* zu geben, dann, wenn man annimmt, dass der Erwerber des Grundstücks nicht Vermieter werde, was, wie oben ausgeführt wurde, das Richtige ist. Wenn Mieter und Pächter die *Confessoria* nicht hätten, so wären sie, wie schon Seite 129 ausgeführt, den Ansprüchen Dritter völlig preisgegeben. Der Vermieter, der nicht mehr Eigentümer ist, könnte sie nicht schützen, und für den Eigentümer wäre nichts leichter, als durch *Collusion* mit dem dinglichen Ansprecher dem Mieter das Mietrecht zu verleiden oder ihn sogar völlig aus der Mietsache zu entsetzen.

6. Auch der Einwand *Cromes*, für ein dingliches Mietrecht bestehe kein praktisches Bedürfnis, da in den weitaus meisten Fällen die Mieten nur auf kurze Dauer geschlossen werden, fällt für das CGB weg. Nach CGB tritt die Dinglichkeit nicht für alle Mieten ein, sondern nur für die vorgemerkten; in der Regel werden nun nur die auf lange Dauer berechneten Mieten vorgemerkt werden und für diese besteht zweifellos ein praktisches Bedürfnis für Dinglichkeit; man denke z. B. an industrielle oder kommerzielle Unternehmungen, an die Post, überhaupt an staatliche Verwaltungen, die gezwungen sind, zur Miete zu gehen.

V. Schutz des vorgemerkten Rechts. Zum Schutze des Rechts steht wie bei allen Servituten die *Confessoria* zu und zwar sowohl zur Abwehr von Angriffen als auch

um selbst angriffsweise vorzugehen. Klagzweck ist Anerkennung des Rechts und Sicherung der Ausübung gegen Störungen.

Zu unterscheiden haben wir je nachdem der Pacht-(Miet-)berechtigte im Grundbuch eingetragen ist oder nicht.

Ist er eingetragen, so kann er gestützt hierauf immer Einräumung des Besitzes der Sache und Unterlassung aller Handlungen Dritter, die seinen Gebrauch stören, verlangen. Als ein im Grundbuch eingetragener dinglich Berechtigter genießt er alle Vorteile eines solchen. Es steht ihm also die Präsump-tion zur Seite, dass das eingetragene Recht wirklich existiere und, sofern er gutgläubig ist, schadet ihm das mangelnde Recht seines Autors nicht. Da das vorgemerkte Recht Wirkung gegen Dritte haben soll, so kann der Berechtigte wirkliche Ausübung desselben beanspruchen und braucht sich nie mit Schadenersatz zu begnügen. Besitz und Nutzung der Sache müssen ihm unter allen Umständen, auch wenn es zwangsweise geschehen muss, verschafft werden, auch in den Kantonen, die keine Realexekution kennen; denn sonst hätte das vorgemerkte Recht nicht Wirksamkeit gegen alle später erworbenen Rechte. Daraus folgt wiederum die Dinglichkeit.

Der Fall, dass ein dingliches Miet- und Pachtrecht nicht eingetragen ist, kann nur dann vorkommen, wenn ein vorgemerktes Recht ungerechtfertigt gelöscht wurde. Dass die Dinglichkeit nicht schon vor der Vormerkung vorhanden sein kann, folgt aus dem Wortlaut des Art. 959, 2; das Eintragungsprinzip gilt also auch hier. Dass hingegen das dingliche Recht bei ungerechtfertigter Löschung nicht untergeht, folgt zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus der Absicht des Gesetzes, dem Mieter und Pächter ein dauerndes Recht auf die Sache zu sichern. Würde dieses mit der ungerechtfertigten Löschung untergehen, so wäre der Berechtigte den betrügerischen Grundbuchänderungen, die der Eigentümer oder der nachgehend Berechtigte bewirken könnten, völlig ausgeliefert. Auch würde eine solche Regelung durchaus nicht dem sonstigen System des Gesetzes entsprechen. Da nun im Nichteingetragensein für den Mieter und den Pächter eine grosse Gefahr liegt, so ist ihm, vorbehalten die Rechte gutgläubiger Dritter, der

Berichtigungsanspruch gemäss Art. 975 zuzugestehen. Dieser ist die ins Grundbuchrecht übersetzte Confessoria und geht wie diese auf Feststellung der Berechtigung und Verschaffung der Ausübungsmöglichkeit. Damit das letztere möglich sei, ist nicht nur nötig, dass der Pacht- und Mietberechtigte Eintragung seines eigenen Rechts wieder verlangen kann, sondern auch, dass er bei fremden Rechten Berichtigung verlangen kann, sofern er durch ungerechtfertigten Eintrag oder ungerechtfertigte Löschung oder Abänderung eines dinglichen Rechts in seinen dinglichen Rechten verletzt wird. Er kann also z. B. die zu Gunsten des Grundstücks bestehenden Servituten selbst einklagen und braucht nicht zu warten bis der Eigentümer es tut.²⁰⁾ Nicht aber kann er gemäss Art. 976 Löschung verlangen, wenn der Eintrag eines dinglichen Rechts, welches das Eigentum belastete, jede rechtliche Bedeutung verloren hat. Denn da dieses dingliche Recht bei Begründung des Pacht- und Mietrechts schon bestand, steht es demselben nicht entgegen; fällt also dieses Recht fort, so kann nicht der Vorgemerkte an Stelle des früher berechtigten Subjekts das Recht ausüben; denn sein Recht reicht nur so weit als es bei seiner Begründung reichte. Vielmehr lebt das Eigentum an Stelle des belastenden Rechts auf und der Eigentümer kann mit diesem wieder frei gewordenen Teil seines Eigentums anfangen, was er will.

VI. Zum Schlusse haben wir noch den Untergang des Miet- und Pachtrechts zu behandeln. Da das dingliche Recht während seiner ganzen Dauer vom Vertrage gestützt wird, so ist es untergegangen im Moment der Auflösung desselben. Die Vormerkung ist dann ein Eintrag, der jede rechtliche Bedeutung verloren hat und dessen Beseitigung daher vom Belasteten, regelmässig vom Eigentümer, verlangt werden kann. Dann kann ferner der Eigentümer sein frei gewordenes Eigentum geltend machen und kraft desselben Herausgabe der Sache verlangen. Die Endigungsgründe für den Vertrag zerfallen in: *a)* ordentliche, *b)* ausserordentliche. Zu den erstern gehören Ablauf der Zeit, Kündigung gemäss Vertrag, gegenseitige Ueber-

²⁰⁾ Dernburg, Pandekten Bd I § 255 zu Nte 8.

einkunft. Zu den letztern gehören alle die schon oft angeführten Rücktritts- und ausserordentlichen Kündigungsrechte.

Ferner kann das Miet- und Pachtrecht wie alle dinglichen Rechte durch Untergang der Sache untergehen und bei deren teilweiser Zerstörung beschränkt werden. Trifft den Eigentümer, der zugleich Vermieter ist, ein Verschulden, so haftet er aus dem Kontrakt; ist er nicht Vermieter, so haftet er wegen unerlaubter Handlung. Wird die Sache ganz oder teilweise wieder hergestellt, so lebt das Miet- und Pachtrecht wie alle dinglichen Rechte auf. Trifft niemand eine Schuld am Untergange, so erlischt der Vertrag sofort; die Zinsen hören auf zu laufen und der Mieter (Pächter) hat keinen Anspruch mehr auf Nutzung der Sache.

VII. Zu erledigen bleibt noch die Frage nach den Objekten des Miet- und Pachtrechts. Das CGB kennt nur dingliche Rechte an Grundstücken, nicht auch an Rechten; deshalb ist auch anzunehmen, dass das Miet- und Pachtrecht nur für Grundstücke eingetragen werden kann. Zu den Grundstücken zählt Art. 943 die Liegenschaften, die selbständigen und dauernden Rechte an Grundstücken, worunter das Baurecht gemäss Art. 779 und das Quellenrecht gemäss Art. 780 begriffen sind, und die Bergwerke. An solchen unter den gesetzlichen Begriff der Grundstücke fallenden Rechten kann natürlich auch ein Miet- resp. Pachtrecht eingetragen werden, nicht aber an anderen Rechten, deren einige das OR für die Pacht anführt, wie Jagd, Fischerei, industrielles Gewerbe etc. Aus dem gleichen Grunde kann die Untermiete nicht vorge-merkt werden, denn das Miet- und Pachtrecht ist kein Recht, das unter den Begriff der Grundstücke fällt: *Servitus servitutis esse non potest.*

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Miet- und Pachtrecht durch die Vormerkung zu einem den Besitz und die Nutzung des belasteten Grundstücks gemäss dem Miet- bzw. Pachtvertrage gewährenden dinglichen Rechte wird.
