

où elle aurait obtenu, amiablement ou par la voie judiciaire, les modifications nécessaires ; on a exposé ci-dessus que l'antériorité de l'exploitation du manège ne la privait pas du droit d'exiger ces modifications, mais au point de vue des dommages-intérêts il est équitable de prendre cette circonstance en considération (v. dans ce sens Pandectes françaises, loc. cit. N° 196). Aussi bien il est à supposer que le fait de la proximité du manège a dû influencer sur le prix d'achat du terrain et qu'ainsi le dommage qu'a pu subir la Société se trouve compensé d'avance par la diminution du prix de revient de sa construction.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

I. Le recours principal est écarté.

II. Le recours par voie de jonction est partiellement admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la demanderesse est déboutée de ses conclusions en dommages-intérêts.

Pour le surplus, l'arrêt attaqué est confirmé, tant sur le fonds que sur les dépens.

80. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. November 1914 i. S.

Konkursmasse Waldvogel, Beklagte, gegen

J. Frutig's Söhne, Kläger.

Unwirksamkeit des in Art. 837 ZGB gewährten « Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes », speziell des Anspruchs auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts, gegenüber den Konkursgläubigern des zur Pfandbestellung Verpflichteten, wie auch gegenüber allfälligen Dritterwerbenden der in Betracht kommenden Liegenschaft.

A. — Der Vater und Rechtsvorgänger der Kläger hat im Sommer 1912 zu einem von Franz Waldvogel in

Gunten auf eigenem Grund und Boden errichteten Neubau verschiedene Arbeiten im Fakturawert von 18,974 Fr. 30 Cts. geleistet, wovon noch 9039 Fr. 30 Cts. ausstehen.

B. — Nachdem am 3. Oktober 1912 über Waldvogel der Konkurs erklärt worden war, erwirkte Frutiger Vater am 14. Oktober 1912 für seine Werklohnforderung gegen Waldvogel die Vormerkung (« vorläufige Eintragung ») eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch der Gemeinde Sigriswil. Innerhalb der ihm im Sinne des Art. 961 ZGB (Schlusssatz) zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches gesetzten Frist erfolgte sodann die Einreichung der vorliegenden Klage, mit den Rechtsbegehren :

1. (Feststellung des Forderungsbetrages von 9039 Fr. 30 Cts.).

2. (Antrag bloss formeller Natur).

3. Die Beklagte habe anzuerkennen, dass für obige Summe auf der erwähnten Liegenschaft ein Bauhandwerkerpfandrecht laste.

4. Das in Ziff. 3 genannte Grundpfandrecht sei in die Grundbücher der Gemeinde Sigriswil einzutragen.

C. — Durch Urteil vom 17. Juni 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern sämtliche Klagebegehren zugesprochen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung :

1. — (Betrifft die Berechnung des geschuldeten Betrages).

2. — Die Entscheidung über das dritte klägerische Rechtsbegehren erfordert eine Stellungnahme des Bundesgerichts zu der bekannten Kontroverse, ob der in Art. 837 ZGB gegebene « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes » nur gegenüber dem Verkäufer, Miterben, Gemeinder oder Bauherrn persönlich,

oder aber auch noch in deren Konkurs oder gegenüber einem Dritterwerber der in Betracht kommenden Liegenschaft geltend gemacht werden könne.

Zu Gunsten der Stärkeren dieser beiden Rechtswirkungen ist namentlich in einem Entscheide der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts (Schweiz. Jur.-Zeitung 9 S. 95) die Auffassung vertreten worden, dass in den Fällen des Art. 837 das «gesetzliche Grundpfandrecht» schon vor seiner Eintragung «zur Existenz gelange» und der Eintragung, ausser zur Bestimmung seines Ranges, nur insofern bedürfe, als es dahinfalle, wenn die Eintragung nicht innerhalb der dreimonatlichen Frist der Art. 838 und 839 stattgefunden habe.

Gegen diese Auffassung spricht schon der erste und oberste Grundsatz eines jeden auf dem Grundbuchsystem aufgebauten Immobiliarsachenrechts, nämlich der Grundsatz, dass (unter Vorbehalt bestimmter, ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen) dingliche Rechte an Immobilien nur durch Eintragung im Grundbuch entstehen. Auch das ZGB enthält diesen Grundsatz, und zwar in allgemeiner Form in Art. 972, speziell mit Bezug auf einzelne dingliche Rechte in Art. 656 Abs. 1, 731 Abs. 1, 746 Abs. 1, 776 Abs. 3, 781 Abs. 3, 783 Abs. 1 und 799 Abs. 1; und in Art. 784 Abs. 2 hat es daraus, allerdings zunächst nur in Bezug auf die Grundlasten, den Schluss gezogen, dass in denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz dem Gläubiger nur einen «Anspruch» auf das betreffende dingliche Recht gibt, dieses «erst mit der Eintragung in das Grundbuch entsteht», — eine Konsequenz, die indessen auch hinsichtlich aller übrigen dinglichen Rechte zutrifft; denn ein gesetzlicher Anspruch auf Vornahme einer Rechtshandlung vermag diese Rechtshandlung selbst ebensowenig zu ersetzen, wie ein vertraglicher Anspruch auf deren Vornahme. Während nun das ZGB in den Artikeln 656 Abs. 2, 676 Abs. 3, 696 Abs. 1, 747 Abs. 1, 784 Abs. 1, 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, 819 und 836

ausdrückliche Ausnahmen von jenem Grundsatz gemacht hat, bietet dagegen der Wortlaut des Art. 837 — ebenso wie übrigens derjenige der Art. 694, 710 und 820 (vergl. darüber WIELAND, Anm. 4 zu Art. 694) — keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, dass auch hier das dingliche Recht schon vor dem Eintrag zur Entstehung gelange. Vielmehr ergibt sich das Gegenteil hievon sowohl aus den Randtiteln zu Art. 836 und 837 als auch aus dem Gesetzestext im engeren Sinne. Da nämlich der Randtitel zu Art. 836 «Gesetzliche Grundpfandrechte ohne Eintragung» feststehendermassen nichts anderes bedeutet als, dass die betreffenden Grundpfandrechte, wie es im Texte heisst, «zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung bedürfen», so kann umgekehrt der Randtitel zu Art. 837 «Gesetzliche Grundpfandrechte mit Eintragung» nichts anderes bedeuten als, dass diese letztern Grundpfandrechte «zu ihrer Gültigkeit der Eintragung bedürfen». Dementsprechend ist denn auch in Art. 837 als Gegenstand des vom Gesetze gewährten «Anspruchs» nicht die «Eintragung» des Pfandrechts genannt (die ja auch im Falle eines unmittelbar durch das Gesetz geschaffenen dinglichen Rechts Gegenstand eines Anspruchs sein könnte), sondern geradezu die «Errichtung» des Grundpfandrechts, woraus deutlich hervorgeht, dass die Grundpfandrechte des Art. 837 nicht schon von Gesetzeswegen bestehen, sondern der «Errichtung», und zwar mittels Eintrages im Grundbuch, bedürfen. Allerdings hätte dabei, statt von einem «Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts», auch von einem «gesetzlichen Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts» gesprochen werden können, wodurch verdeutlicht worden wäre, dass die in Betracht kommenden Grundpfandrechte nicht unmittelbar durch das Gesetz zur Entstehung gebracht werden, sondern dass dieses nur den «Anspruch auf Errichtung» schafft. Allein einerseits ist es selbstverständlich, dass, wenn das Gesetz sagt, ein bestimmter Anspruch «bestehe»,

dieser Anspruch ein « gesetzlicher Anspruch » ist, und es braucht daher der betreffende Anspruch nicht noch besonders als ein « gesetzlicher » erklärt zu werden; andererseits aber kann gewiss auch ein Pfandrecht, das nicht unmittelbar durch das Gesetz zur Entstehung gebracht wird, auf dessen Errichtung aber ein gesetzlicher Anspruch besteht, selber als « gesetzliches Pfandrecht » bezeichnet werden.

Zu keinem andern Resultate führt die Entstehungsgeschichte des Art. 837. In den « Erläuterungen » des Gesetzesredaktors (S. 263) war ausdrücklich erklärt worden, dass « für alle diese gesetzlichen Pfandrechte » (d. h. für die in Art. 823 ff. des Entwurfs = 837 ff. ZGB vorgesehenen) « die allgemeine Vorschrift » gelte, wonach « die gesetzliche Sicherstellung nur einen Anspruch auf Eintragung des Grundpfandes in das Grundbuch verschafft, während das dingliche Recht selbst erst mit der Eintragung erworben wird. » Und wenn in der Expertenkommission einem Antrag, die Worte « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes » durch « gesetzlicher Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandes » zu ersetzen, keine Folge gegeben wurde (Prot. III S. 242 und 244), so beruht dies nicht etwa darauf, dass von irgend einer Seite die Auffassung vertreten worden wäre, es handle sich hier um solche « gesetzliche » Pfandrechte, die unmittelbar durch das Gesetz begründet werden, also zu ihrer Entstehung keines Grundbucheintrags bedürfen. Vielmehr wurden die Worte « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes » offenbar aus dem bereits angegebenen Grunde stehen gelassen, weil auch ein solches Recht, das nicht unmittelbar durch das Gesetz zur Entstehung gebracht wird, auf dessen Errichtung aber ein gesetzlicher Anspruch besteht, als ein « gesetzliches Recht » erscheint (so auch die Ausdrucksweise bei HUBER, Schweiz. Privatrecht III S. 516 ff.), und weil es andererseits nicht nötig ist, einen durch einen bestimmten Gesetzesartikel ge-

währten Anspruch in diesem nämlichen Gesetzesartikel ausdrücklich als einen « gesetzlichen » Anspruch zu bezeichnen. In der bundesrätlichen Botschaft vom 28. Mai 1904 wurden denn auch jene in den « Erläuterungen » enthaltenen Ausführungen über den Zeitpunkt der Entstehung des dinglichen Rechts vollinhaltlich bestätigt, mit den Worten : Von gesetzlichen Pfandrechten unterscheidet der Entwurf zwei Arten : diejenigen, die ohne Eintrag bestehen (Art. 823, heute 836), und diejenigen, die dem Berechtigten nur einen Anspruch auf Eintragung verschaffen, das Pfandrecht selber aber erst mit der Eintragung entstehen lassen (Art. 824, heute 837). » Aehnlich HUBER, Zum schweiz. Sachenrecht, in den Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 58 S. 65 f. :

« Das Gesetz gewährt den in Art. 837 genannten Gläubigern einen Anspruch auf ein Pfandrecht von Gesetzes wegen, verlangt aber zur Herstellung des Pfandrechtes dessen Eintragung in das Grundbuch . . . . Man hätte das Verhältnis so gestalten können, dass das Pfandrecht an sich bereits nach Gesetzesvorschrift unabhängig von der Eintragung als zurecht bestehend bezeichnet worden wäre, mit der Einschränkung, dass es konkurrierenden Grundpfandgläubigern gegenüber nur auf Grund der Eintragung und nur nach dem Range, den es durch die Eintragung erhalten würde, geltend gemacht werden könnte. . . . . Diese Auffassung ist aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden, mit gutem Grund, und findet denn auch im Wortlaut des Gesetzestextes selbst keine genügende Grundlage. »

Dasselbe ergibt sich endlich auch aus verschiedenen Spezialbestimmungen des ZGB über das Bauhandwerkerpfandrecht. So wäre es nicht nötig gewesen, in Art. 841 Abs. 3 die Eintragung von Gülten und Schuldbriefen von der Anmerkung des Werkbeginnes an bis zum Ablauf der Frist des Art. 839 Abs. 2 zu verbieten, wenn es richtig wäre, dass das Baupfandrecht nicht erst mit der Eintragung, sondern schon mit der Eintragungsmög-

lichkeit, also (nach Art. 839 Abs. 1) schon vor dem Werkbeginn zur Entstehung gelange. Ebenso wäre es nicht nötig gewesen, in Art. 840 zu bestimmen, dass mehrere nicht gleichzeitig eingetragene Baupfandrechte dennoch « untereinander den gleichen Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfande haben », wenn das Gesetz nicht davon ausgegangen wäre, dass ohne diese Spezialbestimmung das Eintragungsdatum massgebend sein würde, und dass ohne Eintrag überhaupt keine Konkurrenz in Frage kommen könne, d. h. überhaupt noch kein Pfandrecht bestehe. Denn dafür, dass dem Gesetz die Annahme eines schon vor der Eintragung bestehenden, jedoch erst mit dieser seinen Rang erhaltenden Pfandrechtes zu Grunde liege, finden sich keine Anhaltspunkte. Insbesondere ergibt sich aus einer Bemerkung in der bereits erwähnten bundesrätlichen Botschaft vom 28. Mai 1904 (S. 81), dass das französische System, wonach das « Privileg » schon vor der Eintragung besteht und dieser nur zu seiner « Wahrung » bedarf, aus dem Grunde nicht rezipiert werden wollte, weil es dem Pfandrecht der Baugläubiger « keine grosse praktische Bedeutung » sichere (so übrigens auch BAUDRY-LACANTINERIE, *Privilèges et hypothèques* I N° 638).

Dass sodann in Art. 22 Abs. 4 der Grundbuchverordnung derjenige, der ein gesetzliches Pfandrecht beansprucht, für den Fall von Differenzen « über die Pfandsumme oder die Sicherheit » auf den Weg der « vorläufigen Eintragung » im Sinne des Art. 961 Ziff. 1 verwiesen wird, also auf eine Massnahme, die « zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte » bestimmt ist, scheint auf den ersten Blick allerdings für die Auffassung zu sprechen, wonach die Eintragung bloss deklaratorische Wirkung haben soll. Allein, abgesehen davon, dass die Grundbuchverordnung das Gesetz nicht abzuändern vermochte, lag es gewiss nahe, in Ermangelung eines speziell zum Schutze bloss « beanspruchter » dinglicher Rechte gegebenen Mittels auf dasjenige Mittel zu greifen, das zum Schutze « behaupteter »

« behaupteter » dinglicher Rechte, d. h. solcher, die bereits bestehen sollen, vorgesehen ist; dies umsomehr, als schon das Gesetz selber, in Art. 961 Ziff. 2, das gleiche Mittel in einem Falle gewährt, in welchem, streng genommen, auch noch kein dingliches Recht « behauptet », sondern ein solches vorerst nur « beansprucht » wird.

3. — Entsteht nach den bisherigen Ausführungen das dingliche Recht in den Fällen des Art. 837 erst mit seiner Eintragung im Grundbuch, und besteht somit vorher bloss ein persönlicher Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts, so ergibt sich schon hieraus und ohne Herbeiziehung des Art. 973 ZGB, dass die Eintragung weder gegenüber den Konkursgläubigern des Eintragungspflichtigen, noch gegenüber einem Dritterwerbender in Betracht kommenden Liegenschaft erzwungen werden kann. Denn einerseits steht das Beschlagnahme-Recht der Konkursgläubiger jeder weiteren Belastung der Konkursaktiven als solcher entgegen — weshalb denn auch Art. 204 SchKG den Gemeinschuldner in Bezug auf die zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke dispositionsunfähig erklärt und Art. 211 leg. cit. die Umwandlung aller Ansprüche auf Naturalleistungen in Geldforderungen verfügt —, andererseits aber scheint es selbstverständlich, dass jener persönliche Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts nur gegenüber demjenigen Eigentümer besteht, der auf dem betreffenden Grundstück bauen liess.

Nun ist aber, zunächst von LEEMANN in der Schweiz. Jur.-Zeitung 9 S. 84 ff. und sodann von HUBER in der bereits zitierten Abhandlung « Zum schweiz. Sachenrecht », a. a. O. S. 61 ff., die Auffassung vertreten worden, dass zwar vor der Eintragung nur ein Anspruch auf Errichtung des Pfandrechtes bestehe, dass aber dieser Anspruch sich als « absoluter », « dinglicher », « dinglich wirkender », « sachenrechtlicher », gegen ein « unbestimmtes Rechtssubjekt », d. h. gegen jedermann richte, der « in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich gerät », bezw. der « nach seiner Stellung zur Sache in der

Lage ist, den Anspruch zu erfüllen, also regelmässig gegen den Eigentümer der Sache, die mit dem dinglichen Recht des Ansprechers belastet werden soll». Zu dieser Konstruktion ist vor allem zu bemerken, dass nicht einzusehen ist, warum das Gesetz, wenn es den Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts wirklich gegen jedermann geben wollte, der «nach seiner Stellung zur Sache in der Lage ist, ihn zu erfüllen», dann nicht gerade das Pfandrecht selber ohne Eintrag entstehen liess. Würde aber als zur Errichtung des Pfandrechts verpflichtet, nicht überhaupt jedermann angesehen, der es errichten kann, sondern nur der jeweilige Eigentümer der zu belastenden Liegenschaft, so könnte dies zwar wohl zu der Annahme führen, dass der Dritterwerber die Eintragung dulden müsse, nicht aber dass sie auch im Konkurse des Verpflichteten erzwingbar sei. Vermag nämlich, wie zugegeben wird, der «Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts» vor der Eintragung dieses Pfandrechts gegenüber den bereits eingetragenen andern Pfandrechten nicht durchzudringen, so kann er auch gegenüber dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger nicht durchdringen. Von diesem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger, das ebenfalls Pfandrechtscharakter hat — weshalb denn auch (nach Art. 960) der Konkurseröffnungsbeschluss und sein Datum im Grundbuch vorzumerken sind — bleiben nur die eigentlichen dinglichen Rechte unberührt, d. h. diejenigen Rechte, die eine unmittelbare (nicht erst durch einen Verpflichteten oder einen Kreis von Verpflichteten zu vermittelnde) Herrschaft über die Sache gewähren; diese unmittelbare Herrschaft über die Sache fehlt aber da, wo der ganze Inhalt des Rechtes sich im Anspruch gegen einen Verpflichteten auf Rechtsbestellung erschöpft, wie dies — auch nach LEEMANN und HUBER — bei dem in Art. 837 gewährten «Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes» der Fall ist. Es handelt sich hier um einen blossen Anspruch auf Sicherstellung, der

als solcher gegenüber den Konkursgläubigern ebenso wenig durchdringt, wie alle andern Ansprüche auf Bestellung einer Sicherheit. Dass, im Gegensatz zu den generellen Sicherstellungsansprüchen, auf die sich Art. 38 SchKG bezieht, beim Anspruch der Baugläubiger der Modus der Sicherstellung bereits durch das Gesetz bestimmt ist — übrigens mit der Möglichkeit für den Verpflichteten, die Sicherheit auch auf andere Weise zu leisten: vergl. Art. 839 Abs. 3 i. f. — ändert hieran nichts. Es liegt im Wesen aller Sicherstellungsansprüche, dass sie zur Bestellung der Sicherheit selber führen müssen, bevor derjenige Fall eingetreten ist, gegen dessen Folgen der Berechtigte sichergestellt werden wollte, d. h. in der Regel: bevor der Verpflichtete zahlungsunfähig geworden ist. Sind also (wie HUBER und LEEMANN annehmen) die durch Art. 837 gewährten Pfandbestellungsansprüche dazu bestimmt, die Inhaber dieser Ansprüche in die Lage zu versetzen, sich gegen die nachteiligen Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Grundstückeigentümers zu sichern, so kann ihnen auch billigerweise zugemutet werden, dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, bevor die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist.

Um in den Fällen des Art. 837 die Wirksamkeit des Pfandbestellungsanspruches dennoch bis über die Konkurseröffnung hinaus auszudehnen, nimmt LEEMANN, a. a. O. S. 85 sub III (wohl im Anschluss an eine Stelle in den «Erläuterungen», S. 233), den Standpunkt ein, dass es sich bei diesem Pfandbestellungsanspruch um einen solchen Anspruch handle, «dessen Erfüllung durch den Berechtigten einseitig herbeigeführt werden» könne, indem es dazu nach Art. 963 Abs. 2 «keiner Verfügung, keiner Rechtshandlung des Eigentümers» bedürfe. Allein selbst wenn dies richtig wäre, würde das Beschlagsrecht der Konkursgläubiger doch auch einer solchen einseitig durch den Berechtigten erreichbaren Erfüllung des Anspruches vorgehen. Zudem fällt in Betracht, dass Art. 963

Abs. 2 von dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatz, wonach für jeden Grundbucheintrag eine (u. U. durch Urteil zu ersetzende) Eintragungsbewilligung desjenigen erforderlich ist, dessen dingliche Rechte durch den Eintrag tangiert werden, in Abs. 2 nur für die rein deklarativen Einträge, d. h. namentlich für die in Art. 656 Abs. 2 und 665 Abs. 2 vorgesehenen Fälle, eine Ausnahme macht. Dementsprechend bestimmt denn auch Art. 839 Abs. 2, ergänzt durch Art. 22 Abs. 2 der Grundbuchverordnung, dass « die Forderung als Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt » sein muss. Es wird also auch hier als Eintragungsvoraussetzung eine Mitwirkung des Eigentümers, bzw. (was auf dasselbe herauskommt) ein gegen ihn als dispositionsfähige Partei ergangenes gerichtliches Urteil, nicht nur über die zu sichernde Forderung als solche, sondern auch über die Verpflichtung zur Belastung des betreffenden Grundstückes mit einem Pfandrecht zu Gunsten dieser Forderung verlangt, und es ist somit nicht richtig, dass « die Erfüllung einseitig durch den Berechtigten herbeigeführt werden » könne.

4. — Ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Theorie von dem gegen jeden Eigentümer der in Betracht kommenden Liegenschaft bestehenden Pfandbestellungsanspruch nicht dazu führt, die Eintragung des Pfandrechtes noch im Konkurse des zu seiner Bestellung Verpflichteten zuzulassen, so führt sie anderseits in ihren Wirkungen gegenüber den spätern Erwerbem der Liegenschaft, zumal gegenüber den gutgläubigen Erwerbem, zu einer Lösung, die weder durch den Wortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten ist, noch namentlich den praktischen Bedürfnissen des Liegenschaftsverkehrs entspricht.

Was zunächst den Wortlaut des Gesetzes betrifft, so sagt dieses in Art. 837 allerdings nicht, gegenüber wem der « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes » bestehe, und es ist auch zu-

zugeben, dass weder Ziff. 3 dieses Artikels, noch Art. 839 Abs. 3, woselbst vom « Grundeigentümer », bzw. vom « Eigentümer », als von dem in erster Linie Interessierten die Rede ist, eine ausdrückliche Beschränkung an den b a u e n d e n Eigentümer enthält. Damit ist indessen noch nicht gesagt, dass der betreffende Anspruch gegenüber jedem, d. h. auch gegenüber jedem spätern Eigentümer des in Betracht kommenden Grundstückes bestehe. Vielmehr gewährt der Wortlaut sowohl des Art. 837 Ziff. 3 als auch des Art. 839 Abs. 3 eher Anhaltspunkte zu Gunsten der Auffassung, dass der Anspruch in der Tat nur gegenüber demjenigen Eigentümer bestehe, der auf dem Grundstück b a u e n liess. Nur dieser kann beim Fehlen eines « Unternehmers » im Sinne des Art. 837 Ziff. 3, d. h. eines Generalunternehmers oder Oberakkordanten, als « Schuldner » der « Handwerker oder Unternehmer » in Betracht kommen, und nur er ist in der Lage, an Hand seiner Feststellungen über die vom Ansprecher geleistete Arbeit, u. U. nach Befragung allfälliger Zwischenpersonen (Generalunternehmer, bzw. Oberakkordanten), die dem Pfandanspruch zu Grunde liegende « Forderung » im Sinne des Art. 839 Abs. 3 « anzuerkennen ». Daraus aber, dass das Gesetz (in Art. 838 und 839 Abs. 2) für die Eintragung des Pfandrechtes eine Frist von drei Monaten gewährt, folgt nicht (wie das in Jur.-Zeitung 10 S. 209 f. abgedruckte Urteil des zürch. Kassationsgerichts annimmt), dass innerhalb dieser Frist das betreffende Recht « ausnahmslos und ohne jede Einschränkung » bestehe, sondern nur, dass zu den Voraussetzungen seiner Geltendmachung unter andern die Beobachtung der erwähnten Frist gehört.

Die Entstehungsgeschichte der Art. 837 ff. enthält — abgesehen von der bekannten Stelle in den « Erläuterungen », S. 266: « Wer also einen Neubau erwirbt, weiss, dass er noch 3 Monate nach der Vollendung des Werkes solcher Eintragungen gewärtig sein

muss,» — ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der in Art. 837 gegebene Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts gegen jeden Eigentümer, also auch gegen jeden spätern Erwerber der in Betracht kommenden Liegenschaft gerichtet sei. Vielmehr wurde die Frage, ob sich die Einführung der betreffenden gesetzlichen Pfandrechte, insbesondere des Baupfandrechts empfehle, stets unter Abwägung der Interessen der zu sichernden Gläubiger einerseits und des Eigentümers der zu belastenden Liegenschaft zur Zeit der Entstehung der Forderung anderseits erörtert. Tatsächlich besteht denn auch nur gegenüber diesem, nicht auch gegenüber jedem spätern Eigentümer der Liegenschaft derjenige legislatorische Grund, der den Gesetzgeber dazu bewegen hat, dem Eigentümer die Bestellung einer dinglichen Sicherheit zur Pflicht zu machen. Wie das Bundesgericht in seinem grundsätzlichen Entscheide vom 25. Juni 1913 i. S. Gürtler gegen Laub (A S 39 II S. 214) ausgeführt hat, und wie auch die Anhänger der dinglichen oder quasi-dinglichen Wirkung des Pfandanspruchs selber betonen (vergl. das erwähnte Urteil des zürch. Kassationsgerichts in Jur.-Zeitung 10 S. 210), handelt es sich bei der Verpflichtung des «Eigentümers» zur Bestellung eines Baupfandrechts um eine Art gesetzlicher Haftpflicht, die als solche — analog der Haftpflicht des Fabrikherrn für die in seinem Betriebe vorkommenden Unfälle — zwar kein Vertragsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, wohl aber «eine gewisse kausale Beziehung zwischen dem durch den Haftpflichtigen zu deckenden Schaden einerseits und einem von ihm geschaffenen Zustande anderseits» voraussetzt, in dem Sinne, dass der Eigentümer «nur für diejenigen Bauforderungen haftet, zu deren Entstehung er durch den Abschluss eines Werkvertrages oder durch sein sonstiges Verhalten Anlass gegeben hat.» Gleichwie nun in

dem zitierten Urteile des Bundesgerichts aus dieser haftpflichtähnlichen Natur der Verpflichtung zur Bestellung eines Baupfandrechts der Schluss gezogen worden ist, dass der Eigentümer, der bauen liess, nur inso weit mit seinem Grundstück für die Forderungen der Bauhandwerker haftet, als diese Forderungen sich auf Arbeiten beziehen, die er (oder der von ihm zum Bauen ermächtigte Dritte) bestellt hat, und als ihr Preis denjenigen Preis nicht übersteigt, mit welchem sie bei der Festsetzung des Preises für den ganzen Bau in Rechnung gestellt worden waren, so ist daraus auch der weitere Schluss zu ziehen, dass überhaupt nur derjenige Eigentümer zur Pfandbestellung verpflichtet ist, der bauen liess oder einen Dritten zum Bauen ermächtigte. Nur sein Verhalten, nicht dasjenige irgend eines spätern Erwerbers der Liegenschaft, steht zu den Leistungen der Bauhandwerker in demjenigen Kausalnexus, mit Rücksicht auf welchen (vergl. das angeführte bundesgerichtliche Urteil, S. 215) «dem Eigentümer zugemutet werden kann, auch für eine nicht gegen ihn, sondern gegen einen Dritten (nämlich gegen einen Zwischenmann) bestehende Forderung eine dingliche Sicherheit zu leisten». Denn nur von demjenigen Eigentümer, der bauen liess oder mit dessen Ermächtigung gebaut wurde, kann gesagt werden, dass er, direkt oder indirekt, die einzelnen Handwerker zu Arbeitsleistungen «veranlasst» hat, und nur er, nicht auch jeder spätere Erwerber, ist in der Lage, dafür zu sorgen, dass die dem Generalunternehmer geleisteten Abschlagszahlungen bestimmungsgemäss, d. h. zur Bezahlung der Unterakkordanten verwendet werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, dass mit dieser Lösung, wonach der Pfandanspruch nur gegenüber demjenigen Eigentümer besteht, der bauen liess oder mit dessen Genehmigung gebaut wurde, und nur gegenüber ihm persönlich, nicht auch gegenüber seinen Konkursgläubigern, keineswegs der Zweck des ganzen Instituts

vereitelt wird, wie von den Anhängern der gegenteiligen Auffassung behauptet wurde. Der Zweck des Bauhandwerkerpfandrechtes besteht nach allem, was in den « Erläuterungen » und in der Botschaft ausgeführt wurde, in erster Linie nicht in dem Schutze der Baugläubiger gegen eine Veräusserung des Grundstückes mit- samt dem Bau, oder in ihrem Schutze gegen die gewöhnlichen Folgen eines Konkurses, sondern in ihrem Schutz gegen die bestimmungswidrige Verwendung von Baugeldern, sowie gegen die fraudulöse Absorbierung des Produktes ihrer Arbeit durch die Inhaber fingierter oder übersetzter Hypotheken. Dieser gesetzgeberische Zweck ist freilich in einer Weise realisiert worden, die den Handwerker in die Lage versetzt, sich zugleich gegen die Folgen einer einfachen Zahlungsunfähigkeit seines Auftraggebers zu schützen, und zwar durch ein Mittel, das ihn (bei Unterakkordverhältnissen) auch von der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn und von dem weitem Schicksal der bebauten Liegenschaft unabhängig macht, unter der Voraussetzung jedoch, dass er rechtzeitig von dem ihm gegebenen Mittel Gebrauch macht. Wie nun für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn oder des Oberakkordanten der rechtzeitige Gebrauch jenes Mittels darin besteht, dass die (definitive oder provisorische) Eintragung des Baupfandrechtes noch vor der Eröffnung des Konkurses über den Bauherrn bewirkt wird (vergl. oben Erw. 3), so muss derjenige Baugläubiger, der sich auch für den Fall der Weiterveräusserung des bebauten Grundstückes sichern will, dafür sorgen, dass das Pfandrecht noch vor dieser Weiterveräusserung eingetragen oder doch vorgemerkt werde.

Vom praktischen Gesichtspunkte aus bestehen sodann schwerwiegende Bedenken gegen die Zulassung eines Baupfandanspruches, der noch während dreier Monate gegenüber jedem Erwerber der bereits überbauten Liegenschaft geltend gemacht werden könnte, und der ausserdem (vergl. HUBER a. a. O. S. 68) auch dann Platz greifen

würde, wenn von Anfang an nicht der Eigentümer, sondern ohne dessen Wissen und Willen irgend ein Dritter, z. B. der Mieter oder Pächter, bauen liess. Die wichtigste Errungenschaft des modernen Immobiliarsachenrechts, nämlich die Publizität der dinglichen Rechte an Immobilien unter Abschaffung der meisten gesetzlichen Hypotheken des gemeinen Rechts, die nicht ohne Grund als « schleichende Hypotheken » bezeichnet zu werden pflegten, würde durch einen solchen quasi-dinglichen Anspruch wieder in Frage gestellt. Allerdings anerkennt auch noch das ZGB eine Anzahl sogenannter stillschweigender, d. h. keiner Eintragung bedürftiger Pfandrechte, die der Erwerber, auch wenn sie ihm nicht bekannt waren, gegen sich gelten lassen muss, nämlich in den Art. 784 Abs. 1, 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, 819 und 836. Allein dabei handelt es sich durchweg um Verhältnisse, zu deren Aufklärung eine einfache Erkundigung bei der kompetenten Behörde (in den Fällen der Art. 784 Abs. 1 und 836), bezw. bei den Hypothekargläubigern (in den Fällen der Art. 808 Abs. 3, 810 Abs. 2 und 819) genügt, und zudem selten um grössere Beträge, zumal da die betreffenden Forderungen rasch geltend gemacht zu werden pflegen. Anders beim Bauhandwerkerpfandrecht. Dieses kann unter Umständen fast den ganzen Wert der Liegenschaft absorbieren, und der Erwerber hat meist kein Mittel, sich über die in Betracht kommenden Rechts- und Verhältnisse in zuverlässiger Weise aufzuklären zu lassen, insbesondere festzustellen, ob noch Forderungen für solche Arbeiten ausstehen, die vor weniger als drei Monaten vollendet wurden, bezw. ob in den letzten drei Monaten überhaupt noch Bauarbeiten (insbesondere z. B. Reparaturen, Renovierungen, Neuinstallationen) ausgeführt worden sind, — ob und welche Zahlungen des bisherigen oder eines frühern Eigentümers auf Rechnung dieser Arbeiten gehen, — ob die bezüglichen Angaben des Verkäufers, oder aber, im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen diesem und den Handwerkern,



die Behauptungen oder Andeutungen der letztern mehr Glauben verdienen, — wie ein begonnener oder bevorstehender Prozess zwischen dem Verkäufer und den Handwerkern, oder zwischen den Handwerkern und einem allfälligen Generalunternehmer, oder zwischen diesem und dem Verkäufer, ausfallen wird, usw. Ebenso wenig ist zu einer Prüfung und Aufklärung aller dieser Verhältnisse derjenige befähigt, der vom Erwerber um die Gewährung eines Hypothekendarlehens angegangen wird und der sich der Gefahr einer Anfechtung seines Pfandrechtes nach Art. 841 aussetzen würde. Er wird daher, falls er nicht sicher ist, dass die Liegenschaft nicht mehr mit Baupfandrechten belastet werden kann, die nachgesuchte Hypothek überhaupt nicht, oder erst nach Ablauf von drei Monaten, oder nur unter sonstwie ungünstigen Bedingungen gewähren. Dass der Käufer (und mit ihm auch der Belehner) eines bebauten Grundstückes in Bezug auf die Frage der Existenz und des Umfanges allfälliger Bauschulden auf das Vertrauen zu seinem Verkäufer und also für den Fall nachträglicher Pfandeintragungen auf eine Schadenersatzklage gegen diesen angewiesen und von dessen Zahlungsfähigkeit abhängig sein soll, damit « der anspruchsberechtigte Gläubiger » nicht « auf das Vertrauen in seinen Schuldner angewiesen » sei, wie HUBER in der zitierten Abhandlung, S. 67 postuliert, kann weder als praktisch noch als billig anerkannt werden. Der Käufer einer Liegenschaft braucht normalerweise nicht an eine Haftung des Verkäufers zu denken und pflegt deshalb mit Recht dessen Zahlungsfähigkeit nicht zu prüfen, während dies im Verhältnis zwischen Baugläubiger und Bauherrn durchaus gebräuchlich ist. Dass übrigens der Käufer, wenn ihm das Risiko der Eintragung von Baupfandrechten nach dem Eigentumsübergang aufgebürdet wird, sich gegen dieses Risiko leicht durch Zurückhaltung des Kaufpreises schützen könne (so HUBER a. a. O. S. 69, zürch. Kass.-Ger. a. a. O. Erw. 2 i. f.), ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Die Notwendigkeit, beim Kaufe, nicht etwa nur eines Neubaus, sondern überhaupt eines bebauten Grundstückes, den Kaufpreis während dreier Monate zurückzubehalten (bis feststünde, ob etwa Baupfandansprüche geltend gemacht werden), würde zu einer derartigen Erschwerung des Liegenschaftsverkehrs führen, dass davon (vergl. WIELAND in der Schweiz. Jur.-Zeitung, 9 S. 82, und SCHEIDEGGER in der Zeitschr. f. schw. R., 32 S. 20) oft gerade die Bauhandwerker, deren Schutz das Gesetz bezweckte, am empfindlichsten betroffen würden. Der Kaufpreis lässt sich bei bebauten Grundstücken, zumal bei den hypothekarisch belasteten, die wohl die Mehrzahl der von Handänderungen betroffenen Immobilien bilden, nicht so leicht retinieren; denn in der Regel besteht die Tilgung des Kaufpreises nur zum kleinsten Teil in einer Barzahlung, zum ändern, grössern Teile dagegen in der Übernahme von Hypotheken; diese Übernahme aber pflegt Zug um Zug mit der Übertragung des Eigentums vor sich zu gehen und lässt sich aus Rücksicht auf die Hypothekargläubiger nicht wohl verschieben.

Entsprechendes gilt von den übrigen gesetzlichen Pfandrechten des Art. 837. Dem Käufer einer Liegenschaft ist eine Feststellung der Rechts- und Rechtsverhältnisse zwischen den frühern Eigentümern oder Miteigentümern dieser Liegenschaft und eine indirekte Haftung für allfällig noch nicht beglichene Kaufpreisrestanzen oder Auskaufsummen oder (vergl. Art. 523 OR) für Ansprüche aus einem Verpfändungsvertrag ebensowenig zuzumuten, wie die Feststellung der Rechts- und Rechtsverhältnisse zwischen seinem Verkäufer und den Unternehmern, Ober- und Unterakkordanten, die zu einem Bau auf dem betreffenden Grundstück Arbeit geleistet haben können. Und auch hier würden unter dem Bestreben nach Gewährung eines möglichst weitgehenden Schutzes indirekt gerade diejenigen zu leiden haben, in deren Interesse das gesetzliche Pfand-

recht eingeführt wurde. Insbesondere würde durch das dem Käufer aufgebürdete Risiko, für Kaufpreis- oder Auskaufschulden seines Verkäufers oder eines frühern Vormannes, vielleicht sogar kumulativ mit allfälligen Bauschulden des einen oder des andern frühern Eigentümers haften zu müssen, sowie durch die Schwierigkeit, unter solchen Umständen neue Hypotheken aufnehmen zu können, die Verkäuflichkeit aller nicht seit mehr als drei Monaten im Eigentum des Verkäufers stehenden Liegenschaften, und dadurch die Weiterverkäuflichkeit überhaupt aller Liegenschaften, erheblich beeinträchtigt.

5. — Auf Grund der vorstehenden Erwägungen könnte selbst dann, wenn Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Aufschluss darüber geben würden, gegen wen der « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes » gewährt werden wollte, und wenn daher der Richter in Anwendung des Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel entscheiden müsste, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, nach Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen nicht anders als im Sinne der Unwirksamkeit des Pfanderrichtungsanspruchs gegenüber dem Dritterwerber der Liegenschaft, wie auch gegenüber den Konkursgläubigern des zur Pfandbestellung Verpflichteten, entschieden werden.

Mit der Unmöglichkeit, die Eintragung der gesetzlichen Pfandrechte des Art. 837 gegenüber der Konkursmasse des Eintragungspflichtigen durchzusetzen, ist allerdings nicht auch die Unwirksamkeit des Pfandbestellungsanspruchs gegenüber dem Gemeinschuldner selbst gegeben. Dies könnte für den Fall des Konkurswiderrufs, wie auch für den Fall, dass die als Pfand beanspruchte Liegenschaft konkursfrei sein sollte, u. U. von Bedeutung sein. Da jedoch im vorliegenden Fall die Eintragung des Baupfandrechtes gegenüber der « Konkursmasse » verlangt und gegenüber dem Konkursiten persönlich kein Begehren gestellt wurde, so ist nur über jenen, gegenüber der Konkursmasse erhobenen

Anspruch zu entscheiden, — was nach den vorstehenden Erwägungen im Sinne der Abweisung zu geschehen hat.

Endlich kann hier dahingestellt bleiben, ob im Falle der Kollusion zwischen dem Bauherrn und einem Dritten, der ihm das bebaute Grundstück zu dem Zwecke abkauft, um die Bauhandwerker zu prellen, bezw. um jenem ihre Prellung zu ermöglichen, die Baugläubiger auf Grund von Art. 41 Abs. 2 OR oder aus einem andern Rechtsgrunde gegen den Dritten vorgehen könnten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Rechtsbegehren 3 und 4 der Klage abgewiesen werden.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

81. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1914 i. S.

Blum, Kläger, gegen Weill, Beklagten.

Konkurrenzverbot in Verbindung mit Geschäftsverkauf, Uebertretung? — Konventionalstrafe bei Uebertretung des Konkurrenzverbotes, Mass der Herabsetzung, Kriterien.

A. — Mit Urteil vom 11. April 1913 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die auf Bezahlung einer Konventionalstrafe von 50,000 Fr. nebst 5 % Zins durch den Beklagten gerichtete Klage abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 5. Juli 1913 die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Aufhebung und Gutheissung der Klage.

C. — Am 14. August 1913 hat der Kläger in der