

Rechts vorgenommenen Eintragungen, die Ende 1911 noch zu Recht bestanden, nicht die gleiche Kraft beimessen wie den erst seither in den bisherigen oder ähnlichen Formen, also vor der Einführung des eidgenössischen Grundbuches vorgenommenen, so liefe dies geradezu auf eine Durchbrechung des obersten Grundsatzes des intertemporalen Sachenrechts hinaus, dass die beim Inkrafttreten des ZGB bestehenden dinglichen Rechte auch unter dem neuen Rechte anerkannt bleiben. Nun lässt sich aber gerade angesichts des von der ersten Instanz zur Anwendung gebrachten § 157 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug, wonach die Kontratabularersitzung ausgeschlossen war, nicht bestreiten, dass schon dem alten zugerischen Grundbuch (Hypothekenprotokoll) eine weitgehende Publizitätswirkung eigen war. Übrigens ist diese Einwendung schon deswegen unbehelflich, weil auch der Rechtsvorgänger des Beklagten, Joseph Iten, als Miteigentümer der Strasse erst unter der Herrschaft des neuen Rechts, nämlich in den Jahren 1919 und 1921 eingetragen worden war.

8. — Kann sich somit der Kläger weder auf die positive Rechtskraftwirkung des Ersatzgrundbuches, noch auf Ersitzung durch seine Vorgänger berufen, so erweist sich der Eintrag, laut welchem ihm Alleineigentum an der streitigen Strassenhälfte zustehen soll, als ungerechtfertigt, weil keiner der Vorgänger des Klägers alleiniger Eigentümer war und infolgedessen seinem Nachfolger nicht Alleineigentum zu verschaffen vermochte. Ungerechtfertigt ist nämlich der Eintrag nicht nur in den in Art. 874 Abs. 2 ZGB besonders aufgeführten Fällen, dass er ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist, sondern insbesondere auch dann, wenn er sich auf die Verfügung eines Unberechtigten stützt. Wieso die bei ungerechtfertigten Eintrag gegebene Berichtigungsklage nur gegenüber dem Grundbuch nach ZGB zulässig, gegenüber dem

kantonalen Grundbuch-Ersatz versagt sein sollte, ist nicht einzusehen. Da der Beklagte durch den ungerechtfertigten Eintrag des Klägers als Alleineigentümers in seinem wohlerworbenen Miteigentumsrecht an der streitigen Strassenhälfte verletzt wird, muss die Abweisung der Hauptklage auch die Gutheissung der Widerklage nach sich ziehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 18. Juli 1925 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen.

**5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Februar 1926
i. S. Einwohnergemeinde Bern gegen Bircher.**

Berufungsverfahren: Inwiefern genügt die blosser Verweisung auf Ausführungen vor den kantonalen Instanzen als die Berufung bzw. Anschlussberufung begründende Rechtschrift gemäss Art. 67 Abs. 4 und 70 Abs. 1 OG? (Erw. 4, Fact. F, Beschluss des Gesamtgerichts).

Baurecht. Der Heimfall des im Grundbuch als Grundstück aufgenommenen Baurechts mangels Entrichtung der für die Einräumung desselben geschuldeten Gegenleistung ist nur bei Vormerkung eines Kaufrechts gegenüber Dritten wirksam, und ebenso setzt die Betreibung auf Verwertung des Baurechts (Grundpfandverwertungsbetreibung) die Eintragung der Gegenleistung als Grundpfand oder Grundlast voraus (Erw. 1—3). Einfluss der Verneinung der Dinglichkeit auf die Vertragsklausel, wonach der spätere Erwerber des Baurechts ohne weiteres Schuldner der als Rente zu entrichtenden Gegenleistung wird (Erw. 4).

ZGB Art. 1, 779, 782 ff., 837, 943; Grundbuchverordnung Art. 35, 40.

A. — Durch Vertrag vom 24. Februar 1923 räumte die Klägerin dem Beklagten ein selbständiges und —

vom 1. April 1923 an auf unbeschränkte Zeit — dauerndes, übertragbares und vererbliches Baurecht zur Erstellung eines Einfamilienhauses auf ihrer Liegenschaft Nr. 192 Flur T Grundbuchblatt Nr. 159 in Bern ein; dabei wurde der Beklagte ermächtigt, das Haus als Sondereigentum in die öffentlichen Bücher eintragen zu lassen. Der Ziffer 4 des Vertrages sind folgende Bestimmungen zu entnehmen: « Der Bauberechtigte verpflichtet sich für sich und seine Rechtsnachfolger, dem jeweiligen Eigentümer der Baurechtsparzelle..... eine jährliche Grundrente in der Höhe des jeweiligen für die Gewährung neuer Hypotheken von der Hypothekarkasse des Kantons Bern festgesetzten, im Zeitpunkt der Fälligkeit der Rente geltenden Zinsfusses, weniger $\frac{1}{4}$ %, berechnet auf der jeweiligen Grundsteuerschätzung des Baurechtsgrundstückes, auf Ende jeden Vertragsjahres zu bezahlen, » für die ersten zehn Jahre jährlich 4 % von 20 Fr. per m².

« Die Rentenverpflichtung wird inhaltlich mit dem Baurecht zu einem einzigen dinglichen Verhältnis verbunden. Sie geht von Gesetzes wegen bei jeder Art der Übertragung des Baurechts und Sondereigentums (Vertrag, Zwangsvollstreckung, Enteignung, Erbgang, Aneignung, Ersitzung, richterliches Urteil usw.) auf den Erwerber über. Im Falle der Säumnis des Rentenschuldners in der Bezahlung der Grundrente steht dem Rentengläubiger des Recht zu, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Erlös des Baurechts und Sondereigentums zu verlangen.

Es wird dem Grundrentengläubiger als Eigentümer der Baurechtsparzelle aber auch das Recht eingeräumt, bei Verzicht auf die Durchführung der Betreibung auf Pfandverwertung die Übertragung des Baurechts und Sondereigentums auf seinen Namen zu verlangen, sobald der Baurechtsberechtigte mit der Bezahlung von drei Jahresleistungen im Rückstand ist. Der Baurechtsberechtigte ist in diesem Falle verpflichtet, die zur Vor-

nahme der Übertragung erforderlichen Verträge bezw. Willenserklärungen auf erstes Verlangen des Grundrentengläubigers zu unterzeichnen... »

Dieses Baurecht wurde am 25. April 1923 im Grundbuch eingetragen, und gleichen Tages wurde ein neues Grundbuchblatt Nr. 161 Flur T angelegt: « Baurecht mit Grundrentenpflicht auf unbestimmte Zeit für ein Einfamilienwohnhaus... auf Parzelle 192 Flur T, Grundbuchblatt Nr. 159... »

Der Beklagte leistete schon die erste, am 1. April 1924 verfallene Rentenzahlung von 343 Fr. 50 Cts. nicht und bestritt unter Hinweis auf BGE 49 III S. 180 ff. die Zulässigkeit der ihm angedrohten Betreibung auf Pfandverwertung in das Baurecht und Sondereigentum (Haus), wie überhaupt das Bestehen irgendwelcher dinglicher Sicherstellung der vereinbarten Grundrente.

Hierauf erhob die Klägerin Klage mit den Anträgen:

« 1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass die vom Beklagten gemäss Baurechtsvertrag vom 24. Februar 1923 geschuldete Grundrente dinglichen Charakter besitzt und grundversichert ist durch das selbständige Baurecht Bern-Grundbuchblatt Nr. 161 Flur T und dass die Klägerin demzufolge berechtigt ist, für die verfallene Grundrente Betreibung auf Pfandverwertung einzuleiten und Befriedigung aus dem Baurecht und Sondereigentum zu verlangen.

2. Eventuell, d. h. für den Fall, dass das Rechtsbegehren 1 abgewiesen und der Grundrentenforderung bloss obligatorischer Charakter zuerkannt werden sollte:

Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Klägerin — trotz Wortlaut des Baurechtsvertrages — bei der Veräusserung des Baurechts und Sondereigentums durch den Beklagten den Erwerber nicht ohne weiteres als neuen Grundrentenschuldner anzuerkennen braucht, sondern dass hiefür die Bestimmungen von OR 175 ff. massgebend sind. »

Der Beklagte hat auf Abweisung beider Klagebegehren angetragen und seinen Antrag mit Bezug auf das eventuelle Klagebegehren unter Art. 15 der schriftlichen Klagebeantwortung auf S. 4 und 5 begründet.

B. — Durch Urteil vom 28. März 1925 hat der Appellationshof des Kantons Bern das Rechtsbegehren 1 der Klage abgewiesen, das Rechtsbegehren 2 der Klage zugesprochen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, das Rechtsbegehren 1 der Klage sei zuzusprechen, und eine die Berufung begründende Rechtsschrift eingereicht.

D. — Der Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen mit dem Antrag, es sei die Klägerin mit ihrem zweiten Rechtsbegehren ebenfalls abzuweisen und dabei folgende «Begründung» gegeben: «Zur Begründung seiner Anschlussberufung verweist der Beklagte auf die Ausführungen seiner Klagebeantwortung, speziell auf Art. 15 der Antwort.»

E. — Die zweite Zivilabteilung hat in ihrer Sitzung vom 16. September 1925 diese «Begründung» als eine die Anschlussberufung begründende Rechtsschrift im Sinne der Art. 70 Abs. 1 und 67 Abs. 4 OG gelten lassen wollen, die unerlässlich ist, weil der Streitwert 8000 Fr. nicht erreicht (vgl. OG Art. 54 Abs. 2 Satz 2). Da jedoch die erste Zivilabteilung in ihrem Urteil vom 8. Mai 1919 i. S. Morgenegg. c. Bächler (BGE 45 II S. 214 f.) unter Anrufung früherer Urteile ausgesprochen hatte «que de simples références aux écritures produites devant les instances cantonales ne sauraient remplacer le mémoire prévu par la loi», hat die zweite Zivilabteilung die Erledigung des Falles ausgesetzt und beschlossen, gemäss Art. 23 Abs. 2 OG dem Gesamtgericht die Entscheidung der Rechtsfrage vorzulegen, «ob die Verweisung auf im kantonalen Verfahren eingelegte Rechtsschriften als Begründung der Berufung und der Anschlussberufung im Sinne der Art. 67 Abs. 4

und 70 Abs. 1 OG gelten könne. Die erste Zivilabteilung, welcher der Bundesgerichtsvizepräsident als Stellvertreter des Präsidenten hievon Kenntnis gab, hat sich dahin geäußert, ihrer Auffassung nach gerate die zweite Zivilabteilung nicht in Widerspruch mit dem erwähnten Urteil, wenn sie auf die vorliegende Anschlussberufung eintrete, weil nämlich die Frage, «ob in einer solchen besonderen, scharf umgrenzten Bezugnahme eine genügende Berufungsbegründung liege,» durch jenes Urteil, so wie sie es auslege und verstehe, nicht präjudiziert sei. Demgegenüber hat die zweite Zivilabteilung den Standpunkt eingenommen, nur die Feststellung des Gesamtgerichts, dass ein Konfliktfall nicht vorliege, vermöchte ihr die Befugnis zu verleihen, auf die vorliegende Anschlussberufung einzutreten.

F. — Durch Beschluss vom 25. November 1925 hat das Gesamtgericht festgestellt, dass ein der Entscheidung durch das Gesamtgericht bedürftiger Widerspruch zwischen den beiden Zivilabteilungen nicht vorliegt, aus folgenden Erwägungen: «In dem von der ersten Zivilabteilung entschiedenen Falle hatte der Berufungskläger zur Begründung seiner Berufung schlechthin auf seine Vorbringen in zwei Eingaben an die kantonale Appellationsinstanz verwiesen; somit bestand damals kein Anlass, den Fall ins Auge zu fassen, dass der Berufungskläger zur Begründung der Berufung auf einen bestimmt umschriebenen Teil seiner Ausführungen vor den kantonalen Instanzen verweist. Infolgedessen lässt sich jenem Urteil nicht mit Sicherheit entnehmen, ob es auch für diesen Fall ein Präjudiz enthalte, und wenn daher die erste Zivilabteilung heute erklärt, dass sie selbst ihr früheres Urteil nicht als solches Präjudiz ansehe, sondern gegenteils mit der zweiten Zivilabteilung der Auffassung sei, die vorliegend vom Beklagten gegebene Begründung für seine Anschlussberufung entspreche den in Art. 70 Abs. 1 und 67 Abs. 4 OG aufgestellten Erfordernissen, so wird dadurch dargetan, dass die zweite

Zivilabteilung in Wahrheit nicht von jenem Urteil abweicht, wenn sie auf die vorliegende Anschlussberufung eintritt. In dem einen der von der ersten Zivilabteilung zitierten Urteile der früheren einzigen Zivilabteilung des Bundesgerichtes (BGE 28 II S. 598 ff.) ist zwar zur Begründung u. a. auch ausgeführt, dass eine die Berufung begründende Rechtsschrift « überhaupt nicht durch die Rechtsschriften oder sonstigen Ausführungen vor den kantonalen Instanzen wird ersetzt werden können, da sie sich doch in erster Linie, und hauptsächlich, mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils wird auseinandersetzen müssen. » Allein es steht wiederum dahin, ob die erste Zivilabteilung durch das blosse Zitat dieses Urteils auch das angeführte, dort in zweite Linie gestellte Motiv habe übernehmen wollen, welches freilich nicht zuliesse, dass auf die vorliegende Anschlussberufung eingetreten werde ; insofern dies nicht zutrifft, steht es aber der zweiten Zivilabteilung frei, von jenem älteren, vor der Neuorganisation des Bundesgerichtes durch die Novelle zum OG von 1911 gefällten Urteil abzuweichen (BGE 38 II S. 726). Nur dann würde die zweite Zivilabteilung mit dem in Betracht kommenden Urteil der ersten Zivilabteilung in Widerspruch geraten, wenn sie auf die vorliegende Anschlussberufung mit der Begründung einzutreten gedächte, dass jegliche Verweisung auf im kantonalen Verfahren eingereichte Eingaben oder auf dort gemachte und durch Protokolle festgehaltene mündliche Vorbringen als die Berufung begründende Rechtsschrift gelten zu lassen sei. Indessen braucht ja die zweite Zivilabteilung nicht zu dieser weitergehenden Begründung zu greifen, und es muss ihr auch zugemutet werden, hievon abzusehen, damit nicht ohne Not eine Entscheidung des Gesamtgerichtes herbeigeführt werden muss. Während nämlich durch eine allgemeine Verweisung auf die Vorbringen im kantonalen erst- oder auch zweitinstanzlichen Verfahren der Berufungsrichter gezwungen würde, aus den

dort eingereichten Rechtsschriften oder aus den Gerichtsprotokollen zusammenzusuchen, was zur Begründung der Berufung an das Bundesgericht tauglich sein möchte, findet er vorliegend an einer bestimmt bezeichneten Stelle der einzigen vom Beklagten an die Vorinstanz gerichteten schriftlichen Eingabe den Rechtsstandpunkt zusammengefasst, den der Beklagte vor der Vorinstanz eingenommen hat, um sich gegen das Eventualbegehren der Klage zu verteidigen, und den er nun vor Bundesgericht wiederum einnimmt, um die Abweisung dieses Begehrens zu erlangen. Unter diesen Umständen mag es sich wohl rechtfertigen, die Verweisung auf einen bestimmt bezeichneten Teil der bei der Vorinstanz eingelegten einzigen Rechtsschrift als die Berufung bzw. die Anschlussberufung begründende Rechtsschrift gelten zu lassen, auch wenn es bei dem in Frage gezogenen Urteil der ersten Zivilabteilung das Bewenden hat, wonach die allgemeine Verweisung auf die an die erste oder auch an die zweite kantonale Instanz gerichteten Eingaben nicht als die Berufung begründende Rechtsschrift gelten gelassen wird. Es würde auch nichts entgegengestanden haben, dass die zweite Zivilabteilung ohne Begrüssung des Gesamtgerichtes auf die vorliegende Anschlussberufung eingetreten wäre, nachdem die erste Zivilabteilung ihr zur Kenntnis gebracht hatte, dass sie hierin keinen Widerspruch zu ihrem in Frage gezogenen Urteil erblicke. Wenn auch das OG und das Gerichtsreglement, die keine erschöpfende Ordnung des in solchen Fällen einzuschlagenden Verfahrens enthalten, ein solches Vorgehen nicht vorsehen, so kann doch nichts die Abteilungen des Bundesgerichtes hindern, durch Fühlungnahme untereinander Konfliktsfälle zu beseitigen zu suchen ».

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Klägerin geht darauf aus, den Wertzuwachs von Grund und Boden dadurch der Allgemeinheit zu

sichern, dass sie Baurechte an ihrem Grund und Boden an der Peripherie der Stadt Bern verleiht gegen einen alljährlich zu entrichtenden Baurechtszins, welcher später entsprechend dem durch die Grundsteuerschätzung allfällig zu ermittelnden Mehrwert erhöht werden soll. Sie empfindet es als ein Hemmnis in dieser kommunalen Bodenpolitik, dass die Verpfändung der gemäss Art. 943 ZGB gleich Liegenschaften in das Grundbuch aufgenommenen Baurechte mitsamt den darauf errichteten Bauwerken den Bauberechtigten erschwert wird, wenn die Baurechte zwecks Sicherung des Baurechtszinses im ersten Rang belastet werden, sei es mit einer Grundpfandverschreibung im entsprechenden Kapitalbetrag, sei es mit einer Grundlast, zumal da der Gesamtwert letzterer hoch angesetzt werden muss, um die Ablösung durch den Bauberechtigten (vgl. Art. 788 Ziff. 2 und 789 ZGB), welche die kommunale Bodenpolitik durchkreuzen würde, möglichst zu erschweren. Die Klägerin glaubt, in der Ziff. 4 des vorliegenden und vieler anderer gleichartiger Baurechtsbestellungsverträge das Mittel gefunden zu haben, durch welches ihre laufende Baurechtszinsenforderung genügend sichergestellt wird, ohne dass gleichzeitig die Verpfändung des als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts mitsamt dem Bauwerk seitens des Bauberechtigten erschwert würde; insbesondere scheint die Hypothekarkasse des Kantons Bern, welcher andere als erste Hypotheken zu gewähren gesetzlich untersagt ist, bei solcher Ausgestaltung der Sicherstellung des Baurechtszinses keinen Anstand mehr zu nehmen, das Baurecht mitsamt dem Bauwerk zu belehnen. Die Klägerin stützt sich auf ein vorgängig bei Professor EUGEN HUBER eingeholtes Gutachten, in welchem dieser, im Anschluss an die (in der Literatur fast einhellig abgelehnte) Auffassung von WITTMACK, Erbbaurecht S. 81 ff., wesentlich folgendes ausführte: Dem Baurechtsverhältnis vermöge nur die Auffassung voll und ganz zu

entsprechen, wonach die Baurechtsrente ohne besondere Konstituierung der Sicherheit, d. h. aus dem Baurecht heraus oder also von Gesetzes wegen, den Berechtigten als Äquivalent seines dinglichen Rechts dinglich belasten müsste. Bei einer tieferen Erfassung des Baurechts nach Recht und Pflicht werde es erreichbar sein, die Rentenleistung mit der Baurechtsberechtigung zu verbinden. Unzulässig wäre es zwar, die Belastung mit dem Baurecht derart mit der Rentenleistung zu verknüpfen, dass das Baurecht nur unter der Bedingung konstituiert würde, dass die Rentenschuld in richtiger Weise entrichtet werde, weil dies auf eine bedingte Belastung mit einem Baurecht hinausliefe, Allein es sei eine Unterscheidung vorzunehmen, die recht eigentlich dem Wesen des Baurechts entspreche, nämlich zwischen der Errichtung des Baurechts und dem Inhalt desselben. In Bezug auf den Inhalt des Baurechts bestehe zwischen dem Baurecht und den regelmässigen Grunddienstbarkeiten ein entscheidender Gegensatz. Die Grunddienstbarkeit müsse sich in ihrem Inhalt in den engen Rahmen des Gesetzes fügen, auch wenn gegebenenfalls die Einzelheiten des Inhalts durch Vertrag oder Übung bestimmt werden dürfen. Für das Baurecht dagegen bestehe in Bezug auf den Inhalt freie Abrede der Beteiligten, wenn nur als Grundlage die Umschreibung des Art. 779 ZGB gewahrt bleibe. Das Baurecht könne in Bezug auf die Veräusserlichkeit und Vererblichkeit mit beliebigen Bedingungen ausgestaltet werden, die nur dem Baurecht selbst nicht widersprechen dürfen. Ferner könne die Fortdauer eines auf bestimmte Zeit oder unbefristet errichteten Baurechts unter eine beliebige Bedingung gestellt werden. Diese Abreden seien von massgebender Bedeutung für die Aufnahme des Baurechtes in ein besonderes Grundbuchblatt, dagegen von keiner Bedeutung für die Existenz des Baurechtes an sich. Im ferneren könne die Beendigung des Baurechts und die Wirkung für den Fall der Aufhebung desselben in beliebiger Weise

geordnet werden, gleichwie z. B. auch betreffend die Wasserrechtskonzession — und zwar auch an Privatgewässern — in Bezug auf die Werkanlage, das Heimfallsrecht u. s. w., sowie für das Quellenrecht die freie Abrede anerkannt werde. Dass diese nähere Ausgestaltung aus dem Grundbucheintrag nicht unmittelbar ersichtlich sei, stehe dieser Auffassung so wenig entgegen, als in betreff des Inhalts in dem engeren Rahmen der regelmässigen Grunddienstbarkeit. Art. 738 Abs. 2 ZGB sei auch hier als massgebend zu betrachten. Die Belege zum Eintrag geben den Interessenten genügenden Aufschluss; Beleg aber sei in erster Linie der Baurechtsvertrag. Danach erscheine es als zulässig, in die Umschreibung des Baurechts in Bezug auf seinen Inhalt die Bestimmung aufzunehmen, dass der Baurechtsberechtigte eine jährliche Rente zu entrichten habe, oder dass er verpflichtet werde, das Baurecht auf den belasteten Grundeigentümer zu übertragen oder auch die Einwilligung in die Aufhebung des Baurechts und zur Löschung des Grundbucheintrages zu erklären, sobald er mit der Rentenleistung für eine gewisse Zeit, z. B. mit drei Jahresleistungen, im Rückstand sei. Diese Ordnung der Schuldpflicht ohne Unterscheidung einer vom Baurecht losgelösten persönlichen oder dinglichen Verpflichtung, oder also Anerkennung der engen Verbindung der Berechtigung mit der Verpflichtung, gebe dem Baurecht nicht eine bedingte Existenz, sondern nur einen durch Abrede getroffenen und daher zulässigen beschränkten Inhalt. — In einer Ergänzung des Gutachtens wurde noch ausgeführt: Sobald der Verbindung der Rentenschuld mit dem Baurecht im Baurechtsvertrag deutlich Ausdruck gegeben werde, so könne die Gemeinde von Gesetzes wegen Befriedigung aus dem Baurecht auf dem Wege der Zwangsverwertung verlangen.

Die Vorinstanz hat sich von diesem Gutachten nicht überzeugen lassen.

Auch das Bundesgericht vermag nicht zu einer anderen Entscheidung zu gelangen.

Die Vergütung, welche der Erwerber eines dinglichen Rechts an den Veräusserer oder Besteller jenes dinglichen Rechts als Gegenleistung für den Rechtserwerb zu zahlen sich verpflichtet, bildet wohl Bestandteil des dem Erwerb zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäftes, dagegen nicht einen Bestandteil des erworbenen dinglichen Rechtes selbst. Gleichwie beim Eigentumserwerb gestützt auf einen Kaufvertrag die Zahlung des Kaufpreises nicht zur Voraussetzung für die Geltendmachung des bereits erworbenen Eigentums gemacht werden kann, so kann auch die Leistung der Vergütung für die Einräumung einer Dienstbarkeit nicht eine das dingliche Recht des Dienstbarkeitsberechtigten inhaltlich einschränkende Voraussetzung für dessen Geltendmachung bilden, m. a. W. der Inhalt der dinglichen Rechte ist unabhängig von der Erfüllung des Rechtsgrundgeschäftes. Dies folgt daraus, dass der Inhalt der dinglichen Rechte überhaupt nicht beliebiger Parteivereinbarung überlassen ist, sondern dass nur die gesetzlich vorgesehenen dinglichen Rechte begründet werden können, und zwar nur im Rahmen ihres gesetzlich umschriebenen Inhaltes. So ist der Inhalt des Baurechtes als einer Dienstbarkeit gegeben durch die Umschreibung in Art. 779 ZGB: es ist das Recht, auf fremdem Boden ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. Dass seine Ausgestaltung in vermehrtem Masse der Parteivereinbarung zugänglich sei als die Ausgestaltung anderer Dienstbarkeiten, kann nicht anerkannt werden. Insbesondere ist es keine Besonderheit des Baurechts (Quellenrechts und Wasserrechts) im Gegensatz zu anderen Dienstbarkeiten, dass die Art der Ausübung und die Dauer vertraglich näher geregelt werden können; aber auch aus seiner Verselbständigung (Übertragbarkeit, Vererblichkeit) ergibt sich nichts dafür, dass sein Inhalt freier umschrieben werden könnte als derjenige anderer Dienstbarkeiten. Würde man dem Gutachten HUBER folgen, so müsste man dann auch gleich bei den Grunddienstbarkeiten gestatten, dass die Pflicht zur Leistung

des Entgeltes an Kapital oder Rente für die Einräumung des dinglichen Rechts zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht und ohne besonderen Eintrag in der für Grundpfandrechte bestimmten Abteilung des Grundbuches den anderen Rechten am berechtigten Grundstück vorangestellt werde; dies kann jedoch unmöglich zugelassen werden. Dass eine Geldzahlungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten Bestandteil des durch die Dienstbarkeit begründeten Rechtsverhältnisses zwischen berechtigtem und verpflichtetem Grundeigentümer bildet, ist vom ZGB nur in einem Falle vorgesehen, demjenigen der Last des Unterhalts der zur Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Vorrichtung (Art. 741). Allein beliebige andere Geldzahlungsverpflichtungen des Dienstbarkeitsberechtigten in das durch die Dienstbarkeit begründete Rechtsverhältnis aufzunehmen, welches vom ZGB dahin umschrieben wird, dass der Eigentümer des belasteten Grundstückes sich bestimmte Eingriffe des Berechtigten gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf, ist der Privatautonomie nicht anheimgegeben; infolgedessen können die Kontrahenten die Pflicht zur Zahlung des Entgeltes für die Einräumung des Dienstbarkeitsrechts, die zum Zwecke der Schaffung des dinglichen Rechts vor dessen Entstehung begründet worden ist und an sich ganz ausserhalb desselben steht, nicht zum Inhalt des dinglichen Rechtes machen.

Aber auch das Grundbuchsystem steht einer derartigen Verquickung des Entgeltes für die Begründung des dinglichen Rechts und des Inhaltes desselben entgegen. Kann zwar der Inhalt eines dinglichen Rechts und speziell der Dienstbarkeiten gegebenenfalls erst unter Zuhilfenahme der Belege oder sogar anderer Momente bestimmt werden, so doch nur im Rahmen des Eintrages, m. s. W. es können — unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, von denen hier keine zutrifft — keine

Rechte an Grundstücken bestehen, ohne dass sie aus dem betreffenden Grundbuchblatt des Hauptbuches überhaupt ersichtlich wären (Art. 738 ZGB). Auf der Grundlage des Gutachtens HUBER wäre im Hauptbuch einfach das Baurecht als solches einerseits als Last auf dem für die Liegenschaft bestimmten Grundbuchblatt einzutragen und andererseits durch Anlage eines besonderen Grundbuchblattes als Grundstück aufzunehmen; dagegen würde die auf dem Baurecht haftende Last der Zahlung des Baurechtszinses nirgends im Hauptbuch stehen, sondern nur aus den Belegen, nämlich dem Vertrag über die Begründung des Baurechts, als Inhalt desselben ersichtlich sein. (Wenn das vorliegend streitige Baurecht als « Baurecht mit Grundrentenpflicht » im Hauptbuch aufgenommen wurde, so widerspricht dies dem Art. 35 der Grundbuchverordnung, welcher genau angibt, was bei Dienstbarkeiten einzutragen ist und auch bei der Anlage neuer Grundbuchblätter für selbständige und dauernde Dienstbarkeiten beobachtet werden muss, da diese nur in der gleichen Umschreibung zum Gegenstand der « Aufnahme » in das Grundbuch gemacht werden können, in welcher sie auf dem Grundbuchblatt der belasteten Liegenschaft zulässigerweise eingetragen worden sind.) Dürfte wirklich davon abgesehen werden, derartige vertraglich begründete, also nicht etwa schon von Gesetzes wegen bestehende Lasten, welche auf einem grundbuchlich als Grundstück behandelten selbständigen und dauernden Baurecht haften, im Hauptbuch als Lasten einzutragen, so stünde auch nichts mehr entgegen, irgendwelche Dienstbarkeiten, die anlässlich eines Kaufvertrages begründet werden, nicht im Hauptbuch einzutragen, weil auch sie nichts anderes als eine Beschränkung des Inhaltes des auf Grund des Kaufes erworbenen Eigentums darstellen und, gleich wie vorliegend die Grundrentenpflicht, aus dem das Rechtsgrundgeschäft enthaltenden Beleg (Kaufvertrag) ersichtlich sind. Die Eintragung eines von

der Entrichtung des Baurechtszinses abhängigen Baurechts widerspricht ausserdem dem Grundsatz, dass dingliche Rechte, welche unter eine Bedingung gesetzt sind, nicht in das Grundbuch eingetragen werden dürfen (vgl. Art. 217 OR). Gleichwie beim Kauf der Rückfall nur durch besondere Vereinbarung eines Rückkaufsrechts und Vormerkung desselben im Grundbuch mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden kann, so lässt sich beim Baurecht das gleiche Ziel, nämlich der Heimfall wegen Nichtbezahlung des Baurechtszinses, auch nur durch ein besonderes Rechtsgeschäft (Einräumung eines Kaufsrechtes) und Vormerkung desselben im Grundbuch erreichen, nicht durch die blosser Aufnahme einer bezüglichen Klausel in den Inhalt des Baurechts. Ist mit Rücksicht auf die Klarheit des Grundbuches die Eintragung von dinglichen Rechten ausgeschlossen, die unter aufschiebender oder auflösender Bedingung bestellt worden sind, wie auch im Gutachten HUBER zugegeben wird, so kann die Zulässigkeit der Eintragung auflösend bedingter dinglicher Rechte, wie des für den Fall der Nichtbezahlung des Baurechtszinses dem Heimfall unterworfenen Baurechts, unmöglich daraus hergeleitet werden, dass das Heimfallsrecht zum Inhalt des Baurechts gehöre und daher nur dieser, nicht aber die Bestellung des Baurechts auflösend bedingt sei. Endlich ist auch der Hinweis auf die im Gemeinen Recht und in kantonalen Rechten erfolgte Einbeziehung des solarium in den Inhalt der superficies bzw. der Erbleihe unbehelflich, weil dort nicht ein Grundbuchsystem im Wege stand, das die Spezifizierung der einzelnen Lasten im Grundbuch erheischt hätte.

Selbst wenn aber anerkannt werden wollte, dass die Pflicht zur Leistung der Vergütung für die Einräumung des Baurechts in das dingliche Recht einbezogen werden könnte, so würde daraus nur folgen, dass der Baurechtszins auch ohne besondere Vereinbarung

einer Grundlast oder eines Grundpfandrechtes und Eintragung derselben in dem für das Baurecht angelegten Grundbuchblatt jedem späteren Erwerber des Baurechtes gegenüber, gleichgültig ob er die bezügliche Schuldpflicht übernommen habe oder nicht, könnte geltend gemacht werden; dagegen ergäbe sich daraus keineswegs ohne weiteres ein pfandrechtsähnliches Verwertungsrecht für den Liegenschaftseigentümer bei Nichtbezahlung des Baurechtszinses, das denn auch vom Gutachter HUBER zunächst ebensowenig wie von WITMAAK vorgesehen wurde. Ein derartiges Verwertungsrecht, verbunden mit einem Vorzugsanspruch auf den bei der Verwertung gewonnenen Erlös, gewähren nur die dinglichen Wertrechte (Grundpfandrecht, Art. 816 Abs. 1 ZGB; Grundlast, Art. 791 Abs. 1 ZGB), und es kann der Privatautonomie nicht zugestanden werden, ein gleichartiges Verwertungsrecht zum integrierenden Bestandteil von Dienstbarkeiten zu machen, die ihrem Begriffe nach Sach b e n ü t z u n g s r e c h t e zu verschaffen bestimmt sind. Stimmt somit die zweite Zivilabteilung der Entscheidung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer in BGE 49 III S. 180 ff. zu, so kann dahingestellt bleiben, ob sie andernfalls gemäss Art. 23 Abs. 2 OG die Entscheidung hätte dem Gesamtgericht überlassen müssen, trotzdem es sich damals nur um eine *cognitio prima facie* gehandelt hatte.

2. — Die Vorinstanz hat im weiteren noch die in einem Kollokationsprozess ähnlicher Art vom Gerichtspräsidenten II von Bern bejahte Frage erörtert, jedoch mit negativem Ergebnis, ob der Klägerin in analoger Anwendung des Art. 837 Ziff. 1 ZGB ein gesetzliches Pfandrecht für den Baurechtszins zuzuerkennen sei. Indessen würde sich die Prüfung dieser Frage schon deswegen erübrigen, weil die Klägerin selbst nicht behaupten kann, sie habe in der für Grundpfandrechte bestimmten Abteilung des für das Baurecht eröffneten Grundbuchblattes ein derartiges Pfandrecht eintragen lassen; denn

ohne einen solchen Eintrag gelangen auch die in Art. 837 ZGB vorgesehenen gesetzlichen Grundpfandrechte nicht zu dinglicher Wirkung (Grundbuchverordnung Art. 40 und BGE 40 II S. 453 ff. Erw. 2). Übrigens wäre der Vorinstanz auch in diesem Punkte beizustimmen. Namentlich ist der Umstand, dass das streitige Baurecht grundbuchlich als Grundstück gilt, seitdem für dasselbe ein besonderes Grundbuchblatt angelegt worden ist, nicht geeignet, die analoge Anwendung des Art. 837 Ziff. 1 ZGB zu rechtfertigen. Denn das Versprechen der Gegenleistung bildet Bestandteil des Vertrages über die Errichtung des Baurechts, geht also der Errichtung der Dienstbarkeit zeitlich voraus, während die Aufnahme des Baurechts in das Grundbuch, kraft welcher jenes gleich einer Liegenschaft am Grundstücksverkehr teilnehmen kann, die bereits erfolgte Errichtung der Dienstbarkeit voraussetzt; infolgedessen kann erst bei einem der Eröffnung eines Grundbuchblattes nachfolgenden Verkauf des Baurechts die Anwendung des Art. 837 Ziff. 1 ZGB in Frage gezogen werden.

3. — Schliesslich vertritt die Klägerin noch die Auffassung, mangels einer gesetzlichen Vorschrift könne ihr vom Richter in Anwendung des Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB für den Baurechtszins ein dingliches Verwertungsrecht, verbunden mit einem Vorzugsrecht auf den Verwertungserlös, zuerkannt werden. Allein von einer Lücke des ZGB, welche vom Richter zu ergänzen wäre, kann ernstlich nicht gesprochen werden, da das ZGB laut ausdrücklichen Vorschriften einerseits nur öffentlich-rechtliche, dagegen nicht privatrechtliche Grundlasten ohne Eintragung im Grundbuch anerkennt (Art. 783 Abs. 1 und 784 Abs. 1) und andererseits ohne Grundbucheintrag auch kein Grundpfandrecht anerkennt, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen vorsieht (Art. 799); dass der vorliegende Fall einer dieser gesetzlichen Ausnahmen (Art. 836, 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, 819) subsumiert werden könnte, lässt sich jedoch nicht behaupten.

Ist es dem Richter somit weder in Auslegung der einschlägigen sachenrechtlichen Vorschriften, noch durch Ergänzung einer angeblich, in Wahrheit aber nicht, bestehenden Lücke des ZGB möglich, die von der Klägerin gewählte Ausgestaltung des Baurechts zu sanktionieren, so kann der Klägerin doch nicht zugegeben werden, dass sich das Baurecht nicht in den Dienst kommunaler Bodenpolitik stellen lasse, obwohl dies nicht verwunderlich wäre, weil der Gesetzgeber das Baurecht nicht diesem Bedürfnis entsprechend auszugestalten gedachte (vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf, 2. Ausgabe, II S. 91). Zunächst ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Hypothekarinstitute dann keinen Kredit auf Baurechte und die gestützt darauf errichteten Bauwerke sollten gewähren können, wenn der Baurechtszins als Grundlast oder eine ihm entsprechende Kapitalforderung als Grundpfand ersten Ranges im Grundbuch eingetragen wird, während sie nichts dagegen einzuwenden haben, dass ihnen die gleiche Baurechtszinslast ohne Eintragung im Range vorgeht. Sollte es richtig sein, dass, wie die Klägerin behauptet, die Hypothekarkasse des Kantons Bern sich durch das für sie geltende Verbot der Gewährung von Bodenkredit anders als gegen erste Hypotheken in die Unmöglichkeit versetzt sieht, Baurechte und die gestützt darauf errichteten Bauwerke zu belehnen, sobald eine derartige Last vortragen ist, während sie am Vorrang der gleichen Last keinen Anstoss nimmt, solange sie nur nicht eingetragen wird, so würde diese Auslegung jenes Verbotes das Wesen der ersten Hypothek verkennen, welches nur entweder darin gefunden werden kann, dass die Hypothekensumme (unter Berücksichtigung der vorgehenden Lasten) einen bestimmten Teil des Pfandwertes nicht übersteigen darf, der bei der Verpfändung eines Baurechts und des gestützt darauf errichteten Bauwerkes unter allen Umständen ein Mehrfaches des kapitalisierten Baurechtszinses ausmachen wird, oder aber darin, dass

kein besser Berechtigter die Zwangsvollstreckung soll verlangen können; auf letzteres kommt indessen der Hypothekarkasse offenbar nichts an, wenn sie den vorliegend streitigen Baurechtsvertrag als annehmbare Grundlage für die Belehnung des Baurechts und des gestützt darauf errichteten Bauwerkes gelten lässt. Übrigens braucht ja die Klägerin nicht den ganzen mutmasslichen Kapitalwert des Baurechtszinses durch Grundpfand zu sichern oder als Gesamtwert der Grundlast anzugeben (deren Errichtung nicht etwa Art. 785 ZGB entgegensteht, weil der Baurechtszins nicht den Ertrag einer bestehenden Kapitalschuld, sondern eine fortlaufend zur Entstehung gelangende Rentenschuld darstellt). Dadurch wird dem Bauberechtigten nicht etwa die Ablösung der Grundrente um diesen geringen Betrag ermöglicht; vielmehr ist die Ablösung einer derartigen Grundlast überhaupt ausgeschlossen gemäss Art. 788 Abs. 3 ZGB, weil auch auf diese Gegenleistung für die Einräumung der Servitut zutrifft, dass sie mit einer unablösbaren Grunddienstbarkeit verbunden ist, nicht weniger als auf ein « Nebenrecht zur Servitutverpflichtung », dessen besonderer Berücksichtigung die genannte Vorschrift ihre Entstehung verdankt (vgl. Protokoll der Expertenkommission 3 S. 165).

4. — Trotzdem sich der Beklagte darauf beschränkt hat, zur Begründung seiner gegen die Gutheissung des eventuellen Klagantrages gerichteten Anschlussberufung auf den bezüglichen Passus seiner Klagebeantwortungsschrift zu verweisen, kann die Anschlussberufung auf Grund des sub Fact. F wiedergegebenen Beschlusses des Gesamtgerichts als wirksam betrachtet und darauf eingetreten werden.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Vertragsbestimmung, wonach die Rentenverpflichtung von Gesetzes wegen bei jeder Art der Übertragung des Baurechts und Sondereigentums auf den Erwerber übergehe, nicht gelte, wenn die Dinglichkeit der Bau-

rechtszinsverpflichtung verneint werde, und die Vorinstanz ist ihr hierin gefolgt, indem sie davon ausging, dass jene Vertragsbestimmung lediglich eine aus der vorher festgestellten Dinglichkeit des Verhältnisses von selbst sich ergebende Folge erläuternd aufführe und nicht etwa eine zur Verdinglichung hinzutretende Vereinbarung darstelle. Auch in diesem Punkte ist der Vorinstanz beizustimmen. Aus der Art und Weise der Einreihung der streitigen Bestimmung in den Vertrag und ihrer Formulierung ergibt sich zweifelsfrei, dass sie nicht eine Willenserklärung der Klägerin enthält, wonach bei Veräusserung des Baurechts der Beklagte ohne weiteres aus der Baurechtszinspflicht entlassen werde, sondern lediglich dazu bestimmt war, das mit der Verdinglichung der Baurechtszinspflicht vermeintlich von Gesetzes wegen gewonnene Ergebnis festzuhalten; alsdann aber steht und fällt diese Rechtsfolge der Verdinglichung mit letzterer selbst und kann aus der streitigen Bestimmung nichts dafür entnommen werden, was in dem nun eingetretenen Falle der Verneinung der Dinglichkeit der Baurechtszinspflicht gelten solle. Hievon abgesehen ist klar und konnte auch für den Beklagten nicht zweifelhaft sein, dass die Klägerin vernünftigerweise nicht von vorneherein ein für allemal in die Entlassung des ursprünglichen (oder später angenommenen) Baurechtszinsschuldners hätte einwilligen wollen, wenn sie keinerlei dingliche Sicherung für den Baurechtszins besass, sondern einfach mit der Solvenz des Baurechts-erwerbers vorlieb nehmen musste; weder hat sie also eine derartige Willenserklärung abgeben wollen noch der Beklagte sie als abgegeben ansehen dürfen. Übrigens erscheint fraglich, ob angesichts der Ausgestaltung der Schuldübernahme im OR, wonach es zur Schuldübernahme eines Vertrages zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger bedarf, der durch Annahme des Antrages des ersteren seitens des letzteren zustande kommt, eine derart ein für allemal zum voraus erklärte Annahme

des Antrages auf Schuldübernahme, von wem immer er werde gestellt werden, überhaupt rechtswirksam wäre. Wie dem auch sein möge, so erweist sich jedenfalls des Verlangen der Klägerin als gerechtfertigt, dass sie bei Veräusserung des Baurechts und Sondereigentums durch den Beklagten den Erwerber nicht ohne weiteres als neuen Baurechtszinsschuldner anzuerkennen brauche, und zwar nicht nur für die bereits verfallenen, sondern auch für die erst künftig fällig werdenden Rentenbeträge. Die Frage, wie sich das Rechtsverhältnis gestalte, wenn die Klägerin den Erwerber als neuen Baurechtszinsschuldner ablehne, oder wenn sich der Beklagte vom Erwerber überhaupt nicht versprechen liesse, dass dieser ihn von der Baurechtszinsschuld zu befreien habe, ist nicht zu erörtern, da sie von der Klägerin nicht zum Gegenstand eines Feststellungsbegehrens gemacht worden ist und gegenwärtig wohl auch nicht zulässigerweise hätte gemacht werden können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 23. März 1925 bestätigt.

6. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Februar 1926 i. S. David gegen Konkursmasse der Motorwagenfabrik Arbenz A.-G.

Wer gegen seinen Schuldner (so besonders auch den aus paulianischer Anfechtung zur Rückgewähr Verpflichteten) weder Pfändung noch Arrest ausgewirkt hat, kann eine von diesem veräusserte bewegliche Sache dem Erwerber, der nun Besitz daran hat, nicht unter Berufung auf Simulation des Erwerbgeschäftes abstreiten, Art. 930, 932 ZGB.

Beisitzerwerb durch Stellvertreter. Kein Besitzverlust durch Beschlagnahme in der Strafuntersuchung, Art. 921 ZGB, oder durch einen Sequestrationsvertrag, Art. 931 Abs. 2 ZGB.

Anfechtungsklage gegen den bösgläubigen Dritten, Voraussetzungen (Erw. 2). Anfechtung eines zum Zweck der Tilgung einer Geldschuld durch Verrechnung abgeschlossenen Kaufvertrages kann nicht gemäss Art. 287 Ziff. 2, sondern nurmehr gemäss Art. 288 SchKG erfolgen, wenn der Kaufvertrag länger als sechs Monate vor der Konkurseröffnung abgeschlossen wurde.

A. — Durch Vereinbarung vom 22. Oktober 1921 zwischen Eugen Arbenz, dem Delegierten des Verwaltungsrates der Motorwagenfabrik Arbenz A.-G., und dem Kläger, ihrem Vertreter für Italien, wurde «festgestellt und vereinbart :

« 1. Hr. E. Arbenz schuldet Hr. R. David aus früher gewährten Darlehen nebst Zinsen einen Betrag von 145,000 Fr., Wert 22. Oktober 1921, wofür Hr. R. David als Sicherstellung an folgenden 12 Motorlastwagen-Chassis und 2 Personen-Autos (folgt die Aufzählung von 8 bei der Maschinenbau-A.-G. Seebach, 4 bei Kohlenhändler Koch gelagerten Chassis und 2 Personen-Autos) ein Faustpfandrecht besitzt.

2. Herr E. Arbenz überlässt nun an Herrn R. David die vorerwähnten 12 Chassis und 2 Personen-Autos kaufweise. Der Kaufpreis und die Darlehenschuld des Herrn E. Arbenz werden mit einander verrechnet und erklärt sich Herr R. David per Saldo seiner Forderung als befriedigt...

3. Die Chassis sind Herrn Rudolf Pister in Zürich... übergeben worden, welcher für Herrn R. David den Besitz ausübt. ...»

Eugen Arbenz hatte die Chassis von der Motorwagenfabrik Arbenz-A.-G. laut Fakturen vom 30. November 1920 (über 7 Stück) und 1. März 1921 (über 5 Stück) gekauft und den Kaufpreis mit einer Gegenforderung verrechnet, deren Bestand von der Beklagten bestritten wird; am 7. Juli und 13. Oktober 1921 hatte er mit Kohlenhändler Koch und der Maschinenbau-A.-G. Seebach Verträge über die Einlagerung von Autos in deren Lokalitäten abgeschlossen und daraufhin dort 4,