

# Grundbuch- und Grundpfandrecht in der Übergangszeit

Autor(en): **Guhl, Theo**

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): **32 (1913)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896532>

## **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.

# Grundbuch- und Grundpfandrecht in der Übergangszeit.

---

Referat gehalten in der Versammlung des bernischen  
Juristenvereins vom 24. Februar 1913,

von

Prof. Dr. THEO GUHL,  
Chef des eidgenössischen Grundbuchamtes in Bern.

---

## Einleitung.

Die weitaus überwiegende Zahl von Rechtsfragen aus dem intertemporalen Recht bezieht sich auf Rechtsverhältnisse, die noch unter der früheren Rechtsordnung entstanden sind, aber unter dem neuen Recht fort dauern. Für solche Rechtsverhältnisse — man denke an das Güterrecht der Ehegatten, an erbrechtliche Verhältnisse oder an die Fortdauer dinglicher Rechtsbeziehungen, wie Eigentum und Pfandrechte — hat das ZGB in seinem Schlusstitel eine verhältnismässig ausführliche Ordnung aufgestellt, und insbesondere im Sachenrecht die Anwendungsgebiete des früheren und des geltenden Rechtes genau abgegrenzt.

Nun gibt es aber noch eine andere Kategorie Übergangsrechtlicher Fragen. Es kann sich um Tatsachen handeln, die erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes eintreten, und um Rechtsverhältnisse, die erst nach Inkrafttreten des ZGB begründet werden. An und für sich würden derartige Rechtsverhältnisse ohne weiteres und ausschliesslich nach dem neuen Recht zu behandeln sein (Schl. T. Art. 1, Abs. 3). Allein diese grundsätzlich gebotene Anwendung des neuen Rechtes ist für gewisse

Rechtsverhältnisse nicht in vollem Umfang möglich, weil die Publizitätseinrichtungen und die Formen der neuen Rechtsordnung noch fehlen. Inwieweit infolge des fehlenden Grundbuchs die Anwendung des neuen Rechtes im Gebiete des Sachenrechtes einstweilen unterbleiben muss, soll im folgenden geprüft werden. Diese Untersuchungen werden sich allerdings nur zum geringsten Teil auf die Bestimmungen im Schlusstitel des ZGB stützen können; im wesentlichen wird man stets darauf abstellen müssen, ob die Anwendung einer Rechtsregel des neuen Rechtes oder die Unterstellung eines Rechtsverhältnisses unter ein Institut des neuen Rechtes unbedingt die Einrichtung des Grundbuchs voraussetzt, oder ob dies nicht der Fall ist.

Dabei mag zum vorneherein erwähnt werden, dass das eidgenössische Grundbuch zur Zeit noch in keinem Kanton eingeführt ist, und dass nur in 7 Kantonen andere Publizitätseinrichtungen zum Teil sofort, wie in Baselstadt, Schwyz, Waadt und Neuenburg, zum Teil aber erst auf den Zeitpunkt der durchgeführten Bereinigung der dinglichen Rechte, wie in Solothurn, Freiburg und Genf, dem eidgenössischen Grundbuch gleichgestellt worden sind. Für diese 7 Kantone mit vollständiger Gleichstellung bisheriger Grundbücher und ähnlicher Einrichtungen im Sinne von Schl. T. Art. 46 gilt die volle Grundbuchwirkung des ZGB, und die hier zu behandelnden Übergangsfragen bestehen für diese Kantone gar nicht oder doch nur für eine ganz kurze Übergangszeit; dagegen kommt unseren Erörterungen für alle andern Kantone, allerdings in verschiedenem Umfang, praktische Bedeutung zu.

Wir gruppieren die auftauchenden Fragen darnach, ob sie sich auf das Grundbuch im allgemeinen oder auf das Grundpfandrecht im besonderen beziehen.

#### A.

1. Die erste Rechtsfolge, die sich aus dem Fehlen einer Grundbucheinrichtung im Sinne des ZGB ergibt, ist in

Art. 48, Abs. 3, Schl. T. ausdrücklich ausgesprochen: In den Kantonen ohne eigentliches Grundbuch ist die positive Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten noch nicht vorhanden. In diesen Kantonen darf sich der Erwerber eines dinglichen Rechtes an Grundstücken nicht auf die Tatsache verlassen, dass der Veräusserer oder Besteller in den kantonalen Registern als Eigentümer eingetragen ist. Auch wenn der Käufer einer Liegenschaft oder ein Grundpfandgläubiger in gutem Glauben mit dem in den kantonalen Büchern eingetragenen Eigentümer gehandelt hat, so hat er doch kein dingliches Recht am Grundstück erworben, wenn jene Angabe der kantonalen Publizitätseinrichtung materiell unzutreffend war. Durch Art. 48, Abs. 3, Schl. T. wird somit vor allem die Anwendung des Art. 973 ZGB ausgeschlossen.

2. Wichtiger als diese Nichtanwendung des Art. 973 ZGB ist für die Praxis und für den Verkehr eine weitere Folge des Fehlens grundbuchlicher Einrichtungen. Aus Art. 17, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 43 und 44 Schl. T. geht nämlich hervor, dass die unter der Herrschaft des neuen Rechtes begründeten dinglichen Rechte nicht bloss hinsichtlich ihres Bestandes (sub Ziff. 1), sondern auch mit Rücksicht auf ihren Inhalt, ihren Umfang und ihren Rang, in den Kantonen ohne eigentliches Grundbuch für den Erwerber nicht in der dem Grundbuchrecht eigentümlichen Weise garantiert werden. Wo ein Grundbuch vorhanden ist, darf sich der Erwerber eines dinglichen Rechtes im Rahmen des Art. 971 ZGB auch darauf verlassen, dass ausser den aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechten und Lasten keine andern Dienstbarkeiten, Grundlasten und Grundpfandrechte mehr zu Recht bestehen, und dass deshalb das neuerworbene dingliche Recht unter keinen Umständen dadurch in seinem Inhalt, seinem Umfang oder seinem Range beeinträchtigt werden kann. Wo dagegen das Grundbuch noch nicht eingeführt ist, und zuerst noch die Bereinigung der dinglichen Rechte

gemäss SchlT Art. 43 und 44 durchgeführt werden muss, da bleiben die unter dem früheren Recht entstandenen dinglichen Rechte vorläufig ohne Rücksicht darauf bestehen, ob sie aus den kantonalen Büchern ersichtlich sind oder nicht. So muss z. B. der Grundpfandgläubiger, dem unter dem neuen Recht ein Pfandrecht eingeräumt wird, diese früher entstandenen, im Range vorgehenden Dienstbarkeiten oder Pfandrechte trotz seines guten Glaubens anerkennen und kann sein Recht nicht in dem Umfang beanspruchen, wie er es sich vielleicht bei dessen Begründung gestützt auf die kantonalen Register vorgestellt hat.

3. Bei dieser Sachlage musste sich nun in einer Reihe von Kantonen die Frage erheben, ob nicht eine Ergänzung dieses eidgenössischen Übergangsrechtes durch die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB möglich sei. Die eidgenössische Ordnung beschränkt sich ja, wie erwähnt, auf die negative Feststellung, dass die Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten kraft Bundesrechtes nicht vorhanden sei. Dagegen scheint dadurch keineswegs verhindert zu werden, dass die Kantone durch Vorbehalt, Aufnahme oder Ergänzung ihres früheren Rechtes in den Einführungserlassen besonderes Übergangsrecht aufstellen und ihrerseits eine besonders geordnete Wirkung der kantonalen Register, vor allem auch zugunsten des gutgläubigen Dritten, einführen. Dies musste sich ganz besonders in denjenigen Kantonen empfehlen, wo bereits zuverlässige und gutgeführte Publizitätseinrichtungen vorhanden waren, die wenigstens für einzelne Kategorien dinglicher Rechte, z. B. für das Eigentum oder für die Grundpfandrechte, einen derartigen Schutz des gutgläubigen Erwerbers gestatteten. Diesen Weg haben verschiedene Kantone eingeschlagen; es sei nur auf folgende Beispiele hingewiesen:

a) Solothurn hatte in seinem früheren kantonalen Grundbuch die Eintragung nicht für alle Dienstbarkeiten verlangt und hatte auch nicht — wie dies z. B. im Kanton Schwyz unter ähnlichen Verhältnissen geschah — die

Bereinigung seiner Grundbücher in dieser Richtung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes durchgeführt. Somit war der Kanton Solothurn nicht in der Lage, sein bisheriges Grundbuch schlechthin dem eidgenössischen Grundbuch gleichzustellen und dessen Grundbuchwirkungen im vollen Umfang zu garantieren.

Dagegen stand es dem Kanton Solothurn gewiss zu, seinen bisherigen Grundbüchern wenigstens mit Bezug auf Eigentum und Pfandrecht Wirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten zuzuerkennen und damit den Zustand beizubehalten, der schon nach früherem solothurnischen Recht galt. Dies dürfte der Sinn des § 398 des solothurnischen Einführungsgesetzes sein. Wer demnach im Kanton Solothurn in gutem Glauben vom eingetragenen Eigentümer ein dingliches Recht erwirbt, ist wie unter eidgenössischem Grundbuchrecht in seinem Erwerb zu schützen, und wer sich ein Pfandrecht an einem solothurnischen Grundstück bestellen lässt, der kann sich ebenfalls darauf verlassen, dass keine andern vorgehenden Pfandrechte als die im Grundbuch eingetragenen vorhanden sind. Andererseits kann sich weder der Käufer noch der Pfandgläubiger dagegen wehren, dass nachträglich noch Dienstbarkeiten geltend gemacht werden, von denen sie keine Kenntnis hatten, und über die das kantonale Grundbuch zur Zeit des Rechtserwerbs keine Auskunft gab.

b) Genf hat mit dem revidierten Art. 114 seines Einführungsgesetzes versucht, das gleiche Resultat wie Solothurn zu erzielen und bis zur vollständig durchgeführten Bereinigung der dinglichen Rechte wenigstens für das Eigentum und die Grundpfandrechte die volle Grundbuchwirkung des neuen Rechtes, auch diejenige zugunsten des gutgläubigen Dritten, zu garantieren. Zwar besass Genf unter dem früheren Recht kein eigentliches Grundbuch und legte den Eintragungen in seine bisherigen Register keine Grundbuchwirkung zu. Sofern jedoch diese Register zuverlässig und inhaltlich vollständig sind, ist nicht einzusehen, warum nicht auch Genf

wie Solothurn eine derartige Annäherung an die Wirkung des neuen Grundbuchrechtes sollte vollziehen können. Reichel bezeichnet in seinem Kommentar Seite 101 diesen Art. 114 des genferischen Einführungsgesetzes als „ganz unmögliche Bestimmung“ und spricht sein Erstaunen darüber aus, dass der Bundesrat „so etwas genehmigen konnte“. Diese Auffassung kann unseres Erachtens nur darin eine Erklärung finden, dass Reichel in Art. 114 des genferischen Einführungsgesetzes zu Unrecht auch für die Übergangszeit eine volle Gleichstellung mit dem eidgenössischen Grundbuch erblickt und dieser Vorschrift damit einen Sinn beilegt, der ihr nach der Auffassung der genferischen und der Bundesbehörden gar nicht zukommen soll.

c) Bern hat durch den Art. 12 des Gesetzes betreffend die Bereinigung der Grundbücher, vom 27. Juni 1909 (vergl. Einführungsgesetz zum ZGB Art. 170), ebenfalls nach gewissen Richtungen eine positive Grundbuchwirkung eingeführt, unterscheidet sich jedoch von den beiden vorerwähnten Kantonen Solothurn und Genf insofern, als in Bern dem kantonalen Grundbuch — das gegenwärtig in den meisten Bezirken angelegt ist — mit Bezug auf Eigentum, Dienstbarkeiten und Grundlasten die positive Rechtswirkung im Sinne von ZGB Art. 973 zugeschrieben wird. Bezüglich der Grundpfandrechte hingegen wird der Regierungsrat später für die einzelnen Bezirke und Gemeinden den Zeitpunkt bezeichnen, auf den das neue kantonale Grundbuch in Kraft tritt und Publizitätswirkung erlangt.

Es darf daher für den Kanton Bern ebenfalls angenommen werden, dass gegenwärtig, einige Gemeinden und Amtsbezirke ausgenommen, das neue kantonale Grundbuch über Eigentum und Dienstbarkeiten in zuverlässiger Weise Aufschluss gibt, und dass man sich im Verkehr darauf verlassen kann. (Vergl. Bühlmann: Das schweizer. ZGB im Kanton Bern, S. 320.) Was für Genf über das frühere Recht gesagt wurde, gilt auch für Bern:

Diese partielle Grundbuchwirkung war dem altbernischen Recht noch nicht bekannt, sondern ist erst durch die Einführungserlasse zum ZGB geschaffen worden.

Immerhin muss für die Verhältnisse im Kanton Bern darauf hingewiesen werden, dass die im Vorstehenden angenommene positive Grundbuchwirkung des neuen kantonalen Grundbuches mit Bezug auf Eigentum und Dienstbarkeiten nicht unbestritten ist. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat als Aufsichtsbehörde über die Grundbuchführung in seiner Entscheid vom 10. Januar 1913 (Beschwerde des Notars Strasser) einen andern Standpunkt vertreten und angenommen, dass dem neuen kantonalen Grundbuch überhaupt keine positive Grundbuchwirkung zukomme. Die Entscheidung führt folgendes aus:

„In dieser Beziehung fällt vor allem in Betracht, dass der in der Beschwerdeschrift angeführte revidierte Art. 12 des Bereinigungs-Gesetzes für die vorwürfige Frage nicht zutrifft. Wenn dieser Artikel bestimmt, dass im kantonalen Grundbuch nicht eingetragene Rechte gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden können, so bezieht sich diese Wirkung, wie sich aus Absatz 1 des Artikels ergibt, einzig und allein auf jene Rechte, die Gegenstand des Bereinigungsverfahrens gebildet haben. Dagegen besteht eine solche Wirkung hinsichtlich der im Tagebuch eingetragenen Rechte nicht. Das EG zum ZGB hat in dieser Beziehung eine andere Ordnung nicht getroffen, vielmehr in Art. 168 ausdrücklich bloss die sogenannte negative Grundbuchwirkung eingeführt (vergl. auch Art. 48 ST ZGB). Demgemäss bestehen die seit dem 1. Oktober 1909 — dem Zeitpunkt der Einführung des Tagebuches — begründeten dinglichen Rechte Dritten gegenüber zu Recht, selbst wenn sie im neuen kantonalen Grundbuch nicht eingetragen sind.“

d) St. Gallen besass für die Stadt schon unter dem früheren Rechte eine Art Grundbuch; jedoch wurde den Eintragungen nur in sehr bescheidenem Umfang Grundbuchwirkung beigelegt. Immerhin hat § 229 des Ein-



führungsgesetzes auch für die Zukunft und bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches den Registern der Stadt St. Gallen die frühere, beschränkte Grundbuchwirkung belassen, während für die übrigen Gemeinden des Kantons Art. 48 SchlT ZGB Regel macht.

Aus diesen vier Beispielen mag hervorgehen, dass man in der Übergangszeit nicht bloss mit der im Schlusstitel erwähnten Alternative — volle Grundbuchwirkung nach ZGB und Schlusstitel Art. 46, beschränkte Grundbuchwirkung nach Art. 48 SchlT — zu rechnen hat, sondern dass den kantonalen sachenrechtlichen Publizitätseinrichtungen je nach der Ordnung in den Einführungserlassen Wirkungen zukommen können, die über Art. 48 SchlT hinausgehen, ohne jedoch die Intensität der im ZGB enthaltenen Grundbuchwirkung zu erreichen. Es scheint uns dabei nicht erforderlich zu sein, diese Möglichkeit, mit Reichel Kommentar zu Art. 48, Note 3 i. f., auf die Fälle zu beschränken, wo bereits das frühere kantonale Recht diese Wirkungen kannte (Solothurn, Stadt St. Gallen), sondern man wird annehmen dürfen, dass es den Kantonen auch zustand, diese besonderen Wirkungen, wie zum Beispiel in Genf und Bern, erst in ihren Einführungsgesetzen einzuführen.

## B.

Im zweiten Teil unserer Ausführungen soll der Einfluss dargelegt werden, den der Mangel eines Grundbuchs speziell auf die Gestaltung der Grundpfandverhältnisse ausübt. Hiebei werden sich unsere Untersuchungen auf diejenigen Kantone beschränken, die einstweilen eine Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten im Gebiete des Grundpfandrechtes nicht kennen, für die vielmehr der Rechtszustand im Sinne von Art. 48 SchlT besteht. Es betrifft dies, wie schon einleitend erwähnt, die grosse Mehrzahl der Kantone. In dieser Beziehung sind hauptsächlich 5 praktisch bedeutsame Fragen grundsätzlicher Natur aufgeworfen worden:

1. Können trotz der fehlenden Grundbucheinrichtungen alle 3 dem ZGB bekannten Arten von Grundpfandrechten errichtet werden? Diese Frage ist im Anfang des Jahres 1912 in verschiedenen Kantonen von den Aufsichtsbehörden über die Grundbuchführung in dem Sinne beantwortet worden, dass bis zur Einführung des Grundbuches nur Grundpfandverschreibungen zulässig seien. So hat zum Beispiel der Regierungsrat des Kantons Graubünden am 5. Januar 1912 eine Weisung erlassen, wonach vor der Anlegung des Grundbuches keine Schuldbriefe und Gülden ausgegeben werden sollten. Ähnliche Auffassungen scheinen auch in andern Kantonen ursprünglich vorgeherrscht zu haben. So sind gegenüber dem eidgenössischen Grundbuchamt Zweifel über die Möglichkeit sofortiger Begründung dieser Pfandrechtsarten aus den Kantonen Tessin, Wallis und Genf geäußert worden.

Diese Zweifel waren nicht begründet; die Errichtung von Schuldbriefen und Gülden ist an und für sich nicht durch das Bestehen voll-wirksamer Grundbucheinrichtungen bedingt. Zwar hat sich das ZGB über diese Frage nur insofern ausgesprochen, als in Art. 23, Abs. 1, SchlT die Begründung anderer als der im ZGB anerkannten Arten von Grundpfandrechten ausgeschlossen wird. Daraus lässt sich, insbesondere auch in Verbindung mit dem in Art. 47 SchlT postulierten sofortigen Inkrafttreten des materiellen Rechtes, immerhin die Folgerung ableiten, dass jedenfalls die Begründung sämtlicher Grundpfandarten dem Gesetze nicht widerspricht.

Wenn nun gegen die Errichtung von Schuldbriefen und Gülden vor Einführung des Grundbuches eingewendet worden ist, dass diese Grundpfandrechte nicht die gleiche Sicherheit wie die auf Grund des eigentlichen Grundbuches ausgestellten Titel bieten können, und auch nicht das gleiche Zutrauen im Verkehr verdienen, so ist diese Behauptung zwar zutreffend, aber nicht ausschlaggebend. Denn mit gleichem Rechte könnte man, gestützt auf diese

Erwägung, auch die Begründung von Grundpfandverschreibungen vor Einführung des Grundbuches ausschliessen. Auch der Erwerber einer Forderung, die durch Grundpfandverschreibung sichergestellt ist, hat prinzipiell das nämliche Interesse wie ein Schuldbrief- und Gültgläubiger am Vorhandensein der vollen Grundbuchwirkung. Soweit das Pfandrecht in Frage kommt, ist er ja nach ZGB Art. 973 in gleicher Weise geschützt, wie der Gläubiger einer Schuldbrief- oder Gültforderung nach Art. 865 ZGB. Trotzdem hat man nirgends aus der fehlenden Grundbuchwirkung die Folgerung gezogen, dass bis zur Einführung des Grundbuches auch keine Grundpfandverschreibungen errichtet werden dürfen.

Die Praxis geht nun übrigens in allen Kantonen dahin, dass alle drei Grundpfandarten des ZGB begründet werden können (ebenso Leemann, Juristenzeitung, Band VIII, Seite 237, Reichel, Kommentar zu Art. 47 SchlT), und besonders Schuldbriefe werden in allen Kantonen ganz unabhängig vom Stand der Grundbuchanlage ausgegeben.

2. In welcher Form sind die Pfandtitel für Schuldbrief und Gült auszustellen? Für diese Pfandarten hat der Bundesrat, in Ausführung des Art. 858 ZGB, einheitliche Formulare aufgestellt. Aus Art. 23, Abs. 2, SchlT, wonach für die Errichtung von neuen Grundpfandrechten bis zur Einführung des Grundbuches die bisherigen kantonrechtlichen Formen in Kraft bleiben, hat jedoch Reichel (Kommentar zu Art. 23, Note 2) den Schluss gezogen, dass diese neuen Pfandtitelformulare nicht zur Anwendung gelangen dürfen, sondern dass die kantonalen Beamten bei Ausstellung der Pfandtitel die bisherigen Formen dem neuen Rechte anzupassen haben. Zur Begründung dieser Auffassung wird wiederum auf den engen Zusammenhang zwischen Grundbuch und Pfandtitel hingewiesen. Allein ganz abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten dieser Lösung in den Kantonen, die bisher weder Schuldbriefe noch Gülten kannten, kann Art. 23, Abs. 2, SchlT, nicht den von Reichel angegebenen

Sinn haben. Art. 23, Abs. 2, bezieht sich, wie übrigens schon aus dessen Wortlaut klar hervorgeht, auf die für die Errichtung und Begründung des Pfandrechtes erforderlichen Formen. Nun werden unter der Herrschaft des eidgenössischen Grundbuchrechtes Schuldbriefe und Gülden durch die Eintragung des Pfandrechtes im Grundbuch errichtet, und dieser Eintragung kommt, wie in Art. 856, Abs. 2, ZGB noch ausdrücklich hervorgehoben ist, schon vor Ausstellung des Pfandtitels Schuldbrief- und Gültwirkung zu. Eigentlicher Errichtungsakt ist somit diese Eintragung im Grundbuch, und an dessen Stelle treten bis zur Einführung des Grundbuches nach Art. 23, Abs. 2, SchlT, die kantonale rechtlichen Formen. Dagegen verbietet diese Bestimmung keineswegs die Verwendung der neuen einheitlichen Pfandtitelformulare (ebenso Leemann, Juristenzeitung, Band VIII, Seite 238). Auf Grund dieser Überlegung haben dann auch die kantonalen und eidgenössischen Grundbuchbehörden ohne weiteres überall die Verwendung dieser einheitlichen Schuldbrief- und Gülttitel angeordnet.

Allerdings kann für die Art und Weise der Ausstellung der Pfandtitel der Umstand von Bedeutung sein, dass das Grundbuch in einem Kanton noch nicht angelegt ist, und dass die dinglichen Rechte noch nicht bereinigt sind. In den meisten Kantonen ohne Grundbuch kann den Vorschriften der Grundbuchverordnung über die Ausstellung der Pfandtitel deshalb nicht in vollem Umfang nachgelebt werden, weil die Dienstbarkeiten, die auf dem verpfändeten Grundstück lasten, aus den kantonalen Registern nicht, oder nicht vollständig, ersichtlich sind. In einzelnen Kantonen ist es ferner nur mit grösster Mühe, und gelegentlich überhaupt nicht möglich, die vorgehenden Pfandrechte einigermaßen zuverlässig festzustellen und in die Pfandtitel aufzunehmen.

Die Regel, dass bei Ausstellung von Schuldbrief und Gült die neuen einheitlichen Formulare zu verwenden seien, kann sodann aus bestimmten Gründen Ausnahmen

erleiden. Es muss als zweckmässig bezeichnet werden, wenn bei Kraftloserklärung vermisster und bei Neuaustellung schadhafter oder unübersichtlicher Pfandtitel des früheren Rechtes wiederum die früheren Formulare an Stelle der neuen verwendet werden. Ebenso wird die Anwendung der früheren kantonalen Titelformen da als zulässig angesehen werden müssen, wo — wie dies in Kantonen mit Gültrecht häufig vorkommt — ein bestehender Gülttitel geteilt, „transfixiert“ wird, und hiebei für den abgetrennten Betrag die Ausstellung eines besonderen Titels notwendig wird. In diesen und ähnlichen Fällen würde durch die Anwendung der neuen einheitlichen Formulare nur Verwirrung geschaffen, weshalb sie besser unterbleibt.

3. Nach welchem Rechte bestimmt sich der Rang der nach dem 1. Januar 1912 errichteten Pfandrechte? Es ist die Ansicht vertreten worden, dass diese Rangbestimmung noch bis zur Einführung des Grundbuches nach dem früheren kantonalen Rechte stattzufinden habe, da Art. 29 SchlT dies ganz allgemein und ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Pfandrechtserrichtung vorschreibe (Reichel, Kommentar zu Art. 29 SchlT). Diese Auslegung des Gesetzes ist zweifellos unzutreffend. Vor allem ist nicht einzusehen, warum in einem Kanton, der vielleicht erst in 10 oder 20 Jahren zur Einführung des Grundbuches gelangt, das Rangverhältnis der Grundpfandgläubiger stets noch nach dem frühern kantonalen Rechte beurteilt werden soll. Sodann aber wird hiebei vollständig übersehen, dass sich Art. 29 SchlT überhaupt nur auf die vor dem 1. Januar 1912 begründeten Pfandrechte beziehen kann, weil für die später errichteten, von denen hier die Rede ist, bereits durch SchlT Art. 48 eine unseres Erachtens zutreffendere und praktischere Ordnung getroffen worden ist. Nach SchlT Art. 48 bezeichnen die Kantone die Formen, denen vor Einführung des Grundbuches in Bezug auf Entstehung, Übertragung, Umänderung und Untergang der dinglichen

Rechte Grundbuchwirkung zukommt. Nun erhalten aber die dinglichen Rechte, und unter Vorbehalt der festen Pfandstelle (vergl. unten sub Ziff. 4) auch die Pfandrechte ihren Rang mit dem Entstehungsakt (Art. 972 ZGB). Wenn deshalb für die Entstehung des Pfandrechtes — trotz des fehlenden Grundbuches — das neue Grundbuchrecht in allen Kantonen, die dem Art. 48 in ihren Einführungsgesetzen Rechnung getragen haben, anzuwenden ist, so muss dieses neue Grundbuchrecht unbedingt auch für die Festsetzung des Ranges dieser Pfandrechte gelten. Der Art. 29 SchlT kann sich daher, wie übrigens auch die Art. 22, 24—28, und wie noch zu zeigen sein wird, Art. 30 SchlT, nur auf die vor dem 1. Januar 1912, unter früherem Recht begründeten Pfandrechte, beziehen.

4. Ist das System der festen Pfandstelle sofort auf alle nach dem 1. Januar 1912 begründeten Pfandrechte anzuwenden? Gemäss Art. 813 ZGB ist die pfandrechtliche Sicherung auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung des Pfandrechtes im Grundbuch angegeben wird. Diese Auffassung des neuen Rechtes zieht zwei Folgen nach sich: Einerseits hat der Pfandgläubiger nur Anspruch auf den ideellen Teil des Bodenwertes, der durch Rang und Pfandsumme abgegrenzt wird; andererseits steht es dem Eigentümer ohne weiteres zu, an der infolge Tilgung des vorgehenden Pfandrechtes freigewordenen Pfandstelle wieder ein anderes Pfandrecht im gleichen Rang zu errichten (Art. 814). Beide Rechtssätze sind rein materiellrechtlicher Natur und umschreiben den Inhalt des Grundpfandrechtes. Da nach Art. 17, Abs. 2, SchlT, der Inhalt der dinglichen Rechte, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung, grundsätzlich nach dem neuen Recht beurteilt werden muss, so würde an und für sich dieses Prinzip der festen Pfandstelle auf alle bestehenden Grundpfandrechte Anwendung zu finden haben. Dadurch würden aber in manchem Kanton die Grundpfandgläubiger, die ihre Rechte unter dem bisherigen Recht erworben haben, erheblich

beeinträchtigt; die Grundeigentümer hingegen erhielten ein Recht zur Wiederverwertung einer Pfandstelle, das ihnen bisher nicht zukam. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich vollkommen, zugunsten dieser Gläubiger, die noch unter kantonalem, für sie günstigerem Recht, ihre Grundpfandrechte erworben haben, eine Ausnahme von der sofortigen Anwendung der festen Pfandstelle zu statuieren. Diese Vergünstigung besteht darin, dass den bei Inkrafttreten des neuen Rechtes bereits vorhandenen Grundpfandgläubigern in Art. 30 SchlT eine Frist zur Anpassung an das neue Recht eingeräumt wird. Diese Frist erstreckt sich bis zum 1. Januar 1917, oder bei früherer Einführung des Grundbuches bis zu diesem Zeitpunkt. Die Abgrenzung dieser Frist hat zu Missverständnissen und unrichtiger Auslegung des Art. 30 SchlT Anlass gegeben.

Da Art. 30 SchlT als Endtermin für die Schonzeit der Gläubiger neben dem 1. Januar 1917 auch die Einführung des Grundbuches nennt, hat man an vielen Orten den Schluss gezogen, dass das Grundbuch für die Durchführung des Prinzips der festen Pfandstelle eine notwendige und unerlässliche Voraussetzung sei, und dass daher auch die neu zu errichtenden Pfandrechte einstweilen nicht auf die feste Pfandstelle beschränkt seien. Diese häufig vertretene Ansicht liegt zum Beispiel einer Verordnung des zürcherischen Obergerichtes zugrunde, und auch Reichel bekennt sich in seinem Kommentar zu dieser Auffassung.

In den §§ 14, Abs. 2, und 23, Abs. 2, der Verordnung des zürcherischen Obergerichtes über die Geschäfte der Notariate und Grundbuchämter, vom 18. November 1911, wird unter Berufung auf Art. 30 SchlT vorgeschrieben, dass die Grundbuchverwalter des Kantons Zürich bis zum 1. Januar 1917 von der Eintragung des sogenannten vorbehaltenen Vorganges und der leeren Pfandstelle Umgang zu nehmen haben.

Reichel führt in Note 1 zu Art. 30 SchlT aus, dass

das System der festen Pfandstelle mit der Einführung des Grundbuches, spätestens aber mit dem 1. Januar 1917 zur Anwendung gelange, und dass die Bestimmung des Art. 30 SchlT alle Pfandrechte, die neuerrichteten sowohl als die vor Inkrafttreten des Gesetzes errichteten, umfasse. Zur Begründung wird bloss angeführt, dass mit Beziehung auf das Nachrücken nicht zweierlei Recht bestehen könne, und die Festsetzung des Endtermins auf den 1. Januar 1917, für die Kantone ohne vorherige Einführung des Grundbuches, wird mit der diplomatischen Wendung erklärt, dass „die feste Pfandstelle nicht durchaus von der Einführung des Grundbuches abhängig ist“.

Unseres Erachtens sind diese Auffassungen nicht zutreffend; denn die Anwendung des Prinzips der festen Pfandstelle ist überhaupt vom Grundbuch und dessen Einrichtung ganz unabhängig. Das ergibt sich nicht bloss aus der fünfjährigen Frist des Art. 30, sondern auch aus dem Umstand, dass diese feste Pfandstelle aus den Gültkantonen, und nicht aus den Kantonen mit Grundbuchrecht, stammt. Wie die Kantone mit Gültrecht, mit Ausnahme von Schwyz, bisher ohne Grundbuch das System der festen Pfandstelle zur vollen Zufriedenheit anwenden konnten, wird dies auch in den andern Kantonen ohne Grundbuch vom 1. Januar 1912 an möglich sein. Dass Art. 30 SchlT als Endtermin der Übergangsfrist neben dem 1. Januar 1917 auch die vorherige Einführung des Grundbuches erwähnt, erklärt sich aus der Pflicht der Kantone, vor der Einführung des Grundbuches, soweit erforderlich, eine Bereinigung der bestehenden dinglichen Rechte vorzunehmen (SchlT Art. 43 und 44). Bei dieser Gelegenheit können dann mit Leichtigkeit die früheren Pfandrechte dem Prinzip der festen Pfandstelle angepasst und die erforderlichen Vormerkungen über das Recht zum Nachrücken aufgenommen werden.

Als Hauptargument für die Beschränkung des Art. 30 SchlT auf die unter dem kantonalen Recht entstandenen Pfandrechte darf geltend gemacht werden, dass diese



Auslegung für die Praxis die einfacheren und gerechteren Verhältnisse schafft. Bei der hier gegebenen Auslegung findet ein ganz allmählicher, natürlicher Übergang von der bisherigen gemeinrechtlichen Wirkung des Pfandrechtes zu der festen Pfandstelle statt. Während der fünfjährigen Frist vermindern sich nach und nach die altrechtlichen Pfandrechte oder passen sich dem neuen Rechte an. Dagegen entstehen keine neuen Pfandrechte mehr, die während einigen Jahren teils unter neuem, teils unter früherem Rechte stehen und die plötzlich und willkürlich mit dem 1. Januar 1917, ohne schonende Übergangszeit, in Grundpfandrechte des neuen Rechtes verwandelt werden. Dieser missliche Zustand, den die der zürcherischen Verordnung zugrunde liegende und von Reichel vertretene Ansicht zur Folge hätte, wird hier vermieden. Der von Reichel angeführte Umstand, dass bei unserer Auffassung während einigen Jahren mit Bezug auf das Nachrücken zweierlei Recht gelte, spielt praktisch gar keine Rolle, da nach ZGB überhaupt, und nicht nur in der Übergangszeit, stets Pfandrechte mit Nachrückungsrecht und solche ohne Nachrückungsrecht miteinander konkurrieren werden.

Es ist daher auch vom Standpunkt des Verkehrs aus wünschenswert, dass für alle seit 1. Januar 1912 begründeten Pfandrechte mit Bezug auf die Pfandstelle ausschliesslich das neue Recht zur Anwendung gelangt.

5. Welche Rechtsstellung nimmt der gutgläubige Erwerber eines vor Einführung des eidgenössischen oder eines gleichwertigen kantonalen Grundbuches ausgegebenen Pfandtitels (Schuldbrief oder Gült) ein? Diese Frage ist trotz ihrer grossen praktischen Bedeutung unseres Wissens bisher kaum berührt worden, und doch muss gerade für die Rechtsstellung dieser gutgläubigen Pfandtitelerwerber das Fehlen grundbuchlicher Einrichtungen und der Mangel der positiven Grundbuchwirkung von besonderer Tragweite sein.

Zwischen Grundbuch und Pfandtitel besteht nun allerdings in dieser Richtung, gemäss ZGB Art. 865—867, der engste Zusammenhang. Nach der einen Bestimmung kann sich jedermann, insbesondere der Erwerber der Schuldbrief- oder Gültforderung, auf das Grundbuch, nach der andern Bestimmung ebensogut auf den das Grundbuch repräsentierenden Pfandtitel verlassen, und nach der dritten Bestimmung besteht eine Schadenersatzpflicht des Kantons für die fehlende Übereinstimmung. Dazu kommt, dass Art. 872 ZGB die Einreden des Schuldners gegenüber dem Pfandtitelgläubiger auf die rein persönlichen, sowie auf die aus dem Grundbucheintrag oder aus der Urkunde abgeleiteten Einreden beschränkt. Das sind doch zum grössten Teil Wirkungen, die auf Art. 973 ZGB und auf die Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten zurückgehen; diese Wirkung fehlt aber gemäss SchlT Art. 48, Abs. 3, für die hier besprochenen Verhältnisse. Welchen Einfluss vermag nun dieser Umstand auf die Stellung des gutgläubigen Titelerwerbers auszuüben?

a) Die einfachste Lösung bei der Beantwortung dieser Frage geht dahin, dass die Art. 865—867, sowie Art. 872 ZGB überhaupt erst mit der Einführung des Grundbuches wirksam werden können, und dass infolgedessen den Schuldbriefen und Gülten bis zu diesem Zeitpunkt der Wertpapiercharakter und die Wirkung zugunsten gutgläubiger Erwerber vollständig fehlt. Allein diese Lösung schießt ohne Not über das Ziel hinaus und kann schon deshalb nicht zutreffend sein, weil viele kantonale Rechte ohne grundbuchliche Einrichtungen einen weitergehenden Schutz der Schuldbrief- oder Gültgläubiger kannten. So sei auf § 390 des zürcherischen Privatrechtes verwiesen, der bestimmte:

„Im übrigen hat, wer einen Schuldbrief in gutem Glauben empfangen und erworben hat, dem Schuldner gegenüber auch dann ein Recht auf volle Anerkennung seines urkundlichen Inhalts, wenn dem Veräusserer

Einreden, die sich nicht auf die Urkunde stützen, entgegengestanden wären. Insbesondere kann sich der Schuldner gegenüber einem gutgläubigen dritten Erwerber des Schuldbriefes nicht darauf berufen, dass das Geld, wofür das Pfandrecht gefertigt worden, nicht bezahlt, oder dass die Schuld eine bloss simulierte oder dass dieselbe ganz oder teilweise abbezahlt sei.”

In ähnlicher Weise verfügt Art. 7, Abs. 3, des luzerischen Gesetzes über die Einzinserei, von 1859:

Wenn bei der Abzahlung einer Gült der Zahler das Instrument nicht zurückverlange und dieses alsdann der Gläubiger unter Verheimlichung der erhaltenen Zahlung veräussere, sei die Urkunde in den Händen des neuen Gläubigers als vollgültig zu betrachten, und der Schuldner habe für die geleisteten Zahlungen nur eine persönliche Ansprache an den früheren, übrigens wegen Betrugs zu verfolgenden Gläubiger.

b) Ebenso einfach wäre die gegenteilige Auffassung, dass das Fehlen des Grundbuches überhaupt ohne Einfluss auf die Wirkung des Schuldbriefes und der Gült zugunsten des gutgläubigen Erwerbers sei, und dass gemäss Art. 866 ZGB diese Wirkung im vollen Umfang vom 1. Januar 1912 an für alle Schuldbriefe und Gülten bestehen solle. Diese Lösung geht in umgekehrter Richtung zu weit und übersieht den Zusammenhang zwischen Grundbuch und Pfandtitel.

c) Allein zutreffend erscheint eine Auffassung, die sowohl den Umstand der fehlenden Grundbuchwirkung als die Eigenschaft des Schuldbriefes und der Gült als Wertpapier würdigt und miteinander in Einklang bringt. Dies geschieht dadurch, dass man in Anwendung der Grundsätze des Wertpapierrechtes den gutgläubigen Erwerber eines Schuldbriefes oder einer Gült in seinem Erwerb schützt, soweit

dadurch nicht ältere dingliche Rechte an dem verpfändeten Grundstück verletzt werden.

Zur Begründung dieser Lösung kann auf die grundbuchlichen Übergangsbestimmungen im Schlusstitel abgestellt werden.

Art. 48, Abs. 3, SchlT, wodurch die Anwendung des Art. 973 ZGB einstweilen verschoben wird, verfolgt den Zweck, eine aus dem früheren Rechte dinglich berechnigte Person vor dem Verlust dieser Rechte infolge der positiven Grundbuchwirkung zu schützen. Dieser Zweck darf auch durch die Ausgabe von Pfandtiteln mit Wertpapiercharakter nicht vereitelt werden. Vor diesen früher entstandenen dinglichen Rechten (Dienstbarkeiten, vorgehenden Pfandrechten und dergl.) muss auch der gutgläubige Erwerber eines Schuldbriefes oder einer Gült zurücktreten und kann sich ihnen gegenüber nicht auf seinen guten Glauben beim Erwerb des Titels stützen. Insofern wird allerdings Art. 866 ZGB, wonach der formrichtig als Schuldbrief oder Gült erstellte Pfandtitel seinem Wortlaut gemäss für jedermann zu Recht besteht, der sich in gutem Glauben auf die Urkunde verlassen hat, modifiziert und auf folgenden Inhalt eingeschränkt:

Der gutgläubige Titelerwerber erlangt zwar die persönliche Forderung, auch wenn sie in der Person des früheren Gläubigers nicht entstanden, mit Mängeln behaftet oder bereits untergegangen war. Ferner stehen diesem Titelerwerber auch die mit der Hauptforderung verbundenen Nebenrechte obligationenrechtlicher Natur zu, wie Zinsenansprüche und im Schuldbrief erwähnte Bürgschaftsverpflichtungen. Ebenso braucht sich der gutgläubige Erwerber des Pfandtitels bezüglich der Forderung und der genannten Nebenrechte nur solche Einreden gefallen zu lassen, die unter die Bestimmung des Art. 872 fallen, d. h. entweder aus der Urkunde ersichtlich sind oder ihm persönlich entgegenstehen. Nach allen diesen Richtungen nimmt der Schuldbrief- und Gültgläubiger die gleiche Stellung ein, wie ein beliebiger Wertpapiergläubiger.

Dagegen fehlt dem gutgläubigen Erwerber des Pfandtitels nach eidgenössischem Recht jede Möglichkeit, für das dingliche Recht, das Pfandrecht, den Art. 866 ZGB und seinen guten Glauben anzurufen. Wenn die Eintragungen in die kantonalen Publizitätseinrichtungen, die in der Zwischenzeit an die Stelle des Grundbuches getreten sind, auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht als vollständig und nicht als wahr gelten können (SchlT Art. 48, Abs. 3), so werden diese Eintragungen jedenfalls auch dadurch nicht unanfechtbar, dass sie von den kantonalen Registern in die Pfandtitel übertragen werden. Schuldbrief und Gült werden ja vom ZGB nur als Repräsentanten der Grundbucheinträge, unter den vorliegenden Verhältnissen also der Eintragungen in die entsprechenden kantonalen Register, aufgefasst, und im Verhältnis zwischen beiden Einrichtungen geht nach Art. 867 ZGB das Grundbuch, beziehungsweise das kantonale Register, dem Wortlaut des Pfandtitels vor. Hieraus folgt unseres Erachtens mit Notwendigkeit, dass der gutgläubige Pfandtitelerwerber sein Pfandrecht nicht ohne weiteres in dem Umfang, mit dem Inhalt und mit dem Rang beanspruchen kann, der aus dem Pfandtitel ersichtlich ist, und dass er sich in allen diesen Beziehungen auf den Pfandtitel gerade sowenig verlassen kann, wie auf die kantonale sachenrechtliche Publizitätsform. Ältere dingliche Rechte am Grundstück bleiben unverändert bestehen, sind als wohlerworbene Rechte bis zur Einführung des Grundbuches garantiert (Art. 43 und 44 SchlT), und vermögen daher unter allen Umständen auch das Schuldbrief- oder Gültpfandrecht zu beeinträchtigen oder gegebenenfalls ganz zu beseitigen.

Darnach lässt sich zum Beispiel die Rechtsstellung des Schuldbriefgläubigers in diesen Kantonen ohne Grundbucheinrichtung zutreffend mit derjenigen eines Wechsel- oder anderen Wertpapiergläubigers vergleichen, zu deren Gunsten eine Grundpfandverschreibung errichtet worden ist. In beiden Fällen müssen für die persönlichen Forderungsansprüche die Regeln des Wertpapierrechtes heran-

gezogen werden, während für die pfandrechtliche Sicherung Schlusstitel Art. 48, Abs. 3, die Publizitätswirkung des Grundbuches ausschliesst und die Stellung dieser Gläubiger in gleicher Weise modifiziert.

d) Die im vorstehenden unter litt. c angegebene Lösung kann nun aber unseres Erachtens in einzelnen Kantonen noch eine Ergänzung zugunsten des gutgläubigen Titelerwerbers erfahren. Wenn auf Grund von Art. 48, Abs. 3, SchlT ausgeführt wurde, dass ältere dingliche Rechte auch dem gutgläubigen Pfandtitelerwerber, der davon keine Kenntnis hat noch haben muss, vorgehen und dessen Recht aus Schuldbrief oder Gült unter Umständen beeinträchtigen, so gilt dies doch wohl nur, sofern nicht etwa nach kantonalem Recht eine andere Ordnung Platz greift.

Wie im ersten Teil unserer Untersuchung angenommen wurde, dass die kantonalen Rechte trotz Art. 48, Abs. 3, SchlT, eine positive Grundbuchwirkung für einzelne Kategorien dinglicher Rechte gewähren können, so darf auch behauptet werden, dass die Kantone der Ausstellung von Schuldbriefen und Gülten eine derartige, über das eidgenössische Recht hinausgehende Wirkung zugunsten des gutgläubigen Titelerwerbers zuschreiben können. Ausdrücklich scheint dies in den kantonalen Einführungsgesetzen allerdings nicht geschehen zu sein. Doch dürfte es den Absichten der kantonalen Gesetzgeber und der Billigkeit entsprechen, wenn dennoch die Fortdauer der dem bisherigen kantonalen Rechte eigentümlichen Wirkung in dieser Beziehung auch für die unter dem neuen Rechte, vor Einführung des Grundbuches ausgestellten Pfandtitel angenommen wird. Wo deshalb ein Schuldbrief- oder Gültenerwerber nach früherem kantonalem Recht nicht bloss in seiner persönlichen Forderung, sondern auch in seinem dinglichen Recht einen besonderen Schutz erhielt, und wo andere dingliche Rechte ihm gegenüber nicht bestehen konnten, ist diese Folge gewiss auch für die unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuches in der Übergangszeit

errichteten Pfandtitel zu gewähren. Inwieweit dies für die einzelnen kantonalen Rechte zutrifft, kann hier nicht untersucht werden. Es mag genügen, überhaupt auf diese Analogie zwischen der positiven Grundbuchwirkung kantonalen Publizitätseinrichtungen und der Wirkung der Ausstellung von Pfandtiteln zugunsten gutgläubiger Titelerwerber hingewiesen zu haben.

\*            \*            \*

Überblickt man die verschiedenen Fragen, die im vorstehenden erörtert wurden, und gibt man sich zusammenfassend Rechenschaft über die Ergebnisse, so scheinen drei Feststellungen erlaubt zu sein:

*I. Die Anwendung des neuen Sachenrechtes ist zwar vor Einführung grundbuchlicher Einrichtungen in den Kantonen in befriedigender Weise möglich; jedoch fehlt, wenigstens in der Mehrzahl dieser Kantone, für alle Arten dinglicher Rechte die im Immobilienverkehr äusserst wichtige Zuverlässigkeit der kantonalen Register mit Bezug auf Wahrheit und Vollständigkeit der vorhandenen Eintragungen.*

*II. Im Gebiete des Grundpfandrechtes macht sich das Fehlen grundbuchlicher Einrichtungen, im Gegensatz zu verbreiteten Ansichten, zwar nur in einem einzigen Punkt, hier aber sehr unangenehm fühlbar: Der gutgläubige Erwerber pfandgesicherter Forderungen, vor allem von Schuldbriefen und Gülten aus diesen Kantonen, wird nach Bundesrecht in seinem Erwerb nur insoweit geschützt, als dadurch nicht ältere dingliche Rechte an dem verpfändeten Grundstück verletzt werden.*

*III. Aus diesen Gründen dürften in manchen Kantonen mit Vorteil die Vorbereitungen für die Einführung grundbuchlicher Einrichtungen in vermehrtem Masse und in rascherer Art und Weise getroffen werden.*