

Klägerin nicht geändert habe, ist es nicht getan ; denn wenn darnach auch der Beweggrund für die Schlechterstellung der Klägerin nicht sichtbar ist, kann ein solcher dennoch vorhanden und wirksam gewesen sein.

Somit muss es hier bei der gesetzlichen Vermutung der Aufhebung der früheren Verfügung durch die spätere sein Bewenden haben, was die Abweisung der auf die frühere Verfügung gestützten Klage zur Folge hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 1923 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS REELS

47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. September 1923 i. S. Manhart gegen Mullis.

R ü c k k a u f s r e c h t. Die Verwirkungsfrist des Art. 683 Abs. 2 ZGB findet auch Anwendung auf altrechtliche Rückkaufsrechte, insbesondere Zugrechte, die nach altem kantonalem Rechte länger dauerten. Art. 683 Abs. 2 ist eine um der öffentlichen Ordnung willen erlassene Bestimmung im Sinne von Art. 2 SchlT.

A. — Durch Kaufvertrag vom 23./26. Januar 1907 erwarb der Kläger Mullis vom Beklagten Manhart dessen Wiese Oberberg in Flums-Grossberg, nebst Scheune, Wiesenhäuschen, Waldboden und einem auf der Liegenschaft im Bau befindlichen Kurhaus. Der Kaufpreis betrug 66,000 Fr. Laut Ziffer 2 der Kaufbedingungen trat der Käufer in den vom Verkäufer mit Zimmermeister Beeler abgeschlossenen Bauvertrag ein ;

die Zahlung der Akkordsumme für die Fertigstellung des Baues und die Lieferung des allfällig noch nötigen Holzes blieben jedoch Sache des Verkäufers. Ferner räumte der Käufer dem Verkäufer ein dingliches Zugrecht ein, wie es das st. gallische Gesetz betreffend Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten und Zugrecht vom 22. August 1850 kennt : danach waren der Beklagte und seine leiblichen Nachkommen berechtigt, das Kaufsobjekt « mit den von Beeler gemäss Vertrag zu erstellenden Mobilien nach Umfluss von 20 Jahren » zum nämlichen Kaufpreis zurückzukaufen, wobei der Kläger für allfällige « Weiterbauten » nichts berechnen, das für solche Bauten erforderliche Holz aber vom Kaufsobjekt nehmen und das von ihm selber angeschaffte Mobilien behalten durfte.

Wegen Verzögerung und Mangelhaftigkeit in der Ausführung des Baues musste der Beklagte dem Kläger laut Vergleich vom 31. Dezember 1910 den Betrag von 5562 Fr. vergüten.

Am 26. März 1921 brannte das Kurhaus nieder. Der Kläger erhielt eine Gebäudeversicherungsentschädigung von 150,948 Fr. (98,900 Fr. + 52,048 Fr. Zusatzversicherung), und von der Mobilienversicherungsgesellschaft eine Entschädigung von 88,130 Fr. (einschliesslich 9000 Fr. für Effekten Fremder).

B. — Mit der vorliegenden, im März 1922 (also 5 Jahre vor Ablauf der 20-jährigen Frist) erhobenen Klage verlangt nun der Kläger Feststellung, dass das zu Gunsten des Beklagten begründete Rückkaufsrecht nicht mehr bestehe, sowohl weil die Verwirkungsfrist des Art. 683 Abs. 2 ZGB (10 Jahre seit erfolgter Vormerkung im Grundbuche) abgelaufen, als auch weil die Erfüllung infolge des Brandes unmöglich geworden sei. Eventuell fordert der Kläger gerichtliche Feststellung, dass im Falle des Wiederaufbaues des Kurhauses der Beklagte bei Geltendmachung des Rückkaufsrechts den Mehrbetrag der Baukosten über die Gebäudeassuranzsumme von

98,900 Fr., nebst 6 % Zins, sowie eine jährliche Entschädigung von 10,000 Fr. für die Dauer der Ausserbetriebsetzung an ihn zu zahlen habe, und weiter dass bei Nichtwiederaufbau der Beklagte bei Ausübung des Rückkaufsrechtes nur Anspruch auf jene Assekuranzsumme, abzüglich einer jährlichen Amortisationssumme von 10,000 Fr. vom 1. April 1921 an, habe.

C. — Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage und widerklageweise Feststellung, dass das Rückkaufsrecht zu Recht bestehe und der Kläger verpflichtet sei, ihm nicht nur das Kaufobjekt im Jahr 1927 zurückzugeben, sondern auch den allfälligen Unterschied zwischen dem dannzumaligen Wert und demjenigen Wert zu ersetzen, den das Kurhaus bei Fortbestehen des zur Zeit des Brandes vorhandenen Zustandes beim Rückkauf gehabt hätte. Ferner habe der Widerbeklagte Sicherheit zu leisten für die Herausgabe der Gebäudeversicherungsentschädigung von 150,948 Fr. zur Zeit des Rückkaufs, abzüglich daraus bezahlter Hypotheken, sowie aus der ihm ausbezahlten Mobiliarversicherungssumme für die im Rückkaufsrecht inbegriffenen Mobilien den Betrag von 2870 Fr. sicherzustellen.

D. — Das Kantonsgericht St. Gallen hat in seinem Urteil vom 5. Juni 1923 die Verwirkung des Zugrechts wegen Fristablaufs abgelehnt, weil es sich bei der Bestimmung von Art. 683 Abs. 2 ZGB um einen Erlösungsgrund handle, und ein solcher sich nach altem Recht beurteile, sodass selbst zeitlich unbeschränkte Zugrechte unter neuem Rechte fortbestehen könnten. Dagegen hat es angenommen, dass infolge des Brandes die dem Kläger obliegende Rückgabe des Kaufgegenstandes als Ganzen unmöglich geworden sei, und die Rückerstattung nur des nackten Bodens und der Wälder und Wiesen dem Parteiwillen nicht entsprechen würde, und aus diesem Grunde das Hauptbegehren der Klage geschützt. Die Widerklage wurde abgewiesen, weil bei Unmöglichkeit der Erfüllung nur die Rückgabe

der Gegenleistung, soweit der Kläger durch sie bereichert wäre, in Frage komme, ein dahingehendes Begehren aber nicht gestellt worden sei; die Geltendmachung eines solchen Anspruchs bleibe dem Beklagten vorbehalten.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen, die Hauptklage sei gänzlich abzuweisen, die Widerklage in vollem Umfange zu schützen, eventuell die Sache sei zur Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da es sich bei dem streitigen Rückkaufsrecht um ein unter der Herrschaft des kantonalen Rechts begründetes altrechtliches Zugrecht handelt, kann auf die Berufung überhaupt nur insoweit eingetreten werden, als geltend gemacht wird, dieses Recht sei wegen Ablaufes der in Art. 683 Abs. 2 ZGB für Dritten gegenüber wirksame Rückkaufsrechte aufgestellten Verwirkungsfrist erloschen. Das Schicksal der Berufung hängt also einzig davon ab, ob der Kläger sich für den Untergang des Rechtes an jene bundesrechtliche Bestimmung berufen könne.

2. — Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass das durch den Kaufvertrag vom 23./26. Januar 1907 begründete Zugrecht im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ZGB kraft kantonalen Rechts noch in Kraft bestand. Es blieb daher nach Art. 17 Abs. 1 SchlT auch unter dem neuen Recht als dingliches Recht anerkannt. Ob es sich bei diesem Rechte wirklich um ein eigentliches dingliches Recht, und nur um ein solches handelte, beurteilt sich ausschliesslich nach dem alten Recht, unter dem es als dingliches Recht begründet wurde. Der Auffassung MUTZNER'S (Komm. zu Art. 17 SchlT Anm. 2), dass die Frage, was unter einem dinglichen Recht zu verstehen sei und daher gemäss Art. 17 Abs. 1 anerkannt werde, nach der neuen

Rechtsordnung zu entscheiden sei, kann nicht beipflichtet werden. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus der Bestimmung von Art. 17 Abs. 3 SchlT, wonach sogar ein altes dingliches Recht, dessen Errichtung nach dem neuen Recht gar nicht mehr möglich wäre, als solches anerkannt wird; hieraus folgt, dass etwas dingliches Recht sein kann, was es nur nach altem, nicht nach neuem Recht ist, sodass man nicht sagen kann, es bestimme sich allein nach neuem, ob ein Rechtsgebilde ein dingliches Recht sei.

Das nach altem Gesetz begründete dingliche Recht trat dagegen mit dem Inkrafttreten des ZGB für seinen Inhalt nach Art. 17 Abs. 2 unter das neue Recht. Allein es ist nicht zu entscheiden darüber, ob es sich bei der Frage, ob das Recht durch Ablauf einer vom neuen Gesetz eingeführten Verwirkungsfrist erloschen sei, um den « Inhalt » im Sinne von Art. 17 SchlT handelt, denn wenn dies auch nicht zutreffen würde, muss doch das neue Recht aus anderm Grunde zur Anwendung gelangen. Es fragt sich zunächst, ob die im Kaufvertrag vom 23./26. Januar 1907 getroffene zeitliche Begrenzung der Rückkaufsberechtigung nicht als « durch Rechtsgeschäft festgesetzter Inhalt eines dinglichen Verhältnisses » im Sinn von Art. 18 Abs. 3 SchlT betrachtet werden könne, und demgemäss die Anerkennung dieser Klausel unter dem neuen Recht nicht davon abhängt, ob sie mit letzterem « verträglich » sei, was angesichts der Bestimmung von Art. 683 Abs. 2 ZGB offenbar verneint werden müsste. Voraussetzung hiebei wäre, dass Art. 18 Abs. 3 SchlT für alle dinglichen Rechtsverhältnisse gelte, die sich auf ein vor dem Inkrafttreten des ZGB abgeschlossenes Rechtsgeschäft gründen, und nicht (wie nach den Marginalien zu Art. 17 und 18 zu schliessen, und das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem Kommentar REICHEL in BGE 30 II 756 angenommen hat) nur für diejenigen dinglichen Verhältnisse, bei denen der Rechtsgrund zwar unter dem

alten Recht eingetreten, die Errichtung des dinglichen Rechts aber unter dem neuen Recht erfolgt ist. Auch diese Frage braucht jedoch deshalb nicht näher erörtert zu werden, weil man auch auf anderem Wege zur Bejahung der Anwendbarkeit des Art. 683 Abs. 2 ZGB gelangt.

3.— Wenn nämlich das ZGB für das durch Vormerkung im Grundbuch gegen Dritte wirksame Rückkaufsrecht eine Verwirkungsfrist von 10 Jahren seit der Vormerkung eingeführt hat, so geschah es in Verfolgung des wirtschaftspolitischen Zweckes, das Grundeigentum von langfristigen, das Erwerbsleben aussergewöhnlich hemmenden Belastungen nach Möglichkeit zu befreien. Wie aus den Erläut. z. Vorentwurf (II 97) hervorgeht, wurde die zeitliche Beschränkung des Wiederkaufsrechts grundsätzlich gleich behandelt, wie diejenige der Grundlasten; wegen des noch grösseren wirtschaftlichen Druckes wurde dann die Verwirkungsfrist für die Vor- und Rückkaufsrechte von 30 auf 10 Jahre herabgesetzt. Mit Rücksicht auf diesen Zweckgedanken, indem hier nicht nur das Interesse der am Rechtsverhältnis unmittelbar Beteiligten im Spiel ist, sondern dasjenige der Allgemeinheit an der relativen Freiheit des Grundeigentums, dessen übermässige Einschränkung die allgemeine Wohlfahrt gefährden kann, ist Art. 683 Abs. 2 ZGB als eine um der öffentlichen Ordnung willen erlassene Bestimmung i. S. von Art. 2 SchlT anzusehen. Wenn das Bundesgericht die Einschränkung des Eigentumsvorbehaltes durch das neue Recht unter diese Bestimmung subsumiert hat, so fällt mit noch mehr Recht auch Art. 683 Abs. 2 ZGB darunter. Er muss deshalb als eine ausschliessliche Geltung beanspruchende, unabänderliche Vorschrift sofort mit dem Inkrafttreten des Gesetzes auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung finden, insbesondere auf analoge Verhältnisse des alten Rechts, deren unveränderter Fortbestand den rechts- und wirtschaftspolitischen Zwecken des ZGB und da-

mit der öffentlichen Ordnung widerspräche. Das trifft für das vorliegende alte St. Galler Zugrecht, dessen Dauer durch vertragliche Abmachung auf 20 Jahre festgesetzt worden war, zu: diese Abrede muss vor der zwingenden Festsetzung einer gesetzlichen, kürzeren Dauer, wie sie Art. 683 Abs. 2 ZGB aufstellt und mit welcher jene längere vertragliche Dauer sich nicht vereinbaren lässt, weichen. Darauf, dass die Vorschrift an sich auf Rückkaufsrechte zugeschnitten ist, wie das ZGB sie kennt, d. h. auf persönliche, aber durch Vormerkung gegen Dritte wirksame, kann nichts ankommen. Einmal steht die Vorinstanz nicht an, das alte St. Galler Wiederkaufsrecht dem vorgemerkten Rückkaufsrecht des ZGB gleichzustellen; denn sie hat die Anwendung des Art. 683 nicht etwa darum abgelehnt weil das vorgemerkte Rückkaufsrecht ein vom st. gallischen Zugrecht verschiedenes Rechtsgebilde sei. Es handelt sich hier im wesentlichen um eine Auslegung des alten St. Galler Rechts, an welche das Bundesgericht gebunden ist. Selbst wenn man aber mit der in der Literatur vorherrschenden Auffassung einen wesentlichen Unterschied zwischen dem altdeutschen gewillkürten dinglichen Zugrecht und dem modernen persönlichen, durch Grundbuchvormerk gegen Dritte wirksamen Anspruch erblicken wollte, wäre Art. 683 kraft seiner rechtspolizeilichen Natur auf solche Rückkaufsrechte zum mindesten analog anwendbar; denn die Notwendigkeit der Ablösung langfristiger, verkehrshemmender Lasten besteht in ebenso hohem, wenn nicht verstärktem Masse, wenn das Wiederkaufsrecht noch mehr verdinglicht ist, als die blosser Vormerkung des persönlichen Rechts es ermöglicht.

Der Hinweis der Vorinstanz auf die gegenteilige Ansicht LEEMANNS, welcher laut Anm. 35 zu Art. 681 in der 1. Aufl. seines Kommentars die alten kantonalen dinglichen Näherrechte und Vorkaufsrechte auf Grund von Art. 18 Abs. 3 SchlT unter dem neuen Recht

unbeschränkt gelten lassen will, ist unbehelflich, indem mit der Anrufung von Art. 18 SchlT nach dem Gesagten nichts gewonnen wird. Ebenso trifft die Auffassung MUTZNER'S (Anm. 7 zu Art. 17), das Zugrecht falle nicht unter Art. 17 SchlT, weil es kein dingliches Recht, sondern nur eine Reflexwirkung der dem Eigentümer durch das Gesetz auferlegten Beschränkungen sei, auf vertraglich begründete Zugrechte, wie das vorliegende, offenbar nicht zu. Endlich kann nicht eingewendet werden, das vom Beklagten geltend gemachte Rückkaufsrecht sei nicht « vorgemerkt », und das schliesse allein schon die Anwendung des Art. 683 aus. Denn das St. Galler Zugrecht entsteht in den für die Eigentumsbegründung vorgesehenen Formen der « Strazzierung » und Fertigung vor dem Gemeinderat (vgl. Art. 41 zit. Ges. v. 22. August 1850), und es findet also ein Eintrag in denjenigen Büchern, die das kant. Einführungsgesetz dem Grundbuch gleichstellt, statt; ob das Einführungsgesetz dies « Vormerkung » nennt oder nicht, ist bedeutungslos, da jedenfalls jeder Erwerber von der Eintragung des Rechts Kenntnis erhalten kann. Eines neuen Eintrages unter dem neuen Recht bedurfte es unter diesen Umständen nicht.

4. — Da die 10-jährige Frist des Art. 683 Abs. 2 ZGB vor der im März 1922 erfolgten Klageanhebung abgelaufen ist, auch wenn man sie erst vom Inkrafttreten des ZGB an laufen lässt, ist das Rückkaufsrecht des Beklagten gänzlich erloschen und das klägerische Hauptbegehren um Feststellung des Unterganges begründet. Für eine Forderung des Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung ist bei Erlöschen des Rechts infolge Ablaufes der gesetzlichen Verwirkungsfrist kein Raum.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5. Juni 1923 im Sinne der Erwägungen bestätigt.