

BEMERKUNGEN

ZUM REFERAT VON HERRN DOZENT DR. İSMET SUNGURBEY

von

Dr. Peter LIVER

Prof. für deutsche Rechtsgeschichte und schweiz. Zivilrecht
an der Universität Bern.

Dieses Referat verdient es, auch in der Schweiz beachtet zu werden. Die kritische Auseinandersetzung mit der schweizerischen Literatur und Judikatur, welche es bietet, erfüllt eine Aufgabe, die auch uns gestellt ist, aber bisher etwas vernachlässigt worden ist. Der Hauptgrund dafür mag in der sehr verbreiteten Ansicht liegen, dass die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum und von Dienstbarkeiten nur noch geringe praktische Bedeutung habe und auch diese mit dem Fortschreiten der Einführung des eidgenössischen Grundbuches einbüsse. Indessen ist doch festzustellen, dass das eidgenössische oder ein ihm in den Wirkungen gleichgestelltes kantonales Grundbuch (ZGB SchlT Art. 46) in einer Reihe von Kantonen nur für wenige Gemeinden besteht, während in allen übrigen Gemeinden keine Grundbucheinrichtung vorhanden ist, welche auch nur die negative Rechtskraft in dem Sinne hätte, dass beschränkte dingliche Rechte, die nicht eingetragen sind (obwohl für sie das absolute Eintragungsprinzip besteht), nicht bestehen. Diese Grundbucheinrichtungen lassen auch eine eigentliche *Aufnahme* von Grundstücken (Grundbuchverordnung Art. 1 ff) nicht zu; die Grundstücke sind in solche Grundbücher nicht *aufgenommen* im technischen Sinn, sondern "figurieren" bloss im Grundbuch, wenn sie zum Gegenstand einer Verfügung gemacht worden sind, welche der Eintragung bedarf. Grundstücke, die seitdem das Eintragungsprinzip gilt, nie zum Gegenstand einer diesem Prinzip

unterstellten Verfügung gemacht worden sind, figurieren im Grundbuch überhaupt nicht. Trifft der Eigentümer eine Verfügung, welche der Eintragung in das Grundbuch bedarf, muss er sich darüber ausweisen, dass er der verfügungsberechtigte Eigentümer ist (ZGB Art. 953 Abs. 1 und 965 Abs. 1 und 2). Um dieses Beweises, der in den meisten Fällen nicht oder nur mit grossen Schwierigkeiten zu erbringen ist, enthoben zu sein, beruft er sich auf die ausserordentliche Ersitzung und leitet das Verfahren gemäss Art. 662 ZGB ein. Dieses Verfahren führt meistens rasch und anstandslos zum Ziel, weil von niemand Einsprache erhoben wird. Es kommt dann nicht zu einem Rechtsstreit und infolgedessen auch nicht zu einem Urteil. Der Richter ordnet die Eintragung durch *V e r f ü g u n g* oder *B e f e h l* an. Nur in den seltenen Ausnahmefällen, in denen *E i n s p r u c h* erhoben wird, wird die eine oder andere Partei vom Richter (das ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren, der "Amtsbefehlsrichter") auf den Weg des Prozesses im ordentlichen Verfahren gewiesen. Nur in diesen seltenen Fällen kommt es zu einem *U r t e i l*. In der Regel erfolgt die Eintragung des Eigentümers auf Grund einer blossen *V e r f ü g u n g*. Die Fälle, in denen dieses Verfahren ohne Streit- und Urteilsverfahren durchgeführt wird, zählen z.B. im Kanton Graubünden einstweilen Jahr für Jahr zu Hunderten. Es gibt keine Bestimmung des ZGB, die da so häufig zur behördlichen Anwendung kommt, wie der Art. 662 ZGB (die ausserordentliche Ersitzung).

Die Ansichten, welche mein türkischer Kollege in seinem Referat zu verschiedenen mehr oder weniger umstrittenen Fragen vertritt, zum Teil unter Ablehnung von Lehrmeinungen, die bei uns vorherrschen, halte ich für richtig. Sie stimmen fast durchwegs überein mit dem, was ich selber zu diesen Fragen in meinem *K o m e n t a r z u m Z G B* IV. Band, 2. Teil a) (Verlag Schulthess, Zürich) ausgeführt habe. Da dieser Kommentar, von dem noch nur 4 Lieferungen (1951-1956) vorliegen, in der Türkei unbekannt geblieben zu sein scheint, möchte ich mir gestatten, aus ihm den Abschnitt wiederzugeben, welcher sich mit den Fragen befasst, welche Gegenstand des Referates von Herrn Kollegen İsmet

Sungurbey sind. Daraus wird die Uebereinstimmung unserer Ansichten in den Hauptpunkten ohne weiteres hervorgehen.

· NN 95 ff zu Art. 731.

Mit der Verwirklichung des Ersitzungstatbestandes in allen seinen Merkmalen ist der Eigentumserwerb ipso iure eingetreten, die Dienstbarkeit entstanden.

Umstritten ist die Frage, ob der Erwerb des Eigentums oder der Dienstbarkeit mit dem Ablauf der Ersitzungszeit oder mit der richterlichen Anordnung, gegebenenfalls mit dem Urteil über erhobene Einsprachen, vollendet sei. (*)

In der Literatur ist man sich darüber einig, dass die Ersitzung ein Tatbestand des aussergrundbuchlichen Rechtserwerbs ist, die Eintragung also *nicht konstitutive* Wirkung hat. Wieland, Bem. 3, Leemann, N. 23, Haab, N. 23 zu Art. 662; Homberger, N. 36 zu Art. 963, Jenny Fr., Oeffentl. Glaube, S. 93 Anm. 3, Ersitzung und Grundbuch, S J Z 39, S. 179 f. Für die konstitutive Bedeutung der Eintragung einzig EBG 76 I 183, mit dem offenbar unzureichenden Argument, die Eintragung müsse konstitutiv wirken, weil die Ersitzung unter den Tatbeständen des aussergrundbuchlichen Erwerbes in Art. 665 Abs. 2 nicht mit aufgeführt sei.

Auseinander gehen die Ansichten darüber, welche andere Tatsache oder welcher andere Akt den Eigentumsübergang oder die Entstehung des dinglichen Rechts herbeiführe oder vollende. In der älteren Literatur wird die Ansicht vertreten, dem Ersitzenden werde das Eigentum oder die Dienstbarkeit *richterlich zugesprochen*, so dass die Eintragung vom Erwerber gemäss Art. 665 Abs. 2 und Art. 963 Abs. 2 auf Grund des Urteils erwirkt werden könne. So Wieland a.a.O., Leemann, N. 19 ff zu Art. 662, Tuor, Das schweiz. ZGB⁵, S. 489 f. Danach gäbe die Verwirklichung des Ersitzungs-

*) Zwischen Anordnung oder Verfügung einerseits und dem Urteil andererseits ist zu unterscheiden. Verschieden ist das Verfahren und verschieden ist in der Regel (nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Gerichtsorganisation und über den Zivilprozess) auch die für die Verfügung einerseits, das Urteil andererseits zuständige richterliche Behörde.

tatbestandes dem Ersitzenden einen Anspruch auf richterliche Zusprechung des ersessenen Rechtes. Dies entspricht der Regelung, welche im Vorentwurf, Art. 665 getroffen worden war: "....., so kann er verlangen, dass ihm das Eigentum aus Ersitzung gerichtlich zugesprochen werde, auch wenn er sich auf keinen Erwerbgrund zu berufen vermag." Erläuterungen II, S. 83 f.

Diese Vorschrift wurde jedoch von der Expertenkommission geändert, weil eingewendet wurde, ein gerichtliches Verfahren sei nicht am Platz, wenn dem Kläger kein Beklagter gegenüberstehe. Protokoll III. Session, S. 39 und 41. Nach dem geltenden Recht kommt es zur urteilsmässigen Feststellung, dass die Voraussetzungen der Ersitzung erfüllt seien, nur wenn auf die amtliche Auskündigung hin ein Einspruch erhoben wurde und zum Prozess geführt hat. In allen anderen, viel häufigeren Fällen kommt es gar nicht zu einem richterlichen Urteil. Wenn der Aufgebotsrichter, der regelmässig nicht der zur Beurteilung eines Einspruchs zuständige Richter ist, die Eintragung anordnet, nachdem im Auskündigungsverfahren ein Einspruch nicht erhoben oder zurückgezogen worden ist, fällt er kein richterliches Urteil. Die Lehrmeinung, das nach Art. 662 ersessene Recht werde dem Ersitzenden richterlich zugesprochen und somit auf Grund richterlichen Urteils erworben, ist unhaltbar.

Der Erwerb des Eigentums und die Entstehung der Dienstbarkeit durch ausserordentliche Ersitzung sind (gleich wie bei der ordentlichen Ersitzung) *von Gesetzes wegen* erfolgt, wenn der Ersitzungstatbestand in allen seinen Merkmalen verwirklicht ist. Die Person, zu deren Gunsten die Ersitzung vollendet ist, hat Anspruch auf richterliche *Feststellung* dieser Tatsache. Diese Feststellung erfolgt im Prozess über einen im Auskündigungsverfahren erhobenen Einspruch.

Das Bundesgericht scheint angenommen zu haben, der Eigentumserwerb trete auch nach Ablauf der Ersitzungszeit nicht ein, wenn der "wirkliche Eigentümer" sich im Ausschlussverfahren melde. EBG 50 II 122 = Pr. 13 Nr. 113 (vgl. auch EBG 76 I 183 und EBG 82 II 388 ff, bes. S. 395, und zu diesem Urteil die kritische Besprechung von Peter L i v e r in der ZBJV 94, S. 26 ff). Der Einspruch des "wirklichen Eigentümers" ist jedoch abzuweisen, wenn die Ersitzung vollendet ist.

Ist ein Einspruch nicht erhoben worden, tritt an die Stelle des Feststellungsurteils die in der *V e r f ü g u n g* des Aufgebotsrichters enthaltene Feststellung, dass ein Einspruch nicht erhoben oder zurückgezogen worden ist. Ist diese Feststellung erfolgt, *gilt das Recht kraft Gesetzes als ersessen*. Es besteht allerdings keine sichere Gewähr, dass der Ersitzungstatbestand auch tatsächlich verwirklicht ist. *Leemann*, N. 2 zu Art. 662. Der Ersitzende hat dies dem Aufgebotsrichter bloss glaubhaft zu machen, nicht zu beweisen. Ein Beweisverfahren wird nicht durchgeführt. Siehe Luzern ObG, ZBGR 21, S. 25 ff, vgl. auch Solothurn ObG in ZBGR 17, S. 10.

Mängel am Ersitzungstatbestand werden geheilt durch die Unterlassung oder den Rückzug einer Einsprache im Auskündungsverfahren. Darin kommt der Gedanke der *Verschweigung* zur Geltung. Die Verschweigung tritt aber nicht an die Stelle der Ersitzung, sondern heilt nur gegebenenfalls bestehende Mängel am Ersitzungstatbestand.

Das Auskündungsverfahren hat nur den Zweck, den Besserberechtigten aufzurufen, um ihm Gelegenheit zu geben, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Voraussetzungen der Ersitzung nicht erfüllt seien.
