

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 46 (1927)

Heft: 1

Artikel: Die kantonal-rechtliche halbe Hofstatt und ihre Anpassung an das Zivilgesetzbuch

Autor: Wieland, Alfred

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895987>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 14.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die kantonal-rechtliche halbe Hofstatt und ihre Anpassung an das Zivilgesetzbuch.

Von Dr. ALFRED WIELAND, Advokat, Basel.

I.

In Basel-Stadt, wie auch in einigen andern Schweizer Kantonen,¹⁾ besteht von Alters her das Recht der halben Hofstatt. Es ist seiner Natur nach eine nachbarrechtliche Beschränkung und besteht darin, dass derjenige, der an der Grenze seiner Liegenschaft baut, die halbe Scheidewand (in Basel aber maximum 40 cm) auf den Boden des Nachbarn stellen darf, und zwar ohne jegliche Vergütung, nur dass der Nachbar das Recht hat, auch seinerseits die Scheidewand ganz oder teilweise zu benützen, gegen entsprechende Zahlung an die Baukosten. Das Recht der halben Hofstatt beruht in Basel-Stadt auf altem Gewohnheitsrechte und datiert nachweisbar aus der Zeit vor der Rezeption des römischen Rechtes.²⁾ Es hat sich bis zum heutigen Tage ziemlich unverändert erhalten, z. B. auch gegenüber dem Grundbuche, das in Basel-Stadt mit Gesetz vom 16. April 1860 eingeführt wurde. Seine letzte kantonal-rechtliche Normierung im Gesetz betr. die Nachbarrechte an Liegenschaften vom 26. September 1881 ist unverändert in das baselstädtische Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch übergegangen, in welchem die einschlägigen Bestimmungen folgendermassen lauten:

„§ 162. Wer ein Gebäude frei auf der Grenze seines Grundstückes errichten will, ist berechtigt, hiefür vom

¹⁾ Leemann, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht N. 4 zu Art. 670; Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. 3 S. 325; Frölicher, Gemeinschaftliche Mauern nach schweizerischem Rechte S. 10 f.

²⁾ Schnell, Rechtsquellen von Basel Bd. 1 S. 128; Bericht des Appellationsgerichtes Baselstadt von 1871 im Verwaltungsberichte des Kleinen Rates von 1871; Motive zum Entwurf eines Zivilgesetzes für den Kanton Baselstadt Bd. 1 S. 135 f.

Nachbar die halbe Hofstatt, d. h. den Boden für die Hälfte der Mauerdicke, in jedem Falle aber nicht mehr als 40 cm, Fundament mitgerechnet, unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Will der Nachbar seinerseits später auch bauen, so hat er das Recht, sich in eine solche halbscheidige Mauer mit einem Beitrag an deren Baukosten einzukaufen und sie als gemeinschaftliche Scheidemauer zu benützen. Die Einkaufssumme richtet sich nach dem Masse, in welchem er die Mauer in Anspruch nimmt, und nach der Beschaffenheit des Mauerwerkes.

§ 166. Die Eigentumsgrenzen der beiden Grundstücke werden weder durch die Benützung der halben Hofstatt von Seite des einen Nachbarn, noch durch den Einkauf in die Scheidemauer von Seite des andern geändert; ebensowenig wird dadurch ein Eintrag im Grundbuch nötig.“

Ähnliche nachbarrechtliche Beschränkungen weist das Recht verschiedener Städte sowohl Deutschlands als auch Frankreichs auf,³⁾ die sich wohl alle daraus erklären, dass im Mittelalter das von Wall und Graben umschlossene Gebiet einer Stadt baulich aufs Äusserste ausgenützt werden sollte. Besondere Schwierigkeiten in der praktischen Handhabung des Rechtes der halben Hofstatt sind, wenigstens in Basel-Stadt, aus älterer Zeit nicht überliefert. Um so mehr begannen sie mit der Einführung des Grundbuchs, und zwar aus durchsichtigen Gründen.

Wie im Mobiliar-Sachenrechte schon von Alters her der deutsch-rechtliche Satz: „Hand wahre Hand,“ den gutgläubigen Erwerber gegen die Gefahren schützte, welche ihm aus einem eventuellen Mangel im Rechte seines Rechtsvorgängers erwachsen konnten, so sollte ihm nun auch im Immobilien-Sachenrechte das Grundbuchsystem mit seinem Öffentlichkeitsprinzip den gleichen Schutz verleihen. Rechte Dritter am Kaufobjekte, die äusserlich nicht erkennbar sind, sollen grundsätzlich sowohl im Mo-

³⁾ Vgl. z. B. Roth, Bayrisches Zivilrecht Bd. 2 S. 63 f.; Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 167 f., 207 f.

biliar- als auch im Immobilien-Rechte mit dem Übergange auf den gutgläubigen Erwerber erlöschen. Gerade mit diesem fundamentalen Grundsatz des Mobiliar- und Immobilien-Rechtes scheint aber das Recht der halben Hofstatt schwer vereinbar zu sein.

Wer ein Haus kauft, dessen Mauer gegen den Nachbar halbscheidig ist, ohne dass bisher daran angebaut wurde, ist an sich zur Annahme geneigt und auch berechtigt, dass, wenn der Nachbar dereinst anbauen will, er sich zuerst einkaufen, d. h. seinen Anteil an den Erstellungskosten der Mauer vergüten muss. Eventuell ist aber diese Hoffnung eine trügerische. Möglicherweise hat ja der Nachbar sich bereits eingekauft, auch wenn er eventuell noch nicht angebaut hat. Oder, was namentlich in der Praxis der Baumeister gar nicht selten vorkommt, eventuell hat der Verkäufer die Forderung bereits an einen Dritten abgetreten, welche gegenüber dem Nachbar in demjenigen Zeitpunkte entsteht, in welchem dieser sich zum Anbau entschliesst. Kurz, ob und wie weit dem verkauften Hause noch das sogenannte Giebelrecht gegenüber dem unbebauten Nachbargrundstücke zusteht — so wird in der Praxis das Recht genannt, vom anbauenden Nachbar Einkauf in die Scheidemauer zu verlangen —, lässt sich äusserlich nicht erkennen, d. h. weder dem Hause ansehen, noch dem Grundbuche entnehmen, weil das Recht der halben Hofstatt im Grundbuche nicht vorgemerkt ist.

Kein Wunder also, dass die Praxis der Juristen sich je und je mit diesem Einbruche in das Öffentlichkeitsprinzip des Grundbuches nur mit Mühe abzufinden wusste. Das zeigen namentlich die Gerichtsentscheide aus der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, d. h. seit der Einführung des Grundbuches. In gleicher Hinsicht interessant ist aber auch ein Rekursentscheid, den in neuerer Zeit die Justizkommission als Aufsichtsbehörde über das Grundbuch gefällt hat. Um freilich die Schwierigkeiten richtig beurteilen zu können, welche mit der Anwendung des Rechts der halben Hofstatt in der Praxis verbunden sind

und deren Überwindung die Lösung von viel zahlreicheren und viel feineren Rechtsfragen voraussetzt, als der auf den ersten Blick ziemlich einfache Tatbestand der halben Hofstatt vermuten lässt, ist zunächst seine juristische Natur in aller Kürze festzustellen.

Einen grundsätzlichen konstruktiven Versuch, dessen Resultat die Praxis wohl bis heute noch beherrscht, hat ein Urteil des Appellationsgerichts aus dem Jahre 1886 unternommen.⁴⁾ Es ging davon aus, dass auch in Basel der Satz gelte: *Superficies solo cedit*. Darnach stehe die halbscheidige Mauer von Anfang an im Eigentum beider Nachbarn, aber freilich sei das Miteigentumsrecht des einkaufsberechtigten Nachbarn zuerst nur ein beschränktes und verwandle sich erst mit dem Einkaufe in ein unbeschränktes.

Indessen ist diese Konstruktion keinesfalls zutreffend, auch wenn sie infolge des dehnbaren Begriffes eines beschränkten Miteigentums bequem ist. Zwar gehört schon der Begriff des Miteigentumsrechtes selbst zu den bestrittensten in der Doktrin,⁵⁾ so dass mit demjenigen eines beschränkten Miteigentums auch da noch operiert werden kann, wo nur ganz wenige eigentumsartige Herrschaftsbefugnisse gegeben sind. Bei der halben Hofstatt kann aber vor dem Einkaufe vom Miteigentum beider Nachbarn überhaupt nicht die Rede sein.

Der entscheidende Grund liegt schon darin, dass der Erbauer vor diesem Zeitpunkte allein über die Mauer verfügen und sie z. B. jederzeit wieder abreißen, d. h. zerstören kann. Schon diese Tatsache ist mit einem Miteigentumsrechte des einkaufsberechtigten Nachbarn vor dem Einkaufe unvereinbar. Nun wird allerdings etwa die Ansicht vertreten, dass das für das Miteigentumsrecht entscheidende Kriterium überhaupt nur im Verhältnisse der Berechtigten gegenüber Dritten liege, während sich für das interne Rechtsverhältnis unter den Berechtigten

⁴⁾ In Sachen Greslin und Gerteis c. Ludwig Merian.

⁵⁾ Vgl. z. B. Rümelin, *Teilung der Rechte* S. 72 f.

selbst aus dem Begriffe des Miteigentumes keinerlei Folgerungen ziehen liessen, vielmehr intern jede beliebige Normierung damit vereinbar sei.⁶⁾ Bei der halben Hofstatt versagt aber der Begriff des Miteigentumes auch an diesem Massstabe gemessen.

So ist z. B. vor dem Einkaufe der Erbauer der Mauer allein haftbar, wenn die Mauer einstürzt und Schaden anrichtet. Denn obschon sie zum Teile auch auf dem Boden des Nachbars steht, so kann dieser doch nicht im Sinne von OR Art. 58 als Werkeigentümer haftbar sein. Ist doch die Mauer ganz ohne, eventuell sogar sehr gegen seinen Willen auf seinen Grund und Boden gestellt worden und hat er doch auch zu ihrem Unterhalte nichts zu sagen. Wird ferner die Mauer beschädigt, so ist es wiederum vor dem Einkaufe des Nachbars der Erbauer allein, welcher Schadenersatz verlangen kann. Denn solange ihm der Nachbar nichts an die Baukosten ersetzt, hat der Erbauer allein den Unterhalt der Mauer zu bestreiten, so dass auch jede Verminderung ihrer Tauglichkeit ihn schädigt. Und zwar nur ihn, nicht auch den Nachbar, denn dieser hat, wenn er in Zukunft anbauen will, sich nur nach Massgabe des dannzumaligen Wertes der Mauer einzukaufen. Kurz, ob man die Rechtsstellung der Nachbarn zueinander oder gegenüber Dritten ins Auge fasst, überall ist das Resultat dasselbe: Vor dem Einkaufe Alleineigentum des Erbauers, und — zuerst allerdings nur negativ ausgedrückt — Nicht-Eigentum des Nachbars.

Positiv folgt hieraus aber noch keineswegs, dass dem Nachbar vor dem Einkaufe nun überhaupt kein dingliches Recht an der Mauer zustehe, sondern etwa nur ein obligatorischer Anspruch gegenüber dem Erbauer. Vielmehr steht die Dinglichkeit seines Rechtes ausser Zweifel, schon weil er gegenüber jedem Eigentümer des Nachbargrund-

⁶⁾ Vgl. z. B. Bolze, Der Begriff der juristischen Person S. 60: „Aus dem Begriffe des Eigentums ist darüber nichts abzuleiten, wie das Verhältnis von B. C. D. untereinander sich gestaltet, wenn diese zusammen Eigentümer sind.“

stückes gegen Einkauf zum Anbau berechtigt ist. Freilich ist es weder Eigentum, noch Servitut, noch Pfandrecht, gleichwohl aber ein dingliches Recht, nämlich ein dem deutschen Rechte in verschiedener Gestalt, z. B. in derjenigen des Näher-, Zug- und Retraktes bekanntes dingliches Erwerbsrecht. Zwar ist auch die juristische Natur dieses Rechtes in der Doktrin fast gleich umstritten wie der Begriff des Miteigentumsrechtes.⁷⁾ Für unsere Zwecke genügt aber schon das eine Resultat, welches z. B. Laband bereits im Jahre 1869 ausgesprochen hat und das seither nie mehr ernstlich in Zweifel gezogen wurde: „Die Konstruktion des Retrakt-Rechtes als Ausfluss eines Eigentums ist auch in der heutigen Theorie allgemein als verfehlt anerkannt.“⁸⁾

Demgemäss ist vor dem Einkaufe der Erbauer der Mauer Allein- und nicht nur Miteigentümer, und das Recht des Nachbars ist nicht Miteigentum, sondern beschränkt auf ein dingliches Erwerbsrecht an einem Teile der Mauer nach Analogie des Retraktes. Das Recht des Erbauers ist also vor dem Einkaufe so wenig Miteigentum als das Recht desjenigen, an dessen Liegenschaft einem Dritten ein dingliches Kaufs- oder Rückkaufsrecht zusteht. Und der Einkaufsberechtigte ist vor dem Einkaufe so wenig Miteigentümer als derjenige, zugunsten dessen ein dingliches Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einer Liegenschaft besteht.⁹⁾

⁷⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 769 f.

⁸⁾ Laband, Die rechtliche Natur des Retrakts und der Expropriation, Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 S. 165 f.; Heusler, Institutionen Bd. 2 S. 62 f.

⁹⁾ So schon der alte Richtbrief von Zürich: „Swa zwo hofstette an einander stossent, wil der eine muron, der mag es tuon, also das er uf beide hofstette mure drier schuohe dik. Und sol auch dü mure des sin, der si gemachet hat, und sol der ander enkein gewer in der selben mure han. Wil aber der ander sin gewer ouch in di muren legen, so sol er ouch die mure halbe gelten, und sol danne dü mure beider Hüser gemein sin.“ Vgl. jetzt auch Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 13.

Wo der Fehler der Theorie des Appellationsgerichtes liegt, ist übrigens leicht nachzuweisen, nämlich in dem unrichtigen Ausgangspunkte, der sich als einfache *petitio principii* charakterisiert, wonach auch im kantonalen Rechte von Basel-Stadt ganz allgemein der Satz gegolten habe: *Superficies solo cedit*. Selbst wenn ja diese Behauptung richtig wäre, hätte gleichwohl die halbe Hofstatt als eine vom Gesetze selbst geschaffene oder doch anerkannte Ausnahme gelten müssen, denn das Gesetz selbst belässt ja dem Erbauer das Alleineigentum an der Mauer, obschon er sie zum Teile auf den Grund und Boden des Nachbars stellt. Ausserdem aber hat das baselstädtische Recht von Alters her auch andere Fälle überragenden Eigentums gekannt, z. B. Kellerrechte etc. Diese waren allerdings im Grundbuchgesetze nicht vorgesehen, haben aber später als sogenannte „rote Einträge“ vorbehaltlose Anerkennung gefunden, nur dass mit Ausnahme der halben Hofstatt die Neuerrichtung von überragendem Eigentum nicht mehr zulässig war.¹⁰⁾

II.

Die Tendenz der Gerichte, die halbe Hofstatt möglichst dem Grundbuchsysteme anzupassen, beweist besonders deutlich die ältere Praxis des Zivilgerichts, also der ersten Instanz. In konstanter Praxis wurde nämlich dem einkaufsberechtigten Nachbar das Recht abgesprochen, sich einzukaufen, bevor er anbaue, und zwar mit folgender Begründung: Nur der Nachbar, kein Dritter, kann Miteigentümer der Mauer sein, und auch der Nachbar nur, wenn er gleichzeitig anbaut; denn — heisst es in einem Urteile wörtlich —: „das gemeinschaftliche Eigentum zweier Nachbarn an einer auf der Grenze ihrer Liegenschaft stehenden Mauer hat nur Sinn, wenn und soweit diese Mauer beiden Liegenschaften dient.“ — „Hat der Einkäufer aber“, fügt ein anderes Urteil bei, „in der Tat im

¹⁰⁾ Gesetz betr. die Nachbarrechte an Liegenschaften vom 26. September 1881 § 2.

Momente der Zahlung die feste Absicht gehabt, zu bauen, so folgt daraus höchstens, dass er ein obligatorisches Recht auf unentgeltlichen Anbau erworben hätte. Zum Erwerbe eines dinglichen Rechtes genügt diese Absicht aber nicht, Miteigentum ist also nicht entstanden.“ Dieser Praxis hat dann erst das oben zitierte Urteil des Appellationsgerichts ein Ende gemacht, welches das Rechtsverhältnis an der halben Hofstatt als beschränktes Miteigentum konstruierte, indem es sagte: „Vor dem Einkaufe hat der Einkaufsberechtigte beschränktes, nachher unbeschränktes Miteigentum. Ob aber der Einkäufer sofort baut oder nicht, muss für Natur und Bestand des erworbenen Rechtes gleichgültig sein, um so mehr, als das Gesetz den Anbau nur als Normalfall und nicht als notwendige Voraussetzung des Einkaufes erwähnt.“ Nun ist aber, abgesehen von der rechtlichen Konstruktion, die Richtigkeit des appellationsgerichtlichen Urteils so einleuchtend, und die Unrichtigkeit der zivilgerichtlichen Praxis so offensichtlich, dass die Erklärung für die letztere unmöglich in denjenigen Motiven gefunden werden kann, welche die Urteile anführen. Gewiss kann zwar grundsätzlich niemand über einen unselbständigen Bestandteil eines Hauses verfügen und auch eine Scheidemauer ist rechtlich nichts anderes als ein unselbständiger Bestandteil eines Hauses. Gerade eine vom Gesetze selbst geschaffene Ausnahme von dieser Regel bildet aber die Pflicht des Nachbars, der die halbe Hofstatt beansprucht hat, dem andern die Hälfte der halbscheidigen Mauer gegen Einkauf abzutreten. Und da nun das Gesetz, wie die zweite Instanz richtig betont, davon nichts sagt, dass der Nachbar erst im Momente des Anbaues sich einkaufen dürfe, kann man ihm auch die vorherige Ausübung seines Rechtes nicht verwehren. Der wirkliche Grund, welcher, wenn auch vielleicht den Gerichten selbst nicht bewusst, der Praxis der ersten Instanz zugrunde lag, beruhte wohl viel mehr auf der Absicht, das Recht der halben Hofstatt soviel als möglich dem Grundbuchsystem anzupassen: Nur der faktische Anbau

lässt den Hauskäufer erkennen, ob er die Scheidemauer frei, d. h. mit Einschluss des Giebelrechtes, erwirbt oder nicht. Wäre ein Einkauf möglich vor Anbau, so würde damit tatsächlich für den Liegenschaftsverkehr trotz des Grundbuchs, wenigstens hinsichtlich des Giebelrechts, die ganze Unsicherheit des alten Rechtes zurückgerufen. Also bleibt nur denkbar, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Einkaufs vor Anbau überhaupt nicht vorgesehen hat.

Nun ist aber dieser Gedanke, wenn man ihn näher ausführt, praktisch überhaupt nicht durchführbar. In welchem Zeitpunkte soll denn überhaupt das Miteigentum des Einkäufers an der Scheidemauer entstehen und wann erlischt es wieder, falls es durch den Anbau bedingt ist? Wie wäre beispielsweise folgender Fall zu entscheiden: Der eine Nachbar, welcher eingekauft und angebaut hat, reisst zum Zwecke eines Neubaus sein Haus nieder. Muss er sich nun aufs neue einkaufen oder nicht, wenn in der Zwischenzeit das Nachbarshaus die Hand gewechselt hat, der Käufer also ebenfalls im guten Glauben annehmen konnte, dass er ein Haus mit Giebelrecht erwerbe? Müsste sich jener neuerdings einkaufen, so würde hierin eine offensichtliche Ungerechtigkeit liegen. Im entgegengesetzten Falle dagegen, da er sich nicht nochmals einkaufen muss, erwirbt der Käufer des Nachbarhauses auch kein Giebelrecht, obschon er dies in guten Treuen annehmen durfte und das Resultat dem Öffentlichkeitsprinzip des Grundbuchs nicht entspricht. Oder aber, der Nachbar, welcher ganz eingekauft, aber nur zum Teile angebaut hat, ist zur Einstellung des Baues genötigt. Hat er sich dann bei Weiterführung der Baute aufs neue einzukaufen, falls inzwischen das Nachbarhaus veräussert wurde? Wenn ja, liegt darin eine unerträgliche Härte; wenn nein, wird unter Umständen wiederum das Vertrauen des kaufenden Nachbars auf die Vollständigkeit des Grundbuchs getäuscht.

Aber setzt man schliesslich den ganz einfachen Fall voraus, dass der Einkäufer in einem Zuge weiterbaut,

wann ist er überhaupt zahlungspflichtig? Er hat das Recht auf das Eigentum an der Mauer, das aber nach Ansicht der erstinstanzlichen Praxis nur Schritt für Schritt entstehen könnte. Ob man ihm nun zumutet, vor dem Beginne des Baues den ganzen Kaufpreis zu bezahlen, oder dem Nachbar, mit der Zahlung bis nach Vollendung zu warten, jedenfalls würde damit das Grundprinzip aller gegenseitigen Rechtsgeschäfte verletzt, wonach Zug um Zug zu erfüllen ist. Schliesslich müsste der Kaufpreis, der sich nach m^3 berechnet, für jeden überbauten m^2 der Mauerfläche besonders entrichtet werden. Und auch dann noch wäre es eine ungerechte Zumutung an den Einkäufer, auch nur einen m^3 zu bezahlen, bevor er Eigentümer werden kann. Kurz, die Auffassung, dass im Hinblick auf die Anforderungen des Grundbuchsystems der Dritten nicht erkennbare Einkauf vor Anbau rechtlich nicht gültig sei, Miteigentum aber erst durch Anbau, nicht schon durch Einkauf entstehe, lässt sich praktisch überhaupt nicht durchführen. Bei der kantonalen Einführung des Grundbuches, welches die Errichtung von überragendem Eigentum nicht vorsah, stand der Gesetzgeber vielmehr vor der Wahl, entweder die Vorteile des Grundbuchsystemes auch dem Rechte der halben Hofstatt gegenüber durchzuführen und dann dieses abzuschaffen oder wenigstens erheblich zu modifizieren, oder aber, wenn er dies nicht tun wollte, die Konsequenzen in den Kauf zu nehmen, d. h. trotz des Grundbuchsystemes im Liegenschaftsverkehre wenigstens in gewissem Umfange die alte Rechtsunsicherheit beizubehalten. Beides vereinigen, wie es wohl der Praxis des Zivilgerichts als erstrebenswertes Ziel vor Augen schwebte, war dagegen keinesfalls möglich.

III.

Mit dem Nachweise, dass der Einkauf auch vor dem Anbau rechtsgültig ist, sind allerdings die Schwierigkeiten noch nicht beseitigt, welche in der Praxis häufig die Frage

bietet, ob im konkreten Falle tatsächlich schon vor dem Anbau eingekauft ist oder nicht.

So lag im Jahre 1882 dem Zivilgerichte in Sachen Buser c. Ruefli folgender Fall vor: Der Eigentümer zweier benachbarter Parzellen hatte die eine bebaut und die halbe Scheidemauer auf die andere gestellt. Nachher veräusserte er beide Parzellen an verschiedene Käufer. Hatte nun der Eigentümer der unbebauten sich einzukaufen, um anbauen zu können? Er selbst verneinte die Frage, da in einem solchen Falle die Mauer ohne Beanspruchung der halben Hofstatt von Anfang an als gemeinschaftliche errichtet werde. Das Zivilgericht bejahte sie, denn so gut der einen Parzelle gegenüber einer andern desselben Eigentümers eine Servitut zustehen könne, sei auch die Inanspruchnahme der halben Hofstatt gegenüber der Nachbarsparzelle durch einen und denselben Eigentümer möglich.

Mit dem einfachen Hinweise auf diese Möglichkeit ist freilich die massgebende Frage noch nicht entschieden, welche vielmehr dahin lautet: Ist in einem solchen Falle der Einkauf resp. das Miteigentum an der Scheidemauer zu präsumieren oder nicht? Die Antwort ergibt sich wohl aus folgenden Erwägungen: In der Regel findet der Einkauf erst mit dem Anbau statt. Der Käufer des Hauses mit der halbscheidigen Mauer kann daher erwarten, dass sich der Nachbar beim Anbau noch einzukaufen hat. Der Erwerber der unbebauten Parzelle anderseits muss aus demselben Grunde gewärtigen, beim Anbau noch einkaufspflichtig zu werden. Wird nun der Gegenbeweis nicht geleistet, so ist auf das normale Verhältnis abzustellen. Dann spricht aber in der Tat beim heutigen Grundbuchsysteme die Präsumtion ganz allgemein dafür, dass Parzellen desselben Eigentümers, wie solche verschiedener, sich völlig selbständig gegenüberstehen.

Freilich ist auch möglich, dass aus der Hand eines und desselben Eigentümers die beiden Parzellen nach nachweisbar vollzogenem Einkaufe hervorgehen, obschon

im allgemeinen die Präsomption dagegen spricht. So hatte im Jahre 1887 in Sachen Merz c. Grether der Eigentümer der beiden Nachbarparzellen die bebaute zuerst allein verkauft und sich Miteigentum an der Scheidemauer für die unbebaute vorbehalten. Hierauf verkaufte er die unbebaute an denselben Käufer, der somit beide Parzellen in einer Hand vereinigte, aber nach nachweisbar vollzogenem Einkaufe. Der Käufer wiederum veräusserte beide Parzellen an verschiedene Käufer. Als nun der neue Eigentümer der bebauten von dem neuen Eigentümer der unbebauten Einkauf verlangte, entschieden beide Instanzen mit Recht, dass bereits Miteigentum an der Mauer bestehe.

In der Tat beseitigte die Vereinigung der beiden Parzellen in einer Hand das Miteigentum an der Mauer nicht. Allerdings wird zuzugeben sein, dass es dem gleichzeitigen Eigentümer beider Parzellen an sich frei steht, auf irgend eine Weise, z. B. durch Mitteilung an einen Käufer der unbebauten, das Miteigentum beider Parzellen an der Scheidemauer wieder in ein Alleineigentum der bebauten zu verwandeln. Wenigstens kann im modernen Immobilienrechte der Eigentümer zweier Liegenschaften diese ganz allgemein, genau wie wenn die beiden Liegenschaften verschiedenen Eigentümern gehören würden, mit gegenseitigen Rechten und Pflichten ausstatten. Ob die Umwandlung des Miteigentums in Alleineigentum nachweisbar ist, wird allerdings Tatfrage sein. Grundsätzlich ist aber daran festzuhalten, dass die Berechtigung zu dieser Verfügung dem Eigentümer jeden Augenblick zusteht, wenn schon der spätere Käufer sie aus dem Grundbuche nicht zu ersehen vermag.

Ebenso kann im entgegengesetzten Falle, nämlich vor dem Einkaufe, der gleichzeitige Eigentümer beider Parzellen jederzeit die Scheidemauer zur gemeinschaftlichen machen, auch wenn rechtlich Miteigentum an der Mauer erst entsteht, wenn beide Parzellen an verschiedene Eigentümer übergehen. Diese Tatsache wurde vom Zivil-

gerichte im Jahre 1882 in Sachen Abt c. Schmidlin zweifellos verkannt. Der gleichzeitige Eigentümer zweier Nachbarparzellen, von denen die eine bebaut war, die andere nicht, hatte beim Verkaufe der bebauten seinem Käufer mitgeteilt, dass der unbebauten, die der Verkäufer für sich behielt, das Giebelrecht bereits zustehe. Diese an sich etwas auffällige Ausdrucksweise war im konkreten Falle dadurch veranlasst, dass in einem früheren, hinfällig gewordenen Kaufvertrage für die dem Verkäufer verbleibende Parzelle das Miteigentum an der Scheidemauer vorbehalten worden war. Sonst pflegt sich die Praxis in einem solchen Falle etwa dahin auszudrücken, dass der Käufer für die bebaute Parzelle auf das Giebelrecht gegenüber der benachbarten unbebauten verzichte. Jedenfalls war aber, trotz jener etwas ungewöhnlichen Ausdrucksweise, spätestens im Momente jener Mitteilung des Verkäufers an den Käufer der bebauten Parzelle, die Mauer zur gemeinschaftlichen gemacht worden, und diese Mitteilung an den Käufer war vom Gericht infolge Zeugen aussage als bewiesen anerkannt. Nichtsdestoweniger wurde, nachdem später auch die bebaute Parzelle verkauft worden war, der Käufer der unbebauten, als er anbauen wollte, vom Zivilgerichte zum Einkaufe verurteilt: „Denn der mündliche Vorbehalt habe nicht genügt, sofern er nicht im Kaufbriefe wiederholt worden sei.“ Die Unrichtigkeit des Entscheides folgt aus der vorstehenden Erwägung, wonach es dem Eigentümer beider Parzellen jederzeit freisteht, die Mauer zur gemeinschaftlichen zu machen, und zwar, da das Gesetz keine Formvorschrift aufgestellt hat, auch in völlig formloser Weise. Konnte somit bewiesen werden, dass zur Zeit des Verkaufes der unbebauten Parzelle der Einkauf bereits vollzogen war oder doch spätestens in jenem Momente vollzogen wurde, so änderte die Ignorierung dieser Tatsache im Kaufvertrage an der Zugehörigkeit der Mauer zu beiden Parzellen nichts. Dann konnten aber von diesem Momente an beide Nachbarn ihre Liegenschaften nur in demjenigen Zustande weiter-

veräussern, in welchem sie selbst sie besaßen. Das Miteigentum an der Scheidemauer konnte sich ohne spezielles Rechtsgeschäft nicht wieder in das Alleineigentum des einen Nachbarn verwandeln.

Allerdings spielen auch bei allen diesen Entscheidungen Erwägungen mit, die sonst bei Liegenschaftskäufen im modernen Rechte nicht mehr massgebend sind. Auch hier liegt aber der Grund lediglich in der Tatsache, dass die halbe Hofstatt vom Eintrage ins Grundbuch entbunden ist. Weder die Rechtssätze über den guten Glauben des Mobiliarverkehrs noch das Prinzip der Grundbuchwahrheit decken den gutgläubigen Erwerber. Also finden nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anwendung, wonach an sich der Käufer nicht mehr Rechte erwerben kann als dem Verkäufer zustehen.

IV.

Noch mehr Mühe als die bisher erörterten Fälle machten übrigens der Praxis diejenigen Fragen, welche mit einer Abtretung des sogenannten Giebelrechtes zusammenhängen. Ob und wie weit in dieser Hinsicht die Anpassung des Rechtes der halben Hofstatt an das Grundbuchsystem etwas zu ändern vermöchte, wird erst entschieden werden können, wenn die richtige Antwort auf jene Fragen gefunden ist. In ihrer einfachsten Form weisen alle hieher gehörigen Fälle ungefähr folgenden Tatbestand auf: Der Erbauer des Hauses tritt einem Dritten, der nicht Nachbar ist, das sogenannte Giebelrecht ab und verkauft hierauf sein Haus. Erst nachher, d. h. nachdem der Zedent das Haus bereits verkauft hat, will der Nachbar anbauen und nun meldet sich der Zessionar, um die Einkaufssumme zu verlangen. Wem steht nun das Recht auf die Einkaufssumme zu, dem Zessionar der Forderung oder dem Käufer des Hauses, dem der Verkäufer nicht mitteilte, dass er über sein Giebelrecht bereits verfügt habe?

Das Zivilgericht entschied früher zu wiederholten Malen, dass das sogenannte Giebelrecht nur das Be-

nützungsrecht an der halbscheidigen Mauer darstellen könne. Dieses habe aber nur für den einkaufsberechtigten Nachbar Sinn, so dass die Zession an einen Dritten überhaupt nichtig sei. Indessen wird diese Auffassung dem Tatbestande nicht gerecht.

Dem Eigentümer eines Hauses mit halbscheidiger Mauer stehen ja an sich zwei Rechte zu: Einmal das Eigentum an der Mauerhälfte und sodann die Forderung auf die Einkaufssumme. Beide Rechte stehen zwar in einem gewissen Zusammenhang, da mit dem Untergange der Mauer die Forderung erlischt, sind aber gleichwohl ebenso unabhängig voneinander als beispielsweise das Eigentum an einem Wohnhaus und das Forderungsrecht auf die zukünftigen Mietzinse, obschon auch hier das letztere mit dem Untergange des ersteren erlischt. Im allgemeinen pflegt nun für die Abtretung des Giebelrechtes die Formel so allgemein zu lauten, dass sie jedenfalls die Abtretung aller derjenigen Rechte umfasst, welche überhaupt abtretbar sind. Von jenen beiden Rechten des Bauherrn aber ist das eine unübertragbar (abgesehen von der Abtretung an den einkaufsberechtigten Nachbar), nämlich das Eigentum an der Mauerhälfte. Das andere dagegen, welches sich als eine einfache Forderung auf eine Geldsumme charakterisiert, kann an sich frei veräußert werden, sofern nicht etwa nach Art. 164 OR die „Natur des Rechtsverhältnisses“ entgegensteht.

Nun weist diese Forderung allerdings verschiedene Eigentümlichkeiten auf, z. B. solche, welche durch die Tatsache bedingt sind, dass sie nicht einem Vertrage entstammt. Das Gesetz spricht zwar von einem Kaufe. Auch lässt die Analogie mit dem Retraktrechte vermuten, dass es sich in der Tat auch zwischen den Nachbarn bei der halben Hofstatt um ein Kaufgeschäft handle. Hiebei ist aber zu bedenken, dass gerade auch beim Retraktrechte die Bezeichnung als Kauf insofern unzutreffend ist, als es sich um Veräußerung und Erwerb ex lege und nicht ex pacto handelt. Auch die Bezeichnung als venditio neces-

saria vermag diesen Einwand nicht zu beseitigen, denn rechtlich ist es kein Kaufvertrag, gerade weil die Veräusserung auf einer Zwangspflicht beruht. Andererseits freilich ist zuzugeben, dass gleichwohl die Bezeichnung des Retrakts als Kauf nicht unrichtig ist. Freilich nicht weil ein Vertrag vorliegt, sondern weil laut Gesetz ein Rechtsgeschäft als Kaufvertrag behandelt werden soll, das gar nicht auf einem Kontrakte beruht. Darin liegt die Bedeutung des den meisten Gesetzen bekannten Satzes, wonach der Zugsberechtigte an Stelle, oder — wie das Basler Recht vom Miteigentums-Zugsberechtigten noch präziser sagte — in die Fussstapfen des Käufers zu treten hat.¹¹⁾

Bei der halben Hofstatt fehlt aber jede gesetzliche Vorschrift dieser Art, denn zweifellos ist die Bezeichnung „Einkauf“ nicht in diesem weittragenden technischen Sinne zu verstehen. Folglich dürfen weder auf die Leistungen des sogenannten Einkäufers noch auf die Gegenleistung und Haftbarkeit des andern Nachbars die Regeln des Kaufvertrages, sondern nur die allgemeinen Normen ausserkontraktlicher Verhältnisse angewendet werden. Damit ist aber keineswegs negiert, dass der Anspruch des Erbauers der Mauer gegen den Einkaufsberechtigten auf die Einkaufssumme gleichwohl als gewöhnliches Forderungsrecht zu charakterisieren ist. Auch jede andere auf ausserkontraktlichem Grunde beruhende Zahlungspflicht, wie etwa die Haftung auf Grund einer Bereicherungsklage, gewährt dem Berechtigten eine Forderung, obschon sie nicht auf Vertrag, sondern direkt auf Gesetz beruht.

Allerdings weist die Forderung auf die sogenannte Einkaufssumme noch einige weitere Sonderheiten auf. Einmal nämlich entsteht sie erst, wenn der Schuldner erklärt, schulden, d. h. einkaufen zu wollen, obschon der Gläubiger die Gegenleistung stets in Bereitschaft zu halten

¹¹⁾ Gesetz betr. Beschränkung der Zugrechte vom 24. Januar 1859 § 6.

hat. Ferner ist sie nur in ihrem Maximum bestimmt, da vielleicht der Nachbar nie an die ganze Mauer anbauen wird. Auch kann sie nicht nur einmal im vollen Umfange, sondern zu wiederholten Malen teilweise fällig werden, denn die Initiative liegt beim Einkäufer, ob er die ganze Mauer oder nur einen Teil in Anspruch nehmen will. Schliesslich aber kann auch der Gläubiger ihre Existenz und ihren Umfang gefährden, wenn er die Mauer einreisst oder in einen baufälligen Zustand geraten lässt, so dass die künftige Forderung an Wert verliert. Es ist somit allerdings eine hinsichtlich Entstehung und Umfang unbestimmte Forderung, immerhin aber bestimmbar genug, um als Vermögensobjekt im Verkehre betrachtet und behandelt zu werden. Ebenso hat z. B. schon längst die bundesgerichtliche Praxis¹²⁾ in Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Theorie¹³⁾ entschieden, dass die Summe der Mietzinsen, welche sämtliche Liegenschaften ein und desselben Eigentümers in Zukunft tragen werden, eine hinreichend bestimmbare Forderung darstellen, um Gegenstand einer gültigen Zession bilden zu können. Auch hier ist aber ungewiss, ob sich ein oder mehrere Schuldner finden, wieviel und in welchem Zeitpunkte sie zahlen werden und ob der Vermieter das Haus in bewohnbarem Zustande erhalten wird oder nicht. Erkennt man einmal zukünftige Forderungen als frei zessible Werte an, so kann auch der Giebeleinkaufsforderung diese Qualität nicht abgesprochen werden. Allerdings wird eben dieser Unsicherheit wegen der Abnehmer nicht leicht zu finden sein. Damit ist aber nicht gesagt, dass ihm gegebenenfalls der Rechtsschutz entzogen werden darf. Dieses Resultat, dass die Forderung auf die Einkaufssumme nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zweifellos zediert werden kann, ist nun von wesentlicher Bedeutung in allen Fällen, da es sich um die sogenannte Abtretung des Giebelrechtes handelt.

¹²⁾ EBG 12 N. 97.

¹³⁾ Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 313 f.

Handelt es sich um seine Abtretung an den Nachbar, so liegt darin die Übertragung des Miteigentums an der Scheidemauer und die Forderung auf die Einkaufssumme erlischt. Handelt es sich dagegen um seine Übertragung an einen Dritten, so liegt darin die Abtretung der Giebeleinkaufsforderung, während die Übertragung der Mauerhälfte rechtlich unmöglich und übrigens auch wirtschaftlich wertlos wäre. Aber allerdings ist damit auch hinsichtlich der abgetretenen Forderung das Recht des Erwerbers noch kein zuverlässiges. Zwar kann die Giebeleinkaufsforderung wie jede andere zukünftige Forderung, z. B. diejenige auf die Mietzinsen eines Hauses, rechtsgültig abgetreten werden. Aber da es sich dabei nicht um eine bestehende Forderung handelt, sondern nur um eine zukünftige, so ist der Rechtserwerb des Zessionars dadurch bedingt, dass in Zukunft das abgetretene Recht in der Person des Zedenten entsteht. Andernfalls, wenn die abgetretene Forderung erst in der Person eines Dritten zur Entstehung gelangt, der inzwischen die Liegenschaft des Zedenten erworben hat, so hat die frühere Zession rechtlich weder diesem Dritten noch dem Schuldner gegenüber irgend einen Wert, sondern kann nur noch zu einer Regressforderung gegenüber dem Zedenten führen. Denn der Zessionar kann nur die Rechte des Zedenten erwerben, zukünftige Rechte also nur soweit, als sie in Zukunft dem Zedenten erwachsen. Dies ist wohl heute allgemein herrschende Lehre.¹⁴⁾ Wie der Eigentümer eines Hauses die zukünftigen Mietzinsen rechtsgültig abtreten kann, das Recht des Zessionars aber dadurch bedingt ist, dass der Zedent bis zur Entstehung der Mietzinsschuld Eigentümer des Hauses bleibt, so kann auch die Giebeleinkaufsforderung rechtsgültig an einen Dritten abgetreten werden, indessen kann der Zessionar nur dann die Einkaufssumme vom anbauenden Nachbar fordern, wenn sein Zedent

¹⁴⁾ Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte S. 212 f., 225 f.

im Momente des Anbaues noch Eigentümer der bebauten Parzelle ist.

Gerade diese Rechtssätze sind aber in der Praxis bisher vielfach verkannt worden. So z. B. im Falle Aichner c. Memminger u. Bühler, welcher im Jahre 1892 beide Instanzen beschäftigte. Ein Bauherr bestimmte im Vertrage mit seinem Baumeister wörtlich folgendes: „Im Übernahmspreis sind nur zwei halbe Giebel berechnet, deshalb besitzt der Unternehmer das Eigentum resp. Benützungsrecht an beiden Giebelseiten unentgeltlich.“ Vor dem Einkaufe von seiten der Nachbarn verkaufte der Bauherr sein Haus. Als nun später der eine Nachbar anbauen wollte, klagte der Baumeister die Einkaufssumme ein unter Streitverkündigung an den Bauherrn als seinen Zedenten.

Wie die Klage gegen den Nachbar, so wurde vom Zivilgerichte auch die Regressforderung gegen den Zedenten abgewiesen, weil schon die Abtretung des Giebelrechtes an den Baumeister als Nicht-Nachbar nichtig gewesen sei. Das Appellationsgericht bestätigte die Abweisung der Klage, schützte aber die Regressforderung des Baumeisters, und zwar mit folgender Begründung: Der Baumeister vermöge zwar dem jetzigen Nachbar gegenüber nichts auszurichten, weil er nie ein dingliches Recht an der halbscheidigen Mauer erworben habe. Dagegen sei die Regressforderung begründet, denn da er dem Bauherrn im Hinblick auf jene Bedingung nur die halben Giebelbaukosten berechnet habe, würde das Urteil des Zivilgerichts zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Bauherrn führen.

Beide Urteile stimmen also darin überein, dass sie die Klage des Baumeisters gegenüber dem Einkäufer aus dem Grunde abweisen, weil nur der Nachbar, nicht auch ein Dritter, die halbscheidige Mauer erwerben könne. Nun ist es aber überhaupt unrichtig oder doch nur nebensächlich, dass jene Vertragsklausel dem Baumeister Miteigentum an den beiden Scheidemauern verschaffen sollte. In der Hauptsache bezweckte sie vielmehr lediglich, dem

Baumeister die Forderung auf die beiden Einkaufssummen abzutreten, welche die Nachbarn laut Gesetz zu entrichten hatten, wenn sie in Zukunft anbauen wollten. Diese Zession war aber durchaus rechtsgültig. Allerdings war die Klage gleichwohl abzuweisen, aber einzig und allein aus dem Grunde, weil, als der Nachbar anbaute, der Bauherr, der die Giebeleinkaufsforderung zediert hatte, nicht mehr Eigentümer der bebauten Liegenschaft war. Die abgetretene Forderung kam also nicht in seiner, d. h. in der Person des Zedenten zur Entstehung und darum auch nicht in derjenigen des Zessionars, der nur die Rechte seines Zedenten erwerben konnte. Dagegen war allerdings der Regress des Baumeisters gegenüber dem Bauherrn zu schützen, weil auch bei der Zession zukünftiger Forderungen der Zedent für die Rechtsbeständigkeit der Forderung einzustehen hat. Allerdings haftet im allgemeinen der Zedent nur für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung. Bei einer zukünftigen Forderung hat er aber im Sinne der Parteien für ihren Bestand im Augenblick der Entstehung aufzukommen.

Kurz, überall wo die Abtretung eines Giebelrechtes in Frage steht, wird die rechtliche Bedeutung grundsätzlich eine andere sein, je nachdem die Abtretung an den Nachbar oder einen Dritten erfolgt. Im ersteren Falle ist sie Abtretung des Miteigentums an der Mauerhälfte, im letzteren Zession der Giebeleinkaufsforderung, und die rechtliche Bedeutung dieser ist wiederum verschieden, wenigstens gegenüber dem Einkaufspflichtigen, je nachdem die Giebeleinkaufsforderung in der Person des Zedenten zur Entstehung gelangt oder nicht.

Übrigens kann auch bei der Abtretung an den Nachbar das Rechtsgeschäft sich auf eine Zession der Giebeleinkaufsforderung beschränken und das Alleineigentum an der Mauer einstweilen beim Zedenten belassen. Das wäre z. B. anzunehmen, wenn im konkreten Falle der Nachbar sich ausdrücklich gegen jegliche Unterhaltungspflicht hinsichtlich der Mauer verwahren und die Abtretung des Giebel-

rechtes nur annehmen würde, etwa um Deckung für ein Guthaben zu erhalten, das ihm gegenüber dem Erbauer der Scheidemauer zusteht. Dann genügt allerdings eine einfache Erklärung des Einkaufsberechtigten, Miteigentum erwerben zu wollen, um die Mauer zur gemeinschaftlichen zu machen, denn eine Zahlungspflicht steht nicht mehr entgegen. Praktischer als dieser, zur Charakteristik der Unabhängigkeit von Miteigentums- und Forderungsrecht immerhin geeignete Fall ist der andere, da der Einkaufsberechtigte die an einen Dritten zederte Forderung in der Folge von diesem erwirbt. An sich ist auch er damit noch nicht Miteigentümer geworden, sondern kann es nur jederzeit durch einseitige Erklärung werden. Unterlässt er eine solche, so kann dies z. B. praktische Bedeutung erlangen, wenn er seinerseits, noch bevor er angebaut hat, seine Liegenschaft weiter veräußert. Denn dann hat sein Käufer, wenn er anbauen will, die Giebeleinkaufsforderung an ihn zu bezahlen und nicht an den Eigentümer der bebauten Parzelle, sofern dieser wenigstens noch derselbe ist, der seinerzeit das Giebelrecht abtrat.

Die praktische Bedeutung einer solchen Miteigentums-erklärung hat übrigens auch der Fall Böhmler c. Waldvogel vom Jahre 1886 ergeben. Auf das Wesentlichste beschränkt, war der Tatbestand folgender: Der Erbauer und Hauseigentümer hatte das Giebelrecht an einen Dritten abgetreten, der es wiederum an den einkaufsberechtigten Nachbar zederte. Offenbar machte dieser dem Hauseigentümer aber nie Mitteilung von der Zession, so dass er auch nie Miteigentümer der Scheidemauer wurde. Erst als der Hauseigentümer später in Konkurs geriet, benachrichtigte der einkaufsberechtigte Nachbar die Konkursverwaltung von der Zession an ihn. Indessen beachtete die Konkursverwaltung diese Anzeige nicht, von der Auffassung ausgehend, dass die Abtretung des Giebelrechtes an einen Dritten überhaupt nichtig sei, und brachte das Haus ohne Vorbehalt zur gerichtlichen Gant. Als hernach der Nachbar anbauen wollte, verlangte der Gantkäufer den

Einkauf und wurde vom Zivilgericht geschützt. Tatsächlich war aber jene Anzeige des Nachbars an die Konkursverwaltung nichts anderes als die Erklärung, das Miteigentum an der Scheidemauer zu beanspruchen, wozu der Einkaufsberechtigte als Zessionar der Giebeleinkaufsforderung jeden Augenblick berechtigt war. Da sie ferner vor der Versteigerung erfolgte, erwarb der einkaufsberechtigte Nachbar noch rechtzeitig Miteigentum an der Mauer, d. h. bevor die bebaute Liegenschaft die Hand wechselte, so dass der Gantkäufer nicht geltend machen konnte, dass die Forderung auf die Einkaufssumme erst in seiner Person zur Entstehung gelangt sei. Demnach durfte auch seine Klage nicht geschützt werden.

Allerdings bilden diese Fragen, in welchen der Nachbar nur die Giebeleinkaufsforderung erwirbt, aber nicht das Miteigentum an der Scheidemauer, seltene Ausnahmen. In der Regel verschafft ihm die Abtretung des Giebelrechtes Miteigentum an der Scheidemauer, und nur bei dem Dritten, der nicht Nachbar ist, beschränkt sich normalerweise die Rechtswirkung auf die Zession der Giebeleinkaufsforderung. Soweit sich nun rechtliche Komplikationen daraus ergeben, dass es sich um die Zession einer zukünftigen Forderung handelt, welche dem Zessionare nur in dem Falle ein zuverlässiges Recht verschafft, dass später die Forderung in der Person des Zedenten entsteht, handelt es sich um Schwierigkeiten, welche mit der Abtretung jedes zukünftigen Rechtes verbunden sind und die auch durch eine Vormerkung des Rechtes der halben Hofstatt im Grundbuche nicht vermindert würden. Da ferner die Abtretung der Giebeleinkaufsforderung an einen Dritten nur den Zedenten selbst verpflichtet, aber nicht seinen Rechtsnachfolger, welcher die Liegenschaft von ihm erwirbt, wird dadurch die praktische Bedeutung der Ausnahme wiederum wesentlich reduziert, welche das Recht der halben Hofstatt gegenüber den allgemeinen Regeln des Grundbuchrechtes darstellt. Schliesslich beschränkt sie sich darauf, dass der Käufer eines Hauses mit halb-

scheidiger Scheidemauer, an welche der Nachbar noch nicht angebaut hat, weder äusserlich erkennen noch dem Grundbuche entnehmen kann, ob der Nachbar sich schon eingekauft hat oder nicht. Ist es schon geschehen, so besteht bereits Miteigentum an der Mauer und der Käufer erwirbt keine Forderung auf die Einkaufssumme. Ist es aber noch nicht geschehen, so kann der Hauskäufer mit Sicherheit darauf rechnen, dass im Falle eines zukünftigen Anbaues die Einkaufssumme ihm zu entrichten ist, gleichgültig, ob und wieweit sein Verkäufer eventuell die Giebeleinkaufsforderung schon an einen Dritten abgetreten hat. Denn da die Forderung auf die Giebeleinkaufssumme erst im Momente des Einkaufs entsteht, wird der dannzumalige Eigentümer der Mauer Gläubiger und nicht der frühere Zedent, somit auch nicht dessen Zessionar.

V.

Interessant ist nun der neueste Versuch der Praxis, das Recht der halben Hofstatt auch noch hinsichtlich dieser einen Ausnahme mit dem Grundbuchsysteme in Einklang zu bringen. Der Eigentümer zweier Parzellen, von denen die eine bebaut, die andere unbebaut war, verkaufte die bebaute und behielt sich für die unbebaute das Recht vor, unentgeltlich an den Giebel der verkauften Nachbarliegenschaft anbauen zu dürfen. Darauf verlangte er den Eintrag einer entsprechenden Servitut im Grundbuche. Die Grundbuchverwaltung wies das Begehren ab, weil es sich nur um eine persönliche Forderung handle oder um die Konstatierung einer Zahlung, für welche eine einfache Quittung genüge. Die Justizkommission als Aufsichtsbehörde über das Grundbuch hiess aber mit Entscheid vom 26. Oktober 1921 den Eintrag gut, und zwar in längerer Begründung, weil der Wille der Parteien, der auf das Recht der Benützung der gemeinschaftlichen Scheidemauer ohne Bezahlung einer Einkaufssumme ge-

richtet ist, sich zwangslos unter den Begriff der Grunddienstbarkeit bringen lasse.¹⁵⁾

Nun mag es allerdings auf den ersten Blick als ein Umweg erscheinen, dass überragendes Eigentum, um im Grundbuche eingetragen zu werden, in die Gestalt einer Servitut gekleidet werden muss. Immerhin ist dies aber in der Tat der Standpunkt des ZGB, das in Art. 674 bestimmt, dass das Recht auf den Überbau, wenigstens im Falle des sogenannten Grenzüberbaues, als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden kann. Nun stellt aber die Scheidemauer, welche unter Beanspruchung der halben Hofstatt errichtet wurde, tatsächlich nichts anderes dar als einen Grenzüberbau, so dass auch ein entsprechender Eintrag im Grundbuche ohne weiteres zulässig sein muss. Allerdings sind damit noch keineswegs alle Schwierigkeiten beseitigt. Erstens einmal bleibt der Eintrag des Rechtes der halben Hofstatt auch in Form einer Servitut fakultativ und ist nicht obligatorisch, so dass in Ermangelung eines Grundbucheintrags die rechtliche Unsicherheit im vollen Umfange bestehen bleibt. Sodann aber vermag auch die

¹⁵⁾ Der Gedankengang der Begründung ist folgender: Die halbe Hofstatt gehöre dem Nachbarrecht an und trage den Charakter einer nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkung; nach ZGB Art. 680 könne sie im Gegensatz zu einer öffentlich-rechtlichen Beschränkung durch Rechtsgeschäft abgeändert oder aufgehoben werden; die vorgeschriebene Form sei nach dem gleichen Artikel die öffentliche Beurkundung und der Eintrag im Grundbuche. Indessen ist der Einkauf materiell keine Abänderung einer nachbarrechtlichen Beschränkung, sondern die einfache Ausübung des Rechtes, das dem Nachbar von Gesetzes wegen als Entgelt dafür zusteht, dass er die Scheidemauer auf seinem Grund und Boden dulden muss. Formell ist ferner der Einkauf ohne jegliche Form rechtsgültig und für den Eintrag im Grundbuche in Gestalt einer Servitut muss daher jedenfalls nach ZGB Art. 732 einfache Schriftlichkeit genügen. Übrigens ist nicht zu übersehen, dass es sich beim Eintrage des Einkaufes lediglich um die Vormerkung des Miteigentums an einer überragenden Baute handelt, die aber ihrerseits nach ZGB Art. 674 Abs. 2 als Dienstbarkeit eintragbar ist.

Einkleidung in die Gestalt einer Servitut in denjenigen Fällen nur wenig zu helfen, in welchen der Nachbar sich nicht in die ganze Scheidemauer einkauft, sondern nur in einen Teil. Das Grundbuch vermag ja keinen Aufschluss zu erteilen über die Grösse, Beschaffenheit etc. der Scheidemauer, also kann ihm auch im Falle eines nur teilweisen Einkaufes von seiten des Nachbars nur ganz allgemein entnommen werden, dass die Scheidemauer zum Teile als gemeinschaftliche benützt ist, nicht aber, wieweit sich das Miteigentum erstreckt. Immerhin, da in der Praxis der vollständige Einkauf die Regel darstellt, bildet der Eintrag der halbscheidigen Scheidemauer als Überbau gemäss Art. 674 ZGB in der Tat einen Weg, um das Recht der halben Hofstatt mit dem Grundbuchsysteme in Einklang zu bringen. Interessant ist diese Entscheidung der Justizkommission aber auch darum, weil sie, wenn auch auf anderem Wege als der Gesetzgeber, dennoch zum gleichen Resultate gelangt ist, dass nämlich das überragende Eigentum im Falle des Grenzüberbaues am zweckmässigsten in Form einer Dienstbarkeit im Grundbuche eingetragen wird. Hoffentlich trägt aber die Erkenntnis, dass das Recht der halben Hofstatt nichts anderes als einen Fall des vom ZGB vorgesehenen Grenzüberbaues darstellt, also auch mit dem modernen Rechte durchaus verträglich ist, dazu bei, dass die Praxis sich in Zukunft mit seiner Anwendung etwas leichter abzufinden vermag als es bisher den Anschein hatte.
