Urteilskopf

103 II 176

31. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. September 1977 i.S. Akeret gegen Metz
Regeste (de):
Übertragbare Personaldienstbarkeit (Art. 781 Abs. 2 ZGB); Wohnrecht.

Ein dem Wohnrecht entsprechendes, aber erbliches und übertragbares Benützungsrecht an einer Wohnung kann nicht in die Form einer übertragbaren Personaldienstbarkeit im Sinne von Art. 781 Abs. 2 ZGB gekleidet werden (E. 2).

Konversion der nichtigen Personaldienstbarkeit in ein Wohnrecht (E. 3) oder in ein Mietverhältnis von unbestimmter Dauer (E. 4)?

Regeste (fr):
Servitude personnelle cessible (art. 781 al. 2 CC); droit d'habitation.

Ne peut pas être revêtu de la forme d'une servitude personnelle cessible, au sens de l'art. 781 al. 2 CC, le droit d'usage d'un appartement, équivalant au droit d'habitation, mais héréditaire et cessible. (consid. 2).

Conversion de la servitude personnelle nulle en un droit d'habitation (consid. 3) ou en un bail à loyer de durée indéterminée (consid. 4)?

Regesto (it):
Servitù personale cedibile (art. 781 cpv. 2 CC); diritto di abitazione.

Un diritto d'uso di un appartamento, corrispondente al diritto d'abitazione, ma ereditario e cedibile, non può rivestire la forma di una servitù personale cedibile ai sensi dell'art. 781 cpv. 2 CC (consid. 2).

Conversione della servitù personale nulla in un diritto di abitazione (consid. 3) o in una locazione di durata indeterminata (consid. 4)?

Sachverhalt ab Seite 177

A.- Hermann Akeret ist Eigentümer des Hauses "Sur Punt" in St. Moritz-Bad. Am 12. September 1961 schloss er mit Arthur Metz einen schriftlichen Mietvertrag, gemäss welchem er diesem eine unmöblierte 3 1/2-Zimmer-Wohnung im Haus "Sur Punt" zu einem jährlichen Mietzins (ohne Nebenkosten) von Fr. 2'700.– zur Benützung überliess. Es wurde eine feste Mietzeit von zwei Jahren vereinbart, die vom 1. März 1962 bis 29. Februar 1964 dauern sollte; ohne Kündigung seitens einer der Parteien sollte sich der Vertrag hernach automatisch um jeweils sechs Monate verlängern. In einem gleichentags unterzeichneten Anhang zum Mietvertrag erklärte sich H. Akeret bereit, A. Metz wahlweise an der von diesem gemieteten 3 1/2-Zimmer-Wohnung oder an einer im gleichen Hause befindlichen 4 1/2-Zimmer-Wohnung ein "Wohnungs-Eigentumsrecht" einzuräumen. Als Gegenleistung wurde die Übernahme eines unkündbaren Inhaberschuldbriefes im Betrage von Fr. 60'000.– (resp.

von Fr. 75'000.– im Falle der Wahl der 4 1/2-Zimmer-Wohnung) durch A. Metz vorgesehen. Die näheren Bedingungen sollten in einem besonderen Vertrag festgelegt werden.
Weil die Begründung von Stockwerkeigentum damals noch nicht möglich war, suchten die Vertragspartner nach einer möglichst ähnlichen Lösung. Zu diesem Zweck schlossen sie am 19. Januar 1962 einen Vertrag ab, der im wesentlichen folgendes bestimmte: "1. Herr Akeret räumt hiermit Herrn Metz an der unmöblierten 3 1/2-Zimmer-Wohnung im Osten des 2. Stockes der Liegenschaft "Sur Punt" ein unkündbares, erbliches und veräusserliches ausschliessliches Benutzungsrecht ein, das im Grundbuch als übertragbare Personaldienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB eingetragen wird. 2. Herr Metz verpflichtet sich, als Gegenleistung, einen bereits bestehenden Inhaberschuldbrief in der Höhe von Fr. 61'000.– im 2. Rang (Vorrang Fr. 180'000) zu übernehmen, der durch die Einräumung des Benutzungsrechtes unverzinslich und für beide Teile unkündbar wird. Herr Akeret hat das Vorkaufsrecht. 3. (nähere Beschreibung der Wohnung und der vom Berechtigten mit benützbaren Räume und Einrichtungen).

BGE 103 II 176 S. 178

4. Die Nebenkosten sind vom jeweiligen Wohnungsbenützer monatlich zu vergüten. Dies sind: ...
5. Da der von Herrn Metz zu übernehmende, bereits bestehende Inhaber-Schuldbrief den im Vertrag vom 12.9.61 festgesetzten Betrag von Fr. 60'000.– um Fr. 1'000.– übersteigt, wird Herr Akeret für den Betrag von Fr. 1'000.– an der Wohnung wertvermehrende Verbesserungen (evt. Einbau eines separaten WC) vornehmen. 6. Sollte das mit diesem Vertrag festgesetzte Benutzungsrecht aus irgend einem Grunde aufgehoben oder als nichtig erklärt werden, hat Herr Metz Anrecht auf eine Entschädigung in der Höhe der bis zu jenem Zeitpunkt eingetretenen Wertsteigerung der Wohnung. Da der bei Vertragsabschluss festgesetzte Wert von Fr. 60'000.– der Kapitalisierung der Miete von Fr. 2'700.– zu 4 1/2% entspricht, gilt als Wert der Wohnung im Zeitpunkt einer allfälligen Aufhebung bzw. Nichtigerklärung ebenfalls der zu 4 1/2% kapitalisierte, im dannzumaligen Zeitpunkt erzielbare Mietpreis. 7. Nach Inkrafttreten der vorgesehenen Revision der Bestimmungen des ZGB über das Miteigentum und der Ergänzung mit Vorschriften über Wohnungs- bzw. Stockwerkseigentum ist Herr Metz berechtigt, sich als Eigentümer der unter 1. genannten Wohnung ins Grundbuch eintragen zu lassen, und zwar ohne zusätzliche Leistungen, auch wenn der dannzumalige Wert der Wohnung den Betrag von Fr. 61'000.– übersteigt. 8. ...
9. ...
10. ...
11. Dieser Vertrag tritt am 1. Februar 1962 in Kraft, sofern der jetzige Mieter die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt verlassen hat, andernfalls wird die Übergabe der Wohnung bis spätestens 1. März 1962 hinausgeschoben. Der Vertrag hat auch für die Rechtsnachfolger der beiden Parteien Gültigkeit." Am 16. Februar 1962 liessen H. Akeret und A. Metz einen Dienstbarkeitsvertrag öffentlich beurkunden, worin sie die Errichtung folgender Personaldienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB vereinbarten: "Ausschliessliches Benützungsrecht an der 3 1/2-Zimmer-Wohnung im Osten des 2. Stockes des Hauses No. 59 auf Parzelle No. 1846, bestehend aus Wohnzimmer mit Cheminée, Wohndiele, zwei Doppelschlafzimmern, Küche mit elektr. Kochherd und eingebauten Küchenmöbeln, Badezimmer mit WC, sowie einem Estrich-Raum, zu Gunsten von Herrn Arthur Metz, Zürich. Dem Berechtigten wird ferner das Recht eingeräumt, die für die Bewohnung der Wohnung notwendigen Gebäudeteile, wie Treppenhaus, Waschküche mit vollautomatischer Waschmaschine, Trockenraum mit Wäschehänge, sowie ein Drittel der im 1. Stock gelegenen Terrasse, ferner Luftschutzkeller und ein Parkplatz, mitzubenützen. Das Recht ist unkündbar, vererblich und veräusserlich, d.h. übertragbar. Herr Arthur Metz ist berechtigt, die Wohnung durch von ihm bezeichnete Dritte benützen zu lassen.

BGE 103 II 176 S. 179

Die Wohnung ist an die Zentralheizung und die zentrale Warmwasseranlage des Hauses No. 59 angeschlossen.

Die Nebenkosten sind vom Berechtigten monatlich zu vergüten, gemäss separater Abmachung." Mit Nachtrag vom 12. Februar 1964 wurde dieser Dienstbarkeitsvertrag dahin abgeändert, dass das A. Metz eingeräumte ausschliessliche Benützungsrecht auf ein weiteres Zimmer sowie auf einen Kellerraum ausgedehnt wurde; demgegenüber wurde das Recht auf Benützung eines Teils des Estrichs aufgehoben. Als Gegenleistung für die Erweiterung des Benützungsrechts wurde der von A. Metz übernommene Inhaberschuldbrief gegen Bezahlung von Fr. 5'000.– auf den Betrag von Fr. 66'000.– erhöht. Sowohl der Dienstbarkeitsvertrag vom 16. Februar 1962 als auch der Nachtrag vom 12. Februar 1964 wurden im Grundbuch der Gemeinde St. Moritz auf Blatt Nr. 1114 eingetragen.

B.- Am 27. Januar 1973 leitete H. Akeret beim Vermittleramt Oberengadin gegen A. Metz Klage ein. Er beantragte im wesentlichen, es sei festzustellen, dass der Dienstbarkeitsvertrag vom 16. Februar 1962 dahingefallen sei, und das Grundbuchamt St. Moritz sei anzuweisen, das zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragene Wohnungsbenützungsrecht zu löschen. Der Beklagte hielt an der Gültigkeit des Benützungsrechts fest und verlangte für den Fall von dessen Aufhebung eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 242'666.–.
Mit Urteil vom 30. August 1976 hiess das Kantonsgericht von Graubünden in zweiter Instanz die Klage teilweise gut. Es stellte fest, dass der zwischen den Parteien am 19. Januar 1962 geschlossene Vertrag sowie der Dienstbarkeitsvertrag vom 16. Februar 1962 und die dazu gehörige Ergänzung vom 12. Februar 1964 aufgelöst seien und verpflichtete den Kläger, dem Beklagten für die Auflösung des Benützungsrechtes eine Entschädigung von Fr. 89'180.– zu bezahlen.

C.- Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger die Berufung ans Bundesgericht, worauf der Beklagte Anschlussberufung erhob. Das Bundesgericht weist sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. In materieller Hinsicht ist in erster Linie streitig, ob das von den Parteien als Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781

ZGB vereinbarte Recht des Beklagten auf Benützung einer Wohnung im Hause des Klägers unwirksam sei. Währenddem der Kläger in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Auffassung vertritt, die im Grundbuch eingetragene Servitut verstosse gegen zwingende Grundsätze des Sachenrechts und müsse daher gelöscht werden, hält der Beklagte sie für zulässig und verlangt in seiner Anschlussberufung die Feststellung der Gültigkeit des Grundbucheintrags. Seit dem Inkrafttreten des ZGB bis zur Einführung des Stockwerkeigentums am 1. Januar 1965 hat die Frage, ob sich mit Hilfe von Dienstbarkeiten eine dem Stockwerkeigentum wirtschaftlich entsprechende Lösung verwirklichen lasse, Praxis und Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt. Ursprünglich war die Meinung allgemein verbreitet, dass das ZGB es zulasse, ein mit dem Stockwerkeigentum vergleichbares Benützungsrecht an einem Stockwerk oder an einer Wohnung als übertragbare Personalservitut im Sinne von Art. 781 eintragen zu lassen, sei es in Verbindung mit der Begründung von Miteigentum zwischen den einzelnen Benützungsberechtigten, sei es ohne eine solche (zu den verschiedenen Lehrmeinungen und Lösungsvorschlägen vgl. H. SATTIVA, Recherches sur la propriété par étages, Diss. Lausanne 1954, S. 88 ff.). In einem Kreisschreiben vom 10. Oktober 1951 an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Grundbuch vertrat auch das eidgenössische Justiz-und Polizeidepartement unter Hinweis auf die einstimmige Entgegennahme eines Postulates Cottier (Lausanne) durch den Nationalrat die Auffassung, dass eine Änderung des ZGB

nicht notwendig sei, weil dieses den Beteiligten Ersatzformen zur Verfügung stelle, die zwar nicht nach der rechtlichen Konstruktion, wohl aber in bezug auf die wirtschaftliche Auswirkung die Begründung von Stockwerkeigentum ermöglichten. Den kantonalen Aufsichtsbehörden wurde empfohlen, die Grundbuchämter auf diese im Kreisschreiben näher dargestellten Ersatzformen hinzuweisen (ZBGR 32/1951 S. 349/350). Die neuere Lehre ist demgegenüber einhellig zur Auffassung gelangt, das ZGB lasse eine dienstbarkeitsrechtliche Ersatzlösung für das Stockwerkeigentum nicht zu. Insbesondere FLATTET, LIVER, FRIEDRICH und SATTIVA gelangten zum Ergebnis, dass eine übertragbare und vererbliche Personaldienstbarkeit, die dem Berechtigten ein mit dem Stockwerkeigentum vergleichbares dauerndes und

ausschliessliches Benützungsrecht verleihen würde, nach dem ZGB nicht begründet werden könne (nebst dem bereits zitierten Werk von SATTIVA, S. 109 f., sei vor allem verwiesen auf FLATTET, La propriété par étages, ZSR 75/1956 II S. 591a ff., insbesondere S. 663a und 681a; LIVER, Das Stockwerkeigentum, Umwandlung und Neubegründung, ZBGR 35/1954 S. 67 ff., insbesondere S. 69 f., und Kommentar zum Sachenrecht, N. 64 der Einleitung sowie N. 6 ff. zu Art. 730 ZGB; FRIEDRICH, Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, ZSR 75/1956 II S. 43a ff., insbesondere S. 47a).
Die erwähnten Autoren gehen davon aus, dass das ZGB in den Art. 776-778 die Befugnis, ein Stockwerk oder eine Wohnung ausschliesslich zu benützen, in der Form des Wohnrechts als Personaldienstbarkeit abschliessend geregelt hat. Aus dem Umstand, dass das Wohnrecht nach der zwingenden Anordnung in Art. 776 Abs. 2 ZGB weder übertragen noch vererbt werden kann, leiten sie ab, dass es mit dem Sinn dieser Regelung nicht vereinbar wäre, ein Recht gleichen Inhalts als übertragbare Dienstbarkeit gemäss Art. 781 Abs. 2 ZGB begründen zu können. Diese Auslegung des Gesetzes vermag zu überzeugen. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb das Wohnrecht als eine auf das Leben des Berechtigten begrenzte, unübertragbare Personaldienstbarkeit ausgestaltet worden wäre, wenn es zulässig sein sollte, das gleiche Recht gestützt auf Art. 781 ZGB als übertragbare und vererbliche Servitut zu begründen. Diese Überlegung erhält noch vermehrtes Gewicht durch den Umstand, dass das Sachenrecht des ZGB vom Grundsatz der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte beherrscht ist und dass die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Rechte, soweit eine solche durch das Gesetz überhaupt erfolgt ist, zwingenden Charakter aufweist (zum Prinzip der Typengebundenheit und Typenfixierung vgl. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Sachenrecht, Systematischer Teil, N. 35 ff. und 41; sowie LIVER, Kommentar zum Sachenrecht, N. 61 ff. der Einleitung). Das Wohnrecht gehört wie die Nutzniessung zu den inhaltlich näher bestimmten Dienstbarkeiten. Der Grund für die Regelung des Inhalts dieser Rechte und für die Begrenzung ihrer Dauer ist, wie besonders LIVER hervorhebt (a.a.O. N. 64), darin zu erblicken, dass sie wegen ihres umfassenden Charakters das Eigentum sehr stark einschränken. Es würde deshalb gegen den zwingenden Charakter

dieser gesetzlichen Ordnung verstossen, wenn inhaltlich gleiche Rechte als übertragbare irreguläre Personaldienstbarkeiten oder als Grunddienstbarkeiten, deren Dauer nicht begrenzt ist, begründet werden könnten (vgl. in diesem Sinne auch LEEMANN, N. 37 zu Art. 781 ZGB; HOMBERGER und MARTI, SJK 567, Ziff. I; PIOTET, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, S. 549). Die Erkenntnis, dass ein dem Wohnrecht entsprechendes Benützungsrecht an einem Stockwerk oder an einer Wohnung nicht in die Form einer übertragbaren Personalservitut im Sinne von Art. 781 Abs. 2 ZGB gekleidet werden kann, bildete denn auch einen der rechtlichen Gründe für die Einführung des Stockwerkeigentums. Die bundesrätliche

Botschaft vom 7. Dezember 1962 hob hervor, dass die Zulassung einer solchen Dienstbarkeit mit dem Prinzip der geschlossenen Zahl und der Typizität der Dienstbarkeiten unvereinbar wäre. Sie kam zum Schluss, dass es eine Ersatzform für das Stockwerkeigentum, "die allen praktischen Anforderungen genügen könnte und die sich dem geltenden Recht widerspruchslos einfügen liesse", nicht gebe (vgl. BBl 1962 II S. 1466). Mit der Einführung des Stockwerkeigentums hat sich der Gesetzgeber der Ablehnung von übertragbaren irregulären Personalservituten mit dem Inhalt des Wohnrechts oder der Nutzniessung durch die neuere Lehre angeschlossen. Heute besteht jedenfalls keinerlei Anlass mehr, eine servitutarische Ersatzform für das Stockwerkeigentum zuzulassen, die dem Dienstbarkeitsrecht widerspricht. Vor der Gesetzesrevision führte vor allem Art. 114 Abs. 2 der Grundbuchverordnung zu einer grossen Rechtsunsicherheit. Diese Bestimmung sah in ihrer ursprünglichen Fassung vor, altrechtliches Stockwerkeigentum könne in der Weise dem Grundbuchrecht des ZGB angepasst werden, dass zugunsten des einen Berechtigten das Eigentum an Grund und Boden und zugunsten des andern eine übertragbare Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB eingetragen werde. Die Tragweite dieser Vorschrift, die unter den Schluss- und Übergangsbestimmungen figurierte, beschränkte sich zwar bei richtiger Betrachtung schon auf Grund ihrer systematischen Stellung auf die Umwandlung von Stockwerkeigentum des bisherigen kantonalen Rechts. Trotzdem gab sie immer wieder zu Zweifeln Anlass, ob Art. 781 Abs. 2 ZGB nicht auch die Begründung neuer Benützungsrechte

an Stockwerken und Wohnungen in der Form übertragbarer Personalservituten zulasse. Im Zusammenhang mit der Einführung des Stockwerkeigentums ist Art. 114 Abs. 2 der Grundbuchverordnung jedoch geändert worden. In seiner heutigen Fassung erwähnt er die in Frage stehende Ersatzform für das Stockwerkeigentum nicht mehr. Dafür sieht der neu eingefügte Art. 22bis SchlT ZGB vor, dass das früher vom kantonalen Recht beherrschte Stockwerkeigentum den neuen Vorschriften des ZGB unterstellt ist. Heute besteht somit eine klare Rechtslage. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es angezeigt, dass sich das Bundesgericht der in der neueren Lehre vertretenen Auffassung vorbehaltlos anschliesst und übertragbare irreguläre Personalservituten, die inhaltlich einem Wohnrecht gleichkommen, als mit dem Gesetz unvereinbar und daher als nichtig betrachtet. Dass viele solche Dienstbarkeiten begründet worden sind, wie der Beklagte geltend macht, kann einer solchen Entscheidung nicht entgegenstehen, und zwar umso weniger, seitdem das Gesetz die Möglichkeit ausdrücklich vorsieht, ein dauerndes Benützungsrecht an Stockwerken und Wohnungen in Form von Stockwerkeigentum zu begründen.
Der Beklagte vertritt die Auffassung, die Eintragung der streitigen Dienstbarkeit im Grundbuch müsse aufrecht erhalten bleiben, selbst wenn sie zu Unrecht erfolgt sein sollte. Er beruft sich hiefür einerseits auf Heilung des Mangels durch ordentliche Ersitzung und andererseits darauf, die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Kläger sei rechtsmissbräuchlich. Dabei übersieht er jedoch, dass ein nicht eintragungsfähiges Recht wie die hier in Frage stehende Dienstbarkeit weder durch Ersitzung geheilt noch auf Grund des Verbots des Rechtsmissbrauchs unanfechtbar werden kann (BGE 93 II 298 /299 E. 4; LIVER, N. 149 zu Art. 734 ZGB). Es ist dies eine notwendige Folge des Grundsatzes der Typengebundenheit der dinglichen Rechte. Der Schutz des guten Glaubens kann nicht dazu führen, dass Rechte, die nicht mit dinglicher Wirkung begründet werden können, zufolge ihrer Eintragung ins Grundbuch oder wegen ihrer langjährigen unangefochtenen Ausübung eine solche Wirkung erlangen.

3. Erweist sich die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit als mit dem Gesetz unvereinbar und daher unwirksam, haben die kantonalen Instanzen zu Recht deren Löschung

angeordnet, indem sie den vom Kläger als Eigentümer des belasteten Grundstücks erhobenen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gestützt auf Art. 975 Abs. 1 ZGB schützten (vgl. dazu BGE 93 II 299 E. 6 und LIVER, N. 150 zu Art. 734 ZGB). Der Beklagte wendet dagegen ein, die Unzulässigkeit der unbeschränkten Dauer der eingetragenen Dienstbarkeit bilde keinen ausreichenden Grund, den Grundbucheintrag als nichtig zu betrachten und zu löschen; es müsse vielmehr die Servitutsdauer auf das zulässige Mass herabgesetzt werden. Er beantragt allerdings nicht, die Berichtigung des Grundbuchs auf eine solche Herabsetzung der Dauer des eingetragenen Rechts zu beschränken, wie es dem von ihm eingenommenen Standpunkt eigentlich entsprechen würde, sondern er vertritt die Auffassung, dem Kläger stehe zur Zeit noch gar kein Anspruch auf Grundbuchberichtigung zu. Ungeachtet dieser offensichtlich unhaltbaren Schlussfolgerung wirft der Beklagte damit die Frage auf, ob der unwirksame Grundbucheintrag nicht dadurch in einen gültigen verwandelt werden könne, dass an seiner Stelle ein zeitlich begrenztes, unübertragbares Benützungsrecht - mithin ein Wohnrecht - im Grundbuch eingetragen werde. Eine solche Konversion der nichtigen irregulären Personaldienstbarkeit in ein Wohnrecht muss indessen allein schon deshalb abgelehnt werden, weil für die Eintragung eines Wohnrechts kein genügender Rechtsgrund vorhanden ist. Der von den Parteien am 16. Februar 1962 öffentlich beurkundete Dienstbarkeitsvertrag bildet, so wie er abgefasst ist, keine taugliche Grundlage für die Eintragung eines Wohnrechts. Eine Abänderung des Eintrages in ein Wohnrecht ist aber auch aus materiellen Gründen nicht möglich. Eine Konversion setzt voraus, dass die Parteien bei Kenntnis der Ungültigkeit des von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts das Ersatzgeschäft gewollt hätten. Ein solcher hypothetischer Parteiwille kann nur angenommen werden, wenn das Ersatzgeschäft einen ähnlichen Zweck und Erfolg hat wie das nichtige (BGE 93 II 228 E. 3 und 452 E. 5). Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Parteien bei Vertragsschluss beabsichtigten, dem Beklagten eine dem Stockwerkeigentum möglichst nahekommende Rechtsstellung zu verschaffen. Aus diesem Grunde vereinbarten sie ein übertragbares und vererbliches Wohnungsbenützungsrecht in der Form einer irregulären Personaldienstbarkeit.

Mit dem Wohnrecht hätten sie wegen dessem Unübertragbarkeit und beschränkten Dauer einen ähnlichen Zweck nicht erreichen können. Es kann deshalb nicht angenommen werden, die Parteien hätten ein Wohnrecht vereinbart, wenn sie gewusst hätten, dass die von ihnen gewollte Dienstbarkeitsart unzulässig sei. Es muss somit bei der Löschung der unwirksamen Servitut sein Bewenden haben, was gleichzeitig zur Abweisung der mit der Anschlussberufung gestellten Hauptanträge führt.

4. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid auch die Frage geprüft, ob die Unwirksamkeit der streitigen Dienstbarkeit zur Nichtigkeit des Vertrages vom 19. Januar 1962 und des darauf beruhenden Dienstbarkeitsvertrages führe oder ob die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen nach dem Grundsatz der Konversion in ein obligatorisches Rechtsverhältnis umgewandelt werden könnten. Sie ist dabei zum Schluss gelangt, der Vertrag vom 19. Januar 1962 sei in einen Mietvertrag von unbestimmter Dauer umzudeuten, der gemäss Art. 267 Abs. 2 Ziff. 1 OR kündbar gewesen und vom Kläger denn auch auf den 1. August 1973 durch Kündigung aufgelöst worden sei. Der Beklagte wendet ein, dass eine solche Lösung den Absichten, welche die Parteien bei Vertragsabschluss gehabt hätten, diametral widerspreche. Die Frage nach der Absicht der Parteien im Falle der Kenntnis der Nichtigkeit ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht prüfen kann, da es sich nicht um die Erforschung eines tatsächlichen, sondern eines hypothetischen Parteiwillens handelt (BGE 80 III 57, BGE 76 II 15; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des OR, Band I, S. 229 N. 38; JÄGGI, N. 90 zu Art. 11 OR). Dabei ist darauf abzustellen, welchen Zweck die Parteien mit dem nichtigen Vertrag verfolgten. Es steht fest, dass die Parteien eine dem Stockwerkeigentum möglichst nahekommende Lösung suchten und deshalb ein dauerndes und übertragbares Wohnungsbenützungsrecht begründen wollten. Ein Mietvertrag von unbestimmter Dauer hätte aber diesem Zweck nicht in ähnlicher Weise dienen können. Ein solcher Vertrag hätte wegen der Möglichkeit einer Kündigung keinerlei Gewähr für eine lange Dauer geboten. Im angefochtenen Urteil wird anderseits zutreffend

darauf hingewiesen, dass ein Mietvertrag nicht auf unbegrenzte Dauer abgeschlossen werden kann, weil dies zu

einer mit Art. 27 ZGB unvereinbaren Beschränkung der persönlichen Freiheit führen würde. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass mit einem rein obligatorischen Rechtsgeschäft wie der Miete ein ähnlicher Zweck wie mit der von den Parteien vereinbarten Dienstbarkeit nicht hätte erreicht werden können. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher eine Konversion des an einem Nichtigkeitsgrund leidenden Vertrages vom 19. Januar 1962 in ein Ersatzgeschäft obligatorischer Natur nicht möglich. Der Vertrag ist somit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR wegen Unmöglichkeit seines Inhalts als nichtig zu betrachten (MEIER/HAYOZ, a.a.O. N. 38 des systematischen Teils). Wegen Formmangels nichtig ist zudem Art. 7 dieses Vertrags, wo dem Beklagten das Recht eingeräumt wird, sich nach Einführung des Stockwerkeigentums im Grundbuch als Eigentümer der Wohnung eintragen zu lassen. Eine solche Abrede hätte zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft (Art. 712d lit. d Abs. 3 ZGB).