Urteilskopf

82 II 103

15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Februar 1956 i.S. Pobé gegen Meier und Jeker.
Regeste (de):
1. Parteivertretung vor Bundesgericht. Bezieht sich der Vorbehalt der Fälle aus Kantonen mit freier Advokatur (Art. 29 Abs. 2 Satz 2 OG) nur auf die berufsmässige Vertretung? Fällt darunter nicht die Vertretung durch den Substituten eines in einem andern Kantone domizilierten patentierten Anwaltes, den die Partei bevollmächtigt hat? Unter welchen Voraussetzungen kommt die Einräumung einer Nachfrist in Frage? (Erw. 2).

2. Negative Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches. Altrechtliche, auf "Verjährung" beruhende Grunddienstbarkeit (Fusswegrecht), die im eidgenössischen Grundbuch nicht eingetragen ist. Weitergeltung unter Vorbehalt der Wirkung des Grundbuches gegenüber einem Dritten, der das belastete Grundstück in gutem Glauben als unbelastet erwirbt. Kriterien des guten oder bosen Glaubens. Art. 21 und 44 ZGB SchlT, Art. 3, 9, 973/974 ZGB (Erw. 3-9).

Regeste (fr):
1. Représentation des parties devant le Tribunal fédéral. La réserve relative aux affaires provenant de cantons où l'exercice du barreau est libre (art. 29 al. 2, 2e phrase, OJ) s'applique-t-elle seulement à la représentation professionnelle? La représentation par le substitut d'un avocat patenté domicilié dans un autre canton, auquel la partie a donné procuration, n'y est-elle pas comprise? A quelles conditions la fixation d'un délai supplémentaire entre-t-elle en considération? (consid. 2).

2. Effet négatif de la foi publique du registre foncier. Servitude (droit de passage à pied) de l'ancien droit, reposant sur la "prescription", qui n'est pas inscrite au registre foncier fédéral. Elle subsiste sous réserve de l'effet du registre foncier à l'égard du tiers qui a acquis de bonne foi l'immeuble sans la charge. Critères de la bonne ou mauvaise foi. Art. 21 et 44 Tit. fin. CC, art. 3, 9, 973/974 CC (consid. 3-9).

Regesto (it):
1. Rappresentazione delle parti davanti al Tribunale federale. La riserva relativa alle cause provenienti dai Cantoni in cui l'esercizio dell'avvocatura è libero (art. 29 cp. 2, 2a frase, OG) si applica soltanto ai difensori professionali? La rappresentazione assunta dal sostituto di un avvocato patentato domiciliato in un altro Cantone e al quale la parte ha concesso la procura, non vi è compresa? A quali condizioni l'assegnazione di un termine supplementare entra in considerazione? (consid. 2).

2. Effetto negativo della fede pubblica del registro fondiario. Servitù (diritto di passo a piedi) del vecchio diritto, basata sulla "prescrizione", che non è iscritta nel registro fondiario federale. Essa sussiste con riserva degli effetti del registro fondiario nei confrontidel terzo che in buona fede ha acquistato l'immobile senza la servitù. Criteri della buona o mala fede. Art. 21 e 44 Tit. fin. CC, art. 3, 9, 973/974 CC (consid. 3-9).

Sachverhalt ab Seite 104

BGE 82 II 103 S. 104

A.- Das Grundstück Nr. 1590 der Klägerinnen in Dornach ist von dem nördlich durchgehenden öffentlichen

Brosiweg (früher Gemeindeweg genannt) durch vier Grundstücke getrennt, die, in Süd-Nord-Richtung aufeinander folgend, die Nummern 2403, 1591, 1592 und 1593 tragen. Diese vier Grundstücke hat der Beklagte im Jahre 1951 käuflich von Johann Häner erworben. Auf den mittleren derselben, Nr. 1591 und 1592, lastet laut Grundbucheintrag vom 31. Dezember 1923 ein Fusswegrecht zu Gunsten von Nr. 1590. Die äussern, Nr. 2403 und 1593, sind dagegen nach dem Grundbuch unbelastet.

B.- Als Beleg für die zu Gunsten von Nr. 1590 und zu Lasten von Nr. 1591 und 1592 eingetragene Wegdienstbarkeit ist die "Anmeldung Nr. 28" vom 17. Juni 1914 angeführt. Sie wurde im Verfahren zur Bereinigung der Grunddienstbarkeiten vom Ehemann der damaligen Eigentümerin des Grundstücks Nr. 1590, Frau Virginia Ditzler, eingegeben. Das angemeldete Recht wurde umschrieben als "Gehrecht über die Grundstücke Nr. ... jederzeit unbeschränkt 60 Centimeter breit in nördlicher Richtung bis an den Gemeindeweg mit der Abnutzung und Dünger zu gehen". Als Rechtstitel wurde "Verjährung" angerufen: "Dieses Recht bestund von Alters her und kann durch 30-jährige Benutzung nachgewiesen werden." Die Nummern der belasteten Grundstücke gab der Anmeldende nicht an, sondern nur deren Eigentümer Eduard Vögtli (dem die Parzelle Nr. 2403 gehörte) und Adolf Meier (Eigentümer der Nummern 1591, 1592 und 1593). Das Bereinigungsverfahren ruhte wegen des Krieges 1914-18. Als es wieder aufgenommen wurde, vermerkte man in den Anmeldungen die inzwischen eingetretenen Veränderungen. So strich man in der Anmeldung Nr. 28 die Namen Vögtli und Meier durch, die ihre Grundstücke im Jahre 1918 veräussert hatten, und setzte dafür den Namen des Johann

Häner ein, der die Parzellen Nr. 1591, 1592 und 1593 gekauft hatte. Nicht erwähnt wurde unter den Eigentümern der belasteten Grundstücke Frau Ditzler, die zum berechtigten Grundstück Nr. 1590 hinzu das Grundstück Nr. 2403 erworben hatte. Und was die Nummern der belasteten Grundstücke betrifft, liess man aus unbekannten Gründen sowohl die Nr. 2403 wie auch die Nr. 1593 unerwähnt und setzte nur die Nummern 1591 und 1592 ein. Dementsprechend füllte man auch die Rückseite des Anmeldungsformulars aus, enthaltend die Anerkennung des angemeldeten Rechtes durch die beteiligten Grundeigentümer. Auch hier ist lediglich ein Fusswegrecht zu Gunsten von Nr. 1590 und zu Lasten von Nr. 1591 und 1592 erwähnt, was - anscheinend anstandslos - Frau Ditzler als "die Berechtigte" und Johann Häner als "der Belastete" unterzeichneten, worauf dieser Anerkennung entsprechend die Dienstbarkeit auf Nr. 1590 als Recht zu Lasten von Nr. 1591 und 1592 und auf diesen beiden Grundstücken als Last zu Gunsten jenes ersten Grundstückes eingetragen wurde. Dabei blieb es, auch als infolge der Versteigerung der Liegenschaften von Frau Ditzler vom 25. April 1925 die Parzelle Nr. 1590 an den Vater der Klägerinnen überging und Johann Häner zu den Parzellen Nr. 1591, 1592 und 1593 die Nr. 2403 hinzuerwarb. Und auch beim Erwerb der letztern vier Grundstücke durch den Beklagten war dieser Grundbuchstand unverändert geblieben und von niemand beanstandet worden.

C.- Ein Fussweg führte schon lange dem Westrand der Grundstücke Nr. 2403, 1591, 1592 und 1593 entlang in den Gemeinde- bzw. Brosiweg. Er wurde bereits bei der Katastervermessung von 1872-75 als ausgesteint im Handriss und im Originalplan eingezeichnet. Indessen geht aus dem Plane nur die südliche Einmündung auf das nicht den Klägerinnen gehörende Grundstück Nr. 1597 hervor, das die Südwestecke von Nr. 2403 umschliesst, während das Grundstück Nr. 1590 erst etwas weiter östlich beginnt. Das

nahe bei jener Ecke schräg nach Südosten nach dem Grundstück Nr. 1590 abzweigende Weglein ist im Pla-

ne nicht eingezeichnet. Im Jahre 1934 wurden die vier Grundstücke des Johann Häner mit einem Drahtzaun umgeben, der an der Westgrenze zugleich dem Weg entlang lief. Beim nördlichen Endpunkt des Weges, also der Ausmündung zum Brosiweg, wurde ein Tor angebracht, ebenso südlich ungefähr bei der Abzweigung des nach Nr. 1590 hinführenden, ausgetretenen, von zwei Drahtzäunen eingefriedigten Wegleins. Die Klägerinnen erhielten Schlüssel zu den beiden Toren.

D.- Im Jahre 1952 verlegte der Beklagte nun die Umzäunung und das südliche Tor so, dass den Klägerinnen der Zugang zu diesem Tor von ihrem Grundstück aus und damit die Benützung des Weges genommen war. Die Einsprache der Klägerinnen blieb mangels eines grundbuchlichen Ausweises über die Belastung der Parzellen Nr. 2403 und 1593 erfolglos. Der Beklagte machte geltend, er habe den Grundstückskauf nach Einsichtnahme in das Grundbuch abgeschlossen, gestützt auf die Feststellung, dass "nur die Nummern 1591 und 1592 belastet sind (die beiden mittleren Parzellen), während die Nummern 1593 und 2403 (die beiden äusseren Parzellen) unbelastet sind". Ein Gesuch der Klägerinnen um Berichtigung des Grundbuches durch nachträgliche Eintragung eines Fusswegrechtes zu Gunsten von Nr. 1590 nun auch zu Lasten von Nr. 2403 und 1593 wurde vom Grundbuchamt abgelehnt. Der Begründung dieser Verfügung ist zu entnehmen: "Aus welchen Gründen die beiden dazwischen liegenden Grundbuchnummern 1593 und 2403 nicht in der Anmeldung aufgeführt sind, können wir nicht feststellen. Es liegt nicht in unserer Kompetenz zu entscheiden, ob den damaligen Bereinigungsfunktionären ein Fehler unterlaufen ist. ... Der Richter allein hat auf dem Klagewege festzustellen, ob das Fusswegrecht auch über die fraglichen zwei Grundstücke, Grundbuch Dornach Nr. 1593 und 2403, noch besteht und gegenüber dem heutigen Eigentümer

der belasteten Grundstücke geltend gemacht und eventuell nachträglich im Grundbuch eingetragen werden kann". Das Obergericht wies als Aufsichtsbehörde in Grundbuchsachen eine Beschwerde der Klägerinnen am 30. Juni 1953 ab. Es äusserte die Vermutung, die Nummern der belasteten Grundstücke seien von einem Beamten der Amtsschreiberei in die Anmeldung Nr. 28 eingesetzt worden. Jedenfalls sei die so ausgefüllte und so von der Dienstbarkeitsberechtigten anerkannte Anmeldung für die Eintragung massgebend gewesen. Die Eintragung stimme mit dem so ausgefüllten Anmeldungsbeleg überein. Daher könne nicht von einem Versehen des Grundbuchführers gesprochen werden und komme eine Grundbuchberichtigung im Sinne von Art. 977 ZGB und Art. 98 GBV, wie sie die Klägerinnen verlangen, nicht in Frage. Beigefügt wird dann aber: "Es ist sehr gut möglich, dass die in der Anmeldung enthaltene Willenserklärung der Virginia Ditzler ihrem wirklichen Willen nicht entsprach und die Anmeldung infolgedessen zu Recht bestehende Dienstbarkeiten nicht aufführte. Hiefür spricht vor allem, dass das Fusswegrecht über GB Dornach Nr. 1591 und 1592 ohne ein entsprechendes Fusswegrecht über GB Dornach Nr. 1593 und 2403 in der Tat keinen Sinn hat, da ja der Zweck, der der Errichtung eines Fusswegrechtes über GB Dornach Nr. 1591 und 1592 zu Grunde lag, die Verbindung von GB Dornach Nr. 1590 mit dem Gemeindeweg, nur dann erreicht werden kann, wenn auch die Zwischengrundstücke GB Dornach Nr. 1593 und 2403 überquert werden dürfen. Um ein solches Abweichen der Anmeldung und des mit ihr übereinstimmenden Grundbucheintrages vom materiellen Rechtsbestand geltend zu machen und anzufechten, muss - wie die Amtsschreiberei Dorneck richtig ausführt - vor dem Richter Klage erhoben werden, und zwar die von Art. 975 ZGB vorgesehene Klage."

E.- Hierauf folgte die Klage auf Feststellung des Wegrechtes in dem Umfange, wie es ausgeübt worden war. Das Amtsgericht Dorneck-Thierstein hiess die Klage gut. Das Obergericht des Kantons Solothurn wies die Appellation des Beklagten am 23. Juni 1955 ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid wie folgt: "1. Es ist gerichtlich festgestellt, dass zu Gunsten und ausgehend von der Liegenschaft der Kläger, GB Dornach Nr. 1590, ein jederzeit ausübbares, unbeschränktes, 60 cm breites Fusswegrecht

besteht, direkt über die Liegenschaften des Beklagten, GB Dornach Nr. 2403, 1591, 1592 und 1593, entlang der Liegenschaft GB Dornach Nr. 2852 in nördlicher Richtung bis in den öffentlichen Brosiweg und umgekehrt mit der Abnutzung und dem Dünger zu gehen, wie es bis anhin ausgeübt worden ist. 2. Das Grundbuch Dorneck ist ermächtigt, die Grunddienstbarkeit im Sinne von Ziffer 1 des Rechtsbegehrens im Grundbuch einzutragen und zwar als Last auf GB Dornach Nr. 2403 und 1593 und als Recht auf GB Dornach Nr. 1590."

F.- Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage. Die Klägerinnen tragen auf Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des obergerichtlichen Urteils an.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Streitwert).

2. Der vom Beklagten zur Prozessführung bevollmächtigte Dr. Georges Bollag, Basel, hat von Anfang an den auf seinem Anwaltsbureau arbeitenden, aber noch nicht als Anwalt patentierten Dr. W. Kuhn substituiert. Dieser hat, nachdem er den Beklagten in beiden kantonalen Instanzen vertreten, auch die Berufungsschrift unterzeichnet. Da sich Zweifel an der Vertretungsbefugnis des Dr. W. Kuhn vor Bundesgericht erhoben, hat Dr. Bollag, nach Ablauf der Berufungsfrist, jene Rechtsschrift mitunterzeichnet und den Beklagten heute persönlich vertreten. Art. 29 Abs. 2 OG bestimmt:
"In Zivil- und Strafsachen können nur patentierte Anwälte sowie die Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen als Parteivertreter vor Bundesgericht auftreten. Vorbehalten bleiben die Fälle aus Kantonen, in welchen der Anwaltsberuf ohne behördliche Bewilligung ausgeübt werden darf." Auszugehen ist hier vom zweiten Satz der erwähnten Bestimmung, denn es handelt sich um einen Fall aus dem Kanton Solothurn, in dem - neben den patentierten "Fürsprechen" - auch Personen ohne Patent den Anwaltsberuf ausüben können ("Personen, welche im Genusse

ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren stehen"; §§ 4 und 5 der solothurnischen ZPO). Dabei wird nicht etwa Wohnsitz im Kantonsgebiete verlangt, und es ist denn auch Dr. Kuhn im kantonalen Verfahren anstandslos zugelassen worden. Fraglich ist allerdings, ob Art. 29 Abs. 2 Satz 2 OG, indem er auf Kantone mit freier Advokatur Rücksicht nimmt, nur in Fällen berufsmässiger Parteivertretung anwendbar sei. Bei solcher Auslegung wäre die bloss gelegentliche Vertretung, etwa durch einen Verwandten oder Berufsgenossen, vor Bundesgericht nicht zulässig. Nun handelte Dr. Kuhn aber, in einem weitern Sinne des Wortes verstanden, berufsmässig, in der Stellung eines ständigen Substituten des erwähnten Anwaltsbureaus. Nur wenn man die Ausübung des Anwaltsberufes in einem engern Sinne verstehen müsste, wäre vor Bundesgericht als Vertreter ausgeschlossen, wer im kantonalen Verfahren, und wäre es auch in einem Kanton mit freier Advokatur, tatsächlich nicht als

freier Anwalt, sondern gemäss den an seinem Berufsdomizil geltenden Vorschriften in der Stellung eines im Vorbereitungsdienste stehenden Juristen gehandelt hat, der nur kraft Substitutionsvollmacht eines selber voll verantwortlich bleibenden patentierten Advokaten zur Parteivertretung befugt ist. Bei solcher Umgrenzung des Anwendungsgebietes von Art. 29 Abs. 2 Satz 2 OG müsste die Vertretungsbefugnis des Dr. Kuhn vor Bundesgericht in der Tat verneint werden; denn nach § 9 des baselstädtischen Advokaturgesetzes vom 29. September 1910 wickelt sich seine Berufstätigkeit in der soeben umschriebenen Stellung ab, und er ist im vorliegenden Falle auch nur kraft einer auf diesen Vorschriften beruhenden Substitutionsvollmacht aufgetreten. Es mag nun aber dahingestellt bleiben, ob sich das vorliegende Vertretungsverhältnis nach der erwähnten Norm des OG rechtfertigen lasse. Denn selbst wenn dies zu verneinen sein sollte, wäre die von Dr. Kuhn eingereichte Berufung nicht als schlechthin ungültig zu betrachten. Im Unterschied zu den Fällen, auf die sichBGE 78 IV 81undBGE 79 II 105beziehen, war und

ist hier von der Partei ein zur Berufsausübung voll berechtigter patentierter Anwalt bevollmächtigt. Gilt nun, wie hier einmal vorausgesetzt sei, die von diesem nach kantonalem Anwaltsrecht vorgenommene Substitution eines seinerseits nicht patentierten Vertreters nicht auch vor Bundesgericht, so ist der prozessuale Fehler billigerweise als verbesserlicher anzusehen und, gleichwie Art. 29 Abs. 1 OG das Nachbringen einer Vollmacht zulässt, dem substituierenden Anwalt eine Nachfrist zur Mitunterzeichnung der Berufungsschrift einzuräumen. Durch diese im vorliegenden Fall erfolgte Ergänzung ist den bundesrechtlichen Vorschriften nun auf alle Fälle genügt worden.

3. Nach Art. 21 des Schlusstitels des ZGB bleiben die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstandenen Grunddienstbarkeiten nach der Einführung des Grundbuches auch ohne Eintragung in Kraft, können aber, solange sie nicht eingetragen sind, gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden. Das entspricht der allgemeineren Regel von Art. 44 Abs. 1 SchlT, wonach die dinglichen Rechte des bisherigen Rechtes, die (gemeint ist: anlässlich der Grundbuchbereinigung im Sinne von Art. 43 SchlT) nicht eingetragen werden, zwar ihre Gültigkeit behalten, jedoch Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden können. Damit ist für die Zeit nach Einführung des eidgenössischen Grundbuches oder nach Gleichstellung einer kantonalen Publizitätseinrichtung mit dem Grundbuche das Publizitätsprinzip des neuen Grundbuchrechtes auch inbezug auf solche seinerzeit ohne Eintragung entstandene Rechte zur Geltung gebracht. Und zwar handelt es sich speziell um die negative Seite des dem Grundbuche zukommenden öffentlichen Glaubens, den Grundsatz nämlich, dass ein Gutgläubiger im Grundstückverkehr das Grundbuch als vollständig betrachten darf und daher das Grundstück oder ein ihm daran eingeräumtes beschränktes dingliches Recht frei von jeder nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen Gebundenheit erwirbt (vgl. HOMBERGER,

N. 20 zu Art. 973 ZGB). Ein so einschneidender Eingriff in das alte Liegenschaftsrecht liess sich nur an ein Bereinigungsverfahren knüpfen, wie es Art. 43 des Schlusstitels des ZGB vorschreibt, zum Zweck eben, die bestehenden Rechte auf Grund der infolge öffentlicher Aufforderung eingehenden Anmeldungen zur Eintragung zu bringen und damit ein Grundbuch zu schaffen, das nach Möglichkeit volle Gewähr dafür zu bieten vermöge, dass der gesamte Rechtsbestand vollständig und richtig eingetragen sei (OSTERTAG, N. 31 der Vorbemerkungen zum 25. Titel des ZGB; MUTZNER, N. 8 zu Art. 43 ZGB SchlT).
Der Kanton Solothurn stellte das bisherige Grund- und Hypothekenbuch mit den zugehörigen Hilfsbüchern

und Katasterplänen dem Grundbuch des neuen Rechtes gleich; doch traten die Grundbuchwirkungen des neuen Rechtes in vollem Umfang erst nach der Bereinigung der Grunddienstbarkeiten ein (§ 398 des EG zum ZGB vom 10. Dezember 1911). Diese Bereinigung wurde in den auf den Krieg 1914/18 folgenden Jahren abgeschlossen, sodass seither, insbesondere auch für die Grundstücke der Parteien, die volle Publizitätswirkung des neuen Rechtes gilt.

4. Von dieser Rechtslage ausgehend, hat das Obergericht auf Grund eines eingehenden Beweisverfahrens festgestellt, dass das von den Klägerinnen behauptete Wegrecht in der Tat nach altem Rechte durch "Verjährung" entstanden sei, gemäss § 496 des solothurnischen CGB von 1891, lautend: "Durch Verjährung können Grunddienstbarkeiten erworben werden, wenn die Ausübung derselben durch den Besitzer während 30 Jahren weder heimlich noch durch Gewalt stattfindet." Zwar konnte auf volle 30 Jahre von 1912 aus gerechnet eine solche Rechtsausübung nur noch von einem Zeugen, dem im Jahre 1870 geborenen Josef Ditzler, bestätigt werden. Doch wurden dessen Aussagen als beweiskräftig befunden, zumal für eine weniger weit zurückliegende Zeit andere Aussagen vorlagen und die Ergebnisse des Zeugenverhörs sich durch verschiedene Indizien bekräftigt fanden.

Der Beklagte lässt denn auch nunmehr diese altrechtliche Entstehung eines auch die Parzellen Nr. 2403 und 1593 belastenden Fusswegrechtes gelten, was übrigens, weil nicht auf Bundesrecht beruhend, vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfen ist (Art. 43 OG). Nach den erwähnten Regeln des Übergangsrechtes blieb dieses alte Recht auch ohne Eintragung weiterbestehen. Es hätte aber bei der Bereinigung der Grunddienstbarkeiten eingetragen werden sollen, um dadurch kundbar gemacht und Dritten gegenüber gesichert zu werden. Beim Fehlen einer Eintragung auf den Parzellen Nr. 2403 und 1593 liefen die Klägerinnen Gefahr, das Wegrecht bei einer auf Rechtsgeschäft beruhenden Handänderung dieser Parzellen zu verlieren. Denn, wie dargetan, konnte ein Dritter diese Grundstücke frei von der nicht eingetragenen Belastung erwerben, sofern er sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verliess.

5. Böser Glaube des Beklagten ist nicht, wie er anzunehmen scheint, schon deshalb ausgeschlossen, weil er vor dem Erwerb der vier Grundstücke das Grundbuch einsah und das Wegrecht auf den beiden äussern Parzellen nicht eingetragen fand. Ein solcher Schluss lässt sich aus Art. 3 in Verbindung mit Art. 9 ZGB nicht ableiten, zumal hier die spezielle Regel des Art. 973 ZGB und der Art. 21 und 44 Abs. 1 des Schlusstitels Anwendung findet. Danach ist, wie bereits ausgeführt, nicht schlechthin in seinem Eigentumserwerb gemäss dem vorhandenen Grundbuchstande geschützt, wer sich auf das Grundbuch verlässt, sondern nur, wer es in gutem Glauben tut. Darin liegt eine Einschränkung des Publizitätsprinzips in dem Sinne, dass der böse Glaube auch in der Kenntnis von Tatsachen begründet sein kann, die sich aus dem Grundbuche nicht ergeben oder ihm sogar widersprechen.

6. Auf das Vorliegen solcher Tatsachen stützt denn auch das Obergericht seinen Entscheid. Es stellt fest: a) Im Grundbuchplan ist ein Weg eingezeichnet, der über alle vier Parzellen des Beklagten - an deren Westgrenze

- hinführt, nicht nur, wie im Hauptbuch eingetragen, über die mittleren Parzellen. b) Vom südlichen Endpunkt dieses eingezeichneten Weges führte ein Weglein zwischen zwei Drahtzäunen zum Grundstück der Klägerinnen

hinüber; diese hatten Schlüssel zu den Toren des eingezeichneten Weges. c) Der Weg wurde in seiner ganzen Länge, auch vom Grundstück der Klägerinnen aus, auch in den letzten 20 Jahren regelmässig benutzt. d) Der Verlauf des Weges mit der Abzweigung und seine Benützung musste dem Beklagten bekannt sein, da er seit 19 Jahren in unmittelbarer Nähe (auf der an die vier Grundstücke, die er im Jahre 1951 kaufte, angrenzenden Besitzung Nr. 2852) wohnt; er hat diese Kenntnis auch stillschweigend zugegeben. Diese letzte Feststellung ficht der Beklagte allerdings an, mit der Behauptung, sie beruhe auf offensichtlichem Versehen; die befragten Zeugen hätten nur über ihre eigenen Wahrnehmungen betreffend die Benutzung des Weges berichtet; keiner habe dagegen ausgesagt, auch der Beklagte habe solche Wahrnehmungen gemacht. Indessen hat das Obergericht aus diesen Zeugenaussagen und dem Umstand, dass der Beklagte seit langem in nächster Nähe wohnte, sowie aus seinen Äusserungen im kantonalen Verfahren gefolgert, die tatsächlichen Wegverhältnisse und die Art der regelmässigen Benutzung durch die Klägerinnen und andere Anwohner hätten ihm nicht verborgen bleiben können. Das ist eine Folgerung rein tatsächlicher Art, der keinerlei Versehen im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. d OG zugrunde liegt, die also für das Bundesgericht verbindlich ist.

7. Dass der Beklagte den Bestand eines dinglichen Rechtes auch zu Lasten der äussern Parzellen Nr. 2403 und 1593 gekannt habe, ist damit nicht dargetan. Das Obergericht würdigt jedoch die Kenntnis der erwähnten Tatsachen beim Erwerb der vier Parzellen dahin, der Beklagte habe bei gehöriger Aufmerksamkeit den von ihm

eingesehenen Grundbucheintrag mindestens als (hinsichtlich seiner Vollständigkeit) fragwürdig erkennen müssen. Um nicht bösgläubig zu werden, hätte er daher weitere Nachforschungen über die wirkliche Rechtslage anstellen sollen. Die Sinnlosigkeit einer nur die Parzellen Nr. 1591 und 1592 belastenden Wegdienstbarkeit zu Gunsten des gar nicht an diese Parzellen anstossenden Grundstücks Nr. 1590, wie sie im Hauptbuch eingetragen ist, sei ohne weiteres erkennbar gewesen. Dass der Eintrag nicht richtig sei, gehe schon aus dem vom Beklagten unbestrittenermassen ebenfalls eingesehenen Grundbuchplan hervor. Berücksichtige man zum Widerspruch zwischen Hauptbuch und Grundbuchplan noch die dem Beklagten bekannt gewesene Benützung des ganzen Weges bis zum Brosiweg, und zwar auch vom Grundstück Nr. 1590 aus, so habe sich der Beklagte nicht gutgläubig auf Hauptbuch und Plan verlassen dürfen, sondern hätte sich eingehender über die Rechtslage orientieren sollen. a) Demgegenüber ist zunächst zu bemerken, dass der Beklagte vom Grundsatz der geltenden Sachenrechtsordnung ausgehen durfte, wonach es zur Errichtung von Grunddienstbarkeiten der Eintragung im Grundbuche bedarf (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Für Wegservituten ist keine Ausnahme vorgesehen, wie sie Art. 676 Abs. 3 ZGB für äusserlich wahrnehmbare Leitungen anerkennt. Somit können - seit 1912 - Dienstbarkeiten, wie sie hier in Frage stehen, ohne Eintragung grundsätzlich gar nicht gültig zustande kommen, und es kann daher in der Regel das Fehlen eines solchen Eintrages nicht im Sinne von Art. 974 Abs. 2 ZGB ungerechtfertigt sein. Anders verhält es sich nur bei einem besondern ausserbuchlichen Entstehungsgrunde im Sinne von Art. 656 Abs. 2 ZGB, wie namentlich bei einem das dingliche Recht anerkennenden Urteil (vgl.BGE 46 II 366). Beim Erwerb der vier Grundstücke durch den Beklagten lag aber hinsichtlich der Parzellen Nr. 2403 und 1593 nichts derartiges vor. Freilich hätte dem Fehlen von Lasteinträgen auf diesen Parzellen

eine nach früherer gültiger Eintragung ungerechtfertigterweise erfolgte Löschung zugrunde liegen können. Hätte der Beklagte in einem solchen Falle den rechtlichen Mangel der Löschung gekannt oder kennen sollen, so könnte er sich nicht in gutem Glauben auf den Grundbuchstand berufen, sondern müsste die Last, so

wie sie eingetragen gewesen, gelten lassen und ihre Wiedereintragung dulden (vgl.BGE 62 II 137). Mit einer solchen Sachlage hat man es aber auch nicht zu tun. Auf den Parzellen Nr. 2403 und 1593 war eine Wegservitut zu Gunsten von Nr. 1590 gar nie eingetragen, weshalb der Beklagte zunächst mit einer gültig entstandenen solchen Belastung dieser Parzellen nicht zu rechnen brauchte. b) Dieser Betrachtungsweise stand der Umstand nicht entgegen, dass der Weg in seinem ganzen Verlauf am Westrande der vier Parzellen im Grundbuchplan eingezeichnet war. Diese Einzeichnung war keinesfalls rechtsbegründend, sie vermochte die Eintragung im Hauptbuche nicht zu ersetzen, sondern konnte nur, soweit Einträge im Hauptbuch vorhanden waren, zu deren Erläuterung beitragen. So verhielt es sich übrigens auch nach altem Recht, wie denn als Rechtstitel der im Bereinigungsverfahren angemeldeten Dienstbarkeit nicht der alte Katasterplan, sondern "Verjährung", die durch 30-jährige Benützung nachweisbar sei, angerufen wurde. Grundbuchpläne sind nicht geeignet, den Inhalt eines Wegrechtes hinsichtlich der Benutzungsart anzugeben, noch ergibt sich aus dem eingezeichneten Wegverlauf, welches die allenfalls dinglich berechtigten Grundstücke sein möchten, ganz abgesehen davon, dass ein im Plan eingezeichneter Weg nicht notwendigerweise noch andern als den von ihm durchlaufenen Grundstücken zu dienen braucht. c) Im Lichte des erwähnten Eintragungsprinzips des geltenden Sachenrechtes war es ferner ohne Belang, dass der Weg über alle vier Grundstücke von den Landeigentümern im Erli regelmässig benützt wurde, auch von den Klägerinnen, und dass ein im Plane nicht eingezeichnetes

Weglein zu ihrem Grundstück hinführte. All dies beruhte, soweit Grundbucheinträge fehlten, vermutungsweise auf keiner dinglichen Berechtigung. d) Da der Beklagte die Belastung der Parzellen Nr. 1591 und 1592, wie sie eingetragen war, nicht anfocht, ist nicht einzusehen, wieso er verpflichtet gewesen wäre, die als Beleg zu diesen Belastungen angeführte "Anmeldung Nr. 28" einzusehen. Dass diese mit dem Emtrag nicht übereinstimme, war nicht anzunehmen, und der Beklagte brauchte nach dieser Richtung keine Nachforschungen anzustellen (vgl.BGE 56 II 89). Und dass sie auf eine Belastung noch weiterer Parzellen hinweisen könnte, die nach dem Grundbuch als unbelastet erschienen, war ebenfalls nicht naheliegend.
e) Geht man jedoch davon aus, der Beklagte hätte immerhin Veranlassung gehabt, sich an Hand der Anmeldung Nr. 28 etwas näher über die im Hauptbuch einfach als "Fusswegrecht z.G. Nr. 1590" bezeichnete Dienstbarkeit zu erkundigen, und dabei wäre ihm der ganze Inhalt dieser Anmeldung zur Kenntnis gelangt, so wäre damit sein guter Glaube dennoch nicht entkräftet. Zwar hätte er der Anmeldung entnommen, dass eine altrechtliche Dienstbarkeit in Frage stand. Als Ausweis über deren gültige Entstehung auch zu Lasten der Parzellen Nr. 2403 und 1593 konnte diese Anmeldung aber nicht gelten. So, wie sie anfänglich gelautet hatte, ohne Angabe der Grundstücknummern, war sie zwar, da sie auf Eintragung eines Gehrechtes zur Benutzung des Weges vom berechtigten Grundstück Nr. 1590 bis zum Gemeindeweg abzielte, als Anmeldung einer alle vier zwischenliegenden Parzellen betreffenden Last zu verstehen. Allein das war vorerst eine einseitige Parteidarstellung. Ob der angebotene Nachweis einer 30-jährigen Wegbenutzung im Fall einer Bestreitung gelingen würde, war eine offene Frage. Nun ist die blosse Behauptung eines vom Grundbuchstand abweichenden materiellen Rechtsbestandes grundsätzlich nicht geeignet, den Dritten, der sich ihrer ungeachtet auf das Grundbuch

verlässt, bösgläubig zu machen, sofern sich jene Behauptung nicht sogleich als richtig erweist (vgl.BGE 54 II 248,BGE 59 II 225; JENNY, Der öffentliche Glaube des Grundbuches ... S. 52). Die Anmeldung Nr. 28 vermag aber keinen urkundlichen Ausweis über den Bestand der Dienstbarkeit zu nennen, weder ein Urteil noch auch nur eine von den Beteiligten ausgestellte gemeinsame Erklärung. Zu Unrecht weisen daher die Klägerinnen auf

die in ZbJV 75, 143, zu findende Entscheidung betreffend eine auf Vertrag beruhende Dienstbarkeit hin, deren näherer Inhalt in dem als Beleg vorhandenen Vertrag in massgebender Weise bestimmt war. Dazu kommt noch, dass die Anmeldung Nr. 28, wie sie dann durch Einsetzung der Grundstücknummern präzisiert und demgemäss beidseitig unterzeichnet wurde, eben nur die Parzellen Nr. 1591 und 1592 als belastet bezeichnete. Dieser für das Grundbuch massgebenden "Anerkennung" entspricht der Grundbucheintrag. Der Beklagte konnte, wenn er die Anmeldung las, annehmen, man habe willentlich nur eine Eintragung zu Lasten der Parzellen Nr. 1591 und 1592 nachgesucht. Den Gründen hatte er nicht nachzugehen (ob etwa Frau Ditzler als damalige Eigentümerin auch der Parzelle Nr. 2403 deren grundbuchliche Belastung gar nicht wünschte und sich anderseits mit einer bloss prekaristischen Erlaubnis zur Benützung des Weges über das Grundstück Nr. 1593 begnügte, oder ob die Begehung des Weges über diese beiden Grundstücke auf Widerspruch seitens früherer Eigentümer gestossen war und daher die Voraussetzungen eines Rechtserwerbes durch Verjährung insoweit als zweifelhaft erschienen). Wie dem auch sein mochte, war eine Dienstbarkeit zu Lasten der Parzellen Nr. 2403 und 1593 nicht anerkannt und damit nicht endgültig angemeldet.

8. Somit hätte auch volle Kenntnis des zu den Einträgen, wie sie zu Lasten der Parzellen Nr. 1591 und 1592 bestehen, vorhandenen Belegs dem Beklagten nicht gezeigt, dass ein gleiches Wegrecht auch zu Lasten der Parzellen

Nr. 2403 und 1593, ohne Eintragung, gültig entstanden sei. Dass den Funktionären des Bereinigungsverfahrens bei Einsetzung der Grundstücknummern ein grobes Versehen unterlaufen sei, das dann Frau Ditzler und Johann Häner bei Unterzeichnung der "Anerkennung" nicht beachtet hätten, war nicht naheliegend. Die diese Möglichkeit erörternden Ausführungen des Obergerichtes im Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 1953 waren dem Beklagten beim Erwerb der vier Grundstücke im Jahre 1951, also in dem für die Frage des guten Glaubens massgebenden Zeitpunkte, nicht bekannt, ebensowenig der Vorbehalt, an den der Gemeinderat die von ihm im folgenden Jahr nachgesuchte Baubewilligung für die neue Einfriedigung knüpfte, und der übrigens ein vermeintlich "ab Grundstück Nr. 1597 ... durchgehendes Wegrecht" laut dem Grundbuchplane betraf. Jener Beschwerdeentscheid bezeichnete die erörterte Möglichkeit denn auch nur als allfällige Grundlage einer gerichtlichen Klage. Dieser muss nun aber der Erfolg versagt bleiben, weil im Jahr 1951 für eine dingliche Belastung der Parzellen Nr. 2403 und 1593 nichts Schlüssiges vorlag. Erst die im vorliegenden Prozesse getroffenen Beweismassnahmen haben den Verjährungstatbestand nach altem Rechte als gegeben erwiesen. Dadurch wird der gute Glaube des Beklagten, wie er beim Erwerb vorhanden war, nicht mehr berührt. Damals konnte der Beklagte, auch wenn er in die Anmeldung Nr. 28 Einsicht nahm, gar nicht wissen, ob die auf die Parzellen Nr. 1591 und 1592 beschränkte "Anerkennung" auf sicherer Kenntnis der "Verjährung" beruhte. Vollends liess sich daraus nichts für eine gültig entstandene Belastung der andern beiden Parzellen herleiten, wie denn auch im vorliegenden Prozess das behauptete Wegrecht im angefochtenen Urteil im wesentlichen erst infolge der Abklärung der 30 Jahre vor 1912 zurückreichenden Verhältnisse bejaht werden konnte. Die sich gewiss aufdrängende Überlegung, eine Belastung bloss der beiden mittleren der vier Parzellen sei für das

berechtigte Grundstück von geringem Nutzen, war keineswegs geeignet, den fehlenden Ausweis für eine weitergehende Belastung zu ersetzen und den Beklagten in dieser Hinsicht bösgläubig zu machen. Er durfte eben annehmen, das Bereinigungsverfahren habe aus irgendwelchen Gründen nicht zur Anerkennung einer auch die

andern beiden Parzellen belastenden Dienstbarkeit geführt. Im übrigen konnten Zweifel auftauchen, ob die zu Lasten der mittleren Parzellen eingetragene Dienstbarkeit nicht ohnehin gegenstandslos geworden sei. Denn der Umstand, dass der Weg nach dem Grundbuchplan geradlinig am Westrand der vier Parzellen des Beklagten verläuft, gibt der Vermutung Raum, das berechtigte Grundstück Nr. 1590 habe früher ebenso weit nach Westen gereicht, und es habe dann einmal eine Grenzverschiebung zwischen ihm und dem westlich anstossenden Grundstück Nr. 1597 stattgefunden, auf das der eingezeichnete Weg heute ausmündet; daher sei das Grundstück Nr. 1590 an dem Wege nicht mehr beteiligt. Die im Plane nicht eingezeichnete Abzweigung könnte auf einer auf Zusehen hin erteilten Erlaubnis beruhen, die man gar nicht hätte dinglich gestalten wollen. Nach alldem war dem Beklagten beim Erwerb der vier Parzellen jedenfalls eine ohne Eintragung zu Recht bestehende Belastung der Parzellen Nr. 2403 und 1593 nicht erkennbar.

9. Hat sich demnach der Beklagte gutgläubig auf das Grundbuch verlassen, so ist seine Berufung zu schützen und das Begehren der Klägerinnen als Ganzes abzuweisen. Denn die Klage lautet auf Feststellung des Rechtes auf einen Weg von Nr. 1590 über alle vier Grundstücke Nr. 2403, 1591, 1592 und 1593, und dieses Begehren ist nach dem Gesagten unbegründet. Nicht zu prüfen ist, ob die Klägerinnen den Kanton wegen fehlerhafter Grundbuchführung haftbar machen können (Art. 955 ZGB), und ob im übrigen der Beklagte die Löschung des zu Lasten der mittleren Parzellen bestehenden Servitutseintrages verlangen könne oder vielmehr den Klägerinnen ein Notwegrecht auch über die äussern Parzellen einzuräumen sei.

BGE 82 II 103 S. 120

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 23. Juni 1955 aufgehoben und die Klage abgewiesen.