

V ZR 146/61

Verkündet
am 12. Juni 1963
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

004

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED]-Hotel "W [REDACTED]" in F [REDACTED],
Inhaber Frau Emmy H [REDACTED] geb. I [REDACTED], Herr Wilhelm I [REDACTED]
und Fräulein Maria I [REDACTED], daselbst,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma O [REDACTED] Kommanditgesellschaft in F [REDACTED]
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch den persönlich haften-
den Gesellschafter Hugo O [REDACTED], F [REDACTED], F [REDACTED]-
weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. Juni 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom
10. Mai 1961 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Stadtgemeinde F [REDACTED] ist eingetragene Eigentümerin der Parzelle 2051/1 an der L [REDACTED] Straße in F [REDACTED] (Grundbuchheft Nr. 100 A Abt. I Nr. 217). Besitzerin dieses Grundstücks ist die Beklagte. Die Beklagte unterhält dort insbesondere eine derzeit unbenutzte Autoremise (früher Faßremise); ein ebenfalls früher auf der Parzelle stehender Eisschuppen ist heute abgerissen. Die Klägerin hat von der Stadt F [REDACTED] das Grundstück gepachtet und beabsichtigt, darauf eine Großtankstelle zu errichten. Kraft Ermächtigung durch die Stadt F [REDACTED] verlangt sie im vorliegenden Rechtsstreit von der Beklagten Herausgabe des Grundstücks.

Nach der Darstellung der Klägerin hatten die Beklagten und ihre Rechtsvorgänger das Grundstück von jeher nur in jederzeit widerruflicher Weise gepachtet. Dieses Pachtverhältnis habe dadurch seine Beendigung gefunden, daß die Stadt F [REDACTED] - dies ist unstreitig - mit Schreiben vom 19. September 1956 an die Beklagte die Pacht auf den 31. März 1957 gekündigt habe.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Räumung des genannten Grundstücks und zur Herausgabe an die Klägerin zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat - unstreitig zum erstenmal im vorliegenden Rechtsstreit - den Standpunkt vertreten, daß sie bezüglich der streitigen Parzelle nicht nur Pächterin sei, sondern daß ihr in dieser Hinsicht ein Erbbaurecht oder aber doch ein ähnliches superfiziarisches Recht zustehe. Ein solches Recht sei

- 3 -

von ihrem - der Beklagten - Rechtsvorgänger gegenüber der Stadt F [REDACTED] rechtsgeschäftlich erworben, mindestens aber ersessen worden. Die Beklagte behauptet auch, daß ein solches Recht in dem während des letzten Krieges durch Feindeinwirkung zerstörten Grundbuchheft 100 A in Abt. II gestanden haben müsse.

Fest steht, daß in dem jetzt wiederhergestellten Grundbuchheft 100 A in Abt. II ein derartiger Eintragung nicht vorhanden ist. In Abt. I ist bei der streitigen Parzelle 2051/1 vermerkt: "Überbaut durch Gebäude 108 L [REDACTED] straße und Gebäude [REDACTED] daselbst" (vgl. den Grundbuchauszug Anl. [REDACTED] zu Bl. 56 GA). Die Wiederherstellung dieses Grundbuchhefts ist im Gegensatz zu anderen F [REDACTED] Grundbuchheften nicht auf Grund einer im Kriege hergestellten beglaubigten Abschrift, sondern ohne dieses Hilfsmittel erfolgt. Es steht ferner fest, daß in dem Grundbuchheft der verstorbenen Eheleute Ernst und Emilie L [REDACTED] (der Erblasser der Inhaber der Beklagten) am Ende der Abt. I der Vermerk sich befand: "Weitere Gebäude auf städtischem Eigentum siehe Heft [REDACTED] A I 427". In der Abteilung I dieses Grundbuchhefts 133 war übrigens unter der laufenden Nummer 39 bezüglich eines anderen Grundstücks ein Erbbaurecht ausdrücklich eingetragen mit dem Vermerk: "Grund und Boden ist Eigentum der Stadtgemeinde".

Bezüglich der Vorgeschichte der Parzelle und der darauf befindlichen, unstreitig nie im Besitz der Eigentümerin gewesenen Gebäude hat das Berufungsgericht aus erhalten gebliebenen Urkunden u.a. festgestellt:

Ausweislich eines Gemeinderatsbeschlusses aus dem Jahre 1919 (Anl. 7 zu Bl. 56 GA) soll das streitige Grundstück seit dem Jahre 1868 "an St [REDACTED] bzw. seine Rechtsnachfolger" gegen jährlich 15 Mark verpachtet

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



sein (tatsächlich dürfte es sich nicht, wie das Beru-
fungsgericht dazu bemerkt, um St [REDACTED], sondern um
seinen Schwiegervater W [REDACTED] gehandelt haben).

Am 6. August 1875 wurde dem genannten W [REDACTED] ein
Beschuß des Gemeinderats eröffnet, worin ihm auf sein
Ansuchen "nur widerruflich" erlaubt wird, auf der strei-
tigen städtischen Parzelle eine Faßremise zu erbauen
(Anl. 1 zu Bl. 13 der Akten des Amtsgerichts Freudenstadt).

Mit Beschluß des Bürgerausschusses vom 15. August 1878
wurde dem Bierbrauer W [REDACTED] auf sein Ansuchen weiter-
hin "in stets widerruflicher Weise" gestattet, an die
Faßremise einen Eiskeller anzubauen. Vom Ansatz einer
Gebühr wurde deshalb abgesehen, da W [REDACTED] schon für
die Faßremise jährlich 15 Mark bezahle (vgl. Anl. 2 da-
selbst).

Von den Eheleuten St [REDACTED] (Tochter und Schwieger-
sohn des W [REDACTED]) wurde sodann in der massiv erbauten Faß-
remise bis zum Jahr 1891 eine Schankwirtschaft betrieben.

Am 31. Dezember 1891 bestellte die Witwe Katharine
St [REDACTED] geborene W [REDACTED] für das Vatergut der erstehe-
lichen Kinder ein Unterpfand (= Hypothek) u.a. an "G [REDACTED]
[REDACTED]" (die streitige Parzelle) mit folgendem Beschrieb:
"98 qm eine einstockige freistehende Faßremise an der
M [REDACTED] mit eingerichtetem Schanklokal, Grund und Boden
Eigentum der Stadtgemeinde. Brandversicherungsanschlag
2 560 Mark - bisher ohne Pfandanschlag -. Ein daselbst
auf städtischem Grund und Boden erbauter Bierkeller ohne
Pfandanschlag. Zusammen taxiert zu 4 500 M." (vgl.
Bl. 14 GA).

In einem Zeugnis des Nachlaßgerichts Freudenstadt vom 5. Dezember 1913 wird neben einer Reihe von Grundstücken als von der Witwe Katharine geborene W [REDACTED] nach Ableben ihres zweiten Ehemanns H [REDACTED] übernommen erwähnt:

"Gebäude Nr. [REDACTED] - Faßremise an der M [REDACTED], Grund und Boden ist Eigentum der Stadtgemeinde, gemeinderätliche Schätzung vom 29. Nov. 1913 40 000 M."

Mit vom Ratsschreiber B [REDACTED] beurkundetem Vertrag vom 18. Februar 1919 verkaufte die Witwe Katharine H [REDACTED] (verw. St [REDACTED]) an die Eheleute Karl W [REDACTED] eine Reihe von Grundstücken. Mitten unter diesen Grundstücken ist aufgeführt: "Gebäude Nr. [REDACTED] N [REDACTED] straße [REDACTED] 98 qm Faßremise an der sogenannten M [REDACTED]: Grund und Boden dieser 98 qm ist Eigentum der Stadtgemeinde F [REDACTED] [REDACTED]" /Grundakten 1681 Bl. 19/. Anschließend (11. Juni 1919) wurde die Auflassung sämtlicher Grundstücke erklärt, wobei ebenfalls das streitige Gebäude erwähnt wird, und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch beantragt.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 19. April 1919 verkauften die Eheleute W [REDACTED] an den Oberkellner Karl H [REDACTED] fünf Grundstücke mit den laufenden Nummern 1, 2, 4, 5 und 6 in Abt. I des Grundbuchhefts [REDACTED] (Bl. 2 der Grundakten 1179 a). Unter dem 30. September 1919 (Grundakten 1179 a Bl. 1) erklärten die Eheleute W [REDACTED] an Karl H [REDACTED] unter Berufung auf den obligatorischen Vertrag vom 19. April 1919 Auflassung "an den im Grundbuch von hier Heft [REDACTED] Abt. I Nr. 11, 12, 14, 15 (zuerst 11-15) verzeichneten Grundstücken Gebäude Nr. 23 und 23/1 der S [REDACTED] straße, ~~[REDACTED]-der-I [REDACTED]straße~~ und Parz. Nr. 268 und 271." (Die Streichung im Text entspricht dem Original). Mit

Beschluß des Gemeinderats vom 7. September 1919 wurde ein Gesuch des Ernst I., ihm die streitige Parzelle käuflich zu überlassen, abgelehnt, ferner auch ein Gesuch um Genehmigung eines Umbaus. Ernst I. hat den beabsichtigten Umbau dann trotzdem durchgeführt, wofür ihm nachträglich eine baupolizeiliche Genehmigung der Gemeinde F. unter dem 17. Oktober 1922 erteilt wurde (Anl. 7 zu Bl. der amtsgerichtlichen Akten).

Unstreitig ist zwischen den Parteien ferner, daß die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgänger in amtlichen Schreiben im Zusammenhang mit der Besteuerung und der Brandversicherung verschiedentlich als Eigentümer bezeichnet worden sind.

Die Beklagte will aus den genannten Umständen und Urkunden folgern, daß schon für ihre Rechtsvorgänger ein Erbbaurecht bzw. ein ähnliches superfiziarisches Recht eingetragen gewesen sei. Die Klägerin bestreitet das.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten war ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A)

Das Berufungsgericht führt u.a. aus:

I. Aus dem von der Klägerin zugestandenen früheren Pachtverhältnis wolle und könne die Beklagte keine Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch, der von der Klägerin zulässigerweise geltend gemacht werde, ableiten. Die Revision erhebt insoweit keine Bedenken, ein Rechtsirrtum zu Lasten der Beklagten ist auch nicht ersichtlich.

II. Dem Klageanspruch stehe auch nicht der Einwand der allgemeinen Arglist entgegen, insbesondere sei der Klageanspruch nicht verwirkt, da die Beklagte und ihre Rechtsvorgänger laufend an die Stadtgemeinde Pachtzinsen entrichtet und von dem Bestehen eines dinglichen Nutzungsrechts nie nachweislich die Rede gewesen sei.

III. Daß ein Erbbaurecht bestehe oder überhaupt je bestanden habe, sei nicht bewiesen.

1. Die - unterstellte - hundertjährige Unterhaltung des Gebäudes auf einem der Stadt gehörenden Grundstück sei kein Anzeichen für das Bestehen eines Erbbaurechts oder eines ähnlichen Rechtes, da nach den vorliegenden Urkunden die Stadt die Genehmigung zur Errichtung und Unterhaltung von Bauwerken auf stadteigenem Grund verhältnismäßig häufig gegeben habe, aber nur selten in der Form des Erbbaurechts, sehr viel häufiger dagegen in der Form der Verpachtung, und außerdem für die hier in Frage stehende Bebauung die Genehmigung ausdrücklich nur widerruflich gegeben worden sei.

2. Aus dem zuletzt genannten Grunde brauche auf die Frage der Ersitzung eines Erbbaurechts nicht näher eingegangen zu werden, möge auch das Benutzungsverhältnis schon 1868 begonnen haben. Noch im Jahre 1875 habe der Bierbrauer W. [REDACTED] II eine ausdrücklich als widerruflich bezeichnete

Genehmigung für die Errichtung einer Faßremise sich erteilen lassen. Das spreche eindeutig gegen die Ausübung eines wenigstens vermeintlich grundstückgleichen Rechtes. Abgesehen davon habe schon bis zum Jahre 1900 sich eine Ersitzung nicht mehr vollenden können. Kein Beweiswert habe hier auch der Umstand, daß an den auf dem Grundstück stehenden Gebäuden (durch die Witwe H.) im Jahre 1891 ein Unterpfand bestellt worden sei; denn nach dem bis 1900 in Württemberg geltenden Recht habe das Unterpfand an Liegenschaften bestellt werden können und zu diesen hätten nicht nur Grundstücke, sondern auch Gebäude gezählt, vorausgesetzt, daß sie mit dem Grund und Boden fest verbunden, nicht transportabel gewesen seien (v. Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts 1894 2. Aufl. II S. 184).

3. a) Einziges Indiz für das Bestehen eines grundstücksgleichen Rechtes sei die Tatsache, daß das Eigentum an den auf dem städtischen Grund errichteten Gebäuden mindestens gegen Ende des ersten Weltkriegs ähnlich einem Grundstück im Grundbuch der Pächter eingetragen gewesen sei. Allerdings sei gleichfalls als erwiesen anzusehen, daß ein solcher Eintrag im Grundbuch der Gebäudeeigentümer nicht mehr vorhanden gewesen sei, nachdem - was (zwar bestritten war, aber) als richtig unterstellt werde - Ernst I. im Jahre 1920 die Gebäude käuflich erworben habe.

b) Die vom Grund und Boden verschiedenen Gebäude seien nun zwar tatsächlich als Eigentum des jeweiligen Pächters aufgefaßt worden, eine auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwar nicht nach Abs. 1, wohl aber nach Abs. 2 - offenbar Schreibversehen s. unten - des § 95 BGB vertretbare Auffassung. Solches vom Grundeigentum losgelöstes Eigentum an Gebäuden sei nicht eintragungs-

fähig gewesen. Wenn es trotzdem eingetragen gewesen sei, so könne das damit erklärt werden, daß die Beteiligten vom Bestehen eines grundstücksgleichen und damit eintragungsfähigen Rechts ausgegangen seien. Es bestehe aber auch die (andere) Möglichkeit, daß das Gebäudeeigentum im Grundbuch einfach infolge unrichtiger Handhabung eingetragen worden sei. Beim Übergang auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs seien Irrtümer auf dem Gebiet des Grundbuchwesens nicht selten gewesen, vorgekommene Fehler seien häufig längere Zeit fortgeschleppt worden. Ein Irrtum bei der Anlegung des Grundbuchs möge durch die damals noch - zu Recht - bestehende Eintragung der Gebäude im Unterpfandbuch begünstigt worden sein. Ein weiteres Beispiel für nicht sorgfältiges Verfahren des Grundbuchamts sei ein - hier sonst nicht interessierendes - Hypothekenzeugnis (Grundakten F. [REDACTED] Nr. 1681 Bl. 15), in dem in der Grundstücksbezeichnung (nach Aufführung eines Wohnhauses mit Remise zu 2 Ar, 13 qm) angegeben sei: "21 qm Remise, Eigentum der Stadtgemeinde hier".

c) Wesentlich sei, daß im Grundbuch der Eheleute Luz die von ihnen mutmaßlich erworbenen Gebäude nicht mehr als Grundstück aufgeführt gewesen seien, obwohl dort ein Erbbaurecht an einem anderen Grundstück ausdrücklich grundstücksgleich eingetragen gewesen sei. Für das Bestehen eines besonderen Erbbaurechtsgrundbuchs sei kein Anhalt gegeben. Es habe demnach die Möglichkeit erhebliches Gewicht, daß anlässlich der Übertragung des Gebäudes auf Ernst I. [REDACTED] die Unzulässigkeit der Eigentumseintragung im Grundbuch erkannt worden sei und deshalb diese unzulässige Eintragung im Grundbuch der Verkäuferin mit deren - aus den Grundakten nicht mehr ersichtlichen - Zustimmung oder von Amts wegen gelöscht worden sei; dies umso mehr, als die Beklagte nicht behaupten könne, daß seitens der Gebäude-

inhaber jemals nachweislich die Behauptung des grundstücksgleichen Rechts aufgestellt worden sei. Es ergebe sich aus allem die sehr ernst zu nehmende Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit, daß das von der Beklagten behauptete grundstücksgleiche Recht niemals bestanden habe. Auch entbehre die Behauptung der Beklagten, daß ein solches Erbbaurecht in dem die städtischen Grundstücke enthaltenden Grundstücksheft in Abt. II eingetragen gewesen sein müsse, jeden Beweises.

B)

I. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die außerordentliche Ersitzung, d.h. die ohne Ersitzungstitel stattfindende (Biercr, Handbuch des gesamten in Württemberg geltenden Privatrechts, zweites Buch § 118 I S. 330 II 2 Anm. 36 S. 340) rechtsirrig abgelehnt. Die Auffassung des Berufungsrichters, daß eine Ersitzung nicht nachgewiesen ist, trifft jedoch mindestens im Ergebnis zu. Eine Ersitzung kommt nur in Frage, wenn in Wahrheit kein Erbbaurecht durch Rechtsgeschäft begründet worden war. Die Ersitzung bestimmte sich bis zur Anlegung des Grundbuchs gemäß Art. 189 Abs. 1 EGBGB nach altem (hier Gemeinem) Recht, in Württemberg bis 1. Januar 1900, da zu diesem Zeitpunkt dort das Grundbuch bereits als angelegt anzusehen war (Staudinger, BGB 10. Aufl. Art. 186 Einführungsgesetz S. 450; § 1 Württ.VO. v. 30. Juli 1899 - Regierungsblatt S. 540 -). Der Beginn der Ersitzung richtete sich nach altem Recht. Auch bei Annahme einer dreißigjährigen Ersitzungsfrist (Biercr aaO Zweites Buch § 118 II S. 332) war sie vor dem 1. Januar 1900 noch nicht vollendet. Für die Ersitzung wäre nötig, daß der Besitzer der Gebäude Nr. 108 und 108 a diese als vermeintlicher und gutgläubiger Superfiziär (Erbbauberechtigter) besessen hätte

und dieser Wille durch entsprechende Handlung zum Ausdruck gekommen wäre. Es genügt daher nicht ein Besitz, der auch auf Grund eines Pachtrechts möglich wäre; andernfalls wäre der Eigentümer, gegen den ersessen wird, schutzlos. Wenn nach der Feststellung des Berufungsgerichts das sog. Pachtverhältnis 1868 begonnen hat, so bedeutet das im Gegensatz zur Auffassung der Revision demnach noch nicht den Beginn einer Ersitzung. Auch das Betreiben einer Schankwirtschaft durch die Tochter und den Schwiegersohn des Erbauers der Faßremise brachte die Ersitzungsfrist nicht in Gang, abgesehen davon, daß eine Behauptung über den genauen Zeitpunkt des Beginns der Schankwirtschaftsausübung fehlt. Auch wenn man unterstellt, daß die Unterpfandsbestellung die Ersitzung in Lauf gebracht hat, vergingen von der Unterpfandsbestellung (1891) nur neun Jahre bis zum 1. Januar 1900. Von da an bestimmte sich die Ersitzung des superficiarischen Rechtes, das nunmehr als Erbbaurecht zu charakterisieren war, nach § 900 BGB. Eine Anrechnung einer bereits begonnenen Ersitzungszeit war dabei nur möglich, wenn dazu oder zu Zeit, zu welcher Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen war (1. Januar 1900), der Besitzer als Erbbauberechtigter im Grundbuch eingetragen war (Art. 189 Abs. 2, Art. 169 EGBGB; Staudinger aaO Art. 189 Randnote 6). Bei späterer Eintragung des Erbbaurechts würde die Ersitzungszeit jeweils erst mit der Eintragung begonnen haben (Staudinger aaO). Da sich die Ersitzung gegen den Eigentümer richtet, mußte für sie das (an sich nicht bestehende) Erbbaurecht im Grundbuch des belasteten Grundstücks, also in dem für das Flurstück 1051/1 eingetragen sein (Palandt, BGB 22. Aufl. § 891 Anm. 4, § 891 Anm. 2 b; ErbbRVG § 14 Anm. 1; Meikel/Imhof/Riedel, GBO 5. Aufl. § 8 Anm. 50). Die Beklagte hat zwar behauptet, daß ein solches Erbbaurecht in dem die städtischen Grundstücke enthaltenden

Grundstücksheft in Abt. II eingetragen gewesen sei. Dafür vermißt das Berufungsgericht aber den Beweis. Es hält ihn mit Recht für erforderlich, da der bloße Vermerk im Grundbuch der Parz. 2051/1 in Abt. I "Überbaut durch Gebäude 108 L [REDACTED] straße und Gebäude 108 a daselbst", der keinen Hinweis auf ein Recht einer bestimmten Person erschen läßt, nicht genügt (vgl. Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht und die Württembergischen Ausführungsbestimmungen § 167 II S. 601). Die Revision rügt allerdings, daß das Berufungsgericht dem Antrag der Beklagten auf Vernehmung des Bürgermeisters B [REDACTED] im Schriftsatz vom 27. Dezember 1960 S. 2 hätte stattgeben müssen, aber zu Unrecht. Die Beklagte sagt selbst, der Zeuge sei gehalten, die notwendigen Feststellungen in den erreichbaren Akten der Stadt vor der Vernehmung zu treffen, d.h. laß der Zeuge keine Kenntnis über das besitzt, worüber er aussagen soll. Dem Beweisantrag fehlt es insoweit an der nötigen Substantiierung; [REDACTED] offen bleiben kann, ob ein Zeuge verpflichtet ist, sich Tatsachen, die er gewußt hat, durch zumutbare Vorbereitung ins Gedächtnis zurückzurufen, jedenfalls ist er aber nicht gehalten [REDACTED] sich neue Kenntnisse zu verschaffen (RGZ 48, 395; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. Nr. 3 vor § 373). Die Ausnahmenvorschrift des § 377 Abs. 3 ändert hieran nichts (Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO 18. Aufl. vor § 373 VI 1). Da das Berufungsgericht aus den voraufgeführten Gründen eine Ersitzung mit Recht verneint hat, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Einholung einer Genehmigung für den Bau einer Faßremise durch W [REDACTED] im Jahr 1875 und ihre Erteilung in nur widerruflicher Weise gegen einen Besitz in Ausübung eines verneintlichen grundstücksgleichen Rechts spricht, was das Berufungsgericht bejaht und die Revision bekämpft (vgl. RG SeuffA 53 Nr. 216). Ebensowenig bedarf es der Erörterung, ob wenn die übrigen Voraussetzungen der

Ersitzung dargetan wären, doch nur ein widerrufliches Erbbaurecht ersessen worden wäre, wie die Revisionsbeantwortung geltend macht.

II. Die Revision greift auch die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber an, daß das Erbbaurecht auch nicht auf Grund Rechtsgeschäfts bestehe. Hierzu ist zu sagen:

a) Zu Unrecht sieht die Revision einen Widerspruch im Berufungsurteil dahingehend, daß festgestellt werde (S. 13 oben BU), die streitigen Grundstücke seien als Eigentum der jeweiligen Pächter aufgefaßt worden, andererseits aber festgestellt werde, daß von einem dinglichen Nutzungsrecht niemals die Rede gewesen sei. In Wahrheit stellt das Berufungsgericht fest, daß das Eigentum an den Gebäuden auf dem streitigen Grundstück als Eigentum der jeweiligen Pächter aufgefaßt worden sei (BU S. 13), daß aber, was zutrifft, die Beklagte nicht habe behaupten können, daß nachweislich die jeweiligen Eigentümer der Gebäude der Stadt gegenüber oder auch sonst von einem dinglichen Nutzungsrecht, etwa einem Platzrecht, Erbbaurecht gesprochen hätten. Auch ist es nicht richtig, daß das Berufungsgericht feststelle, die Beteiligten seien tatsächlich vom Bestehen eines grundstücksgleichen Rechtes ausgegangen, vielmehr bezeichnet das Urteil (S. 13 Mitte) dies nur als eine von zwei Möglichkeiten, wie sich die Eintragung der Gebäude in gleicher Art wie bei Grundstücken im Grundbuch der Pächter erkläre; denn das Berufungsgericht fährt dann fort, "es besteht auch die Möglichkeit, daß die Eintragung einfach infolge unrichtiger Handhabung erfolgt ist", und es führt in der Folge aus, die letztere Möglichkeit habe mehr Wahrscheinlichkeit für sich. Die Revision ist der Auffassung, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die zweite Möglichkeit für wahrscheinlicher gehalten

habe. Allein auch insoweit geht der Revisionsangriff fehl, weil die Eintragung ihren Beweiswert schon durch die Möglichkeit ihres rechtsirrigen Zustandekommens verlor, es sei denn, das Berufungsgericht hätte verkannt, daß für den Beweis eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt, und hätte einen absoluten Beweis gefordert. Dafür besteht aber kein Anhalt. Das Berufungsgericht war in seiner Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) auch frei. Die Rechtsvermutung des § 891 BGB kam der Beklagten schon deswegen nicht zugute, weil sie nur für eine (bestehende) Eintragung auf dem Grundbuchblatt für das belastete Grundstück 2051/1 gelten könnte, so daß die weitere Frage, ob für ein nicht mehr eingetragenes Recht eine Vermutung des Bestehens für die Dauer der Eintragung aus § 891 BGB abzuleiten ist (BGHZ 121, 318) außer Betracht bleiben kann.

b) Die Revision erhebt aber auch Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Berufungsrichters unter dem Gesichtspunkt, daß ein Unterpfand nur an Immobilien habe bestellt werden können und die Kinder der Witwe H. wegen ihres in gesetzlicher Verwaltung der Eltern stehenden beweglichen Vermögens auf solche Hypothekenbestellung einen Anspruch gehabt hätten (Bierer, Handbuch des gesamten in Württemberg geltenden Privatrechts, Viertes Buch § 206 1 Ziff. 2 S. 356 und S. 358 Anm. 4). Diese Rüge zielt anscheinend darauf ab, daß nach dem Art. 3 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg S. 193 ein Unterpfand (= Hypothek) nur an Immobilien und Rechten, die Immobilien gesetzlich gleichkommen, bestellt werden konnte, und die Revision will den Schluß ziehen, daß die in Frage stehenden Gebäude im Eigentum der Nutzungsberechtigten gestanden hätten und dies wiederum nur möglich gewesen sei, wenn eine Superficies

vorgelegen habe, woraus sich ergäbe, daß ein Erbbaurecht bestellt worden sein müsse. Das Berufungsgericht hat dagegen auf die oben erwähnte Stelle bei von Lang verwiesen, die in gleicher Weise in seinem Handbuch des Pfandrechts S. 22 V A wiederkehrt. Mit der Revision kann dahingestellt bleiben, ob das Pfandgesetz, das nur in Württemberg, also nur für den Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart noch anzuwenden ist, nach § 549 ZPO wenigstens insoweit revisibel ist, als es den dem in Württemberg geltenden (1. Anlage zur Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs A Nr. 3) Gemeinen Recht angehörenden Begriff der Immobilien verwendet; denn der Satz "superficies solo cedit" war in seiner absoluten Geltung für das Gemeine Recht nicht unbestritten. Der Rechtssatz wurde zwar beispielsweise ohne Ausnahme bejaht bei Bierer aaO 2. Buch § 115 B 5 und Anm. 10 S. 306, 310 und bei Windscheidt, Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Band 7. Aufl. § 188 S. 571 ff. Daneben wurde aber auch die Möglichkeit eines Eigentums an fest mit dem Grund und Boden verbundenen Gebäuden verfochten, wenn sie vorübergehenden Zwecken dienten (Herbert Meyer, Festgabe für Felix Dahn S. 277 unter teilweiser Bezugnahme auf Biermann, JherJb 34, 186 ff). Die letztere Möglichkeit muß das Berufungsgericht, das offenbar versehentlich § 95 Abs. 2 BGB anführt (BU S. 13), bei seinen Erörterungen über die Möglichkeit eines selbständigen Eigentums ohne Erbbaurecht für die Gebäude 108, 108 a im Auge gehabt haben, da von einer vorherrschenden Ansicht, Miet- oder Pachtrechte würden unter § 95 Abs. 2 S. 2 BGB fallen, nicht gesprochen werden kann (verneinend jetzt auch Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. 1957 § 95 Rd Nr. 10), dagegen vom Mieter oder Pächter errichtete Gebäude regelmäßig als zu vorübergehendem Zweck errichtet betrachtet werden (BGH Urt. v. 21. Dezember 1956, V ZR 245/55 NJW 1957, 487).

17

Da es sich hier nicht um die unmittelbare Rechtsanwendung handelt, sondern sie lediglich unter Beweisgesichtspunkten betrachtet wird (§ 286 ZPO), ist nicht zu entscheiden, ob die Einschränkung des Grundsatzes superficies solo cedit nach Gemeinem Recht in dem vom Berufungsgericht angegebenen Umfang tatsächlich bestand, sondern es genügt für die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, daß eine derartige Vorstellung von dem vom Grundeigentum getrennten Eigentum an den Gebäuden ohne Erbbaurecht aufkommen konnte. Der größere oder geringere Grad der Wahrscheinlichkeit einer solchen Vorstellung liegt im tatrichterlichen Ermessen, auf das der Revision auch unter dem Gesichtspunkt der "Willkür" Angriffe nicht möglich sind. Gleiches gilt für die vom Tatrichter für möglich gehaltene Art und Weise, wie das Eigentum an den Gebäuden (zu Unrecht) in das Grundbuch aufgenommen und später als unzulässig wieder gelöscht worden ist, wobei die Zustimmung des Berechtigten im Fall der Unzulässigkeit nicht erforderlich war (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Besonderer Behandlung bedurfte nach dem Standpunkt des Berufungsrichters auch nicht jede einzelne Urkunde, in der das (möglicherweise) unzulässigerweise ins Grundbuch : aufgenommene Eigentum an den Gebäuden seinen Ausdruck fand.

Fehl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Beweismwürdigung übersehen, daß auch in steuerlicher Hinsicht in dem Einspruchsbescheid an Ernst I. die Gebäude als zu seinem Vermögen, also zum Vermögen des Nutzungsberechtigten gehörig behandelt worden seien, woraus die Revision folgern möchte, I. müsse entweder Grundeigentümer oder Erbbauberechtigter gewesen sein. Dabei ist übersehen, daß in § 34 Abs. 3 der damaligen Fassung des Reichsbewertungsgesetzes (vom 10. August 1925, RGBl I 222) den Grundstücken gleichgestellt

waren Gebäude, die auf fremdem Grund und Boden errichtet waren und nicht dem Eigentümer des Grund und Bodens gehörten (noch weitergehend § 50 Abs. 3 des Bewertungsgesetzes vom 16. Oktober 1934, RGBI I 1035). Daß nach § 46 RBowDB vom 1. Januar 1935 (RGBI I 90) verfahren worden wäre (Bewertung beim Erbbaurecht), ist nicht vorgetragen worden.

c) Erachtete das Berufungsgericht das Bestehen eines dinglichen Rechts an dem streitigen Grundstück nicht für erwiesen, so war es ohne Bedeutung, ob die Eheleute W. keinen Verzicht auf dieses Recht abgegeben haben. Die Vernehmung des hierfür angebotenen Zeugen S. konnte daher ohne Verletzung des § 286 ZPO unterbleiben.

d) Die sonstigen Erwägungen des Berufungsgerichts über die Möglichkeit einer irrigen Aufnahme des Eigentums an den Gebäuden ins Grundbuch halten sich im zulässigen Rahmen tatrichterlicher Würdigung. Insbesondere war es nicht gehindert, aus einem anderweit festgestellten Irrtum Schlüsse zu ziehen.

III. Schließlich greift auch die Berufung der Revision auf § 242 BGB zur Begründung ihres Klagabweisungsantrags nicht durch. Die Anwendung dieser Bestimmung kommt nur in Frage, wenn in Wahrheit kein Erbbaurecht bestellt war, vielmehr ein Pachtverhältnis vorlag. Richtig ist zwar die Auffassung der Revision, daß die Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses für seine Natur nicht entscheidend ist, da auch irrig Bezeichnungen vorkommen. Allein die richtige Bezeichnung ist immerhin die Regel, und es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in der Zahlung von Pachtzins eine Erinnerung des Nutzungsberechtigten daran sieht, daß er kein dingliches Recht habe. Fehl geht der Hinweis der Revision auf das Protokoll eines Ausschusses

der Stadt vom 31. März 1936 (Anlage 11 zu Bl. 56 GA), da es sich dort um ein anderes Grundstück als das hier in Frage stehende handelt, nämlich um Plan-Nr. 2883 und obendrein der dort verwendete Ausdruck "Anerkennungszinsen" ebenfalls nicht, wie dies beim Ausdruck Erbbauzins der Fall wäre, eindeutig auf ein dingliches Recht hinweist; gerade für jene Plan-Nr. hatte der Ausschuß die Bestellung eines Erbbaurechts abgelehnt. Daß die Stadt die Beklagte fast 100 Jahre im Besitz des Grundstücks gelassen hat und die Nutzungsberechtigten, sei es auch mit Zustimmung der Stadt, ein massives Gebäude errichtet haben, kann nicht unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB die Stadt um ihre aus dem Eigentum fließenden Rechte bringen (vgl. § 567 BGB). Die Klägerin macht auch nicht nur ein "formales" Recht geltend. Wollten die Nutzungsberechtigten das Risiko nicht eingehen, das Grundstück räumen zu müssen, hätten sie, soweit die Vereinbarung eines Mietrechts von hinreichender Dauer rechtlich nicht möglich war, das Eigentum erwerben oder sich ein entsprechendes dingliches Recht bestellen lassen müssen. Grund für die Weigerung der Beklagten, das Grundstück herauszugeben, ist auch nicht in erster Linie die eigene Benutzung, sondern das Bestreben, die Errichtung einer Tankstelle der Beklagten zu verhindern. Daß die Stadt etwa vorsätzlich einen Irrtum der Nutzungsberechtigten, insbesondere der Beklagten, hervorgerufen hätte, sie seien im Genuß eines Erbbaurechts, ist nicht behauptet. Bei bloß irriger Beurteilung auf beiden Seiten besteht aber kein Anlaß, die Rechte dessen zu beschneiden, für den die objektive Rechtslage spricht. Soweit die Revision geltend macht, daß das Stadtschultheißenamt nicht an I., wohl aber an andere Kellereibesitzer in einem Schreiben auf die Widerruflichkeit der Grundstücksbenutzung aufmerksam gemacht habe, ist ihr entgegenzuhalten, daß zu jenem Schreiben vom 10. März 1922 wegen Vernachlässigung

der Keller Anlaß bestand, während etwas Derartiges hinsichtlich der hier in Frage stehenden Gebäude nicht behauptet wird. Auch ist jemand, der sich den Widerruf gewährter Befugnisse vorbehalten hat, nicht gehalten, dem auf Grund seiner Gestattung Nutzungsberechtigten die Widerruflichkeit immer wieder ins Gedächtnis zu bringen.

c)

Nach alledem ist die Berufung der Beklagten vom Berufungsgericht mit Recht zurückgewiesen worden, ohne daß es zu untersuchen brauchte, ob das behauptete Erbbaurecht überhaupt rechtsgültig auf die Beklagten übergegangen wäre und ob bei Abschluß eines schuldrechtlichen notariellen Vertrages auf Übertragung hinsichtlich des Erbbaurechts auch ohne Eintragung im Grundbuch die Beklagte aus § 986 BGB die Herausgabe hätte verweigern können (vgl. Palandt, BGB 22. Aufl. § 986 Anm. 3 c). Die Revision war vielmehr mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Mattern