

40. 1. Unterliegt das Superfiziarrecht der Privation wegen wiederholter Nichtzahlung des Grundzinses?  
2. Geht das Superfiziarrecht durch Nichtgebrauch verloren?  
3. Inwieweit, und unter welchen Voraussetzungen findet dem Superfiziarrechte gegenüber Ersetzung der Freiheit des Eigentumes statt?

VI. Civilsenat. Urt. v. 4. Oktober 1888 i. S. der Stadtgemeinde Frankfurt a./M. (Bekl. u. Widerkl.) w. St. (Kl. u. Widerbefl.) Rep. VI. 90/88.

- I. Landgericht Frankfurt a./M.  
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die an der ehemaligen Judengasse zu Frankfurt a./M. belegenen Grundstücke waren von alter Zeit her den baselbst angesiedelten Israeliten von der Stadt zu Superfiziarrecht überlassen. Im gegenwärtigen Prozesse handelte es sich um einen Platz, der seit Jahrzehnten thatfächlich nach Niederreißung des kaufällig gewordenen Hauses von dem Superfiziar aufgegeben gewesen und von der Stadt innegehabt war, nunmehr aber wieder von jenem in Anspruch genommen wurde. In den beiden vorderen Instanzen war zu Gunsten des Klägers entschieden worden; vom Reichsgerichte wurde aber das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Beklagte hat . . . geltend gemacht, daß das klägerische Platzrecht durch jahrelange Nichtzahlung des Grundzinses untergegangen sei, und die Verneinung dieses Aufhebungsgrundes, dessen thatfächliches Element übrigens unbestritten ist, ist jetzt als eine Verletzung der gemeinrechtlichen Normen über die Superfizies gerügt. Ob bei der Superfizies, wie bei der Emphyteuse, Privation wegen Nichtzahlung des Grundzinses stattfindet, indem hier die in l. 54 §. 1. l. 56 D. loc. 19, 2 und c. 3 X<sup>o</sup> de loc. et cond. 3, 18 enthaltene Bestimmung, nach welcher zweijährige Nichtzahlung des Mietgeldes den Sachmieter seines Rechtes auf weitere Fortdauer des Mietverhältnisses verlustig macht, entsprechend zur Anwendung zu bringen sei, ist nach gemeinem Rechte bekanntlich streitig. Das Reichsgericht schließt sich hier der in neuerer Zeit besonders von v. Wächter (in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät, Bd. 1 S. 89 flg. und S. 108 flg., vgl. auch dessen Pandekten Bd. 2 §. 165 Anm. 18 S. 274) verteidigten, auch von Windscheid (Pandektenrecht [6. Aufl.] Bd. 1 §. 223 S. 767) und Dernburg (Pandekten Bd. 1 §. 259 S. 627) angenommenen Ansicht an, wonach das Rechtsinstitut dieser Privation bei der Superfizies keine Geltung hat, indem es diese Ansicht auch durch die Ausführungen von Mandry (in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 518 flg.) und Brinz (Pandekten [2. Aufl.] Bd. 1 §. 202 S. 812, §. 204 S. 823 und §. 205 S. 825) nicht für widerlegt erachtet. Der entscheidende Grund liegt darin, daß ein so singuläres Institut nicht durch bloße Analogie von denjenigen Rechtsverhältnissen, für welche es ausdrücklich eingeführt ist, auf ein anderes Rechtsverhältnis ausgedehnt werden darf, welches, wie die Superfizies

einerseits von der Emphyteuse, andererseits von der gewöhnlichen Mieta, von jenen wesentlich verschieden ist. Die einzige Quellenstelle, die wohl als ein positiver Beleg für die Geltung der Privation wegen unterlassener Grundzinszahlung auch bei der Superfizies angeführt zu werden pflegt, nämlich die l. 15 D. qui pot. 20, 4 (vgl. auch v. Bethmann-Hollweg, Das 20. Buch der Pandekten S. 83), läßt, wie auch z. B. Mandry a. a. O. zugiebt, sehr wohl auch andere Auslegungen zu (vgl. v. Wächter in den angeführten Abhandlungen S. 88 flg.). Eine Verletzung der gemeinrechtlichen Normen über die Superfizies kann mithin dem Oberlandesgerichte in diesem Punkte nicht vorgeworfen werden. Nahe hätte allerdings die Erörterung gelegen, ob nicht durch das Frankfurter Partikularrecht die Privation wegen dreijähriger Nichtzahlung des Grundzinses auch bei der Superfizies eingeführt sei, indem im 15. Titel des 2. Teiles der Frankfurter Reformation von 1611, „von Erbbeständnissen“, der freilich daneben den Marginaltitel „de contractu emphyteutico“ führt, und in welchem im wesentlichen das römische Recht der Emphyteuse, daher in §. 14 (vgl. auch §. 11) auch die Bestimmung über Privation wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanons kodifiziert ist, in §. 1 (vgl. auch II. 2 Tit. 5 §. 3 der Frankfurter Reformation) der Begriff des „Erbbeständnisses“ auf das entsprechende Rechtsverhältnis an liegenden Gütern jeder Art, auch an bloßen Hausgrundstücken, ausgedehnt zu sein und daher die Superfizies mitzumfassen scheint. Eine Verletzung dieser partikularen Rechtsnormen würde als solche natürlich nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles in der Revisionsinstanz führen können; ob etwa die Unterlassung der ganzen Erwägung, ob hier nicht partikulare Bestimmungen dem gemeinen Rechte vorgingen, dahin führen müßte, das konnte dahingestellt bleiben, weil doch aus einem anderen Grunde das vorige Urteil jedenfalls aufzuheben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen war.

Dieser Grund lag in der Beurteilung, welche von seiten des Berufungsgerichtes der von der Beklagten geltend gemachten Ersizung der Freiheit von dem Superfiziarrechte zu teil geworden ist. Allerdings kann es nur auf diese Ersizung, nicht, wie die Beklagte gemeint hat, auf die bloße Nichtausübung des klägerischen Rechtes während einer Zeit von zehn Jahren ankommen. Das Rechtsinstitut der Aufhebung durch Nichtgebrauch während eines gewissen Zeitraumes ist ein

den Servituten (mit Ausnahme der städtischen Realservituten) von dem alten römischen Civilrechte her eigentümliches, und es würde an jedem Grunde fehlen, dasselbe auf die geschichtlich auf einem ganz anderen Boden, nämlich dem des prätorischen bezw. des neueren römischen Kaiserrechtes, erwachsenen Emphyteuse und Superfizies zu übertragen.

Vgl. v. Keller, Pandekten §. 217 S. 425 und §. 218 S. 427; v. Wächter in den angeführten Abhandlungen Bd. 1 S. 112; sowie Windscheid, Pandektenrecht (6. Aufl.) Bd. 1 §. 222 S. 762 und §. 223 S. 767, gegen die von ihm selbst in der 1. Auflage aufgestellte Ansicht; diese entgegengesetzte Ansicht ist überhaupt in der Litteratur kaum vertreten (nur zweifelnd von Brinz, Pandekten [2. Aufl.] Bd. 1 §. 205 S. 825 flg.).

Dagegen unterliegt es keinem Bedenken, das allgemeine Institut der Ersizung nach gemeinem Rechte auch auf die Befreiung des Grundeigentumes von einem darauf lastenden superfiziarischen oder emphyteutischen Rechte anzuwenden, und zwar zunächst das Institut der ordentlichen, mit dem Ablaufe von zehn (bezw. zwanzig) Jahren sich vollendenden Ersizung. Hierfür spricht schon an und für sich die Analogie der ganz zweifellosen Fälle dieser Ersizung, nämlich einerseits der Ersizung des Eigentumes schlechthin, andererseits der Ersizung der Freiheit des Eigentumes von städtischen Realservituten. Den besonderen quellenmäßigen Anhalt aber gewährt einerseits die l. 12 §. 4 C. de praeser. longi temp. 7, 33, insofern dort als Gegenstand der longi temporis praescriptio ganz allgemein bezeichnet werden nicht nur die „res soli“, sondern auch die „res incorporales, quae in jure consistunt“, von denen die Servituten dann nur als Beispiel angeführt werden, andererseits die l. 8 pr. C. de praeser. XXX vel. XL ann. 7, 39, nach welcher selbst gegen den Pfandgläubiger dem diesem gegenüber durch longi temporis praescriptio Geschützten eventuell auch seinerseits mit voller Rechtswirkung die dingliche Klage auf Auslieferung der Sache zusteht, die ihm selbstverständlich mindestens ebenfogut auch in dem entsprechenden Verhältnisse zum Emphyteuten oder Superfiziar zustehen muß.

Vgl. Arndts im „Rechtslexikon“, Bd. 3 S. 879 flg.

Auch geht die bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern durchaus vorherrschende Lehre dahin, daß Emphyteusis und Superfizies durch Er-

figung, und zwar zunächst durch ordentliche Erfigung der Freiheit des Eigentumes erlöfchen.

Vgl. Windscheid, a. a. D. §. 222 Anm. 4 S. 762 und §. 223 Anm. 16 S. 767.

Nur ganz vereinzelt wird die Anwendbarkeit der *longi temporis praescriptio* hier überhaupt bestritten, wie von Göschen (Vorlesungen Bd. 2 Abt. 1 §. 325 S. 305). Wenn außerdem v. Wächter (a. a. D. S. 112 flg.) und Dernburg (Pandekten Bd. 1 §. 259 S. 628) hier eine wahre, jedem Dritten zu gute kommende Erfigung der Freiheit leugnen, nach Analogie dessen, was sie in dieser Beziehung beim Pfandrechte für Rechtens halten,

vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 596 flg. und Pandekten Bd. 1 §. 292 S. 697 flg. und v. Wächter, Pandekten Bd. 2 §. 230 S. 543 flg.,

so kommt diese Meinungsverschiedenheit für die gegenwärtige Sache nicht einmal in Betracht, weil auch diese Schriftsteller nicht bezweifeln, daß im Verhältnisse zwischen dem Superfiziar und dem Präskribenten selbst das Superfiziarrecht gegebenen Falles als untergegangen zu behandeln ist.

Folgerichtigerweise muß dann aber in demselben Sinne auch das Erlöschen der Emphyteuse oder Superfizies durch außerordentliche Erfigung der Freiheit des Eigentumes anerkannt werden. Denn in l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39 ist in ganz entsprechender Weise demjenigen, welcher die dreißigjährige bzw. vierzigjährige Klageverjährung dem Eigentümer oder Pfandgläubiger gegenüber vollendet hat, auch seinerseits eine dingliche Klage zur Wiedererlangung des etwa verlorenen Besitzes gegeben unter der einzigen Bedingung: „si bona fide ab initio eam rem tenuerit“, und auch diese Bestimmung leidet dem Emphyteuten oder Superfiziar gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Berufungsgericht hat nun auch grundsätzlich die Anwendbarkeit der Erfigung der Freiheit für den fraglichen Fall nicht verkannt. Es hat jedoch die Voraussetzungen dieser Erfigung hier nicht für gegeben erachtet, und zwar zuvörderst deswegen nicht, weil es an einem geeigneten Titel und dem darauf begründeten guten Glauben der Beklagten fehle. Diesem Grunde war auch vollständig beizutreten, soweit die ordentliche Erfigung in Frage stand. Wenn aber das Ober-

landesgericht denselben auch bei der außerordentlichen Erfizung für zutreffend gehalten hat, so mußte dies für rechtsirrtümlich erklärt werden. Zwar ist wohl ganz vereinzelt die Ansicht verteidigt worden, daß, auch wer sich auf außerordentliche Erfizung beruft, seinerseits einen Besiztitel nachweisen müsse, insbesondere von Brinz (Pandekten [2. Aufl.] Bb. 1 §. 154 S. 601 und §. 157 S. 611 flg.); mit Recht aber erklärt die allgemein herrschende Lehre dies für unnötig.

Vgl. Windscheid, a. a. O. §. 183 S. 629 flg. und Dernburg, Pandekten Bb. 1 §. 222 S. 509.

Das römische Gesetz erfordert eben nur, daß der fragliche Besiz in gutem Glauben begonnen sei, und das wird bis zum Gegenbeweise vermutet. Nun hat das Berufungsgericht allerdings noch einen weiteren Grund hinzugefügt, welcher, wenn er überhaupt zuträfe, gleichmäßig auf die außerordentliche wie auf die ordentliche Erfizung der Freiheit anwendbar sein würde. Es geht hierbei mit Recht davon aus, daß die Erfizung der Freiheit zur Voraussetzung habe, daß der Erfizende die Sache die Verjährungszeit hindurch in einem thatsächlichen Zustande besessen habe, welcher mit der Ausübung des in Frage kommenden dinglichen Rechtes unvereinbar sei. Aber mit Unrecht nimmt das Oberlandesgericht an, daß die andernweitige Vermietung der fraglichen Grundfläche und die Benutzung derselben zu Markt- und Lagerplatz von seiten der Beklagten keinen solchen, mit der Ausübung des klägerischen Superfiziarrechtes thatsächlich unvereinbaren Zustand hergestellt haben würde. Ohne Zweifel ist vielmehr der Superfiziar von der Ausübung der Befugnis, in jedem beliebigen Augenblicke auf der seinem Rechte unterliegenden Grundfläche wieder ein neues Gebäude zu errichten — diesen Inhalt hatte das Recht des Klägers nach der Feststellung des Oberlandesgerichtes — bis auf weiteres dann thatsächlich ausgeschlossen, wenn sich das Grundstück in den Händen eines Dritten, der es auf eine bestimmte Zeit gemietet hat, befindet, oder wenn es einstweilen als Markt- oder Lagerplatz hergerichtet ist. Auch handelt es sich hierbei keineswegs bloß um eine thatsächliche Feststellung, sondern um eine rechtsirrigte Auffassung des Begriffes eines mit der Ausübung des gegnerischen Rechtes thatsächlich unvereinbaren Zustandes.

Aus diesem Grunde mußte, da bei richtiger rechtsgrundsätzlicher Auffassung die Voraussetzungen der dreißigjährigen Erfizung der

Freiheit von dem klägerischen Platzrechte sich als genügend behauptet, mindestens aber als soweit, daß das richterliche Fragerecht nachhelfend eintreten könnte, klargelegt darstellten, die Aufhebung des angefochtenen Urtheiles erfolgen. Es ist dabei nur noch zu konstatieren, daß nicht etwa aus dem Frankfurter Partikularrechte, auf welches von seiten des Berufungsgerichtes die fragliche Entscheidung ja auch gar nicht gestützt worden ist, ein Bedenken gegen jene Aufhebung entspringen konnte.“

(Dies wird dann näher dargelegt.)

„In der Sache selbst konnte, bei Aufhebung des vorigen Urtheiles aus dem angegebenen Grunde, gegenwärtig noch keine Entscheidung ergehen, da die erheblichen Thatfachen noch nicht genügend feststanden, weder objektiv in Ansehung der äußeren Vorgänge während eines zusammenhängenden Zeitraumes von dreißig Jahren, noch subjektiv in Ansehung der Rechtsabsicht, in welcher die Beklagte etwa während einer solchen Zeit den vom Platzrechte des Klägers nicht beschränkten Besitz ausgeübt hätte.“ . . .