

59. 1. Sind selbständige Apothekengerichtigkeiten auch dann den unbeweglichen Sachen gleichzuachten, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind?

2. Unterliegen Kaufverträge über nicht im Grundbuch eingetragene selbständige Apothekengerechtigkeiten dem Veräußerungsstempel der *LarSt.* 32 Abs. 1c oder dem Abtretungsstempel der *LarSt.* 2 des preussischen Landesstempelgesetzes?

VII. Zivilsenat. Urt. v. 26. Januar 1923 i. S. Sch. (Kl.) w. Preuß. Staat (Bekl.). VII 136/22.

I. Landgericht I Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Durch notariellen Kaufvertrag vom 8. Mai 1919 kaufte der Kläger ein Apothekengrundstück in Sommerfeld. Der Preis betrug 80 000 *M* für das Grundstück, 50 000 *M* für das Inventar und 240 000 *M* für das im Grundbuch nicht eingetragene Apothekenprivileg, das auf der Verleihungsurkunde vom 28. Juli 1774 beruht. Der Beklagte hat sich den Immobilienstempel nach *LarSt.* 32 Abs. 1a *StStG.* auch von den 240 000 *M* bezahlen lassen. Den gezahlten Betrag von 2400 *M* fordert der Kläger mit seiner am 27. Dezember 1919 gestellten Klage zurück. Schlimmstenfalls kann nach der Meinung des Klägers von den 240 000 *M* nur der Mobilienstempel von $\frac{1}{3}$ v. S. = 800 *M* erfordert werden. Hilfsweise verlangt daher der Kläger die Zurückzahlung von 1600 *M*. Beide Vorinstanzen haben die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Die Revision hatte teilweise Erfolg.

Gründe:

1. Es ist unter den Parteien nicht mehr streitig und auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß durch die Urkunde vom 28. Juli 1774 dem K. St. in Sommerfeld das subjektiv-persönliche, aber frei veräußerliche und vererbliche Recht verliehen ist, dort eine Apotheke zu betreiben. Er erhielt damit ein Privileg, wie es noch die revidierte Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801 (Wöttger-Urban, die preussischen Apothekengesetze, 5. Aufl. S. 244 ff.) in ihrem § 1 neben dem Approbationspatent zur Ausübung der Apothekerkunst erforderte. Solche Privilegien wurden seit dem die Gewerbefreiheit einführenden Edikt über die Gewerbesteuer vom 2. November 1810 nicht mehr verliehen. Nach der *Rgl. Verordnung* wegen Anlegen neuer Apotheken vom 24. Oktober 1811 war zur Anlegung einer neuen Apotheke nur noch eine besondere Erlaubnis (Konzession) erforderlich. Die Inhaber der älteren Privilegien sollten nach § 17 des Gewerbesteueredikts von den Regierungen eine billige Entschädigung erhalten. Das Verfahren ist aber nicht zu allgemeiner Ausführung gekommen, vgl. das Schreiben des preussischen Kultusministers vom 10. März 1840 (bei Köhne, Ergänzungen zum *AMN.*, 6. Aufl. Bd. 1 S. 78). Das Sommerfelder Privileg bestand also weiter und es erfüllte alle Anforderungen, welche die preussische Allgemeine Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783

in Tit. I § 14 an selbständige Gerechtigkeiten stellte. Es klebte keinem Grundstück an, bestand für sich selbst, hatte einen eigenen bestimmten Wert, konnte auch ohne Besitz eines Grundstücks ausgeübt, konnte für sich allein verpfändet und veräußert werden. Derartige selbständige Gerechtigkeiten wurden, wie die rechtsgeschichtlichen Erörterungen R. G. B. Bd. 57 S. 33 ergeben, seit jeher in das Hypothekenbuch eingetragen und dieser Brauch wurde durch den Erlaß des Königs vom 4. Juli 1771 aufrechterhalten. Die Hypothekenordnung verfügte a. a. D., daß die selbständigen Gerechtigkeiten unter besonderen Nummern einzutragen seien. Im § 395 A. N. I 20 wurde diese Anordnung wiederholt. Bei diesem Rechtszustande war die Voraussetzung erfüllt, welche § 9 A. N. I 2 aufstellt. Danach sollen Rechte, die nach § 7 a. a. D. an sich als bewegliche Sachen betrachtet werden, die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache haben, wenn ihnen dieselbe durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt worden. In der rein landrechtlichen Zeit bis zum 1. Oktober 1872, d. h. bis zum Inkrafttreten der preussischen Gesetze vom 5. Mai 1872, waren also die selbständigen Apothekengerechtigkeiten als unbewegliche Sachen zu behandeln, gleichviel ob sie in das Hypothekenbuch eingetragen worden waren oder nicht.

2. Für die Eigentumsübertragung machte das A. N. keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. In dem § 1 A. N. I 10 war einheitlich bestimmt: „Die mittelbare Erwerbung des Eigentums einer Sache erfordert, außer dem dazu nötigen Titel, auch die wirkliche Übergabe derselben.“ Die Eintragung des neuen Eigentümers einer unbeweglichen Sache in das Hypothekenbuch beurkundete nur den Eigentumsübergang, bewirkte ihn nicht etwa erst, vgl. §§ 6, 12—14 A. N. I 10. Bei der Verpfändung bestanden nach A. N. Unterschiede, je nachdem, ob es sich um eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache handelte. Die maßgebenden Grundsätze des A. N. gingen dahin, daß zum Erwerb eines dinglichen Rechts an einer Sache der wirkliche Besitz der Sache erforderlich war, daß aber bei Grundstücken und Gerechtigkeiten die Eintragung des Rechts in das Hypothekenbuch die Wirkungen des körperlichen Besitzes der Sache hatte, §§ 2 und 4 A. N. I 21. Ein dingliches Recht war nach § 1 A. N. I 20 auch das Recht des Unterpandes, welches nach den §§ 7 und 8 a. a. D. das eigentliche (Besitz-) Pfandrecht und das Recht der Hypothek in sich begriff. Eine Hypothek wurde erworben „durch gerichtliche Eintragung auf Grundstücken und solchen Gerechtigkeiten, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleich achten“. Das Besitzpfandrecht konnte an beweglichen und unbeweglichen Sachen bestellt werden, bei ersteren genügte die bloße Übergabe der Sache, § 95 A. N. I 20, bei letzteren mußte „annoß die gerichtliche Verlautbarung und der Vermerk des bestellten Pfandrechts im Hypothekenbuche hinzukommen“,

§ 100 A.R. I 20. Die gerichtliche Verlautbarung wurde durch das Gesetz vom 23. April 1821 (G.S. S. 43) beseitigt, die Eintragung im Hypothekenbuch blieb aber auch dann noch eine notwendige Voraussetzung für das Entstehen des Pfandrechts, vgl. Förster-Eccius Preuß. Privatrecht Bd. III § 196 Anm. 5. An einer im Hypothekenbuch nicht eingetragenen selbständigen Gerechtigkeit konnte also in der rein landrechtlichen Zeit bis zum 1. Oktober 1872 weder ein eigentliches Besipfandrecht noch ein Hypothekenrecht bestellt werden.

3. Durch die Gesetze vom 5. Mai 1872 schuf sich Preußen ein neues und ein vollständigeres Liegenschaftsrecht. Seine besonderen Vorschriften erstreckten sich nicht nur auf die dingliche Belastung der Grundstücke und auf das Hypothekenrecht. Auch für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken wurden besondere Vorschriften gegeben, auch hier wurde die Eintragung in das öffentliche, nunmehr Grundbuch genannte, Buch zur maßgebenden Erwerbstatthat. Die Bestimmungen des A.R., die bisher für den abgeleiteten Erwerb des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen gegolten hatten, kamen nur noch für die beweglichen Sachen in Betracht. Wegen der selbständigen Gerechtigkeiten hieß es im § 69 G.G.: „Wenn für selbständige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter eingerichtet sind, so wird die Veräußerung und der Erwerb des Eigentums an ihnen, ihre Belastung und Verpfändung nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurteilt.“ Danach wurden also die selbständigen Gerechtigkeiten dem neuen Liegenschaftsrecht nur unterstellt, wenn sie eingetragen waren oder — wie die Rechtsprechung und die Rechtslehre angenommen haben — wenigstens nachträglich eingetragen wurden. Eingetragene Gerechtigkeiten fielen ganz unter das Liegenschaftsrecht, nicht eingetragene gar nicht. Damit war § 9 A.R. I 2 entscheidend geändert. Ein Recht hatte die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur noch alsdann, wenn ihm die Eintragungsfähigkeit durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt worden und es auch wirklich im Grundbuch eingetragen worden war. Die Eintragungsfähigkeit gab fortan dem Recht nur noch die Anwartschaft, einer unbeweglichen Sache gleichgestellt zu werden, sie allein stellte es der unbeweglichen Sache nicht mehr gleich. Wer aus der bloßen Eintragungsfähigkeit eines Rechts mit logischer Notwendigkeit auf die Immobiliareigenschaft des Rechts schließen will, verkennt die Rechtslage. Die Gleichstellung eines Rechts mit einer unbeweglichen Sache ist eine Annahme als ob, eine Fiktion. Ihre Voraussetzungen liegen nicht in der Natur der Sache, sie beruhen auf gesetzlicher Anordnung und Gesetze können geändert werden. Während der preussische Gesetzgeber früher gesagt hatte: Rechte sind bewegliche Sachen, gewissen Rechten lege ich die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache bei, sagte er nunmehr: Rechte sind bewegliche Sachen, gewisse

Rechte können in das Grundbuch eingetragen werden und diesen Legalität, wenn sie eingetragen sind, die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache bei. Daß der Gesetzgeber dabei einen Verstoß gegen die in den Dingen liegende Logik begangen hätte, ist nicht ersichtlich.

4. Die nicht eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten wurde seit dem 1. Oktober 1872 vom Gesetz wie die beweglichen Sachen behandelt. Das Eigentum an ihnen wurde durch Vertrag und Übergabe übertragen, eine Hypothek (oder Grundschuld) an ihnen konnte nicht bestellt werden, eine Verpfändung von ihnen wurde durch Pfandvertrag und Übergabe bewirkt.

Das BGB. hat die landesgesetzlichen Vorschriften über Realgewerbeberechtigungen unberührt gelassen, Art. 74 GGzBGB. Preußen hat im Art. 40 AGzBGB. die selbständigen Gerechtigkeiten den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. unterstellt, wenn sie ein Grundbuchblatt erhalten haben, und es hat im Art. 89 a. a. D. neben anderen Vorschriften auch den gesamten 2. Titel aus dem ersten Teile des ALR. aufgehoben. Damit ist auch § 9 ALR. I 2 gefallen. Auf der Annahme seiner fortdauernden und unveränderten Geltung beruht aber die Ansicht des Verfassungsrichters zum wesentlichen Teile. Dem Gedanken des Landgerichts, daß es sich bei den zu entscheidenden Fragen um öffentliches Recht handle — insoweit sollen die Vorschriften des ALR. weiter gelten, Art. 89 Nr. 1 a. a. D. —, ist das Kammergericht mit Recht entgegengetreten. Das Kammergericht beruft sich aber auf den a. a. D. zugunsten der Übergangsvorschriften gemachten Vorbehalt. Solche Vorschriften kommen indessen nicht in Frage. Das Recht der Realgewerbeberechtigungen ist den Ländern nicht für eine Übergangszeit, sondern für die Dauer vorbehalten. Die vom Kammergericht für seine Ansicht herangezogene Entscheidung RGZ. Bd. 63 S. 131 bezieht sich auf eine wirkliche Übergangsvorschrift, auf Art. 189 GGzBGB. Im übrigen könnte § 9 ALR. I 2 auch im Rahmen der Übergangsvorschriften nur mit der oben festgestellten Abänderung durch § 69 GGz. angewendet werden.

5. Der Rechtszustand ist also auch heute der, daß nur die im Grundbuch eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten die Eigenschaft unbeweglicher Sachen haben. Zu diesem Ergebnis ist der Senat bereits in seiner Entscheidung RGZ. Bd. 74 S. 318 f. g. gelangt. Es handelte sich dort um eine nicht eingetragene Fischereigerechtigkeit. Die Begründung ist wesentlich dieselbe, wie die hier gegebene, nur sind dort die Vorschriften des AGzBGB. an erster Stelle gewürdigt und es ist dann (S. 320) hinzugefügt worden, daß sie gegenüber dem GGz. keine Neuerung enthielten. Bestätigt hat der Senat seine frühere Entscheidung bereits durch das Urteil vom 22. Juni 1915 VII 123/15 (Recht 1915 Nr. 2391), das sich auf das gleichliegende Reichsrecht der

TarNr. 11a RStempG. bezieht, und ferner RÖZ. Bd. 94 S. 295. Weigertreten ist dem VII. Zivilsenat der II. Zivilsenat in dem bei Gruchot Bd. 54 S. 958 abgedruckten Urteil. Abweichende Entscheidungen des Reichsgerichts liegen nicht vor. In dem Urteile des Senats RÖZ. Bd. 57 S. 32 ff. handelte es sich um eine in das Grundbuch eingetragene Fischerstelle, die hier streitige Frage ist dort nicht besprochen worden. Dasselbe gilt von dem Urteile des V. Zivilsenats (RÖZ. Bd. 86 S. 272 ff.), das es mit einer schon vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Abdeckereigerechtigkeit zu tun hatte. Die einschneidende Bedeutung des § 69 BGB. ist dort allerdings nicht gewürdigt worden. Das schon oben erwähnte Urteil des V. Zivilsenats RÖZ. Bd. 68 S. 129 ff. beschäftigt sich mit einer Grundgerechtigkeit, keiner selbständigen Gerechtigkeit. Die Entscheidung endlich des V. Zivilsenats Bd. 45 S. 385 bezieht sich lediglich auf eine Prozeßfrage und beruht auf der Erwägung, daß der Kläger, wenn er einmal behauptet, seine Apothekengerechtigkeit sei einer unbeweglichen Sache gleichgestellt, das Eigentum davon in dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand verfolgen müsse. Lediglich beiläufig ist bemerkt, die Annahme, daß die — soweit erkennbar, nicht eingetragene — Apothekengerechtigkeit einer unbeweglichen Sache gleichstehe, sei nicht zu beanstanden.

Bemerkt sei noch, daß das preussische Oberverwaltungsgericht die Erhebung der Grundstückssumfaßsteuer immer nur von eingetragenen Apothekengerechtigkeiten für gerechtfertigt erachtet hat, vgl. die Nachweisungen bei Böttger-Urban S. 426 unter 3 und bei Lewinsky, Apothekenbetriebsrechte, 2. Aufl. S. 186 ff.

6. Das Ergebnis der bisherigen Erwägungen ist also das, daß der Stempel TarSt. 32 Abs. 1a RStG. für die nicht eingetragene Apothekengerechtigkeit des Klägers zu Unrecht erhoben ist. Zum Ansatz hat aber zu gelangen der Stempel der TarSt. 32 Abs. 1c, dem Kauf- und Tauschverträge unterworfen sind, wenn sie betreffen „andere Gegenstände aller Art“ als im Inlande gelegene unbewegliche Sachen und ihnen gleichgeachtete Rechte oder außerhalb Landes gelegene Sachen (TarSt. 32 Abs. 1a und b). Auch diesen Stempel will der Kläger nicht bezahlen, ohne indessen einen Grund für sein Weigern anzugeben. Daß auch Rechte „verkauft“ werden können, ergibt sich aus § 433 BGB., und daß auch Rechte zu jenen „anderen Gegenständen aller Art“ gehören, ist füglich nicht zu bezweifeln. Nun sind allerdings die Stempel der ganzen Tariffstelle 32 nur anzusetzen, „insoweit nicht besondere Tariffstellen zur Anwendung kommen“, aber die Tariffstellen 2, 8 und 71 Nr. 2 RStG., an die man denken könnte, treffen nicht zu. TarSt. 2 umfaßt die Abtretung von Rechten und eine selbständige Gerechtigkeit wird heutzutage, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen ist, gemäß § 413 BGB. durch Abtretung übertragen. Der Vorbehalt

im Art. 74 E-Gz-BGB. betrifft nur die besonderen Vorschriften für Realgewerbeberechtigungen, es wird für sie nicht etwa das ganze Gehäude des WR. mit der Folge aufrecht erhalten, daß auch heute noch eine nicht eingetragene Gerechtigkeit durch Vertrag und Übergabe übereignet wird, vgl. RRG. Bd. 56 S. 381. Aber in dem Vertrage vom 8. Mai 1919 ist die dingliche Abtretung noch nicht erklärt, nur die Verbindlichkeit zur Abtretung übernommen worden. Das WR. unterschied in seinen Vorschriften §§ 376 flg. WR. I 11 freilich nicht so scharf wie das BGB. auch bei der Abtretung zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft und das Wort „Abtretung“ ist in ZarSt. 2 VStG. noch im landrechtlichen Sinne gebraucht, weil es noch aus der landrechtlichen Zeit stammt und die Anpassung an das BGB. hier wie auch sonst gelegentlich (RRG. Bd. 86 S. 12) bei der Novelle von 1909 unterblieben ist. Auch wenn man aber mit RRG. Bd. 70 S. 287 flg. davon ausgeht, daß auch das schuldrechtliche Grundgeschäft einer Abtretungserklärung unter ZarSt. 2 fallen kann, so trifft das auf den gegenwärtigen Fall unbedenklich nicht zu. Wie Hummel-Specht in ihrem Erläuterungsbuch zum VStG. auf S. 456 richtig ausführen, bezieht sich ZarSt. 2 auf Forderungsrechte von nur vorübergehendem Bestande, während ZarSt. 32 Abs. 1c auf die Rechte anzuwenden ist, welche die Gewähr der Dauer in sich tragen. Zu diesen Rechten gehören vorzüglich auch die selbständigen, im Grundbuch nicht eingetragenen Gerechtigkeiten. Auf entgeltliche Lizenzverträge und auf die Veräußerung von Patentrechten ist ZarSt. 32 Abs. 1c schon für anwendbar erachtet worden, RRG. Bd. 76 S. 235 flg., Bd. 83 S. 21 flg.

Die ZarSt. 8 VStG. kommt nicht in Frage, weil eine Auflassung nicht stattgefunden hat und bei einer nicht eingetragenen Gerechtigkeit auch gar nicht stattfinden kann. Die ZarSt. 71 Nr. 2 VStG. scheidet schon deswegen aus, weil sie immer nur hilfsweise eingreift, „wenn keine andere Tarifstelle zur Anwendung kommt“. Sie muß deshalb hinter ZarSt. 32 zurücktreten. Im übrigen ist aber auch die schuldrechtliche Vereinbarung über die künftige Abtretung der Gerechtigkeit, wie sie im Vertrage vom 8. Mai 1918 beurkundet ist, ein Teil des Kaufvertrages und nach § 10 Abs. 3 VStG. könnte der besondere Vertragstempel der ZarSt. 71 Nr. 2 neben dem Kaufstempel nicht erhoben werden. Es kann sich immer nur darum handeln, den geschlossenen Kaufvertrag im Rahmen der ZarSt. 32 richtig zu verstampeln.

7. Nach alledem kommt zum Ansaß nicht der 1 v. S. betragende Stempel der ZarSt. 32 Abs. 1a, sondern der nur $\frac{1}{2}$ v. S. betragende Stempel der ZarSt. 32 Abs. 1c. Der Kläger hat 2400 M. bezahlt, erfordert werden dürften von ihm nur 800 M., 1600 M. sind also an ihn zurückzuzahlen.