

8. Wesen der selbständigen Berechtigungen. Wird die rechtmäßige Entstehung einer solchen Berechtigung schon dadurch erwiesen, daß für sie ein Hypothekensfolium angelegt ist? Gehören die Berliner „Fischerstellen“ zu den selbständigen Berechtigungen?

VII. Zivilsenat. Ur. v. 22. Dezember 1903 i. S. Stadtgemeinde B. (Bekl.) w. Th. (Kl.). Rep. VII 341/03.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger klagte gegen die Stadtgemeinde B. auf Anerkennung einer ihm seiner Behauptung nach ihr gegenüber zustehenden sog. Fischerstellenberechtigung. Er machte geltend, diese Berechtigung bestehe in dem mit einem Fischereirecht in der Spree verbundenen dinglichen Rechte, auf dem im Eigentum der Beklagten befindlichen (jedoch nicht im Grundbuch eingetragenen) Plage an der Fischerbrücke in B. einen Verkaufsstand zum Betriebe des Fischhandels zu haben, die hierzu erforderlichen Geräte dort aufzustellen und daselbst einen Ständer anzubringen, welcher die Inschrift trage „Fischerstelle des“ (Namen des Klägers). Zum Erweise des Bestehens der beanspruchten Berechtigung berief er sich, außer auf Ersizung, vor allem auf die Tatsache, daß für diese behauptete Berechtigung ein Hypothekensfolium angelegt ist. Bei dem Amtsgericht B. wurden Grundakten geführt, welche die Bezeichnung trugen: Grundakten, betreffend die auf dem B.'er Fischmarkt belegene, Nr. 24 im Hypothekenbuche verzeichnete Fischerstelle. In diesen Grundakten war 1. an der Stelle, welche dem heutigen Bestandsverzeichnis des Grundbuchs entspricht, eingetragen: „die auf dem B.'schen Fischmarkt konzessionierte, später nach dem Plage an der Fischerbrücke verlegte, sub Nr. 24 im Hypothekenbuche verzeichnete Fischerstelle“; 2. in Abteilung I. als Berechtigter der Kläger auf Grund einer Erbbescheinigung zufolge Verfügung des Grundbuchrichters vom 22. März 1900. Von der ersten und zweiten Instanz wurde, der Einwendungen der Beklagten unerachtet, dem Klageantrage gemäß erkannt. Auf Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Die vom Berufungsrichter gegebenen Gründe reichen nicht aus, um die von ihm getroffene Entscheidung zu rechtfertigen. Es bedarf der Beantwortung der drei Fragen: 1. Welchen Charakter trägt die in Anspruch genommene Berechtigung auf der subjektiven oder aktiven Seite? 2. Wie ist sie objektiv oder passiv geartet und gestaltet? 3. Wie verhält es sich mit dem Erwerbsgrunde?“

1. Der Berufungsrichter beschäftigt sich mit der ersten Frage fast gar nicht. Er sagt nur, die Ansicht der Beklagten, daß die grundbuchlich geführte Fischerstelle lediglich eine seit Erlaß der Gewerbeordnung wertlos gewordene Gewerbeberechtigung darstelle, sei irrig. Darin ist ihm zuzustimmen. Er nimmt ferner, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch offensichtlich stillschweigend an, daß es sich hier um eine privatrechtliche Berechtigung handle. Auch darin hat er Recht. Allein mit diesen beiden Feststellungen ist die gestellte Frage, deren Beantwortung unerlässlich ist, nicht gelöst. Es bedarf weiterer Begründung des Wesens der beanspruchten Berechtigung. Diese wird gegeben durch den Inhalt eines Berichts, den das Stadtgericht in Berlin unter dem 24. Juni 1771 erstattete, sowie eines darauf ergangenen Allerhöchsten Erlasses vom 4. Juli 1771, beide veröffentlicht im *Novum corpus constit. Marchic.* von 1771 S. 261 ff. und 263 ff. Dieser Bericht und dieser Erlaß sind von den Vorberrichtern nicht beachtet worden; auch ist den Parteien teils deren Existenz, und teils jedenfalls deren näherer Inhalt unbekannt geblieben, weshalb letzterer ihnen in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht zur Kenntnis gebracht ist. In dem Berichte vom 24. Juni 1771, der aus Anlaß gewisser Anordnungen über die Führung der Hypothekenbücher erstattet wurde, beantragte das Stadtgericht, ein Hypotheken- oder gerichtliches Konsensbuch wegen besonderer Privilegiorum civicorum als 1. Barbier- und Badergerechtigkeiten, 2. Buchdruckereien, 3. Apothekerprivilegien, 4. Fischerstellen und Gerechtigkeiten beizubehalten. Zur Rechtfertigung dieses Antrages führte das Stadtgericht aus: Diese Arten der Privilegien hätten seit undenklichen Zeiten ihre fixierte Anzahl und vorgeschriebene Art, wo sie exerziert werden könnten. Sie würden bei Sterbefällen und in Konkursen jederzeit gleich Immobilien tax- und subhastiert, und es verlangten diejenigen, die Gelder darauf liehen, nichts mehr, als der Priorität versichert zu sein. Diese Ge-

rechtigkeiten hätten auch einen erheblichen Wert; eine Fischereigerechtigkeit, so in einer Verkaufsstelle auf denen Märkten und der Befugnis, auf der Spree zu fischen, bestehe, falle nicht unter den Preis von 400—500 Talern. In dem darauf ergangenen Allerhöchsten Erlasse vom 4. Juli 1771 heißt es: Nachdem berichtet sei, daß es mit den oben bezeichneten Gerechtigkeiten die Bewandnis habe, daß sie nicht auf gewissen Häusern hafteten, hingegen ihre Anzahl fixiert, und sie gleich Immobilien alieniert werden könnten und bei Sterbefällen und in Konkursen tagiert und subhastiert würden, werde genehmigt, daß ein besonderes Hypothekenbuch nach Art der für Immobilien angelegt, und sie dort eingetragen würden. Es kann hiernach kein Zweifel darüber obwalten, daß man es bei den Berliner „Fischerstellen“ mit selbständigen Gerechtigkeiten im Sinne des preussischen Rechts zu tun hat. Der Begriff der selbständigen Gerechtigkeit ist im Allgemeinen Landrecht, wenn auch berührt, so doch nicht erschöpfend bestimmt, sondern vielmehr als schon existent und bekannt vorausgesetzt. Der § 9 A.L.R. I. 2 handelt hiervon überhaupt nicht, sondern besagt nur, daß, abgesehen von dem im § 8 erwähnten Falle, im übrigen ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur dann habe, wenn sie ihm durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt sei. Der § 395 A.L.R. I. 20 betrifft allerdings die (selbständigen) Gerechtigkeiten, beschränkt sich aber auf die Bestimmung, daß „Gerechtigkeiten, die für sich selbst bestehen und auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden können“, in das Hypothekenbuch in besonderen Tabellen eingetragen werden sollen. Die vollständige Begriffsumgrenzung der selbständigen Gerechtigkeiten enthält § 14 Titel 1 der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783, welcher bestimmt, daß Gerechtigkeiten, welche

1. nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen,
2. für sich allein veräußert und verpfändet werden können,
3. einen eigenen bestimmten Wert haben,

in das Hypothekenbuch, und zwar unter besonderen Nummern, einzutragen sind. Das Kennzeichnende dieser Gerechtigkeiten besteht also darin, daß sie subjektiv nicht an irgendein Grundstück und, wie hinzugesetzt werden muß, auch nicht an irgendeine bestimmte Person gebunden sind, sondern daß sie, unabhängig von allen solchen subjek-

tiven Beziehungen, eine selbständige Existenz für sich führen und demgemäß und insfolgedessen frei veräußerlich, vererblich und belastbar, insbesondere verpfändbar sind. Damit solches und namentlich letzteres möglich sei, müssen sie einen gewissen Wert besitzen und, wie weiter hinzuzusetzen ist, den Charakter der Dauer tragen. Als Folge und zugleich gewissermaßen als Beweis ihrer Selbständigkeit erscheint ihre Eintragung im Hypothekenbuche. Allen diesen Erfordernissen entsprechen die Berliner „Fischerstellen“. Sie sind subjektiv nicht mit irgendwelchen Grundstücken oder individuell bestimmten Personen verbunden; sie sind frei veräußerlich, vererblich und belastbar, insbesondere verpfändbar; sie haben einen gewissen Wert sowie die Eigenschaft der Dauer und haben auf Grund und insolge dieses Charakters durch einen sie besonders und ausdrücklich betreffenden Erlaß des Gesetzgebers die Fähigkeit erlangt, gleich Grundstücken in das Hypothekenbuch eingetragen zu werden.

Hält man die Heranziehung des § 9 A.L.R. I. 2 noch für nötig, so läßt sich der Allerhöchste Erlaß vom 4. Juli 1771 sogar dahin auffassen, daß dadurch ihnen ausdrücklich die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt worden sei. An diesem Rechtszustande ist, soweit die Fischerstellen sich bis zur Gegenwart erhalten haben, durch die spätere Gesetzgebung, insbesondere die Gesetze vom 5. Mai 1872 und das Bürgerliche Gesetzbuch, nichts geändert worden.

Vgl. § 69 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 und § 3 G.B.O. vom 5. Mai 1872, sowie Art. 40 preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. vom 20. September 1899, und wegen der in Betracht kommenden Bestimmungen des Einf.-Ges. zum B.G.B. Turnau u. Förster, Liegenschaftsrecht (2. Aufl.) Bd. 1 S. 440.

Zu diesen „Fischerstellen“ gehört auch, vorausgesetzt den erforderlichen Nachweis ihrer Entstehung, diejenige, als deren eingetragener Eigentümer der Kläger auftritt. Im Jahre 1796 ist für diese Fischerstelle ein Folium angelegt worden, das noch gegenwärtig von dem Amtsgericht in Berlin geführt wird, und auf welchem noch im Jahre 1900 eine Eintragung, und zwar die des Klägers als Eigentümers dieser Fischerstelle, auf Grund erbrechtlicher Nachfolge bewirkt ist.

2. Wie das Rechtsverhältnis objektiv gestaltet ist, ist durch dieses Ergebnis noch nicht klar gestellt. Die verschiedenen selbständigen Gerechtigkeiten sind nach dieser Richtung verschieden gestaltet. Den

Apothekerprivilegien z. B. stehen weder verpflichtete Personen noch belastete Grundstücke gegenüber. Bei den Abdeckereigerechtigungen ist in objektiver Hinsicht eine persönliche Verbindlichkeit der in einem bestimmten Bezirk wohnenden Personen vorhanden. Bei den Schiffsmühlengerichtigkeiten ließe sich vielleicht als belastetes Objekt der Fluß ansehen, bzw. eine bestimmte Stelle desselben, namentlich wenn, wie das früher geschah, den Schiffsmühlen zur Anlegung ein bestimmter Ort angewiesen worden ist, den sie nicht verändern dürfen (vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 34 S. 443). Im gegenwärtigen Falle ist nach der Ansicht des Berufungsrichters das Vorhandensein eines objektiv dinglichen Rechts anzunehmen. Es kommen hierbei zwei Umstände in Betracht. Wie unstreitig, hat es niemals einen Ort gegeben, der den Namen „Berliner Fischmarkt“ getragen hat, und ferner steht fest, daß der Fischmarkt im Jahre 1837 auf Grund polizeilicher Anordnung von dem Cöllnischen Fischmarkt und der Poststraße, woselbst er bis dahin betrieben war, nach dem Platze an der Fischerbrücke verlegt worden ist. Der Berufungsrichter führt aus: die „Fischerstelle“ gewähre, wie die Eintragung ergebe, dem Inhaber das Recht, auf dem zum Fischmarkt dienenden Platze Fischhandel zu treiben und dort die dazu erforderlichen Geräte stehen zu lassen; es handle sich hierbei um ein dingliches Recht, das sich „nur“ insoweit von den gewöhnlichen dinglichen Rechten unterscheide, als es seiner Natur und seiner Bestimmung nach auf demjenigen Platze ruhe, der zum Fischmarkt bestimmt sei; wenn der Fischmarkt verlegt werde, so gehe das klägerische Recht ohne weiteres auf den neuen Platz über; das dingliche Recht beziehe sich nicht auf eine Örtlichkeit mit dem Namen „Berliner Fischmarkt“, sondern auf die für den Fischmarkt bestimmte öffentliche Lokalität. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden; sie ist mit dem Wesen der Dinglichkeit unvereinbar. Das dingliche Recht ergreift unmittelbar das belastete Grundstück, ruht und haftet unmittelbar auf diesem, und es ist daher rechtlich nicht konstruierbar, daß das dingliche Recht in gewissen Fällen ohne einen neuen Willensakt der Beteiligten sich von dem bisher belasteten Grundstück ablöse, und von selbst auf ein bisher nicht belastet gewesenes Grundstück überspringe. Wenn der Berufungsrichter sagt, „nur“ hierdurch unterscheidet sich das klägerische Recht von den gewöhnlichen dinglichen Rechten, so bedeutet dieses „nur“ in Wahrheit nicht einen nur un-

wesentlichen Unterschied, sondern eine grundsätzliche Wesensverschiedenheit zwischen einem solchen Recht und den dinglichen Rechten. Da nach dem, was vorliegt, anscheinend nicht anzunehmen ist, daß im Jahre 1837 mit beiderseitiger Zustimmung der Platz am Fischmarkt neu belastet worden ist, so bliebe für die rechtliche Konstruktion eines dinglichen Rechts nur die Möglichkeit übrig, daß man von vornherein den ganzen Grund und Boden der Stadtgemeinde Berlin oder wenigstens die Plätze und Straßen, die einmal als Ort des Fischmarktes in Betracht kommen könnten, sich als belastet dachte, so daß, wenn eine Verlegung des Fischmarktes stattfand, das Recht an dem neuen Ort stets ein schon belastetes Grundstück, nämlich nur einen anderen Teil eines belasteten Ganzen, getroffen hätte. Es wäre das Verhältnis ähnlich gestaltet wie bei der Grunddienbarkeit im Falle des § 1023 B.G.B. Es fragt sich aber, ob nicht eine andere Konstruktion noch näher liegt, nämlich die einer persönlichen Verbindlichkeit, die der Stadtgemeinde Berlin als Eigentümerin der Straßen und Plätze der Stadt dahin obliegt, daß sie dem Berechtigten stets dort, wo der Fischmarkt abgehalten wird, einen Stand zu gewähren hat. Diese reallastähnliche Verpflichtung würde, da die Stadtgemeinde eine im Grund und Boden wurzelnde Gebietskörperschaft darstellt, die demgemäß, wenn auch mit der Fähigkeit der Erweiterung ausgestattet, doch an eine bestimmte Örtlichkeit gebunden ist, diejenige räumliche Beziehung in sich schließen oder gewährleisten, die der Berufsungsrichter auf dem Wege dinglicher Belastung zu begründen versucht. Es hat auch den Anschein, als wenn der Berufsungsrichter derartigen Erwägungen nicht ganz fern gestanden hat, wenn er bemerkt, der Kläger sei berechtigt, vom Eigentümer des Fischmarktes die Vorhaltung dessen zu verlangen, was er zugesprochen erhalten habe. Es erweckt diese Äußerung den Eindruck, als ob damit auf ein Leisten der Stadtgemeinde (Vorhaltung) hingedeutet sei. Da diejenige rechtliche Konstruktion eines dinglichen Rechts, wie sie im Berufungsurteil versucht ist, nicht als möglich erscheint, so wird der Berufsungsrichter sich von neuem mit der Frage beschäftigen müssen, wie das Recht des Klägers objektiv gestaltet ist. Selbst eine Entscheidung hierüber zu treffen, fand das Revisionsgericht bei der gegenwärtigen Sachlage keinen Anlaß.

3. Es bleibt noch die Frage des Erwerbes des in Anspruch ge-

nommenen Rechts zu erörtern. Mit den Ausführungen unter Nr. 1 ist diese Frage nicht beantwortet. Dort ist nur von der inneren Struktur der Berliner „Fischerstellen“ überhaupt gehandelt, und schon dort zu erkennen gegeben, daß die Stelle des Klägers zwar zu jenen Fischerstellen gehöre, wenn ihre Entstehung und Begründung nachgewiesen werde, daß aber dieser Nachweis auch erforderlich sei. Der Berufungsrichter schweigt über diesen Punkt. Er scheint der Ansicht gewesen zu sein, daß die rechtmäßige Entstehung und Begründung der einzelnen Fischerstelle ohne weiteres durch ihre Eintragung im Hypothekenbuch dargetan werde. Eine solche Anschauung würde indes nicht als zutreffend anerkannt werden können. Die selbständige Gerechtigkeit steht in diesem Punkte dem Grundstück ganz gleich. So wenig wie durch das Grundbuch die Existenz eines Grundstücks, sondern lediglich die Entstehung und der Wechsel von Rechten an einem existierenden Grundstück erwiesen bzw. begründet wird, ebensowenig wird die Begründung einer selbständigen Gerechtigkeit dadurch nachgewiesen, daß für sie ein Folium angelegt, und sie darauf eingetragen wird. Diese Eintragung stellt nicht den Akt der Begründung der Gerechtigkeit dar, sondern setzt deren außerhalb des Hypotheken- und Grundbuchs erfolgte Entstehung, also ihre bereits vorhandene Existenz voraus. Der Berufungsrichter wird sich hiernach unter erneuter Verhandlung der Sache der Prüfung der Frage nach der Entstehung der in Rede stehenden Fischerstelle unterziehen müssen.“ . . .